

יח' אדר, תשפ"ה
18 במרץ, 2025

גילוי דעת בנושא דרישת ההסכמה בחוק הגנת הפרטיות – הערות FPF ישראל

עו"ד רבקי דב"ש, עמיתה בכירה, המכון הישראלי למדיניות טכנולוגיה

ב-24/2/2025, פרסמה הרשות להגנת הפרטיות (להלן – הרשות) "[גילוי דעת בנושא דיני הגנת הפרטיות](#)" כטייטה להערות הציבור (להלן – הטייטה). להלן הערות המכון הישראלי למדיניות טכנולוגיה – FPF ישראל, על הטייטה המוצעת.

1 - כללי

הטייטה מבקשת להבהיר את הפרשנות המשפטית של הרשות ביחס לפרשנות של מונח "הסכמה" בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן – החוק). פרשנות זו תשמש את הרשות לצורך הפעלת סמכויותיה – שהחל מחודש אוגוסט 2025 יתרחבו באופן ניכר לאור כניסתו של תיקון 13 לחוק לתוקף.

נוסף על הפגיעה בפרטיות המותרת כאשר היא נעשית מכוח הוראות הדין, העוגן המרכזי לעיבוד מידע בישראל הוא הסכמתו של האדם לעיבוד מידע אודותיו. בכך נבדלת ישראל ממדינות רבות בעולם המערבי, אשר פעלו בעבר לפי הסדר דומה לזה הקיים בישראל, אך עם הזמן אימצו מודלים רחבים יותר. במדינות אלו, לצד עיקרון ההסכמה, מוכרים גם עוגנים נוספים המאפשרים עיבוד מידע ללא צורך בהסכמה מפורשת, לדוגמא כאשר העיבוד נחוץ לשם שמירה על אינטרסים לגיטימיים של בעל השליטה או צד שלישי, להגנה על אינטרסים חיוניים של נושא המידע או של אדם אחר, כאשר העיבוד נדרש מטעמים של אינטרס ציבורי וכדומה.

כיום ישנה מורכבת בקבלת הסכמה אמיתית מדעת (כנדרש בחוק) לאור ההתפתחויות הטכנולוגיות, כפי שאף מוצג בטייטה שהציגה הרשות. המורכבות קשורה להיקף עיבוד המידע, תדירות העיבוד כאמור, והקושי לפרט את כלל הפעולות בפני נושא המידע באופן שיהיה בהיר ומובן לנושא המידע. נתון זה אף הוא מחזק את הצורך בפיתוח עוגנים נוספים נוספים על הסכמה והיתר מכח הדין.

מיותר לציין כי הברח הוא לקדם תיקון חקיקה הכולל עוגנים נוספים בחוק הגנת הפרטיות על מנת לצמצם את הפער, ככל שניתן, בין הזירה הטכנולוגית הקיימת לזירה שתאפשר אסדרה אמיתית של

העיבוד הלגיטימי של מידע אישי. בהעדר חקיקה כאמור, מוצע למצוא פרשנות משפטית המאפשרת, ככל שניתן, לייצר פרשנות מקיימת התואמת יותר את אתגרי השעה ואת האסדרה המובילה בתחום.

ככלל יצוין כי הסתמכות חוקית על עוגנים לעיבוד מידע שאינם הסכמה, מטילים נטל גדול יותר על מעבד המידע לוודא כי עמד בביצוע הוראות החוק, בעוד שימוש בהסכמה של המשתמש יכול להיות מתן אישור לפעילות שמלכתחילה ניתן היה לבצע אותה באופן פחות פוגעני בפרטיות. לאור פערי הכוחות והידע בין הצדדים, יש יתרונות רבים בהעדפה של הטלת הנטל לעיבוד מידע חוקי על בעל השליטה. העברת הנטל על מעבד המידע יש בה כדי להתמודד גם עם תופעת "עייפות ההסכמה" (consent fatigue). עייפות ההסכמה מתייחסת לתוצאה הנגרמת מריבוי בקשות להסכמה בתחום עיבוד המידע האישי, באופן המוביל למתן הסכמה כמעט באופן אוטומטי, מבלי לעיין במשמעותה ובתנאיה.

בהערות המכון נבקש להציע לבחון הבנייה משפטית אשר תאפשר יצירת פרשנות מקיימת המכירה בהתנהלות לגיטימית של עיבוד מידע על בסיסים נוספים להסכמה, בהתבסס על סעיף ההגנות בחוק כמו גם על ההכרה בישראל כי הסכמה יכולה להנתן מכללא. מתוך הצגת פרשנות תכליתית כאמור, אנו מציעים לשרטט את אותם אזורים בהם נדרשת הסכמה, באופן שמאפשר פתרון יישומי לניהול מאגרי מידע בעידן דיגיטלי מורכב, ובתקווה כי הסכמה כאמור תתבקש במקומות שיש ערך מוסף להסכמה כאמור.

בסיום, נציין מספר הערות נקודתיות על האמור בטיטה.

2 - הבנייה משפטית של עיבוד מידע לגיטימי שאינו מבוסס הסכמה

סעיף ההגנות בחוק הגנת הפרטיות (סעיף 18) יכול להוות עוגן לפרשנות מקיימת שתאפשר הכרה בפעילות לגיטימית, כמקובל במדינות מערביות אחרות ביחס לגופים פרטיים. ויובהר, דרך המלך מלכתחילה היא לקדם תיקון חקיקה המכיר בעוגנים אלו. אולם, עד לקידום חקיקה בתחום זה, מוצע לעודד פרשנות מקיימת אשר תהיה מותאמת יותר לאתגרי השעה. כאמור בהערת השוליים הראשונה לטיטה, בית המשפט העליון סייג את ההסתמכות של רשות מינהלית להסתמך על סעיף ההגנה כמקור סמכות מכח עקרון החוקיות. עם זאת, דברים אלו אינם תקפים ביחס לגורם פרטי.

סעיף 18(2) לחוק מונה מספר סיטואציות בהן אם אדם פגע בפרטיות אחר, תהיה לו הגנה טובה בהליך אזרחי ופלילי, ועם כניסתו של תיקון 13 לתוקף, גם בהליך מינהלי. בין היתר נקבע כי תהא זו הגנה טובה על הפוגע בפרטיות אם האדם פעל בתום לב במקום בו –

1. ישנן נסיבות שהטילו "חובה חוקית, מוסרית, חברתית או מקצועית" לפעולה על בעל השליטה (הפוגע) (ס"ק (ב));
2. "הפגיעה נעשתה תוך ביצוע עיסוקו של הפוגע כדין ובמהלך עבודתו הרגיל" ובתנאי שהמעשה אינו כולל פרסום המידע לרבים (ס"ק (ד)).

יוער כי איננו מציעים להסתמך על ההגנה בס"ק (ג) המתייחסת לפגיעה "[ש]נעשתה לשם הגנה על ענין אישי כשר של הפוגע", מהטעם שזו הגנה עמומה מדי וייקשה להנתן לה פרשנות מדויקת המאפשרת הסתמכות ברמת ודאות מספקת.

בנוסף, סעיף 18(3) מגן על פגיעה לצורך הגנה על "ענין ציבורי המצדיק אותה בנסיבות הענין, ובלבד שאם היתה הפגיעה בדרך של פרסום – הפרסום לא היה כוזב."

מוצע כי הרשות תציין כי אין בכוונתה לנקוט בהליכים מינהליים במקום בו בעל השליטה ביסס קיומה של הגנה מכח החוק, למעט אם מדובר ברשויות ציבוריות הנדרשות להסמכה מפורשת בחוק לפעילותן. נדמה כי במקום בו ישנה טענת הגנה טובה בכלל ההליכים המשפטיים בפני ערכאה שיפוטית, קל וחומר כי טענה כאמור תהיה תקפה גם ביחס להליך מינהלי במסגרת סמכויותיה של רשות מינהלית. בנוסף, אי הבהירות שעדיין קיימת ביחס לחובות המהותיים מכח החוק, כמו גם מהפעלת סנקציות מנהליות לראשונה, מצדיקות פרשנות מקלה עם הציבור.

אם נעיין בעוגנים שנקבעו ב-GDPR, כמו גם במדינות מזרח אסיה¹, נראה כי רבים מהם חוסים תחת אחת מן ההגנות. לדוגמא –

1. ההצדקה לעיבוד מידע הכרחי לצורך עמידה בחובה משפטית אליה כפוף בעל השליטה (GDPR 6(1)(c)) המתקיים ברגולציות מזרח אסיה, חוסים תחת קיומה של חובה חוקית כאמור בסעיף 18(2)(ב).
2. העוגן של עיבוד הכרחי לביצוע חוזה (GDPR 6(1)(b)) הקיים גם ברגולציות מזרח אסיה, חוסה תחת ההגנה בסעיף 18(2)(ד).
3. הצורך להגן על אינטרסים חיוניים של הפרט או הציבור (GDPR 6(1)(d), 6(1)(e)), וברגולציות מזרח אסיה הכרה בעיבוד מידע לצורך בריאות ובטיחות הציבור, חוסה תחת ההגנה בסעיף 18(3) לחוק.

¹ עמיתיי מסניף FPF – APAC פרסמו [סקירה](#) אודות העוגנים החוקיים לעיבוד מידע ב-14 מדינות במזרח אסיה. רבות ממדינות אלו, יצרו עוגנים כאמור לאחר משטר שהתבסס שנים רבות על הסכמה כעוגן יחיד או מרכזי. בבחינת העוגנים ישנם מספר עוגנים שחזרו על עצמם בחמש מדינות או יותר, באופן החופף בצורה מסוימת את ההסדר הקיים ב-GDPR, ואליהם אני מתייחסת במסמך זה.

ונדייק, מבחני הסבירות והמידתיות משולבים בביסוס נטל ההוכחה ביחס להגנות המבוססות על "תום הלב" כאמור בסעיף 20 לחוק. בכך, מותאמים החובות לפעול בסבירות ובמידתיות בהסתמך על אחת ההגנות, תוך הכרה בצורך של בעל השליטה לצמצם את הפגיעה ככל שניתן.

מכאן כי מוצע לרשות לשלב בהנחייה אודות סעיף ההסכמה פרשנות מקיימת המאפשרת הסתמכות על סעיף ההגנות, תוך הפנייה באופן ספציפי לסעיפים 18(2)(ב), (ד) ו-18(3), באופן שיזקק את המקרים בהם מתאים וראוי להסתמך על הסכמה באופן שתהיה הסכמה אמיתית.

3 - הערות נקודתיות על המוצע בטיוטה

להלן מספר הערות נקודתיות על הפרשנות המוצעת בטיוטה -

1. הטיוטה כוללת סקירה של פסיקה רחבה, אשר רובה מדגימה הכרעות ביחס לקבלת הסכמה בתחום "הפרטיות הקלאסית" ולא בתחום "מאגרי המידע". החוק הישראלי הכולל את הסדרת שני התחומים, מפנה להגדרה אחת זהה. עם זאת, הדילמות הנובעות מניהול הסכמות בתחום מאגרי מידע, בוודאי כאשר מדובר במאגרים עשירים מבחינת כמות נושאי המידע בהם ואיכויות יכולות עיבוד המידע, מורכבת מהמוצג ברבים מפסקי הדין העוסקים בפרטיות קלאסית.
2. בסעיף 7 לטיוטה הנכם מתייחסים לנוסח החוק בנושא צמידות המטרה הקיים. עם זאת, בהנתן שינוי הנוסח שייכנס לתוקפו באוגוסט הקרוב עם כניסתו של תיקון 13 לתוקף, ראוי להתייחס לנוסח החדש המתייחס לעיבוד מידע "למטרת המאגר שנקבעה לו כדיון". לדעתנו הנוסח החדש יש בו אף לחזק את היכולת להעמיד פרשנות מקיימת כמוצע למעלה.
3. ביחס לסעיפים 16 – 18 בטיוטה, נראה שיש עמימות בין האלמנטים השונים של הנגשה של תנאי ההסכמה לבין הצורך שתנאים אלו ייכתבו בצורה בהירה ומובנת. הנגשה צריכה להתייחס לאלמנטים פיזים-ויזואליים, והבנה נדרשת להתייחס לתוכן, לאופן הניסוח ולפירוט בתנאי ההסכמה.
4. בדוגמא המובאת בחלק הממוסגר בסעיף 16 נאמר כי ביחס לאפליקציות המכוונות לאוכלוסיית ליקויי הלמידה "יש להציג את המידע הרלוונטי ... **ככל הניתן** באופן שיהיה נגיש עבורם..." (ההדגשה איננה במקור – ר.ד.). דרישת ההנגשה המותאמת לקהל הרלוונטי, חיונית כתנאי מקדמי על מנת לאפשר קיומה של הסכמה מדעת הנדרש מכח החוק.

5. בסעיף 24 הנכם מתייחסים לקושי להסתמך על הסכמה מדעת הניתנת במקום בו ישנם פערי כוחות בין בעל השליטה לנושא המידע. בכל הדוגמאות שניתנו על ידכם, הצגתם מקרים בהם פערי הכוחות יפסלו את ההסכמה. מוצע להציג גם סיטואציות בהן תכירו בהסכמה על אף פערי הכוחות, אחרת מהדברים משתמע כי לא ניתן יהיה להכיר בהסכמה כאמור כלל.
6. בסעיף 26 מוצע להתייחס ישירות לחובת בעל השליטה, לקבוע שימושים שעומדים במבחני הסבירות והמידתיות כנדרש מכח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהזכות לפרטיות מעוגנת בו. לעניין זה יוער כי ההסתייגות המצוינת בסעיף 29 לטיוטה בה משתמע שרק מעביד ציבורי מחויב לדרישת המידתיות, אינה הפרשנות הנכונה בישראל בהנתן שגם המגזר הפרטי מחויב לחוק היסוד.
7. מוצע לנסח את סעיף 34 על דרך החיוב, כפי שאף נעשה בפסקי הדין הרלוונטיים, כך שיוגדר כי קיים גם מרחב פרטי בין בני זוג, הנבחן על פי הנסיבות הקונקרטיות.
8. בסעיף 36 מצוין כי "גם במקרים בהם הסתמכות על הסכמה מכללא היא אפשרית, רצוי שלא להסתפק בהסכמה שכזו, אלא לפנות לאדם לקבלת הסכמתו המפורשת". פרשנות משפטית כאמור המובאת בשם הרגולטור, מייצרת נטל כבד על בעלי השליטה וחותר להסכמה מפורשת על אף שהחוק מכיר באפשרות ההסכמה מכללא, ועל אף שבפעילות השוטפת גם למבקש יש אינטרס להכיר בהסכמה מכללא. לדוגמא, כאשר אדם נרשם כמנוי למועדון, יש הסכמה מכללא לשמירת פרטיו האישיים לצורך זיהויו, ואין להכביד עליו ועל בעל השליטה לבקש הסכמה מפורשת על כל היבט משתמע מעצם ההסכמה להיות מנוי.
9. בסעיף 41 הרשות מציינת כי רצוי לעשות שימוש במנגנון Opt-In במקום בו מתבקש מידע אישי שאינו נדרש למתן השירות. נוסח זה אינו מייצר בהירות ביחס לפרשנות המשפטית המקובלת על הרשות, כפי שהטיוטה מבקשת לעשות. כמו כן, בסעיף 42 יש ניסוח עמום המרחיב את הציפייה אף יותר באופן שבמעט מאיין את השימוש במנגנון זה. על פי הטיוטה "גם במקרים אחרים שאינם נוגעים להסכמה המאפשרת פגיעה בפרטיות לפי סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, ואשר בהם ניתן לעיתים להסתפק בהעדר התנגדות - לא תמיד ניתן להסתפק בהעדר ההתנגדות של אדם, ועל מבקש המידע לפנות בבקשה לקבלת הסכמה אקטיבית".
10. ביחס לפרשנות הפסיקה מכח חוק חופש המידע יש לדייק. בית המשפט העליון קבע כי אי מתן מענה לפנייה לצד ג' בסוגיות של פרטיות, כמוהו **כהתנגדות** למסירת המידע (ומכאן

התפיסה כי נדרש מנגנון Opt-In כמצוין בטיוטה). עם זאת לא "נדרשת הסכמתו האקטיבית של נושא המידע לצורך מסירת המידע", כאמור בטיוטה, מכיוון שההחלטה על מסירת מידע כאמור נתונה לשיקולה של הרשות הציבורית ועל כן היא רשאית למסור מידע מכח חוק חופש המידע גם במקום בו נושא המידע התנגד לו, בהתבסס על ההגנות המנויות בסעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות.

11. בסעיף 43 הנכם מציינים כי רק **במקרים מסוימים** הסכמה לפרטיות עשויה לכלול גם את הזכות לחזור מהסכמה. נדמה כי נכון יותר לנסח את הכלל ככזה המאפשר לאדם לחזור בו מההסכמה, תוך פירוט המקרים או הנסיבות בהן לא נכון יהיה להכיר בחזרה מהסכמה של נושא מידע. כמו כן, כדי לפתח את ההשלכות של חזרה מהסכמה כאמור על בעל השליטה ועל השימוש במידע ועיבודו מכאן והלאה, כמו גם על חובתו ליידע על חזרה מההסכמה ככל שעיבוד המידע כלל העברתו לצדדים שלישיים.

12. בסעיף 58 הנכם מנסחים כלל מוחלט בו הסכמה למטרה אחת, אינו מתיר שימוש למטרה אחרת. עם זאת, לעתים יש מטרות הקשורות זו לזו, כגון אדם שרכש ביטוח, ובעת אירוע ביטוחי, החברה עשויה להדרש לעשות שימוש במידע אודותיו כדי להמנע מהונאות ביטוח. כמו כן, ייתכן שיידרש ביצוע מחקר, או סטטיסטיקות לצורך שיפור השירות. האם הציפייה היא שעל כל פעולה כזו תתבקש הסכמה חדשה?

13. בסעיף 60 הטיוטה מפנה לסעיף 44-45 כסעיפים המתייחסים להסכמה שאיננה הדירה. עם זאת, פסקי הדין המובאים בפסקאות אלו מתייחסים דווקא להסכמה הדירה.

4 - סיכום

לסיכום אנו מבקשים להדגיש שוב את החשיבות לטעמנו בקידום תיקון חקיקה אשר ישלב עוגנים חוקיים נוספים בחוק הגנת הפרטיות הישראלי.

עד לתיקון חקיקה כאמור, אנו מציעים כי אגב הפרשנות של חובת ההסכמה, תפתח הרשות תפיסה פרשנית מקיימת, המאפשרת להכיר בעוגנים חוקיים נוספים על בסיס ההכרה בחקיקה בישראל בהסכמה מכללא ועל בסיס סעיף ההגנות. העדר פרשנות כאמור מכבידה על השוק באופן שאין בו בהכרח לייצר מרחב מוגן יותר מבחינת הפרטיות, אלא מרחב בו גובר הצורך במתן הסכמות באופן תדיר, באופן שעשוי לייצר עייפות מהדרישה כאמור, ולהוביל לאישור הסכמות באופן אוטומטי.