

# פרסונליזציה של כללי בררת־מחדל וחובות גילוי באמצעות נתוני־עֵתֶק (Big Data)\*

מאת

ליאור סטרקילביץ'\*\*\* ואריאל פורת\*\*\*

## תקציר

המשפט הוא בדרך־כלל א־פרסונלי, כלומר, הוא אינו מותאם לתכונות ולמאפיינים של נמעני המשפט. במאמר זה אנחנו טוענים כי בעידן נתוני־העֵתֶק (ה־big data) המשפט צריך להיות פרסונלי יותר. אנחנו מתמקדים בכללי בררת־מחדל (מצבים שבהם על בני־אדם לבחור אם הם נותרים עם כלל משפטי נתון או מחליפים אותו בכלל אחר) ובחובות גילוי (מצבים שבהם המשפט מחייב העברת מידע מאדם אחד לרעהו), ומראים כיצד המשפט יכול להיות יעיל ואפקטיבי יותר אם אלה יהיו מותאמים אישית. אנחנו טוענים אף שאין אנו רחוקים מן המועד שבו הדבר יהיה בר־ביצוע מבחינה טכנולוגית. טיעונינו נוגעים בתחומי משפט שונים, כגון חוזים, הגנת הצרכן, ירושה, רשלנות רפואית, קניין ופרטיות. אנחנו דנים גם בהתנגדויות אחדות לטיעונים שלנו, ומראים כי אלה אינן משכנעות.

מבוא

א. תיאוריות של פרסונליזציה של כללי בררת־מחדל

1. בררות־מחדל חוזיות

2. כללי בררת־מחדל של רוב

(א) כללי

(ב) פרסונליזציה של כללי בררת־מחדל של רוב

3. כללי בררת־מחדל של מיעוט (או עונשיים)

(א) כללי

\* מאמר זה הינו גרסה מקוצרת, ומותאמת למשפט הישראלי, של Ariel Porat & Lior Jacob Strahilevitz, *Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data*, 112 MICH. L. REV. 1417 (2014).

\*\* פרופסור מן המניין ומחזיק הקתדרה ע"ש סידלי אוסטין, בית־הספר למשפטים, אוניברסיטת שיקגו.

\*\*\* נשיא אוניברסיטת תל אביב.

- (ב) כללי בררת-מחדל של מיעוט כמאפשרים כללי בררת-מחדל אישיים  
 ב. יישום
1. נתוני-עתק (Big Data) ו"חמשת הגדולים" ("Big Five")
  2. נתוני-עתק במשפט
    - (א) חוזים צרכניים
    - (ב) רשלנות רפואית
    - (ג) שכירות
  3. נתוני-עתק ושפני-ניסיון
    - ג. התנגדויות ומגבלות יישום
      1. סבסוד צולב
      2. התנהגות אסטרטגית
      3. ניצול לרעה על-ידי סוחרים
      4. אי-ודאות
      5. פרוגמטציה של הפסיקה
      6. סטטיסטיקה, סטריאוטיפים וכללי בררת-מחדל ערכיים
      7. העדפות מתקבעות
      8. פרטיות
      9. שינויי אישיות וכניסה למשטר של פרסונליזציה או יציאה ממנו
    - ד. פרסונליזציה של חובות גילוי
      - מסקנות

## מבוא

המשפט הוא בדרך-כלל א-פרסונלי. המדינה אינה מתאימה את המשפט לתכונות ולמאפיינים של נמעני המשפט. במאמר זה אנחנו טוענים כי בעידן נתוני-העתק (ה-big data) המשפט צריך להיות פרסונלי יותר. אנחנו מתמקדים במאמר זה בכללי בררת-מחדל (מצבים שבהם על בני-אדם לבחור אם הם נותרים עם כלל משפטי נתון או מחליפים אותו בכלל אחר) ובחובות גילוי (מצבים שבהם המשפט מחייב העברת מידע מאדם אחד לרעהו). טיעונינו נוגעים בתחומי משפט שונים, כגון חוזים, הגנת הצרכן, ירושה, רשלנות רפואית, קניין ופרטיות.

נפתח בדוגמה אשר תמחיש את טענתנו המרכזית. מחקרים אמפיריים מראים כי גברים נשואים המותירים צוואה נוטים להוריש את כל רכושם לבנות-זוגם יותר מכפי שנשים נוטות לעשות כן ביחס לבני-זוגן (55% לעומת 34%).<sup>1</sup> על-פי אותם מחקרים, גברים נוטים להוריש אחוז גבוה יותר מרכושם לבנות-זוגם (80%) מאחוז הרכוש שנשים מורישות לבני-

1 Daphna Hacker, *The Gendered Dimensions of Inheritance: Empirical Food for Legal Thought*, 7 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 322, 334 (2010); Debra S. Judge & Sarah Blaffer

וזגן (40%)<sup>2</sup>. ניתן להסביר התנהגויות שונות אלה של גברים ונשים על בסיס גיל הפוריות השונה שלהם. עקב שוני זה, נשים חוששות יותר מגברים שלאחר מותן יינשא בן-זוגן שוב ויוליד ילדים מבת-הזוג החדשה, ועל-כן, כדי להגן על ילדיהן, הן מורישות פחות לבן-הזוג ויותר לילדים. אצל גברים חשש זה קטן יותר החל בגיל מסוים ואילך.<sup>3</sup>

אם כך הדבר, עולה השאלה מדוע דיני הירושה, שהם כללי בררת-המחדל החלים במקרה של פטירת אדם שלא הותיר צוואה, הינם אחידים,<sup>4</sup> ואינם מבחינים בין מורשים לבין מורישות.<sup>5</sup> טענתנו היא שבהנחה שההעדפות העולות מן המחקרים שתוארו לעיל נותרות קבועות ויציבות לאורך זמן, טוב שדיני הירושה יאמצו כללי בררת-מחדל שונים לגברים ולנשים בהתאם להעדפות אלה. אם כך יהיה, עזבונות רבים יותר יחולקו באופן שעולה בקנה אחד עם רצון המוריש או המורשה.<sup>6</sup> עוד אנו טוענים כי אם ניתן להראות שמאפיינים אחרים של מורשים מלבד מגדר – כגון עושר, בריאות, משך נישואים, גיל הילדים, משלח-יד – מנבאים היטב, במקרים רבים, את רצון המוריש באשר לחלוקת עזבונו, אזי דיני ירושה השואפים להגשים ככל האפשר את רצון המוריש יכללו כללי בררת-מחדל רבים המשתנים בהתאם למאפיינים האמורים. יש לזכור שכמו עם כל כלל בררת-מחדל, מי שירצה יוכל להתנות על הכלל, ולהוריש את העיזבון כרצונו, בדרך של כתיבת צוואה. ניתן לחשוב על גרסה מרחיקת-לכת אף יותר של פרסונליזציה של כללי בררת-מחדל. על-פי גרסה זו, בתי-המשפט יוכלו לקבוע איך יחולק העיזבון בהתבסס על ניתוח התנהגותו של המוריש, בעיקר כצרכן, לאורך זמן. בעידן נתוני-העתק יהיה אפשר למצוא פרטים שהתנהגויותיהם כצרכנים ומאפייניהם כבני-אדם דומים מספיק לאלה של המוריש, לבחון כיצד התנהגו אותם פרטים כאשר הותירו צוואה, ומזה לגזור את אופן חלוקת העיזבון במקרה הנדון לפנייהם. בדרך זו יחולקו עזבונות רבים יותר בהתאם לרצון המוריש. לכך יש יתרון חשוב, במיוחד לנוכח העובדה שרבים אינם מותירים צוואה. נוסף על כך, רבים מבין אלה שמותירים צוואה יוכלו לוותר על כך ולחסוך לעצמם את העלויות הנפשיות הכרוכות

Hrdy, *Allocation of Accumulated Resources Among Close Kin: Inheritance in Sacramento, California, 1890–1984*, 13 *ETHOL. & SOCIOBIOL.* 495 (1992)

2 Hacker, לעיל ה"ש 1, בעמ' 334.

3 Debra S. Judge, *American Legacies and the Variable Life Histories of Women and Men*, 6 *HUM. NATURE* 291, 307–08 (1995)

4 ס' 10–17 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965.

5 על-מנת לפשט את הדיון, אנחנו מניחים שההעדפות של גברים ונשים המותירים צוואה אינן שונות בעיקרן מהעדפות של גברים ונשים שאינם מותירים צוואה. עניין זה צריך כמובן להיבדק באופן אמפירי.

6 הנחתנו כאן היא שזו המטרה של בררות-המחדל בחוק הירושה. תימוכין לרברים ניתן למצוא בדבריה של השופטת ארבל בדנ"א 7818/00 אהרן נ' אהרוני, פ"ד נט(6) 653, 687–688 (2005): "נקודת המוצא המשפטית לגישתי היא קיום רצונו של המצווה שהינו אבן הפינה והמסד של דיני הירושה, והגשמתו הינה היעד והמטרה העוברים כחוט השני בהוראות החוק... העיקרון של כיבוד רצון המת הוא חלק ממורשת ישראל, והוא גם שעומד כאמור ביסודם של דיני הירושה." לרברים ברוח דומה ראו רע"א 5103/95 דשת נ' אליהו, פ"ד נג(3) 97, 109–110 (1999).

בהתעמתות עם רעיון המוות, מתוך הבנה שגם בלעדי צוואה יחולק עזבונם באופן העולה בקנה אחד עם רצונם.

רעיון הפרסונליזציה של כללי בררת-מחדל עלה בכתיבה קודמת,<sup>7</sup> אולם מאמר זה הוא הראשון שמציע תיאוריה קוהרנטית לכך, כמו-גם דרכי יישום בתחומי משפט שונים על-ידי מחוקקים ובתי-משפט.<sup>8</sup> המאמר מראה כי באמצעות טכנולוגיות שהתפתחו בעידן נתוני-העתק ניתן ליצור ודאות רבה באשר לתוכנם של כללי בררת-המחדל האישיים – גם בחברה הטרוגנית כשלנו – דבר שלא היה אפשר לעשות בעבר.

מבנה המאמר הוא כדלקמן: בפרק א אנחנו בוחנים שתי תיאוריות מרכזיות של כללי בררת-מחדל, ומראים כיצד פרסונליזציה של כללי בררת-מחדל יכולה להיעשות במסגרתן. בפרק ב אנחנו מראים כיצד ניתן ליישם פרסונליזציה כזו הלכה למעשה בתחומי משפט שונים. פרק ג בוחן התנגדויות אחדות להצעתנו. אנחנו מראים שהתנגדויות אלה אינן משכנעות ככל שהן באות לרחות את רעיון הפרסונליזציה לחלוטין, אם כי רובן מלמדות כי יש מקום להגביל את הפרסונליזציה ולהציב לה מגבלות. פרק ד מחיל את טיעון הפרסונליזציה על חובות גילוי. לבסוף אנחנו מסכמים את טיעונינו, ומציעים כיצד מחוקקים ובתי-משפט יכולים להתמודד עם אתגר הפרסונליזציה.

## א. תיאוריות של פרסונליזציה של כללי בררת-מחדל

כללי בררת-מחדל מסדירים חלקים נרחבים מחיינו. כך, כל עסקה שנעשית על-ידי צרכנים, סוחרים, עובדים, מעבידים, שוכרי דירות ובעלי בתים – נשלטת על-ידי כללי בררת-מחדל. למעשה, כפי שטענו חוקרי משפט אחרים, אחת המטרות המרכזיות של דיני החוזים היא להקטין את עלויות העסקה של הצדדים לחוזה על-ידי הספקה של כללי בררת-מחדל שיחולו על חוזהם כל עוד הם לא רחו אותם במפורש או במשתמע.<sup>9</sup> כללי בררת-מחדל אף מסדירים את מה שיקרה לאחר מותנו. בהעדר צוואה, כללי בררת-מחדל, הקבועים בחוק הירושה, מחלקים את העיזבון בין היורשים בדרך מסוימת.<sup>10</sup>

7 Cass R. Sunstein, *Deciding by Default*, 162 U. PA. L. REV. 1 (2013); Ian Ayres, *Preliminary Thoughts on Optimal Tailoring of Contractual Rules*, 3 S. CAL. INTERDISC. L.J. 1, 4 & n. 15 (1993); George S. Geis, *An Experiment in the Optimal Precision of Contract Default Rules*, 80 TUL. L. REV. 1109 (2006).

8 לטיעון שבעתיד ימוענו ציוויי המשפט באופן ישיר לכל מי שכפוף להם ראו Anthony J. Casey & Anthony Niblett, *The Death of Rules and Standards*, 92 IND. L.J. 1401 (2017).

9 ראו, למשל, ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS* 341 (6th ed. 2012); STEVEN SHAVELL, *FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 302 & nn. 13–14 (2004). ראו גם אריאל פורת "מתי ירצו צדדים לחוזה הפרות יעילות?" *ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן* 171 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008).

10 ראו, למשל, ס' 11(א) לחוק הירושה, שעל-פיו "בן-זוגו של המוריש נוטל את המיטלטלין כולל מכונית נוסעים השייכים, לפי המקובל ולפי הנסיבות, למשק הבית המשותף, ונוטל משאר העזבון – (1) אם הניח המוריש ילדים או צאצאיהם או הורים – חצי; (2) אם הניח המוריש אחים או צאצאיהם או הורי הורים – שני שלישים..."

המוריש יכול להתנות על כללי בררת-המחדל על-ידי הותרת צוואה אחריו, אך אם לא עשה כן, כללי בררת-המחדל הם שקובעים את אופן חלוקת העיזבון. היות שרבים אינם מותירים צוואה, לכללי בררת-המחדל יש חשיבות מיוחדת במינה. כללי בררת-המחדל במקרה זה הם "דביקים" (sticky),<sup>11</sup> דהיינו, בשל הטיית ומגבלות קוגניטיביות, ובשל עלויות העסקה הנפשיות הכרוכות בהתעמתות עם רעיון המוות, רבים אינם מהרהרים אחר כללי בררת-המחדל ומותירים אותם כמות שהם.<sup>12</sup>

כללי בררת-מחדל החלים על סוגים שונים של עסקאות צריכים להיות מותאמים לנסיבות, ולטענתנו אף להעדפותיהם של הצדדים לעסקה, עד לנקודה שבה התאמה נוספת אינה מוצדקת לנוכח עלויותיה, כלומר, עד לנקודה שבה התאמה נוספת תגדיל את עלויות העסקה, ולא תקטין אותם. אף שכללי בררת-מחדל קיימים בכל תחום משפטי, התת-פרקים הבאים מתמקדים בעיקר בפרסונליזציה של כללי בררת-מחדל חוזיים. בהמשך המאמר נחיל את המסקנות העולות מן הדיון בכללי בררת-מחדל חוזיים גם על הקשרים חוץ-חוזיים.

## 1. בררת-מחדל חוזיות

דיני החוזים מספקים לצדדים אין-ספור כללי בררת-מחדל, שנהפכים לחלק מן החוזה ביניהם כל עוד הם לא הביעו, במפורש או במשתמע, רצון אחר. כך, למשל, לפי סעיף 10(א) לחוק המכר, התשכ"ח-1968, "המסירה תהא במקום עסקו של המוכר, ובאין למוכר מקום עסק – במקום מגוריו הקבוע". הצדדים אינם חייבים אם כן להסכים בחוזה המכר היכן תיערך המסירה: כל עוד לא נאמר (או משתמע) אחרת, המסירה תהיה במקום עסקו של המוכר. באופן דומה, החוקים השונים העוסקים בחוזים מיוחדים, כגון שכירות ושאלה,<sup>13</sup> מתנה<sup>14</sup> וקבלנות,<sup>15</sup> קובעים הסדרים מיוחדים אשר חלים אף הם על הצדדים לחוזה כל עוד הם לא התנו עליהם.<sup>16</sup> לבסוף, תרופות בשל הפרת חוזה יכולות גם הן להיות מובנות, ברובן,<sup>17</sup>

11 ראו Omri Ben-Shahar & John A.E. Pottow, *On the Stickiness of Default Rules*, 33 FLA. ST. U. L. REV. 651 (2006).

12 Adam J. Hirsch, *Text and Time: A Theory of Testamentary Obsolescence*, 86 WASH. U. L. REV. 609, 636 (2009).

13 חוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971.

14 חוק המתנה, התשכ"ח-1968.

15 חוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974.

16 לא כל הוראותיהם של חוקים אלה הם בהכרח כללי בררת-מחדל. למשל, דרישת הכתב כתנאי לתקפותה של התחייבות ליתן מתנה, על-פי ס' 5(א) לחוק המתנה, אינה ניתנת כנראה להתנאה, שאלמלא כן הייתה מסוכלת המטרה שלשמה קיימת דרישת הכתב מלכתחילה (הבטחת רצינות העסקה). ראו גם ע"א 11/75 ועד הישיבות בא"י נ' מיכאלי, פ"ד (1) 639, 642 (1975), שם נקבע כי דרישת המסמך בכתב בס' 5(א) לחוק המתנה היא דרישה מהותית.

17 לכך יש חריגים. הצדדים אינם יכולים כנראה לקבוע כי סעד האכיפה יינתן גם במקרים שבהם ס' 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות), שולל סעד זה. כך לפחות באותם מקרים שבהם אי-מתן סעד של אכיפה נובע מטעמים שאינם קשורים לצדדים (כגון קשיי פיקוח של בית-המשפט – ס' 3(3) לחוק התרופות) או מטעמים של תקנת הציבור (כגון במקרה של חוזה לעבודה אישית או לשירות אישי – ס' 3(2) לחוק התרופות). עם

ככללי בררת-מחדל. כך, למשל, פיצויי ציפייה הם בררת-המחדל על-פי הדין בישראל, אך אין מניעה שהצדדים יקבעו ביניהם אחרת – למשל, על-ידי הגבלת הפיצויים שייפסקו בגין נזקים תוצאתיים<sup>18</sup> או על-ידי קביעת פיצויים מוסכמים.<sup>19</sup>

## 2. כללי בררת-מחדל של רוב

### (א) כללי

על-פי התיאוריה המקובלת ביותר של כללי בררת-מחדל, לפחות בין חוקרי משפט וכלכלה, כללי בררת-מחדל צריכים לעלות בקנה אחד עם העדפותיהם של רוב הצדדים שעליהם הם חלים. כך, ורק כך, ימלאו כללי בררת-המחדל את מטרתם, שהיא כאמור הפחתת עלויות העסקה של הצדדים.<sup>20</sup> אדרבה, אם כללי בררת-המחדל לא יעלו בקנה אחד עם העדפות אלה, הם יגדילו את עלויות העסקה, שכן הצדדים הכפופים לכללי בררת-המחדל יאלצו להתנות עליהם. יתרה מזו, כפי שהובהר לעיל (בהקשר של דיני הירושה), יש מקרים שבהם עלויות העסקה גבוהות עד כדי כך שהצדדים יוותרו עם כללי בררת-המחדל אפילו כאשר אין הם עולים בקנה אחד עם העדפותיהם, וכך יישלטו על-ידי כללים שהם לעולם לא היו בוחרים בהם מרצונם. בסוג זה של מקרים יש חשיבות מיוחדת לכך שכללי בררת-המחדל יעלו בקנה אחד עם העדפותיהם של הצדדים. לבסוף, כאשר כללי בררת-המחדל אינם עולים בקנה אחד עם העדפותיהם של הצדדים, וכאשר עלויות העסקה בהתנאה עליהם גבוהות, הצדדים עלולים להימנע מלכתחילה מלהיכנס לעסקאות שבהן כללי בררת-המחדל הללו חלים עליהם.

לפיכך, אם רוב הצדדים לחווי מכר היו רוצים שמסירת הטובין תהיה במקום עסקו של המוכר, אזי סעיף 10 לחוק המכר הוא כלל בררת-מחדל ראוי. מי שכלל בררת-מחדל זה אינו עולה בקנה אחד עם רצונו יצטרך להתנות עליו, ועל-כן כלל בררת-המחדל לא יחסוך

זאת, אין מניעה שהצדדים יקבעו בחוזה כי לא יינתן סעד של אכיפה או לא תיעשה השבה בעין במקרה של ביטול חוזה עקב הפרתו, גם אם כך היה הדין אילו לא קבעו הצדדים ביניהם דבר בעניינים אלה. ראו, בהתאמה, ע"א 2454/98 לינדאור נ' רינגל, פ"ד נו(1) 225, 238 (2001); ע"א 156/82 ליפקין נ' דור הזהב בע"מ, פ"ד לט(3) 85 (1985).

18 עם זאת, יש לשים לב לכך שבית-המשפט מוסמך לבטל הגבלות כאלה בהתאם לס' 3-4 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982. כך, למשל, בעח"א 1/79 מפעלים לניקוי יבש קשת בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד(3) 365 (1980), ביטל בית-המשפט תנאי המגביל את גובה הפיצוי שהיה כלול בחוזה אחיד בין בעלת מפעלים לניקוי יבש לבין לקוחותיה. לביקורת ראו אריאל פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב 647 (1999). למקרה אחר, שבו אשרר בית-המשפט תניה בחוזה אחיד שהגבילה את גובה הפיצוי, ואשר מקורה בחקיקה, ראו ע"א 1439/90 מדינת ישראל (רכבת ישראל) נ' הום – חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז(2) 346 (1993).

19 ס' 15 לחוק התרופות. הצדדים מוגבלים ביכולת ההתנאה שלהם מכוח סעיף זה, שכן אם הם יקבעו פיצוי גבוה מדי, בית-המשפט יפחיתו. ראו, למשל, ע"א 18/89 חשל חברה למסחר ונאמנות בע"מ נ' פרידמן, פ"ד מו(5) 257 (1992); ע"א 8535/13 זאבי תקשורת אחזקות בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 23.8.2015).

20 ראו, למשל, COOTER & ULEN, לעיל ה"ש 9, בעמ' 293-294.

לו עלויות עסקה, אך מאחר שרוב הצדדים לא יתנו על כלל בררת־המחדל, הסך הכולל של עלויות העסקה יפחת.

האתגר הגדול למשפט בקביעת כללי בררת־מחדל של רוב הוא איך לדעת מה רוב הצדדים היו רוצים: אילו כללים הם היו מעדיפים שיחולו על החוזים שביניהם אילו נשאו ונתנו בפועל על תוכנם? תשובתם של חוקרי משפט וכלכלה היא שצדדים לחוזה חפצים בכללים יעילים, דהיינו, בכללים אשר משיאים את רווחי החוזה. ככל שרווח זה יגדל, שני הצדדים ייחזקו. <sup>21</sup> לפיכך, על־פי תיאוריה זו, אם העלויות של מסירת טובין במקום עסקו (או בביתו) של המוכר נמוכות מהעלויות של מסירת הטובין במקום מגוריו (או עסקו) של הקונה (למשל, כי נוח יותר לקונה להגיע למוכר מאשר למוכר להגיע לקונה), אזי סעיף 10 לחוק המכר קובע כלל בררת־מחדל יעיל, ובשל כך רוב המתקשרים החוזיים יעדיפו אותו. באופן דומה, אם תשלום פיצויי ציפייה – אך לא פיצויי הסתמכות – במקרה של הפרה מספק לצדדים תמריצים יעילים לביצוע החוזה או להקטנת נזקי הפרתו, אזי כלל בררת־מחדל המטיל אחריות על המפר בגובה פיצויי הציפייה עדיף על כלל בררת־מחדל חלופי המטיל אחריות בגובה פיצויי ההסתמכות בלבד. <sup>22</sup>

כללי בררת־מחדל יכולים להיות רגישים להקשר. <sup>23</sup> למשל, גם אם רוב המתקשרים החוזיים היו מעדיפים אכיפת חוזה על פיצויים, ועל־כן כלל בררת־מחדל כללי של אכיפה עדיף על כלל בררת־מחדל כללי של פיצויים, ייתכן שבעסקאות מסוימות היו רוב הצדדים מעדיפים דווקא פיצויים. כאשר כך הם פני הדברים, ראוי שבעסקאות אחרונות אלה יחול כלל בררת־מחדל של פיצויים, גם אם בעסקאות אחרות כלל בררת־המחדל יהיה אכיפה. לפחות מנקודת־מבט כלכלית, כללי בררת־מחדל צריכים להיות מותאמים להקשר עד לנקודה שממנה התאמה נוספת אינה מוצדקת מבחינה כלכלית בשל עלויותיה. כפי שנראה מייד, פרסונליזציה של כללי בררת־מחדל עולה בקנה אחד עם תפיסה זו.

### (ב) פרסונליזציה של כללי בררת־מחדל של רוב

כללי בררת־מחדל מותאמים לעיתים קרובות לסוגי חוזים או להקשרים שונים, אך הם אינם מותאמים למאפיינים אישיים של הצדדים לחוזה אשר משליכים על העדפותיהם. <sup>24</sup> הדוגמה הבאה תמחיש מקרה שבו התאמה כזו הינה פשוטה, טבעית, ומפחיתה בכירור עלויות עסקה.

*דוגמה 1: מקום מסירת הטובין.* דן הינו בעל מוגבלות פיזית, והוא רתוק לכיסא־גלגלים. הוא רוכש טלוויזיה עם מסך גדול בחנות למוצרי חשמל. האם כלל

21 על־פי התיאוריה הכלכלית, גם אם כלל משפטי מסב אקס־פוסט הפסד לאחד הצדדים, אם לצד האחר הוא מניב רווח שגדול מאותו הפסד, אזי שני הצדדים יהיו מעוניינים לאמץ את הכלל, שכן כך הם ישיאו את סך הרווח מן החוזה, שאותו הם יחלקו ביניהם אקס־אנטה בעת תמחור החוזה. ראו פורת, לעיל ה"ש 9.

22 שם.

23 Geis, לעיל ה"ש 7; Ayres, לעיל ה"ש 7.

24 לדיון בחוזים ש"ממלאים את עצמם" על בסיס הטכנולוגיה של נתוני־עתק ראו Anthony J. Casey & Anthony Niblett, *Self-Driving Contracts*, 43 J. Corp. L. 1 (2017).

## בררת-המחדל שיחול על העסקה צריך להיות שהמסירה תהיה במקום עסקו של המוכר?

גם אם לגבי רוב הצרכנים כלל של מסירה במקום עסקו של המוכר הוא הכלל היעיל, אין זה בהכרח כך בדוגמה 1. לגבי צרכנים הרתוקים לכיסא-גלגלים, ואשר ניתן על-כן לזהותם בנקל כאנשים עם מוגבלות פיזית, מסירה בביתם – ולא במקום עסקו של המוכר – תפחית כנראה, בדרך-כלל, את עלויות החווה, ועל-כן תועדף על-ידי רובם; והמוכרים יוכלו כנראה, עקב כך, לגבות מאותם צרכנים מחיר גבוה מזה שהם גובים מצרכנים שאין להם מוגבלות פיזית. לא למותר לציין שהצדדים יוכלו להתנות על בררת-המחדל, אם יחפצו בכך, אך כל עוד הם אינם עושים כן, מסירה בביתו של דן תהיה כנראה כלל בררת-המחדל יעיל יותר מאשר כלל בררת-המחדל האחיד הקבוע בסעיף 10 לחוק המכר, ואשר חל על כולם באופן שווה. הדוגמה הבאה מורכבת יותר.

*דוגמה 2: אכיפה או פיצויים.* אבי הוא אדם רציונלי, נטול קשר רגשי לרכוש, אשר משנה את מקום מגוריו לעיתים תכופות. אלון, לעומתו, מחזיק בערכים קנטיאניים, לפחות בכל הנוגע בחובה המוסרית לקיים הבטחות, חש קשר רגשי לרכוש, משנה את מקום מגוריו לעיתים רחוקות, וכאשר הוא עושה כן, הוא מקדיש חודשים ארוכים לחיפוש מקום מגורים הולם. אבי ואלון כרתו, כל אחד לחוד, חוזה לרכישת דירה מתמי, קבלנית העוסקת בבניית דירות ובמכירתן. תמי מתנערת מן החוזים שכרתה עם אבי ואלון. בהנחה שכל הנסיבות הקשורות לחוזה של אבי זהות לנסיבות הקשורות לחוזה של אלון, להוציא מאפייניהם האישיים של שני הרוכשים כמתואר לעיל, האם על בית-המשפט ליתן לשניהם אותה תרופה?

על-פי המשפט הנוהג, התשובה חיובית כנראה. ייתכן שהמצב היה שונה אילו השתכנע בית-המשפט שתמי הבינה, בעת ניהול המשא-ומתן עם אבי ואלון, שאבי מעדיף תרופת פיצויים ואילו אלון מעדיף תרופת אכיפה. במקרה זה אולי היה בית-המשפט מתחשב בכך בעת הפעלת שיקול-דעתו, ופוסק תרופות שונות בשני המקרים.<sup>25</sup> אך טענתנו היא שבהנחה שגם בית-המשפט (בעת הדיון) וגם תמי (בעת כריתת החוזים) יכולים להבחין במידה ראויה של ודאות במאפיינים השונים של שני הרוכשים, על בית-המשפט ליתן סעד של פיצויים לאבי וסעד של אכיפה לאלון. תמי, מצידה, תתמחר את החווה עם אבי אחרת מכפי שהיא תתמחר את החווה עם אלון – או תציע להם תנאי התקשרות שונים בעניינים אחרים – כדי לפצות על העלויות הגבוהות יותר שסעד האכיפה עלול לגבות ממנה.

25 כך, ס' 3(4) לחוק התרופות מחייב את בית-המשפט לפסוק פיצויים במקום אכיפה אם "אכיפת החווה היא בלתי צודקת בנסיבות הענין". מאזן הצדק שבית-המשפט עורך על-פי סעיף זה עשוי להיות מושפע מרצונותיהם ומציפיותיהם של הצדדים, כפי שהשתקפו בחוזה או במשא-ומתן שקדם לכריתתו. ראו, למשל, ע"א 4796/95 אלעזר נ' אלעזר, פ"ד נא(2) 669 (1997).



### 3. כללי בררת־מחדל של מיעוט (או עונשיים)

#### (א) כללי

במאמר חשוב זיהו איאן איירס ורוברט גרטנר סוג של כללי בררת־מחדל שאינם כללי בררת־מחדל של רוב, ואשר כונו על־ידיהם "כללי בררת־מחדל עונשיים".<sup>26</sup> להבדיל מכללי בררת־מחדל של רוב, טענו איירס וגרטנר, כללי בררת־מחדל עונשיים אינם מתיימרים לחקות את העדפותיהם של המתקשרים החוזיים. במקום זאת, הם "מענישים" את הצד לחוזה שיש לו מידע פרטי שאין לצד האחר, בכך שהם מוטים לרעתו, ובכך מתמרצים אותו לחלוק מידע זה עם הצד האחר. בדרך זו כללי בררת־מחדל עונשיים מקדמים את יעילותו של החוזה. דוגמה לכלל בררת־מחדל עונשי שאיירס וגרטנר נותנים במאמרם היא הכלל השולל מהנפגע פיצויים בגין נזקים בלתי־צפויים.<sup>27</sup> אילו כלל בררת־המחדל היה הפוך, דהיינו שהנפגע זכאי לפיצויים גם בגין נזקים בלתי־צפויים, אזי הנפגע לא היה חולק מידע עם המפר באשר לפוטנציאל נזק גבוה ובלתי־צפוי (מבחינת המפר) שיש לו, שכן אילו עשה כן היה מחיר החוזה מתייקר לגביו. לעומת זאת, כלל בררת־המחדל הנוהג, שלפיו אין אחריות על המפר בגין נזקים בלתי־צפויים, מתמרץ את הנפגע ליידע את המפר בדבר פוטנציאל נזק זה, כל עוד הנפגע אינו מונע הנזק הזול של הנזק הבלתי־צפוי.<sup>28</sup>

על התיאוריה של כללי בררת־המחדל העונשיים נמתחו ביקורות שונות, שהחשובה לעינינו היא זו של אריק פוזנר. לטענת פוזנר, אין בנמצא כללי בררת־מחדל עונשיים, ואף לא צריכים להיות כאלה.<sup>29</sup> זאת, מכיוון שהן כללי בררת־מחדל של רוב והן כללי בררת־מחדל עונשיים, כפי שאיירס וגרטנר מגדירים אותם, גורמים לכך שצדדים לחוזה עם מידע פרטי, אשר אינם מעוניינים שכלל בררת־המחדל יחול עליהם, יגלו את המידע הפרטי לצד האחר, אשר יציע להם בעקבות זאת חוזה שאינו כולל את בררת־המחדל האמורה.<sup>30</sup> מאחר שהליך זה של גילוי מידע והתנאה על כלל בררת־המחדל לאחר־מכן כרוך בעלויות עסקה, כלל בררת־מחדל של רוב זול יותר להפעלה מכלל בררת־מחדל עונשי – שהינו למעשה כלל בררת־מחדל של מיעוט – שכן תחתיו יהיו מקרים מעטים יותר של גילוי מידע לצד האחר והתנאה על בררת־המחדל.

26 Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87, 91 (1989)

27 במשפט המקובל נקבעה מגבלה זו של הפיצויים בהלכת 156 Hadley v. Baxendale, (1854) E.R. 145, 9 Ex. 341. בארץ מגבלה זו קיימת מכוחו של ס' 10 לחוק התרופות. למקרה שבו שלל בית־המשפט פיצוי בגין נזק בלתי־צפוי ראו ע"א 3931/16 מור נ' נחמני (פורסם בבנו, 5.9.2018).

28 אם הנפגע הוא מונע הנזק הזול, הוא יעדיף לשאת בנזק הבלתי־צפוי ולא לגלות למפר את דבר קיומו, שכן עלות הנשיאה שלו בנזק תהיה נמוכה מפרמיית הסיכון שבה ייאלץ לשאת אם יגלה זאת למפר.

29 Eric A. Posner, *There Are No Penalty Default Rules in Contract Law*, 33 FLA. ST. U. L. REV. 563, 586–87 (2006).

30 שם, בעמ' 569–573.

כדי להבין את טענתו של פוזנר, נחזור לדוגמה של כלל בררת-המחדל שלפיו המפר אינו אחראי לנזקים בלתי-צפויים. כלל זה, כזכור, גורם לכך שהנפגע (במקרים מסוימים) יגלה למפר שיש לו פוטנציאל נזק גבוה. אך גם אם כלל בררת-המחדל היה הפוך, כך שנפגעים היו זכאים לפיצוי על נזקים בלתי-צפויים, נפגעים שיש להם פוטנציאל נזק נמוך היו מגלים זאת למפר ומקבלים הנחה במחיר. כך או אחרת הייתה אפשרות למפר להבחין בין נפגעים עם פוטנציאל נזק גבוה לבין נפגעים עם פוטנציאל נזק נמוך, והיה נכרת חוזה יעיל. על-פי פוזנר, הבחירה בין כללי בררת-המחדל הללו צריכה להיעשות לפי שיקול אחד: איזה כלל משפטי היו רוב הצדדים רוצים. כך יהיו מקרים מעטים יותר שבהם צדדים יאלצו לגלות מידע והצדדים שכנגד יתנו על בררת-המחדל. אומנם, באופן תיאורטי, ממשך פוזנר, ייתכנו מצבים שבהם סך העלויות של מיעוט הצדדים כתוצאה מגילוי מידע לצד האחר והתנאה על כלל בררת-המחדל של רוב יהיה גבוה מסך העלויות של רוב הצדדים כתוצאה מגילוי מידע והתנאה על כלל בררת-המחדל של מיעוט (כלל בררת-המחדל עונשי), אך בפועל אין זה סביר שיהיו מצבים כאלה.<sup>31</sup>

אכן, נראה שנכון להגדיר את כללי בררת-המחדל העונשיים כסוג מסוים של כללי בררת-המחדל של מיעוט, כפי שאירס וגרטנר עצמם הסבירו במאמר שפרסמו כעשור לאחר פרסום מאמרם הראשון בנושא.<sup>32</sup> כפי שנראה בתת-פרק הבא, לפחות ככל שמדובר בכללי בררת-המחדל אישיים, יש לעיתים הצדקה לכללי בררת-המחדל של מיעוט.

### (ב) כללי בררת-המחדל של מיעוט כמאפשרים כללי בררת-המחדל אישיים

כאשר אין למוכרים ולבתי-משפט מידע על העדפותיהם של הצרכנים, פרסונליזציה של כללי בררת-המחדל אינה אפשרית. עם זאת, המשפט יכול לספק תמריצים לצדדים לחוזה לגלות לצד האחר ולבתי-משפט מידע באשר למאפייניהם ולהעדפותיהם – הן ביחס לעסקה ספציפית והן ביחס לעסקאות עתידיות רבות – על-ידי "הענשת" אלה שהיה טוב שיגלו את המידע ואשר לא עשו כן.

נחזור לדוגמה 2 (אכיפה או פיצויים). נניח שהמוכרים ובתי-המשפט אינם יכולים להבחין מי הם המתקשרים מן הסוג של אבי ומי הם המתקשרים מן הסוג של אלון, ועל-כן אי-אפשר לקבוע במקרים המיוצגים על-ידי דוגמה 2 כללי בררת-המחדל אישיים לצדדים. כללים אישיים אלה, אילו היה אפשר לקבועם, היו לא רק מביאים לידי כך שלאבי תינתן תרופת פיצויים ולא אלון תרופת אכיפה, אלא היו עשויים גם להוביל לקביעת כללי בררת-המחדל נוספים בהתאם להעדפותיהם השונות של הצדדים – העדפות שניתן ללמוד ממאפייניהם השונים. כיצד על המשפט לנהוג במצב עניינים זה? אפשרות אחת היא שכללי בררת-המחדל ייקבעו לפי הרוב (כללי בררת-המחדל של רוב). כך, אם יש מתקשרים רבים יותר מן הסוג של אבי מאשר מן הסוג של אלון, כל כללי בררת-המחדל ייקבעו לפי העדפותיו של אבי, ואילו מתקשרים מן הסוג של אלון יגלו את מאפייניהם, ובדרך זו יזכו בכללי בררת-המחדל המותאמים טוב יותר להעדפותיהם. אומנם, היה אפשר לעשות את ההפך, ולקבוע את כל

31 שם, בעמ' 573.

32 Ian Ayres & Robert Gertner, *Majoritarian vs. Minoritarian Defaults*, 51 STAN. L. REV. 32 (1999), 1591, 1600–02, 1606.

כללי בררת-המחדל לפי העדפותיו של אלון (כללי בררת-מחדל של מיעוט). במקרה זה מתקשרים מן הסוג של אבי היו מגלים את מאפייניהם, על-מנת לזכות בחוזה המותאם טוב יותר להעדפותיהם. באנלוגיה ממה שלמדנו מביקורתו של פוזנר על אירס וגרטנר, נראה לכאורה שעדיפים כללי בררת-מחדל של רוב – דהיינו, בדוגמה שלנו, כאלה המותאמים לאבי – שכן כך מתקשרים מעטים יותר ייאלצו לשאת בעלויות של גילוי מאפייניהם לצד האחר.

אלא שמסקנה זו אינה הכרחית כלל ועיקר. המידע שמתקשרים חוזיים – צרכנים, למשל, כבדוגמה 1 – יידרשו להעביר לצד האחר כדי לזכות בכללי בררת-מחדל המותאמים להם אישית הוא מידע פרטי, ולעיתים קרובות מן הסוג שמתקשר חוזי אינו שש לחלוק עם אחרים. לא כל צרכן רגיש, קפריזי ונוירוטי ירצה לחשוף תכונות אלה לפני המוכרים. כך, לגבי צרכנים מסוימים עלויות הגילוי שהם יידרשו לשאת בהן כדי לזכות בכללי בררת-מחדל המותאמים להם אישית יהיו גבוהות מאוד, והם ייאלצו להתמודד עם הבחירה אם לקבל כללי בררת-מחדל אחידים בלי עלויות גילוי או כללי בררת-מחדל אישיים עם עלויות הגילוי. אם קונים אלה הם מיעוט, כללי בררת-מחדל של מיעוט, ולא של רוב, עשויים לצמצם את סך עלויות הגילוי, ואף יאפשרו לצרכנים רבים יותר לקבל כללי בררת-מחדל אישיים התואמים טוב יותר את העדפותיהם. באופן דומה, יש צרכנים שבגלל מגבלות או הטיות קוגניטיביות לא יגלו את מאפייניהם למוכר. גם אלה עשויים להוות מיעוט בקרב הצרכנים, ובשל מגבלותיהם המיוחדות כללי בררת-מחדל של מיעוט עשויים להיות עדיפים על כללי בררת-מחדל של רוב.

בסופו של דבר, שאלת הבחירה בין כללי בררת-מחדל של רוב לבין כאלה של מיעוט היא אמפירית: השאלה היא אילו כללי בררת-מחדל ייצרו פחות עלויות עסקה הנובעות מן הצורך של מתקשרים מסוימים, ולא אחרים, לגלות את מאפייניהם והעדפותיהם לצד האחר. אם עלויות הגילוי לכל מתקשר הן זהות, אזי כללי בררת-מחדל של רוב יהיו עדיפים על כללי בררת-מחדל של מיעוט, אך אם לא כך הדבר, אין זה מן הנמנע שלעיתים דווקא כללי בררת-מחדל של מיעוט יהיו טובים יותר.

עם זאת, ראוי לסייג מסקנה זו: בעתיד, לפחות בתחום הצרכני, כאשר מוכרים ידעו כמעט הכל – באמצעות נתוני-עתק – על העדפותיהם של הצרכנים,<sup>33</sup> ההבחנה בין כללי בררת-מחדל של רוב לבין כללי בררת-מחדל של מיעוט תאבד משמעות, שהרי לכל צרכן יותאמו כללי בררת-המחדל המתאימים לו. אף הצורך לתמרץ את הצרכן להעביר מידע למוכר על העדפותיו ייעלם.

## ב. יישום

בפרק הקודם ראינו כיצד כללי בררת-מחדל יכולים להיות אישיים. הדיון הניח מכללל שתי דרכים לפרסונליזציה: פרסונליזציה "גסה" (crude) ופרסונליזציה "עדינה" (granular). פרסונליזציה גסה של כללי בררת-מחדל נוטלת מאפיין נראה לעין ויוצרת כללי בררת-מחדל שונים לבני-אדם שונים בהתאם למאפיין זה. למשל, אם יש מידע משכנע דיו שלגברים

ולנשים יש העדפות שונות כאשר לחלוקת העיזבון שלהם לאחר מותם, יש לקבוע דיני ירושה שונים (כלומר, כללי בררת-מחדל שונים) לגברים ולנשים. שיוך מגדרי קל בדרך-כלל לבדיקה, ועל-כן הקביעה אילו כללי בררת-מחדל יחולו היא פשוטה וזולה ליישום. כאשר מאפיין דוגמת גיל או מגדר הוא הבסיס לקביעת כללי בררת-המחדל האישיים, החשש להגבלת חופש הפעולה של המוריש או המורשה, כמו-גם ליצירת סטריאוטיפים, אינו רב, מאחר שניתן להתנות על כללים אלה.<sup>34</sup> אכן, יש דוגמאות אחדות לקיומם בפועל של כללי בררת-מחדל שנעשתה פרסונליזציה גסה שלהם. למשל, מעבידים רבים בארצות-הברית הפעילו כללי בררת-מחדל מותאמים אישית, בהתאם לגיל, באשר לשיעור המשכורת של עובד שיופרש לחיסכון כחלק מתוכנית הפנסיה שמקום העבודה מציע.<sup>35</sup> יש אף הצעות לספק לעובדים אפיקי השקעה לחיסכון המותאמים למספר השנים שהם מצפים לעבוד.<sup>36</sup> קביעת כללי בררת-מחדל עדינים היא אתגר גדול יותר. נניח שלנשים שמרניות ולנשים ליברליות יש העדפות שונות כאשר לאופן חלוקת העיזבון שלהן. עוד נניח שלנשים שמרניות המתגוררות באזורים עירוניים ולנשים שמרניות המתגוררות באזורים כפריים יש גם-כן העדפות שונות בעניין זה. באופן תיאורטי ייתכנו כללי בררת-מחדל אישיים אין-ספור, והשאלה עד כמה הפרסונליזציה יכולה להיות עדינה תלויה בשאלה אחרת, והיא עד כמה ניתן להבחין בהתנהגויות עקביות של בני-אדם שונים שניתן להסיק מהן את העדפותיהם בנוגע לעניין הנדון. יש כאן, אם כן, מתח מובנה בין דיוק לכין סיבוך (אשר יוצר אף אי-ודאות), והאתגר הוא למצוא את נקודת האיזון הראויה.<sup>37</sup>

ההבחנה בין פרסונליזציה גסה לבין פרסונליזציה עדינה של כללי בררת-מחדל היא במידה רבה עניין של כמות יותר מאשר עניין של איכות: פרסונליזציה הנעשית על-פי מספר מועט של מאפיינים של פרטים בחברה היא גסה, ואילו כזו הנעשית על-פי מספר רב של מאפיינים, ובכלל זה מאפיינים הנלמדים מהתנהגויות של פרטים אלה בעבר, היא עדינה. האפשרות הטכנית לבצע פרסונליזציה גסה היא מובנת מאליה: כדי לעשותה אפשרית, כל שיש להראות הוא שמאפיין מסוים של הפרט יכול להוות בסיס לניכוי התנהגות עתידית שלו. לפיכך בחלק זה של המאמר נתמקד בפרסונליזציה העדינה, המורכבת יותר, אשר יש בה כדי להביא לידי פרסונליזציה שלמה יותר של כללי בררת-המחדל.

## 1. נתוני-עתק (Big Data) ו"חמשת הגדולים" ("Big Five")

אתגר מרכזי שהפרסונליזציה של כללי בררת-המחדל יוצרת הוא כיצד לאפשר לצדדים מלכתחילה (אקס-אנטה) ולבית-המשפט לאחר מעשה (אקס-פוסט) לזהות את כלל בררת-המחדל שחל במקרה נתון. לאחר מעשה, כאשר נוצר סכסוך בין הצדדים, לשני הצדדים יש אינטרס לטעון לתחולתו של כלל בררת-המחדל אשר יניב להם יתרון. למשל, בדוגמה 2 (אכיפה או פיצויים), הן אבי והן אלון עשויים לטעון בבית-המשפט שהתרופה שהם זכאים

34 אך ראו דיון להלן בפרק ג.

35 26 U.S.C. § 401(K) (1978)

36 ראו Gordon T. Butler, *American Paternalism and the One Fund Solution*, 9 Wyo. L. Rev. 485, 521 (2009).

37 ראו דיון להלן בתת-פרק 4ג.

לה היא תרופת האכיפה, שכן תרופה זו מעניקה להם עמדת מיקוח טובה יותר מול המוכרת. הניתן לפתור בעיה זו? בעידן נתוני־העתק התשובה לשאלה זו היא חיובית. "נתוני־עתק" הוא כינוי לכמויות עצומות של מידע שנאסף ממקורות שונים (כגון אתרי מרשתת, רשתות חברתיות ומכשירי טלפון ניידים), ואשר מעובד ומנותח על־ידי מחשבים כדי לזהות בו תבניות ומתאמים.<sup>38</sup> פעמים רבות נתוני־עתק כוללים מידע על התנהגויות של צרכנים בהקשרים ובמצבים שונים, אשר לאחר עיבודו וניתוחו מאפשר לנבא התנהגויות עתידיות שלהם. בשנת 2019 הוציאו פירמות בארצות־הברית כ־100 מיליארד דולר על אגירה ועיבוד של נתוני־עתק.<sup>39</sup> הצפי הוא שבשנים 2018–2022 יעמוד שיעור הצמיחה השנתי הממוצע של שוק האגירה והעיבוד של נתוני־עתק בעולם על 13.2%.<sup>40</sup> למה הממון הרב הזה משמש? קשה לתת תשובה מדויקת לשאלה זו, שכן שימושים שונים בנתוני־עתק הם סודות מסחריים. עם זאת, עם השנים אנו למדים יותר ויותר על השימושים השונים של פייסבוק וגוגל בנתוני־עתק. דוגמה טריוויאלית לשימוש בנתוני־עתק, המוכרת לכל מי שהשתמש אי־פעם במנוע חיפוש כלשהו במרשתת, היא שתחילת הקשתה של מילה גורמת לכך שיופיעו על המסך הצעות שונות להמשך של המילה או המשפט בהתאם לשכיחותן בחיפושים דומים של הגולש או של גולשים אחרים. דוגמה אחרת היא השימוש שנעשה בנתוני־עתק באופן שהשפיע אולי על תוצאות הבחירות לנשיאות ארצות־הברית בשנת 2016.<sup>41</sup> אף מערכת הבחירות של הנשיא האמריקני לשעבר ברק אובמה עשתה שימוש נרחב בטכניקות מתקדמות של עיבוד נתוני־עתק (ואף נמתחה ביקורת על כך), על־מנת לזהות את תומכיו של אובמה ולעודד אותם להצביע.<sup>42</sup> שימוש רב בנתוני־עתק נעשה גם

Lior Jacob Strahilevitz, *Toward a Positive Theory of Privacy Law*, 126 HARV. L. REV. 38 (2013), 2010, 2021.

*Who Will Be Spending on Big Data and Business Analytics?*, INFOTECHLEAD (Apr. 5, 39 2019), <https://infotechlead.com/analytics/who-will-be-spending-on-big-data-and-business-analytics-58169>.

שם. 40

על־פי נתונים שחשף עובד לשעבר בחברת קיימברידג' אנליטיקה, החברה רכשה מידע על 41 כ־50 מיליון פרופילים של משתמשי פייסבוק, ובאמצעות מידע זה בנתה מודלים התנהגותיים שיאפשרו לה לכוון מסרים מתאימים אל בוחרים פוטנציאליים בקמפיינים פוליטיים שונים, ובכלל זה בבחירות לנשיאות שנערכו בארצות־הברית בשנת 2016. שנה לפני הבחירות הודיעה החברה לפייסבוק כי מחקה את כל המידע שהיה ברשותה על מיליוני הפרופילים, אולם למעשה היא שמרה על הנגזרות ממידע זה, אשר עזרו לה בהכוונת המסרים לבוחרים. בעניין זה ראו Danny Rosenbergs & Matthew Rosenberg, *Data Firm Tied to Trump Campaign Talked Business With Russians*, N.Y. TIMES (Mar. 17, 2018), <https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-russia.html>; Carole Cadwalladr & Emma Graham-Harrison, *Cambridge Analytica: Links to Moscow Oil Firm and St Petersburg University*, THE GUARDIAN (Mar. 17, 2018), <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-academic-trawling-facebook-had-links-to-russian-university>.

Christi Parsons & Kathleen Hennessey, *Obama Campaign's Investment in Data Crunching Paid Off*, L.A. TIMES (Nov. 13, 2012), <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-2012-nov-13-la-na-obama-analytics-20121113-story.html>.

בתחום ההשכלה הגבוהה,<sup>43</sup> בתחום הרפואה<sup>44</sup> ובתחום הביטוח.<sup>45</sup> חוקרים הראו כי ניתן לזהות בנקל את הגזע של הגולש במרשתת לפי אופן החיפוש שהוא עורך,<sup>46</sup> וכי ניתן לזהות את תפישותיהם האידיאולוגיות של בני-אדם על-פי הרגלי הצפייה שלהם בטלוויזיה.<sup>47</sup> שימוש תדיר בטכנולוגיות של נתוני-עתק נעשה על-מנת לסייע לעסקים לאתר לקוחות רווחיים, כגון חולים הזקוקים לשירותים רפואיים מיוחדים שהחברה מספקת או מבוטחים שסיכונים נמוכים ואשר כדאי על-כן לחברת הביטוח לבטחם.<sup>48</sup>

קמעונאים עושים גם הם שימוש רב יותר ויותר באסטרטגיות המונעות על-ידי נתוני-עתק. למשל, למסעדות יש לא אחת מידע על לקוחותיהם המאפשר להם, למשל, לזכור אם הם מעדיפים מפית שחורה על מפית לבנה או יין אדום על יין לבן.<sup>49</sup> מידע זה ניתן לחלוק לאחר-מכן עם מסעדות אחרות.<sup>50</sup> בדרך זו מסעדות יכולות להעניק ללקוח חדש אותו שירות אישי הניתן בדרך-כלל ללקוחות ותיקים שסעדו במסעדה פעמים רבות.

השימוש שנעשה בנתוני-עתק כדי לנבא התנהגויות עתידיות מניח שתבניות התנהגות של בני-אדם בתחומים שונים, שאינם קשורים כלל זה לזה, עשויות ללמד על מאפייני אישיותו

Paul Baepler & Cynthia James Murdoch, *Academic Analytics and Data Mining in Higher Education*, 4(2) INT'L J. SCHOLARSHIP OF TEACHING & LEARNING 1 (2010) 43

Choong Ho Lee & Hyung-Jin Yoon, *Medical Big Data: Promise and Challenges*, 36 KIDNEY RES. & CLIN. PRACT. 3 (2017); David W. Bates et al., *Big Data in Health Care: Using Analytics to Identify and Manage High-Risk and High-Cost Patients*, 33 HEALTH AFF. 1123 (2014) 44

ברנארד מאר "הביג דאטה מגיע לעולם הביטוח ועומד לשנות אותו מהקצה לקצה" *Forbes* 22.1.2016 Israel / הביג-דאטה-מגיע-לעולם-הביטוח-ועומד-לשנות-הברות הביטוח משתמשות בנתונים ממקורות של צד שלישי. למשל, כאשר התברר שאנשים עם דירוג אשראי גבוה נוטים להיות נהגים זהירים יותר, החלו חברות הביטוח לשלב נתון זה בנוסחה לקביעת פרמיות הביטוח האישי לרכב. ראו Richard Clarke & Ari Libarikian, *Unleashing the Value of Advanced Analytics in Insurance*, MCKINSEY COMPANY (Aug. 2014), & *the Value of Advanced Analytics in Insurance*, MCKINSEY <https://www.mckinsey.com/industries/financial-services/our-insights/unleashing-the-value-of-advanced-analytics-in-insurance> 45

Alistair Croll, *Big Data Is Our Generation's Civil Rights Issue, and We Don't Know It*, O'REILLY RADAR (Aug. 2, 2012), <http://radar.oreilly.com/2012/08/big-data-is-our-generations-civil-rights-issue-and-we-dont-know-it.html> 46

Bill Carter, *Republicans Like Golf, Democrats Prefer Cartoons, TV Research Suggests*, N.Y. TIMES (Oct. 11, 2012), <http://mediadecoder.blogs.nytimes.com/2012/10/11/republicans-like-golf-democrats-prefer-cartoons-tv-research-suggests/?smid=tw-nytimes> 47

Natasha Singer, *Shoppers, Meet Your Scorekeeper*, N.Y. TIMES, Aug. 19, 2012, at BU1, available at <http://www.nytimes.com/2012/08/19/business/electronic-scores-rank-consumers-by-potential-value.html> 48

Susanne Craig, *Getting to Know You*, N.Y. TIMES, Sept. 5, 2012, at D1, available at [http://www.nytimes.com/2012/09/05/dining/what-restaurants-know-about-you.html?pagewanted=all&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2012/09/05/dining/what-restaurants-know-about-you.html?pagewanted=all&_r=0) 49

למשל, באמצעות מאגר המידע של OpenTable 50

של אדם ועל הערכים שהוא מחזיק בהם.<sup>51</sup> פסיכולוגים רבים מבינים התנהגות אנושית תוך שימוש בחמשת המאפיינים המרכזיים של האישיות (המכונים "חמשת הגדולים" – Big Five): מוחצנות, נויורטיות, סתגלנות, מצפוניות ופתיחות.<sup>52</sup> הספרות הפסיכולוגית מצאה קשרים בין מאפייני אישיות אלה לבין התנהגויות של בני־אדם, ובכך פתחה לשימוש בנתוני־עתק כדי ללמוד על מאפייני האישיות של בני־אדם. למשל, מחקר אחד הראה שבני־אדם מוחצנים נוטים לגלות מידע רב על עצמם ברשתות חברתיות.<sup>53</sup> מחקר אחר הצביע על כך שבני־אדם מצפוניים נוטים להחזיק בעמדות פוליטיות שמרניות,<sup>54</sup> ומחקר שלישי הראה שתלמידי מכללה אמריקנים סתגלנים יותר מתלמידים בני אותו גיל במדינות מערב אירופה.<sup>55</sup> על־ידי שימוש בנתוני־עתק מצאו פירמות את הדרך להעריך את שגיונותיהם וגחמותיהם של לקוחותיהם.<sup>56</sup> מכיוון שפירמות אלה עושות שימוש במידע גלוי או במידע שלמי שרוכש אותו יש זכות קניינית בו (על־פי הנטען), הם אינם מבקשים את הסכמת הפרטים אשר את התנהגויותיהם הם לומדים ומנתחים.<sup>57</sup> מכיוון ששימוש בנתוני־עתק מתבסס על העדפות גלויות של צרכנים (revealed preferences) (להבדיל מסקרים, שבהם צרכנים נשאלים על העדפותיהם ועלולים לתת תשובות המשרתות את האינטרסים שלהם), פירמות מחשיבות את המסקנות הנלמדות מנתוני־עתק כאמינות במיוחד, וככאלה שניתן להסתמך עליהן בבטחה. מחקר מרתק המדגים את כוחם של נתוני־עתק בזיהוי מאפייני אישיות של בני־אדם נעשה על רוכשי טלפונים ניידים.<sup>58</sup> עורכי המחקר העבירו מבחני אישיות לרוכשי טלפונים ניידים,

- 51 Strahilevitz, לעיל ה"ש 38, בעמ' 2022–2024.
- 52 Murray R. Barrick & Michael K. Mount, *The Big Five Personality Dimensions and Job Performance: A Meta-Analysis*, 44 PERSONNEL PSYCHOL. 1, 1–5 (1991).
- 53 Baiyun Chen & Justin Marcus, *Students' Self-Presentation on Facebook: An Examination of Personality and Self-Construct Factors*, 28 COMPUTERS IN HUM. BEHAV. 2091, 2097 (2012); Tracii Ryan & Sophia Xenos, *Who Uses Facebook? An Investigation into the Relationship Between the Big Five, Shyness, Narcissism, Loneliness, and Facebook Usage*, 27 COMPUTERS IN HUM. BEHAV. 1658, 1662 (2011).
- 54 Dana R. Carney et al., *The Secret Lives of Liberals and Conservatives: Personality Profiles, Interaction Styles, and the Things They Leave Behind*, 29 POL. PSYCHOL. 807, 824 (2008).
- 55 David P. Schmitt et al., *The Geographic Distribution of Big Five Personality Traits*, 38 J. CROSS-CULT. PSYCHOL. 173, 185 tbl. 2 (2007). "חמשת הגדולים" אינה המסגרת היחידה, כמובן, להערכת מאפייני אישיות של בני־אדם. פסיכולוגים הצביעו על מאפיינים נוספים של האישיות, כגון סמכותיות. ראו, למשל, John Duckitt, *Authoritarianism and Group Identification: A New View of an Old Construct*, 10 POL. PSYCHOL. 63 (1989).
- 56 Strahilevitz, לעיל ה"ש 38, בעמ' 2023.
- 57 פונר ווייל פיתחו מודל של "תשלום בעבור נתונים", שעל־פיו חברות יצטרכו לשלם למשתמשים בעבור הנתונים האישיים שלהם שהן עושות בהם שימוש. ראו ERIC A. POSNER & E. GLEN WEYL, *RADICAL MARKETS: UPROOTING CAPITALISM AND DEMOCRACY FOR A JUST SOCIETY* 205–49 (2018).
- 58 Gokul Chittaranjan, Jan Blom & Daniel Gatica-Perez, *Mining Large-Scale Smartphone Data for Personality Studies*, 17 PERS. & UBIQUITOUS COMPUTING 433 (2013).

ולאחר-מכן עקבו אחר אופן השימוש שלהם בטלפון. הם מצאו מתאמים רבים ומעניינים בין מאפייני אישיות לבין אופן השימוש בטלפון. כך, למשל, הם מצאו שמשתמשים מוחצנים מקבלים שיחות רבות יותר ומשוחחים זמן ארוך יותר מאחרים; שמשמשות סתגלניות משאירות הודעות רבות יותר מאשר משתמשות אחרות; ולעומת זאת שמשמשות סתגלנים נוטים יותר להשאיר הודעות קוליות לאנשי-קשר מסוימים. עוד הם מצאו שמאפיין המצפוניות מצוי במתאם חיובי עם שימוש ברוא"ל (באמצעות הטלפון) ובמתאם שלילי עם שימוש ב-Youtube. מתקשרים מצפוניים נוטים גם להתקשר למספר קטן יותר של אנשי-קשר, ואף להשאיר מספר קטן יותר של הודעות קוליות. יציבות רגשית, כך מתברר, מצויה במתאם גבוה עם מספר המסרונים הנכנסים של המשתמש; ופתיחות מצויה במתאם גבוה אצל נשים עם שימוש רב ביישומונים של וידאו, אודיו ומוזיקה.<sup>59</sup> הנה כי כן, מתברר שהטלפון – ולא העיניים – הוא החלון לנפשו של אדם!

בשנים האחרונות נעשו יותר ויותר נסיונות ללמוד על חמשת מאפייני האישיות של צרכנים מן השימוש שהם עושים באמצעי המדיה השונים.<sup>60</sup> במחקר אחד פותח מודל המאפשר לקבוע, בהצלחה לא-מבוטלת, כמה ממאפייני אישיותו של אדם (מוחצנות, נירוטיות ומצפוניות) על-פי פעילותו בפייסבוק.<sup>61</sup> וככל שהעולם צועד בכיוון ה-Internet of Things,<sup>62</sup> אין זה מן הנמנע שמכשיר הטלוויזיה, המקרר והמכונת של אדם ישמשו לזיהוי מאפייני האישיות שלו, ויסייעו למשווקים שונים לצפות את התנהגותו.

דוגמה אחרונה מלמדת על כוחם של נתוני-עתק בניכוי שינויים באורח חיינו. חוקרי המידע של רשת Target גילו כי נשים המתחילות לפתע לרכוש מולטי-וייטמינים ורכשות חודשים מספר לאחר-מכן טיטולים ומוצרים אחרים לתינוקות. כך הם גילו את הקשר בין רכישת מולטי-וייטמינים לבין היות הרוכשת בהיריון.<sup>63</sup> רשת Target אף הבינה כי הזמן לרכוש לקוחות למוצרי תינוקות הוא לפני הולדת התינוק. כך מצאו עצמן נשים בהיריון – וכנראה

59 שם, בעמ' 449.

60 ראו, למשל, David John Hughes et al., *A Tale of Two Sites: Twitter vs. Facebook and the Personality Predictors of Social Media Usage*, 28 COMPUTERS IN HUM. BEHAV. 561 (2012);

Lin Qiu et al., *You Are What You Tweet: Personality Expression and Perception on*

PERSONALITY 710 (2012); J. William Stoughton, Lori Foster Thompson, *Twitter*, 46 J. RES

& Adam W. Meade, *Big Five Personality Traits Reflected in Job Applicants' Social*

*Media Postings*, 16 CYBERPSYCHOL., BEHAV. & SOC. NETWORKING 800 (2013); Golnoosh

Farnadi et al., *Recognising Personality Traits Using Facebook Status Updates*, PROC.

SEVENTH INT'L AAAI CONF. ON WEBLOGS & SOC. MEDIA 14 (2013); Daniele Quercia et

al., *Facebook and Privacy: The Balancing Act of Personality, Gender, and Relationship*

*.Currency*, PROC. SIXTH INT'L AAAI CONF. ON WEBLOGS & SOC. MEDIA 306 (2012)

Yoram Bachrach et al., *Personality and Patterns of Facebook Usage*, PROC. 3RD ANN. 61

.ACM WEB SCI. CONF. 24 (2012)

62 ראו Scott R. Peppet, *Freedom of Contract in an Augmented Reality: The Case of* 62

*.Consumer Contracts*, 59 U.C.L.A. L. REV. 676, 699 (2012)

63 Charles Duhigg, *Psst, You in Aisle 5*, N.Y. TIMES MAGAZINE, Feb. 19, 2012, at MM30, 63

.at [http://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html?_r=0) available



גם כאלה שאינן בהיריון – מקבלות עלוני פרסום וקידום מכירות למוצרי תינוקות "רק" משום שרכשו קודם לכן מולטי־ויטמינים.<sup>64</sup>

## 2. נתוני־עתק במשפט

דבר אחד הוא עיבוד נתוני־עתק באופן מתוחכם על־ידי פירמות עתירות ממון לשם הגדלת רווחיהן או על־ידי גופים פוליטיים במערכות בחירות לשם הגברת התמיכה בהם, ודבר אחר הוא שימוש בנתוני־עתק על־ידי עורכי־דין ובתי־משפט. בשלב זה טרם נוצרה מומחיות של מערכת המשפט בשימוש בנתוני־עתק, אך אין סיבה לחשוב שמומחיות זו לא תתפתח בעתיד, ואף תתבסס על מומחיות שנוצרה בתחומים אחרים. ניתן לחשוב על כמה אופנים חלופיים שבהם מידע (לא רק נתוני־עתק) יסייע בפרסונליזציה של כללי בררת־מחדל (בראש ובראשונה בחוזים):

(א). סוחרים יעשו שימוש במידע שיש להם על לקוחותיהם כדי שכללי בררת־המחדל והמחירים יותאמו אישית לכל לקוח. כל לקוח שירצה יוכל לדעת, לפני או אחרי מעשה, מהם כללי בררת־המחדל שחלים על החוזה שלו, ובתי־המשפט יאכפו אותם על הצדדים לאחר מעשה במקרה שיתגלע סכסוך בין הצדדים.

(ב). גורם ממשלתי (כגון הרשות להגנת הצרכן) יקבע, תוך שימוש בנתוני־עתק, כללי בררת־מחדל המותאמים לסוגי לקוחות מסוימים, והסוחרים יחויבו לעשות בהם שימוש.<sup>65</sup> אף כאן כל לקוח שירצה יוכל לברר, לפני או אחרי מעשה, אילו כללי בררת־מחדל חלים עליו.

(ג). בהעדר קביעה מפורשת או משתמעת בחוזה, יקבעו בתי־המשפט, כאשר יתגלע סכסוך בין הצדדים, אילו תנאים היו הצדדים קובעים בחוזה מלכתחילה אילו רנו בהם במפורש עם מידע מלא. בדרך זו יקבעו בתי־המשפט בעבור הצדדים את כללי בררת־המחדל החלים עליהם והמותאמים להם אישית. כללי בררת־מחדל אלה ייקבעו בהתאם להתנהגויות קודמות של הצדדים, וכן בהתאם למאפייניהם ולהעדפותיהם, כפי שהיה אפשר לומדם בעת כריתת החוזה. בתי־המשפט יסתמכו על חוות־דעת של מומחים באשר לתוכנם של כללי בררת־המחדל, ומומחים אלה יעשו שימוש בנתוני־עתק. לצדדים תהיה אפשרות לדעת מלכתחילה, ואף לאחר מעשה, מה הפרופיל הרלוונטי שלהם ושל המתקשר האחר בחוזה לצורך קביעת כללי בררת־המחדל, ואם ירצו, יוכלו לערוך שינויים בפרופיל זה.<sup>66</sup> באופן אידיאלי יוכלו צרכנים לדרוש מן הסוחרים, לפני הרכישה, תדפיס של כללי בררת־המחדל המותאמים להם אישית, שיהיה אפשר לאתרם על־יד קישור מידי לפרופיל של הצרכן.

64 ש.ם.

65 לדיון באפשרויות שימוש בנתוני־עתק בפיקוח אסדרתי ראו Philip Hacker & Bilyana Petkova, *Reining in the Big Promise of Big Data: Transparency, Inequality, and New Regulatory Frontiers*, 15 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 1 (2017).

66 שאלה היא אם ראוי לאפשר להם לערוך כל שינוי שהוא, ובכלל זה שינוי שיניב להם כללי בררת־מחדל שעלולים לשנות לרעה את מצבו של הסוחר. ראו את הדיון להלן בתת־פרק ג.

נראה לנו שבעתיד הקרוב יהיו שני האופנים הראשונים של קביעת בררות-מחדל מעשיים יותר, אך בעתיד הרחוק יותר יהיה גם האופן השלישי אפשרי, ואולי אף הנפוץ ביותר. כפי שהראינו כבר, נתוני-עתק ופרסונליזציה של דיני הירושה באמצעותם עשויים לשנות את דיני הירושה. בהמשך הפרק נראה כיצד הם ישנו תחומי משפט אחרים.

#### (א) חוזים צרכניים

דיני צרכנות הם כנראה התחום הטבעי ביותר לפרסונליזציה של כללי בררת-מחדל. כפי שהסברנו, לסוחרים יש כבר כיום כמויות עצומות של מידע על מאפיינים והעדפות של צרכנים, והם יכולים לעשות שימוש במידע זה כדי לקבוע כללי בררת-מחדל אישיים (האופן הראשון שתואר לעיל של קביעת כללי בררת-מחדל). מאחר שצרכנים מודעים על-פירוב למאפייניהם, כללי בררת-המחדל האישיים יהיו בדרך-כלל צפויים מבחינתם יותר מהכללים האחידים, הלא-אישיים, הנוהגים כיום. צרכן שאינו יודע מהם כללי בררת-המחדל החלים על החוזה שלו, ואשר מעוניין לדעת זאת, יוכל לברר זאת בנקל, לפני או אחרי ביצוע העסקה, בין באמצעות הסוחר, שיספק לו את המידע בלא תשלום נוסף, ובין באמצעות גורמים מתווכים, שיספקו מידע זה בעלויות נמוכות.

נחזור לדוגמה 1 (מקום מסירת הטובין), שלגביה הצענו כי בעוד כלל בררת-המחדל לצרכנים שאינם מוגבלים פיזית צריך להיות מסירה במקום עסקו של המוכר, כלל בררת-המחדל לצרכנים עם מוגבלות פיזית צריך להיות מסירה במקום מגוריו של הקונה. נדרש אך מידע מועט כדי לקבוע כלל בררת-מחדל אישי במקרה זה, ולא נפתע לשמוע שכבר כיום, אף בהעדר פרסונליזציה של כללי בררת-המחדל, יגיעו בתי-משפט לאותה תוצאה מכוח פרשנות החוזה.

עם זאת, בתחומים מסוימים כלל בררת-מחדל באשר למקום מסירת הממכר יכול להיות כלל בררת-מחדל של מיעוט, המאפשר בסופו של דבר פרסונליזציה של כללי בררת-מחדל. כך, לחנות המוכרת ציוד רפואי עשוי להיות מספר גדול של לקוחות – אם כי עדיין מיעוט מבין סך הלקוחות – שיש להם מוגבלות פיזית. בחלק מן המקרים המוגבלות עשויה להיות נסתרת מן העין, ובעל המוגבלות עשוי להעדיף לא לגלותה למוכר, במיוחד אם לקוחות אחרים נמצאים בקרבת מקום. נניח עתה שיש כללי בררת-מחדל שונים – ובכלל זה כלל בררת-מחדל המתייחס למקום המסירה – אשר באופן אידיאלי היו צריכים להשתנות מלקוחות שאין להם מוגבלות פיזית ללקוחות שיש להם מוגבלות כזו. כללי בררת-מחדל של רוב, ובכלל זה כלל בררת-המחדל שעל-פיו המסירה תהיה במקום עסקו של המוכר, עלולים להעמיד את הלקוח עם המוגבלות הפיזית במצב שבו הוא יאלץ לחשוף את מוגבלותו בניגוד לרצונו או לחלופין להישאר עם כללי בררת-המחדל שאינם מתאימים לו אישית. לכן ייתכן שכללי בררת-מחדל של מיעוט, וביניהם הכלל שלפיו המסירה תיערך בביתו של הלקוח, יהיו עדיפים על כללי בררת-מחדל של רוב, שכן סך עלויות הגילוי של הלקוחות שאין להם מוגבלות פיזית (בהינתן כללי בררת-מחדל של מיעוט) יהיו נמוכות מסך עלויות הגילוי של לקוחות עם מוגבלות פיזית (בהינתן כללי בררת-מחדל של רוב).

(ב) רשלנות רפואית<sup>67</sup>

נניח שרופא רושם לחולה מרשם לתרופה אשר עלולה, בהסתברות נמוכה (נניח 1:50,000), לגרום לתופעת־לוואי קשה אם נוטלים אותה זמן ממושך. לתרופה יש השפעה חיובית רבה אם נעשה בה שימוש ממושך, אך יש לה השפעה חיובית מסוימת – אם כי מועטה יותר – אם נעשה בה שימוש קצר־מועד. נניח עתה שתופעת־הלוואי התממשה, והחולה תובע את הרופא על כך שלא גילה לו את סיכוני התרופה. שאלה מרכזית תהיה של קשר סיבתי: האם החולה היה משתמש בתרופה אילו ידע על הסיכון הגלום בה? החולה שבית־המשפט יבחן את נקודת־מבטו לשם מתן תשובה לשאלת הקשר הסיבתי יהיה החולה הסביר.<sup>68</sup> טענתנו היא שחובת הגילוי של הרופא במקרה זה, ובמקרים אחרים, צריכה להיגזר ממאפייניו של החולה המסוים, גם אם הרופא אינו יודע דבר על רצונו או העדפותיו במקרה הקונקרטי. פירמות העושות שימוש בנתוני־עתק, דוגמת Fair Isaac Corporation (להלן: FICO), יודעות לנבא את התנהגות העתידית של החולה. מאגר המידע שהקימו, הנקרא FICO Adherence Scoring, עושה שימוש בדוחות של רכישות באשראי של חולים, כדי להעריך את הסיכוי שהם יקפידו ליטול את התרופות שנרשמות להם ויקיימו את יתר הוראות הרופא.<sup>69</sup> נניח עתה שהרופא בדוגמה שלנו עושה שימוש במאגר זה ומגלה כי יש סיכוי של 5% בלבד שהחולה יקפיד על שימוש ממושך בתרופה עד כדי כך שהסכנה של תופעת־הלוואי אכן תתקיים. הרופא מחשב שהסיכוי שתופעת־הלוואי תתממש הוא על־כך 1:1,000,000. בהינתן שכל גילוי שהוא עלול לגרום לתסמינים פסיכוסומטיים או להגדיל את הסיכוי לטעויות קוגניטיביות של החולה, הרופא מחליט לא ליידע אותו בדבר הסיכון. לשיטתנו, כלל בררת־המחדל המתאים למקרה שלנו הוא כנראה אי־גילוי, ועל־כך אין להטיל אחריות על הרופא אם בסופו של דבר התממשה תופעת־הלוואי. התוצאה הייתה שונה אילו טיפל הרופא בחולה אחר אשר המאגר של FICO מנבא כי יש סיכוי של 95% שהוא יקפיד לאורך זמן על השימוש בתרופה. עתה הסיכוי שתופעת־הלוואי תתממש הוא 1:52,600 בערך, ולכן ייתכן שהפעם כלל בררת־המחדל הראוי הוא גילוי. אם כך הדבר, יש להטיל על הרופא אחריות נזיקת אם התממשה תופעת־הלוואי (וניתן להראות קשר סיבתי בין אי־הגילוי לנטילת התרופה). כך, פרסונליזציה של כללי בררת־המחדל בתחום הרפואי עשויה לקדם את הרפואה המותאמת אישית, אשר מייעלת את השירות שניתן לחולים.<sup>70</sup>

שימושים אחרים בנתוני־עתק יכולים גם הם להשליך על שאלת ההסכמה מדעת וחובות הגילוי של רופאים. כך, מידת הגילוי יכולה להיות תלויה ביחסו של החולה לסיכונים. יחס לסיכונים עשוי להתגלות בהתנהגויות שונות של אדם – באופן נהיגתו ברכב, בקבלת

67 לדיון בפרסונליזציה של דיני הרשלנות ראו Omri Ben-Shahar & Ariel Porat, *Personalizing Negligence Law*, 91 N.Y.U. L. REV. 627 (2016) (להלן: Ben-Shahar & Porat 2016).

68 ראו, למשל, *Canesi ex rel. Canesi v. Wilson*, 730 A.2d 805, 812 (N.J. 1999).

69 Jeremy M. Simon, *New Medical FICO Score Sparks Controversy, Questions*, CREDITCARDS.COM (July 28, 2011), <http://www.creditcards.com/credit-card-news/fico-score-medication-adherence-1270.php>.

70 ראו Gary E. Marchant, *Foreword: Law and the New Era of Personalized Medicine*, 48 JURIMETRICS J. 131 (2008).

ההחלטות שלו בעניינים כספיים<sup>71</sup> ועוד. נניח שהחולה התובע בגין העדר הסכמה מדעת הוא אדם זהיר מאוד, כפי שהפרופיל שלו כצרכן מלמד. במקרה זה ייתכן שיש להטיל על הרופא חובת גילוי רחבה. לעומת זאת, אם הפרופיל של החולה הוא של אדם שמקבל החלטות מבלי לחשוב פעמיים, ייתכן שחובת הגילוי כלפיו צריכה להיות צרה יותר, בהינתן שלחובות גילוי יש עלויות הן למערכת הרפואית והן לעיתים לחולה עצמו, אשר מידע רב על סיכונים עלול לפגוע בבריאותו. אם מאפייניו של החולה יימצאו לאחר מעשה לפני בית-המשפט, גם החשש להטיית ההערכה בדיעבד (hindsight bias) יקטן. על-פי הטיה קוגניטיבית זו, אשר שופטים אינם חסינים מפניה, לאחר שהחולה במקרה שלנו היה ניזוק עקב התממשות הסיכון שלא גילו לו על-אודותיו, היה בית-המשפט עלול לסבור בטעות שגילוי היה מניא את החולה מצריכת התרופה שגרמה לנזק, ולהסיק מכך שגילוי זה היה צריך להיעשות.<sup>72</sup> לבסוף, מחקרים מלמדים שאדם עם "ציון" גבוה במאפיין האישיותי של נירוטיות (אחד מ"חמשת הגדולים") נוטה יותר מאחרים להיפוכונדרייה.<sup>73</sup> לפיכך ייתכן שרופא היודע כי לפניו חולה עם ציון גבוה במאפיין אישיותי זה, ובהינתן הסכנה לבריאות החולה הטמונה במאפיין זה, צריך להיות כפוף לחובת גילוי צרה יותר מזו המוטלת עליו כלפי חולה שאין לו המאפיין האמור (ואולי אף להיות אחראי בנוזיקין אם התעלם ממאפיין זה וגילה לחולה יותר מכפי שהיה צריך, ובכך גרם לו נזק).<sup>74</sup>

חולים אשר המידע על-אודותיהם, כפי שעולה מניתוח נתוני-עתק, אינו משקף את רצונם האמיתי בגילוי יוכלו כמובן להתנות על כלל בררת-המחדל האישי החל עליהם. בהינתן חובת גילוי מותאמת אישית, יהא על הרופא לומר לחולה בערך כך: "אלה המאפיינים האישיותיים שלך לפי הערכת המומחים שלנו בניתוח נתוני-עתק. אם טעות בידינו, אנא אמור זאת, שכן הדבר ישפיע על היקף הגילוי שיעשה כלפיך ועל עומק ההסברים שיינתנו לך."

## (ג) שכירות

על-פי סעיף 6 לחוק השכירות והשאלה, אם קיימת אי-התאמה במושכר, המשכיר הפר את חוזה השכירות.<sup>75</sup> סעיף זה מפנה לסעיף 11 לחוק המכר, העוסק באי-התאמת הממכר, וקובע כי הוא יחול גם על שכירות. החשוב לענייננו הוא סעיף 11(3) לחוק המכר, שעל-

71 Edward R. Morrison et al., *Health and Financial Fragility: Evidence from Car Crashes and Consumer Bankruptcy* (Columbia Business School Research Paper No. 13-81; University of Chicago Law School, Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 655, 2013), available at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2353328](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2353328)

72 Jeffrey J. Rachlinski, *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, 65 U. CHI. L. REV. 571, 615-16 (1998) ראו, שופטים.

73 Eamonn Ferguson, *Personality as a Predictor of Hypochondriacal Concerns: Results from Two Longitudinal Studies*, 56 J. PSYCHOSOM. RES. 307, 311 (2004)

74 בפרק ד נדון ביתר הרחבה בפרסונליזציה של חובות גילוי.

75 במקרים מסוימים השוכר אינו יכול להסתמך על אי-ההתאמה, כאמור בס' 6(ג) ו-6(ד) לחוק השכירות והשאלה.

פיו "נכס שאין בו האיכות או התכונות הדרושות לשימושו הרגיל או המסחרי או למטרה מיוחדת המשתמעת מן ההסכם" אינו תואם את הנכס שנמכר. אי־התאמה משמעה הפרת חוזה על־ידי המוכר (בכפוף לחרגים המפורטים בחוק<sup>76</sup>). חובתם של המוכר או המשכיר לספק לקונה או לשוכר נכס "מתאים" הינה כלל בררת־מחדל, שהצדדים רשאים להתנות עליו. בשורות הבאות נתמקד בשאלה כיצד ניתן להתאים כלל בררת־מחדל זה, ככל שהוא נוגע בשכירות למגורים, למאפיינים האישיים של השוכר (והמשכיר).

נניח שאדם משכיר דירה למגורים בתמורה לדמי שכירות של 2,000 ש"ח לחודש, בשעה ששכר־הדירה בעבור דירה דומה באותו אזור עומד על 4,000 ש"ח. החוזה אינו אומר דבר באשר לאיכות הדירה. נניח עתה שחודשים אחדים לאחר תחילתה של תקופת השכירות מתחילה התקלפות של טיח מן התקרה של אחד משני חדרי השינה. עקב כך השוכר נמנע מלישון בחדר זה, אך עושה בו שימוש לאחסון מיטלטליו. האם המשכיר הפר את החוזה? באחדות ממדינות ארצות־הברית, למשל, מוטל על המשכיר חיוב מנדטורי שנכס המושכר למגורים יהיה ראוי למגורים.<sup>77</sup> אף בישראל מוטלת חובה כזו על המשכיר, בין היתר במקרים שבהם מצב הנכס מסכן את החיים או הבריאות.<sup>78</sup> במדינות אחרות בארצות־הברית מדובר בכלל בררת־מחדל שניתן להתנות עליו,<sup>79</sup> ואף בישראל התנאה על חובת ההתאמה היא אפשרית, לפחות כל עוד אין מדובר במקרה קיצוני.<sup>80</sup> ומה בדוגמה שלנו? האם המשכיר הפר את החוזה?

נדמה שהתשובה לשאלה זו היא חיובית. די בעובדה שהנכס אינו מתאים "לשימושו הרגיל או המסחרי או למטרה מיוחדת המשתמעת מן ההסכם"<sup>81</sup> להביא לידי כך שהמשכיר ייחשב מפר חוזה, כל עוד לא נאמר בחוזה אחרת. דעתנו היא שיש מקום להתאים את בררת־המחדל לשוכר (ולמשכיר) המסוימים. נניח שלמשכיר יש גישה לנתונים על התנהגויות־עבר של השוכר, כמו־גם על מאפיינים שונים שלו, המצביעים על כך שהוא מוכן לגור בתנאי מגורים צנועים בשכר־דירה נמוך. אם כך הדבר, ייתכן שאין מקום לקרוא אל תוך החוזה חובת התאמה של הנכס "לשימוש רגיל" למגורים, כלומר לשימושו של שוכר ממוצע, כפי שעולה מלשונו של חוק המכר. לעומת זאת, אם הנתונים על השוכר מלמדים כי הוא נוהג להתאכנס במלונות־יוקרה, מעסיק תמיד עובד משק־בית לניקוי ולתחזוקה של הדירה שבה הוא גר, ומוציא כסף על מותרות ואסתטיקה, המסקנה תהיה שונה כנראה. ומה אם לשוכר יש ציון גבוה במאפיין האישיותי של נירוטיות (אחד מ"חמשת הגדולים"), כך שיש חשש

76 ס' 12-16 לחוק המכר. ראו איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968 339-277 (1987).

77 ראו, למשל, Hilder v. St. Peter, 478 A.2d 202, 207 (Vt. 1984).

78 ס' 125 לחוק השכירות והשאלה קובע כי המשכיר חייב למסור את הדירה המושכרת "כשהיא ראויה למגורים". לעניין זה נקבעו, בתוספת הראשונה לחוק, תנאים שבהעדרם הדירה אינה נחשבת ראויה למגורים, ביניהם קיום "סיכון בלתי־סביר לבטיחות השוכר או לבריאותו" (ס"ק 6). ס' 25(1) לחוק קובע כי ס' 125 אינו ניתן להתנאה.

79 ראו, למשל, P.H. Inv. v. Oliver, 818 P.2d 1018, 1021-22 (Utah 1991).

80 ראו לעיל ה"ש 78.

81 בדוגמה שלנו הנכס (הדירה) לא התאים "לשימושו הרגיל", שכן נדרש שחדר השינה ישמש למטרות הרגילות שלשמו הוא הושכר. נוסף על כך, השימוש בו חייב להיות נוח, בטוח ובלתי־מזיק. לפיכך המוכר ייחשב מפר חוזה. ראו זמיר, לעיל ה"ש 76, בעמ' 258-259.

שבעיית הטיח המתקלף תדיר שינה מעיניו? ומה, לעומת זאת, אם הוא אדם יציב רגשית, והטיח המתקלף, גם אם לא יישא חן בעיניו, לא יוציא אותו כנראה משלוותו? גם לכל אלה – בשיטה שבה כללי בררת-המחדל מותאמים אישית – תהא השפעה על עיצובו של כלל בררת-המחדל במקרה כשלנו.<sup>82</sup>

אין אנו טוענים כי נתונים עובדתיים אלה ומאפייני אישיות אלה מלמדים בהכרח על ציפיותיו של השוכר המסוים מן הדירה. כל כוונתנו היא לומר שבשיטה שבה כללי בררת-המחדל מותאמים אישית יש לבחון מתאמים בין התנהגויות ומאפיינים אישיותיים של השוכר (בהנחה שהם נגישים למשכיר) לבין ציפיותיו של השוכר.

### 3. נתוני-עתק ושפני-ניסיון

מדינות גדולות, כארצות-הברית, יכולות לנצל את "היתרון לגודל", וליצור מאגר מידע שיתוכנן במיוחד לשם התאמה אישית של כללי בררת-המחדל. נניח שמיליון אזרחים אמריקנים (להלן: שפני-ניסיון) יידרשו לבחור באופן פעיל כללים משפטיים שהם היו רוצים שיחולו עליהם בעסקאות צרכניות או במקרים של הורשה (בתמורה לתשלום צנוע שיינתן להם על העבודה). מידע זה ישמש לאחר-מכן להתאמה של כללי בררת-המחדל לכל 327 מיליון האזרחים האמריקנים, בהתאם לדמיון שלהם לשפני-הניסיון.

בעיה ידועה היא שצרכנים אינם קוראים את החוזים שהם חותמים עליהם, וממילא אינם נותנים את דעתם לתוכן התניות הנכללות בהם (שלא לדבר על כללי בררת-המחדל, שאינם מופיעים בחוזה כלל).<sup>83</sup> לכן, אם אחד מתוך כל 327 אזרחים אמריקנים אכן ישמש שפני-ניסיון, חשוב שיוקדשו די משאבים שיבטיחו כי שפני-הניסיון יהיו מיועדים היטב לבחירותיהם בכללים המשפטיים, ושיהיה להם די זמן לכך. הבחירות של שפני-הניסיון ינותחו לאחר-מכן על-ידי רשות ממשלתית שתהיה אחראית לכך, וכך ייקבעו כללי בררת-המחדל לכל הצרכנים, בהתאם למאפייניהם המיוחדים. למעשה, אנחנו צופים תהליך הדומה לבניית קלסטרונים, כך שלצרכנים עם אותו "קלסטרון" (או פרופיל) יהיו אותם כללי בררת-המחדל.<sup>84</sup> רק בחירות של שפני-ניסיון שנעשו לפני מועד כריתת החוזה המסוים אשר כללי בררת-המחדל האישיים מותאמים לו יובאו בחשבון.<sup>85</sup>

חלופה צנועה יותר לשפני-הניסיון היא לשאול צרכנים באשר להעדפותיהם הכלליות, באשר להתנהגויות-עבר שלהם בתחומים שונים ובדבר מאפיינים מסוימים שיש להם, ולעשות

82 עם זאת, כפי שנראה להלן בתת-פרק 6ג, גם בשיטה הדוגלת בכללי בררת-המחדל אישיים ייתכן שבמקרה של אי-התאמת המושכר למגורים תהיה העדפה לכלל בררת-המחדל אחיד.

83 ראו, למשל, Florencia Marotta-Wurgler, *Will Increased Disclosure Help? Evaluating the Recommendations of the ALI's "Principles of the Law of Software Contracts"*, 78 U. CHI. L. REV. 165, 182 (2011).

84 מובן שבניית הקלסטרונים אינה עניין פשוט, ויתעוררו שאלות יישום שונות, כגון כיצד לנהוג במקרים גבוליים שבהם צרכן יכול להתאים באותה מידה ליותר מקלסטרון אחד. ראו בעניין זה Ankit Agrawal et al., *High Performance Big Data Clustering*, in CLOUD COMPUTING AND BIG DATA 192 (Charlie Catlett et al. eds., 2013).

85 השו Ian Ayres & Alan Schwartz, *The No-Reading Problem in Consumer Contract Law*, 66 STAN. L. REV. 545 (2014).

שימוש במידע זה כדי להתאים להם כללי בררת־מחדל. הרשות הממשלתית האחראית לכך תשלח שאלונים לצרכנים, ותסביר להם כי אלה ישמשו בסיס לכללי בררת־המחדל שיחולו עליהם בעסקאות עתידיות. צרכנים רבים עשויים למלא שאלונים אלה, שכן הם יבינו שכך הם יזכו בעסקאות טובות יותר, המותאמות להם אישית (לחשש מהתנהגויות אסטרטגיות ומפגיעה בפרטיות נתייחס בהמשך<sup>86</sup>). לאחר־מכן יוכלו צרכנים לראות את הפרופיל שנבנה בעבורם, ולשנותו במידת הצורך (בעיקר אם הוא אינו עולה בקנה אחד עם העדפותיהם).<sup>87</sup> בעולם השייך והמסחר המודרני אנחנו עדים לכך שסוחרים מכירים היטב את לקוחותיהם. הם מתאימים להם מוצרים ומחירים, מזהים לקוחות שלא כדאי להתקשר עימם, ונוקטים אסטרטגיות שיווק המכוונות לצרכן או לסוג צרכנים מסוים.<sup>88</sup> ככל שמהפכת המידע תתעצם, סוחרים יכירו טוב עוד יותר את לקוחותיהם, ובתוך זמן לא רב יהיו מסוגלים לשער מהם כללי בררת־המחדל האישיים שיחולו עליהם. אין ספק שכך יהיה אם לסוחרים תהיה גישה לפרופיל של הצרכן,<sup>89</sup> או ליתר דיוק – לְרשימה של כללי בררת־המחדל שיחולו בכל עסקה ועסקה שתוצע לו, כנגזר מן הפרופיל המיוחד שלו.

בכיוון ההפוך, סביר פחות לצפות שצרכנים יכירו את הסוחרים שהם רוכשים מהם טובין ושירותים (אם כי במקרים רבים הפרופיל של הסוחר גלוי וידוע). לכן סביר פחות לצפות לפרסונליזציה של כללי בררת־מחדל המביאה בחשבון את מאפייניו של הסוחר, להבדיל מאלה של הצרכן.

### ג. התנגדויות ומגבלות יישום

בחלק זה של המאמר נדון בהתנגדויות שונות לפרסונליזציה של כללי בררת־מחדל שצפויות לעלות. בעוד חלק מן ההתנגדויות הללו אינן משכנעות, חלקן מצדיקות נקיטת משנה זהירות בפרסונליזציה, לפחות בתחומים מסוימים.

#### 1. סבסוד צולב

ההתנגדות הראשונה לפרסונליזציה של בררת־מחדל היא שפרסונליזציה כזו גורמת לכך שצרכנים שונים נכנסים לעסקה דומה בתנאים שונים. משמעות הדבר היא שיש צרכנים המקבלים עסקאות טובות יותר מן האחרים, ולמעשה מסובסדים על־ידיהם. תוצאה זו, על־פי הטענה, אינה יעילה ואינה צודקת. הדוגמה הבאה תמחיש את הבעיה.

*דוגמה 3: הזכות להחזיר מוצר.* דנה היא שמרנית, ומקפידה מאוד בהתנהגותה בכל תחומי החיים. היא צרכנית זהירה: לפני כל רכישה היא בודקת המלצות באתרי צרכנות שונים, ואף נועצת עם חבריה. היא מעולם לא החזירה מוצר שרכשה אלא אם כן הוא היה פגום. דן, לעומתה, הוא אדם פזיז ואוהב סיכונים.

86 להלן תת־פרקים ג2 ו־ג3.

87 שאלה היא אם כל שינוי יאפשר להם. ראו להלן חלק ג2 (העוסק בחשש להתנהגויות אסטרטגיות).

88 Duhigg, לעיל ה"ש 63.

89 הסוחר אינו חייב לראות את מאפייני האישיים של הצרכן. כל שעליו לראות הוא מהם כללי בררת־המחדל שיחולו במקרה המיוחד שלו.

הוא מחליט מהר, מבלי להיוועץ עם איש. בעבר החזיר פעמים רבות מוצרים שרכש, רק משום שהבין שהוא לא היה צריך לרכוש אותם מלכתחילה.

דנה ודן רכשו בנפרד מכשיר טלוויזיה חדיש באותה חנות. אחרי יום של שימוש הם מבינים שהרכישה הייתה טעות. הם רוצים להחזיר את המוצר ולקבל את כספם בחזרה. האם הכלל המשפטי החל עליהם צריך להיות אחיד?

על-פי המשפט הנוהג, התשובה לשאלה זו היא חיובית. בישראל, להבדיל מרוב המדינות בעולם, הזכות להחזיר מוצרים בתוך ימים מספר היא מנדטורית בדרך-כלל.<sup>90</sup> במקום זאת היה אפשר לקבוע את זכות ההחזרה ככלל בררת-מחדל, אשר תוכנו יותאם אישית לכל צרכן. לכאורה, לפי שיטה זו, דן ודן זקוק לזכות ההחזרה יותר מאשר דנה, ועל-כן כלל בררת-המחדל במקרה שלו – אך לא במקרה של דנה – צריך להיות זכות החזרה. אלא שאם כך יהיה, דנה תסבסד למעשה את דן. זאת, מכיוון שמתן זכות החזרה לדן תייקר את המוצר (שכן החזרת מוצרים מגדילה את העלויות לסוחר), ודנה תיאלץ לשלם מחיר גבוה יותר רק משום שדן וצרכנים כמותו משתמשים בזכות ההחזרה לעיתים תכופות. כל זאת כאשר דנה עצמה אינה נהנית כמעט כלל מזכות ההחזרה.

אך למעשה דווקא כלל אחיד – ולא כלל בררת-מחדל מותאם אישית – הוא הבעייתי יותר מהיבטים של צדק ויעילות. כלל אחיד של זכות החזרה מוביל בבירור לסבסוד של דן על-ידי דנה, שכן שניהם נהנים לכאורה מזכות החזרה, אך רק דן עושה בה שימוש, וכך גורם (יחד עם צרכנים אחרים כמותו) לייקור המוצר. לעומת זאת, כלל בררת-מחדל מותאם אישית, אם נלווה אליו גם מחיר מותאם אישית, פותר לחלוטין את בעיית הסבסוד ואת אי-הצדק ואי-היעילות הנלווים אליה: כל צרכן משלם בדיוק את המחיר המתבקש מן השימוש שהוא עתיד לעשות בזכות ההחזרה, ואיש אינו מסבסד את חברו. אך אפילו אם מסיבות כאלה או אחרות אי-אפשר לערוך התאמה אישית של מחיר המוצר (למשל, כי חל איסור משפטי על הפליית מחירים<sup>91</sup>) או לשנות הוראות אחרות בחוזה אשר יפצו את דנה על היותה צרכנית זולה יותר למוכר (או יטילו חיובים על דן בשל היותו צרכן יקר יותר למוכר), נראה שבעיית הסבסוד תהיה חמורה פחות במקרה של התאמה אישית של כלל בררת-המחדל מאשר אם זכות ההחזרה תינתן לכולם. הסיבה לכך היא שהתאמה אישית של כלל בררת-המחדל צריכה כנראה להביא לידי כך שדווקא דנה תקבל את זכות ההחזרה, ולא דן. דן משתמש לעיתים תכופות כל-כך בזכות ההחזרה בדיוק משום שהוא אינו משלם את

90 לפי תקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה), התשע"א-2010, צרכנים יכולים להחזיר מוצר או שירות שהם התחרטו על רכישתו, באופן חד-צדדי וללא סיבה מוצהרת, ולקבל את כספם בחזרה (בכפוף לטייגים מועטים המפורטים בתקנות). ס' 36 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, קובע כי "הוראות חוק זה יחולו על אף כל ויתור או הסכם נוגד", ויש להניח שהדבר נכון אף לגבי התקנות שהותקנו לפי חוק זה. לניתוח השוואתי של זכות ההחזרה וההסדר הכספי במדינות שונות בעולם ראו שירלי לוי הבטחת השווא של החזור הכספי: מחקר השוואתי, ניתוח כלכלי ובהבירולי והצעות לרפורמה 10-27 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור בפילוסופיה", אוניברסיטת תל אביב – הפקולטה למשפטים, 2015).

91 אנחנו נמנעים כאן מדיון לעומק בשאלה אם נכון לראות בכך הפליית מחירים כאשר המחיר מותאם למעשה לעלויות הצפויות למוכר מן הצרכן המסוים שהוא מוכר לו את המוצר.



מחירה המלא, ועל־כן הוא מסובסד על־ידי דנה (ושכמותה). לפיכך, אם הוא לא יקבל זכות זו, התנהגותו תהיה יעילה יותר, ואף הסבסוד על־ידי דנה ייפסק. אמת, אם דנה תקבל את זכות החזרה ודן לא יקבלה, ובהינתן שהתאמת המחיר אינה אפשרית, דן יסבסד את דנה (שכן שניהם ישלמו מחיר אחיד אף שלדן לא תהיה זכות החזרה בעוד שלדנה תהיה זכות כזו). אלא שרמת הסבסוד תהיה כנראה נמוכה מזו הנוצרת במצב שבו על דנה ודן חל כלל אחיד שתוכנו הוא זכות החזרה לשניהם.<sup>92</sup>

## 2. התנהגות אסטרטגית

התנגדות שנייה היא שפרסונליזציה של כללי בררת־מחדל מעורדת התנהגויות אסטרטגיות שעלולות לסכל את כדאיותה של הפרסונליזציה מלכתחילה.

פרסונליזציה גסה של כללי בררת־מחדל – דהיינו, פרסונליזציה לפי תכונות שאינן ניתנות לשינוי (או אינן ניתנות לשינוי בנקל), כגון מגדר או גיל – אינה יוצרת בדרך־כלל סיכון להתנהגויות אסטרטגיות. אולם לא כן הדבר כאשר מדובר בפרסונליזציה עדינה, המביאה בחשבון התנהגויות שונות של הפרט, כגון רכישות קודמות שלו או נוהגי גלישה במרשתת. פרט היודע שהתנהגויות אלה עשויות להשפיע על תנאי העסקאות שלו עלול לכאורה לשנות את התנהגותו כדי לשפרם. כך, למשל, הוא ינסה להיות דומה יותר לשפני־הניסיון שיש להם מאפיינים המזכים אותם בעסקאות עם כללי בררת־מחדל טובים יותר מבחינתו מאלה שהוא זכאי להם לכאורה.

הדוגמה הבאה ממחישה את החשש מהתנהגויות אסטרטגיות הנעשות כדי לזכות בעסקה טובה. חברת כרטיסי אשראי קנדית גילתה כי לקוחות אשר רוכשים גלאי פחמן חד־חמצני או מדביקים רפידות לרגליהם של כסאות ורהיטים אחרים מהווים סיכון נמוך במיוחד לחברת האשראי. מסתבר שצרכנים החוששים מסיכוני פחמן חד־חמצני או משריטות לרצפת העץ שבבתים הם בני־אדם זהירים מאוד, אשר יחזירו הלוואות בזמן.<sup>93</sup> חברת כרטיסי האשראי יכלה לעשות שימוש במידע זה על התנהגויות הצרכנים, אך רק עד שהדבר התפרסם בציבור, שהרי לאחר־מכן לא היה בו עוד ערך רב, שכן כל מי שחפץ לקבל אשראי היה יכול לרכוש גלאי פחם חד־חמצני ורפידות לרהיטים, שעלותם נמוכה למדי, ולזכות בתנאים נוחים במיוחד. החשש להתנהגות אסטרטגית במקרה זה הוא מובן מאליו.<sup>94</sup>

אף שהתנהגות אסטרטגית היא תמיד בעיה שאין להקל בה ראש, איננו חושבים שהיא חמורה ככל שהדבר נוגע בפרסונליזציה של כללי בררת־מחדל. ראשית, גם אם צרכנים

92 אם נדרש לבחור בין כלל אחיד של החזרה או אי־חזרה, קיומם של צרכנים דוגמת דן יכול להיות סיבה להערפת האפשרות השנייה על הראשונה. לדיון מפורט יותר בזכות החזרה במקרים

שבהם היא מנדטורית ראו Omri Ben-Shahar & Ariel Porat, *Personalizing Mandatory Rules in Contract Law*, 86 U. CHI. L. REV. 255 (2019) (להלן: Ben-Shahar & Porat 2019).

93 Charles Duhigg, *What Does Your Credit-Card Company Know About You?*, N.Y. TIMES MAGAZINE, May 17, 2009, at MM40, available at <http://www.nytimes.com/2009/05/17/magazine/17credit-t.html?pagewanted=all>

94 Lior Jacob Strahilevitz, *Signaling Exhaustion and Perfect Exclusion*, 10 J. ON TELECOMM. & HIGH TECH. L. 321, 327 (2012)

מבינים שהתנהגויות מסוימות שלהם יכולות לזכות אותם בכללי בררת-מחדל טובים יותר מאלה שיקבלו בלעדי התנהגויות אלה, שינוי ההתנהגויות עשוי להיות כרוך מבחינתם במחיר יקר מדי, בוודאי אם הדבר נעשה לאורך זמן. אם אנשים רוכשים לאורך זמן מוצרים שאין הם זקוקים להם, נעשים חברים (בפייסבוק או ברשתות חברתיות אחרות) של בני-אדם שהם אינם אוהבים או מפתחים תחביבים שהם אינם נהנים מהם, וכל זאת רק כדי לזכות בכללי בררת-מחדל טובים יותר, אזי בסיכומו של דבר הם רק יזיקו לעצמם בדרך-כלל.

שנית, במקרים רבים צרכנים לא באמת ירוויחו מכך שהם יעמידו פנים שהם מישוהו אחר. מאפיינים מסוימים של צרכנים עשויים להועיל להם בעסקאות מסוימות אך להזיק להם בעסקאות אחרות, ובמקרים רבים העמדת-פנים תגרום לכך שהם יפסידו את ההזדמנות להיכנס לעסקאות שיתרונן לגביהם הוא שהן מותאמות למאפייניהם האישיים.

### 3. ניצול לרעה על-ידי סוחרים

התנגדות שלישית לפרסונליזציה של כללי בררת-מחדל, אשר רלוונטית בעיקר לעסקאות צרכניות, היא שסוחרים עלולים לנצל לרעה את המידע הרב שיהיה להם על צרכנים. אכן, כאשר המידע שיש לצד אחד לחוזה על הצד האחר רב מן המידע שיש לצד האחר עליו, הוא עלול לנצל יתרון זה כדי לזכות בחלק גדול יותר מהרווח שהחוזה יוצר. חשש זה ממשי אם הנחתנו היא שהשוק אינו תחרותי מאוד, ושהצרכנים אינם מיועדים באופן מלא. למשל, נניח שסוחר יודע כי צרכן מסוים הוא שונא סיכון מובהק. הסוחר עלול במקרה זה לגבות מן הצרכן מחיר מופרז כדי להפחית את סיכוניו. באופן כללי יותר, מידע על העדפותיהם של הצרכנים עשוי ללמד את הסוחר על "מידת הנכונות לשלם" בעבור מוצר או שירות, וכך לאפשר הפליית מחירים אשר תוציא מהצרכנים חלק גדול מ"עודף הצרכן".

התנגדות זו אינה מופרכת, אך אין להגזים בה. לסוחרים יש כבר עתה מידע רב על צרכנים, והם עושים בו שימוש לתועלתם. לפיכך קבלת הצעתנו לפרסונליזציה תגדיל את יתרונם של הסוחרים רק בשוליים. באשר להפליית מחירים, יש לה, כידוע, יתרונות וחסרונות. היא מעבירה אומנם את עודף הצרכן לפירמה, אך בה-בעת היא מביאה לידי הגדלת ההיצע, ומאפשרת לצרכנים רבים יותר לרכוש מוצרים אשר בלעדי הפליית המחירים הם לא היו רוכשים.<sup>95</sup> פרסונליזציה של כללי בררת-מחדל מיועדת, בסופו של דבר, לאפשר לצרכן עסקה אשר מתאימה יותר לצרכיו, והיא צפויה לעודד צרכנים רבים להיכנס לעסקאות שבלעדיה הם לא היו נכנסים אליהן. בסך-הכל עסקאות מותאמות אישית הן יעילות יותר לצרכנים מאשר עסקאות אחידות, וצפויות להגדיל את רווחיהם.

### 4. אי-ודאות

התנגדות נוספת היא שפרסונליזציה של כללי בררת-מחדל עלולה להקטין את הוודאות ולפגוע בדרך זו בכוחו של המשפט לכוון התנהגויות. היא עלולה אף להגדיל את הוצאות

95 לדיון נרחב יותר ראו Ben-Shahar & Porat 2019, לעיל ה"ש 92; Strahilevitz, לעיל ה"ש 38, בעמ' 2027-2029.

ההתדיינות כאשר מתגלע סכסוך בין הצדדים.<sup>96</sup> כללים אחידים, לעומת זאת, מגדילים ודאות, על כל היתרונות שיש בכך.<sup>97</sup>

במקרים שבהם הפרסונליזציה של כללי בררת־מחדל היא גסה ונעשית על־פי תכונות הניתנות לוודוא בנקל – כמו בדוגמת הירושה שבה פתחנו את המאמר או במקרים אחרים שבהם מגדר או גיל הם המאפיינים הרלוונטיים לפרסונליזציה – אי־הוודאות אינה צריכה להטריד אותנו יתר על המידה. כאשר כלל בררת־מחדל מותאם לקבוצה המוגדרת בבידור, בתי־המשפט לא יתקשו לקבוע מהם כללי בררת־מחדל החלים על הצדדים, ואף הצדדים עצמם לא יתקשו לשער, לפני מעשה ולאחר מעשה, מהם כללי בררת־מחדל החלים עליהם (בין משום שהם יבדקו זאת ובין משום שהדבר יעלה בקנה אחד עם ציפיותיהם).

השאלה קשה יותר עם פרסונליזציה עדינה. איננו סבורים שפרסונליזציה כמצעצעת על־דינו תקטין בהכרח את הוודאות. אם צרכן שיקש להיכנס לעסקה עם סוחר יוכל לקבל ממנו, בלחיצת כפתור, רשימה של כל כללי בררת־מחדל שיחולו על העסקה שלו, הוודאות לא תיפגע. לכאורה יש בכך כדי להאט את ביצוע העסקה, אך אין זה שונה מן המצב הקיים כיום, שבו צרכן הרוצה לדעת בדיוק מהם כללי בררת־מחדל האחידים החלים על העסקה שבכוונתו להיכנס אליה ימצא כי הדבר כרוך במאמץ לא־מבוטל.

שאלת ה"כללים מול סטנדרטים", שנדונה בהרחבה בספרות,<sup>98</sup> אינה זהה לשאלת ה"כלל מותאם אישית מול כלל אחיד" שאנו דנים בה כאן. יכולים להיות סטנדרטים שהם אחידים או אישיים (למשל, חובת תום־הלב), ויכולים להיות כללים שהם אחידים או אישיים (לדוגמה, כללי הירושה). לכן השאלות העיקריות העולות בנוגע לפרסונליזציה של כללי בררת־מחדל הן איך לאזן בין ודאות לדיוק, איך להפחית הוצאות עסקה, איך לתמרץ התנהגויות יעילות, ואיך להתאים את הכללים המשפטיים לציפיותיהם של נמעניהם.<sup>99</sup>

האם כלל בררת־מחדל אישי יוצר באופן טיפוסי ודאות רבה פחות מאשר כלל בררת־מחדל אחיד? למעשה, אנחנו צופים שבאופן מהותי, עם כללי בררת־מחדל אישיים, הוודאות עשויה לגדול. אם כיום רוב בני־האדם אינם יודעים מהם כללי בררת־מחדל החלים על החוזים שלהם, עם כללי בררת־מחדל אישיים, גם אם הם לא ידעו בדיוק מהם כללי בררת־מחדל "שלהם", הם יזכו בכללי בררת־מחדל העולים בקנה אחד עם ציפיותיהם, שכן אלה יהיו מותאמים למאפייניהם האישיים. כך, בדוגמה 2 לעיל (אכיפה או פיצויים), אם נשאל את אלון ואבי, במשטר המשפטי הנוהג כיום, איזו תרופה תינתן להם במקרה של הפרה, ייתכן מאוד שהם לא ידעו את התשובה. לעומת זאת, אם נשאל אותם שאלה בשיטה שבה נוהגים כללי בררת־מחדל אישיים, הם ישאלו את עצמם איזו תרופה הם היו רוצים

96 אי־ודאות מפחיתה את הסיכויים להגיע לפשרות. ראו Richard A. Posner, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, 2 J. LEGAL STUD. 399 (1973);

Lucian Arye Bebchuk, *Litigation and Settlement Under Imperfect Information*, 15 RAND J. ECON. 404 (1984).

97 Ayres, לעיל ה"ש 7, בעמ' 13.

98 ראו, למשל, Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992); Duncan Kennedy *Form and Substance in Private Law Adjudication*, L.J. 557 (1992); 89 HARV. L. REV. 1685 (1976).

99 השוואת Casey & Niblett, לעיל ה"ש 8.

לקבל במקרה של הפרה, ויש סיכוי טוב שהתשובה שהם ייתנו לשאלה זו תעלה בקנה אחד עם מה שהם יהיו זכאים לו על-פי הדין.

הוודאות בשיטה של כללי בררת-מחדל אישיים תקטן בחוזים בין פרטים (להבדיל מחוזים צרכניים או מחוזים בין שתי פירמות), שהינם שחקנים חד-פעמיים. זאת, מכיוון שכללי בררת-המחדל בחוזים כאלה יצטרכו להיות מותאמים לשני הצדדים לחוזה ולמאפייניהם האישיותיים. לא כן בחוזים צרכניים, שבהם למוכר או לספק השירות אין בדרך-כלל מאפיינים אישיותיים שאמורים להשפיע על תוכן החוזה. לכן ספק רב אם פרסונליזציה של כללי בררת-המחדל טובה לחוזים בין פרטים. אך כאשר מדובר בחוזים בין שחקנים חוזרים או בחוזים צרכניים, הוודאות שתהיה למתקשר החוזי – בעיקר לצרכן – תעלה כנראה, ולא תרד.

הבעיה מסתבכת במקצת אם מי שיקבעו את כללי בררת-המחדל האישיים יהיו השופטים. אם אלה לא ידעו לעשות שימוש בנתוני-עתק אשר הצדדים, באמצעות מומחים, מעמידים לרשותם, או יתקשו מכל סיבה אחרת לזהות את מאפייניהם והעדפותיהם של הצדדים שבעניינם הם דנים, אזי כללי בררת-מחדל אישיים ירבו טעויות שיפוטיות. אלה יקטינו את הוודאות של הצדדים, אף אם הם מכירים היטב את מאפייניהם האישיים והעדפותיהם. אולם החשש לטעויות שיפוטיות קטן אם אנו מניחים כי בעת עשיית עסקה יוכלו צרכנים לבקש ולקבל מן הסוחר תדפיס של כל כללי בררת-המחדל החלים על העסקה שלהם. גם אם בפועל הם לא יבקשו בדרך-כלל רשימה כזו, יהיה אפשר להפיקה בנקל ולהציגה לפני בית-המשפט כאשר יתגלע סכסוך בין הצדדים. כך אף תיווצר ודאות לצדדים, הן לפני מעשה והן אחרי מעשה, על כל היתרונות שיש בכך.

## 5. פרגמנטציה של הפסיקה

כללי בררת-מחדל אישיים מגדילים את מידת הפרגמנטציה של הפסיקה בפתרון אי-בהירות בחוזים. כך, פסק-דין אשר פותר אי-בהירות בחוזה, וקובע בדרך זו כלל בררת-מחדל אישי החל על המקרה (בהעדר התנאה מפורשת או משתמעת של הצדדים), לא יהווה תקדים לפתרון אי-בהירות במקרה עתידי, כל עוד הצדדים לחוזה אינם זהים (או דומים מאוד). לא כן כאשר מדובר בשיטה שבה כללי בררת-המחדל הם אחידים. בעיה זו יכולה לשכנע קוראים אחדים שכללי בררת-מחדל אישיים אינם צריכים להיות יצירי פסיקה, אלא יצירי חקיקה בלבד.

בסופו של דבר השאלה היא כיצד חיסרון זה עומד אל מול היתרון שיש בקביעת כללי בררת-מחדל אישיים אשר מתיישבים טוב יותר עם ציפיותיהם והעדפותיהם של הצדדים. פתרון-ביניים אפשרי הוא שכללי בררת-המחדל שיקבעו בתי-המשפט יהיו אישיים רק במקרה של שתיקה של החוזה (למשל, כאשר החוזה אינו מתייחס לשאלה אם יש להצמיד את התמורה למדד המחירים לצרכן או לשער הדולר), אך לא כאשר החוזה נוקט לשון שאינה בהירה (למשל, החוזה משתמש במילה שניתן לפרשה בכמה אופנים). בדרך זו לשון זהה בחוזים דומים תתפרש בדרך-כלל באותו אופן על-ידי בתי-המשפט, אך שתיקה, לעומת זאת, תקבל משמעויות שונות בהתאם למאפייניהם של הצדדים.

## 6. סטטיסטיקה, סטריאוטיפים וכללי בררת־מחדל ערכיים

התנגדות נוספת לפרסונליזציה דומה לזו המועלית נגד אכיפת המשפט על־ידי שימוש בפרופילים של בני־אדם (profiling), או באופן כללי יותר – נגד שימוש במידע סטטיסטי במשפט. מידע סטטיסטי אינו מתמקד בפרטים, אלא בקבוצות של פרטים. שימוש במידע סטטיסטי במשפט מאפשר קביעת ממצאים עובדתיים, וכן קביעה של זכויות וחובות, על־סמך הכללות המיוחסות לבני הקבוצה שהפרט משתייך אליה, כגון קבוצת הגיל, המגדר או הדת שלו.<sup>100</sup> במקרים רבים שימוש במידע סטטיסטי במשפט אינו עולה בקנה אחד עם אינטואיציות מוסריות של רבים. זאת ועוד, שימוש במידע סטטיסטי יוצר לא אחת סטריאוטיפים, באשר לא פעם הוא מייחס לבני־אדם תכונות שאין להם, ואף זו בעיה שאין להתעלם ממנה.

אין מטרתנו כאן לעסוק ביתרונות ובחסרונות שיש בשימוש במידע סטטיסטי במשפט. לענייננו חשוב לשים לב שכל כלל בררת־מחדל, אחיד או אישי, הוא סטטיסטי באופיו – לפחות לפי התיאוריה של כללי בררת־מחדל של רוב<sup>101</sup> – שכן הוא מקנה זכויות וחובות לפרטים בהתאם להעדפות הממוצעות של כל הפרטים בחברה או של חלקם. בכל הנוגע בהעדפותיו של הפרט הניצב לנגד עינינו, כללי בררת־מחדל אישיים הם כסופו של דבר כלי ניבוי טוב יותר, המבוסס על מידע סטטיסטי מדויק יותר, מאשר כלל בררת־מחדל אחיד.

לפיכך ההתנגדות להצעתנו אינה בשל השימוש במידע סטטיסטי המתחייב מיישומה – שימוש אשר נדרש כאמור לעשותו אף בהינתן כללי בררת־מחדל אחידים – אלא בשל החשש ליצירת סטריאוטיפים. טלו, למשל, את דוגמת הירושה. נניח שיחולו כללי ירושה שונים לגברים ולנשים, כך שחלק העיזבון של נשים שיעבור לילדים יהיה גדול מחלק העיזבון של גברים שיעבור אליהם. אף שניתן להציע הסבר רציונלי להבדל בין ההעדפות של נשים וגברים לעניין הירושה, שמצדיק כללי בררת־מחדל שונים,<sup>102</sup> ייתכן שכללי בררת־מחדל אלה ייצרו סטריאוטיפי שגברים אוהבים את ילדיהם פחות מנשים. אכן, יצירת סטריאוטיפים עשויה להוות שיקול נגד פרסונליזציה של כללי בררת־מחדל מסוימים, ונחזור לכך, מזווית אחרת, בפרק הבא.

וריאציה להתנגדות הנדונה בחלק זה מתייחסת לסוג מסוים של כללי בררת־מחדל הנוגעים בערכים מרכזיים בחיינו, שאינם "רק" העדפות (להלן: כללי בררת־מחדל ערכיים). כאן הטענה היא כי בשל אינטרסים חברתיים ומוסריים, רק ויתור מפורש על זכויות הניתנות מכוח כללי בררת־מחדל ערכיים צריך להיות אפשרי, ולפיכך אין לשלול זכויות אלה רק על־סמך מידע סטטיסטי המראה כי הפרט שבו מדובר היה מוותר ככל הנראה על הזכויות הללו אילו נשאל על־אודותיהן. אכן, יש כללי בררת־מחדל אשר חשיבותם החברתית עולה על היתרון שיש בקידום העדפותיהם המשוערות של הפרטים על־ידי פרסונליזציה של אותם כללים, אך לא על היתרון שיש בקידום העדפותיהם המפורשות.

טלו כדוגמה את המקרה של אי־התאמת המושכר למגורים.<sup>103</sup> ראינו שקיימת שונות בין שיטות משפט באשר לעמדתן בשאלה אם החובה של המשכיר לספק לשוכר דירה מתאימה

100 ראו (2005) 206–07 ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW.

101 לעיל בתת־פרק 2א.

102 לעיל במבוא.

103 לעיל בחלק ב2(ג).

למגורים צריכה להוות כלל מנדטורי או כלל בררת-מחדל. גם בשיטה שמכירה בכך שחובה זו היא כלל בררת-מחדל, ואשר נוקטת פרסונליזציה של כללי בררת-מחדל, יכול שיהיה מקום לכלל שעל-פיו המשכיר חייב לספק לשוכר דירה מתאימה למגורים אלא אם כן ויתר השוכר על זכותו לכך באופן מפורש. על-פי כלל זה, לא יהיה די בהנחה – אף אם היא מבוססת היטב מבחינה סטטיסטית – שהשוכר היה מוותר על זכותו אילו נשאל על כך. זאת, מכיוון שהזכות למגורים ברמה מינימלית עשויה להיתפס כערך חברתי חשוב עד כדי כך שראוי להבטיח כי הוויתור עליו יהיה מפורש בלבד.

דוגמה נוספת לכלל בררת-מחדל ערכי יכול להיות הכלל שלפיו כל ילדיו של המוריש זוכים בחלקים שווים מן העיזבון.<sup>104</sup> גם בשיטה שבה כללי בררת-המחדל מותאמים אישית יכול שחריגה מכלל החלוקה השוויונית בין הילדים תתאפשר רק אם הדבר נעשה במפורש, בצוואה, וזאת בשל מרכזיותו של ערך השוויון בשיטת משפטנו. לפיכך קיומו של מידע המלמד כי יש הסתברות גבוהה שהמוריש המסוים שבו מדובר היה מעדיף חלוקה לא-שוויונית של העיזבון בין ילדיו, לא יהיה בו כשלעצמו כדי לאפשר חלוקה כזו.

## 7. העדפות מתקבעות

התנגדות נוספת לפרסונליזציה של כללי בררת-מחדל היא שיש כללי בררת-מחדל אישיים שעלולים לקבע העדפות או מוסכמות חברתיות בלתי-רצויות, ועל-כן יש להימנע מהם.<sup>105</sup> פרופ' קס סנסטיין (Cass Sunstein) נותן דוגמה מעניינת לכך שכלל בררת-מחדל אישי עלול להיות בלתי-חוקתי. סנסטיין מסתמך על מחקר של פרופ' לז אמנס (Liz Emens)<sup>106</sup> המראה כי הרוב המוחלט של הנשים שנישאו בארצות-הברית שינו בעקבות הנישואים את שם משפחתן לשם המשפחה של בן-זוגן, בעוד שהרוב המוחלט של הגברים לא עשו כן.<sup>107</sup> מכאן עולה, לכאורה, שכלל בררת-המחדל לנשים צריך להיות שינוי השם, ואילו כלל בררת-המחדל לגברים צריך להיות אי-שינוי השם. בכך יהיה כדי לחסוך עלויות עסקה הן לנשים והן לגברים.<sup>108</sup> רק נשים שרוצות לא לשנות את שמן או גברים שרוצים לשנות את שמם יתנו על כלל בררת-המחדל ויגשימו את רצונם. סנסטיין טוען כי כללי בררת-מחדל שונים לגברים ולנשים בעניין זה הם מפלים, ויש להניח שהם אינם חוקתיים.<sup>109</sup> גם אנחנו סבורים כי כללי בררת-מחדל מעין אלה יוצרים לחץ על נשים לשנות את שמן בעקבות הנישואים בהתאם למוסכמות החברתיות שהתפתחו עם השנים, ועל-כן אין הם רצויים. קיים אף חשש שנשים התאימו את העדפותיהן במהלך השנים למוסכמות מינניות אלה, ואף בשל כך כללי בררת-המחדל האמורים הם בעייתיים, אף אם הם עולים בקנה אחד

104 ס' 13 לחוק הירושה קובע כי "ילדי המוריש חולקים ביניהם בשווה".

105 השוו Timothy D. Robinson, *A Normative Evaluation of Algorithmic Law*, 23 AUCKLAND U. L. REV. 293 (2017).

106 Elizabeth F. Emens, *Changing Name Changing: Framing Rules and the Future of Marital Names*, 74 U. CHI. L. REV. 761 (2007).

107 שם, בעמ' 785-786, Sunstein; לעיל ה"ש 7, בעמ' 25.

108 Emens, לעיל ה"ש 106, בעמ' 809.

109 Sunstein, לעיל ה"ש 7, בעמ' 34.

עם העדפותיהן הנוכחיות של נשים, שכן הם מקבעים יחסי הכפפה של נשים לכני־זוגן.<sup>110</sup> בשל סיבות אלה ייתכן שעדיף כלל בררת־מחדל אחיד שעל־פיו נשים וגברים כאחד נותרים עם שם משפחתם מלפני הנישואים כל עוד אין הם מביעים רצון מפורש לשנותו.<sup>111</sup> עם זאת, פרסונליזציה עדינה (להבדיל מגסה) של כללי בררת־המחדל יכולה להתאים כאן. עיון במידע המוצג במאמרה של אמנס מגלה כי יש מאפיינים דמוגרפיים רבים המעידים על הסיכויים שבן־זוג (או בת־זוג) יאמץ עם הנישואים את שם המשפחה של בת־זוגו (או בן־זוגו). מחקר אחד מראה ש־20% מן הנשים הנשואות בוגרות הרווארד לא שינו את שם משפחתן בעקבות הנישואים, לעומת 10% בלבד מתוך כלל אוכלוסיית הנשים הנשואות בארצות־הברית שלא שינו את שמן. מחקר חדש יותר שבחן את מודעות הנישואים המתפרסמות בניו־יורק טיימס מראה כי 29% מן הנשים הנישואות ששמן הופיע במודעות הנישואים שמרו על שם משפחתן מלפני הנישואים.<sup>112</sup> עוד נמצא כי נשים בעלות השכלה גבוהה, נשים שנישואות בגיל מתקדם או כאלה שנהיו אימהות בגיל מתקדם, בוגרות של אוניברסיטאות מובילות, כלות של אנשי אקדמיה או נשים שבני־זוגן הם בעלי דוקטורט נוטות יותר מאחרות להישאר עם שם משפחתן.<sup>113</sup>

לנוכח שונות רבה זו ניתן לחשוב על פרסונליזציה עדינה במיוחד של כללי בררת־המחדל. נניח שיתברר כי נשים לבנות בעלות דעות פוליטיות שמרניות, אשר נשרו מהמכללה ונישאו לבן־זוג עם מאפיינים דומים, מאמצות את שם המשפחה של בן־הזוג כ־98% מן המקרים, ואילו נשים אסימטריות צמחוניות שיש להן תואר שני בחינוך, ואשר משתתפות בשיעורי יוגה, מאמצות את שם בן־הזוג רק כ־7% מן המקרים. האם לא יהיה נכון, מבחינה נורמטיבית, שייקבע כלל בררת־מחדל שלפיו שם המשפחה של אישה המשתייכת לקבוצה הראשונה ישתנה עם הנישואים לשם המשפחה של בן־זוגה, ואילו שם המשפחה של אישה המשתייכת לקבוצה השנייה יוותר כמות שהוא? ומה אם יתברר כי 88% מן הגברים הצמחוניים שקיבלו תואר דוקטור בפילוסופיה ואשר נוהגים במכונית חשמלית מאמצים עם נישואיהם את שם בת־זוגן? מדוע שלא יחול עליהם כלל בררת־מחדל שעל־פיו הם מקבלים את שם בת־זוגן אלא אם כן הם ביקשו במפורש אחרת?

הבירוקרטיה של שינוי שם אינה זניחה, וייתכן שאם יש כלי ניבוי טובים המאפשרים לדעת מה ירצו פרטים מסוימים לעשות, אזי יש הצדקה לפרסונליזציה של כללי בררת־המחדל, אף אם הדבר כרוך בווייתור מסוים על השפעתו האקספרסיבית החיובית של המשפט (מה־גם שיש מקרים – המיוצגים לעיל בדוגמה של הגברים אשר ניתן לנבא כי ישנו את שם משפחתם עם הנישואים – שבהם אין זה ברור כלל ועיקר שההשפעה האקספרסיבית

110 Emens, לעיל ה"ש 106, בעמ' 775-776.

111 זהו המצב המשפטי בישראל לפי ס' 6 לחוק השמות, התשט"ז-1956, כפי שנקבע בחוק השמות (תיקון מס' 3), התשנ"ו-1996. עד התיקון קבע החוק כי האישה מקבלת עם נישואיה, כבררת־מחדל, את שם משפחתו של בן־זוגה, אך רשאית להתנות על כלל זה על־ידי קביעה מפורשת אחרת. כיום, לאחר התיקון, בררת־המחדל היא שמירה על שם המשפחה הקודם. לדיון היסטורי וביקורתי ראו אורית קמיר "לכל אשה יש שם (התפתחויות בחקיקה ובפסיקה בתחום זכותה של אשה לבחור שם – קריאה טקסטואלית, משפטית ופמיניסטית)" משפטים כז 327 (1996).

112 Emens, לעיל ה"ש 106, בעמ' 786, ה"ש 85.

113 שם, בעמ' 787-789.

של המשפט מהווה שיקול נגד הכרה בכלל בררת־מחדל אישי באשר לשינוי השם). באופן כללי יותר, בסוגים מסוימים של מקרים פרסונליזציה עדינה יכולה להיות טובה יותר מאשר פרסונליזציה גסה, במיוחד אם היא עושה שימוש לא (רק) באמות־מידה "בעייתיות", כגון מגדר או גזע, אלא (גם) באמות־מידה דמוגרפיות, אשר כשלעצמן אינן מעוררות התנגדות.<sup>114</sup> אין להבין מכל האמור לעיל כי אנחנו שוללים שימוש במגדר או בגזע לקביעת כללי בררת־מחדל. ההפך הוא הנכון. בדרך־כלל הפרט היה רוצה כנראה שיעשה שימוש באמות־מידה אלה, כל עוד יש להן כוח ניבוי טוב באשר להעדפותיו, וכך אף באשר לכללי בררת־המחדל המתאימים לו. הזהירות בשימוש באמות־מידה אלה, בעיקר לשם פרסונליזציה גסה של כללי בררת־מחדל, מוצדקת רק כאשר שימוש כזה תורם ליצירת סטריאוטיפים או מקבע העדפות – או מוסכמות חברתיות – שהן בעייתיות מבחינה מוסרית או חברתית.

## 8. פרטיות

התנגדות כמעט מובנת מאליה לפרסונליזציה היא פוטנציאל הפגיעה שלה בפרטיות. הטלת הגבלות על איסוף מידע ושימוש בו, לשם הגנת הפרטיות, תקשה מאוד פרסונליזציה של כללי בררת־המחדל. בלעדי האפשרות לעקוב אחר התנהגויות של פרטים במרשתת, לאסוף מידע ממאגרי מידע שונים ולעשות שימושים בטכנולוגיות לעיבוד נתוני־עתק, לא יוכלו מחוקקים, שופטים ואף פירמות ליצור כללי בררת־מחדל אישיים. בעיה זו חריפה במיוחד באיחוד האירופי, למשל, שם ההגבלות המוטלות על איסוף מידע ושימוש בו, לשם הגנת הפרטיות, רבות בהרבה מאלה הנוהגות בארצות־הברית, למשל.<sup>115</sup> חוקרים שונים הצביעו בעבר על המתח המובנה בין פרטיות לביטחון,<sup>116</sup> בין פרטיות להעדר הפליה,<sup>117</sup> בין פרטיות לשוויון מגדרי<sup>118</sup> וכן בין פרטיות לחדשנות.<sup>119</sup> את המתח בין פרטיות לבין פרסונליזציה של כללי בררת־מחדל ניתן להבין באורח דומה. ככל שאיסוף המידע על בני־אדם והשימוש בו יוגבלו יותר בשם ההגנה על הפרטיות, יתאפשרו פחות כללי

114 ראו (2003) 539 U.S. 306, 336–41. Grutter v. Bollinger.

115 Paul M. Schwartz, *The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures*, 126 HARV. L. REV. 1966, 1974–79 (2013). להתמודדות של הפרסונליזציה בתחומי המשפט הפרטי האירופי עם דיני הפרטיות והמידע האירופיים ראו Philipp Hacker, *Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates*, 25 EUR. REV. PRIVATE L. 651, 664–65 (2017).

116 ראו, למשל, Richard A. Posner, *Privacy, Surveillance, and Law*, 75 U. CHI. L. REV. 245 (2008); Daniel J. Solove, *Data Mining and the Security-Liberty Debate*, 75 U. CHI. L. REV. 343 (2008).

117 LIOR JACOB STRAHILEVITZ, *INFORMATION AND EXCLUSION* 127–56 (2011).

118 ראו, למשל, Reva B. Siegel, "The Rule of Love": *Wife Beating as Prerogative and Privacy*, 105 YALE L.J. 2117 (1996).

119 ראו, למשל, Ethan S. Bernstein, *The Transparency Paradox: A Role for Privacy in Organizational Learning and Operational Control*, 57 ADMIN. SCI. Q. 181, 202–04 (2012); Julie E. Cohen, *What Privacy Is For*, 126 HARV. L. REV. 1904, 1918–27 (2013).



בררת-מחדל אישיים, ועוד פחות כללי בררת-מחדל אישיים עדינים. גם חובות הגילוי – שבהן נעסוק בפרק הבא של המאמר – יהיו אישיות פחות ככל שהגנת הפרטיות תתחזק. בשנים האחרונות נרונה משמעותו המשפטית של השימוש ב-"Do Not Track", דהיינו, במסר שנשלח על-ידי צרכנים לסוחרים שעל-פיו אין הם מתירים להם לאסוף מידע עליהם באמצעות המרשתת. נטען אומנם שאיסוף מידע על לקוחות מקדם לא רק את האינטרסים של הסוחרים, אלא אף את אלה של הלקוחות – למשל, בכך שהשיווק והפרסום מותאמים להם אישית על בסיסו ועל-כן מועילים להם יותר. אך גורמים המייצגים את האינטרסים של הסוחרים הסכימו כי ראוי שלקוח אשר אינו מעוניין שיעשה שימוש במידע הנאסף עליו יוכל למנוע זאת, על-ידי הבעת התנגדות מפורשת. אגב כך עלתה השאלה מה דינה של הודעה מסוג Do Not Track כאשר היא מובנית בתוך הדפדפן של הלקוח ונשלחת לסוחר מבלי שהלקוח שוקל אותה למעשה.<sup>120</sup> חברות שיווק שונות טענו כי אין הן מוכנות לכבד הודעה כזו הנשלחת אוטומטית על-ידי מי שמתמש בדפדפן Microsoft Internet Explorer, אשר בררת-המחדל המובנית שלו היא Do Not Track.

באופן נוגד-אינטואיציה, דרך לפתור את המחלוקת בעניין זה היא לעשות שימוש בפרסונליזציה... כדי להגן על הפרטיות. כך, אם הפרופיל של לקוח מעיד כי חשוב לו מאוד לשמור על פרטיותו באשר לדרך גלישתו במרשתת, או אם התנהגותו ומאפייניו תואמים את אלה של שפני-הניסיון אשר העדיפו במפורש לשמור על פרטיותם בעת גלישה במרשתת, אזי אין לאסוף מידע על-אודותיו, אלא אם כן הוא הביע רצון אחר באופן ברור ומפורש. לעומת זאת, אם הפרופיל של הלקוח מעיד כי פרטיות אינה בראש מעייניו, או אם התנהגותו ומאפייניו תואמים את אלה של אותם שפני-ניסיון אשר העדיפו במפורש לא לשמור על פרטיותם בעת גלישה במרשתת, יהיה אפשר לאסוף עליו מידע, כל עוד הוא לא הביע רצון אחר באופן ברור ומפורש.

## 9. שינויי אישיות וכניסה למשטר של פרסונליזציה או יציאה ממנו

לבסוף, התנגדות אפשרית להצעתנו היא שכללי בררת-מחדל אישיים אינם מביאים בחשבון שינויים בהעדפות של צרכנים לאורך זמן. בני-אדם עשויים להשתנות, וכלל בררת-מחדל אישי שמתאים להם כיום עשוי לא להתאים להם בעוד שנה.<sup>121</sup> תשובה אחת היא שהעדפות של צרכנים לכללי בררת-מחדל אינן משתנות בתדירות גבוהה כל-כך, ממש כשם שתכונות ומאפיינים בסיסיים של אדם בוגר אינם משתנים בנקל.<sup>122</sup> לאישיות של אדם,

Natasha Singer, *Do Not Track? Advertisers Say "Don't Tread on Us"*, N.Y. TIMES, 120 Oct. 14, 2012, at BU3, available at <http://www.nytimes.com/2012/10/14/technology/do-not-track-movement-is-drawing-advertisers-fire.html>

Sunstein, *לעיל ה"ש 7, בעמ' 53*.

Johanna Rantanen et al., *Long-Term Stability in the Big Five Personality Traits in Adulthood*, 48 SCANDINAVIAN J. PSYCHOL. 511, 515 (2007); Sarah E. Hampson & Lewis R. Goldberg, *A First Large Cohort Study of Personality Trait Stability Over the 40 Years Between Elementary School and Midlife*, 91 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 763 (2006); Stephen Soldz & George E. Vaillant, *The Big Five Personality Traits and the Life Course: A 45-Year Longitudinal Study*, 33 J. RES. PERSONALITY 208 (1999)

כידוע, יש מרכיבים גנטיים רבים, אשר עוברים בתורשה.<sup>123</sup> אולם בני-אדם משתנים לעיתים, ועימם העדפותיהם. לפיכך חשוב להבהיר כי פרסונליזציה של כללי בררת-מחדל היא עצמה כלל בררת-מחדל אשר פרטים יכולים להתנות עליו אם רק יחפצו בכך. נניח, למשל, שצרכן מגלה כי השתנה אצלו דבר-מה בסיסי באישיות: בעבר הוא היה אוהב סיכון, לא-זהיר ופזרן, אך גירושים, פשיטת-רגל או אירוע טראומטי אחר שכנעו אותו כי עליו לשנות כיוון בחיים. שיטת הפרסונליזציה שאנחנו מציעים אינה מחייבת אותו להיות מקובע בהעדפותיו הקודמות. הוא יכול להצהיר במפורש שהוא אינו מעוניין שכללי בררת-מחדל שיחולו עליו יהיו אישיים, וכך לצאת ממשטר משפטי זה ולהיכנס למשטר משפטי של כללי בררת-מחדל אחידים (כנהוג כיום). הוא אף יכול, בכפוף להסכמת הצד האחר לעסקה, לבקש שיחול עליו מקבץ של כללי בררת-מחדל אישיים אשר מתאימים לבני-אדם אחרים, שנדמה לו שהוא דומה להם מספיק באישיותו ה"חדשה". אפשר אף לחשוב על משטר משפטי שבו כלל בררת-מחדל באשר לפרסונליזציה של כללי בררת-מחדל יהיה שכל עוד אדם לא הביע רצון אחר, יחולו עליו כללי בררת-מחדל אחידים. כך יובטח שרק מי שירצה בבירור כללי בררת-מחדל אישיים יהיה כפוף להם. זוהי למעשה הגרסה החלשה ביותר של פרסונליזציה של כללי בררת-מחדל, אשר תהיה אולי מקובלת אף על הספקנים הגדולים ביותר באשר לרציונה של פרסונליזציה כזו מלכתחילה.

#### ד. פרסונליזציה של חובות גילוי

בשנים האחרונות נהפכו חובות הגילוי לנושא "חם" במיוחד בכתיבה האקדמית. לפני שנים אחדות פרסמו עמרי בן-שחר וקרל שניידר מאמר, ולאחר-מכן ספר, שבהם טענו כי חובות גילוי רחבות אינן מקנות לצרכנים את היתרונות שתומכי חובות הגילוי טוענים להם. זאת, בין היתר, משום שהגילוי נהיה ארוך ומסובך יותר עם השנים, ומשכך פחות ופחות צרכנים קוראים את המידע המוצג לפנייהם על-פי דרישות הדין.<sup>124</sup> הפתרון שלנו לבעיה שבן-שחר ושניידר מצביעים עליה צריך להיות ברור לכל מי שהגיע עד כאן בקריאת המאמר, ומפתיע שהוא לא הוצע עד כה: פרסונליזציה של חובות הגילוי. בפרק ב של המאמר עסקנו בפרסונליזציה של חובות הגילוי המוטלות על רופאים כלפי חולים,<sup>125</sup> וכאן נרחיב את היריעה ונדון בחובות גילוי באופן כללי יותר. נפתח בפרסונליזציה מסוג קרוב לענייננו, שאינו שנוי במחלוקת: פניות מותאמות אישית לצרכנים ולתושבים. מפרסמים הבינו זה כבר כי אופן הפנייה לצרכנים יהיה אפקטיבי יותר

Kerry L. Jang, W. John Livesley & Philip A. Vernon, *Heritability of the Big Five Personality Dimensions and Their Facets: A Twin Study*, 64 J. PERSONALITY 577, 577 (1996).

Omri Ben-Shahar & Carl E. Schneider, *The Failure of Mandated Disclosure*, 159 U. PA. L. REV. 647, 684–90 (2011); Omri Ben-Shahar & Carl E. Schneider, *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure* 101–06 (2014).

125 ראו לעיל חלק ב(ב).

אם הוא יביא בחשבון את מאפייני האישיות שלהם.<sup>126</sup> אך לא רק מפרסמים מסחריים אמורים להבין זאת. הניחו שהממשלה רוצה להעביר מסרים לתושבים באופן שישיא את השפעתם של אותם מסרים. למשל, נניח שהממשלה רוצה לעודד הורים להשכיב את תינוקותיהם במיטותיהם באופן שיפחית את הסיכונים של "מוות בעריסה". לחלופין, נניח שהממשלה רוצה לשכנע כמה שיותר בני־אדם לפנות אזור המועד לאסון־טבע, בין כדי להגן עליהם ובין כדי להגן על אלה שיחלצו לעזרתם במקרה של אסון ואשר עלולים להיפגע אגב כך. ממשלה שיוודעת אך מעט על תושביה תשרד כנראה מסרים ואזהרות אחידים אשר יתאימו לרוב התושבים. לעומת זאת, ממשלה אשר מכירה היטב את התושבים עשויה לשרד מסרים אישיים יותר – דהיינו, כאלה המותאמים לקבוצות אוכלוסיה שונות – ואלה יהיו אפקטיביים יותר.<sup>127</sup> ממש כשם שהמסרים צריכים להיות משודרים בשפות שונות כדי שיגיעו גם לתושבים שאינם מבינים את השפה שרוב התושבים משתמשים בה, כך ראוי גם שהמסרים והאזהרות של הממשלה בנוגע לסיכוני "מוות בעריסה" או לסיכוני טבע יהיו מותאמים למאפייניהם של נמעני המסרים, וכך יפחיתו ביתר אפקטיביות את הסיכונים לתינוקות או לתושבים הגרים באזורים המועדים לאסונות טבע (ולאלה שיבואו לחלצם במידת הצורך).

ומה כאשר צרכנים רוכשים מוצרים באמצעות המרשתת? מדוע שלא נחייב גם מוכרים מקוונים בגילוי מידע באופן שמותאם לפרופיל של כל צרכן וצרכן? היתרונות במשטר משפטי כזה הם מובנים מאליהם. במצב כיום, גבר רווק אשר חי בגפו ומעוניין לרכוש תרופה מקבל אזהרות מן המוכר (או היצרן) המתייחסות, בין היתר, לאפשרות שהוא אישה בהיריון; קשישים ללא ילדים, אשר גרים בבת־אבות ורוכשים מוצרים לבית, מקבלים אזהרות המתייחסות, בין היתר, לכך שהמוצר מכיל חלקים קטנים אשר תינוקות עלולים לבלוע; ומורמונים אדוקים מוזהרים לא לערבב תרופות מסוימות עם אלכוהול. ריבוי האזהרות אשר מיועדות כל אחת בנפרד לקבוצה קטנה של צרכנים אך מופנות בפועל אל כולם גורם לכך שהגילוי יהיה ארוך ומייגע, ובעיקר לא־רלוונטי ברובו לצרכן המסוים שרוכש את המוצר. התוצאה היא שהסיכוי שהצרכן יקרא בסופו של דבר את האזהרות הרלוונטיות לו הוא קטן. הנה כי כן, גילוי רב עלול להיות גרוע לא פחות מאשר העדר גילוי כלל. טענתנו היא שניתן "להציל" את חובות הגילוי, ולהפוך אותן למועילות, על־ידי פרסונליזציה שלהן, כך שכל צרכן יקבל מידע פחות בהרבה אך בדיוק את המידע שהוא זקוק לו.

ככל שהטכנולוגיות משתכללות, אנחנו צופים שסוג כזה של גילוי אישי יצבור תנופה לא רק ברכישות באמצעות המרשתת, אלא גם ברכישות במרכולים, במרכזי קניות ובחנויות גדולות אחרות.<sup>128</sup> טכנולוגיות הגילוי של המאה העשרים התמקדו במשימה כיצד להכביר אזהרות לצרכן במגבלות המקום שבו עליהן להופיע. אזהרות עם גודל אות קטן במיוחד היו אז "שם המשחק". במאה העשרים ואחת, לעומת זאת, כאשר כל צרכן (כמעט) מצויד בטלפון

126 ראו, למשל, Jacob B. Hirsh, Sonia K. Kang & Galen V. Bodenhausen, *Personalized Persuasion: Tailoring Persuasive Appeals to Recipients' Personality Traits*, 23 *PSYCHOL. Sci.* 578 (2012).

127 השוו שם, בעמ' 580.

128 לבחינת שימושים אפשריים בטכנולוגיות אלה בעסקאות צרכניות ראו Peppet, לעיל ה"ש 62.

"חכם", אנחנו צופים שעם יישומון מתאים יוכלו צרכנים לסרוק את הברקוד של המוצר שהם חפצים בו ולקבל באופן מיידי גילוי נאות המותאם בדיוק להם, על-פי הפרופיל שלהם. בשיטה זו, למשל, הורים שילדיהם סובלים מאלרגייה לבוטנים יקבלו באופן קבוע, בכל מקום שבו ירכשו מזון, אזהרות הנוגעות בכך, ובכלל זה אזהרות בנוסח "האם את/ה בטוח/ה שברצונך לרכוש את המזון הזה?". גילוי אישי כזה יחסוך זמן, אך חשוב יותר, הוא יגרום לכך שצרכנים רבים יותר יקראו בתשומת-לב אזהרות בריאות ובטיחות אשר רלוונטיות להם, או כל מידע אחר שכיום הם מקבלים באופן טכני בלבד.

רעיון שפני-הניסיון שפיתחנו בחלק קודם של המאמר<sup>129</sup> ייושם, בשינויים המתבקשים, בעת פרסונליזציה של חובות הגילוי. שפני-הניסיון יתבקשו, תמורת תשלום הולם, לקרוא גרסאות שונות של גילוי, ולהעריך באופן מיידי, וכן שבועות מספר לאחר-מכן, עד כמה הגילוי שקיבלו סייע להם. בהמשך יותאמו לכל הצרכנים חובות גילוי אישיות בהתאם לחובות הגילוי שנקבעו כמתאימות לשפני-הניסיון בעלי המאפיינים הדומים לאלה שלהם. גילוי אישי, כך אנחנו צופים, יגיע לתחומים נוספים. כך, יישומון אשר "יודע" – בהתבסס על מידע הנלמד מנתוני-עתק ומשפני-ניסיון – שהצרכן המשתמש בו חושש מפני סיכונים מסוימים יאתר בעבורו הוראות חוזיות אשר חושפות אותו לסיכונים כאלה ויזהירו מפניהן. היישומון אף יזהיר את הצרכן מפני הוראות חוזיות שהוא אינו "אוהב", כגון תניות פטור מסוימות. הוא יעשה למענו בדיוק מה שעושה עורך-דין, המכיר את רגישויותיו המיוחדות של הלקוח, כאשר הוא מעיר את תשומת-ליבו להוראות חוזיות שעלולות להרתיעו.

פרסונליזציה תמלא תפקיד חשוב אף בכל הקשור לגילוי על-ידי הממשלה. ממש כשם שהיינו רוצים שאזהרות על סיכוני "מוות בעריסה" יותאמו לתושבים בהתאם למאפייניהם השונים, כך היינו רוצים גם שאזהרות לחולי קצרת על סכנות מזג-האוויר לא רק ישודרו באמצעי התקשורת כאזהרות אחידות, אלא גם יופנו אל אותם חולים בדרכים ישירות יותר. כך גם לגבי אזהרות מסע הנשמעות לעיתים באשר לסיכוני נסיעה לחוץ-לארץ, לגבי דיווחים על מפגעים בדרך (בדומה להתרעות הניתנות על-ידי Waze) ולגבי אזהרות מפני סכנה של טביעה בים. הרעיון הכללי הוא לגרום לכך שהמידע יגיע רק לאלה שהוא רלוונטי לגביהם, באופן שיקדם שימוש יעיל בו.

לבסוף, לגילוי אישי יש תפקיד חשוב בקידום הרעיון בדבר פרסונליזציה של כללי בררת-מחדל. יש להניח שצרכנים רבים יחוו אי-ביטחון, לפחות בתחילת הדרך, עם שיטה משפטית אשר מתאימה להם כללי בררת-מחדל אישיים ואף חוזים אישיים. צרכנים שהפרופיל שלהם יעיד כי עניין זה מדאיג אותם במיוחד יזכו בגילוי רחב יותר מאחרים באשר לשינויים שנעשו בחוזים שלהם בשל מאפייניהם האישיים, ותהיה להם הזדמנות לדחות אותם אם יצו. צרכנים שהפרופיל שלהם יעיד כי חשוב להם במיוחד לחסוך ממון, גם אם משמעות הדבר היא חוזה עם הוראות מכבידות יותר, יקבלו התרעות, לפני רכישת מוצר, שהם רשאים ליטול על עצמם חובים מסוימים – או לוותר על זכויות מסוימות – בתמורה להפחתה במחיר. אחרים, אשר רגישים פחות למחיר, יקבלו התרעות מועטות יותר מסוג זה. בקצרה, הפרסונליזציה של הגילוי יכולה לפשט חלק מן הסיבוך שעלול להיגרם עם המעבר לכללי בררת-מחדל אישיים.

129 ראו לעיל תת-פרק 3.

בעוד לפרסונליזציה של כללי בררת-מחדל ניתן להעלות התנגדויות רבות למדי, כפי שראינו בפרק הקודם, ההתנגדויות האפשריות לגילוי אישי מועטות יותר. כמו עם כללי בררת-מחדל אחרים, מי שיחפוץ בגילוי רחב יותר מזה המותאם לו אישית יוכל לדרוש ולקבל אותו. לפיכך החשש מפני התנהגויות אסטרטגיות של צרכנים כדי לזכות בכללי בררת-מחדל אישיים נוחים יותר<sup>130</sup> אינו קיים כאן. אף הטיעון כי בני-אדם משתנים, וכי פרסונליזציה של כללי בררת-מחדל עלולה להיות בלתי-אפשרית במקרים אלה,<sup>131</sup> אינו משכנע ככל שהוא מועלה נגד חובות גילוי אישיות, שהרי את אלה ניתן להתאים בנקל למאפיינים החדשים של הפרט. גם ההתנגדויות הנוגעות בסבסוד צולב,<sup>132</sup> באי-ודאות<sup>133</sup> ובפרגמנטציה של המשפט<sup>134</sup> אינן מטרידות כאן, וכך גם החשש שפרסונליזציה של חובות גילוי יחשב בלתי-חוקתית:<sup>135</sup> מסרים המועברים לקבוצות מיעוט בשל מאפיינים מיוחדים שלהן – כגון אזהרות מותאמות אישית למזרחים או ליוצאי אתיופיה מפני מחלות אשר נפוצות אצלם יותר מאשר אצל אחרים – לא יעוררו בדרך-כלל קושי.

ההתנגדויות הנוגעות בחששות מפני פגיעה בפרטיות<sup>136</sup> ומפני יצירת סטריאוטיפים<sup>137</sup> רלוונטיות אף לכאן, וכפי שעולה מן הדיון שערכנו בנושאים אלה בפרק הקודם של המאמר, יש להביאן בחשבון. קיים אף חשש שבתי-משפט לא ימירו לשחרר רופאים, למשל, מן החובה להזהיר חולים מפני סיכונים אשר נדירים מאוד לגביהם אך נפוצים יותר אצל אחרים. מודעות של בתי-המשפט ליתרונות הגלומים בגילוי מותאם אישית צריכה לפתור בעיה מסוימת זו, ופיצויים מן הביטוח הלאומי, למשל, יהיו פתרון טוב יותר מהטלת אחריות נזיקית על מי שנמנע מגילוי עקב היותו בלתי-מתאים לחולה המסוים התובע בבית-המשפט. הטלת אחריות נזיקית בגין אי-גילוי במקרים אלה תסכל את השגת המטרה של הגילוי האישי, שכן אם מי שנמנע מלגלות בנסיבות שבהן היה נכון להימנע מכך ימצא אחראי בנזיקין, הוא יפנים את הנזקים של הגילוי האישי מבלי להפנים את התועלות – הרבות יותר להערכתנו – שהוא יוצר.<sup>138</sup>

## מסקנות

עד לא מזמן לא התאפשרה פרסונליזציה של המשפט בגלל מגבלות טכנולוגיות. אך מהפכת המידע – ובכלל זה קיומם של נתוני-עתק – שינתה את פני הדברים. עתה יותר מאי-פעם פרסונליזציה כזו היא אפשרית, גם אם היא מחייבת שיפורים והתאמות

130 ראו לעיל תת-פרק ג.2.

131 ראו לעיל תת-פרק ג.9.

132 ראו לעיל תת-פרק ג.11.

133 ראו לעיל תת-פרק ג.4.

134 ראו לעיל תת-פרק ג.5.

135 ראו לעיל תת-פרק ג.7.

136 ראו לעיל תת-פרק ג.8.

137 ראו לעיל תת-פרק ג.6.

138 השוו, Ariel Porat, *Private Production of Public Goods: Liability for Unrequested Benefits*, 108 MICH. L. REV. 189 (2009).

טכנולוגיות באשר לשימוש בנתוני-עתק. אנחנו מקווים שמחוקקים ובתי-משפט יענו לאתגר הפרסונליזציה באותם מקרים שבהם נראה כי מטרת הדין תושג טוב יותר עם כללי בררת-מחדל אישיים מאשר עם כללי בררת-מחדל אחידים, וכי היישום הוא אפשרי ולא יקר מדי. תחומים המתאימים לכך במיוחד הם החוזים הצרכניים, דיני הירושה, הרשלנות הרפואית<sup>139</sup> וחוזי השכירות.

בטווח הנראה לעין מומלץ לשקול פרסונליזציה של דיני הירושה, כך שהם יותאמו אישית למוריש שלא הותיר צוואה בהתאם למידע קיים ולמידע נוסף שייאסף (עם או בלי שפני-ניסיון), אשר יאפשרו ניבוי טוב של רצונו. לבתי-משפט הדנים בתביעות נגד רופאים בגין אי-גילוי והעדר הסכמה מדעת מומלץ לא למהר להטיל אחריות נזיקית על רופאים או מוסדות רפואיים אשר נוקטים מדיניות אחראית ומושכלת של גילוי אישי. כן מומלץ לבתי-משפט להיזהר בפסילת פרסונליזציה של כללי בררת-מחדל וחובות גילוי על-סמך עקרונות חוקתיים של שוויון – למשל, עקרונות אשר עוצבו לפני שהפרסונליזציה של המשפט נצפתה כאפשרות ממשית. לבסוף, מומלץ למחוקקים לשקול הקניית הגנות ליצרנים, לסוחרים ולספקי שירותים אשר מספקים – אף כאן באופן אחראי ומושכל – גילוי מותאם אישית. הצעתנו היא להתחיל בפרסונליזציה במקרים הקלים ביותר, ולהתקדם בזהירות, עקב בצד אגודל, אם ורק אם התוצאות יהיו משביעות-רצון.

139 מאמר זה עוסק בהתאמת חובת הגילוי של רופאים. לדיון בפרסונליזציה של דיני הרשלנות, ובכלל זה של דיני הרשלנות הרפואית, ראו Ben-Shahar & Porat 2016, לעיל ה"ש 67.