

מרס 2021

לכבוד : רשות התחרות הכלכלית

רשות הגנת הצרכן וסחר הוגן

הרשות להגנת הפרטיות

לידי : עו"ד מיכל הלפרין, הממונה על התחרות

עו"ד מיכאל אטלן, הממונה על הגנת הצרכן וסחר הוגן

עו"ד שלומית וגמן, הרשות להגנת הפרטיות

נייר עמדה בנושא:

הזכות לניוד מידע

1

השופטת בדימוס ד"ר איריס סורוקר

עו"ד ענבר גוטליב ריבקין

מרכז חת

לחקר התחרות והרגולציה המסלול האקדמי המכללה למינהל



מרכז חת הינו מוקד אקדמי רב תחומי של המסלול האקדמי המכללה למינהל. המרכז נוסד ביוזמתם והודות לתרומתם של גב' רנה ופרופ' מאיר חת. תכליתו של מרכז חת היא פיתוח והעברת ידע בתחומי התחרות והרגולציה, על היבטיהם התיאורטיים והמעשיים. המרכז הוקם מתוך רצון לחקור ולהעמיק את ההבנה על אודות התחלופה וההפעלה של אמצעי התחרות והרגולציה בשווקים שונים בישראל. המטרה היא לחדד בעיות הטעונות פתרון, ולגבש המלצות לשיפור המדיניות הרגולטורית הראויה.

השופטת בדימוס ד"ר איריס סורוקר

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה

facebook.com/hethcenter 03-9634104 📞
colman.ac.il/heth_center 🌐 hethcenter@colman.ac.il

כללי

הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן, רשות התחרות והרשות להגנת הפרטיות פרסמו נייר עמדה משותף העוסק בזכות לניוד מידע.¹ הצורך בדיון בזכות לניוד מידע מתעורר על רקע האיסוף והשימוש המסחרי והאינטנסיבי במידע שמספקים צרכנים אגב שימוש בפלטפורמות דיגיטליות, באופן פסיבי ואקטיבי, ואשר נקלט ונצבר על ידי פירמות באופן מקוון לצרכים מסחריים שונים.²

מן המפורסמות היא, שמידע ונתונים אישיים מהווים משאב כלכלי עיקרי ומשמעותי בעידן הכלכלה הדיגיטלית. איסוף הנתונים על אודות הפרט על ידי פלטפורמות דיגיטליות הולך ומאמיר הודות לשימוש הנפוץ באינטרנט, לטכנולוגיות ניטור מתפתחות ולאפשרויות של אחסון המידע. הגידול בשימוש בנתונים אישיים כולל יתרונות כלכליים מובהקים, כמו גיוון והתאמת מוצרים לקהלי יעד. אך הוא טומן בחובו גם לא מעט סיכונים באשר לזכות הפרטיות וכן יוצר חשש להיווצרות כוח שוק מונופוליסטי בידי גורם מסחרי הנהנה מגישה לכמות רבה של מידע אישי.³

המלצות הרשויות בנייר העמדה הן כי יש לאמץ זכות כללית חדשה לניוד מידע בדין הישראלי. כמו כן, בתחומים שבהם קיימת חשיבות מיוחדת לזכות לניוד מידע, צריך שתקבע רגולציה ייעודית וממוקדת. עמדתן המשותפת של הרשויות היא כי הזכות לניוד המידע תחול על מידע אישי ודיגיטלי, אשר לפי ההצעה יועבר באופן מאובטח מפלטפורמה אחת לאחרת באופן מקוון, באופן קריא ובפורמט נפוץ, על מנת להקל על שימוש נוסף או חוזר במידע. מוצע כי הזכות לניוד מידע תוענק לצרכן ללא עלויות נוספות שיושתו עליו. המלצת הרשויות כוללת את החלת הזכות על גופים העומדים ברף מינימלי מסוים, בין השאר, כתלות בהיקף פעילותם ובכמות הלקוחות.⁴

ככלל, אנו מסכימות עם המלצת הרשויות. אנו מוסיפות ומציעות לבצע הבחנה ברורה בין זכות העיון של הפרט במידע דיגיטלי שנצבר על אודותיו, הזכות של הפרט להישכח, וכן הזכות לניוד המידע מפלטפורמה אחת לשנייה. להלן נעייין במגוון הזכויות ונציע נקודות אשר לדעתנו יש להתחשב בהן במהלך חקיקה עתידית.

הזכות לעיון

¹ לנייר העמדה המשותף הראו: https://www.gov.il/BlobFolder/policy/dataportability/he/opinion_%D7%94%D7%96%D7%9B%D7%95%D7%AA%20%D7%9C%D7%A0%D7%99%D7%95%D7%93%20%D7%9E%D7%99%D7%93%D7%A2%20-%D7%9E%D7%A1%D7%9E%D7%A%20%D7%9E%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%95%D7%AA.pdf

² מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה "נייר עמדה בנושא: סוגיות של תחרות בכלכלה הדיגיטלית" (מאי, 2019), זמין ב: www.colman.ac.il/sites/default/files/calcala_20.5.pdf

³ René L.P. Mahieu, Hadi Asghari & Michel van Eeten, *Collectively Exercising the Right of Access: Individual Effort, Societal Effect*, 7 INTERNET POLICY REVIEW 1 (2018).

⁴ לעיל ה"ש 1, בעמ' 19–20.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

זכות העיון מעוגנת בדין הישראלי בסעיף 13 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 וכוללת את זכותו של בעל המידע לעיין במידע הנאגר עליו בידי בעל מאגר מידע מסוים. וזו לשונו:

13. (א) כל אדם זכאי לעיין בעצמו, או על ידי בא-כוחו שהרשהו בכתב או על ידי אפוטרופסו, במידע שעליו המוחזק במאגר מידע.

(ב) בעל מאגר מידע יאפשר עיון במידע, לפי בקשת אדם כאמור בסעיף קטן (א) (להלן - המבקש), בשפה העברית, הערבית או האנגלית.

(ג) בעל המאגר רשאי שלא למסור למבקש מידע המתייחס למצבו הרפואי או הנפשי אם לדעתו עלול המידע לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המבקש או לסכן את חייו; במקרה זה ימסור בעל המאגר את המידע לרופא או לפסיכולוג מטעמו של המבקש.

(1ג) אין בהוראות סעיף זה כדי לחייב למסור מידע בניגוד לחסיון שנקבע לפי כל דין, אלא אם כן המבקש הוא מי שהחסיון נועד לטובתו.

בסעיף קטן זה, "דין" - לרבות הלכה פסוקה.

(ד) האופן, התנאים והתשלום למימושה של זכות העיון במידע ייקבעו בתקנות.

(ה) הוראות סעיף זה וסעיף 13א לא יחולו -

(1) על מאגר מידע של רשות בטחון כמשמעותה בסעיף 19(ג);

(1א) על מאגר מידע של שירות בתי הסוהר;

(2) על מאגר מידע של רשות מס כמשמעותה בחוק לתיקון דיני מסים (חילופי ידיעות בין רשויות מס), תשכ"ז-1967;

(3) כשבטחון המדינה, יחסי חוץ שלה או הוראות חיקוק מחייבים שלא לגלות לאדם מידע שעליו;

(4) על מאגר מידע של גופים אשר שר המשפטים בהתייעצות עם שר הבטחון או עם שר החוץ, לפי הענין, ובאישור ועדת החוץ והבטחון של הכנסת, קבע כי הוא כולל מידע שבטחון המדינה או יחסי החוץ שלה מחייבים שלא לגלותו (להלן - מידע סודי), ובלבד שאדם המבקש לעיין במידע שעליו המוחזק באותו מאגר יהיה זכאי לעיין במידע שאינו מידע סודי;

(5) על מאגר מידע אודות חקירות ואכיפת החוק של רשות המוסמכת לחקור על פי דין בעבירה, אשר שר המשפטים קבע אותה בצו, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת;

(6) על מאגר מידע שהוקם לפי סעיף 28 לחוק איסור הלבנת הון, תש"ס-2000.

זכות העיון המעוגנת בסעיף 13 לחוק הגנת הפרטיות עוסקת ב"מאגר מידע" על דרך הכלל, ובזכות של הפרט לעיין במידע על אודותיו המצוי במאגר המידע. מקובל שזכות זו כוללת גם מידע דיגיטלי, כגון עיון בתכתובת דיגיטלית, שמיעה של הקלטות קול, וצפייה בסרטוני וידאו.⁵ ואולם אין בה

⁵ ראו באתר הרשות להגנת הפרטיות: <https://govextra.gov.il/privacy-protection/privacy-protection/awareness-privacy>. שם נכתב כי "ההתפתחויות הטכנולוגיות מאפשרות לגופים רבים, פרטיים וציבוריים לאסוף עלינו מידע דיגיטלי רב. לדוגמה הקלטות של שיחות שלנו עם נציגי שירות, צילום שלנו בקניון או בעבודה, התכתבות שלנו עם גופים מסחריים וגם חוות הדעת שנכתבת עלינו בעת מיון למקום עבודה. מה זכותכם? לכל אדם זכות לעיין במידע אודותיו המוחזק במאגר מידע. זכות העיון חלה על כל סוג מידע, לרבות דיגיטלי, דוגמת הקלטות של שיחות טלפון, צילומי שיחות וידאו, תכתובות, צ'אט ועוד. על בעל המאגר לתת לכם את המידע בצורה קלה לגישה. הקליקו כאן למידע נוסף על: זכות העיון בשיחות מוקלטות ובמידע דיגיטלי נוסף; זכות עיון בחוות דעת לקבלה לעבודה מאת מכון מיון".

התייחסות מפורשת לנתונים הנצברים ברשתות חברתיות על אודות הפרט, כגון גלישות, רכישות, התקשרויות, פוסטים וכיו"ב.

הפסיקה נוטה לפרש את זכות העיון שבסעיף 13 על דרך ההרחבה. בעניין Alberici International צוין, בהתייחס לסעיף 13 לחוק הגנת הפרטיות, כי החוק בישראל מכיר בזכות העיון של הפרט. לפיכך, כאשר מדובר במסמכים של רשות ציבורית, עליהם להיות גלויים ופתוחים לצד הנוגע בדבר. עם זאת, ישנם מסמכים שיהיו חסויים לעיני הציבור בין אם מכוח חקיקה האוסרת עיון בהם ובין אם משיקולי יעילות או מילוי תפקיד הרשות.⁶ בעניין אחר נקבע כי סעיף 13 מאפשר לכל אדם זכות לעיון במידע שנאסף עליו ואין צורך בהסכמה מפורשת לשם העיון.⁷

למרות הגישה המרחיבה, ניכר כי התייחסותו של סעיף 13 לחוק הגנת הפרטיות היא חלקית ומיושנת, משום שחסרה בה התאמה לעידן האינטרנטי, המציג רמה גבוהה ואינטנסיבית של צבירת מידע ורתימתו לשימושים מסחריים. נשווה לרגולציה האירופאית:

זכות העיון מוכרת בתקנות ה-GDPR (General Data Protection Regulation) האירופאיות.⁸ על פי תקנה 15 ל-GDPR, לצרכן זכות לעיון במידע שנאסף על אודותיו, באופן הכולל זכות לדעת מהן מטרות עיבוד המידע האישי שנאסף; לאילו קטגוריות משתייכים הנתונים האישיים; על ידי מי נאסף המידע, לאיזה גוף נמסר המידע האישי או בפני מי יכול להיחשף, בפרט אם מדובר במדינות שהן צד שלישי או בארגונים בינלאומיים. כמו כן, זכות העיון כוללת את הזכות לדעת ככל האפשר מהי משך התקופה בה יאוחסנו הנתונים. נוסף על כך, קיימת זכות לבקש תיקון של הנתונים או הגבלת עיבוד המידע האישי. במסגרת תקנה זו מופיעה גם הזכות להגיש תלונה לרשות המפקחת.⁹

5

זו לשונה של תקנה 15 המתייחסת לזכות העיון (Right of Access by the Data Subject):

1. The data subject shall have the right to obtain from the controller confirmation as to whether or not personal data concerning him or her are being processed, and, where that is the case, **access to the personal data** and the following information:
 - (a) **the purposes of the processing;**
 - (b) **the categories of personal data** concerned;
 - (c) **the recipients** or categories of recipient to whom the personal data have been or will be disclosed, in particular recipients in third countries or international organizations;
 - (d) where possible, the envisaged period for which the personal data will be stored, or, if not possible, the criteria used to determine that period;
 - (e) **the existence of the right to request from the controller rectification or erasure of personal data** or restriction of processing of personal data concerning the data subject or to object to such processing;
 - (f) the right to lodge a complaint with a supervisory authority;

⁶ רע"א 4999/95 Alberici International שותפות רשומה זרה הרשומה בישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד (נ) 039 (1996), בפס' 6 לפסק הדין.

⁷ ע"א 86/89 מדינת ישראל נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד מד(2) 726 (1990), בפס' 12 לפסק הדין.

⁸ ראו <https://gdpr-info.eu>.

⁹ Art. 15 Right of Access by the Data Subject, available at: <https://gdpr-info.eu/art-15-gdpr>

- (g) where the personal data are not collected from the data subject, any available information as to their source;
- (h) the existence of automated decision-making, including profiling, referred to in Article 22(1) and (4) and, at least in those cases, meaningful information about the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of such processing for the data subject.

2. Where personal data are transferred to a third country or to an international organization, the data subject shall have the right to be informed of the appropriate safeguards pursuant to Article 46 relating to the transfer.
3. The controller shall provide a copy of the personal data undergoing processing. For any further copies requested by the data subject, the controller may charge a reasonable fee based on administrative costs. Where the data subject makes the request by electronic means, and unless otherwise requested by the data subject, the information shall be provided in a commonly used electronic form.
4. The right to obtain a copy referred to in paragraph 3 shall not adversely affect the rights and freedoms of others.

כללי ה-GDPR מתייחסים באופן מפורש להיבטים של שימוש מידע בידי חברות טכנולוגיות. הם מאפשרים לפרט לדרוש לדעת, בין השאר, מהי המטרה של צבירת המידע, מהן הקטגוריות בהן נשמר המידע, ומי הם הנמנעים אליהם מועבר המידע. דיוק מהסוג הזה לא מופיע בחוק הישראלי. יש לתת את הדעת לכך שצרכנים אינם יכולים לשלוט בנתונים על אודותיהם שנשמרים במאגרי המידע של הפירמות, ובוודאי שלא באופן בו ישתמשו בהם בעתיד. יתר על כן, הצרכנים בדרך כלל אינם יודעים איזה מידע נמסר על ידיהם, איך וכמה זמן הוא מוחזק והיכן ועל ידי מי הוא מאוחסן.¹⁰

6

הזכות לעיון במידע יונקת את הצדקותיה משני מקורות. ראשית, האוטונומיה של הפרט, הקוראת לכך שמידע אישי על אודות הפרט, אשר מקורו בו, יהיה נתון לאפשרות של הפרט לעיין בו. שנית, מדובר בכלי רגולטורי בעל מאפיינים של אכיפה פרטית שנועד להעצים את כוחם של צרכנים אל מול גופים גדולים בעלי עוצמת שוק, המחזיקים במידע האישי, פעמים רבות ללא מודעות או הסכמה מצד הצרכנים.¹¹ זכות העיון היא זכות מרכזית בשל הקשרה לשקיפות אשר לה מחויבים גופים המחזיקים במידע אישי. קל וחומר כך הם הדברים, שעה שמדובר בגופים מסחריים גדולים ועוצמתיים, אשר עשויים להחזיק בכח שוק מונופוליסטי. במקרים כאלה, נכון להחיל עליהם את המשפט הציבורי, המחייב לפעול בשקיפות (למעט מקרים של פגיעה בפרטיות או הגנת סודות מסחריים וכיו"ב).¹²

על הרקע הזה, ראוי לדעתנו להרחיב את סעיף 13 לחוק הגנת הפרטיות ולאמץ את עיקרי ההסדרים שברגולציה האירופאית הנ"ל. זאת, על מנת לעדכן את האסדרה בישראל ולהכשירה להתמודדות עם אתגרי הפרטיות שמציבים הטכנולוגיה האינטרנטית והתנהלותן של מעצמות האינטרנט.

¹⁰ David van de Giessen, *Blockchain and the GDPR's Right to Erasure* (2019), available at: <http://essay.utwente.nl/78738/>

¹¹ Mahieu et al., לעיל ה"ש 3, בעמ' 15.

¹² דפנה רבן ואיריס סורוקר "מונופוליציה בצבעי הסוואה" מחקרי רגולציה ב 101, 137 (2020).

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

הזכות להישכח או הזכות למחיקת מידע

אחד מבסיסי הזכות לעיון היא **הזכות להישכח**, בעיקר באשר למידע שהוחזק בידי פלטפורמה שהצרכן כבר לא לקוח שלה או לא נמנה על משתמשיה. בישראל, ההתייחסות לזכות להישכח באה לידי בידי בסעיף 17 לחוק הגנת הפרטיות, העוסק במחיקת מידע ממאגר המשמש לדיוור ישיר. וזו לשון הסעיף:

17. (א) כל פניה בדיוור ישיר תכיל באופן ברור ובולט –

- (1) ציון כי הפניה היא בדיוור ישיר, בצירוף ציון מספר הרישום של המאגר המשמש לשירותי דיוור ישיר בפנקס מאגרי מידע;
 - (2) הודעה על זכותו של מקבל הפניה להימחק מן המאגר כאמור בסעיף קטן (ב), בצירוף המען שאליו יש לפנות לצורך כך;
 - (3) זהותו ומענו של בעל מאגר המידע שבו מצוי המידע שעל פיו בוצעה הפניה, והמקורות שמהם קיבל בעל המאגר מידע זה.
- (ב) כל אדם זכאי לדרוש, בכתב, מבעל מאגר מידע המשמש לדיוור ישיר, שמידע המתייחס אליו יימחק ממאגר המידע.
- (ג) כל אדם זכאי לדרוש, בכתב, מבעל מאגר המידע המשמש לשירותי דיוור ישיר או מבעל מאגר המידע שבו מצוי המידע שעל-פיו בוצעה הפניה, כי מידע המתייחס אליו לא יימסר לאדם, לסוג בני אדם או לאנשים מסוימים, והכל לפרק זמן מוגבל או קבוע.
- (ד) הודיע אדם לבעל מאגר המידע על דרישתו כאמור בסעיפים קטנים (ב) או (ג), יפעל בעל המאגר בהתאם לדרישה ויודיע לאדם, בכתב, כי פעל על פיה.
- (ה) לא הודיע בעל מאגר המידע כאמור בסעיף קטן (ד) תוך 30 ימים מיום קבלת הדרישה, רשאי האדם שהמידע מתייחס אליו לפנות לבית משפט השלום בדרך שנקבעה בתקנות, כדי שיוורה לבעל מאגר המידע לפעול כאמור.
- (ו) הזכויות לפי סעיף זה של נפטר שרשום במאגר מידע נתונות גם לבן זוגו, לילדו, להורה או לאחיו.

7

באירופה, הזכות למחיקת מידע אישי מאוזכרת בתקנה 15(1)(e) שצוטטה לעיל, וכן בתקנה 17 ל-GDPR המעגנת את הזכות להישכח או את הזכות למחוק מידע אישי השייך לצרכן. התקנה קובעת כי המחזיק במידע יהיה מחויב למחוק את הנתונים האישיים באופן מידי אם הנימוק למחיקה מתייחס לכך שהנתונים האישיים אינם נחוצים עוד ביחס למטרות לשמן נאספו; הצרכן אינו מסכים עוד לעיבוד המידע, כלומר הצרכן מתנגד לעיבוד המידע; המידע האישי עובד שלא כדין; או שקיימת חובה חוקית בחוק למחיקת המידע. סעיף 3 לתקנה קובע כי זכות למחיקה לא תחול במקרה שהמידע משמש כארכיון לטובת הציבור, למטרות מחקריות מדעיות, למטרות היסטוריות או למטרות סטטיסטיות.¹³

תקנה 17 שנושאת את הכותרת ('Right to erasure' ('right to be forgotten')):

1. The data subject shall **have the right to obtain from the controller the erasure of personal data concerning him or her** without undue delay and the controller shall

¹³ Art. 17 Right to Erasure ("Right to be Forgotten"), available at: <https://gdpr-info.eu/art-17-gdpr>
מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

have **the obligation to erase personal data without undue delay where one of the following grounds applies:**

- (a) the personal data are no longer necessary in relation to the purposes for which they were collected or otherwise processed;
 - (b) the data subject withdraws consent on which the processing is based according to point (a) of Article 6(1), or point (a) of Article 9(2), and where there is no other legal ground for the processing;
 - (c) the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(1) and there are no overriding legitimate grounds for the processing, or the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(2);
 - (d) the personal data have been unlawfully processed;
 - (e) the personal data have to be erased for compliance with a legal obligation in Union or Member State law to which the controller is subject;
 - (f) the personal data have been collected in relation to the offer of information society services referred to in Article 8(1).
2. Where the controller has made the personal data public and is obliged pursuant to paragraph 1 to erase the personal data, the controller, taking account of available technology and the cost of implementation, shall take reasonable steps, including technical measures, to inform controllers which are processing the personal data that the data subject has requested the erasure by such controllers of any links to, or copy or replication of, those personal data.
3. Paragraphs 1 and 2 **shall not apply to the extent that processing is necessary:**

8

- (a) for exercising the right of freedom of expression and information;
- (b) for compliance with a legal obligation which requires processing by Union or Member State law to which the controller is subject or for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller;
- (c) for reasons of public interest in the area of public health in accordance with points (h) and (i) of Article 9(2) as well as Article 9(3);
- (d) for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes in accordance with Article 89(1) in so far as the right referred to in paragraph 1 is likely to render impossible or seriously impair the achievement of the objectives of that processing; or
- (e) for the establishment, exercise or defence of legal claims.

הזכות להישכח מתבססת על הרעיון שקיימת לצרכן זכות חוקית להסיר מידע על אודותיו אשר נגיש באופן מקוון, אם ישנה אפשרות לעשות בו שימוש פוגעני. הטענה היא שהמרחב המקוון משמש כמקום אחסון לזיכרונות של כלל האנשים, ושימוש בחלק מזיכרונות אלה עלול לעיתים להיות מזיק יותר מאשר להועיל. זכות זו מקבלת משנה תוקף בעידן הנוכחי בו קיים איום על הפרטיות בשל מעקב, איסוף ועיבוד מידע בקנה מידה גדול על ידי גופים פרטיים וציבוריים.¹⁴

נציין שמקורה של הזכות להישכח מיוחס לפרשת **קוסטחה** (Costeja), בספרד. באותו עניין דובר באדם שנקלע לחובות וב-1998 הועמדו נכסיו למכירה פומבית. דבר המכירה הפומבית, כולל שמו

Andres Guadamuz *Developing a Right to be Forgotten, in* EU INTERNET LAW 59 (Eleni Synodinou et al. eds., 2017)

של קוסטחה, פורסמו בעיתונים בספרד, וגם במהדורות הדיגיטליות שלהם. בשנת 2010 ביקש קוסטחה מ-Google להסיר את הקישורים המובילים לדפים של אותם פרסומים, עת מחפשים את שמו במנוע החיפוש. Google טענה שאחריות הסרת הפרסום היא על המפרסם, ולא עליה כחברה המבצעת הפניות למידע שממילא קיים ברשת. הנושא התגלגל לפתחו של בית המשפט של האיחוד האירופי ה-ECJ (European Court of Justice) שפסק נגד Google ודחה את העמדה שהציגה. נפסק שלפי דירקטיבה EC/95/46 של הפרלמנט האירופי משנת 1995, שעניינה The protection of individuals with regard to the processing of personal data and the movement of such data אדם רשאי לבקש הסרת קישורים לדפי אינטרנט המאזכרים את שמו ואלה יוסרו מרשימת תוצאות חיפוש.¹⁵

בחזרה לישראל, ההסדר החוקי המעוגן כיום בסעיף 17 לחוק הגנת הפרטיות מתייחס לדיוור ישיר בלבד, ולכן אינו יכול לספק. הכללים שאימץ האיחוד האירופי ואשר הוצגו לעיל יוצרים איזון ראוי בין בעלותו של הפרט על המידע האישי שלו לבין שימושים לגיטימיים ובלתי מזיקים במידע (כגון מחקר מדעי) אשר מעמידים את האינטרס הציבורי מעל הזכות של הפרט.

הזכות לניוד מידע

הזכות לניוד מידע, כפי שזו מוגדרת על ידי הרשויות בנייר העמדה המשותף, מתייחסת לזכות המוענקת לצרכן לקבל אפשרות גישה לנתונים שנאגרו עליו על ידי גוף מסוים, ולהעבירם לגוף אחר, בין באופן ישיר ובין באופן עקיף.¹⁶

9

מהו הרציונל העשוי להצדיק את זכות הניוד? ניתן להבין זאת על דרך השלילה. החשש העיקרי הנובע מהיעדרה של זכות הניוד, בכל הקשור ליעילות השוק ומידת התחרותיות שבו, הוא **אפקט נעילת הצרכן** (lock-in effect). אפקט זה עלול ליצור **חסם כניסה** משמעותי עבור שחקנים חדשים המבקשים להתחרות בענף, ובדרך זו לעוות את התחרות בשווקים הנשלטים על ידי ענקיות הטכנולוגיה.¹⁷

כרקע תיאורטי, אנו מציעות להיעזר במאמרה של **אנג'לס** (Engels, 2016), המוקדש לניתוח השפעת ניוד הנתונים על התחרות בקרב פלטפורמות מקוונות. פלטפורמות מקוונות כמו רשתות חברתיות, שירותי חיפוש ופלטפורמות מסחר מסוגלות לייצר יתרונות עבור חברות (Societies) וכלכלות. עם זאת, עלולות להיות להן השפעות שליליות מפני שהפלטפורמות מצליחות להשיג גישה לשוק עצום של לקוחות במהירות רבה, ולאסוף עליהם מידע בהיקף רב. הוראות רגולטוריות הנוגעות לפלטפורמות אלה צריכות להתייחס למאפיינים הייחודיים של שוק זה, ובמיוחד לאפקט הרשת ולעלויות מעבר.

¹⁵ Google Spain SL, Google Inc. VS Agencia Espanola de Proteccion de Datos (AEPD), Mario Costeja ¹⁵ Gonzalez (13.5.2014) <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070en.pdf>

¹⁶ ראו לעיל הי"ש 1, בפס" 9.

¹⁷ Barbara Engels, *Data Portability among Online Platforms*, 5 INTERNET POLICY REVIEW 1, 2 (2016)

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

המאמר של אנג'לס מחדד את הצורך להתבונן **בעלויות המעבר (החלפה)** הכרוכות בהעברת נתונים מפלטפורמה אחת לאחרת. החשש העיקרי הנגזר מהעדר ניידות של נתונים הוא אפקט הנעילה של המשתמש היוצר חסם כניסה לשוק עבור חברות אחרות. למעשה, פלטפורמות בדרך כלל מאחסנות את נתוני המשתמש כך שלא ניתן יהיה לחלץ אותם על ידי המשתמש או המתחרים, ובדרך זו יוצרות באופן מודע ומכוון את חסמי הכניסה המגנים עליהן מפני מתחרים. המשמעות היא שצרכנים שבחרו להשתמש בפלטפורמה אחת ורוצים לעבור לפלטפורמה אחרת, יאלצו להשאיר את הנתונים שלהם בפלטפורמה המקורית. מצב זה מקטין את יכולות המעבר. כתוצאה מכך, צרכנים עלולים לספוג עלויות מחירים או שינוי לרעה בשירות, שכן הם נותרים בעלי כוח מיקוח מופחת. ודוק: אין מדובר בתופעה שולית. מטבע הדברים, חברות מסחריות שואפות לייצר לעצמן יתרון תחרותי על ידי שמירה יחידנית של נתוני משתמשים, שכן הנתונים נחשבים לגורם ייצור עיקרי בכלכלה הדיגיטלית. העובדה שיש לפלטפורמות מקוונות אינטרס לשמור על מערכות סגורות מובילה לבעיית גישה מצד חברות מתחרות הזקוקות לנתוני המשתמשים על מנת לספק מוצרים ושירותים מתחרים או משלימים.

ממאמרה של אנג'לס אפשר עוד ללמוד שעלויות המעבר מחזקות את כוחן של פלטפורמות לשמר לקוחות. החשש הוא שהלקוח יישאר עם פלטפורמה מסוימת למרות שפלטפורמה מתחרה עשויה להציע שירות טוב יותר. כמו כן, לעיתים הצרכנים רוצים להשתמש בכמה פלטפורמות במקביל על מנת לקבלת שירות מסוים (multihoming), למשל בגלל שהשירותים המוצעים על ידי פלטפורמה אחת שונים במקצת, או שהפלטפורמה האחת פועלת באופן שונה מהאחרת. רשת הנועלת את מעבר הנתונים עלולה למנוע את האפשרות לקבל שירות מקביל ולא רק שירות מתחרה.

10

באופן זה, צרכנים המבקשים לסיים התקשרות במקרה של עליות מחירים או שינויים ברמת השירות, עלולים למצוא עצמם עם כוח המיקוח נחות מפני שהמידע האישי שלהם אינו בשליטתם. אפקט הנעילה עלול להשפיע על אפשרות הצרכן לרכוש מוצרים משלימים או מתחרים וכמובן – להעביר את הפעילות שלו ממחזיק אחד לאחר. למשל, ללא ניווד מידע לא ניתן יהיה להעביר אנשי קשר לפלטפורמה אחרת. כך גם נתונים אחרים שהמשתמש "השקיע" בפיתוחם באופן ישיר או עקיף, כגון הודעות, תמונות, מוניטין והיסטוריות חיפוש, נשארים בפלטפורמה המקורית. לפיכך, סביר שהמשתמש יישאר בפלטפורמה לה מסר בהתחלה את הנתונים שלו, אם כי פלטפורמות אחרות עשויה להיות מושכות יותר בעיניו. הדבר עלול לפגוע בתחרות מפני שלמתחרים פוטנציאליים לא יהיה תמריץ לחדש ולהציע שירותים טובים יותר בידיעה שמשתמשים יישארו עם הפלטפורמה הנוכחית.

אנו רואות אינטרס חברתי לשמור על עלויות מעבר נמוכות יחסית, כדי שלצרכן יהיה קל לעבור בין פלטפורמות ולהעביר את המידע שלו אתו מפלטפורמה אחת לאחרת. עם זאת, קיים חשש בהטלת החובה על **חברות קטנות**. לפי אנג'לס, זו עלולה ליצור נטל לא פרופורציונלי שכן לחברות קטנות ואף בינוניות אין תמיד את המשאבים הנדרשים להתאים את עצמן לציות לזכות לניוד מידע. הדרישות הטכניות ליישום הזכות לניוד מידע עלולות להיות גבוהות שכן נדרשים אמצעים טכניים

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter/>

וכוח אדם, למשל ליישום תהליכים לטיפול ולתיעוד של בקשות משתמשים. יתרה מכך, ניווד מידע צריך מפלטפורמות להשתמש בפורמט אחיד וקריא כדי שניתן יהיה לעבד את הנתונים בצורה יעילה לשם העברתם מפלטפורמה אחת לאחרת. מצב כזה עלול להכריח פלטפורמות מסוימות לשנות את אופן אחסון הנתונים. על הרקע הזה, אנג'לס מציעה להתמקד ב**שווקים ריכוזיים**, למשל, בשווקי פלטפורמות מנועי החיפוש בהם מתעורר חשש אמתי לניצול לרעה של כוח שוק. בשווקים אלה, אכיפת הזכות לניוד מידע עשויה להיעשות מכוח דיני התחרות, המפנים את הזרקור לעבר התנהלות מונופוליסטית החוסמת תחרות.

אנו סבורות שראוי גם להיעזר בהמלצות משנת 2020 של Centre on Regulation in Europe (CERRE) – מרכז מחקרי המשלב בין רגולטורים, תאגידים ואקדמיה – בהן הודגש הצורך בוודאות משפטית באשר להיקף הזכות לניוד המידע. היקף הזכות המוצע שם כולל את החובה לבקש הסכמה מודעת של צרכנים להעברת את המידע האישי שלהם לגורמים שלישיים. בנוסף, נדרשת שקיפות באשר להיקף המידע האישי המוחזק, זאת ללא תלות בבקשה של צרכן לבקש לנייד את המידע האישי שלו, וכדי שידע מהו המידע שנאגר אודותיו, ומהם הנתונים אשר ביכולתו לנייד.¹⁸ מהמלצות ה-CERRE עולה כי זכות הניוד עשויה לעודד חדשנות בשווקים דיגיטליים משלימים וחדשים. ניידות עשויה גם להמריץ חדשנות ברמת השירות של ארגונים שונים, הודות לחוסר היריבות בין הנתונים.¹⁹ אחת ההמלצות כוללת אכיפה ויצירת מסגרות משפטיות יעילות לפיקוח. המלצה עיקרית נוגעת לאימוץ כלל המאפשר למשתמשים להעביר את הנתונים האישיים שלהם מספק אחד לאחר בכל עת – מה שמכונה "ניידות נתונים רציפה". גם כאן, תשומת הלב מופנית לנושא הנטל הרגולטורי, שכן עלול להיווצר מצב שהניידות תכביד על נותני שירותים דיגיטליים קטנים ומתפתחים – מה שיחטא למטרתה. לצד אלה קיימת חשיבות לעידוד מודעות של משתמשים ליכולתם לממש את זכויותיהם ללא עלויות.²⁰

ראוי גם להיעזר ביוזמות מהשטח הנצפות בתחום זה. הן אומנם חלקיות אך הן חשובות. כך, חברות מסוימות, בהן Google, כבר מאפשרות ניווד מידע אל ומחוץ לשירותי החברה. שירות כזה הושק לפני כ-10 שנים ומאפשר לנייד את היסטוריית המיקומים ממפות Google, שיחות הדוא"ל מ-Gmail, היסטוריית הצפייה ב-Youtube ותמונות שהועלו ל-Google.²¹ שירות זה אינו חף מחסרונות, כפי שישנן הדלפות מידע הכוללות סרטונים של משתמשי Google Takeout, למשל.²² שירות אחר, שנקרא Data Transfer Project מאפשר ניווד מידע בשיתוף Apple, Facebook, Google, Microsoft ו-Twitter. השירות מאפשר להתאים פורמט בו מוחזק המידע ולהעבירו בין

JAN KRÄMER, PIERRE SENELLART & ALEXANDRE DE STREEL, MAKING DATA PORTABILITY MORE EFFECTIVE FOR THE DIGITAL ECONOMY (2020), available at: <http://www.crid.be/pdf/public/8588.pdf>

¹⁹ שם, בעמ' 9.

²⁰ שם, בעמ' 10-11.

Brian X. Chen, *Google's File on me was Huge. Here's why it wasn't as Creepy as my Facebook Data* (May 16, 2018), <https://www.nytimes.com/2018/05/16/technology/personaltech/google-personal-data-facebook.html>

Shreya Ganguly, *Do you use Google Takeout? The Company might have Leaked your Data to Strangers* (Feb. 15, 2020) <https://www.entrepreneur.com/article/345947>

החברות השותפות, כמו תמונות וסרטונים.²³ יוזמות עסקיות אלה עשויות להעשיר את המידע שבידי הרגולטור לגבי הנתונים הנצברים שעשויים להוות מושא לזכות הניוד, ומהן הדרכים הטכניות שבהן הניוד מבוצע.

יוזמת ניוד מידע הושקה על ידי ממשלת ארצות הברית ונקראת My Data. מטרתה היא לאפשר לאזרחים אמריקנים גישה קלה ומאובטחת למידע אישי שלהם, כדי שיוכלו לקבל החלטות רכישה או התקשרות מושכלות. היוזמה כללה ניוד מידע אישי בתחום השירותים ה"מסורתיים", כגון בריאות, אנרגיה, פיננסים וחינוך.²⁴ ממשלת בריטניה קידמה יוזמה דומה בשם MIDATA שנועדה להעניק כוח לצרכן (Consumer Empowerment). זוהי תכנית וולונטרית, במסגרתה ניתנת לצרכנים גישה למידע האישי שלהם המוחזק על ידי חברות תעשייה ומסחר. הגישה נועדה להיות אלקטרונית, באופן המאפשר לנייד את הנתונים בין ספקי המוצרים והשירותים השונים.²⁵ נראה כי בעוד שהיוזמה האמריקנית כיוונה להנגשת מידע אישי המוחזק על ידי הרשויות או גופים ציבוריים לצורך שיפור קבלת החלטות באופן כללי, הרי שהיוזמה הבריטית נובעת מטעמי הגנת הצרכן, ונועדה לעודד תחרות ולאפשר מעבר בין ספקי שירות שונים.

נתבונן עתה בדין האירופאי. הזכות לניוד קבועה בתקנות הגנת הפרטיות: תקנה 20 ל-GDPR קובעת את הזכות לניוד מידע (Right to data portability) ומציינת כך (ההדגשות הוספו):

1. The data subject shall have the right to receive the personal data concerning him or her, which he or she **has provided** to a controller, in a structured, commonly used and machine-readable format and have the **right to transmit** those data to another controller without hindrance from the controller to which the personal data have been provided, where:
 - (a) the processing is based on consent pursuant to point (a) of Article 6(1) or point (a) of Article 9(2) or on a contract pursuant to point (b) of Article 6(1); and
 - (b) the processing is carried out by automated means.
2. In exercising his or her right to data portability pursuant to paragraph 1, the data subject shall have the right to have the personal data transmitted **directly** from one controller to another, where technically feasible.
3. The exercise of the right referred to in paragraph 1 of this Article shall be without prejudice to Article 17. That right shall not apply to processing

²³ ראו <https://datatransferproject.dev/>.

²⁴ Kristen Honey, Phaedra Chrousos & Tom Black, *My Data: Empowering All Americans with Personal Data Access* (march 15, 2016), available at: <https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2016/03/15/my-data-empowering-all-americans-personal-data-access>.

²⁵ Department for Business Innovation & Skills, *Personal Data* (July, 2014), available at: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/327845/bis-14-941-review-of-the-midata-voluntary-programme-revision-1.pdf

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

necessary for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller.

4. The right referred to in paragraph 1 shall not adversely affect the rights and freedoms of others.

עיון בתקנה 20 הנ"ל מלמד על המטרה של זכות ניווד המידע: להעניק שליטה לצרכנים על נתונים אישיים שהם עצמם מסרו (has provided) לבעל השליטה במידע (controller).²⁶ עיקרי הדברים החשובים לענייננו כוללים את זכותו של הפרט לקבל את המידע האישי שלו – מידע אשר הוא עצמו סיפק למי שמחזיק באותו מידע (סעיף 1). לפי תקנה 20(1), העברת המידע המוחזק תיעשה בפורמט מובנה, מקובל וקריא. הצרכן זכאי לדרוש העברה ישירה של המידע ממחזיק אחד לאחר, ככל שהדבר אפשרי מבחינה טכנית (סעיף 2). התקנה מתייחסת גם לזכות להישכח (שכאמור לעיל מעוגנת בתקנה 17 ל-GDPR), אשר קובעת כי זכות ניווד המידע איננה מאיינת את הזכות למחיקת המידע האישי. זכות זו מוחרגת במקרים בהם המידע מוחזק לטובת אינטרס ציבורי או לטובת מילוי תפקיד רשמי של המחזיק במידע (סעיף 3). לבסוף, סעיף 4 לתקנה 20 קובע כי זכות הניווד לא צריכה להשפיע על זכויותיהם של אחרים (צדדים שלישיים).²⁷

אשר לעיבוד מידע: סעיף 6(1)(a) לתקנות קובע כי עיבוד מידע אישי יתאפשר רק אם הפרט בעל הנתונים נתן הסכמה לעיבוד הנתונים האישיים שלו למטרות ספציפיות. כך נקבע:

13

6(1): Processing shall be lawful only if and to the extent that at least one of the following applies:

- (a) the data subject has given consent to the processing of his or her personal data for one or more specific purposes.

סעיף 6(1)(b) מוסיף כי עיבוד המידע יתאפשר אם הוא הכרחי לביצוע חוזה שהמשתמש הוא צד לו או כדי לנקוט בצעדים לבקשת המשתמש. זו לשון הסעיף:

- (b) processing is necessary for the performance of a contract to which the data subject is party or in order to take steps at the request of the data subject prior to entering into a contract.

סעיף 9(1) לתקנות האירופאיות מתייחס לעיבוד נתונים אישיים החושפים גזע, מוצא, דעות פוליטיות, אמונות דתיות או פילוסופיות, חברות באיגוד מקצועי, כמו גם לנתונים גנטיים או ביומטריים שנועדו לזיהוי ייחודי של אדם הנוגעים לבריאותו, חיי המין שלו או נטייתו המינית. עיבוד נתונים כזה הוא אסור. סעיף 9(2)(a) ממשיך וקובע שאם הפרט נושא המידע נתן הסכמה

²⁶ ראו OECD, Consumer Data Rights and Competition - Background note (Apr. 29, 2020) [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf)

²⁷ Art. 20 Right to Data Portability, available at: <https://gdpr-info.eu/art-20-gdpr>
מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

מפורשת לעיבוד נתונים אישיים שלו לאחת המטרות המנויות בסעיף 9(1) והדבר לא נאסר בחוקי האיחוד האירופי או לפי דין מדינה כלשהי – אזי האיסור על עיבוד הנתונים לא יחול:

9(1): Processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade union membership, and the processing of genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person, data concerning health or data concerning a natural person's sex life or sexual orientation shall be prohibited.

9(2): Paragraph 1 shall not apply if one of the following applies:

- (c) the data subject has given explicit consent to the processing of those personal data for one or more specified purposes, except where Union or Member State law provide that the prohibition referred to in paragraph 1 may not be lifted by the data subject;

עד כאן, פן הסקירה. לדעתנו, עקרונות האסדרה שאומצה בדין האירופאי וכפי שפורטו לעיל ראויים לאימוץ גם בישראל. קיימות מספר נקודות הטענות התייחסות ודיון, ונפנה אליהן:

(א) במישור העיגון החקיקתי: ההמלצה לעגן את זכות הניוד בחקיקה נראית לנו נכונה. הכרה בזכות הניוד במסגרת החקיקה הקיימת היא במידה רבה מאולצת ואין בה כדי לקיים את מידת הוודאות הנדרשת עבור השחקנים במשק. לדעתנו, העיגון צריך להיעשות בחוק הגנת הפרטיות מפני שהזכות לפרטיות נמצאת במוקד הפגיעה האפשרית. עם זאת, אין הדבר שולל הפעלת סמכויות על ידי רשות התחרות הכלכלית במקרה שמדובר במונופול אשר מפר את הזכות לניוד מידע וההפרה היא בעלת השלכה אנטי תחרותית.

(ב) זכות כללית/ספציפית: לדעתנו ראוי להכיר בזכות לניוד נתונים כזכות כללית, יחד עם יכולת להתאימה לפלטפורמה ספציפית בה מוחזק המידע. נוסף על כך, צריך לתת את הדעת לעובדה כי מדובר בשוק דינמי המתפתח תכופות ולכן החקיקה בעניין זה צריכה להיעזר במושגי סתום על מנת להתאים את הזכות לנסיבות המתפתחות, ושלא לסכל את המטרה שלשמה עוגנה מלכתחילה. חשוב לתת את הדעת לאפשרות לניוד המידע בין פלטפורמות אשר פועלות ביבשות שונות כדי לתת מענה לשאלת זרימת נתונים חוצי-גבולות.²⁸

(ג) במישור הנטל הרגולטורי: ראוי להגדיר באופן ברור את היקף התחולה של חובת ניוד המידע האישי במישור מיהות החייבים. לעניין זה, יש להבחין בין פלטפורמות אינטרנטיות בעלות עוצמת שוק, לבין עסקים קטנים. יש לתת את הדעת לכך שהזכות לניוד מידע עלולה להטיל על מחזיקים קטנים נטל רגולטורי כבד יחסית בהתייחס להיקף פעילותם, במיוחד שעה שאי ציות לחוק עלול לגרור סנקציות כספיות. במילים אחרות, קביעת חובות משמעותיות על

Chunlei Tang, Joseph M. Plasek, Yangyong Zhu & Yajun Huang, *Data Sovereigns for the World* ²⁸ Federal Trade Commission, *Data to go: An FTC Workshop on Data Portability* (Sep. 22, 2020) https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_events/1568699/transcript-data-portability-workshop-final.pdf

גופים פרטיים ביחס לפיתוח טכנולוגיה מסוימת לשם העברת המידע והבטחת המטרות שבבסיס הזכות לניוד מידע, עלולה להטיל נטל כבד על הגופים ולפגוע בהתפתחות השוק.²⁹ הפתרון לדעתנו תלוי בגודל הפלטפורמה ובהיקף פעילותה. ככל שתעוגן זכות זו בדף הישראלי אנו סבורות, בדומה לעמדת הרשויות, כי אין לחייב את הצרכן המממש זכות זו בעלויות של העברת המידע. עם זאת, וכדי למנוע ניצול לרעה של הזכות לניוד (כגון ניצול תכוף ומטריד שאין בו צורך) מוצע להטיל על הפרט המבקש ניוד תשלום סמלי, מעין אגרה, המקובלת שעה שמבוצע שימוש בשירות מסוים.

(ד) עוד במישור התחולה, ראוי לבחון את קלות שחזור המידע, על מנת להגדיר היטב, וככל הניתן, את תחולת החובה ביחס להיקף התוכן נשוא זכות הניוד. לעניין זה, ראוי להבחין בין נתונים אישיים בסיסיים (כגון גיל, מקום מגורים, מצב משפחתי, השכלה) לבין מידע מזדמן, כגון מועדי רכישות וסכומי רכישות. נתונים אישיים בסיסיים ניתנים לאספקה מחדש על ידי הפרט, ואין צורך בעניין כזה להפעיל את המחזיק המקורי. לעומת זאת, נתונים שקשה לפרט לשחזר (כגון מועדי רכישות או סכומיהן), בקשר אליהם ראוי להחיל את זכות הניוד. הרציונל המנחה הוא הטלת נטל רגולטורי במידתיות, על מנת לחסוך בהוצאות עודפות ומבלי להפחית בהיקף ההגנה האפקטיבית הניתנת לצרכן.

(ה) נתוני קלט, נתונים נצפים ונתונים מסוכמים: מקובל להבחין בין מידע שהצרכן מנדב על עצמו (input or volunteer data); לבין נתונים נצפים (observable data) כמו היסטוריית חיפוש או צפייה שנאספים על ידי הפלטפורמות המקוונות. סוג שלישי של נתונים, נתונים מסוכמים, הם נתונים המשלבים את שני סוגי הנתונים שנמנו כאן (inferred data). השוני הבולט בין סוגי הנתונים נעוץ בזה שנתוני קלט הם כאלה שהצרכנים מכניסים בעצמם; לעומתם, נתונים שנצפו נדלים מתוך האפשרות הטכנולוגית שמציבה הפלטפורמה, למשל לרכז את היסטוריית הגלישות. נתונים מסוכמים משלבים בין נתוני קלט ונתונים נצפים ומשמשים להסיק מסקנות שונות על התנהגות הצרכן כמו גילו, מינו ומצבו המשפחתי.³⁰

(ו) הזכות לניוד מידע צריכה לחול בראש ובראשונה על נתוני הקלט, שהרי מקורם בצרכן עצמו (זאת, פרט לנתונים בסיסיים אשר כאמור לעיל אין טעם להטריח את הפלטפורמה להעבירם). אשר לנתונים נצפים, אלה משמשים להפיק מידע נוסף ובעל ערך על אודות המשתמש. הם עומדים בליבתה של הכלכלה הדיגיטלית, ופלטפורמות המחזיקות בכמות גדולה של נתונים מסוג זה מנכסות לעצמן יתרונות תחרותיים. לפי פורמן ואח' (Furman et al., 2019), ניוד מידע יכול לכלול כל אחד מסוגי הנתונים כתלות במקרה הספציפי, ומתוך תשומת לב להשקעה מצד הפלטפורמה באיסוף הנתונים. אנחנו סבורות, בדומה לעמדת הרשויות, שיש לכלול בזכות הניוד לא רק נתונים שהצרכן סיפק אלא גם נתונים נצפים, כמו היסטוריית חיפוש. זאת, משום שמקורם הוא בפרט, וכן משום שלפרט עצמו קשה לאסוף ולרכז נתונים כגון דא. יש לתת משקל לכך שנתונים נצפים עשויים להיות בעלי חשיבות לפרט, בעת שהוא

²⁹ לעיל הי"ש 1, בפס' 53.

³⁰ Jason Furman et al., Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel 65 (UK Government Publication, HM Treasury, 2019).

מבקש לעבור מפלטפורמה אחת לאחרת. לעומת זאת, נתונים מסוכמים הם נתונים שבהם עלויות ההשקעה מצד הפלטפורמה צפויות להיות גבוהות יותר, והם מערבים זכויות קנייניות. הטלת חובה להעביר גם נתונים כאלה עלולה לפגוע בתמריצי חידוש ויזמות. לכן, מוצע כי נתונים מסוכמים לא יהוו מושא לזכות הניוד. עם זאת, ובמישור שמירת הפרטיות, יש להבטיח כי לפרט תינתן הזדמנות להתנגד לסיכום נתונים על אודותיו ולשימוש מסחרי בהם שלא בהסכמתו.

(ז) במישור הטכני: במסגרת הליך החקיקה, ועל מנת שתהיה אפקטיבית, יש להתייחס להיבטים טכניים שיאפשרו את החלתה.³¹ כדי לאפשר ניידות ממשית של מידע, נדרש להסדיר את אופן העברת הנתונים. העברת המידע צריכה להיעשות בקלות יחסית ולאפשר קריאה ושימוש חוזר. העברה מסורבלת או כזו הפוגעת בנגישות למידע, תיצור עלות מעבר ועלולה לסכל את זכות הניוד, למצע או לגרוע מהאפקטיביות שלה. רצוי להנחות את הפלטפורמה להשתמש בתבנית טכנולוגית מוכרת ושכיחה, בעלת תאימות טכנולוגית לממשקים שונים, ואשר מאפשרת נגישות, קריאה ושימוש חוזר לאחר ביצוע העברה. עם זאת, אין לחייב בתבנית מסוימת אחת ויחידה. זאת, משום שהטלת חובה להשתמש במנגנון אחד ומסוים עלולה להיות יקרה או מורכבת ודווקא להקשות על כניסת מתחרים חדשים – מה שעלול לפגוע ברציונל התחרותי של זכות הניוד. נוסף על כך, מומלץ לקבוע סף של היקף פעילות וכמות לקוחות שממנו ומעלה תתבקש חברה לאמץ את הפורמט להעברת מידע. נראה לנו כי המשבצת הגיאומטרית המתאימה להיבטים הטכניים היא בתקנות.

(ח) אבטחת מידע: יש לתת את הדעת גם לבעיות הנוגעות לפרטיות המשתמש ולאבטחת מידע של נתונים שהם בעלי אופי רגיש (כגון נתונים רפואיים או נתוני הכנסה). יש להטיל על המחזיק את הנטל להבטיח שהעברת המידע לא תהפוך את המידע לפרוץ לכל, אלא תעשה מתוך כללים של אבטחת מידע, שלא יחשפו את מאגר הנתונים לצדדים שלישיים או יגבירו סיכונים של פריצות לא חוקיות.

(ט) הגנה על צדדים שלישיים: יש להבטיח שניוד המידע לא יגרור הפרת זכויות קנייניות או אחרות של צדדים שלישיים. למשל, מידע על שני אנשים או יותר שיועבר על ידי אחד מהם למחזיק אחר, עלול לפגוע בזכויות של האדם השני. מוצע כי ניוד מידע של אדם נוסף יהיה מותנה בהסכמתו.

(י) מחיקת מידע: דרושה התייחסות פוזיטיבית לשאלה אם לאחר ניוד המידע יישאר מידע אישי אצל המחזיק הקודם. ככלל, יש להנחות כי העברת המידע תגרור את מחיקת המידע מהמחזיק הישן, אלא אם הפרט ביקש או הסכים אחרת.

(יא) בפן האכיפה, יש לצייד את הרשות המטפלת בסמכויות אכיפה. מוצע לאמץ את כלי האכיפה המינהלית ולהסמיך את הרגולטור להטיל עיצום כספי במקרה של הפרה.

Thomas M. Lenard, *If Data Portability is the Solution, What's the Problem?* TELECOMMUNICATION & TECHNOLOGY 10 (2020).

לסיכום: הזכות לניוד מידע נראית לנו חשובה בשני היבטים עקרוניים: ראשית, בהיבט האוטונומיה של הפרט, הזכות לניוד מידע מגדירה באופן ברור את הצרכן כבעל הזכויות במידע אישי שמקורו בו עצמו, וזאת אף כי השליטה במידע וארגון המידע מצויים ונעשים אצל הגורם המחזיק. זכות הניוד מאפשרת לפרט לשלוט במידע האישי, בכך שיוכל למשוך את המידע ולהעבירו (או להורות על העברתו) למקום אחר. שנית, במישור הכלל-משקי, זכות הניוד תפעל להקטנת חסמי הכניסה ולהטבת יכולת התחרות של שחקנים חדשים. זאת, משום שהמידע האישי של הפרט לא יינעל אצל שחקן אחד, אלא שניתן יהיה להעבירו לשחקנים מתחרים. כידוע, ניוד אמצעי ייצור מהווה תנאי מרכזי להיווצרותה של תחרות משוכללת. יש לזכור כי בכלכלה הדיגיטלית, המידע האישי הוא אמצעי ייצור חיוני ובעל ערך, והתקבעות שלו במקום אחד צפויה לדחוף להיווצרותו של כח שוק מונופוליסטי. זכות הניוד פועלת על מנת לאפשר העברה של משאב כלכלי חיוני זה ממקום למקום, על מנת למנוע קבעון של השוק.

על הרקע הזה, אנו סבורות כי ראוי לעגן בחוק את הזכות לניוד מידע, וזאת מתוך שימת לב להיבטים הרגולטוריים שפורטו לעיל.

נשמח לעמוד לרשותכם בכל שאלה.

בברכה,

השופטת בדימוס ד"ר איריס סרוקר

עו"ד ענבר גוטליב ריבקין, עמיתת מחקר

תודותינו לעמיתת המחקר רונן פלד על עזרתו באיסוף הנתונים.