

הזכות לפרטיות בעבודה: עיון מחודש בפרשת איסקוב-ענבר ויישומה

מאת

עינת אלבין וגיל עומר*

לפני כעשור, בית הדין הארצי לעבודה קבע את אחת מההלכות המרכזיות בכל הנוגע לזכות לפרטיות בעבודה בעידן של טכנולוגיות חדשות – הלכת איסקוב-ענבר. מאמר זה בוחן את ההלכה ואת יישומה על ידי בתי הדין לעבודה במטרה לראות האם וכיצד מוגנת זכותם של עובדים לפרטיות. בעולם דיגיטלי בו צעדי העובדים מנוטרים או שמבוצע אחריהם מעקב, ומידע רב נאסף אודותיהם, הזכות לפרטיות היא אחת מהזכויות החשובות בעבודה, בעיקר לאחר הקורונה. המחקר מאמץ מתודולוגיה של ניתוח איכותני של פסקי הדין שניתנו על ידי בתי הדין לעבודה בעשור מאז אומצה ההלכה (51 פסקי דין). הוא מראה, כי מבחני ההלכה מיושמים בפסיקה באופן חלקי, ובפרט: כי הפסיקה מאמצת הבחנה גסה בין מידע עסקי לפרטי ובוחנת באופן חלקי את השאלה האם הפרטיות נפגעה; כי פעמים רבות מבחני הלגיטימיות, המידתיות, השקיפות וצמידות המטרה הוחלו בצמצום, ולעיתים נדירות נבחנה לגביהם הטכנולוגיה עצמה; וכי משקל רב מושם על עיקרון ההסכמה, באופן שמייצר קושי הן לאור תיאוריות של דיני עבודה והן לאור תיאוריות של דיני פרטיות. עוד מראה המחקר, שלא נקבעת סנקציות משמעותיות על מעסיקים שלא מקפידים על הגנת הזכות לפרטיות של עובדיהם באופן שוטף – לא באמצעות קביעת פיצויים משמעותיים על פגיעה בפרטיות ולא על ידי מניעת סעדים. המאמר טוען כי נדרשת חשיבה מחודשת על ההלכה ועל יישומה בכמה הקשרים, ומציע דרכים שבהם ניתן להגן בצורה טובה יותר על הזכות בעתיד, תוך הכרה בחשיבותה בעידן של ימינו.

מבוא. א. הלכת איסקוב-ענבר. ב. מתודולוגיה ותיאור הנתונים. 1. בניית מאגר פסיקה. 2. שיטת המחקר. **ג. ממצאים.** 1. יישום מבחני איסקוב-ענבר. 2. השלכות הפגיעה בפרטיות. 3. ממצאים נוספים. **ד. דיון.** 1. הדגש שניתן לשאלת ההסכמה. 2. שאלת הפגיעה בפרטיות. 3. נחיצותו של דיון טכנולוגי. 4. הרתעת המעסיק מפני הפגיעה בזכות לפרטיות. **סיכום. נספח – תוצאות יישום הלכת איסקוב-ענבר.**

* עינת אלבין היא מרצה בכירה בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית וכן מנהלת אקדמית של מרכז מינרבה לזכויות אדם. גיל עומר היא בוגרת תואר ראשון במשפטים מהאוניברסיטה העברית ותלמידה לתואר שני מחקרי בכלכלה בתכנית משותפת לאוניברסיטה העברית ולאוניברסיטת תל-אביב. אנו מודות למיכאל בירנהק ולתמי קצביאן על קריאה של גרסה קודמת למאמר זה ומתן הערות מצוינות. כמו כן אנו מודות לקרן וינשל, תמי קריכלי-כץ, ושגית מור על סיוע מתודולוגי, וליסמין יונס וכרמל הס על עבודתן המצוינת. אנו גם מודות למרכז פלדמן לחקר הסייבר באוניברסיטה העברית על מתן מענק מחקר שאיפשר מחקר זה.

מבוא

השימוש הגובר בטכנולוגיות חדשות בעולם העבודה, מעלה שאלות משפטיות כבדות משקל, בין השאר בכל הנוגע לזכות לפרטיות. במציאות שבה המידע האישי על עובדות ועובדים נאסף באופן תדיר על ידי מעסיקים לצרכים שונים,¹ בעיקר לאחר הקורונה בה נעשה שימוש מוגבר בטכנולוגיות חדשות בעבודה, יש חשיבות לבחון לעומק מהי מידת ההגנה שמעניקים בתי הדין לעבודה מפני פגיעה בזכות לפרטיות העובדים ומה ההשלכות העומדות בפני המעסיק שפגע בזכות העובדים לפרטיות? מאמר זה עוסק בשאלות אלה, תוך ניתוח של 51 פסקי הדין שניתנו על ידי בתי הדין לעבודה – האזוריים והארצי – המפנים להלכה המרכזית שמנחה את הדין בתחום – הלכת איסקוב-ענבר.² הזכות לפרטיות בעבודה הפכה להיות אחת מהזכויות המהותיות בדיני העבודה כיום. זכות זו מעסיקה את קובעי וקובעות המדיניות,³ את בתי הדין לעבודה,⁴ ואף את המחוקק,⁵ והיא מציפה שאלות רבות – תיאורטיות ויישומיות – בעיקר בעקבות אימוץ של טכנולוגיות מידע דיגיטליות חדשות וקיומם של אתגרים חדשים העומדים בפני ארגונים.⁶ המדובר באחת מזכויות האדם החשובות בחברה הליברלית דמוקרטית של ימינו. אכן, יש רבים הטוענים כי הזכות לפרטיות איבדה ממעמדה בעידן של טכנולוגיות חדשות בהן כבר "אין פרטיות". דברים מעין אלו גם נאמרו על ידי בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב במסגרת פסק דין אקספו בו אמרה השופטת יפית זלמנוביץ גיסין:⁷

¹ צרכים אלה כוללים: הגנת סייבר, מעקב אחר שעות עבודה של העובדים והעובדות, אחר מצבם הבריאותי, בחינת הפרודוקטיביות של העובדים ואיכות עבודתם, כשירותם לתפקיד והעלאה בתפקיד, ועוד. טכנולוגיות בהן משתמשים בעולם העבודה כוללות טכנולוגיות של כוח אדם (People Analytics), הגנת סייבר, אמצעי זיהוי של עובדות ועובדים בכניסה וביציאה מהעבודה, מבחני התאמה ועוד, אשר בנוגע לחלק מהם כבר נעשה דיון בפסיקה. ראו למשל: דב"ע (ארצי) 4-70/97 **אוניברסיטת תל-אביב נ' ההסתדרות הכללית החדשה, האגף לאיגוד מקצועי**, פד"ע ל' 385 (1998); עס"ק (ארצי) 7541-04-14 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה מרחב המשולש הדרומי נ' עיריית קלנסווה** (פורסם בנבו, 15.3.2017).

² ע"ע (ארצי) 90/08 **איסקוב-ענבר נ' הממונה על חוק עבודת נשים ואח'** (פורסם בנבו, 8.2.2011).

³ הרשות להגנת הפרטיות (לשעבר רמו"ט - הרשות למשפט, טכנולוגיה ומידע) עסקה מספר פעמים בעבר בשאלת הזכות לפרטיות בעבודה ופרסמה כמה מדריכים בנושא, לרבות: טיוטא להערות הציבור "הגנה על מידע אישי במקום העבודה" משנת 2013 והנחיית רשם מאגרי מידע מס' 5/17 "שימוש במצלמות מעקב במקום העבודה ובמסגרת יחסי עבודה" (17.10.2017) (להלן: **הנחיית מצלמות מעקב ביחסי עבודה**), כמו גם מערך הסייבר הלאומי (ראו למשל מסמך המלצות בנושא שיטות עבודה מומלצות למערכת ניהול התקנים ניידים, הכולל התייחסות לשמירה על פרטיות העובד), ארגוני עובדים (לפירוט אודות הסכם קיבוצי שנחתם בין הסתדרות העובדים הכללית לבין לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים בנושא שימוש עובדים במחשב בפרק א' להלן) ועוד.

⁴ ראו לעניין זה את החלטות בית הדין הארצי לעבודה בפרשות כגון פרשת **אוניברסיטת תל אביב**, לעיל ה"ש 1, ופרשת **עיריית קלנסווה**, לעיל ה"ש 1, וכמובן פרשת **איסקוב-ענבר**, לעיל ה"ש 2.

⁵ ראו למשל את תקנה 7 לתקנות הגנת הפרטיות (אבטחת מידע), התשע"ז-2017, העוסקת באבטחת מאגרי מידע בניהול כוח אדם; תזכיר חוק הגנת הסייבר, התשע"ח.

⁶ HELEN NISSENBAUM, *PRIVACY in CONTEXT: TECHNOLOGY, POLICY AND the INTEGRITY of SOCIAL LIFE*, Introduction (Stanford University Press, 2009).

⁷ סע"ש (אזורי ת"א) 18279-06-16 **אקספו ניהול בע"מ נ' כהן** (פורסם בנבו, 23.03.2017).

”בשולי הדברים ובאשר לזכות לפרטיות – בעידן הנוכחי נדמה שלמושג הפרטיות יש מעט מאד מקום בחיינו. כאשר עובר, אך לא רק, מקבל טלפון נייד ממעסיקו, מוריד לטלפון אפליקציות (יישומונים) אשר חלקן מבצעות מעקב אחר מיקומו, מידע שמתרגם מיד לפרסומות והצעות לרכישת מוצרים בקרבת מקום, חלקן אחר השימוש שאנו עושים באפליקציות מסוימות ותדירות השימוש על מנת להציע לנו אפליקציות דומות/פרסומות/מוצרים ועוד, ספק אם העובד או כל אדם אחר למעשה, לטעון כי קיימת לו זכות לפרטיות במה שהפך להיות המרחב האישי-הציבורי של חייו”.

ואולם, מחקרים מראים כי הזכות לפרטיות עדיין מהותית ונמצאת בנפשו של האדם. הזכות לפרטיות אף חשובה מאד מבחינות חברתיות, הגנה על מהותה של אזרחות, על דמוקרטיה ליברלית, חדשנות, צמיחה אנושית, ועוד.⁸ חברה דמוקרטית נשענת על פומביות לצורך הגנה מפני השלטון, ועל פרטיות כמגן על חיים אישיים וקבוצתיים,⁹ ועל מנת לקיים דמוקרטיה ליברלית וחדשנות יש חשיבות בקיומם של מרחבים מרווחים שבהם הצמיחה העצמית מתרחשת.¹⁰ אלו המרחבים של פרטיות. דברים אלה חשובים ביותר בהקשר של עבודה. הגנה על הזכות לפרטיות לא מגינה רק על זכויות הפרט (מעבר לפרטיות, ההגנה היא אף על הזכות לאוטונומיה ועל הזכות לכבוד),¹¹ אלא גם על אינטרסים חברתיים וכלכליים רחבים יותר של עובדות ועובדים. היא מייצרת מרחבים שיאפשרו להם להתבטא ללא חשש, לשוחח ביניהם, לפתח רעיונות חדשניים, להתאגד ועוד. ניתן אף לטעון כי בהקשר של עבודה לזכות לפרטיות ישנה חשיבות רבה יותר. על אף שכולנו חיים בחברת מעקב (surveillance society),¹² הרי שבעבודה איסוף המידע אודותינו מקיף יותר, וחשוב מכך, לאיסוף המידע והימצאותו בידי המעסיק ישנה משמעות ייחודית, לאור מערכת היחסים בין הצדדים שאינה שוויונית, שהיא לעיתים קרובה ואף אינטימית, וכן לאור הצעדים שהמעסיק יכול לנקוט בהם כתוצאה מהחשיפה למידע פרטי, כגון פיטורים, מניעת קידום, פגיעה בשכר ועוד. הכתיבה בדיני העבודה

⁸ Jolie E. Cohen, *What Privacy is For*, 126(7) HAR. L. REV. 1904 (2013); CLARISA VELIZ, *PRIVACY IS POWER: WHY AND HOW YOU SHOULD TAKE BACK CONTROL OF YOUR DATA* (Bantam Press, 2021); Valerie Steeves, *Reclaiming the Social Value of Privacy*, in Ian Kerr, *LESSONS FROM THE IDENTITY TRAIL: AUTONOMY, PRIVACY AND IDENTITY IN A NETWORKED SOCIETY* 191 (2009).

⁹ Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, 25 WASH. & LEE L. REV. 166 (1967).

¹⁰ Cohen, *What Privacy is For*, לעיל ה"ש 8.

¹¹ מיכאל בירנהק 'שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות' *משפט וממשל* י"א (2017); Veliz, *Privacy is Power*, לעיל ה"ש 8. בארה"ב דגש רב מושם על היות הזכות קשורה לאוטונומיה של הפרט, ובאירופה לכבוד האדם.

¹² על חברה מעקב ראו: SHOSHANA ZUBOFF, *THE AGE OF SURVEILLANCE CAPITALISM: THE FIGHT FOR A HUMAN FUTURE AT THE NEW FRONTIER OF POWER* (Public Mariano - ; introduction, 8, לעיל ה"ש 8, Veliz, *Privacy is Power*; Affairs, 2019) Florentino Cuéllar & Aziz Huq, *The Economies of Surveillance*, 133 HAR. L. REV. 1280 (2020).

מחדדת את היות כוחו של המעסיק דומה לכוחה האוטוריטטיבי של המדינה,¹³ ואולם, בפועל, ישנם מצבים בהם מעסיקים מוגבלים פחות על פי דין בפגיעה בפרטיות עובדיהם בהשוואה למגבלות החלות על המדינה כלפי אזרחיה.¹⁴

הזכות עוגנה לראשונה בחקיקה ראשית בשנת 1981, עם חקיקתו של חוק הגנת הפרטיות,¹⁵ ומעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבו נקבע, בין היתר, כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו".¹⁶ ההסדרים החקיקתיים קובעים הגנות כלליות החלות גם על יחסי עבודה, ואולם הם לא מתייחסים להקשר של עבודה באופן ייחודי ומפורש, כך שהזכות לפרטיות בעבודה פותחה בעיקר בפסיקתם של בתי הדין לעבודה. פסק הדין המרכזי העוסק בסוגיית הפרטיות בהקשר של יחסי עבודה בעידן הטכנולוגי הנו *איסקוב-ענבר*,¹⁷ אשר ניתן בשנת 2011. מאז ניתנו מספר רב יחסית של פסקי דין אשר הרחיבו את הדיון בפרטיות לגבי סוגיות נוספות,¹⁸ או יישמו את הלכת *איסקוב-ענבר* בהקשרים הדומים לאלה שעלו בפסק הדין.

כאמור, במאמר זה נבחן את יישום הלכת *איסקוב-ענבר* על ידי בתי הדין לעבודה בישראל – בתי הדין האזוריים וכן בית הדין הארצי. לשם כך, ניתחנו את כל פסקי הדין של בתי הדין לעבודה שנמצאו באתר "נבו" ושעסקו בזכות לפרטיות והפנו להלכה האמורה תוך שהם מיישמים או מפתחים אותה. המדובר ב-51 פסקי דין, כאשר המתודולוגיה בה השתמשנו הנה ניתוח טקסט איכותני של פסקי הדין. לאור הניתוח שעשינו בחנו האם ההלכה, ובעיקר יישומה, אכן נותנים הגנה טובה לזכות לפרטיות בהקשר של עבודה, תוך הכרה בייחודה של מערכת היחסים הבלתי שוויונית הקיימת בין העובדים לבין המעסיק ולפערי הידע שבין הצדדים.

יצוין, כי המחקר האקדמי סביב שאלת ההגנה על הזכות לפרטיות, בין השאר בתחום של עבודה,¹⁹ התרחב מאד בשנים האחרונות. מחקר זה עוסק בגישות תיאורטיות שונות והגדרות מגוונות לזכות לפרטיות, בדוקטרינות העולות מגישות תיאורטיות שונות אלה,

¹³ PAUL DAVIES AND MARK FREEDLAND, *KAHN FRUEND'S LABOUR AND THE LAW* (3rd ed, London Stevens, 1983).

¹⁴ למשל, תזכיר חוק הסייבר, מגביל את סמכות הרשות להגנת הסייבר לפעול רק כאשר יש יסוד סביר להניח שמתרחשת או עשויה להתרחש תקיפת סייבר שעלולה לגרום לפגיעה באינטרס חיוני. ראו: תזכיר חוק הסייבר, לעיל ה"ש 5, פרק ג'. הגבלה דומה אינה קיימת על מעסיקים.

¹⁵ פרק ב' לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

¹⁶ סעיף 7 (א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992.

¹⁷ פרשת *איסקוב-ענבר*, לעיל ה"ש 2.

¹⁸ ראו למשל את פסק הדין בפרשת *עיריית קלנסווה*, לעיל ה"ש 1. בית הדין הארצי בעניין זה קבע כי הלכת *איסקוב-ענבר*, לעיל ה"ש 2, נקבעה אמנם בקשר לשימושי מחשב במקום העבודה, אך היא מתאימה, בשינויים המחוייבים, גם בנוגע לאפשרויות העומדות למעסיק במעקב אחר שעות עבודה באמצעות שעון ביומטרי.

¹⁹ ראו בעברית למשל: מיכאל בירנהק, "מעקב בעבודה: טיילור, בנת'האם והזכות לפרטיות" *עבודה, חברה ומשפט* יב 9, 34 (2010); שלי ולך, "מישהו מתבונן בך: מעקב אחר עובדים במקום העבודה וזכות העובד לפרטיות" *ספר אלישבע ברק-אוסוסקין* 473 (2012).

ובהתאמתן לאתגרי הטכנולוגיה.²⁰ אחת הנקודות החשובות שעולות מהמחקר, ואף מצויה בלב הדוקטרינה המשפטית, נוגעת להבחנה בין הקשרים שונים של פרטיות (קשרים אינטימיים, למשל, אל מול נוכחות ציבורית, או דרישות ייחודיות בהקשר של יחסים שונים, כגון יחסי תאגיד וצרכן ועובד-מעסיק), כאשר על הקשרים שונים חלים דינים שונים.²¹ בירנהק, בספרו, מציע לסווג את הזכות לפרטיות כאוסף מעגלים קונצנטריים, כאשר במעגל הפנימי נמצא האדם, המעגל השני הוא של קשרים בין-אישיים, מעגל שלישי הוא קשרי קהילה והמעגל החיצוני ביותר של המדינה. כך, בכל מעגל, הצדקת הזכות לפרטיות, ממנה נגזר היקף ההגנה על הזכות, עשויה להיות שונה.²² בעוד במעגל המדינה, הפרטיות נועדה לרסן כוח שלטוני, במעגל הבין-אישי, הפרטיות מאפשרת אמון בין אדם לחברו (למשל בין רופא למטופל) ובמעגל הפנימי, הפרטיות מאפשרת שליטה של אדם בעצמו.²³ מכאן עלתה לא אחת הטענה שבהקשר של עבודה נדרשת התייחסות מיוחדת לזכות לפרטיות, וזאת לאור מערכת היחסים הייחודית שבין עובד לבין מעסיק הכוללת פערי כוח בין הצדדים, וכפיפות של העובד למעסיק.²⁴ לגישתנו, ניתן לחזק טענה זו אף נוכח הקשר הקיים בין פרטיות לבין אוטונומיה.²⁵ זאת הואיל ואוטונומיה בהקשר

²⁰ ראו למשל: Matthew Finkin, *The Conception of the Employee as a Person in Western Law*, 23 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 577, 580–86 (2002); Virginia Mantouvalou, *Work and Private Life: Sidabras and Dziautas v. Lithuania*, 30 EUR. L. REV. 573, 575–82 (2005); MARTA OTTO, *THE RIGHT TO PRIVACY IN EMPLOYMENT* (Bloomsbury Publishing, 2016); Ugo Pagallo, *The Group, the Private, and the Individual: A New Level of Data Protection?*, in GROUP PRIVACY: NEW CHALLENGES OF DATA TECHNOLOGY 159 (Linnet Taylor, Luciano Floridi & Bart van der Sloot, eds. 2017); Lucas D. Introna, *Workplace Surveillance, Privacy, and Distributive Justice*, 30 COMPUTERS & SOCIETY 33 (2000); Frank Hendrickx, *Privacy 4.0 at Work: Regulating Employment, Technology and Automation*, 41 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 147 (2019); Antonio Aloisi & Elena Gramano, *Artificial Intelligence Is Watching You at Work: Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context*, 41 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 95 (2019); Tammy Katsabian, *Employee's Privacy in the Internet Age*, 40(2) BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 203 (2019).

²¹ כך, למשל, חוק הגנת הפרטיות מייצר הבחנות בין ספירה פרטית לספירה ציבורית בכל הנוגע לפרטיות ואף מעניק הגנה ייחודית לפרטיות בהקשרים מסוימים ולא אחרים. לגישה קונטקסטואלית לגבי פרטיות ראו גם Helen Nissenbaum, *Privacy as Contextual Integrity*, 79 WASH. L. REV. 119, 148 (2004). על חלוקת דיני הפרטיות למקטעים משפטיים לפי אפיקי זרימת המידע, ראו: מיכאל בירנהק "פרטיות בעיר הדיגיטלית" **מחקרי משפט** לד(1) 1 (2021).

²² מיכאל בירנהק [מרחב פרטי] הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה (2011).
²³ שם, בעמ' 115-125.

²⁴ ראו ספרות בהערות 19 ו-20 לעיל, וכן את עמדת קבוצת העבודה של ה-GDPR: Article 29 Working Party, Opinion 2/2017 on data processing at work (17/EN WP 249) (June 8, 2017).

²⁵ Mathew Finkin, *Privacy and Autonomy*, 21(2) EMPLOYEE RIGHTS & EMPLOYMENT POLICY JOURNAL 589, 615 (2017); Ibo Van De Poel, *Core Values and Value Conflicts in Cybersecurity: Beyond Privacy v Security*, in THE ETHICS OF CYBERSECURITY 45, 54 (2020).

של עבודה מומשגת בצורה שונה ביחס לאוטונומיה בתחומי משפט אחרים. כך, למשל, בניגוד לתפיסה הרווחת במשפט כי חופש מושג באמצעות העדר התערבות חקיקתית ומתן חופש חוזי לצדדים להגיע להסכמות לגבי רצונם, הרי שחוקרים מעולם העבודה הראו כיצד דווקא התערבות בחופש החוזי באמצעות חקיקה קוגנטית היא שאפשרה מעבר מעבודה בכפייה לעבודה חופשית.²⁶ אוטונומיה, כך נטען, מושגת על ידי יצירת יכולות תוך התערבות שוקית.²⁷ מכאן שהגנה על פרטיות שנועדה לאפשר אוטונומיה צריכה להיבחן באופן שונה כאשר המדובר ביחסי עבודה ביחס לכל מערכת יחסים אחרת אותה מסדיר המשפט. במילים אחרות, יש לרסן את הפגיעה הפוטנציאלית בפרטיות על מנת להגן על הזכות וליצור מרחב אוטונומי לעובדים.²⁸ כך ככלל, ובהקשר של טכנולוגיות חדשות בפרט, שכן אלה מעוררות שאלות ייחודיות בהקשר של עבודה.²⁹

בחינת שאלות המחקר שלנו, וניתוחן מובילים אותנו לטעון שתי טענות מרכזיות בנוגע לזכות לפרטיות בעבודה בעידן של טכנולוגיות חדשות. למרות שמצאנו שב-39% מהמקרים שהובאו בפני בתי הדין לעבודה ניתנה הגנה מלאה על הזכות לפרטיות של העובד, אזי שעדיין מצאנו מספר קשיים עם יישום הלכת איסקוב-ענבר. טענתנו הראשונה היא, לפיכך, כי יש לבחון מחדש את הלכה זו, ובעיקר, כי נדרשת חשיבה יותר מעמיקה ומשמעותית על המבחנים שאימצה הפסיקה. זאת, הן בכל הנוגע להגדרת הפגיעה בפרטיות; הן בכל הנוגע למבחן ההסכמה המבוסס על הרעיון של פרטיות כשליטה, או במילים אחרות שאדם יכול להסכים למסירת המידע אודותיו ואז אין המדובר בפגיעה בפרטיות; והן באופן היישום של מבחנים חוקתיים ומנהליים שאומצו על מנת להגן על הזכות. כך, למשל, הניתוח מראה שבתי הדין לעבודה כמעט ולא בוחנים את השאלה האם הפרטיות אכן נפגעה, למעט יצירת הבחנה קלה ולא מספקת בין מרחבים טכנולוגיים שונים בהם מבוצעת הפעילות (למשל סוגי תיבות דוא"ל שונות) ובין מידע פרטי למידע עסקי. כאשר ישנה גישה למידע פרטי הנחת בתי הדין הנה, שמדובר בפגיעה בפרטיות, ולא הועלתה השאלה האם מידע שמסווג כעסקי הוא אכן כזה והאם הוא עשוי להיות פרטי. כמו כן אין דיון מעמיק באופן בו הטכנולוגיה עצמה פוגעת בפרטיות, אם בכלל. כפי שנטען, יש חשיבות רבה בהגדרת הפגיעה בפרטיות וזאת לא רק על מנת להבין לעומק

ROBERT J STEINFELD, COERCION, CONTRACT, AND FREE LABOR IN THE NINETEENTH CENTURY 1-28 (Cambridge University Press, 2001).²⁶

SIMON DEAKIN AND FRANK WILKINSON, THE LAW OF THE LABOUR MARKET chapter 5 (Oxford University Press, 2005); Brian Langille, *Labour Law's Theory of Justice*, in Guy Davidov and Brian Langille, eds, THE IDEA OF LABOUR LAW 104 (Oxford University Press, 2011); see also collection of articles in Brian Langille, ed, THE CAPABILITY APPROACH TO LABOUR LAW (Oxford University Press, 2019).²⁷

נציין, כי כאשר לא מדובר בטכנולוגיות חדשות יש לעיתים מקום לחשיבה יותר מורכבת על הזכות פרטיות שבמקביל לריסון כוח המעסיק גם פותחת מרחב אינטימי, תומך שיש בו אמן, בו העובדת והעובד ירגישו בנוח (ולא רק מחויבות) לחשוף מידע פרטי אודותיהם בפני המעסיק. מקרים אלה כוללים גילוי דבר הריזון, מוגבלות, או קושי אחר – בריאותי ואישי – שעשוי להשפיע על העבודה.²⁸

ראו, למשל, דיון במאמרים בה"ש 20 לעיל.²⁹

על מה בדיוק ניתנת ההגנה, אלא גם לצורך יישומם של העקרונות והמבחנים האחרים שאומצו בפסיקה.

המחקר אף מראה, כי מבחן ההסכמה נדון אחרת בהקשרים שונים, וניתן לו משקל רב, דבר שהנו מפתיע נוכח אמירות, הן בהלכה איסקוב-ענבר והן בהלכות נוספות, על משמעותה של הסכמה ביחסי עבודה בהם הצדדים אינם זהים מבחינת כוח המיקוח שלהם וכאשר לעובדים כפיפות אינהרנטית למעסיק. שני אלה מפחיתים מיכולתם של העובדים להביע אי הסכמה (או במילים אחרות לסרב). מעבר לכך, המשקל שניתן לשאלת ההסכמה בעייתי בעידן של טכנולוגיות חדישות בהן ישנם קשיים אמיתיים לתת הסכמה מלאה, הן לאור מורכבותו של המידע הטכנולוגי, והן לאור הבאת המידע ובקשת ההסכמה בדרך הדומה לאופיו של חוזה אחיד. קשיים אלה מובילים לכך שהכוח בניהול ויישום הטכנולוגיה מצוי בידי המעסיק דבר שאף מגביר את הפררוגטיבה הניהולית שלו.³⁰ האיחוד האירופאי אף הוא קבע, כי יש לתת משקל מועט לשאלת ההסכמה בכל הנוגע לאיסוף מידע על עובדות ועובדים ולשימוש בו.³¹ אנו נטען, לפיכך, כי אין לתת להסכמת העובד את המשקל הנכבד שניתן לה, וכי הדגש צריך להיות על העקרונות האחרים. כמו כן נחדד, שיש להרחיב את ההגנה הקוגנטית על פרטיות בעבודה.

הניתוח גם מצביע על כך שישנו קושי עם יישומם של המבחנים החוקתיים והמנהליים שאימצה הפסיקה. כך, למשל, בכל הנוגע לעקרון המידתיות, המחקר שלנו מראה, שבתי הדין לעבודה כמעט ואינם מביאים בחשבון את האפיונים הספציפיים של הטכנולוגיות הנדונות ולא בוחנים לעומק אם הן עומדות בדרישת המידתיות. במסגרת פסקי הדין לא ניכרת התעמקות בטכנולוגיה עצמה, ולא מועלות שאלות הנוגעות לאופן בה הטכנולוגיה אוספת את המידע, מקורות איסוף המידע, עיבוד המידע, ודרך הסקת המסקנות, כמו גם לאופן שבו המידע מופץ. מעבר לכך, הפסיקה כמעט ואינה מייצרת הבחנות בין מטרות שונות לשימוש בטכנולוגיה (הגנת סייבר, מעקב, ניהול עובדים, ניהול פגישות מרחוק וכד') למעט שבכל הנוגע לשאלה האם המדובר במטרה לגיטימית. היא אף אינה עושה הבחנות בין עסקים שונים (עסקים גדולים או קטנים, חשיבות השימוש בטכנולוגיה בעסקים אלה ועוד), כפי שמן הראוי שתעשה. הגדרת התכלית של השימוש בטכנולוגיה הנה מהותית ככלל לשאלת לגיטימיות הפגיעה בפרטיות, אך היא אף מהותית לבחינת המבחנים האחרים, למשל לצורך יישום מבחן צמידות המטרה. חוסר הגדרתה באופן מפורש עשוי לשמש כאחד ההסברים לממצא שיוצג במאמר - כי בתי הדין לעבודה ממעטים ליישם את מבחן צמידות המטרה על אף חשיבותו הרבה. גם מבחן השקיפות והדרישה לקביעת מדיניות דורשים, לגישתנו, בחינה מחודשת. ההנחה העומדת כעת בבסיס מבחן השקיפות הנה כי מתן מידע על מדיניות המעסיק תאפשר לעובד לסרב לה ו/או להביע עמדתו לגביה. לאור הביקורת שנעלה לגבי מבחן ההסכמה, נראה כי מטרתו

Valerio De Stephano, *Negotiating the Algorithm: Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection* (ILO working paper No. 246, 2018); Brishen Rogers, *The Law & Political Economy of Workplace Technological Change*, 55 HARV. C.R.-C.L. L. REV.1 (2020).

30

Working party, לעיל ה"ש 24.

31

של מבחן השקיפות צריכה להיות שונה, כפי שנפרט במאמר זה וכפי שעולה מדרישות השקיפות הקיימות בדין האירופאי.

הטענה הנוספת שנעלה בעקבות הממצאים נוגעת לכך שהפרדיגמה הקיימת כיום במשפט העבודה קובעת כללים שמיושמים לרוב אקס פוסט ולא אקס אנטה. על המשפט בישראל – בין אם המחוקק ובין אם בתי הדין לעבודה – לפעול לשמירה על הפרטיות לכל אורך חיי העבודה. כיום ההגנה על הפרטיות נעשית לרוב כאשר הדבר נדון בהקשר של גילוי מסמכים וקבילות ראיות, כאשר פעמים רבות המידע הפרטי כבר מצוי בידי המעסיק, אשר לא הקפיד על הגנת הזכות באופן שוטף ובמידה מספקת. הסדרה שכזו יכולה להיעשות על ידי המחוקק, דרך אימוץ כללים ברורים יותר בנוגע לפרטיות בעבודה והחלת דרישות של אחריות המעסיק (accountability), או על ידי בתי הדין לעבודה שיכולים: א. לקבוע פיצויים משמעותיים על הפרת הזכות לפרטיות; ב. למנוע מתן סעד למעסיקים שלא מגנים באופן שוטף ובמידה מספקת על הזכות לפרטיות בעבודה.

המאמר בנוי באופן הבא: פרק א' יציג את הלכת איסקוב-ענבר. הוא יתאר את עובדות פסק הדין ואת ההלכה שנקבעה. פרק ב' יציג את המתודולוגיה אותה אימצנו לניתוח פסקי הדין; פרק ג' יציג את ממצאי המחקר האמפירי; ופרק ד' יעלה לדיון קשיים ביישומה של הלכת איסקוב-ענבר, כפי שאלה תוארו בקצרה במבוא זה, תוך התייחסות לתיאוריות של פרטיות, של דיני העבודה והפנייה מועטה לדין האירופאי. פרק ה' יסכם.

א. הלכת איסקוב-ענבר

בפסק דין איסקוב-ענבר, בית הדין הארצי לעבודה דן במאוחד בשני ערעורים – בעניין איסקוב-ענבר (ע"ע 90/08) ובעניין אפיקי מים (312/08) – שעסקו בשאלת כשירותן הראייתית של תכתובת שנלקחו מתיבת דוא"ל שסופקה במקום העבודה. בנוסף, בית הדין הארצי דן בהסכם קיבוצי כללי שנחתם בין ההסתדרות הכללית החדשה לבין לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים, שבמסגרתו נקבעו עקרונות לשימוש שעושה העובד במחשב במקום העבודה.

פרשת איסקוב-ענבר עסקה בתביעת המערערת לפיטורים שלא כדין במהלך הריון. המחלוקת נגעה למועד כניסת הפיטורים לתוקף. המעסיקה צירפה התכתבויות דוא"ל שנשלחו על ידי איסקוב-ענבר לתמיכת טענתה שהמערערת עסקה בחיפוש מקום עבודה חלופי עוד טרם ההודעה על ההריון. בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב קיבל את הגשת תכתובות הדוא"ל כראיה, תוך קביעתו שהמערערת נתנה הסכמה מכללא לחדירה לתיבת הדוא"ל שלה במקום העבודה. הנימוקים שניתנו לקביעתו של בית הדין האזורי כללו את העובדה שהתיבה ניתנה לצורכי עבודה, כי העירוב של הודעות פרטיות ומקצועיות נעשה על ידי העובדת, וכן שהמעסיקה יידעה את העובדים שהיא מבצעת ניטור מעת לעת של תיבות הדוא"ל.³²

בפרשת אפיקי מים בית הדין האזורי לעבודה בנצרת הביע עמדה הפוכה. לפי בית הדין, מכיוון שחדירה לתכתובת האי-מייל הפרטית של עובד באמצעות השרת שלהן או

³² ע"ב (אזורי ת"א) 10121/06 איסקוב-ענבר נ' הממונה על חוק עבודת נשים (פורסם בנבו, 15.7.2007).

מציאתה מחיטוט בפח האשפה והגשתה כראיה, מהווים פגיעה חמורה בפרטיותו, הרי שכל עוד לא ויתר העובד במפורש על ציפייתו הסבירה לפרטיות ולמניעת גישה לתיבת הדוא"ל שלו במקום העבודה, אין לראותו כמי שהסכים מכללא למסירת המידע למעסיק. בית הדין האזורי קיבל את בקשת העובד שלא לקבל תכתובות דוא"ל שהוגשו על ידי המעסיקות לתמיכה בתביעתן על נזקים כספיים ואחרים שגרם להן העובד.³³

בערעור לפני בית הדין הארצי לעבודה התקבל ערעורה של איסקוב-ענבר וקבילותן של תכתובות האי-מייל נפסלה,³⁴ ונדחה ערעור המעסיקות בעניין אפיקי מים.³⁵

הנחת המוצא שקיימת בפסק דינו של בית הדין הארצי הנה שלמחשב במקום העבודה ישנו ממד אישי של המשתמש. לעיתים תכופות מהווה הממד האישי עיקר העיקרים לבעליו, בהיותו חולש על מרחב המחיה המוחשי והמטאפיסי של המשתמש. זאת, נוכח ייחודה של הפעילות במחשב שהיא, לא אחת, בבחינת עדות ממקור ראשון, ושותפות למצבים ולאירועים בעלי חשיבות אישית ואינטימית. זהו מידע פרטי השייך לעובדת ולעובד ומוגן על ידי הזכות החוקתית לפרטיות. כפי שאומרת השופטת נילי ארד: "בהיות המחשב "המגירה האישית של בעליו" המכילה מידע כמוס, פרטי ואישי, נחשבת חדרה בלתי מורשית למחשב "כחיטוט בחפציו האינטימיים" של בעליו, ופלישה לטריטוריה זו מהווה פגיעה בזכותו החוקתית לפרטיות".³⁶ במקביל, מחדד פסק הדין כי זכות הקניין של המעסיק במקום העבודה והפררוגטיבה הניהולית שלו, מקימות לו זכות להגן על רכושו הפיזי והווירטואלי האצור ברשת. לכן, המעסיק רשאי לנקוט באמצעים מוגברים של אבטחת המידע שנצבר ברשת, הנקלט בה והיוצא ממנה. במסגרת זו, רשאי המעסיק לפקח על פעילותם של העובדים כדי לוודא שלא יעשו שימוש בלתי מורשה, או בלתי חוקי, בכלי העבודה הווירטואלי והמידע המופקד בידם. כמו כן, רשאי המעסיק לדרוש מן העובדים כי יקדישו זמנם לעבודה ולא יסוו ל"שדות זרים" הפזורים לרוב על פני הרשת הווירטואלית העולמית. זאת, בין היתר, על דרך קביעת האסור והמותר בשימושים שעושים העובדים בסביבת העבודה הממוחשבת.

פסק הדין מבקש לאזן בין זכות העובד לפרטיות ובין זכותו הקניינית והפררוגטיבה הניהולית של המעסיק. הוא עושה זאת, בין השאר, תוך בחינת השאלה מתי הפרטיות נפגעת וכן אימוץ עקרונות נוספים. בחינת השאלה מתי הפרטיות נפגעת נעשית על ידי בית הדין תוך שרטוט קו הגבול בין רכושו של המעסיק לבין המרחב הווירטואלי הפרטי והאישי של העובד באמצעות ההבחנה בין תיבת דוא"ל חיצונית-פרטית שבבעלות העובד, לבין תיבות דוא"ל שהמעסיק מקצה לעובד. את האחרונות מחלק בית הדין לסוגים הבאים: תיבה מקצועית, המיועדת לצרכי עבודה בלבד ואסורה לשימוש אישי של העובד, תיבה מעורבת, המיועדת לצרכי עבודה אך המעסיק מתיר לעובד לקיים בה תכתובת אישית, ותיבה אישית, שהועמדה לרשות העובד לצרכיו האישיים בלבד. בית הדין גם

³³ ע"ב (נצ') 1158/06 אפיקי מים – אגודה חקלאית שיתופית לאספקת מים בבקעת בית שאן בע"מ נ' פישור (פורסם בנבו, 9.4.2008).

³⁴ פרשת איסקוב-ענבר, לעיל ה"ש 2, פס' 72 לפסק-דינה של השופטת נילי ארד.

³⁵ שם, פס' 88 לפסק-הדין.

³⁶ שם, פסקה 6 לפסק-הדין.

מייצר הבחנה בין מידע עסקי המצוי בתיבות לבין מידע פרטי. כנקודת מוצא בית הדין מסכים כי מעסיק רשאי לנטר אחר פעילות עסקית אך אינו רשאי לגשת אל מידע פרטי. בתוך כך, קובע בית הדין את המסגרת הנורמטיבית הבאה:³⁷

ראשית, על המעסיק להנהיג מדיניות ברורה במקום העבודה, בכל הנוגע להקצאת מרחב וירטואלי בשימושי המחשב במקום העבודה וניהול תיבות דואר אלקטרוני במקום העבודה. על המעסיק לקבוע בבירור את ההבחנה בין המרחב הווירטואלי והטכנולוגיות הווירטואליות המיועדות לצרכי עבודה, לבין המרחב הווירטואלי והטכנולוגיות העומדות לרשות העובד גם לצרכיו האישיים. המעסיק צריך ליידע את העובדים בבירור בדבר המדיניות. כמו כן, בית הדין קובע, כי על המעסיק לתת ביטוי מפורש למדיניות בחוזה האישי עם העובד וכי ראוי שהמדיניות תגובש בהסכמת העובדים על דרך של הסכם או הסדר קיבוצי.

שנית, בכפוף לתנאים שנקבעו בפסק הדין, המעסיק רשאי לקיים פעולות ניטור ומעקב אחר נתוני תקשורת ותוכן בתיבה המקצועית, למעט כשמדובר בתכתובת אישית. ככל שמדובר בתכתובת אישית שאסור לקיימה בתיבה מקצועית, המעסיק רשאי להיכנס לתכתובת רק בהתקיים תנאים חריגים המצדיקים זאת ובכפוף להסכמה מפורשת, מראש, מדעת ומרצון חופשי של העובד.

שלישית, בשונה מהתיבה המקצועית, המעסיק אינו רשאי לקיים פעולות מעקב אחר תכתובת בתיבה האישית או בתיבה מעורבת שהוקצתה על ידו, למעט בהתקיים נסיבות חריגות המצדיקות זאת ובכפוף לעקרונות ולתנאים שנקבעו בפסק הדין, ובכפוף להסכמת העובד. דרישת ההסכמה משתנה בהתאם לסוג התיבה: ככל שמדובר בחדירה לתיבה המעורבת נדרשת הסכמתו הספציפית של העובד לכל פעולת חדירה של המעסיק לתוכן התכתובת האישית שלו, להבדיל מתכתובתו המקצועית באותה תיבה; ביחס לתיבה האישית, נדרשת הסכמתו הספציפית והמפורשת של העובד, מרצון ומדעת, לכל פעולה ופעולה שבכוונת המעסיק לנקוט, לרבות ניטור ספציפי ומעקב הכולל חדירה לתיבה האישית, לשם קבלת נתוני תקשורת ותוכן, וחדירה לתוכן תכתובת האי מייל האישית של העובד ועיון בה, וכיוצ"ב.

רביעית, המעסיק אינו רשאי לקיים פעולות מעקב וניטור אחר התיבה החיצונית-פרטית שבבעלות העובד. התיבה הפרטית על יישומיה והתכתובת שבה, היא רכוש הפרטי של העובד, כמוה כמכוניתו, או ביתו. ככל שהמעסיק סבור שהתקיימו נסיבות המצדיקות פעולות מסוג זה, עליו לפנות לבית הדין בבקשה לסעד מסוג צו אנטון לחיפוש ולתפישה בתיבה הפרטית, לפי העניין.

במקביל לבחינת השאלה מתי מדובר בפגיעה בפרטיות, בית הדין קובע כי ההגנה על המידע הפרטי כפופה להסכמת העובד וכן לעקרונות תום לב, גילוי, שקיפות, לגיטימיות, מידתיות וצמידות המטרה. המדובר במבחנים מצטברים, שהעדר התקיימות של אחד מהם עולה כדי פגיעה בזכות. להלן פירוט העקרונות והדרישות שנקבעו בפסק הדין:

דרישת ההסכמה: כפי שניתן לראות מהדיון שהתקיים למעלה, גם כאשר ישנו מידע פרטי בתוך תיבה מקצועית או מעורבת נדרשת הסכמה של העובד למסירת המידע לידי המעסיק. בהתייחס לסעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות, ועל מנת לקיים את דרישת ההסכמה, בית הדין קובע כי ההסכמה תינתן מראש, מדעת ומרצון חופשי, הן ביחס למדיניות הכללית הנוהגת אצל המעסיק בנושא, והן הסכמה ספציפית ביחס לפעולות מעקב וחדירה לתכתובת אישית. ואולם, בית הדין גם מאפשר גישה למידע פרטי במשורה וללא הסכמה בהתקיים תנאי הסף המצטברים הבאים: 1. שהחדירה למידע הפרטי תעשה במקרים חריגים וכאשר ישנו חשש רציני, או ביסוס סביר לפעילות פלילית או other wrongdoings מצד העובד; 2. לא תותר חדירת המעסיק לתכתובת אי מייל אישית של העובד, אלא אם המעסיק מילא אחר התנאים המוקדמים, של הבאת המדיניות הנוהגת לידיעת העובדים, כפי הנדרש ממנו על פי עקרונות תום הלב, השקיפות, המידתיות, הסבירות וצמידות המטרה; 3. מכוח עקרונות הלגיטימיות והמידתיות יידרש המעסיק לחדירה לתכתובת המייל האישית של העובד, רק לאחר שמוצו כל אפשרויות המעקב, כגון מעקב באמצעות זיהוי נתוני תקשורת, או אמצעים חלופיים אחרים, שפגיעתם בזכויות לכבוד ולפרטיות של העובד פחותה יותר.

עקרון הלגיטימיות ועקרון צמידות המטרה: עקרון הלגיטימיות נשאב מהזכות לפרטיות והפרשנות להגנות החלות בחוק הגנת הפרטיות, מחובת תום הלב, ההגינות ותקנת הציבור החלה ביחסי עבודה. העיקרון מגדיר את תכלית המעקב על נתוני תקשורת ותוכן והנסיבות בהן יעשה שימוש במידע שהפיק המעסיק כתוצאה מחדירתו לתכתובת האי-מייל האישית של העובד. עקרון הלגיטימיות כולל דרישה להגבלת איסוף המידע במעקב למטרות חיוניות למקום העבודה והגבלת השימושים אשר ייעשו בהמשך באותו מידע. בהתקיים נסיבות חריגות ויוצאות דופן, שיש בהן כדי לגרום פגיעה חמורה באינטרסים של המעסיק או של מקום העבודה, כגון התנהלות פלילית של העובד או התנהלות פוגענית אחרת של העובד, יכול ותמצא הצדקה לקיום מעקב וניטור תכתובת אלקטרונית, לרבות מעקב על נתוני תקשורת ותוכן של העובד. זאת בכפוף לעקרונות הנוספים שנקבעו בפסק הדין. עקרון צמידות המטרה נובע מעקרון הלגיטימיות, ונועד להבטיח את השליטה על חדירת המעסיק למידע הפרטי של העובד. זאת, על דרך הגבלת השימושים שניתן לעשות באותו מידע, באופן ש"מטרת האיסוף הראשונית מוצמדת למידע גם בגלגוליו הבאים".³⁸

עיקרון השקיפות: עקרון השקיפות (transparency) החל מכח חובות תום הלב והגילוי המוגברות ביחסי עבודה מחייב את המעסיק להביא לידיעת העובדים, בפירוט ובבירור, את המדיניות בדבר שימושי מחשב במקום העבודה, ולפרט את הנסיבות המצדיקות ניטור כללי ומעקב ספציפי על עובד, טכנולוגיות המעקב ומהותן.³⁹ אומר בית הדין כי: "במסגרת עקרון השקיפות ויישומו, יש לכלול בהתקשרות החוזית עם העובד את מדיניות המעסיק בנוגע לשימוש בטכנולוגיות המידע המותקנות במחשב ובסביבת

שם, פסקאות 20-21, 23 לפסק-הדין.

38

שם, פסקאות 24-25 לפסק-הדין.

39

העבודה. מן הראוי הוא כי מדיניות זו תעוגן בתקנון החל במקום העבודה, ובהסכמה עם ארגון העובדים או נציגות העובדים במסגרת הסכם קיבוצי, או הסדר קיבוצי⁴⁰.

עקרון המידתיות: לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ופרשנותו, עקרון המידתיות נועד לאזן בין הזכויות החוקתיות והאינטרסים של המעסיק והעובד. על פי עקרון המידתיות, יש לבחון: (1) טכנולוגיות חלופיות למעקב הפוגעות במידה הפחותה ביותר בפרטיות העובדים; (2) מהו היחס הראוי בין התועלת שבהגשמת מטרחה הראויה של מדיניות המעקב, לבין הנזק והפגיעה בזכויות העובד כתוצאה ממדיניות המעקב. במסגרת שילוב עקרון המידתיות ועקרון הלגיטימיות יש לבחון שהחלטה לתחום הפרט על ידי המעסיק היא לתכלית ראויה, אינה עולה על הנדרש וכי המעקב מידתי לסיכון שהצדיק קיום המעקב מלכתחילה וחיוני לאינטרס לגיטימי של מקום העבודה.⁴¹

ב. מתודולוגיה ותיאור הנתונים

שאלות המחקר שלנו הן: מהי מידת ההגנה שמעניקים בתי הדין לעבודה מפני פגיעה בזכות לפרטיות העובדים בעידן של טכנולוגיות חדשות ומה ההשלכות העומדות בפני המעסיק מביצוע פעולות ניטור ומעקב אחר עובדים הפוגעות בפרטיות? על מנת לבחון שאלות אלה חקרנו כיצד בתי הדין לעבודה יישמו ופיתחו את הלכת איסקוב-ענבר מאז התקבלה בשנת 2011. המתודה המרכזית בה השתמשנו היא ניתוח איכותני של פסקי הדין. נעזרנו בשיטת ניתוח תוכן קלסי, שיטה המפעילה פרוצדורות כדי לבצע היסקים תקפים מתוך טקסט.⁴² בהתאם לתיאוריה והנסיבות המתוארות במבוא, בחרנו להתמקד במאגר פסקי דין שיתואר להלן ובנינו מסגרת קידוד (קטגוריזציה של הנתונים הגולמיים) וכללים לפיהם ניתחנו את הטקסט של פסקי הדין וההחלטות, תוך בדיקת מהימנות כללים אלו ושינויים ותיקונים בהתאם. באמצעות שיטה זו קיבלנו הן תיאורים מספריים של תכונות מסוימות שעלו בפסקי הדין שבדקנו והן ממצאים לגבי דפוסים והבדלים שהבחנו בהם בפסקי הדין.

בפרק זה נציג את מסגרת המחקר שערכנו ואת הקווים הכלליים שהנחו אותנו בקידוד פסקי הדין.

1. בניית מאגר פסיקה

לצורך המחקר בנינו מאגר פסיקה שכולל 51 פסקי דין. פסקי דין אלה נבחרו לאחר שעשינו חיפוש במאגר המשפטי "נבו" (www.nevo.co.il), אשר העלה כי עד חודש נובמבר

⁴⁰ שם, פסקה 24 לפסק-הדין.

⁴¹ שם, פסקה 22 לפסק-הדין.

⁴² מרטין ו. באואר, ג'ורג' גאסקל **מחקר איכותני: שיטות לניתוח טקסט, תמונה וצליל** 151-174 (אורית פרידלנדר מתרגמת, דוד לויין ומוטי רגב עריכה מדעית של המהדורה העברית 2011).

2020 התקבלו על ידי בתי הדין לעבודה 83 פסקי דין והחלטות ביניים שאזכרו את פסק הדין איסקוב-ענבר. מתוכם בחרנו רק את אלה שעסקו בזכות לפרטיות במקום העבודה. המדובר ב-51 החלטות ופסקי דין (ראו את מספרי ההליכים בנספח מס' 1), אותם ניתחנו. בחרנו לתחום את המדגם שלנו להחלטות ופסקי דין שהתקבלו על ידי בתי הדין לעבודה (למרות שישנם פסקי דין של בית המשפט העליון ובתי המשפט המחוזיים שהזכירו את ההלכה), שכן בתי דין אלו הם שמיישמים את ההלכה באופן תדיר, כשהם עוסקים ביומיום במערכת היחסים הייחודית של עבודה. יתכן ויש בכך חסרונות, שכן כפי שנראה בהמשך, בתי הדין לעבודה בוחנים את הזכות בעיקר בהקשר הפרוצדוראלי שנוגע לגילוי מסמכים וקבילות ראיות, ופחות בעניין המהותי של הפגיעה בפרטיות כעולה נזיקת, ואולם עדיין מדובר בערכאה שאמורה להיטיב להבין את הייחודיות של ההקשר של עבודה בהשוואה לבתי המשפט האחרים ולפתח את הדין בהתאם. פסק דין איסקוב-ענבר עסק בנושאים נוספים כגון הגדרת זכות הקניין של המעסיק ותוקפו של כתב ויתור.⁴³ מכיוון שבחרנו להתמקד בזכות לפרטיות, פסקי הדין וההחלטות שלא עסקו במישרין בזכות לפרטיות "נפסלו". לפיכך, מאגר הפסיקה שיצרנו מייצג את ההחלטות ופסקי הדין שפורסמו הרלוונטיים לשאלת המחקר שלנו עד למועד בו ביצענו את החיפוש.

מבין פסקי הדין וההחלטות שעוסקים בפרטיות, רק שני פסקי דין התקבלו על-ידי בית הדין הארצי לעבודה,⁴⁴ והיתר על ידי בתי הדין האזוריים, מרביתם (37 פסקי הדין והחלטות) התקבלו בבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב, 3 פסקי דין והחלטות בבית הדין האזורי בנצרת, 1 בירושלים, 6 בחיפה, ו-2 בבאר-שבע.

הקידוד של פסקי הדין נעשה, בין השאר, על פי סוג הסעד המבוקש. קידוד זה העלה כי סוגיות הנוגעות לזכות לפרטיות נעשו בכל הנוגע ל: (1) גילוי מסמכים - בקשות לגילוי ועיון במסמכים הכרוכות בפגיעה בפרטיות, כגון בקשה לנטר התכתבויות דוא"ל של עובד ובקשה לעיין במחשבו (17 פסקי דין);⁴⁵ (2) בקשות לפסילת ראיות בטענה שהתקבלו תוך פגיעה בפרטיות (20 פסקי דין);⁴⁶ (3) פיצויים - בקשות לפיצוי בגין פגיעה בפרטיות (13 פסקי דין);⁴⁷ (4) הסדרת פרקטיקה - מקרים בהם המעסיק מבקש להנהיג הסדר מובנה

⁴³ פרשת איסקוב-ענבר, לעיל ה"ש 2.

⁴⁴ ע"ע (ארצי) 40711-04-17 פישר תעשיות פרמצבטיות בערבון מוגבל נ' שטטר (פורסם בנבו, 04.03.2018); פרשת עיריית קלנסווה, לעיל ה"ש 1.

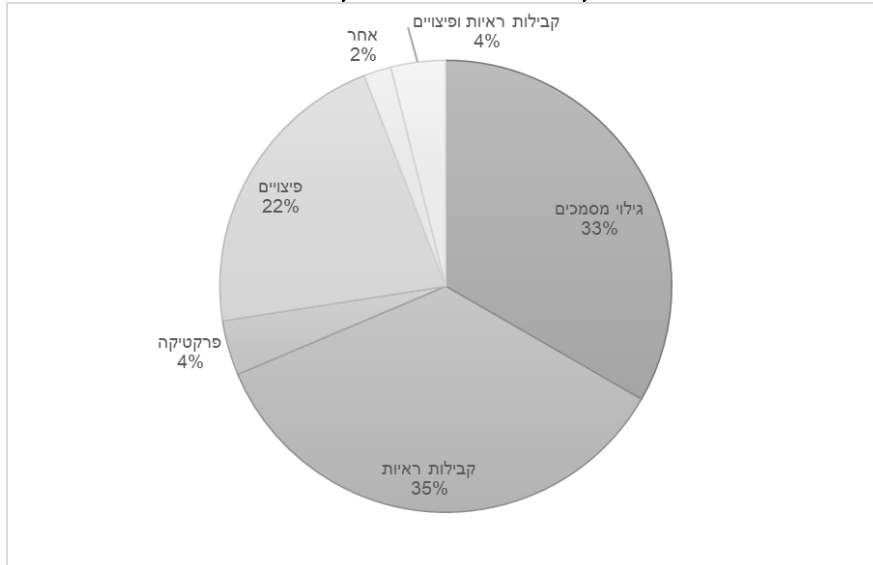
⁴⁵ במספר פסקי דין צוין כי הכללים שנקבעו בפרשת איסקוב-ענבר, לעיל ה"ש 2, אינם מתאימים בהקשר לגילוי מסמכים, כי אז המבחן המרכזי הינו מבחן הרלוונטיות ויש לשקול באופן פרטני את אינטרס הגילוי במונחי הוגנות, יעילות וקידום חקר האמת מול אינטרס הפרטיות. ראו פרשת שטטר, לעיל ה"ש 44, פס' 13 לפסק-דין, והדיון בדרישת המדיניות להלן.

⁴⁶ מתוכם שני פסקי דין עסקו הן בבקשה לפסילת ראיות והן בבקשה לפיצוי בגין פגיעה בפרטיות, ולכן אלו נספרו בשתי הקטגוריות.

⁴⁷ לרבות במסגרת טענה ליחסי עבודה פוגעניים. כך לדוגמא בעניין סע"ש (אזורי ת"א) 21426-11-16 מנשה נ' אודיס מפעלי סינון בע"מ (פורסם בנבו, 16.01.2019), במסגרת תביעה לפיצוי לא ממוני בשל העסקה פוגענית, נטען כי הנתבעת פגעה בפרטיות התובע (עובד לשעבר) מכיוון שניטרה אחר התכתבויות הדוא"ל של עובדיה.

הכרוך בפגיעה בפרטיות (2 פסקי דין);⁴⁸ (5) אחר – כאשר לא נתבע סעד מוגדר בקשר להגנה על הפרטיות (פסק דין אחד). דבר זה מעלה את מה שציינו קודם, כי הדיון בבתי הדין לעבודה בזכות הנו בעיקר פרוצדוראלי ופחות מהותי, ממצא בעייתי בפני עצמו נוכח הפגיעה בפרטיות המתחוללת מדי יום בעולם העבודה.

דיאגרמה 1. אזכור הלכת איסקוב-ענבר, לפי סעד מבוקש

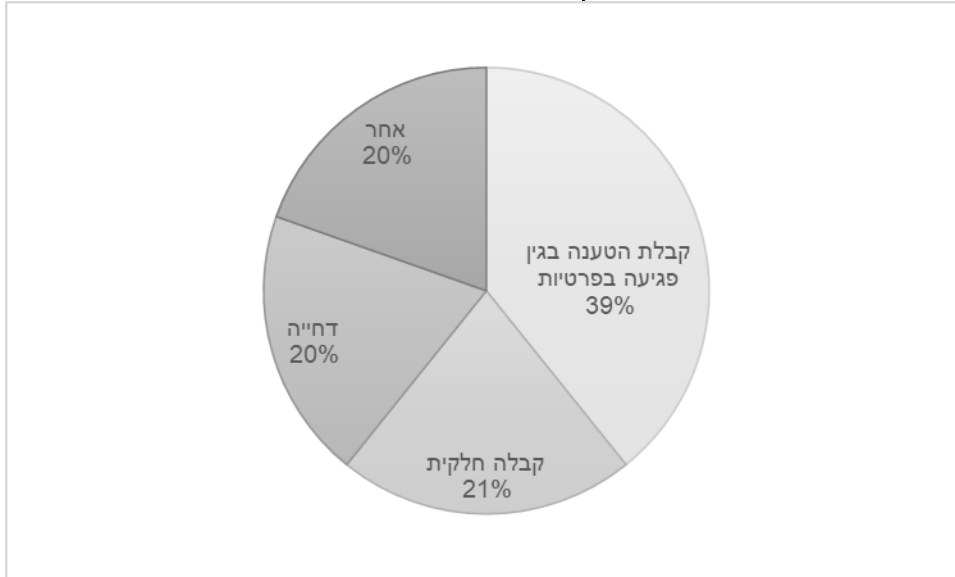


מסיווג פסקי הדין עולה כי במרבית המקרים (63%), בית הדין דן במקרה לאחר שהפגיעה בפרטיות כבר נעשתה. המקרים בהם הפגיעה בפרטיות נבחנה אקס אנטה (37%), אירעו בהליכים בהם ביקש המעסיק את גילוי המסמכים מראש על ידי בית הדין (בניגוד לשימוש בהם בדיעבד) וכן במקרים בהם המעסיק ביקש להנהיג הסדר מובנה הכרוך בפגיעה בפרטיות (כמו למשל הטמעת מערכת נוכחות באמצעות שרון ביומטרי). יצוין, כי לא אחת במסגרת אותם המקרים בהם הפגיעה בפרטיות נבחנה אקס אנטה, עלתה הטענה מצד העובד כי מכיוון שלמעסיק ישנה גישה חופשית למידע המצוי במחשבויו ובתיבת הדוא"ל שבבעלותו, סביר כי המעסיק כבר צפה במסמכים המבוקשים בגילוי המסמכים. קרי,

⁴⁸ בפרשת **עיריית קלנסווה**, לעיל ה"ש 1, בית הדין דן בשאלה האם ניתן לחייב עובדים למסור טביעת אצבע לשם רישום שעות בשעון נוכחות ביומטרי. בעניין ס"ק (אזורי ת"א) 2994-06-19 **הסתדרות העובדים הכללית הסתדרות עובדי המדינה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 08.10.2020), בית הדין דן בנוהל שהמדינה התקינה שעניינו "תפיסת ניהול לתפעול מערכת לאיכון ורישום נסיעות ברכב ממשלתי". יצוין כי בעס"ק (ארצי) 46575-10-20 **הסתדרות העובדים הכללית הסתדרות עובדי המדינה ואח' נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 9.3.2021) בית הדין הארצי לעבודה נתן תוקף של פסק דין להסכמת הצדדים לביטול פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה מיום 8.10.2020.

שהפגיעה בפרטיות כבר התרחשה. עם זאת, סיווגנו מקרים אלו כ"אקס אנטה" לאור סוג ההליך והסעד המבוקש.

דיאגרמה 2. תוצאות יישום הלכת איסקוב-ענבר



בבחינת תוצאות ההחלטות ופסקי הדין,⁴⁹ עלה כי ב-20 מקרים, בתי הדין קיבלו את הטענה לפגיעה בפרטיות ופסקו בגין כך סעד. ב-11 מקרים, בתי הדין קיבלו את טענת העובד לפגיעה בפרטיות באופן חלקי. דוגמא לקבלה חלקית היא כאשר בית הדין התיר ניטור תיבת דוא"ל מקצועית אך דחה ניטור תיבת דוא"ל פרטית במסגרת הליכי גילוי מסמכים.⁵⁰ ב-10 מקרים נוספים, נדחתה הטענה בגין פגיעה בפרטיות, כאשר ב-9 מתוך 10 מהמקרים, בית הדין קבע כי לא הייתה כלל פגיעה בפרטיות או שהפגיעה בפרטיות זניחה. לקטגוריה "אחר" נכנסו מקרים בהם בית הדין דן בסוגיית הפרטיות אך לא הכריע, ולכן לא ניתן היה לסווגם לקטגוריות האחרות.

כמו כן, מצאנו שמבין כלל ההליכים שנבדקו, בית הדין פסק פיצויים בגין פגיעה בפרטיות ב-6 מקרים, בסכומים הנעים בין 4,000 ש"ח ל-50,000 ש"ח. יש לציין כי עד היום לא הוכרה זכותו של עובד לתבוע תביעה נזיקית על הפרת זכותו לפרטיות מכוח חוק הגנת הפרטיות בבתי הדין לעבודה. בשורה של פסקי דין אזוריים נקבע כי בית הדין אינו מוסמך ליתן סעד בתביעה שעילתה בחוק הגנת הפרטיות. זאת הואיל ולבתי הדין לעבודה, ככלל, אין סמכות לדון בתביעות נזיקיות, כאשר פגיעה בפרטיות הינה עוולה נזיקית לפי

⁴⁹ ראו את מספרי ההליכים בסיווג לפי תוצאות בנספח למאמר.

⁵⁰ סע"ש (אזורי ת"א) 14400-03-13 ברמן נ' אקספיריורס בע"מ (פורסם בנוב, 30.03.2017).

סעיף 4 לחוק הגנת הפרטיות.⁵¹ עם זאת, נפסק כי היעדר הסמכות הינו במסגרת תביעה נזיקית בלבד. במקרים בהם נפסק פיצוי אזי בתי הדין ראו זאת כפיצוי על בסיס הפרת חוזה באומרם כי הקפדה על פרטיות העובד הינה תנאי משתמע בכל חוזה עבודה.⁵²

2. שיטת המחקר

בניתוח ההחלטות ופסקי הדין בחנו את האופן בו בתי הדין מיישמים את המבחנים המשפטיים והעקרונות שנקבעו בפסק דין איסקוב-ענבר. בחנו את האופן שבו בתי הדין הגדירו פגיעה בפרטיות וכן את ששת המבחנים והעקרונות הנוספים: (1) הסכמה, (2) לגיטימיות, (3) מידתיות, (4) צמידות המטרה, (5) שקיפות, ו- (6) קביעת מדיניות. יצוין, כי יישום המבחנים והעקרונות תלוי במידה רבה בנסיבות ההליך המובא בפני בית הדין, זהות הצדדים להליך, שנת קבלת פסק הדין והערכאה הרלוונטית. לפיכך, ניתוח פסקי הדין נעשה בשיטות המשלבות קידוד וניתוח תוכן איכותני. כל הנתונים קודדו לאחר קריאה מעמיקה של פסק הדין ונסיבותיו.

את שאלת המחקר חילקנו למספר תתי שאלות שהנחו אותנו בניתוח פסקי הדין וההחלטות.

1. אופן יישום המבחנים והעקרונות שנקבעו באיסקוב-ענבר: בבחינת יישום כל מבחן ועקרון הגדרנו שאלות שהנחו אותנו בניתוח הפסיקה. לדוגמא, במסגרת יישום מבחן המידתיות, בחנו מתי בתי הדין מאזכרים את המבחן ומיישמים אותו; האם בתי הדין בחנו טכנולוגיות אלטרנטיביות ואילו צעדים בית הדין נקט על מנת להקטין את הפגיעה בזכות. ביישום מבחן הלגיטימיות בדקנו אילו תכליות הוכרו כלגיטימיות לאיסוף מידע על ידי בתי הדין; מה התכליות שקבעו בתי הדין כלגיטימיות לשימוש במידע; האם בתי הדין בחנו את הקשר בין התכלית לבין הפגיעה בפרטיות; האם יתר המבחנים והעקרונות יושמו בצורה שונה ביחס לכל תכלית ותכלית. בנוגע למבחן ההסכמה בדקנו באיזה אופן בתי הדין לעבודה בוחנים את דרישת ההסכמה וכיצד הם מיישמים את מבחן ההסכמה שנקבע באיסקוב-ענבר - הסכמה שניתנת מדעת ומרצון חופשי. בין היתר, בדקנו באיזה אופן, אם בכלל, התקבלה ההסכמה: האם במסגרת הסכם העסקה? האם התקיים משא ומתן? בנוסף, מעבר לבחינת כל מבחן ועיקרון בנפרד, בדקנו האם בתי הדין יישמו את כלל התנאים שנקבעו באיסקוב-ענבר והאם ניתן דגש לעקרונות מסוימים יותר מאחרים.

2. התייחסות בית הדין לדרישת התנאים המצטברים: במקרים בהם בתי הדין הכירו בפגיעה בפרטיות די היה לעיתים ביישום חלק ממבחני ועקרונות הפסיקה על מנת לקבוע כי היתה פגיעה בזכות. בהקשר זה בחנו את המבחנים והעקרונות שנבדקו וכן את אופן יישומם על פי אותן השאלות שהנחו אותנו בניתוח הפסיקה שתוארו לעיל.

⁵¹ סקירת פסקי דין אלו מתוארת בסעיף ש"ש (אזורי ת"א) 20739-08-16 חננאל נ' מועצה מקומית באר יעקב, פס' 254 לפסק הדין (פורסם בנבו, 16.11.2020); ס"ע (אזורי ת"א) 29090-05-12 גורליק נ' אנבינדר, פס' 29 לפסק-הדין (נבו 21.04.2014).

⁵² שם.

3. השלכות והגבלות לפגיעה בפרטיות עובדים: פיתוח הפסיקה תלוי בהליך המובא בפני בית הדין, ובפרט, בסוג הסעד המבוקש. לפיכך, בחנו מה היו הסעדים שהתבקשו ומה היו תוצאות ההליך. כמו כן, הבחנו האם הפגיעה בפרטיות כבר נעשתה או שמדובר בבקשה לבית הדין והפגיעה בפרטיות נבחנת אקס אנטה. כפי שנראה בהמשך, חלוקה זו משמעותית ביישום הכללים השונים שנקבעו באיסקוב-ענבר. כך לדוגמא, דרישת המידתיות, מקבלת משמעות שונה כאשר מדובר בבקשה לגילוי מסמכים או הסדרה מראש של פרקטיקה הכרוכה בפגיעה בפרטיות, שכן אז בית הדין יכול לתור אחר האמצעי שפגיעתו פחותה במסגרת ההליך, לעומת כאשר הפגיעה בפרטיות כבר נעשתה ובית הדין מתבקש לפסוק פיצויים בגין פגיעה זו. שאלה שעניינה אותנו בהקשר זה היא האם פסיקת בתי הדין יכולה להרתיע מפני פגיעה בפרטיות שלא כדין ולכן בחנו הן את גובה הפיצויים שנפסקו (כאשר הם אכן נפסקו) בגין פגיעה בפרטיות והשלכות נוספות (כגון השפעה על הסעד המבוקש, ובין השאר פסילת ראיות).
4. אפיון הצדדים להליך: בחנו האם קיימים דפוסים שונים בסוגי המקרים המובאים בפני בתי הדין, כגון האם מדובר במעסיק פרטי או ציבורי, מהי צורת ההעסקה, האם העובדים מאוגדים ומהו מקומו של העובד בהיררכיה הארגונית. ההשערה שלנו הייתה, כי כאשר מדובר בעובד הממוקם בתפקיד בכיר יותר, בתי הדין ייחסו יותר משמעות להסכמה חוזית שניתנה לפגיעה בפרטיותם. גם סברנו כי לעובדים בתפקידים בכירים יותר תהיה אפשרות ממשית להתנגד לשימוש במידע הפרטי אודותיהם על ידי המעסיק. במעט מקרים הובאו טענות הנוגעות לפגיעה בפרטיות של צדדים שלישיים (עובדים אחרים) ושל המעסיק, והבחנו בין יישום כללי הלכת איסקוב-ענבר במקרים אלו לבין מקרים בהם הפגיעה היא בזכות לפרטיות של עובד (או עובד לשעבר) שהינו צד להליך.⁵³ התמקדנו בהליכים בהם נפגעה הפרטיות של העובדים שהיוו צד להליך.
5. הגדרת פגיעה בפרטיות ומידת הפגיעה בפרטיות: בדקנו כיצד בתי הדין מגדירים פגיעה בפרטיות. האם סוג המידע משפיע על בחינה זו?⁵⁴ ההשערה שלנו הייתה כי כאשר מדובר במידע עסקי במהותו, בתי הדין לא יגדירו מידע זה כפרטי ולא יבחנו אותו דרך הכללים של פגיעה בפרטיות.⁵⁵ גם איסוף מידע אנונימי (דרך ניטור) אינו

⁵³ כך לדוגמא בעניין סע"ש (אזורי ת"א) 31869-03-19 הילטון ליכט נ' ג'ונס לאנג לאסאל ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 14.07.2020), ג'ונס לאנג לאסאל ישראל בע"מ ביקשה להוציא מתיק בית הדין טבלה המציגה משכורות ונתונים נוספים אודות עובדיה, בטענה לפגיעה בפרטיות עובדים אלו.

⁵⁴ דניאל סולוב, למשל, מציע טקסונומיה של פגיעה בפרטיות לפי סוגי מידע שונים. לא כל מידע הנו מידע שצריך להיות מוגדר כפרטי ולא בכל פעם, לכן, עשויה להיות פגיעה בפרטיות. גם מיכאל בירנהק מדגיש את החשיבות שיש לבחינת שאלת הפגיעה בפרטיות. ראו לעניין זה Daniel Solove, *A* 477 (2006). *Taxonomy of Privacy*, 154(3) PENN. L. REV. 27. זאת בניגוד להלכה בדין האירופאי שקבעה כי גם מידע עסקי יכול להיות פרטי. ראו: *Volker und Markus Schecke GbR and Hartmut Eifert v Land Hessen*, para. 59, 2010 E.C.R. I-11063. בפסק דין זה נקבע שמידע על אנשים שמקבלים הטבות מקרנות אירופאיות הנו אמנם מידע הנוגע לפעילות בעלת אופי מקצועי ואולם הוא כולל מידע פרטי. דבר זה גם נפסק בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת ע"א 11/1697 א. גוטסמן אדריכלות בע"מ נ' ורדי (נבו, 23.01.2013). השערותנו היתה שונה

בהכרח עולה כדי פגיעה בפרטיות, ואולם תתכן פגיעה שכזו ולפיכך החשיבות בבחינת שאלת הפגיעה בפרטיות לעומק.⁵⁶ בחנו כיצד בתי הדין הגדירו פגיעה בפרטיות והבחינו בין סוגים שונים של פגיעה בפרטיות, כגון ניטור הודעות דואר אלקטרוני בהשוואה לאיכון מיקום העובד או מסירת טביעת אצבע לשם רישום שעות בשעון נוכחות ביומטרי. בחלק זה רצינו לבחון האם בתי הדין מתייחסים לפגיעות שונות בחומרה רבה יותר מאשר אחרות.

על מנת לשמור על מהימנות הקידוד, מרבית פסקי הדין וההחלטות נבחנו וקודדו תחילה בנפרד על ידי כל אחת מאיתנו. במקרים בהם ההתרשמות שלנו הייתה שונה, בחנו שנית את ההחלטה הרלוונטית והגענו להסכמות. לאחר הקידוד הראשוני, חידדנו את השאלות המנחות (כמפורט לעיל) ועברנו על פסקי הדין וההחלטות פעם נוספת על מנת לאשש את מסקנותינו. זאת בכל הנוגע ל-20 מפסקי הדין של המאגר. לאחר מכן, גיל עומר, המשיכה לבדה את מלאכת הקידוד והניתוח של יתרת פסקי הדין.

ג. ממצאים

בפרק זה נסקור את הממצאים שעלו מהניתוח שעשינו. יצוין, כי ממצאים אלה מספקים תמונה מעניינת לגבי האופן שבו בתי הדין לעבודה מיישמים את הלכת איסקוב-ענבר, חלקה מאד חיובית, וחלקה בעייתית. במסגרת הדיון נצביע על כל סוגי הממצאים תוך העמקה בקשיים ביישום ההלכה ופיתוחה. דיון בעיקרי הממצאים ובקשיים האמורים יעשה לעומק בפרק הבא של המאמר.

1. יישום מבחני איסקוב-ענבר

(א) סוג המידע והגדרת פגיעה בפרטיות על ידי בתי הדין לעבודה

במרבית פסקי הדין וההחלטות שבדקנו, סוג המידע שנדון היה התכתבויות דואר אלקטרוני (33% מפסקי הדין) או עיון במחשב (22% מפסקי הדין), כאשר עיון במחשב כולל הן עיון במסמכים השמורים במחשב, גלישה באינטרנט ממחשב העבודה (עיון בהיסטוריית גלישה) וכן עיון בתיבת דוא"ל. בנוסף, מספר פסקי דין עסקו בהתכתבויות ממכשיר הטלפון הנייד (12%) ושימוש במצלמות במקום העבודה (6% מפסקי הדין). יתר

מהדין האירופאי ומהלכת בית המשפט העליון לאור ההבחנה שבוצעה באיסקוב-ענבר בין מידע מקצועי לבין מידע פרטי.

⁵⁶ לעניין מטה דאטה ופגיעה בפרטיות ראו: Paula Kift and Helen Nissenbaum, *MetaData in Context – An Ontological and Normative Analysis of the NSA's Bulk Telephony Metadata Collection Program*, 13:2 ILS: A JOURNAL OF LAW AND POLICY FOR THE INFORMATION SOCIETY 333 (2016) יש לציין בהקשר זה כי בית המשפט העליון בפרשת בן מאיר, ראה שימוש במגה דאטה כפגיעה בפרטיות, ראו: בג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 26.04.2020).

פסקי הדין עסקו בסוגים שונים של מידע כגון איכון מכשיר נייד לגבי מקום הימצאותו של העובד,⁵⁷ מידע ביומטרי,⁵⁸ וגילוי מסמכים רפואיים.⁵⁹

בפסק דין איסקוב-ענבר, בית הדין משרטט את הגבולות בין המרחב הווירטואלי הפרטי של העובד במקום העבודה לבין המרחב שהוא קניינו של המעסיק באמצעות סיווג תיבות דוא"ל (מקצועית, מעורבת, אישית ותיבה חיצונית-פרטית) וכן לפי תוכן ההתכתבות. להבחנות אלו ישנן השלכות, על פי הלכת איסקוב-ענבר, על סיווג פעולות מעקב וניטור כפגיעה בפרטיות. מבדיקת פסקי הדין וההחלטות במאגר עולה, כי אכן סיווג פעולה כפגיעה בפרטיות נעשית בעיקר על פי תוכן ההתכתבות וכן על פי סיווג הפלטפורמה בה מצוי המידע. קרי, ככל שמדובר במידע עסקי ובפלטפורמה המשמשת לצרכי עבודה (מסמכים על מחשב בעבודה או תיבת דוא"ל מקצועית) כך הנטייה של בתי הדין לקבוע כי ניטור מידע זה אינו פוגע בפרטיות או שהפגיעה הינה ברף הנמוך. להבדיל, ככל שמדובר בתוכן שאינו מקצועי (לדוגמא גלישה באתרי אינטרנט שאינם מקצועיים או במידע רפואי על העובד) כך הנטייה של בית הדין לפסוק כי מדובר בפגיעה בפרטיות.

כך לדוגמא, בעניין מנגלוס, בית הדין קיבל כראיה חוות דעת של מומחה מחשבים לפיה סמוך לעזיבתם של מספר עובדים, שותפים ועורכי דין במשרד עורכי דין, הם מחקו והעתיקו קבצים רבים מהמחשבים במשרד לענן (דרופבוקס).⁶⁰ בית הדין נימק זאת בכך שלא הוכח, כי המומחה פרץ לתיבות דואר אישיות וכי המומחה טען (טענה שלא נסתרה) כי הגדיר את החיפוש באופן שיכוון למסמכים הנוגעים ללקוחות המשרד ולא למסמכים פרטיים.⁶¹ דוגמא נוספת הנה בעניין חננאל, שם בית הדין פסק כי השארת מידע רפואי של עובדת גלוי לעיני כל מהווה פגיעה אסורה בפרטיות. בית הדין הדגיש כי "מידע אודות מצבו הבריאותי של אדם הוא היבט מובהק ומרכזי של צנעת חייו ומידע שכזה מצוי בליבת הזכות לפרטיות, בעוד גילוי ללא הסכמת בעל המידע, מהווה פגיעה חמורה בפרטיותו".⁶²

בעניין רמי חי בית הדין מצד אחד קיבל בקשה לעיין במסמכים שהעובד, אשר נטען כנגדו שגלש באתרים פורנוגרפיים ושמר תמונות של תלמידים, שהיו במחשב שלו במהלך העסקתו כחלק מהליך גילוי מסמכים, אך מצד שני לא איפשר עיון בהיסטוריית הגלישה של העובד מכיוון שמדובר בחדירה חמורה למרחב הווירטואלי הפרטי והאינטימי שלו.⁶³ מעבר לכך, בתי הדין מבצעים הבחנה בין מעקב במרחב ציבורי למרחב פרטי הן במרחבים הווירטואליים והן במרחבים הפיזיים. בעניין אברמסון, בית הדין בחן את הפגיעה הנגרמת

⁵⁷ לדוגמא בפרשת שטטר, לעיל ה"ש 44.

⁵⁸ פרשת עיריית קלנסווה, לעיל ה"ש 1.

⁵⁹ לדוגמא בפרשת חננאל, לעיל ה"ש 51.

⁶⁰ סע"ש (אזורי ת"א) 25953-12-14 ד"ר שלמה כהן ושות' - משרדי עורכי דין נ' מנגלוס, פס' 22 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 18.01.2015).

⁶¹ שם.

⁶² פרשת חננאל, לעיל ה"ש 51, פס' 262 לפסק-הדין.

⁶³ סע"ש (אזורי ת"א) 79357-01-19 רמי חי - ויצו נ' הסתדרות עולמית לנשים ציוניות (ע"ר), פס' 42-43 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 11.06.2020).

כתוצאה ממעקב של חוקר פרטי אחר עובד ברשות הרבים (במרחב הפיזי), וקבע כי זו עולה כדי פגיעה קטנה יותר בפרטיות ביחס למעקב בבית פרטי או לעיון בתיבת דוא"ל של עובד בה הוא כותב את צפונות לבו בין היתר למקורביו ויקיריו.⁶⁴ הבחנה דומה נעשתה גם לעניין צילום העובד במרחב הציבורי (כגון צילומי אבטחה בכניסה לבניין), שאז בית הדין פסק כי לא מדובר בפגיעה מובהקת בפרטיות, לעומת צילום בחדר הפרטי שמהווה מרחב אישי במקום העבודה.⁶⁵

עם זאת, במקרים רבים, הבחנה בין העולם המקצועי לעולם הפרטי אינה פשוטה, דבר המקשה על חידוד הפגיעה בפרטיות. בית הדין בעניין שטטר עמד על בעייתיות זו:⁶⁶

"האתגרים שמציבות האפשרויות הטכנולוגיות חוצים ענפי משפט. הם לא פסחו, ובמידה רבה ביטויים אף גבר בתחום יחסי העבודה. זאת נוכח הטשטוש הגובר של קו הגבול בין חיי העבודה לחיים הפרטיים – מזה, וריבוי אמצעי התקשורת ובהם מחשבים וטלפונים ניידים אשר גורמים לכך שהמעסיק יכול לפקח על העובדים ולנטרם גם כשאינם נמצאים בחצרי המעסיק. בחלק מהמקרים הטשטוש בין העולם הפרטי והעולם המקצועי ובין רשות הרבים ורשות הפרט מוביל לכך כי מקום העבודה נהפך להיות מרחב נזיל שבו למעסיק יש פוטנציאל פיקוח בכל פעולה בכל נקודת זמן בכל מקום בעבודה ומחוצה לה".

אנו לא מצאנו דיון מעמיק במקרים מעין אלה, על אף ההצבעה על הבעייתיות האמורה. כך, מעבר להבחנות כלליות בין הפרטי לבין המקצועי-עסקי, בתי הדין כמעט לא דנים בשאלה האם הפרטיות נפגעה. למשל, בתי הדין לא שואלים האם מידע שנאסף על ידי טכנולוגיות בינה מלאכותית על בסיס meta data עולה כדי פגיעה בפרטיות, מה המשמעות של אנונימיות באיסוף המידע והאם ניתן לזהות את בעל המידע, האם יש באיסוף המידע ועיבודו פגיעה בפרטיות, או שמא רק שמירתו והגישה אליו מהווים פגיעה שכזו; בתי הדין לא עיצבו כללים לגבי מידע מעורב – עסקי ופרטי; בתי הדין לא עסקו בשאלה האם מידע הנוגע לתכליות, כגון פגיעה בסודות מסחריים או פתיחת עסק מתחרה, הוא מידע עסקי או פרטי; בתי הדין גם נשענים על ההבחנות בין התיבות השונות כפי שאלו נקבעו באיסקוב-ענבר, מבלי בהכרח לבחון לעומק האם המידע הרלוונטי שנדון הוא פרטי או עסקי.⁶⁷

(ב) מבחן ההסכמה

כאמור, קושי מרכזי ביישום הלכת איסקוב-ענבר נוגע לדרישה בפסק הדין, כי הסכמת העובד צריכה להיות מדעת ומרצון חופשי, כאשר המדובר בתיבות הדוא"ל המעורבת

⁶⁴ ס"ע (אזורי י"ם) 50814-01-12 אברמסון נ' מלם מערכות בע"מ, פס' 13 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 11.09.2014).

⁶⁵ סע"ש (אזורי ת"א) 45564-12-17 כהן נ' אל על נתיבי אויר ישראל בע"מ, פס' 19 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 09.03.2018); על"ח (אזורי ת"א) 1116-02-12 דלל-גפנר נ' פריגו ישראל סוכנויות בע"מ, פס' 17 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 18.08.2013).

⁶⁶ פרשת שטטר, לעיל ה"ש 44, בפס' 10 לפסק-הדין.

⁶⁷ כך למשל, בעניין סע"ש (אזורי ת"א) 24704-11-16 זיפקום תקשורת בע"מ נ' חסקלוביץ' (פורסם בנבו, 20.08.2019), בית הדין אומר כי "עפ"י ההלכה הפסוקה, אין מניעה כי המעסיק יחדור לתוכן התכתבות מקצועית בתיבת דוא"ל שהוא מעמיד לרשות עובדיו". פס' 139 לפסק הדין.

והמקצועית. ואולם קביעה זו סותרת את האמירות גם בגוף פסק הדין כי לאור פערי הכוחות בין הצדדים, קשה מאד לתת הסכמה חופשית, וכן את הדרישה כי הסכמה תיבחן רק לאחר התקיימותם של כמה תנאי סף מצטברים, לרבות דרישת מדיניות.⁶⁸ עוד בחנו מצבים בהם בתי הדין התייחסו לפרטיות כזכות קוגנטית שאי אפשר להתנות עליה, כמו במקרה של תיבה פרטית בהלכת איסקוב-ענבר.

מצאנו שבתי הדין מעניקים משקל יחסית משמעותי למבחן ההסכמה. דרישת ההסכמה נדונה במישרין או בעקיפין בכ-70% מפסקי הדין וההחלטות, הן במקרים בהם הוכרה הפגיעה בזכות לפרטיות וניתן סעד והן במקרים בהם לא הוכרה הפגיעה בפרטיות. מקריאת פסקי הדין וההחלטות של בתי הדין הבחנו כי ניתן לחלק את המצבים בהם נידונה דרישת ההסכמה לשני קצוות ולמצבי ביניים.

בקצה האחד, בתי הדין קבעו במצבים מסוימים, כי האיסור על הפגיעה בפרטיות הוא קוגנטי ולא ניתן להתנות עליו בהסכמת כללית של העובד. המצבים המרכזיים בהם בתי הדין פסקו בגישה זו וקבעו כי מדובר בפגיעה אסורה בפרטיות שלא ניתן להתנות עליה כאמור, הם למשל, כאשר המעסיק ניטר או ביקש לנטר תיבת דוא"ל פרטית של העובד, גלישה של העובד באינטרנט, או חדר לחשבון הוואטסאפ של העובד. כך למשל, בעניין סולימנוב בית הדין פסק, שמכיוון שמדובר בניטור של תיבת דוא"ל פרטית, אין משמעות לכך שהמעסיק הודיע לעובדים על ניטור המחשבים ולשאלה האם יש לראות בשתיקת העובדים להודעה זו כהסכמה. יתרה מכך, בית הדין ציין, כי גם אם ניתנה הסכמת העובד לחדירה לתיבת הדוא"ל הפרטית שלו, חזקה שהסכמה זו ניתנה מכורח ולא מרצון חופשי ולכן אינה תקפה. עם זאת, נפסק כי אילו היה מדובר בתיבה מעורבת או תיבה אישית שבבעלות המעסיק, היה מקום לבחון שאלות אלו.⁶⁹ בעניין בירנבוים, בית הדין הורה על הוצאת ראייה ופסק כי כאשר מדובר בתיבת דוא"ל חיצונית-פרטית שבבעלות העובד, שאלת ההסכמה אינה רלוונטית ולמעסיק אסור לחדור או לעקוב אחר השימוש שהעובד עושה בתיבה זו.⁷⁰ בעניין רמי חי, בית הדין דחה בקשה לצפייה בהיסטוריית גלישה של עובד שפוטר וקבע כי בקשה זו "חורגת מגדר הליך גילוי מסמכים בתביעה אזרחית רגילה שבין עובד למעסיק", שכן תהא בכך חדירה אסורה אל המרחב הווירטואלי הפרטי והאינטימי של העובד.⁷¹ בעניין גבע, בית הדין קבע כי חזקה שהעובד לא נתן הסכמתו לעיין בתכתובת אישית שנעשתה באמצעות הפייסבוק.⁷²

בקצה האחר, במצבים מסוימים, בתי הדין כלל לא נדרשו לשאלת ההסכמה או קבעו כי הסכמת העובד אינה רלוונטית. כך למשל, בעניין ברמן, בית הדין קבע כי מכיוון

⁶⁸ פרשת איסקוב-ענבר, לעיל ה"ש 2, פס' 41-43 לפסק-הדין.

⁶⁹ פ"ה (אזורי ב"ש) 40066-04-16 כרמל בידוד בע"מ נ' סולימנוב (פורסם בנבו, 13.08.2017), פס' 52 לפסק-הדין.

⁷⁰ ס"ע (אזורי ת"א) 11371-09-11 שיאולוגי בע"מ - נתן בירנבוים (פורסם בנבו, 04.11.2015), פס' 31-32 לפסק הדין.

⁷¹ פרשת רמי חי, לעיל ה"ש 63, פס' 43-44 לפסק הדין.

⁷² ס"ע (אזורי ת"א) 1575-09-15 עו"ד אילן גבע - עו"ד יגאל מזרחי (פורסם בנבו, 29.09.2016), פס' 16-15.

שהחדירה לתיבת דוא"ל מעורבת נעשתה לאחר שהיו ראיות לפעילות אסורה מצד העובד ולאור חשש שהעובד ינסה להעלים ראיות ולשבש חקירה משטרתית, קבלת הסכמתו הייתה מיותרת.⁷³ זאת במסגרת הליך אקס-פוסט בו המעסיק ביקש להציג את הראיות. בעניין אקספו, בית הדין ביצע הבחנה בין עובד שעודנו מועסק ומטרת ניטור תיבת הדוא"ל היא אגירת מידע על העובד לשימוש עתידי במידת הצורך, לבין עובד לשעבר שהמעסיקה חוששת כי הקים עסק פרטי מתחרה בעודו מועסק או גזל את סודותיה. במקרה השני, וכאשר מדובר בתיבת דוא"ל מקצועית, בית הדין פסק כי אין צורך בהסכמה.⁷⁴ במילים אחרות, כאשר אופי המידע הוא עסקי, בין בשל תוכנו (לדוגמא, מצגות עסקיות לעומת פרטים הנוגעים למשפחה או לחברים) ובין בשל הפלטפורמה בה המידע מועבר (תיבת דוא"ל מקצועית לעומת תיבה פרטית), והמעקב נעשה לצורך תכלית של הגנה על העסק, סודותיו ונאמנות כלפיו, בתי הדין לעבודה לא בוחנים את הסכמת העובד. זהו יישום בעייתי של ההלכה, שכן, כאמור, בית הדין בפרשת איסקוב-ענבר קבע שלושה מבחני עזר למצבים בהם הסכמת העובד אינה נדרשת ואלה אינם מיושמים במלואם על ידי בתי הדין. יישום בעייתי זה אף קשור, להערכתנו, לנקודה שהעלינו קודם לכן לגבי העדרו של דיון מעמיק בשאלת הפגיעה בפרטיות, שכן גם לגבי מידע פרטי המצוי בתיבה מעורבת או מקצועית, נדרשת הסכמה ספציפית, מפורשת, מדעת ומרצון על פי איסקוב-ענבר.

שני הקצוות של קוגנטיות, מחד גיסא, והעדר דרישה להסכמה מאידך גיסא, מצויים גם בפסיקה ובהנחיות הרשות להגנת הפרטיות בנוגע לשימוש במצלמות מעקב במקום העבודה, בין אזורים ציבוריים לבין המרחב הפרטי של העובד. בהתאם להנחיות, באזורים המסווגים כמרחב הפרטי של העובד, אסור לצלם את העובד ללא ידיעתו ואסור להתקין מצלמות נסתרות, אפילו למטרה לגיטימית, גם אם התקבלה הסכמה עקרונית של העובד לביצוע צילומי סתר במשרדי העובדים.⁷⁵ לעומת זאת, במקרים אחרים, כאשר המצלמות הוצבו במרחב הציבורי, בית הדין פסק כי לא נדרש לבצע פעולות מיוחדות להגנה על פרטיות העובדים.⁷⁶ ואולם, במקרה של מצלמות שהוצבו במרחב הציבורי ההנחה היא כי אין פגיעה משמעותית בפרטיות, מה שלא נכון לגבי המקרים בהם לא נבחנה הסכמה שפורטו לעיל.

רק במצבים מסוימים, שנופלים בתווך שבין שני קצוות אלה, בתי הדין עסקו באופן שבו יש ליישם את דרישת ההסכמה ולמשקל שיש לתת לשאלה האם ניתנה מראש, מדעת ומרצון חופשי. ואולם מהניתוח שלנו של פסקי הדין לא ניתן היה לראות כי בתי הדין קבעו הלכה ברורה וסדורה בענין זה. נראה, כי על בתי הדין לעבודה להמשיך ולפתח את מבחן ההסכמה במקרים האמורים. במספר המועט של המקרים בהם נדון אופן יישום דרישת ההסכמה, בתי הדין התייחסו לקריטריונים לביסוס ההסכמה. בנוסף, למרות שהלכת איסקוב-ענבר קבעה כי הסכמה תיבחן רק לאחר התקיימותם של כמה תנאי סף מצטברים,

⁷³ פרשת ברמן, לעיל ה"ש 50, פס' 8 לפסק הדין.

⁷⁴ פרשת אקספו, לעיל ה"ש 7, פס' 26 לפסק הדין.

⁷⁵ הנחיית מצלמות מעקב ביחסי עבודה, לעיל ה"ש 3.

⁷⁶ פרשת דלל-גפנר, לעיל ה"ש 65; פרשת אל-על נחיבי אוויר, לעיל ה"ש 65.

הרי שבתי הדין בחנו את התקיימותם של תנאים אלה במקרים מועטים בלבד מתוך פסקי הדין שכן דנו בדרישת ההסכמה.

הפיתוח המרכזי לדרישת ההסכמה ניתן בעניין קלנסווה. כאמור, בהלכת איסקוב-ענבר בית הדין קבע, כי הדרישה להסכמה כללית מדעת ומרצון למדיניות השימוש והמעקב שנקבעה בהסכם הקיבוצי היא תנאי הכרחי אך בלתי מספיק וכי "נדרשת הסכמה מיוחדת של העובד, לכל פעולה ופעולה שבכוונת המעסיק לנקוט בחדירה לתכתובת ולקבצים אישיים בתיבת הדואר שהוקצתה לו, תוך שמירת זכותו שלא ליתן הסכמתו לחדירת המעסיק לאותה תיבה".⁷⁷ בעניין קלנסווה, בית הדין הארצי לעבודה קבע שהשימוש בשעון ביומטרי לצורך מעקב אחר שעות עבודה אינו אסור קטגורית, אלא, שהכשרת שימוש כזה, שיש בו משום פגיעה בפרטיות וזכותן של העובדות לאוטונומיה על גופן, יכולה להיעשות באחת מהדרכים הבאות: בחוק או בהסכמה שאינה נוגדת את תקנת הציבור.⁷⁸ בפרט, ככל שהפגיעה נעשית על דרך של הסכמה, נדרשת הסכמה מדעת ומרצון חופשי.⁷⁹ בית הדין דן אך לא מכריע בשאלה האם הסכמה קיבוצית מייטרת את הצורך בהסכמה פרטנית. מצד אחד, אומר בית הדין, הסדרה שכזו מעניקה יתרון ל"גודל" ומקלה על המעסיק במגעיו עם העובדים, ומנגד, ניתן לטעון שהסדרה קיבוצית של השימוש בשעון ביומטרי טעונה הסכמה פרטנית שכן מדובר בחדירה ליחידה האוטונומית של האדם.⁸⁰ בעניין אנהין, בית הדין פסק כי לא ניתן לבסס את הסכמת העובד לניטור תיבת הדוא"ל על סמך סעיף עם ניסוח גורף בהסכם העסקה.⁸¹ באופן דומה, בעניין בירנבוים, עולה כי לא ניתן לבסס הסכמה על "אזהרה" כללית שניתנה לכל העובדים וכי נדרשת הסכמה ספציפית של העובד.⁸² בעניין בובר,⁸³ במהלך דיון בהליך, התובע הסכים לגלות את תיבת הדוא"ל שלו, הסכמה שקיבלה תוקף של החלטת בית הדין, ובהמשך ביקש לחזור בו מהסכמתו. בית הדין קיבל את בקשתו ופסק: "סבורני שאין הצדקה להותיר את ההחלטה על כנה ואין הצדקה לאפשר את העיון בתיבת הדוא"ל של התובע, רק בשל העובדה שהתובע נתן הסכמתו לענין זה וחזר בו מההסכמה".⁸⁴

(ג) עקרון הלגיטימיות

⁷⁷ פרשת איסקוב-ענבר, לעיל ה"ש 2, פס' 33 לפסק-הדין.

⁷⁸ בית הדין מפרט כי הסכמה שאינה נוגדת את תקנת הציבור, בהקשר זה, הינה הסכמה מדעת ומרצון חופשי, העומדת במבחני תום הלב ובמבחני סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. ראו פרשת עיריית קלנסווה, לעיל ה"ש 1, בפס' 89 לפסק-הדין

⁷⁹ שם, פס' 129-130 לפסק-הדין.

⁸⁰ שם, פס' 120-121 לפסק-הדין.

⁸¹ סע"ש (אזורי ת"א) 14245-02-17 אנהין נ' אליאסי (פורסם בנבו, 22.07.2017), פס' 40-42 לפסק-הדין.

⁸² פרשת בירנבוים, לעיל ה"ש 70, פס' 32 לפסק-הדין.

⁸³ סע"ש (אזורי ת"א) 30032-12-17 בובר נ' בובר (פורסם בנבו, 29.01.2019). במועד כתיבת שורות אלו התביעה עודנה תלויה ועומדת.

⁸⁴ שם, פס' 6 לפסק הדין.

כאמור, עקרון הלגיטימיות כולל דרישה להגבלת איסוף המידע על ידי אמצעים אלקטרוניים למטרות החיוניות למקום העבודה, וכן הגבלת השימושים אשר ייעשו בהמשך באותו מידע.

בתי הדין הכירו במפורש בתכלית כלגיטימית בעיקר בכל הנוגע בתכליות לשימוש במידע ולא בנוגע לתכלית איסופו. תכליות שהוכרו באופן מפורש כלגיטימיות קשורות בחשש לגזל סוד מסחרי, הגנת סייבר, ניהול והגנה על העסק כגון לצורך שעון נוכחות (קלנסווה) ואבטחה (למשל מצלמות אבטחה). כך למשל, בעניין הסתדרות עובדי המדינה,⁸⁵ בית הדין פסק כי התכליות שהוצגו על ידי המדינה לצורך הטמעת מערכת איכון רכבים – תכלית כלכלית (חיסכון כספי שייווצר כתוצאה משיפור האפקטיביות של השימוש בכלי הרכב) ותכלית בטיחותית (שיפור הבטיחות באמצעות בקרה אחר נהיגת כביש חריגה) הינן ראויות.⁸⁶ ברוב המקרים, ניתן היה לגזור מהפסיקה הכרה בתכליות לגיטימיות לשימוש במידע וזאת במסגרת טענות המעסיק כי ניטור תיבת דוא"ל ומסמכים נוספים נדרשים על מנת להוכיח טענותיו שהעובד פגע בעסק, בין היתר באמצעות הקמת עסק מתחרה במהלך עבודתו אצל המעסיק,⁸⁷ פגיעה בסודות מסחריים של החברה,⁸⁸ הפרת חובות סודיות או חובות אמונים,⁸⁹ או הוכחת טענות בהקשרים נוספים הנוגעים ליחסי עבודה כגון קיומם של יחסי עובד-מעסיק.⁹⁰ תכליות אלו עורבבו פעמים רבות עם אינטרס הגילוי שבהליך המשפטי, יעילות הדיון וחקר האמת, ולעתים עמדו בפני עצמן.

כאמור, כאשר בתי הדין עסקו בעיקרון הלגיטימיות, הרי שהם לא עשו הבחנה בין התכלית של איסוף המידע לבין התכלית של השימוש במידע, למרות חשיבותה של הבחנה זו ליישום מבחן הלגיטימיות וכן ליישומם של מבחנים אחרים, בעיקר עיקרון צמידות המטרה שנועד לוודא כי נעשה שימוש במידע רק למטרה שלשמה הוא נאסף. להלן סיכום התכליות המרכזיות שהוכרו, במישורין או בעקיפין, על ידי הפסיקה כלגיטימיות לצורך ביצוע פעולות ניטור ומעקב הכוללות איסוף מידע פרטי ושימוש בו באמצעים טכנולוגיים.⁹¹

⁸⁵ פרשת (ס"ק) הסתדרות העובדים הכללית, לעיל ה"ש 48. יצויין כי בעס"ק (ארצי) הסתדרות העובדים הכללית, לעיל ה"ש 48, בית הדין הארצי לעבודה נתן תוקף של פסק דין להסכמת הצדדים לביטול פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה מיום 8.10.2020.

⁸⁶ פרשת בעס"ק (ארצי) הסתדרות העובדים הכללית, לעיל ה"ש 48, פס' 110 לפסק-הדין.

⁸⁷ סע"ש (אזורי ת"א) 22614-09-19 ש. אנגל מהנדסים בע"מ נ' בונגרט (פורסם בנבו, 27.04.2020); פ"ה (אזורי חי') 15794-10-17 אקספוז אופנה בע"מ נ' הברפלד (פורסם בנבו, 04.02.2018).

⁸⁸ סע"ש (אזורי ת"א) 69292-03-18 מאפי - פארמה בע"מ נ' טומוב ז"ל (פורסם בנבו, 09.12.2019)

⁸⁹ פרשת אנחין, לעיל ה"ש 81.

⁹⁰ סע"ש (אזורי ת"א) 38650-09-17 אי.איי.סי - מרכז הפרסום הישראלי בע"מ נ' גולן (פורסם בנבו, 04.12.2018).

⁹¹ יצויין כי במקרים בהם מדובר בהליך גילוי מסמכים, אינטרסים אלו מצטרפים לזכות המעסיק להשיג ראיות התומכות בעניינו בהליך וכן לאינטרס חקר האמת.

1. חשש לגזל סודות מסחריים או הקמת עסק מתחרה על ידי עובד.⁹² כך למשל, בעניין אקספו, בית הדין התיר ניטור תיבת דוא"ל מקצועית שהייתה בשימוש העובד במהלך עבודתו אצל התובעות, לאור החשש של התובעות כי העובד הקים עסק מתחרה במהלך עבודתו.⁹³
2. חשש מפני פעילות פלילית או מזיקה של העובד כלפי העסק או כלפי אחרים.⁹⁴ בעניין ברמן, בית הדין התיר שימוש בראיות שהושגו באמצעות חדירה לכתובת דוא"ל שהוקצתה לעובד לצורך עבודתו, מכיוון שהוכח שפעל לפגוע במעסיקה ו"נוכח החשש הלגיטימי מפני מעשים נוספים".⁹⁵
3. דיווח ומעקב אחר נוכחות.⁹⁶ בית הדין פסק כי מעקב אחר נוכחות מהווה אינטרס לגיטימי של המעסיק המצדיק פגיעה מסוימת בפרטיות, הן כחלק מהניהול השוטף של העסק,⁹⁷ והן על מנת לגלות מעשה שלא כדין כגון דיווח נוכחות שקרי,⁹⁸ וכחלק מהליך גילוי מסמכים.⁹⁹ עם זאת, בעניין קלנסווה, בית הדין הארצי קבע כי בבחינת תכלית הפעלת אמצעי מעקב יש לבחון את ההקשר בו האמצעי מיושם. כך למשל, האמצעי של מסירת טביעת אצבע לשם רישום שעות בשעון נוכחות ביומטרי עשוי להימצא בלתי לגיטימי אצל מעסיקים מסוימים ועשוי להימצא ראוי כאשר מדובר במעסיקים אחרים, כגון מפעל ביטחוני.¹⁰⁰ בעניין אברמסון,¹⁰¹ במסגרת תביעה

⁹² דוגמאות: פרשת **אקספו**, לעיל ה"ש 7; סע"ש (אזורי ת"א) 41363-03-13 **אורי יוסקוביץ - טלרד נטורקס בע"מ** (פורסם בנבו, 15.10.2017); סע"ש (אזורי ת"א) 18515-02-18 **בן ציון סעדה - בלוקשטיל בע"מ** (פורסם בנבו, 13.05.2020); סע"ש (אזורי ת"א) 12303-09-18 **רובורופ ט.א.ק. בע"מ - רוני באום** (פורסם בנבו, 24.03.2020); סע"ש (אזורי ת"א) 26316-09-15 **חי סוריא - רועי בן ארי** (פורסם בנבו, 03.11.2016); ת"פ (עבודה חיפה) 25861-02-16 **איסתא ישראל בע"מ - בלה רוזנברג** (פורסם בנבו, 21.03.2016); פרשת **בירנבוים**, לעיל ה"ש 70; סע"ש (אזורי ת"א) 24960-02-19 **א.מ רכיבים (2005) בע"מ - פנחס מולדובן** (פורסם בנבו, 06.10.2020).

⁹³ פרשת **אקספו**, לעיל ה"ש 7, פס' 28 לפסק-הדין.

⁹⁴ דוגמאות: פרשת **ברמן**, לעיל ה"ש 50; פרשת **רמי חי - ויצו**, לעיל ה"ש 63.

⁹⁵ פרשת **ברמן**, שם לעיל ה"ש 50, פס' 8 לפסק-הדין. מפסק הדין עולה כי לאחר שנתגלעה מחלוקת בנוגע לתנאי העסקתו, העובד נקט בשורה של פעולות "מתוך כעס ונקמה", לרבות הסרת רישיונות של לקוחות החברה, התחזות במייל לעובד אחר על מנת לחבל בשיתופי פעולה בין החברה ללקוחותיה, והפצת חוזה עבודה של עובד אחר על מנת להתסיס את יתר העובדים כנגד החברה. זאת, בין היתר, באמצעות שימוש בהרשאות וסיסמאות שניתנו לעובד מתוקף תפקידו כבעל תפקיד בכיר בחברה לאבטחת מידע. עוד עולה מפסק הדין כי חדירת המעסיקה לתיבת הדוא"ל של העובד נעשתה לאחר שהיו בידיה ראיות לפעילות פלילית לכאורה או other wrongdoing ומתוך חשש שהעובד ינסה להעלים ראיות ולשבש חקירה משטרתית.

⁹⁶ דוגמאות: פרשת **עיריית קלנסווה**, לעיל ה"ש 1; פרשת **דלל-גפנר**, לעיל ה"ש 65; פ"ה (אזורי חי') 1274-04-17 **מרעי נ' המועצה המקומית פרדיס** (פורסם בנבו, 02.04.2018); פרשת **אברמסון**, לעיל ה"ש 64.

⁹⁷ פרשת **עיריית קלנסווה**, לעיל ה"ש 1.

⁹⁸ פרשת **אל-על נתיבי אוויר**, לעיל ה"ש 65; פרשת **אברמסון**, לעיל ה"ש 64.

⁹⁹ פרשת **שטטר**, לעיל ה"ש 44.

¹⁰⁰ פרשת **עיריית קלנסווה**, לעיל ה"ש 1, בפס' 132 לפסק-הדין.

¹⁰¹ פרשת **אברמסון**, לעיל ה"ש 64.

לפיצויים בגין פגיעה בפרטיות בשל מעקב וחקירה שביצעה הנתבעת, בית הדין פסק כי המעקב אחר העובד בוצע למטרה לגיטימית שנועדה להגן על אינטרס לגיטימי של המעסיק - לבדוק את טענותיו של עובד לפיהן נבצר ממנו להתייצב לשימוע.¹⁰² בעניין זה, הנתבעת הזמינה חקירה סמויה אחר העובד לאחר שהגיש אישורי מחלה רבים ובכך דחה שיחת שימוע לפיטורי צמצום צפויים, דבר שעורר חשד אצל הנתבעת שמדובר באישורים פיקטיביים שמטרתם לסכל את עריכת השימוע.

4. ניהול שוטף של העסק. כאמור, בעניין הסתדרות עובדי המדינה, בית הדין פסק כי התכליות שהוצגו על ידי המדינה לצורך הטמעת מערכת איכון רכבים – תכלית כלכלית (חיסכון כספי שיווצר כתוצאה משיפור האפקטיביות של השימוש בכלי הרכב) ותכלית בטיחותית (שיפור הבטיחות באמצעות בקרה אחר נהיגת כביש חריגה) הינן ראויות.¹⁰³

5. הגנת סייבר ואבטחה.¹⁰⁴ ניתן לטעון כי הגנת סייבר ואבטחה מהווים אמצעי ולא תכלית בפני עצמה וניתן לראות בהגנת סייבר ואבטחה כתכלית כללית המאגדת תחתיה מספר תכליות כגון הגנה על מאגרי מידע, שמירה מפני פגיעה במטרות חברתיות, סביבתיות וביטחוניות, הגנה על סודות, על קניינו של המעסיק ועוד.¹⁰⁵ ואכן, הדיון בהגנת סייבר ואבטחה כתכליות הינו מועט בפסקי הדין. יתכן ופער זה נובע מהנקודה שציינו קודם לכן, לפיה בתי הדין לעבודה לא מבחינים בין תכלית איסוף המידע, לבין תכלית השימוש במידע. זאת הואיל וניטור קבוע של הדוא"ל הוא פעמים רבות לצורך הגנה על הסייבר, בעיקר מאגרי מידע. תכלית הגנת סייבר נדונה רק בעניין אודיס,¹⁰⁶ אך מספר פסקי דין התייחסו להתקנת מצלמות אבטחה.¹⁰⁷ מפסק הדין בעניין אודיס עולה, כי בית הדין רואה בהתקנת מערכת ניטור לצרכי אבטחת מידע כתכלית לגיטימית. במסגרת תביעה לפיצויים בגין יחסי עבודה פוגעניים, טען התובע כי החברה פגעה בפרטיותו ובפרטיות העובדים בכלל, בכך שאולץ לחתום על מסמך המאפשר לה לחדור לתיבת הדואר האלקטרוני ולבצע מעקב אחר הודעות דוא"ל אישיות.¹⁰⁸ בית הדין פסק כי הנתבעת פעלה בצורה לגיטימית בכך שהזירה

¹⁰² שם, פס' 13 לפסק-הדין.

¹⁰³ פרשת **בעס"ק (ארצי) הסתדרות העובדים הכללית**, לעיל ה"ש 50, פס' 110 לפסק-הדין.

¹⁰⁴ יצוין כי מטרה זו הוכרה כלגיטימית גם על ידי ה-GDPR. סעיף 49 להוראות המבוא ל-GDPR, קובע כי עיבוד מידע לצרכי הגנת הסייבר, המוגבל והפרופורציונאלי למידה הנדרשת לאבטחת המידע, מהווה אינטרס לגיטימי של הגורם השולט במידע. ראו: Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) ("GDPR")

¹⁰⁵ ראו עינת אלבין וגיל עומר, "הזכות לפרטיות בתעסוקה בעידן של הגנת סייבר: פרדיגמה של דיני עבודה" (טרם פורסם).

¹⁰⁶ פרשת **אודיס**, לעיל ה"ש 47.

¹⁰⁷ דוגמאות: פרשת **דלל-גפנר**, לעיל ה"ש 65; פרשת **אל-על נתיבי אוויר**, לעיל ה"ש 65.

¹⁰⁸ פרשת **אודיס**, לעיל ה"ש 47, בפס' 13 לפסק-הדין.

את עובדיה כי ייתכן והמידע שהם בוחרים להעלות במחשביה יהיה חשוף, בעקבות התקנת מערכת אבטחת מידע אשר מנטרת קבצים והודעות מייל שיוצאים ונכנסים אל מחשבי החברה.¹⁰⁹

6. גילוי מסמכים, היא תכלית לגיטימית נוספת שבתי הדין מזכירים, ואולם פה ההלכה אינה ברורה דיה ואינה חד משמעית. בפועל, איתרנו שני אופנים מרכזיים בהם בתי הדין לעבודה מתייחסים להלכת איסקוב-ענבר בהליכים אלה, עליהם נפרט בהרחבה בתת הפרק "ממצאים נוספים".

נציין, כי ההתייחסות בפסיקה למבחן הלגיטימיות הנה דלה ואנו דלינו את רובה מדיוני רקע בפסקי הדין. במקרים בהם בתי הדין לא מקבלים במלואן טענות בגין פגיעה בפרטיות, העדרו של דיון זה הנו בעייתי, שכן שאלת הלגיטימיות הנה קריטית לצורך ההגנה על הפרטיות. מעבר לכך, מכיוון שבתי הדין לא בוחנים את שאלת הלגיטימיות בצורה ישירה ומדויקת, הם אף לא מנמקים בצורה מעמיקה מדוע המטרה הנה לגיטימית. למשל, האם אכן לגיטימי לעקוב אחרי עובד על מנת לבדוק את טענותיו כי נבצר ממנו להגיע לשימוע כפי שנקבע בעניין אברמסון?¹¹⁰ האם לגיטימי לאסוף מידע לצורך ניהול הליך משפטי? חשיבות הדיון בשאלת הלגיטימיות נובע גם מכך שעקרון צמידות המטרה וכן עקרון המידתיות ויישומו תלויים בהגדרת המטרה הלגיטימית. אם נחזור לפסק דין אברמסון, בית הדין כמעט ולא בחן את מידתיות האמצעי שנבחר, אלא רק אמר כי מדובר בפגיעה קטנה יחסית בפרטיות מכיוון שמדובר במעקב ברשות הרבים ולא חדרה לדואר האלקטרוני. עוד אמר בית הדין, שניתן היה למצוא דרך פוגענית פחות, כמו למשל שהמעסיקה יכלה להעמיד רופא מטעמה, ואולם פסק, כי אין בכך לשלול דרכים כמו אלה שנקטה המעסיקה.¹¹¹ שאלות מעין אלו ניתן לשאול רק כאשר התכלית הלגיטימית של המעקב והניטור נדונים באופן מפורש. בהקשר לממצאים אלה חשוב לזכור את אמירתו של בית הדין הארצי לעבודה בעניין קלנסווה: "חשוב לעמוד על בהירות בעניין התכלית ולזכור שלעתים התכלית המוצהרת מסתירה תכלית אמיתית אחרת".¹¹² אין לנו אלא להסכים.

(ד) עקרון צמידות המטרה

עקרון צמידות המטרה נדון לעומק רק בשני פסקי הדין מבין פסקי הדין שסקרנו. בחלקם, שאלת צמידות המטרה אמנם לא הייתה רלוונטית משום שהוכרה הפגיעה בפרטיות ללא קשר למבחן זה ואולם, עדיין מדובר בממצא מטריד. פסקי הדין שכן דנו בעיקרון צמידות המטרה, עסקו בהסדרת פרקטיקה הכרוכה בפגיעה בפרטיות (שעון ביומטרי ואיכון רכבים). בעניין הסתדרות המדינה, בית הדין הצביע על כוונת המדינה להשתמש במידע, המועבר גם למשאבי אנוש של המשרד, גם על מנת לאתר הפרות משמעת של העובדים,

¹⁰⁹ שם, פס' 79-80 לפסק-הדין.

¹¹⁰ פרשת אברמסון, לעיל ה"ש 64.

¹¹¹ פרשת אברמסון, לעיל ה"ש 64 שם, פס' 13 לפסק-הדין

¹¹² פרשת עיריית קלנסווה, לעיל ה"ש 1, פס' 132 לפסק-הדין.

אך פסק כי אם הסנקציות המשמעותיות מהוות אמצעי להשגת התכלית הכלכלית והבטיחותית, אין בכך כדי לאיין את עיקרון צמידות המטרה.¹¹³ בעניין אנחין, ניתן לראות יישום להלכת איסקוב-ענבר לפיה "קביעת מטרה כוללנית, חסרת זיקה לאינטרסים הלגיטימיים של מקום העבודה, לא תוכר כ"תכלית ראויה" המצדיקה מעקב אחר תכתובת אי-מייל של העובד, איסוף מידע ושימוש במידע שהפיק המעסיק מאותה תכתובת".¹¹⁴ באותו עניין, בית הדין פסק כי אין בניסוח גורף בהסכם העסקה המתיר ניטור דואר אלקטרוני כדי לענות על עיקרון צמידות המטרה, שכן לפי עיקרון זה, על המעסיק לפרט מראש אילו שימושים ייעשה במידע ולמי יועבר המידע, ככל שיועבר.¹¹⁵

ניתן לראות יישום לעיקרון צמידות המטרה הכולל כאמור הגבלת השימוש במידע למטרה לשמה נאסף בהנחייה מס' 5/17 של רשם מאגרי המידע שהוזכרה בעניין גליה כהן.¹¹⁶ בעניין זה, בית הדין פסק כי על פי הנחיית רשם מאגרי המידע, מצלמות שמעסיק התקיין לצרכי בקרת כניסה, למטרות ביטחוניות או לשמירה על שלום העובדים, אינן יכולות לשמש למטרת ניהול ומשמעת. עם זאת, נפסק, שמכיוון שהצילומים נעשו ברשות הרבים, כאשר העובדת צולמה נכנסת ויוצאת מהבניין, לא מדובר בפעולות הפוגעות באופן מובהק בפרטיות ולכן בית הדין פסק כי אין לפסול את הראיות.¹¹⁷

בעניין קלנסווה, השופט אילן איטח הדגיש את החשש מאובדן השליטה כאשר מדובר במידע ביומטרי, ופסק שעצם החשש מהשימוש במידע ביומטרי שלא למטרה שלשמו נמסר מהווה פגיעה בפרטיות: "מסירת טביעת אצבע, גורמת לאדם שמסר אותה לאבד את שליטתו על מידע הייחודי לו באופן מובהק, המאפשר זיהוי חד ערכי שלו ומהווה חלק מגופו. השילוב של אופיו הייחודי של המידע מחד, ואובדן השליטה עליו מאידך, הוא-הוא היוצר את הפגיעה הן בפרטיות והן באוטונומיה".¹¹⁸

כאשר הפגיעה בפרטיות נעשית תחת פיקוחו של בית הדין במסגרת בקשה לגילוי מסמכים, בית הדין יכול להגביל את השימושים שנעשים במידע ובכך ליישם את עיקרון צמידות המטרה. כך למשל, בעניין אקספו, בית הדין הגביל את השימוש במידע שיתקבל מניטור תיבת דוא"ל, רק למסגרת ההליך הנדון.¹¹⁹ עם זאת, על אף שההליך מהווה "סביבה מבוקרת", ההחלטה שניתנה באקספו מדגימה את הקושי ביישום עיקרון צמידות המטרה רטרואקטיבית על ידי בית הדין, לאחר שהפגיעה בפרטיות לכאורה כבר נעשתה. הקושי בהעדר יישומו של מבחן צמידות המטרה מתחדד נוכח מה שעלה מהניתוח שלנו לגבי עיקרון הלגיטימיות. כאשר בתי הדין לעבודה לא מבחינים בין תכלית לגיטימית לאיסוף מידע לבין תכלית לשימוש במידע, אזי עולה בעיה של החלת עיקרון צמידות

¹¹³ פרשת בעס"ק (ארצי) הסתדרות העובדים הכללית, לעיל ה"ש 48, פס' 120-122 לפסק-הדין.

¹¹⁴ פרשת איסקוב-ענבר, לעיל ה"ש 2, פס' 20 לפסק-הדין.

¹¹⁵ פרשת אנחין, לעיל ה"ש 81, פס' 41 לפסק-הדין.

¹¹⁶ פרשת אל-על נחיבי אוויר, לעיל ה"ש 65.

¹¹⁷ שם, עמ' 13-14 לפסק-הדין.

¹¹⁸ פרשת עיריית קלנסווה, לעיל ה"ש 1, פס' 113 לפסק-דינו של השופט איטח.

¹¹⁹ פרשת אקספו, לעיל ה"ש 7, פס' 35 לפסק-הדין.

המטרה. למשל, מידע שנאסף לצורך הגנה על הסייבר אמור להיות מידע שמשמשים בו רק למטרה זו. זה יישומו הנכון של עיקרון צמידות המטרה, שכן, כפי שציינו לעיל, הלכת איסקוב-ענבר קבעה את עיקרון צמידות המטרה לתכלית שלמענה נאסף המידע. קשה לראות, למשל, בית דין שקובע כי מעסיק יכול לאסוף מידע פרטי לצורך קיום הליכים משפטיים (גילוי מסמכים), ולכן החלת עיקרון צמידות המטרה היתה אמורה להוביל לאיסור על שימוש במידע שנאסף למטרה אחרת לתכלית זו, אלא במקרים בהם השימוש הותר לפי איסקוב-ענבר.

(ה) עקרון המידתיות

בכחינת יישום דרישת המידתיות, בדקנו האם בתי הדין בחנו אם ניתן היה להשתמש באמצעי מידתי יותר מבלי לפגוע בזכות הפרטיות ולעצב את הטכנולוגיה כך שתפגע בפרטיות פחות והאם נבחנו טכנולוגיות אלטרנטיביות. כפי שציינו לעיל, על פי הלכת איסקוב-ענבר עקרון המידתיות מחייב לבחון: (1) טכנולוגיות חלופיות למעקב הפוגעות במידה הפחותה ביותר בפרטיות העובדים; (2) מהו היחס הראוי בין התועלת שבהגשמת מטרתה הראויה של מדיניות המעקב, לבין הנזק והפגיעה בזכויות העובד כתוצאה ממדיניות המעקב.

בניתוח הפסיקה שאזכרה את איסקוב-ענבר הבחנו כי המקרים הבודדים בהם נעשה דיון מעמיק בנוגע לעיצוב הטכנולוגיה הרלוונטית היו כאשר המעסיקים ביקשו להסדיר פרקטיקות הכרוכות בפגיעה בפרטיות וכן הייתה מעורבות של ארגון עובדים. במקרים אלו אף הוכרה הפגיעה בזכות הפרטיות. זאת בעניין קלנסווה ובעניין הסתדרות עובדי המדינה. בעניין קלנסווה קבע בית הדין כי ככלל, שימוש בטביעת אצבע לשם הקפדה על דיווחי נוכחות אמינים, אינו מידתי מכיוון שיש אמצעים אחרים, פוגעניים פחות, להשגת המטרה, כגון כרטיס נוכחות ומצלמות, שהסיכונים הכרוכים בשימוש בהם פחותים באופן משמעותי מהשימוש בשעון הביומטרי.¹²⁰ בעניין הסתדרות עובדי המדינה, בית הדין דן בהסדרת פרקטיקה של התקנת מערכת מעקב ברכבי מדינה המופעלת באמצעות כרטיס חכם עליו מקודדים פרטי העובד, המאפשר לאסוף מידע על השימוש שנעשה ברכב ועל נהיגתו של העובד, בהתאם לנוהל שהציגה המדינה. בית הדין בחן האם הנוהל עומד בדרישות המידתיות וחילק מבחן זה לשניים: במובן הרחב – השוואה לאמצעים טכנולוגיים שונים וחלופיים ובחירה באמצעי שפגיעתו פחותה; ובמובן הצר – השוואה בין האמצעי המוצע לבין הפגיעה בפרטיות ובחינה האם התועלת המעקב עולה על הפגיעה בפרטיות. בית הדין דן בסעיפים השונים בנוהל וקבע, ביחס לכל סעיף, האם הוא מידתי. כך למשל, בית הדין קבע שצפייה במידע על מסלול נסיעתו של עובד במקרה של איחור חד פעמי אינה מידתית, שכן לא הוצגו מדוע אין אמצעים חלופיים הפוגעניים פחות לביצוע מעקב זה, וכי נדרש לקבוע מספר מצטבר של איחורים שיהוו חריג בגינו כן ניתן יהיה לצפות במידע זה.¹²¹

¹²⁰ פרשת עיריית קלנסווה, לעיל ה"ש 1, פס' 132 לפסק-הדין.

¹²¹ פרשת (ס"ק) הסתדרות העובדים הכללית, לעיל ה"ש 48, פס' 127-128 לפסק-הדין.

דוגמא לפסיקה נוספת בה נבחן האם ישנו אמצעי חלופי פוגעני פחות נעשתה בעניין מאפי.¹²² שם, בית הדין מנמק את דחיית בקשת החברה לגילוי ועיון במסמכים שהיו שמורים שתיבת דוא"ל של עובדת שהלכה לעולמה שהיתה בבעלות החברה, בכך שמדובר בבקשה גורפת (ניטור תיבה ששימשה את המנוחה במשך 8 שנים) ובכך שקיימים אמצעים חלופיים להוכחת טענות החברה.¹²³

בנוסף, ניתן לראות מהמקרים שסקרנו שההשלכות המעשיות של עיקרון המידתיות ובחינת אמצעים שפגיעתם פחותה הינן שונות כאשר מדובר במקרים בהם הפגיעה בפרטיות כבר נעשתה ונבחנת בדיעבד, בהשוואה למקרים בהם הבחינה נעשית אקס אנטה.

הדיון בעיקרון המידתיות נעשה בצורה יותר משמעותית בהליכים בהם הפגיעה בפרטיות נבחנת אקס אנטה, בהשוואה למקרים בהם פעולת המעסיק נבחנה על ידי בית הדין לאחר שהפגיעה בפרטיות לכאורה התרחשה (אקס פוסט). למשל, במסגרת תביעה לפיצויים בגין פגיעה בפרטיות ובבקשות לפסילת ראיות בטענה שהתקבלו תוך פגיעה בפרטיות, שאלות המידתיות - האם המעסיק נקט בצעדים למנוע או למזער את הפגיעה בפרטיות והאם נבחנו אמצעים חלופיים - הועלו במספר מועט של מקרים ואף נקבע לעתים כי אינן רלוונטיות. כדוגמא ניתן את פסק הדין בעניין אברמסון, שם בית הדין פסק כי על אף שלמעסיקה עמדה אפשרות פוגענית פחות - להעמיד התובע לבדיקה רפואית מטעמה - הפגיעה הייתה קטנה מכיוון שביצוע המעקב אחריו באמצעות חקירה סמויה של משרד חקירות התבצעה ברשות הרבים. בית הדין פסק כי קיומה של דרך חלופית זו אינו בהכרח פוסל את השימוש בדרך של חקירה סמויה כפי שבחרה הנתבעת.¹²⁴

דוגמא נוספת היא עניין יוסקוביץ,¹²⁵ שם המעסיקה החרימה מחשב שהיה בשימוש עובד מתוך חשש שהעובד ימחק או יעתיק קבצים לצורך מיזם פרטי שהקים. בית הדין דחה את תביעת העובד לפיצויים בגין פגיעה בפרטיות ופסק שמכיוון שהמעסיקה איפסה את סיסמאות המחשב כך שגם העובד וגם החברה לא יוכלו לגשת לחומר במחשב, היא נקטה בפעולות סבירות להגן על פרטיות העובד.¹²⁶ באותו מקרה לא התקיים דיון בשאלת המידתיות. לבסוף, בעניין גליה כהן, בית הדין קבע כי הפגיעה בפרטיות, ככל שהתרחשה, הינה נמוכה ביחס לאינטרס המעסיק (גילוי דיווח שקרי של שעות עבודה), ובית הדין לא בחן אמצעים פוגעניים פחות.¹²⁷ בכל המקרים הללו, על אף חשיבות מבחן המידתיות, הוא לא נדון לעומק ואנו סבורות שאם כן היה נדון אזי יתכן ותוצאות פסקי הדין היו אחרות.

בניגוד למקרים אלה, כאשר הפגיעה בפרטיות נבחנה אקס-אנטה, במסגרת הליכי גילוי מסמכים, למשל בבקשות לנטר תיבת דוא"ל של עובד לשעבר, בתי הדין דחו בקשות לעיון וניטור תיבת דוא"ל מהטעם שהבקשה רחבה וגורפת מדי ועל כן אינה מתיישבת עם עקרון

¹²² פרשת מאפי, לעיל ה"ש 88. סקירת עובדות פסק הדין מתוארת בהרחבה בעמוד 31 להלן.

¹²³ פרשת מאפי, לעיל ה"ש 88, פס' 41 לפסק-הדין.

¹²⁴ פרשת אברמסון, לעיל ה"ש 64, פס' 13 לפסק-הדין.

¹²⁵ פרשת יוסקוביץ, לעיל ה"ש 92.

¹²⁶ שם, פס' 39 לפסק-הדין.

¹²⁷ פרשת אל-על נתיבי אוויר, לעיל ה"ש 65.

המידתיות,¹²⁸ ובחנו האם קיימים אמצעים פוגעניים פחות להגשמת המטרה לשמה הוגשה הבקשה תוך יישום אמצעים אלו בהליך הנדון. אמצעים אלו כוללים למשל הגבלת היקף הגילוי והגבלת מילות החיפוש בניטור תיבת הדוא"ל. כך, למשל, בעניין אקספו,¹²⁹ בית הדין התיר ניטור תיבת דוא"ל מקצועית שהייתה בשימוש העובד במהלך עבודתו אצל התובעות, אך הגביל את הניטור לפי מילות חיפוש ומינוי מומחה מחשבים, שאינו עובד של התובעות, אשר יבצע את הניטור.¹³⁰ יחד עם זאת, בית הדין לא שאל האם ניתן היה לנקוט באמצעי מידתי יותר על מנת שלא לפגוע בפרטיות וקבע כי מכיוון שמדובר בעובד לשעבר, אין לצפות מהמעסיקות לבחון אמצעים פוגעניים פחות בנסיבות העניין.¹³¹ דוגמא נוספת מצויה בעניין בונגרט, שם בית הדין קיבל חלקית את בקשת החברה להשתמש בקבצים השמורים במחשב שנועד לשימוש העובדת, על מנת להוכיח את נסיבות הפיטורים של העובדת. בית הדין התיר את העיון והגשת המסמכים, בכפוף לכך שהחברה תעביר ראשית את המסמכים לעובדת, וככל שהעובדת תסבור שיש במסמכים מסמך אישי או שהשימוש בו בהליך פוגע בפרטיותה, היא רשאית להגיש לבית הדין בקשה להתנגד להגשתם בהליך. כמו כן, בית הדין התנה את החלטתו בכך שהחברה תתחייב בתצהיר כי השימוש במסמכים אלה יהיה למטרת ניהול הליך זה בלבד.¹³² ניתן לסכם ולומר, כי כאשר הבחינה נעשית אקס-אנטה הדיון בפגיעה בפרטיות הנו מהותי בהרבה מאשר במקרים בו הוא נבחן אקס-פוסט.

(ו) עיקרון השקיפות ודרישת מדיניות

מבדיקת הפסיקה עולה כי הדיון בנוגע לשקיפות ומדיניות נכרך במקרים רבים עם יישום דרישת ההסכמה ועלה בשני הקשרים עיקריים: הראשון, לצורך סיווג תיבות הדוא"ל. בעניין מאפי, בית הדין פסק כי מכיוון שלא הוגדרה מדיניות בנוגע לשימוש בתיבת דוא"ל שבבעלות המעסיק, לא מן הנמנע כי היא שמשה גם לצרכים פרטיים ולכן יש לסווגה כתיבה מעורבת.¹³³ מנגד, בעניין באום,¹³⁴ בית הדין סיווג את תיבת הדוא"ל כתיבה מקצועית על בסיס כך שבהסכם ההעסקה היה כתוב במפורש כי העובד מנוע מלעשות שימוש פרטי בתיבת הדוא"ל וכי הוא מותר על כל טענה לפגיעה בפרטיות בהקשר זה.¹³⁵ בית הדין פסק כי על אף שהתיבה מסווגת כתיבה מקצועית, נדרש לבחון האם קיימת הצדקה לגילוי המידע הפרטי.¹³⁶ באופן דומה, בעניין בונגרט, בית הדין פוסק כי מכיוון שהחברה הציגה מסמך האוסר על עובדים לעבוד בעבודות פרטיות במחשבי החברה, ניתן

¹²⁸ פרשת מאפי, לעיל ה"ש 88, פס' 41 לפסק-הדין.

¹²⁹ פרשת אקספו, לעיל ה"ש 7. נכון למועד כתיבת שורות אלו, ערעור על פסק הדין בעניין אקספו מתנהל בבית הדין הארצי לעבודה.

¹³⁰ שם, פס' 30 לפסק-הדין.

¹³¹ אקספו שם, פס' 26 לפסק-הדין.

¹³² פרשת בונגרט, לעיל ה"ש 87, פס' 17-21 לפסק-הדין.

¹³³ פרשת מאפי, לעיל ה"ש 88.

¹³⁴ פרשת רובורופ ט.א.ק. בע"מ, לעיל ה"ש 92.

¹³⁵ שם, פס' 20-21 לפסק-הדין.

¹³⁶ שם, פס' 21 לפסק-הדין.

לראות במסמכים השמורים על גבי מחשב החברה לכל היותר כ"תיבה מעורבת".¹³⁷ דיון זה תואם לפסק הדין באיסקוב-ענבר, לפיו, על פי עקרון השקיפות, ככל שהמדיניות הנוהגת במקום העבודה בנוגע לשימוש בטכנולוגיות מידע לא הובאה לידיעתו של העובד, לעובד קמה ציפייה סבירה לפרטיות בשימוש בטכנולוגיות המידע במקום העבודה, לרבות לצרכיו הפרטיים.¹³⁸

האופן השני בו נדונה דרישת המדיניות הוא כדרישה מחייבת של איסקוב-ענבר שהעדר התקיימותה מביא לפגיעה בפרטיות שהשלכותיה הן קביעת בית הדין כי לא ניתן לבצע מעקב וניטור אחר העובדים. כך לדוגמא, בעניין גרטי,¹³⁹ במסגרת תביעה שנוגעת לשאלת קיום יחסי עובד-מעסיק, בית הדין דחה בקשה לעיין בתיבת דוא"ל שהוקצתה לתובע, וקבע, כי גם אם היה מדובר בתיבת דוא"ל מקצועית, הרי שלא הוצג נוהל מדיניות בנוגע לשימוש בתיבה זו ולפיו קיימת אפשרות לבצע פעולות ניטור ומעקב בה מצד המעסיק.¹⁴⁰ בעניין קלנסווה בית הדין העניק לדרישת המדיניות משקל מכריע ופסק, כי לא התקיימה הסכמה מדעת מכיוון שהעירייה לא קבעה מדיניות ברורה בכל הנוגע לשימוש בשעון וממילא לא שיתפה את העובדות או ועד העובדים בכך.¹⁴¹ בעניין סעדה,¹⁴² בית הדין התייחס להיעדר יידוע כתנאי סף וקבע שמכיוון שהמעסיק לא הנהיג מדיניות ברורה בנוגע לשימוש בטכנולוגיות ולא יידע את עובדיו בדבר פעולות מעקב, אין טעם להיכנס לשאלת קיומם של תנאים אחרים, לרבות עיקרון הלגיטימיות והמידתיות, המהווים תנאים מצטברים להתרת ניטור ומעקב מצד המעסיק.¹⁴³

גם בפרשת אנחין העוסקת בבקשה לניטור אחר התכתבויות דוא"ל של עובד שפוטר על מנת להוכיח שהפר חובות סודיות המוטלות עליו כלפי המעסיק, ניתנה לדרישת המדיניות משקל מכריע.¹⁴⁴ בית הדין בעניין זה דחה את הבקשה ופסק כי לא התקיימו התנאים שנקבעו באיסקוב-ענבר המתירים למעסיק לנטר את תיבת הדוא"ל של עובדו, וקבע כי מכיוון שלא הייתה למעסיק מדיניות ניטור, לא התקיימו תנאי המידתיות ועקרון הלגיטימיות.¹⁴⁵

עם זאת, יצוין כי ברוב רובם של המקרים בהם לא הוכרה פגיעה בפרטיות או הוכרה באופן חלקי, בתי הדין לא מנעו גילוי מידע במקרה בו לא הייתה מדיניות מצד המעסיק. זאת, על אף שמדיניות מהווה תנאי לעקרון השקיפות ולדרישת ההסכמה.¹⁴⁶ יתר על כן,

¹³⁷ פרשת **בונגרט**, לעיל ה"ש 87, פס' 16 לפסק-הדין.

¹³⁸ פרשת **איסקוב-ענבר**, לעיל ה"ש 2, פס' 24-25 לפסק-הדין.

¹³⁹ סע"ש (אזורי ת"א) 71727-10-18 **גרטי** - **לב הדקל נ' סוכנות לביטוח (2004) בע"מ** (פורסם בנבו, 12.04.2020).

¹⁴⁰ שם, פס' 19 לפסק-הדין.

¹⁴¹ פרשת **עיריית קלנסווה**, לעיל ה"ש 1, פס' 144 לפסק-הדין.

¹⁴² פרשת **סעדה**, לעיל ה"ש 92.

¹⁴³ שם, פס' 107 לפסק-הדין.

¹⁴⁴ פרשת **אנחין**, לעיל ה"ש 81, פס' 5-8 לפסק-הדין.

¹⁴⁵ שם, פס' 40-42 לפסק-הדין.

¹⁴⁶ ראו פרק א'.

במקרים אחרים, נקבע שדרישת המדיניות כלל אינה רלוונטית. בעניין שטטר,¹⁴⁷ בית הדין הארצי לעבודה קבע שדרישת המדיניות שנקבעה באיסקוב-ענבר ובעניין קלנסווה רלוונטית למקרים בהם המעסיק מבקש להנהיג הסדר מובנה הכרוך בפגיעה בפרטיות (כפי שנדון בעניין קלנסווה) או כאשר המעסיק מבקש גישה ישירה למחשב העובד בצורה בלתי אמצעית (כפי שנדון בעניין איסקוב).¹⁴⁸ לפיכך, לפי פסק הדין, דרישה זו אינה רלוונטית כאשר מדובר בבקשה לגילוי מסמכים שאז האיזון נעשה בין פגיעה בפרטיות לבין אינטרס הגילוי וכפוף לנסיבות כל מקרה, תוך האפשרות לתור אחר המנגנון שימזער את הפגיעה בפרטיות.¹⁴⁹

בהתאם, בעניין המועצה האזורית פרדיס,¹⁵⁰ במסגרת תביעה בגין פיתורים של מנכ"ל המועצה, בית הדין פסק כי אין בהלכת איסקוב-ענבר כדי לחסום בקשות כגון בקשת המועצה לעיין בדוחות איתורן פנגו של המנכ"ל בטענה שאלו יאפשרו לה להוכיח שדיווח על ביצוע עבודה בשעה שלא שהה במקום העבודה, וכי בבחינת בקשות מעין אלו יש לשקול את אינטרס הגילוי אל מול מנגנון הממזער את הפגיעה בפרטיות.¹⁵¹ דרישת השקיפות, שמטרתה הנה יידוע העובד בדבר העובדה שנאסף עליו מידע וסוג המידע שנאסף, הנה חשובה כמובן. יחד עם זאת יודגש, כי הן בפסק דין איסקוב-ענבר והן ביישומו על ידי בתי הדין לעבודה, היא נכרכת יחד עם סוגיית ההסכמה. בעניין בלקאר,¹⁵² עולה כי בית הדין מתייחס לעיקרון השקיפות כמעין סף נמוך יותר לדרישת ההסכמה. בית הדין ציין כי המעסיק לא קיבל את ההסכמת העובדת להתקנת אמצעי מעקב וניטור "ואף לא הודיע לה על אמצעי הפיקוח שהתקין במחשבי המשרד".¹⁵³ בעניין אודיס, במסגרת טענת התובע ליחסי עבודה פוגעניים, בית הדין ציין, כי המעסיקה פעלה בהתאם לדרישות שנקבעו באיסקוב-ענבר בכך שהודיעה והזהירה מראש את עובדיה שיתכן והמידע האישי שלהם יהיה חשוף אם יבחרו להעלות מידע אישי במחשביה.¹⁵⁴ במילים אחרות, נראה כי כאשר העובד יודע על מדיניות החברה לגבי איסוף המידע, אזי בתי הדין רואים בכך מתן הסכמה כללית לאיסוף המידע, עיבודו ושימוש בו. ברצוננו לחדד, כי למבחן ההסכמה בפסק הדין רבדים נוספים, התלויים אף בשאלות הנוגעות לספירה בה המידע נאסף – היותה ספירה פרטית או ציבורית-עסקית (בהקשר של איסקוב-ענבר הכוונה היא להבחנה בין סוגי תיבות הדוא"ל השונות) - ואולם התפיסה הבסיסית לפיה שקיפות כרוכה עם ההסכמה סותרת את ההלכה והנה אף בעייתית, כפי שנפרט בפרק הבא.

2. השלכות הפגיעה בפרטיות

¹⁴⁷ פרשת שטטר, לעיל ה"ש 44.

¹⁴⁸ שם, פס' 13 לפסק-הדין.

¹⁴⁹ שם.

¹⁵⁰ פרשת מרעי, לעיל ה"ש 96.

¹⁵¹ שם, פס' 15 לפסק-הדין.

¹⁵² סע"ש (ת"א) 16-06-60161 בלקאר - בלקין (פורסם בנוב, 2019.8.27).

¹⁵³ שם, פס' 75 לפסק-הדין.

¹⁵⁴ פרשת אודיס, לעיל ה"ש 47, פס' 82 לפסק-הדין.

כאמור, פסק דין איסקוב-ענבר עסק בשאלת כשירותן הראייתית של תכתובות שהתקבלו תוך פגיעה בפרטיות. ואכן, כפי שניתן לראות בדיאגרמה מספר 3 לעיל, מרבית המקרים בהם בתי הדין אזכרו את הלכת איסקוב-ענבר עסקו בבקשות לגילוי מסמכים ופסילת ראיות.

עם זאת, בכ-13 פסקי דין שבחנו, בתי הדין דנו בהשלכה אפשרית נוספת לפגיעה בפרטיות במקום העבודה – פסיקת פיצויים. יחד עם זאת, כאשר נפסקו פיצויים, המדובר בפיצויים הנמוכים ביחס לסכום הקבוע בחוק הגנת הפרטיות, לפיו בית המשפט רשאי לפסוק פיצוי ללא הוכחת נזק, בסכום של עד 50,000 ש"ח.¹⁵⁵ סכומים אלו עשויים, לעמדתנו, שלא להרתיע מעסיקים מלפגוע בפרטיות. ייתכן ושיעורם הנמוך של הפיצויים (כאשר נפסקים) נובע מכך שמדובר בעוולה נזיקית לפי חוק הגנת הפרטיות וסמכותו של בית הדין לדון בה טרם הוכרה.¹⁵⁶ לפיכך, כאשר נפסקו פיצויים בגין פגיעה בפרטיות, בתי הדין נימקו זאת כפיצוי בגין עגמת נפש, בגין הפרת מחויבות חוזית של המעסיק להקפיד על פרטיותו של העובד ו/או בגין הפרת זכות יסוד חוקתית.

כך, למשל, בעניין גורליק, בית הדין פסק, מבלי להכריע בשאלת סמכותו העניינית של בית הדין, כי בסמכותו לפסוק פיצויים בגין פגיעה בפרטיות ללא הוכחת נזק מכיוון שגם אם בית הדין אינו מוסמך לפסוק פיצוי בהתאם לחוק הגנת הפרטיות, "הרי שניתן לייחס את הפיצוי אותו פסקנו לתובעת בגין הפגיעה בפרטיותה כפיצוי על עוגמת הנפש שנגרמה לה בשל הפרת מחויבותו החוזית של המעסיק כלפיה". בית הדין פסק לתובעת פיצויים בגובה 20,000 ש"ח בגין פגיעה בפרטיותה.¹⁵⁷ באופן דומה, בעניין זוחוביצקי, בית הדין פסק לתובע 20,000 ש"ח בגין עוגמת הנפש שנגרמה לו עקב פגיעה בפרטיותו.¹⁵⁸ בעניין גרידנב, מצוין כי ככל שתוכח פגיעה בפרטיות, ניתן לפסוק פיצוי מכוח הפרת זכות יסוד חוקתית.¹⁵⁹ בעניין בלקאר, בית הדין מצייין כי אינו מוסמך לפסוק פיצויים לפי חוק הגנת הפרטיות, אך נעזר בעמדת המחוקק לגבי גובה הפיצוי הראוי בגין פגיעה בפרטיות ללא הוכחת נזק כפי שעולה בחוק, וקבע את גובה הפיצויים ב-50,000 ש"ח.¹⁶⁰ בעניין באר יעקב, לעומת זאת, בית הדין קבע את גובה הפיצוי "על רקע הנסיבות ובשים לב לכך שלא

¹⁵⁵ סעיף 29א לחוק הגנת הפרטיות. על פי חוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט – 1969, אין לבית הדין סמכות לדון בתביעות נזיקיות למעט במספר עילות בודדות בקשר לסכסוך עבודה. ראו סעיפים 24(א)(1) ו-24(א)(ב) לחוק.

¹⁵⁶ ראו ה"ש 51 לעיל.

¹⁵⁷ עניין גורליק, לעיל ה"ש 51, פס' 29-30 לפסק-הדין. קביעה דומה ניתן לראות בפסקי דין נוספים. ראו סקירה לעניין זה המוצגת בפרשת חננאל, לעיל ה"ש 51.

¹⁵⁸ סע"ש (אזורי חי') 6017-09-16 חקי נ' המחדש תעשיות (מנת"ש) בע"מ, פס' 68 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 25.12.2018).

¹⁵⁹ פ"ה (אזורי ת"א) 50861-03-20 מעבדות ים המלח בע"מ נ' גרידנב, פס' 22 לפסק-הדין. (פורסם בנבו, 21.11.2020).

¹⁶⁰ פרשת בלקאר, לעיל ה"ש 152, פס' 107-108 לפסק-הדין. סכום דומה (40,000 ₪) נפסק גם בעניין סעדה, לעיל ה"ש 92, בגין פגיעה בפרטיות העובד.

הוכח כי הפגיעה בפרטיות נעשתה בכוונת מכוון" בסך 5,000 ש"ח.¹⁶¹ באופן דומה, בעניין סוריא, גובה הפיצויים עמד בנסיבות העניין על סך של 4,000 ש"ח.¹⁶² כאמור, מבין כלל ההליכים שנבדקו, בית הדין פסק פיצויים בגין פגיעה בפרטיות ב- 6 מקרים, בסכומים הנעים בין 4,000 ש"ח ל-50,000 ש"ח. לעמדתנו, חשוב להסדיר את סמכות בית הדין לפסוק פיצויים בגין פגיעה בפרטיות, הן על מנת להגביר את השימוש בכלי זה להרתעת מעסיקים והן על מנת לייעל את הדיון בשאלות של פגיעה בפרטיות במסגרת יחסי עובד-מעסיק. זאת, בדומה לסמכות שניתנה לבתי הדין לעבודה במסגרת הדין לדון ולפסוק פיצויים נזיקיים בגין לשון הרע,¹⁶³ ובגין הטרדה מינית.¹⁶⁴ מבחינת תוצאות ההחלטות ופסקי הדין שעסקו בקבילות ראיות בטענה שהושגו תוך פגיעה בפרטיות, מצאנו כי מבין 20 פסקי דין שעסקו בפסילת ראיות, בכ-60% מהמקרים בית הדין קיבל באופן מלא או חלקי את הבקשה לפסילת ראיות.

3. ממצאים נוספים

(א) זהות הצדדים

הגדרנו כ-40% מבין העובדים (או עובדים לשעבר) שהיו צד להליכים אותם בדקנו כ"עובדים בכירים", מדובר בעובדים בתפקידים בכירים, כגון מנכ"לים, סמנכ"ל ומנהלים בכירים,¹⁶⁵ או עובדים בתפקידי מפתח החשופים למידע עסקי רגיש.¹⁶⁶ להבחנה זו יש חשיבות שכן פיתוח המבחנים שנקבעו באיסקוב-ענבר תלוי במידה רבה בסוג המקרים המובאים לבתי הדין. כאשר מדובר בעובד בכיר, בעל חובות אמון וסודיות, הפגיעה באינטרסים של המעסיק מתעצמת, ונוסף על כך ניתן אף לטעון כי יש לתת משקל משמעותי יותר להסכמה בשל פערי כוחות פחות משמעותיים. דוגמא להתייחסות הייחודית של בית הדין לתפקיד הבכיר ניתן לראות בפסיקה בעניין אקספו:¹⁶⁷ "מאחר והנתבע שימש בתפקיד בכיר בנתבעות, ועל כך אין חולק, טיב ואופי העבודה שלו, דרישות התפקיד ומהותו היו לכאורה בעלי אופי של משרה מיוחדת של אימון אישי. את חובות הזהירות מחד ויחסי האימון מאידך, שמצופים מעובד במשרה בכירה יש, לעניות דעתי, לקחת בחשבון בעת בחינת בקשה כגון זו שעומדת בפני. וודאי כאשר בעובד בכיר אשר יכול להסב למעסיקו נזק גדול מדובר, נזק שיכול ויהיה גדול מן הנזק שיכול עובד זוטא אשר אינו חשוף לכל סודותיה העסקיים להסב. אף שיקול זה ילקח בחשבון בעת בקשת מעסיקה זו או אחרת להגן על קניינה מפני עבירות ונזקים מצידו של העובד."

¹⁶¹ פרשת **חננאל**, לעיל ה"ש 51.

¹⁶² פרשת **סוריא**, לעיל ה"ש 92.

¹⁶³ סעיף 24(א) לחוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969.

¹⁶⁴ סעיף 10 לחוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998.

¹⁶⁵ פרשת **מרעי**, לעיל ה"ש 96; פרשת **בובר**, לעיל ה"ש 83.

¹⁶⁶ לדוגמא, גישה לפרטי לקוחות, ראו: פרשת **אנחין**, לעיל ה"ש 81; פרשת **איסתא ישראל בע"מ**, לעיל ה"ש

¹⁶⁷ 92.

¹⁶⁷ פרשת **אקספו**, לעיל ה"ש 7, פס' 27 לפסק-הדין.

ב- 10 פסקי דין והחלטות מתוך המאגר שלנו בתי הדין התייחסו לשאלת ביסוס ההסכמה במסגרת חוזית בין הצדדים להליך בקשר לפעולות מעקב או ניטור (למשל דיון בתנאים בהסכם ההעסקה בנוגע למעקב אחר תיבת הדוא"ל). ב-6 מהמקרים הללו היה מדובר בעובדים שסיווגו כעובדים בכירים, וב-2 מקרים נוספים הייתה מעורבות של ארגוני עובדים. בכל יתר פסקי הדין במאגר, הדיון בשאלת ההסכמה לא התחבר להסכמה חוזית.

הבחנה נוספת שעלתה מבדיקת פסקי הדין היא שרק ב-2 מקרים הייתה מעורבות של ארגוני עובדים: בעניין קלנסווה ובעניין הסתדרות עובדי המדינה. בשני הליכים אלו, ראינו כי בית הדין בחן לעומק את המבחנים שנקבעו באיסקוב-ענבר ונכנס "לעובי הקורה" של הטכנולוגיה הנדונה בכל מקרה ובתנאים לביסוס דרישת ההסכמה כאמור.

(ב) שימוש במומחים

מבין פסקי הדין וההחלטות, עולה כי כמעט ולא נעשה שימוש במומחים לצורך בחינת הטכנולוגיה בה נעשה שימוש ולא נשאלו שאלות בנוגע לכיצד הטכנולוגיה מעוצבת. המקרים הבודדים בהם היו מעורבים מומחים היו כאשר בית הדין הורה למנות מומחה מחשבים לצורך ביצוע פסק הדין (למשל לביצוע ניטור בתיבת דוא"ל),¹⁶⁸ וכאשר הוגשה חוות דעת מטעם המעסיק לתמיכה בטענה שעובדים ביצעו פעולות אסורות במחשב (העתיקו מידע רגיש ממחשבי החברה).¹⁶⁹ בעניין קלנסווה, בה כאמור ארגון עובדים (ההסתדרות) הייתה צד להליך, בית הדין פסק כי במסגרת שיקולי תכלית, מידתיות וסבירות, היה על המעסיק להוכיח את טיב מערכת הזיהוי הביومترית, תוקפה ומהימנותה, באמצעות הצגת חוות דעת של מומחה בלתי תלוי.¹⁷⁰

(ג) יישום מבחני איסקוב-ענבר בבקשות לגילוי מסמכים

ממצא נוסף שעלה מהמחקר נגע לשתי הגישות הקיימות לגבי גילוי מסמכים – כאשר האחת עושה איזון בין אינטרסים שונים תוך שהיא לא בוחנת את הפגיעה בפרטיות לעומק והשנייה רואה בגילוי מסמכים מטרה לגיטימית ובוחנת את שאלת הפגיעה בפרטיות לפי הלכת איסקוב-ענבר.

הגישה הראשונה היא על ידי קביעה כי הלך הניתוח במקרים של גילוי מסמכים אינו נוגע להלכת איסקוב-ענבר מכיוון שנעשה בהם איזון בין פגיעה בפרטיות לבין אינטרס הגילוי (הוגנות, יעילות הדיון וקידום חקר האמת) ועל כן השאלה המשפטית המשמעותית אינה הפגיעה בפרטיות, אלא רלוונטיות המסמכים להליך עצמו, תוך ניסיון לתור אחר מנגנון שימזער את הפגיעה בפרטיות. דברים אלה נאמרו בצורה מפורשת על ידי בית הדין הארצי בעניין שטטר:¹⁷¹

¹⁶⁸ ש.ם.

¹⁶⁹ פרשת **מנגלוס**, לעיל ה"ש 60.

¹⁷⁰ פרשת **עיריית קלנסווה**, לעיל ה"ש 1, פס' 132 לפסק-הדין.

¹⁷¹ פרשת **שטטר**, לעיל ה"ש 44, פס' 13 לפסק-הדין.

אנו סבורים כי הלכת איסקוב וקלנסוואה רלבנטיות כאשר מבקש המעסיק מראש להנהיג פרקטיקה הכרוכה בפגיעה בפרטיות (ענין קלנסוואה) או גישה ישירה למחשב העובד ולקבל ממנו מידע מלא לרבות כזה הכרוך בפגיעה בפרטיות בצורה בלתי אמצעית (ענין איסקוב). המכנה המשותף לשני אלה הוא שהפגיעה בפרטיות מובנית בהסדר, ולכן נדרש המעסיק ליתן ביטוי למדיניותו על מנת שהעובדים יוכלו לכלכל צעדיהם. הלכות אלה לא נקבעו בהקשר לגילוי מסמכים, כשבהקשר זה יש לשקול באופן פרטני את אינטרס הגילוי במונחי הוגנות, יעילות וקידום חקר האמת מול אינטרס הפרטיות, וגם – וזה העיקר – את היכולת לתור בנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה אחר מנגנון מזעור הפגיעה בפרטיות, כפי שנערוך להלן.

באופן דומה, בעניין המועצה האזורית פרדיס,¹⁷² במסגרת תביעה בגין פיטורים של מנכ"ל המועצה, בית הדין פסק כי אין בהלכת איסקוב-ענבר כדי לחסום בקשות כגון בקשת המועצה לעיין בדוחות איתורן פנגו של המנכ"ל בטענה שאלו יאפשרו לה להוכיח שדיווח על ביצוע עבודה בשעה שלא שהה במקום העבודה, וכי בבחינת בקשות מעין אלו יש לשקול את אינטרס הגילוי אל מול מנגנון הממזער את הפגיעה בפרטיות.¹⁷³ לפי הגישה השנייה שאיתרנו, גילוי מסמכים מהווה תכלית לגיטימית שעשויה להוביל לפגיעה בפרטיות, שאז בתי הדין בוחנים את שאלת הפגיעה בפרטיות לפי מבחני איסקוב-ענבר. דוגמא לניתוח כאמור ניתן לראות בהחלטה שניתנה בעניין מאפי.¹⁷⁴ בעניין מאפי, במסגרת תביעה בגין פיטורין שלא כדין שהגישה עובדת לשעבר שהלכה לעולמה לאחר הגשת כתב התביעה ותביעה שכנגד שהגישה החברה, הוגשה בקשה לגילוי ועיון במסמכים ששמורים בתיבת דוא"ל של העובדת שבבעלות החברה לצורך הוכחה כי המנוחה נכנסה ללא רשות לתיבות דוא"ל של עובדים אחרים וצירפה מיילים אלו, הכוללים סודות מסחריים ועסקיים של החברה, לכתב התביעה שלה.¹⁷⁵ בית הדין פסק, כי למרות שהמסמכים המבוקשים רלוונטיים לביורר ההליך, ההיתר לניטור תיבת הדוא"ל של העובדת, שבית הדין סיווג כתיבה מעורבת,¹⁷⁶ יינתן בכפוף להתקיימות הדרישות שנקבעו באיסקוב-ענבר, חשש לשימוש בלתי ראוי של העובדת או לפעילות פלילית.¹⁷⁷ דהיינו, במקרה שכזה, כאשר המידע נאסף לצורך תכלית לגיטימית אחרת (יתכן ותכלית זו הנה שימור הזיכרון הארגוני, התנהלות עסקית או הגנה על מאגרי מידע), אזי השימוש בו הוגבל לפי הלכת איסקוב-ענבר. קרי, על אף עמידה במבחן הרלוונטיות של המסמכים, בית הדין דחה את הבקשה על בסיס הכללים שנקבעו באיסקוב-ענבר, ובפרט דרישת המידתיות. בית הדין הצביע על כך שהחברה יכולה לפנות לעובדים אחרים מהם נשלחו

¹⁷² פרשת **מרעי**, לעיל ה"ש 96.

¹⁷³ שם, פס' 15 לפסק-הדין.

¹⁷⁴ פרשת **מאפי**, לעיל ה"ש 88.

¹⁷⁵ שם, פס' 8-1 לפסק-דינו של השופט שביון.

¹⁷⁶ מכיוון שלא הוצג נוהל מדיניות ביחס לשימוש בתיבה. ראו שם, פס' 36 לפסק-הדין.

¹⁷⁷ שם, פס' 37-38 לפסק-הדין.

כביכול הודעות הדוא"ל הרלוונטיות, ובכפוף להסכמתם, לבחון האם הוצא מתיבת הדוא"ל שלהם מידע על ידי העובדת לשעבר.¹⁷⁸ אופן ניתוח דומה ניתן לראות בפסיקת בתי הדין לעבודה בעניין אנחין ובעניין גרטי.¹⁷⁹

על-פי הגישה הראשונה, בה הלכת איסקוב-ענבר לא נבחנת, הזכות לפרטיות עשויה להיפגע יותר, דבר שאינו בהכרח מוצדק. לפיכך, אנו סבורות שדרך הניתוח השנייה שתיארנו מגינה בצורה טובה יותר על הזכות לפרטיות ויוצרת קוהרנטיות בין הדין החל בהליכי גילוי מסמכים ומבחני איסקוב-ענבר.

ד. דיון

מהתיאור לעיל עולים קשיים מסוימים עם הלכת איסקוב-ענבר, ובעיקר עם יישומה ופיתוחה על ידי בתי הדין לעבודה. בפרק זה נצביע על הקשיים המרכזיים ונדון בהם לאור תיאוריות של הגנת פרטיות ודיני עבודה.

טרם קיומו של הדיון נבקש שוב לחדד את שכתבנו במבוא למאמר: הזכות לפרטיות בעבודה הנה אחת הזכויות החשובות ביותר שישנן כיום. זכות זו מאפשרת את קיומו של מרחב בלתי חדיר בו עובדות ועובדים יכולים לנהל את חייהם האישיים, ומעבר לכך – אף יכולים להביע את דעתם ללא חשש, להיות יצירתיים, להתאגד באיגוד עובדים.¹⁸⁰ בספירה בה כמעט כל פעולה של העובד מצויה תחת ניטור או מעקב, וכאשר עובדים יודעים כי המעסיק יכול בקלות רבה לאסוף מידע רב אודותיהם, זכויות אישיות וגם אינטרסים חברתיים רחבים יותר נפגעים. מתן לגיטימציה לאיסוף מידע בצורה בלתי מוגבלת וללא סנקציות ברורות, מהווה, לכן, פגיעה מהותית לא רק בפרט אלא גם באינטרסים הרחבים האמורים. לכן, ישנה חשיבות רבה בהפניית תשומת לב משמעותית על ידי המשפט להקנות לעובדים הגנה תוך ריסון כוח המעסיק בשימוש בטכנולוגיות הפוגעות בזכות

¹⁷⁸ שם.

¹⁷⁹ בפרשת **אנחין**, בית הדין בחן בקשה של מעסיק לנטר תיבת דוא"ל של עובד הן בהיבט של דרישת הרלוונטיות – זיקה ישירה בין המסמכים המבוקשים לבין ההליך – והן ביחס לעמידה בכללים שנקבעו באיסקוב-ענבר לגבי תיבה מעורבת. בית הדין פסק כי לא התקיימו התנאים שנקבעו באיסקוב המתירים זאת, ראו: פרשת **אנחין**, לעיל ה"ש 81, פס' 40-42 לפסק-הדין; בעניין **גרטי**, במסגרת תביעה שנוגעת לשאלת קיום יחסי עובד-מעסיק, בית הדין בחן הן את מידת הרלוונטיות של המסמכים המבוקשים והן עמידה בכללים שנקבעו באיסקוב-ענבר. בית הדין מציין כי נקודת המוצא היא "גילוי מרבי ורחב ככל האפשר של המידע הרלוונטי למחלוקת" אך דחה בקשה לעיין בתיבת דוא"ל שהוקצתה לתובע, וקבע כי גם אם היה מדובר בתיבת דוא"ל מקצועית, הרי שלא הוצג נוהל מדיניות בנוגע לשימוש בתיבה זו ולפיו קיימת אפשרות לבצע פעולות ניטור ומעקב בה מצד המעסיק, ראו: פרשת **גרטי**, לעיל ה"ש 139, פס' 19 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 12.04.2020).

¹⁸⁰ דוגמא לחשש זה ניתן לראות בפעולות של עובדי אפל. על מנת לקדם התאגדות, עובדי אפל לא השתמשו באיפונים ובאפליקציית המסרים המובנית של אפל, אלא באפליקציות שיחה מוצפנות, שהותקנו על גבי מכשירי אנדרואיד שונים, "כדי למנוע מעקב מצד אפל", ראו: אושרי אלקסלסי "עובדי אפל רוצים להתאגד, אז ברור שהם עושים את זה באנדרואיד" **Geektime** (21.02.2022) <https://www.geektime.co.il/apple-employees-trying-to-unionize-using-android-phones>.

לפרטיות. כיום מעסיקים יכולים לעשות כמעט הכל בכל הנוגע למידע הפרטי של העובדים. הטכנולוגיות החדשות מגדילות את הפרוגטיבה המעסיקית במקום העבודה,¹⁸¹ והם אף חשים כי המידע, ברגע שנלקח, הוא שלהם.¹⁸² לפיכך, עבודה הנה אחת הספירות החשובות ביותר בה יש להגן על הזכות לפרטיות.

1. הדגש שניתן לשאלת ההסכמה

חוקרות וחוקרים חלוקים בעמדותיהם לגבי המתווה העיוני העומד בבסיס הזכות לפרטיות. הדיון התיאורטי עוסק רבות בשאלה זו, בעיקר על מנת לבסס את חשיבותה של הזכות, ולדאוג כי ינתן לה משקל בהתנגשותה עם זכויות נוספות; לקבוע את היקף ההגנה על הפרטיות; וכן לצורך עיצוב הכללים המשפטיים למימושה.¹⁸³ הדין הישראלי מאמץ בסיס עיוני מרכזי לזכות, זה שמגדיר פרטיות כשליטה.¹⁸⁴ משמעותה של פרטיות כשליטה, כפי שהגדיר אותה בירנהק, היא שליטת האדם במידע אודותיו.¹⁸⁵ גישה זו אינה מאפיינת רק את המשפט בישראל, וניתן למצוא אותה גם בארה"ב וכן באירופה.¹⁸⁶ כך, גם באיסקוב-ענבר אמר בית הדין הארצי לעבודה כי "מן הערכים החוקתיים-אובייקטיביים לכבוד ולפרטיות, ובמסגרת המרחב הווירטואלי הפרטי במקום העבודה ובמהלכה, נגזרות זכויותיו של העובד לביטוי האוטונומיה האישית שלו, להגדרה עצמי ולאנונימיות. זאת, באופן המקנה לעובד שליטה על חשיפת המידע אודותיו ומניעת התחקות אחריו (tracing). שכן, מעקב אחר העובד במקום העבודה, חדירה למחשב ולדואר האלקטרוני שלו במקום העבודה, ואיבוד השליטה על הפרטיות במידע האישי שלו, עלולים לגרום לפגיעה בכבוד האדם של העובד, בפרטיותו ובאוטונומיה שלו".¹⁸⁷

¹⁸¹ Rogers, *The Law & Political*; De Stephano, *Negotiating the Algorithm*, לעיל ה"ש 30.

Economy of Workplace Technological Change, לעיל ה"ש 30.

¹⁸² Eric Rosenbaum, *Companies are collecting more data on employees, and not at all confident they are doing it responsibly*, CNBC (Mar. 28, 2022).

<https://www.cnb.com/2019/01/23/the-next-big-negotiation-with-a-boss-access-to-your-personal-data.html>

¹⁸³ Samuel D. Warren; Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HAR. L. ראו לעניין זה:

REV. 193 (1890); Ruth E. Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, 89 YALE L.J. 421 (1980).

¹⁸⁴ בירנהק, *שליטה והסכמה*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 68-72; פרשת *בן מאיר*, לעיל ה"ש 56, פס' 37 לפסק דינה של הנשיאה חיות; פרשת *איסקוב-ענבר*, לעיל ה"ש 2, פס' 11 לפסק-הדין; פרשת *קלנסווה*, לעיל ה"ש 1, פס' 113 לפסק הדין.

¹⁸⁵ בירנהק, *שליטה והסכמה*, לעיל ה"ש 11.

¹⁸⁶ Daniel Solove, *Introduction: Privacy Self-Management and the Consent Dilemma*, 126 HAR. L. REV. 1880 (2013); Stephen Breen, Karim Ouazzane and Preeti Patel, *GDPR: Is Your Consent Valid?*, 31(1) BUS. INFO. REV. 19 (2020); See also Article 7 GDPR.

¹⁸⁷ פרשת *איסקוב-ענבר*, לעיל ה"ש 2, פס' 11 לפסק-הדין.

הקושי המרכזי העומד עם אימוץ הבסיס העיוני של פרטיות כשליטה נוגע לכך שהמשפט כרך את רעיון השליטה עם הפרדיגמה של פרטיות כתלויה הסכמה.¹⁸⁸ בהקשרים רבים הקשורים לטכנולוגיות חדשות, יש עם מבחן ההסכמה קשיים לא מעטים.¹⁸⁹ מספר מחקרים מהשנים האחרונות חידדו את הבעיות הטמונות במבחן ההסכמה באופן כללי,¹⁹⁰ ובעולם הדיגיטלי בפרט.¹⁹¹ ביקורות על מרכזיותו של מבחן ההסכמה המצויה בלב ליבה של הגישה העיונית האמורה עלו בדיונים על הרגולציה האירופאית,¹⁹² בספרות האקדמית,¹⁹³ בין השאר בכל הנוגע לפרטיות בעבודה.¹⁹⁴ כך, למשל, קבוצת העבודה בנושא אבטחת מידע (ה- data protection working party) של האיחוד האירופאי התייחסה להקשר של עבודה וקבעה בנייר דעה משנת 2017, כי הסכמה כמעט ואינה יכולה לשמש כבסיס משפטי לצורך עיבוד מידע בעבודה, אלא אם עובדים יכולים לסרב לעיבוד ומסירת המידע מבלי שתהיה לכך תוצאה שלילית עליהם.¹⁹⁵ ואולם, מכיוון שנדיר שעובדים יהיו במצב שבו הם יכולים לתת הסכמה חופשית מלאה, לסרב בצורה חופשית ו/או לשנות את דעתם, וזאת בשל המהות של מערכת יחסי עובד מעסיק,¹⁹⁶ אזי שלמעט במקרים חריגים מאד מעסיקים יצטרכו להשתמש בתשתית משפטית שונה מזו של הסכמה. תשתית זו תכלול בחינה של החיוניות באיסוף ועיבוד

¹⁸⁸ Anita Allen, *Privacy-as-Data Control: Conceptual, Practical, and Moral Limits of the Paradigm*, 32 Conn. L. Rev. 861 (2000).

¹⁸⁹ JULIE E. COHEN, *Turning Privacy Inside Out*, 20(1) *TIL* 1 (2019). ראו סיכום טוב של חלק מהביקורות ב-

¹⁹⁰ לדין מעניין מאד שנעשה לאחרונה על מהותה של הסכמה ועל האופנים השונים בהם יכולה להינתן הסכמה ובחינת תקפות ההסכמה ראו: Nancy Kim, *CONSENTABILITY: CONSENT AND IT LIMITS* (Cambridge University Press, 2019).

¹⁹¹ Paul Schwartz, *Internet Privacy and the State*, 32 CONN. L. REV. 815 (2000); לעיל ה"ש Veliz, **Privacy is Power**; Solove, **the Consent Dilemma**¹⁸⁶; ; לעיל ה"ש 8; Lori Andrews, *The Fragility of Consent*, 66(1) LOY. L. Rev. 11 (2020); Neil Richards and Woodrow Hartzog, *The Pathologies of Digital Consent*, 96 WASHINGTON U. L.Q. 1461 (2019); לעיל ה"ש 105.

¹⁹² Bert-Jaap Koops, *The Trouble with European Data Protection Law*, 4 INTERNATIONAL DATA PRIVACY LAW. 250 (2014); Alessandro Mantelero, *The Future of Consumer Data Protection in the E.U.: Rethinking the "Notice and Consent" Paradigm in the New Era of Predictive Analytics*, 30 COMPUTER & SOCIETY L. REV. 643 (2014).

¹⁹³ Allen, **Privacy as Data Control**; לעיל ה"ש 8; Cohen, **What Privacy is For**; לעיל ה"ש 188; Solove, **Consent Dilemma**; לעיל ה"ש 186.

¹⁹⁴ Frank Hendrickx, *Privacy, data protection and measuring employee performance: The triggers of technology and smart work*, 9(2) EUROPEAN LABOUR LAW JOURNAL 99 (2018).

¹⁹⁵ **Working party**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 3.

¹⁹⁶ שם, עמוד 4, 23.

המידע לצורך אינטרס לגיטימי, וכן כללים הנוגעים למידתיות המידע שנאסף והמחויבות לבחון האם עיבוד המידע נחוץ לצורך השגת המטרה הלגיטימית וכן האם ננקטו צעדים שימעיטו ככל הניתן את הפגיעה בזכות הפרטיות.¹⁹⁷ ואכן, אחת השאלות המתמיהות בהקשר של הלכת איסקוב-ענבר, ובעיקר יישומה, הנה הדגש שניתן לשאלת ההסכמה בהקשר של פרטיות, כאשר בהקשרים אחרים של הגנה על זכויות עבודה בסיסיות, וכן על זכויות אדם, בתי הדין לעבודה ממעיטים מאד מערך ההסכמה.¹⁹⁸

גם תיאוריות של דיני עבודה שמות סימן שאלה משמעותי על הסכמה ביחסי עבודה כאשר המדובר בזכויות עבודה ואדם בסיסיות. דיני העבודה מניחים את קיומם של פערי כוח בין הצדדים ליחסי עבודה לאור התלות והכפיפות של העובד למעסיק שלו. אלה מייצרים, כפי שקהאן-פרוינד ציין,¹⁹⁹ פערי מיקוח בין העובד לבין המעסיק המצדיקים את קיומם של ארגוני עובדים וכן התערבות רגולטורית בתוכנו של חוזה העבודה. זאת מתוך הנחה כי לאור פערי מיקוח אלה הסכמתו של עובד לתנאים המוצעים לו לא דווקא תעשה מתוך בחירה חופשית. גם פערי המידע בין הצדדים ליחסי העבודה, בעיקר בכל הנוגע לטכנולוגיות חדשות, מונעים מן העובד לתת הסכמה חופשית מדעת ומרצון, או לסרב, לאיסוף המידע אודותיו. לעובד אין את הכלים לדעת האם ישנן טכנולוגיות מידתיות יותר להשגת התכליות הרלוונטיות לעסק. הקושי בהשאת מרחב להסכמה חוזית אף מתעצם נוכח מחקרים נוספים שהראו כי המעבר מעבודות לחוזה בדיני העבודה הוא לא זה שאפשר את מה שמכונה "עבודה חופשית", דהיינו עבודה שלא כוללת כבילה ותלות גדולה במעסיק. סטיינפלד הראה כי במאה ה-19, בעת המעבר של המשפט מראיית מערכת היחסים כמערכת יחסים של עבדות לעבר תפיסה חוזית, כבלי השוק והכלכלה גרמו לכך שעובדים לא היו חופשיים לבחור. הוא המשיך והראה, כי דווקא חוקי המגן המתערבים בחופש החוזים בין הצדדים, הם שאפשרו יותר חופש לעובדים, וכתוצאה מכך – מימוש הרעיון של עבודה חופשית בניגוד לעבודה בכפייה.²⁰⁰ דברים אלה נכנסו אף לתוך הכתיבה בנוגע לזכות לפרטיות בעבודה, תוך חידוד הקושי הקיים עם מבחן ההסכמה.²⁰¹ כפי שצינו לעיל, הלכת איסקוב-ענבר בעצמה התייחסה לתפיסה זו של דיני העבודה. מספר אמירות בפסק הדין מדגישות כי לאור פערי הכוחות בין הצדדים, קשה מאד לתת

197 שם.

198 דוגמאות בולטות לכך הנם כמובן אוסף החוקים הקוגנטיים בדיני העבודה; החלטות שיפוטיות הנוגעות לזכויות אדם בסיסיות, כגון חופש העיסוק, בהן נקבע כי להסכמה אין כמעט משקל (ראו לעניין זה את החלטת בית הדין הארצי לעבודה בעניין ע"ע (ארצי) 164/99 פרומר וצ'ק פוינט נ' רדגארד בע"מ, פדע לד 294 (1999). דוגמא נוספת הנם מצבים שבהם ישנה הסכמה למעשים המוגדרים כהטרדה מינית במצב של יחסי מרות בעבודה: ע"ע 274/06 פלוגית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 26.3.2008).

199 Davies and Freedland, *Kahn Freund's Labour and the Law*, לעיל ה"ש 15.
200 Robert J Steinfeld, Coercion, Contract, and Free Labor in the Nineteenth Century

1-28 (2001).

201 ראו לעניין זה את כתיבתו של הנדריקס: Hendrickx, *Privacy, data protection and measuring employee performance*, לעיל ה"ש 194.

הסכמה חופשית.²⁰² לאור תובנות ואמירות אלה קשה מאד להבין את ההלכה הקובעת כי יש לקבל את הסכמת העובד, וכי זו צריכה להיות מדעת ומרצון חופשי. עוד יותר קשה להבין את דיון העומק שמבצעת ההלכה לאור נקודת מוצא זו שמייצרת הבחנות בין תיבות דוא"ל שונות, בהתכתבות עם הבחנה בין ספירות פרטיות לציבוריות-עסקיות, תוך שהיא מדגישה את היכולת לתת הסכמה מדעת ומרצון חופשי בכל אחת מהן, למעט זו של התיבה הפרטית-חיצונית. זהו החלק הכי משמעותי בפסק הדין, וכפי שהראינו, זה החלק שבתי הדין לעבודה שמים עליו את הדגש, על אף הסתירה הפנימית האמורה.

הממצאים שלנו, אשר מראים כי בתי הדין מתייחסים בשלושה אופנים למבחן ההסכמה, חשובים בהקשר זה. בתי הדין יכולים להרחיב את מספר המקרים בהם הם מתייחסים לפרטיות כקוגנטית, כך שלא ניתן להשיג הסכמה לפגיעה בפרטיות. בנוסף, וכפי שציינו קודם לכן, חשוב כי בתי הדין יפתחו את ההלכה לגבי הסכמה שניתנת מראש מדעת ומרצון, דבר שלא נעשה בצורה מעמיקה עד היום.²⁰³ מעבר לכך, כאשר בתי הדין יבחנו בצורה יותר ברורה את שאלת התכלית הלגיטימית, ויחדרו מתי נעשית פגיעה בפרטיות, יצטמצמו להערכתנו המקרים שבהם תתאפשר פגיעה בפרטיות מבלי לדרוש את הסכמת העובד כלל. לבסוף – תובנות אלה מחדדות כי יש לתת להסכמה משקל מועט ביותר ביחס למבחנים ולעקרונות האחרים שמאמץ בית הדין בפרשת איסקוב-ענבר. עיקר המשקל הדיוני צריך לעבור לבחינת המבחנים והעקרונות האחרים באופן המוצע במאמר זה.

עוד נבקש לציין, כי נקודת המוצא המצביעה על פערי הכוח בין הצדדים ליחסי העבודה הקשורים לתלות ולכפיפות של העובד למעסיקו אף מצדיקים מתן מידע בידי עובדים. ההנחה הנה כי ככל שיהיה בידי העובד יותר מידע אזי פערי הכוח יצטמצמו ויאפשרו ניהול משא ומתן יותר משמעותי. לכן, שקיפות כערך הנה חשובה. ואולם שקיפות לבדה אינה בהכרח מספקת, וחשוב יותר – שקיפות אינה זו שתאפשר איזון כוח מלא בין הצדדים, ואין בה כדי להצביע על הסכמה מלאה וחופשית. לשקיפות מטרה מצומצמת יותר והיא מתן ידע בידי העובד על המדיניות שחלה עליו. או במילים אחרות, על האופן שבו מרחב האוטונומיה שלו מצטמצם על ידי המעסיק.²⁰⁴ כאשר שקיפות מלווה בפעילות של ארגוני עובדים, אזי יש לה קשר הדוק יותר לאפשרות לאזן את פערי הכוח,

²⁰² פרשת איסקוב-ענבר, לעיל ה"ש 2, פס' 28 לפסק-הדין.

²⁰³ יש לציין בהקשר זה כמה מחקרים אשר הציעו מנגנונים לוודא הסכמה אמיתית בעידן של טכנולוגיות חדשות שעשויים לסייע מאד לבתי הדין בעת עיצוב כללים כאמור. למשל, ראו, L. Jarovsky, Improving Consent in Information Privacy Through Autonomy-Preserving Protective Measures (APPMs) 4(4) *European Data Protection Law Review* 447.

²⁰⁴ מחקרים מהתחום של חוזים אישיים הראו כי התרומה של גילוי מידע לצמצום פערי הכוחות מוגבלת מאד. ראו: Florencia Marotta-Wurgler, *Will Increased Disclosure Help? Evaluating the Recommendations of the ALI's "Principles of the Law of Software Contracts"*, 78 Yuval Farkash, *Standard Form & U. CHI. L. REV.* 165 (2011); Eyal Zamir *Contracts: Empirical Studies, Normative Implications, and the Fragmentation of Legal Scholarship: Comments on Florencia Marotta-Wurgler's Studies* 12(1) Jerusalem Rev. Leg. Stud. 137.

כמו שעולה מהרעיון העומד בבסיס ה- information and consultation directive של האיחוד האירופאי.²⁰⁵ ואולם עדיין נותרת פתוחה השאלה האם לאור המידע במצוי בידו, העובד נתן הסכמה מדעת ומרצון. כמו כן עולה השאלה האם הסכמה קיבוצית מספקת כדי לפגוע בזכות האישי לפרטיות, נקודה שבית הדין הארצי לעבודה השאיר בצריך עיון בפרשת קלנסווה.²⁰⁶ שאלה זו הינה מורכבת ותלויה נסיבות ולכן בחרנו לא להתעמק בה במאמר זה.

לבסוף, נבקש לציין כי השארת מבחן ההסכמה על כנו מעניקה כוח לעובדים בכירים שלהם תיאורטית יש יותר כוח לסרב למסירת המידע הפרטי אודותיהם. ואכן, כפי שהממצאים שלנו מראים, כמעט מחצית מהמקרים שהגיעו לפתחם של בתי הדין לעבודה בנוגע לשאלת הפגיעה בפרטיות אכן נגעו למצבים בהם נדון מידע פרטי של עובדים בכירים. הדין הקיים, לפיכך, עשוי לפגוע יותר בעובדים מוחלשים שלהם כוח מיקוח קטן בהרבה.

2. שאלת הפגיעה בפרטיות

ממצא שעולה מהמחקר נוגע לשאלה האם נבחנת הפגיעה בפרטיות ובאיזה אופן. הממצאים מראים, כי שאלה זו נדונה באופן חלקי בלבד על ידי בתי הדין. בחלק מן המקרים בתי הדין יצרו הבחנה בין מידע פרטי לבין מידע עסקי, הבחנה שהיא חשובה מאוד, שכן ניתן על פניו להניח כי אין פגיעה בפרטיות כאשר המעסיק אוסף מידע עסקי מהעובד. ואולם, היו מקרים שבהם הבחנה שכזו לא נעשתה כלל. מעבר לכך, בתי הדין נשענים יתר על המידה על זהות הפלטפורמה (מקצועית, מעורבת או פרטית) על מנת להגדיר האם היתה פגיעה בפרטיות למרות שבכולן עשוי להיות מידע פרטי או עסקי. בנוסף, בתי הדין לא התמודדו עדיין בצורה מעמיקה עם מצבים מטושטשים של פרטי ועסקי. כך, בתי הדין לא נכנסים לעובי הקורה ושואלים: מהי בדיוק הפגיעה בפרטיות? למשל, האם כאשר איסוף המידע נעשה במסגרת טכנולוגיה של meta data שאוסף מידע לא מזוהה המדובר בפגיעה בפרטיות? האם מדובר בפגיעה זהה לאיסוף מידע לא אנונימי מהמחשב הפרטי של העובד? יצוין, כי העדר התייחסות מעמיקה לשאלה: מהי בדיוק פגיעה בפרטיות אינה מאפיינת רק את פסיקת בתי הדין לעבודה. לאחרונה מיכאל בירנהק ביקר את בית המשפט העליון בכך שגם הוא לא עוסק בשאלה זו לעומק.²⁰⁷

Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for **informing and consulting employees in the European Community** - Joint declaration of the European Parliament, the Council and the Commission on employee representation.

²⁰⁵ פרשת עיריית קלנסווה, לעיל ה"ש 1.

²⁰⁶ מיכאל בירנהק "פרטיות במשבר: הנדסה חוקתית והנדסת פרטיות" **משפט וממשל** כד 149, 158 Michael Birnhack, *'Constitutional Privacy in Israeli Law', in OXFORD*; (2021) HANDBOOK ON THE ISRAELI CONSTITUTION (Aharon Barak, Barak Medina, Yaniv Roznai, eds., forthcoming 2022)).

²⁰⁷

המחלוקת בדבר הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות הובילה חלק מהחוקרים להציע טקסונומיה לזכות ולא הגדרה אחת ברורה. אחד הסיווגים המעניינים ביותר שהוצעו בשנים האחרונות לגבי מידע, הנו של דניאל סולוב.²⁰⁸ נקודת המוצא של סולוב הנה שהמונח פרטיות מצוי באי סדר, אינו מובן ומעורפל, וכי אין כל אפשרות למצוא ערך אחד לזכות. לגישתו, הפרה של פרטיות כוללת שורה של מצבים, או במילים אחרות משפחה של מצבים, שקשורים אחד לשני, אבל שאינן כוללות ערך מוגן אחד.²⁰⁹ המשותף למצבים אלה הוא שמדובר בפעולות שמשגות גבול ופוגעות.²¹⁰ הטקסונומיה שהוא מציע נועדה לאתר ולעשות סדר בשורת המצבים האמורה על מנת להצביע על הפגיעה שגורמת הפרה של פרטיות. הדגש שסולוב שם על פגיעה יכול מאד לסייע לבתי הדין להגדיר בצורה מדויקת יותר את הפגיעה שנעשית לפרטיות בכל מקרה ומקרה, דבר שכפי שהמחקר שלנו הראה לא נעשה עד היום. הטקסונומיה המוצעת כוללת ארבעה מצבים פוגעניים שבהם ישנם תתי מקרים עם פגיעות נוספות: (1) איסוף מידע,²¹¹ (2) עיבוד מידע;²¹² (3) פיזור מידע;²¹³ (4) פלישה.²¹⁴ לגבי כל אחת מקבוצות אלה הוא מקיים דיון מעמיק על הפגיעה. למשל, לא כל איסוף מידע הנו פוגעני אבל ישנם מצבים שבהם הוא עשוי להיות כזה, כמו למשל כאשר אדם נמצא תחת סוג של מעקב.²¹⁵ זאת בשל ההשפעה שעשויה להיות למעקב על ההתנהגות האנושית. בנוסף, עיבוד מידע כולל שורה של מצבים וביניהם שימור המידע (ובין השאר בעיות של שמירת מידע), צירוף מידע (אגרגציה), שיוך מידע לאדם מסוים (זיהוי), מניפולציה על המידע, שימוש משני, חיפוש במידע ועוד. בכל אלה יכולים להיות מצבים שפוגעים בזכות לפרטיות ואולם אלה לא נדונו לעומק. כך, למשל, בכל הנוגע לאיסוף המידע עולה שאלה משמעותית מהיכן המידע נאסף, שכן הוא יכול להיאסף ממקורות רבים כגון תכתובות דוא"ל, צ'טים, הקלטות וידאו ואודיו, ועוד מידע שנמצא על הרשת. מכיוון שאיסוף המידע נעשה מבלי לבצע הבחנה בין מידע עסקי לבין מידע פרטי, אזי המידע שנאסף עשוי להיות מידע פרטי ביותר ושמירתו בידי המעסיק, תוך יכולת שלו לגשת אליו, מהווה פגיעה בפרטיות של העובד. מעבר לכך, גם מידע עסקי עשוי להיות מוגדר כמידע פרטי. גם בכל הקשור לעיבוד המידע יכולה להיות פגיעה בפרטיות. הליך עיבוד המידע מתייחס לשימוש במידע לאחר שזה נאסף.²¹⁶ ניתן להצביע על שלוש סכנות משמעותיות לפרטיות בעת הליך עיבוד המידע. אלה סוכמו על ידי בודי ואחרים והוצגו כשלוש פגיעות

²⁰⁸ Solove, A Taxonomy of Privacy, לעיל ה"ש 54.

²⁰⁹ שם, 480-481.

²¹⁰ שם, 484.

²¹¹ שם, 491-505.

²¹² שם, 505-525.

²¹³ שם, 525-552.

²¹⁴ שם, 552-562.

²¹⁵ ראו דיון מאד מעניין על מעקבים, שם, 491-499.

²¹⁶ שם, 505.

אפשרות: אגרגציה, שימוש שניוני (או במילים אחרות העדר צמידות מטרה) ודיוק.²¹⁷ **הראשונה**, אגרגציה, הנה פגיעה בפרטיות שנובעת מצירוף המידע לגבי משתמש ספציפי. כאשר המערכת לוקחת פיסות מידע כאלה ואחרות ומאחדת אותן יחד, אפשר לקבל תמונה הרבה יותר רחבה על האדם. למשל, צירוף של פיסות מידע על פעילויות ברשתות החברתיות, יחד עם פעילות כללית ברשת ובעבודה, יוצרת תמונה רחבה יותר, מאשר זו שניתן ללמוד מכל אחד מהחלקים לבדם. **השנייה**, שימוש שניוני, מתייחסת למצבים בהם משתמשים במידע למטרה אחרת מהמטרה שלשמה נאסף מידע זה. שימוש כזה הנו בעייתי מאד שכן הוא שולל מהאדם את השליטה במידע שהוא כן הסכים למסור למטרה מסוימת. עובדות המקרה בהלכת איסקוב-ענבר הנם דוגמא מובהקת לכך שמידע שנאסף מתכתובות דוא"ל לצורך הגנה על מאגרי מידע ונשמר אצל המעסיק, שימש אחר כך את המעסיק למטרה אחרת לגמרי. **השלישית** נוגעת לדיוק. בודי וחבריו טוענים כי דיוק מהווה פגיעה בפרטיות שכן איסוף המידע נעשה לצורך הגעה למסקנות מסוימות ומסקנות אלה עשויות לפגוע בעובד (למשל, במקרה של הגנת סייבר, להגדיר את העובד כמי שמהווה סכנה לבטיחות הסייבר בארגון, למרות שידוע כי טכנולוגיות הגנת סייבר אינן אמינות לחלוטין). לאור העובדה שמוסקות מסקנות, עובדים צריכים לתת אמון שהמידע מדויק ושהאלגוריתמים שמגיעים להחלטות הם משמעותיים. לפיכך דיוק זה עיקרון חשוב בהגנה על פרטיות מידע. כך גם לגבי פיזור המידע. החששות לפגיעה בפרטיות בהקשר של פיזור המידע נוגע להעברת המסקנות לידיים שלישיות שייחשפו אף הן למידע הפרטי, לעיתים לא בצורה מוצדקת, ותוך פגיעה בפרטיות.

ההבחנה שבתי הדין עושים בין מידע עסקי, אליו אמורה להיות למעסיק גישה ללא כל מגבלה, לבין מידע פרטי הנה חשובה, אך ראשית, ראינו, כי היא אינה נעשית בכל המקרים, ושנית, הראינו כי היא נעשית בצורה חלקית בלבד ובוודאי שהיא אינה מספקת לצורך השאלה האם ארעה פגיעה בפרטיות. זאת מכיוון, שכפי שסולוב מראה לנו, גם איסוף מידע פרטי אינו בהכרח תמיד פוגעני, ויש לתת את הדעת לאופנים בהם כן נפגעת הפרטיות כפי שפורט לעיל. שלישית, יש לבחון את טיב המידע הנאסף בצורה יותר מדוקדקת לאור הטשטוש הקיים פעמים רבות בין הפרטי לבין העסקי. למשל, האם הקמתו של עסק מתחרה הנו דבר עסקי או פרטי? על אף שבתי הדין לעבודה מתייחסים למעשה שכזה בחומרה המצדיקה פגיעה בפרטיות, הרי שיתכן ויש מקום לבחינה אחרת של פעילות שכזו – גם לאור הפריזמה של פרטיות. כאמור, הגנה על הזכות לפרטיות נועדה, בין השאר, לאפשר יזמות ופיתוח עסקי. ג'ולי כהן כתבה כי על מנת לקדם חדשנות, נדרשת סובייקטיביות דינמית של הפרט. סובייקטיביות שכזו צומחת רק בתוך מרחבים מרווחים השייכים לפרט. אלו המרחבים של פרטיות, שעליהם יש להגן.²¹⁸ אין מחלוקת כי במידה והקמתו של עסק חדש כרוך עם מידע עסקי קודם השייך למעסיק עלולות שאלות חשובות

²¹⁷ Matthew T. Bodie, Miriam A. Cherry, Marcia L. McCormick & Jintong Tang, *The Law and Policy of People Analytics*, 88 U. COLO. L. REV. 961, 36-39 (2017).

²¹⁸ Cohen, *What Privacy is For*, לעיל ה"ש 8.

של סודות מסחריים, ואולם יש לחדד את ההבחנות הללו במסגרת הדיון על פגיעה בפרטיות.

התעכבות על שאלת הפגיעה בפרטיות היא חשובה. היא תאפשר באופן מדויק יותר לבחון כבר בשלב מקדמי של הדיון המשפטי האם יש צורך לבחון את המבחנים והעקרונות בפרשת איסקוב-ענבר או לא. הטקסונומיה של סולוב, וכתובה עניפה נוספת בנוגע לפגיעה בפרטיות של טכנולוגיות חדשות,²¹⁹ יכולה לסייע בידי בתי הדין להגיע להבחנות ברורות יותר בכל הנוגע לפגיעה בפרטיות.

3. נחיצותו של דיון טכנולוגי

היבט חשוב נוסף שעולה בכתיבה האקדמית אודות פרטיות הנו היות הזכות לפרטיות תלויה טכנולוגיה. בירנהק, למשל, מראה כיצד ההשפעה בין פרטיות לבין טכנולוגיה הנה "הדדית ודינאמית",²²⁰ כאשר טכנולוגיות אינן עשויות מקשה אחת ועל כן יש טכנולוגיות שמאפשרות יותר פרטיות (למשל מצלמות שמוצבות בפתחם של בתים פרטיים) וטכנולוגיות שמובילות לפגיעה בפרטיות.²²¹ טענה נוספת שהועלתה בספרות לגבי היות פרטיות תלויה טכנולוגיה קשורה לכך, שהגנה על הפרטיות יכולה להיעשות בצורה הטובה ביותר תוך התאמתה לטכנולוגיה מסוימת.²²² כך, רק כאשר נדע כיצד טכנולוגיה עובדת – מה המידע שנאסף ועל פי אלו קריטריונים; כיצד הוא מעובד; ומה האופן שבו מגיעים למסקנות; האם, ובאילו נסיבות, המידע מפוזר ולידי מי – ניתן יהיה בצורה טובה יותר להגן על הזכות.²²³ אף הספרות בדבר הזכות לפרטיות מחדדת את מה שצינינו קודם – שיש לבחון את הטכנולוגיה עצמה, בעיקר בכל הנוגע ליישום מבחן המידתיות. מחקר אחר שעשינו – על הגנת הזכות לפרטיות בעידן של הגנת סייבר – הראה כיצד חיוני להבין את איסוף, עיבוד והסקת המסקנות בטכנולוגיה של הגנת סייבר.²²⁴ למרות שיש סוגים רבים של טכנולוגיית הגנת סייבר, חלק גדול מהן פועל על פי ניתוח תנועה חריגה ברשת (כניסה לאתרים מסוימים, הקלדה בקצב אחר, העברת מידע ממחשב העבודה למחשב אחר וכדומה). טכנולוגיה זו מבוססת על איסוף meta data, ניתוח ואנליזה של המידע ברשת, והסקת מסקנות. הפרטים הנאספים – למשל לגבי קצב הקלדה – יכולים ללמד על הפרודוקטיביות של העובד, האם הוא חולה (במחלה המאיטה את קצב הקלדה), האם משהו אחד השתמש במקלדת ועוד. על אף שהמידע נאסף בכל הנוגע לתנועה ברשת, הרי שקל לשייך אותו לעובד כשיודעים שהוא זה שעובד על מחשב מסוים. לכן, כדי להבין את

²¹⁹ ראו Solove, **A Taxonomy of Privacy**, לעיל ה"ש 54; Bodie et al., לעיל ה"ש 217 וכן פירוט של שניהם באלבין ועומר, לעיל ה"ש 105.

²²⁰ בירנהק, **שליטה והסכמה**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 18.

²²¹ שם.

²²² Helen Nissenbaum, **Privacy in Context**, לעיל ה"ש 6.

²²³ לדיון בעניין זה בהקשר של עבודה ראו: Jeremias Adams-Prassl, *What if Your Boss was an Algorithm? Economic Incentives, Legal Challenges, and the Rise of Artificial Intelligence at Work*, 41(1) COMP. LABOR LAW AND POLY. J. 1 (2019).

²²⁴ אלבין ועומר, לעיל ה"ש 105.

הפגיעה בפרטיות יש להכיר את הטכנולוגיה. הבנה של מידתיות הפגיעה אף היא מחייבת היכרות עם הטכנולוגיה, שכן ייתכן והתנהגות מסוימת מוגדרת כחריגה למרות שאינה בהכרח כזו, או שהניתוח שנעשה לגבי התנהגות כזו או אחרת בעייתי ועל כן גם אינו מידתי וכן לצורך בחינת אמצעים פוגעניים פחות.

המחקר מראה שבתי הדין לעבודה כמעט ולא בוחנים שאלות הנוגעות למידתיות הטכנולוגיה עצמה ואף אינם נעזרים במומחים טכנולוגיים. כן עולה כי בתי הדין התעמקו בטכנולוגיה הנדונה ובחנו כיצד ניתן להתאימה על מנת למזער את הפגיעה בפרטיות רק במקרים מועטים, וכאשר ארגוני עובדים היו מעורבים בהליך. ממצא זה הנו חשוב במיוחד. ראשית, הוא משקף כי בתי הדין לא מיישמים את הלכת איסקוב-ענבר כהלכתה, שכן שם נקבע על ידי בית הדין הארצי שיש לבחון את מידתיות הטכנולוגיה. שנית, עיקר הפגיעה בזכות לפרטיות קשורה לאופן שבו הטכנולוגיה עובדת ולבחינת השאלה לפי אילו פרמטרים היא אוספת מידע, מעבדת אותו ומסיקה מסקנות, האם הטכנולוגיה מוחקת את המידע הנאסף אחרי זמן מה כשתם הצורך בשימוש בו, האם יש צמצום של המידע הנאסף ועוד.²²⁵ לפיכך, העדרה של בחינה מעמיקה של הטכנולוגיה לאור מבחן המידתיות לא תאפשר הגנה מיטבית על הזכות לפרטיות.

הממצאים שלנו שמראים שבתי הדין לעבודה כמעט ואינם בוחנים את הטכנולוגיה לעומק מצביעים, לפיכך, על כך שהזכות לפרטיות אינה מוגנת כיום בצורה המיטבית. זאת הן בכל הנוגע לשאלת הפגיעה בפרטיות והן בנוגע למבחן המידתיות. ממצא נוסף שלנו, שהראה כי הטכנולוגיה נבחנה כאשר ארגוני עובדים היו מעורבים בתהליך, מצביע הן על חשיבותם של ארגוני העובדים, אך מעבר לכך, על כך שלבתי הדין ישנה היכולת לעסוק בשאלות טכנולוגיות. יצוין, כי מן הראוי שיהיה שימוש יותר נרחב במומחים טכנולוגיים במסגרת ההליך המשפטי לבחינת השאלות האמורות.

4. הרתעת המעסיק מפני הפגיעה בזכות לפרטיות

עוד ממצא בעייתי שעולה מהמחקר נוגע להשלכות המעטות שיש לאי הגנה על כללי הפסיקה על ידי המעסיק ופגיעה בזכות לפרטיות.

מצאנו כי לרוב (ב-63% מהמקרים), הדיון בזכות לפרטיות נידון בבית הדין לאחר שזו כבר נפגעה (אקס פוסט), בשלב שימוש בראיות או בבקשת סעד פיצויים. פנייה לבתי הדין לאחר שהזכות נפגעה משקפת כי במהלך חיי העבודה המעסיק אוסף בקלות את המידע הפרטי על העובדים ונגיש אליו. ידיעה של עובדים שהם כל הזמן נמצאים תחת עינו הפקוחה של המעסיק, גם בכל הנוגע לענייניהם הפרטיים, מהווה פגיעה קשה בזכות לפרטיות, כפי שתיארנו במבוא. מעבר לכך, דיון בבית הדין בדיעבד מפספס שיקולים של פגיעה עתידית בזכות לפרטיות בעבודה ויצירת הגנה על המרחב הפרטי של עובדים. כמו כן, נראה כי במקרים רבים (כ-40% מהמקרים שבדקנו), טענות לפגיעה בפרטיות הובאו על ידי עובדים שהועסקו בתפקידים בכירים בחברה. ניתן להניח כי ישנם מקרים רבים של פגיעה בפרטיות עובדים שלא הובאו בפני בתי הדין, ובהם מאזן הכוח הינו שונה. בנוסף,

²²⁵ ראו דיון מעמיק שאנו עורכות בשאלות אלה בכל הנוגע לטכנולוגיות להגנת סייבר, שם.

ההשלכות שיש כנגד המעסיק על העדר ההגנה על הפרטיות הנן מועטות מאד. לבית הדין לעבודה אין סמכות לפסוק פיצוי על הפרה של הזכות לפרטיות מכוח החוק; יתכן שכתלות בכך, נקבעים סכומי פיצוי נמוכים לפי בסיסי פיצוי אחרים במקרים בהם פיצוי אכן נפסק – בגין הפרת חוזה או פיצויים על עגמת נפש; כמעט ואין סנקציות כנגד מעסיק שאינו מגן על חובותיו לפי דיני הגנת הפרטיות. מעסיק שכבר ניטר ואסף חומר – לעיתים מורשה להשתמש בו בצמצום; מעסיק שלא פירסם מדיניות – רק במקרים מועטים בתי הדין קבעו כי אין לתת לו את הסעד המבוקש; מעסיק שאינו בוחן את מידתיות הטכנולוגיה – כנדרש על פי איסקוב-ענבר – אינו זוכה לביקורת שיפוטית. מעבר לכך היו מספר פסקי דין בהם בתי הדין התייחסו לאי קיומו של מבחן המידתיות בסלחנות.

ואולם, ישנה חשיבות גדולה בהרתעה משמעותית על ידי בתי הדין מפני פגיעה בזכות זו לאור חשיבותה הרבה, בעיקר בספירת העבודה, כפי שפירטנו לעיל. כתיבה רבה מצויה בספרות של דיני העבודה על חשיבות אכיפתם של דיני העבודה, רובה עוסקת בתפקיד המחוקק וכן של רשויות האכיפה בהגברת האכיפה של דיני העבודה. במקביל ישנה אף כתיבה שמחדרת את תפקיד בתי הדין לעבודה בהגברת האכיפה.²²⁶ ואכן, כפי שציינו במבוא למאמר, ניתן להגביר את ההגנה על הפרטיות על ידי אכיפת חובות המעסיקים או באמצעות חקיקה או על ידי בתי הדין לעבודה. נתמקד פה בתפקיד שיכולים למלא בתי הדין בהקשר זה.

ראשית, בתי הדין לעבודה יכולים לפסוק פיצויים גבוהים יותר תוך הסתייעות בפיצויים שנקבעו בחוק הגנת הפרטיות כרף מסייע. עוד אנו סבורות, כפי שציינו לעיל, כי יש לתת סמכות ביד בתי הדין לעבודה לקבוע פיצויים נזיקיים בגין הפרת הזכות בדומה לסמכות שניתנה לו בהקשרים אחרים. מעבר לכך, רק במספר מועט של פסקי דין, בתי הדין נמנעו ממתן סעד למעסיק כאשר הוא לא קבע מדיניות סדורה במקום העבודה. טיעונם היה כי הכללים שנקבעו באיסקוב הינם תנאים מצטברים וכי בהיעדר מדיניות, ממילא לא מתקיימים התנאים האחרים של הסכמה, מידתיות וצמידות המטרה.²²⁷ הלך חשיבה שכזה הנו ראוי ונכון. מעסיק שאינו פועל להגנת הפרטיות על עובדיו אל לו להמשיך ולפגוע בפרטיות, גם כאשר ישנה מטרה לגיטימית. אנו סבורות כי מן הראוי להשתמש בכלי זה בצורה יותר משמעותית בעתיד.

נקיטת צעדים שכאלה יאפשרו התמודדות עם ממצא נוסף שעלה מהמחקר והוא הקושי ביישום הדוקטרינה שנקבעה באיסקוב-ענבר "לאחר המעשה" בפסיקת בתי הדין, בהשוואה להסדרה אקס אנטה שמטרתה הגבלת איסוף ושימוש במידע באופן שוטף. כך למשל, על פי הלכת איסקוב-ענבר, המעסיק רשאי להיכנס לתיבת הדואר של העובד במקרים חריגים ובה בעת הוא מחויב בעקרון צמידות המטרה, דהיינו שהשימוש במידע יהיה רק לשם מטרת איסופו (למשל, במקרה של הגנת סייבר – רק לצורך ההגנה על הסייבר). ההלכה גם קובעת מידתיות לפעילות המעסיק. במקרים רבים, המעסיקים

²²⁶ Guy Davidov and Edo Eshet, *Improving Compliance with Labor Laws: The Role of Courts*, COMP. LAB. L. & POL'Y J. (forthcoming, 2022).

²²⁷ ראו דיון בתת פרק "עיקרון השקיפות ודרישת מדיניות".

מגישים בקשה לשימוש במסמכים בהליך לאחר שכבר נחשפו למידע האישי של עובדיהם, כלומר הפגיעה בפרטיות כבר נעשתה. כפי שציינו לעיל, הגנה על פרטיות נועדה כדי לאפשר מרחבים חופשיים לפעולה עצמאית של עובדות ועובדים בעולם העבודה, וזאת כדי להגן על זכויותיהם כפרטים וגם לצורך מטרות חברתיות חשובות. ואולם עובדים שיודעים כי המידע אודותיהם נאסף, וכי השאלה המרכזית הופכת להיות האם מידע זה יהיה קביל כראיה בבית הדין לעבודה, נמצאים במצב בו אין להם את אותו מרחב חופשי. הם נתונים באופן תמידי תחת פיקוח, מעקב וניטור. הממצא של המחקר שלנו אף מחדד, כי מעסיקים לא רואים בעיה עם איסוף המידע באופן שוטף. דבר זה מגדיל את הפררוגטיבה הניהולית שלהם ומצר את צעדי העובדות והעובדים. ברי הוא, כי נקיטת צעדים שיגרמו לכך שהזכות לפרטיות תישמר לאורך חיי העבודה – כמו הטלת פיצויים כספיים משמעותיים וכן מניעת מתן סעד במקרה בו המעסיק פוגע בפרטיות באופן שוטף – הנם חיוניים להשגת המטרה האמורה. אלו צעדים שבתי הדין לעבודה בהחלט יכולים לנקוט בהם, והם אף עולים בקנה אחד עם הלכת איסקוב-ענבר.

סיכום

טכנולוגיות חדשות מאפשרות למעסיקים לנהל את העסק שלהם בצורה טובה יותר. לעיתים קרובות יש לטכנולוגיות אלה גם ערך רב לעובדות ולעובדים. יחד עם זאת, כפי שנאמר על ידי ארגון העבודה הבינלאומי, יש לוודא כי בעת השימוש בטכנולוגיות חדשות יישמרו תנאי עבודה נאותים.²²⁸ לפיכך, הגנה על זכויות עבודה ואדם בסיסיות הנה חיונית בעידן זה, בין השאר בכל הנוגע לזכות לפרטיות. גם אם השינויים הטכנולוגיים מציבים אתגרים לא פשוטים להגנה על הפרטיות, כפי שבוודאי עולה מהניתוח שנעשה במאמר זה, הרי שאין בכך כדי להוריד מקרנה של הזכות לפרטיות, הן בשמירה על כבודו והאוטונומיה של הפרט והן בשמירה על אינטרסים חברתיים וכלכליים רחבים יותר. יתכן ואף להפך.

במאמר זה ביקשנו לבחון מהי מידת ההגנה שמעניקים בתי הדין לעבודה מפני פגיעה בזכות לפרטיות העובדים ומה ההשלכות העומדות בפני המעסיק שפגע בזכות העובדים לפרטיות. בחנו זאת על ידי דיון בהלכה המרכזית שמנחה את בתי הדין לעבודה בתחום זה - איסקוב-ענבר – ויישומה על ידי בתי הדין לעבודה בתקופה של כעשור מאז התקבל פסק הדין בשנת 2011. מהמחקר עלה כי על אף שהמבחנים והעקרונות שהותוו בהלכת איסקוב-ענבר הינם ככלל ראויים (קושי מרכזי שהיה לנו נגע למרכזיות של מבחן ההסכמה בפסק הדין), הרי שישנם מצבים רבים בהם היישום של הלכת איסקוב-ענבר ופיתוחה על ידי בתי הדין לוקה בחסר. הצגנו מקרים בהם העקרונות והמבחנים המשפטיים לא יושמו במלואם, והראנו את החוסרים הקיימים בדיון על עקרונות המידתיות, הלגיטימיות וצמידות המטרה. אף הבענו את הקושי שיש לנו עם הדגש שניתן לשאלת ההסכמה.

ILO Global Commission on the Future of Work, Work for a Brighter Future
(22.01.2019).

במהלכו של המאמר הצענו מספר דרכים להתמודדות עם הבעיות האמורות ואנו מקווים כי אלה יאומצו בעתיד על ידי בתי הדין בבואם לבחון את שאלת ההגנה על הפרטיות. נבקש לסכם עם האמירה הבאה: אחת המטרות החשובות ביותר של בתי הדין לעבודה בעידן של טכנולוגיות חדשות היא הגנה על הזכות לפרטיות. לפיכך ישנה חשיבות אמיתית ביישום ראוי של העקרונות והמבחנים שנקבעו בפסיקה, ולמתן משקל מועט למבחן ההסכמה תוך הגדלת ההגנה הקוגניטיבית על פרטיות. אך מעבר לכך, יש לוודא, כי ישנה אכיפה ראויה של הזכות לפרטיות לאורך כל חיי העבודה, ולכן השלכות משמעותיות למעסיקים שפוגעים בזכות האמורה. בהעדר השלכות שכאלה, למעסיקים אין תמריץ ליישם את התנאים שנקבעו באיסקוב-ענבר, ובפרט בחינה של לגיטימיות התכלית שלשמה נאסף המידע, יישום עקרון צמידות המטרה, בחינת מידתיות הטכנולוגיה וכן קביעת מדיניות בכל הנוגע לשימוש בטכנולוגיות בסביבת העבודה והבאת המדיניות הנוהגת והנסיבות בהן מתקיים ניטור ומעקב, לידיעת העובדים. לפיכך, במקביל להמלצות שהעלינו במסגרת מאמר זה ליישום נאות של העקרונות והמבחנים בפסיקה, הצענו להרחיב את האכיפה של הזכות לפרטיות וכן את ההרתעה מפני פגיעה של המעסיק בפרטיות באופן שוטף, בין היתר, באמצעות הטלת פיצויים כספיים משמעותיים ומניעת מתן סעד בהיעדר מדיניות במקום העבודה. רק כך ניתן יהיה לייצר את אותו מרחב פעולה פרטי שהנו כה חיוני – לפרט ולחברה כולה – בעולם העבודה של ימינו.

נספח – תוצאות יישום הלכת איסקוב-ענבר

א. פסקי הדין וההחלטות בהם בתי הדין קיבלו את הטענה בגין פגיעה בפרטיות ופסקו בגין כך סעד:

1	עס"ק (ארצי) 7541-04-14 הסתדרות העובדים הכללית החדשה מרחב המשולש הדרומי - עיריית קלנסווה (פורסם בנבו, 15.03.2017)
2	פ"ה (אזורי חי') 1274-04-17 רפעת מרעי – המועצה המקומית פרדיס (פורסם בנבו, 02.04.2018)
3	סע"ש (אזורי ת"א) 20739-08-16 אילנה חננאל - מועצה מקומית באר יעקב (פורסם בנבו, 16.11.2020)
4	סע"ש (אזורי ת"א) 69292-03-18 מאפי - פארמה בע"מ - קדונקה טומוב ז"ל (פורסם בנבו, 09.12.2019)
5	סע"ש (אזורי ת"א) 14245-02-17 אלכסנדר אנחין - בני אליאסי (פורסם בנבו, 22.07.2017)
6	סע"ש (אזורי חי') 6017-09-16 מיכאל זוחוביצקי - המחדש תעשיות (מנת"ש) בע"מ (פורסם בנבו, 25.12.2018)
7	סע"ש (אזורי נצ') 2684-03-16 אפרת קוריטני - עו"ד מאירה צדוק (פורסם בנבו, 09.03.2017)
8	סע"ש (אזורי ת"א) 30032-12-17 פבל בובר - פבל בובר (פורסם בנבו, 29.01.2019)
9	סע"ש (אזורי ת"א) 28766-11-12 יניב בוטביניק - אינטלימינד בע"מ (פורסם בנבו, 20.12.2015)
10	סע"ש (אזורי ת"א) 11641-03-15 אלבה פתרונוט טכנולוגיים מתקדמים בע"מ - אריה אהרן שמעון אלמלם (פורסם בנבו, 28.06.2015)
11	סע"ש (אזורי ת"א) 18515-02-18 בן ציון סעדה - בלוקשתיל בע"מ (פורסם בנבו, 13.05.2020)
12	סעש (נצ') 60673-12-19 אחלאם נסאר - המכללה הארצית להכשרה מקצועית סכנין בע"מ (פורסם בנבו, 23.8.2020)

13	סע"ש (אזורי ת"א) 28119-07-17 שרית אליאס - מאצ' ריטייל בע"מ (פורסם בנבו, 26.08.2018)
14	סע"ש (אזורי ת"א) 1575-09-15 עו"ד אילן גבע - עו"ד יגאל מזרחי (פורסם בנבו, 29.09.2016)
15	ס"ע (אזורי ת"א) 29090-05-12 אנה גורליק - איליה אנבינדר (פורסם בנבו, 21.04.2014)
16	סע"ש (ת"א) 60161-06-16 קלי בלקאר - גרשון בלקין (פורסם בנבו, 27.8.2019)
17	פ"ה (אזורי ב"ש) 40066-04-16 כרמל בידוד בע"מ - ז'אנה סולימנוב (פורסם בנבו, 13.08.2017)
18	סע"ש (אזורי ת"א) 38650-09-17 אי.איי.סי - מרכז הפרסום הישראלי בע"מ - עופר גולן (פורסם בנבו, 04.12.2018)
19	סע"ש (אזורי ת"א) 26316-09-15 חי סוריא - רועי בן ארי (נבו 23.04.2017) + סע"ש (אזורי ת"א) 26316-09-15 חי סוריא - רועי בן ארי (פורסם בנבו, 03.11.2016)
20	ס"ע (אזורי ת"א) 11371-09-11 שיאולוגי בע"מ - נתן בירנבוים (פורסם בנבו, 04.11.2015)

ב. פסקי הדין וההחלטות בהם בתי הדין קיבלו את הטענה בגין פגיעה בפרטיות באופן חלקי בלבד:

1	ע"ע (ארצי) 40711-04-17 פישר תעשיות פרמצבטיות בערבון מוגבל – אברהם שטטר (פורסם בנבו, 04.03.2018)
2	סע"ש (אזורי ת"א) 969-08-15 ש.ז. - ל.א. בע"מ (פורסם בנבו, 18.04.2017)
3	ס"ק (אזורי ת"א) 2994-06-19 הסתדרות העובדים הכללית הסתדרות עובדי המדינה - מדינת ישראל (פורסם בנבו, 08.10.2020)
4	סע"ש (אזורי ת"א) 18279-06-16 אקספו ניהול בע"מ - משה כהן (פורסם בנבו, 26.03.2017)

5	סע"ש (אזורי ת"א) 71727-10-18 יורם גרטי - לב הדקל - סוכנות לביטוח (2004) בע"מ (פורסם בנבו, 12.04.2020)
6	סע"ש (אזורי ת"א) 14400-03-13 דובי ברמן - אקספיריורס בע"מ (פורסם בנבו, 30.03.2017)
7	פ"ה (אזורי חי"י) 15794-10-17 אקספוז אופנה בע"מ - אמיר הברפלד (פורסם בנבו, 04.02.2018)
8	סע"ש (אזורי ת"א) 24960-02-19 א.מ רכיבים (2005) בע"מ - פנחס מולדובן (פורסם בנבו, 06.10.2020)
9	סע"ש (אזורי ת"א) 22614-09-19 ש. אנגל מהנדסים בע"מ - אירינה בונגרט (פורסם בנבו, 27.04.2020)
10	סע"ש (אזורי ת"א) 79357-01-19 רמי חי - ויצו - הסתדרות עולמית לנשים ציוניות (ע"ר) (פורסם בנבו, 11.06.2020)
11	סע"ש (אזורי ת"א) 17625-03-16 אריאל לויין - דן אבידן (פורסם בנבו, 08.01.2018)

ג. פסקי הדין וההחלטות בהם בתי הדין דחו את הטענה בגין פגיעה בפרטיות:

1	סע"ש (אזורי י-ם) 50814-01-12 מרדכי אברמסון - מלם מערכות בע"מ (פורסם בנבו, 11.09.2014)
2	ד"מ (אזורי ת"א) 15161-08-12 רפאל בן עזרא - חברת "דן" תחבורה ציבורית בע"מ (פורסם בנבו, 28.09.2013)
3	תע"א (אזורי ת"א) 9331-09 רויטל סלם - עיצובים גרפיקה ותקשורת שיווקית בע"מ (פורסם בנבו, 05.02.2013)
4	סע"ש (אזורי ת"א) 41363-03-13 אורי יוסקוביץ - טלרד נטוורקס בע"מ (פורסם בנבו, 15.10.2017)
5	סע"ש (אזורי ת"א) 24704-11-16 זיפקום תקשורת בע"מ - חגית חסקלוביץ' (פורסם בנבו, 20.08.2019)
6	סע"ש (אזורי ת"א) 12303-09-18 רובוגרופ ט.א.ק. בע"מ - רוני באום (פורסם בנבו, 24.03.2020)

7	סע"ש (אזורי ת"א) 21426-11-16 יואב מנשה - אודיס מפעלי סינון בע"מ (פורסם בנבו, 16.01.2019)
8	סע"ש (אזורי ת"א) 25953-12-14 ד"ר שלמה כהן ושות' - משרדי עורכי דין - אמירה מנגלוס (פורסם בנבו, 18.01.2015)
9	סע"ש (אזורי ת"א) 45564-12-17 גליה כהן - אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 09.03.2018)
10	על"ח (אזורי ת"א) 1116-02-12 פזית דלל גפנר - פריגו ישראל סוכנויות בע"מ (פורסם בנבו, 18.08.2013)

ד. אחר:

1	סע"ש (אזורי ת"א) 31869-03-19 הילטון ליכט - ג'ונס לאנג לאסאל ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 14.07.2020)
2	ס"ע (אזורי ב"ש) 14692-02-10 קרן שביט דמרי - גבי ג'ין (פורסם בנבו, 04.08.2011)
3	תע"א (אזורי נצ') 1027/06 אפיקי מים - אגודה חקלאית שיתופית לאספקת מים בבקעת בית שאן בע"מ - רני פישר (פורסם בנבו, 26.06.2011)
4	סע"ש (אזורי ת"א) 31749-02-18 קלאסיק הוטל מנג'מנט בע"מ - נטלי ניקיטינה (פורסם בנבו, 11.09.2018)
5	סע"ש - 25861-02-16 ת"פ (עבודה חיפה) 51-37 איסתא ישראל בע"מ - בלה רוזנברג (פורסם בנבו, 21.03.2016)
6	סע"ש (אזורי ת"א) 4394-05-14 מיטל בלוך - סינאל מלל פייוויי בע"מ (פורסם בנבו, 02.12.2014)
7	ע"ב (אזורי חי') 10596-11-08 סטאטוס סקול בע"מ - תיב"מ פלוס בע"מ (פורסם בנבו, 21.03.2012)
8	תע"א (אזורי ת"א) 22105-11-11 שמואל ג'ובני - שיא סורים (1986) בע"מ (בפירוק) (פורסם בנבו, 20.03.2013)

9	סע"ש (אזורי חי') 32450-03-14 לפידות מדיקל יבוא ושיווק בע"מ - אורי גרא (פורסם בנבו, 30.05.2018)
10	פ"ה (אזורי ת"א) 50861-03-20 מעבדות ים המלח בע"מ - רימה גרידנב (פורסם בנבו, 21.11.2020)