

מעמד התאימות מול נציבות האיחוד האירופי והשינויים המוצעים במערכת המשפט

ערן טור¹ ותומר שדמי²

מבוא

ישראל נמצאת בימים אלו במשא ומתן מול נציבות האיחוד האירופי לצורך בחינת חידוש מעמד התאימות של משטר הפרטיות בישראל לצורך העברת מידע בצורה חופשית בין ישראל ומדינות האיחוד האירופי. מעמד התאימות ניתן לישראל בראשונה על ידי האיחוד האירופי בשנת 2011, ואסדרת (רגולציה) הפרטיות הנוכחית באירופה קובעת כי יש לשוב ולבחון את המעמד הזה באופן תקופתי, על מנת לוודא שמשטר הפרטיות במדינה לה ניתנה ההכרה עומד עדיין בתנאים. במכתב זה, אנו סוקרים את המשמעות של מעמד התאימות ליכולת של חברות ישראליות לפעול באירופה ואת ההשפעות האפשריות של השינויים המוצעים במערכת המשפטית הישראלית המשפטית על ההחלטה האירופית.

מהו מעמד התאימות?

מעמד התאימות מאפשר העברת מידע אישי מהאזור הכלכלי האירופי לישראל, ללא צורך במחויבויות רגולטוריות נוספות של חברות. המעמד מאפשר לחברות ישראליות לקבל ולהעביר מידע מאירופה לישראל בצורה פשוטה ונוחה, וזוהו לדרך בה המידע היה עובר אם החברות היו ממוקמות באירופה. המעמד נתן כיום לקבוצה מצומצמת של מדינות מחוץ לאזור הכלכלי האירופי, ורק למדינות בהן הנציבות האירופית סבורה שרמת הגנת המידע בה תואמת לרמת ההגנה על מידע אישי באירופה. באסיה, למשל יש רק 3 מדינות שעומדות בתנאים, ישראל, קוריאה הדרומית ויפן. ללא מעמד התאימות, כל חברה ישראלית שנותנת שירות או מבצעת פעילות עם חברה אירופאית, הייתה נדרשת להתחייב באופן אישי ופרטני להתקיימות התנאים וההגבלות החלים על המידע בהגיעו לישראל, ולהיבחן לבד מול החובות הקבועות.

בהיעדר הכרה בתאימות, כל העברה של נתונים משטח האיחוד מחייבת את החברה הישראלית בעמידה ברשימה ארוכה מאוד של תנאים שנועדו להבטיח שהיא יכולה לעמוד בתנאי החוק. תנאים אלו כוללים חובות משפטיות של שמירה וניהול המידע, יצירת תהליכי פיקוח מתאימים, בניית מערכות מידע המיישמות תהליכים אלו, מינוי בעלי תפקידים מתאימים, וחתימה על חוזים מתאימים עם ספקי משנה. תנאים אלו רלוונטיים גם לחברות ישראליות המספקות שירותים דרך האינטרנט לאירופה (למשל, חברות המפעילות אפליקציות באירופה) או לחברות הסוחרות עם חברות אירופאיות ומקבלות מהן מידע אישי. ברוב המקרים, לא מדובר בהליך חד פעמי שחברה יכולה לבצע פעם אחת, אלא היא צריכה לעשות זאת בכל עסקה המערבת מידע מאירופה, עם כל לקוח ועם כל ספק, צריך שיהיו הבטוחות האלו. משמעות הדבר הוא שעבור חברות אירופאיות עבודה מול חברות ישראליות עלולה להפוך ללא כדאית, כי היא גם מעמיסה עליהם את החובה להוכיח שהחברה הישראלית ספציפית עומדת בתנאי החוק.

מעמד התאימות תלוי הן בחקיקה הקשורה לפרטיות והן בקיומה של ביקורת משפטית, שלטון החוק והפרדת רשויות במדינות המבקשות לקבל מעמד זה, שכן אלו נתפסים כחלק מהמבנה המשפטי שבכוחו להגן על פרטיות המידע.

¹ הפקולטה להנדסה, אוניברסיטת תל אביב
² מרכז פדרמן לחקר הסייבר, האוניברסיטה העברית

בשל חקיקת הפרטיות בישראל, חקיקה שלא התחדשה בעשור האחרון, היה בשנים האחרונות חשש בישראל כי אירופה תסיר את מעמד התאימות הישראלי. כדי למנוע זאת, משרד המשפטים פירסם את תקנות הגנת הפרטיות (הוראות לעניין מידע שהועבר לישראל מהאזור הכלכלי האירופי), המציעות להטיל מספר חובות על חברות שמחזיקות במאגרי מידע עם נתוני אישיים שמקורם באירופה³. תקנות אלו מוסיפות מורכבות למשטר הפרטיות בישראל⁴, אך בכל מקרה, מעמד התאימות תלוי גם במשטר המשפטי הכללי במדינות המבקשות לקבל מעמד זה. לכן, כדי להבין האם תהי. גם אם תקנות אלו יתקבלו וגם אם לא, יש לבחון את השפעת התקנות על משטר הפרטיות הכללי בישראל.

חשיבות מעמד התאימות לכלכלה הישראלית

החשיבות של מעמד התאימות קשורה להיקף המסחר בין ישראל לבין אירופה, בעיקר בתחומי הטכנולוגיה. מדינות האיחוד האירופי הן שותפות הסחר הראשיות של ישראל. בשנת 2021, כ-26% מהיצוא (43 מיליארד ש"ח) וכ-35% מהיבוא (35 מיליארד ש"ח) התנהל מול מדינות האיחוד האירופי⁵. ההכרה היא יתרון עסקי מרכזי מאוד ופריבילגיה של חברות ישראליות שהושג בשל הערכה למשטר המשפטי הקיים בישראל. זוהי אחת מהתרומות המשמעותיות שהמשטר המשפטי מעניק לכלכלה הישראלית, ובעיקר לתעשיית הטכנולוגיה היזמית הישראלית. שאלת התאימות היא חשובה ביותר לכלכלה הישראלית. מעמד התאימות משמעותי גם למספר תחומים נוספים. למשל, שיתופי פעולה מחקריים ורפואיים המבוססים על העברת מידע.

ישנה הסכמה נרחבת שלהכרת האיחוד האירופאי בתאימות הדין בישראל לחוקים באיחוד האירופי משמעות ניכרת. בהיעדרה, המגזר העסקי בישראל הסוחר או מספק שירותים באירופה יאלץ להתמודד עם נטל מכביד. בכל עסקה עם כל חברה באזור הכלכלי האירופי, חברה ישראלית תיאלץ להשקיע משאבים נכבדים במטרה להבטיח שכל העברת מידע אישי מהאיחוד האירופי לישראל נעשית בהתאם לחוזים לדוגמא ("Standard Contractual Clauses", SCCs), בתבניות שזכו לאישור האיחוד האירופאי⁶. לצערנו, לא נעשה מחקר מסודר בישראל לגבי המשמעות של איבוד מעמד התאימות. במחקר שנערך באוניברסיטת UCL באנגליה, העריכו חוקרים כי אם בריטניה תאבד את מעמד התאימות שלה, כל חברה קטנה הסוחרת עם אירופה תיאלץ לשלם בממוצע כ-42,000 ש"ח בשנה על הוצאות עודפות וחברות גדולות יאלצו לשלם כ-690,000 ש"ח בשנה⁷. הוצאות עודפות אלו מקורן בהוצאות משפטיות הקשורות לכתיבת ואכיפת החוזים, יישום נהלים ותהליכים ייחודיים לצורך עמידה בחובות החוזיות, וכן הלאה. בישראל, נתונים אלו יכולים להיות אף גבוהים יותר, כיוון שחלק גדול מהשירותים אותם חברות ישראליות מספקות לחברות באזור הכלכלי האירופי הנם שירותי מידע ובהם נושא המידע האישי הוא מורכב אף יותר.

יתר על כן, חוזים אלו לא מבטיחים בהכרח מסגרת מספקת. נציבויות הפרטיות הקיימות בכל מדינות האיחוד האירופי יכולות לחקור העברת מידע לחברות הנמצאות במדינות שלא זכו למעמד תאימות, כפי שנעשה במקרה של מוצר

³ טיוטת תקנות הגנת הפרטיות (הוראות לעניין מידע שהועבר לישראל מהאזור הכלכלי האירופי), משרד המשפטים, 29/11/2022

⁴ עמדת המועצה הציבורית להגנת הפרטיות תקנות הגנת הפרטיות, הוראות לעניין מידע שהועבר לישראל ממדינה החברה באיחוד האירופי, 29/11/2022

⁵ הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סחר החוץ לפי ארצות בשנת 2021, 2022 בינואר 20, https://www.cbs.gov.il/he/mediarelease/DocLib/2022/028/16_22_028b.pdf

⁶ עיפים 28(7)(c)-(i) 2(46) GDPR.

⁷ Duncan McCann, Oliver Patel, Javier Ruiz, The cost of data inadequacy, The economic impacts of the UK failing to secure an EU data adequacy decision, UCL European Institute, <https://neweconomics.org/2020/11/the-cost-of-data-inadequacy>

Google Analytics של חברת גוגל⁸. במקרה זה, למרות שנחתם חוזה SCC, רשות מקומית להגנת הפרטיות בגרמניה פסלה את החוזה כיוון שמידע אישי הועבר לארה"ב שנפסלה באותה התקופה ממעמד התאימות. במקרים אלו, יהיה צורך לביצוע תהליך מורכב וארוך בו הצד האירופי להעברת המידע צריך לבצע תהליך של Transfer Impact Assessment (TIA), שכולל ניתוח מדוקדק של ההשלכות של העברת המידע למדינה שאינה במעמד תאימות⁹. לפיכך, יתכן אף שחברות ישראליות יאבדו הזדמנויות עסקיות, ואף יאלצו להעביר את מרכזי הפיתוח שלהן מישראל למדינות אירופה, שכן חברות אירופאיות יעדיפו להתקשר לקבלת שירותים ומוצרים מחברות הפועלות במדינות שיש הכרה בתאימותן.

ביקורת שיפוטית ומעמד התאימות

התנאים אותם מציבה נציבות האיחוד האירופי לעמידה במעמד התאימות כוללות מספר נדבכים: היבטים חוקתיים וביקורת שיפוטית; משטר החוקיות הספציפי; ואמצעי אכיפה עצמאיים. באופן ספציפי, סעיף A2 כולל דרישה לקיום מערכת משפט אפקטיבית שמאפשרת, על בסיס חקיקה ותקדימים, לאתגר החלטות עסקיות וממשלתיות העלולות לפגוע בפרטיות המידע¹⁰:

When assessing the adequacy of the level of protection, the Commission shall, in particular, take account of the following elements:

(A) the rule of law, respect for human rights and fundamental freedoms, relevant legislation, both general and sectoral, including concerning public security, defence, national security and criminal law and the access of public authorities to personal data, as well as the implementation of such legislation, data protection rules, professional rules and security measures, including rules for the onward transfer of personal data to another third country or international organisation which are complied with in that country or international organisation, case-law, as well as effective and enforceable data subject rights and effective administrative and judicial redress for the data subjects whose personal data are being transferred;

בחינת קבלת ההחלטות בעבר של נציבות האיחוד האירופי מעלה כי היא לוקחת בחשבון נושאים חוקתיים, ומפרשת את האפקטיביות של המערכת המשפטית בהתבסס על היכולת של בית המשפט העליון לבקר חקיקה על בסיס תקדימים וסבירות החלטות. למשל, בחינת החלטת הנציבות הקודמת בנושא התאימות של ישראל, מעלה כי הסעיף הראשון בהחלטה מצביע על היכולת של בית המשפט העליון לבצע ביקורת שיפוטית של חקיקה¹¹:

⁸ ד"ר רחל ארידור - הרשקוביץ וד"ר תהילה שוורץ - אלטשולר, הערות לתקנות הגנת הפרטיות (הוראות לעניין מידע שהועבר לישראל מהאזור הכלכלי האירופי), 17/12/2022.

⁹ David A. Zetony, What exactly is a "Transfer Impact Assessment" (TIA), and where the heck did it come from? 30.3.2022, <https://www.gtlaw-dataprivacydish.com/2022/03/what-exactly-is-a-transfer-impact-assessment-tia-and-where-the-heck-did-it-come-from/>

¹⁰ GDPR, Art. 45 1(A).

¹¹ Commission decision, 2011/61/EU, pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequate protection of personal data by the State of Israel with regard to automated processing of personal data, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011D0061&from=EL>

The State of Israel's legal system has no written constitution but constitutional status has been conferred on certain 'Basic Laws' by the Supreme Court of the State of Israel. Those 'Basic Laws' are complemented by a large body of case law, as the Israeli legal system adheres to a great extent to common law principles. The right to privacy is included in the 'Basic Law: Human Dignity and Liberty' under section 7.

החלטות הנציבות בנושא מדינות אחרות מצביעות גם הן על המקום המשמעותי של ביקורת שיפוטית והפרדת רשויות כקריטריונים להכרה במשטר הפרטיות של מדינות. בהחלטות הנציבות בעניין דרום קוריא, עצמאות בית המשפט העליון והחלטות שקיבל בנושא פרטיות מצוטטות באופן ישיר¹². בין השאר על בסיס היעדר קריטריונים כאלו הוחלט שלא להעניק מעמד תאימות לפדרציה הרוסית¹³. חשוב לציין כי מדינות כגון הונגריה או פולין, אותן הנציבות האירופאית מבקרת בשל צמצום עצמאות הרשות השופטת, לא נדרשות לעמוד במעמד התאימות כי הן חברות באיחוד האירופי.

הרפורמה המשפטית ופסיקות בנושא פרטיות

הזכות לפרטיות מעוגנת בישראל במפורש בחוק היסוד. יחד עם זאת, כאשר בוחנים את המקרים בהם הזכות נדונה בבתי המשפט, בחינה שנציבות האיחוד האירופית עושה במקרים של בקשת תאימות, ניתן לראות מספר מקרים בהם הרפורמה המשפטית יכולה להשפיע על היכולת של בתי המשפט לבחון ולהתערב באופן עצמאי כדי להגן על הזכות לפרטיות. חקיקת פסקת ההתגברות משמעה צמצום היכולת של בית המשפט לבקר חוקים הפוגעים בזכות לפרטיות. הסעיפים בהחלטות התאימות כוללות התייחסויות מפורשות לעצמאות מערכת המשפט וליכולת של בתי המשפט לעצור חקיקה שיתכן ותפגע בפרטיות מידע המגיע מהאיחוד האירופי (למשל, ראו Commission decision, 2011/61/EU). במידה והכנסת לא תהיה כפופה בפועל לביקורת שיפוטית, או שתוכל להתגבר עליה בקלות, הדבר עלול לסכן את מעמד התאימות. שינויים בהליך בחירת השופטים ומתן לקואליציה יכולת למנות ולפטור שופטים עלולה לפגוע בעצמאות בית המשפט ולהכפיף אותם לשיקולים פוליטיים, מה שעלול לפגוע ביכולת השופטים להגן על הזכות לפרטיות בעת שזו תעמוד בסתירה לעמדה של הממשלה. פגיעה במעמד היועצים המשפטיים משמעה ויתור על רכיב משמעותי בשמירה על הזכות לפרטיות, עוד בטרם זאת מגיעה לבתי המשפט.

ביטול עילת הסבירות משמעותה הגבלה של יכולת בית המשפט לבקר החלטות ופעולות של הממשל, דבר שיכולה להיות לו משמעות גדולה ביחס ליכולת ההגנה על הפרטיות. מספר פסיקות מהתקופה האחרונה מדגימות נקודה זו. למשל, בהחלטה בעתירה כנגד איכוני השב"כ בתקופת הקורונה, בית המשפט העליון פסק שהחוק המסמך חוקתי, אבל הממשלה לא יישמה את החוק שהיא עצמה קידמה באופן סביר¹⁴. בעילת הסבירות נעשה שימוש נרחב בפסיקה, בבחינה הבודקת האם התועלת השולית שתושג מהשימוש באמצעי עולה על הנזק המתבטא בפגיעה בזכות לפרטיות¹⁵. בחינות סבירות דומות התבצעו במספר פסקי דין חשובים הנוגעים לפרטיות, למשל בעתירה כנגד העברת נתונים מחברות התקשורת למשטרה¹⁶, בהחלטה בנושא פלונית נ' קצין התגמולים¹⁷, בבג"ץ ד"ר עאדל

¹² European Commission, pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the adequate protection of personal data by the Republic of Korea under the Personal Information Protection Act, Article 135

¹³ The European Data Protection Board, Statement on personal data transfers to the Russian Federation, 02/2022

¹⁴ בג"ץ 20/6732 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת

¹⁵ מרדכי קרמיצר ורענן סוליציאנו-קינן, קבלת החלטות בימי קורונה בראי הפסיקה ההחלטה להשתמש באיכוני השב"כ כמקרה מבחן, על חוקתיות 02, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2021.

¹⁶ בג"ץ 3809/08, האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, הנשיאה ביניש, פס' 7 (28.5.2021)

¹⁷ רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים השופטת ד' ברק-ארז, פס' 43 (5.11.2017)

מנאע נ' רשות המסים¹⁸, ובהחלטה בעניין העברת המידע ממרשם האוכלוסין אל הבנקים¹⁹. לפיכך, יש לבדוק ברצינות את הטענה כי ביטול עילת הסבירות ייתן עילה לנציבות האיחוד האירופי לטעון כי הכלים הקיימים לביקורת בנושא פרטיות אינם נמצאים עוד בשימוש וכי יש צורך בחקיקה היוצרת כלים חדשים ספציפית בתחום הפרטיות.

לפיכך, יש לבדוק ברצינות את הטענה כי ביטול עילת הסבירות ייתן עילה לנציבות האיחוד האירופי לטעון כי הכלים הקיימים לביקורת בנושא פרטיות אינם נמצאים עוד בשימוש וכי יש צורך בחקיקה היוצרת כלים חדשים ספציפית בתחום הפרטיות.

סיכום ומסקנות

היעדר הכרה בתאימות מטעם נציבות האיחוד האירופי תטיל משקולות כבדות על היכולת של חברות ישראליות לשתף פעולה למכור מוצרים, או לתת שירותים באזור הכלכלי האירופי. על פי משרד המשפטים, למעמד התאימות יש משמעות כלכלית נרחבת למשק הישראלי, וכן חשיבות גדולה ליחסי החוץ של מדינת ישראל. במכתב זה, ניתחנו את משמעותה של התאימות על סמך מידע מחקרי וסטטיסטי עדכני, ניתחנו כיצד מתקבלות ומנומקות החלטות תאימות מול ישראל (2011) ומול מדינות נוספות (כגון דרום קוריאה, יפן, והפדרציה הרוסית).

על פי ניתוח זה, ישנו סיכון ביכולת לשכנע את האיחוד האירופי בנאותות של המסד החוקתי עליו נבנה המשטר הפרטיות בישראל במידה ויתקבלו השינויים המשטריים המתוכננים. ההנחות שהיו נכונות ל-2011 ועל בסיסן מתקיים המשא ומתן מול הנציבות כיום לא יהיו נכונות במצב כזה. אנו סבורים כי כדי להיערך למצב זה, משרד המשפטים צריך לבצע הערכת מצב ולגבש המלצות שיאפשרו המשך הכרה במשטר הפרטיות הישראלי.

מסקנה נוספת היא הצורך לגבש נתונים מהימנים בישראל לגבי המשמעות של מעמד התאימות עם מדינות האיחוד האירופי. במכתב זה, אנו מצביעים על העדר מידע מחקרי הרלוונטי לישראל בנוגע למשמעותה של התאימות. המשא ומתן מתקיים ללא נתונים שיכולים להצביע על המשמעות של קיומה או היעדרה של התאימות למשק הישראלי. על פי השוואה עם מדינות אחרות, אנו סבורים שלתאימות משקל אפילו גבוה יותר מאשר במדינות בעלות כלכלה המבוססת על סחורות ולא על עיבוד נתונים. יחד עם זאת, אין שום נתונים שיכולים לחזות מה תהיה הפגיעה במשק במידה ומעמד התאימות יילקח מישראל.

¹⁸ בג"ץ 6824/07 ד"ר עאדל מנאע נ' רשות המסים פס' 14 (20.12.2010)

¹⁹ בג"ץ 8070/98 האגודה, לזכויות האזרח נ' משרד הפנים (10.5.2004)