SHIBOLET
LAW FIRM

מזכר רגולציה רבעוני

ספטמבר 2020

הדיון במעמדם של רגולטורים בכל הנוגע לפרשנות הנחיותיהם

בית המשפט העליון ערך לאחרונה (26.7.2020), דיון נוסף במותב מורחב בשאלה מהו המשקל אותו יש לייחס לעמדת הרגולטור בעת פרשנות הנחיותיו של הרגולטור. באופן תקדימי וככל הנראה עקב חשיבותו של דיון זה, הדיון שודר באופן דיגיטלי וישיר. נציין כי עד למועד כתיבת שורות אלה, בית המשפט העליון לא הכריע בנושא.

מקורו של דיון נוסף זה, הינו בפסק דין שניתן בבית המשפט העליון (על ידי כב' השופטת וילנר ובהסכמת השופטים מינץ ושהם) בהליך רעא 9778/16 **שולמית זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ** מיום 31.5.2018 (להלן: "**הלכת זליגמן**"), במסגרתו נקבעה הלכה חדשה, לפיה ככל שבהליך אזרחי התבקש גוף רגולטורי מסוים להביע את עמדתו ביחס להנחיות שנתן, אזי ברירת המחדל של בית המשפט היא שלא להתערב בפרשנות של הרגולטור על הנחיותיו, וזאת כל עוד שהפרשנות שהציע הרגולטור היא סבירה, ומתיישבת עם לשון ההנחיות.

עוד נקבע בפסק הדין, ש"מתחם הסבירות" ביחס לפעולותיו של הרגולטור בתחום מומחיותו הוא רחב ביותר, ורק ככל שבית המשפט מצא שקיימים טעמים "כבדי משקל" לדחיית פרשנותו של הרגולטור, רק אז בית המשפט יאמץ פרשנות חלופית משלו.

השאלה המשפטית העומדת כעת לדיון בדיון הנוסף ושנובעת מאימוצה של הלכת זליגמן, נוגעת בשתי סוגיות מרכזיות השלובות אחת בשנייה: הראשונה היא הסדרת מערכת היחסים העדינה בין הרשות השופטת מול הרשות המבצעת בעניינים הקשורים לפרשנות של דברי חקיקה, ואילו הסוגיה השנייה היא השלכותיה המעשיות של הלכת זליגמן, על המציאות העסקית של חברות ישראליות רבות.

לא ניתן שלא להשוות את הלכת זליגמן למציאות המשפטית הקיימת בארה"ב ביחס למתחם הפרשנות של רגולטרים ביחס לדברי חקיקה ולהנחיות שהוצאו על ידי אותה הרשות, כפי שנקבעו בפסקי הדין Chevron U.S.A. Inc v. NRDC Inc, 467 U.S. 837 (1984) ("**הלכת Chevron**") וכן Auer v. Robbins, 519 U.S. 452 (1997) ("**הלכת Auer**") בהתאמה.

כך, בעוד שהלכות Chevron ו-Auer, קובעות כי ככלל, בית המשפט לא יתערב בפרשנות של רגולטורים רק כאשר דבר החקיקה או ההנחיה הוא עמום ורק ככל שהפרשנות של הרגולטור היא סבירה בנסיבות העניין, הרי שהלכת זליגמן "קופצת" על השלב הראשון (בחינת עמימות דבר ההנחיה), ומעניקה בכורה לפרשנות הרגולטור כל עוד היא סבירה ועומדת בקנה אחד עם לשון ההנחיה. כך, הלכת זליגמן מתירה לרגולטורים שיקול דעת רחב אף יותר מהקיים לרגולטורים בארה"ב.

אלא שמתן כוח רב בידי הרגולטורים בפרשנות הנחיותיהם, עלול, דווקא הוא, למנוע מהרגולטור, במודע ושלא במודע, מלקדם באופן נאות את האינטרס הציבורי עליו הוא מופקד (ואשר לפי הלכת זליגמן, יש לצאת מנקודת הנחה כי לנגד עיני כל רגולטור עומד האינטרס הציבורי וטובת השוק עליו הוא אמון) - תופעה המכונה "שבי רגולטורי".

כך, בספרות הובעה הדעה כי מתן מרחב פרשנות רחב לרגולטור עלולה להטות את הפרשנות בצורה שתשמור על מראית עין של תפקוד נאות של הרגולטור; או שהפרשנות תיטה ליצירת הסדרים אשר אינם מטילים נטל כספי או תפעולי רחב מדי על הרגולטור; כמו כן, מתן עדיפות בפרשנות הרגולטור עלולה לפגוע ביעילות ובתכליות של הליך התובענה הייצוגית כהליך הופכי לאכיפה הרגולטורית.

חשש נוסף העולה מיישומה של הלכת זליגמן היא שפרשנות עצמאית של רשויות רגולטוריות את הוראות החוק, עלולה ליצור מצב בו רשות תפרש דברי חקיקה בניגוד לפסיקת בתי המשפט. מצב זה עלול לגרור לחוסר וודאות בנוגע להוראות אותן החברה צריכה ליישם, והיא עלולה להעמיד בסיכון חברה שפועלת בהתאם לפסיקת בית המשפט ולא בהתאם לעמדת אותו הרגולטור. כמו כן, כיון שבמהלך השנים בעלי תפקידים בגופים הרגולטוריים עוזבים את תפקידם, ישנו חשש שמחליפיהם ינקטו בפרשנות שונה של דברי החקיקה, ובכך ייצרו החלטות פרשניות סותרות או מנוגדות, ויגבירו בכך את חוסר הוודאות בנוגע לפרשנות דברי החקיקה לאורך זמן.

אנו נעדכנכם בשוטף בכל הנוגע להחלטות בית המשפט בדיון הנוסף בעניין זליגמן.

תכנית אכיפה תאגידית – כלי פרקטי חשוב לניהול סיכונים

אימוץ תכנית אכיפה ככלי לניהול סיכונים במקרה של העמדה לדין בעבירות פליליות - הנחיית פרקליט המדינה

במהלך השנה האחרונה פורסמה הנחיה מספר 1.14 של פרקליט המדינה בנושא "מדיניות התביעה בהעמדה לדין פלילי וענישה של תאגיד" ("**ההנחיה**"). ניתוח של ההנחיה מראה כי לצד מגמת ההחמרה במדיניות ההעמדה לדין ובענישה של תאגידים בגין עבירות שבוצעו במסגרת פעילותם, אימוצה ויישומה האקטיבי של תכנית אכיפה תאגידית לשם מניעת מקרים שכאלה, מהווה גורם מקל בשיקולי התביעה בקשר להעמדה לדין, ואף כשיקול מקל במישור הענישה.

אימוצה של תכנית אכיפה יחד עם נקיטת צעדים אקטיביים לאכיפתה ויישומה, אינם מבטיחים אי העמדה לדין. עם זאת, נראה כי ***תכנית אכיפה מהווה כלי יעיל בניהול הסיכונים הפליליים של תאגיד***, וזאת לא רק משיקולים של אי-העמדה לדין או הפחתה בחומרת הענישה, אלא בשל כך שהיא מסייעת להטמיע בתאגיד תרבות עסקית אתית, המפחיתה מלכתחילה את הסיכוי לביצוען של עבירות פליליות, לרבות עבירות בתחום שחיתות, טוהר המידות, ייצוא מפוקח ועוד.

קריאת הרגולטורים וגורמים נוספים לאימוץ תוכניות אכיפה

בהמשך להנחיית פרקליט המדינה, בחודשים האחרונים יצאו רגולטורים שונים בקריאות מפורשות ומפורטות לאימוץ תוכניות אכיפה. לדוגמא:

- בחודש מאי 2020 פרסם משרד הכלכלה והתעשייה המלצות ספציפיות למרכיבי תכנית אכיפה פנימית לצורך עמידה בחקיקה הפיקוח על יצוא דו שימושי (לרבות צו היבוא והיצוא (פיקוח על יצוא טובין, שירותים וטכנולוגיה דו-שימושיים), התשס"ו-2006, וכן צו היבוא והיצוא (פיקוח על ייצוא בתחום הכימי, הביולוגי והגרעיני), תשס"ד-2004). על פי הפרסום, בכוונת משרד הכלכלה והתעשייה לבדוק את קיומן של תוכניות אכיפה אלה במסגרת ביקורות שייזום.

- במכתב ממנכ"ל משרד הביטחון ליצואנים ביטחוניים מיום 15.7.20, שפורסם באתר של אגף הפיקוח לייצוא ביטחוני במשהב"ט (אפ"י) קרא מנכ"ל משרד הביטחון ליצואנים ביטחוניים לגבש וליישם אמצעים מתאימים למניעת שחיתות, וליצואנים ביטחוניים שכבר גיבשו אמצעים כאלה, קרא המנכ"ל לבחנם מחדש ולעדכנם במידת הצורך.

אנו ממליצים ליתן את מלוא המשקל לקריאתם של הרגולטורים השונים לאימוץ של תוכניות אכיפה וכן לדרישותיהם הספציפיות ביחס לרכיביהן אותן התוכניות, בין היתר בהתחשב ביכולתם של רגולטורים מסוימים לקשור, בדרכים שונות, את אימוצן של תוכניות האכיפה לפעילות הפיקוח של אותם הרגולטורים. כך לדוגמא, אגף הפיקוח על יצוא ביטחוני (הרשות המוסמכת לפיקוח לפי חוק הפיקוח על ייצוא ביטחוני, התשס"ז-2007), מתנה לעיתים מתן רשיון שיווק ו/או רישיון ייצוא באימוץ תוכנית למניעת שחיתות. יתר על כן, קיומה של תכנית אכיפה, הינה אחד מהשיקולים המאפשרים לאפ"י להפחית את גובה הסקציות האזרחיות אשר הוא רשאי להטיל לפי דין, בדומה לרגולטורים אחרים. יוצא אם כך, שתוכנית אכיפה אפקטיבית יכולה לא רק למנוע מהתאגיד מלבצע עבירות שונות, ולהוות שיקול מקל שלא להעמיד לדין את התאגיד במקרה של ביצוע עבירה כאמור, אלא גם לסייע בקבלת רישיונות ואף בהפחתת סנקציות אזרחיות, בנסיבות מסוימות.

לבסוף, נציין כי הדרישה לאימוץ תוכנית ציות גם יכולה להגיע מגופים פרטיים בעלי השפעה, כגון בנקים. כך, ישנם בנקים ישראלים המחייבים לקוחות עסקיים לצרף הצהרה בדבר קיומה של תכנית אכיפה למניעת שוחד ושחיתות, ויישומה. זאת ועוד, לאור היות עבירת השוחד עבירת מקור לפי חוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000, ובשל החובות המוטלות על בנקים מכח חוק זה, חברות אשר פעילות במדינות בהן הסיכון לשוחד הינו גבוה, יכולות למצוא את עצמן נדרשות להצהיר על קיומה ויישומה של תוכנית אכיפה למניעת שוחד ושחיתות, כחלק מפעילות הבקרה השוטפת של הבנק.

מאפייני ליבה עיקריים של תכנית אכיפה

הגם שכל תאגיד נדרש להתאים כל תוכנית אכיפה שבניהולו לדגשים ולתהליכים אשר דורש כל רגולטור בנושא נשוא התוכנית ולמאפייני התאגיד, כל תכנית אכיפה תאגידית צריכה להתבסס, לכל הפחות, על שלושה נדבכים עיקריים, אשר מהווים "הליבה" של תכנית האכיפה:

1. **מניעה** (Prevention): במסגרת זאת, על התאגיד לנקוט בין היתר בצעדים הבאים:
   - ✓ איתור גורמי הסיכון העלולים לעורר סיכון וקביעת נהלים מתאימים למניעתם;
   - ✓ מיסוד נהלים ותהליכי בקרה, פיקוח ויישום מלא, שיבוצעו באופן עיתי לשם ווידוא שתכנית האכיפה פועלת במלואה.
   - ✓ היכרות של הדרגים הבכירים של תוכנית האכיפה ומינוי גורם בכיר לקצין ציות בתאגיד, ושתפקידו יהיה ליישם את המדיניות האמורה בכל דרג רלוונטי.
2. **איתור** (Detection) תכנית האכיפה צריכה להכיל בין היתר הוראות המגדירות העברה מלאה ושקופה של מידע לקצין הציות; קביעת מדיניות ניטור עיתית לבדיקה של תקינות רכיבי תכנית האכיפה וכן מיסוד מערך פניות אנונימיות לתלונות, ישירות לקצין הציות של התאגיד.
3. **תגובה** (Response) על תכנית האכיפה להכיל ולאפשר ייזום של בדיקות פנימיות של התאגיד בדבר חשדות להתנהלות שלא בניקיון כפיים וכן מנגנונים משמעתיים לרבות ענישה, להתנהלות במקרה של גילוי של התנהלות אסורה.

לסיכום

שלל הפרסומים וההנחיות שפורסמו בשנה האחרונה מעידים על מגמה הולכת וגוברת של דרישה מפורשת לאימוץ תוכניות אכיפה לצורך ניהול סיכונים רגולטוריים: תוכנית אכיפה אפקטיבית איננה מותרות עבור ארגון המבקש לנהל ולהקטין את חשיפתו לאחריות פלילית ולסנקציות אזרחיות, אלא כלי התמודדות בסיסי ומתבקש להתנהלות העסקית בשנת 2020. אנו נשמח לסייע לכם לאמץ ולעדכן תכנית אכיפה המותאמת לרגולציה ולמאפייני התאגיד.

עדכונים בתחום הגנת הסביבה

<u>משבר הקורונה חידד את הצורך בהיערכות המדינה למשברים בעלי השלכות נרחבות על המשק והשווקים העולמיים, וביניהם משבר האקלים והצורך בעצמאות אנרגטית.</u>

במסגרת ועידת האקלים העולמית של האו"ם (COP-Conference of the Parties) אשר התקיימה בפריז, נחתם הסכם אקלים חדש ב-12 בדצמבר 2015, בו נקבע המדינות החברות באמנת האקלים של האו"ם, יקבעו יעדי הפחתת גזי חממה לטווח הארוך, וייקחו חלק במאמץ להגבלת עליית הטמפרטורה העולמית הממוצעת לעד 2 מעלות צלזיוס. כדי לעמוד ביעד זה, נדרש סדר כלכלי-עולמי חדש שמרכיב מרכזי בו הוא תמחור של פליטות הפחמן, באמצעות הטלת מס. תמחור הפחמן נועד לפתור כשל שוק משמעותי, הנוצר כאשר הגורם המזהם אינו משלם עבור הנזק שנגרם כתוצאה מפליטות גזי החממה. תמחור הפחמן נחשב כפעולה היעילה והאפקטיבית ביותר לעידוד הפחתת פליטת גזי החממה.

ניתוח של העלויות החיצוניות הכרוכות בשימוש בדלקים בישראל, אל מול מיסוי הבלו, שביצע המשרד להגנת הסביבה מראה כי הבלו המוטל על הדלקים בתעשייה ובתחנות הכוח לייצור החשמל אינו משקף את מלוא העלויות החיצוניות של פליטות מזהמי אוויר וגזי חממה (עלויות סביבתיות ואחרות). https://www.gov.il/BlobFolder/news/carbon_emission_pricing/he/news_files_2020_carbon.pdf

נוסף על כך, תמחור הפחמן עתיד לתמרץ התייעלות אנרגטית ומעבר להשקעה בפיתוח טכנולוגיות ותשתיות לאנרגיה מתחדשת. תמחור פחמן באמצעות הטלת מס מחייב בחינה של השפעותיו, בדגש על האוכלוסייה המוחלשת והתעשייה המקומית. בהקשר זה אפשר ללמוד מהניסיון הבין-לאומי של הטמעת מנגנוני תמחור פחמן: בעולם רובן המכריע של מדינות ה-OECD מפנות חלק מהתקבולים מהמס שיוטל על פליטת פחמן, להשקעות בפרויקטים אנרגטיים "נקיים", דוגמת תחבורה ציבורית מופחתת זיהום ובניית מבנים מאופסי אנרגיה.

המשרד להגנת הסביבה הודיע ב-10.06.2020 כי בתקופה הקרובה סוגיות אלה ייבחנו לעומק יחד עם שותפים נוספים בממשלה יחד עם התייעצות עם בעלי עניין בארגוני סביבה ובתעשייה.

<u>הרשעת חברת בתי הזיקוק לנפט בע"מ (בז"ן) ונושאי משרה בה במסגרת הסדר טיעון</u>

ביוני 2018 המשרד להגנת הסביבה הגיש כתב אישום נגד חברת בתי הזיקוק לנפט בע"מ ("**בז"ן**") ונגד המנהלים בה וביניהם סמנכ"ל הקבוצה ומנהל אשכול לוגיסטיקה באגף התפעול. זאת בגין אחריותם בנוגע לשריפת ענק שפרצה בסוף דצמבר 2016 במכל איחסון דלקים שהכיל חומר מסוכן, בחוות המכלים של בתי הזיקוק במפרץ חיפה. כתוצאה מהשריפה, היתמר ענן שחור לגובה רב למשך שעות רבות, ונגרם זיהום אוויר חזק ובלתי סביר.

בהסדר הטיעון [גפ (חי') 700-03-20 מדינת ישראל נ' בתי זקוק לנפט בע"מ], הודו הנאשמים כי השריפה התרחשה באחריותם, שכן, בין היתר, הם לא קיימו את נהלי בז"ן הנוגעים לזהירות מפני שריפות, הם לא הטמיעו נהלים אלה בקרב עובדי בז"ן, וכן בשל אי קיום הוראות בהיתר הרעלים והפרת תנאים בהיתר הפליטה.

ביום 01.06.2020 קיבל בית משפט השלום בחיפה (כב' השופטת א' קנטור) את הסדר הטיעון, שנערך לאחר הליך גישור, והרשיע את חברת בז"ן בעבירות של מעשי פזיזות ורשלנות לפי חוק העונשין, ובעבירות סביבתיות לרבות הפרת חובת נושא משרה למניעת עבירות על פי חוק אוויר נקי, התשס"ח-2008 ולפי חוק החומרים המסוכנים, התשנ"ג-1993. בית המשפט הטיל על בז"ן קנס כספי בגובה של 1.2 מיליון שקל. על נושאי המשרה שהורשעו בעבירות הסביבתיות הוטלו קנסות בסך של בין 30-50 אלף שקל.

מדריך הרשות להגנת הפרטיות בנוגע לגופי תחבורה בסביבה דיגיטלית

לאחרונה, פרסמה הרשות להגנת הפרטיות מדריך חדשני וראשון מסוגו על תחבורה חכמה בסביבה דיגיטלית, שמטרתו הגברת ההגנה על פרטיות המשתמשים בשירותי תחבורה שונים וחיזוק יישום עקרונות חוק הגנת הפרטיות בעת שימוש בשירותים אלה באמצעים דיגיטליים. המדריך מנגיש את העקרונות והכללים המשפטיים הרלוונטיים לפעילותם של גופי התחבורה ומציג המלצות להתנהלותם בכל הנוגע לשמירה על פרטיות הציבור ולהגנה על מידע הנוגע אליו. המדריך מגדיר את הסיכונים לפרטיות בתחבורה בעידן הדיגיטלי, ומספק לחברות העוסקות בתחום כלים נגישים להתמודדות עם סיכונים אלו. מטרתו היא לסייע לחברות ולהבהיר את הדרך לאיזון נכון בין איסוף, עיבוד ושימוש במידע בעידן התחבורה החכמה לבין הצורך בשמירה על פרטיות המשתמשים בה.

הרשות מזהה בתחבורה החכמה שני תחומי ליבה, במסגרתם קיים פוטנציאל גבוה לפגיעה בפרטיות המשתמשים: איסוף ושיתוף מידע כבסיס לתכנון, פיקוח ולפיתוח השוק, וכן תחום פלטפורמות ה-MAAS – Mobility as a Service (אשר מנגישות ומרכזות למשתמשים מידע בין אמצעי תחבורה שונים – ציבוריים, שיתופיים ואף פרטיים).

הרשות מצביעה על אתגרי פרטיות רבים בתחום התחבורה החכמה: הקושי בלהשתמש במידע רק לשם המטרה המקורית שלשמה נאסף ("עקרון הצמידות"), איסוף נתונים עודף, ריבוי נותני שירותים ופיזור המידע ועוד. על כן, ממליצה הרשות לגופי התחבורה השונים על עקרונות להטמעת הטכנולוגיות החדשות, וביניהם:

- ביצוע תסקירי השפעה על פרטיות (Privacy Impact Assessment), בטרם יספקו שירותי תחבורה חכמה;
- הטמעת תפיסותPrivacy by Design ו-Privacy by Default, משלב התכנון המוקדם ולאורך כל מחזור חיי איסוף המידע;
- שקיפות כלפי המשתמשים, יידועם על איסוף המידע, השימוש הנעשה בו וסיכוני האבטחה. כמו כן, הצגת חלופות לקבלת השירותים ללא איסוף מידע עליהם;
- התממה (אנונימיזציה) של מידע בטרם ההתבססות עליו לצרכי קבלת החלטות מבוססת נתונים (Data Driven) וכן בטרם העברתו לגורמי תחבורה אחרים או חשיפתו לציבור.

כמו כן, הרשות מדגישה כי בעת שיתופי פעולה עם גורמים מסחריים הכרוכים בהפעלת טכנולוגיות מידע, יש לוודא שהגורם המסחרי עומד בדרישות חוק הגנת הפרטיות והתקנות מכוחו. לאור הוראה זו ולאור ההמלצות המפורטות מעלה, אנו ממליצים ללקוחותינו הפועלים בתחום התחבורה החכמה ו/או מספקים שירותי טכנולוגיית מידע לגופי תחבורה לוודא, עוד משלב תכנון המוצר או השירות, וכן במהלך הפעילות העסקית השוטפת, את עמידתם בחוק הגנת הפרטיות והתקנות מכוחו. נראה כי לאור ההנחיה ייתנו גופי התחבורה השונים משנה תוקף לסוגיות אלו, בין אם במכרזים, התקשרויות ושיתופי פעולה אחרים עם חברות טכנולוגיה. נשמח לסייע בכל שאלה ולתמוך בלקוחותינו בשיתופי פעולה אלה.

הנחיית ה-EDPB הנוגעת להבחנה בין Data Controller ובין Data Processor

פאנל הרגולטורים האירופאים לפרטיות (European Data Protection Board - EDPB) אשר אמון על מתן פרשנות לתקנות הגנת המידע של האיחוד האירופאי (ה-"**GDPR**") פרסם לאחרונה הנחיות הנוגעות להבחנה בין תפקיד ה-Data Controller וה-Data Processor והחובות החלות עליהם לפי ה-GDPR ("**ההנחיה**").

אמנם ה-GDPR בתוקף כבר יותר משנתיים, אך לאור יישום טכנולוגיות חדשניות, והאופי של פעולות עיבוד המידע שמשתנה,

ניכרת בפרקטיקה אי בהירות בנוגע לחלוקת התפקידים המוגדרת ה-GDPR והחובות החלות בהתאם לאותה חלוקה.

כאשר פעילות חברה שה-GDPR חל עליה, כוללת עיבוד מידע אישי (מידע שניתן לזהות באמצעותו אדם), בין אם העיבוד מתבצע באופן עצמאי או בין אם באמצעות חברת חיצונית, עליה להבטיח שעיבוד המידע כאמור מתבצע בהתאם להוראות ה-GDPR. האופן שבו הדבר נעשה, הינו באמצעות הסכם המסדיר כללים שונים ביחס לעיבוד המידע, הכוללים בין השאר, הוראות ביחס לשימוש במידע, העברתו, שמירתו, מתן זכויות לאנשים שמידע לגביהם נאסף ועוד. כדי לייצר את ההסכם הנדרש, על החברה תחילה להבין כיצד היא מוגדרת לפי ה-GDPR וזאת, בהתאם ליחס שלה למידע שהיא מעבדת או מבקשת לעבד ומטרות עיבוד המידע שנקבעו.

ה-GDPR מגדיר Data Controller כאדם, לרבות תאגיד וחבר בני אדם, רשות ציבורית, סוכנות או כל גוף אחר אשר לבד או יחד עם אחרים, קובע את המטרות והאמצעים לעיבוד של מידע אישי. ה-GDPR מגדיר Data Processor כאדם, לרבות תאגיד וחבר בני אדם, רשות ציבורית, סוכנות או כל גוף אחר המעבד מידע אישי בשמו של ה-Data Controller אם כן, ה-Data Processor פועל בכפוף להוראותיו של ה-Data Controller, ולרוב הוא שמבצע את הפעילות הטכנית של העיבוד, בכפוף להוראות שניתנות לו. ה-Data Controller חב בחובת הסדרת ההסכם, וכן ברוב החובות הישירות החלות מול האדם שעליו נאסף המידע. לכן, עליו להבטיח, שה-Data Processor יעבד עבורו את המידע, בהתאם להוראותיו בלבד ובאופן שאינו מפר את הוראות ה-GDPR.

ההנחיה מחדדת את הגדרת התפקידים כאמור תוך מתן דוגמאות שונות ליישום ההבחנה בפרקטיקה. בנוסף, לאור פסיקת בית הדין לצדק של האיחוד האירופי בנושא חלוקת התפקידים, ההנחיה מציגה באילו מצבים יש להגדיר את מערכת היחסים כבין Data Controller ל-Data Controller נפרדים, ומתי קיימת מערכת יחסים של שליטה משותפת במידע, קרי, Joint Controllership. כמובן שחלוקת תפקידים כאמור, משפיעה על חלוקת החובות החלות בין הצדדים ובהתאם על האופן שבו יש להסדיר את מערכת היחסים.

דוגמא לכך היא למשל מצב שבו חברת נסיעות, שולחת מידע אישי על לקוחותיה לחברת תעופה ורשת של בתי מלון, לטובת יצירת "דיל" ללקוחותיה הכולל טיסה ומלון. חברת התעופה והמלון שולחים לחברת הנסיעות מידע לגבי הזמינות לביצוע הזמנה ובהתאם, חברת התיירות מנפיקה ואוצ'ר ללקוח. לאחר מתן הואוצ'ר, כל אחד מהצדדים מספק את שירותו באופן עצמאי ללקוח. במקרה הזה, כל אחד מהצדדים מבצע את פעילות עיבוד המידע עבור המטרות העצמאיות שלו ולכן נחשב ל-Data Controller נפרד. מכאן שעל כל אחד מהצדדים יקומו החובות שחלות על Data Controller לפי ה-GDPR שונה היה המצב אם חברת הנסיעות, חברת התעופה ורשת בתי המלון, היו יוצרים פלטפורמה משותפת שמעבדת מידע ליצירת ה"דיל" האידיאלי ללקוח. כאן, פעולות עיבוד המידע מתבצעות למטרה משותפת ולכן קמה מערכת יחסים של Joint Controllership.

לאור החידודים הבאים לידי ביטוי בהנחיה, אנו ממליצים ללקוחותינו לוודא את תפקידם תחת הרגולציה ולבחון את התקשרויותיהם עם קבלני משנה, שותפים עסקיים ונותני שירותים שונים.

שינויים במדיניות הפיקוח בתחום הסייבר

ב-1 לאוקטובר, 2020, תיכנס לתוקף הרשימה העדכנית ביותר של טכנולוגיות, שירותים וטובין דו-שימושיים תחת הסדר ואסנאר (Wassnaar Arrangement), כבסיס לפיקוח יצוא פריטים וטכנולוגיה דו-שימושיים תחת משרד הכלכלה ("**הרשימה המעודכנת**"). הרשימה המעודכנת תחליף את הרשימה הקיימת כיום, אשר מבוססת על גרסה ישנה של רשימת ואסנאר. הרשימה המעודכנת, אשר כבר אומצה מוקדם יותר השנה על ידי אגף הפיקוח על ייצוא ביטחוני במשרד הביטחון ("**אפ"י**"), עשויה להשפיע על הייצוא של מגוון מוצרים וטכנולוגיות, כשהיא מרחיבה, בין היתר, את הפיקוח על מוצרים וטכנולוגיות מסוימות בתחום הסייבר. מעבר לבחינת השינויים הספציפיים ברשימה, חשוב גם לשים לב למגמה הכללית ביחס לפיקוח על טכנולוגיות סייבר בשנים האחרונות, שכן הרשימה נבחנת מידי שנה ומגמות כלליות בקשר לטכנולוגיות הראויות לפיקוח תחת הרשימה צפויות לקבל ביטויים נוספים בשנים הקרובות.

רקע ומגמות

במהלך העשור האחרון החלו רגולטורים . ברחבי העולם להתמודד עם הצורך להסדיר את הפיקוח על ייצוא טכנולוגיות ומוצרי סייבר התקפי דו-שימושיים, הן על מנת להגן על אינטרסים ביטחוניים והן בשים לב לחששות לפגיעה בזכויות אדם. החל משנת 2013 - אז הופיעה לראשונה ברשימה התייחסות מפורשת לטכנולוגיות ולמוצרים הקשורים לניצול חולשות בתוכנה (Vulnerabilities) ומוצרים בקשר לתוכנות חדירה (Intrusion software).

מתמודדות התעשייה והאקדמיה, בישראל ובעולם עם עמימות רבה השוררת סביב ההגדרות שברשימה. בשנים האחרונות, במאמץ לטפל בעמימות, להשיג דיוק ולהפחית נזקים משניים לתעשייה האזרחית ולאקדמיה, נערכו שינויים והתאמות למונחים ולהגדרות העומדים בבסיס הפיקוח. אלא שההתאמות הללו הינן חרב פיפיות: אותה בדיקת מצב מדוקדקת שמייצרת 'הערות' מצמצמות לקטגוריות המפוקחות הקיימות, גם מצמיחה קטגוריות פיקוח חדשות אשר מרחיבות את הפיקוח על תחום הסייבר.

בישראל, כל עדכון של רשימת ואסנאר "מאומץ" כפי שהוא, לשני דברי חקיקה שונים: (א) צו היבוא והיצוא (פיקוח על יצוא טובין, שירותים וטכנולוגיה דו-שימושיים), תשס"ו-2006 ("**הצו**"), המסדיר את היצוא של טכנולוגיות וטובין דו-שימושיים למשתמשים אזרחיים; ו- (ב) חוק הפיקוח על יצוא ביטחוני, תשס"ז - 2007 ("**החוק**"), המסדיר את היצוא של אותם מוצרים וטכנולוגיות למשתמשים ביטחוניים.

היתרון העיקרי של מנגנון "אימוץ" אוטומטי זה של רשימת ואסנאר הוא הבטחת עמידת הרגולציה הישראלית בסטנדרטים בינלאומיים, הן למטרת שליטה בטכנולוגיות רגישות והן למען הסרת פיקוח בלתי מעשי או מיותר המקשה על התעשייה. מצד שני, היעדר שיח מקדים עם התעשייה הישראלית קודם לאימוץ עדכוני רשימת ואסנאר עלול גם להוביל לתוצאות מזיקות של פיקוח המקשה באופן בלתי מידתי על התעשייה והאקדמיה.

במהלך שנת 2016, הצליחה תעשיית הסייבר הישראלית לחסום אימוץ של שינויים משמעותיים מאוד בפיקוח על ייצוא מוצרי סייבר מישראל, שנידונו באופן עצמאי ונפרד מרשימת ואסנאר. בהקשר זה נציין כי עדכון הרגולציה על המוצרים והטכנולוגיות בקשר לייצוא מוצרי סייבר ממשיכה להתפתח ולהשתנות באמצעות העדכונים השנתיים של רשימת ואסנאר וכי חלקים לא מבוטלים בהוראות הפיקוח שהוצע בשנת 2016, ושנדחה, חוזרים מדי שנה למתווה הפיקוח בתחום הסייבר במסגרת עדכוני רשימת ואסנאר, כפי שקורה גם ברשימה המעודכנת כעת. נציין כי שינויים נוספים ברשימה זו צפויים להתקבל גם בעתיד.

<u>הרשימה המעודכנת - פיקוח על סייבר פורנזי</u>

לרשימה המעודכנת נוספו כעת קטגוריות פיקוח סייבר חדשות. להלן נתמקד בעיקרי השינויים בפיקוח על הסייבר הפורנזי:

<u>שינויים בפיקוח על חומרה</u>: השינויים ברשימת הציוד הדו-שימושי של רשימת ואסנאר שיושמו בישראל בשנת 2020 כוללים, בין היתר, פיקוח חדש על מוצרי פורנזיקה דרך סעיף 5.A.4.b שהתווסף השנה לרשימה.

<u>שינויים בפיקוח על תוכנה</u>: עיקר הקושי עבור תעשיית הסייבר כנראה נובע מהעדכונים לסעיפים 5.D.2.a.3.b ו- 5.D.2.c.3.b הנוגעים לתוכנה, שכן כעת חל פיקוח על תוכנה בעלת אותה פונקציונליות כמו החומרה כאמור לעיל ותוכנה לפיתוח, ייצור או שימוש בחומרה כאמור לעיל או תוכנה בעלת אותה פונקציונליות. ככלל, סעיפים אלו חולשים כעת גם על מוצרי הפורנזיקה הדיגיטלית, כגון תוכנות מסוימות לפריצת סמארטפונים או תוכנות לפיצוח אמצעי אחסון דיגיטליים. בעוד שאפ"י מפקח על ייצוא ביטחוני, ובתוכו סייבר התקפי, עוד הרבה לפני פרסומה של הרשימה המעודכנת, כעת הפיקוח על פי הרשימה המעודכנת מחייב קבלת רישיונות עבור ייצוא ללקוחות אזרחיים וכן על טכנולוגיות ומוצרי סייבר שלא פותחו לשימוש ביטחוני.

<u>פיקוח על טכנולוגיה פורנזית</u>: בעוד שהרשימה כוללת הוראות פיקוח חדש על חומרה ותוכנה פורנזית, במסגרת הערה בסעיף לרשימה מובהר כי 'הטכנולוגיה' שבבסיס החומרה והתוכנה שתוארו לעיל איננה כלולה ברשימה. זוהי בשורה משמעותית המאפשרת, ככלל, להמשיך במחקר ופיתוח מסחרי ואקדמי חוצה מדינות כפי שנעשה עד כה..

<u>הטמעת הרשימה המעודכנת ומבט לעתיד</u>

השוואה בין הסעיפים החדשים שתוארו לעיל לבין תוספות אחרות קודמות לפיקוח ברשימה על תחום הסייבר, מעלה כי נלמדו לקחים מהתנסויות קודמות, והעדכון כלל גם הערות מצמצמות שהתווספו מראש לרשימה המעודכנת. יתר-על-כן, הסעיפים החדשים שהתווספו ברשימה המעודכנת הינם בעלי תוקף מוגבל, עד ל-31.12.2022, כשהארכתם תלויה בהסכמה פה אחד.

על אף שלא נערכו דיונים פומביים בתעשייה וגיבוש הרשימה המעודכנת נעשה תוך שקיפות מועטה, תוקפם המוגבל של השינויים במתכונתם הנוכחית פותח את הדלת בפני התעשייה להגיב ולהציע שינויים, על מנת להתמודד עם העמימות (ככל שישנה) בתוספות החדשות ברשימה, ועל מנת להחדיר שינויים לרשימה אשר עשויים להיות נחוצים כדי לערוך את האיזון הנכון בין ביטחון, זכויות אדם, כלכלה ומחקר.

הגם שמדינת ישראל אינה חברה בהסדר ואסנאר, נראה שגורמי ממשל ישראלים בהחלט מנהלים דיאלוג מתמשך עם חברי ומשלחות הסדר ואסנאר, אשר גם ביקרו בישראל במהלך השנה האחרונה וקיימו מפגשים עם נציגים בתעשייה. יתרה מזאת, תוכנן של רשימות הפיקוח הישראליות ושיטות היישום שלהן צפויים להיבדק מחדש על ידי המחוקקים והרגולטורים הישראלים במהלך השנה הקרובה. לפיכך, לצד יישום והטמעה של השינויים החדשים, יש לשקול לאמץ הליך של משוב של התעשייה מול הרגולטורים, אשר עשוי לסייע להשגת רגולציה יותר מאוזנת.

נשמח לעמוד לרשותכם בכל שאלה או התלבטות בנושא

ניר פיינברג, שותף
n.feinberg@shibolet.com

נעמה מרגלית, שותפה
N.Margolis@shibolet.com

גיל רוזנברג, שותף
G.Rosenberg@shibolet.com

גלית עופר, שותפה
G.Ofer@shibolet.com

יונתן נוימן, עורך דין
j.neumann@shibolet.com

מעיין שרעבי, עורכת דין
M.Sharabi@shibolet.com

שמעון דיין, עורך דין
S.Dayan@shibolet.com