

י"ב באב, תש"ף

30 ביולי, 2020

לכבוד

עו"ד רז נזרי

המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ציבורי-חוקתי)

הערות "פרטיות ישראל" (ע"ר) על תזכיר חוק הגנת הפרטיות

1. ב-23 ביולי 2020, פורסם באתר התזכירים הממשלתי תזכיר חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס') (הגדרות וצמצום חובת הרישום, התש"ף-2020 (להלן - התזכיר). כמובהר בשם התזכיר ובדברי ההסבר, התיקון לחוק מתמקד בתיקון, בדיוק ובהוספת הגדרות, וכן בצמצום של חובת הרישום. מטרתם של שינויים אלה היא להקטין את הפער הקיים בין ההסדרה המיושנת המעוגנת בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן - החוק), שמקורו בתחילת שנות השמונים, אל מול המציאות הקיימת. כמו כן, מנסה התזכיר לקדם את החקיקה ולהתאימה להסדר האירופי כפי שהוסדר ב-GDPR.
2. כפי שצינו במכתבנו מיום 18 ביולי 2020 לשר המשפטים וליועץ המשפטי לממשלה בעקבות פסק הדין של בית הדין האירופי לצדק בעניין Schrems II, יש להאיץ ולקדם חקיקה שתהא תואמת את החקיקה האירופית באופן שלא יפגע ביחסי המסחר ובשיתופי פעולה אחרים בין ישראל למדינות האיחוד.
3. אנו מברכים על קידום החקיקה, בבחינת מוטב מאוחר מאשר כלל לא, אולם בתזכיר המוצע אין די, והוא בבחינת מעט מדי. לראיתנו, תיקון החוק צריך להישען על ארבעה אדנים משולבים: חיזוק הזכויות של נושאי המידע, העלאה של רף החובות שמוטלות על בעלי השליטה במאגרים ומחזיקיהם (על אלה - בהמשך), שיפור ניכר ביכולות האכיפה (הציבוריות - באמצעות הרשות להגנת הפרטיות, ובדרך של ביסוס האפשרות לתביעה ייצוגית, הארכת תקופת ההתיישנות, ועוד), והקלת העול הרגולטורי על עסקים מבוססי-מידע. התזכיר הנוכחי פועל מעט לחיזוק הזכויות (בעיקר בהרחבת ההגדרה של "מידע"), ובאופן הרביעי, במידת מה כפי שנסביר בהמשך, אולם מחמיץ את האדנים האחרים.
4. התזכיר אינו מספק ויש בו אף הוראות המבקשות לעגן כעת בחקיקה המלצות מלפני 13 שנה (המלצות [הצוות לבחינת החקיקה בתחום מאגרי מידע](#) מיום 21.1.2007, להלן "דוח שופמן"), וזאת על אף שהזירה נשתנתה רבות מאז.
5. אנו תקווה כי יושקעו מאמצים רבים בקידום הסדרה חוקית רחבה שתהא בה בשורה וחיזוק דרוש של הזכות החוקתית לפרטיות בישראל, ומענה משמעותי הן לאתגרי הקידמה והן לצורך בהסדרה נורמטיבית שלא תפגע במעמדה של ישראל כמדינה התואמת (adequate) את ההסדר באיחוד האירופי, אשר הושג בעמל רב.
6. מן הכלל אל הפרט. בכפוף להערותינו הכלליות, להלן הערותינו הספציפיות על הנוסח המוצע.

הגדרת "מחזיק"

7. בדברי ההסבר מובהר כי הצורך, המוצדק לטעמנו, בשינוי הגדרת "המחזיק" נועד לחדד את ההבחנה בין בעל מאגר **למורשה גישה** באופן שיבהיר את הניתוק בין מבחן ההחזקה בפועל של עותק מהמאגר, וכן יבהיר את האחריות המוטלת על בעל הרשאות למאגר, כפי שאף בא לידי ביטוי, כדברייכם, בתקנה 15 לתקנות הגנת הפרטיות (אבטחת מידע), התשע"ז 2017 (להלן - תקנות אבטחת המידע). שימור המונח "מחזיק" על פני "מעבד" (תרגום המונח המקביל ב-GDPR ל-"processor"), **מייצר זיקה להחזקה בפועל** גם אם ההגדרה משתנה, ועל כן מוצע להשתמש במונח התואם את ההגדרה ואת ההסדר באיחוד האירופי.
8. יש להגדיר כ"מעבד" גם מי שביצע התקשרות עם בעל מאגר **שלא למתן שירות**, כגון אגב מיזם שנעשה בשיתוף מספר גורמים. מיזם כזה יכול שיהיה עסקי, ממשלתי או מחקרי-אקדמאי. המבחן הקובע הנדרש הוא האם גורם שאינו בעל המאגר קיבל הרשאת שימוש במידע או במאגר, ועל כן מוצע למחוק את המילים "למתן שירות".
9. מאחר שהגדרת "שימוש" כוללת גם אחסון, ובהנחה שכוונת משרד המשפטים להותיר את חובות המחזיק גם על גורם המאחסן את **מאגר המידע** גם אם לא ניתנה לו **הרשאה למידע**, מוצע להוסיף לאחר המילים "לעשות שימוש", את המילים "במאגר מידע".
10. בהגדרה המוצעת, עובדיו של בעל המאגר עלולים גם הם לענות על הגדרת "מחזיק" כמי שמתקשרים עמו למתן שירות. לאור החובות המוטלות על מחזיק בחקיקה ובתקנות אבטחת המידע, מוצע לעשות אחד מן השניים - להוציא מן ההגדרה את עובדיו של בעל המאגר או לדייק מה מבין חובותיו של "המחזיק" יחולו על עובדי בעל המאגר.

הגדרת "בעל מאגר"

11. יש לחדד בהגדרה, האם הנכם מכוונים למי שהוא בעל הסמכות לקבוע את מטרות עיבוד המידע, או מי שקובע בפועל. לדוגמא, האם כאשר מפלגה נעזרת בחברה חיצונית לניהול פנקס הבחורים מטעמה, והחברה מגדירה את מטרות האיסוף והשימוש במאגר, מי יהיה בעל המאגר על פי לשון החקיקה? אנו מציעים שבמקום המילה "שקובע" יבוא "שמוסמך לקבוע".
12. ההגדרה "בעל המאגר" נשענת על הגדרת "Controller" ב-GDPR.
- 12.1. הגדרת ה- Controller ב-GDPR מתייחסת למי שקובע את מטרות עיבוד המידע והאמצעים לכך. משום מה נשמטה הדרישה לקביעת האמצעים לעיבוד המידע מההגדרה בתזכיר והיות שהכוונה המובהקת בתיקון ההגדרה היא להלום את מקבילתה האירופאית, אנו סבורים שיש להוסיף גם דרישה זו. מוצע להוסיף לאחר המילים "מטרות עיבוד המידע במאגר המידע" את המילים "ואת האמצעים לעיבוד המידע".
- 12.2. בנוסף, ההגדרה ב-GDPR מכירה במצב של בעלות משותפת במאגר מידע. אך אין בחוק התייחסות לחובות של בעלים במשותף או לאופן חלוקת האחריות למידע בין בעלים במשותף. מוצע להוסיף הגדרה לפיה "בעלים במשותף" - הם מי שקובעים במשותף את מטרות עיבוד המידע ואת האמצעים לעיבוד המידע, או שהוסמכו בחיקוק לעיבוד מידע במשותף".

בנוסף להגדרה הנ"ל, יש להוסיף התייחסות חקיקתית בדבר כך שהחובות החלות על בעל מאגר מידע לפי החוק, יחולו באופן זהה על בעלים במשותף, ביחד ולחוד, ובהתאם להסכם ההתקשרות לבעלות משותפת במידע בין בעלים במשותף כתנאי לשימוש במידע.

הגדרת "מאגר מידע"

13. החריג להגדרת "מאגר מידע" המוצע בס"ק (2), ריק מתוכן, וזאת משני טעמים -

13.1. לנוכח הרחבת הגדרת "מידע" כך שהיא כוללת כל מידע על אודות אדם מזוהה או שניתן לזיהוי, כל מידע שמחזיק גורם פלוני על אודות מקבץ אנשים, יש בו כדי להוות "מידע" על פי ההגדרה החדשה. משכך, הסייג לפיו "אין בפרטים אלה [שם, מען, ודרכי התקשרות] כדי ללמד על מידע נוסף" אינו יכול להתקיים לצד הגדרה הרחבה של "מידע". **אין פרטים שאינם מלמדים מידע נוסף**. לדוגמא, שם עשוי ללמד על מוצא וזהות דתית (מנחם רבינוביץ' הוא כנראה יהודי אשכנזי, יעקב אפפלו הוא כנראה יהודי ממוצא מרוקאי, אחמד סעיד הוא ערבי מוסלמי, וחזוס אורטגה הוא נוצרי ממוצא דרום-אמריקאי); כתובת עשויה ללמד על מצב סוציו-אקונומי (מי שגר בסביון או בכפר-שמריהו הוא כנראה מעשירי הארץ; מי שגר בשכונת התקווה ההיפך מכך), או עשוי ללמד על זהות אתנית ודתית (השווה מגורים בחורפיש למגורים בהרצליה). וכמובן, הרשות להגנת פרטיות הביעה עמדתה בגילוי דעת מיום 28 בנובמבר 2018, שכתובות דואר אלקטרוני, שהן דרכי התקשרות, הן "מידע אישי" מפני שיש בהן ללמד על אדם (ploni@iai.co.il) הוא עובד התעשייה האווירית; almoni@gay; lesbian.com הוא קרוב לוודאי בעל העדפה מינית להט"בית וכיו"ב).

לפיכך, מוצע לתת לחריג תוקף ממשי על ידי צמצומו רק למידע בעל רגישות מיוחדת. לאחר המילים "מידע נוסף" יבוא "בעל רגישות מיוחדת".

13.2. יצוין עוד כי בסיפא ס"ק (2) להגדרת "מאגר מידע" הנוסח הקיים אינו מוציא מן הכלל, לדוגמא, מי שיש בידו אוסף לשימוש אישי ואוסף של שם, מען ודרכי התקשרות שאינם חושפים מידע נוסף. בהינתן התפוצה הרחבה של **אוספים** דיגיטליים, והעובדה שרובנו ככולנו מחזיקים את פרטי אנשי הקשר שלנו ב"אוסף דיגיטלי" (בטלפון נייד), ממילא החריג יהיה ריק מתוכן. לפיכך מוצע לדייק ולהגדיר את הסיפא כך - "או לתאגיד שבשליטתו אין מאגר מידע נוסף".

הגדרת "מידע ביומטרי"

14. לאור הגדרת "שימוש" המוצעת בתזכיר, במקום המילים "נתון המשמש לזיהוי אדם" המופיעות כעת בתזכיר רצוי להשתמש במונח אחר כגון "המאפשר זיהוי" או "הנועד לזיהוי", באופן הבא: "נתון המאפשר זיהוי אדם, שהוא מאפיין אנושי פיזיולוגי או התנהגותי ייחודי, הניתן למדידה ממוחשבת".

15. יש לחדד כי הכוונה היא לאמצעי ביומטרי המסייע בזיהוי אדם מסוים, וזאת להבדיל משימוש בנתונים פיזיולוגיים או התנהגותיים שיש בהם, לדוגמא, לזהות קבוצת בני אדם ככאלה. לפיכך מוצע להוסיף לאחר המילה "אדם" את המילה "מסוים".

16. בהגדרה ייחדתם את התחום הביומטרי לתחומים הפיזיולוגיים והתנהגותיים. תחום הפיזיולוגיה, אינו כולל, לדוגמא, את תחום הביולוגיה המולקולרית (חקר ה-DNA כדוגמא).

17. בהגדרה הושמטו מאפיינים פסיכולוגיים, על אף איזכורם בהגדרת "Biometric Data" ב-GDPR. אם יש רצון לייצר אחידות בין ההסדרים, ובהינתן שתחומים אלו משתכללים חדשות לבקרים, מוצע להוסיף מאפיינים פסיכולוגיים לרשימה.

צמצום חובת הרישום

18. בשנות השבעים של המאה הקודמת, עת גובש ההסדר שלימים עוגן בחוק הגנת הפרטיות, מאגרי מידע היו מחזה חריג. הצורך ברישום מאגרים בפנקס נוצר מתוך הרצון לייצר שקיפות אודות הסיכון שמאגרים אלו יוצרים בזכות לפרטיות. מאז נחקק החוק, כמו גם הוגשו מסקנות דוח שופמן, נשתנתה הזירה לבלי היכר. כיום, ההנחה המובלעת היא שמידע רב ואיכותי מצוי בידי גורמים ועסקים רבים. אדם המבקש לגלות מידע על אודותיו השמור אצל חברות וארגונים, לא יפנה לפנקס מאגרי המידע לעיון בו. ממילא, בפנקס אין את המידע עצמו, אלא רק מידע על מאגרי המידע.

19. מכאן כי ההנחה המצדיקה הטלת חובות פרודורליות, ובצידין עול על הרשות להגנת הפרטיות (להלן - הרשות) - בטעות יסודה. העלות הנגרמת לרשות כמו גם לציבור העוסקים, אינו יחסי לחוסר התועלת בשמירה על קיומו של פנקס מאגרי המידע.

20. עמדה זו אף באה לידי ביטוי בדברי ההסבר ל-GDPR. ההסדר החדש ביטל את חובת ה-notification אשר הייתה קיימת בדירקטיבה 95/46/EC. בסעיף 89 לדברי ההסבר נאמר כי -

"While that obligation [=notification] produces administrative and financial burdens, it did not in all cases contribute to improving the protection of personal data. Such indiscriminate general notification obligations should therefore be abolished, and replaced by effective procedures and mechanisms which focus instead on those types of processing operations which are likely to result in a high risk to the rights and freedoms of natural persons by virtue of their nature, scope, context and purposes".

21. לעת הזו, **עמדתנו היא כי יש לבטל את חובת הרישום כליל**, להתמקד בהקצאת משאבים לאכיפה ולהסברה, ולבחון, במקביל יצירת תהליכים של ביקורת עצמית ואחריותיות (Accountability), ככל הנדרש, נוסף על אלו שנקבעו בתקנות אבטחת המידע.

22. חובת הרישום איננה מאפשרת בקרה אפקטיבית על אופן עיבוד המידע; אנו מצויים בעולם שבו הטכנולוגיה מכתובה במידה רבה את האופן שבו חברות מעבדות מידע. טכנולוגיות של בינה מלאכותית ולמידת מכונה, מביאות לכך שחברות משנות את פרקטיקות עיבוד המידע שלהן באופן תדיר. חובת הרישום מאפשרת לרגולטור לבחון את המאגר ביום הרישום לפי פרמטרים שאינם בהכרח משקפים באופן מלא את פעולות עיבוד המידע, וללא יכולת להתייחס לאופן העיבוד שמשנתה לאורך חיי המאגר.

23. מבלי לפגוע בעמדה האמורה לעיל, מן הראוי לשקול אם יש תועלת בהליך רישוי מוגבר ודווקני למאגרי העוסקים בשירותי דיוור ישיר, שאינו דומה לחובת הרישום. כמו כן, יש לברך על שקיפות ראויה במאגרי המידע המוחזקים בידי המדינה כמו בדבר דרך איסוף המידע על ידה והשימוש במידע המצוי במאגרים אלו, אולם, גם כאן, חובת הרישום והצגת רישום זה בפנקס, אינה מייצרת את התועלת הנדרשת גם בשני תחומים אלו.

24. לגוף ההסדר המוצע, יש להעיר כי בעוד המטרה המוצהרת היא לצמצם את חובת הרישום - לתזכיר יש מהלך כפול שבו מצד אחד הוא מתיימר לצמצם את חובת הרישום, אבל מצד שני מרחיב אותה. במה דברים אמורים?

24.1. צמצום החובה מתבטא בכך שרק מאגרים שיש בהם 100,000 נושאי מידע או יותר חייבים על פי התיקון ברישום. משמעות הדבר היא שבעל המאגר יפגוש את הרגולטור רק לאחר שיש לו פעילות עסקית ענפה שכוללת מעל 100,000 לקוחות ו/או משתמשים. בנקודת הזמן הזו, היכולת של בעל המאגר לעצב ולהגדיר מחדש את אופן עיבוד המידע שברשותו, בהתאם להוראות הרגולטור, מורכבת ובעלת עלויות טכנולוגיות, משפטיות ותפעוליות.

24.2. ולבסוף, הרחבת הגדרת "מידע"; ביטולו הלכה למעשה של הסייג השני בהגדרת מאגר מידע והרחבת הגדרת "מידע רגיש" על ידי החלפתה ב"מידע בעל רגישות מיוחדת" - כל אלה מרחיבים את מספר מאגרי המידע החייבים ברישום!

יוצא שמטרתו המוצהרת של התזכיר מסוכלת מתוכו. גם זה מחייב מחשבה מיוחדת על התועלת בהשאת חובת הרישום על כנה כי ביחד איתה יבואו כל הרעות החולות הידועות והנלוות אליה, ובפרט הקדשת משאבים לחובה אצל רשם מאגרי המידע, המפגש עם מי שממילא מקפידים בפעולה כדין והעול הבירוקרטי לחברות ולרשות הגנת הפרטיות.

איסור על שימוש במאגר לא חוקי

25. אנו מברכים על סעיף 8א המוצע, האוסר על שימוש במאגר מידע בניגוד להוראות החוק או להוראות כל דין. אנו תקווה כי חובת הרישום תוסר באופן שיאפשר לרשות להגנת הפרטיות להתמקד באכיפת האיסור בצורה יעילה ומיטבית.

לסיום נחזור ונזכיר את חשיבותו של קידום תיקון חקיקה מהותי ומקיף. בתזכיר שהופץ אכן יש עוגנים חשובים לצמצום הפער בין המצב החוקי למצב הנדרש בהינתן הקדמה הטכנולוגית והדין האירופי, אולם זהו בבחינת המעט שבמעט.

אנו תקווה כי הליכי החקיקה בתחום הפרטיות יקודמו במהרה, ונשמח להיות לעזר בתחום זה.

בכבוד רב,



עו"ד נעמה מטרסו

מנכ"ל - פרטיות ישראל (ע"ר)

העתקים :

שר המשפטים

ד"ר שלומית וגמן, ראש הרשות להגנת הפרטיות (בפועל)

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