

מועד הגשה - 5 בינואר 2021.
מהות התביעה - כספית, צווי עשה.
אגרה – 5,544 שקלים – פרט 11ב' לתוספת לתקנות בתי המשפט (אגרות), תשס"ז-2007.

אלכסנדרה גלבר

בעניין:

נושאת תעודת זהות מספר 304993066
מרחוב עקיבא 4, רעננה 4326202
מס' טל': 0503031170

על ידי באי-כוחה גיל רון (מ.ר. 14921), אהרן רבינוביץ
(מ.ר. 48346) וחמד סואעד (מ.ר. 91140)
ממשרד גיל רון, קינן ושות', עורכי-דין
בית לסין, רחוב ויצמן 32, תל-אביב 6209105
מס' טל': 03-6967676 ; מס' פקס': 03-6967673
כתובת דואר אלקטרוני – office@ronlaw.co.il

המבקשת

- נ ג ד -

Flo Health, Inc.

חברה זרה, הרשומה במדינת דלאוור שבארצות הברית,
שכתובתה –

1013 Centre Road Suite 403-B
Wilmington, New Castle
Delaware, 19805 Unites States

המשיבה

בקשה לאישור תובענה ייצוגית

בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006

בית המשפט הנכבד מתבקש כדלקמן :

- (א) לאשר למבקשת להגיש תובענה ייצוגית נגד המשיבה, חברת Flo Health, Inc., בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות);
נוסח התובענה מצורף לבקשה זו כנספח 1;
- (ב) לקבוע, בהתאם לסעיפים 10 ו-14(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, כי התובענה תוגש בשם כל אישה (לרבות קטינה) אזרחית ישראל או תושבת ישראל, אשר יישומון של המשיבה (המכונה נכון להגשת הבקשה Flo Ovulation & Period Tracker) הותקן על ידיה או שנעשה בו שימוש על ידיה, בתקופה שמיום 30 ביוני 2016 ועד יום 23 בפברואר 2019; לחלופין בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע הגדרה אחרת לקבוצה;
- (ג) לקבוע, בהתאם לסעיף 14(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, כי המבקשת תהיה התובעת הייצוגית, וכי באי-כוחה החתומים על בקשה זו יהיו באי-הכוח המייצגים;
- (ד) לקבוע, בהתאם לסעיף 14(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, כי המעשים המתוארים בבקשה זו מקימים לחברות הקבוצה עילות תביעה אלה, לפי הדין הישראלי - הפרת חוזה בהתאם לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים) וחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן: חוק החוזים (תרופות)); הפרת האיסור להטעות הקבוע בסעיף 2(א) חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן); הפרת חובת הגילוי המיוחדת הקבועה בסעיף 4(א) לחוק הגנת הצרכן; פגיעה בפרטיות לפי חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות); הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב או בחומר מחשב, על ידי גזילת דבר המגלם חומר מחשב, לפי סעיף 7 לחוק המחשבים, תשנ"ה-1995 (להלן: חוק המחשבים); התעשרות שלא על פי זכות שבדין, לפי סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר ולא במשפט);
- ולחלופין עילות תביעה אלה, לפי דיני מדינת קליפורניה – הפרת חוזה, עשיית עושר ולא במשפט, מצג שווא רשלני, פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות, פגיעה בזכות לפרטיות מן המשפט המקובל, השגת מידע ממוחשב ושימוש בו שלא כדין והתנהגות לא הוגנת כלפי צרכנים;
- וכן כל עילה אחרת העולה מן העובדות שמופיעות בבקשה זו;
- (ה) לקבוע, בהתאם לסעיף 14(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות, כי אלה יהיו הסעדים בתובענה הייצוגית:
- (1) פיצוי חברות הקבוצה בגין הנזק שנגרם להן, לרבות בגין עגמת נפש ותחושות שליליות אחרות ובגין ופגיעה באוטונומיה;
 - (2) השבת כל רווח, תועלת וטובת הנאה, שהמשיבה הפיקה ממסירת המידע לצדדים שלישיים;
 - (3) הטלת איסור על המשיבה להעביר כל מידע פרטי של חברות הקבוצה לצדדים שלישיים, אלא לפי הסכמה מיוחדת שתיתן על ידי חברות הקבוצה באופן אקטיבי;
 - (4) מינוי ממונה, שיפקח על ביצוע פסק הדין; וכן
 - (5) כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, בהתאם לסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות;
- (ו) להורות, בהתאם לסעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות, כי ההחלטה בבקשה זו תפורסם באופן שייקבע על ידי בית המשפט הנכבד, לרבות משלוח הודעות אישיות לחברות הקבוצה באמצעות חשבון אצל המשיבה, וכן להורות על פרסום ביישומון ובעמוד הבית של אתר האינטרנט של המשיבה, וכן על פרסום בעיתונות, ולהוסיף ולהורות כי המשיבה תשא בעלות הפרסום וההודעות;
- (ז) לאשר, בהתאם לסעיף 13 לחוק תובענות ייצוגיות, את התובענה כתובענה ייצוגית, בנוסח המוצע או בכל שינוי עליו בית המשפט הנכבד יחליט, הכל כפי שייראה בעיני בית המשפט הנכבד ראוי לשם הבטחת ניהול הוגן ויעיל של התובענה הייצוגית; וכן
- (ח) לחייב את המשיבה בהוצאות ובשכר טרחת עורכי הדין.

חלק ראשון - מבוא

1. העניין פשוט. המשיבה פיתחה ומפעילה יישומון למעקב אחר בריאות של נשים. היא התחייבה כך -
 “... we will never transfer your Personal Data to any third party without your prior explicit consent”
 ולאחר שהאמת נחשפה, היא הודתה כך -
 “Between June 30, 2016 and February 23, 2019, the company that makes the Flo Period & Ovulation Tracker app sent an identifying number related to you and information about your period and pregnancy to companies that help us measure and analyze trends, usage, and activities on the app, including the analytics divisions of Facebook, Flurry, Fabric, and Google.”
2. די בכך כדי להבין כי מדובר באחד המקרים החמורים של פגיעה בפרטיות, תוך הפרת התחייבות מפורשת.
3. המשיבה מפעילה מאז שנת 2016 יישומון, המסייע לנשים במעקב אחר מערכות גוף האישה - מחזור הווסת, פוריות, היריון ועוד. היא אף מספקת ייעוץ של מומחים בעניינים אלה. לצורך פעילות זו, המשיבה אוספת מידע אינטימי מאוד. בידי המשיבה גם מידע מזהה של המשתמשות – שם, מספר מכשיר הטלפון הנייד או מכשיר אחר, כתובת דואר אלקטרוני, תאריך לידה ומקום מגורים.
4. בתקופת התביעה המשיבה כללה במדיניות הפרטיות שלה התחייבות מפורשת לא לגלות מידע אישי, אלא לפי רשות. נשים רבות בחרו להשתמש ביישומון. הן לא העלו על דעתן שהמידע יימסר לאחרים.
5. במהלך שנת 2019 החלו להופיע פרסומים בארצות הברית, ביחס לפגיעה בפרטיות המשתמשות. לפי הפרסומים, היישומון כולל רכיבים טכנולוגיים של חברות שונות, כמו גוגל ופייסבוק, שנועדו לסייע למשיבה לפתח את היישומון ולהפעילו. שילוב אותם רכיבים מאפשר משיכת מידע פרטי של המשתמשות, על ידי אותן חברות. בהמשך לפרסומים, נציבות הסחר הפדרלית (Federal Trade Commission) פתחה בחקירה, ובחודש ינואר 2021 הוגש אישום נגד המשיבה. על פי האישום, המשיבה העבירה מידע לצדדים שלישיים בניגוד להתחייבויות שלה כלפי המשתמשות, והתירה למקבלי המידע לעשות בו כרצונם.
6. עם הגשת האישום נציבות הסחר והמשיבה הגיעו לפשרה. המשיבה חויבה ליידע את המשתמשות על כך שהיא העבירה מידע על המחזור החודשי, הריון וכן מידע מזהה. המשיבה גם חויבה, מעתה ואילך, להביא לידיעת המשתמשות את המידע שהיא מבקשת להעביר, ולקבל הסכמה אקטיבית להעברת המידע, כתנאי לכך. כמו כן, נאסר על המשיבה להציג באופן מטעה את המטרות שבשלן נאסף המידע ומועבר לצדדים שלישיים, כאשר ניתנת הסכמה של המשתמשות. המשיבה חויבה גם לפנות לצדדים שלישיים ולהנחותם להשמיד את המידע שהועבר.
7. עם גיבוש הסדר הפשרה, המשיבה פנתה אל המשתמשות, והודתה בפניהן כי היא מסרה מידע מזהה, יחד עם מידע על הריון ומחזור חודשי.
8. המשיבה שלחה ידה בהפרת התנאים החשובים ביותר של מדיניות הפרטיות, ופגעה קשות במשתמשות. המשיבה לא קיבלה הסכמה להעביר את המידע. לצורך מסירת מידע נדרשת הסכמה מדעת.
9. בארצות הברית ובקנדה מתנהלות נגדה תביעות ייצוגיות בקשר לכך. המבקשת מגישה בקשה זו, על מנת לממש את זכויות המשתמשות בישראל. מדובר במשתמשות רבות מאוד. בישראל יותר מ-340 אלף משתמשות הורידו את היישומון שהמשיבה מפעילה.

חלק שני - המשיבה, היישומון שהיא מפעילה, והמידע האישי האינטימי שנאסף על ידה

10. המשיבה, חברה הרשומה במדינת דלוואר שבארצות הברית, פיתחה ומפעילה יישומון בשם Flo Ovulation & Period Tracker. היישומון מותקן בטלפונים חכמים, מחשבים אישיים, לוחות מחשב (טאבלט) ומכשירים נוספים. את היישומון ניתן להוריד בחנויות להורדת יישומונים המוכרות לכל – App Store ו-Play Store. ביישומון של המשיבה נעשה שימוש נפוץ מאוד בעולם. לפי אתר המשיבה, 150 מיליון נשים עושות בו שימוש. גם בישראל השימוש נפוץ מאוד. על פי אתר APPMAGIC, שמתמחה במעקב אחר פעילות יישומונים, בוצעו כ-340 אלף הורדות של היישומון למכשירי משתמשות ישראליות.

דף מידע מהאתר APPMAGIC בקשר למספר ההורדות של היישומון בישראל מצורף לבקשה זו כנספח 2.

11. היישומון נועד לאפשר לנשים לעקוב אחר בריאות מערכות הגוף הנשיות. הוא מאפשר מעקב אחר מחזור הווסת, פוריות, שלבי היריון ועוד. לצורך זה המשיבה אוספת נתוני משקל, טמפרטורת גוף, מועדי מחזור ווסת, פעילות מינית, מצבי רוח, וסימפטומים שנוגעים לאלה. המשיבה גם יכולה לאסוף מידע ביחס לפעילות ספורטיבית, דופק וקלוריות שנשרפו.

12. משתמשת שמעוניינת להירשם לשירותי המשיבה, מתקינה את היישומון במכשיר. לאחר מכן היא מקימה חשבון אישי. ניתן גם להקים חשבון דרך אתר האינטרנט של המשיבה.

13. כשמשתמשת מקימה חשבון ביישומון, מוצגות לה שאלות רבות, חלקן מאוד אינטימיות ואישיות. כך למשל, המשתמשת נשאלת באילו אמצעי מניעה היא עושה שימוש, אם היא חשה אי-נוחות בקשר למחזור הווסת ומדוע, ועוד. אלה דוגמאות לשאלות המוצגות, מתוך עמודים שמופיעים במכשיר בעת הקמת הפרופיל -

Which birth control method do you use?

Pills ☐

Condoms ☐

Pull-out method ☐

Intrauterine device ☐

None / Prefer not to answer ☐

Do you have any reproductive health disorders (endometriosis, PCOS, etc)?

Yes ☐

No ☐

No, but I used to ☐

I don't know / Prefer not to answer ☐

Do you experience discomfort due to any of the following?

Painful menstrual cramps ☐

PMS symptoms ☐

Unusual discharge ☐

Heavy menstrual flow ☐

Mood swings ☐

Nothing bothers me / Prefer not to answer ☐

Is there anything you want to improve about your sleep?

Difficulty falling asleep ☐

Waking up tired ☐

Waking up during the night ☐

Lack of sleep schedule ☐

Insomnia ☐

I sleep well / Prefer not to answer ☐

צילומי מסך של עמודים מאתר המשיבה, שמילויים נדרש בעת הקמת פרופיל, מצורפים לבקשה זו כנספח 3.

14. לאחר שמשתמשת מקימה חשבון, היא יכולה לעשות שימוש שוטף ביישומון. לצורך זה, היא ממשיכה להזין ליישומון מידע רב. על בסיס מידע זה היישומון מספק למשתמשת התראות, הודעות, עצות, ומידע נוסף. ביישומון נעשה שימוש לשם מעקב רגיל על בריאות האישה, מעקב אחר ניסיון להיכנס להיריון, ועוד.
15. כאמור, המידע המוזן נוגע כמובן לפרטים האינטימיים ביותר שניתן להעלות על הדעת. המשתמשות נדרשות להזין את עוצמת המחזור וכמות הדם שמופרשת מגופן. הן מתבקשות לתאר את הכאבים לפני הווסת החודשית, במהלכה ואחריה. הן מתבקשות לתאר את הצבע והמרקם של הפרשות ואגינאליות, כאלה שקשורות בווסת וכאלה שלא. זהו רק חלק מהמידע האינטימי שמוזן ביישומון.
- העתקים מעמודים של היישומון שמציגים שאלות שמופנות למשתמשות מצורפים לבקשה זו כנספח 4.
16. המשתמשות נדרשות להזין גם מידע ביחס לפעילותן המינית. הן מתבקשות לדווח אם קיימו פעילות מינית ואם השתמשו באמצעי מניעה, ומהו סוג אמצעי המניעה. כמו כן, הן נדרשות לתאר את רמת החשק המיני שהן חשו. המשתמשות מתבקשות גם לדווח אם עינגו את עצמן, לתאר תחושות וסימפטומים שהופיעו סמוך לפעילות מינית, ועוד (נספח 4 לבקשה זו).
17. נוסף על המידע האינטימי, המשיבה אוספת מידע מזהה בקשר למשתמשות. מדובר במידע בקשר למכשיר שהמשתמשות מתחברות דרכו לשירות, לגרסת מערכת ההפעלה שמותקנת במכשיר, סממנים מזהים מיוחדים, כתובת IP (מספר המזהה את המכשיר ברשת האינטרנט), ומידע על ספק שירותי הטלפוניה. כן נאספים נתונים מזהים נוספים, כמו שם המשתמשת, מספר המכשיר, כתובת דואר אלקטרוני, תאריך לידה ומקום מגורים. במקרים מסוימים המשתמשת מתבקשת להעלות צילום של תעודת הזהות.
- דף מידע מאתר המשיבה המציג את המידע המזהה שנאסף על ידי המשיבה מצורף לבקשה זו כנספח 5.
18. לסיכום חלק זה, המשיבה מפעילה יישומון למעקב אחר בריאות מערכות הגוף הנשי. ביישומון מרוכז מידע פרטי, אינטימי ורגיש באופן חריג.

חלק שלישי – תנאי ההתקשרות האחידים הנוגעים לפרטיות המשתמשות בתקופה שעד חודש פברואר 2019

19. היישומון הושק בחודש יוני 2016, או סמוך לו. מאז השקת היישומון ועד חודש פברואר 2019, המשיבה נהגה ליטול על עצמה התחייבויות חד-משמעיות, בנוגע לשמירה על המידע שהמשתמשות מוסרות לה. ההתחייבויות הופיעו בתנאים הכלליים שפורסמו על ידי המשיבה, ותוקנו על ידיה מעת לעת. תנאים אלה כוללים מדיניות פרטיות. כבר בעת הקמת החשבון, ובהמשך לאורך כל תקופת השימוש, המשיבה מפנה אליהם.
20. לאורך השנים הוצגו גרסאות רבות של מדיניות הפרטיות. באתר המשיבה מופיעות כל הגרסאות של מדיניות הפרטיות, לפי מועדי הפרסום שלהן - 15 ביוני 2016, 15 בנובמבר 2016, 21 בדצמבר 2016, 14 במרץ 2017, 17 במרץ 2017, 28 באוגוסט 2017, 13 בנובמבר 2017, 25 במאי 2018, 16 ביולי 2018, 6 באוגוסט 2018 ו-17 בפברואר 2019.
- העתקי מסמכי מדיניות הפרטיות שפורסמו על ידי המשיבה באתר בתקופה הרלוונטית מצורפים לבקשה זו כנספח 6.

21. במרבית התקופה הרלוונטית המשיבה כללה במסמכי מדיניות הפרטיות שלה התחייבות בנוסח זה (או בנוסח דומה מאוד) –

“Personal Data We Share with Third Parties. We may share certain Personal Data, excluding information regarding your marked cycles, pregnancy, symptoms, notes and other information that is entered by you and that you do not elect to share, with third party vendors who supply software applications, web hosting and other technologies for the App. Third parties will not have access to our survey results and we will not reveal information about which articles you view. We will only provide these third parties with access to information that is reasonably necessary to perform their work or comply with the law. Those third parties will never use such information for any other purpose, except to provide services in connection with the App. Apart of the cases regulated by this Privacy Policy we will never transfer your Personal Data to any third party without your prior explicit consent.”

22. לאחר שניתנת התחייבות זו, המשיבה מוסיפה ומתארת חלק מהצדדים השלישיים, אשר מידע עשוי להימסר להם, ומציינת הסתייגויות ביחס לכל אחד מהם. המשיבה מציינת את חברת Fabric, אשר מסייעת בניתוח השימוש ביישומון; חברת AppsFlyer, שמקיימת פלטפורמה לפרסום במכשירים ניידים; החברות פייסבוק וגוגל, שמסייעות לעקוב אחר הורדות התוכנה; חברת Amplitude, אשר מסייעת לנתח כיצד המשתמשת פועלת בתוך התוכנה; וחברת Flurry!, שמנתחת מגמות בשימוש ביישומון (נספח 5 לבקשה זו).

23. המשיבה נוטלת על עצמה מגבלות נוספות, ביחס לחלק מאותם צדדים שלישיים. כך למשל, המשיבה התחייבה בקשר לחברת AppsFlyer כך –

“AppsFlyer is a mobile marketing platform. We may share certain non-identifiable information about you and some Personal Data (but never any data related to health) in order to carry out marketing activities and provide you better and more targeted, tailor-made service.”

באופן דומה, המשיבה מתחייבת ביחס לחברת Flurry! כך –

“We may share certain non-identifiable information about you and some Personal Data (but never any data related to health) with Flurry.”

24. התחייבויות דומות הופיעו לאורך מרבית התקופה שממועד תחילת הפעילות של המשיבה, ועד מדיניות הפרטיות שפורסמה ביום 23 בפברואר 2019 (נספח 6 לבקשה זו).

25. ההתחייבויות ברורות. המשיבה אמנם מציינת כי היא עשויה להעביר מידע אישי, אולם היא מחריגה מכך מידע על המחזור החודשי, היריון, סימפטומים, הערות ומידע נוסף שהמשתמשת לא בחרה לשתף. מכאן עולה מיד, כי המשיבה רשאית להעביר אך ורק מידע אשר המשתמשת הסכימה לשתף. כמו כן, בכל מקרה, מידע יועבר לצדדים שלישיים רק כפי שנדרש כדי שהם יבצעו את תפקידם או כדי שיעמדו בדרישות החוק. אם בכך לא די, ניתנה התחייבות מפורשת כי הצדדים השלישיים לעולם לא ישתמשו במידע, אלא לצורך מתן שירותים בקשר ליישומון.

חלק רביעי – החשדות בדבר פגיעה בפרטיות, החקירה, האישום וההסדר

26. ביום 22 בפברואר 2019 התפרסמה כתבת תחקיר בעיתון The Wall Street Journal, על פיה חברות ענק כמו פייסבוק וגוגל משיגות מידע רגיש ואינטימי ממפתחי יישומונים. הכתבה התייחסה, בין היתר, ליישומון של המשיבה.

הכתבה בעיתון The Wall Street Journal מיום 22 בפברואר 2019 מצורפת לבקשה זו כנספח 7.

27. בעקבות הכתבה, ובעקבות תלונות שהוגשו נגד המשיבה ביחס לפגיעה בפרטיות המשתמשות, החלה נציבות הסחר הפדרלית (Federal Trade Commission) בחקירה. ביום 13 בינואר 2021, עם סיום החקירה, הנציבות הגישה אישום מנהלי (Complaint) נגד המשיבה.

כתב האישום המנהלי (Complaint) מיום 13 בינואר 2021, שהוגש על ידי נציבות הסחר הפדרלית ביום 13 בינואר 2021, מצורף לבקשה זו כנספח 8.

28. לפי האישום, לצורך פיתוח היישומון, המשיבה עשתה שימוש בכלים טכנולוגיים המשמשים כערכות פיתוח תוכנה - Software Development Kit (רכיב המכונה SDK) של צדדים שלישיים, כמו חברת גוגל וחברת פייסבוק. ערכות הפיתוח הן קוד תוכנה, שמאפשר למפתחי יישומונים הוספת פונקציות ליישומונים, ללא צורך בכתיבת קוד תוכנה חדש. כך למשל, שימוש במכשיר זה, מאפשר הוספת לוח שנה ליישומון בקלות, על ידי הטמעת לוח שנה של מפתח אחר (שפיתח ומפיץ גם את ערכת הפיתוח), ללא צורך בכתיבת קוד תוכנה מיוחד. שימוש בערכת הפיתוח מותנה בכך שהמפתח יאשר את תנאי השימוש הנוגעים לערכה (נספח 8 לבקשה זו, סעיפים 20-18).

29. עוד לפי האישום, בהתאם לתנאים הכלליים של השימוש בערכות הפיתוח, מפתח היישומון נדרש לאפשר לצדדים השלישיים למשוך ממערכת היישומון שלו מידע המוזן אליה. מידע זה מכונה Custom App Event, כינוי המכוון לכך שמדובר במידע על אירועים שהוזן על ידי משתמשים ומשתמשות ליישומון.

30. משמעות הדבר היא כי לצורך פיתוח היישומון והפעלתו, המשיבה התחייבה לאפשר לצדדים שלישיים למשוך את המידע שהמשתמשות מזינות. הדבר מנוגד להתחייבויות מפורשות שניתנו למשתמשות.

31. יתרה מכך, לפי האישום, המשיבה מסמנת את המידע באופן שמאפשר להתמצא בו ולהבין את משמעותו. למשל, כאשר משתמשת מכניסה ליישומון את שבוע ההריון שלה, היישומון מקודד נתון זה תחת השם "R_PREGNANCY_WEEK_CHOSEN". כך יוצא שהצד השלישי מקבל מידע אישי ביותר, שניתן להבין את משמעותו על נקלה (נספח 8 לבקשה זו, סעיף 19).

32. עוד לפי האישום, לא רק שהמשיבה מאשרת את משיכת המידע, היא אף מתירה לצדדים שלישיים לעשות במידע שימוש כרצונם (נספח 8, סעיף 22).

33. בתנאי השימוש של ערכת פיתוח התוכנה (SDK) של חברת פייסבוק, המפתח (בענייננו - המשיבה) מתחייב להציג הודעה בולטת בקשר לכך שחברת פייסבוק תקבל מידע בנוגע לשימוש באפליקציה (נספח 8, סעיף 21). הסיבה לכך ברורה. מדובר במידע אישי, פרטי, רגיש ביותר. ככל הנראה חברת פייסבוק ביקשה לוודא כי לפני שמועבר אליה מידע רגיש המשתמשות מודעות לכך. כפי שהראינו, המשיבה לא הציגה הודעה כלשהי בקשר לכך, אלא התחייבה לנהוג אחרת.

34. מכאן עולה כי המשיבה הפרה את ההתחייבות לא להעביר מידע לצדדים שלישיים.

35. בד בבד עם הגשת האישום, הוגש לעיון הציבור הסדר פשרה מוצע בין נציבות הסחר הפדרלית והמשיבה. על פי ההסדר המוצע, המשיבה חויבה ליידע את המשתמשות על המידע המועבר. כמו כן, המשיבה חויבה לקבל הסכמה פוזיטיבית להעברת מידע אישי רגיש, כגון מידע רפואי וכן מידע על גזע, דת, דעות פוליטיות וחברות בארגון עובדים. בקשר למידע אישי אחר, המשיבה חויבה לתת למשתמשות את האפשרות לבחור כי המידע לא יועבר לצד שלישי. המשיבה גם חויבה להודיע למשתמשות כי היא העבירה מידע על המחזור החודשי והריון ומספר מזהה בנוגע למשתמשות. עוד נאסר על המשיבה להציג באופן מטעה את המטרות בשלן נאסף המידע ומועבר לצדדים שלישיים. נוסף על כך, המשיבה חויבה לפנות לצדדים השלישיים שקיבלו את המידע, ולהנחותם להשמידו. ההסדר פורסם לעיון הציבור והערותיו. לאחר מכן הוא הוגש לנציבות הסחר לאישור כהחלטה סופית ומחייבת. ביום 17 ביוני 2021 ההסכם קיבל תוקף מחייב.

הסדר הפשרה בין נציבות הסחר ובין המשיבה שהועבר לעיון הציבור ביום 13 בינואר 2021 מצורף לבקשה זו כנספח 9.

הסדר הפשרה בין נציבות הסחר ובין המשיבה אשר קיבל תוקף מחייב ביום 17 ביוני 2021 מצורף לבקשה זו כנספח 10.

36. בהתאם להסדר, באתר המשיבה מופיעה הודעה על הפשרה. בהודעה זו המשיבה מודה, במלים ברורות ומפורשות, כי משך קרוב לשלוש שנים היא מסרה לצדדים שלישיים מספר מזהה ומידע על מחזור הווסת וההיריון של המשתמשות. נכון למועד הגשת בקשה זו, ההודעה עדיין מופיעה באתר המשיבה. זהו החלק הרלוונטי של ההודעה -

"Between June 30, 2016 and February 23, 2019, the company that makes the Flo Period & Ovulation Tracker app sent an identifying number related to you and information about your period and pregnancy to companies that help us measure and analyze trends, usage, and activities on the app, including the analytics divisions of Facebook, Flurry, Fabric, and Google."

נוסח ההודעה המלא כפי שהוא מופיע באתר המשיבה מצורף לבקשה זו כנספח 11.

37. הודעה דומה נשלחה אל המשתמשות ביום 7 ביולי 2021 או סמוך לו. המבקשת, הרשומה אצל המשיבה כמשתמשת, קיבלה הודעה זו.

הודעת דואר אלקטרוני שהמבקשת קיבלה מן המשיבה ביום 7 ביולי 2021 מצורפת לבקשה זו כנספח 12.

38. מכאן עולה כי המשיבה הפרה את התחייבויותיה כלפי המשתמשות, בהיבטים רבים. היא התחייבה שלא יימסר מידע על מחזור הווסת וההיריון. ההתחייבות הופרה. לא רק שנמסר מידע כזה, גם נמסר מספר מזהה בנוגע למשתמשות. המשיבה התחייבה גם שיימסר רק מידע שהמשתמשת הסכימה לחלוק. גם התחייבות זו הופרה. המשיבה אף התחייבה כי המידע יימסר לצדדים שלישיים, רק במידה שהדבר נחוץ על מנת שהם יבצעו את עבודתם או יעמדו בדרישות החוק, וכי הם לא יעשו בו שימוש אחר. מנוסח ההודעה נראה שגם התחייבויות אלה הופרו.

39. בשל חשיפת המחדלים החמורים של המשיבה והפגיעה הקשה במשתמשות, הוגשו הליכים ייצוגיים רבים. בארצות הברית הוגשו ההליכים הבאים - (Pietrzyk v. Flo, Tesha Gamino v. Flo Health, Inc. (3:21-cv-02551), Frasco v. Flo Health, Inc. (3:21-cv-00757), Chen v. Flo Health, Inc. (3:21-cv-01485), Health, Inc. (3:21-cv-01141), Wellman v. Flo Health, Inc. (3:21-cv-01099). בקנדה הוגשו הליכים אלה - (Park v. Flo Health, Inc. (Case No. S212825), CV-21-00000450-00CP), Sekhon v. Flo Health, Inc. (Case No. S212825). לפי מיטב ידיעת המבקשת, טרם התקבלו הכרעות בהליכים אלה.

40. לאחר הפרסום על התנהלות המשיבה, היא שינתה את מדיניות הפרטיות שלה. בקשת האישור איננה עוסקת בתקופה זו.

41. לסיכום חלק זה, בהליכים שנקטה נציבות הסחר הפדרלית נחשף כי משך שנים המשיבה העבירה מידע מזהה ומידע אינטימי שהמשתמש הזינו ליישומון, לצדדים שלישיים. הדבר נעשה תוך הפרת התחייבויות מפורשות של המשיבה כלפי המשתמשים. המשיבה הודתה בכך.

חלק חמישי - לחברות הקבוצה עומדות עילות תביעה מצוינות

42. בראש ובראשונה, חברות הקבוצה מחזיקות בעילת תביעה על הפרת חוזה.

43. כפי שהראינו, בתקופה הרלוונטית לתביעה, מיום 30 ביוני 2016 עד יום 23 בפברואר 2019, המשיבה כללה במדיניות הפרטיות שלה התחייבות, לא להעביר מידע על מחזור הווסת וההריון לצדדים שלישיים. ההתחייבות הופרה. גם נמסר מספר מזהה בנוגע למשתמשים, דבר המחמיר את ההפרה. המשיבה אף התחייבה שהמידע יימסר לצדדים שלישיים רק במידה שהדבר נחוץ על מנת שהם יבוצעו את עבודתם או יעמדו בדרישות החוק, וכי הם לא יעשו בו שימוש אחר. מנוסח ההודעה נראה שגם התחייבויות אלה הופרו.

44. ההתחייבויות ברורות (נספח 6 לבקשה זו). גם ההודאה בהפרתן ברורה (נספח 11 לבקשה זו). לא תיתכן מחלוקת על כך שהמשיבה הפרה את ההסכם עם המשתמשים.

45. מדיניות הפרטיות מהווה חלק מתנאי ההתקשרות בין המשיבה והמשתמשים, הפרת תנאי מהווה הפרת חוזה לכל דבר ועניין.

46. המבקשת תוסיף ותטען כי קמה למשתמשים עילת תביעה בגין הטעיה, בהתאם לסעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן. לפי הוראת חוק זו, "לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה – העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה...". הפרת פרטיות היא עניין מהותי. המשיבה הטעתה את המשתמשים בכל הנוגע להעברת מידע אינטימי שלהן.

47. כמו כן, עומדת למשתמשים עילת תביעה בגין חובת הגילוי המיוחדת הקבועה בסעיף 4(א) לחוק הגנת הצרכן. מדובר בחובה החלה על עוסק, לגלות "כל פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת הידועים לו, המפחיתים באופן משמעותי מערכו של הנכס"; וכן "כל תכונה בנכס המחייבת החזקה או שימוש בדרך מיוחדת כדי למנוע פגיעה למשתמש בו או לאדם אחר או לנכס תוך שימוש רגיל או טיפול רגיל".

48. יתרה מכך, למשתמשים קמה עילת תביעה בגין פגיעה קשה בפרטיות. סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות קובע רשימה של פעולות המהוות פגיעה בפרטיות. פעולות אלה כוללות "הפרה של חובת סודיות לגבי עניניו של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע", וכן "שימוש בידיעה על עניניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה" (סעיפים 2(8) ו-2(9) לחוק). כמו כן, רואים כהפרת פרטיות גם "העתקת תוכן של מכתב או כתב אחר שלא נועד לפרסום, או שימוש בתכנו, בלי רשות מאת הנמען או הכותב, והכל אם אין הכתב בעל ערך היסטורי ולא עברו חמש עשרה שנים ממועד כתיבתו; לענין זה, 'כתב' – לרבות מסר אלקטרוני כהגדרתו בחוק חתימה אלקטרונית, התשס"א-2001 (להלן: חוק חתימה אלקטרונית)" (סעיף 2(5) לחוק). על פי סעיף 1 לחוק זה, מסר אלקטרוני הוא "מידע אשר נוצר, נשלח, נקלט או נשמר באמצעים אלקטרוניים או אופטיים, כשהוא נראה, נקרא, נשמע או מאוחזר באמצעים כאמור".

49. נוכח הוראות אלה, ברור כי המשיבה פוגעת בפרטיות המשתמשים. היא מפרה חובת סודיות לגבי עניניו של אדם, שנקבעה בהסכם. היא עושה שימוש בידיעה על עניניו הפרטיים של אדם ומוסרת אותם לאחרים, שלא למטרה שלשמה נמסרו. היא גם עושה שימוש בתוכנו של כתב אחר שלא נועד לפרסום בלי רשות. כך המשיבה נוהגת ביחס למידע הרגיש ביותר שניתן להעלות על הדעת. קשה לחשוב על פגיעה חמורה יותר בזכות לפרטיות.

50. סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו". לפי סעיף 3 לחוק, הסכמה משמעה הסכמה מדעת. זוהי דרישה מחמירה, שהונהגה במיוחד בחוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 9), תשס"ז-2007. בהצעת החוק נאמר כי "התיקון המוצע נועד להבטיח כי ההסכמה הניתנת לפגיעה בפרטיות, תהיה הסכמה מדעת. היינו, שבידי האדם המסכים לפגיעה בפרטיות יהיה מידע, הדרוש לו, באורח סביר, כדי להחליט האם להסכים או לא, והמידע יימסר לו בצורה מובנת. הצורך להבהיר שההסכמה חייבת להיות מדעת, מקבל משנה תוקף בעידן האינטרנט, כאשר הסכמי הוויתור על הפרטיות לעתים אינם גלויים כלל לעין האדם אשר פרטיותו נפגעת" (הצעות חוק 230, 21.12.2005, 232).
51. בענייננו לא ניתנה הסכמה. במרבית התקופה ניתנה על ידי המשיבה התחייבות מפורשת לא לפגוע בפרטיות. בנסיבות כאלה, הפגיעה בפרטיות חמורה במיוחד.
52. לזכות לפרטיות מעמד חוקתי במשפט הישראלי. סעיף 7(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובע כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו". בית המשפט העליון קבע כי "הזכות לפרטיות היא מהחשובות שבזכויות האדם בישראל" – בג"ץ 6650/04 פלוני נ' בית הדין הרבני האיזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581, 586 (2006).
53. הזכות לפרטיות נובעת בין השאר מהזכות לשליטה על מידע. המלומד מיכאל בירהנק מסביר כי "כאשר אדם אינו מסכים שיצלמו אותו ברשות היחיד, שיפרסמו צילום משפיל שלו שצולם ברשות הרבים, שיעשו שימוש במידע על אודותיו וכיוצא באלה פעולות, ואף על פי כן הפעולות נעשות, שליטתו בעצמו ניטלת או מופקעת ממנו. אז נאמר שפרטיותו נפגעת ... ההסכמה (או אי-ההסכמה) היא השליטה" – מיכאל בירהנק **מרחב פרטי – הזכות לפרטיות בין משפט וטכנולוגיה** 99 (2010) (להלן: **בירהנק מרחב פרטי**). כן ראו עומר טנא "הזכות לפרטיות בעקבות חוק יסוד כבוד האדם: מהפך מושגי, חוקתי ורגולטורי" **קרית המשפט** ח 39, 68-69 (2009).
54. המשיבה שללה מהמשתמשות את השליטה במידע. הדבר נעשה תוך הפרת התחייבות מפורשת, והטעיית המשתמשות.
55. חלק לא מבוטל מהמשתמשות בשירותי המשיבה היו בתקופה הרלוונטית לתביעה קטינות. הפגיעה בהן חמורה אף יותר. כפי שמסביר המלומד סאני קָלֶב, "פרטיות נחשבת גם ככלי מרכזי לכינון תחושת האוטונומיה של קטינים. פיתוח אוטונומיה אצל קטינים הוא ציון דרך התפתחותי חשוב. מתן אוטונומיה ויכולת בחירה לקטינים מאפשר להם 'לאמן' את כישוריהם, לפתח את עצמאותם ואת תחושת האחריות שלהם. צמצום המרחב הפרטי של קטינים באופן שיגרום להם להאמין שהם תחת מעקב תמידי עלול לפגוע בתהליכים חשובים אלה של למידה והתפתחות". – סאני קָלֶב "מרחבי ילדות? פרטיות מעקב וצמצום המרחב הפרטי של קטינים בעידן הדיגיטאלי" **משפט, חברה ותרבות** ב 279, 284 (2019).
56. סעיף 4 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי "פגיעה בפרטיות היא עוולה אזרחית, והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין), יחולו עליה בכפוף להוראות חוק זה". בנסיבות שתוארו, ברור כי המשיבה ביצעה עוולה של פגיעה בפרטיות.
57. למשתמשות עומדת עילת תביעה נוספת. סעיף 7 לחוק המחשבים קובע כי רואים "הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב או בחומר מחשב, בכל דרך שהיא, לרבות על ידי גזילת דבר המגלם חומר מחשב", כעוולה לפי פקודת הנזיקין.
58. סעיף 1 לחוק המחשבים מגדיר "מחשב" כך – "מכשור הפועל באמצעות תוכנה לביצוע עיבוד אריתמטי או לוגי של נתונים, וצידודו ההיקפי, לרבות מערכת מחשבים, אך למעט מחשב עזר" (מחשב עזר מבצע פעולות חשבון בלבד, זהו המחשבון). "חומר מחשב" מוגדר כך – "תוכנה או מידע", ולבסוף – "מידע" משמע "נתונים, סימנים, מושגים או הוראות, למעט תוכנה, המובעים בשפה קריאת מחשב, והמאוחסנים במחשב או באמצעי אחסון אחר, ובלבד שהנתונים, הסימנים, המושגים או ההוראות אינם מיועדים לשימוש במחשב עזר בלבד".

59. לאור הגדרות אלה, ברור כי מחשב אישי, מחשב נייד, טלפון נייד ומחשב לוח (טאבלט) – כולם נופלים תחת הגדרת "מחשב". המידע שהמשיבה אוספת מהווה חומר מחשב – נתונים, סימנים ומושגים, המאוחסנים במחשבים. קבלת המידע על ידי המשיבה והשימוש בו הם גזילת דבר המגלם חומר מחשב, וממילא יש לראות בהם הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב או בחומר מחשב.

60. ברע"פ 8464/14 **מדינת ישראל נ' עזרא** (נבו 15.12.2015) (להלן: עניין עזרא), בית המשפט העליון ערך ניתוח נרחב של עבירת חדירה שלא כדין לחומר מחשב הנמצא במחשב, הקבועה בסעיף 4 לחוק המחשבים. בית המשפט עמד על כך כי "מחשבים מהווים חלק בלתי נפרד, ומהותי ביותר, ממרקם החיים האנושי המודרני. דעת לבון נקל, כי עובדה זו אינה נעדרת השלכות משפטיות. ככל שחלק ניכר יותר מפעילות חיינו מתנהל באמצעות המחשב, כך יש לראות את החדירה אליו ביתר חומרה" (פסקה ט') לחוות הדעת של המשנה לנשיאה ריבלין). עוד נקבע כי "פיתוחים טכנולוגיים דוגמת מחשוב לביש, מכונות אוטונומיות וארנקים סלולריים – והברכה השורה בצידם – יתקשו מאוד להשתלב במרקם החיים האנושי כל עוד השימוש בהם אינו זוכה להגנה משפטית כדבעי..." (שם). לאור זאת, נקבע כי "יש לפרש את המונח 'חדירה' פרשנות מרחיבה" (פסקה יח') לחוות דעתו של כבוד המשנה לנשיאה ריבלין). עוד נקבע כי "... הפרשנות הראויה למונח היא שימוש במחשב בהיעדר הסכמת בעליו" (שם).

61. כאמור, עניין עזרא עסק העבירה הפלילית הקבועה בחוק המחשבים. יש לנקוט אותה גישה ביחס לעוולה האזרחית הקבועה באותו חוק – "הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב או בחומר מחשב, בכל דרך שהיא, לרבות על ידי גזילת דבר המגלם חומר מחשב" (סעיף 7 לחוק המחשבים). המשיבה מושכת מהמחשבים של המשתמשות מידע שהן הזינו, ועושה בו שימוש, תוך הפרת התחייבותה. יסודות העוולה ודאי מתקיימים.

62. חברות הקבוצה מחזיקות גם בעילת תביעה בגין התעשרות שלא על פי זכות שבדין, לפי סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט. הוראת חוק זו קובעת כי "א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה; (ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת". כל היסודות של עילת תביעה זו מתקיימים.

63. סעיף 26 לחוק הגנת הפרטיות קובע תקופת התיישנות של שנתיים. אמנם חלפו שנתיים מהתקופה בה בוצעה העוולה, אך עילת התביעה לא התיישנה, מסיבות רבות. על עניינו חל סעיף 7 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958 (להלן: חוק ההתיישנות), לפיו מרוץ תקופת ההתיישנות מושהה בשל כך שהמשיבה הטעתה בידועין את המשתמשות. כמו כן, בהתאם לסעיף 8 לחוק ההתיישנות, הואיל ונעלמו מן המשתמשות העובדות המקימות את עילת התובענה, מסיבות שלא היו תלויות בהן ושאינן בזהירות סבירה לא יכלו למנוע אותן, מתחילה תקופת ההתיישנות רק במועד שבו המשיבה הודתה במעשיה. ועוד, נוכח סעיף 9 לחוק ההתיישנות, יש למנות את תקופת ההתיישנות ממועד מתן הודאה מצד המשיבה, כלומר מיום 7 ביולי 2021 (נספח 12 לבקשה זו). לבסוף, ביחס למשתמשות שהיו קטינות במועד מסירת המידע עליהן, חל סעיף 10 לחוק ההתיישנות, ומירוץ ההתיישנות מתחיל רק בהגיען לגיל 18 שנים. מעבר לכך, דיון זה רלוונטי רק לעילת התביעה מכוח חוק הגנת הפרטיות, ואיננו רלוונטי לעילת התביעה האחרות.

64. לסיכום חלק זה, חברות הקבוצה מחזיקות בעילות תביעה מצוינות – הפרת חוזה, הטעיה, פגיעה בפרטיות, הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב או בחומר מחשב, ועשיית עושר ולא במשפט.

חלק שישי – הסעדים בתביעה הייצוגית

65. עילות התביעה מזכות את חברות הקבוצה בסעדים הבאים :

65.1. פיצוי חברות הקבוצה בגין הנזק שנגרם להן, לרבות בגין עגמת נפש ותחושות שליליות אחרות ובגין פגיעה באוטונומיה ;

65.2. השבת כל רווח, תועלת וטובת הנאה, שהמשיבה הפיקה ממסירת המידע לצדדים שלישיים ;

65.3. הטלת איסור על המשיבה להעביר כל מידע פרטי של חברות הקבוצה לצדדים שלישיים ; אלא לפי הסכמה מיוחדת שתינתן על ידי חברות הקבוצה באופן אקטיבי ;

65.4. מינוי ממונה, שיפקח על ביצוע פסק הדין ; וכן

65.5. כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, בהתאם לסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

66. סעיף 4(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם נזק לחבר הקבוצה או כי קיימת אפשרות סבירה שנגרם נזק לקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה". המשיבה הפרה את החוזה מול המשתמשות, וכך פגעה בפרטיותן. סעיף 2 פקודת הנזיקין מגדיר נזק כך – "אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה". המחוקק עיגן את הפרטיות כזכות חוקתית. עולה מכאן, שכל חדירה לפרטיות טומנת בחובה נזק. הדברים נכונים ביתר שאת כשהחדירה נעשית בניגוד להתחייבות המשיבה לא לעשות זאת.

67. יתרה מכך, ברע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות (נבו 9.12.2015), נקבע ביחס לזכות לשוויון, כי "חוק איסור הפליה מניח כהנחת עבודה שכאשר נגרמה הפליה במובן סעיפיו, נגרם בשל אותה הפליה נזק, וכי אותו נזק הוא בר פיצוי" (פסקה 61 לחוות הדעת של השופט דנציגר). באותו אופן, יש לומר כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק הגנת הפרטיות מניחים שכאשר נגרמת פגיעה בפרטיות בהתאם להוראותיהם, נגרם בשל אותה פגיעה נזק, ואותו נזק הוא בר פיצוי.

68. הנזק שנגרם כולל עוגמת נפש ותחושות שליליות, שנובעות מהידיעה של המשתמשות כי המשיבה העבירה מידע אינטימי ביותר על אודותיהן לצדדים שלישיים, חרף התחייבותה לא לעשות זאת. כן נגרמה למבקשת פגיעה באוטונומיה. הן בחרו לעשות שימוש ביישומון, בלי לדעת כי המשיבה מעבירה לאחרים מידע אישי שלהן.

69. ניתן ללמוד עוד על הנזק שנגרם למשתמשות מהאישום שהוגש נגד המשיבה על ידי נציבות הסחר הפדראלית. בסעיף 6 לכתב האישום (נספח 8) מצויין כך -

"Upon learning that Respondent had turned some data related to their menstruations, pregnancies, and childbirths over to these third parties, hundreds of users wrote to Respondent, stating that they were 'outraged', 'incredibly upset', 'disturbed', 'appalled', and 'very angry'. Indeed, they felt 'victimized' and 'violated' by Respondent's actions".

70. אלו התחושות שעלו גם אצל המבקשת, כשהיא גילתה על הנעשה במידע הרגיש ביותר שלה. היא חשה השפלה, כעס, תסכול, מועקה ואפילו זעם.

71. בת"צ (מחוזי מרכז) 22141-03-15 **גרינברג נ' חברת סלקום ישראל בע"מ** (נבו 05.03.2020), אושר הסדר פשרה בו ניתן פיצוי בגין נזק שנגרם בגלל פגיעה בזכות לפרטיות. באותו מקרה הזכות לפרטיות נפגעה בשל העברת נתוני מיקום מספק שירותי תקשורת לגורם שלישי. ברור שבעניינו נגרם נזק חמור בהרבה.
72. למבקשת קשה להעריך את הנזק הכולל שנגרם לחברות הקבוצה. בשלב זה מספיק להראות כי לכאורה נגרם נזק לקבוצה. המבקשת עמדה בדרישה זו, והרבה למעלה מכך. בשלב הדיון בתובענה הייצוגית יהיה ניתן להוכיח את הנזק לקבוצה בדרכים שונות. מכל מקום, המבקשת מעריכה כי חברות הקבוצה ספגו נזק בהיקף של מילוני שקלים, והרבה למעלה מכך.
73. לפי תקנות 2(א)(11) ו-2(א)(12) לתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע-2010, יש לציין בבקשת אישור את הגמול ושכר הטרחה המבוקשים. המבקשת עותרת לקבוע גמול בשיעור של 7.5% משווי ההטבה לציבור (בתוספת מס ערך מוסף, אם חל), ושכר טרחה לפי השיעורים שנקבעו בהחלטת בית המשפט העליון בע"א 2046/10 **שמש נ' רייכרט** (נבו 23.05.2012). באותו ענין נקבע כי "על כל סכום שנגבה בפועל עד ל-5 מיליון ש"ח, ייפסק לטובת בא-הכוח המייצג שכר טרחה בשיעור של 25%; על כל סכום שנגבה בפועל בין 5 מיליון ש"ח עד ל-10 מיליון ש"ח ייפסק שכר טרחה בשיעור של 20%; ועל כל סכום שנגבה בפועל מעל 10 מיליון ש"ח, ייפסק שכר טרחה בשיעור של 15%" (פסקה 16). לענין שווי ההטבה יש להביא בחשבון את ההטבה עקב שינוי ההתנהלות בעתיד. הגמול ושכר הטרחה המבוקשים אינם כוללים את שכר הטרחה וההוצאות בגין הדיון בבקשת האישור.

חלק שביעי - התביעה צריכה להתברר לפי הדין הישראלי ובישראל

74. הסכם השימוש נכרת בין המשיבה ומשתמשות בישראל. החוזה נקשר בתוך תחומי מדינת ישראל. אף איסוף המידע מהמשתמשות נעשה בתוך תחומי מדינת ישראל.
75. עם ההרשמה לשירות, המשתמשת מאשרת את תנאי השימוש. בסעיף 22 למסמך תנאי השימוש מופיעה תניה, המתיימרת להחיל את דיני מדינת קליפורניה, ולהפנות כל סכסוך לבתי המשפט שם. זוהי ההוראה -

"Any dispute arising from this Agreement shall be governed by the laws of the State of California without regard to its conflict of law provisions. **SOLE AND EXCLUSIVE JURISDICTION FOR ANY ACTION OR PROCEEDING ARISING OUT OF OR RELATED TO THIS AGREEMENT SHALL BE IN AN APPROPRIATE STATE OR FEDERAL COURT LOCATED IN SAN FRANCISCO COUNTY, STATE OF CALIFORNIA AND THE PARTIES UNCONDITIONALLY WAIVE THEIR RESPECTIVE RIGHTS TO A JURY TRIAL.**"

העתק מסמך תנאי השימוש בתקופה הרלוונטית לתביעה מצורף לבקשה זו כנספת 13.

76. באשר לתניית מקום השיפוט, סעיף 4(9) לחוק החוזים האחדים, תשמ"ג-1982 (להלן: חוק החוזים האחדים), קובע כי חזקה על תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר הסכסוך, כי הוא מקפח את הלקוח.
77. ברע"א 5860/16 **Facebook inc נ' בן חמו**, פסקות 28-31 לחוות הדעת של הנשיאה חיות (נבו 31.05.2018) (להלן: **ענין בן חמו**), בית המשפט העליון עמד על כך שעל מנת לסתור את החזקה בדבר הקיפוח, נדרש להראות כי "מכלול תנאי החוזה ונסיבות אחרות" מוליכים למסקנה כי התניה אינה מקפחת בנסיבות העניין. כמו כן, יש להראות כי אין בתניית השיפוט כדי להרתיע את הלקוח מעמידה על זכויותיו המשפטיות.
78. בעניינו החזקה חלה. המשיבה התנתה על מקום השיפוט בחוזה אחיד. יתרה מכך, כל הנסיבות מחייבות את המסקנה כי התניה אכן מקפחת. המשתמשות הן ישראליות, המידע האישי שייך להן ומקורו מישראל, והשימוש באפליקציה נעשה בישראל. אין שום הצדקה להטיל עליהן להגיש הליך בארץ רחוקה.

79. תניית השיפוט מרתיעה את המשתמשות מעמידה על זכויותיהן. הן ודאי נרתעות מניהול הליך בארצות הברית, בשפה האנגלית. גם עלות הבירור של זכויות המשתמשות בהליך בארצות הברית גבוהה מאוד.
80. בענין **בן חמו** בית המשפט העליון קבע בנסיבות דומות כי "... הדעת נותנת כי גם תובע ייצוגי יירתע מלנהל הליך משפטי בחו"ל בשל המשאבים הכספיים והאחרים הכרוכים בכך. ולראיה לא עלה בידי פייסבוק אירלנד להציג ולו מקרה אחד של ישראלי אשר נקט בהליך ייצוגי מחוץ לגבולות המדינה. ואולם, גם אם אניח לטובתה של פייסבוק אירלנד כי תניית מקום השיפוט אינה מרתיעה ישראלים מלנקוט נגדה בהליכים ייצוגיים בקליפורניה עדיין לא יהיה בכך כדי להועיל לה. זאת מפני שבחינת תניית מקום השיפוט על רקע מכלול תנאי החוזה והנסיבות החיצוניות להם מלמדת כי לא עלה בידיה של פייסבוק אירלנד לסתור את חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(9) לחוק החוזים האחדים" (פסקה 32 לחוות הדעת של הנשיאה חיות).
81. אותם שיקולים ואותה מסקנה יפים לענייננו. המשיבה, שפועלת בארצות רבות מכתובה באופן חד-צדדי תנאים של חוזה אחד, לרבות קביעת מקום שיפוט רחוק. מתחייבת אותה המסקנה – תניית השיפוט מקפחת. על כן, יש לבטל את התניה, בהתאם לסעיף 5 לחוק החוזים האחדים.
82. זהו גם דינה של תניית הדין. בענין **בן חמו** בית המשפט העליון הכריע בשאלת התוקף של תניית דין בחוזים אחדים עם גורמים רב-לאומיים. נקבע כי לתנייה כזו יהיה תוקף, אלא אם יוכח כי מדובר בתנאי "השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסויימות בערכאות משפטיות..." (סעיף 4(8) לחוק החוזים האחדים). על כן, אם יוכח כי החלת הדין הזר שוללת או מגבילה את זכות הלקוח להשמיע טענות מסויימות, יוחל הדין הישראלי (פסקה 39 לחוות הדעת של הנשיאה חיות).
83. עוד נקבע בענין **בן חמו** כי תניית דין זר אינה יכולה להתגבר על דרישות קוגנטיות – "ביחס לתניית ברירת הדין הקבועה בסעיף 15(1) לתנאי השימוש – לתפיסתי, יש ליתן לה תוקף בנסיבות, כמוצע על-ידי חברת הנשיאה, ובלבד שלא יעשה בתנייה האמורה שימוש כדי 'לעקוף' בעזרתה הוראות קוגנטיות שבדין הישראלי (למשל דיני הגנת הצרכן ועוד)". (פסקה ב' לחוות הדעת של השופט מלצר).
84. היועץ המשפטי לממשלה נדרש לשאלה זו במספר הליכים - ת"צ (מחוזי מרכז) 45354-02-18 **הירשפלד נ' TravelJigsaw Limited** (להלן: עניין TravelJigsaw), ת"צ (מחוזי תל-אביב) 9139-05-18 **צביה נ' Agoda Company Pte. Ltd** (להלן: עניין Agoda), ת"צ (מחוזי תל-אביב) 8295-10-17 **שפירא נ' Booking.com B.V**, ורע"א 1901/20 **מילר נ' Facebook Ireland Limited**. הוא הביע עמדה ברורה –
- "... הדין השיורי הוא הדין הישראלי והוראות חוק הגנת הצרכן הן קוגנטיות וממילא לא ניתן להתנות עליהן בכל נימוק שהוא. כמו כן, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי עמדת המשיבה עלולה לפתוח פתח רחב למניפולציה ולהותיר את הצרכן הישראלי פגיע במרחב הווירטואלי או לפחות בחוסר ידע והבנה לגבי היקף ההגנה שתינתן לו, אם בכלל, בשונה מההגנה שהמחוקק הישראלי ביקש להקנות לו. היעילות שניתנת לחברה בצורת דין אחד החל על כלל עסקאותיה, פוגעת ביעילות ובהגינות כלפי הצרכן שהוא הצד החלש בעסקה ואינו יודע ולא יכול לדעת במאמץ סביר מהו הדין החל, ומרוקנת מתוכן הגנות שהמחוקק הישראלי ביקש לקבוע לו" (סעיף 36 לעמדת היועץ בעניין TravelJigsaw).
- חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה בעניין TravelJigsaw אליה צורפו חוות דעת מההליכים הנוספים מצורפות לבקשה זו כנספת 14.

85. משמעות הדברים לענייננו ברורה. קביעה כי חלים דיני קליפורניה, מרוקנת מתוכן הגנות שהמחוקק הישראלי ביקש לתת למשתמשות בישראל. מדובר, בין היתר, בזכות לפרטיות, בהוראה כי ניתן לפגוע בפרטיות רק על יסוד הסכמה מדעת, ובזכות של צרכניות לא להיות מוטעות. אלה זכויות קוגנטיות. לא ניתן לחמוק מהן, על ידי הפנייה לדין זר. די בכך כדי לפסול את תניית הדין הזר.

86. היועץ המשפטי עמד על טעם נוסף לפסילת תניית הדין הזר -

"... תניית ברירת דין אינה ככל התניות והיא מוסיפה קושי ייחודי. כאשר לקוח, שאינו בעל מומחיות או משאבים מיוחדים, ניצב בפני כריתת חוזה עם תאגיד זר הכולל תניית ברירת דין, ודאי שהוא אינו יכול להבין מה משמעותה של אותה תנייה והאם היא תמנע ממנו בעתיד מלהעלות טענות מסוימות לפני בית המשפט במקרה שיתעורר סכסוך משפטי, ככל שאכן קיימת מניעות כאמור. על מנת שיהיה מסוגל להבין את משמעותה של אותה תנייה, יהיה עליו לשכור את שירותיו של מומחה לדין הזר, כבר בשלב כריתת החוזה, על מנת שיבאר לו את מערכת הדינים אשר תחול עליו בהתאם לאותה התנייה, בדיקה אשר משמעותה עלויות גבוהות אשר יושתו על הלקוח. לפיכך, ודאי שאין זה סביר ומעשי לצפות מהלקוח לבדוק מראש את הדין הזר אליו מפנה התנייה שבתנאי השימוש טרם הסכמתו אליהם, ולהבין את המשמעות ואת הסיכונים של הסכמה שכזו לעומקה..."

(עמדת היועץ בעניין Agoda, נספח 14 לבקשה זו, סעיף 48).

87. דברים אלה יפים לענייננו. המשתמשות אינן יכולות לערוך השוואה בין ההגנות שניתנות להן על פי הדין הישראלי והדין הקליפורני בעת ההתקשרות. גם מטעם זה יש לפסול את תניית הדין.

88. די בכך כדי לקבוע כי חל הדין הישראלי. עם זאת, למעלה מן הצורך, המבקשת תוסיף ותטען כי החלת דיני מדינת קליפורניה תקפח את המשתמשות, ביחס לזכויותיהן לפי הדין הישראלי. לצורך ביסוס עמדה זו, המבקשת פנתה למומחה לדיני ארצות הברית, עו"ד אדי מאירי, וביקשה שייחווה דעתו ביחס לעילות התביעה והסעדים המגיעים לחברות הקבוצה על פי דיני מדינת קליפורניה. עו"ד מאירי מוסמך לעריכת-דין במדינת ניו יורק מאז שנת 2000, ועוסק ביועץ וליווי משפטי בסוגיות משפטיות הנוגעות לדין האמריקני. עו"ד מאירי הכין חוות דעת רבות בתחומים של דיני הגנת הפרטיות, צרכנות, דיני חוזים ותחומים נוספים. חוות דעת רבות ניתנו על ידיו בתביעות ייצוגיות.

89. מחוות הדעת של עו"ד מאירי עולה כי קיימים הבדלים בין דיני מדינת ישראל לבין דיני מדינת קליפורניה, באופן שהחלת דיני מדינת קליפורניה תקפח את המשתמשות. אלה עיקרי ההבדלים -

א. חוק הגנת הפרטיות קובע במפורש כי רואים "הפרה של חובת סודיות לגבי עניינו של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע"; וכן "שימוש בידיעה על עניינו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה" כפגיעה בפרטיות (סעיפים 8)2 ו-9) לחוק הגנת הפרטיות). מכאן עולה, באופן ישיר וברור, כי מעשי המשיבה מגבשים עילת תביעה בגין פגיעה בפרטיות. הדברים נכונים אף ביחס לחלופה אחרת הקבועה בחוק הגנת הפרטיות, "העתקת תוכן של מכתב או כתב אחר שלא נועד לפרסום" (סעיף 5)2 לחוק. לעומת זאת, לפי חוות הדעת, אין במדינת קליפורניה הוראת חוק דומה, אלא מדובר בעיקר בזכות שהוכרה בפסיקה וכפופה לשיקולים שונים (סעיפים 46-56 לחוות הדעת). יתרה מכך, ניתן להסיג את הזכות מפני אינטרס מתחרה (סעיף 55 לחוות הדעת). הדין הישראלי איננו מכיר באינטרס מתחרה, שיכול לשלול את הזכות לפרטיות.

ב. חוק הגנת הפרטיות קובע כי לשם פגיעה בפרטיות נדרשת הסכמה מדעת (ראו הגדרת "הסכמה", בסעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות). כפי שהראינו, מדובר בדרישה שהמחוקק ראה לנכון להנהיג, במיוחד בעידן האינטרנט. הדין הישראלי ודאי נותן תוקף מלא לדרישה זו. על פי חוות הדעת, אין בחוק של מדינת קליפורניה דרישה מפורשת של הסכמה מדעת. לדעת המומחה, "התשובה לשאלה זו אינה בינארית, אך ככלל נראה, שההסכמה הנדרשת אינה ספציפית, כלומר לא חלה דרישה מפורשת של הסכמה מדעת" (סעיף 93 לחוות הדעת).

ג. מסקנה זו עולה ביתר שאת מהסכם הפשרה אליו הגיעה המשיבה עם נציבות הסחר (נספח 10 לבקשה זו). הסדר הפשרה מחייב את המשיבה לקבל הסכמה פוזיטיבית לגבי העברת מידע אישי רגיש כגון מידע רפואי וכן מידע על גזע, דת, דעות פוליטיות וחברות בארגון עובדים לצדדים שלישיים. אפילו במצב זה, לא נאמר במפורש כי נדרשת הסכמה מדעת. יתרה מכך, בקשר למידע אישי אחר, המשיבה חויבה רק לתת למשתמשות אפשרות להפסיק את העברת המידע לצד שלישי, מנגנון מסוג opt-out. ראו סעיף II.1 (1) ו-II.2 (2) ל-Exhibit B להסכם הפשרה. דיני הפרטיות הישראליים דורשים הסכמה רחבה יותר מזו הקבועה בהסדר - הסכמה מדעת, כלומר הסכמה שניתנת מתוך מודעות מלאה ורצון חופשי. מעבר לכך, הדין הישראלי אינו מסווג את המידע האישי שבקשר אליו נדרשת הסכמה מדעת, על פי תחומים. הסדר כזה איננו חוקי, לפי הוראות חוק הגנת הפרטיות.

ד. לפי דיני מדינת ישראל, בשל ביצוע עוולה ניתן לתבוע נזק, שמוגדר כך – "אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה" (סעיף 2 לפקודת הנזיקין). עגמת נפש בהחלט מוכרת כנזק. לעומת זאת, בארצות הברית, אין הכרה ישירה של המחוקק בכך שבכל מקרה ניתן לתבוע בגין נזק לא ממוני. על פי חוות הדעת, ככלל דיני מדינת קליפורניה אינם מכירים בנזק של עגמת נפש בגין הפרת חוזה, וגם אם עגמת נפש משמעותית היא תוצאה צפויה באופן ספציפי של ההפרה, ניתן לקבל פיצוי נומינלי בלבד, משמע פיצוי סמלי על הפרת הזכות (סעיף 26 לחוות הדעת). אמנם לפי חוות הדעת, נראה כי קיים סיכוי טוב שהמשתמשות יצליחו להשיג פיצוי בגין עגמת נפש (סעיפים 28-30). עם זאת, אין מדובר בזכות המעוגנת מפורשות בחוק, אלא ניתן להעלות בקשר לכך טענות שונות, וחלות בעניין התפתחויות בפסיקה, לכאן ולשם. ודאי שדין המכיר במפורש בפיצוי בגין עגמת נפש ופגיעה באוטונומיה – כלומר הדין הישראלי – עדיף.

ה. בתנאי השימוש של המשיבה, נשללת האפשרות של המשתמשות להגיש תביעה ייצוגית. זהו נוסח ההתחייבות –

"All claims between the parties related to this Agreement will be litigated individually, and the parties will not consolidate or seek class treatment for any claim unless previously agreed to in writing by the parties".

במדינת ישראל, תנייה כזו ודאי תיפסל בהיותה מקפחת. הדברים שונים במדינת קליפורניה. אין במדינת קליפורניה חוק שפוסל תניות מקפחות בחוזים אחידים. פסילת תניות אפשרית, אך הדבר נעשה על בסיס דיון מורכב שנוגע לשיקולי מוסר. באופן ספציפי, ביחס לווייתור על תביעות ייצוגיות, תניות כאלה נדונו רק בהקשר של תניות בוררות. במקרים שונים, בתי המשפט הכירו בתוקף של תניות כאלה (סעיפים 116-95 לחוות הדעת).

ו. המשיבה מוסיפה תנייה נוספת לפיה הזכות להגיש תביעות תוגבל לשנה בלבד. זהו נוסח ההוראה -

"Any cause of action you may have with respect to your use of the App must be commenced within one (1) year after the claim or cause of action arises".

במדינת ישראל, אין תוקף לתניה כזו. סעיף 19 לחוק ההתיישנות מורה כי "רשאים בעלי הדין להסכים, בחוזה נפרד בכתב, על ... על תקופת התיישנות קצרה מן הקבועה בחוק זה, ובלבד שלא תקצר משה חדשים". מכאן עולה כי אין תוקף להוראה שמשורבבת לתוך חוזה אחיד, המקצרת את תקופת ההתיישנות. בקליפורניה אין הוראת חוק כזו. תניות כאלה נבחנות בהתאם לשיקולי מוסר, ולעיתים מוכרות (סעיפים 119-121 לחוות הדעת).

90. מכל אלה עולה כי בירור התביעה הייצוגית על פי דיני מדינת קליפורניה שולל מהמשתמשות הישראליות טענות חשובות. על כן, תניית הדין היא תנאי "השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות..." (סעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים), ודינה בטלות.

91. הנה, שלל טעמים מחייבים לפסול את תניית הדין הזר. היא פוגעת בזכויות קוגנטיות שהדין הישראלי מקנה להן. היא מטילה על המשתמשות קושי ייחודי, להבין את משמעות ההפנייה לדין הזר. אין שום הצדקה להטיל קושי כזה על המשתמשות. לבסוף, כפי שעולה מחוות הדעת, השוואת הדינים מעלה כי החלת דיני מדינת קליפורניה תקפח את זכויות המשתמשות.

92. אם, בניגוד מוחלט לעמדת המבקשת, ייקבע כי בקשת האישור תידון על פי דיני מדינת קליפורניה, הרי שעומדות לזכות המשתמשות עילות תביעה גם לפי דין זה, ולכן גם במקרה כזה יש לאשר את התביעה כייצוגית. עו"ד מאירי בחן את התשתית העובדתית והציג את העילות שקמות לחברות הקבוצה על פי דיני מדינת קליפורניה -

(א) הפרת חוזה - ראו פרק VI לחוות הדעת ;

(ב) עשיית עושר ולא במשפט - ראו פרק VII לחוות הדעת ;

(ג) מצג שווא רשלני - ראו פרק VIII לחוות הדעת ;

(ד) פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות - ראו פרק IX-א' לחוות הדעת ;

(ה) פגיעה בזכות לפרטיות מן המשפט המקובל - ראו פרק IX-ב' לחוות הדעת ;

(ו) השגת מידע ממוחשב ושימוש בו שלא כדין - ראו פרק IX-ג' לחוות הדעת ; וכן

(ז) התנהלות לא הוגנת כלפי צרכנים - ראו פרק X לחוות הדעת.

93. לסיכום חלק זה, יש לברר את התביעה בישראל, וחלים עליה דיני מדינת ישראל. בירור התביעה על פי הדין הקליפורני מקפח את המשתמשות הישראליות. מעבר לכך, גם אם ייקבע כי התביעה תידון על פי דיני מדינת קליפורניה (בניגוד לעמדת המבקשת), הרי שעומדות לזכות חברות הקבוצה עילות תביעה מצוינות.

חלק שמיני - מתקיימים כל התנאים לאישור התובענה כייצוגית

94. בית המשפט הנכבד מתבקש לאשר תובענה זו, לפי חוק תובענות ייצוגיות. התובענה ממלאת בבירור אחר כל התנאים הדרושים לצורך אישורה כתובענה ייצוגית.
95. הקבוצה המיוצגת תכלול כל אישה (לרבות קטינה), אשר היישומון של המשיבה הותקן על ידיה או שנעשה בו שימוש על ידיה, בתקופה שמיום 30 ביוני 2016 ועד יום 23 בפברואר 2019. לחלופין, אם בית המשפט הנכבד יראה לנכון לקבוע הגדרה אחרת לקבוצה, מבוקש לעשות כן.
96. סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית...". פרט 1 לתוספת השניה כולל "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבין לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". המונח 'עוסק' מוגדר בסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 כמי שמוכר נכס או שירות דרך עיסוק, כולל יצרן. ברור כי המשיבה עומדת בהגדרה. הבקשה מוגשת בקשר לענין שבין המשיבה ובין לקוחותיה.
97. סעיף 4(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "אלה רשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית כמפורט להלן: (1) אדם שיש לו עילה בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה". המבקשת מחזיקה בעילת תביעה. היא משתמשת רשומה ביישומון. היא הזינה מידע רפואי אינטימי באמצעותו. המשיבה הפרה את התחייבותה לא למסור את המידע לצדדים שלישיים. המבקשת נפגעה מאוד כאשר גילתה כי המידע הרגיש ביותר שלה נמסר לאחרים. היא חשה השפלה, כעס, תסכול, מועקה, ואפילו זעם. גם נגרמה למבקשת פגיעה באוטונומיה. היא בחרה לעשות שימוש ביישומון, בלי לדעת את המשמעות וההשלכות של הדבר.
98. סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה: (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה; (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין; (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; ... (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב". תנאים אלה מתקיימים.
99. היסודות של עילות התביעה משותפים למבקשת ולכלל חברות הקבוצה. המשיבה נהגה עם כל חברות הקבוצה באותו אופן. היא העבירה מידע רפואי רגיש לצדדים שלישיים, בניגוד להתחייבותה לא לעשות זאת, והתירה לצדדים השלישיים לעשות בו כרצונם.
100. לשם בירור עילת התביעה בית המשפט הנכבד יידרש לדון ולהכריע בשאלות המשותפות הבאות – האם המשיבה התחייבה לא להעביר מידע לצדדים שלישיים; האם המשיבה הפרה את ההתחייבות; האם המשיבה הטעתה את המשתמשות והפרה חובות גילוי; האם המשיבה ביצעה עוולה של הפרעה למחשב; האם המשיבה התעשרה שלא כדין; האם המשיבה חייבת לפצות את המשתמשות; ועוד. שאלות אלו משותפות למבקשת וליתר חברות הקבוצה.
101. נוכח הנימוקים שהצגנו, ברור כי קיימת אפשרות סבירה, ואף למעלה מכך, שהשאלות המשותפות יוכרעו לטובת הקבוצה.

102. תביעה ייצוגית ודאי תעמיד דרך יעילה והתוגנת להכרעה בענין. לציבור המשתמשות קשה מאוד לממש את זכויותיהן כלפי המשיבה. לצורך זה נדרש לדעת על ההפרה של המשיבה, על ההליכים שהיא ניהלה, ועל מכלול נסיבות הענין. אף נדרש מידע אודות ערכות פיתוח התוכנה.

103. המלומד בירנהק מסביר שבמקרים של פגיעה בפרטיות "יש לאפשר אפיקי אכיפה אפקטיביים גם לאזרחים בדרך של תביעות אזרחיות. אמצעים של פיצוי ללא הוכחת נזק ותביעות ייצוגיות מתבקשים כאן בגלל הקושי להוכיח את הנזק ובגלל גובה הנזק ופיזורו" – בירנהק **מרחב פרטי** בעמ' 255.

104. עניינן של חברות הקבוצה מיוצג ומנוהל בדרך הולמת ובתום לב. המבקשת פועלת על מנת לתקן את הליקויים בהתנהלות המשיבה, ולהשיג סעד הולם עבור חברות הקבוצה. האינטרסים שלה זהים לאלה של כלל חברות הקבוצה.

105. לסיכום, כל התנאים לאישור התובענה כייצוגית מתקיימים בבירור.

חלק תשיעי - סוף דבר

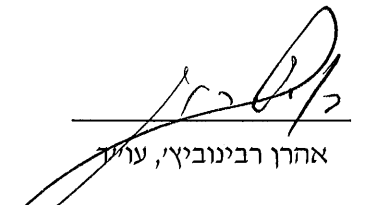
106. זהו אחד המקרים החמורים של הפרת פרטיות. במקרה זה הפרטיות הופרה בניגוד מוחלט להתחייבות מפורשת של המשיבה, וביחס למידע האישי הרגיש ביותר של המשתמשות.

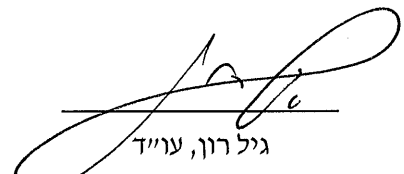
107. בקשה זו נתמכת בתצהיר של המבקשת, המאמת את העובדות המופיעות בה, ובחוות דעת של עו"ד אדי מאירי, מומחה לדיני ארצות הברית.

108. בית המשפט הנכבד מתבקש לאשר את התביעה כתובענה ייצוגית, ולתת הוראות בקשר לניהול התביעה, כאמור בפתח הבקשה.

109. מן הדין ומן הצדק לקבל את הבקשה.


חמד סואעד, עו"ד


גיל רון, קינן ושות', עורכי דין
באי-כוח המבקשת


גיל רון, עו"ד

תצהיר

אני החתומה מטה, אלכסנדרה גלבר, נושאת תעודת זהות מספר 304993066, לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אהיה צפויה לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן מצהירה בזה כדלקמן:

חלק ראשון - מבוא

1. אני המבקשת בבקשה לאישור תביעה ייצוגית נגד **Flo Health, Inc.** תצהירי זה ניתן בתמיכה לבקשת האישור.

2. העניין פשוט. המשיבה פיתחה ומפעילה יישומון למעקב אחר בריאות של נשים. היא התחייבה כך -

“... we will never transfer your Personal Data to any third party without your prior explicit consent”

ולאחר שהאמת נחשפה, היא הודתה כך -

“Between June 30, 2016 and February 23, 2019, the company that makes the Flo Period & Ovulation Tracker app sent an identifying number related to you and information about your period and pregnancy to companies that help us measure and analyze trends, usage, and activities on the app, including the analytics divisions of Facebook, Flurry, Fabric, and Google.”

3. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, די בכך כדי להבין כי מדובר באחד המקרים החמורים של פגיעה בפרטיות, תוך הפרת התחייבות מפורשת.

4. המשיבה מפעילה מאז שנת 2016 יישומון, המסייע לנשים במעקב אחר מערכות גוף האישה - מחזור הווסת, פוריות, היריון ועוד. היא אף מספקת ייעוץ של מומחים בעניינים אלה. לצורך פעילות זו, המשיבה אוספת מידע אינטימי מאוד. בידי המשיבה גם מידע מזהה של המשתמשות – שם, מספר מכשיר הטלפון הנייד או מכשיר אחר, כתובת דואר אלקטרוני, תאריך לידה ומקום מגורים.

5. בתקופת התביעה המשיבה כללה במדיניות הפרטיות שלה התחייבות מפורשת לא לגלות מידע אישי, אלא לפי רשות. נשים רבות בחרו להשתמש ביישומון. הן לא העלו על דעתן שהמידע יימסר לאחרים.

6. במהלך שנת 2019 החלו להופיע פרסומים בארצות הברית, ביחס לפגיעה בפרטיות המשתמשות. לפי הפרסומים, היישומון כולל רכיבים טכנולוגיים של חברות שונות, כמו גוגל ופייסבוק, שנועדו לסייע למשיבה לפתח את היישומון ולהפעילו. שילוב אותם רכיבים מאפשר משיכת מידע פרטי של המשתמשות, על ידי אותן חברות. בהמשך לפרסומים, נציבות הסחר הפדרלית (Federal Trade Commission) פתחה בחקירה, ובחודש ינואר 2021 הוגש אישום נגד המשיבה. על פי האישום, המשיבה העבירה מידע לצדדים שלישיים בניגוד להתחייבויות שלה כלפי המשתמשות, והתירה למקבלי המידע לעשות בו כרצונם.

7. עם הגשת האישום נציבות הסחר והמשיבה הגיעו לפשרה. המשיבה חויבה ליידע את המשתמשות על כך שהיא העבירה מידע על המחזור החודשי, הריון וכן מידע מזהה. המשיבה גם חויבה, מעתה ואילך, להביא לידיעת המשתמשות את המידע שהיא מבקשת להעביר, ולקבל הסכמה אקטיבית להעברת המידע, כתנאי לכך. כמו כן, נאסר על המשיבה להציג באופן מטעה את המטרות שבשלן נאסף המידע ומועבר לצדדים שלישיים, כאשר ניתנת הסכמה של המשתמשות. המשיבה חויבה גם לפנות לצדדים שלישיים ולהנחותם להשמיד את המידע שהועבר.

8. עם גיבוש הסדר הפשרה, המשיבה פנתה אל המשתמשות, והודתה בפניהן כי היא מסרה מידע מזהה, יחד עם מידע על הריון ומחזור חודשי.

9. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, המשיבה שלחה ידה בהפרת התנאים החשובים ביותר של מדיניות הפרטיות, ופגעה קשות במשתמשות. המשיבה לא קיבלה הסכמה להעביר את המידע. לצורך מסירת מידע נדרשת הסכמה מדעת.

10. בארצות הברית ובקנדה מתנהלות נגדה תביעות ייצוגיות בקשר לכך. אני מגישה בקשה זו, על מנת לממש את זכויות המשתמשות בישראל. מדובר במשתמשות רבות מאוד. בישראל יותר מ-340 אלף משתמשות הורידו את היישומון שהמשיבה מפעילה.

חלק שני - המשיבה, היישומון שהיא מפעילה, והמידע האישי האינטימי שנאסף על ידה

11. המשיבה, חברה הרשומה במדינת דלוואר שבארצות הברית, פיתחה ומפעילה יישומון בשם Flo Ovulation & Period Tracker. היישומון מותקן בטלפונים חכמים, מחשבים אישיים, לוחות מחשב (טאבלט) ומכשירים נוספים. את היישומון ניתן להוריד בחנויות להורדת יישומונים המוכרות לכל – App Store ו-Play Store. ביישומון של המשיבה נעשה שימוש נפוץ מאוד בעולם. לפי אתר המשיבה, 150 מיליון נשים עושות בו שימוש. גם בישראל השימוש נפוץ מאוד. על פי אתר APPMAGIC, שמתמחה במעקב אחר פעילות יישומונים, בוצעו כ-340 אלף הורדות של היישומון למכשירי משתמשות ישראליות.

דף מידע מהאתר APPMAGIC בקשר למספר ההורדות של היישומון בישראל מצורף לתצהיר זה כנספח 2.

12. היישומון נועד לאפשר לנשים לעקוב אחר בריאות מערכות הגוף הנשיות. הוא מאפשר מעקב אחר מחזור הווסת, פוריות, שלבי היריון ועוד. לצורך זה המשיבה אוספת נתוני משקל, טמפרטורת גוף, מועדי מחזור ווסת, פעילות מינית, מצבי רוח, וסימפטומים שנוגעים לאלה. המשיבה גם יכולה לאסוף מידע ביחס לפעילות ספורטיבית, דופק וקלוריות שנשרפו.

13. משתמשת שמעוניינת להירשם לשירותי המשיבה, מתקינה את היישומון במכשיר. לאחר מכן היא מקימה חשבון אישי. ניתן גם להקים חשבון דרך אתר האינטרנט של המשיבה.

14. כשמשמשת מקימה חשבון ביישומון, מוצגות לה שאלות רבות, חלקן מאוד אינטימיות ואישיות. כך למשל, המשתמשת נשאלת באילו אמצעי מניעה היא עושה שימוש, אם היא חשה אי-נוחות בקשר למחזור הווסת ומדוע, ועוד. אלה דוגמאות לשאלות המוצגות, מתוך עמודים שמופיעים במכשיר בעת הקמת הפרופיל -

Which birth control method do you use?	Do you have any reproductive health disorders (endometriosis, PCOS, etc)?
Pills ☐	Yes ☐
Condoms ☐	No ☐
Pull-out method ☐	No, but I used to ☐
Intrauterine device ☐	I don't know / Prefer not to answer ☐
None / Prefer not to answer ☐	

Do you experience discomfort due to any of the following? Painful menstrual cramps ☐ PMS symptoms ☐ Unusual discharge ☐ Heavy menstrual flow ☐ Mood swings ☐ Nothing bothers me / Prefer not to answer ☐	Is there anything you want to improve about your sleep? Difficulty falling asleep ☐ Waking up tired ☐ Waking up during the night ☐ Lack of sleep schedule ☐ Insomnia ☐ I sleep well / Prefer not to answer ☐
---	---

צילומי מסך של עמודים מאתר המשיבה, שמילויים נדרש בעת הקמת פרופיל, מצורפים לתצהיר זה כנספח 3.

15. לאחר שמתמשת מקימה חשבון, היא יכולה לעשות שימוש שוטף ביישומון. לצורך זה, היא ממשיכה להזין ליישומון מידע רב. על בסיס מידע זה היישומון מספק למשתמשת התראות, הודעות, עצות, ומידע נוסף. ביישומון נעשה שימוש לשם מעקב רגיל על בריאות האישה, מעקב אחר ניסיון להיכנס להיריון, ועוד.

16. כאמור, המידע המוזן נוגע כמובן לפרטים האינטימיים ביותר שניתן להעלות על הדעת. המשתמשות נדרשות להזין את עוצמת המחזור וכמות הדם שמופרשת מגופן. הן מתבקשות לתאר את הכאבים לפני הווסת החודשית, במהלכה ואחריה. הן מתבקשות לתאר את הצבע והמרקם של הפרשות ואגינאליות, כאלה שקשורות בווסת וכאלה שלא. זהו רק חלק מהמידע האינטימי שמוזן ביישומון.

העתקים מעמודים של היישומון שמציגים שאלות שמופנות למשתמשות מצורפים לתצהיר זה כנספח 4.

17. המשתמשות נדרשות להזין גם מידע ביחס לפעילותן המינית. הן מתבקשות לדווח אם קיימו פעילות מינית ואם השתמשו באמצעי מניעה, ומהו סוג אמצעי המניעה. כמו כן, הן נדרשות לתאר את רמת החשק המיני שהן חשו. המשתמשות מתבקשות גם לדווח אם עינגו את עצמן, לתאר תחושות וסימפטומים שהופיעו סמוך לפעילות מינית, ועוד (נספח 4 לתצהיר זה).

18. נוסף על המידע האינטימי, המשיבה אוספת מידע מזהה בקשר למשתמשות. מדובר במידע בקשר למכשיר שהמשתמשות מתחברות דרכו לשירות, לגרסת מערכת ההפעלה שמותקנת במכשיר, סממנים מזהים מיוחדים, כתובת IP (מספר המזהה את המכשיר ברשת האינטרנט), ומידע על ספק שירותי הטלפוניה. כן נאספים נתונים מזהים נוספים, כמו שם המשתמשת, מספר המכשיר, כתובת דואר אלקטרוני, תאריך לידה ומקום מגורים. במקרים מסוימים המשתמשת מתבקשת להעלות צילום של תעודת הזהות.

דף מידע מאתר המשיבה המציג את המידע המזהה שנאסף על ידי המשיבה מצורף לתצהיר זה כנספח 5.

19. לסיכום חלק זה, המשיבה מפעילה יישומון למעקב אחר בריאות מערכות הגוף הנשי. ביישומון מרוכז מידע פרטי, אינטימי ורגיש באופן חריג.

חלק שלישי – תנאי ההתקשרות האחידים הנוגעים לפרטיות המשתמשות בתקופה שעד חודש פברואר 2019

20. היישומון הושק בחודש יוני 2016, או סמוך לו. מאז השקת היישומון ועד חודש פברואר 2019, המשיבה נהגה ליטול על עצמה התחייבויות חד-משמעיות, בנוגע לשמירה על המידע שהמשתמשות מוסרות לה. ההתחייבויות הופיעו בתנאים הכלליים שפורסמו על ידי המשיבה, ותוקנו על ידיה מעת לעת. תנאים אלה כוללים מדיניות פרטיות. כבר בעת הקמת החשבון, ובהמשך לאורך כל תקופת השימוש, המשיבה מפנה אליהם.

21. לאורך השנים הוצגו גרסאות רבות של מדיניות הפרטיות. באתר המשיבה מופיעות כל הגרסאות של מדיניות הפרטיות, לפי מועדי הפרסום שלהן - 15 ביוני 2016, 15 בנובמבר 2016, 21 בדצמבר 2016, 14 במרץ 2017, 17 במרץ 2017, 28 באוגוסט 2017, 13 בנובמבר 2017, 25 במאי 2018, 16 ביולי 2018, 6 באוגוסט 2018 ו-17 בפברואר 2019.

העתיקי מסמכי מדיניות הפרטיות שפורסמו על ידי המשיבה באתר בתקופה הרלוונטית מצורפים לתצהיר זה כנספח 6.

22. במרבית התקופה הרלוונטית המשיבה כללה במסמכי מדיניות הפרטיות שלה התחייבות בנוסח זה (או בנוסח דומה מאוד) –

“Personal Data We Share with Third Parties. We may share certain Personal Data, excluding information regarding your marked cycles, pregnancy, symptoms, notes and other information that is entered by you and that you do not elect to share, with third party vendors who supply software applications, web hosting and other technologies for the App. Third parties will not have access to our survey results and we will not reveal information about which articles you view. We will only provide these third parties with access to information that is reasonably necessary to perform their work or comply with the law. Those third parties will never use such information for any other purpose, except to provide services in connection with the App. Apart of the cases regulated by this Privacy Policy we will never transfer your Personal Data to any third party without your prior explicit consent.”

23. לאחר שניתנת התחייבות זו, המשיבה מוסיפה ומתארת חלק מהצדדים השלישיים, אשר מידע עשוי להימסר להם, ומציינת הסתייגויות ביחס לכל אחד מהם. המשיבה מציינת את חברת Fabric, אשר מסייעת בניתוח השימוש ביישומון; חברת AppsFlyer, שמקיימת פלטפורמה לפרסום במכשירים ניידים; החברות פייסבוק וגוגל, שמסייעות לעקוב אחר הורדות התוכנה; חברת Amplitude, אשר מסייעת לנתח כיצד המשתמשת פועלת בתוך התוכנה; וחברת Flurry!, שמנתחת מגמות בשימוש ביישומון (נספח 6 לתצהיר זה).

24. המשיבה נוטלת על עצמה מגבלות נוספות, ביחס לחלק מאותם צדדים שלישיים. כך למשל, המשיבה התחייבה בקשר לחברת AppsFlyer כך –

“AppsFlyer is a mobile marketing platform. We may share certain non-identifiable information about you and some Personal Data (but never any data related to health) in order to carry out marketing activities and provide you better and more targeted, tailor-made service.”

באופן דומה, המשיבה מתחייבת ביחס לחברת Flurry! כך –

“We may share certain non-identifiable information about you and some Personal Data (but never any data related to health) with Flurry.”

25. התחייבויות דומות הופיעו לאורך מרבית התקופה שממועד תחילת הפעילות של המשיבה, ועד מדיניות הפרטיות שפורסמה ביום 23 בפברואר 2019 (נספח 6 לתצהיר זה).

26. ההתחייבויות ברורות. המשיבה אמנם מציינת כי היא עשויה להעביר מידע אישי, אולם היא מחריגה מכך מידע על המחזור החודשי, היריון, סימפטומים, הערות ומידע נוסף שהמשתמשת לא בחרה לשתף. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, מכאן עולה כי המשיבה רשאית להעביר אך ורק מידע אשר המשתמשת הסכימה לשתף. כמו כן, בכל מקרה, מידע יועבר לצדדים שלישיים רק כפי שנדרש כדי שהם יבצעו את תפקידם או כדי שיעמדו בדרישות החוק. אם בכך לא די, ניתנה התחייבות מפורשת כי הצדדים השלישיים לעולם לא ישתמשו במידע, אלא לצורך מתן שירותים בקשר ליישומון.

חלק רביעי – החשדות בדבר פגיעה בפרטיות, החקירה, האישום וההסדר

27. ביום 22 בפברואר 2019 התפרסמה כתבת תחקיר בעיתון The Wall Street Journal, על פיה חברות ענק כמו פייסבוק וגוגל משיגות מידע רגיש ואינטימי ממפתחי יישומונים. הכתבה התייחסה, בין היתר, ליישומון של המשיבה.

הכתבה בעיתון The Wall Street Journal מיום 22 בפברואר 2019 מצורפת לתצהיר זה כנספח 7.

28. בעקבות הכתבה, ובעקבות תלונות שהוגשו נגד המשיבה ביחס לפגיעה בפרטיות המשתמשות, החלה נציבות הסחר הפדרלית (Federal Trade Commission) בחקירה. ביום 13 בינואר 2021, עם סיום החקירה, הנציבות הגישה אישום מנהלי (Complaint) נגד המשיבה.

כתב האישום המנהלי (Complaint) מיום 13 בינואר 2021, שהוגש על ידי נציבות הסחר הפדרלית ביום 13 בינואר 2021, מצורף לתצהיר זה כנספח 8.

29. לפי האישום, לצורך פיתוח היישומון, המשיבה עשתה שימוש בכלים טכנולוגיים המשמשים כערכות פיתוח תוכנה - Software Development Kit (רכיב המכונה SDK) של צדדים שלישיים, כמו חברת גוגל וחברת פייסבוק. ערכות הפיתוח הן קוד תוכנה, שמאפשר למפתחי יישומונים הוספת פונקציות ליישומונים, ללא צורך בכתיבת קוד תוכנה חדש. כך למשל, שימוש במכשיר זה, מאפשר הוספת לוח שנה ליישומון בקלות, על ידי הטמעת לוח שנה של מפתח אחר (שפיתח ומפיץ גם את ערכת הפיתוח), ללא צורך בכתיבת קוד תוכנה מיוחד. שימוש בערכת הפיתוח מותנה בכך שהמפתח יאשר את תנאי השימוש הנוגעים לערכה (נספח 8 לתצהיר זה, סעיפים 20-18).

30. עוד לפי האישום, בהתאם לתנאים הכלליים של השימוש בערכות הפיתוח, מפתח היישומון נדרש לאפשר לצדדים השלישיים למשוך ממערכת היישומון שלו מידע המוזן אליה. מידע זה מכונה Custom App Event, כינוי המכוון לכך שמדובר במידע על אירועים שהוזן על ידי משתמשים ומשתמשות ליישומון.

31. משמעות הדבר היא כי לצורך פיתוח היישומון והפעלתו, המשיבה התחייבה לאפשר לצדדים שלישיים למשוך את המידע שהמשתמשות מזינות. הדבר מנוגד להתחייבויות מפורשות שניתנו למשתמשות.

32. יתרה מכך, לפי האישום, המשיבה מסמנת את המידע באופן שמאפשר להתמצא בו ולהבין את משמעותו. למשל, כאשר משתמשת מכניסה ליישומון את שבוע ההריון שלה, היישומון מקודד נתון זה תחת השם "R_PREGNANCY_WEEK_CHOSEN". כך יוצא שהצד השלישי מקבל מידע אישי ביותר, שניתן להבין את משמעותו על נקלה (נספח 8 לתצהיר זה, סעיף 19).

33. עוד לפי האישום, לא רק שהמשיבה מאשרת את משיכת המידע, היא אף מתירה לצדדים שלישיים לעשות במידע שימוש כרצונם (נספח 8, סעיף 22).

34. בתנאי השימוש של ערכת פיתוח התוכנה (SDK) של חברת פייסבוק, המפתח (בענייננו - המשיבה) מתחייב להציג הודעה בולטת בקשר לכך שחברת פייסבוק תקבל מידע בנוגע לשימוש באפליקציה (נספח 8, סעיף 21). הסיבה לכך ברורה. מדובר במידע אישי, פרטי, רגיש ביותר. ככל הנראה חברת פייסבוק ביקשה לוודא כי לפני שמועבר אליה מידע רגיש המשתמשות מודעות לכך. כפי שהראינו, המשיבה לא הציגה הודעה כלשהי בקשר לכך, אלא התחייבה לנהוג אחרת.

35. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, מכאן עולה כי המשיבה הפרה את ההתחייבות לא להעביר מידע לצדדים שלישיים.

36. בד בבד עם הגשת האישום, הוגש לעיון הציבור הסדר פשרה מוצע בין נציבות הסחר הפדרלית והמשיבה. על פי ההסדר המוצע, המשיבה חויבה ליידע את המשתמשות על המידע המועבר. כמו כן, המשיבה חויבה לקבל הסכמה פוזיטיבית להעברת מידע אישי רגיש, כגון מידע רפואי וכן מידע על גזע, דת, דעות פוליטיות וחברות בארגון עובדים. בקשר למידע אישי אחר, המשיבה חויבה לתת למשתמשות את האפשרות לבחור כי המידע לא יועבר לצד שלישי. המשיבה גם חויבה להודיע למשתמשות כי היא העבירה מידע על המחזור החודשי והריון ומספר מזהה בנוגע למשתמשות. עוד נאסר על המשיבה להציג באופן מטעה את המטרות בשלן נאסף המידע ומועבר לצדדים שלישיים. נוסף על כך, המשיבה חויבה לפנות לצדדים השלישיים שקיבלו את המידע, ולהנחותם להשמידו. ההסדר פורסם לעיון הציבור והערותיו. לאחר מכן הוא הוגש לנציבות הסחר לאישור כהחלטה סופית ומחייבת. ביום 17 ביוני 2021 ההסכם קיבל תוקף מחייב.

הסדר הפשרה בין נציבות הסחר ובין המשיבה שהועבר לעיון הציבור ביום 13 בינואר 2021 מצורף לתצהיר זה כנספח 9.

הסדר הפשרה בין נציבות הסחר ובין המשיבה אשר קיבל תוקף מחייב ביום 17 ביוני 2021 מצורף לתצהיר זה כנספח 10.

37. בהתאם להסדר, באתר המשיבה מופיעה הודעה על הפשרה. בהודעה זו המשיבה מודה, במלים ברורות ומפורשות, כי משך קרוב לשלוש שנים היא מסרה לצדדים שלישיים מספר מזהה ומידע על מחזור הווסת וההיריון של המשתמשות. נכון למועד הגשת בקשה זו, ההודעה עדיין מופיעה באתר המשיבה. זהו החלק הרלוונטי של ההודעה -

"Between June 30, 2016 and February 23, 2019, the company that makes the Flo Period & Ovulation Tracker app sent an identifying number related to you and information about your period and pregnancy to companies that help us measure and analyze trends, usage, and activities on the app, including the analytics divisions of Facebook, Flurry, Fabric, and Google."

נוסח ההודעה המלא כפי שהוא מופיע באתר המשיבה מצורף לתצהיר זה כנספח 11.

38. הודעה דומה נשלחה אל המשתמשות ביום 7 ביולי 2021 או סמוך לו. אני רשומה אצל המשיבה כמשתמשת וקיבלה הודעה זו.

הודעת דואר אלקטרוני שקיבלתי מן המשיבה ביום 7 ביולי 2021 מצורפת לתצהיר זה כנספח 12.

39. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, מכאן עולה כי המשיבה הפרה את התחייבויותיה כלפי המשתמשות, בהיבטים רבים. היא התחייבה שלא יימסר מידע על מחזור הווסת וההיריון. ההתחייבות הופרה. לא רק שנמסר מידע כזה, גם נמסר מספר מזהה בנוגע למשתמשות. המשיבה התחייבה גם שיימסר רק מידע שהמשתמשת הסכימה לחלוק. גם התחייבות זו הופרה. המשיבה אף התחייבה כי המידע יימסר לצדדים שלישיים, רק במידה שהדבר נחוץ על מנת שהם ייבצעו את עבודתם או יעמדו בדרישות החוק, וכי הם לא יעשו בו שימוש אחר. מנוסח ההודעה נראה שגם התחייבויות אלה הופרו.

40. בשל חשיפת המחדלים החמורים של המשיבה והפגיעה הקשה במשתמשות, הוגשו הליכים ייצוגיים רבים. בארצות הברית הוגשו ההליכים הבאים - (Pietrzyk v. Flo, Tesha Gamino v. Flo Health, Inc. (3:21-cv-02551), Frasco v. Flo Health, Inc. (3:21-cv-00757), Chen v. Flo Health, Inc. (3:21-cv-01485), Health, Inc. (3:21-cv-01141), Park v. Flo Health, Inc. (Case No. - Wellman v. Flo Health, Inc. (3:21-cv-01099), בקנדה הוגשו הליכים אלה - (S212825), CV-21-00000450-00CP), Sekhon v. Flo Health, Inc. (Case No. S212825), לפי מיטב ידיעתי, טרם התקבלו הכרעות בהליכים אלה.

41. לאחר הפרסום על התנהלות המשיבה, היא שינתה את מדיניות הפרטיות שלה. בקשת האישור איננה עוסקת בתקופה זו.

42. לסיכום חלק זה, בהליכים שנקטה נציבות הסחר הפדרלית נחשף כי משך שנים המשיבה העבירה מידע מזהה ומידע אינטימי שהמשתמשות הזינו ליישומון, לצדדים שלישיים. הדבר נעשה תוך הפרת התחייבויות מפורשות של המשיבה כלפי המשתמשות. המשיבה הודתה בכך.

חלק חמישי - לחברות הקבוצה עומדות עילות תביעה מצוינות

43. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, חברות הקבוצה מחזיקות בעילת תביעה על הפרת חוזה.

44. כפי שהראיתי, בתקופה הרלוונטית לתביעה, מיום 30 ביוני 2016 עד יום 23 בפברואר 2019, המשיבה כללה במדיניות הפרטיות שלה התחייבות, לא להעביר מידע על מחזור הווסת וההריון לצדדים שלישיים. ההתחייבות הופרה. גם נמסר מספר מזהה בנוגע למשתמשות, דבר המחמיר את ההפרה. המשיבה אף התחייבה שהמידע יימסר לצדדים שלישיים רק במידה שהדבר נחוץ על מנת שהם יבוצעו את עבודתם או יעמדו בדרישות החוק, וכי הם לא יעשו בו שימוש אחר. מנוסח ההודעה נראה שגם התחייבויות אלה הופרו.

45. ההתחייבויות ברורות (נספח 6 לתצהיר זה). גם ההודאה בהפרתן ברורה (נספח 11 לתצהיר זה). לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, לא תיתכן מחלוקת על כך שהמשיבה הפרה את ההסכם עם המשתמשות.

46. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, מדיניות הפרטיות מהווה חלק מתנאי ההתקשרות בין המשיבה והמשתמשות, הפרת תנאיה מהווה הפרת חוזה לכל דבר ועניין.

47. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, קמה למשתמשות עילת תביעה בגין הטעיה. הפרת פרטיות היא עניין מהותי. המשיבה הטעתה את המשתמשות בכל הנוגע להעברת מידע אינטימי שלהן.

48. כמו כן, לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, עומדת למשתמשות עילת תביעה בגין חובת הגילוי מיוחדת של עוסק כלפי צרכנים, לגלות כל פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת הידועים לו, המפחיתים באופן משמעותי מערכו של הנכס, וכן כל תכונה בנכס המחייבת החזקה או שימוש בדרך מיוחדת כדי למנוע פגיעה למשתמש בו או לאדם אחר או לנכס תוך שימוש רגיל או טיפול רגיל.

49. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, למשתמשות קמה עילת תביעה בגין פגיעה קשה בפרטיותן. המשיבה מפרה חובת סודיות לגבי ענייניהן של חברותה קבוצה. היא עושה שימוש בידעיה על ענייניהן הפרטיים, ומוסרת אותם לאחרים, שלא למטרה שלשמה נמסרו. המשיבה גם עושה שימוש בתוכנו של כתב שלא נועד לפרסום בלי רשות. כך המשיבה נוהגת ביחס למידע הרגיש ביותר שניתן להעלות על הדעת. קשה לחשוב על פגיעה חמורה יותר בזכות לפרטיות.

50. בענייננו לא ניתנה הסכמה. במרבית התקופה ניתנה על ידי המשיבה התחייבות מפורשת לא לפגוע בפרטיות. בנסיבות כאלה, הפגיעה בפרטיות חמורה במיוחד.

51. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, המשיבה שללה מהמשתמשות את השליטה במידע. הדבר נעשה תוך הפרת התחייבות מפורשת, והטעיית המשתמשות.

52. חלק לא מבוטל מהמשתמשות בשירותי המשיבה היו בתקופה הרלוונטית לתביעה קטינות. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, הפגיעה בהן חמורה אף יותר.
53. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, למשתמשות עומדת עילת תביעה נוספת בגין הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב או בחומר מחשב, לרבות על ידי גזילת דבר המגלם חומר מחשב.
54. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, חברות הקבוצה מחזיקות גם בעילת תביעה בגין התעשרות שלא על פי זכות שבדין.
55. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, עילת התביעה בגין פגיעה בפרטיות לא התיישנה, הואיל והמשיבה הטעתה ביוזעין את המשתמשות, וכן הואיל ונעלמו מן המשתמשות העובדות המקימות את עילת התובענה, מסיבות שלא היו תלויות בהן ושאלן בזהירות סבירה לא יכלו למנוע אותן. ועוד, לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, יש למנות את תקופת ההתיישנות ממועד מתן הודאה מצד המשיבה, כלומר מיום 7 ביולי 2021 (נספח 12 לתצהיר זה). לבסוף, לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, ביחס למשתמשות שהיו קטינות במועד מסירת המידע עליהן, מירוח ההתיישנות מתחיל רק בהגיען לגיל 18 שנים.
56. לסיכום חלק זה, לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, חברות הקבוצה מחזיקות בעילות תביעה מצוינות – הפרת חוזה, הטעיה, פגיעה בפרטיות, הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב או בחומר מחשב, ועשיית עושר ולא במשפט.

חלק שישי – הסעדים בתביעה הייצוגית

57. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, עילות התביעה מזכות את חברות הקבוצה בסעדים הבאים:
- 57.1. פיצוי חברות הקבוצה בגין הנזק שנגרם להן, לרבות בגין עגמת נפש ותחושות שליליות אחרות ובגין פגיעה באוטונומיה;
- 57.2. השבת כל רווח, תועלת וטובת הנאה, שהמשיבה הפיקה ממסירת המידע לצדדים שלישיים;
- 57.3. הטלת איסור על המשיבה להעביר כל מידע פרטי של חברות הקבוצה לצדדים שלישיים; אלא לפי הסכמה מיוחדת שתינתן על ידי חברות הקבוצה באופן אקטיבי; וכן
- 57.4. מינוי ממונה, שיפקח על ביצוע פסק הדין.
58. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, עלי להראות כי לכאורה נגרם נזק לחבר הקבוצה או כי קיימת אפשרות סבירה שנגרם נזק לקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, המשיבה הפרה את החוזה מול המשתמשות, ופגעה בפרטיותן. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, כל חדירה לפרטיות טומנת בחובה נזק. הדברים נכונים ביתר שאת כשהחדירה נעשית בניגוד להתחייבות המשיבה לא לעשות זאת.
59. הנזק שנגרם כולל עוגמת נפש ותחושות שליליות, שנובעות מהידיעה כי המשיבה העבירה מידע אינטימי ביותר עלי לצדדים שלישיים, חרף התחייבותה לא לעשות זאת. כן נגרמה לי ולחברות הקבוצה פגיעה באוטונומיה. בחרנו בחרו לעשות שימוש ביישומון, בלי לדעת כי המשיבה מעבירה לאחרים מידע אישי שלהן.
60. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, ניתן ללמוד עוד על הנזק שנגרם למשתמשות מהאישום שהוגש נגד המשיבה על ידי נציבות הסחר הפדראלית. בסעיף 6 לכתב האישום (נספח 8) מצויין כך -

“Upon learning that Respondent had turned some data related to their menstruations, pregnancies, and childbirths over to these third parties, hundreds of users wrote to Respondent, stating that they were ‘outraged’, ‘incredibly upset’, ‘disturbed’, ‘appalled’, and ‘very angry’. Indeed, they felt ‘victimized’ and ‘violated’ by Respondent’s actions”.

61. אלו התחושות שעלו גם אצלי, כשגיליתי על הנעשה במידע הרגיש ביותר שלה. חשתי השפלה, כעס, תסכול, מועקה ואפילו זעם.

62. קשה לי להעריך את הנזק הכולל שנגרם לחברות הקבוצה. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, בשלב זה מספיק להראות כי לכאורה נגרם נזק לקבוצה. עמדתי בדרישה זו, והרבה למעלה מכך. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, בשלב הדיון בתובענה הייצוגית יהיה ניתן להוכיח את הנזק לקבוצה בדרכים שונות. מכל מקום, אני מעריכה כי חברות הקבוצה ספגו נזק בהיקף של מילוני שקלים, והרבה למעלה מכך.

חלק שביעי - התביעה צריכה להתברר לפי הדין הישראלי ובישראל

63. הסכם השימוש נכרת בין המשיבה ומשתמשות בישראל. החוזה נקשר בתוך תחומי מדינת ישראל. אף איסוף המידע מהמשתמשות נעשה בתוך תחומי מדינת ישראל.

64. עם ההרשמה לשירות, המשתמשת מאשרת את תנאי השימוש. בסעיף 22 למסמך תנאי השימוש מופיעה תניה, המתיימרת להחיל את דיני מדינת קליפורניה, ולהפנות כל סכסוך לבתי המשפט שם. זוהי ההוראה -

“Any dispute arising from this Agreement shall be governed by the laws of the State of California without regard to its conflict of law provisions. **SOLE AND EXCLUSIVE JURISDICTION FOR ANY ACTION OR PROCEEDING ARISING OUT OF OR RELATED TO THIS AGREEMENT SHALL BE IN AN APPROPRIATE STATE OR FEDERAL COURT LOCATED IN SAN FRANCISCO COUNTY, STATE OF CALIFORNIA AND THE PARTIES UNCONDITIONALLY WAIVE THEIR RESPECTIVE RIGHTS TO A JURY TRIAL.**”

העתק מסמך תנאי השימוש בתקופה הרלוונטית לתביעה מצורף לתצהיר זה כנספח 13.

65. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, באשר לתניית מקום השיפוט, סעיף 4(9) לחוק החוזים האחדים, תשמ"ג-1982 (להלן: חוק החוזים האחדים), קובע כי חזקה על תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר הסכסוך, כי הוא מקפח את הלקוח.

66. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, על מנת לסתור את החזקה בדבר הקיפוח, נדרש להראות כי מכלול תנאי החוזה ונסיבות אחרות מוליכים למסקנה כי התניה אינה מקפחת בנסיבות העניין. כמו כן, יש להראות כי אין בתניית השיפוט כדי להרתיע את הלקוח מעמידה על זכויותיו המשפטיות.

67. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, בענייננו החזקה חלה. המשיבה התנתה על מקום השיפוט בחוזה אחיד. יתרה מכך, כל הנסיבות מחייבות את המסקנה כי התניה אכן מקפחת.

68. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, תניית השיפוט מרתיעה את המשתמשות מעמידה על זכויותיהן. הן ודאי נרתעות מניהול הליך בארצות הברית, בשפה האנגלית. גם עלות הברור של זכויות המשתמשות בהליך בארצות הברית גבוהה מאוד.

69. המשיבה, שפועלת בארצות רבות מכתובה באופן חד-צדדי תנאים של חוזה אחיד, לרבות קביעת מקום שיפוט רחוק. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, מתחייבת אותה המסקנה – תניית השיפוט מקפחת, ויש לבטלה.

70. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, זהו גם דינה של תניית הדין. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, אם יוכח כי החלת הדין הזר שוללת או מגבילה את זכות הלקוח להשמיע טענות מסויימות, יוחל הדין הישראלי.

71. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, תניית דין זר אינה יכולה להתגבר על דרישות קוגנטיות.

72. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, עמדת היועץ המשפטי לממשלה מסייעת לי.

חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה בת"צ (מחוזי מרכז) 45354-02-18 **הירשפלד נ' TravelJigsaw Limited** מצורפת לתצהיר זה כנספח 14.

73. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, המשתמשות אינן יכולות לערוך השוואה בין ההגנות שניתנות להן על פי הדין הישראלי והדין הקליפורני בעת ההתקשרות. גם מטעם זה יש לפסול את תניית הדין.

74. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, די בכך כדי לקבוע כי חל הדין הישראלי. עם זאת, לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, למעלה מן הצורך, החלת דיני מדינת קליפורניה תקפח את המשתמשות, ביחס לזכויותיהן לפי הדין הישראלי. לצורך ביסוס עמדה זו, פניתי למומחה לדיני ארצות הברית, עו"ד אדי מאירי, וביקשתי שיחוה דעתו ביחס לעילות התביעה והסעדים המגיעים לחברות הקבוצה על פי דיני מדינת קליפורניה. עו"ד מאירי מוסמך לעריכת-דין במדינת ניו יורק מאז שנת 2000, ועוסק ביעוץ וליווי משפטי בסוגיות משפטיות הנוגעות לדין האמריקני. עו"ד מאירי הכין חוות דעת רבות בתחומים של דיני הגנת הפרטיות, צרכנות, דיני חוזים ותחומים נוספים. חוות דעת רבות ניתנו על ידיו בתביעות ייצוגיות.

75. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, מחוות הדעת של עו"ד מאירי עולה כי קיימים הבדלים בין דיני מדינת ישראל לבין דיני מדינת קליפורניה, באופן שהחלת דיני מדינת קליפורניה תקפח את המשתמשות. אלה הם עיקרי ההבדלים –

א. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, במדינת קליפורניה לא קיימות הוראות חוק דומות לאלה שנקבעו בחוק הישראלי בקשר להגנת הפרטיות, אלא מדובר בעיקר בזכות שהוכרה בפסיקה וכפופה לשיקולים שונים (סעיפים 46-56 לחוות הדעת). יתרה מכך, על פי דיני מדינת קליפורניה ניתן להסיג את הזכות מפני אינטרס מתחרה (סעיף 55 לחוות הדעת).

ב. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, לפי הדין הישראלי לשם פגיעה בפרטיות נדרשת הסכמה מדעת על פי חוות הדעת, אין בחוק של מדינת קליפורניה דרישה מפורשת של הסכמה מדעת. לדעת המומחה, "התשובה לשאלה זו אינה בינארית, אך ככלל נראה, שההסכמה הנדרשת אינה ספציפית, כלומר לא חלה דרישה מפורשת של הסכמה מדעת" (סעיף 93 לחוות הדעת).

ג. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, מסקנה זו עולה ביתר שאת מהסכם הפשרה אליו הגיעה המשיבה עם נציבות הסחר (נספח 10 לתצהיר זה). הסדר הפשרה מחייב את המשיבה לקבל הסכמה פוזיטיבית לגבי העברת מידע אישי רגיש כגון מידע רפואי וכן מידע על גזע, דת, דעות פוליטיות וחברות בארגון עובדים לצדדים שלישיים. אפילו במצב זה, לא נאמר במפורש כי נדרשת הסכמה מדעת. יתרה מכך, בקשר למידע אישי אחר, המשיבה חויבה רק לתת למשתמשות אפשרות להפסיק את העברת המידע לצד שלישי, מנגנון מסוג opt-out. ראו סעיף II.1 (1) ו-II.2 (2) Exhibit B להסכם הפשרה. דיני הפרטיות הישראליים דורשים הסכמה רחבה יותר מזו הקבועה בהסדר - הסכמה מדעת, כלומר הסכמה שניתנת מתוך מודעות מלאה ורצון חופשי. מעבר לכך, הדין הישראלי אינו מסווג את המידע האישי שבקשר אליו נדרשת הסכמה מדעת, על פי תחומים. הסדר כזה איננו חוקי, לפי הדין הישראלי.

ד. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, לפי דיני מדינת ישראל, עגמת נפש בהחלט מוכרת כנזק. לעומת זאת, בארצות הברית, אין הכרה ישירה של המחוקק בכך שבכל מקרה ניתן לתבוע בגין נזק לא ממוני. על פי חוות הדעת, ככלל דיני מדינת קליפורניה אינם מכירים בנזק של עגמת נפש בגין הפרת חוזה, וגם אם עגמת נפש משמעותית היא תוצאה צפויה באופן ספציפי של ההפרה, ניתן לקבל פיצוי נומינלי בלבד, משמע פיצוי סמלי על הפרת הזכות (סעיף 26 לחוות הדעת). אמנם לפי חוות הדעת, נראה כי קיים סיכוי טוב שהמשתמשות יצליחו להשיג פיצוי בגין עגמת נפש (סעיפים 28-30). עם זאת, אין מדובר בזכות המעוגנת מפורשות בחוק, אלא ניתן להעלות בקשר לכך טענות שונות, וחלות בעניין התפתחויות בפסיקת בתי המשפט, לכאן ולשם. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, ודאי שדין המכיר במפורש בפיצוי בגין עגמת נפש ופגיעה באוטונומיה – כלומר הדין הישראלי – עדיף.

ה. בתנאי השימוש של המשיבה, נשללת האפשרות של המשתמשות להגיש תביעה ייצוגית. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, במדינת ישראל, תנייה כזו ודאי תיפסל בהיותה מקפחת. הדברים שונים במדינת קליפורניה. אין במדינת קליפורניה חוק שפוסל תניות מקפחות בחוזים אחידים. פסילת תניות אפשרית, אך הדבר נעשה על בסיס דיון מורכב שנוגע לשיקולי מוסר. באופן ספציפי, ביחס לויתור על תביעות ייצוגיות, תניות כאלה נדונו רק בהקשר של תניות בוררות. במקרים שונים, בתי המשפט הכירו בתוקף של תניות כאלה (סעיפים 95-116 לחוות הדעת).

ו. המשיבה מוסיפה תנייה נוספת לפיה הזכות להגיש תביעות תוגבל לשנה בלבד. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, במדינת ישראל, אין תוקף לתניה כזו, שמשורבבת לתוך חוזה אחיד, המקצרת את תקופת ההתיישנות. בקליפורניה אין הוראת חוק כזו. תניות כאלה נבחנות בהתאם לשיקולי מוסר, ולעיתים מוכרות (סעיפים 119-121 לחוות הדעת).

76. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, מכל אלה עולה כי בירור התביעה הייצוגית על פי דיני מדינת קליפורניה שולל מהמשתמשות הישראליות טענות חשובות. על כן, יש לקיים את הדיון לפי דיני מדינת ישראל.

77. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, אם, בניגוד מוחלט לעמדתי, ייקבע כי בקשת האישור תידון על פי דיני מדינת קליפורניה, הרי שעומדות לזכות המשתמשות עילות תביעה גם לפי דין זה, ולכן גם במקרה כזה יש לאשר את התביעה כייצוגית. עו"ד מאירי בחן את התשתית העובדתית והציג את העילות שקמות לחברות הקבוצה על פי דיני מדינת קליפורניה -

(א) הפרת חוזה – ראו פרק VI לחוות הדעת ;

(ב) עשיית עושר ולא במשפט - ראו פרק VII לחוות הדעת ;

(ג) מצג שווא רשלני - ראו פרק VIII לחוות הדעת ;

(ד) פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות - ראו פרק IX-א' לחוות הדעת ;

(ה) פגיעה בזכות לפרטיות מן המשפט המקובל - ראו פרק IX-ב' לחוות הדעת ;

(ו) השגת מידע ממוחשב ושימוש בו שלא כדין – ראו פרק IX-ג' לחוות הדעת ; וכן

(ז) התנהלות לא הוגנת כלפי צרכנים - ראו פרק X לחוות הדעת.

חלק שמיני - מתקיימים כל התנאים לאישור התובענה כייצוגית

78. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, התובענה ממלאת בבירור אחר כל התנאים הדרושים לצורך אישורה כתובענה ייצוגית.
79. הקבוצה המיוצגת תכלול כל אישה (לרבות קטינה), אשר היישומון של המשיבה הותקן על ידיה או שנעשה בו שימוש על ידיה, בתקופה שמיום 30 ביוני 2016 ועד יום 23 בפברואר 2019.
80. אני משתמשת רשומה ביישומון. הזנתי מידע רפואי אינטימי אליו. המשיבה הפרה את התחייבותה כלפי לא למסור את המידע לצדדים שלישיים. אני נפגעת מאוד כאשר גילתי כי המידע הרגיש ביותר שלי נמסר לאחרים. עלו בי תחושות של השפלה, כעס, תסכול, מועקה, ואפילו זעם. גם נגרמה לי פגיעה באוטונומיה. המשיבה גרמה לכך שבחרתי לעשות שימוש ביישומון, בלי לדעת את המשמעות וההשלכות של הדבר.
81. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, היסודות של עילות התביעה משותפים לי ולכלל חברות הקבוצה. המשיבה נהגה עם כל חברות הקבוצה באותו אופן. היא העבירה מידע רפואי רגיש לצדדים שלישיים, בניגוד להתחייבותה לא לעשות זאת, והתירה לצדדים השלישיים לעשות בו כרצונם.
82. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, לשם בירור עילת התביעה בית המשפט הנכבד יידרש לדון ולהכריע בשאלות המשותפות הבאות – האם המשיבה התחייבה לא להעביר מידע לצדדים שלישיים; האם המשיבה הפרה את ההתחייבות; האם המשיבה הטעתה את המשתמשות והפרה חובות גילוי; האם המשיבה ביצעה עוולה של הפרעה למחשב; האם המשיבה התעשרה שלא כדין; האם המשיבה חייבת לפצות את המשתמשות; ועוד. שאלות אלו משותפות למבקשת וליתר חברות הקבוצה.
83. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, נוכח הנימוקים שהוצגו, ברור כי קיימת אפשרות סבירה, ואף למעלה מכך, שהשאלות המשותפות יוכרעו לטובת הקבוצה.
84. לפי יעוץ משפטי שקיבלתי, תביעה ייצוגית ודאי תעמיד דרך יעילה וההוגנת להכרעה בעניין.
85. עניינן של חברות הקבוצה מיוצג ומנוהל בדרך הולמת ובתום לב. אני פועלת על מנת לתקן את הליקויים בהתנהלות המשיבה, ולהשיג סעד הולם עבור חברות הקבוצה. האינטרסים שלי זהים לאלה של כלל חברות הקבוצה.

זה שמי זו חתימתי ותוכן תצהירי אמת.


אלכסנדרה גלבר

אישור

הריני מאשר, כי ביום 4 בחודש ינואר שנת 2022, בשעה 12, הופיע לפניי עו"ד חמד סואעד מ.ר. 91140, מהכתובת ויצמן 32 תל אביב - יפו, גבי אלכסנדרה גלבר הנושאת ת"ז מס' 304993066 שזוהתה על-ידי לאחר שקיבלתי בדוא"ל אימות של זהות הלקוחה מאת מערכת ההזדהות הממשלתית של ממשל זמין.

ההופעה לפניי בוצעה באמצעות היוועדות חזותית אשר מתועדת אצלי, כאשר המצהירה מופיעה לפניי על גבי הצג, עת הצהרתה מושא האימות לפנייה והיא מצהירה בפניי כי היא מצויה במדינת-ישראל בזמן החתימה והאימות והיא מסכימה לתיעוד החזותי ועשיית השימוש בו.

לאחר שהזהרתי את המצהירה, כי עליה להצהיר את האמת, וכי היא צפויה לעונשים הקבועים בחוק אם לא תעשה כן, אישרה הנ"ל את נכונות הצהרתה אשר הוצגה לי במלואה במסגרת ההיוועדות החזותית וחתמה עליה מולי.


חמד סואעד
עו"ד
רשם המבחן
חמד סואעד
91140
9/1/22



מאירי | וימיסברג | כהן-שור | אלקיים
משרד עורכי-דין ונוטריונים

Yigal Cohen-Schur, Adv.
Yair-Zeev Vimisberg, Adv. & Notary
Guy Elkayam, Esq.* ** LL.M
Eddy Meiri, Esq.* & Notary
www.mvc.co.il
eddy@mvc.co.il

יגאל כהן-שור, עו"ד
יאיר-זאב וימיסברג, עו"ד ונוטריון
גיא אלקיים, עו"ד * ** LL.M
אדי מאירי, עו"ד * ונוטריון
המסגר 42, בית דקר – קומה 2, תל אביב 6721123
טלפון: 03-5250585; דפנע (פקס): 153-3-5250585

Israeli Legal Excellence

* Admitted to practice in Israel & NY
** Admitted to practice in England & Wales

* מוסמך בישראל ובניו יורק
** מוסמך באנגליה ו-וויילס

חוות דעת מומחה בענין הדין במדינת קליפורניה

שם המומחה: **אדי מאירי, עו"ד, מ"ר 24070.**

אני הח"מ, עו"ד אדי מאירי, התבקשתי ע"י עו"ד גיל רון לחוות את דעתי בעניין עילות התביעה והסעדים העומדים לרשות תובעת ייצוגית בהתאם לדיני מדינת קליפורניה, ארה"ב, בתביעה נגד חברת FLO Health Inc. (להלן: FLO) בשל מסירה של פרטים אישיים של משתמשות ביישומון שלה ומתן אפשרות לגורמים שלישיים לקבל פרטים אישיים אלה.

אני נותן את חוות דעתי זו במקום עדות בבית המשפט, ואני מצהיר בזאת, כי ידועות לי היטב הוראות החוק הפלילי בדבר עדות שקר בשבועה בבית המשפט. דין חוות דעתי זו, כשהיא חתומה על ידי, כדין עדות בשבועה בבית המשפט. אני מצהיר כי הוראות סעיף 25 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 ידועות לי.

1. פרטי השכלתי: בשנת 1998 קיבלתי תואר LLB מאוניברסיטת חיפה.

2. פרטי ניסיוני המקצועי:

א. מוסמך לעריכת דין וחבר לשכת עורכי הדין בישראל מאז מאי 1998.

ב. מוסמך לעריכת דין במדינת ניו יורק בארצות הברית מאז יוני 2000.

ג. חבר New York State Bar Association (NYSBA) מאז שנת 2000.

ד. עוסק ביעוץ וליווי משפטי בסוגיות משפטיות הנוגעות לדין האמריקני. נתתי חוות דעת רבות בתחומים של דיני ירושה, אישור ביצוע עסקאות ושאר פעולות של חברות אמריקניות בישראל, דיני חוזים, דיני ניירות ערך, דיני הגנת הפרטיות וצרכנות ונושאים אחרים על פי הדין האמריקני בכלל והדין הקליפורני בפרט, בעניינים הנוגעים לתביעות פרטיות וייצוגיות.

חוות דעת בתחום של חברות דואליות ודיני חוזים:

i. ת"צ 28811-02-16 דמתי ואח' נ' מנקיינד קורפוריישן ואח'.

ii. ת"צ 23821-02-17 חיות ואח' נ' כיטוב פארמה החזקות בע"מ.

iii. ת"צ 17017-11-16 גת ואח' נ' טבע ואח'.

iv. ת"צ 24617-09-18 עידן שרון נ' אופקו.

v. ת"צ 18099-05-17 סבו נ' פנט ואח'.

vi. ת"צ 68081-03-17 קינן נ' פריגו.



מאירי | וימיסברג | כהן-שור | אלקיים
משרד עורכי-דין ונוטריונים

- .vii 50981-04-17 קרן השתלמות עובדי חברת החשמל נ' מיילן.
- .viii תצ 73529-12-18 באטון נ' פריגו ואח'.
- .ix תני"ג 57303-09-16 צמח ואח' נ' טבע (תביעה נגזרת).
- חוות דעת בתחום דיני פרטיות והגנת הצרכן בקליפורניה :
- .x ת"צ 8108-04-18 אור ואח' נ' Facebook Inc. ואח'.
- .xi ת"צ 52486-03-18 יגודה ואח' נ' Facebook Inc. ואח'.
- .xii ת"צ 10822-02-15 לנואל ואח' נ' LinkedIn Corporation ואח'.
- .xiii ת"צ 52768-07-15 אשל נ' Google Inc.
- .xiv ת"צ 11329-06-18 עמירם פונטה נ' Facebook Inc. ואח'.
- .xv ת"צ 46065-09-14 חמו נ' Facebook Inc. ואח'.¹
- .xvi תצ (מרכז) 55151-10-19 שפגאט בע"מ נגד Facebook Inc. ו-Facebook Ireland Limited.
- .xvii ת"צ 63672-02-17 ברק נ' Facebook Inc. ואח'.
- .xviii ישנן עוד מספר טיוטאות של חוות דעת, אשר לא הבשילו או שטרם הסתיימה הכנתן.
- חוות דעת אחרות בנוגע לדין של מדינת קליפורניה :
- .xix ה"פ 13336-01-16 נגרי נ' צ'רלס ואח'.
- .xx ו"ע 44362-11-16 דרדשתי ז"ל ואח' נ' מנהל מיסוי מקרקעין נתניה.
- .xxi תיק 12827-04-16 פרידון דרדשתי ואח' נ' מהרדד דרדשתי ואח'.
- .xxii תמ"ש 37000/09 ל' נ' ל'.
- ה. פרסומים שלי מפורסמים באתר המרשתת שלי ובאתר נבו וכוללים מאמרים ומידעון שוטף על הדין והפסיקה האמריקנית (Case Law – המידעון הישראלי למשפט אמריקני).
- ו. בחודש ינואר 2019 התפרסם מאמר שלי ב-NYSBA International Practicum (זהו כתב העת המקצועי של קבוצת הדין הבינלאומי ב-New York State Bar Association, לשכת עורכי הדין הגדולה במדינת ניו יורק) בענין אכיפת פסקי חוץ.
3. לצורך הכנת חוות דעתי זו עמדו בפניי המסמכים הבאים :
- א. הבקשה לאישור תובענה ייצוגית.
- ב. חקיקה, פסיקה ומקורות רלוונטיים כמפורט בחוות דעת זו.

¹ חוות הדעת לא ניתנה במהלך הסיבוב הראשון והמפורסם של התיק, אלא לאחר פס"ד בן חמו ובעקבותיו.



מאירי | וימיסברג | כהן-שור | אלקיים
משרד עורכי-דין ונוטריונים

תוכן עניינים

5.....	I. העובדות הנטענות והסתייגות כללית
7.....	II. מהו הדין של מדינת קליפורניה?
7.....	III. דרישת סף – זכות העמידה
8.....	IV. האם עילות הדורשות תושבות עומדות למי שאינו תושב קליפורניה?
8.....	V. העילות המשפטיות העולות מתיאור העובדות
9.....	VI. הפרת חוזה
9.....	א. האם פגיעה במידע אישי כשלעצמה יכולה לקיים את יסוד "הנזק"?
10.....	ב. פיצוי בגין עגמת נפש בהפרת חוזה
10.....	VII. עשיית עושר ולא במשפט
11.....	VIII. מצג שווא רשלני – NEGLIGENT MISREPRESENTATION
11.....	א. מרמה
12.....	ב. רשלנות
13.....	i. יסוד הנזק
13.....	ג. מצג שווא רשלני
13.....	IX. הפרת הזכות לפרטיות – עילות חוקיות, עילות חוקיות ועילות מן המשפט המקובל
13.....	א. העילה החוקתית
15.....	ב. עילות פרטיות המשפט המקובל
16.....	1. ב. רף מינימלי לפגיעה
16.....	2. ב. מה ראשי הנזק לפיצוי?
17.....	ג. עילות פרטיות מן החוק
17	1. California Online Privacy Protection Act (COPPA) – Cal Bus&Prof. Code § 22575 et seq.
	2. ג.
17	California Consumer Privacy Act (CCPA) - Cal. Civil Code §§ 1798.100-1798.198
18	3. Comprehensive Computer Data Access and Fraud Act (CDAFA) - Cal. Penal Code § 502
19.....	X. עילות צרכניות
	א. CALIFORNIA
19	CONSUMERS LEGAL REMEDIES ACT (CLRA) – CAL. CIV. CODE §1770
	ב. UNFAIR
20	COMPETITION LAW (UCL) – CALIFORNIA BUS&PROF. CODE § 17200 ET. SEQ.
21.....	XI. סיכום העילות
21.....	XII. שאלות ספציפיות
21.....	א. מה סטנדרט ההסכמה הנדרש לצורך ויתור על פרטיות? האם נדרשת הסכמה מדעת ומה הגדרתה?
22.....	ב. האם תניה השוללת זכות לתובענה ייצוגית תיאכף על פי הדין בקליפורניה?
22.....	i. היבט החוזה האחיד
23.....	ii. פסילת תניות בחוזה – כללי
23.....	iii. מהו חוסר מוסר? כיצד הוא נמדד?



מאירי | וימיסברג | כהן-שור | אלקיים
משרד עורכי-דין ונוטריונים

24.....	פסיקות לרעת הצרכן	iv.
24.....	מקבילית הכוחות: היחס בין חוסר מוסר פרוצדורלי לחוסר מוסר מהותי	v.
25.....	הנטל על הטוען להגנה	vi.
25.....	פסיקה רלוונטית וספציפית	vii.
	סיכומו של ענין זה הוא, שהדין הקליפורני מכיר בתניות השוללות אפשרות להגיש תובענה ייצוגית ואוכף	118.
26.....	אותן תחת המגבלות והסייגים שהזכרתי לעיל.	
	ג. האם תניה המקצרת תקופת התיישנות שבחוק תיאכף בקליפורניה, והאם לצורך קיצור תקופת התיישנות	
26.....	נדרש מסמך נפרד?	
27.....	סיכום	XIII.



I. העובדות הנטענות והסתיוגות כללית

4. עיינתי בעובדות הנטענות בבקשה לאישור (להלן: **בקשת האישור**), ולהלן תמציתן.

א. FLO מפעילה יישומון המסייע לנשים במעקב אחר המחזור החודשי, מצב הפוריות והרבייה שלהן ועניינים אחרים השייכים לתחום בריאות האישה והנערה. הגרסה הבסיסית של היישומון חינמית, והמשתמשות אינן נדרשות לשלם עבור השירות. גרסה מתקדמת ניתנת בתשלום.

ב. במסגרת ההרשמה ליישומון מתבקשת כל משתמשת למסור מידע אישי, כגון שם, כתובת דוא"ל, תאריך לידה, כתובת מגורים וכיו"ב. בנוסף מתבקשת המשתמשת להשיב על שאלות רבות הנוגעות לאורח החיים בכלל (עישון, מצב המשקל והרצון לשנותו, ביצוע פעילות גופנית, שעות שינה וכד'), למצבן הבריאותי הכללי (מצב הרוח, תכיפותן של תחושות לחץ, כאבי ראש, מצב התחושה בחזה, אקנה, עייפות וכד') ולתחום המיני ומערכת הרבייה (דחף מיני, ירידה בדחף המיני, מועדי המחזור החודשי, תחושות כאב בעת המחזור החודשי, תכיפות יחסי המין, קיום יחסי מין מוגנים או לא מוגנים, תחושות כאב בעת קיום יחסי מין, קיום יחסי מין בתקופת המחזור החודשי, אוננות ותכיפותה, קיומה של פטרת וגניטלית, קיומן של מחלות כרוניות, מחלות במערכת הרבייה ועוד ועוד) (להלן לגבי כל אלה או חלק מהם: **המידע האישי**).

ג. על פי המצג ביישומון מתן נתונים אלה ל-FLO מסייע ליישומון לחזות מועדי ביוץ, לסייע בכניסה להריון, ולספק הצעות לבריאות כוללת ולאורח חיים בריא, שיסייעו למשתמשות לשלוט בחייהן.

ד. FLO מבטיחה למשתמשות, שכל המידע האמור ייוותר סודי. היא אמנם מצהירה, כי מידע אישי עשוי להימסר על ידיה לצדדים שלישיים שנותנים שירותים טכנולוגיים עבור היישומון, אך מתחייבת במפורש כך:

i. היא לא תמסור מידע הנוגע למחזור הווסת, היריון, סימפטומים, הערות ומידע שמוזן על ידי המשתמשת, אשר היא לא בחרה לשתף;

ii. תינתן גישה לצדדים השלישיים, רק ככל שהדבר נחוץ באופן סביר על מנת שיבצעו את עבודתם או ישמרו על החוק;

iii. הצדדים השלישיים לעולם לא יעשו שימוש במידע, זולת על מנת לספק שירותים בקשר עם היישומון.

ה. FLO הטמיעה ביישומון שלה ערכות פיתוח תוכנה (Software Development Kit) (להלן: **SDK**). SDK מהווה ערכת תכנות מוכנה, כלומר קוד תוכנה מוכן עם ממשק שמאפשר למפתחי יישומונים הוספת פונקציות של **צדדים שלישיים** (להלן: **הצד השלישי** או **הצדדים השלישיים**) ליישומונים בקלות, ללא צורך בכתיבת קוד תוכנה חדש. צדדים שלישיים כאלה יכולים להיות חברות גוגל, פייסבוק או אחרות. כך למשל, שימוש ב-SDK יכול לאפשר הוספת לוח שנה ליישומון בקלות, ללא הצורך בהכנת קוד במיוחד לתפעול פונקציה זו.

ו. FLO הפיקה רווח כלכלי מהטמעת ה-SDKs וממסירת המידע לצדדים שלישיים.

ז. ה-SDK (או ליתר דיוק היישום המוטמע באמצעותו) מוטמע עמוק "מאחורי הקלעים", למשתמשים ביישומון אין דרך לדעת על קיומו, וגם אם ידעו, אין להם אפשרות להפסיק את השימוש בקוד המוטמע.

ח. היישומון של FLO פועל מאז שנת 2016. החל מחודש פברואר 2019 החלו להופיע פרסומים על כך ש-FLO מוסרת מידע אינטימי ורגיש על המשתמשות. בחודש ינואר



2021 הוגש על ידי נציבות הסחר הפדרלית (להלן: FTC) של ארצות הברית אישום (Complaint). לפי האישום, לצורך פיתוח היישומון FLO עשתה שימוש ב-SDKs, אשר לפי תנאי השימוש שלהם, מפתח היישומון נדרש לאפשר לצדדים השלישיים למשוך ממערכת היישומון שלו מידע המוזן אליה. משמעות הדבר היא כי לצורך פיתוח היישומון והפעלתו המשיבה התחייבה לאפשר לצדדים שלישיים למשוך את המידע, שהמשתמשות מזינות. הדבר מנוגד להתחייבויות מפורשות שניתנו למשתמשות.

ט. ביום 22 ביוני 2021 FTC ו-FLO הגיעו להסדר פשרה. על פי ההסדר, המשיבה חויבה ליידע את המשתמשות על המידע המועבר. כמו כן, המשיבה חויבה לקבל הסכמה פוזיטיבית להעברת מידע אישי רגיש, כגון מידע רפואי וכן מידע על גזע, דת, דעות פוליטיות וחברות בארגון עובדים. בקשר למידע אישי אחר, המשיבה חויבה לתת למשתמשות את האפשרות לבחור כי המידע לא יועבר לצד שלישי. המשיבה גם חויבה להודיע למשתמשות כי היא העבירה מידע על המחזור החודשי והריון ומספר מזהה בנוגע למשתמשות. עוד נאסר על המשיבה להציג באופן מטעה את המטרות בשלן נאסף המידע ומועבר לצדדים שלישיים. נוסף על כך, המשיבה חויבה לפנות לצדדים השלישיים שקיבלו את המידע, ולהנחותם להשמידו.

י. באתר FLO מופיעה הודעה על הפשרה. FLO מודה במלים ברורות ומפורשות, כי בין יום 30 ביוני 2016 ל-23 בפברואר 2019 היא מסרה לצדדים שלישיים מספר מזהה ומידע על מחזור הווסת וההיריון של המשתמשות. הודעה דומה נשלחה אל המשתמשות. זהו החלק הרלוונטי של ההודעה -

"Between June 30, 2016 and February 23, 2019, the company that makes the Flo Period & Ovulation Tracker app sent an identifying number related to you and information about your period and pregnancy to companies that help us measure and analyze trends, usage, and activities on the app, including the analytics divisions of Facebook, Flurry, Fabric, and Google."

יא. FLO לא קיבלה מעולם את הסכמת המשתמשות לחלוק את התוכן והמידע האישי שלהן עם צדדים שלישיים.

יב. למשתמשות נגרם נזק של עוגמת נפש בלתי רגילה בשל חשיפתם של פרטים אינטימיים ביותר על חייהן, אולי האינטימיים ביותר בנמצא.

יג. בהסכם השימוש קיימות תניות של סמכות שיפוט וברירת דין המפנות למדינת קליפורניה, תנייה השוללת ניהול תביעה ייצוגית, וכן תנייה המקצרת את תקופת ההתיישנות לשנה אחת.

5. הסתייגות כללית: חוות דעתי מסתמכת על הטענות בבקשת האישור. אני מציג עמדה לגבי העובדות שבבסיס הבקשה או לגבי עובדות אחרות כלשהן, משום שאלו לא נבחנו על ידי ולא התבקשתי לבחון אותן. אני עורך חוות דעת זו בהנחה שהעובדות המפורטות בבקשה נכונות. ככל שיש או שתתגלינה עובדות חדשות, אבקש הזדמנות לעדכן חוות דעתי בהתאם.



II. מהו הדין של מדינת קליפורניה?

6. בפרשו את משמעות המושג "הדין הקליפורני" קבע ביהמ"ש העליון בפס"ד בן חמו² שיחול "הדין המהותי של מדינת קליפורניה". הגדרת "הדין המהותי של מדינת קליפורניה" אינה הגדרה מדויקת וכוללת מלבד החוקה והחקיקה של מדינת קליפורניה ופסיקות בתי המשפט המדינתיים של קליפורניה גם
 - א. פסיקה של בית המשפט העליון של ארצות הברית (ככל שאינה מוגבלת לפרשנות של דין מדינתי ספציפי אחר מקליפורניה).
 - ב. חקיקה פדראלית ככל שהיא חלה, ובאופן בו בתי המשפט המדינתיים של קליפורניה פירשו ואכפו אותה.
7. כאשר בתי משפט פדראליים עוסקים בדין מדינתי, הם יפרשו את הדין המדינתי באופן שבו בית המשפט המדינתי הגבוה ביותר פירש אותו, ויפנו לפסיקותיו כדי לשאוב מהן את הפרשנות. לדוגמא: ה-9th Circuit עשוי לדון בשני עניינים זהים, האחד בקליפורניה והשני בהוואי, ובשניהם תעלה שאלה של דין מדינתי. במקרה הראשון הוא יפרש את הסוגיה על פי האופן, שבתי המשפט המדינתיים של קליפורניה פירשו אותה, ובמקרה השני על פי האופן, שבתי המשפט המדינתיים של הוואי פירשו אותה.
8. המחלוקת בין המדינות היא בשאלת כפיפותם של בתי משפט מדינתיים לפסיקה פדראלית של הערכאות ה"נמוכות" (הכוונה לערכאות פדראליות שמתחת לבית המשפט העליון של ארה"ב – District Court ו-Circuit Courts). המדינות השונות מתחלקות לארבע מדרגי "כפיפות": (1) החלטות הערכאות הפדראליות הנמוכות מנחות אך לא מחייבות; (2) יש לאמץ על מנת למנוע סתירה בהחלטות; (3) הן מהוות תקדים מחייב; (4) הן מחייבות כשיש מספר החלטות בנושא והן עקביות.³
9. קליפורניה אימצה שילוב של גישות (1) ו-(4), כלומר החלטות של בתי משפט פדראליים ודאי מנחות כלפי בתי משפט מדינתיים של קליפורניה; ומקום שההחלטות רבות במספר ועקביות, על בית משפט מדינתי בקליפורניה להסס טרם ידחה את מעמדן המחייב.⁴

III. דרישת סף – זכות העמידה

10. על מנת להציג בפני בית המשפט הנכבד תמונה מלאה ככל האפשר של המצב המשפטי אני פותח בהתייחסות לסוגיית סף בדין הקליפורני – זכות העמידה. על פי החוקה האמריקנית כדי לתבוע נדרשת זכות עמידה המורכבת משלושה יסודות: (1) נזק בפועל – Injury in fact, (2) קשר סיבתי בין הנזק בפועל להתנהגות, שכנגדה מלין התובע (fairly traceable), ו-(3) פסיקה לטובת התובע תביא כנראה לתיקון הנזק.⁵
 - א. פגיעה למעשה משמעה פגיעה קונקרטית ואישית, בפועל או בחשש קרוב (imminent) ולא היפותטית. הדבר מעוגן בפסיקה מושרשת היטב של בית המשפט העליון של ארה"ב.⁶

² רע"א 5860/16 ואח' נ' בן חמו (פורסם בנבו, ניתן ביום 31.05.2018).

³ Hall v. Pennsylvania Board of Probation and Parole, Supreme Court of Pennsylvania (2004).

⁴ Etcheverry v. Tri-Ag Service, Inc. (2000), The Court of Appeal, Third Dist., No. C024045.

⁵ Vasquez v. Los Angeles County, 487 F.3d 1246, 1249 (9th Cir., 2007); Spokeo, Inc. v. Robins, 136 S. Ct. 1540, 1547 194 L.Ed.2d 635 (2016). (hereinafter: "Spokeo").

⁶ Kwikset Corporation v. The Superior Court of Orange County, 51 Cal. 4th 310, 246 P.3d 877, 120 Cal. Rptr. 3d 741 (Cal. Super., 2011). (hereinafter: "Kwikset").



ב. נזק בפועל דורש (1) פגיעה בזכות המוגנת באופן חוקי, (2) הנזק קונקרטי ופרטני, ו-(3) הנזק הוא בפועל או צפוי באופן מיידי, ולא תיאורטי או היפותטי.⁷

11. על פי תיאור הדברים בבקשה לאישור, נראה שנוקי התובעת הייצוגית – עוגמת הנפש – עומדים בדרישת ה"נזק בפועל", זאת בהתאם לפס"ד Spokeo אשר קבע, שגם פגיעה לא ממונית יכולה להיחשב פגיעה לצרכי זכות העמידה. מכאן שיש לתובעת הייצוגית זכות עמידה.

IV. האם עילות הדורשות תושבות עומדות למי שאינו תושב קליפורניה?

12. הפסיקה בקליפורניה שוללת סעדים המיוחדים לתושבי קליפורניה ממי שאינם תושבי קליפורניה. באד מפסקי הדין הובע ספק, אם מי שלא היה תושב קליפורניה במועד ההפרה יוכל ליהנות מהגנה המוענקת לתושב קליפורניה; זאת אף על פי שבמועד ההתקשרות, שמכוחה הושגו הנתונים שנמסרו, הוא כן היה תושב קליפורניה (הענין שם לא הוכרע, כיון שממילא ניתנה רשות לתקן את כתב התביעה).⁸

13. במקום אחר נקבע, שיכולה קליפורניה להחליט להגן דווקא על תושביה (באותו מקרה בעלי עסקים המצויים בה) ולא על כאלה המצויים מחוץ לתחומה, ובדגש – גם במצבים בהם הצדדים הסכימו, שהדין של קליפורניה יחול עליהם.⁹

14. בפסק דין אחר נקבע שוב, שלגיטימי למדינה (state) להגן רק על צרכניה או בעלי העסקים שלה.¹⁰

15. פסק דין נוסף מהשנים האחרונות קבע אף הוא (בהסתמך על פסיקה קודמת, שאת חלקה הזכרנו כאן), שמדינה (state) רשאית שלא להעניק הגנה למי שאינם תושביה (אך במקרה הספציפי שם, זכותם של הקטינים הושתתה על סעיף, **שאינו מוגבל** לתושבי קליפורניה בלבד).¹¹

16. יחד עם זאת, ועל מנת להביא בפני בית המשפט הנכבד תמונה מלאה ככל האפשר, יש בקליפורניה פסיקה אחרת, ועל פיה ייתכן, שמשהו שבחר העוסק להחיל את הדין הקליפורני על יחסיו עם המשתמשים/הלקוחות, הרי באופן משתמע הוא מעניק להם את כל ההגנות על פי הדין הקליפורני. הענין שם לא לובן לעומק, מפני שגוגל זנחה טענה זו.¹²

17. לאחר הקדמה הכרחית זו אפנה לניתוח העילות הרלוונטיות לענייננו.

V. העילות המשפטיות העולות מתיאור העובדות

18. על פי הדין בקליפורניה, מסכת העובדות המתוארת בבקשת האישור מקימה לתובעת הייצוגית ולקבוצה עילות תביעה **פוטנציאליות** הנובעות ממספר חיקוקים או שמקורן ב-Common Law. להלן אתייחס לעילות התביעה, ואציג אילו עילות תביעה עומדות לזכות

⁷ Spokeo, Inc. v. Robins, 136 S. Ct. 1540, 1548. 194 L.Ed.2d 635, 578 U.S. 330 (2016).

⁸ Antman v. Uber Techs., Inc. (N.D. Cal. 2015, Oct. 19th, 2015), p. 18.

⁹ Gravquick a/S v. Trimble Navigation Intern. Ltd., 323 F.3d 1219, 1223 (9th Cir., 2003)

¹⁰ Mazda v. American Honda Motor Co., 666 F.3d 581, 12 Cal. Daily Op. Serv. 522, 2012 Daily Journal D.A.R. 485 (9th Cir., 2012).

¹¹ I.B. et al. v. Facebook, Inc., 82 F.Supp.3d 1115, 1121 (N.D. Cal. 2015) (Hereinafter: **In re I.B.**)

¹² Coffee et al. v. Google Inc. (N.D. Cal - 20-cv-03901, Feb 10th, 2021), p. 16. (Hereinafter: **In re Coffee**)



המשתמשות. כמו כן התבקשתי להתייחס באופן ספציפי למספר שאלות מסויימות כמפורט בהמשך.

VI. הפרת חוזה

19. הדין הקליפורני מכיר כמובן בעילה של הפרת חוזה הן כעילה הנטועה ב-Common Law, והן כעילה הנטועה ב-Civil Code המונה את היסודות לקיומו של חוזה: צדדים המסוגלים להתקשר בחוזה, הסכמה חופשית והדדית, שכל צד מדווח עליה לצד האחר, מטרה חוקית וסיבה או תמורה מספיקה.¹³ מטרתם של דיני החוזים בקליפורניה הוגדרה כהגנה על הציפיות הסבירות של הצדדים.¹⁴

20. פרשנות החוזה נועדה לתת תוקף לכוונתם המשותפת של הצדדים בזמן ההתקשרות. לשון החוזה היא הקובעת אם היא ברורה ומפורשת ואינה אבסורדית, וקריאת החוזה נעשית כמכלול. יחד עם זאת, ניתן להתייחס לנסיבות החוזה כדי לפרשן, ומקום בו יש אי ודאות באשר לכוונת החוזה, תפורש אי בהירות זו נגד הצד שגרם לה.¹⁵

21. בהחלט הכללים הנזכרים לעיל על עובדות המקרה נראה ש-FLO הפרה את החוזה עם המשתמשות (התחייבויות שמידע אישי לא יימסר). לפיכך נראה שלקבוצה עומדת עילת תביעה של הפרת חוזה על פי הדין הקליפורני. יחד עם זאת, יש לשים לב, שעצם הפרת חוזה אינה יוצרת "נזק למעשה" (injury in fact) הנדרש לצרכי פיצוי.

א. האם פגיעה במידע אישי כשלעצמה יכולה לקיים את יסוד "הנזק"?

22. Civ. Code § 3300 קובע את אופן חישוב הפיצוי בגין הפרת חוזה, כך שהפיצוי יעמוד על הסכום, שיפצה את הצד הנפגע בשל כל הנזקים "הקרובים" (proximately caused) שספג כתוצאה מההפרה, או שהיו צפויים ממנה במהלך הרגיל של הדברים.

23. בעולות מסויימות נזק מהווה אחד מיסודותיהן, על כן בהיעדר נזק אין עוולה (no harm – no foul). במקרים של נטילת מידע אישי (או שימוש אסור בו) עלתה לא פעם טענה של נתבעים, ולפיה אין בכך שום נזק לתובע. טענה זו עלתה גם במקום בו נטען, שנטיילת המידע מהווה נזק פוטנציאלי (כגון ערך המידע). לכך השיבו נתבעים, שיש צורך בהפסד ממש, אובדן כסף בפועל.

24. בית המשפט ב-*In re Facebook, Inc. Internet Tracking Litig.* הוסיף וקבע, כי ההתקדמות בטכנולוגיה מגדילה את הפוטנציאל לחדירה בלתי סבירה לפרטיות האישית, ובכך אימץ פסיקה קודמת. מצב בו בתי משפט פדרליים נותרים חסרי אונים מלספק סעד אל מול איסור חשאי של מידע אישי הוא חסר הצדקה.¹⁶

25. הפסיקה בקליפורניה קבעה, שדי בסיכון לנזק בזכות התובעים למידע האישי שלהם.^{17,18}

א. גם פסיקה מוקדמת יותר קובעת, שלצרכי "נזק" כחלק מיסודות הפרת חוזה או עוולת התרמית די באובדן שווי המכירה של המידע.¹⁹

¹³ Cal. Civ. Code §§ 1550 et seq.

¹⁴ *Ben-Zvi v. Edmar Co.*, 47 Cal.Rptr.2d 12, 15 40 Cal.App.4th 468 (Cal. App., 1995).

¹⁵ *Paul Ryan Assocs. v. Dorvin D. Leis Co.* (Cal. App., 2013), p. 7.

¹⁶ *Davis v. Facebook, Inc. (In re Facebook, Inc. Internet Tracking Litig.)*, 956 F.3d 589, 599 (9th Cir. 2020).

¹⁷ *Davis v. Facebook, Inc. (In re Facebook, Inc. Internet Tracking Litig.)*, 956 F.3d 589, 598-599 (9th Cir. 2020).

¹⁸ קביעתו זו של בית המשפט שם היתה לצרכי "נזק" לצרכי עוללות הפרטיות, ולא לצרכי זכות עמידה (אם כי נקבע, שהם טענו באופן מספק גם לצרכי זכות העמידה). שאלת הנזק לצרכי זכות עמידה (injury in fact) נדונה בפרק הרלוונטי.



ב. הגם שפסיקה זו מתייחסת להפרת חוזה ולתרמית בלבד, קביעתה כללית יותר, והיא היתה מוגבלת לשתי עוולות אלה, מפני שאלה העוולות שעמדו על הפרק בענין Robertson.

26. בפסיקה מאוחרת משנת 2019 נקבע בעניין פייסבוק בהקשר של פרשיית קיימברידג' אנליטיקה – בהתאם לקביעה העקרונית ב-Spokeo – שעצם הפגיעה בפרטיות היא בבחינת נזק, הן לצרכי זכות העמידה²⁰ והן לצרכי עילות תביעה שונות כגון פגיעה בפרטיות והפרת חוזה. ובמקום בו אין נזק מדיד אחר, יוכל תובע לקבל nominal damages.²¹

27. להבנתי אין טענה של התובעת הייצוגית, שהיתה מוכנה למכור את המידע שנלקח ממנה, ולכן היא לא ספגה נזק בדמות אובדן שווי המכירה הפוטנציאלית. יחד עם זאת, על פי הפסיקה המאוחרת יותר בענין פייסבוק משנת 2019 (בענין קיימברידג' אנליטיקה), גם עצם החדירה לפרטיות מהווה נזק.

ב. פיצוי בגין עגמת נפש בהפרת חוזה

28. ככלל הדין הקליפורני אינו מכיר בנזק של עוגמת נפש (mental suffering and emotional distress) בגין הפרת חוזה, אך מקום בו עוגמת נפש משמעותית (serious) היא תוצאה צפויה באופן ספציפי של ההפרה, ייתכנו פיצויים בשל עוגמת נפש.²²

א. השאלה אם עוגמת הנפש היא תוצאה צפויה של ההפרה הנטענת מצד FLO היא שאלה עובדתית כמובן. אם ייקבע שכך, הרי שהפיצויים בגין עוגמת נפש עשויים להיפסק לטובת התובעת הייצוגית והקבוצה.

ב. גובה הפיצויים אף הוא נתון לשיקול דעתו של בית המשפט (בקליפורניה הוא עשוי להימסר לשיקול דעת המושבעים, אך בישראל הדבר אינו רלוונטי).²³

ג. בענין זה בית המשפט בקליפורניה פסק, שהפרה חוזרת ושיטתית של החוזה מהווה עילה טובה לפסיקת פיצויים מוגברים בראש נזק של עוגמת נפש.²⁴

29. ישנם מצבים בהם הדין הקליפורני מכיר בפיצוי עונשי או פיצוי לדוגמא בעילה חוזית, אך נמסר לי, שכיון שחוק תובענות ייצוגיות שולל פיצויים עונשיים, סוגיה זו אינה רלוונטית לענייננו.

30. לסיכום עילה זו, נראה שלמשתמשות עומדת עילה של הפרת חוזה מצד FLO, גם אם הנזק שלהן הוא בלתי ממוני.

VII. עשיית עושר ולא במשפט

31. בדין הקליפורני עשיית עושר ולא במשפט מוגדרת כקבלת טובת הנאה כלשהי על חשבונו של אחר, כשקבלתה של טובת ההנאה אצל הנתבע נעשתה "באופן לא צודק" – unjustly. הסיבה

¹⁹ Robertson v. Facebook, Inc. (In re Facebook Privacy Litig.) (9th Cir. 2014), p.2.

²⁰ In re Facebook, Inc., 402 F.Supp.3d 767, 784 (N.D. Cal. 2019).

²¹ In re Facebook, Inc., 402 F.Supp.3d 767, 802 (N.D. Cal. 2019).

²² Plotnik v. Meibaus, 208 Cal. App. 4th 1590, 1601-1602, 146 Cal.Rptr.3d 585 (Cal. App., 2012).

²³ Plotnik v. Meibaus, 208 Cal. App. 4th 1590, 1602, 146 Cal.Rptr.3d 585 (Cal. App., 2012).

²⁴ Plotnik v. Meibaus, 208 Cal. App. 4th 1590, 1602, 146 Cal.Rptr.3d 585 (Cal. App., 2012).
באותו פסק דין נפסקו נגד הנתבעים סכומים של כמה מאות דולרים בגין הנזק הממוני ובין \$25,000-30,000 (לכל אחד מהתובעים) בגין עוגמת נפש ;



לכך היא, שמקור העילה אינה בדין אלא ביושר (equity). הסעד הוא השבה של מה שקיבל הנהנה שלא בצדק.²⁵

32. בהמשך לתפיסת העולם המתוארת לעיל מעמידה קליפורניה לזכות הנפגע מהתעשרות שלא כדין שני סעדים: האחד – השבה של מה שנתן – Restitution; האחר – חילוט של הרווחים הלא ראויים של המתעשר – Disgorgement. הפסיקה הבהירה, שסעד החילוט נועד בדיוק לאותם מצבים, בהם התעשרותו של הצד הפוגע נעשתה לא דווקא בשל חסרון כיס של הצד הנפגע, אלא כאשר ההתעשרות באה מצד ג'. בכל זאת, קובעת הפסיקה בקליפורניה, המטרה היא שהצד הפוגע לא יוכל להמשיך ולהחזיק ברווחים שהשיג באופן לא הגון (profits wrongfully obtained). בתי המשפט הוסיפו, שלא סעד שכזה לא תהיה הרתעה מספיקה על מנת למנוע התנהגות של עשיית עושר ולא במשפט.²⁶

33. על פי הנטען FLO הפיקה רווח כלכלי מהטמעת ה-SDKs. אם תתקבל הטענה, שהרווח הכלכלי הזה צמח באופן לא צודק (כלומר תוך הפרת זכויות של המשתמשות), יש למשתמשות זכות לחילוט רווחיה של FLO כתוצאה מההתנהגות המעוולת.

34. סייג: על פי הפסיקה בקליפורניה, העילה של עשיית עושר ולא במשפט אינה יכולה לחול מקום בו יש חוזה בין הצדדים. לפיכך, אם ייקבע שיש חוזה בין FLO למשתמשות, ושהוא מכסה את נושא התובענה, אי אפשר לתבוע מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

VIII. מצג שווא רשלני – Negligent Misrepresentation

35. בדין הקליפורני קיימת עילה של מצג שווא רשלני. על מנת לעמוד על יסודותיה יש לעמוד תחילה על יסודותיהן של עילות הרשלנות והמרמה.

א. מרמה

36. Cal. Civ. Code §1572 מגדיר מרמה בפועל ככוללת אחד מהמצבים הבאים מצדו של צד לחוזה בכוונה להונות את הצד האחר או לגרום לו להתקשר בחוזה: (א) הצעה המוצגת כעובדה של מה שאינו נכון על ידי מי שאינו מאמין, שהדבר נכון; (ב) טענה על דרך החיוב באופן שאינו מבוסס על פי המידע שבידי הצד המציג, שמה שאינו נכון, גם אם הוא מאמין שהוא נכון; (ג) הסתרה של מה שנכון על ידי מי שמחזיק בידע או באמונה באותה עובדה (מוסתרת); (ד) הבטחה הנעשית ללא כוונה לקיימה; או (5) פעולה אחרת כלשהי במטרה להונות.

37. Cal. Civ. Code §1573 מגדיר (בחלקיו הרלוונטיים) הונאה קונסטרוקטיבית כהפרה של חובה כלשהי, אשר ללא כוונת מרמה מעניקה טובת הנאה לצד הפוגע על ידי הטעיה של אחר באופן הפועל לרעתו.

38. עוולת המרמה כוללת (1) מצג שווא (על דרך מצג שווא שקרי, הסתרה או השמטת עובדה), (2) ידיעה בדבר היות המצג מצג שווא (זה יסוד הכוונה – scienter), (3) כוונה לרמות, כלומר להביא להסתמכות של הניצג על המצג), (4) הסתמכות מוצדקת (מצד הניצג) ו-(5) נזק בעל קשר תוצאתי.²⁷

²⁵ Am. Master Lease LLC v. Idanta Partners, Ltd. (Cal. App., 2014), p.32

²⁶ Am. Master Lease LLC v. Idanta Partners, Ltd., 225 Cal.App.4th 1451, 1482-1483, 171 Cal.Rptr.3d 548 (Cal. App. 2014).

²⁷ Molko v. Holy Spirit Assn., 46 Cal.3d 1092, 1108, 252 Cal.Rptr. 122, 762 P.2d 46 (Cal., 1988).



- א. ההסתמכות המוצדקת מתרחשת, כאשר מצג השווא או ההשמטה הם הגורם המיידי לפעולת הניצג המשנה את מצבו המשפטי, ושאינולא מצג השווא סביר, שהניצג לא היה פועל כפי שפעל.^{29,28} מבחן זה חל במידה רבה גם על יסוד הקשר הסיבתי, כלומר שאלמלא התנהגותו של הניצג על יסוד המצג, לא היה סופג את הנזק.
- ב. היסוד הנפשי הנדרש בעולת המרמה (הענין חל גם על מצג שווא מכונן) הוא אי אמון (של המציג) באמיתות ההצהרה, כלומר ידיעה אודות היותה שקרית.³⁰
- ג. מקום בו צד מחזיק בידע עדיף או בידע מיוחד בנוגע לנושא הנדון, ואילו התובע מצוי בעמדה, שבה הוא רשאי להסתמך באופן סביר על אותם ידע, מידע או מומחיות, ניתן להתייחס אל מצגי הנתבע כאל עובדה מהותית.³¹
39. למעט מקרים נדירים, בהם העובדות אינן מותירות מקום לפער בדעה, שאלות ההסתמכות וסבירות ההסתמכות הן שאלות עובדתיות.³²

ב. רשלנות

40. יסודותיה של עולת הרשלנות בדין הקליפורני הם: (1) חובת זהירות שחב המעוול לניזוק, (2) הפרה של חובה זו, (3) נזק לניזוק, ו-(4) קשר סיבתי בין הפרת החובה לנזק שנגרם.³³
- א. במבט על קובעת הפסיקה בקליפורניה, שבבוא בית המשפט לפסוק בשאלת חובת הזהירות, ישקול את היחסים בין הצדדים, את אשמו המוסרי של הנתבע, את הצפיות לקיום הנזק ועוד שיקולים שונים.³⁴
- ב. בבחינת קיומה של חובת הזהירות בוחן בית המשפט אם במסגרת הנסיבות ועל פי מדיניות משפטית זכאי התובע להגנה. חריגים להטלתה של חובת הזהירות נועדו להגביל את החבות האין סופית העלולה לקום אם כל מעשה יישא בחובו את הפוטנציאל לחיוב בגין רשלנות, אך חריגים אלה יחולו רק מקום בו תקנת הציבור דורשת כן באופן מובהק. השיקולים הם צפיות הנזק, מידת הוודאות לקיומו של הנזק, הקירבה בין ההתנהגות הפוגעת לנזק, האשם הנורמלי הקשור להתנהגות הנתבע, מדיניות של מניעת נזק עתידי, היקף ההשפעה של הקביעה על הנתבע ועל הציבור וההשלכות על ביטוח הפעולות שהביאו לקביעת הרשלנות.³⁵
- ג. הצפיות לנזק היא ראש וראשון לשיקולים בקביעת רשלנות, ובהיעדר צפיות, כלומר בהיעדר חובה של המזיק לצפות את הנזק לניזוק, לא מתקיימת כלל עילת הרשלנות.³⁶
- ד. חובת הזהירות נקבעת על ידי בית המשפט, והיא מהווה קביעה שיפוטית ולא עובדתית.^{38,37}

²⁸ *Molko v. Holy Spirit Assn.*, 46 Cal.3d 1092, 1108, 252 Cal.Rptr. 122, 762 P.2d 46 (Cal., 1988).

²⁹ *Anderson v. Deloitte & Touche*, 66 Cal.Rptr.2d 512, 518, 56 Cal.App.4th 1468 (Cal. App., 1997).

³⁰ *Anderson v. Deloitte & Touche*, 66 Cal.Rptr.2d 512, 516, 56 Cal.App.4th 1468 (Cal. App., 1997).

³¹ *Anderson v. Deloitte & Touche*, 66 Cal.Rptr.2d 512, 516, 56 Cal.App.4th 1468 (Cal. App., 1997).

³² *Anderson v. Deloitte & Touche*, 66 Cal.Rptr.2d 512, 518, 56 Cal.App.4th 1468 (Cal. App., 1997).

³³ *Corales v. Bennett*, 567 F.3d 554, 572 (9th Cir., 2009).

³⁴ *T.H. v. Novartis Pharm. Corp.*, 4 Cal.5th 145, 163, 407 P.3d 18, 226 Cal.Rptr.3d 336 (Cal., 2017).

³⁵ *T.H. v. Novartis Pharm. Corp.*, 4 Cal.5th 145, 163-164, 407 P.3d 18, 226 Cal.Rptr.3d 336 (Cal., 2017).

³⁶ *Ludwig v. City of San Diego*, 76 Cal.Rptr.2d 809, 812, 65 Cal.App.4th 1105 (Cal. App., 1998).

³⁷ *T.H. v. Novartis Pharm. Corp.*, 4 Cal.5th 145, 163, 407 P.3d 18, 226 Cal.Rptr.3d 336 (Cal., 2017).

³⁸ *Rosencrans v. Dover Images, Ltd.*, 192 Cal.App.4th 1072, 1084, 122 Cal.Rptr.3d 22, 11 Cal. Daily Op. Serv. 2230, 2011 Daily Journal D.A.R. 26 (Cal. App., 2011).



ה. יסוד הקשר הסיבתי מתקיים מקום בו המעוול מהווה מרכיב משמעותי בגרימת הנזק, ולא ניתן לייחס את הנזק לגורם זר מתערב; ואף אם יש גורם זר מתערב, הרי אם התערבותו היתה צפויה, לא יפטור הדבר את המזיק מאחריותו.^{40,39}

41. בהתחשב בכל אלה, ובהנחה שטענות התובעת נכונות מבחינה עובדתית, הרי כמי שהחזיקה במידע ובתוכן של המשתמשות ואף היתה לה היכולת המעשית למוסרו לאחרים, ל-FLO היתה חובה כלפי המשתמשות להגן עליהן מפני פגיעה בידע ובתוכן שלהן. על פי הנטען הפרה FLO חובה זו, וכתוצאה מההפרה נגרם הנזק. הפגיעה והנזק היו צפויים, על כן מתקיימים כל יסודותיה של עוולת הרשלנות.

i. יסוד הנזק

42. ניתן לקבל פיצוי בגין נזק לא ממוני בלבד בעילה של רשלנות.

ג. מצג שווא רשלני

43. מצג השווא הרשלני (Negligent Misrepresentation) הוגדר בפסיקה הקליפורנית כהצהרת שווא, אשר נעשתה באופן הגון תוך אמונה באמיתותה, אך ללא יסוד סביר לאותה אמונה.⁴¹

44. בניגוד למצג שווא מכוון (Fraudulent Misrepresentation), עוולה הקיימת אף היא בדין הקליפורני, היסוד הנפשי של כוונה, ובפרט הכוונה להונות, אינם מיסודות העוולה.⁴² אמנם בית המשפט העליון של קליפורניה הגדיר את מצג השווא הרשלני כאיחוד בין רשלנות למרמה, אך כדבריו "אם רשלנות היא האם ומצג שווא האב, העוולה דומה יותר לאם".⁴³

45. בהתאם לעובדות המתוארות בבקשת האישור, ובמיוחד לאור ההליך שניהלה ה-FTC בדיוק בעניינים העומדים בלב בקשת האישור, נראה ש-FLO ידעה על המצגים השגויים או לפחות צריכה היתה לדעת עליהם. מכאן שלכל הפחות לא היה לה יסוד סביר להאמין, שהמידע והתוכן של המשתמשות מוגנים מפני גישה של גורמים שלישיים. מכאן עולה, שמתקיימים יסודותיה של עוולת מצג השווא הרשלני מצידה של FLO כלפי המשתמשות.

IX. הפרת הזכות לפרטיות – עילות חוקתיות, עילות חוקיות ועילות מן המשפט המקובל

א. העילה החוקתית

46. פרטיות היא זכות חוקתית מוגנת באופן מפורש בסעיף 1 לחוקת מדינת קליפורניה.⁴⁴

47. יסודותיה של עילת תביעה על פי הזכות החוקתית הם שלושה: (1) זכות לפרטיות המוגנת באופן חוקי, (2) ציפיה סבירה לפרטיות בנסיבות, ו-(3) פגיעה משמעותית בזכות לפרטיות.

³⁹ *Rosencrans v. Dover Images, Ltd.*, 192 Cal.App.4th 1072, 122 Cal.Rptr.3d 22, 11 Cal. Daily Op. Serv. 2230, 2011 Daily Journal D.A.R. 26 (Cal. App., 2011)

⁴⁰ המשך הציטוט מתייחס לשאלת הגורם הזר המתערב, ענין שאינו רלוונטי לעניינינו, ולכן הדברים מושמטים.

⁴¹ *Anderson v. Deloitte & Touche*, 66 Cal.Rptr.2d 512, 516 56 Cal.App.4th 1468 (Cal. App., 1997).

⁴² *Anderson v. Deloitte & Touche*, 66 Cal.Rptr.2d 512, 516 56 Cal.App.4th 1468 (Cal. App., 1997).

⁴³ *Ventura County Nat. Bank v. Macker*, 57 Cal.Rptr.2d 418, 420, 49 Cal.App.4th 1528 (Cal. App., 1996)

⁴⁴

https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=CONS&division=&title=&part=&chapter=&article=I



- במקומות אחרים הוגדרה הפגיעה כהפרה מקוממת של נורמות חברתיות, עד כדי כך שהיא פוגענית במידה רבה.^{46,45}
48. השאלה אם יש זכות לפרטיות המוכרת בחוק היא שאלה משפטית, שעליה צריך בית המשפט להחליט. השאלות אם יש ציפיה סבירה לפרטיות בנסיבות הרלוונטיות, ואם התנהגות הנתבע מהווה פגיעה חמורה בפרטיות הן שאלות משפטיות-עובדתיות מעורבות.^{48,47}
49. בענייננו הזכות לפרטיות מוגנת באופן חוקי, בין היתר על ידי סעיף 502 לחוק הפלילי (ראה ניתוח בפרק הרלוונטי).
50. הפסיקה בקליפורניה מבחינה לענין היסוד הראשון (זכות פרטיות המוגנת באופן חוקי) בין שני סוגים של פגיעה: פרטיות מידע – הזכות למנוע הפצה או שימוש לרעה במידע רגיש וסודי; והזכות לאוטונומיה – הזכות של אדם לקבל החלטות פרטיות אינטימיות או לנהל פעילויות פרטיות ללא מעקב, חדירה לפרטיות או הפרעה.⁴⁹
51. ה-9th Circuit קבע, בהתבסס על פסיקה קודמת, שהמשפט המקובל והתפיסה הבסיסית של פרטיות כוללים את שליטתו של אדם על מידע הנוגע אליו.⁵⁰
52. ב-In re Hill ציין בית המשפט, שהמטרה בהגנה על הסוג הראשון של פרטיות – פרטיות מידע – נועדה למנוע מהממשלה ומעסקים מלאסוף ולאגור מידע לא נחוץ אודות אנשים ומלעשות שימוש לרעה באותו מידע, שנאגר למטרה אחת, לשם מטרה אחרת או כדי להביך את האדם הרלוונטי.⁵¹ ההיסטוריה החקיקתית של הוספת הזכות לפרטיות לחוקה הקליפורנית בשנת 1972 מגלה, שעל פי In re Hill קיימת זכות פרטיות גם כנגד גורמים פרטיים, ולא רק כנגד המדינה או מוסדותיה.
53. עוד נקבע בפסיקה, ש"ציפיה סבירה לפרטיות" היא ענין אובייקטיבי המבוסס על נורמות קהילתיות המקובלות באופן רחב, על מנהגים, ועל המערך הפיזי הסובב פעילויות ספציפיות.⁵²
54. כדי להדוף תביעה על פי עילה זו על הנתבע להפריך את אחד מיסודות התביעה או להוכיח, שקיים אינטרס אחר, נגדי, הגובר על הזכות לפרטיות.⁵³ דוגמא שעלתה בפסיקה היא ביצוע חיפוש על גופם של צופים באירוע ספורטיבי. בין השיקולים שנשקלו היה האינטרס שעמד מנגד, באותו מקרה בטיחותם ובטחונם של הצופים.⁵⁴

⁴⁵ *Sheehan v. San Francisco 49ERS, Ltd.*, 201 P.3d 472, 89 Cal.Rptr.3d 594, 45 Cal. 4th 992 (Cal., 2009).

⁴⁶ *Hill v. National Collegiate Athletic Assn.*, 26 Cal.Rptr.2d 834, 859, 7 Cal.4th 1, 865 P.2d 633 (Cal., 1994).

⁴⁷ *Hill v. National Collegiate Athletic Assn.*, 26 Cal.Rptr.2d 834, 859 7 Cal.4th 1, 865 P.2d 633 (Cal., 1994). (hereinafter: **In re Hill**)

⁴⁸ *Zbitnoff v. Nationstar Mortg., LLC* (N.D. Cal. 2014).

⁴⁹ *Sheehan v. San Francisco 49ERS, Ltd.*, 201 P.3d 472, 89 Cal.Rptr.3d 594, 45 Cal. 4th 992 (Cal., 2009).

⁵⁰ *Patel v. Facebook, Inc.*, 932 F.3d 1264, 1273 (9th Cir. 2019).

פסק הדין מצטט בהסכמה את אותה אמירה ב-

Eichenberger v. ESPN, Inc., 876 F.3d 979, 983 (9th Cir. 2017),

אשר בתורו הסתמך בין היתר על

U.S. Dep't of Justice v. Reporters Comm. for Freedom of the Press, 489 U.S. 749, 763, 109 S.Ct. 1468, 103 L.Ed.2d 774 (1989).

⁵¹ *Hill v. National Collegiate Athletic Assn.*, 26 Cal.Rptr.2d 834, 856, 7 Cal.4th 1, 865 P.2d 633 (Cal., 1994).

⁵² *Sheehan v. San Francisco 49ERS, Ltd.*, 201 P.3d 472, 89 Cal.Rptr.3d 594, 45 Cal. 4th 992 (Cal., 2009).

⁵³ *Sheehan v. San Francisco 49ERS, Ltd.*, 201 P.3d 472, 89 Cal.Rptr.3d 594, 45 Cal. 4th 992 (Cal., 2009).

⁵⁴ *Sheehan v. San Francisco 49ERS, Ltd.*, 201 P.3d 472, 489, 89 Cal.Rptr.3d 594, 45 Cal. 4th 992 (Cal., 2009).



55. השאלות אם יש אינטרס מתחרה, ואם הוא אחר גובר על הזכות לפרטיות, הן שאלות של ממצאים עובדתיים. נסיונות לסלק תביעות על הסף בטענות שכאלה כשלו.⁵⁵
56. על פי הנטען נראה שפעולותיה של FLO אכן מהוות הפרה של הזכות החוקתית לפרטיות על פי חוקת קליפורניה. אם תרצה FLO לטעון, שעשתה את מה שעשתה לטובת אינטרס מתחרה הגובר על זכותן של המשתמשות לפרטיות, עליה הנטל לטעון ולהוכיח טענה זו.

ב. עילות פרטיות המשפט המקובל

57. במקביל לזכות החוקתית להגנה על הפרטיות מוכרות בקליפורניה גם הזכות לפרטיות מכוח עילות חוקיות ומכוח המשפט המקובל, כאשר המבחנים לחלקן חופפים.
58. הדין הקליפורני מכיר בכמה עילות עיקריות של חדירה לפרטיות: (א) חדירה לעניינים פרטיים; (ב) חשיפה לציבור של עובדות פרטיות; (ג) הצגתו הלא נכונה של אדם בציבור; (ד) הטעיה בנוגע לשמו או דמותו (מראהו החיצוני) של אדם.^{57, 56}
59. הפסיקה קובעת, שהתובע אינו צריך להראות זכות לפרטיות מוחלטת. די שיראה, כי אופי החדירה היה כזה, שמפניה היתה לו ציפיה לפרטיות.⁵⁸
60. הזכות מן המשפט המקובל להגנת הפרטיות המורכבת משני יסודות: (1) הנתבע חדר במכוון למקום, שיחה או ענין, שלגביו יש לתובע ציפיה סבירה לפרטיות; ו-(2) הפגיעה התרחשה באופן פוגעני במידה רבה לאדם הסביר. כיוון שישודות העוולה החוקתית וישודות העוולה מן המשפט המקובל דומים, בתי משפט נוטים להתייחס לשתי העילות בנשימה אחת, על כן יש לראות בדברים האמורים בפרק זה השלמה לדברים האמורים בפרק ההגנה החוקתית על הזכות לפרטיות.⁵⁹
61. ההגנה החוקתית והנזיקית על הזכות לפרטיות משולבות זו בזו.⁶⁰
62. ב-*In re Facebook, Inc. Internet Tracking Litig.* היתה טענת התובעים, שפייסבוק המשיכה לקבל מידע אודותיהם מאפליקציות שונות, גם לאחר שחדלו להיות משתמשי פייסבוק. המידע שקיבלה פייסבוק לטענת התובעים שם היה היסטוריית גלישה (באמצעות קבלת ה-URL), ופרטים נוספים כגון היסטוריה תעסוקתית והזדהות פוליטית ודתית, גילוי של מה המשתמשים אוהבים, אינם אוהבים, תחומי ענין והרגלים (עמ' 598-599).
63. אחת הדרישות לשם קיום העילות לפגיעה בפרטיות היא שהמידע שנפגע הוא "רגיש וסודי". סיווגו של המידע ככזה הוא ענין **עובדתי**, שיש לבחון על פי האדם הסביר.⁶¹
64. ב-*In re Facebook, Inc. Internet Tracking Litig.* הזכיר בית המשפט לערעורים של ה-9th Circuit פסיקות קודמות, אשר קבעו שלאדם יש ציפיה סבירה לפרטיות ביחס למידע הנוגע להקשרים משפחתיים, פוליטיים, מקצועיים, דתיים ומיניים⁶² (אני מניח שקביעה זו רלוונטית במיוחד לענייננו).

⁵⁵ *In re Iphone Application Litig.*, 844 F. Supp. 2d 1040, 1073 (E.D. Cal. 2012).

⁵⁶ *Hill v. National Collegiate Athletic Assn.* (1994) 7 Cal.4th 1, 24 [26 Cal.Rptr.2d 834, 865 P.2d 633].

⁵⁷ *Sanders v. American Broadcasting Co.* (1999) 20 Cal.4th 907, 914-915 [85 Cal.Rptr.2d 909, 978 P.2d 67], internal citations omitted

⁵⁸ *Sanders v. American Broadcasting Co.* (1999) 20 Cal.4th 907, 917-918.

⁵⁹ *Davis v. Facebook, Inc. (In re Facebook, Inc. Internet Tracking Litig.)*, 956 F.3d 589, 601 (9th Cir. 2020).

⁶⁰ *Patel v. Facebook, Inc.*, 932 F.3d 1264, 1272 (9th Cir. 2019).

⁶¹ *Davis v. Facebook, Inc. (In re Facebook, Inc. Internet Tracking Litig.)* 956 F.3d 589, 598-599 (9th Cir. 2020).

⁶² *Davis v. Facebook, Inc. (In re Facebook, Inc. Internet Tracking Litig.)*, 956 F.3d 589, (9th Cir. 2020), fn. 7.



א. באשר ליסוד של מידת הפגיעה (מקוממת, פוגענית במידה רבה), הסביר בית המשפט ב- *In re Facebook, Inc. Internet Tracking Litig*, שמדובר בשאלה הדורשת בחינה הוליסטית של רכיבים שונים, כגון הסבירות לנזק רציני לנפגע, מידת הפגיעה ונסיבותיה, מניעיו ומטרותיו של הפוגע, אינטרסים סותרים או נורמות חברתיות הרואות בחדירה לפרטיות פגיעה שאינה פוגענית. המידה שבה הפגיעה אינה מקובלת היא ענין לבחינה של מדיניות. לאור כל המבחנים האמורים קבע בית המשפט שם, שלא ניתן לפתור את השאלה בשלב המקדמי של בקשה לסילוק על הסף, ולכן דין בקשתה של פייסבוק לסילוק על הסף להידחות.⁶³

65. לסיכום ענין זה: הגדרת המידע כ"סודי ורגיש" היא סוגיה עובדתית הדורשת קביעת ממצאים עובדיים. מידת הפגיעה בנטילת הפרטים האישיים גם היא ענין עובדתי הדורש קביעת ממצאים עובדיים.

1.1. רף מינימלי לפגיעה

66. לא כל חדירה לפרטיות תקים עילת תביעה, אלא רק פגיעה בפרטיות שהיא פוגענית במידה רבה ורצינית דיה על מנת להיחשב להפרה משמעותית של הנורמות החברתיות.⁶⁴

67. כדוגמא לפגיעה במידע אישי, שאינה נחשבת לפגיעה מקוממת בנורמות חברתיות ניתן להביא *Folgelstrom v. Lamps*, שם השיגו הנתבעים רק את כתובתו של התובע ללא ידיעתו והסכמתו ושלחו אליו פרסומות. בית המשפט שם קבע, שבכך לא די כדי להוות "פגיעה מקוממת בנורמות חברתיות".⁶⁵

2. מה ראשי הנזק לפיצוי?

68. מובן שפגיעה כלכלית מובהקת, כלומר חסרון כיס ממש, היא ראש נזק לפיצוי. השאלה עלתה, אם גם נזק לא ממוני הוא בר פיצוי בתביעות להפרת פרטיות, והתשובה לכך בחיוב. למשתמש יש זכות לפיצוי בגין עוגמת הנפש שלהן (mental suffering and anguish) כמו גם לחילוט הרווחים, שנוצרו לצד הפוגע כתוצאה מהחדירה לפרטיות.⁶⁶

69. על פי המבחנים המתוארים לעיל מתוך הפסיקה בקליפורניה, ובהנחה שטענות התובעת הייצוגית נכונות, נראה שיש לתובעת הייצוגית עילת תביעה מתחום הגנת הפרטיות על פי הדין הקליפורני.

⁶³ *Davis v. Facebook, Inc. (In re Facebook, Inc. Internet Tracking Litig.)*, 956 F.3d 589, 606 (9th Cir. 2020).

⁶⁴ *Hernandez v. Hillsides, Inc.* (2009) 47 Cal.4th 272, 295 [97 Cal.Rptr.3d 274, 211 P.3d 1063], internal citation omitted.

⁶⁵ *Folgelstrom v. Lamps Plus, Inc.*, 195 Cal. App. 4th 986, 994, 125 Cal. Rptr. 3d 260, 2011 Daily Journal D.A.R. 7276 (Cal. App. 2011).

⁶⁶ *Miller v. National Broadcasting Co.* (1986) 187 Cal.App.3d 1463, 1484.



ג. עילות פרטיות מן החוק

1.ג. California Online Privacy Protection Act (COPPA) – Cal Bus&Prof. Code § 22575 et seq.

70. Cal Bus&Prof. Code § 22575 et seq., שכותרתו "Internet Privacy Requirements" מטיל על מפעיל של אתר מרשתת מסחרי האוסף מידע מזהה אישי (Personally Identifiable Information) באמצעות המרשתת אודות צרכנים שהם אנשים פרטיים המתגוררים בקליפורניה, לפרסם באופן בולט את מדיניות הפרטיות שלו באתר (אם באמצעות דף אינטרנט, ואם באמצעות היפרלינק המקשר למדיניות - סעיף (b) 22577).

71. "מידע מזהה אישי" מוגדר באופן רחב מאד בסעיף 22577 וכולל, בין היתר, שם פרטי ומשפחה, כתובת ביתית או פיזית, כולל שם רחוב ושם עיר או עיירה, כתובת דוא"ל, מספר טלפון, מספר ביטוח לאומי, כל דבר מזהה אחר המאפשר את יצירת הקשר הפיזית או המקוונת עם אותו אדם, מידע הנוגע למשתמש הנאסף באופן מקוון מהמשתמש ונשמר בצורה הניתנת לזיהוי אישי בשילוב עם גורם מזהה המתואר בתת סעיף זה.

72. איני נכנס לפירוט נוסף של העוולה, משום שעל פי סעיף (a) 22575 הוא חל להגנתם של תושבי קליפורניה בלבד. לפיכך גם אם יתמלאו כל יסודות העוולה, עדיין לא יוכלו תובעים תושבי ישראל ליהנות מהגנתה של עילה זו. בנוסף, הפסיקה בקליפורניה פירשה את החוק ככזה שאינו מעמיד לרשות הצרכנים זכות תביעה פרטית⁶⁷ (ועל פי פסיקה מסויימת לא מעניק זכות אכיפה ישירה גם לרשויות, אלא משמש רק כחובה עליה ניתן לתבוע במסגרת ה-UCL).⁶⁸

2.ג. California Consumer Privacy Act (CCPA) - Cal. Civil Code §§ 1798.100-1798.198

73. ביום 01.01.2020 נכנס לתוקפו בקליפורניה חוק ההגנה על פרטיות הצרכן: Cal. Civil Code §§ 1798.100-) California Consumer Privacy Act of 2018 ("CCPA") 1798.198. אין לחוק תחולה רטרואקטיבית, משמע הוא אינו חל על מעשים ומחדלים שקדמו ליום 01.01.2020.

א. סעיף (o)(2) 1798.140 ל-CCPA מגדיר "מידע פרטי" כמידע שאינו כולל מידע הנגיש לציבור. ההגדרה קובעת, ש"נגיש לציבור" אין משמעו מידע ביומטרי, שנאסף ע"י עסק אודות צרכן ללא ידיעתו של הצרכן.

ב. CCPA אינו כולל איסור על איסוף מידע, אלא רק הסדרה של אופן הטיפול בו, והוא מעניק לצרכנים את הזכות – למשל – לבקש את הסרת המידע. החוק אינו אוסר על קיום, החזקה וניהול של מאגר ביומטרי או קובע כללים להקמה של מאגר שכזה.

74. זכות התביעה הפרטית על פי ה-CCPA אינה רחבה כמו זכות התביעה של הרשויות, אך היא קיימת ורחבה דיה על מנת לתת עילת תביעה בידי מי שנפגע מהפרת החוק.

א. ראה סעיף (a) 1978.150 הקובע את זכות התביעה הפרטית, וסעיפי המשנה שלו הקובעים את הסעדים העומדים לרשות התובע הפרטי, ובהם סעדי עשה/מניעה; פיצויים סטטוטוריים (בין \$ 100-750 להפרה (per incident) לאדם או הנזק בפועל, לפי הגבוה; או כל סעד אחר, שבית המשפט יראה לנכון.

⁶⁷ In re Yahoo! Inc. (N.D. Cal. 2017), p.74;

⁶⁸ People ex rel. Harris v. Delta Air Lines, Inc., 247 Cal.App.4th 884, 900, 202 Cal.Rptr.3d 395 (Cal. App. 2016); fn. 12.



ב. סעיף 1798.150(b) מעמיד בפני תובע פרטי התובע סעד של פיצוי סטטוטורי לשלוח לנתבע דרישה מוקדמת לריפוי הנזק, תוך פירוט של הליקויים הנטענים.

ג. כמו כן עילת התביעה מוגבלת להגנות הקיימות בסעיף 1798.150(a), אשר בתורו מפנה להגדרת "מידע פרטי" בסעיף 1798.81.5 ל-Cal. Civ. Code, או מי שכתובת הדוא"ל שלו בצירוף הסיסמא או שאלת אבטחה והתשובה עליה נחשפו כתוצאה מהפרת חובותיו של בית העסק ליישם ולקיים הליכי הגנה סבירים המתאימים לאופי המידע הפרטי נושא ההגנה.

75. למרות האמור לעיל לא אכנס לפרטי ה-CCPA ולאבחנות המדויקות בין היקף זכות התביעה הפרטית מכוחו לבין היקף זכות התביעה הציבורית מכוחו, משום שעל פי סעיף 1798.140(g) ל-CCPA הגדרתו של "צרכן" היא "אדם טבעי, שהוא תושב קליפורניה". משמעות הדבר, שללא קשר לעילות התביעה הנובעות ממנו, הקבוצה בישראל אינה יכולה ליהנות מההגנות הכלולות בו.^{69, 70} כמו כן, אינני נכנס לכך הואיל וממילא החוק נכנס לתוקף לאחר התקופה שבגינה הוגשה התביעה.

76. על מנת שלא להכביד בניירת מיותרת איני מצרף את נוסח החוק. ניתן למצוא את הנוסח ואת הדיונים הנוגעים לחוק בכתובת:
https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB3
75.

3.1. Comprehensive Computer Data Access and Fraud Act (CDAFA) - Cal. Penal Code § 502

77. Cal. Pen Code § 502 מונה סדרה ארוכה של פעולות אסורות. המכנה המשותף לכל אותן פעולות אסורות הוא איסור השגת המידע הממוחשב של אחר והשימוש בו שלא על פי ההרשאה. מטרת החוק מוגדרת בסעיף 502(a) ועל פיהן מטרתו להרחיב את ההגנה מפני פגיעה, התערבות, נזק וגנישה אסורה, ובכלל זה הוצאת מידע מתוך נתוני מחשב ומערכות מחשב הנוצרים באופן חוקי. זאת על רקע הגידול בשימוש בטכנולוגיות מחשב שהובילו לגישה אסורה למידע ממוחשב.

78. על פי הגדרתו של סעיף 502(b)(5) המידע האישי שנוצר ביישומון של FLO נותר על גבי מחשבים, טלפונים חכמים וטאבלטים, המהווים כולם "מחשבים", מערכות מחשבים ו/או רשתות מחשב, ועל כן החוק חל עליהם.

79. מבין העבירות הרבות הנזכרות באותו סעיף (המהוות גם עוולות) ניתן למנות לענייננו את אלה במיוחד:

א. סעיף 502(c)(1)(B) – גישה ביודעין ללא רשות למכשיר על מנת להשיג באופן פסול מידע אישי ולעשות בו שימוש אסור במטרה להשיג כסף, רכוש או נתונים. המידע כולל פרטים רפואיים אינטימיים בניגוד לציפיות הלגיטימיות של המשתמש לגבי המידע האישי והמכשירים שלהן.

⁶⁹ הדבר כמובן לא נבדק על ידי, אך הדברים נאמרים על בסיס ההנחה, שהקבוצה אינה כוללת תושבי קליפורניה.

⁷⁰ על מנת שלא להכביד בניירת מיותרת איני מצרף את נוסח החוק. ניתן למצוא את הנוסח בכתובת:
https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB375



- ב. סעיף 502(c)(2) – כניסה, נטילה, העתקה ושימוש ביודעין וללא רשות במידע אישי מזהה, ובכלל זה מידע רפואי אינטימי.
- ג. סעיף 502(c)(3) ו-502(c)(7) – גישה ושימוש ביודעין וללא רשות במכשירים ובשירותי המחשב (כהגדרתם בחוק האמור הכוללים את היישומון הנדון כאן) ואו גרימה לגישה ולשימוש בהם. בין היתר נעברה העבירה על ידי מתן הרשות הפסולה מצד FLO לגורמים השלישיים לקבל גישה חופשית למידע האישי.
- ד. סעיף 502(c)(6) ו-502(c)(13) – מתן סיוע לגורמים השלישיים לגשת למידע האישי והמידע הרפואי האינטימי של המשתמשות באמצעות ה-SDK.
- ה. סעיף 502(c)(8) – החדרת "מזהם מחשבי" על ידי החדרה של מזהם מחשבי למכשירי המשתמשות ולמערכות המחשב שלהן, באמצעות שילוב של ה-SDK ביישומון, אשר יירט את המידע האישי. "מזהם מחשבי" מוגדר בסעיף 502(b)(7) כ"מעריך של הוראות מחשב המיועדות להקליט או להעביר מידע בתוך מחשב, מערכת מחשב או רשת מחשבים ללא הכוונה או הרשות של בעלי המידע".
80. העילות מכח סעיף 502 קיימות בכל מקום בו אירעו כניסה או שימוש ללא רשות או תוך חריגה מרשות. יחד עם זאת יש לציין, שיש גם פסיקה הקובעת, שהיסוד של "היעדר רשות" מתקיים רק מקום בו החדירה נעשתה תוך התגברות על מכשולים טכניים של גישה. נראה יחד עם זאת, שהגישה הראשונה היא הגוברת.⁷¹
81. סעיף 502(e)(1) מאפשר לניזוק לתבוע פיצויים וכן צווי עשה/מניעה וכל סעד אחר מן היושר. אם יוכח שפעולותיה של FLO היו בזדון ומכוון, הרי על פי סעיף 502(e)(4) זכאית הקבוצה על פי הדין הקליפורני גם לפיצויים עונשיים או פיצויים לדוגמא (אם כי על פי מה שנמסר לי, סעד זה אינו תקף בתביעות ייצוגיות בישראל).
82. אין רף לגובה הפיצוי, ואין הגדרה מדויקת לנזק. די לטעון לקיומו של נזק או הפסד.⁷² בתי המשפט בקליפורניה קבעו, שנזק יכול להיות גם בדמות המשאבים שהשקיע התובע בהפסקת החדירה לחומר המחשב שלו, גם מקום בו המשאבים היו בסך הכל "כמה הקלקות על המקלדת ועל עכבר המחשב".⁷³
83. נראה אם כן שעילת תביעה מכח ה-CDAFA עומדת לרשות התובעת הייצוגית והקבוצה.

X. עילות צרכניות

א. California Consumers Legal Remedies Act (CLRA) – Cal. Civ. Code §1770

84. עילת תביעה זו באה מתחום דיני הצרכנות, ואינה מוגבלת דווקא לתחום הפרטיות. ה-CLRA נועד להגן על שיטות פעולה לא הוגנות, מטעות או הונאתיות הגורמות לאי התאמה בין המוצר או השירות המוצג לבין המוצר או השירות בפועל, מבחינת סטנדרט, איכות, רמה או מרכיבים.
- א. סעיף 1770(a)(5) ל-Civil Code קובע, שאין זה חוקי לנקוט בשיטות תחרות או בפעולות או שיטות לא הוגנות או מטעות (הונאתיות-deceptive), העולות להביא או מביאות

⁷¹ NovelPoster v. Javitch Canfield Grp., 140 F.Supp.3d 954 (N.D. Cal. 2014).

⁷² NovelPoster v. Javitch Canfield Grp., 140 F.Supp.3d 954, 964-965 (N.D. Cal. 2014).

⁷³ Mintz v. Bartelstein, 906 F.Supp.2d 1017, 1032 (C.D. Cal. 2012)



- בפועל למכירה או השכרה של טובין או שירותים לצרכן כלשהו, ואשר מציגות שירותים, כאילו יש להם מאפיינים, מרכיבים, שימושים, יתרונות (benefits), שאין להם.⁷⁴
- ב. סעיף 1770(a)(7) ל-Civil Code קובע, שאין זה חוקי לנקוט בשיטות תחרות או בפעולות או שיטות לא הוגנות או מטעות (הונאתיות-deceptive), העלולות להביא או מביאות בפועל למכירה או השכרה של טובין או שירותים לצרכן כלשהו, ואשר מציגות שירותים, כאילו יש להם סטנדרט, איכות או רמה מסויימים, כשלמעשה הסטנדרט, האיכות או הרמה אחרים.⁷⁵
85. סעיף 1760 ל-CLRA קובע, שיש לפרשו בהרחבה, וסעיף 1751 ל-CLRA קובע שהוראותיו קוגנטיות; ויתור של הצרכן על זכויותיו לפי ה-CLRA חסר תוקף.
86. סעיף 1780 ל-CLRA קובע סעדים בדמות פיצויים כספיים, צווי מניעה, השבה, פיצויים עונשיים וכל סעד אחר, שבית המשפט ימצא לנכון.
87. שתי הערות לענין זה:
- א. סעיף 1761(d) ל-CLRA מגדיר "צרכן" כמי שרכש או שכר טובין או שירותים. לכאורה הדבר שולל את תחולת הסעיף על ענייננו, משום שהשימוש בגרסא הבסיסית של היישומון של FLO חינמי. אני מביא את הדברים על מנת להציג בפני בית המשפט תמונה מלאה. על פי הפסיקה, נראה שגם משתמש חינמי יכול ליהנות מהגנת ה-CLRA.
- i. ה-CLRA אינו מגדיר מהי "רכישה". בחיפוש שערכתי לא מצאתי פסיקה הקובעת, ש"רכישה" חייבת להיעשות בשיטה המסורתית של כסף-תמורת-שירות/מוצר.
- ii. פסיקה של ה-9th Circuit משנת 2020 קבעה, שחיוב על דרך של "השגת מידע אישי רגיש ובעל ערך של המשתמשים ומכירתו למפרסמים תמורת רווח" הוא חיוב (charge) לכל דבר וענין.⁷⁶ (בעולם המרשתת המודרני ידוע הכלל, ולפיו "אם אינך משלם על המוצר, אתה המוצר"). סייג: הקביעה הזו ניתנה במסגרת הליך מקדמי, ולכן אינה קובעת זאת כממצא עובדתי או כמסקנה משפטית. יחד עם זאת היא קובעת, שבהנחה שהדבר יוכח בשלב הראיות, אזי יהיו התובעים שם זכאים לחלט את רווחיה הבלתי חוקיים של פייסבוק.⁷⁷
- ב. אמנם מדובר בדרישה פרוצדורלית ולא מהותית, אך לשם הצגת התמונה המלאה בפני בית המשפט הנכבד אציין, שעל פי Cal. Civ. Code §1782(a) יש להקדים משלוח מכתב דרישה לנתבע טרם הגשת תביעה בעילה זו אם התובעים מבקשים סעד כספי. יחד עם זאת על פי סעיף 1782(a) Cal. Civ. Code ניתן לפתוח בתובענה גם ללא מכתב דרישה מקדים, להסתפק בסעדי עשה/אל תעשה, לאחר מכן לשלוח את מכתב הדרישה ואז לתקן את כתב התביעה כך שיכלול סעד כספי, וזאת ללא בקשת רשות מבית המשפט.
88. נראה אם כן שעילת תביעה מכח ה-CLRA עומדת לרשות התובעת הייצוגית והקבוצה.

ב. Unfair Competition Law (UCL) – California Bus&Prof. Code § 17200 et. Seq.

⁷⁴ הבאתי את החלק הרלוונטי לענייננו מתוך הסעיף.

⁷⁵ הבאתי את החלק הרלוונטי לענייננו מתוך הסעיף.

⁷⁶ *Davis v. Facebook, Inc. (In re Facebook, Inc. Internet Tracking Litig.)*, 956 F.3d 589, 601 (9th Cir. 2020).

⁷⁷ *Davis v. Facebook, Inc. (In re Facebook, Inc. Internet Tracking Litig.)*, 956 F.3d 589, 601 (9th Cir. 2020).



89. ה-UCL הוא שילוב של עוולת "הפרת חובה חקוקה", כך שהוא משמש צינור קליטה ה"ממיר" עבירות ועוולות לעוולות צרכניות, וכן סעיף סל האוסר על פרקטיקות בלתי הוגנות ו/או הונאתיות כלפי צרכנים. הגדרות אלה עמומות בכוונת מכוון, ונועדו להתמודד עם היצירתיות הבלתי פוסקת של עוסקים.

90. לא אתעכב הרבה על עילה זו, משום שסעיף 17203 ל-UCL והפסיקה שפירשה אותו דורשים נזק כלכלי בפועל – כלומר חסרון כיס ממש – כתנאי לקיום העילה. כיון שהתובעת הייצוגית והקבוצה טוענות רק לנזק בלתי ממוני, נראה שעל פי הדין בקליפורניה אין להן עילת תביעה על פי ה-UCL.

XI. סיכום העילות

91. לנוחות בית המשפט להלן טבלה המסכמת את עילות התביעה שנדונו ואת יכולתן של המשתמשות לעשות בהן שימוש.

<u>העילה</u>	<u>האם עומדת לטובת חברות הקבוצה?</u>
הפרת חוזה	העילה קיימת.
עשיית עושר ולא במשפט	העילה קיימת, אם אין חוזה בין הצדדים.
מצג שווא רשלני	העילה קיימת.
פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות	העילה קיימת.
פגיעה בזכות לפרטיות מן המשפט המקובל	העילה קיימת.
COPPA – Cal Bus&Prof. Code § 22575	העילה אינה קיימת.
CCPA - Cal. Civil Code §§ 1798.100	העילה אינה קיימת.
CDAFA - Cal. Penal Code § 502	העילה קיימת.
CLRA - Cal. Civ. Code §1770	העילה קיימת.
UCL – Cal Bus&Prof. Code § 17200	העילה אינה קיימת.

XII. שאלות ספציפיות.

92. במסגרת הכנתה של חוות דעת זו התבקשתי להשיב על מספר שאלות ספציפיות.

א. מה סטנדרט ההסכמה הנדרש לצורך ויתור על פרטיות? האם נדרשת הסכמה מדעת ומה הגדרתה?

93. התשובה לשאלה זו אינה בינארית, אך ככלל נראה, שההסכמה הנדרשת אינה ספציפית, כלומר לא חלה דרישה מפורשת של הסכמה מדעת.

א. ראשית יש לבחון אם ההסכמה ניתנה בהסכם Browsewrap או Clickwrap. הסכם Browsewrap הוא הסכם המצוי באתר או יישומון ויש קישור המפנה אליו, אך המשתמש אינו חייב לאשר באופן מפורש שקרא אותו. הסכם Clickwrap לעומת זאת הוא הסכם המוצג בפועל למשתמש, והמשתמש נדרש לסמן "אני מסכים" (או צורת ביטוי אחרת המשקפת הסכמה לתוכן ההסכם).

ב. בתי משפט בקליפורניה נוטים להתייחס להסכמי Clickwrap כאל חוזים מחייבים יותר מאשר הסכמי Browsewrap. יחד עם זאת, אם למשתמש יש ידיעה בפועל או בכח בדבר תוכן ההסכם עם האתר או היישומון, גם הסכמי Browsewrap יכולים להיחשב



כמחייבים מבחינה חוזית. באופן טבעי, ככל שצורת ההתקשרות בין האתר למשתמש דומה יותר ל-Clickwrap Agreement, כך ייטה בית המשפט לתת לדברים תוקף חוזי.⁷⁸

ג. אם מדובר בהסכם Browsewrap (שבו אין קריאה בפועל של הסכם ההתקשרות), חובה על האתר/היישומון למסור למשתמש **מידע סביר על תנאי החוזה** על מנת שההסכמה תהיה תקפה (In re Garcia).⁷⁹

ד. חשוב להדגיש, שגם אם ההסכם בין המשתמש לאתר/יישומון הוא מסוג Clickwrap, אין משמעות הדבר, שאפשר להשתמש בהסברים עמומים. עדיין יש למסור למשתמש גילוי נאות, מלא וברור, המספק לו ידיעה ברורה בדבר האופן בו עומדים להשתמש במידע שלו.

ה. כפי שנמסר לי, בענייננו מדובר בהסכם Clickwrap.

94. הסכמה לשימוש במידע יכולה להיות מפורשת אך גם מכללא. יחד עם זאת, היא חייבת להינתן בפועל. לכך יש להוסיף:

א. ההחלטה אם ניתנה הסכמה כזו היא שאלה עובדתית הנתונה לקביעתו של מברר העובדות (trier of facts). במקרה של טענה להסכמה מכללא, היקפה וגבולותיה של ההסכמה הם ענין עובדתי הנתונות גם הן למברר העובדות.

ב. הנטל להוכיח הסכמה הוא על הצד הטוען לה, וזה ענין לשלב הראיות.⁸⁰

ב. האם תניה השוללת זכות לתובענה ייצוגית תיאכף על פי הדין בקליפורניה?

95. הכלל: בתי המשפט בקליפורניה נוטים לאכוף את כל סוגי התניות, ובכלל זה תניות המגבילות זכות לתובענות ייצוגיות. יחד עם זאת, יש לכלל זה חריגים. אחת ההגנות היסודיות מפני תניה חוזית היא טענת לתניה בלתי מוסרית – Unconscionable.

i. היבט החוזה האחיד

96. השאלה היא ההקשר שבו נקבעה התניה. באופן ספציפי, והדבר גם רלוונטי לתביעה של FLO, הסוגיה נמדדת במונחים של חוזים אחידים.

א. מהו חוזה אחיד (Contract of adhesion)? חוזה אחיד הוא חוזה המנוסח לרוב על ידי צד אחד בלבד; הצד המנסח הוא בעל כח המיקוח הגדול יותר; לצד האחר נותר רק לקבל או לדחות את החוזה כמות שהוא.⁸¹

ב. אין בדין הקליפורני "חוק חוזים אחידים". חיפוש אחר המונח "adhesion" בכל החקיקה הקליפורנית יעלה 2 תוצאות בלבד; חיפוש אחר המונח "Standard form contract" (מונח מקביל, אך פחות נפוץ) יעלה 4 תוצאות; חיפוש אחר המונח היותר "עממי" "Bolerplate contract" יעלה אפס תוצאות. כל שש התוצאות שהתקבלו אינן רלוונטיות לענייננו.

ג. על מנת שתניה תימצא כחסרת מוסר פרוצדורלי, אין על הצרכן לנסות ולהתמקח ולקבל סירוב לעצם המו"מ.⁸²

⁷⁸ Lee v. Ticketmaster L.L.C. (9th Cir. 2020), pp. 3-4.

⁷⁹ Garcia v. Enter. Holdings, Inc., 78 F.Supp.3d 1125 (N.D. Cal. 2015).

⁸⁰ In re Yahoo Mail Litig., 7 F.Supp.3d 1016, 1028-1029 (N.D. Cal. 2014).

⁸¹ Gillespie v. Svale Del Grande, Inc. (Cal. App. 2015), p. 11. Unpublished.

⁸² Gillespie v. Svale Del Grande, Inc. (Cal. App. 2015), p. 14. Unpublished.



ד. ככלל חוזים אחידים נאכפים, אך יש לזכור, שברגיל חוזים אחידים כוללים בתוכם סכנה ברורה לקיפוח והישגי יתר (overreaching) לצד המנסח.⁸³

ii. פסילת תניות בחוזה - כללי

97. הבחינה של תניות המגבילות זכויות שונות, פרוצדורליות או מהותיות, נבחנת מתוך אספקלריה של תניות בלתי מוסריות – Unconscionable. מדובר בטענת הגנה כללית מדיני החוזים, והיא חלה על כל חוזה; לא רק על חוזה אחד.

98. הגנת חוסר המוסר מעוגנת ב-Cal. Civ.Code § 1670.5(a) המעניק לביהמ"ש סמכות שלא לאכזר תניה בלתי מוסרית:⁸⁴

99. Cal. Civ.Code § 1667 קובע, שדברים המנוגדים לקביעות מפורשות של החוק, למדיניות של חוק מפורש (גם אם הדבר אינו אסור מפורשות), או עומד באופן אחר בניגוד למוסר הראוי – אינו חוקי.⁸⁵

100. בנוסף קובע סעיף Cal. Civ.Code § 1668 שחוזה שמטרתו לפטור צד מחבות למעשה מרמה או פגיעה מכוונת בגופו או ברכושו של אחר או להפרת חוק בזדון או ברשלנות, עומד בניגוד לתקנת הציבור.⁸⁶ וראה התבססות על סעיף זה ב-In re Gentry.

iii. מהו חוסר מוסר? כיצד הוא נמדד?

101. חוסר מוסר נמדד בשני היבטים: פרוצדורלי ומהותי.

א. חוסר מוסר פרוצדורלי הוא קיפוח (oppression) או הפתעה (כלומר גילוי מאוחר של אחד הצדדים להסכם בדבר תניה חוזית, אשר לא שיער שתהיה בחוזה) בשל כך מיקוח בלתי שווה.

ב. חוסר מוסר מהותי נמדד בתוצאות קשות מדי (overly harsh) או חד צדדיות מדי. הדגש הוא על המידתיות.⁸⁷

102. קיפוח (זה המבחן האחד מבין שני מבחני המשנה של חוסר המוסר הפרוצדורלי) מתרחש מקום בו אין מו"מ ובחירה אמיתית; הפתעה (זה המבחן השני מבין שני מבחני המשנה של חוסר המוסר הפרוצדורלי) מתרחשת, כשהתניה הבלתי מוסרית מוסתרת בתוך מסמך עמוס. לרוב הדבר יקרה בחוזה אחד (שהגדרתו כבר הובאה לעיל מתוך פס"ד Gillespie).⁸⁸

103. לחוסר מוסר פרוצדורלי יש ספקטרום. בצד האחד צדדים שווים הנושאים ונותנים באופן חופשי. בצד השני חוזים אחידים. לגביהם כמעט תמיד תהיה מידה מסויימת של חוסר מוסר פרוצדורלי, ויש בהם סכנה מוטעמת לקיפוח ונסיון להשיג הישגי יתר.⁸⁹

א. דוגמא לחוסר מוסר פרוצדורלי הובאה בפסיקה, כאשר לצד הנפגע נאמר, שהחתימה על החוזה היא בסך הכל צעד פורמלי, וזאת על מנת להסתיר תניית חילוט/ויתור.⁹⁰

⁸³ Gentry v. Superior Court, 165 P.3d 556, 64 Cal.Rptr.3d 773, 793, 42 Cal.4th 443 (Cal. 2007).

⁸⁴ Cal. Civ.Code § 1670.5(a).

⁸⁵ Cal. Civ.Code § 1667.

⁸⁶ Cal. Civ.Code § 1668.

⁸⁷ AT&T Mobility LLC v. Concepcion, 563 U.S. 333, 340, 131 S.Ct. 1740, 179 L.Ed.2d 742 (2011).

⁸⁸ Gillespie v. Svalle Del Grande, Inc. (Cal. App. 2015), pp. 11-12. Unpublished.

⁸⁹ Gentry v. Superior Court, 165 P.3d 556, 64 Cal.Rptr.3d 773, 793, 42 Cal.4th 443 (Cal. 2007).



ב. דוגמא נוספת היתה, כאשר לא הוסברו לצד החלש המשמעויות של החוזה. כך למשל בעניין Gentry נמסרה לעובדים חוברת המסבירה להם את המשמעות הכללית של בוררות, והערכאה הדיונית ראתה בזה הסבר מספיק, אשר העמיד את הנפגעים על זכויותיהם. ערכאת הערעור הפכה את ההחלטה בקובעה, שלא די במתן הסבר על האופי הכללי של מוסד הבוררות, יתרונותיו וחסרונותיו, אלא היה על המעסיק להפנות תשומת ליבם של עובדיו לחסרונות של הסכם הבוררות הספציפי שבו דובר. שם קוצרה תקופת ההתיישנות מארבע שנים לשנה; הגבלה על התקופה שלגביה ניתן לתבוע; הגבלה (נמוכה) על גובה הפיצויים העונשיים שאפשר לתבוע. בית המשפט קבע שם (עמ' 794-795) שמדובר בהטעיה, כיון שגם מי שקורא את המסמך אינו מבין בהכרח את תוכנו. במצב כזה העובד קיבל תמונה מעוותת לחלוטין של הבוררות.⁹¹

104. ענין נוסף שעלה ב-In re Gentry, וייתכן שהוא רלוונטי לענייננו, הוא **אורך ההסכם ומראהו**. שם דובר בתשעה עמודים ברווח בודד (בענייננו, כך נמסר לי, כ-5-6 עמודים). בנוסף נקבע שם, שרק **אדם בעל תחכום משפטי** יכול היה להבין, שהתנאים בהסכם רעים משמעותית מאלה הפועלים בבית המשפט. נקבע שם, שגם אנשי עסקים מנוסים, אך כאלה שאינם מתווכחים מבחינה משפטית, עלולים להיות מופתעים באופן לא הוגן מתנאי חוזה בלתי מוסריים.

105. אי הסבת תשומת הלב לחסרונות שבהסכם מציג בפני הצד האחר תמונה מעוותת של ההסכם, ולפיכך הוא אינו יודע ואינו מבין בדיוק על מה הוא חותם.⁹²

106. חוסר מוסר **מהותי** נבחן בהיותו קשה **מדני**, ושהתנאים עדיפים באופן בלתי סביר לצד החזק.⁹³ המבחן הוא מבחן המידה.⁹⁴

107. בפסיקה הוכר, שויתור על זכות תביעה ייצוגית עלול להיות למעשה תנייה פטור בהסכם באופן העלול לעמוד בניגוד לתקנת הציבור, ומכאן – בטל תחת העילה של חוסר מוסר **מהותי** בשל פגיעה בתקנת הציבור.⁹⁵

iv. **פסיקות לרעת הצרכן**

108. מן הצד השני אין חובה על מנסח של חוזה אחיד, או הצד החזק בעסקה, להסב תשומת ליבו של הצד החלש לקיומה של תניה העשויה לפעול לרעתו. יותר מכך, גם אם הספק (הוא בדרך כלל מנסח החוזה האחיד) משכנע את הלקוח, שאין צורך לקרוא את החוזה, כי זה חוזה סטנדרטי, עדיין היעדר הקריאה אינו מעשה סביר, ונפסק כבר, שלא בהכרח יועיל ללקוח.

109. המשמעות היא, שלא רק שלא צריך מסמך נפרד (בפסיקה שמצאתי דובר על ויתור על שיפוט, אך העקרונות שם מעידים, שהיא תחול גם על תניות אחרות), אלא שגם לא חייבים להסב תשומת ליבו של הלקוח לכך, ואפשר אפילו להטעותו במובן זה ש"לא צריך לקרוא".⁹⁶

v. **מקבילית הכוחות: היחס בין חוסר מוסר פרוצדורלי לחוסר מוסר מהותי**

⁹⁰ Gentry v. Superior Court, 165 P.3d 556, 64 Cal.Rptr.3d 773, 793, 42 Cal.4th 443 (Cal. 2007).

⁹¹ Gentry v. Superior Court, 165 P.3d 556, 64 Cal.Rptr.3d 773, 794-795, 42 Cal.4th 443 (Cal. 2007).

⁹² Gentry v. Superior Court, 165 P.3d 556, 64 Cal.Rptr.3d 773, 42 Cal.4th 443 (Cal. 2007).

⁹³ Gillespie v. Svalde Del Grande, Inc. (Cal. App. 2015), pp. 12. **Unpublished**

⁹⁴ Vargas v. Sai Monrovia B, Inc. (Cal. App. 2015), p. 6. **Unpublished**

⁹⁵ Gentry v. Superior Court, 165 P.3d 556, 64 Cal.Rptr.3d 773, **780**, 42 Cal.4th 443 (Cal. 2007).

⁹⁶ Vargas v. Sai Monrovia B, Inc. (Cal. App. 2015), p. 7. **Unpublished**



110. חוסר מוסר פרוצדורלי אינו מביא בהכרח לבטלות החוזה או התניה, אך משעה שנמצא קיומו, ייבחן כל החוזה לגופו בעין ביקורתית יותר⁹⁷ במטרה לוודא, שאינו בלתי הוגן או חד צדדי.⁹⁸

111. ב-In re Gillespie נקבע שיש "מקבילית כוחות" בין חוסר מוסר פרוצדורלי לחוסר מוסר מהותי. ככל שהאחד גובר, כך יש פחות צורך באחר כדי להביא לבטלות התניה.⁹⁹ חוסר מוסר בחוזה נבחן **בהקשר**, ודורש בחינה של המערך, המטרה וההשפעה של ההסכם או התניה. הצד החזק רשאי ליצור לעצמו "מרווח בטחון" מבלי להיות חסר מוסר.¹⁰⁰ המבחן הוא מבחן הדיות. האם התנאי המקפח כל כך לא הוגן, עד כי על בית המשפט להתערב ולמנוע אכיפה?¹⁰¹

vi. הנטל על הטוען להגנה

112. חוסר מוסר היא טענת הגנה בחוזים. הנטל להוכיח חוסר מוסר מוטל על כתפי הטוען להגנה.¹⁰² במקום אחר הוזכרה בהסכמה אותה עמדה באשר לנטל ההוכחה. בנוסף נקבע שם, שמדובר בשאלה משפטית, הנבחנת על ידי בית המשפט, ובמקרה של ערעור, בית המשפט שלערעור בוחן אותה מחדש (*de novo*), מבלי לקבל את מסקנות הערכאה הדיונית.¹⁰³

vii. פסיקה רלוונטית וספציפית

113. מרבית הדיונים בפסיקה האמריקנית בנוגע לתוקפן של תניות ויתור על תביעות ייצוגיות באים **במסגרת של תניות בוררות**. ענין זה חשוב משום שלגבי בוררות ישנה מדיניות רשמית של ארה"ב (ושל המדינות, או לפחות קליפורניה) לעודד בורריות. לשם כך חוקק ה-FAA, וסעיף 2 בו קובע שיש ליתן עדיפות ותוקף לתניות בוררות, כולל כאלה השוללות את הרשות לתבוע כתובענה ייצוגית או בשם קבוצה גדולה. יתרה מכך, החוק מצר (*preempts*) את זכותן של המדינות לחוקק חקיקה נוגדת.

114. בתי המשפט קבעו, שתניית איסור תובענה ייצוגית במסגרת תניית בוררות היא תניה תקפה. פסה"ד העיקרי של בית המשפט העליון של ארה"ב הוא בענין *Conception*.¹⁰⁴

א. יחד עם זאת חשוב להדגיש: כל שקבע פס"ד *Conception* הוא, שאין להפלות תניות בוררות לרעה לעומת תניות חוזיות אחרות.

ב. ב-In re McGill¹⁰⁵ ביצע בית המשפט אבחנה של ה-FAA ופסיקת *Conception* באופן הבא. לשיטת פסק הדין בענין McGill, פס"ד *Conception* **הגן על מוסד הבוררות** במובן זה, שהוא אסר על פסילת תניות **רק מפני שהן חלק מבוררות**. הוא העמיד הסכמי בוררות על אותה רמה כמו כל הסכם אחר. הוא ביקש לאמר, שאין לפגוע בהסכם רק מפני שהוא הסכם בוררות.

⁹⁷ *Gentry v. Superior Court*, 165 P.3d 556, 64 Cal.Rptr.3d 773, 795, 42 Cal.4th 443 (Cal. 2007).

⁹⁸ *Gentry v. Superior Court*, 165 P.3d 556, 64 Cal.Rptr.3d 773, 793, 42 Cal.4th 443 (Cal. 2007).

⁹⁹ *Gillespie v. Svalde Del Grande, Inc.* (Cal. App. 2015), pp. 12. **Unpublished**

¹⁰⁰ *Gillespie v. Svalde Del Grande, Inc.* (Cal. App. 2015), pp. 13. **Unpublished**

¹⁰¹ *Vargas v. Sai Monrovia B, Inc.* (Cal. App. 2015), p. 6. **Unpublished**

¹⁰² *Gillespie v. Svalde Del Grande, Inc.* (Cal. App. 2015), pp. 11. **Unpublished**

¹⁰³ *Vargas v. Sai Monrovia B, Inc.* (Cal. App. 2015), p. 6. **Unpublished**

¹⁰⁴ *AT&T Mobility LLC v. Concepcion* (2011) 563 U.S. 333, 131 S.Ct. 1740, 179 L.Ed.2d 742.

¹⁰⁵ *McGill v. Citibank, N.A.*, 2 Cal.5th 945, **961**, 393 P.3d 85, 216 Cal.Rptr.3d 627 (Cal. 2017).



- ג. פסק הדין בעניין McGill קבע עוד אבחנה חשובה, והיא האבחנה בין סוגי סעדים. מקגיל עסק בסעד של צו עשה/לא תעשה. הוא גם עסק במצב, שבו תניית הבוררות בין הצדדים שללה זכות לתביעת הסעד בשם קבוצה לא רק בבוררות אלא בכל פורום. כלומר בשום אופן לא יכול נפגע לבקש סעד עשה/לא תעשה. במקגיל נקבע, שתניה כזו נעדרת תוקף.
115. חשוב להדגיש: הסעד ב-In re McGill היה סעד לטובת הכלל ולא סעד פרטי, גם אם לתובע הפרטי יש טובת הנאה בו. המבחן הוא הנהגה העיקרי – האם התובע הפרטי הוא בעל טובת הנאה נילוות לכלל (כי הוא חלק מהציבור); או שהוא בעל טובת ההנאה העיקרי, והכלל הוא בעל טובת ההנאה הנילוות?
116. In re Gentry ופסיקה שבאה בעקבותיו¹⁰⁶ קובעים מבחנים לאכיפה של תניות ויתור על תובענות ייצוגיות. ויתור על הזכות לתבוע בתביעה ייצוגית לא ייאכף, כאשר:
- א. סכום התביעה הפוטנציאלי ליחיד נמוך. 16-36 אלף דולר נקבע כסכום נמוך.
 - ב. הויתור נעשה מתוך חשש מנקמה (למשל במצב של עובד החושש, שאם לא יחתום על ההסכם לא יקבל את העבודה או יפטר ממנה).
 - ג. הויתור נעשה בהיעדר מידע נכון לגבי הזכויות (ill-informed of their rights).
 - ד. מגבלות "עולם אמיתי" מצדיקות זאת. ב-In re Gentry דובר על עובדים מהדרג הנמוך והזול, שהויתור על התניה היה תנאי לקבלתם לעבודה.
 - ה. הויתור חד צדדי. כך למשל גם תניה "הדדית" לויתור על תובענה ייצוגית אינה באמת הדדית, כי קשה לתאר מצב בו המעסיק יגיש תביעה ייצוגית נגד העובדים.
 - ו. קיים רווח מצרפי גדול לצד הפוגע לעומת פגיעה כלכלית קטנה לצד הנפגע. (יש לציין, שמבחן זה נזכר בהקשר של טענות למרמה, אך הוא תואם למבחן הראשון ולמעשה לכל הרעיון העומד ביסוד מוסד התובענה הייצוגית: הפוגע מרוויח בצורה משמעותית מסדרה ארוכה של הפרות, שהנזק בכל אחת מהן קטן מכדי להצדיק מרדף אחר סעד)
117. יש לשים לב, שהדיון ב-In re Gentry עסק בתביעה של עובדים. לא כל המבחנים שהוחלו שם רלוונטיים במקרה שאינו שייך לתחום דיני העבודה (למשל החשש מנקמה).
118. סיכומו של ענין זה הוא, שהדין הקליפורני מכיר בתניות השוללות אפשרות להגיש תובענה ייצוגית ואוכף אותן תחת המגבלות והסייגים שהזכרתי לעיל.

ג. האם תניה המקצרת תקופת התיישנות שבחוק תיאכף בקליפורניה, והאם לצורך קיצור תקופת התיישנות נדרש מסמך נפרד?

119. תניות לקיצור תקופת ההתיישנות נבחנות אף הן באספקלריה של תניות בלתי מוסריות, ובמידה לא מבוטלת, המבחנים שזכרו לעיל חלים גם עליהן. משמעות הדבר, שהן עשויות להיות תקפות, הכל כתלות בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנדון.
120. הפסיקה בקליפורניה מאשרת תניות לקיצור תקופת ההתיישנות, ובלבד שהן סבירות. הסבירות נמדדת בראש ובראשונה במובן זה, שעומד לרשות התובע די זמן כדי לארגן בצורה מסודרת את תביעתו.¹⁰⁷ ובמקום אחר, לא רק ביחס לתביעות ביטוח, נקבע שהצדדים יכולים

¹⁰⁶ Betancourt v. Transp. Brokerage Specialists, Inc., 62 Cal.App.5th 552, 276 Cal.Rptr.3d 785, 789 (Cal. App. 2021)

¹⁰⁷ Krueger v. CSAA Ins. Servs. (Cal. App. 2021), p.



מאירי | וימיסברג | כהן-שור | אלקיים
משרד עורכי-דין ונוטריונים

להסכים על תקופת התיישנות קצרה יותר מהקבועה בחוק, ובלבד שתהיה סבירה. גם שם הסבירות נבחנה במונחים של הזמן העומד לרשותו של התובע לחקור, להשיג חומר נדרש ולהגיש את תביעתו.¹⁰⁸

121. הפרק רלוונטי ב-Code of Civil Procedure של קליפורניה הדן בתקופות התיישנות אינו כולל הוראה הדורשת, שקיצור תניית התיישנות ייעשה במסמך נפרד. לא מצאתי בחיפושי גם מקור אחר בחוק או בפסיקה המציג דרישה שכזו.

XIII. סיכום

122. השתדלתי להביא בפני בית המשפט הנכבד את הדין הקליפורני כפי שהוא רלוונטי לסוגיות העולות מבקשת האישור. חוות דעתי זו ניתנה על יסוד הנחות העבודה שהזכרתי ברישא, ואם תתגלנה עובדות חדשות ו/או נוספות, אבקש הזדמנות לעדכן את חוות דעתי בהתאם.

ניתנה היום, כ"ט טבת התשפ"ב, 02 ינואר 2022.

אדי מאירי, עו"ד
מוסמך בישראל ובניו יורק

¹⁰⁸ Baxter v. Genworth N. Am. Corp., 16 Cal.App.5th 713, 731, 224 Cal.Rptr.3d 556 (Cal. App. 2017).