



## DPI GROUP – DATA PROTECTION INSTITUTE LTD

### המרכז הישראלי לחקר המידע

#### חטיבת המחקר

### ההסכמה לשימוש במידע אישי

#### נייר עמדה

דן חי\*

המרכז הישראלי לחקר המידע באמצעות חטיבת המחקר שלו (להלן "המרכז לחקר המידע"), שהינו חלק מחברת די.פי.איי גרופ - דאטה פרוטקשן אינסטיטיוט בע"מ, מתכבד להציג נייר עמדה בנושא ההסכמה לאיסוף מידע אישי בהתאם לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן "חוק הגנת הפרטיות"), ולהניח בו תשתית לאיסוף ושימוש במידע אישי במגזר הציבורי והעסקי.

#### א. מבוא

1. היסוד המרכזי הדרוש לצורך התגבשותה של עילת הפגיעה בפרטיות, הינו העדר הסכמה מצד הנפגע למעשה הפוגעני, הן בכל הקשור לפגיעה באחת הדרכים המנויות בסעיפים 2 ו-2 לחוק הגנת הפרטיות והן בכל הקשור להגנה על המידע האישי. כפי שהודגש: "הסכמתו של אדם אינה טעם המצדיק פגיעה בזכות לפרטיות אלא ההסכמה עצמה היא חלק מהותי של הזכות, באופן שאם ניתנה, לא קמה זכות תביעה כלל".<sup>1</sup> הבסיס לדרישת ההסכמה מצוי בסעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות הקובע: "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו". בהמשך לכך סעיף 3 לחוק הקובע את ההגדרות לעניין החוק, מספק את ההגדרה הרלבנטית

<sup>1</sup> דברי יו"ר ועדת חוקה ופשט של הכנסת (להלן "ועדת חוקה"), ח"כ מנחם בן-ששון בעת הצגת תיקון מס' 9 לחוק לקריאה שנייה ושלישית - דברי הכנסת, פרוטוקול ישיבה מס' 131 של הכנסת ה-17, 19.6.2007. ראו גם דברי השופט עוזי פוגלמן, כתוארו אז, בעא 1697/11 א. גוטסמן אדריכלות בע"מ ואח' נ' אריה ורדי (23.01.2013), בפסקה 30. כך סבר גם בית המשפט המחוזי מרכז בעא (מרכז) 17433-12-10 פלונית נ' ר' א' ואח' (13.02.2011), בפרק ה'דין והכרעה'.

ליסוד ההסכמה וקובע את המסגרת המחייבת בעניין ולפיו על ההסכמה על-פי החוק להיות: "מדעת, במפורש או מכללא".

2. מצרף הוראת סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות עם הגדרת "הסכמה" שבסעיף 3 לחוק, נלמד כי אין לפגוע בפרטיות ללא הסכמה מדעת של הזולת שפרטיותו נפגעת וכי הסכמה זו צריכה להיות מפורשת או כזו אשר ניתן להסיק על דבר התגבשותה משורה של מקרים ודרכי התנהגות, בין אם התנהגות אקטיבית ובין אם התנהגות פסיבית של אדם, בהם ניתן יהא לראות משום הסכמה מכללא.<sup>2</sup>

3. בנוסח חוק הגנת הפרטיות שהוצע על-ידי הוועדה המכינה של החוק נכללה דרישת ההסכמה כאחת ההגנות בחוק, כשהוצע כי תהא זו הגנה טובה באם "הנפגע הסכים במפורש או מכללא לפגיעה".<sup>3</sup> הוועדה הסבירה כי: "הסכמה כזו איננה חייבת להיות מפורשת ודי בכך אם מהתנהגות הנפגע ניתן ללמוד, שהוא הסכים לפגיעה".<sup>4</sup> כבר בהצעת החוק שהוכנה במשרד המשפטים התווסף יסוד ההסכמה להוראת סעיף 1 לחוק. בדברי ההסבר להצעת החוק הוסבר כי: "הוראת סעיף 1 המוצע היא צו לא תעשה הבא כתולדה הגיונית של ההצהרה על הזכות לפרטיות, העתידה לבוא בחוק-יסוד: זכויות האדם".<sup>5</sup> בכך היה משום הסבר לעובדה כי החוק אינו כולל הצהרה חגיגית על הזכות, אשר אכן באה לעולם כמה שנים מאוחר יותר במסגרת חוק היסוד, אשר קבע בסעיף 7(א) שבו כי: "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו". ניתן גם להסיק מכך, כפי שיובהר בהמשך הדברים, כי דרך קבלת ההסכמה בחוק נקבעה גם בראי העובדה שהזכות לפרטיות צפויה להיות זכות חוקתית.

4. בחודש אוגוסט 2024 קיבלה הכנסת את תיקון 13 לחוק הגנת הפרטיות והוא צפוי להיכנס לתוקף ביום 14 לאוגוסט 2025.<sup>6</sup> נוסחי סעיפי החוק המובאים להלן במסמך זה הינם בהתאם לנוסח החוק, כפי ניסוחם עם כניסת תיקון 13 לתוקף.

5. לנייר עמדה זה מצורפת הצעה קצרה לתיקון החוק ולהוספת הגדרה לצרף המילים "הסכמה מכללא" לחוק.

## ב. ההסכמה מדעת

6. בהגדרת ההסכמה בסעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות, כי עליה להיות מדעת, כיוון המחוקק לכך שיש להראות כי קודם למתן ההסכמה, מושא המידע היה מודע למהות ההסכמה לפגיעה בפרטיותו וכי היה לו את המידע הדרוש לו באופן סביר כדי להחליט אם להסכים למרקם החשיפה, למסירת המידע, פרסומו, דרך פרסומו ולשימושים שיעשו בו, ובכלל זה להעברתו לצדדים שלישיים. הדבר נכון הן לגבי הסכמה שניתנת במפורש והן לגבי הסכמה מכללא,

<sup>2</sup> פרוטוקול ישיבה מס' 214 של ועדת חוקה חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 6.6.2007, בעמ' 17.  
<sup>3</sup> דו"ח הוועדה להגנה בפני פגיעה בצינעת הפרט (יו"ר: השופט יצחק כהן), מדינת ישראל, תשל"ז-1976 (להלן "הוועדה המכינה"), בעמ' 24.  
<sup>4</sup> דו"ח הוועדה המכינה, שם, בעמ' 28.  
<sup>5</sup> הצעת חוק הגנת הפרטיות, הצעות חוק 1453, עמ' 207.  
<sup>6</sup> חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 13), התשפ"ד, 2024, ס"ה 1450 (14.08.2024).

עליה ניתן ללמוד מדרך התנהגותו של אדם. דרך ההתנהגות הנלמדת ממנה הסכמה מכללא צריכה להיות כזו, שיחד עם ההסכמה המוסקת ממנה ניתן להראות גם על מודעותו של האדם לאותה הסכמה.

7. המילה "מדעת" צורפה להגדרת ההסכמה בחוק במסגרת תיקון מס' 9 לחוק הגנת הפרטיות, בחודש יוני 2007.<sup>7</sup> ההצעה לתיקון הייתה תולדה של ההתקדמות הטכנולוגית במסגרתה מתקבלות הסכמות לפגיעה בפרטיות דרך האינטרנט, במיוחד ביחס לזכות לפרטיות בתחום ההגנה על המידע. כוונת המחוקק הייתה להבטיח, כי מתן אותן הסכמות דרך האינטרנט יעשה, לאחר שהאדם אכן היה מודע למה הוא הסכים. בהתאם לכך נוסח תזכיר החוק שקדם להצעה לתיקון כלל שני תיקונים מוצעים. בראשון, הוצע כי המילה 'מדעת' תתווסף להגדרה בסעיף 3, כפי שאכן נכלל בנוסח ההגדרה בסעיף לאחר התיקון;<sup>8</sup> ובשני, הוצעה הגדרה לצמד המילים 'הסכמה מדעת', כדלקמן: "הסכמה, אשר לשם קבלתה נמסר המידע הדרוש באורח סביר על מנת להחליט האם להסכים לפגיעה בפרטיות או לא, והוא נמסר באופן המאפשר לאדם סביר להבינו".<sup>9</sup> ההסבר שניתן לתיקון היה כי "במקרים רבים, הסכמי הוויתור על הפרטיות, ובהם הסכמים ברשת האינטרנט, אינם גלויים לאדם אשר פרטיותו נפגעת. כך מסכים אדם לפגיעה בפרטיותו, מבלי לדעת כלל על הפגיעה הצפויה. תיקון זה נועד להבטיח כי ההסכמה אשר ניתנה לפגיעה בפרטיות, תהיה הסכמה אשר מקורה בידיעה, והוא מתבטא הן בתיקון של הגדרת ההסכמה והן בהרחבת החובה למסור מידע לפני איסוף הפרטים על אדם".<sup>10</sup> בהצעת החוק נכללה הצעה במתכונת שונה מהתזכיר. תחת השימוש במילה 'מדעת' בהצעה הוכנסה להגדרה של ההסכמה, הפרשנות שהוצעה בתזכיר למילים 'הסכמה מדעת'. נוסח ההגדרה על-פי ההצעה היה אמור להיות: "הסכמה במפורש או מכללא, שניתנה לאחר שנמסר לנותן ההסכמה מידע, בלשון המובנת לאדם סביר, הדרוש לו, באורח סביר, לצורך מתן ההסכמה".<sup>11</sup>

8. הן בתזכיר החוק שקדם לתיקון מס' 9 בחוק והן בהצעה הודגש כי בנוסח יש משום הליכה בעקבות הדירקטיבה האירופאית לעיבוד מידע אישי ולהעברת מידע בין מדינות,<sup>12</sup> שקדמה לתקנות הגנת המידע האירופאיות (GDPR). על-פי הדירקטיבה נקבע, כי הסכמה הינה כל אינדיקציה ספציפית להסכמה הניתנת על-ידי הפרט מדעת ומתוך רצון חופשי, לביצוע פעולת עיבוד מידע אישי שלו.<sup>13</sup> בעקבות כך אף קבע בית הדין הארצי לעבודה בעניין **טלי איסקוב**, כי הדירקטיבה האירופאית אף צריכה לשמש בסיס לפרוש מרכיב ההסכמה "מדעת" בחוק.<sup>14</sup> ועדת חוקה הכריעה בעד הוספת המילה "מדעת" בלבד להגדרה בסעיף 3, לאחר שבחנה שלוש אפשרויות שונות: ההגדרה כפי שהופיעה בהצעת החוק; הוספת המילה 'מדעת' בלבד להגדרה, כפי שנקבע לבסוף; והגדרה הקובעת חזקה: "הסכמה מדעת במפורש

7 חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 9) התשס"ז-2007, ס"ח 2101, 26.6.2007, 368.

8 תזכיר הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – פרטיות של נפטר, הסכמה מדעת ופיצוי ללא הוכחת נזק), התשס"ד-2004, בעמ' 3.

9 שם, שם.

10 שם, בעמ' 1.

11 הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 9), התשס"ו-2005, ה"ח 230, דצמבר 2005, בעמ' 232.

12 שם, שם.

13 Article 2 of the EU Directive 95/46/EC

14 עע 90/08 **טלי איסקוב ענבר נ' מדינת ישראל ואח'** (08.02.2011), בפסקה 17 לפסק-הדין.

או מכללא. חזקה כי ההסכמה ניתנה מדעת אם היו בידי נותן ההסכמה באופן ברור הנתונים הדרושים לו לשם מתן ההסכמה או שסביר שהיו בידו נתונים כאמור.<sup>15</sup> ההכרעה בסופו של דבר בעד ההגדרה הקצרה והלקונית, נבעה מהדעה, שכל הגדרה ארוכה יותר עלולה ליצור בעיות פרשנות ואחרות שרק ירעו את המצב, לעומת הנוסח שהיה ערב התיקון.<sup>16</sup> בנוסף לאלו, הכריע גם הרצון להתאים את ההגדרה בחוק להגדרות דומות המופיעות בחוקים אחרים, כגון חוק זכויות החולה,<sup>17</sup> במחשבה כי בהעדר הכרעה בעד תיקון כלשהוא, תינתן פרשנות, לפיה המחוקק הביע את דעתו נגד הפרשנות כי על ההסכמה להיות 'מדעת'.<sup>18</sup> בהוספת המילה 'מדעת' קיבלה הוועדה את הסברו של משרד המשפטים לנוסח העמום שהתקבל בסופו של דבר: "החיסרון שלו הוא עמימותו אבל גם היתרון שלו כי היתרון הוא שבסופו של יום יגיעו המקרים הפרטניים ובית-המשפט יבדוק. החיסרון שלו הוא שאנחנו לא יודעים איזושהי הנחיה או קביעת נורמות".<sup>19</sup>

9. הכוונה במילה 'מדעת' בהגדרת ההסכמה, הינה למודעותו של האדם למהות ההסכמה, לפגיעה בפרטיותו, כעולה מהדיונים שהתקיימו בנושא תיקון החוק.<sup>20</sup> כפי שפרש בית המשפט המחוזי כי: "לאדם יהיה המידע הדרוש לו באורח סביר כדי לגבש הסכמה תקפה לפגיעה בפרטיותו".<sup>21</sup> עם זאת, את נוסח ההסכמה הנדרש מאפיינת עמימות, וזאת בהיעדר הגדרה ברורה למה ייחשב כהסכמה שניתנה 'מדעת', יתרה מכך, מתי תהא זו הסכמה 'מדעת' שניתנה מכללא. ייתכן, כי הנטייה הטבעית לפרש את חיבור המילים 'הסכמה מדעת', היא בעקבות הפרשנות שניתנה למונח בחוקים אחרים שבהם נעשה במרכיב ה'מדעת' שימוש, כגון חוק זכויות החולה. בהקשר זה, באחת הפרשות פרשו מונח זה כהסכמה "המבוססת על החלטה מושכלת לבחור בבצוע ההליך הרפואי, בהסתמך על המידע הרלוונטי להחלטה זו".<sup>22</sup> דומה כי יהא זה מרחיק לכת לגזור גזרה שווה בין ההסכמה לערוך ניתוח אל מול ההסכמה לפגיעה בפרטיות, שהרי מדובר בשני מקרים שונים המבוססים על מטריה שונה בעלת מערך שיקולים אחר. מה עוד, שבשונה מחוק זכויות החולה, ההסכמה בחוק הגנת הפרטיות יכולה להתקבל אף מכללא, שהוא ממד נוסף לבחינת טיב ההסכמה, מקום שבו נטען כי זו ניתנה. הנה כי כן, את המונח 'הסכמה מדעת' המופיע בחוק, יש לפרש, בהתאם למכלול ההוראות הרלבנטיות בחוק והמקרים השונים שבהם ניתנת ההסכמה לפגיעה בפרטיות.

15 פרוטוקול ישיבה מס' 214 של ועדת חוקה חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 6.6.2007, בעמ' 5.

16 הסביר את הקושי ח"כ מיכאל איתן, חבר ועדת חוקה: "אחד הדברים הכי גרועים בחקיקה... שאתה רוצה שהדברים יהיו הכי ברורים שאפשר, ואז אתה לוקח דבר שכתוב עליו בהסכמה, במפורש או מכללא, ואתה מסביר מה זה" - פרוטוקול ישיבה מס' 214 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 6.6.2007, בעמ' 13.

17 סעיף 13 (א) לחוק זכויות החולה קובע: "לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה". בהמשך קובע סעיף 13 (ב) כי "לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטופל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע" ולאחר מכן מפורטים העניינים אשר לגביהם יש למסור מידע, כאשר זו אינה רשימה סגורה.

18 פרוטוקול ישיבה מס' 214 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 6.6.2007, בעמ' 14.

19 דברי עו"ד ריבקי דבש, נציגת מחלקת יעוץ וחקיקה במשרד המשפטים בדיון - פרוטוקול ישיבה מס' 214 של ועדת חוקה חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 6.6.2007, בעמ' 5.

20 פרוטוקול ישיבה מס' 214 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 7 (6.6.2007).

21 עמ"מ (מחוזי - מרכז) 13028-04-09 בנימין אליהו נ' עיריית טבריה (11.03.2010), בפסקה 26 לפסק-הדין. ראו גם בש"א (מחוזי - ת"א) 20750/09 חן בן שבע ואח' נ' יוני בן זאב (17.03.2010), בפסקה 9 להחלטה.

22 ע"א 718/06 אליהו סתחי נ' מדינת ישראל (06.06.2007), בפסקה 12 לפסק-הדין.

## ג. ההסכמה במפורש

10. ההסכמה במפורש יכולה להינתן בכתב או בעל פה, כאשר היא ניתנת בכתב, יש להקפיד כי נוסח ההסכמה אכן יהא תואם לפגיעה המבוקשת בפרטיות לגביה היא ניתנת; כאשר היא ניתנה בעל פה, יש להקפיד כי יהא ביסוס ראייתי להסכמה זו, כגון הקלטה של שיחה במסגרתה מתקבלת ההסכמה. בכך ימנע ויכוח עתידי לעצם שאלת קבלת ההסכמה ועל מהותה.
11. הדרישה לראיה אינו תנאי אשר העדרו מאיין את ההסכמה, אך ללא ראיה טובה, יקשה על מקבל ההסכמה להוכיח את קיומה, הן את עצם קבלתה והן את היקפה. שונה המצב ביחס לדרישה הראייתית לעצם קבלת ההסכמה, ביחס לזו הנדרשת לפי סעיף 30א(ב) לחוק התקשרות (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, העוסק בטיב הסכמה לקבלת מסר פרסומי.<sup>23</sup> שם הדרישה היא להסכמה מפורשת בלבד כאשר נוספת לכך דרישה כי זו תהיה בכתב, לרבות הודעה אלקטרונית או שיחה מוקלטת או כל אמצעי כתב אחר שניתן יהיה להגישו כראייה, אם יידרש הדבר.

## ד. ההסכמה מכללא

12. באפשרות לקבל הסכמה מכללא, הכוונה להסכמה אשר נלמדת מדרך התנהגותו של אדם, התנהגות אשר ניתן לגזור ממנה הסכמה, אשר יכולה להיות התנהגות אקטיבית או פסיבית. הותרתה של האפשרות לקבלת הסכמה מכללא בחוק, לאחר תיקון הגדרת ההסכמה והוספת המילה 'מדעת',<sup>24</sup> זכתה לביקורת, לפיה אין זה ראוי שוויתור על זכות חוקתית, כמו הזכות לפרטיות, יתקבל מפרשנות דרך התנהגותו של אדם.<sup>25</sup> ביקורת זו מתעלמת מכך שכאשר נקבע מרכיב ההסכמה בחוק בעת חקיקתו בשנת 1981, ובכלל זה כי היא יכולה להילמד מהתנהגותו של אדם, צפה המחוקק את קביעתה של הזכות לפרטיות כזכות חוקתית.<sup>26</sup> הקביעה כי ההסכמה יכולה להילמד מהתנהגותו של אדם נעשתה אז מתוך צפייה שהזכות תהיה חוקתית ומבלי שהמחוקק ראה בכך פגם.
13. החוק אינו כולל הגדרה למונח הסכמה מכללא והנושא נשאר פתוח לפרשנות.<sup>27</sup> בכדי לקבוע מתי ניתן להסיק הסכמה מכללא ומדעת של אדם לפגיעה בפרטיותו יש לחלק את הקביעה

<sup>23</sup> לעניין המסר הפרסומי על-פי סעיף 30א לחוק התקשורת, ראו דן חי, תורת המסר – בין דיבור ישיר לספאם, הוצאת ויטל (2012).

<sup>24</sup> חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 9) התשס"ז-2007, ס"ח 2101, 26.6.2007, 368.

<sup>25</sup> ראו דברי השופט חנן מלצר, כתוארו אז, בעע"ם 1386/07 עיריית חדרה נ' שנירם בע"מ, פס" 17 (אר"ש 16.7.2012).

<sup>26</sup> ראו לעיל סעיף 3 למסמך זה.

<sup>27</sup> הצעה לכלול בחוק הגדרה להסכמה מכללא עלתה בעת הדיון בוועדת חוקה בתיקון מס' 9 לחוק, על-ידי נציג לשכת עורכי-הדין בדיון, עו"ד דן חי (מחבר המסמך). ההצעה, אשר התבססה על דברי ההסבר לחוק הגנת הפרטיות, הייתה לכלול את ההגדרה הבאה: "הסכמה אינה חייבת להיות מפורשת ודי בכך אם מהתנהגות הנפגע ניתן ללמוד כי הסכים לפגיעה". פרוטוקול ישיבה מס' 214 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 6.6.2007, בעמ' 11.

ביחס לשני מצבי המשנה האמורים: מקום שבו ניתן להסיק את ההסכמה מכללא מהתנהגות אקטיבית של אדם ומקום שבו ניתן להסיקה מהתנהגותו הפסיבית.

#### 14. הסכמה מכללא הנלמדת מהתנהגות אקטיבית

14. הסכמה מכללא לפגיעה בפרטיות יכולה להילמד מהתנהגות אקטיבית של אדם, כאשר דרך הפרשנות הסבירה וההגיונית, מנקודת מבטו של האדם הסביר, לצורת ההתנהגות במצב נתון, הינה כי מי שנהג כך מסכים לוותר על זכותו לפרטיות כפי שהיא הייתה יכולה לבוא לעזרתו באותו מצב נתון. התנהגות אקטיבית זו של אדם יכולה להיות מיוחסת למגוון פעולות רצוניות וגלויות, אשר ניתן להסיק מהן, הסכמה מכללא מדעת לפגיעה בפרטיותו. פעולות כאלו עשויות לבוא לידי ביטוי בהחלטתו של אדם לחשוף עצמו ולהיות 'דמות ציבורית', דרך הסכמה מינורית יותר, כגון הסכמה להופיע בטלוויזיה<sup>28</sup> או סימון של האות האנגלית v על-ידי נפגע לעבר צלם כהסכמה לפרסום התמונה.<sup>29</sup> באותה מידה אם אדם העלה את פרטיו לבלוג המפורסם באינטרנט, יקשה עליו לטעון כנגד העתקת פרטיו האישיים המופיעים באותו בלוג.<sup>30</sup>

15. כאשר באים לפרש את התנהגותו של אדם ולבדוק אם הביע הסכמה לפגיעה בפרטיותו, במפורש או מכללא, "יש להיזהר ולא להפעיל את הכוח המצדיק של ההסכמה על מקרים בהם ברור כי אין הסכמה ממש, והשימוש בהסכמה הוא לכן קונסטרוקטיבי ופיקטיבי".<sup>31</sup> הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מתייחסים לדרישת ההסכמה מדעת. הפסיקה פירשה את הסכמתו של אדם לוותר על פרטיותו, כזו הנלמדת מהתנהגות אקטיבית שלו, רק כאשר זו הייתה הפרשנות הסבירה לאותה דרך התנהגותו,<sup>32</sup> לפיה אדם שנהג כפי שנהג מסכים לפגיעה בפרטיותו, כאשר ניתנה להסכמה זו פרשנות במובן הרחב.<sup>33</sup> ברוח זו, השופטת דפנה ברק ארז סברה באחת הפרשות כי "קיימת חזקה כי משתתפים באירוע בעל אופי רשמי המתקיים בתנאים של פומביות מסכימים לגילוי עובדת השתתפותם בו".<sup>34</sup> מנגד, השופטת מיכל אגמון גונן (מחוזי ת"א) סברה כי אדם שהציג את מועמדותו לשמש כפרקליט ועדת האתיקה המחוזית בלשכת עורכי-הדין לא הסכים בכך לחשיפת שכו.<sup>35</sup> כך גם לא יוחסה הסכמה של אדם ששכח את תיבת הדואר האלקטרוני שלו פתוחה, כמי שהסכים שיקראו

<sup>28</sup> פרוטוקול ישיבה מס' 214 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 4 (6.6.2007).

<sup>29</sup> דוגמה מובהקת לכך היא תמונתו של תומר בוהדנה, פצוע מלחמת לבנון השנייה, מסמן כך לעבר הצלם – ראו פרוטוקול ישיבה מס' 298 של ועדת חוקה חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 21.12.2010, בעמ' 19. ראו גם דברי הכנסת, הישיבה ה-202 של הכנסת ה-18, 11.1.2011, בעמ' 41 ו-54.

<sup>30</sup> בר"ע (מחוזי ת"א) 2542/03 ניר סוויסה נ' אורי בן חיים, תק-מח 2005(4) 314, 232.

<sup>31</sup> רות גביון "איסור פרסום הפוגע בפרטיות" זכויות אזרח בישראל – קובץ מאמרים לכבוד חיים ה' כהן (הוצאת האגודה לזכויות האזרח בישראל), 177, 199 (1982).

<sup>32</sup> ראו דברי השופט עוזי פוגלמן, כתוארו אז, בעא 1697/11 א. גוטסמן אדריכלות בע"מ ואח' נ' אריה ורדי (23.01.2013), בפסקה 30.

<sup>33</sup> ראו דברי השופטת עדנה ארבל בע"מ 9341/05 התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתיות ואח' (19.05.2009), בפסקה 26 של פסק-הדין.

<sup>34</sup> עמ 2975/15 הוצאת עיתון 'הארץ' ואח' נ' משרד החוץ (06.06.16), בפסקה 49 לפס"ד של השופט ברק-ארז.

<sup>35</sup> עתמ (מחוזי – ת"א) 36541-12-12 חיים שטנגר נ' ועד מחוז תל-אביב והמרכז של לשכת עורכי הדין בישראל ואח' (25.02.2014), בפרק 3 ה' של פסק-הדין.

את ההודעות הכלולות בה.<sup>36</sup> בעניין אחר, סבר בית המשפט כי כאשר אדם ניגש למבחן הוא מסכים בדרך התנהגות זו לחשיפת הנבחן, אשר ממנו נטען כי העתיק.<sup>37</sup> בעניין **יש דין** קבע בית המשפט כי מי שפונה למדינה לבקש רישיון לביצוע חפירה ארכיאולוגית, מסכים בכך מכללא בהתנהגותו לפרסום שמו ברשימת זהות החופרים שהשתתפו בחפירות ביהודה ושומרון. הסכמה זו נלמדת מכמה דברים: הפניה לקבלת רישיון הינה בקשה למשאב מוגבל, כאשר לא מחולקים רישיונות רבים, ומכאן המידע הוא 'ציבורי'; המידע מפורסם באופן יזום ושוטף בידי רשות העתיקות ומכאן בעת הגשת הבקשה לרישיון חפירה החופר נותן את הסכמתו מכללא למסירת מידע זה לידי הציבור; וחובת פרסום הממצאים מצביעה על כך שאין לחופרים בסיס לציפייה לפרטיות המידע.<sup>38</sup>

16. בשורה של מקרים נוספים בערכאות השונות, זיהו בתי המשפט הסכמה מכללא, כאשר הפרשנות ניתנה לפעולה אקטיבית של האדם. כך ראה בית-הדין הארצי לעבודה בהסכמת עובד לעבור מבחני בדיקה, הסכמה מכללא גם להעברת תוצאותיהם למעביד;<sup>39</sup> בהגשת תביעה לקבלת גמול על שעות נוספות, הסכמה מכללא של העובד לכך שהמעסיק יקבל צו איכון של הטלפון הנייד שמסר לו, בכדי לראות היכן היה באותן שעות הנוספות;<sup>40</sup> בהסכמה לעריכת ולרישום משכון, הסכמה מכללא להעניק רשות למסירת המידע הקשור לכך בהתאם להוראת סעיף 23ב (א) לחוק;<sup>41</sup> בהתקשרות מרצון בהסכם עם גוף שחל עליו חוק חופש המידע, הסכמה מכללא למסירת פרטים על אותה התקשרות ופרטים על המתקשר, אשר נמסרו על-ידו לצורך ההתקשרות;<sup>42</sup> מתגובה מפורטת ברשת החברתית הכוללת פרטים רבים שלא היו בפרסום עצמו, הסכמה לפרסום על אודות פרידתו של התובע מבת זוגו;<sup>43</sup> בעובדה שאדם העלה את פרטיו לאתר אינטרנט משום הסכמה כי אלו יפורסמו באתר;<sup>44</sup> בעצם הנוכחות בחתונה מתוקשרת, הסכמה מכללא של האורח כי דמותו עשויה להיות מצולמת בה ולהתפרסם לאחר מכן בפרסומים שיהיו קשורים לחתונה;<sup>45</sup> משיתוף פעולה של התובעת עם הצלם, במבטיה לעדשה ובהתזת מים, כהסכמה לצילומה ולפרסום הצילום כאשר חלק גופה העליון חשוף; במסירת פרטיה לצלם תוך בקשה שישלח לה את הפרסום,

36 רע"א 2552/16 יהודה זינגר ואח' נ' חברת יהב חמיאס טכנולוגיות (1990) בע"מ ואח' (10.05.2016), בפסקה 42 להחלטה של השופט נעם סולברג, כתוארו אז.

37 תא (מחוזי – ת"א) 21554-12-12 תמר פלטהיינט נ' המרכז הארצי לבחינות ולהערכה מיסודן של האוניברסיטאות בישראל (24.03.2013), בפסקה 9 להחלטה.

38 עתם (מחוזי – ים) 37527-07-14 "יש דין" - ארגון מתנדבים לזכויות אדם ואח' נ' המינהל האזרחי איו"ש ואח' (21.11.2016), בפסקה 50 לפסק-הדין.

39 דב"ע נו/3-260 מרדכי אלפריח נ' מנכ"ל המוסד לביטוח לאומי ואח', תק-אר 97 (3) 136, 142-144.

40 ע"ע 40711-04-17 פישר תעשיות פרמצבטיות בע"מ נ' אברהם שטטר ואח' (04.03.2018), בפסקה 16 לפס"ד.

41 ע"א 86/89 מדינת ישראל נגד בנק הפועלים, פ"ד מד (2) 726, 732. הוראת סעיף 23ב (א) לחוק כלולה בפרק ד' לחוק העוסק בהעברת מידע בין גופים ציבוריים וקובעת: "מסירת מידע מאת גוף ציבורי אסורה, זולת אם המידע פורסם לרבים על פי סמכות כדין, או שהאדם אשר המידע מתייחס אליו נתן הסכמתו למסירה".

42 הי"פ (ת"א) 1484/00 לירן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"מ תש"ס (2) 924, 930. המסקנה לא שונתה אף על-ידי בית-המשפט העליון, במסגרת ערעור שהוגש על פסק הדין - ראו ע"א 6576/01 החברה לייזום מיסודה של סי.פי.אם בע"מ נ' אמיר לירן ואח', פ"ד נו (5) 817.

43 הפ (מחוזי – ת"א) 1132/07 ישי בית און נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ ואח' (08.09.2008), בפסקה 18 לפסק-הדין.

44 תא (מחוזי – מרכז) 4857-09-08 ד"ר יורם הרט נ' קומרקס בע"מ ואח' (18.12.2011), בפסקה 48 לפסק-הדין.

45 ת.א. (שלוש – ת"א) 47047/07 ליאת (ב) שרצר נ' רבקה (ריבה) סמיירה ואח' (30.11.2008) בפסקה 15 ד' לפסק הדין; ראו גם החלטה בערעור על פסק-דין זה, שבו נדחה הערעור. השופט ישעיהו שנלר מעיר שם כי לא דרושה התייחסותו לסוגיה בכדי לדחות את הערעור – ע"א (מחוזי – ת"א) 1055/09 ליאת שרצר בר נ' רבקה סמיירה ואח' (05.07.2010), בפסקה 16 לפסק הדין.

הסכמה מכללא לפרסום חוזר של הצילום כחמש שנים מאוחר יותר;<sup>46</sup> בעובדה שהתובעת הגיעה לריאיון עבודה בחולצת בטן והסכימה להצטלם כך לתמונות שיוצגו ללקוחות פוטנציאליים המחפשים דיילות מכירה, כהסכמה לדרך שבה היא נראית בתמונה וכבסיס לדחיית הטענה כי היא נראית מבוזה או מושפלת בשל ביטנה החשופה בהתאם לקבוע בסעיף 2(4) לחוק;<sup>47</sup> בהשתתפותה של התובעת במבחן בד לתוכנית הראליטי 'לרדת בגדול', כהסכמה לכך שתמונתה שצולמה באותו אירוע תפורסם;<sup>48</sup> בפרסום תמונות באתר האינטרנט האישי שלו הוסקה הסכמה של התובע לצילומו בעת הופעה;<sup>49</sup> בעצם צעידתו של התובע במצעד הגאווה משום הסכמה מכללא לפרסומו צועד באותו מצעד;<sup>50</sup> בכך שאדם שלח מסמך אישי, הכולל מידע על אודות ענייניו הפרטיים במכשיר פקסימיליה למקום שהוא יודע שקיים סיכוי סביר שהמסמכים יגיעו לאנשים שאינם הנמענים, הסכמה מכללא לחשיפת המסמכים לאותם אנשים;<sup>51</sup> במסירת 20 חוברות של חיבור של התובע, משום הסכמה מכללא לפרסום החוברת על-ידי בית הספרים הלאומי;<sup>52</sup> ובכך שהתובע ראה את הצהרת האתר ביחס לתנאי השימוש קודם שהעלה תגובות, כי הסכים לה, תוך הסתייגות מכך שהאתר אינו דורש הסכמה מפורשת.<sup>53</sup>

17. בשורה של מקרים אחרים לא ראו די בפעולה האקטיבית של אדם כדי להסיק ממנה הסכמה מכללא. כך לא ראו ביצירת יחסי עובד - מעביד משום הסכמה מכללא לפגיעה בפרטיותו של העובד;<sup>54</sup> במועמד לעבודה ששולח את קורות חייו בכתב-יד, משום הסכמה מכללא להעברתם לבדיקה גרפולוגית;<sup>55</sup> לא ראו בנישואין, הסכמה מכללא לפגיעה בפרטיות ביחסים בין בני הזוג בשל עצם יצירת קשר הנישואין;<sup>56</sup> נדחתה טענה כי ניתן לגזור את הסכמתה של אישה מסורתית לפרסום תמונות חושפניות שלה כאשר היא בהריון, מדרך התנהלותה בפייסבוק;<sup>57</sup> נדחתה טענה כי ניתן לגזור מהסכמתו של התובע להשתתף בקמפיין פרסומי ברשת מרכולים, הסכמה לשימוש בתמונתו גם באמצעי מדיה אחרים ונפוצים יותר;<sup>58</sup> נדחתה טענה כי מעצם העובדה שאדם מסוים מוסר טלפון נייד שלו

46 תא (אשדוד) 2001/95 **אן אריאלי נ' ערב חדש (עיתונות) אילת בע"מ ואח'** (09.08.1998), בפסקאות 5 ו-6 לפסק-הדין. ראו גם תא (שלום - ת"א) 41066/07 **דניאל גרין נ' איזק רוזנבאום** (11.10.2009), בפסקה 56 לפסק-הדין.

47 תא (שלום - ת"א) 65836/04 **אלינור כורש נ' דונטלו אמצעי קד"מ בע"מ ואח'** (23.8.2005), בפרק השימוש בדמות התובעת ופרסום תמונותיה - האם פגיעה בפרטיות.

48 תא (שלום - ת"א) 66235/06 **נעמה חולי נ' הוצאת מודיעין בע"מ ואח'** (29.5.2008), בפסקה 10 לפסק-הדין.

49 תא (שלום - ת"א) 61615/07 **אסף אמדורסקי נ' אמנון שוחט** (25.5.2010).

50 תא (שלום - י-ם) 6023/07 **שגב ישראל אפריאט נ' ידיעות אחרונות בע"מ ואח'** (5.10.2008), בפסקה 41 לפסק-הדין. בהמשך עסק פסק הדין בשאלת החזרה של התובע מהסכמה זו לגבי פרסומים נוספים.

51 תא (שלום - י-ם) 6430/05 **נס סוכנות לביטוח (1995) בע"מ נ' עו"ד מיכאל קינדר** (3.8.2008), בפסקה 72 לפסק הדין. ראו גם תא (ק"ש) 17641-12-09 **שמואל גד ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה גליל עליון ואח'** (23.10.2013), בפסקה 9 לפסק-הדין.

52 תא (שלום - י-ם) 10978/08 **הרב חזקיהו יוסף כהן נ' בית הספרים הלאומי והאוניברסיטאי ואח'** (22.03.2010), בפסקה 23 לפסק-הדין.

53 תא (שלום - ת"א) 51589/06 **עו"ד שמעון דיסקין נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ** (28.10.2008), בפסקה 44 לפסק-הדין.

54 ת"א (ת"א) 1285/89 **אורי צוקרמן נ' מתי מורגנשטרן ואח'**, תק-מח 99 (4) 16417, 16439.

55 דב"ע נו/3-129 **שרון פלוטקין ואח' נ' אחים אייזנברג בע"מ**, לג 481, 497.

56 ראו דברי הנשיא אהרון ברק בבג"ץ 6650 **פלוני נ' בית-הדין הרבני האזורי בנתניה ואח'** (14.05.2006), בפסקה 20 לפסק-הדין. ראו גם דברי השופט עוזי פוגלמן ב עא 1697/11 א. גוטסמן **אדריכלות בע"מ ואח' נ' אריה ורדי** (23.01.2013), בפסקה 30.

57 תא (שלום - ת"א) 39123-12-10 **שירלי זלאיט נ' עדי ארד ואח'** (30.6.2013), במסגרת הפסקאות תחת הכותרת 'יתת סעיף 2(4)'.  
58 תא (שלום - י-ם) 20901/08 **רומן מינקין נ' קו אופ ישראל רשת סופרמרקטים בע"מ ואח'** (פורסם בנבו - 20.2.2011), בפסקה 61 לפסק-הדין.

לשימושו של אחר, ניתן לגזור הסכמה לאפשר לאותו אחר לחפש ולחטט בתוך אותו מכשיר טלפון;<sup>59</sup> נקבע כי לא ניתן לגזור מהסכמתה של אישה לקיים יחסי מין הסכמה לצילום האקט;<sup>60</sup> ונדחתה טענה כי מהסכמתו של ראש הממשלה לתיעוד מועדי ומשך שיחותיו עם שני בכירים בעולם העיתונות הכתובה, יש להסיק גם הסכמה מכללא לפרסום נותנים אלו.<sup>61</sup>

18. ישנם מצבים שבהם ניתן ללמוד מהתנהגותו של אדם את המסקנה ההפוכה - בדבר העדר הסכמתו לפגיעה בפרטיותו, כמו מהדרך שבה מסר התובע תלונה בעיריית גבעתיים נגד שכנו על כריתה לא חוקית של עץ, שממנה ניתן היה להסיק כי היה מעוניין כי התלונה ופרטי התלונה יישמרו בסודיות.<sup>62</sup>

19. ניתוח אותם מצבים שבהם הוכרה הסכמה מכללא הנלמדת מהתנהגות אקטיבית לעומת אלו שבהם היא לא הוכרה, מראה כי בדרך כלל המקרים שבהם לא הוכרה ההסכמה היו כאלה, שהתנהגות שלה יוחסה ההסכמה, לא עלתה בקנה אחד עם עובדות המקרה.

## 24 הסכמה מכללא הנלמדת מהתנהגות פסיבית

20. הסכמה מכללא של אדם לוותר על זכותו לפרטיות במצב נתון, הנלמדת מהתנהגות פסיבית שלו, נחשבת להסכמה החלשה ביותר בעוצמתה לפגיעה בפרטיות, במדרג ההסכמות שניתן לשרטט בעניין זה. עם זאת, דרך איסוף הסכמות הנלמדות מהתנהגות פסיבית של אדם נמצאה שימושית גם במסגרת חקיקה או על-ידי רשויות. בשונה מדיני החוזים,<sup>63</sup> ניתן ללמוד על הסכמה לוותר על פרטיות גם מהתנהגות פסיבית של אדם, ובלבד שאכן זו המסקנה שאליה ניתן היה להגיע, מהתנהגותו של האדם הסביר באותן נסיבות ובאותו מצב עניינים נתון. הסכמה מכללא תלמד מהתנהגות פסיבית של אדם, מקום שבו היה ניתן לצפות מאדם סביר כי יסרב לפגיעה בפרטיותו, כאשר הוא נחשף לאפשרות הפגיעה או לפגיעה שכבר נעשתה ויש לו את ההזדמנות להביע סירוב כזה. העדרה של פעולה מצדו, אדישות לפגיעה או לחשיפה, ילמדו על הסכמתו מכללא לאותה חשיפה או פגיעה. ניתן לייחס הסכמה מכללא מדעת של אדם העולה מהתנהגות פסיבית שלו רק מקום, שזו המסקנה היחידה שניתן ליחס לאותה התנהגות ביחס לנושא ההסכמה.

21. המחוקק בחר לעשות שימוש בדרך של הסכמה מכללא לפגיעה בפרטיות בכמה הזדמנויות. כך למשל, בחוק נתוני אשראי נקבע כי אדם יקבל הודעה על תחילת איסוף הנתונים על אודותיו למאגר נתוני האשראי של בנק ישראל, ותהא לו הזכות להתנגד לכך בתוך 30 יום

59 תע"א (ת"א) 2723/09 שמואל ג'ובני נ' שיא סיורים (1986) בע"מ (בפירוק) (20.03.2013), בפסקה 12 להחלטה.  
60 תפ (שלום – ת"א) 5183-11-12 מדינת ישראל נ' אפרים בן ארצי (08.10.2015), בפסקה 9 להכרעת הדין.  
61 עתמ (י-ם) 28606-09-15 רביב דרוקר ואח' נ' הממונה על חוק חופש המידע במשרד ראש הממשלה ואח' (פורסם בנבו – 02.12.2015), בפסקה 13 לפסק-הדין.  
62 תאמ (שלום – ת"א) 27044-10-11 מרדכי שוורץ נ' אבישי נחום (28.07.2014), בפסקה 117 לפסק-הדין.  
63 בעא 8954/11 פלוני נ' פלונית ואח' (פורסם בנבו – 22.5.2014) (בפסקה 160 לפסק-הדין) עמד השופט נועם סולברג, כתוארו אז, על ההבדל בין הסכמה לפגיעה בפרטיות להסכמה חוזית, לצורך בחינת הזכות לחזור מההסכמה: "הסכמתו של אדם לפגיעה בפרטיותו איננה סוף פסוק. מעמדה החוקתי של הזכות, אופייה האישי הקשה של הפגיעה בפרטיות, עשויים להציב את התרופות בגין החזרה מההסכמה, במקום שונה מזה שעל פי דני החוזים".

ממועד קבלת ההודעה.<sup>64</sup> המשמעות הינה, כי מי שלא יתנגד בתוך המועד שנקבע, יוחזק כמסכים לאיסוף הנתונים עליו למאגר. בחוק חופש המידע מתקיים הליך של הסכמה מכללא, מכוח סעיף 13(א) לחוק, הקובע כי על רשות המתכוונת למסור מידע אשר ביכולתו, בין היתר, לפגוע בפרטיותו של מושא המידע, להודיע לו על כך ולאפשר לו להתנגד, במסגרת המועדים הקבועים בסעיף. העדר התנגדותו של האדם תפורש כהסכמתו מכללא לפגיעה בפרטיותו.<sup>65</sup>

22. בדרך שמתווה חוק חופש המידע הלכה גם הרשות להגנת הפרטיות אשר סללה את הדרך להכרה באפשרות של קבלת הסכמה לכך, שפרט רגיש על אדם ייכלל במאגר מידע, תוך התבססות על הסכמה מכללא פסיבית של אותו אדם. במסגרת הנחית הרשם בנושא איסור שימוש במידע בדבר הטלת עיקול אצל צד שלישי, הוכרה הסכמה שהתקבלה בין בנק או חברת ביטוח לבין לקוחותיהם, לשמירת מידע על אודות עיקולים שהתקבלו בידם כנגד הלקוח, וזאת אם הגורם המבקש לשמור מידע זה "ישלח ללקוחותיו הודעה מפורטת על השימוש במידע כאמור... באופן שיאפשר ללקוחות שאינם מסכימים לכך להודיע לצד השלישי על סירובם לשימוש החורג במידע או על בקשתם להפסיק את ההתקשרות עם הצד השלישי".<sup>66</sup> גורם אשר לא יודיע דבר, יוחזק כמי שהסכים מכללא, מהתנהגותו הפסיבית, למסירת המידע. שימוש נוסף באפשרות של הסכמה מכללא הנלמדת מהתנהגות פסיבית אוזכרה על-ידי הרשות להגנת הפרטיות כאשר קבעה כי "...אופן הבעת ההסכמה צריך להתפרש לפי סביבתו האובייקטיבית: בנסיבות ובמערכות יחסים בהן יש לאדם חופש וכוח להחליט כרצונו - יקל עלינו לקבוע כי היעדר מחאה משולה להסכמה מכללא".<sup>67</sup>

23. רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון הקימה בשנת 2016 את מאגר "הר ביטוח", מאגר לאיתור מוצרי ביטוח אליו יועברו פרטים ביחס לכל מוצרי הביטוח שרכש אדם. לצד הקמת המאגר קבעה הרשות, במסגרת חוזר "ממשק אינטרנטי לאיתור מוצרי ביטוח", כי קודם להעברת מידע מחברת ביטוח למאגר, יהא עליה למסור לאדם לגביו מתייחס המידע הודעה על הכוונה להעביר את המידע, תוך מתן אפשרות לסרב לכך בפרק זמן שיקבע בהודעה. המשמעות הינה, כי ככל ואדם לא סרב להעברת פרטיו, תתפרש התגובה הפסיבית שלו כהסכמה מכללא להעברה.<sup>68</sup>

24. ביקורת אפשרית עשויה להיות ביחס ליסוד 'המדעת' הנדרש לשם הוכחת ההסכמה מכללא הנלמדת מהתנהגות פסיבית של אדם. לגיבוש הוכחה זו, תיבדק בשלב הראשון שאלת דרך מסירת ההודעה לנושאי המידע, ובהמשך לכך, אם ייתכן כי האדישות נבעה מהיות מנגנון ההסרה מורכב או מסורבל או שמנוסח הפניה לא היה ברור שאי מתן מענה יפורש כהסכמה, שמצדיק את היעדר הפעולה על ידי מושא המידע. במשקפיים אלה בחן את הדברים השופט

<sup>64</sup> סעיף 109 לחוק נתוני אשראי, התשע"ו-2016.

<sup>65</sup> ראו דברי השופט מלצ'ר בעמ"מ 1386/07 עיריית חדרה נ' שנירוב בע"מ ואח' (16.07.2012), בפסקה 17 לפסק-הדין. ראו גם דברי השופט הנדל בעמ"מ 7744/10 המוסד לביטוח לאומי ואח' נ' עוי"ד יפית מנגל (15.11.2012), בפסקה 8 לפסק דינו של השופט ניל הנדל.

<sup>66</sup> רשם מאגרי המידע, הנחיה 1/2011, איסור שימוש במידע בדבר הטלת עיקול אצל צד שלישי, בעמ" 3.

<sup>67</sup> טיוטת הנחית רשם מאגרי מידע בנוגע לתחולת הוראות חוק הגנת הפרטיות על פעילות מכוני מיון לקבלה לעבודה - פורסמה ביום 27.7.11.

<sup>68</sup> רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון, ממשק אינטרנטי לאיתור מוצרי ביטוח (31.10.2016), בסעיף 4.

מלצר בעניין עיריית חדרה כאשר קבע כי "ניתן היה לבחור במנגנון 'Opt-out' בשים לב להוראת סעיף 13 לחוק חופש המידע, במסגרתו מוגדר המונח 'הסכמה' גם כהסכמה מכללא".<sup>69</sup> עם זאת, השופט מלצר לא היה שלם עם יישומה של ההסכמה מכללא בעניין שהובא לפניו, ונראה כי לו נוסח הפניה היה ברור יותר והיה מובן ממנו שאי מענה יפורש כהסכמה, הלה היה מתרצה.<sup>70</sup> בדרך דומה לזו של השופט מלצר פסע גם מותב השופטים בעניין רוזנברג.<sup>71</sup> לעומת זאת, בעניין מנגל פסע השופט הנדל בדרך של קבלת הסכמה מכללא פסיבית כאשר הוא דן בהעברת פרטי מעסיקים אשר לא קיבלו מהמוסד לביטוח לאומי החזר של דמי פגיעה ששילמו לעובדיהם.<sup>72</sup>

25. בכמה פסקי דין של הערכאות הדיוניות ביססו בתי המשפט את מסקנתם כי ניתנה הסכמה מקיומה של הסכמה מכללא הנלמדת מהתנהגות פסיבית. כך נקבע כי ניתן לגזור הסכמה מכללא מאדם, שנעשה שימוש בתמונתו מיום חתונתו לצורך כרטיסי הביקור של הצלם, לאחר שהלה לא הביע כל טרזניה כנגד כך כאשר הוצגו בפניו הכרטיסים והוא ראה אותם מופצים באירוע אחר.<sup>73</sup> בהקשר דומה נקבע כי התובע ידע במשך ארבע שנים על פרסום תמונתו, מושא התביעה, במדריך הדיוור, לפני שתבע בגין הפרת פרטיותו, ולא עשה דבר עד הגשת תביעתו, דבר המעיד על הסכמה שבשתיקה.<sup>74</sup> הסכמה מכללא לפגיעה בפרטיות מעובד, הוסקה לאחר שהוא לא עשה דבר לאחר שנודע לו על התקנת שירות מעקב אחריו בטלפון הסלולארי שלו.<sup>75</sup> הסכמה מכללא של מדריכת ספינינג לצילומה במהלך שיעור ולפרסום מאוחר יותר של התמונות, נקבעה לאחר שהיא לא הביעה התנגדות לצילום ונקבע כי בכך הלה הסכימה לשימוש שעשו בתמונות בעלי מכון הכושר, כאשר שילבו אותן במודעת פרסומת למכון.<sup>76</sup> הסכמה מכללא של התובעת לפרסום תמונותיה נקבעה, לאחר שמודעת פאות בחנות לא התנגדה לצילומה ולא הגיבה תגובה כלשהיא כלפי הצלם שהסתובב בחנות.<sup>77</sup>

26. בכמה מקרים, מנגד, לא התקבלה טענה להסכמה מכללא הנלמדת מהתנהגות פסיבית. ברוב המקרים הדבר נבע מכך, שזו לא הייתה הפרשנות היחידה והברורה להעדר ההתנהגות מצד מושא המידע. כך לעניין ההסכמה הדרושה על-פי סעיף 2 (5) לחוק הגנת הפרטיות, נפסק כי אין בעובדה שבסיס הנתונים בשרת המחשב של הצדדים היה משותף, כדי להסיק מכך על

69 עניין עיריית חדרה, לעיל הי"ש 314, בפס' 17.

70 שם: "מנגנון ה-Opt-in' שנוצר... מונע הכבדת יתר על המחזיקים, והוא נועד לוודא שהסכמתם לפגיעה בפרטיותם ניתנה לאחר שהם עיינו בהודעה שנמסרה להם, וקיבלו החלטה מודעת בנושא".

71 ע"מ 2820/13 רוזנברג נ' רשות האכיפה והגבייה, פ"ד סז(1) 1, פס' 20 לפסק הדין של השופט שהם, פס' 2 לפסק הדין של השופט עמית, ופסק הדין של המשנה לנשיא נאור (2014).

72 ע"מ 7744/10 המוסד לביטוח לאומי נ' מנגל, פ"ד סז(1) 116, פס' 8 לפסק הדין של השופט הנדל (2012). בית המשפט ציין שם כי מעסיקים הם קרוב לוודאי תאגידיים, ומכאן שחוק הגנת הפרטיות לא חל עליהם. מעבר לכך, מאחר שלא מדובר בפגיעה חמורה במעסיקים, ניתן להסתפק בפנייה אליהם, שמירת האפשרות שלהם לסרב ובהתאם לכך, הסקת המסקנה כי מי שלא סירב – מסכים להעברת פרטיו. השופט הנדל נימק: "המידע אינו מגלה יסוד שלילי בהתנהגות המעסיק או אינו חושף, על פני הדברים, מידע שהמעסיק יחפוץ כי יישאר בקרבתו. לא נראה שהעברת מידע זה, ללא צירוף נתונים אחרים על אודותיהם, יוצרת פגיעה חמורה מדי בענייניהם של המעסיקים".

73 תא (ק"ג) 1068/06 אברהם משולם נ' מימד צילום והפקות ואח' (16.12.2007), בפרק הדין וההכרעה.

74 ת"א (מחוזי – ת"א) 667/97 עמר נ' רשות הדואר, דינים מחוזי, ל"ב (6) 857, 861.

75 סע (ח"י) 31589-05-10 שרון קדוש נ' נאוי יצחק ושחר בע"מ (09.09.2013), בפסקה 50 לפסק-הדין. ראו גם ת"א (הרצ'י) 28812-05-11 אלי ביידר נ' אופטיקה הלפרין בע"מ ואח' (03.11.2013), בפרק מן הכלל אל הפרט.

76 תא (פ"ת) 1591/07 אירינה יעקובסון נ' גלעד אביגד ואח' (16.9.2008), בחלק הדין שבפסק הדין.

77 תא (שלום – ת"א) 70065/04 שרונה שוגרמן נ' זהבי רבקה פאות בע"מ (01.05.2006), בפסקה 30 לפסק-הדין.

ההסכמה שכל צד יגלה את מסמכי הצד השני;<sup>78</sup> בהעדר תגובה של הנפגעת לאחר פרסום פוגעני ראשון, פרסום תמונתה עירומה בחוף הים, בגדר הסכמה מכללא לפרסום השני באותו עניין;<sup>79</sup> בעניין שחקן כדורגל לא הוסקה הסכמה מכללא לפרסום תמונתו בחדר ההלבשה, כאשר חצי מפלג גופו ערום, מכך שראה את הצלם מסתובב בחדר ההלבשה ולא מחה על כך;<sup>80</sup> בעובדה שהיו פרסומים מאוחרים לפרסום מושא התביעה, אותם יכולה הייתה התובעת למנוע, לא נמצא כי יש כדי ללמד על הסכמתה מכללא לפרסום;<sup>81</sup> לא התקבלה טענה להסכמה מכללא שנלמדה משתיקתו של הנאשם לשאלת השוטרים אם ניתן לערוך חיפוש בתא המטען של הקטנוע שלו, לאחר שבית המשפט סבר כי יש ליחס את שתיקתו של הנאשם לבלבול שבו היה נתון בשל המפגש עם השוטרים, החשש והמעמד המביך ולא להסכמה ובוודאי שלא להסכמה מדעת.<sup>82</sup>

## ה. איסוף מידע אישי

27. בדין הישראלי ניתן לאסוף מידע ישירות מאדם בשני מצבים: מכוח הסכמתו או מכוח הסמכה שבדין.<sup>83</sup> על איסוף המידע ישירות מאדם חולש סעיף 11 לחוק הגנת הפרטיות. הסעיף עוסק בשאלת איסוף המידע לצורך שילובו במאגר מידע, ומטיל שורה של חובות שעל אוסף המידע לעמוד בהן. בראש כל אלה עומדת הדרישה ללוות את איסוף המידע בהודעה שתכלול שורה של פרטים ובהם, אם חלה על אותו אדם חובה חוקית למסור את המידע, או שמסירת המידע תלויה ברצונו ובהסכמתו ומה משמעות אי ההסכמה; מהי המטרה אשר לשמה מבוקש המידע; למי יימסר המידע; מטרות המסירה; שמו של בעל השליטה במאגר המידע, ודרכי ההתקשרות עמו; וקיומן של זכות עיון במידע האישי לפי סעיף 13 לחוק ושל זכות לבקש תיקון של המידע האישי לפי סעיף 14 לחוק. את דרישת היידוע, בהתאם לנוסח הסעיף, ניתן ליישם בנפרד מהליך הפנייה לקבלת הסכמה לאיסוף המידע שיכולה לבוא בעקבותיה, אם באופן מידי ואם בסמוך לאחר מכן.<sup>84</sup> החוק אינו מטיל דרישה מיוחדת ביחס לדרך עריכת השאלון או הטופס שאותו מתבקש אדם למלא כדי לקבל מידע על פי סעיף 11 לחוק<sup>85</sup>, עם זאת, נקבע כי יש להבליט בטופס כזה את העובדה שאין חובה למסור מידע מסוים, אם אכן אין חובה כזו.<sup>86</sup>

28. סעיף 11 לחוק הגנת הפרטיות אינו דורש באופן ישיר לקבל את הסכמתו של מושא המידע לאיסוף המידע ממנו. הסעיף מניח כי ההודעה שיש להודיע למושא המידע, כפי שנקבע בסעיף, היא זו שתכריע אם מושא המידע ימסור את המידע בהמשך להודעה זו אם לאו. למעשה, שתיקתו של מושא המידע לצד החלטתו למסור את המידע תוכל ללמד על הסכמה

78 בשי"א (מחוזי ת"א) 1614/02 מולטילוק בע"מ נ' רב בריח השקעות בע"מ ואח', תק-מח 2002 (1) 851.  
79 תא (נתניה) 5680/02 פלונית נ' אליעד שניידר ואח' (06.02.2006), בפסקה 20 לפסק-הדין.  
80 תא (שלום - חי') 10486/02 אודי מזרחי נ' ידיעות שוקן מקבוצת הארץ ואח' (07.12.2004), בפסקה 12 לפס"ד.  
81 תא (שלום - חי') 19574/02 חיה מרשק נ' זמן תקשורת מקבוצת מעריב בע"מ ואח' (10.04.2007), בפסקה 29 לפסק-הדין.  
82 פל (שלום - חי') 400-05-12 מדינת ישראל נ' יניב פז (20.03.2013) בפרק הידיון והכרעה.  
83 הרשות להגנת הפרטיות חובת יידוע במסגרת איסוף ושימוש במידע אישי (18.7.2022), בעמ' 1.  
84 שם, בעמ' 2.  
85 ראו ע"ש (חוזים אחידים) 7167/99 די.בי.אס. שירותי לוויין (1998) בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) (19.11.2001) (להלן: עניין די.בי.אס.).  
86 שם.

מכללא לשימושים במידע התואמים את ההודעה שקיבל. החוק מניח כאן למעשה כי די בהסכמה מכללא לצורך איסוף המידע למאגר. יש המחברים את הוראת סעיף 11 עם הוראת סעיף 1 לחוק, זו המכוננת, כאמור, את מרכיב ההסכמה. אולם עדיין ההגדרה של ההסכמה לפי סעיף 3 לחוק, זו הקובעת כי עליה להיות מדעת אך יכולה להתקבל באופן מפורש או מכללא, מותירה לנו מרחב תמרון בין הצורך לקבל הסכמה מפורשת לשימושים שנבקש לעשות במידע ובין הגישה לפיה די בהסכמה הנלמדת מהתנהגותו של אדם, התנהגות אקטיבית, שממנה ניתן ללמוד על הסכמה, או התנהגות פסיבית. על כל דרך לקבלת הסכמה להיות מדעת, בהתאם להגדרה.<sup>87</sup> סעיף 11 לחוק דורש לפרט בפני מושא המידע רק את מטרת האיסוף ולא את הדרך שבה יגיע אוסף המידע אל המטרה, והחוק הישראלי אינו כולל חובה "לקבל הסבר בקשר לצורת עיבוד המידע".<sup>88</sup>

29. סעיף 11(1) מחלק את ההסכמה שיש לקבל ממושא המידע לשני חלקים. החלק הראשון של הסעיף עוסק, למעשה, במידע האישי שאוסף המידע חייב לקבל כדי לעבד אותו לטובת מכירת המוצר או השירות. החלק השני של הסעיף מתמקד במידע האישי והמטרות אשר אינן דרושות לכך ולכן מסירת המידע תלויה ברצונו והסכמתו של מושא המידע. למעשה, ביחס לחלק הראשון, ניתן לראות בעצם פניית מושא המידע לרכישת המוצר או קבלת השירות משום הסכמה מכללא הנלמדת מהתנהגות זו לשימוש במידע לשם כך.<sup>89</sup> בשני מקרים שונים סברו ערכאות משפטיות כי בנקים לא נהגו, למעשה, בהתאם להפרדה האמורה של שני חלקי ההסכמה בסעיף 11(1) לחוק וראו בכך שהבנק לא אפשר ללקוחות שלא להסכים להעברת מידע לצד שלישי, דבר שלא היה דרוש לבנק לשם מתן השירות ללקוח, משום תניה מקפחת בחוזה אחיד.<sup>90</sup>

30. מרכיב ההסכמה הינו חלק מהותי מעיקרון צמידות המטרה, עיקרון המגדיר את אפשרויות השימוש במידע אישי בהתאם לחוק הישראלי, עיקרון-על לכל שימוש מבוקש במידע אישי,<sup>91</sup> "עיקרון מרכזי" בלשונה של הרשות להגנת הפרטיות,<sup>92</sup> כאשר הוא מגדיר כי עיבוד מידע יתאפשר רק לטובת המטרה שנקבעה כדין למאגר המידע בו מצוי המידע,<sup>93</sup> כפי שנקבע בסעיף 8(ב) לחוק<sup>94</sup> וההסכמה שהתקבלה ממושא המידע למטרה זו, מקום שבו נאסף

87 דן חי, דיני המידע האישי – בין פרטיות לקניין, הוצאת נבו (2025) בעמ' 230.

88 מיכאל בירנהק "פרטיות: תמונת מצב" משפט, חברה ותרבות ב: מן הפרט אל הכלל: פרטיות וחברת מעקב 11, 24 (מיכאל בירנהק עורך 2019).

89 דן חי, דיני המידע האישי, לעיל ה"ש 87, בעמ' 231.

90 חא (מחוזי – י-ם) 8002/02 המפקח על הבנקים נ' הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ (05.05.2009), בפסקה 351; עש (י-ם) 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי (10.06.2004), בפסקה 282.

91 להרחבה ראו דן חי "פרטיות וטכנולוגיה בישראל", טכנולוגיות מתפרצות: אתגרים בדין הישראלי 241, 251–255 (ליאור זמר, דב גרינבאום ואביב גאון עורכים 2022) (הספר להלן: טכנולוגיות מתפרצות). ראו גם שרת החדשנות, המדע והטכנולוגיה מדיניות רגולציה ואתיקה בתחום הבינה המלאכותית בישראל 10 (מסמך מקצועי: עקרונות מדיניות, רגולציה ואתיקה בתחום הבינה המלאכותית) (30.10.2022) בעמ' 77: "אחד מעמודי התווך של דיני הגנת הפרטיות, הקבוע במפורש בחוק הגנת הפרטיות, הוא עקרון צמידות המטרה".

92 הרשות להגנת הפרטיות, צמצום מידע (Data Minimization) – מסמך מדיניות: טיוטה להערות הציבור 2 (משרד המשפטים 2021.3.25).

93 משרד החדשנות הגדיר את עקרון צמידות המטרה כ"אחד מעמודי התווך של דיני הגנת הפרטיות" (ראו רגולציה ואתיקה בבינה מלאכותית, לעיל ה"ש 91, בעמ' 77). העיקרון נקבע בדין הישראלי מצירופן של שתי הוראות חוק: ס' 8(ב) לחוק הגנת הפרטיות הקובע כי "לא יעבד אדם מידע אישי במאגר מידע אלא למטרת המאגר שנקבעה לו כדין"; ומהוראת ס' 9(2) לחוק, הקובעת איסור על שימוש במידע על ענייניו הפרטיים של אדם שלא למטרה לשמה נמסר המידע.

94 בקביעה בסעיף 8(ב) לחוק הגנת הפרטיות לפיה עיבוד המידע ייעשה בהתאם למטרה שנקבעה לו כדין, כיוון המחוקק לשני דברים: הליך קביעת המטרה היה כדין, היינו קביעתה במסמך הגדרות המאגר ובעת רישום

המידע ממנו באופן ישיר.<sup>95</sup> משלימה את המרקם של עיקרון צמידות המטרה הוראת סעיף 2(9) לחוק, הקובעת איסור על שימוש במידע על ענייניו הפרטיים של אדם<sup>96</sup> שלא למטרה לשמה נמסר המידע. מקום החפיפה בין המטרה שנקבעה למאגר וההסכמה למטרת המאגר, הוא המרחב שבו מותר לגורם שאוסף את המידע להשתמש בו, כאשר ההגדרה של "שימוש" משותפת להגדרת "עיבוד מידע", הגדרה רחבה מאוד.<sup>97</sup>

31. ייחודה של ההסכמה להיכלל במאגר מידע, בהיותה נשאבת ממספר רב של אנשים,<sup>98</sup> תהליך בעל אפיון סטנדרטי בשל דרך והיקף ביצועו שבו קשה לבחון את מידת המודעות של כל נותן הסכמה, בשל אותם סממנים כלליים ואובייקטיביים בהליך שמהם ניתן לגזור את טיב ההסכמה. הבעיה היא לא רק השאלה אם אדם הסכים לתת את פרטיו, פעולה שניתן לגזור ביחס אליה הסכמה מעצם נתינת הפרטים כפי שמתווה כאמור סעיף 11 לחוק הגנת הפרטיות, אלא אם הוא היה מודע והסכים למה שיעשה לאחר מכן במידע שהוא מסר, כשהוא הבסיס העיקרי של הביקורת כנגד קבלת הסכמה מכללא פסיבית בעת איסוף מידע. גביזון הזהירה, בהקשר זה, כי אין למהר להסיק כי ניתנה הסכמה בשל איסוף המידע מכמות גדולה של אנשים.<sup>99</sup> אף הרשות להגנת הפרטיות הביעה חוסר נוחות מדרך הסכמה זו בכמה הזדמנויות,<sup>100</sup> אחת מהן בחודש דצמבר 2024 במסגרת הנחיה שעוסקת בהעברת הבעלות במאגר מידע.<sup>101</sup> הרשות מנסה לבסס שם טענה, בחלק המבוא להנחיה, כי כאשר העברת בעלות במאגר מידע משלבת גם שינוי מטרות המאגר, יש לקבל על כך הסכמה מפורשת של מושאי המידע.<sup>102</sup> אין לכך ביסוס בחוק והרשות עצמה, בגוף ההנחיה, כמו חוזרת בה מכך כאשר היא קובעת כי זו "הדרך המיטבית" לקבל הסכמה, אך אינה מציינת כי זו היא הדרך המחייבת.<sup>103</sup> הצעה להתנות את ההסכמה מכללא הנלמדת מהתנהגות פסיבית בכך, שההודעה שתישלח באמצעות דואר אלקטרוני במנגנון של opt out<sup>104</sup> תלווה באישור קריאה, כאמצעי להוכיח שמושאי המידע ראה את המייל שנשלח אליו, הוצעה כדרך ביניים בין הדעות השונות. **בעניין פסגות** הטיל בית המשפט המחוזי ספק בכך שחובה כזו תשמור על אופי ההסכמה, כאשר לדעתו "הטלת חובה על פסגות לוודא את "קריאת" המאגר, היכן שקיימת חובת רישום וקביעת מטרה שאינה מנוגדת להוראות סעיף 2 לחוק, כגון מטרה לטובת בילוש או התחקות אחר אדם העלולים להטרדו, איסור הקבוע בסעיף 2(1) לחוק – ראו פרוטוקול ישיבה מס' 359 של ועדת חוקה חוק ומשפט, הכנסת ה-25 (30.06.2024), בעמ' 97-98.

<sup>95</sup> המסקנה נובעת מהוראת סעיף 11(2) לחוק הגנת הפרטיות, הקובעת כי כאשר נאסף מידע מאדם למאגר מידע, יש להודיע לו לאיזו מטרה נאסף המידע ומקום בו לאחר קבלת הודעה זו הוא מוסר את המידע, יש לראות בפעולת המסירה הסכמה לאותה מטרה.

<sup>96</sup> להגדרה של צירוף המילים "ענייניו הפרטיים של אדם" ראו דן חי, המידע האישי כקניין, להלן ה"ש 87 בעמ' 211-277.

<sup>97</sup> כעולה מההגדרה המשותפת לשני המונחים בסעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות.

<sup>98</sup> פרוטוקול 214, לעיל ה"ש 2, בעמ' 5.

<sup>99</sup> רות גביזון "איסור פרסום הפוגע בפרטיות" זכויות אזרח בישראל: קובץ מאמרים לכבוד חיים ה' כהן 177, 199 (רות גביזון עורכת, האגודה לזכויות האזרח 1982).

<sup>100</sup> טיוטת ההנחיה בנושא הסכמה

<sup>101</sup> הרשות להגנת הפרטיות, הנחיה מס' 2/2024, **העברת בעלות במאגר מידע לפי חוק הגנת הפרטיות** (17.12.2024).

<sup>102</sup> שם, סעיף ט בחלק המבוא להנחיה.

<sup>103</sup> שם, סעיף 13 להנחיה.

<sup>104</sup> במשלוח הודעה במנגנון opt out הכוונה לאיסוף הסכמה הנלמדת מהתנהגות פסיבית, בכך שנוסח המייל מזמין את המתנגד לכתוב בו להגיב חזרה ואי תגובתו תלמד על הסכמתו.

ההודעה, מקרבת מאד את ההסכמה הנדרשת להסכמה אקטיבית-מפורשת, שכן היא דורשת ידיעה פוזיטיבית אודות פעילות הקריאה של הלקוחות".<sup>105</sup>

32. ההסכמה להיכלל במאגר מידע צריכה להתקבל מדעת, במפורש או מכללא, לאחר שבידי נותן ההסכמה היה המידע הדרוש לו באורח סביר בכדי להחליט אם להסכים למסירת המידע ולשימושים שייעשו בו. בכדי לסייע לאדם לגבש את הסכמתו על מבקש ההסכמה לפרט את כל השימושים שהוא מתכוון לעשות במידע, לרבות העברתו לצדדים שלישיים, ולהקפיד לעשות שימוש במידע רק לאותן פעולות אשר לגביהן התקבלה ההסכמה, כשעל ההסבר להיות כזה, שיובן על-ידי האדם הסביר בנסיבות העניין. חלק מעיקרון ההסכמה הינו, שלמושא המידע תהיה זכות בחירה שבמסגרתה הוא יוכל לבחור לאיזו מטרה למסור את המידע, מבין המטרות שאותן מבקש להשיג מבקש המידע.

33. כאשר ממבקשים לאסוף הסכמה לטובת שימושים במידע, יש לקבוע באופן ברור מה מבקשים לעשות במידע, המטרה לשמה הוא מבוקש, רגע לפני איסופו. כאשר קיים קושי לקבוע את המטרה, כמו בשימושים שמבקשים לעשות במידע אישי במערכות מבוססות בינה מלאכותית, הדבר תוקע טריז בין אוסף המידע למושא המידע ברגע המכונן של איסוף המידע. יש לכן לזקק את אותו מפגש ולהתאים אותו למציאות הטכנולוגית המתקדמת, ולבחון באיזו דרך ניתן להתאים את ההסכמה לעיבוד המידע המבוקש. יש לאפשר, לטובת עיבודי מידע מתקדמים, גם אפשרות לאסוף הסכמות מאוחרות ממושא המידע בדרך נוחה שלא תדרוש משאבים רבים מידי שיאינו את השימוש במידע. הדרך של משלוח הודעה על שינוי מטרת עיבוד המידע, הודעה המאפשרת למי שמתנגד לכך להודיע על התנגדותו בחוזר, היא דרך מיטבית שנותנת מענה לצורך שנוצר עם ההתקדמות הטכנולוגית.

34. שאלה שעולה מההתלבטות בבחינת טיב ההסכמה, אשר ניתנת לצורך הכללה במאגר מידע, קשורה לשאלה אם ניתן לגזור הסכמה מכללא משורה של מצבים. כאשר מדובר במאגר מידע אשר מטרתו אינה חורגת מהמטרה הסבירה אשר ניתן לייחס למצב הדברים שבו נאסף המידע, יהיה ניתן ביתר קלות לגזור הסכמה מכללא להיכלל במאגר. כך, למשל, ביחס למאגר עובדים המשמש רק לצורך הפקת משכורות והמידע שכלול בו הוא זה הדרוש לצורך כך בלבד, יתקשה עובד לטעון כי בעצם תחילת עבודתו במקום ומסירת כל הפרטים הדרושים על-פי חוק לצורך הפקת משכורת, הוא לא הסכים מכללא ומדעת להכללת הפרטים במאגר השכר של המעסיק. באותו אופן יתקשה לטעון ספק אשר מוסר ללקוחו פרטים לצורך ביצוע התשלום, כי הוא לא הסכים להיכלל במאגר הספקים של אותו לקוח, ובלבד שמטרתו של מאגר זה היא ניהול ההזמנות והתשלומים בלבד מול הספקים ולא מעבר לדרוש ביחסים של ספק-לקוח. מנגד, אם מאגר העובדים או הספקים כולל מטרות נוספות, מעבר למטרה המצופה במהלך העניינים הרגיל, יהא על בעל המאגר לקבל הסכמה נפרדת לצורך הכללה במאגר המידע, בהתאם למתווה של סעיף 11 לחוק.

<sup>105</sup> ת"א (מחוזי – ת"א) 53776-02-23 פסגות ניירות ערך בע"מ נ' רשות ניירות ערך (29.09.2023), בפסקה 54 לפסק-הדין.

## 1. אתגרי איסוף המידע האישי

35. האם כל אדם שאישר את הסכמתו למטרות השימוש במידע אכן קרא את אותן מטרות לפני שהסכים? – היו שהטילו בכך ספק ואף קראו להסכמה הזו "שקר מוסכם" או פיקציה שמבוססים על הטענה, כי רק מי שבאמת מתעניין בזכויותיו יקרא את נוסח ההסכמה לפני שיחליט אם ליתן את הסכמתו.<sup>106</sup> עולה השאלה האם אין בכך משום פטרנליזם בכפיית אותו עיקרון 'מדעת' שנלווה להגדרת ההסכמה בחוק, במשמע שמי שלא קרא את נוסח ההסכמה עשה כך מחוסר מודעות ולא מתוך חוסר עניין באותה שליטה על המידע שלו? האם לא ראוי כי נגן רק על מי שמבקש את אותה הגנה, כפי שביטאה יפה את הדברים השופטת דליה דורנר בעניין **בירב**: "הזכות לפרטיות באה להגן על הפרט, וככלל אין חברה רשאית להגן על אדם בוגר שלא מרצונו".<sup>107</sup>

36. העיסוק המשפטי בשאלת רמת המודעות של אדם שמוסר מידע למטרות השימוש שבו, טרם מסר את המידע, מתעלמת מהתופעה, לפיה לרוב רובם של האנשים כלל אין זה משנה מה ייעשה במידע על אודותיהם והם מוסרים את המידע ברצון במסגרת פעילותם. הדבר דומה לתופעה המכונה 'פרדוקס פרטיות', המתארת את היעדר יכולתו של הציבור להתמודד עם התפתחויות טכנולוגיות מהירות, עם המשמעויות שלהן ועם כל הנובע מכך, כולל בעת איסוף המידע מהם, אם בשל אורך מדיניות הפרטיות המקשה על הקריאה,<sup>108</sup> ואם בשל חוסר תשומת לב או כל סיבה דומה אחרת. הטענה הינה כי דרישת ההסכמה מדעת של מושא המידע, כפי שקבועה בסעיפים 1 ו-3 לחוק הגנת הפרטיות,<sup>109</sup> לא בהכרח ישימה בעולם הדיגיטלי העכשווי. פיתוחן המהיר של טכנולוגיות שמשמשות במידע אישי מקשה על הציבור בהתמודדות עם המשמעות שעומדת מאחוריהן,<sup>110</sup> ויוצרת את תופעת "פרדוקס הפרטיות",<sup>111</sup> לפיה קיים חוסר התאמה בין תפיסת הפרטיות בהצהרות של משתמשים ובין המודעות שלהם לשימוש במידע ולהתנהגויותיהם בפועל. כך למשל, שמשמשות מוותרים בקלות יחסית על פרטיותם כדי ליהנות משירותים מסוימים, כמו למשל כרטיסי מועדון ברשתות קמעוניות שמעניקות הטבות ללקוחותיהן אך עם זאת, עוקבות אחר הרגלי הצריכה של המשתמשים בכרטיס.<sup>112</sup> פרדוקס הפרטיות מוביל לקושי אצל מקבלי ההחלטות

<sup>106</sup> פרטוקול ישיבה מס' 347 של ישיבת ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת (18.06.2024), בעמ' 16.

<sup>107</sup> ע"פ 4463/93 **בירב ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט (5) 447, 458.

<sup>108</sup> חוקרים מאוניברסיטת קרנגי מלון (Carnegie Mellon University), ארצות הברית, חישובו כי בממוצע, לו היה עלינו לקרוא את כל מסמכי מדיניות הפרטיות של האתרים שאנו משמשים בהם, היינו מקדישים לעניין 27 ימי עבודה מלאים (של 9 שעות בכל יום), בכל שנה ושנה, כלומר 244 שעות בכל שנה. ראו Aleecia M. McDonald & Lorrie Faith Cranor, *The Cost of Reading Privacy Policies*, 4 I/S: J. L. & POL'Y INFO. SOC'Y 540, 543–568 (2008).

<sup>109</sup> ס' 1 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי "לא יפגע אדם בפרטיותו של זולתו ללא הסכמתו"; ס' 3 לחוק מגדיר את רכיב ההסכמה: "הסכמה מדעת, במפורש או מכללא".

<sup>110</sup> לניסיון של הרשות להגנת הפרטיות להתמודד עם הבעיה ראו הרשות להגנת הפרטיות **חובת יידוע**, לעיל ה"ש **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.**, בעמ' 1.

<sup>111</sup> ראו תיאור מומלץ אצל Zarsky, *Privacy and Manipulation*, לעיל ה"ש **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.**, בעמ' 162.

<sup>112</sup> להרחבה ראו דן חי, דיני המידע האישי, ה"ש 87 לעיל, בעמ' 416.

במדינה בדבר הצורך לאזן בין הזכות לפרטיות ובין היעילות הכלכלית שבגילוי מידע אישי והתרת השימוש בו.<sup>113</sup>

37. עוד הרבה לפני פרוץ העידן המודרני בתחום הטכנולוגיה, טען הפילוסוף מרשל מקלוהן כי בעידן זה, עבור מושאי המידע "המדיום הוא המסר", וכי מושאי המידע מעדיפים חשיפה ופתיחות על פני פרטיות, וזהו ההסבר לקלות הדעת, המלווה את הליך מתן ההסכמה ומכאן שאין לתת משמעות רבה לעצם מסירתה.<sup>114</sup> בהמשך לטענה זו נטען כי הסכמת הצרכנים למסור את המידע נעשית על רקע ההפחתה בערך המידע האישי בעיניהם והנכונות של החברות הגדולות להציע תמורה עבור המידע.<sup>115</sup> טענה אחרת גורסת כי מושא המידע מסכים למסירת המידע מתוך התובנה כי ממילא המידע יגיע אל החברות המבקשות אותו, ואם כבר, עדיף להעביר להן אותו בהסכמה ולהפיק את מירב התועלת שניתן להפיק מהסכמה זו.<sup>116</sup>

## ז. העמדה ביחס לאיסוף המידע

38. לאחר שהנחנו את התשתית המשפטית לנושא ההסכמה בדין הישראלי ולדרך איסוף המידע על-פי החוק, הבאנו את ההתלבטויות העולות אגב איסוף המידע והאתגרים שהטכנולוגיה המתקדמת מציבה בפני אוסף המידע, תובא להלן עמדת המרכז לחקר המידע ביחס לדרך הראויה לאיסוף המידע העונה על דרישות הדין בישראל.
39. מידע אישי בהתאם לדין הישראלי ניתן לאסוף באופן ישיר ממושא המידע, כאשר מתקבלת הסכמתו מדעת לכך, הן באופן מפורש והן הסכמה הנלמדת מהתנהגותו. כאשר נאספת הסכמה מפורשת, יש להקפיד כי נוסח ההסכמה יהיה ברור ומובן.
40. ניתן לכלול סעיפי הסכמה לאיסוף מידע אישי בהסכם או במדיניות פרטיות, ובלבד שתהיה הפניה ברורה אליהם וביחס לאיסוף מידע או שימוש בו למטרות שאינן דרושות לצורך מתן השירות או מכירת המוצר, תינתן האפשרות שלא להסכים.
41. ניתן לאסוף מידע אישי אף מפרשנות דרך התנהגות של אדם המראה על הסכמתו, אשר יכולה להיות מוסקת מהתנהגות אקטיבית או פסיבית. ההסכמה תתקבל כאשר דרך הפרשנות הסבירה וההגיונית, מנקודת מבטו של האדם הסביר, לצורת ההתנהגות במצב נתון, הינה כי מי שנהג כך מסכים לוותר על זכותו לפרטיות כפי שהיא הייתה יכולה לבוא לעזרתו באותו מצב נתון.
42. שתיקתו של אדם או העדר מחאה מצדו לאיסוף המידע הנוגע אליו תפורש כהסכמתו לאיסוף המידע, באם היה ברור מנוסח הפניה אליו, כי השתיקה תפורש כהסכמה. בהתאם לכך ניתן לאסוף הסכמה למטרות שימוש במידע אף במנגנון של opt out, אך יש להקפיד כי מנוסח הפניה יהיה ברור שאי מתן תגובה יפורש כהסכמה.

113 רחל ארידור-הרשקוביץ ותהילה שוורץ אלטשולר **אתגר הפרטיות בפרסום יזום של מאגרי מידע ממשלתיים** 29–30 (הצעה לסדר 14, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2017) (להלן: ארידור-הרשקוביץ ושוורץ אלטשולר **אתגר הפרטיות**).

114 MARSHALL McLuhan, UNDERSTANDING MEDIA: THE EXTENSIONS OF MAN (McGraw-Hill 1964).

115 ראו ניב אחיטוב **עולם ללא סודות: על חברת המידע הפתוח** (2001).

116 Corien Prins, *Property and Privacy: European Perspectives and the Commodification of our Identity*, 16 INFO. L. SERIES 223, 229, 239 (2006).

43. במהלך איסוף מידע אישי למאגר מידע יש להקפיד להפריד בין המידע והשימושים המחויבים לצורך מתן השירות או מכירת המוצר לבין אלה שאינם נדרשים. ביחס לאחרונים, יש לתת את האפשרות שלא להסכים למסור את המידע תוך הסבר משמעות אי ההסכמה.

#### ח. סוף דבר

44. הבאנו את עמדת המרכז בנושא איסוף המידע האישי וההסכמה הדרושה לשם כך, תוך שהדגשנו כי הדין הישראלי מכיר בהסכמה מדעת שניתנה באופן מפורש אך גם בהסכמה מדעת שניתנה מכללא, היינו כזו הנלמדת מהתנהגות אדם, אקטיבית או פסיבית.
45. למעלה מהצורך אנו מביאים גם הצעה לתיקון חוק הגנת הפרטיות והוספת הגדרה ברורה להסכמה מכללא, זו הנלמדת מהתנהגות, ההצעה מתכתבת עם הפסיקה הרלבנטית בנושא, ובשל העיסוק הרב בסוגייה, דומה שראוי להבהיר עלי חוק.
46. ההצעה מובאת על ידי המרכז הישראלי לחקר המידע ככלי עזר למחוקק לעריכת התיקון המוצע ומובאת בנוסח תואם, ככל האפשר, לנוסח הצעת חוק.

(מרץ 2025)



## **הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הסכמה מכללא), התשפ"ד-2025**

**נכתבה על-ידי ד"ר דן חי**

המרכז הישראלי לחקר המידע, חטיבת המחקר –  
חברת די.פי.איי גרופ - דאטה פרוטקשן אינסטיטוט בע"מ

### **להלן נוסח הצעת החוק:**

לסעיף 3 לחוק תתווסף ההגדרה הבאה:

"הסכמה מכללא" - הסכמה אשר נלמדת מדרך התנהגותו של אדם, אקטיבית או פסיבית, אשר ניתן לגזור ממנה הסכמה, כאשר זו דרך הפרשנות הסבירה וההגיונית, מנקודת מבטו של האדם הסביר, לצורת ההתנהגות במצב נתון.