

23 במרץ 2025

אל:

הרשות להגנת הפרטיות
קרית הממשלה, דרך מנחם בגין 125,
תל אביב-יפו, 6133401.
באמצעות דוא"ל: ppa@justice.gov.il

הנדון: טיוטת גילוי דעת בנושא הסכמה בדיני הגנת הפרטיות

שלום רב,

מוגשת בזאת עמדתנו בנוגע לטיוטת גילוי הדעת של הרשות להגנת הפרטיות בנושא הסכמה בדיני הגנת הפרטיות, שפורסמה להערות הציבור בחודש פברואר 2025 ("הטיטה").

ככלל, אנו תומכים בעמדת הרשות לפיה עיקרון ההסכמה הוא עיקרון מרכזי בדיני הגנת הפרטיות הישראלים, ומברכים על יוזמת הרשות להבהיר את עמדתה ביחס ליישום העיקרון כפי שבא לידי ביטוי בחוק להגנת הפרטיות, תשמ"א-1981.

במסגרת הדיונים שהתקיימו בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, נידונו מספר הצעות לשינוי סעיף 11 לחוק, לרבות הרחבתו לבסיסי עיבוד מידע נוספים והתייחסות למעמדה של ההסכמה בבסיס לעיבוד מידע אישי. עם זאת, ועדת חוקה, חוק ומשפט, בהסכמת הרשות להגנת הפרטיות, קבעה כי שינויים מהותיים אלו אינם נכללים בתיקון 13 לחוק, אלא ייבחנו במסגרת תיקון עתידי לחוק הגנת הפרטיות. בהתאם, כוונת המחוקק ביחס להיקפו של סעיף 11 הובהרה במסגרת תיקון 13, ובנוסחה הנוכחי – אין מקום להרחיב את הפרשנות אותה קבע המחוקק בנוסחו הנוכחי של סעיף 11.

משכך, הפרשנות המוצעת על ידי הרשות להגנת הפרטיות, אשר מרחיבה את תחולתו של סעיף 11 וקובעת כי קיימים מצבים בהם הוראותיו אינן מספקות לצורך קבלת הסכמה, חורגת באופן מהותי מכוונת המחוקק, כפי שזו מתבטאת בנוסח החוק שהתקבל על ידי המחוקק במסגרת תיקון 13.

לצד זאת, לתפיסתנו, ישנן מספר קביעות מהותיות המובאות במסגרת הטיטה, אשר מצריכות בחינה נוספת. להלן פירוט ההערות בסדר נושאי, בתאם לטיטה:

עקרון הסכמה מדעת

1. עקרון ההסכמה מדעת, כפי שמפורט בהרחבה בטיטה, הנו עקרון מהותי הנועד להבטיח כי הסכמתו של אדם לפגיעה בפרטיותו ניתנה מתוך בחירה אמיתית ואוטונומית. סעיפים 13-17 לטיטה מלמדים כי לתפיסת הרשות, עמידה בדרישות סעיף 11 לחוק אינה מספיקה בכל המקרים לביסוס "הסכמה מדעת". נבקש להתייחס לנושא זה במספר נקודות:

1.1. בסעיפים 10-12, מבססת הרשות כי "הסכמה מדעת" (*informed consent*) נועדה להבטיח כי הסכמתו של אדם לפגיעה בפרטיותו ניתנה מתוך בחירה אמיתית ואוטונומית, וקובעת כי "משמעות הדבר היא שבעת בקשה לקבלת הסכמה לפגיעה בפרטיות, אדם צריך להיות מודע לזכותו לסרב לבקשה (לרבות מודעות להשלכות החלטתו), לאחר שהובע בפניו כל המידע הדרוש לו, באורח סביר ובצורה מובנת, כדי לקבל החלטה בנושא."

בסעיף 13, מוסיפה הרשות כי: "עיקרון זה, כמו גם חובת היידוע שבסעיף 11 לחוק הגנת הפרטיות, מחייבים את מבקש ההסכמה לספק ולהציג לאדם נתונים שונים על אודות איסוף המידע והשימוש בו, ובכלל זה פירוט בדבר מטרות איסוף המידע ובדבר זהות הגורמים אליו הוא עשוי להיות מועבר".

לבסוף, במסגרת סעיף 17 מוסיפה הרשות וקובעת כי לגישתה "אין בעמידה בתנאי סעיף 11 כדי להבטיח עמידה בדרישה לקבל הסכמה מדעת, שכן עמידה בתנאי הסעיף היא דרישת המינימום המתחייבת מהוראות החוק, וכפי

שפורט לעיל, במקרים מסוימים מבקש ההסכמה יהיה מחויב בפירוט נרחב יותר מהקבוע בסעיף זה על מנת לעמוד בדרישת החוק להסכמה מדעת לפגיעה בפרטיות [...]"; וכי "בנסיבות בהן קיימים פערי כוח בין צדדים, או כאשר מדובר בפעולה בעלת פוטנציאל לפגיעה קשה בפרטיות או בנסיבות מורכבות אחרות (כגון שימוש בטכנולוגיה חדשה שהשלכות השימוש בה אינן ברורות דיין) – יש לראות בחובה זו כחובה מוגברת, ועל מבקש ההסכמה יהא להקפיד להציג באופן בולט ופשוט את כלל הנתונים הרלוונטיים להחלטה".

בהתאם, מקריאה משותפת של הסעיפים משתמע כי, לגישת הרשות – עקרון 'ההסכמה מדעת' הוא עקרון נפרד מחובת הגילוי הקבועה תחת סעיף 11 לחוק, במקרים בהם קיימים פערי כוחות בין הצדדים, או בנסיבות מורכבות אחרות, קמה חובת גילוי מוגברת על מבקש המידע, וכי יהיה עליו לספק לנושא המידע את כלל הנתונים הרלוונטיים להחלטה.

1.2. ככלל – אנו מסכימים ותומכים בגישת הרשות לפיה לצורך ביסוס ההסכמה מדעת, על מבקש ההסכמה לספק את המידע והנתונים הרלוונטיים על מנת לאפשר למבקש המידע לקבל החלטה מודעת ואמיתית.

בה בעת, לגישתנו סעיף 11 לחוק בנוסחו הנוכחי ובפרט לאחר תיקון 13 לחוק, לא מקים חובת גילוי נפרדת מעקרון ההסכמה מדעת, אלא מגלם את כוונת המחוקק ביחס לדרישות חוק להגנת הפרטיות ממבקש מידע, ומהווה את יישומו בפועל של עקרון ההסכמה מדעת.

עמדה זו הובעה גם על ידי השופטת מיכל נד"ב בהחלטה לאישור תובענה ייצוגית¹ אשר קבעה כי היא מקבלת את עמדתו של מיכאל בירנהק במאמרו "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות"², שיש לפרש את דרישת ההסכמה מדעת ברוח סעיף 11.

על כן, לגישתנו הרחבת החובה הנדרשת תחת סעיף 11, והקביעה כי מדובר בדרישת 'מינימום', אינה עולה בקנה אחת עם כוונת ודרישת המחוקק.

1.3. בנוסף, נציין גם כי במסגרת תיקון 13 תוקן והורחב סעיף 11 לחוק, ונוספו פרטי מידע נוספים אותם על מבקש המידע למסור לנושא המידע, לרבות תוצאת אי-ההסכמה וקיומן של זכות העיון והתיקון תחת סעיפים 13 ו-14 לחוק בהתאמה.

אם לגישת המחוקק, דרישות סעיף 11 לחוק מהוות דרישות מינימליות, וכי בכדי לעמוד בדרישות סעיף 3 לחוק לביסוס ההסכמה לעיתים יש לספק מידע נוסף לנושא המידע, היה על המחוקק להוסיף זאת במסגרת התיקון.

לאור האמור, לגישתנו פרשנות הרשות לא רק שגורמת לעקרון ה"הסכמה מדעת" לחרוג מכוונת המחוקק בדבר החובות המוטלות על מבקש מידע תחת סעיף 11 לחוק, אלא גם מיתרות לחלוטין את סעיף 11.

1.4. לבסוף, נציין גם כי פרשנות מסוג זה חוטאת גם למטרת הטיטה כאמור בסעיף 1 "להבהיר את עמדת הרשות בעניין יישום העיקרון [...]". לגישתנו, קביעה לפיה סעיף 11 מהווה דרישת מינימום, וכי תתכן חובת גילוי מוגברת לנושא המידע, בהתאם לנסיבות שונות, מבלי לקבוע מהם אותם נושאים עליהם יש לפרט לנושא המידע כאשר קמה חובת גילוי מוגברת, מצמצמת את הבהירות והוודאות של מבקש המידע לוודא תאימות לדרישות הדין.

חובת מבקש מידע והסכמה מרובדת

2. בהתאם לסעיף 11 לחוק, בעת פנייה לאדם לשם איסוף מידע שנועד להיכלל במאגר מידע, יש לפרט בפני נושא המידע האם חלה חובה חוקית למסור את המידע או שמסירת המידע תלויה בהסכמתו של נושא המידע. כמו כן, יש לפרט מה

¹ בתצ (מרכז) 44501-10-17 אלון עמר נ' פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו 30.12.2024).

² מיכאל בירנהק, "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות", משפט וממשל, י"א, תשס"ח, עמ' 73-9.

המטרה שלשלמה מבוקש המידע, למי יימסר ולשם איזו מטרה. נבקש להתייחס לעמדתה של הרשות ביחס לחובה זו במספר נקודות:

2.1. הרשות בסעיף 17 כותבת כי:

"לגישת הרשות אין בעמידה בתנאי סעיף 11 כדי להבטיח עמידה בדרישה לקבל הסכמה מדעת, שכן עמידה בתנאי הסעיף היא דרישת המינימום המתחייבת מהוראות החוק, וכפי שפורט לעיל, במקרים מסוימים מבקש ההסכמה יהיה מחויב בפירוט נרחב יותר מהקבוע בסעיף זה על מנת לעמוד בדרישת החוק להסכמה מדעת לפגיעה בפרטיות." [ההדגשה במקור]

פרשנות זו של הרשות מייצרת הסכמה מרובדת במסגרתה לא די בכך שדרישות ההסכמה יהיו שונות ממקרה למקרה, אלא שבמסגרת ההסכמה שתניתן תידרש חלוקה פנימית לשם בחינת סוג המידע השונים וההסכמות השונות.

התוצאה הינה שמבקש המידע יידרש ליישם מנגנוני OPT-IN ו-OPT-OUT ביחס לסוגי מידע שונים והסכמות שונות.

2.2. בהמשך הסעיף כותבת הרשות כי:

"בנסיבות בהן קיימים פערי כוח בין צדדים, או כאשר מדובר בפעולה בעלת פוטנציאל לפגיעה קשה בפרטיות או בנסיבות מורכבות אחרות (כגון שימוש בטכנולוגיה חדשה שהשלכות השימוש בה אינן ברורות דיין) – יש לראות בחובה זו כחובה מוגברת [...]"

מצב דברים זה יגרום לכך שיש על מבקש המידע חובה מוגברת להשיג הסכמה נפרדת בכל הכנסה/שימוש בטכנולוגיה חדשה על אף שייתכן שאין שינוי במטרות עיבוד המידע.

בפרוטוקול וועדת חוקה, חוק ומשפט מיום ה-26/12/2023, התייחס המחוקק לקושי מובנה זה של התיקון במישור האכיפה:

"אז מצד אחד אתה אומר: אני מקל עליכם את חובת הרישום – תכף נראה כמה מקילים. מצד שני, אני בא עם נבט גדול ובעצם אומר: עד עכשיו עשיתי לך מניעה מראש, והצרכן המתוחכם פשוט לא רשם ולא היה לך יותר מדי מה לעשות איתו עד שתגלה אותו, ועכשיו אני אצמצם, אני גם אהדק את חובת הפיקוח וגם יהיו לי עיצומים כספיים, ואתם כולכם תהיו כפופים לפרשנות שלי, של החוק הכי עמום שיש בלי תיקון 15. וזאת הבעיה פה"

כלומר, הרחבת הפרשנות המוצעת, כפי שעולה בטיטה, מאפשרת לרשות לאכוף ולהטיל עיצומים כספיים בגין היעדר קיומה של הסכמה נפרדת בכל הכנסה/שימוש בטכנולוגיה חדשה. כאשר הפרשנות של עמידה בדרישות הדין נתונה לבחינת הרשות – שהפרמטרים והדרישות שלה לא הוסדרו על ידי המחוקק, ושהקריטריונים לאכיפתה על ידי הרשות אינה גלויים לציבור.

הסכמה מרצון חופשי

3. עקרון ההסכמה מרצון חופשי מהווה נדבך מרכזי בדיני הגנת הפרטיות, שכן הוא מבטיח כי נושא המידע מעניק את הסכמתו לעיבוד פרטי האישיים מתוך בחירה אמיתית ואוטונומית, ללא כפייה או השפעה בלתי הוגנת. בטיטה, מודגש כי במצבים בהם קיימים פערי כוח משמעותיים בין הצדדים, יש לבחון האם ההסכמה שניתנה אכן מבטאת הסכמה מרצון חופשי.

3.1. בסעיף 19 הרשות טוענת כי יש להבטיח כי לנושא המידע קיימת אפשרות בחירה אמיתית ומתבססת בהערת שוליים 20 על עמדת היועמ"ש בעניין גרינברג:

"על חשיבות הרצון החופשי בהסכמה לפגיעה בפרטיות ניתן ללמוד גם מעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה לבית המשפט המחוזי בעניין **גרינברג**, שם נאמר כי "יש להבטיח כי ללקוח קיימת אפשרות בחירה **אמיתית** (ההדגשה במקור), על מנת שניתן יהיה לומר כי הסכמתו ניתנה מרצון חופשי."

אולם, בעניין גרינברג, החלק הנ"ל בחוות דעת היועמ"ש לא התקבל במלואו על ידי בית המשפט, ובפסקה 79 לפסק הדין בעניין גרינברג נקבע כי:

"לאחר ששקלתי את טענות ב"כ היועמ"ש כנגד ההסדר, ואת ממצאי הבודק, אני סבורה כי הסדר הפשרה בענייננו יש בו כדי לענות על מטרות החוק והוא ראוי, סביר והוגן בנסיבותיה של תובענה זו."

על לכן, אין לראות בעמדה המובאת בטיוטה כפרשנות המלאה והמחייבת של הדין בנסיבות אלו.

3.2. בסעיף 23 לטיוטה, מצינת הרשות באותו היקשר כי:

"סוגיית הרצון החופשי בדיני הגנת הפרטיות מתעוררת בעיקר במצבים בהם קיימים פערי כוח בין מבקש ההסכמה לבין נושא המידע. במצבים שכאלו הסכמה לפגיעה בפרטיות עלולה להיחשב כ"חשודה", 23 קרי כזו שקיים ספק האם ועד כמה ניתן לראותה כהסכמה שניתנה מתוך רצון חופשי, כן ואמיתי."

טענת הרשות כי הסכמה שלא ניתנה מתוך "רצון חופשי כן ואמיתי" עלולה להיחשב כחשודה, אינה מתבססת על חקיקה או פסיקה, וההפניה היחידה הינה לספרו של מיכאל בירנהק, שם הוא כותב כי:

"ההסכמה צריכה להיות מרצון חופשי. במצבים של פערי כוח מובנים בין הצדדים, ההסכמה חשודה."

דבריו אלו של פרופ' בירנהק מתייחסים ומתבססים על ה-GDPR, ולא על חקיקה או פסיקה ישראלית. אולם, לעניין ההסכמה לעיבוד מידע ישנו הבדל מהותי בין הדין הישראלי ל-GDPR.

בניגוד לדין הישראלי בו הסכמה הינה הבסיס היחיד לעיבוד מידע, ב-GDPR ישנם בסיסי מידע אחרים כגון אינטרס לגיטימי, ביצע חוזה וכו'.

על כן לגישתנו, התבססות הרשות על עמדתו של בירנהק לעניין זה מרחיקת לכת ואינה תואמת את מצב הדברים בדין הישראלי.

עקרון הרצון החופשי – דוגמת הטקטיקות האפלות (Dark Patterns)

4. עקרון הרצון החופשי קובע כי הסכמה לעיבוד מידע אישי חייבת להינתן מתוך בחירה אמיתית, ללא כפייה, השפעה בלתי הוגנת או תלות מגבילה, כך שנושא המידע יוכל להחליט באופן מודע ואוטונומי האם למסור את פרטיו האישיים וכיצד הם יעובדו.

4.1. בטיוטה, מרחיבה הרשות על עקרון הרצון החופשי, תוך הישענות על עקרונות דיני הגנת המידע האירופיים. סעיף 4(11) GDPR מגדיר הסכמה כזו אשר בין היתר ניתנת "באופן חופשי" ("Freely Given").

בהתאם, הרשות מציגה דוגמאות מה-GDPR להפרות של עקרון זה, תוך התמקדות בטקטיקות אפלות (Dark Patterns) – כלים עיצוביים אשר מקשים על נושא המידע להבין את משמעות הסכמתו ואף משפיעים על החלטתו, לעיתים באופן מטעה.

4.2. ה-European Data Protection Board זיהה בהתאם לגישה האירופית, כי אחת הבעיות בהבטחת קיומה של הסכמה חופשית נעוצה בפרשנות החוק ובאופן יישומו בפועל.

על מנת להתמודד עם סוגיה זו, גוף זה פרסם הנחיות מפורטות ונגישות, שנועדו לסייע הן למחזיקי מידע והן לנושאי מידע ולהימנע משימוש בטקטיקות אפלות באופן המערער על תוקף ההסכמה.

לגישתנו, על הרשות להגנת הפרטיות לאמץ גישה דומה לזו של ה-European Data Protection Board ולפעול להנגשה ברורה של דרישות של החוק, כך שהחובות המוטלות על מבקשי מידע יהיו נהירות, ישימות ומאוזנות.

גישה זו עדיפה על פני פרשנות מרחיבה ועמומה, אשר עלולה לעורר חוסר ודאות בנוגע לאופן היישום ולהכביד על מבקשי המידע ללא הצדקה מספקת בחוק הקיים.

הסכמה אקטיבית נפרדת (Opt-In)

5. ההסכמה האקטיבית הנפרדת (Opt-In) נועדה להבטיח כי נושא המידע מעניק את הסכמתו בצורה מפורשת ויזומה לשימוש במידע האישי שלו, בעיקר כאשר מדובר באיסוף מידע שאינו חיוני למתן השירות או בשימוש בו למטרות נוספות שאינן קשורות ישירות להסכמה המקורית.

5.1. לדברי הרשות, מטרת ההגנה האקטיבית הנפרדת (Opt-In), הנה להגן על נושא המידע באיסוף מידע אישי שאינו נדרש למתן השירות, או לשימוש במידע למטרות השונות מהותית מאלו שנושא המידע נתן הסכמתו לגבי איסוף המידע. בסעיפים 58-59 לטיטה, נכתב:

"הסכמה מפורשת או מכללא לשימוש במידע למטרה אחת, אין בה בכדי להתיר שימוש במידע למטרה אחרת. על כן, גם מי שאסף מידע למטרה מסוימת על יסוד הסכמה מכללא, אינו רשאי להשתמש במידע למטרות אחרות, אלא לאחר קבלת הסכמה חדשה לכך מנושא המידע" [ההדגשה במקור].

"כאשר ההסכם כולל סעיפים למתן הסכמה לאיסוף מידע אישי שאינו נדרש למתן השירות, או לשימוש בו למטרות השונות מהותית ממטרת הסכם (שלגביה ניתנה הסכמה כללית ומפורשת), רצוי שההסכמה במסגרת סעיפים אלו תיעשה במתכונת של הסכמה אקטיבית נפרדת (Opt-in) ולא באופן פסיבי (Opt-Out). ואולם, במקרים בהם ההסכם כולל סעיפים למתן הסכמה לשימוש במידע אישי לצרכי "פרופיילינג" שאינו נדרש או קשור ישירות למטרת שירות בין צדדים שביניהם יש פערי כוח, וכן לעמדת הרשות להגנת הפרטיות גם בהקשר של שירותי דיוור ישיר – לא ניתן להסתפק בהסכמה פסיבית, ועל ההסכמה להתקבל במתכונת של הסכמה אקטיבית נפרדת (Opt-in)" [ההדגשה במקור].

הסעיפים קובעים כי הסכמה שניתנה לשימוש במידע אישי למטרה מסוימת, בין אם במפורש ובין אם במשתמע (הסכמה מכללא), אינה מהווה הסכמה גורפת לשימוש במידע למטרות נוספות, ולפיכך כל שימוש במידע מעבר למטרת ההסכמה המקורית מחייב קבלת הסכמה מחודשת ומפורשת מנושא המידע.

בדברים אלו, הרשות מבהירה כי כאשר הסכם כולל סעיפים למתן הסכמה לאיסוף מידע אישי שאינו חיוני למתן השירות או לשימוש במידע למטרות השונות באופן מהותי מהמטרה שלשמה ניתנה ההסכמה המקורית, הרי שיש לנקוט במנגנון של הסכמה אקטיבית נפרדת (Opt-In) ולא להסתפק בהסכמה משתמעת או פסיבית (Opt-Out).

5.2. אנו סבורים, כי הטייטה מייצרת הלכה למעשה דרישת הסכמה מפוצלת ומבזזת בעבור סוגי עיבודים שונים. לגישתנו, מדובר בהמלצה החורגת מפרשנות סבירה של חוק להגנת הפרטיות ובפרט כוונתו של המחוקק.

יתר על כן, יישום ההצעה המונחת בסעיפים אלו, מהותה פיצול לא רק בשלב ההסכמה כי אם גם בשלבי עיבוד ואיסוסן המידע. לפיכך, יש לתת את הדעת כי פרשנות הרשות לעניין זה עשויה להשית עלויות כבדות על חברות במשק הישראלי.

קבלת הסכמה נפרדת ומפורשת לצרכי שיווק ממוקד (Target Marketing)

6. שיווק ממוקד (Target Marketing) הוא אסטרטגיה שיווקית שבהם עסקים מזוהים קהל יעד ספציפי ומתאימים אליו מסרים פרסומיים, מוצרים או שירותים בהתבסס על נתונים אישיים, העדפות והתנהגות צרכנית.

עמדת הרשות במסגרת הטייטה היא כי נדרשת הסכמה נפרדת ומפורשת לצרכי שיווק ממוקד (Target Marketing) – כאשר ההלכה הפרקטית של דרישה זו היא השלכה כספית כבדה מאוד על המגזר הפרטי. כאשר חברות ידרשו לנהל הסכמות על בסיס מרובד.

במסגרת זו, כל מדיניות פרטיות הנדרשת לעמוד בהנחיה זו – תידרש להציג "סל" הסכמות שעל הלקוח להסכים להן.

הסכמה מפורשת אל מול הסכמה מכללא – יצירת מדרג היררכי

7. סוגיית ההבחנה בין הסכמה מפורשת לבין הסכמה מכללא בעיבוד מידע אישי עומדת במרכז הדיון בטייטה, תוך בחינה של אופן החלתן והמשמעות המשפטית הנגזרת מכך. הדיון הישראלי, כפי שמשתקף בסעיף 3 לחוק, מכיר בכך שהסכמה יכולה להינתן במפורש או במשתמע, בהתאם לנסיבות, ואינו יוצר מדרג היררכי ביניהן.

למול זאת, הרשות בטייטה מרחיבה את הפרשנות המקובלת ומבקשת לבסס העדפה כלפי הסכמה מפורשת על פני הסכמה מכללא, במיוחד כאשר מדובר במידע רגיש או בפעולות העלולות לגרום לפגיעה משמעותית בפרטיות.

מסעיף 36 לטייטה, עולה כי הרשות סבורה כי ההסכמה המפורשת גוברת, גם במקרים בהם הסכמה מכללא היא אפשרית:

"גם במקרים בהם הסתמכות על הסכמה מכללא היא אפשרית, רצוי שלא להסתפק בהסכמה שכזו, אלא לפנות לאדם לקבלת הסכמתו המפורשת. זאת בעיקר במקרים של איסוף ושימוש מידע רגיש או נקיטת פעולה העלולה להביא לפגיעה קשה בפרטיות". (ההדגשה במקור).

על פני זאת, יש לשים לב ללשון חוק להגנת הפרטיות, שכן החוק עצמו אינו יוצר מדרג היררכי בין השניים כאשר אין מניעה להחיל כל אחד מהם ביחס לנסיבות.

חזרה מהסכמה מכללא

8. הרשות מרחיבה את הפרשנות הקיימת גם בנוגע לאופן החזרה מהסכמה של נושא המידע.

בסעיף 48 לטייטה, נכתב:

"במקרים בהם התנהגותו של נושא מידע עשויה ללמד כי הוא מבקש לחזור בו מהסכמתו, או ללמד על כך שההסכמה מלכתחילה ניתנה באופן נקודתי או לזמן מוגבל, מומלץ כי בעל מאגר יפנה לנושא המידע על מנת לבחון האם הסכמתו עומדת בעינה".

אנו למדים מכאן, כי לתפיסת הרשות חזרה מהסכמה אפשרית לא רק באמצעות הודעה מפורשת מצד נושא המידע, אלא גם על בסיס התנהגותו. כלומר חזרה מהסכמה מכללא.

לגישתנו הכרה בחזרה מההסכמה מכללא לא זו בלבד שמרחיבה את פרשנות חוק להגנת הפרטיות, ומטילה אחריות נוספת על בעלי מאגרי מידע לוודא את המשך תוקפה של ההסכמה שניתנה, אלא שהיא מגבירה מהותית את חוסר הוודאות ביחס לציות הרצוי.

צמצום עקרון ההסכמה, העמדת חלופה סבירה ואי התניית קבלת השירות במתן הסכמה לאיסוף מידע שאינו נדרש

9. כאשר יש חשש שההסכמה איננה מבטאת רצון חופשי, לטענת הרשות, עשוי הנטל להוכחת תקפותה ליפול על מבקש ההסכמה. במקרים אלה, הרשות ממליצה על העמדת חלופה סבירה לשירות או על אי התניית מתן השירות בהסכמה למסירת מידע שאינו נדרש לצורך אספקתו.

בסעיף זה, הרשות מטילה על מבקש המידע חובת צמצום מידע במעמד האיסוף, חובה אשר אינה מסתמכת על הדין. התוצאה של פרשנות זו הינה שמבקש המידע לא יכול להתנות את קבלת השירות באיסוף מידע שאינו נדרש. חובת צמצום המידע הינה חובה רטרואקטיבית בה מבקש המידע בוחן את המידע אותו אסף ומחליט מה לא נדרש לו לצורך אספקת השירות.

בסעיף 26 כותבת הרשות כי:

"לגישת הרשות, במצבים מסוימים, בהם קיים חשש אינהרנטי כי ההסכמה שניתנה היא "חשודה", הנטל להראות כי הסכמה לפגיעה בפרטיות ניתנה מתוך רצון חופשי של אדם עשוי להיות מוטל על כתפיו של מבקש ההסכמה. במקרים שכאלו יכול מבקש ההסכמה לנקוט אמצעים שונים - כגון העמדת חלופה סבירה או אי-התניית קבלת השירות במתן הסכמה לאיסוף מידע שאינו נדרש - על מנת להראות כי ההסכמה מבטאת את רצונו החופשי ואת בחירתו האמיתית של נושא המידע." [ההדגשה במקור]

לגישתנו, הרשות מצמצמת את עקרון ההסכמה שהינו בסיס עיבוד המידע היחיד תחת הדין הישראלי, כאשר הרשות מייצרת יש מאין עקרונות דרישות לקיומה של הסכמה. כתוצאה מכך, מבקש מידע נדרש לנהל חלופות שונות של השירותים אותם הוא מספק בשל הדרישה הספציפית להעמדת חלופה סבירה.

עניין זה משתית עלויות כלכליות כבדות מאוד על מבקש המידע.

לפיכך, בהיעדר בסיס עיבוד מידע נוסף תחת הדין הישראלי הדרישות החדשות הינן גזירה שהמגזר העסקי לא יכול לעמוד בה. לכן, דרישות אלה לא יכולות לעמוד כל עוד הדין הישראלי לא יתוקן ויקלוט לתוכו בסיס עיבוד מידע נוספים, ורק אז דרישות אלו יוכלו להיות מיושמות.

לסיכום

ברצוננו לחזור על כוונת המחוקק במסגרת הדיונים שהתקיימו בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת שעסקו בתיקון 13, כאשר הכיר המחוקק בקושי הנוכחי להתבסס על הסכמה בלבד, וכאשר הבסיס היחידי הוא הסכמה – הבעיה המובנית היא יצירת הסכמות מרובות, במקום יצירת בסיס עיבוד נוספים, כפי שגם עולה בפרוטוקול וועדת חוקה, חוק ומשפט מיום ה-26/12/2023, בו התבטא המחוקק כך:

"אם אני חושב שהעיבוד שלך הוא בסדר, אז ממילא ההסכמה הכי קטנה שיש היא הסכמה מכללא ואני מסכים לה, ואם אני חושב שהעיבוד שלך הוא לא בסדר אז אני צריך עוד הסכמות. הלבשתי את הכול על הסכמות, לא באיתי ואמרתי: יש עוד בסיסים."

חשוב לחזור ולהדגיש כי ועדת חוקה, חוק ומשפט, בהסכמת הרשות להגנת הפרטיות, קבעה כי אין מקום להכניס שינויים לבסיסי עיבוד המידע הנוספים, וכי אין מקום להכניס שינויים להסכמה בבסיס עיבוד. עמדה זו משתקפת לאורך כלל הדיונים בוועדה במסגרת תיקון 13 לחוק, והמחוקק בכוונה ייעד את הבחינה שלהם במסגרת תיקון עתידי לחוק הגנת הפרטיות.

בהתאם, כוונת המחוקק ביחס להיקפו של סעיף 11 הובהרה במסגרת הדיונים של תיקון 13 בוועדת חוקה, חוק ומשפט, וכי אין מקום להעניק לסעיף 11 פרשנות מרחיבה החורגת הנוסח הנוכחי של הסעיף לאחר אשרורו בתיקון 13 שהתקבל.

בתשובתנו, ביקשנו להבהיר את מעמדו המשפטי של מסמך זה ואת המשקל שיש לייחס לו בקביעת מסגרת הציות לדיני הגנת הפרטיות. מחד, הטיוטה עושה שימוש במונחים כגון "רצוי" ו-"ומומלץ", ומאידך כבר בפתיח המסמך הרשות קובעת כי גילוי הדעת מבטא את הפרשנות המשפטית שתחול בעת הפעלת סמכויותיה לפי חוק להגנת הפרטיות. עמימות זו יוצרת חוסר ודאות בנוגע לאופן היישום של דרישות הדין, וכן מעוררת חשש כי גילוי הדעת מרחיב את תחום הפרשנות של החוק מעבר למה שנקבע במסגרתו.

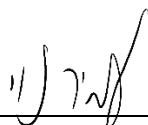
לאור האמור, אנו סבורים כי על אף חשיבותה של פרשנות חוק להגנת הפרטיות והתאמתו לאתגרים המודרניים, יש להבטיח כי הפרשנות אינה מרחיבה או מצמצמת את הוראות החוק מעבר לכוונת המחוקק. חשיבות זו מקבלת משנה תוקף, בפרט לנוכח העובדה כי תהליך תיקון חוק הגנת הפרטיות הושלם אך לאחרונה, לאחר תהליך חקיקה ממושך ומעמיק.

בברכה,



שירה ריבנאי בהיר

עורכת דין



עמיר נוי

עורך דין בכיר

מסמך זה הוכן בסיוע:

עו"ד דן אור-חוף

עו"ד ערן גנדמן

עו"ד עידו ילין

מר נתנאל אהרן, מתמחה

מר מתן הדר, מתמחה