

11/12/2022

לכבוד

עו"ד אביטל סומפולינסקי

המשנה ליועצת המשפטית לממשלה

הנדון: טיוטת תקנות הגנת הפרטיות (הוראות לעניין מידע שהועבר מהאזור הכלכלי האירופי), תשפ"ג-2022 – הערות המכון הישראלי למדיניות טכנולוגיה

להלן הערות המכון הישראלי למדיניות טכנולוגיה על טיוטת תקנות הגנת הפרטיות (הוראות לעניין מידע שהועבר מהאזור הכלכלי האירופי), תשפ"ג-2022 (להלן – **התקנות המוצעות**).

יצוין כי עמדתנו נבחנה הן תוך בחינת ההצעה כשלעצמה, והן ביחס לדרישות האיחוד האירופי במסגרת סעיף 45 ל-GDPR, הקובעים את התנאים להכרה בתאימות לדין האירופי המקנה היתר להעביר מידע בין האיחוד האירופי למדינות מחוצה לה, ללא צורך ביצירת הסכם ספציפי. נזכיר כי בבחינת תאימות של מדינה שלישית, אין צורך כי תהיה זהות בין ההסדרים, אולם נדרש שתהיה הגנה לכל הפחות ברמת עקרונות הליבה של ה-GDPR. כמו כן, נדרש שתהיה אכיפה ויישום בפרקטיקה, ולא רק ברמת החקיקה הלאומית. האיחוד נדרש לבחון גם מחויבות אותה מדינה לזכויות אדם, קיומה של רשות עצמאית ומתפקדת, מחויבות לארגונים בינלאומיים, והגנה על נושאי המידע מנגישות של רשויות ציבוריות למידע אישי בהקשר למעקב אחר הפרט. במסמך של קבוצת העבודה לפי סעיף 29, המאגד את העקרונות על פיהם תבחן הנציבות את מידת ההתאמה של מדינות שלישיות, ישנה התייחסות למספר נושאים, אליהם נתייחס גם במסמך זה.

הערות כלליות

1. קביעת הסדר ראשוני בחקיקת משנה
התקנות המוצעות כוללים הסדרים המצריכים לכאורה חקיקה ראשית (חובת מחיקת מידע, הגבלת החזקת מידע שאינו נחוץ, חובת דיוק מידע וחובת יידוע), וזאת רק על מידע שמקורו במדינות "האזור הכלכלי האירופאי" (להלן – **האזור**). ככל שהנכם סבורים כי ניתן לקבוע חובות כאמור בחקיקת משנה, ראוי ורצוי לקדם חובות אלו ביחס לכלל המידע עליו חלות הוראות חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן – **החוק**). החלטה כאמור הוגנת יותר במישור החוקתי, וישימה יותר ברמה הפרקטית לאור הקושי להפריד בין מידע לפי מקור המידע.

2. נטל רגולטורי שאינו פשוט ליישום
ההסדר המוצע מבחין בין זכויות הנלוות למידע שמקורו באזור, לבין מידע שמקורו בישראל או במדינות אחרות. נעיר כי בהנתן השימוש ההולך וגובר באחסון בענן, השאלה בדבר מקורו של המידע מבחינה גאוגרפית, הופך להיות מורכב עוד יותר. נדגיש כי אבחנה כזו, גם אם קל לנסח אותה בדבר חקיקה, מורכבת יותר במישור המעשי כאשר בעל מאגר מידע יצטרך לייצר סט של הוראות שונות על פי מקור המידע שבידו. הקושי מתגבר במיוחד לאור

העובדה שמשרד המשפטים נמצא בתהליכי תיקון של החוק הראשי, אשר גם בהם טמונים התאמות נוספות שיוטלו על בעלי השליטה.

3. אפליה בחקיקה

המוצע ייצור אפליה דה-פקטו ומערכת מקבילה של זכויות. מי שמידע אודותיו הגיע מהאזור, יזכה להגנה רבה יותר. ככל שניתן לעגן את החובות המוזכרים בתקנות, מוצע כי זכויות אלו יחולו על כל המידע המצוי בידי בעל מאגר מידע מכח סעיף 36(3) לחוק הגנת הפרטיות – יהיה מקור המידע אשר יהיה.

בחינת הפערים בין החקיקה הישראלית לדרישות האיחוד האירופי

ברצוננו להביא בפניך את דרישות האיחוד ממדינות מחוץ לאזור כתנאי להכרה כמדינות בהן קיים הסדר ראוי, ואת הפער בין הנדרש למצב הקיים בישראל, גם בהנחת התקנות המוצעות על ידי משרד המשפטים. מכאן כי נדמה שבמצב דברים זה ראוי להשקיע את המשאבים בתיקון הכולל הנדרש בחקיקה הישראלית – בעיקר לאור היותה ישנה, חסרה ולא הולמת את אתגרי השעה ועל מנת לקדם את הגנה המהותית החלה בדין הישראלי בתחום זה. משתיקון כאמור יקודם, ברי לנו כי גם יינתן מענה לקושי שנוצר עם הרחבת השונות בין ההסדרים החוקיים באירופה ובישראל.

נעיר כי בבחינה שערכנו לא התייחסנו לסוגיות הפרוצדורליות ויכולת האכיפה הנבחנות גם הם על ידי האיחוד, וכן לא התייחסנו להגנות שנדרשות על ידי האיחוד להגבלת התערבותם של רשויות האכיפה והבטחון הלאומי בהגנה על זכויות יסוד.

בנוגע לדרישה המקדמית של האיחוד כי הזכות לפרטיות תהיה מוגנת ברמה חוקתית, נעיר בשולי הדברים כי במקום בו ישנם שינויים צפויים ברמת ההגנה על חוק יסוד: זכויות האדם, כמו גם במקום שמתן הזכויות הנוספות מוקנה רק בחקיקת משנה (הניתנת לשינוי בקלות רבה יותר מחקיקה ראשית) – הדבר עלול להשפיע אף הוא על ההכרה בקיומה של מדיניות תואמת את ההסדר באיחוד האירופי.

למען הנוחות, הדברים מוצגים בקצרה, בטבלה. נשמח להרחיב, ככל שנדרש.

האם ישראל עומדת בנדרש – גם אם יתקבל המוצע ללא שינוי	הדרישה של האיחוד
בישראל קיים פער בנושא זה במיוחד בהגדרת המונחים "מידע" ו"מידע רגיש". הגדרת "עיבוד" אינה קיימת כלל. יצוין כי ההגדרות שנוספו בתקנות המוצעות, אינן משנות לעניין זה היות והן אינן משנות את משמעות המונחים, ככל שישנם, בחקיקה הראשית וביתר התקנות מכח החוק. בנוסף, ההסדר של החוק מבוסס על הסדרת נושא "מאגרי מידע" בעוד ההסדר ב-GDPR מבוסס על הסדרת תחום "עיבוד המידע". מכאן כי בעניין זה התקנות אינן תורמות לקידום ההכרה בתאימות.	תאימות לטרמינולוגיה של ה-GDPR, גם ברמת המונחים
אין הסדר דומה או מקביל בחקיקה הישראלית והתקנות המוצעות אינן עוסקות בנושא זה. מכאן כי בעניין זה התקנות אינן תורמות לקידום ההכרה בתאימות.	החקיקה הנבחנת מחייבת עיבוד מידע באופן חוקי, הוגן ולגיטימי

האם ישראל עומדת בנדרש – גם אם יתקבל המוצע ללא שינוי	הדרישה של האיחוד
<p><u>מידע מדויק ומעודכן</u> אין כיום הוראה המתייחסת לחובה של המידע להיות מדויק ומעודכן, אולם התקנות המוצעות מוסיפות חובה כאמור (תקנה 5). מכאן כי בעניין זה התקנות תורמות לכאורה לקידום ההכרה בתאימות.</p>	<p>המידע נדרש להיות מדויק ומעודכן, וללא מידע עודף שנאסף</p>
<p><u>מידע עודף שנאסף</u> קיימת חובה על בעל המאגר לבחון אחת לשנה שאין במאגר מידע הנשמר זמן רב מהנדרש ביחס למטרות המאגר (תקנה 2ג) <u>לתקנות הגנת הפרטיות</u> (אבטחת מידע), התשס"ז-2017), (להלן – תקנות אבטחת מידע). ככל שיש צורך ביצירת הסדר מפורט יותר כמוצע בתקנות המוצעות (תקנה 4), אנו סבורות כי מן הראוי לתקן באופן עקיף את תקנות אבטחת המידע ולא לייצר הסדר מקביל. לעניין זה נזכיר כי הדרישה האירופית היא ל"תאימות" של ההסדר ולא ל"זהות" מוחלטת. מכאן כי בעניין זה התקנות אינן יוצרות הסדר חדש, וגם אם יש בהם כדי לקדם את ההכרה בתאימות, מן הראוי לעשות זאת אגב תיקון של תקנות אבטחת המידע.</p>	<p>קיימת חובה על בעל המאגר לבחון אחת לשנה שאין במאגר מידע הנשמר זמן רב מהנדרש ביחס למטרות המאגר (תקנה 2ג) <u>לתקנות הגנת הפרטיות</u> (אבטחת מידע), התשס"ז-2017), (להלן – תקנות אבטחת מידע). ככל שיש צורך ביצירת הסדר מפורט יותר כמוצע בתקנות המוצעות (תקנה 4), אנו סבורות כי מן הראוי לתקן באופן עקיף את תקנות אבטחת המידע ולא לייצר הסדר מקביל. לעניין זה נזכיר כי הדרישה האירופית היא ל"תאימות" של ההסדר ולא ל"זהות" מוחלטת.</p>
<p>אין כיום הוראה דומה בחוק, אולם נדמה כי בפרשנות סבירה מקום שבו המידע אינו נחוץ עוד, הרי מדובר ב"מידע עודף", עליו חלות הוראות תקנה 2ג) לתקנות אבטחת המידע במפורט בסעיף הקודם. מכאן כי בעניין זה התקנות אינן יוצרות הסדר חדש, וגם אם יש בהם כדי לקדם את ההכרה בתאימות, מן הראוי לעשות זאת אגב תיקון של תקנות אבטחת המידע.</p>	<p>נדרש כי המידע לא יישמר מעבר לנדרש</p>
<p>תקנות אבטחת המידע מספקות משטר חוקי ראוי בעניין זה. מכאן כי בעניין זה נדמה שהחקיקה הקיימת עונה על הצורך, גם ללא התקנות המוצעות.</p>	<p>על בעל השליטה לדאוג לאבטחת המידע ולשמירת הסודיות בו</p>
<p>החוק הישראלי קובע חובת יידוע מצומצמת מזו הקיימת באיחוד (סעיף 11 לחוק). בעניין זה התקנות המוצעות, שראוי היה להביא אותם בהסדר חקיקה ראשי, מצמצמים את הפער בין המצב המשפטי באיחוד לזה שב ישראל, רק ביחס למידע המגיע מהאזור הכלכלי האירופי. מכאן כי בעניין זה התקנות תורמות לכאורה לקידום ההכרה בתאימות.</p>	<p>שקיפות: נושא מידע יהיה מיועד על האלמנטים המרכזיים של העיבוד ובהם: מטרת העיבוד, זהות בעל השליטה וזכויות נושא המידע.</p>
<p><u>עיון ותיקון</u> הזכות לעיון ולתקן מידע קיימת בחוק הישראלי (סעיפים 13-14 לחוק). מכאן כי בעניין זה נדמה שהחקיקה הקיימת עונה על הצורך, גם ללא התקנות המוצעות.</p>	<p>זכויות: יש להבטיח כי לנושא המידע יהיה זכות לעיון, לתקן, למחוק ולהתנגד לעיבוד מידע אודותיו. מימוש זכויות אלו אמור להתבצע באופן שאינו מסורבל עבור נושא המידע</p>
<p><u>מחיקה</u> אין כיום הוראה המתייחסת לחובת מחיקת מידע, למעט האמור לגבי מידע עודף בתקנות אבטחת המידע, אולם התקנות המוצעות מוסיפות חובה כאמור (תקנה 3). מכאן כי בעניין זה התקנות תורמות לכאורה לקידום ההכרה בתאימות.</p>	<p>זכויות: יש להבטיח כי לנושא המידע יהיה זכות לעיון, לתקן, למחוק ולהתנגד לעיבוד מידע אודותיו. מימוש זכויות אלו אמור להתבצע באופן שאינו מסורבל עבור נושא המידע</p>
<p><u>התנגדות לעיבוד מידע</u> אין כיום הוראה המתייחסת לזכות של נושא המידע להתנגד לעיבוד מידע אודותיו, והתקנות המוצעות אינן מוסיפות חובה כאמור. מכאן כי בעניין זה התקנות אינן משנות את המצב הקיים ולא תורמות לכאורה לקידום ההכרה בתאימות.</p>	<p>התנגדות לעיבוד מידע</p>

האם ישראל עומדת בנדרש – גם אם יתקבל המוצע ללא שינוי	הדרישה של האיחוד
<p><u>דרך מימוש הזכויות</u> אין כיום הוראה המתייחסת לחובות של בעל מאגר ביחס לדרך מימוש הזכויות של נושא המידע, והתקנות המוצעות אינן מוסיפות הסדר בנושא זה. מכאן כי בעניין זה התקנות לכאורה אינן משנות את המצב הקיים ולא תורמות לכאורה לקידום ההכרה בתאימות.</p>	
<p>תקנות הגנת הפרטיות (העברת מידע אל מאגרי מידע שמחוץ לגבולות המדינה), תשס"א-2001 מחייבות כי העברת מידע על מדינה אחרת, תתבצע בתנאי שהמדינה תואמת את הדין הישראלי. עם זאת, מכיוון שהתקנות המוצעות מציעות הסדר משפטי מחמיר יותר ביחס למידע שמקורו באזור הכלכלי האירופי, העברת מידע שמקורו באזור זה, שעבר דרך ישראל, לא דורש את אותה מידת הקפדה בהעברת המידע למדינה נוספת היות וההעברה השנייה מקורה בישראל ולא במדינות האזור. מכאן כי בעניין זה התקנות אינן משנות את המצב הקיים ולא תורמות לכאורה לקידום ההכרה בתאימות.</p>	<p>יש להבטיח כי העברת מידע לגורם אחר על ידי המדינה השלישית, תהיה אף היא כפופה לכללים</p>
<p>אין כיום הוראה המתייחסת לאמצעי הגנה מיוחדים ביחס ל"מידע רגיש" למעט חובת הרישום. בתיקון 14 יש כוונה כי "מידע רגיש" יהיה רלוונטי לעניין גובה העיצומים שניתן יהיה להטיל. בתקנות המוצעות מוצע להרחיב את הגדרת "מידע רגיש", מבלי שהתקנות עצמן עושות שימוש במינוח זה. ההרחבה נועדה להרחיב את הגדרת "מידע רגיש" ביחס לסעיף 7 אשר לו נפקות כיום רק לעניין הרישום. מעבר לעובדה שאין באמור כדי לתרום לדרישה באיחוד, הדבר אף עלול להזיק בפרשנות של הוראות החוק כי מכאן משתמע כי "מוצאו של אדם" והשתייכותו לארגון עובדים אינו מידע רגיש. מכאן כי בעניין זה התקנות אינן משנות את המצב הקיים ולא תורמות לכאורה לקידום ההכרה בתאימות.</p>	<p>קיומם של אמצעי הגנה נוספים במקום בו מתבצע עיבוד מידע רגיש (כגון הסכמה מפורשת ואמצעי אבטחה מחמירים)</p>
<p>סעיפים 17(ב)-(ג) לחוק מאפשרים התנגדות של נושא מידע לשימוש במידע אודותיו במאגר המשמש לשירותי דיוור ישיר, וכן דרישה למחיקתו. ביחס לדיוור ישיר, אין הוראה דומה. אולם, קיימת הנחיית רשם מאגרי המידע 2/2017 בעניין זה המכירה בצורך לקבל הסכמה כחלק מדרישת צמידות המטרה גם בנושא דיוור ישיר (לעתים כ-Opt-Out). מכאן כי בעניין זה נדמה שהחקיקה הקיימת עונה על הצורך, גם ללא התקנות המוצעות.</p>	<p>אפשרות להתנגד לעיבוד מידע לצורך דיוור ישיר</p>
<p>אין כיום הוראה המתייחסת לחובות של בעל מאגר במקום בו מתקבלות החלטות על בסיס עיבוד מידע אוטומטי, והתקנות המוצעות אינן מוסיפות הסדר בנושא זה. מכאן כי בעניין זה התקנות אינן משנות את המצב הקיים ולא תורמות לכאורה לקידום ההכרה בתאימות.</p>	<p>חובות ייחודיות במקום בו מתקבלות החלטות על בסיס עיבוד מידע אוטומטי</p>

נוסף על ההערות הכלליות להלן מספר הערות פרטניות על הנוסח המוצע –

1. החוק הישראלי עוסק כולו ב"מאגר מידע" ובחובות על ניהולו. תיקון מס' 14 אינו מציע לשנות תפיסה זו. אנו סבורות שראוי לאמץ את התפיסה האירופאית העוסקת ב"מידע" כשלעצמו, אולם כל עוד זה לא נעשה, תחולה של תקנות ספציפיות לפי מקור המידע, מייצר בלבול נוסף וחוסר קוהרנטי רגולטורי אל מול השוק. מכאן כי ככל שיש בכוונת משרד המשפטים לקדם תקנות אלו, לכל הפחות יש להחילן על "מאגר מידע" המצוי בו מידע שמקורו באזור. הצעה כאמור תואמת ממילא את האופן בו יש להניח שיפעלו בעלי מאגרים – מכיוון שההשקעה באבחנה בדבר מקור המידע אינו פשוט ונוח למימוש.
2. לא הוגדר מהו "מאגר מידע בישראל" ומהו מידע "אשר הועבר מהאזור הכלכלי האירופי". בעידן של אחסון בענן מיקומו הפיזי של המידע אינו ודאי. בנוסף, חברות הפועלות מישראל עשויות להיות רשומות כחברות במדינה אחרת. לפיכך כי יש לחדד את ההגדרות בתקנות המוצעות על מנת לייצר ודאות בשוק.
3. בתקנה 3(א)(1) נקבע כי בעל מאגר מידע נדרש למחוק מידע לבקשת נושא מידע מקום בו המידע נתקבל בניגוד לדין או שהשימוש בו מנוגד לדין. יש להניח כי משרד המשפטים אינו סבור כי בעל מאגר רשאי להחזיק מידע שנתקבל או נעשה בו שימוש באופן בלתי חוקי, גם אם מקור המידע הוא בישראל. קביעת הוראה כאמור רק ביחס למי שמידע אודותיו הגיע מהאזור עשוי ליצור פרשנות – שיש להניח כי לא אליה התכוון משרד המשפטים - והיא שביחס למידע שהתקבל שלא מהאזור, ניתן לאסוף אותו ולעשות בו שימוש שלא כדין, ונושא המידע אינו זכאי לדרוש את מחיקת המידע.
4. בתקנה 3(ב)(4) המוצעת, יש להניח כי אתם מבקשים להכיר רק בשימוש של גביית חובות בדן, על כן מוצע להוסיף בסייפא את המילה "כדין".
5. תקנה 3(ב) – יש לחייב את בעל המאגר ליידיע את נושא המידע בכתב, על כן מוצע להוסיף לאחר המילים "בעל מאגר מידע יודיע" את המילה "בכתב".
6. תקנה 7 – כאמור להלן, לא ברור מה הנפקות הממשית של ההצעה להרחיב את המונח "מידע רגיש" בהינתן שהמונח, למעט ההגדרה, אינו מופיע כלל בתקנות המוצעות. ככל שהכוונה היא לשנות את המשמעות של מונח זה בחקיקה הראשית, כפי שמשמע מהתיקון, הדרך הנדרשת לעשות זאת היא אגב תיקון חקיקה ראשית. המעקף המוצע על ידי משרד המשפטים אינו ברור מבחינת ההסמכה החוקית לעשות כן, כמו גם התכלית בתיקון המוצע המרחיב דה פקטו רק את חובת הרישום. בנוסף, מכלל ההרחבה עלול להשתמע כי מוצא והשתייכות לארגון עובדים אינו מידע רגיש בהכרח ביחס למידע שמקורו אינו מהאזור, נושא שלכל הפחות היה במחלוקת אגב הדיונים בתיקון מס' 14 בפני ועדת חוקה, חוק ומשפט, וטרם הוכרע בו.

לאור האמור לעיל נודה אם תשקלו האם נכון לקדם לעת הזו תקנות חלקיות המייצרות קושי יישומי בשוק, ומשמרות משטר פרטיות מיושן ולא מספק. אנו מציעות כי המאמצים שיתפנו יוקדשו לתיקון הכולל הנדרש בחוק הגנת הפרטיות כפי שהובטח מלכתחילה לאיחוד האירופי, עת ישראל הוכרה לראשונה כתואמת את ההסדר האירופי לפי כעשור.

בברכה,



עו"ד רבקי דב"ש

עמיתה בכירה

העתק:

עו"ד גלעד סממה, ראש הרשות להגנת הפרטיות

עו"ד איל זנדברג, ראש תחום, מחלקת ייעוץ וחקיקה (ציבורי-חוקתי)