

מבט השוואתי על מודלים של הגנת הפרטיות – לקראת תיקוני החוק בישראל
סיכום ותובנות מהמפגש השלישי בנושא: סמכויות האכיפה והסנקציות של רשויות להגנת הפרטיות

רקע

לאחרונה פרסמה ממשלת ישראל [הצעת חוק לתיקון חוק הגנת הפרטיות \(הצעת חוק הגנת הפרטיות \(תיקון 14\), התשע"א-2021\)](#). תיקון זה, מהווה תיקון משמעותי ראשון בחוק מזה שנים רבות. התיקון המוצע מתבסס על הצעות שהומלצו בשנים 2007 ו-2011. בנוסף משרד המשפטים הצהיר כי הוא שוקד בימים אלה על הצעת חוק נוספת בתחום הפרטיות, מהותית ומקיפה יותר. להלן [קישור](#) לסקירה על עיקרי התיקון בהצעת החוק שערך המכון. אגב הדיון בהצעת החוק, המכון הישראלי למדיניות טכנולוגיה בחר לארגן סדרה של מפגשים שמטרתם להפגיש את העוסקים בתחום עם מומחים בעלי שם, שירחיבו את נקודת המבט להסדרים הקיימים במדינות השונות, בכוונה להעשיר את הדיון בנושא גם בישראל.

המפגש השלישי התקיים ב-23 בפברואר 2022 (בזום) ועסק בנושא: "תביעות אזרחיות ותובענות ייצוגיות" ובסיכום של שלושת המפגשים (להלן [קישור](#) להקלטת המפגש).

בחלק הראשון במפגש השתתפו הדוברים הבאים:

- [עו"ד לימור שמרלינג מגזניק](#), מנהלת המכון הישראלי למדיניות טכנולוגיה.
 - [פרופ' פטר סוייר](#), פרופסור למשפטים ומומחה לפרטיות ואבטחת סייבר, אוניברסיטת ג'ורג'יה-טק.
 - [פרופ' אסף חמדני](#), הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב.
 - [מר סבסטיאו בארו ולה](#), עמית מדיניות האיחוד האירופי, פורום עתיד הפרטיות.
- עורכת הסדרה: [עו"ד רבקי דב"ש](#), עמיתה בכירה, המכון הישראלי למדיניות טכנולוגיה.
- בחלק השני, סיכמו לימור ורבקי את שלושת המפגשים שנתקיימו.

תובנות מרכזיות

חלק ראשון

- כבר כיום ישנה אפשרות מסוימת להגשת תובענות ייצוגיות בישראל בתחום הפרטיות – במקום בהם יש יחסי כוחות המאפשרים תביעה מכח חוק תובענות ייצוגיות, אולם לא ניתן להגיש תובענה נגד המדינה.

- ממחקר שערכו פרופ' חמדני ושותפים, עלה שעל אף "הצלחות" בתחום התובענות הייצוגיות, הדבר לא הוביל לשינוי התנהגות.
- יש לשקול מה המשמעות של הוספת תובענות ייצוגיות במשטר חוקי שאין בו נורמות ברורות (בניגוד לתחומי צרכנות מובהקים כגון מחירים וכמויות), וכשיש תכנית להגביר את סמכויות האכיפה של הרשות להגנת הפרטיות. האם תובענות ייצוגיות הן כלי מתאים, במצב המשפטי הקיים, שיגרום לציות גבוה יותר.
- ה-GDPR מאפשר הגשת תובענות ייצוגיות גם נגד המדינה. ארגוני NGO – עצמאיים ובלתי תלויים – יכולים להגיש תובענה גם ללא נפגעים ספציפיים.
- ביצירת חלופה אזרחית בתחום הפרטיות מציע פרופ' סוויר להתייחס למספר נקודות: גובה התובענות; מהו ההסדר ביחס לכיסוי הוצאות משפט; יצירת הסדר שאינו נוקשה ואינו קל מדי.

חלק שני

- משלושת המפגשים עולה הקושי שמייצר ההסדר הישראלי לאור השילוב בין ההגנה על הפרטיות (privacy) להגנה על מידע אישי (data protection).
- ההערה של ד"ר לזוביק במפגש הראשון על הצורך בבחינת ההסדר גם ביחס לציר הזמן – חשובה. האינטרסים על ציר הזמן משתנים וחשיבות קיומו של מחקר היסטורי, ארכיבאות וכו' מתחזקים בחלוף הזמן ביחס להגנה על פרטיות.

סיכום החלק הראשון

עו"ד לימור שמרלינג-מגזניק:

בחוק הישראלי פגיעה בפרטיות מהווה עוולה אזרחית בגינה ניתן להגיש תביעה אזרחית ולזכות בפיצויים לרבות פיצוי ללא הוכחת נזק. יש דיונים בישראל להוסיף את חוק הגנת הפרטיות לחוק תובענות ייצוגיות כדי לאפשר גם אכיפה אזרחית מסוג זה. נשמח לשמוע וללמוד מהניסיון שנצבר בתחום בעולם.

פרופ' אסף חמדני:

תיאור המצב בישראל והאפשרות להגיש תובענות ייצוגיות בנגזרת צרה של תחום הפרטיות. רוצה להסביר מדוע חשוב לדעתו לשקול בזהירות הוספת אפשרות לתובענות ייצוגיות בחוק הגנת הפרטיות. חושב שבשראל אנו מצויים במשטר מעניין של שילוב של תקנות נוקשות וסמכויות אכיפה רחבות.

הגנת הפרטיות היא זכות חוקתית בישראל, וקיים חוק מ-1981 שכרגע מבקשים לתקנו בין היתר כדי לקרב את ההסדר להסדר הקיים ב-GDPR. הפרת הפרטיות מהווה עוולה אזרחית בישראל, וישנה אפשרות להגיש תביעה אזרחית ולקבל פיצויים גם ללא הוכחת נזק.

בחוק התובענות הייצוגיות משנת 2006 יש רשימה של הסדרים שניתן להגיש בגינם תובענה ייצוגית. אם אני צריך לאפיין זאת אתיחס לשני מסלולים – הראשון, מתייחס לעילת התביעה כגון עילות מתחום ניירות הערך, חוקי צרכנות ואפליה, השני, מתייחס לסוג היחסים בין התובעים לנתבע כגון יחסי צרכן-עסק, לקוח-בנק, מבטח-מבוטח.

חוק הגנת הפרטיות, אינו מצוי כאחת העילות, אולם יש אפשרות לתבוע בעילה של פגיעה בפרטיות ככל שיש מערכת יחסים המאפשרת תביעה מכח החוק. אבל, לא ניתן להגיש תביעה ייצוגית נגד הממשלה או על ידי NGO או גופים אחרים שאין להם מערכת יחסים המאפשרת תביעה. לכן יש לציין כי בישראל ישנה אפשרות מסוימת להגיש תובענות ייצוגיות בתחום הפרטיות. ההצעה המונחת כרגע על הפרק על ידי שני חברי כנסת, וזו דרישה שנשמעת גם מארגוני זכויות, היא להפוך את הזכות לזכות תביעה אוניברסלית.

חשוב להבין מה אנו רוצים להשיג כאשר אנו מבקשים לעשות שימוש במכניזם של תובענות ייצוגיות.

יש שני תרחישים - התרחיש הטוב: תובענה ייצוגית מאפשרת לתבוע במקום בו הנזק קטן, יש נזק מצטבר, ואין גורם שמבצע אכיפה בתחום. רשויות האכיפה מוגבלות, מסיבות של סמכויות או תקציב, ועל כן נדרשת אכיפה פרטית.

התרחיש הרע: תמריץ להגשת תובענות כאשר הרווח אינו חוזר אל הציבור. האינטרס של התובע אינו בהכרח האינטרס של הציבור. ותביעות טובות מגיעות לפשרה מוקדם, ללא פיצוי או הרתעה.

בתובענות ייצוגיות אנו מייצרים מעין תובע אזרחי פרטי, שהוא מעין שילוב בין ציבורי ופרטי. הוא חשוב במיוחד כשיש לנו חולשת גולטור מכל מיני סיבות.

מה שאני מציג עתה הוא תוצאה של מחקר שערכתי ביחד עם קסטיאל ווייצמן באוניברסיטת תל אביב ביחס לתובענות בתחום החברות ומה שגילינו שישראל היא מקום בו קל להגיש תובענות. אנו ראינו שיש הרבה "הצלחות" משפטיות בתובענות נגד חברות ביטוח, מבלי שיתבצע שינוי משמעותי בהתנהגות החברות.

בתובענות ייצוגיות בישראל, בתי המשפט לא נוהגים לפסול תובענות ייצוגיות בשלב מוקדם, פשרות בין הצדדים ללא פיצוי לניזוקים הוא דבר מקובל, ושום נתבע אינו "קטן" מדי.

יש לנו יצירת נורמות מחייבות רבות כמו באיחוד האירופי, ותפיסת ריבוי תובענות אזרחיות כמו בארה"ב.

מה זה אומר ביחס להוספת תובענות ייצוגיות לתחום הגנת הפרטיות בישראל?

האם באמת מטריד אותנו התיקון או הפיצוי? ניתן להניח שמה שמטריד הוא ההפרה, אחרת לא היה לנו פיצוי ללא הוכחת נזק. כרגע בישראל לא נראה שתובענות ייצוגיות מובילות לתיקון.

שאלה נוספת היא האם יש לנו סטנדרטים מנחים ברורים המאפשרים לנתבע פוטנציאלי להיות מוגן אם יקיים אותם.

לא ברור למה תביעות על ידי רשות ציבורית לא יכולות לתת מענה הולם למה שנדרש – מאחר שהיא שוקלת אינטרסים רחבים יותר.

כאשר מדברים על הממשלה – לישראל יש רזומה שהממשלה מוציאה עצמה בחקיקה מהאפשרות להיות נתבעת בתביעות ייצוגיות, ואני לא חושב שיש לכך הצדקה. לדעתי זה לא ראוי. ככל שיש בעיה עם המכניזם של תובענות ייצוגיות, הממשלה צריכה לשנות אותו ולא רק להוציא את עצמה מהכלל.

יכול להיות שנצליח לייצר משטר שמבנה הסדר ראוי יותר לתובענות ייצוגיות בתחום הפרטיות, לשם כך חייבים לעצב ולהתייחס למכניזם הספציפי בישראל כדי לעצב את זה נכון.

עו"ד שמרלינג מגזניק:

חיברת לנו את שלושת הוובינרים, בראשון דיברנו על המחסור בבסיסים נוספים לעיבוד מידע בישראל המוביל לעמימות, אל מול הרצון להגביר את סמכויות האכיפה של הרשות עליהם דיברנו בוובינר השני. והשאלה במצב משפטי זה, מה ההשלכות של שילוב תובענות ייצוגיות בהסדר הישראלי.

מר סבסטיאו בארו ולה:

מצגת סבסטיאו –



מצגת סבסטיאו.pptx

מציג את המסגרת של האיחוד האירופי ביחס לתובענות אזרחיות וייצוגיות, ומה ניתן ללמוד מהניסיון האירופי.

ל-GDPR יש התייחסות ספציפית לסעדים לאנשים פרטיים, נושאי מידע (סעיפים 79-82). התביעה יכולה להיות כנגד גופים פרטיים וציבוריים. יש לנו מקרים בהם גם הרשויות נתבעו. בהולנד לדוגמה מתנהלת כנגד משרד הבריאות תביעה על דלף של מידע בתקופת הקורונה.

ה-GDPR מסמך ארגוני מגזר שלישי לתבוע בשם הציבור על עוולות המוסדרות בתקנות, גם ללא קיומו של נפגע ספציפי. זו אופציה הקיימת בפני מדינות האיחוד, הן לא חייבות לאמץ את ההסדר הזה. במקרים אלו לא ניתן לדרוש פיצויים בשם הנפגעים.

הזכות לפיצוי בין אם בתובענה אזרחית או ייצוגית נשען על נזק מטריאלי (חומרי) או נזק שאינו מטריאלי.

בדירקטיבה חדשה יחסית (2020/1828) הוכרה היכולת של ארגונים יציגים עצמאיים ובלתי תלויים לתבוע כנגד הפרות של חוקי האיחוד, ביניהם דירקטיבת ePrivacy וה-GDPR, כאשר נפגעים אינטרסים משותפים של צרכנים. אם הם דורשים פיצוי, תובעים רלוונטיים יכולים להצטרף לאחר התביעה, אולם מלכתחילה לא נדרשים תובעים קונקרטיים.

עד שנת 2018 לא היו הרבה תביעות. כאשר היו תביעות הן נוהלו על ידי גורמים פרטיים.

החקיקה מתפרשת על פי מערכת המשפט המקומית, ולכן יכולה להיות שונות באופן הפרשנות. אולם בתי המשפט המדינתיים יכולים לפנות לבית המשפט לצדק של האיחוד האירופי כדי לקבל פרשנות נדרשת.

לאחרונה נשאל בית המשפט לצדק של האיחוד, האם ניתן לקבל תובענה ללא הוכחת נזק כאשר ישנה הפרה של הוראות ה-GDPR. באיחוד אם תשאלו את הגרמנים הם ישיבו בשלילה, בגלל שלדעתם אין עילה כשאין נזק. בהולנד יכולים להגיש גם ללא הוכחת נזק, לדוגמא, במקרה בו מידע לא אנונימי שותף עם רשויות אכיפה.

גם ביחס לתביעה על נזקים לא מטריאליים, יש שונות בין מדינות האיחוד. הפרשנויות השונות מדגישות את הצורך בניסוח מדויק של העוולה והפיצוי שמבקשים להגדיר בחקיקה.

דוגמאות לתביעות ייצוגיות שהוגשו לאחרונה -

Class action cases

- **Data Privacy Stitching Foundation vs. Facebook** (NL, 2021)
 - Claim on behalf of Dutch Facebook users: asks the Court to declare transparency breaches in the context of online advertising
 - Procedural legitimacy: Dutch law provides for representative actions w/out data subjects' mandate (Section 3:305a Civil Code)
 - Case still not decided on substance
- **The Privacy Collective vs. Oracle and Salesforce** (NL, 2021):
 - Claiming damages on behalf of 10M Dutch internet users (500 EUR from Salesforce and 100 EUR from Oracle for each user)
 - Claims relate to lack of legal basis and transparency shortcomings in the placement of cookies in users' devices
 - Action dismissed, as the claim was not "sufficiently representative"



[FPF.org](https://www.fpf.org)

 FUTURE OF
PRIVACY
FORUM

פרופ' פיטר סווייר :

אדבר על אכיפת יתר ואכיפת חסר.

אפשר לחשוב על הפרה פשוטה בפרטיות, לדוגמא שלא ניתן למכור מידע לצד שלישי. אבל במציאות זה יותר מורכב כי לעתים אתה יכול למכור – לדוגמא, אם יש הסכמה של נושאי המידע, או מכירת מידע חלקי. אבל לכאורה האכיפה היא פשוטה – האם היתה מכירה או לא.

והשאלה שלי פשוטה – מה הסיכוי שהחברה תפר את הנורמה, מה הסיכוי שתתבצע פעולת אכיפה מולה ומה הנזק שייגרם לה ככל שיתנהלו הליכים נגדה.

במקרה של תת אכיפה – לדוגמא, אם הרשויות לא אוכפות את החוק בכלל, העבריינים לא יחששו מהנזק שעשוי להגרם להם, והנפגעים לא יקבלו פיצוי על הנזק שנגרם להם.

אבל אפשר להוסיף לסיטואציה שכבת אכיפה. לדוגמא רשות להגנת הפרטיות, ובמקרה של ארה"ב ה-FTC. יש בה כמה עשרות עובדים על כ-330 מיליון אנשים בארה"ב. הסיכוי שיפעלו מולך הוא קטן. כמובן שאם תהיה מפר סדרתי הסיכוי שיאכפו מולך גדול יותר.

הרבה פעמים מנסים לפצות על תת אכיפה בהגדלת הקנסות, יכול להיות שהסיכוי שיתפסו אותך קטן, אך הסיכון גדול. לכאורה אמור לייצר הרתעה, אולם בדרך כלל זה לא יעיל כי כל אחד חושב שלא יגיעו אליו.

אכיפת יתר יכולה להיות כאשר החוקים הם מאוד נוקשים, או שהכללים מאוד לא ברורים – זה מכביד על העסקים באופן שכל החברה ניזוקה ממנה. או כאשר הקנסות מאוד גבוהים, יותר מהמחזור המצופה.

AFFILIATED WITH THE



שדרות רוטשילד 74-76, תל אביב יפו, 6521401

www.techpolicy.org.il | info@techpolicy.org.il

אנחנו יכולים לייצר פיזור של גורמי האכיפה – ברמה המדינתית – זו פרקטיקה מקובלת בארה"ב. איך מייצרים הסדר ביניים? מכניסים תובעים פרטיים שמגדילים את סיכויי התביעה. ואז אפשר להוסיף פיצויים ללא הוכחת נזק. ניתן גם לתת סכום מקסימום – כמו באיחוד האירופי. כך נעשה גם בנושא רשלנות רפואית בארה"ב.

זאת אומרת שניתן לייצר הסדרים שמשפיעים על הפיצויים.

אם יש תמריץ גבוה מדי לתובענות אזרחיות, זה משפיע על התמריץ של עסקים להשקיע בתחום המידע, וזה עלול לפגוע בעסקים.

בארה"ב כל צד מכסה את הוצאותיו. גם כאשר התובעים מפסידים, כל צד נושא בהוצאותיו.

יש לתת את הדעת לתובעים "מיומנים". אם הם מנצחים הם מקבלים סכומים מאוד גבוהים, והנפגעים מקבלים מעט. מה שקורה בפועל זה שמתפשרים בלי קשר לשאלה האם התובענה מוצדקת, כי עושים חישוב של עלויות בתי המשפט. בדרך כלל כמעט לא מגיעים לבירור התביעה.

תובנות שאני מציע לשקול בישראל -

- להתחשב בשאלה בדבר גובה התובענה
- להתייחס להסדר הנוגע להוצאות בית משפט, ואת מי הוא מתמרץ
- לזכור שאם מייצרים הסדר נוקשה מדי – אין תובענות כלל
- ואם קל מדי – יש אכיפת יתר שעלולה להזיק.

פרופ' חמדני :

אנחנו בישראל כאילו בהסדר האירופי בו המפסיד משלם הוצאות משפט, אך בפועל פסיקת ההוצאות נמוכה כך שאין כיסוי אמיתי של ההוצאות ובכך אנו דומים להסדר בארה"ב.

אחד ההבדלים של ישראל מול ארה"ב היא שאנו מדינה מאוד קטנה. השאלה שלי היא מדוע לא לחזק את האכיפה המרוכזת על ידי הרשות, ונחזק רק את המקרים שאנו מניחים שתובענה לא תוגש והערך יתפספס.

לגבי ההסדר באיחוד האירופאי – חושב שיש חשיבות שתביעה ייצוגית תהיה עם מכניזם של opt in לתביעה ולא opt out. זו סוגיה חשובה.

אני לוקח משתי ההצאות שהפרטים מאוד חשובים ולכן זו לא רק שאלה אם להוסיף תובענות ייצוגיות או לא. יש חשיבות איך מעצבים את ההסדר.

מר בארו ולה :

רואים את הגישות השונות בין המדינות באיחוד ביחס לתובענות על נזקים ללא הוכחת נזק, הפסיקה היא נמוכה, לא כמו בארה"ב. צריך לזכור שמי שמוביל תביעות כאלו הם ארגונים ללא כוונת רווח, ולכן לכאורה המוטיבציה היא ציבורית ולא רווחית. זו היתה הסיבה לדרוש שיהיו עצמאיים.

פרופ' סוויר :

במערכות משפט, יש דרכים לייצר איזון, לדוגמא קביעת סכום מקדמי לתשלום בעת הגשת תביעה. מצד שני יכול להיות חסם לא הוגן למי שאין לו כסף.

מצד שני אם מסתכלים על זה כעסק, הם יוכלו להשקיע באגרה המקדמית. כלומר מדובר במשהו לא הוגן לפרט, אבל זה עשוי להיות חסם שמייצר מקצועיות בהגשת תביעות. מבחינת תפיסה כלכלית זה יכול לבצע איזון.

מחשבות על תביעות על דלף מידע – בארה"ב יש תביעות רבות על דלף מידע, וזה הופך להיות קשה יותר לתובעים – כי יש צורך לבסס נזק ממשי. קשה יותר להגיש תביעה צרכנית היום על דלף מידע בבית משפט פדרלי. במדינות עצמן יש הסדרים שונים ויש מדינות שהתביעה בהן קלה יותר.

סיכום חלק שני – סיכום שלושת המפגשים

עו"ד רבקי דב"ש :

אני לוקחת משלושת המפגשים את הקושי בשילוב הקיים בישראל בין הגנת הפרטיות להגנת מידע אישי – הערבוב יוצר קושי. התפיסה בחוקי הגנת מידע אישי בעולם היא שהשימוש במידע האישי הוא לגיטימי, אין נקודת מוצא להפרה מעצם איסוף המידע. תחושת הבלבול שקיימת אצלנו התחזקה אצלי גם כשמעתי את הדגשים של הרשות להגנת הפרטיות שהוצגו במפגש השני. גם כשקוראים את הצעת החוק הפרטית של יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט חה"כ קריב, המנסה לייצר בסיסי עוגן נוספים לעיבוד מידע אישי, הוא מנסח זאת כ"פגיעה מותרת בפרטיות". הבלבול הזה מקשה עלינו.

עו"ד לימור שמרלינג מגזניק :

עצם השימוש במילה "פגיעה" הוא קצת מטעה – כי אם השימוש עצמו מותר, אין כאן פגיעה. אחת העובדות המעניינות היא שה-GDPR, למרות רוחב היריעה שלו, לא מזכיר את המילה פרטיות פעם אחת, וזאת מכיוון שהוא מדבר רק על הגנת מידע אישי בעת שימוש מותר בו.

עו"ד דב"ש :

בקצה יש גם פגיעה בפרטיות, אבל החיבור בין שני ההסדרים משליך על כל השרשרת. אני חוששת שככל שאנחנו מנסים לדייק את החקיקה, אנחנו מייצרים לנו יותר בעיות אגב החיבור הזה.

עו"ד שמרלינג מגזניק :

אני לוקחת איתי מהמפגשים את ההערה של ד"ר לזוביק, בעל הניסיון בתחום הנגשת המידע, בהתייחס למימד הזמן. הבנתי כמה זה אקוטי. לדוגמא בעוד 100 שנה האם יהיה אכפת לנו שידעו עלינו את המידע האישי? זה נותן לנו פרספקטיבה אחרת. יש לנו איזון עלות-תועלת שבו ככל שהזמן חולף הערך של המידע לצרכי ארכיב ומחקר היסטורי ותועלת ציבורית עולים והפגיעה בפרטיות קטנה.

יש הגיון בשילוב אלמנט הזמן בהסדרים הנוגעים במידע אישי ובפרטיות. זה דומה להסדרים הקשורים לזכויות יוצרים והגנה על יצירות – ההגנה פוקעת עם חלוף הזמן. יש משהו מאוד הגיוני בכך.

כשמדברים על פרטיות בהיבט השליטה העצמית והאוטונומיה של הרצון – כאשר נושא המידע לא קיים עוד ואולי אף משפחתו אינה – עד כמה יש כאן פגיעה בפרטיות? זה מתקשר לי גם לנושא שמירת המידע – שצריכה להיות מדיניות בארגון מתי המידע נמחק, או מתי זה כבר לא לגיטימי שיהיה אצלך מידע. הגיוני לחשוב גם על ההיבט הפוך, עד כמה אנו משמרים את הזכות לפרטיות גם בחלוף זמן רב.

עו"ד דב"ש :

לסיכום – הוובינרים הללו נועדו לתת לנו נקודת מבט יותר רחבה אגב ההצעות לתיקון החקיקה. יש תחושה שהתיקון מיושן מדי ולא נותן את הדעת לראייה רחבה יותר – למדינות נוספות מעבר ל-GDPR ולתובנות ולקחים שנלמדו מאז שהוא נכנס לתוקף. אנו מקוות שההקלטות וסיכומי הוובינרים יהיו לעזר. אנו מעוניינות להרחיב את השיח לנושאים נוספים בתחום, ונשמח למשוב מכם מה מעניין להמשך מחקר ודיון.