

פרטיות עובדים בדין הישראלי

א. מבוא

לאחר שעמדנו על האינטרסים והזכויות של המעסיקים ושל העובדים ועל עקרונות יסוד של הזכות לפרטיות, ראוי לעמת את הזכויות. למעסיקים יש אינטרס במעקב ורשות מסוימת מכוח זכות הקניין שלהם וזכות-היתר שלהם להפעיל אמצעים כאלה. לעובדים יש אינטרסים שלא להיות חשופים למעקב, אינטרסים שנובעים מצרכים שונים אשר הזכות לפרטיות משמשת להם גג משפטי. הצגת מערך האינטרסים והזכויות בדרך האמורה מעמתת אינטרסים מכשירניים של המעסיקים (אלא אם צובעים אותם בצבעים חוקתיים של זכות הקניין) עם זכויות דאונטולוגיות של העובדים (אלא אם צובעים אותן בצבעים מכשירניים).¹ עצם העמדת הזכויות במערך של עימות-איזון אינו קובע דרך פתרון. פעולת האיזון עצמה מחייבת שנפרוט את האיזון לכללים קונקרטיים. יש לשים לב כי עימות מכשירני-דאונטולוגי מקשה עריכת איזון כזה, שכן הצד המכשירני אפשר למדידה ביתר קלות מהצד הדאונטולוגי. המדידות עלולה לגרור הטיה לטובת הצד המדיד. כיצד פרט המשפט הישראלי את ההתנגשות העקרונית לכללים מעשיים? בכך דן פרק זה בחלקו הראשון, ובהמשכו אציע מתווה לפתרון. כמו בנושאים הקודמים שנדונו, המשפט אינו לבדו בזירה. יש לגבש סל כלים עשיר ככל האפשר, משפטי, טכנולוגי וארגוני.

1 ראו G. Stoney Alder, *Ethical Issues in Electronic Performance Monitoring: A Consideration of Deontological and Teleological Perspectives*, 17 J. OF BUSINESS ETHICS 729 (1998). עם זאת האינטרסים אינם בהכרח מנוגדים. המעקב משפיע השפעה שלילית על הרצון והנכונות של העובדים לעבוד, והוא מדכא יזמות יצירתיות שיכולות לקדם את העסק. ראו Kirsten Martin & R. Edward Freeman, *Some Problems with Employee Monitoring*, 43 J. OF BUSINESS ETHICS 353 (2003). דווקא מעסיק שלא יפעיל אמצעי מעקב, ויודיע על כך לעובדים, צפוי ליהנות ממוטיבציה מוגברת שלהם והגברת תחושת השייכות למקום העבודה. החלטה מוצהרת שלא להפעיל מעקב משמיעה אמון של המעסיק בעובדים ומתפרשת על ידי העובדים כהגינות. לעומת זאת, הפרת ציפיות לפרטיות נתפסת כחוסר הגינות, ומשליכה במישרין על הנכונות לעבוד במקום מסוים. ראו סיכום מחקרים אצל Eugene F. Stone-Romero, Dianna L. Stone & David Hyatt, *Personal Selection Procedures and Invasion of Privacy*, 59(2) J. OF SOCIAL ISSUES 343, 346 (2003).

ב. הפסיקה

לימוד הפסיקה מעלה שהשיח המשפטי הישראלי מסגר את עצמו תחילה בשפת האיזונים ובהמשך בשיח חוקתי: עורכי דין ובתי משפט מנסים לאתר את האינטרסים, לתרגמם במקרים המתאימים לזכויות ולאזן בין הזכויות היריבות או בין הזכויות לאינטרסים.² סוג ההתנגשות קובע את סוג האיזון: התנגשות בין זכות (חוקתית) לבין אינטרס תיבחן לפי נוסחה של "איזון אנכי" או לפי פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד (שהיא למעשה איזון אנכי משוכלל), ואילו התנגשות בין זכויות תיבחן לפי נוסחה של "איזון אופקי". במקרה הראשון, האנכי, יש לאתר אמצעים שמידת פגיעתם בזכות שנפגעת מועטה,³ ואילו במקרה השני יש לנסות לקיים את שתי הזכויות בדרך מיטבית, על ידי בדיקת המטרות וההתכליות הספציפיות של הזכויות המתנגשות ותוך "ויתור הדדי" שלהן.⁴ בהקשר הנדון כאן תוצאת מסגור שאלת המעקב במקום העבודה (והפרטיות במקום העבודה בכלל) בשיח האיזונים החוקתי היא העמדת זכות הקניין החוקתית של המעסיק מול זכות העובדים לפרטיות. העמדה של זכות מול זכות מביאה לאיזון אופקי.

שיח האיזונים הזה על נוסחאותיו משטח את מורכבות המצבים העובדתיים. כפי שהראה הדיון בפרק הקודם, סוגי האינטרסים של המעסיקים מגוונים באופיים, סוגי המעסיקים רבים, סוגי האמצעים שהם יכולים לנקוט רבים עוד יותר. גם האינטרסים של העובדים וזכויותיהם רחבים, אינם אחידים ומשתנים לפי הנסיבות, וגורמים חוץ-משפטיים כמו נורמות חברתיות וטכנולוגיה מתערבים גם הם בעיצוב השדה של מקום העבודה.⁵ היה אפשר לשרטט טבלה מפורטת לפי סוג האינטרס בחתכים שונים (ניהול יעיל, ניהול סיכונים, אינטרס מניעתי צופה פני עתיד או אולי צופה פני עבר, פנים-ארגוני או חוץ-ארגוני ועוד) מול סוג האמצעי, ולפי זה להעריך את מידת הפגיעה בפרטיות. אבל מורכבות החיים, הדינמיות של מקומות העבודה והשינויים הטכנולוגיים מקשים על יצירת מערך כללים כזה, ובמקום זאת ראוי לפתח מערך עקרונות שאפשר ליישמו במצבים שונים לפי הנסיבות הקונקרטיות.

פסקי הדין הבודדים שדנו במעקב של מעסיקים אחרי עובדים אינם עקיבים במסגרת המשפטית שהפעילו. כפי שתיארה זאת השופטת וירט-ליבנה במאמר בנושא, נקודת המוצא

2 גורלה של הזכות לפרטיות אינו שונה מגורלן של זכויות אחרות שנדונו בבית הדין. ראו Guy MUNDLAK, FADING CORPORATISM – ISRAEL'S LABOR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS IN TRANSITION 183-184 (2007).

3 לאיזון אנכי ראו אהרן ברק פרשנות במשפט, חלק ב: פרשנות החקיקה 689 (1993).

4 ראו בג"ץ 1/88, 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב יפו, פ"ד מב(2) 309, 336-337 (1988).

5 מושג השדה שואל מפייר בורדייה. ראו Pierre Bourdieu, THE FIELD OF CULTURAL PRODUCTION (1993).

של בתי הדין היא קניינית, כלומר זכות-היתר של המעסיק.⁶ מול זכות הקניין הוצבה הזכות לפרטיות של העובדים. אבל נראה כי הבנת הזכות לפרטיות היא בדרך כלל אינטואיטיבית, ובקצת מהמקרים בתי המשפט ובתי הדין המציאו מחדש, ללא צורך ובמידה מסוימת וחלקית, עקרונות יסוד של דיני הגנת הפרטיות.⁷ המשגת הסוגיה כאיזון אינטרסים חוקתי מניחה (ובדרך כלל במפורש) שהזכות לפרטיות אינה מוחלטת, מציגה את האינטרסים שבשני הצדדים וקובעת כי יש צורך באיזון. המסגרת החוקתית משליכה, כך נראה, על פרשנות יסודות שונים, ובעיקר ההסכמה וההגנות האפשריות של המעסיקים.⁸

בעניין צוקרמן נדון מעקב של המעסיק אחרי העובד, שהיה יו"ר ועד העובדים, מחוץ לתחום המפעל ומחוץ לזמן העבודה.⁹ עם זאת המסגרת הכללית של הדיון דומה לזו שבשאלות מעקב במקום העבודה, ובכל מקרה השוני לא בא לידי ביטוי בפסק הדין. המעסיק טען כי היו חשדות ספציפיים בדבר טוהר מידותיו של העובד, חשדות שנתבדו. בית המשפט המחוזי דן בתביעה אזרחית של העובד נגד המעסיק. שיח האיזונים החוקתי שימש מסגרת-על לדיון השיפוטי. בית המשפט בחן את הפעולות שנקט המעסיק נגד העובד לפי

6 ראו ורדה וירט-ליבנה "הזכות לפרטיות אל מול האחריות הניהולית במיון מועמדים לעבודה – ההיבט המשפטי" ספר שמגר 775 (חלק ג, אהרן ברק ואח' עורכים, 2003).

7 וירט-ליבנה מצאה שבתי הדין ואף בית המשפט העליון נתנו תוקף לכוחו של המעביד לדרוש מהעובד להיבדק במבחני התאמה "מבלי שהתייחסו לשאלת מעמדה המיוחד של הזכות לפרטיות". שם, בעמ' 797.

8 במקרים אחרים שבהם נדונה הזכות לפרטיות בנוגע למקום העבודה הפעילו בתי המשפט ובתי הדין מסגרות משפטיות מגוונות. למשל, לעתים מבקשים עובדים המעורבים בדיון משפטי לקבל מידע על עובדים אחרים בארגון, למשל על תנאי השכר או תנאי הפרישה שלהם. בדיון מט/3-2 מדינת ישראל נ' רויך, פד"ע כ 377 (1989) בחן בית הדין את הדברים לפי פרק ד לחוק הגנת הפרטיות, שדן בהעברת מידע מגופים ציבוריים וקבע בדעת רוב כי המידע הוא פרטי (תוך שהשופט (כתוארו דאז) אדלר קבע כי הפרטיות אינה חלה על תנאי הפרישה של עובדי מדינה), והציע פתרון יצירתי מעשי, שלפיו המידע המהותי יימסר ללא סימנים מזהים. פסק דין זה נפסק לפני המהפכה החוקתית. כך גם במקרה שבו דובר בעובדים ששכרם נקבע על ידי מועצת רשות מקומית, נפסק שנתונים על המשכורת צריכים להיות גלויים למעסיק, ובמקרה זה – לחברי מועצת העירייה. בג"ץ 4402/91 מורדוב נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מו(3) 85, 90 (1992). ראו גם דיון נג/191-3 הסוכנות היהודית לארץ ישראל נ' רוטנברג, פד"ע כו 501 (1994). במקרה אחר, שלאחר המהפכה החוקתית, שבו ביקש עובד לקבל לידיו תיקי מבדק פנים של עובדים אחרים במקום העבודה, דן בית הדין הארצי בקבילות הראיה. בית הדין קבע תחילה כי כדי לקבל ראיה עליה לעמוד במבחן הרלוונטיות ולאחר מכן במבחן האיזון, במקרה זה בין זכותם של שאר העובדים לבין זכותו של העובד להביא ראיות. ראו דב"ע נו/260-3 אלפריח נ' המוסד לביטוח לאומי, פד"ע ל 543, 557, 559 (1997).

9 ת"א (מחוזי ת"א) 1285/89 צוקרמן נ' מורנגשטרן, פ"מ התשנ"ט (1) 385 (1999). בד בבד עם ההליך האזרחי הגיש העובד קובלנה פלילית נגד המעסיק ונגד הממונה הישיר עליו. בית המשפט העליון זיכה את המעסיק ואת הממונה ונמנע במפורש מלדון בשאלת דרך השגת החומר שהיה בסיס לקובלנה. ראו ע"פ 4379/95 צים חברת השיט הישראלי בע"מ נ' צוקרמן (פורסם בנבו, 1997).

המסגרת של חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות), מצא שהפרטיות אכן הופרה, דחה את טענת המעסיק כי עצם קיומם של יחסי עובד-מעביד כוללים הסכמה מכללא של העובד לפגיעה בפרטיותו, ובנוגע לזה קבע כי "מאזן הזכויות בין זכותו של המעביד לקניין, זכות חוקתית, לזכותו של העובד לפרטיות, כזכות חוקתית אף היא – הינו לכל הפחות מאויין, אם לא נוטה לצד העובד".¹⁰ המסגרת החוקתית הופעלה בפסק הדין גם בנוגע לפרשנות הגנות שטען להן המעסיק, וליתר דיוק, עקרון המידתיות שלפיו המעסיק היה צריך לנקוט אמצעים פוגעניים פחות כדי לממש את האינטרס שלו בבירור החשדות.¹¹

גם בעניין אוניברסיטת תל-אביב שדן בשאלה אחרת של פרטיות במקום העבודה, של לגיטימיות השימוש במבחני התאמה פסיכולוגיים למועמדים, המשיג בית הדין הארצי את השאלה כאיזון בין הזכות לפרטיות של העובדים לבין זכות הקניין של המעסיק.¹² בעניין אייזנר, דן בית הדין בתביעות שונות של זכנית שפוטרה מעבודתה בחנות לאחר שגילתה כי המעסיק התקין מצלמות וידאו בחנות ללא ידיעתה ועקרה אותן ממקומן.¹³ נקודת המוצא של בית הדין הייתה כי למעסיק יש פררוגטיבה לנהל את מפעלו לפי הבנתו, אולם מיד נקבע כי זכות-היתר אינה מאפשרת למעסיק לשנות את חוזה העבודה באופן חד-צדדי. מעקב אחרי העובדים הוא שינוי כזה וכפוף למבחן של סבירות. היישום של בית הדין קובע את הלגיטימיות של נקיטת אמצעי המעקב לפי מטרת המעקב ובכפוף להודעה לעובד. מעקב שנועד למנוע גנבה על ידי לקוחות הוא כלי לגיטימי בתנאי שהעובד מודע לכך. צילום סמוי פוגע בפרטיות העובד, לפי פסק הדין, הגם שמדובר במקום העבודה שהוא קניינו של המעסיק. בית הדין העיר כי אילו הייתה כוונת המעסיק לחקירה פלילית (הכוונה כנראה במקרה של חשד למעילה של העובד) הרי המבחן שהיה מופעל היה של תום לב ולא של סבירות. פסק הדין הקצר אינו מתייחס למסגרת החוקתית, אינו מסביר מהי הפגיעה בפרטיות ומניח אותה כמובנת מאליה, וכאמור מפעיל מבחן של סבירות. למרות קוצר היריעה של פסק הדין אפשר לחלץ ממנו שני עקרונות חשובים: האחד הוא שאמצעי המעקב צריך להיות מותאם למטרה הקונקרטית, וזו צריכה להיות מטרה לגיטימית, והשני הוא שכל עוד אין הדבר מפריע למימוש המטרה, יש להודיע לעובד על השימוש באמצעי. הגם שתוצאת הדיון הזה ראויה בעיניי והעקרונות מתאימים, בולט בהיעדרו דיון בנוגע לזכות

10 שם, פסקה 40.

11 שם, פסקה 41. בסיכום פסק הדין חזר בית המשפט למסגרת החוקתית והבהיר כי "במאזן האינטרסים בין צנעת הפרט לבין האינטרס של המעביד לקניין ולמידע, זכותו של העובד לפרטיות תגבר". שם, פסקה 45.

12 דב"ע 4-70/97 אוניברסיטת תל אביב נ' ההסדרות הכללית החדשה, פד"ע ל(1) 385, 413 (1998).

13 ד"מ (אזורי ת"א) 002374/00 אייזנר נ' ריצ'מונד מפעלי סריגה בע"מ, פד"ע לט נא (2001).

לפרטיות. דיון כזה היה מוביל למשל לתנאי של הסכמה מצד העובד ולא רק של הודעה חד-צדדית לעובד.

בעניין ריבן, שדן בצילום עובדים ללא ידיעתם ושבו ביקש המעסיק להגיש קלטות כראיות, ביקש העובד לקבוע את פסלותן מחמת הפגיעה בפרטיות, לפי כלל הפסלות היחסית הקבוע בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות.¹⁴ גם כאן הומשג הסכסוך במסגרת החוקתית של הזכות לפרטיות מול זכות-היתר של המעסיק, אולם בית הדין קבע כי זכות המעסיק לניהול אינה בעלת אותו מעמד כשל הזכות לפרטיות. אלא שהאיזון החוקתי עצמו אינו מספק הנחיה לפעולה, ולכן ביקש בית הדין לפרוט אותו מעט, והדרך לכך, לפי בית הדין, היא באמצעות מבחנים של תום לב, סבירות ומידתיות.¹⁵ גם עקרונות אלה זקוקים לפירוט, ופה הציב בית הדין כמה אמות מידה: תוכן המידע שבו מדובר (האם מדובר בענייניו האישיים של העובד?), מקום הפגיעה הנוטענת בפרטיות (האם מדובר ברשות היחיד או רשות הרבים?) וסירוב לראות בעצם קיומם של יחסי העבודה משום הסכמה מכללא. באותו מקרה נפסק שצילומו של אדם ללא הסכמתו או ידיעתו, גם אם הוא מצוי במקום העבודה, פוגע בפרטיות. משם עבר בית הדין לבחון את ההגנות שמציע סעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות, ובעיקר ההגנה לפעולה שנעשתה בתום לב, לשם הגנה על עניין אישי כשר של הפוגע, וקרא לתוכו את עקרון המידתיות. חשד ספציפי לגנבה מקים הגנה כזו, בכפוף לבחינת סבירות ומידתיות.¹⁶

בעניין תשתיות נפט בדק המעסיק את הדוחות שמילאו עובדים בתפקידי סיירים של קווי דלק ברחבי הארץ על מקום הימצאם במשך יום העבודה והשווה אותם לדוחות שהופקו ממכשיר איכון שהותקן ברכב העבודה שבו השתמשו (מכשיר איתוראן).¹⁷ ההשוואה העלתה כי העובדים דיווחו על סיורים לאורך קו נפט בעת שהיו במקום אחר. במסגרת הליכים שונים בעקבות הגילוי ביקשו העובדים לפסול את הראיה בנימוק שהיא פוגעת בפרטיותם. בית הדין דחה את הבקשה וקבע בקיצור נמרץ כי "איתור מקום הימצאם של העובדים בזמן העבודה עת מדובר בעבודה שמטיבה הינה נידת, אינו פוגע בפרטיות, והוא בא לסייע בידי המעבידים לפקח על העובדים. זאת במיוחד כאשר העובד מוסר מידע בדו"חות הנוכחות היכן הוא נמצא והבדיקה של המעביד נעשית בדיעבד".¹⁸ אני סבור שהיה מקום לבחון אם הסכמת העובדים השתרעה גם על בדיקת מקום הימצאם, לבחון את

14 עב' (אזורי חי') 2887/03 ריבן נ' גרינקו (פורסם בנבו, 2006).

15 שם, שם.

16 שם, פסקאות 10, 13. להמשך ההליך בין הצדדים, שם התבסס בית הדין על הקלטות, ראו עב' (אזורי חי') 2887/03 ריבן נ' גרינקו (פורסם בנבו, 2007).

17 ראו ס"ק (אזורי ב"ש) 1026/06 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' תש"ן תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ (פורסם בנבו, 2006).

18 שם, פסקה 35. בית הדין העיר בהערת אגב כי נראה שאין מדובר ב"מידע" כהגדרתו בסעיף 7 לחוק הגנת הפרטיות, ולכן לא דן בשאלה אם מדובר במאגר מידע. שם.

שער רביעי: פרטיות בעבודה

השימוש (המעקב) ביחס למטרה המוצהרת, ולפי זה לקבוע אם הפרטיות נפגעה. אם כן היה מקום לבחון את ההגנות האפשריות של המעסיק. כפי שאראה בהמשך, קביעה זו אינה עולה בקנה אחד עם העקרונות שנגזרים מהזכות לפרטיות. בהליך אחר פסק בית הדין לעבודה כי דוחות האיתוראן בדבר מקום הימצאם של העובדים ובני משפחתם אחרי יום העבודה פוגעים בפרטיותם, ועל כן לא קיבל את החלקים האלה של הדוחות כראיה.¹⁹ מעט פסקי הדין שדנו במעקב אחרי עובדים מעלים כי גם כאשר בתי הדין ובתי המשפט מנסחים את הסוגיה כעימות חוקתי בין זכות הקניין של המעסיק לזכות לפרטיות של העובדים, הרי הניסוח הזה אינו מקדם את ההכרעה ונדרשת פריטתו לעקרונות קונקרטיים יותר. כאן מפעילים בתי הדין, באופן מובן, בעיקר מושגי יסוד בדיני העבודה הישראליים, כמו תום לב וספקנות בדבר אמתות הסכמתם של העובדים לצעדים שפוגעים בפרטיותם, וזאת בצד יישום עקרונות חוקתיים של מידתיות. העמדה הנחרצת בעניין תשתיות נפט שמקבלת מעקב של המעסיק כדבר מובן מאליו חורגת בעיניי מקו זה, וכך גם עניין איסקוב-ענבר, שראוי לתשומת לב מיוחדת מחמת מורכבותו וחידושו. פסק הדין התעורר במסגרת של מקום העבודה המודרני, ובעיקר גישה לדואר האלקטרוני.

ג. חיטוט בהודעות דוא"ל

פסקי דין אחדים שניתנו בשנים האחרונות עסקו בחיטוט של המעסיקים בתיבות הדואר האלקטרוני של העובדים ללא רשותם. המסגרת המשפטית שבה התעוררה השאלה היא של בקשה להגיש את הראיות שנמצאו בתיבות הדוא"ל ובקשה נגדית של העובדים לפסול את הראיה מחמת הפגיעה בפרטיות. מצד אחד ניצב פסק הדין המקיף בעניין איסקוב-ענבר, שהיה הראשון לעסוק בסוגיה, ומצד אחר כמה החלטות הפוכות.

1. עובדות המקרה והחלטת בית הדין

טלי איסקוב-ענבר תבעה את חברת ההיי-טק שבה עבדה בטענה כי פוטר מחמת הריונה. במסגרת ההליכים בבית הדין האזורי הגישה החברה המעסיקה עותקים מהודעות דוא"ל ששלחה איסקוב-ענבר בדוא"ל המשרדי שלה כדי להוכיח שאיסקוב-ענבר פוטר עוד לפני הריונה. כפי שמצא בית הדין, להודעות צורף קובץ ששמו מעיד כי הוא כולל את קורות החיים של איסקוב-ענבר, ברוב ההודעות לא נכתב דבר, במקצתן היה טקסט קצר שדיווח על הצרופה ובמקצתן הופיעה שורת הנושא שממנה השתמע שההודעה נשלחה במענה להצעה ספציפית. ההודעות נשלחו לחברות כוח אדם ולאחרים. איסקוב-ענבר ביקשה שההודעות תיפסלנה בטענה שהן האזנת סתר לפי חוק האזנת סתר ופגיעה

¹⁹ ראו בש"א 5298/09 (אזורי ת"א) רובין נ' חברת תשתיות נפט ואנגריה (פורסם בנו, 2009).

בפרטיותה לפי חוק הגנת הפרטיות, שני חוקים שבהם יש כלל של פסלות ראיות שחריג בצדו.²⁰ החברה המעסיקה טענה כי המחשבים, תא הדוא"ל וההודעות עצמן הן קניינה, וכי מכל מקום, החברה נהגה ליידע את העובדים שהיא עורכת מעת לעת ניטור של תיבות הדוא"ל כדי למנוע חדירת וירוסים, ובכך יש לראות הסכמה של העובדת.

בית הדין החל את הניתוח בציון המסגרת החוקתית של הזכות לפרטיות שבסעיף 7 לחוק היסוד. חובת המעסיקה להגן על הזכות נובעת לא רק מהמסגרת החוקתית אלא גם מעקרונות שבדיני עבודה, כלומר זהו תנאי מכללא בחוזה העבודה, והיא נובעת גם מעקרון תום הלב. בית הדין פירט את האינטרסים השונים של המעסיקה במקמו אותם זכות חוקתית לקניין. "זכות העובד", נכתב בהחלטה, "בהכרח מצטמצמת – בהסכמתו וכחלק אינהרנטי מחוזה העבודה – בפרק הזמן בו הוא נמצא במקום העבודה ומעמיד את עצמו לרשות המעסיק, כאשר לאחרון אינטרס ברור לוודא כי זמן זה אכן מוקדש לענייני העבודה באופן יעיל".²¹ בצד זה הכיר בית הדין בצורך של העובדים במתחם של פרטיות גם במקום העבודה וגם כאשר הוא עושה שימוש ברכוש המעסיק. הדוגמאות שניתנו הן של שיחות טלפון קצרות עם בני משפחה, בירורים שונים בעניינים פרטיים ושימוש בתיבת הדוא"ל לצרכים פרטיים כל עוד היקף השימוש סביר. ההחלטה סוקרת כמה כללים בדין האמריקני ובאירופה תוך שהיא מדלגת בין שני עולמות משפטיים שונים אלה, לפחות בכל הקשור להגנת הפרטיות ללא ערנות להבדלים היסודיים בתפיסת הפרטיות ביניהם.

האיזון העקרוני נפרט באמצעות שימוש בעקרון המידתיות והחלתו בדיני העבודה,²² ומכאן נגזרו כללים קונקרטיים: עובד רשאי לעשות שימוש פרטי בהיקף סביר בתא הדוא"ל וזכאי לפרטיות בקשר אליו, אולם למעסיק זכות לפקח על השימוש על ידי בדיקת היקף השימוש ללא כניסה לתוכן ההודעות. כאשר לעיון בתוכן ההודעות, כאן חזר בית הדין על "הנתון החוקתי", שלפיו הזכות לפרטיות אינה מוחלטת אלא יחסית, ויש לאזנה עם זכות הקניין של המעסיק. הפעם תורגם האיזון למבחן שמטרתו לזהות אם יש לעובד זכות לפרטיות, והמבחן שאומץ הוא זה הנהוג בארצות הברית בדבר ציפיותיו של העובד ו/או ידיעתו, המפורשת או המשתמעת. מדיניות המעסיק בפועל, הסכמתו של העובד, אם הייתה, סוג האינטרס והאמצעי שננקט – הם כולם נתונים חשובים בהכרעה אם מדובר בפגיעה אסורה בפרטיות או מותרת.

יישום העקרונות הכלליים האלה בנסיבות הביא את בית הדין למסקנה שיש לראות בעובדת כמי שהסכימה לעיון המעסיקה בהודעות. הטעמים לכך היו שתיבת הדוא"ל ניתנה

20 ראו סעיף 13 לחוק האזנת סתר וסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות.
21 עב' (אזורי ת"א) 10121/06 איסקוב-ענבר נ' הממונה על חוק עבודת נשים, פסקה 11 (פורסם בנבו, 2007).
22 בית הדין נסמך לעניין זה על גיא דוידוב "עקרון המידתיות בדיני העבודה" עיוני משפט לא 5 (2008).

שער רביעי: פרטיות בעבודה

לעובדת לצורך עבודתה, שהעובדת ידעה על הניטור לצורכי איתור וירוסים ובכך יש הסכמה מכללא. בית הדין ציין גם את תוכן ההודעות ומצא כי העובדת ערכבה בעצמה בין התחום הפרטי למקצועי, ואפיין אותן כהעברה טכנית ללא מלל פרטי. בסופו של דיון בחן בית הדין את הפגיעות בפרטיות לפי סעיף 2(2) לחוק הגנת הפרטיות, שעניינו האזנת סתר, ולפי סעיף 2(5) לחוק, שעניינו העתקת כתב, ומצא כי אין פגיעה, בין משום שאין מדובר ב"שיחה" (בנוגע להאזנת סתר) ובין משום שניתנה הסכמה.

2. ביקורת: החמצת הפרטיות

ההחלטה אמנם מקיפה, אולם אני סבור שהיא שגויה בכמה עניינים מרכזיים: (1) בכך שהתעלמה מעקרונות יסוד של דיני הגנת הפרטיות והסתפקה בעקרון המידתיות; (2) בכך שאימצה את המבחן האמריקני לפגיעה בפרטיות (מבחן הציפייה הסבירה) בצורה חלקית, ללא הסבר מניח את הדעת ובניגוד להלך המעשי של הגנת הפרטיות בישראל, ומכל מקום, ללא ערנות מספקת לקוצר ידו של המבחן; (3) בכך שהסתפקה בהסכמה מכללא בנסיבות שבהן לא הייתה הסכמה לניטור תוכני בכלל; (4) בכך שלא הייתה ערה לקריסת ההבחנה שבין נתוני תקשורת לתוכן התקשורת; (5) בכך שבחנה את עצם הפגיעה בפרטיות לפי מידת הפגיעה בה, כלומר לפי תוכן ההודעות; (6) בשל התוצאה המצטברת של המסלול שבחר בית הדין, והיא שהזכות לפרטיות של העובד נסוגה מפני זכות הקניין של המעסיק. המסגרת שהתווה בית הדין נראית לכאורה כמאפשרת לעובדים שימוש (סביר) במשאבי המעסיק לצורכיהם הפרטיים, אולם בפועל מצמידה תג של מחיר לשימוש כזה: ביטולה של פרטיות העובדים במקום העבודה. אפרט, מתוך כוונה לגזור מהדיון עקרונות להמשך הדרך.

דרך ההנמקה. בית הדין החל את הדיון שלו בעימות החוקתי וניסה לפרוט אותו לכללים קונקרטיים, אולם כבר בראשית הדרך הוכרע העימות. בדברים שצוטטו לעיל קבע בית הדין כי העובד מעמיד עצמו לרשות המעסיק בזמן שהוא נמצא במקום העבודה, ולכן ראה בכך בית הדין הסכמה מצד העובד לצמצום מסוים של הזכות לפרטיות וחלק בלתי נפרד מחוזה העבודה. נראה כי בכך הכריע בית הדין: זכות הפרטיות של העובד נסוגה מפני זכות הקניין של המעסיק בין מחמת הסכמת העובד ובין במשתמע. העימות החוקתי שב ועלה בהמשך ההחלטה, כאשר בית הדין העיר כי גם אם מדובר בפגיעה בפרטיות, הרי הזכות היא יחסית ויש לאזנה עם אינטרסים של המעסיק.²³ פריטת האיזון החוקתי נעשתה לפי עקרון המידתיות, כאמור. רק בסופו של הדיון נבחנו סעיפי חוק הגנת הפרטיות.

הדיון החוקתי יכול וצריך לשמש מסגרת לדיון, אולם הוא אינו תחליף לדיון במסגרת החוק הקונקרטי, ובמקרה זה היה מקום להכריע את הדיון (גם) לפי חוק הגנת הפרטיות. החוק עצמו מגלם איזון אינטרסים עקרוני בין הזכות לפרטיות לבין אינטרסים נוגדים, כאשר

23 עניין איסקוב-ענבר, לעיל ה"ש 21, בפסקה 23.

הוא קובע תחילה מהי הפגיעה בפרטיות, ובהמשך מה הן הגנות טובות לפוגע.²⁴ פרשנות המונחים בחוק ראוי שתיעשה בשים לב לאיזון החוקתי הנדרש, כלומר תוך דיאלוג בין המישור החוקי למישור החוקתי. בכך תוגשם מלאכת הביקורת השיפוטית של בית המשפט על המחוקק, שמא כשל האחרון במציאת האיזון הראוי. הדיון באיזון העקרוני במנותק מהחוק הביא להתמקדות בעקרון המידתיות ולהמעטה במשקל שניתן לעקרונות הפרטיות שנדונו קודם לכן, ובעיקר עקרון ההסכמה. המידתיות יכולה וצריכה להצטרף לדיון, אולם נוסף על העקרונות של דיני הגנת הפרטיות ולא במקומם.

מבחן הציפייה הסבירה. יישום המבחן האמריקני שלפיו קיומה של הזכות לפרטיות נקבע לפי ציפיותיו הסבירות של האדם, לוקה בכמה. ראשית, הדין הישראלי לא אימץ את המבחן במפורש וודאי שלא באופן גורף,²⁵ ולא בכדי. שנית, אפילו היה מקום לאמץ את המבחן בדין הישראלי, הרי הוא אינו מתאים לכל הקשר. קוצר ידו מתגלה בדיוק במצבי המעקב האלקטרוני אחרי עובדים. אסביר.

בהקשר של פרטיות בדיני העבודה חברו בארצות הברית שתי הכרעות חברתיות (ומשפטיות) יחדיו והביאו לכך שלעובדים אמריקנים כמעט שאין פרטיות במקום העבודה. הכרעה חברתית אחת היא זו שתוארה, שלפיה הפרטיות אינה מוכרת שם כזכות בעלת תחולה מלאה במשפט הפרטי, ובכלל זה במקום העבודה.²⁶ השנייה היא זו שבדיני עבודה, שלפיה העסקת העובד תלויה ברצונו של המעסיק (employment at will), ובעלות המעסיק בעסק וכוחו נחשבים לחזקים מאוד.²⁷ כותבת אחת ניסחה את העמדה האמריקנית בצורה

24 ראו סעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות. ראו גם בש"א (אזורי ת"א) 3951/08 שגב נ' וויזמג'יק בע"מ (פורסם בנבו, 2008), שבו ניסח בית הדין את העימות בין זכות המעסיק לזכות העובד כעימות חוקתי.

25 אימוץ עקיף נמצא בסעיף (1)8 לחוק האונת סתר, שמגדיר את רשות הרבים כ"מקום שאדם סביר יכול היה לצפות ששיחותיו יישמעו ללא הסכמתו".

26 בארצות הברית הפרטיות נתפסת כנגזרת של חירות, ולא דווקא של כבוד האדם. התוצאה היא היקף צר יותר של הזכות, למשל לעומת האיחוד האירופי. ראו James Q. Whitman, *The Two* (2004) 113 YALE L.J. 1151. וכן עומר טנא "הזכות לפרטיות בעקבות חוק יסוד כבוד האדם: מהפך מושגי, חוקתי ורגולטורי" קרית המשפט ח 39 (2009).

27 להבחנה זו ראו Anita Bernstein, *Foreword: What We Talk About When We Talk About* (2006) 66 LA. L. REV. 923. לעמדה קפיטליסטית אמריקנית שמבקרת בחריפות את ההגנה שניתנת לעובדים על פרטיות במקום העבודה ראו Michael Selmi, *Privacy for the Working Class: Public Work and Private Lives*, 66 LA. L. REV. 1035 (2006). הכותב מבסס את טיעונו על גישת ה-employment at will המקובלת בארצות הברית, וסבור כי יש להגן על פרטיות העובדים רק מחוץ לשעות העבודה ומחוץ למקום העבודה.

שער רביעי: פרטיות בעבודה

חדה: העובד האמריקני נתפס כאמצעי ייצור ולא כאדם בעל זכויות.²⁸ הדין הישראלי בחר זה מכבר, כפי שמשחק בחקיקה ובפסיקה, בהכרעות חברתיות שונות: באשר לפרטיות, בחרה ישראל בגישה האירופית בנוגע להיקף ההגנה על הזכות לפרטיות בכלל ובמקום העבודה בכלל זה.²⁹ כאן הזכות לפרטיות מוגנת גם במשפט הפרטי ובכל הקשר. באשר לתפיסת יחסי העבודה, הדין הישראלי אינו נרתע מהתערבות ביחסי העבודה במקום שבו פערי הכוחות המובנים בין הצדדים מביאים לכשל שוק או לתוצאות שאינן ראויות בעיני הדין. השוני בשתי הכרעות ערכיות אלה היה אמור לחזק את העובדים בישראל לעומת עמיתיהם בארצות הברית.³⁰ לפיכך נטילת כללים בנוגע לפרטיות במקום העבודה מהמשפט האמריקני ויישומם כמות שהם במשפט הישראלי, שבו יש בחירות ערכיות אחרות, מצריכה הנמקה חזקה ומשכנעת, שאינה בנמצא פה.

לגופו של המבחן האמריקני בדבר ציפיותיו הסבירות של אדם – מבחן זה פותח שם בהקשר המדינתי-חוקתי תחת התיקון הרביעי לחוקה כדי לבחון אם לאדם יש אינטרס מוגן מפני חיפוש מצד רשויות המדינה, והוחל גם בתביעות אזרחיות רגילות.³¹ לפי המבחן הזה, יש לבחון אם לאדם הייתה ציפייה לפרטיות ולהעביר את הציפייה במבחן אובייקטיבי. כאן מתגלה קוצר היד של המבחן הזה. כיצד נדע אם ציפייה היא סבירה? האם הסבירות היא קביעה תיאורית או נורמטיבית? ככל שמדובר בקביעה תיאורית, הרי שבמקרים מסוימים אפשר לזהות קונצנזוס חברתי רחב בקהילה הנדונה: למשל, אפשר לומר ברמת ביטחון גבוהה כי הציפייה הסבירה של אזרחים בישראל היא שמידע על חיי המין שלהם הוא פרטי ונתון לשליטתם, ברצותם יספרו וברצותם לא יספרו. אולם במקרים רבים סבירות הציפיות אינה קיימת, למשל משום שמדובר בטכנולוגיה חדשה שפשוט עדיין אינה מוכרת לציבור, ולפיכך אין לציבור ציפייה סבירה בקשר אליה או ציפייה כלשהי. במקרה כזה מי שקובע את

28 ראו Laura Evans, *Comment, Monitoring Technology in the American Workplace: Would Adopting English Privacy Standards Better Balance Employee Privacy and Productivity?*, 95 CAL. L. REV. 1115, 1140 (2007).

29 לקישור של הזכות לפרטיות לכבוד האדם עוד לפני המהפכה החוקתית ראו את פסק דינו של השופט אלון בד"נ 9/83 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד מב(3) 837, 855 (1988); רות גביון "הזכות לפרטיות ולכבוד" זכויות אדם בישראל – קובץ מאמרים לזכרו של חמן שלח 61 (רות גביון עורכת, 1989). לטענה כי חל שינוי בבחירת הדין הישראלי ראו טנא, לעיל ה"ש 26.

30 עם זאת הגישה הישראלית שלפיה המעסיק נדרש להראות טעם לפיטורין (גישת just cause) יכולה להיות כלי שרת בפי המעסיק, שיטען כי המעקב נועד לאפשר לו להצדיק את הפיטורין. אינני סבור שזהו טעם משכנע, שכן הוא טעם מסדר שני. טענה כזו בפי מעסיק היא כי הפגיעה בפרטיות הכרחית כדי שהמעסיק יוכל לפגוע בעובד גם בדרך אחרת.

31 ראו *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

סבירות הציפייה הוא בית המשפט והקביעה באה בדיעבד.³² כיצד יקבע זאת בית המשפט? אם הקביעה בדבר הסבירות היא עניין של נתון חברתי, הרי שלאחר פסק הדין הראשון שידון בסוגיה, אם קבע שהציפייה סבירה ואם לאו, הרי משנתפרסם דבר השימוש בטכנולוגיה, הציפייה הסבירה משתנה על פי זה. לפיכך הקביעה בדבר הסבירות של הציפייה מחייבת נתונים חברתיים ולצד הערכה ערכית. במילים אחרות, אני סבור שהמבחן מחייב לא רק תיאור של הנורמות, אלא גם קביעה נורמטיבית בדבר הרצוי. אני סבור שהטעמים שביסוד הזכות לפרטיות, מעמדה כזכות יסוד חוקתית, בצירוף ההבנה הבסיסית של דיני העבודה בישראל כניסיון להתמודד עם פערי הכוח שבין הצדדים ליחסי העבודה – היו צריכים להוביל לבחירה שונה מזו שיש (באופן סמוי, גם אם בולט) בהחלטת בית הדין בעניין איסקוב-ענבר.

קושי אחר בנוגע ליישום מבחן הציפייה הסבירה שעולה מהדברים האלה הוא שלעתים יש מצב שבו בצד מעוניין אחד יש כוח ויכולת לקבוע בפועל מהי סבירות הציפייה. ככל שהמבחן בדבר סבירות הציפיות הוא תיאורי, ולא נורמטיבי, הרי כאשר לשחקן אחד בזירה, וודאי כאשר מדובר בשחקן חזק בזירה שבה רק שניים (מדינה ואזרח, תאגיד וצרכן וגם מעסיק ועובד), יש כוח חד-צדדי לקבוע מה סביר ומה אינו סביר, המבחן קורס. הכרה שיפוטית שתבוא לאחר מקרה, שתקבל את הקביעה החד-צדדית של צד חזק מעוניין שכוחו עדיף על הצד השני במערכת היחסים, פירושה שאין עוד לדבר על סבירות אובייקטיבית אלא על ציפייה של צד אחד לעומת ציפייה של צד אחר.

בעניין איסקוב-ענבר, ובמקרים של פרטיות ומעקב במקום העבודה בכלל, מבחן הציפייה הסבירה נחשף בחולשתו הכפולה. בהיות המעקב תלוי-טכנולוגיה, הרי כל עוד אין הטכנולוגיה מוכרת לציבור העובדים הרחב, קשה לדבר (כעניין תיאורי) על סבירות הציפייה. נראה כי אי-ההיכרות עם הטכנולוגיה עשויה להביא דווקא לקביעה כי עובד מצפה שהודעות הדוא"ל שלו לא ייקראו. אולם פרסום אינטנסיבי בציבור או במקום העבודה יכול לשנות את הציפייה הזו. נוסף על כך מאחר שהמעסיק הוא שמפעיל את אמצעי המעקב וביכולתו ליצור תנאים שונים שיוצרים ידיעה על אודות השימוש בהם (הודעה, מדיניות נגישה וכו'), הרי שימוש במבחן הציפייה הסבירה מפקיד כוח רב בידי המעסיק בשלב מוקדם מדי של הדיון, שבו יש לקבוע אם בכלל הייתה פגיעה בפרטיות. הניסיון האמריקני מעיד על כך. פסק דין מרכזי שעסק בפרטיות במקום העבודה נפסק בבית המשפט העליון בשנת 1987, בעניין *O'Connor v. Ortega*,³³ שם התעוררו חשדות שונים של המעסיק נגד

32 ראו למשל עניין *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001), שם מצא בית המשפט העליון בארצות הברית כי הציפייה הסבירה של אדם בנוגע לגלאי תרמי שמזהה מבחון אזורים בתוך הבית שבהם יש חום חריג, היא שלא ייעשה בו שימוש.

33 *O'Connor v. Ortega*, 480 U.S. 709 (1987). דובר שם במעסיק ציבורי, ולכן הוחל ניתוח חוקתי תחת התיקון הרביעי לחוקה. הדיון הזה רק ממחיש כי לעובדים במגזר האמריקני הפרטי יש אפילו פחות פרטיות מזה.

שער רביעי: פרטיות בעבודה

עובד בכיר, שהושעה מעבודתו עד לבירור החשדות. בעוד העובד מושעה, ביצע המעסיק חיפוש במשרדו של העובד, בשולחן העבודה שלו ובמגירות השולחן. הדעות בבית המשפט העליון בארצות הברית נחלקו, אולם דעת הרוב הסכימה למסקנה שלעובד הייתה ציפייה סבירה לפרטיות בשולחן ובמגירות שבמשרדו. בפסק הדין בלטה הצעה של בית המשפט למעסיקים: שנו והפחיתו את ציפיות העובדים לפרטיות.³⁴ ואכן, בעקבות פסק הדין אימצו מעסיקים רבים את ההמלצה החמה והודיעו לעובדיהם על שימוש באמצעי מעקב מגוונים. התוצאה: במקום להגן על הפרטיות, מבחן הציפייה הסבירה אפשר לרוקנה מתוכן באופן חד-צדדי.³⁵ מכאן משתמע שהמבחן האמריקני בוחן את הסבירות כעניין של המצב הקיים ולא כעניין נורמטיבי.

בפסק דין שנפסק בבית המשפט העליון בשנת 2010, *City of Ontario, California v. Quon*, נדון מקרה שבו מפקדי משטרה בחנו את תוכן ההודעות ששלח אחד השוטרים באמצעות מכשיר הודעות (pager).³⁶ המכשיר נמסר לשוטרים לצורכי העבודה, אולם הותר להם לעשות בו גם שימוש פרטי, במידה, ובתשלום. לאחר שהשוטר חרג ממכסת ההודעות המותרת לו פעמים אחדות, והוזהר, נבדקו ההודעות בצורה מדגמית ובאמצעות גורם שלישי, ונמצא כי רבות מהן פרטיות וחלקן בעלות אופי מיני. השוטר הועמד לדין משמעת, ובעקבות זאת עתר כנגד הפגיעה בפרטיותו. בית המשפט העליון הניח לשם הדין שלשוטר הייתה ציפייה סבירה לפרטיות בהודעות ששלח וקיבל באמצעות המכשיר, ולכן שקם לו אינטרס מוגן לפרטיות. במונחי המשפט האמריקני, הבדיקה שעליה הורה המפקד היא בגדר "חיפוש" כמשמעו בתיקון הרביעי לחוקה האמריקנית. אולם, בית המשפט קבע כי האינטרס של מפקד המשטרה היה קשור למקום העבודה ולגיטימי בנסיבות העניין וכי הפגיעה לא עלתה על הנדרש בנסיבות. כלומר, פסק הדין הכיר, ולו גם לצורך הדין, בזכות העובדים לפרטיות, ואיזן אותה מול אינטרסים לגיטימיים של המעסיק, כל עוד המעקב נקודתי, מתוחם בזמן ובהיקף. במונחים משפטיים ישראליים, זו בדיקה של מידתיות הפגיעה. אני סבור שההחלטה מוצדקת בהתחשב בנסיבותיה, ובעיקר בהקשר המיוחד של מקום העבודה שנדון שם – עובד במסגרת היירארכית של תחנת משטרה. לענייננו, חשיבות מרכזית יש דווקא ל"הנחת העבודה" של בית המשפט, כי לעובד יש ציפייה סבירה לפרטיות ולכן יש לו זכות מוגנת לפרטיות. בכך, עקף בית המשפט את הקושי עליו הצבעתי בקשר לפסיקה הקודמת שם, בעניין *O'Connor*.

34 שם, בעמ' 717: "Public employee's expectations of privacy in their offices, desks and file cabinets, like similar expectations of employees in the private sector, may be reduced by virtue of actual office practices and procedures, or by legitimate regulation"

35 ראו JEFFREY ROSEN, THE NAKED CROWD: RECLAIMING SECURITY AND FREEDOM IN AN ANXIOUS AGE 70-73 (2004).

36 *City of Ontario, California v. Quon*, 2010 WL 2400087 (2010).

פרק טז: פרטיות עובדים בדין הישראלי

לפיכך אין מקום להחיל את המבחן האמריקני של ציפייה סבירה בהקשר הישראלי של מקום העבודה.³⁷ הדרך הראויה היא לבחון אם יש פגיעה בפרטיות, ובמקרה הישראלי הבדיקה היא לפי הגדרות חוק הגנת הפרטיות, שאותן יש לפרש על רקע הבנת הפרטיות בדין הישראלי כנגזרת של כבוד האדם תוך יישום עקרונות ההסכמה, צמידות המטרה והתכלית הראויה. רק אם נמצא שהפרטיות נפגעה, יש לבחון איזונים במסגרת ההגנות שבחוק. פרשנות ההגנות צריכה להביא בחשבון את עקרון המידתיות תוך הכרה שבהכשרת המעקב יש מחיר שמשולם הן על ידי העובד הנעקב, הן על ידי עובדים בכלל והן על ידי הציבור כולו.³⁸

הסכמה. בעניין איסקוב-ענבר מצא בית הדין שהעובדת הסכימה למעקב האלקטרוני אחרי הודעות הדוא"ל. במקום אחד בהחלטה נראה כי בית המשפט מצא את ההסכמה "כחלק אינהרנטי מחוזה העבודה",³⁹ או מעצם זה שתיבת הדוא"ל ניתנה לתובעת לצורכי עבודתה.⁴⁰ במקומות אחרים בהחלטה יצר בית הדין חפיפה בין ידיעה של העובד להסכמה כביכול,⁴¹ ובעיקר, נימק בית הדין, העובדת הסכימה לניטור של תיבות הדוא"ל לשם בדיקת הימצאות וירוסים.⁴² במילים אחרות, בית הדין הסתפק ברף הסכמה נמוך מאוד של הסכמה מכללא, שאותו היה העובד אמור להבין מעצם היותו עובד, או ללמוד מהודעה חד-צדדית וכוללנית של המעסיק. לפי בית הדין, העובדת הייתה יכולה שלא לכלול תכנים אישיים בהודעות שכתבה.⁴³

עמדה כזו מאיינת את עקרון ההסכמה. יש לנקוט זהירות רבה בזיהוי הסכמה מכללא, שמשמעותה ויתור על זכות חוקתית. שבועות ספורים לפני שניתן פסק הדין תיקנה הכנסת את חוק הגנת הפרטיות, ובין היתר את הגדרתה של הסכמה באופן שנדרשת "הסכמה

37 השוו אלי הלם דיני הגנת הפרטיות 443 (2003), שמציע סינתזה בין הדין הישראלי לאמריקני, שכוללת אימוץ מבחן הציפייה הסבירה, התחשבות באינטרס הלגיטימי של המעסיק והחלת עקרון המידתיות. כאמור, אני חולק על המרכיב הראשון מבין השלושה וסבור שיש להוסיף עוד מרכיבים.

38 העובדה שלאיוון יש מחיר בדמות ויתור מסוים על מימוש מלא של הזכויות היריבות נשכחת לעתים קרובות באיוון החוקתי. לדיון כללי ראו Lawrence G. Sager, *Some Observations about Race, Sex, and Equal Protection*, 59 TULANE L. REV. 928 (1985).

39 עניין איסקוב-ענבר, לעיל ה"ש 21, בפסקה 11.

40 שם, פסקה 26(א).

41 שם, פסקה 24, שבו מציין בית הדין כי יש לברר, כשאלה מרכזית, "אם העובד ציפה לפרטיות בדואר האלקטרוני שלו או שמא ידע, במפורש או מכללא, כי מדובר בתכתובות שיתכן ותגענה לידיעת המעסיק או עובדים אחרים..."

42 שם, פסקה 26(ב) ופסקה 4(ה), שם מצוינת טענת המעסיקה כי מטרת הניטור היא למניעת וירוסים מזיקים.

43 שם, פסקה 26(ג).

שער רביעי: פרטיות בעבודה

מדעת", ולא רק הסכמה שניתנה במפורש או מכללא.⁴⁴ התיקון מציב רף גבוה יותר של הסכמה. כלשון דברי ההסבר, "שבידי האדם המסכים לפגיעה בפרטיות יהיה מידע, הדרוש לו, באורח סביר, כדי להחליט האם להסכים או לא, והמידע יימסר לו בצורה מובנת".⁴⁵ הודעה חד-צדדית של המעסיק והיעדר תגובה לה מצד העובד אינם יכולים להיחשב כהסכמה.

בכל מקרה, התיקון החקיקתי לא חידש רבות לדיני העבודה. במקרים אחרים של פגיעה בפרטיות במקום העבודה בתי הדין ובתי המשפט ערים עד מאוד לפער הכוחות המובנה שבין העובד למעסיק, ולכן הם מתייחסים ל"הסכמה" של עובד, מקום שניתנה כזו במפורש, כחשדנות רבה.⁴⁶ גישה זו ראויה גם בנוגע למעקב. כאשר הפרטיות של העובד נפגעת, יש להקפיד ולבדוק שניתנה הסכמתו של העובד, ושהסכמה זו הייתה מרצון חופשי ומדעת, כלומר על בסיס ידע מתאים בדבר האמצעי שנוקט ובעיקר תוך הבנת משמעות הפגיעה בפרטיות והשלכותיה.

ואפילו תוכר ההסכמה מכללא, הרי שגם לגופה של ההסכמה שמצא בית הדין יש לפרשה בצמצום תוך התאמת ההסכמה מכללא לתכלית המוצהרת, ולציפייה שנובעת מהסכמה כזו וההסתמכות על כך. הדברים אמורים בהודעת המעסיק בדבר ניטור תיבות דוא"ל לשם מניעת חדירה של וירוסים. ניטור כזה נעשה בצורה אוטומטית לעשרות אלפי קבצים שנמצאים בכל מחשב. ניטור כזה אינו מערב בדרך כלל עין אנושית והוא אדיש לתוכן ההודעות. במילים אחרות, אפילו הסכימה העובדת מכללא לניטור כזה, הרי הסכמתה משתרעת על בדיקה טכנית ואוטומטית של ההודעות על ידי תוכנה, ולא לבדיקה על ידי עין

44 ראו סעיף 2(2) לחוק הגנת הפרטיות (תיקון מס. 9), התשס"ז-2007, ס"ח 368. התיקון התקבל ביום 19.6.2007 ופורסם ברשומות ביום 26.6.2007. ההחלטה בעניין איסקוב-ענבר ניתנה ביום 15.7.2007.

45 ראו הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס. 9), התשס"ו-2005, ה"ח 230, בעמ' 232. לדין ראו גם פרק השלישי.

46 ראו עניין אוניברסיטת תל אביב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 411, שם מצא בית הדין הארצי כי הסכמה של מועמד לעבודה להיבחן במבחני התאמה כאשר זהו תנאי לקבלה לעבודה או לקידום, איננה הסכמה חופשית; עניין צוקרמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 37, שם קבע בית המשפט המחוזי כי "אין מקום להכשיר פגיעה בפרטיותו של אדם... באצטלה של הסכמה מכללא נוכח יחסי עובד-מעביד"; בש"א (אזורי חי') 66/05 חברה ליבוא וייצוא מוצרי ואביזרי טבק בע"מ נ' אברפיר, פסקה 19 (פורסם בנבו, 2005), שם העיר בית הדין האזורי כי "הסכמה גורפת להיבדק בבדיקת פוליגרף הניתנת בעת חתימת הסכם העבודה, עשויה להיתפס כהסכמה שאין בה ממש"; עב' (אזורי ת"א) 5789/01 בנג'י נ' שופרסל בע"מ, פסקה 24 (פורסם בנבו, 2005), שם מצא בית הדין כי כאשר עובד נדרש להסכים לבדיקת פוליגרף כדי להוכיח את חפותו, לא עמדה בפניו אפשרות אמיתית לסרב. ולאחרונה, עב' (אזורי ת"א) 9465/05 יעקובי נ' חברת פרופורציה פי.אם.סי בע"מ (פורסם בנבו, 2008), קבע בית הדין כי הסכמת יועצת מכירות לחשוף בפני לקוחות טיפולים שהיא עצמה עברה, אינה מספקת.

אנושית שיודעת להבין את התוכן. העיקרון של צמידות המטרה ועקרון ההסכמה מכתבים שההסכמה ניתנה רק לניטור ולא מעבר לו.

נתוני תקשורת ותוכן התקשורת. מההחלטה עולה שבית הדין הניח מדרג של פגיעות בפרטיות, לפי סוג המידע שבו מדובר. ההבחנה המרכזית (שמקובל להניחה גם במקומות אחרים של פגיעה בפרטיות) היא בין נתוני התקשורת לבין תוכן התקשורת. לפי ההבחנה הזו, מידע כמו מי שלח הודעה למי, מתי, אם צורף קובץ, מה נפח ההודעה ושאר סממנים חיצוניים, בדומה לדברים שאפשר ללמוד ממעטפה, נבדלים מתוכנו של המסר, או בהשאלה, מתוכנה של המעטפה. הפגיעה שיש בעיון בתוכן חמורה לפי המדרג הזה מהפגיעה בעיון בנתונים החיצוניים. אולם כפי שנדון גם בפרקים קודמים בהקשרים אחרים, פעמים רבות ההבחנה קורסת, ונסיבות עניין איסקוב-ענבר ממחישות זאת היטב. עובדת שלחה הודעה לכתובת דוא"ל שממנה ברור כי מדובר בחברת השמה, וצירפה קובץ שכותרתו "קורות חיים", ולעתים בשורת הנושא נכתב "במענה להצעתכם". נתוני התקשורת החיצוניים חושפים את תוכן התקשורת. במקרים שבהם ההבחנה בין מעטפת לתוכן קורסת, אין להתייחס לתוצאה של חשיפת התוכן כמשנית. להפך, קריסת ההבחנה צריכה להביא להתייחסות לכל הנתונים כאל נתונים פרטיים ברמה הגבוהה שלה זכאי תוכן פרטי.⁴⁷

מידת הפגיעה בפרטיות. בית הדין בחן את שאלת עצם הפגיעה בפרטיות לפי תוכן ההודעות וראה בהן "העברה טכנית" של קורות חיים.⁴⁸ דרך בדיקה זו שגויה. באופן אנליטי, שאלת עצם הפגיעה, כאשר הפגיעה הנטענת היא חדירה לתוכן התקשורת, נבדלת משאלת הפגיעה לפי סוג התוכן. בית הדין כרך את שתי השאלות יחד באופן שמאייץ את שליטתו של האדם במידע על אודותיו. עקרון השליטה שבדיני הפרטיות בישראל מבוסס על כך שהאדם מושא המידע הוא שיחליט איזה מידע לחשוף ואיזה מידע לא לחשוף. כל התערבות חיצונית מאותתת לאדם כי הוא אינו יכול לקבל החלטות בשביל עצמו. העובדה כי בעיני צד ג, חיצוני, המידע אינו פרטי מאוד, אינה משנה את העובדה כי עצם החדירה היא הפגיעה הראשונה שיש בפרטיות. לאדם מבחוץ הפגיעה עשויה להיראות שולית, אבל לאדם עצמו הפגיעה איננה רק בחשיפת התוכן, אלא בביטול שליטתו שלו במידע על אודותיו. אם נזהה פגיעה בפרטיות מחמת החדירה הלא מורשית לתא הדואר האלקטרוני,

47 לקריסת ההבחנה בין נתוני תקשורת לתוכן התקשורת ראו גם מיכאל בירנהק "חוק נתוני תקשורת והפגיעה בזכות לפרטיות" הסניגור 130 4 (2008); עומר טנא "תסתכל בקנקן ותראה מה שיש בו: נתוני תקשורת ומידע אישי במאה ה-21" משפט וטכנולוגיית מידע (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, יתפרסם ב-2010).

48 עניין איסקוב-ענבר, לעיל ה"ש 21, פסקאות 26(ד), 26(ה).

הרי אז אפשר לשאול מה הייתה עצמת הפגיעה בשים לב לתוכן המידע שנחשף. בית הדין החמיץ את ההבנה הזו.⁴⁹

התוצאה המצטברת של ההחלטה היא כי בפועל גורלה של פרטיות העובדים במקום העבודה נתון בידי צד אחד בלבד: המעסיק. אמנם בית הדין הכיר בזכותו של העובד לנהל מעט עניינים אישיים ממקום העבודה, למשל שיחות עם בני משפחה בהיקף סביר. אבל כל זה כפוף, בפועל, לכך שהמעסיק שולט באפשרות לאסוף מידע על הפעילויות השונות ועל תוכנה של תקשורת של העובד. כאשר העובד יודע (בין בעקבות פרסום פסק הדין ובין משום שהמעסיק יידע אותו) כי המעסיק יכול לאסוף את המידע הזה, הוא מפנים את הידיעה כי הוא נתון במעקב ונמנע מפעילויות בכלל. זהו הפן-אופטיקון בפעולה, בלבוש אלקטרוני חדש ובכסותה של זכות-היתר של המעסיק.

ד. עוד התפתחויות

לאחר שעניין איסקוב-ענבר נפסק ועורר תהודה ציבורית רבה, הזדמן לעוד בתי משפט לדון בסוגיה דומה, והעמדה שעולה מהם שונה. בין לבין, גם ההסתדרות והמעסיקים ביקשו להסדיר את הסוגיה.

בעניין אפיקי מים מצא בית הדין האזורי לעבודה שלעובד זכות לפרטיות בהודעות הדואר האלקטרוני שמצויות בתיבת הדואר שלו הגם שזו מוחזקת על גבי שרתים של המעסיק. בית הדין קבע שלעובד יש ציפייה סבירה לפרטיות כל עוד לא ויתר עליה במפורש.⁵⁰ תוצאת פסק דין זה ראויה גם אם היה מוטב שלא להתבסס על מבחן הציפייה הסבירה האמריקני, מהטעמים שהובהרו קודם. נוסף על כך גם כאשר יש ויתור מפורש, הרי מחמת פערי הכוחות המובנים ברוב מערכות העבודה יש לבחון ויתור מפורש כזה בחשדנות ובהירות.

בעניין אליהו נ' עירית טבריה שנזכר קודם התלוננה העירייה נגד מבקר העירייה כמה תלונות והוא הועמד לדין משמעת. אחד האישומים היה של הדלפת מידע פנים. הראיה שהציגה העירייה הייתה הודעת דוא"ל ששלח המבקר לכאורה לעיתונאי. בית הדין למשמעת דחה את בקשתו של המבקר לפסול את הראיה וקבע כי מאחר שתיבת הדוא"ל נמצאת בשרת של העירייה, היא אינה ברשות הפרט. בערעור לבית המשפט המחוזי נפסלה הראיה והמבקר זוכה מהאישום (כמו גם משאר האישומים). בית המשפט הורה להשיבו

49 גם פוזנר, ממתנגדי הזכות לפרטיות, סבור שיש תועלת בהגנת תוכן של שיחות. ראו Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Privacy*, in PHILOSOPHICAL DIMENSIONS OF PRIVACY: AN ANTHOLOGY 333 (Ferdinand David Schoeman ed., 1984).

50 עב' (אזורי נצ') 1158/06 אפיקי מים – אגודה חקלאית שיתופית לאספקת מים בבקעת בית שאן בע"מ נ' פישור, פסקה 11 (פורסם בנבו, 2008).

לעבודה מיד). בית המשפט קבע כי "העתקת תיבת הדוא"ל האישית של המערער, מהווה חדירה אל פרטיותו, והיא שקולה לחיטוט בחפציו האינטימיים או, לחיפוש במגירה הנמצאת בלשכה בה מונחים חפציו האישיים".⁵¹ בית המשפט דחה את הטענה הקניינית, שלפיה תיבת הדוא"ל שייכת למעסיק משום שהיא נמצאת בשרת מחשב שבבעלותה, והפריד נכון בין הזכות לפרטיות לבין שאלת הקניין. מחמת הפגיעה בפרטיות, ובייחוד בנסיבות שבהן מדובר במוסד של ביקורת פנימית בגוף ציבורי, נפסלה הראיה.

בעקבות התהודה שעורר עניין איסקוב-ענבר גיבשו המעסיקים והסתדרות העובדים הסכם קיבוצי שנועד להתמודד עם הסוגיה.⁵² ההסכם מבקש לשפר את המצב הקיים במקומות עבודה רבים, והוא כי הפרטיות אינה נשמרת, ולקבוע גבולות ברורים יותר בנושא. נקודת המוצא המוצהרת של ההסכם כפולה: הזכות הקניינית החוקתית של המעסיק במחשבי מקום העבודה והזכות החוקתית של העובד לפרטיות. לפיכך לפי ההסכם, נדרש איזון, וההסכם מבקש ליצור אותו תוך חזרה על עקרונות יסוד של דיני העבודה, כמו הגינות, סבירות ותום לב של שני הצדדים.⁵³ לפי ההסכם, המעסיק בכל מקום עבודה יכול לקבוע (באופן חד-צדדי) מדיניות שימוש במחשבים. הדברים מנוסחים בהסכם ככללי שימוש במחשבים, אולם הם כוללים גם את אפשרות המעקב אחרי העובדים המשתמשים במחשבים. כללים אלה יובאו לידיעת העובדים,⁵⁴ והמעסיק מחויב לנהוג "בתום לב, בסבירות ובשקיפות, במידה ולמטרה ראויה, בהתאם לצרכי העסק, ולא יעשה במידע אישי שיעלה שימוש הפוגע בכבוד ובצנעת הפרט של העובד".⁵⁵ כמו כן ההסכם מבקש לעגן את שהותר בעניין איסקוב-ענבר, והוא שימוש אישי של העובדים במחשבים באופן מידתי וסביר. במקרי חשד סביר לשימוש לא חוקי של העובד יכול המעסיק, לפי ההסכם, לבצע פעולות לבדיקת שימוש העובד במחשב ובאינטרנט. כניסה לתיבת דואר אלקטרוני אמורה להיעשות רק בהסכמת העובד.

לכאורה, ההסכם משפר מאוד את מצב הפרטיות של העובדים לעומת הקיים בפועל, אולם אני סבור שלמרות הכוונות הטובות של הצדדים ההסכם מחליש את זכויות העובדים. החוק הקיים והמערך החוקתי הקיים היו אמורים להבטיח לעובדים רמה גבוהה יותר של פרטיות. נקודת המוצא החוקתית של ההסכם גוזרת מבעלות המעסיק במחשבים זכות שוות משקל לזכות לפרטיות, והיא קובעת כללים שבעיניי הם מוטלים בצד הקנייני. למשל, האפשרות של המעסיק לקבוע באופן חד-צדדי את המדיניות מניחה שהודעה של המעסיק שקולה להסכמה של העובד. הסכמה שבהתנהגות היא כלל חוזי מקובל, שחל גם במסגרת

51 עמר"מ (מחוזי ת"א) 13028-04-09 אליהו נ' עירית טבריה, פסקה 25 (פורסם בנוב, 2010).

52 ראו הסכם קיבוצי כללי בין הסתדרות העובדים הכללית החדשה לבין לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים (25.6.2008).

53 ראו סעיף 2 להסכם, שמונה את העקרונות.

54 סעיף 3.א להסכם.

55 סעיף 3.ג להסכם.

יחסי העבודה. אולם כאשר מדובר בזכויות אדם, נדרשת זהירות רבה. הדיון לעיל בעקרון ההסכמה במסגרת הזכות לפרטיות בכלל והספקנות הבריאה של בתי הדין בנוגע להסכמת עובדים בפרט, מעלים שהודעה חד-צדדית אינה יכולה להיות שקולה להסכמת אמת מדעת של העובדים. נוסף על כך מתעוררת שאלה לא פשוטה בדבר הסכמה על ידי נציג: האם ארגון העובדים יכול להסכים בשם עובד לויתור על זכויותיו החוקתיות? בכך ההסכם ויתר מהר מדי על זכויות העובדים לפרטיות. לא בכדי "זכה" ההסכם לביקורת נוקבת של ועדת העבודה של הכנסת.⁵⁶

דרך אחרת להתמודד עם הסוגיה היא בפיתוח פסיקתי. את האיזון יש לפרוט לכללים מעשיים לפי עקרון השליטה של האדם בעצמו ובמידע על אודותיו, עקרון ההסכמה והעיקרון של צמידות המטרה שנגזרים ממנו, ולצדם להפעיל את העיקרון של התכלית הראויה ואת עקרון המידתיות, על שלושת מבחני המשנה שלו. את הכללים יש לגבות בסנקציות ברורות בדבר משמעות הפגיעה בפרטיות, הן במישור הנזיקי והן במישור יחסי העבודה.⁵⁷

ה. לקראת פתרון?

יתרת הפרק קושרת את הקצוות ומציגה מתווה לבירור סוגיית הפרטיות במקום העבודה. אציע כי בצד הפתרון המשפטי יש לפתח פתרונות פנים-ארגוניים, למשל מינויו של "נאמן פרטיות", שיכול לתווך בין העובדים למעסיקים במקרים המתאימים. זהו בתמצית המתווה הראוי: בדיקת חוקיות המעקבים האלקטרוניים צריכה להתחיל באיתור המסגרת המשפטית שקובעת מה הם האיסורים שחלים על המעסיק והסדרים אחרים שמגבילים את פעולתו. לאחר איתור הפגיעה בפרטיות יש לבחון אם אין היא מתייתרת מתוך עצמה, באמצעות הסכמתו של העובד למעקב. את ההסכמה יש לפרש תוך יישום עקרון השליטה מדיני הפרטיות, כאשר הוא מחוזק בעקרון תום הלב שתוחם ומגביל את זכות-היתר של המעסיק. במקרים שבהם אותרה פגיעה בפרטיות ולא נמצאה הסכמה מספקת של העובד, יכול המעסיק לבקש לחסות בצל אחת ההגנות שבחוק. העיקרון של התכלית הראויה, עקרון המידתיות בשילוב עם עקרון תום הלב מדיני העבודה, מגבילים לא רק את האמצעים שיכול המעסיק לנקוט אלא גם את המטרה: לא כל מטרה של מעקב

56 פרוטוקול ישיבה מס' 491 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-17 (15.7.2008).
57 הדברים אמורים במעקב במקום העבודה, כלומר במקום ו/או בזמן שבו העובד נמצא במסגרת העבודה. מחוץ לשעות העבודה ומחוץ לשטח המפעל, כאשר מדובר בעובד שעבודתו איננה עבודת שטח, חלים דיני הפרטיות הרגילים, בשינוי משמעותי: זכות-היתר של המעסיק אינה רלוונטית כלל בדיון. ראו למשל עניין צוקרמן, לעיל ה"ש 9, שם דובר במעקב אחרי העובד מחוץ לשעות העבודה.

פרק טז: פרטיות עובדים בדין הישראלי

לגיטימית. בפרשנות ההגנות יש להחיל את עקרון המידתיות על שלושת מבחני המשנה שלו (הקשר הרציונלי של האמצעי למטרה, נקיטת אמצעי שפגיעתו בפרטיות פחותה ואיזון הנזק מול התועלת).⁵⁸

1. איתור הפגיעה בפרטיות

ההגבלה על מעקבים שונים של המעסיק אחרי העובדים במקום העבודה נמצאת בשתי מסגרות של החוק: הראשונה קובעת מעשים שהם בחזקת פגיעה בפרטיות אלא אם יש בעניינם הסכמה של הצד הנעקב או שיש הגנה מפורשת בדין. המסגרת השנייה היא של ההסדר בדבר מאגרי מידע.

מעקב אחרי עובדים

באופן קונקרטי, נקודת המוצא צריכה להיות שכלל, מעקב סמוי אחרי עובדים פוגע בפרטיות גם אם יש למעסיק אינטרס לגיטימי בכך. את הבדיקה יש לפתוח באיתור וזיהוי הפגיעה בפרטיות. המסגרת הראשונה לבדיקה היא חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולצדו חוק הגנת הפרטיות, המונים יחדיו מצבים שהם פגיעה בפרטיות או חוקים ספציפיים אחרים. עד לחקיקת חוק היסוד פורשה רשימת הפגיעות בפרטיות שבחוק הגנת הפרטיות כרשימה סגורה. חוק היסוד קובע זכות כללית ויש לפרשו באופן שמרחיב את היקף ההגנה על הזכות לפרטיות. במקרים המתאימים אפשר לגזור את הפגיעה בזכות החוקתית ישירות מחוק היסוד, ובייחוד מהוראתו הכללית כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו".⁵⁹ לעתים פעולת המעסיק אינה באה במדויק בתוך ההגדרות של חוק היסוד או של החוק, או שיש בהם, כבכל חוק, ביטויים הטעונים פרשנות. את מונחי השתום השונים, כמו "רשות היחיד", "רשות הרבים", "ענייניו הפרטיים של אדם", יש לפרש על רקע הבנת הפרטיות, הצדקותיה המבוססות על הגנת הפרט, ומתוך נקודת מוצא חוקתית שמדובר בזכות יסוד של האדם שמצריכה פרשנות רחבה.

כך למשל ברוב המקרים צילום וידאו, מעקב אחרי הרגלי הגלישה, שימוש באמצעי איכון או נטילת אמצעי זיהוי ביומטריים ללא הסכמה הם בגדר בילוש או התחקות אחרי אדם, כלשון סעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות. מעקב אחרי תוכן הודעות דוא"ל, שיחות אינטרנט אחרות (צ'אט, שיחה בפורום, באמצעות תוכנה למסרים מידיים וכדומה) תוך כדי השיחה (כלומר סימולטניות) הוא בגדר האזנת סתר – ולעניין זה אין לראות במעסיק צד

58 בכמה מקרים מיהרו בתי הדין להפעיל את עקרון המידתיות עוד לפני שאיתרו בכלל את הפגיעה בפרטיות. מבחינה אנליטית הפעלה כזו מוקדמת מדי ואין מקום לבחון את מידתיות הפגיעה של האמצעי שנקט המעסיק אם האמצעי אינו פוגע בפרטיות כלל.

59 בבג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי נתניה, פסקה 9 (פורסם בנבו, 2006) ציין הנשיא ברק כי הזכות החוקתית לפרטיות רחבה מהזכות המפורטת בחוק.

שער רביעי: פרטיות בעבודה

לשיחה, שאסורה הן לפי חוק האזנת סתר והן לפי חוק הגנת הפרטיות (סעיף 2(2) לחוק).⁶⁰ קריאה של הודעות דוא"ל ללא רשות והסכמה מדעת היא שימוש אסור בכתב (סעיף 2(5) לחוק).⁶¹ בעלותו של המעסיק בשרת המחשב איננה מאיינת את הפרטיות שלה זכאי העובד. גם בעלות המעסיק בקו הטלפון אינה הופכת אותו לצד לשיחה. גם איסוף נתוני תקשורת "בלבד", הגם שאיננו הופך את המעקב להאזנת סתר (סעיף 2(2) לחוק) או ל"העתקת תוכן של כתב" (סעיף 2(5)), הרי הם בגדר "סוד שיחו" של אדם (סעיף 7(ד) לחוק היסוד), מונח שאותו יש לפרש בהרחבה.

כך פירש גם בית הדין האירופי לזכויות אדם, שדן בפרשנות הוראת סעיף 8 לאמנת זכויות האדם (ECHR), הקובעת כי "Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and correspondence"⁶². בית הדין קבע כי הביטויים "private life" ו"correspondence" כוללים גם שיחות טלפון, הודעות דוא"ל וגלישה באינטרנט במקום העבודה.⁶³ במקום שבו הייתה לעובדת ציפייה לפרטיות, בהיעדר ידיעה או הסכמה למעקב של המעסיק אחרי העובדת, ראה בכך בית הדין האירופי פגיעה בפרטיות. העובדה כי נתוני התקשורת (באותו מקרה: מועד שיחות הטלפון, אורך השיחות ויעדן) הם תוצר לוואי של חשבון הטלפון שנשלח למעסיק אינה מאיינת את הפגיעה בפרטיות העובד.⁶⁴ מעקב מצולם יכול להיחשב לצילום אדם ברשות היחיד הגם שהוא נעשה בשטח שבבעלות המעסיק (סעיף 2(3) לחוק), וזאת אם יש פגיעה ביחידה האוטונומית של האדם (לפי פסק הדין בעניין פלונית נ' בית הדין הרבני בנתניה); קריאת הודעות דוא"ל שכתב

60 בתי משפט במדינות אירופה חלוקים בשאלה זו. לדיון ראו Shelley Wallach, *Who's Info Is It Anyway? Employees' Rights to Privacy and Protection of Personal Data in the Workplace*, 23 INT'L J. OF COMP. LABOUR L. & INDUSTRIAL RELATIONS 195, 215 (2007).

61 ראו עניין אליהו, לעיל ה"ש 51.

62 Copland v. The United Kingdom, Application no. 62617/00, Judgment of the European Court of Human Rights, 4th Section (3 April 2007).

63 שם, פסקה 41.

64 שם, פסקה 43. הגישה האמריקנית שונה עד מאוד. בהיעדר זכות כללית לפרטיות החוק הפדרלי המרכזי שקשור לנושא המעקב הוא Electronic Communications Privacy Act (ECPA). החוק קודד בשני חלקים §§2510-2521 U.S.C. (העוסק בהאזנת סתר) ו- 18 U.S.C. §§ 2701-2711 (העוסק בגישה למידע מאוחסן). לדיון ראו Matthew W. Finkin, *Information Technology and Workers' Privacy: The United States Law*, 23 COMP. LAB. & POL'Y J. 471, 478-485 (2002). לסקירה עדכנית של פסיקה לפי החוק בהקשר של פרטיות במקום העבודה ראו Evans, לעיל ה"ש 28, בעמ' 1124-1126. החוק קובע איסור על האזנת סתר, אולם יש בו גם כמה הגנות, מהן שתיים רלוונטיות להקשר של מקום העבודה: הסכמה והיתר וההאזנה נעשית במסגרת הרגילה של העסקים (ordinary course of business). החריגים פורשו בפועל בנדיבות באופן שהם מאפשרים כל סוג של מעקב במקום העבודה. כאמור, הגישה האמריקנית אינה מתאימה לבחירה המשפטית והערכית של ישראל שבחירה בגישה רחבה בהרבה בנוגע להגנת הפרטיות ובנוגע לאופיו של מקום העבודה גם יחד.

פרק טז: פרטיות עובדים בדין הישראלי

העובד או שקיבל (הודעות שכבר נשלחו או נתקבלו) היא בגדר שימוש בתוכנו של מכתב ללא רשות מהנמען או מהכותב (סעיף 2(5) לחוק, שלאחר תיקון תשס"ז מתייחס במפורש גם למסר אלקטרוני). גם לעניין זה אין לראות במעסיק את "הכותב" או את "הנמען". כל פרט מידע אחר שנאסף, גם אם בהסכמה, צריך לעבור את מסגרת העיקרון של צמידות המטרה ואת העיקרון של התכלית הראויה, שיידון בהמשך. המעסיק יכול להשתמש במידע שנאסף רק למטרה הראשונה והלגיטימית שלשמה נאסף המידע. כל שימוש אחר אסור אלא אם תתקבל עליו ההסכמה מדעת של העובדים. לשם זה פריטי המידע השונים שנאספים מהעובדים הם בגדר "ענייניו הפרטיים של אדם" לעניין החלופות השונות שמנויות בסעיף 2 לחוק.⁶⁵

חשוב להדגיש כי גם אם פעולה של המעסיק איננה באה בגדר האיסורים שבחוק ואיננה בגדר פגיעה בפרטיות, הרי אין משמעות הדבר בהכרח כי הפעולה מותרת. כאמור, זכות-היתר של המעסיק לנהל את עסקו כראות עיניו אינה מוחלטת והיא כפופה למגבלות אחרות בדין, לעקרון תום הלב ולאיוון עם אינטרסים אחרים של העובדים גם אם אינם מגיעים לכדי "זכות".

הסדר מאגרי מידע

בצד כל אלה המעסיק יהיה כפוף במקרים רבים גם להסדר של מאגרי מידע שבחוק הגנת הפרטיות. פרק ב לחוק מתיר לקיים מאגרי מידע, בכפוף למשטר רגולטורי המפורט שם, וכפי שנדון לעיל בפרק ט.⁶⁶ תמצית ההסדר היא כי על בעלי המאגרים (או מחזיקיהם) מוטלות חובות שונות, כמו רישום המאגר אצל רשם מאגרי המידע במקרים מסוימים (סעיף 8), כפיפות לסמכויות פיקוח של הרשם (סעיף 10), חובה ליידע את מושא המידע על אודות איסוף המידע והשימוש בו (סעיף 11), חובת סודיות (סעיף 16) וחובת אבטחת מידע (סעיף 17). בצד החובות, ולפיהן למושאי המידע עומדות זכויות, ובכלל זה לעיין במידע (סעיף 13) ולדרוש את תיקונו (סעיף 14), לבד מחובת היידוע, שחלה גם לפני שקיים מאגר מידע כהגדרתו בחוק, שאר החובות והזכויות תקפות רק כאשר מדובר במאגר כזה. החוק מגדיר מאגר מידע (סעיף 7) באופן שהוא משתרע על אוסף נתוני מידע ששמור באמצעים אלקטרוניים, ומידע מוגדר שם בדרך מדגימה, כ"נתונים על אישיותו של אדם, מעמדו האישי, צנעת אישיותו, מצב בריאותו, מצבו הכלכלי, הכשרתו המקצועית, דעותיו

65 לדיון בפרשנות מונח זה ראו פרק ט.

66 ראו גם דין וחשבון, הצוות לבחינת החקיקה בתחום מאגרי המידע 37 (יהושע שופמן יו"ר, גם במדינות האיחוד האירופי קיים משטר משפטי דומה. ראו למשל באנגליה, את ההנחיות למעסיקים: Information Commissioner, The Employment Practices Code (2007), available at tinyurl.com/dl88zt.

ואמונותיו". מידע רגיש מוגדר באופן דומה חוץ ממידע על מעמד אישי והכשרה מקצועית.⁶⁷

פריטי מידע רבים שברשות המעסיק נופלים בגדר הגדרת "מידע" כאמור. מידע שמקורו במבחני התאמה שנערכו לפני הקבלה לעבודה כולל נתונים על אישיותו של אדם. מידע שנאסף תוך כדי ההעסקה, למשל מידע שנחוץ לצורך תשלום משכורת ובנוגע לתשלומים בכלל, הוא בגדר נתונים על מצבו הכלכלי של אדם. מידע שנאסף מהמועמד לעבודה על כישוריו הוא בגדר נתונים על הכשרתו המקצועית. לפי סעיף 8(ג) לחוק, ככל שמדובר במידע על למעלה מעשרת אלפים עובדים (במקומות עבודה מעטים בארץ), או מידע רגיש (ובשל הכללת נתונים על מצבו הכלכלי של אדם, הרי מדובר בכל מקום עבודה ששומר את המידע בצורה אלקטרונית), ומכל מקום, כאשר מדובר בגוף ציבורי, קמה חובת רישום מאגר המידע, ומעריך החובות והזכויות נכנס לפעולה.

אני סבור שמידע על תפוקת העובד שנאסף במסגרת מעקב אלקטרוני הוא מידע על "הכשרתו המקצועית" של אדם. כך נקבע גם באירופה,⁶⁸ ומכל מקום מדובר במידע אישי שמפעיל את כללי הגנת המידע. הטעם לכך הוא משמעות המידע. דמו תיקייה ממוחשבת שבה נצבר במשך תקופת-מה מידע על תפוקת העובד. המידע הזה עשוי לשמש את המעסיק לניהול יעיל יותר של העסק, אבל יש חשש שהמידע ידלוף ויועבר למעסיקים פוטנציאליים אחרים. מבחינת יעילות כלכלית יאמרו מצדדי השוק החופשי כי יש בכך כדי להבטיח זרימה חופשית של מידע חיוני לתפקודו האופטימלי של השוק. אולם זרימה של מידע כזה תאלץ את העובד להסביר למשל שהירידה בתפוקה בתקופה מסוימת נבעה ממחלה שחלה בה או מהצורך שלו לסעוד בני משפחה חולים, או בכלל מטעות באיסוף המידע. שמירת מידע כזה מקבעת את האדם לסטטוס מסוים, שבו הוא נמדד אך ורק לפי תפוקה כמותית-טכנית, ולא (גם) לפי מדדים אנושיים. תיקיית מידע כזה תרדוף את האדם בכל אשר ילך בשוק העבודה

67 לשוני אין הסבר משכנע, ואכן ועדת שופמן הציעה בשנת 2007 שבמקום המונח "מידע" יוגדר "מידע אישי", על בסיס זיהוי או אפשרות לזיהוי. ראו דוח ועדת שופמן, שם, בעמ' 20. בחוק הקיים לשוני יש נפקות לעניין חובת רישום מאגרי המידע. סעיף 8(ג)2 קובע כי מאגר שיש בו מידע רגיש חייב ברישום, ומשתמע כי חובת הרישום חלה ללא קשר למספר האנשים שעליהם המידע.

68 ראו Council of Europe, Recommendation No. R. 89(2) of the Committee of Ministers to Member States on the Protection of Personal Data Used for Employment Purposes (1989), available at tinyurl.com/39km7x. סעיף 3 מבהיר כי ההחלטה חלה גם על אמצעי מעקב אלקטרוניים. ההחלטה מטילה חובה על מעסיקים להודיע לעובדים מראש, באופן מלא, על שימוש באמצעי מעקב ואיסוף מידע בכלל, או להתייעץ עם העובדים (סעיף 3.1), או לבקש את הסכמתם המוקדמת (סעיף 3.2). בכל מקרה, איסוף המידע צריך להיות רלוונטי ומותאם למטרת איסופו (סעיפים 4.1, 4.2). ההחלטה מגבילה את שמירת המידע (סעיף 5) וקובעת עיקרון של צמידות מטרה (סעיף 6) כמו גם חובות אבטחת מידע (סעיף 13) וזכויות למושאי המידע לעיין במידע ולדרוש את תיקונו (סעיף 12).

פרק טז: פרטיות עובדים בדין הישראלי

ותחסום את האפשרות שלו לשינוי. ההסדר של מאגרי מידע בחוק נועד למנוע בדיוק את המצב הקפקאי הזה.⁶⁹ מכל מקום, כאשר מדובר במידע על אדם שלא נמסר על ידיו, מטעמו או בהסכמתו, הרי קמה חובת רישום של המאגר לפי החוק.⁷⁰ עם זאת, חשוב לדייק ולזהות מתי מדובר ב"מאגר מידע" כהגדרתו בחוק. החוק כיום מגדיר מאגר כזה כ"אוסף נתוני מידע". לא אחת, נוספות הערכות שונות על גבי נתוני המידע הגולמי. זהו מידע מסדר שני, מידע על מידע, ולכן הוא איננו בהכרח בגדר "אוסף נתוני מידע". למשל, הערכות פנימיות של המעסיק על עובדיו. אם כך, הרי פרק ב של החוק אינו חל על ההערכות, אלא רק על המידע הגולמי. אם כך, הרי שחובות שונות שמוטלות על המעסיק מכוח פרק ב אינן חלות, ובהתאמה, זכויותיו של העובד בקשר למידע הנוסף, אינן מתקיימות. מובן, שהדין הכללי ובכלל זה דיני העבודה חלים גם חלים על אותן הערכות, למשל בקשר לאיסור פגיעה בשם הטוב, איסור אפליה וכדומה.

דווקא חובת הרישום מלמדת על פתרונות פנים-ארגוניים שונים שיכולים להשביע את רצון המעסיק לדעת עוד על התנהלות המפעל תוך צמצום הפגיעה בפרטיות העובדים. למשל, איסוף מידע על תפוקת העובדים באופן שאינו מזהה אותם באופן אישי אלא רק מפיק נתונים כלליים, יכול לסייע למעסיק לאתר קשיים בתפקוד מחלקות מסוימות או שינויים שחלו במשך תקופה מסוימת (מובן שאנונימיזציה כזו צריכה להיות תמת לב ואמיתית, ואין בה טעם במפעל קטן של עובדים ספורים, אולם במפעל קטן ממילא המעסיק אינו זקוק למעקב אלקטרוני, שכן הוא רואה במו עיניו את התפוקה של העובדים). פתרון כזה לא יספק את הצורך של המעסיק לדעת מידע מדויק על כל עובד ועובד, אבל במסגרת ההיררכית של הארגון אפשר לשפר את היעילות הכלל-ארגונית. המעסיק שיזהה מחלקה אטית יותר במפעל ידרוש הסברים ממנהלת המחלקה או יציב לה יעדים להשגה וכיוצא באלה פתרונות ניהוליים. פתרון כזה ירחיק את המעסיק מחובותיו לפי ההסדר של מאגרי מידע שבחוק ויגן על פרטיות העובדים טוב יותר.

2. הודעה והסכמה

כאשר פעולת המעקב פוגעת לכאורה בפרטיות, הרי דרך אחת להכשיר את הפגיעה היא לשכנע את העובד להסכים לפעולה. לפני קבלת הסכמת האמת החופשית של העובד, על המעסיק להודיע על עצם איסוף המידע, על השימושים שיעשו בו, ובכלל זה אם יועבר לצדדים שלישיים. מסירת הפרטים האלה היא תנאי לקיומה של ההסכמה המודעת ויש לה חשיבות עצמאית. חובת ההודעה מוטלת על מי שאוסף מידע לפי סעיף 11 לחוק הגנת

69 למטפורה הקפקאית (בניגוד למטפורה האורווליאנית הרווחת) בנוגע למאגרי מידע ראו DANIEL J. SOLOVE, THE DIGITAL PERSON: TECHNOLOGY AND PRIVACY IN THE INFORMATION AGE 27 (2004).

70 סעיף 8(ג)(3) לחוק.

שער רביעי: פרטיות בעבודה

הפרטיות, שכן המידע הנאסף על עובדים במעקב הוא ברוב המקרים מידע שמיועד להיכלל ב"מאגר מידע" כהגדרתו בחוק.⁷¹ ההודעה חשובה גם לאחר קבלת ההסכמה הראשונית של העובדים, ודווקא משום שמקום העבודה הוא דינמי וצורכי המעסיק עשויים להשתנות במשך הזמן, כדי להזכיר לעובדים את "כללי המשחק" ולהזהירם. ההודעה צריכה להיות ברורה ומפורשת, והמעסיק צריך לוודא שהעובד גם הבין את ההודעה. כאשר הפעולה שהמעסיק מבקש לנקוט פוגעת בפרטיות העובדים, יכול המעסיק לבקש את הסכמתם לפעולה ובכך להכשיר אותה.⁷²

אולם הודעה לבדה אינה מספיקה. נדרשת גם קבלת הסכמה. ההסכמה צריכה להיות הסכמה מדעת, כדרישת החוק לאחר תיקונו בתשס"ז, ויש לוודא כי היא הסכמת אמת.⁷³ יש לוודא שהעובד ידע מהו המעקב שנוקט, הבין אותו והסכים לכך מתוך הבנת משמעות המעקב בנוגע לעבודתו השוטפת בעבודה היום-יומית ובנוגע להחלטות שעשוי המעסיק לקבל בעניינו בעתיד על סמך המידע שייאסף. קבלת הסכמה או מתן הסכמה בנוגע לאיסוף מידע ושימוש בו מאופיינת בשורה של כשלים קוגניטיביים, כמו הקושי של האדם מושא המידע (והדברים אמורים בכל הקשר, צרכני ותעסוקתי) להעריך את משמעותו של איסוף מידע בעתיד, את ההסתברות שיעשה שימוש לרעה במידע או את הנזק שעלול להיגרם לו מכך, וכל זה במיוחד לעומת יתרונות מוחשיים ומידיים שמוצגים לו.⁷⁴ קושי זה מחייב יחס מיוחד להסכמה בהקשר של ויתור על זכות אדם בכלל ובעניינינו, ויתור על הזכות לפרטיות. אין לפרשה כהסכמה חוזית בלבד אלא יש לקבוע רף גבוה, שמשקף את משמעותה ואת

- 71 במדינת קונטיקט בארצות הברית יש חובה חריגה בנוף האמריקני, המוטלת על מעסיקים המפעילים אמצעי מעקב אלקטרוניים להודיע לעובדיהם בכתב, ולפני השימוש באמצעים, על הכוונה הזו. לצד החובה יש חריג למקרים שבהם המעסיק חושד בעובד בחשד ספציפי של הפרת החוק, זכויות המעסיק או עובדים אחרים, או שהעובד יוצר סביבת עבודה עוינת. ראו Connecticut General Statutes Annotated, §31-48d.
- 72 בדין האמריקני אין דרישה להסכמה אלא רק כחריג אפשרי מפני תביעה לפי חוק האזנת הסתר האמריקני. להצעה לבסס דרישה של הסכמה בדיני הפרטיות בארצות הברית ראו Steven L. Willborn, *Consenting Employees: Workplace Privacy and the Role of Consent*, 66 LA. L. REV. 975 (2006).
- 73 השופטת וירט-ליבנה הציעה עוד לפני התיקון לחוק כי רק הסכמה מפורשת תקבל. ראו לעיל ה"ש 6, בעמ' 814. אמנם לאחר תיקון החוק בתשס"ז קשה לתאר מצב שבו יש הסכמה מכללא שעומדת בתנאי ההסכמה מדעת, אולם אם ימצא מצב עובדתי כזה, הרי מחיקת אפשרות ההסכמה המשתמעת שמופיעה בחוק צריכה להיות ממקור כבד משקל. עקרון תום הלב בדיני העבודה יכול להיות מקור מתאים כזה.
- 74 בהקשר הצרכני ראו, A. Michael Froomkin, *The Death of Privacy*, 52 STAN. L. REV. 1461, 1502 (2000).

השפעתה על זכויות האדם.⁷⁵ תיקון תשס"ז הוא צעד חשוב בכיוון זה. כעת נדרשת פרשנות יסוד ההסכמה על ידי בית המשפט כדי להקשות על הוויתור הלא-מודע שלה. לכשלים הקוגניטיביים הרגילים של הבנת ההודעה מצטרף בהקשר של מקום העבודה הנתון בדבר פערי הכוח בין המעסיק לעובד. פערי כוח גדולים מקשים על קיומה של הסכמת אמת כזו. המעסיק יודע מה הם אמצעי המעקב שהוא מפעיל (או שבכוונתו להפעיל), אילו סוגי מידע ייאספו, על מי, מתי, איך, לפי אילו אמות מידה וכיוצא באלה הכרעות טכניות – שכולן משקפות הכרעות ערכיות. לפיכך יש פה א-סימטרייה במידע, בייחוד כאשר מדובר באמצעי מעקב שפעולתם סמויה. דרך אחת להתגבר על הקושי היא להשיג הסכמה באמצעות משא ומתן קיבוצי עם ארגון העובדים במקום שבו יש כזה. במקרים שבהם אין ארגון עובדים שיכול לגשר על פערי הכוח, יש לוודא כי ההסכמה הנדרשת נתקבלה בנקודה שבה לעובד הייתה ברירה אמיתית לסרב, כלומר שההסכמה נתקבלה לפני הפעלת אמצעי המעקב ולא נכרחה בדבר אחר. למשל, הסכמה שהושגה (ואפילו מפורשת ואפילו היא הסכמה מדעת) בצד איום, למשל שסירוב יגרור פיטורין או ישלול הטבה, איננה ראויה להיחשב להסכמה. הסכמה שנתקבלה מהעובד לפני תחילת ההעסקה חשודה במיוחד, שכן ברור כי לעובד אין יכולת מיקוח בשלב זה, כאשר החלופה היחידה שלו היא לוותר על העבודה. בתנאי שוק העבודה והאבטלה הסכמה שניתנת כתנאי לקבלה לעבודה אינה משקפת הסכמת אמת.

גם במקום שבו נתקבלה הסכמת אמת מדעת, הרי היא צריכה להיות מותאמת ומוגבלת למטרה שלשמה נתבקשה מלכתחילה. למשל, מכשיר איתור שמותקן ברכב כדי למנוע גנבות או כדי לאפשר סיוע במצב מצוקה לנהגים, אינו מיועד להפיק מידע שיעשה בו שימוש אחר, כמו מעקב אחרי מקום הימצאם של העובדים. אם בהתקנת המכשור יש גם כוונה כזו, הרי ההסכמה הראשונית צריכה להתייחס גם אליה. דוגמה אחרת, בעקבות עניין איסקוב-ענבר, היא הסכמה לניטור אוטומטי של תיבות דוא"ל – אם נתבקשה הסכמה לכך ונתקבלה, הרי אין היא משתרעת על קריאת תוכן ההודעות. זהו יישום העיקרון של צמידות המטרה מדיני הגנת הפרטיות, שמגביל את השימוש במידע למטרה שלשמה נאסף.

3. תכלית ראויה

במקרים אחרים, שבהם המעסיק בכל זאת מפעיל אמצעי מעקב שמהווים פגיעה בפרטיות, הרי הוא נוטל סיכון שיימצא אחראי לפגיעה כזו, על ההשלכות שיש לכך. ככל שמדובר בהגנת עניין אישי כשר של המעסיק ופעולתו ננקטה בתום לב, הרי ההגנות שבחוק

75 לטיעון על חולשתה של הסכמה בהקשר של הגנת הפרטיות ראו, Ian Kerr, Jennifer Barrigar, Jacquelyn Burkell & Katie Black, *Soft Surveillance, Hard Consent: The Law and Psychology of Engineering Consent*, LESSONS FROM THE IDENTITY TRAIL 5 (Ian Kerr, Valerie Steeves & Carole Lucock eds., 2009).

הגנת הפרטיות יעמדו לצדו.⁷⁶ כשם שאיסורי החוק חלים במקום העבודה, כך גם להגנות יש תחולה, וכרגיל הנטל להוכיחן הוא על הטוען להן. העניין האישי הכשר של המעסיק הוא האינטרס שלו בשימוש באמצעי המעקב. יש לבחון את המטרה כשלעצמה עוד לפני איזונה עם זכות העובד לפרטיות. לא כל מטרה היא עניין כשר. מובן שמטרות שאסורות על פי החוק – פסולות.⁷⁷ למשל, חשד מבוסס בדבר עובד שמועל בכספי המעביד הוא טעם שיצדיק מעקב מצולם אחרי אותו עובד (ורק אחריו), לפרק זמן מוגבל.

לפי העיקרון של התכלית הראויה, המעסיק אינו יכול להסתפק בהצהרה כי מטרת המעקב שהוא נוקט אחרי עובדיו היא "ניהול העסק ופיקוח על העובדים", ותחת הכותרת הזו לאפשר לו כל פעולת מעקב. את המטרה המוצהרת יש לבחון: האם היא ראויה? האם היא רלוונטית לסוג העסק ולמודל העסקי שלו? האם היא צורך אמיתי או צורך שהומצא כדיעבד בנוגע להליך משפטי? טיב העסק, סוג המוצר או השירות שהוא מייצר, גודלו, אופן ניהולו, רגישות המידע שבארגון, היקף השימוש בטכנולוגיות מידע – כל אלה הם דוגמאות לשיקולים שיש לשקול כדי להעריך את האינטרס של המעסיק ולהעבירו במסגרת של דיני הגנת הפרטיות, עקרון המידתיות ועקרון תום הלב. למשל, מעסיק שאין בעסקו מידע שהוא בחזקת סודות מסחריים לא יוכל לטעון כי מעקב אחרי הודעות דוא"ל למניעת דליפה של מידע הוא אינטרס לגיטימי. בעסק קטן, שבו יש עובדים בודדים שכולם נמצאים ועובדים בחדר אחד, אין אינטרס אמיתי לעקוב אחרי תוכן שיחות הטלפון, שממילא נשמעות בחלל המשרד.

4. מידתיות

לאחר זיהוי האינטרס של המעסיק ובחינתו במסגרת התכלית הראויה תעלה שאלת המידתיות (וזאת בהנחה שהאמצעי עלול לפגוע בפרטיות העובדים). כאן יש לבחון אם יש קשר בין האמצעי למטרה, אם היה אמצעי אחר שמידת פגיעתו בפרטיות פחותה ואת האיזון עצמו בין האמצעי למטרה. אלה הם שלושת מבחני המידתיות, השאובים מהמשפט המנהלי והחוקתי, וכפי שכבר הוחלו בדיני העבודה בישראל בהקשרים אחדים, ובכלל זה בהקשר של פרטיות במקום העבודה.⁷⁸

76 ראו סעיף 18(2)(ד) לחוק הגנת הפרטיות. דברי ההסבר לחוק הביאו כדוגמה את המקרה שבו מעסיק מתחקה על עובדו. ראו ה"ח התש"ס 206, 209.

77 למשל אפליית עובדים על בסיס דת, גזע, מין, נטייה מינית וכיוצא באלה נתונים אישיים. איסוף נתונים כאלה טעון הסבר והצדקה משכנעים במיוחד, שאם לא כן הם מחשידים את המעסיק באפליה או בכוונה להפלות.

78 ראו אלישבע ברק "עקרון תום הלב במשפט העבודה" ספר ברנזון 499 (כרך ב, אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000); דוידוב, לעיל ה"ש 22.

למשל, כדי למנוע דליפה של סודות מסחריים מהעסק החוצה אפשר להפעיל אמצעים טכנולוגיים שמונעים צירוף קבצים הודעות דוא"ל או אמצעים שמנטרים את הקבצים באופן אוטומטי, לפי חיפוש מילות מפתח מסוימות. הטכנולוגיה פה גמישה מאוד, ואין שום מניעה טכנולוגית ליצור טכנולוגיה מותאמת לצורכי העסק. ניטור אוטומטי, להבדיל מעין אנושית שקוראת את הודעות הדוא"ל, פוגע פחות בפרטיות העובדים. את האינטרס של הגבלת שימוש במשאבי המעסיק (רוחב הפס), האינטרס במניעת אחריות שילוחית של המעסיק להפרות זכויות יוצרים והאינטרס בצמצום גישה לאתרים פורנוגרפיים אפשר להשיג באמצעות שימוש בתוכנות סינון שחוסמות מראש את הגישה לאתרים מסוימים, במקום ניטור הגלישה של העובדים.⁷⁹ מעסיק שהאינטרס שלו הוא לצמצם סיכון משפטי לאחריות בנוגע ליצירת סביבת עבודה עוינת במובן של הטרדה מינית, יכול להתקין מראש תוכנה לחסימת גלישה באתרים פורנוגרפיים במקום לבחון את מחוזות הגלישה של עובדיו בעת הגלישה או בדיעבד. מטרתם של אמצעי המעקב קובעת גם אם הם גלויים או סמויים. אם למשל המטרה היא למנוע גנבה על ידי לקוחות, הרי עדיף אמצעי מעקב גלוי, שעשוי להרתיע גנבים פוטנציאליים, על פני מעקב סמוי, שאולי יספק ראיות לגנבה, אבל לא ימנע אותה מראש, ובו בזמן יחשוף את העובדים לעין המצלמה הסמויה גם כאשר הם מבצעים פעולה פרטית, למשל סידור בגדיהם או הצצה במראה. ההכרעה אם המעקב גלוי או סמוי משפיעה על מידת ההסכמה של העובדים. ועוד.

במקרים כאלה אפשר להציע מנגנון חדש, שיהיה מעין מקבילה אזרחית לאמצעים שעומדים לרשות רשויות אכיפת החוק. כשם שהמשטרה יכולה לפנות לבית המשפט מראש בבקשה לצו האזנת סתר, צו חיפוש ותפיסה וצו לקבלת נתוני תקשורת, יש לאפשר אפיק מקביל למעסיקים. במקרים מסוימים הדין האזרחי עשוי לאפשר להם צו חיפוש, למשל צו במסגרת דיני הסודות המסחריים,⁸⁰ אולם הוא אינו בהכרח מתאים לכל מצב. במצבים השיוריים ראוי לאפשר פנייה מוקדמת של המעסיק לבית משפט בהליך חד-צדדי שבו ישקול בית המשפט את הצורך של המעסיק לעומת הזכות לפרטיות של העובד, ובמקרים המתאימים לזמן נציג מטעם העובד, למשל נציג של ארגון העובדים, כדי למזער את נזקיו

79 תוכנות הסינון מעוררות קשיים אחרים מאחר שהן אינן מדויקות, וההכרעה שמגולמת בהן, אם תוכן אתר הוא פורנוגרפי אם לאו, היא הכרעה גסה ומוטה משיקולים מסחריים ותרבותיים. משום כך התוכנות מעוררות קשיים בנוגע לחופש הביטוי, אולם פחות מזה בנוגע לפרטיות עובדים. לדיון בהיבטים של תוכנות סינון וחופש הביטוי ראו מיכאל בירנהק "חורים ברשת: פורנוגרפיה, מידע, ועיצוב מדיניות בסביבה הדיגיטלית" פוליטיקה 101 13 (התשס"ה).

80 ראו סעיף 16 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, שמאפשר מינוי כונס נכסים עם סמכויות כניסה לחצרים, חיפוש ותפיסת נכסים במקרים המפורטים שם.

המוכרים של הליך חד-צדדי. מובן ששינוי כזה מחייב עיגון בחוק והסמכה של בתי משפט.⁸¹

5. נאמן פרטיות

הליך של בקשה מוקדמת כמו זו שהוצעה זה עתה אפשר לבצע לא רק בבית משפט אלא גם אצל גורמים בלתי תלויים שיהיו מוסכמים על העובדים והמעסיק גם יחד. המעסיק והעובדים יכולים למשל להסכים על מינוי בורר במקרים של סכסוך, שפעילותו תוסדר לפי החוק המתאים, או למנות גורם מוסכם על שני הצדדים שימלא תפקיד של "נאמן פרטיות" של העובדים, פנים-ארגוני או חוץ-ארגוני. היתר שיפוטי או היתר של נאמן פרטיות יעידו על תום לבו של המעסיק ויגבירו מאוד את הוודאות שלו בדבר קיומה של הגנה שתעמוד לזכותו אם העובד יטען כדיעבד שפרטיותו נפגעה. פעולה ללא אישור הנאמן או בניגוד לעמדתו תקים חזקה של פגיעה בפרטיות.

"נאמן פרטיות" יכול לסייע גם למעסיק במקרים מסוימים. למשל, כאשר מעסיק מבקש גישה לתיבת דוא"ל של עובד שפרש מעבודתו או נפטר. המעסיק עשוי להאמין כי לקוחות או ספקים ממשיכים לשלוח הודעות עסקיות לתיבת הדוא"ל של העובד, או שהוא נזקק לתכתובת עבר בין עובד לשעבר לבין לקוח או ספק מחמת צורך בהמשך טיפול או מחמת סכסוך עם הלקוח שמצריך בירור. ככל שהעובד לשעבר זמין, הרי אפשר לבקש ממנו רשות, עם סיום עבודתו, לגישה לתכתובת כאלה. במקרים אחרים, שבהם העובד לשעבר אינו זמין או אינו משתף פעולה, הרי נאמן הפרטיות יכול להיות גורם מתווך: הוא יבחן את תיבת הדוא"ל ויפריד בין הודעות פרטיות להודעות שבהן יש למעסיק עניין אישי כשר.

יצירת מוסד ארגוני של "נאמן פרטיות" מחייבת מטבע הדברים פירוט שיכול לבוא בהסדר פרטני במקום העבודה או במסגרת הסכם קיבוצי. אם תתקבל ההצעה, הרי שתקנות שיקבעו את סמכות הנאמן, חובותיו והיקף אחריותו יכולות לחסוך לצדדים (המעסיק והעובדים) עלויות משא ומתן וקשיים צפויים בגיבוש פרטי המוסד הנ"ל. מובן שהמוסד של נאמן פרטיות אינו מתאים לכל ארגון. שונה מפעל שבו אלף עובדים מחנות שבה שני עובדים. שונה בנק או קופת חולים שמחזיק מידע רגיש, מחנות נעליים.

ההצעה למנות נאמן פרטיות שיהיה מוסכם על העובדים ועל המעסיק גם יחד, היא רק דוגמה אחת לפתרונות יצירתיים שאפשר להגיע אליהם גם ללא שינויי חקיקה. המסגרת המתאימה ביותר לפתרונות כאלה היא בהידברות של המעסיק עם העובדים. השיתוף יכול

81 בחוק שבמדינת ניו-סאות' וילס באוסטרליה נקבע מנגנון שמאפשר פנייה לשופט שלום בבקשה לאשר מעקב סמוי. ראו Workplace Surveillance Act, 2005, בייחוד בסעיפים 19-20, 25-27. לפי החוק האוסטרלי, אם וכאשר מאשר בית המשפט את המעקב, עליו למנות מפקח מיוחד לעניין, שאיננו המעסיק ושיעביר למעסיק רק ראיות מפלילות, אם ימצאו כאלה.

לתרום לאווירה נעימה יותר במקום העבודה, להסיר חשד ולהפיג חוסר אמון לתועלת העובדים והמעסיקים גם יחד.

6. משמעות הפגיעה בפרטיות

במקרים שבהם נפגעת פרטיות העובד, שלא נתקבלה הסכמתו המודעת לפגיעה, והיא חורגת מגדר העניין הלגיטימי (עניין אישי כשר) של המעסיק או שאין עומדת לו הגנה אחרת, הרי שיש לקבוע שהזכות לפרטיות הופרה ויש לתת לכך משמעות הן במשפט האזרחי, בסעד המתאים לפי חוק הגנת הפרטיות, והן במישור דיני העבודה. במישור הראשון חוק הגנת הפרטיות תוקן בשנת תשס"ז באופן שיש בו כיום פיצוי ללא הוכחת נזק.⁸² ראיות שמבוססות על השגת ראיות בדרך כזו צריכות להיפסל, כמצוות סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. ככל שיש הפרה של פרק ב לחוק, שעוסק במאגרי מידע, הרי יש לרשם מאגרי המידע סמכויות אכיפה מסוימות. במישור דיני העבודה, במקרים המתאימים, יש לראות בהפעלת אמצעי המעקב משום שינוי מהותי חד-צדדי אסור של חוזה העבודה, כלומר התפטרות של עובדים בעקבות זאת תהיה בחזקת התפטרות שדינה כפיטורים.⁸³ לבסוף, אין לראות בפעולה לא אלימה מצד העובד שנועדה להתנגד למעקב משום עברת משמעות.

ה. סיכום: איכות חיים במקום העבודה?

הזכות לפרטיות, כמו זכויות משפטיות אחרות, אינה מתקיימת בחלל ריק. היא תלויה בחברה ובקהילה ובערכים של חברי הקהילה כיחידים וכקבוצה. היחס בין המשפט, ולענייננו בין הזכות לפרטיות, לבין החברה הוא יחס דינמי ומורכב. גם דיני העבודה נמצאים בדיאלוג מתמיד עם החברה, על מוסדותיה החברתיים בכלל.⁸⁴ לכן בעת דיון בשאלת הגנת הפרטיות במקום העבודה אך טבעי ומתבקש לשלב את דיני הגנת הפרטיות ואת דיני העבודה. לאחר שעמדנו על האינטרסים של המעסיק וניסחנו אותם כמקובל בדיני העבודה כחלק מזכות-היתר של המעסיק, בחנתי את הזכויות של העובדים בנוגע לפרטיותם. הדיון הזה הדגיש כמה עקרונות יסוד של הגנת הפרטיות, ובהם עקרון השליטה של אדם בעצמו ובמידע על אודותיו, עקרון ההסכמה שנגזר מקודמו, והעיקרון של צמידות המטרה. בצד אלה עמדתי על העיקרון של התכלית הראויה, שבוחן את כשרות האינטרסים של המעסיק.

82 סעיף 29א לחוק.

83 ראו סעיף 11 לחוק פיצויי פיטורין, התשכ"ג-1963. ברוח דומה פסק גם בית הדין בעניין איזנר, לעיל ה"ש 13.

84 גיא מונדלק כותב כי דיני העבודה הם טקסט חברתי ("labor law is also a social text"), לעיל ה"ש 2, בעמ' 5.

שער רביעי: פרטיות בעבודה

בדיני העבודה עיקרון זה עולה מעל לפני השטח בזכות שילוב של עקרון תום הלב עם עקרון המידתיות שמחלחל לדיני העבודה מהמשפט הציבורי. שילוב התובנות מענפי המשפט השונים אפשר בחינה ביקורתית של מעט הפסיקה שיש בנושא בישראל בשלב זה, ולהציע מתווה משולב לדיון משפטי.

למרות הדיון המשפטי הפתרון לצרכים הנוגדים של המעסיקים ושל העובדים אינו נמצא רק בסל הכלים המשפטי. ככל שתגבר מודעותם של העובדים לאפשרויות המעקב של המעסיקים אחריהם, הם ילמדו לכלכל את צעדיהם על פי זה. הטכנולוגיה מאפשרת לעובדים להתגונן. למשל, עובד שיבקש לשלוח קורות חיים למעסיק אחר יעשה זאת באמצעות חיבור האינטרנט בטלפון הסלולרי הפרטי שלו, באמצעות גלישה במחשב הנייד וחיבור לרשת אלחוטית שאינה של המעסיק, או פשוט מחשבון דוא"ל פרטי, במחשב פרטי, בבית. במובן הזה אנחנו נמצאים בעיצומה של תקופת מעבר ושינויים משמעותיים בסביבת העבודה. אולם אין להמתין עד שתקופת המעבר תסתיים, שכן נראה שתמיד יהיו חידושים טכנולוגיים ושינויים בדפוסי העבודה. פתרונות פנים-ארגוניים שיציע המעסיק יכולים גם הם לסייע, כמו הקצאת שתי תיבות דוא"ל, הראשונה לשימושי העבודה ונגישה למעסיק, והשנייה לשימושים פרטיים של העובד, שחסינה בפני מבטו העוקב של המעסיק. פתרון ארגוני אחר, כולל יותר, הוא שיתוף העובדים בקביעת מדיניות המעקב במקום העבודה.⁸⁵ מובן ששיתוף העובדים באופן קיבוצי מסייע לצמצם את פערי הכוחות המובנים שבין המעסיק לבין כל עובד בנפרד.

בסופו של יום העבודה, סוגיית הפרטיות במקום העבודה חשובה לא רק לאיכות החיים של העובדים בזמן העבודה. היא חשובה גם כאשר העובדים שבים לבתייהם ופונים לעיסוקיהם האחרים, בשקט ובשלווה, ללא מבט עוקב, ונושאים עמם את הביטחון שהמדינה הדמוקרטית חייבת לאזרחיה, הביטחון שלא המעסיק או המדינה או כל גורם אחר קובע את גורלם, אלא הם עצמם.

85 Alder מפרט כמה צעדים אפשריים כאלה ומציע שיתוף של העובדים בתכנון מערכת המעקב, ובכלל זה בקביעת אמות המידה למעקב (מה ייבדק, איך, מתי, מה ייעשה במידע שייאסף), יידוע עובדים חדשים וותיקים, משוב אנושי ולא אוטומטי (למשל בנוגע לתפוקת העובד) ומשוב שצריך להיות דיאלוגי ולא עונשי או מאיים. ראו לעיל ה"ש 1, בעמ' 737-740.