

18 ביולי, 2020

לכבוד ד"ר אביחי מנדלבלית, היועץ המשפטי לממשלה <u>משרד המשפטים</u>	לכבוד מר אבי ניסנקורן, שר המשפטים <u>משרד המשפטים</u>
--	--

באמצעות דואר אלקטרוני

שלום רב,

הנדון: ההכרה האירופית בהגנת הפרטיות בישראל (Adequacy)

פרטיות ישראל (עמותה בהקמה), פונה אליכם כדי להתריע על הצורך הדחוף בקידום חקיקה מעודכנת להגנת הפרטיות בישראל, וזאת בעקבות פסק הדין של בית הדין האירופי לצדק מיום 16.7.2020, שפסל את הסדר העברת המידע בין האיחוד האירופי לארה"ב.¹ במיוחד יש צורך מידי:

(1) **לזרז תיקונים לחוק הגנת הפרטיות התשמ"א-1981 או להחליפו בחוק חדש**, באופן שיאפשר את קבלת ההכרה האירופית (כפי שמוסבר במכתבנו זה);

(2) **לבטל את הסמכת שירות הביטחון הכללי לעיבוד מידע אישי של חולים בנגיף הקורונה החדש**, לאור פסק הדין.

אנו מבקשים להדגיש כבר בפתח הדברים, כי הותרת הדברים בלא תיקון מסכנת את המשך ההיתר להעברת מידע אישי מהאיחוד האירופי לישראל ועלולה לפגוע פגיעה קשה בכלכלה הישראלית, כמו גם ברשויות השלטון ומוסדות אקדמיים. כלכלת ישראל, ופעולתם התקינה של ארגונים, מוסדות שלטון ומחקר, תלויים בתנועה חופשית של מידע אישי. פגיעה בפעילותם, המצטרפת למשבר הכלכלי החרף שכבר שורר בישראל, עלולה להביא עימה תוצאות קשות ובלתי צפויות.

1. דיני הגנת המידע האירופי (ה-GDPR) אוסרים על העברת מידע אישי על תושבי האיחוד האירופי אל מחוץ לגבולות האיחוד, למדינה שאינה מקיימת רמה נאותה של הגנה על מידע אישי², אלא בהתאם לכללים מכבידים אחרים. פירושו של דבר, שהעברת מידע אל מחוץ לאיחוד - כפופה לכך שהמדינה המקבלת מידע מהאיחוד האירופי תוכר כבעלת הגנת מספקת (Adequate) על הפרטיות, לפי דיני האיחוד.

¹ C-311/18, Data Protection Commissioner v Facebook Ireland and Maximilian Schrems, 2020

² סעיף 45 לרגולציית הגנת המידע האירופית (GDPR).

2. לארצות-הברית מעמד מיוחד. בגלל פער עמוק בין דיני הגנת המידע באיחוד האירופי לדין האמריקני, אין לארצות הברית הכרה אירופית כאמור. כדי להתגבר על הקושי, רשות הסחר הפדרלית והנציבות האירופית גיבשו הסדר וולונטרי להעברת מידע, שלפיו חברות בארצות-הברית שיאמצו את עקרונותיו יוכלו לקבל מידע אישי מהאיחוד האירופי. הסדר כזה גובש לא פעם אחת אלא פעמיים.
3. ביום 6 באוקטובר 2015 פסק בית הדין האירופי לצדק כי ההסדר הראשון שגובש, ואשר נודע בשם "נמל מבטחים" (Safe Harbor) - בטל.³ הטעם לביטול נעוץ בחקיקה האמריקנית שנועדה להיאבק בטרור. בית המשפט האירופי קבע כי חקיקה המתירה לרשויות הביטחון בארצות הברית גישה כללית לתוכנם של מסרים אלקטרוניים מפרה את הזכות העקרונית לפרטיות.
4. בעקבות הדברים גיבשו ארצות-הברית והאיחוד האירופי הסדר חלופי, בשם Privacy Shield. הסדר זה אפשר לאלפי חברות אמריקניות, ובהן ענקיות המידע (מיקרוסופט, פייסבוק, גוגל, אפל, אמזון), כמו גם המערכת הכלכלית והגופים הפיננסיים בארצות-הברית, לקבל מידע אישי מהאיחוד האירופי. יש להניח שרבות ארגונים, חברות, מוסדות ורשויות באירופה הסתמכו על ה-Privacy Shield להעברת מידע לארצות-הברית.
5. לפני יומיים, ביום 16 ביולי 2020, פסק בית הדין האירופי לצדק כי גם הסדר שני זה, "מגן הפרטיות", אינו חוקי והוא בטל, משום שאינו עולה בקנה אחד עם הוראות הדין האירופי (פסק הדין בעניין "שרמס 2").⁴ גם כעת נעוצה הסיבה לבטלות ההסדר בדיני הביטחון הלאומי בארצות-הברית: הסיבה העיקרית היא השימוש הבלתי מרוסן של סוכנויות המודיעין האמריקניות במידע אישי בכלל, ובתוך זה מידע אישי שמקורו באיחוד האירופי. בפרט איזכר בית המשפט את תכניות המעקב המכונות PRISM ו-UPSTREAM של ה-NSA.
6. ומשם - לישראל. האיחוד האירופי הכיר בישראל כבעלת הגנה מספקת על מידע אישי בשנת 2011, לפי הדין שקדם ל-GDPR (להלן: "ההכרה האירופית"). הכרה זו אפשרה תנועה חופשית של מידע אישי מאירופה לישראל. מתנועה זו נהנה המשק על שלל פעילויותיו, כמו גם מוסדות המחקר והאקדמיה והממשלה בישראל. אלא שבימים אלה מעמדה הנ"ל של ישראל נבחן מחדש באיחוד האירופי בשל תקנות הגנת המידע שנכנסו לתוקף באיחוד בשנת 2018 (GDPR).

C-362/14 Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner ECLI:EU:C:2015:650

ראו הערת שוליים 1.

7. פסק הדין שניתן בשבוע שעבר בעניין שרמס 2, מחדד את אמות המידה לקבלת ההכרה האירופית. אנו מתריעים כי לאור הפטור הגורף הקיים לרשויות ביטחון בחוק הגנת הפרטיות הקיים; ולאור החוסרים המשמעותיים הנוספים הקיימים בחוק, כגון זכויות דלות לנושאי מידע והיעדר מעמד עצמאי לרשות להגנת הפרטיות, ובפרט לאור "חוק איכוני השב"כ",⁵ יש חשש ממשי שהאיחוד האירופי יבטל את ההכרה בישראל כבעלת הגנת מספקת על הפרטיות.

8. שלילת ההכרה האירופית – משמעה פגיעה קשה בכלכלה הישראלית. למשל, בתעשיית ההייטק שמבוססת על עיבוד והעברת מידע אישי ותנועתו החופשית באמצעות האינטרנט, ענף התיירות שמבקש לפנות לתושבים אירופים, מוסדות להשכלה גבוהה המבקשים לקבל תלמידים אירופיים בישראל או לקיים מחקרים משותפים עם גופים אקדמיים באיחוד, ופעילויות ציוניות להבאת בני נוער מהאיחוד האירופי לישראל.

9. אם תישלל ההכרה האירופית, יצטרכו אלפי גופים ישראלים לבצע שינויים מפליגים ויקרים במערך העסקי, הטכנולוגי והמשפטי שלהן. עסקים קטנים ובינוניים - יתקשו מאוד לעמוד בכך. לשלילת ההכרה יהיה נזק כלכלי עצום. יש אף חשש לבריחה של חברות מישראל, ואובדן הכנסות קריטיות מתעשיית ההייטק הישראלית וענפים נוספים.

לא למותר לציין, שסיכון כלכלי זה משמעו פגיעה קשה במשק הישראלי, שמצוי בימים אלה במשבר כלכלי חסר תקדים, שאין אנו יודעים מתי וכיצד יסתיים.

10. לשלילת ההכרה האירופית אם חלילה תקרה, תהיה גם משמעות פוליטית: הוצאה ממועדון מצומצם שחברות בו כיום מדינות בודדות - קנדה, יפן, ארגנטינה, ניו זילנד, בעוד מדינות אחרות מידפקות על שערי האיחוד האירופי, כמו דרום קוריאה ואוסטרליה.

11. אנו סבורים⁶ כי ההכרה האירופית בישראל נמצאת בסיכון עוד קודם לחקיקה המתהווה בכנסת בעצם הימים האלה בנושא הסמכת השב"כ להתחקות אחר נתיבי ההדבקה של חולי קורונה ומי שנפגשו עימם, מכמה סיבות:

⁵ חוק להסדרת האמצעים טכנולוגיים לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש (הסמכת שירות הביטחון הכללי ופיתוח טכנולוגיות אזרחיות לאיתור מגעים (הוראת שעה), התש"ף-2020.

⁶ נעיר כי בין מייסדי פרטיות ישראל חברים מי שכיהנו בצמתים מרכזיים בשעתה, עו"ד יורם הכהן שהקים את הרשות להגנת הפרטיות ועמד בראשה, ובין היתר ניהל את התהליך בו התקבלה ההכרה האירופית; עו"ד רבקי דב"ש, שהיתה מנהלת מחלקת רישוי ופיקוח ברשות להגנת הפרטיות; וכן פרופ' מיכאל בירנהק, שיעץ לאיחוד האירופי בעניין זה.

א. ההכרה האירופית ניתנה בשנת 2011, על בסיס תאימות לדירקטיבה להגנת מידע אישי מ-1995.⁷ אלא שמאז, הדין האירופי המגן על פרטיות התקדם בצורה משמעותית, בחקיקת ה-GDPR, ואילו דיני הגנת הפרטיות בישראל קפאו על מקומם, למעט תקנות הגנת הפרטיות (אבטחת מידע), התשע"ז-2017.

ג. ישראל לא עמדה בהבטחה שנתנה לאיחוד האירופי ב-2011 לעדכן את החקיקה הישראלית שעודכנה, בנושא זה, לאחרונה בשנת 1996! תיקון בעניין סמכויות האכיפה מונח על שולחן הכנסת מאז שנת 2012 (תיקון 13 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981), אך הוא טרם טופל.

ד. הטכנולוגיה והמודלים העסקיים הנלווים לעיבוד מידע אישי עשו קפיצת דרך בעשור האחרון, עם הצגתן של טכנולוגיות לעיבוד נתוני עתק, בינה מלאכותית ועוד. התוצאה היא כי הדין הישראלי איננו מותאם עוד למציאות הטכנולוגית העכשווית, ואיננו נותן מענה לאתגרים הטכנולוגיים הניצבים כיום בפני איסוף, עיבוד ושיתוף מידע אישי כפי שקיים בהסדר האירופי. בדיקה פשוטה מעלה חוסרים רבים בדין הישראלי, גם אם נביא בחשבון את פסיקת בתי המשפט שמשלימה ומרחיבה במצבים מסוימים.

12. כעת נוסף גם החוק להסמכת שירות הביטחון הכללי להפעיל אמצעי מעקב אחר אזרחים שומרי חוק בתקופת הקורונה – והפוגע פגיעה קשה בפרטיות.⁸ עצם ההסתייעות בשירות הביטחון הכללי לצורך מעקב ועיבוד מידע אישי לצורך איתור מגעים, מנוגדת לעקרונות דיני הגנת המידע האירופי. על כך התבטא ראש הוועדה לזכויות הפרט של הפרלמנט האירופי, באומרו כי השימוש באמצעי מעקב מעוררים חשש לפגיעה קשה בפרטיות.⁹

13. כאמור, פרקטיקה זו של העברת מידע אישי לגופי ביטחון היא שהביאה לבטלות הסדר העברת המידע בין האיחוד האירופי לארה"ב, פעמיים. על כן, ברור כי חקיקת התיקון לחוק השב"כ היא כשלעצמה עלולה לבטל את ההכרה בישראל כמקיימת רמה נאותה של הגנה על מידע אישי.

7 ראו EU/2011/61

8 [חונות הדעת הרשות להגנת הפרטיות](#) בהתאם לחוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020, מיום 14 ביולי 2020.

9 <https://tinyurl.com/y4sxhmre>

14. במכון הישראלי לדמוקרטיה נערך בשנתיים האחרונות מהלך בהשתתפות מומחים, שחלקם חתומים על מכתב זה,¹⁰ להציע חוק הגנת פרטיות חדש למדינת ישראל.¹¹ אנו מצטרפים לקריאה של המכון וקוראים לנקוט פעולות מיידיות לצורך תיקון הליקויים הקיימים כיום בדין הישראלי - בכלל זה תיקון חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, וכן לבטל את ההסמכה לשירות הביטחון הכללי למעקב אחר אזרחים.

הימנעות מנקיטת פעולות אלו עלולה להוביל לביטול ההכרה של האיחוד האירופי בישראל כמדינה שמקיימת רמה נאותה של הגנה על מידע אישי, שתהיה לה השפעה קשה על המשק הישראלי ומעמדה של ישראל בקהילה הבין-לאומית.

בכבוד רב ובברכה,

עו"ד נעמה מטרסו, מנכ"ל - פרטיות ישראל (עמותה בהקמה)

ומייסדי העמותה (לפי סדר האלף בית): פרופ' ניבה אלקין-קורן, פרופ' מיכאל בירנהק, ד"ר ענת בן-דוד, ד"ר ארנה ברי, עו"ד רבקי דב"ש, פרופ' אור דונקלמן, עו"ד יורם הכהן, ד"ר ערן טוך, פרופ' קרין נהון, עו"ד חיים רביה, ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר.

העתק:

ד"ר שלומית ווגמן, עו"ד, מ"מ ראש הרשות להגנת הפרטיות, משרד המשפטים

ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר, עו"ד חיים רביה, עו"ד יורם הכהן, ופרופ' מיכאל בירנהק רחל ארידור הרשקוביץ ותהילה שוורץ אלטשולר, הצעת חוק הגנת הפרטיות התשע"ט 2019. <https://www.idi.org.il/media/13035/privacy-protection-bill-2019-5779-a-proposed-draft-summary.pdf> בנוסף, הוכנה בקיץ האחרון הצעה לתיקון חוק הגנת הפרטיות הקיים לצורך המשך התאימות עם הדין האירופי. ראו: רחל ארידור הרשקוביץ ותהילה שוורץ אלטשולר, הצעה לתיקון חוק הגנת הפרטיות לצורך שימור ההכרה האירופית עם הדין בישראל <https://www.idi.org.il/media/13252/privacy-protection-bill-addition-to-the-law.pdf>