



18 ינואר 2023

לכבוד :

הרשות להגנת הפרטיות
באמצעות הדוא"ל ppa@justice.gov.il

שלום רב,

הנדון: התייחסות הקליניקה לזכויות עובדים. ות והקליניקה לפרטיות למסמך הרשות "היבטי פרטיות"

במעקב אחר עובדים בעבודה מרחוק"

טיוטה שפורסמה להערות הציבור ביום 25.12.2022

בהמשך לפרסום טיוטה להערות הציבור של הרשות להגנת הפרטיות (להלן: "הרשות") מיום 25.12.2022 למסמך בנושא "היבטי פרטיות במעקב אחר עובדים בעבודה מרחוק" (להלן: "המסמך"), מתכבדות הח"מ מטעם הקליניקות לזכויות עובדים. ות ולפרטיות בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב (להלן: "הקליניקות") להתייחס לאמור במסמך.

1. עניינו של המסמך הוא מעקב של מעסיקים אחר עובדים במתכונת של עבודה מרחוק, בדרך כלל מהבית. בפתח המסמך מצוין כי מדובר במתכונת עבודה שהפכה רווחת יותר בשנים האחרונות, ביתר שאת בתקופת ההתמודדות עם נגיף הקורונה. לכן מבקשת הרשות "להציב זרקור" על תופעת המעקב הנ"ל ולהצביע על הסיכונים לפרטיות הכרוכים בה. המסמך סוקר את הרקע המשפטי הרלוונטי, מציג את פרשנות הרשות להוראות הדין ומפרט את המלצות הרשות בנושא. המסמך קובע כי ככלל, דיני הגנת הפרטיות מאפשרים למעסיקים להשתמש באמצעים טכנולוגיים לשם מעקב אחר עובדים מרחוק, בכפוף לסייגים המפורטים במסמך. גם באשר לאמצעי מעקב "שפגיעתם בפרטיות עשויה להיות גבוהה במיוחד" (סעיף 9 שם) מתיר המסמך את השימוש באמצעים – לרבות כאלו הכוללים צילום העובד בסביבתו והאזנה לו – בכפוף לסייג המידתיות ובמקרים חריגים המצדיקים זאת.

2. כבר בפתח הדברים נבקש לכפור בהנחת המוצא של הרשות, לפיה ככלל, הדין מאפשר למעסיקים להשתמש באמצעים טכנולוגיים למעקב מרחוק אחר עובדיהם המועסקים מבתם. לטעמנו, הנחת מוצא זו אינה מעוגנת בדין, באה על חשבון אסדרה ראויה של תחום חדש, ועלולה להביא לפגיעה בעובדים החורגת מתחומי המומחיות של הרשות להגנת הפרטיות. פרסום חוות דעת על ידי הרשות להגנת הפרטיות, ממנה משתמע שישנם מקרים בהם הדין מאפשר למעסיקים להשתמש באמצעי מעקב אחרי עבודה המתבצעת מהבית, עלולה לשמש גושפנקא לשימוש באמצעים אלו מבלי שהמלצות חוות הדעת התבססו על תשתית עובדתית מקיפה ועדכנית, ומבלי שנשקלו או מוקמו בהקשר הרחב של יחסי עבודה.

3. להלן עיקרי הדברים אשר יפורטו בעמודים הבאים :

עבודה מרחוק טומנת בחובה יתרונות משמעותיים למעסיק (הפחתת הוצאות, הורדת נפח כוח האדם המוקצה לאדמיניסטרציה ואף עלייה בפיריון), ואותם הוא משקלל מול החסרונות של מתכונת זו, בתוכם אובדן שליטה מלאה על זמנו של העובד. אין אחיזה לתפיסה שביסוד חוות דעתכם, לפיה עבודה מהבית ניתנת לעובדים כהטבה אשר לא נובעת מאינטרסים של המעסיק, ולכן יש לאפשר לו לעקוב אחרי העבודה מרחוק בכדי להקטין את נזקו ממתן אותה הטבה. תפיסה זו אינה משקפת את מכלול הנסיבות והשיקולים בהעסקתם של מרבית העובדים מהבית, בישראל ובעולם.

לעמדתנו, החובה החלה על מעסיק לנהל פנקס שעות עבודה אין בה כשלעצמה כל היתר לנהל מעקב טכנולוגי על שעות העבודה. לצורכי דין, ניתן להסתפק בדיווחים בדוא"ל על תחילת עבודה וסיומה, מילוי טבלת אקסל ואף ברישום ידני בכתב יד. זאת ועוד, בהקשרים של משרה בשכר גלובלי, אין כל

הכרח אמיתי למעקב דווקני אחר שעות העבודה, ולמעשה, בתחומים העיקריים שבהם מתאפשרת כיום עבודה מהבית, מבנה השכר כולל תוספת גלובלית קבועה על עבודה בשעות נוספות, תוך הנחה מראש כי העבודה אינה מאפשרת ואינה מצריכה מעקב שעתי דווקני, ודי לבחון בצורה איכותנית את תוצרי העבודה וביצועיה (הספקים; אפקטיביות ויעילות).

באשר להתבססות המסמך על פרשת **איסקוב-ענבר**, לטעמנו ביחס לעבודה מהבית יש לפרש את מצב הדברים באופן שונה. לגבי עבודה מהבית, הנחת המוצא **צריכה להיות כי אין למעסיק כל סמכות להפעיל אמצעי מעקב אחרי עובד, אותו בחר להעסיק מהבית**. הנחת מוצא זו מתבססת גם על ההבנה, כי מונח ה"הסכמה" בתוך יחסי עבודה לא מאורגנים אינו בעל משקל רב, בשל כוח המיקוח הקטן יחסית של העובד. האמור נכון במיוחד כאשר מונחת על הכף חדירה משמעותית של המעסיק למרחב הפרטי והאישי של העובד.

סקירת התייחסותם של דיני העבודה לסוגיית המעקב אחר עבודה מהבית מביאה אותנו לשתי מסקנות לגבי פרסום מסמך אשר עניינו היבטי פרטיות בלבד של הפרקטיקה הנדונה. ראשית, לאור מעמד מסמכי הרשות והעובדה כי הציבור נסמך עליהם ועל העמדות המשפטיות המובאות בהם, יש לגשת בזהירות למלאכת פרשנות הדין. על הרשות להביא בחשבון שמשמכיה נתפסים לא רק כניתוח של סוגיות המונחות לפתחה, אלא כמתן היתר או גושפנקא משפטית לנהוג בדרך מסוימת. לטעמנו, הפער בין מגזר החיים בתוכו פועל המסמך (פרטיות) לבין מגזר החיים אותו הוא מבקש לאסדר (יחסי עבודה), יצר פרשנות מוטעית שעלולה, כאמור, להביא לפגיעה בפרטיות העובדים.

המסקנה השנייה לגבי פרסום מסמך המתרכז בהיבטי פרטיות של פרקטיקה הממוקמת בשדה נורמטיבי של יחסי עבודה, היא ששלב קריטי בתהליך ניסוח מסמך כזה צריך להיות היוועצות בגורמים מומחים רלוונטיים מהתחום – בענייננו, ארגוני עובדים ומעבידים. שלב כזה נדרש הן לשם ביסוס תשתית עובדתית לגבי הצורך בהתייחסות לפרקטיקה המדוברת ויישומה הספציפי בישראל, והן לביסוס משפטי כולל של המלצות. לאחר קיום הליך כזה, המסמך שיובא להערות הציבור יהיה "בשל" ומבוסס יותר.

דיני העבודה ועבודה מרחוק

4. אכן, כמצוין במסמך הרשות, שגרת העבודה של עובדות ועובדים רבים שינתה פניה. אם בעבר נדרשו להגיע יום ביומו למקום עבודתם, הרי שכיום, כחלק מהפררוגטיבה הניהולית של המעסיק ובכפוף לשיקול-דעתו, יכולים לבצע עבודתם מרחוק.¹ לתופעת ה"טלוורק" (Telework) תועלות חברתיות וציבוריות מגוונות, בהן השבחת ההון האנושי וקידום מוביליות חברתית בשוק העבודה; שיפור תשתיות התחבורה ושמירה על הגנת הסביבה באמצעות הפחתת הגודש בכבישים; קידום רווחת הפרט תוך טיוב שביעות רצון העובדים במסגרת ואיזון בין חיי המשפחה לעבודה.²
5. לצד התועלות הללו, העסקת עובדים מהבית טומנת בחובה יתרונות כלכליים רבים למעסיקהם: הפחתת עלויות אחזקת משרדים, הקטנת שטחי משרדים, הפחתת הוצאות שונות על ניקיון, חניית, עלויות שימוש ברכב, חשמל, ובהתאם – הפחתת תשלומי ארנונה, ועוד.
6. במסמך הנדון הנחת המוצא היא כי המעבר לעבודה מהבית הוא מעין הטבה לעובדים בלבד, ומכאן הדרך קצרה למסקנתכם, כי קבלת ההטבה הזו עשויה להצדיק פגיעה מסוימת בפרטיות, ככל שניתנת לה הסכמה ובתנאים מסוימים.
7. למעשה, עבודה מהבית אינה הטבה לעובד, יותר מכפי שהיא הטבה למעסיק. מדובר בהחלטה מושכלת של מעסיקים רבים, אשר מעמידים זה מול זה את התועלות הכלכליות בהעברת העבודה או חלקה לבתי העובדים, אל מול החסרונות, בתוכם הפחתת שליטה על הזמן. לתוך מערכת שיקולים אלה, נכנסים גם היבטים של פיריון ותפוקה, היבטים אשר אף הם נשקלים על ידי מעסיקים בעת הבחירה להעסיק עובד מהבית. בתחומים רבים, מראים מחקרים שונים כי להעסקה מהבית אין מחירים בהכרח בירידת תפוקה או בפיריון עבודה. במדינות שונות ואף בישראל, המחקרים מצביעים על עלייה בפיריון של

¹ תמי קצביאן "עובד(ת) של הזמן" עבודה, חברה ומשפט יז 17 (2022). (להלן: קצביאן).

² רינת בניטה "עבודה מהבית במגזר הציבורי והפרטי נוכח משבר הקורונה: תמונת מצב בישראל ומבט משווה" מרכז המחקר והמידע של הכנסת (2020).

עובדים מהבית.³ הנה כי כן, החלטת מעסיק לאפשר עבודה מהבית או אף לחייבה, אינה עוד "הטבה" לעובדים, בתוך סל הטבות שמוענקות במשא או מתן אישי או במסגרת יחסי עבודה, כגון כרטיסי "תן ביס" או תשלום על חניון ציבורי. זוהי החלטה מושכלת המשקללת יתרונות מובהקים למעסיק, בדמות חסכון כלכלי בעלויות משרד ועלויות נלוות נוספות; החלטות ניהוליות הקשורות להפחתת עומסים על מצבת כוח האדם שתפקידה תמיכה משרדית לעובדים; ולצדה החלטה הנוגעת לשיפור פיריון במשרות מסוימות, נוכח הפחתת אינטראקציות חברתיות והסחות אחרות בזמן העבודה.

8. בהינתן תמונה מלאה זו של המניעים להעסקת עובדים מהבית, צריך היה להגיע, לטעמנו, להנחה הפוכה מזו של המסמך שפורסם. הנחת המוצא צריכה לטעמנו להיות, שמעסיק שבוחר להעסיק עובדיו מהבית, משיקוליו שלו, צריך להפנים כי החלטתו כרוכה בויתור על השליטה הקיימת לו במרחבים המקצועיים והמשרדיים של מקום העבודה, וכי שלל האמצעים העומדים לרשותו במרחב השייך לו, אינם עומדים לרשותו בבתי עובדיו.

9. לטעמנו, אמצעים מסוימים של שליטה ביחסי עבודה - בתוכם מעקב טכנולוגי - אינם ניתנים ליבוא למרחב הביתי, לא רצוי שיעברו למרחב זה, ומעסיקים שבוחרים במתכונת עבודה מלאה או חלקית מהבית, יידרשו להפנים זאת. אם באמצעות משא ומתן אישי או קיבוצי, אם לאחר החלטות שיפוטיות, אם בעזרתו של המחוקק.

10. נבהיר, כי כיום טרם גובשו בפסיקה מבחנים ייחודיים לבחינת מעקב אחר עובדים המועסקים מביתם. לטעמנו, כאשר אלה יגובשו, המסקנה של בתי הדין לעבודה תהיה שונה מזו שאליה מוליכה חוות דעתם. ונמק:

11. אכן, במקום עבודה רגיל, עומדת למעסיק הפררוגטיבה לעקוב אחר פעילות העובד ולוודא שמקדיש זמנו לעבודה במהלך זמן העבודה המוצהר שלו.⁴ אולם המבחנים אותם הפעלתם, מבחני עניין **איסקוב-ענבר**,⁵ אינם נכונים לטעמנו, בשעה שמדובר במרחב האישי של העובד. לגבי עבודה מהבית הנחת המוצא צריכה להיות כי **אין כל סמכות למעסיק להפעיל אמצעי מעקב אחר עובד, שאותו בחר המעסיק להעסיק מהבית.**

12. אחד המקרים היחידים בפסיקה בו נדונה שאלה דומה, הוא בעניין **איפרגן**. שם פסל בית הדין האזורי לעבודה ראיות שביקש מעסיק להגיש נגד עובדת ואותם צילם בביתה הפרטי על מנת להוכיח כי ניהלה עסק צדדי מתחרה מהבית, בזמן עבודתה אצלו. בית הדין קבע כי צילום פנים דירתה של העובדת, גם אם דירה זו שימשה אותה לצורך פרנסתה, מהווה פגיעה קשה בפרטיותה שכן מדובר ברשות היחיד.⁶ גם בעניין **פישר** קבע בית הדין כי זכות היתר-הניהולית של המעסיק בהפעלת אמצעים טכנולוגיים אינה מוחלטת והיא כפופה לחובות המעסיק לנהוג בתום לב, בסבירות ובמידתיות למול זכויות העובד.⁷ עם זאת, שם דובר בעובדים שטיב עבודתם הוא נייד – סוכנים-נוסעים. בהקשרנו, מדובר בעובדים שטיב עבודתם אינו נייד, ושנעשתה בחירה מושכלת להעסיקם מהבית, חלף העסקתם מהמשרד. עוד יצוין, כי בעניין **פישר** הבחינה של אמצעי המעקב נעשתה כחלק מבחינה משפטית במסגרת גילוי מסמכים בתביעה **בדיעבד**, לאחר שתמו יחסי העבודה, ולא במהלכם. כמובן שעל כל אלה חולשת העובדה שצינו בפתח עמדתנו, שככלל הפעלת אמצעי מעקב בבית – במרחב האישי והפרטי של העובד – מהווה כשלעצמה עניין בעל ממדים החורגים ממעקבים מסוג אחר, שמתרחשים במקום העבודה עצמו או כשהעבודה מטיבה נידת.

13. נוסף, כי לטעמנו פרשנות הרשות, לפיה הדין מחייב את המעסיק לנהל פנקס שעות לעובדיו – אינה נכונה. למעשה, **חוק שעות עבודה ומנוחה** קובע שהוראותיו לא יחולו על עובדים שתנאי עבודתם אינם

³ על קשר חיובי בין פיריון העובדים שעבדו מהבית, ראו בין היתר סקר נציבות שירות המדינה שהראה שיפור במדדי תפוקה בעבודה מהבית: <https://www.gov.il/he/departments/news/working-from-home>. בארה"ב נעשה מחקר שהציג עלייה של 4.4% בתפוקות בקרב עובדים מהבית: Kristen Sentz, "How companies benefit when employees work remotely" Harvard Business School, 29 July, 2019: <https://hbswk.hbs.edu/item/how-companies-benefit-when-employees-work-remotely>.

⁴ קצביאן, לעיל ה"ש 1.

⁵ ע"ע (ארצי) 90/08 **איסקוב ענבר נ' מדינת ישראל - הממונה על חוק עבודת נשים**, פסקאות 23-46 (נבו) 08.02.2011.

⁶ עב(אזורי תא) 6702/02 **בן דוד נ' איפרגן** (נבו) 30.7.2006.

⁷ עע (ארצי) 40711-04-17 **פישר תעשיות נ' שכטר** (נבו) 4.3.2018.

מאפשרים למעסיק פיקוח על שעות עבודתם.⁸ בהיבט זה, עבודה מבית המגורים כבר הוכרה כבלתי-מאפשרת באופן אינהרנטי פיקוח כאמור, בהקשרים שונים.⁹

14. כך או אחרת, עצם החובה החלה על מעסיק לנהל פנקס שעות עבודה, גם אם תוחל על עובדים מהבית, **אין בה כשלעצמה כל היתר או צורך לנהל מעקב טכנולוגי על שעות העבודה.** במאמר מטעם היועץ המשפטי של המשרד הממשלתי המאסדר את הסוגיה, הוא משרד העבודה, נאמר כי לא קיימת בדין הישראלי הגדרה ברורה ביחס להיקף חובת תיעוד שעות עבודה במצב של עבודה מרחוק, וכי בדין הבינלאומי קיימת המלצה בלבד, על ניהול פנקס שעות מכל סוג שהוא, אשר בו רישום שעות העבודה של העובד.¹⁰ דהיינו, גם לדידו של הגורם המאסדר את דיני העבודה, אין כל צורך בתיעוד טכנולוגי, ובהיבטי הדיווח המוכר לצורכי הדין די בשליחת דוא"ל על תחילת עבודה וסיומה, במילוי טבלאות אקסל, ובשלל שיטות דיווח או מדידה אחרות, לרבות רישום שעות על גבי מחברת ובכתב יד. יוער, כי בתי הדין מגלים גמישות רבה בהקשר זה, ותיעודי עובדים ומעסיקים כאחד, מתקבלים על ידם כראיות, גם בנסיבות של העסקה במשרד, ומקל וחומר בנסיבות של העסקה מרחוק או העסקה גמישה מהבית.¹¹

15. אשר לשאלת הצורך הניהולי במדידת שעות העבודה, גם בסוגיה זו טוב היה לו היתה הרשות נועצת בגורמים מומחים מתחום העבודה בעידן המודרני. למעשה, זה מכבר הדעה הרווחת ביחס לענפי תעסוקה רבים, היא כי כימות העבודה באמצעים אחרים חלף מדידת זמני העבודה גרידא, עשוי להוות פתרון הולם לאופי העבודה מהבית.¹² חוקרים ומדעני נתונים אף מצביעים על כך שאין כל מחקר אקדמי שמוכיח כי נתוני המערכות העוסקות בניטור וכימות מידע (דוגמת משך שהות העובד ליד שולחנו או כמות הודעות הדוא"ל ששולח ביום) עומדים במתאם למול רמת יעילות גבוהה מצד העובד.¹³ אם כן, אין מניעה כלל לא קיים צורך אמיתי למדוד את מספר שעות-העבודה של העובד, ודי לבחון בצורה איכותנית את תוצרי עבודתו, תוך בחינת ביצועיו (הספקים; אפקטיביות ויעילות) והערכת מחוברות וחדשנות תוכן העבודה – ובכך לא תיווצר פגיעה עמוקה באמון העובדות והעובדים במעסיקהם¹⁴ – פגיעה אשר במישורין, תשפיע גם על המעסיק עצמו ככדור שלג מתגלגל. יש לציין כי אין מדובר בתיאוריה בלבד, שכן מחקר עדכני הציג גלי עזיבה בקרב 41% מהארגונים, בעקבות הפרת פרטיותם וניטור אחר עבודתם מרחוק.¹⁵

16. היעדר ההיכרות עם ההקשר של יחסי העבודה, מתבטא גם בהתייחסות המסמך לסוגיית ה"הסכמה" או ההרשאה הניתנת מעובדים מראש, למעקב אחר עבודתם מהבית. למען האמת, ל"הסכמה" ניתן משפט העבודה משקל לא רב, בתוך מערכת יחסי עבודה לא מאורגנים. בתחום זה נפסק לא אחת, כי "הסכמת" עובד לעבוד – אינה הרשאה מכללא לפגוע בזכויותיו.¹⁶ קשה אף להתעלם מכך, שהנטייה להעלותו כהצדקה משמעותית, מצביעה, בדרך כלל, על קושי לסנגר על תכני ההסדרים מבחינה מהותית.¹⁷

17. לטעמנו, חדירת המעביד למרחב הפרטי והאישי של עובד, אינה סוגיה שנבחנת ב"חרך הצר של הסכמה גרידא".¹⁸ יוער, בפרשת **איסקוב-ענבר** עוררה סוגיית ההסכמה פולמוס ציבורי, ובעמדת האגודה לזכויות האזרח שהוגשה בהליך, נטען כי לעובדים קיים סיכון שאם יסרבו לפגיעה בפרטיותם, ייתפסו

⁸ ס' 30(א)6 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951.

⁹ דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (נבו 18.3.13).

¹⁰ International Labour Organization, Convention Concerning Home Work (1996).

¹¹ דוגמא לגמישות זו ראו למשל בע"ע (ארצי) 17760-07-17 **רפבר נ' סופר מרקו** (נבו 22.9.2019), בהקשר של הסרת חובה ממעסיק לנהל פנקס חופשה שנתית בעניינה של עובדת שעבדה מהבית בהעסקה גמישה.

¹² סע"ש (אזורי ת"א) 13-10-3283 **פלורנס - בון וויאג' בע"מ**, 11 (נבו 4.12.2016), בפסקה 48.

¹³ כריסטופר מימס "צילום מסך כל 10 דקות ומעקב אחרי המייל: יותר ויותר מנהלים מרגלים אחרי העובדים שלהם. זה יכול לחזור אליהם כמו בומרנג" **גלובס** (24.9.22), <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001425281>.

¹⁴ סע"ש (אזורי ת"א) 20-09-51290 **מור יצחק - צינורות המזרח התיכון - תעשיות 2001 בע"מ** 3 (נבו 04.03.2022).

¹⁵ נתנאל גאמס "רמות קונטרול: הגבול הדק בין פיקוח על עובדים לפגיעה בפרטיות" **דה-מרקר** (17.2.22), <https://www.themarker.com/magazine/2022-02-17/ty-article-magazine/premium/0000017f-e107-d568-ad7f-f36fbade0000>.

¹⁶ בג"ץ 4542/02 **קו לעובד נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סא(1) 346 (2006).

¹⁷ "טיעון ההסכמה מנסה להתעלם מתוכן ההסכמה וממעמדה הרעוע של ההסכמה עצמה, ובכך כישלונו העיקרי... הצעה וקיבול אינם הפרוצדורה הראויה המתחם הציבורי, המתאפיין (או ראוי שיתאפיין) בפרוצדורות ובתכנים דמוקרטיים" (גיא מונדלק, "עובדים או זרים בישראל? חוזה התשתית והדפיציט הדמוקרטי", **עיוני משפט** כז 423, 427 (תשס"ג)).

¹⁸ בג"ץ 10843/04 **מוקד סיוע לעובדים זרים נ' ממשלת ישראל**, פסק-דין מיום 19.9.2007, פסקה 12 לפסק-דינו של כב' השופט לוי.

כמי שיש להם מה להסתיר.¹⁹ גם בפרשת **לקסמן** הכיר בית הדין בכוח המיקוח המועט של העובד אל מול המעסיק בכל הקשור לסירוב לעבור מבחנים ובדיקות. בית הדין האזורי קבע כי ההיתלות ביסוד ה"הסכמה" של העובד היא בעייתית, משום שכוח המיקוח שלו קטן מזה של מעסיקו, ובחלק ניכר מהמקרים הסכמתו אינה אמיתית.²⁰

18. אמת היא, כי ממדי התופעה של עובדים מהבית גדלים, אולם דווקא לאור זאת יש לאפשר למעסיקים לפתח כלים ואמצעים שאין בהם כל חדירה למרחב האישי, כדי לנהל את עסקם ואת עובדיהם.

הרשות להגנת הפרטיות ומשקל המלצותיה

19. לעיל פירטנו עמדתנו לפיה הדין כלל אינו מאפשר מעקב טכנולוגי אחרי עובדים מהבית. סקירה זו מבססת את טענתנו בדבר הבעייתיות בפרסום מסמך על ידי הרשות להגנת הפרטיות, ממנה משתמע כי במצבים מסוימים מעקב כזה אפשרי על פי דין. אמנם, מסמכים שמפורסמים על ידי הרשות עניינם, באופן טבעי, היבטי פרטיות של פרקטיקות שונות. ואולם, לאור החשיבות המוקנית למסמכים אלו ולהמלצות הרשות, יש להביא בחשבון את המשקל המשפטי שהציבור עשוי להעניק להן, ולגשת בזירות למלאכת עריכת המסמכים הללו, תוך מיקומם בקונטקסט משפטי כולל ורחב. לפירוט טענה זו נפנה כעת.

20. בהחלטת ממשלה מספר 1890²¹ נקבעו התפקידים שנמצאים בגדר סמכותה של הרשות וביניהם: "להעלות את מודעות הציבור לזכות לפרטיות במאגרי מידע, לערך ההגנה על הפרטיות ולחשיבותו בעידן המידע, באמצעות חינוך, הדרכה והסברה". בזיקה לתפקיד זה, נוהגת הרשות לפרש את הדין ולהביע את עמדתה בנוגע לנושאים שלהם נגיעה לתחום הפרטיות. לשם כך הרשות מפרסמת מסמכים רבים כגון גילויי דעת, מסמכי המלצות, הנחיות וכיוצא בכך.

21. למסמכי הרשות חשיבות בהיבטי פרשנות הדין והעמידה בו, הן לאור חשיבות נקודת המבט שלה כמאסדר, הן במסגרת עמדתה הצפויה כצד פוטנציאלי להליך משפטי והן ככלי עזר לבית המשפט בבואו לפרש את הדין. ראו לעניין זה דברי בית המשפט (כב' השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן) בעת"מ (ת"א) 11-02-24867-02 **איי. די. איי נ' רשם מאגרי מידע** (נבו 1.8.2012), בסעיף 3 לפיהם "יש יתרון לפרסום הנחיות ובהן מביע הרשם את דעתו באשר לאופן הפעלת סמכויותיו" וכן דברי בית המשפט בתא"מ (שלום חיפה) 19-11-68953-11 **נגלר נ' נס** (נבו 17.4.2020), אשר ציין כי "להנחיות (מינהליות פנימיות של הגוף הציבורי וכן הנחיות של הרגולטור המופנות לגופים שאינם חלק מן המינהל הציבורי, נ.ד., מ.ת.)... יש חשיבות מעשית ניכרת בחיי המעש, אף בסכסוכים מול הרשות או הגוף המפוקח, הנדונים בערכאות. הנחיות עשוי שתכלולנה לעתים באופן מתבקש גם את פרשנות מוציאה ההנחיה לדין הרלוונטי, שנועדה להצדיק החלק האופרטיבי שבהנחיה" (שם, פסקה 20).

22. ואכן, צדדים להליכים משפטיים נסמכים על מסמכי הנחיות וגילויי דעת של הרשות להגנת הפרטיות (או בשמה הקודם – הרשות למשפט וטכנולוגיה) ושל רשם מאגרי המידע. להלן רשימה בלתי-ממצה בכדי לסבר את האוזן ולהדגים נקודה זו:

22.1 ת"צ 12-03-52961 **אלשלוס נ' אדם-מילא בע"מ** (נבו 1.6.2016), בו הסתמך המבקש בין היתר על הנחיית רשם מאגרי מידע העוסקת באופן יישומן של הוראות חוק הגנת הפרטיות בנוגע למאגרי מידע, בהקשרם של מכוניים למיון והשמה של כוח אדם, דוגמת המשיבה באותו הליך.

22.2 תא"מ (שלום חיפה) 19-11-68953-11 **נגלר נ' נס** (נבו 17.4.2020) המצוין לעיל, בו נדון סירובה של הנהלת בתי המשפט להעביר סרטוני אבטחה לעיון המבקש, במסגרתו היא הסתמכה בין היתר על הנחית רשם מאגרי המידע העוסקת בשימוש במצלמות מעקב במרחב הציבורי.

¹⁹ העמדה מפורסמת באתר האגודה: <https://law.acri.org.il/he/1808>

²⁰ עב' (אזורי ת"א) 1006-00 **לקסמן נ' מ.א. גדרות** (נבו 17.7.2022). קביעה דומה ניתנה במקרה שבו נדרשה עובדת במכון אסתטיקה לספק מידע ללקוחות על טיפולים אסתטיים שעברה בעצמה. נקבע כי אף שהעובדת הסכימה למסירת המידע, הרי שהמדובר בהפרה של פרטיותה, שכן היתלות ביסוד ה"הסכמה" של העובד אינה מספקת: כוח המיקוח של העובד קטן יחסית לעומת מעסיקו, והדבר מוביל לכך שלעתים הסכמתו אינה אמיתית. (עב' (אזורי ת"א) 9465/05 **יעקבי נ' פרופורציה** (נבו 19.8.08).

²¹ החלטת ממשלה מספר 1890 של הממשלה מיום 02.10.2022 (עצמאות הרשות להגנת הפרטיות ותיקון החלטת ממשלה).

22.3. ת"צ 18-05-8531 **גבאי נ' סיטיפס בע"מ** (נבו 3.2.2020) בו הגנו המשיבות על הפרקטיקה הנתקפת בהליך בין היתר על בסיס הנחיית רשם מאגרי מידע המחילה את חוק הגנת הפרטיות על מאגרי המידע של מפעילי כרטיס חכם בתחבורה ציבורית.

22.4. ת"צ 18-05-8365 **סינה נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ** (נבו 2.1.2020) בו סמכו המבקשים את טענותיהם בדבר אופן מימוש זכות העיון בהקלטת קול, על הנחית רשם מאגרי המידע בנושא תחולת הוראות חוק הגנת הפרטיות על זכות העיון בהקלטות קול, וידאו ומידע דיגיטלי נוסף.

22.5. ת"צ 14-11-35278 **סולומונוב נ' לאומי קארד בע"מ** (נבו 21.6.2020) בו טען המבקש כי אבטחת מאגר המידע שמנהלות המשיבות אינה עומדת בדרישות האבטחה המעוגנות בהנחיות רשם מאגרי המידע; המפקח על הבנקים אשר התייצב באותו הליך הפנה להנחית רשם מאגרי מידע לעניין דרישת מינימום לתהליכי אימות זהות.

23. אין ספק כי פרסום גילויי דעת והמלצות של הרשות, בהן מפורטת עמדתה המשפטית ופרשנותה לדין בנושאים שונים, הוא צעד מבורך בתרומתו להעלאת המודעות הציבורית למהותה של הזכות לפרטיות ולבהירות המשפטית. ואולם, בדיוק בשל תכליות ראויות אלו, לדידנו על הרשות לגשת בזהירות ובכובד ראש למלאכת פרשנות הדין וניסוח המלצותיה. מעבר לצורך המובן בביסוס פרשנותה מבחינה משפטית, יש לקחת בחשבון את הסתמכות הציבור על פרשנות זו ואף התאמת התנהגותו לאמור במסמכים המפרטים אותה. בפרט, יש לתת את הדעת למשמעות ולהשלכות של הגדרת פרקטיקות מסוימות כמותרות על פי דין – אף אם בסייגים. **על הרשות להביא בחשבון שמשמכיה נתפסים לא רק כניתוח של סוגיות המונחות לפתחה, אלא כמתן היתר או גושפנקא משפטית לנהוג בדרך מסוימת.**

24. האמור נכון במיוחד כשהסייגים לחוקיות הפרקטיקה מנוסחים, כמבקרה הנוכחי, בלשון כללית תוך שימוש במונחי שסתום אשר ניתן לפרשם בשלל דרכים. במסמך, לא רק שלא מובאות דוגמאות או הבהרות של הרשות באשר לפרשנות מונחי השסתום ("אינטרס לגיטימי של המעסיק" "צורך מקצועי ספציפי") אלא אף לא מפורטים אמצעי בקרה חלופיים על שעות עבודה ותפוקה, שפגיעתם בזכויות העובדים. ות פחותה מהאמצעים מפרי-הפרטיות המתוארים במסמך (ראו דוגמאות לעיל).

25. כמפורט לעיל, המסמך מציג את פרשנות והמלצות הרשות רק באשר להיבטי הפרטיות שבמעקב אחר עבודה מהבית, ונעדר כל התייחסות ממשית לסוגיית העבודה מרחוק ביחסי עובד-מעביד, לטווח הפיקוח של מעביד אחר עובדיו, לחלות חוק שעות עבודה ומנוחה ודינים אחרים על עבודה מהבית ולפרשנות שניתנה להם, ומוגדרים בו מונחים כגון "אינטרסים לגיטימיים של מעסיק" בלא ההקשר התעסוקתי הרחב והפרשנות שניתנה לאלה בבתי הדין לעבודה.

26. לכן, צורמת במיוחד העובדה כי המסמך נעדר אמירה מפורשת שישנם אמצעי מעקב שאין להשתמש בהם בשום מקרה, בהיותם פוגעניים בעצם הווייתם (ובמקרים מסוימים עולים כדי האזנת סתר אסורה, למשל בעת הקלטת בני משפחה תוך כדי הקלטת העובד.ת). המסמך אמנם מציין כי שימוש באמצעי מעקב שפגיעתם בפרטיות גבוהה במיוחד "מעלה חשש ממשי לחריגה מהוראות הדין" אך כן מתיר את השימוש בהם בהתקיים החריגים המנויים בסעיף 26 למסמך.

27. לדידנו, בנוסף להיעדר ההתייחסות לדין המאסדר הכללי של המקרה הנדון, היעדר מסר חד-משמעי מצד הרשות להגנת הפרטיות, לפיו ישנם אמצעי מעקב שאינם לגיטימיים בכל מקרה, והותרת הכשרת השימוש באמצעי מעקב לפרשנות מונחים כגון "תכלית מקצועית" ו"מידתיות" מעבירה מסר של לגיטימציה לציבור המעסיקים והיא מעוררת חשש ממשי ל"מדרון חלקלק" של שימוש הולך וגובר באמצעי מעקב פוגעניים אחר עובדים.ות.

28. אכן, הרשות להגנת הפרטיות היא הגורם המאסדר האמון על פרשנות הדין בהקשרי פרטיות. אולם כידוע יפה, בתחום יחסי העבודה קיים מערך מפורט של דינים מאסדרים. "מקום שהמחוקק הסדיר במפורש ובמפורט מיגזר חיים פלוני, ברי כי סמכות שיורית לממשלה לא תבוא כלל לעולם. שאם יש משמעות כלשהי למושג "בכפוף לכל דין" או למושג "שיוריות" - זו היא המשמעות" (בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פסקה 14 לפסק דינו של השופט חשין). לטעמנו, הפער בין מגזר החיים בתוכו פועל המסמך לבין מגזר החיים אותו הוא מבקש לאסדר, יצר פרשנות מוטעית שעלולה, כאמור, להביא לפגיעה בפרטיות העובדים. דברים אלה מקבלים משנה תוקף, נוכח היעדר תשתית עובדתית ראויה לתחום החיים השלם שנדון במסמך. לכך נפנה להלן.

חובת היוועצות וביסוס תשתית עובדתית

29. כמתואר לעיל, המסמך נפתח באמירה כללית לפיה "בשנים האחרונות, וביתר שאת בתקופת ההתמודדות עם נגיף הקורונה, חלה עלייה במעבר ארגונים למתכונת של עבודה מרחוק... מצב זה, בשילוב ההתפתחות הטכנולוגית והרצון של מעסיקים לפקח על עובדיהם, מביא לשימוש מעסיקים באמצעים טכנולוגיים שונים ומתקדמים למעקב אחר התנהלות עובדים שנמצאים מחוץ למקום העבודה ולרוב בביתם" (עמ' 3 למסמך, ההדגשה במקור).

30. בהמשך לאמירה זו מתייחסת הרשות בפתח המסמך למספר מקורות וביניהם סקר מימי משבר הקורונה על היקף העבודה מרחוק²² וכתבות מעיתונות לועזית בנוגע לאמצעי מעקב אחר עובדים (גם הן מימי משבר הקורונה).²³ המסמך לא מצביע מעבר לכך על נתונים עדכניים מימי שגרה (ובפרט, מאז חזרת המשק לעבודה סדירה ונטולת מגבלות התקהלות) – לא בנוגע להיקפי עבודה מהבית ולא בנוגע להיקפי מעקב אחר עובדים. ות בעת ביצוע עבודה מהבית, אמצעי מעקב שנמצאים בשימוש בשוק העבודה הישראלי או מיפוי התופעה לפי תחומי עיסוק או ענפי תעסוקה שונים. המסמך גם לא מציין צורך שעלה מצד מעסיקים או עובדים. ות במתן מענה לסוגיות משפטיות שעולות ממעקב אחר עבודה מהבית, קיומם של הליכים משפטיים מתנהלים, מסמכי מדיניות קיימים או בהליכי גיבוש של מאסדרים בתחום העבודה במשק ו/או של המגזר הציבורי, העוסקים בעבודה מרחוק על היבטיה, ועוד. מילים אחרות, מהמסמך לא ברור כלל מהו המצב העובדתי העדכני אליו הוא מתייחס. זאת ועוד, המקורות עליהם נסמכת הרשות לשם תיאור אמצעי המעקב הקיימים כיום, הינם פרסומים ברשת של חברות המציעות כלי ניטור ומעקב אחר עובדים, לצד כתבות מעיתונות לועזית. אין במסמך כל התייחסות למצב הדברים בישראל.

31. כידוע, קודם לשימוש סמכותה, חייבת הרשות המנהלית לבסס תשתית ראייתית ראוויה. במילותיה של פרופ' ברק-ארז, "אין טעם בהחלטה שנימוקה סבירים וראויים, אם אין היא מתאימה לנסיבות העובדתיות".²⁴ בעניין **ברגר**,²⁵ שטח מ"מ הנשיא שמגר את השלבים השונים של קבלת ההחלטה המנהלית: איסוף וסיכום נתונים (לרבות חוות דעת נוגדות), בדיקת המשמעויות של הנתונים (וכאשר קיימות מספר חלופות הדבר כולל הערכה של מעלותיהן ומגרעותיהן) וסיכום החלטה מנומקת.²⁶ בעניין **עיריית רמלה**²⁷ קבע כב' השופט אור כי "הלכה היא, שעל-מנת שרשות ציבורית תמלא תפקידיה כהלכה, עליה לדאוג תחילה שכל העובדות והנתונים הנוגעים לעניין יהיו לפניו. באין תשתית ראייתית הולמת, לא כל החשוב והדרוש להכרעה בעניין יהיו לנגד עיניה של הרשות".²⁸

32. מעיון במסמך נגלת תמונה לפיה מעבר להיעדר תשתית משפטית מלאה לעמדתה, הרשות לא ביססה תשתית **ראייתית** מספקת טרם גיבשה עמדתה המובאת בו. יתרה מכך, התשתית הראייתית שנאספה לצורך המסמך מבוססת בעיקרה על עיתונות לא ישראלית ונתונים אמפיריים מתקופת משבר אזורי חמור (הקורונה) שאינו בהכרח משקף את הנוהג או הצורך בשגרה. כמו כן, לא נראה שנעשתה עבודת מחקר הנוגעת לנקודת המבט של עובדים ועובדות שצפויים להיות מושפעים ממסמך הרשות. בנוסף, לא ברור מתוך האמור במסמך האם הרשות קיימה היוועצות עם עובדים ועובדות (או ארגונים יציגים כגון ההסתדרות הכללית) בנוגע להמלצותיה ועמדתה.

33. לאור האמור מעלה, קיים חשש לפיו המסמך אינו תואם את נסיבות שוק העבודה הישראלי ו/או את צרכיו וצרכי העובדים והעובדות בו. לעמדתנו, ועל מנת למלא חובת הרשות לביסוס תשתית ראייתית, קיים צורך לבסס את מסקנות המסמך על נתונים עדכניים שנוגעים לשוק העבודה הישראלי ובזמן שגרה. כפועל יוצא יש להצביע על מידע קונקרטי על מגמות בשוק העבודה, פניות של עובדים ומעסיקים

²² נטלי שפר "עבודה מרחוק ניהול מקרוב: אתגרים והמלצות בעבודה מרחוק" חידושים בניהול 9, 20 (2021).

²³ [Drew Harwell, Managers turn to surveillance software, always-on webcams to ensure employees are \(really\) working from home, THE WASHINGTON POST \(Apr. 30, 2020\); Ryan Morris-Read, VMware research shows Adam Satariano, How My Boss ; employee surveillance could increase staff turnover, IT BRIEF \(Nov. 15, 2020\) .\(Monitors Me While I Work From Home, THE NEW YORK TIMES \(May. 6, 2020\)](#)

²⁴ דפנה ברק-ארז **משפט מנהלי**, כרך א' 439 (2010).

²⁵ בג"ץ 297/82 **ברגר נ' שר הפנים**, פ"ד מו(1) 271 (1991).

²⁶ שם, בעמ' 149.

²⁷ בג"ץ 2013/91 **עיריית רמלה נ' שר הפנים**, פ"ד מו(1) 271 (1991).

²⁸ שם, בעמ' 279ג.

לרשות, דוחות של ארגונים ורשויות מנהליות וכדומה. שאם לא כן, מדובר במסמך תיאורטי אשר כאמור לעיל, עלול ליצר או לעודד פרקטיקות של מעקב אחר עובדים. ות שלא היו בשימוש קודם לכן.

34. זאת ועוד: כשעסקינן בתחום העבודה, קיים בדין מעמד מיוחד כלל-משקי, לארגוני מעבידים ולארגוני עובדים.²⁹ אכן, בדין הישראלי, לעומת המצב המשפטי במדינות אחרות, אין אסדרה רשמית של מעמדם של ארגוני המעבידים והעובדים כיועצים למשרדי ממשלה,³⁰ אולם מנגד, מעמדם של צווי ההרחבה בישראל, אותם צווים המתבססים על הסכם קיבוצי ענפי ומעניקים לו מעמד של חוק, מדגיש את התפיסה הישראלית הייחודית של מעמד מיוחד, המבוסס אף במשפט העבודה הקוגנטי וחוקיו (בראשם כמובן, חוק הסכמים קיבוציים) של ארגוני עובדים ומעבידים כבסיס להחלטות הקשורות ליחסי העבודה.

35. נוכח המעמד המיוחד הזה, וגוף המידע הקיים בידי ארגוני עובדים ומעבידים בשוק העבודה הישראלי, לעמדתנו, היה על הרשות לקיים תהליך של היוועצות עמם קודם לגיבוש מסמך להערות הציבור. כאמור בעניין יקב הגליל,³¹ קיום היוועצות כדבעי מאפשרת לרשות לקבל תמונה רחבה וכוללת מהגורמים אשר סביר כי להם המידע הרב והמפורט ביותר,³² והדברים בהחלט יפים לענייננו.

36. אכן, אין לרשות חובת היוועצות סטוטורית בכל הנוגע למסמכים שהיא מפרסמת, ויתרה מכך היא מפרסמת אותם להערות הציבור שמוזמן להביע את עמדתו ולהשפיע על המלצות הרשות שיובאו בהם. עם זאת, ניתן לטעון כי על הרשות לבצע היוועצות טרם גיבוש המלצותיה ביחס לפרקטיקה או מצב עובדתי מסוים, כהפעלת סמכות עזר, לפי סעיף 17 לחוק הפרשנות.³³

37. מבחינת התזמון, אנו סבורות כי ביסוס תשתית עובדתית והיוועצות עם גורמים מקצועיים ובעלי עניין רלוונטיים צריכים להתבצע לפני פרסום טיוטת מסמך להערות הציבור. רק כך תוכל הרשות לבסס ולגבש המלצותיה אותן תפרסם לציבור. בעת פרסום המסמך (לקבלת הערות הציבור וגם בעת פרסום המסמך הסופי) על הרשות לפרט במסמך מהם הליכי היוועצות שבוצעו ומהו המידע שנאסף טרם עריכתו. כך, הערות הציבור יתייחסו למסמך מבוסס ו"בשל" יותר.

לסיכום

38. לטעמנו, יש לבחון את פררוגטיבת המעסיק בעיניים אחרות ובכלים שונים מהקיים, עת מדובר על כניסתו באמצעים טכנולוגיים לביתם של עובדיו. בנסיבות אלה ועד לאסדרה, יש לטעמנו לאסור על הכנסת אמצעי מעקב טכנולוגי לבית העובדים. במסגרת אסדרה של התחום כולו בידי המחוקק³⁴ יש לקוות כי תתקיים בחינה עובדתית מעמיקה; יישקלו מכלול ההיבטים לרבות הפסיכולוגיים, המשפחתיים, הכלכליים והארגוניים; ישותפו ארגוני מעבידים ועובדים; וישמע קולם של נציגי ציבורים שונים בזירה הפרלמנטרית. עד שיינקטו צעדים אלה ויצטבר מידע רחב-היקף אודות הצרכים והכלים לבחינת תפוקות וניהול עובדים מרחוק, לעמדתנו על הרגולטורים העוסקים בזירה מורכבת זו, לאסור על חדירת אמצעים טכנולוגיים מחד, לקדם אסדרה מקיפה ומעמיקה, מאידך, ובמקביל לאלה למפות צרכים ואמצעים למדידת תפוקה שאינם כרוכים בכל כניסה טכנולוגית למרחב הבית.


נועה דיאמונד, עו"ד
הקליניקה לפרטיות

בברכה,

מיכל תגר, עו"ד
הקליניקה לזכויות עובדים

פנייה זו נכתבה בסיוע גבי ליהיא אלון בראון, סטודנטית בקליניקה לזכויות עובדים, ומר יובל אלי-עז, סטודנט בקליניקה לפרטיות, בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב

²⁹ ראו לדוגמה: חוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969; חוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב) התשנ"ה-1995; חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988; חוק החניכות, התשי"ג-1953, חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957.

³⁰ בהולנד, למשל, מעמד זה מעוגן בדין: The 1950 Industrial Organisation Act (Wet op de bedrijfsorganisatie).

³¹ ע"פ 3490/90 יקב הגליל יוסף גולד ובניו בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 11 (1993).

³² שם, בעמ' 16. בעניין יקב הגליל דובר על התקנת תקנות, עם זאת ניתן להקיש מדברים אלו, הנוגעים לחובת התייעצות, לענייננו.

³³ דפנה ברק-אראז משפט מנהלי, כרך א' 306 (2010).

³⁴ עניין פלורנס, ה"ש 15 לעיל, בו קרא בית הדין לאסדרת הנושא על ידי המחוקק.