



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 40711-04-17

ניתן ביום 04 מרץ 2018

המערערת

פישר תעשיות פרמצבטיות בערבון מוגבל

-

המשיבים

1. אברהם שטור
2. סלקום בע"מ (פורמלי)

לפני: השופט אילן איטח, השופטת חני אופק גנדלר, השופט אילן סופר
נציגת ציבור (עובדים) גברת חיה שחר, נציג ציבור (מעסיקים) מר דורון קמפלר

ב"כ המערערת - עו"ד דוד קורצווייל
ב"כ המשיב 1 - עו"ד ארנית זונברג ועו"ד שרון רטר

פסק דין

1. לפנינו ערעור – לאחר מתן רשות - על החלטתו של בית הדין האזורי בנצרת (השופט טל גולן; סע"ש 24067-09-16), אשר דחה את בקשת המערערת, היא המעסיקה, לקבלת דו"חות איכון לחודשים נובמבר ודצמבר 2014 למכשיר טלפון נייד שהוחזק ברשות המשיב – העובד, אשר ניתן לו לצורכי עבודתו על ידי המערערת.

רקע עובדתי

2. המשיב הגיש תובענה נגד המערערת שעילותיה תשלום בגין גמול עבור עבודה בשעות נוספות; הפרשי פיצויי פיטורים, פיצוי בגין פיטורין שלא כדין, הפרשי שכר, פיצוי בגין פגיעה במוניטין ובשמו הטוב ופיצוי בגין אי מתן הודעה על תנאי עבודה. בכתב התביעה טען המשיב כי עבד במחלקת המכירות של המערערת באתרים שונים ברחבי הארץ ובמיוחד באזור הצפון במשך כשבע עשרה שנים. לצורכי עבודתו נדרש המשיב לעבוד שעות נוספות, ובכלל זה ישיבות צוות במרכז הארץ, עבודה משרדית מרובה אותה ביצע מביתו בשעות שלאחר סיום הנסיעות, פיזור המוצרים ומתן מענה באמצעות הדואר האלקטרוני בשעות הלילה המאוחרות. עוד טוען המשיב כי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 40711-04-17

ביום 30.11.14 זומן לשימוע, שבמהלכו נאמר לו כי הוחלט לפטרו אלא אם יסכים להיבדק בפוליגרף בנוגע לטענות שלדידו אין בהן ממש. בשל כך, וללא כל הסבר מניח את הטעם לטענת המשיב, פוטר ביום 4.1.15.

3. המערערת טענה בכתב ההגנה כי המשיב ניצל את שעות העבודה ואת הרכב שקיבל לעבודה נוספת במהלך השעות בהן היה אמור לעבוד אצלה. בעקבות כך היקף מכירותיו בשנתיים האחרונות לא היה משביע רצון עד אשר התברר למערערת כי הסיבה לכך היא עיסוקו של המשיב בעבודה אחרת. בעקבות כך זומן המשיב ביום 27.11.14 לשימוע, כאשר במכתב הזימון צוינו העילות הבאות:

“(א) אי שביעות רצון מתפקוד המקצועי;

(ב) אי אמינות בנוגע לניצול זמן עבודתך.”

במהלך השימוע שהתקיים למשיב ביום 2.12.14 הובהרה למשיב אי שביעות הרצון מעבודתו בשל כך שהוא עובד בעבודה נוספת ללא קבלת אישור, והוא הכחיש זאת. בנסיבות אלה, פיטרה המערערת את המשיב. עוד נטען על ידי המערערת כי המשיב לא עבד שעות נוספות, וכי לא היה אמור לעבוד את היקפי השעות הנטענים על ידו, ולחילופין כי חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א – 1951, לא חל על העסקת המשיב. המערערת הגישה בקשה למתן צו לקבלת דו"ח איכון לטלפון הנייד המוחזק בידי המשיב למשך חודשיים ולכל שעות היממה 24/7. לטענתה דו"ח האיכון יוכל לשפוך אור על מקום הימצאו האמיתי של המשיב בזמן העבודה, שכן המשיב עבד ביזמות נדל"ן במקביל לעבודתו אצלה. המשיב התנגד לבקשה וטען כי היא פוגעת בפרטיותו; הוא לא היה מודע במהלך עבודתו לאפשרות איכונו בשום שלב; הוא לא נתן מראש את הסכמתו להיות במעקב, ולו סברה המערערת כי יש בידה עילה טובה לפיטוריו הרי שהראיות היו אמורות להיות ברשותה לכל המאוחר במועד השימוע, ולא בשלב מאוחר יותר. בתשובה לתגובה זו חידדה המערערת כי הצו שהתבקש רלבנטי גם לתביעה לשעות נוספות שכן צו האיכון מתייחס לתקופה שבגינה נתבע, בין השאר, גמול בגין עבודה בשעות נוספות.

החלטת בית הדין האזורי

4. בית הדין קמא דחה את הבקשה תוך שציין כי המידע נשוא הבקשה אכן רלוונטי לתביעה. כמו כן, מתקיימת זיקה בין המידע המבוקש לבין העילה הספציפית היות שנושא ההיעדרות מהעבודה הועלה על ידי המערערת כעילה לפיטורי המשיב. עם



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 40711-04-17

זאת, נקבע, בהיבט הרחב, כי המדובר במידע שגילוי יפגע בפרטיות המשיב באופן שאינו מידתי ומעבר לנדרש. זאת, משהמערערת לא הוכיחה שקבעה מדיניות ברורה בעת תקופת העסקתו של המשיב אצלה, ביחס לאופן השימוש בטלפון הנייד שסופק לו ולא הוכיחה כי יידעה אותו בדבר האפשרות שמיקומו ינוטר באמצעות הטלפון. עוד קבע בית הדין כי קיים "קו ישיר ורציף נמתח בין מעקב מעסיק אחרי עובדיו באמצעות הטלפון הנייד (וגם כאשר מתבקש צו שיפוטי לאחר סיום תקופת ההעסקה), לבין רישום נוכחות של עובדים באמצעות שעון נוכחות ביומטרי. גם כאן וגם כאן, מעסיק אכן יכול לבצע שתי פעולות אלה ובהתאם לפררוגטיבה הניהולית המוקנית לו, אולם לשם כך עליו לעמוד בהנחיות" שנקבעו בע"ע (ארצי) 90/08 טלי איסקוב ענבר - הממונה על חוק עבודת נשים (8.2.11) (להלן: הלכת איסקוב) ובעס"ק (ארצי) 7541-04-14 הסתדרות העובדים הכללית החדשה מרחב המשולש הדרומי - עיריית קלנסווה (15.3.17) (להלן: הלכת עיריית קלנסווה), כי "במקרה שלפנינו – לא כך היה הדבר" וכי לא בכדי צויין בהלכת עיריית קלנסווה שהפררוגטיבה הניהולית של המעסיק אכן מקנה לו זכות לדרוש הפעלת אמצעי נוכחות (ובעניינו – הפעלת אמצעי מעקב אחרי העובד), אולם זו לעולם תהא כפופה לחובת תום הלב, לסבירות ולמידתיות, ונקודת המוצא בהפעלתה היא במישור זכויות האדם.

בית הדין האזורי מצא כי אין מדובר בבקשה סבירה ומידתית. זאת, כיוון שצו האיכון מבוקש לתקופה של חודשיים, שזהו פרק זמן ארוך, שבו המשיב נדרש לחשוף את מקום הימצאותו כמעט בכל רגע נתון. בנוסף, הצו המבוקש מתייחס גם לשעות שלאחר שעות העבודה. לבסוף, בידי המערערת אמצעים חלופיים להוכחת טענת "העבודה הפרטית" ובאופן שלא יפגע בפרטיותו באופן בלתי מידתי.

טענות הצדדים

5. המערערת הגישה בקשת רשות ערעור על ההחלטה וטענה כי יש לבטל את החלטת בית הדין קמא, שכן דו"ח האיכון אינו מהווה פגיעה בפרטיות מאחר שמעשיו של אדם ברשות הרבים אינם מושא לפרטיות ודו"ח האיכון נותן מידע רק בדבר האזור בו נמצא העובד, ואינו זהה למעקב שיש בו הטרדה או התחקות. לחילופין, גם אם דו"ח האיכון מהווה פגיעה בפרטיות הרי שהפגיעה היא פגיעה מזערית הנסוגה מפני גילוי האמת. עוד טוענת המערערת כי בית הדין האזורי שגה כאשר יישם את הלכת איסקוב, שעניינה חדירה של מעסיק לתיבת דואר אלקטרונית של עובד, ואין



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 40711-04-17

המדובר ביצירת מנגנון מעקב על ידי המעסיק ובשליטתו. גם אם נכונה טענת המשיב לפיה לא ידע כי חברות הסלולר מבצעות אגירה של מידע איכון הרי שהידיעה אודות אגירתו הינה נחלת הכלל. לחילופין, גם לו היה צורך ליידע עובד מראש בקשר לדו"חות איכון הרי שלא ניתן לשלול את יכולת השימוש במידע אלא לכל היותר נדרש היה אישור בית המשפט לעשות בו שימוש. עוד נטען כי בית הדין האזורי שגה כאשר לא שקל את היותה של הזכות לפרטיות זכות יחסית, וכאשר מולה עומד ערך אחר בתי הדין שוקלים ומאזנים בין הזכויות, תוך מתן משקל ראוי לכל זכות. כמו כן, טוענת המערערת כי לא ניתן להשוות איסור לקיחת מידע ביומטרי מעובד לקבלת דו"חות איכון, שעה שבעניין **קלנסוואה** נדונה זכות המעסיק לפגוע בפרטיות העובד במהלך חיי העבודה ובמקרה הנוכחי מדובר באיסוף מידע המצוי בידי צד שלישי ללא קשר למעסיק ולאחר תום יחסי העבודה. המערערת מוסיפה וטוענת כי הבקשה הינה סבירה ומידתית באשר הסתפקה בבקשת דו"חות איכון לחודשיים בלבד בסמוך לפיטורים ובמסגרת בקשת רשות הערעור צמצמה את טווח הימים והשעות אשר בהקשרו מבוקש הגילוי. לבסוף טענה המערערת כי דו"חות האיכון רלבנטיים לא רק להוכחת הטענה לעבודה פרטית במהלך שעות העבודה כך שניתן יהא לראות באילו שעות היה המשיב מצוי באזורים שאינם קשורים לעבודה אלא גם להגנה בפני התביעה לשעות נוספות.

6. המשיב טוען כי באיזון הראוי בין זכותו לפרטיות ובין אינטרס המערערת לבסס הגנתה בדיעבד גוברת הזכות הבסיסית לפרטיות, ויש לייחס לה משקל גבוה יותר מול האינטרס המתחרה של המעסיק. עוד טוען המשיב כי דו"ח איכון כמוהו כמעקב, ולצורך כך על המעסיק ליידע את העובד על אפשרות קיומו של מעקב שכזה אחריו וכן לגבש מדיניות ברורה המבהירה ומסדירה את יכולתו של המעסיק לחדור לפרטיות עובדיו ולפקח על מקום הימצאם באמצעות הטלפון הנייד שברשותם. עוד טוען המשיב כי הראיות להן עותרת המערערת לא היו בידה במועד השימוע ודבר זה מחזק את טענותיו בקשר לחוסר תום הלב בפיטוריו באופן שבו המערערת הטיחה בו האשמות שווא ללא כל בסיס מתוך כוונה לפטר. לו סברה המערערת כי יש בידה עילה טובה לפיטורי המשיב הרי שהראיות לכך כבר היו אמורות להיות ברשותה, שכן המשיב פוטר מעבודתו זה מכבר.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 40711-04-17

7. לאחר קבלת תגובת המשיב לבקשת רשות ערעור, ניתנה ביום 30.7.2017 על ידי חברתנו השופטת לאה גליקסמן רשות ערעור.

הכרעה

8. תקנה 46(א) לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין) תשנ"ב-1991 קובעת כי:

"בית הדין או הרשם רשאי ליתן צו למסירת פרטים נוספים, ולבקשת בעל דין אף לגילוי או לעיון במסמכים, אם היה סבור שיש צורך בכך כדי לאפשר דיון יעיל או כדי לחסוך בהוצאות" (להלן - תקנה 46).

תקנה 46(א) נועדה להבטיח "משחק בקלפים פתוחים" וזאת כאמצעי להגברת יעילות הדיון וקידום חקר האמת בגדרו. בנוסף, הגילוי אף מגביר את ההוגנות של ההליך, שכן הצד שכנגד מחויב לפעול בשקיפות ובנאמנות ובהתאמה למערכת יחסי עובד – מעסיק, המאופיינת ביחסי אמון ותום לב מוגברים (ע"ע 1185/04 אוניברסיטת בר אילן - ד"ר צמח קיסר, (24.3.05)). יחד עם זאת, גם גילוי נרחב אינו בלתי מוגבל, והוא מותנה בהיות המידע רלבנטי, כשלמבחן הרלבנטיות שני היבטים, אשר סוכם לאחרונה בעניין בר"ע (ארצי) -51695-05-16 אייל הרינג - אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ (7.1.18). וכך נאמר:

"כידוע, השאלה הראשונה אותה יש לבחון בהכרעה בבקשה לגילוי מסמכים היא שאלת הרלבנטיות. בעניין זה קבע בית הדין הארצי בעניין אבנצ'יק (ע"ע 494-06 מדינת ישראל - נציבות המים – קלרק אבנצ'יק (28.3.2007)) כי למבחן הרלבנטיות שני היבטים: ההיבט הצר (או תנאי הסף) וההיבט הרחב.

1.1. ההיבט הצר (או תנאי הסף) – במסגרתו בוחן בית הדין אם קיימת זיקה ממשית בפועל בין הטענות שבבסיס הבקשה לגילוי מסמכים לבין טענותיו של המבקש בהליך העיקרי. במסגרת זו על בית הדין לבחון האם מתקיימת זיקה בין המידע המבוקש במסמכים שגילויים מתבקש לבין עילת התביעה; האם קיימת תשתית עובדתית לכאורית לביסוס הטענה שגילוי המידע במסמכים המבוקשים דרוש להוכחת עילת התביעה; מהות הזיקה, לאמור חשיבות גילוי המסמכים להוכחת העילה המשפטית או הפרכתה בהליך העיקרי, ותרומתה לענייניו הדיון המשפטי וקידומו; חשיבות הראיות שגילויין מתבקש, לאור טענות הצדדים כפי שנטענו במסגרת ההליך העיקרי; השלב בו מצוי בירור ההליך העיקרי בעת הגשת הבקשה לגילוי מסמכים.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 40711-04-17

1.2. ההיבט הרחב - במסגרתו על בית הדין להידרש לאינטרס הגילוי ומשקלו וכן להשלכותיו של גילוי המידע המבוקש או חיסויו, בין היתר על הציבור ועל צדדים שלישיים. בהקשר זה יבחן בית הדין אם למבקש עניין ישיר, ממש, ולגיטימי בקבלת חומר המידע; עצמת האינטרס הממשי של המבקש והחשש מפגיעה בזכויותיו המהותיות; מהות הסעד בהליך המשפטי.

1.3. ככל שמתקיים מבחן הרלבנטיות, על שני היבטיו, על בית הדין להידרש לאיזון הראוי בין זכות הגילוי לבין זכויות ואינטרסים לגיטימיים המוכרים בהלכה כשוללים גילוי, כגון חסיון סטטוטורי, חסיון מכוח המשפט המקובל, וחסיון מכוח ההלכה הפסוקה. במסגרת זו, על בית הדין לשקול האם קיימת דרך חלופית למיצוי זכויותיו של המבקש, שלא על דרך הגילוי. זאת, תוך בחינת נסיבותיו של כל מקרה לגופו"

9. במקרה שלפנינו, אל מול ערך הגילוי ניצבת הזכות לפרטיות, אשר זכתה באופן מפורש להגנה כזכות פרטיקולרית בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זאת, בנוסף להגנה שניתנה לה עוד קודם לכן במסגרת חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א – 1981. הגנה חוקית ועל חוקית זו מושתתת על חשיבותה האישית והחברתית של זכות זו, וכלשונו של הנשיא ברק בבג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה (14.5.06):

"הזכות לפרטיות – כמו הזכות לכבוד האדם אליה היא קשורה בקשר הדוק – מבוססת על האוטונומיה של הפרט ... הכרה בפרטיות היא ההכרה באדם כפרט אוטונומי הזכאי לייחוד אל מול האחרים. ייחוד זה הוא המאפשר לאדם להתבצר באישיותו כבעלת משמעות הראויה לכיבוד ... עניינה של זכות הפרטיות הוא ... באינטרס האישי של האדם בפיתוח האוטונומיה שלו, במנוחת נפשו, בזכותו להיות עם עצמו ובזכותו לכבוד ולחירות ... הפרטיות נועדה לאפשר לפרט "תחום מחייה" שבו הוא הקובע את דרכי התנהלותו, בלא מעורבותה של החברה. בתחום זה האדם הוא עם עצמו. זו 'הזכות להיעזב לנפשו' ("the right to be left alone")."



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 40711-04-17

הזכות לפרטיות בעידן הטכנולוגי

10. העידן הטכנולוגי מציב אתגרים מיוחדים להגנה על הזכות לפרטיות, שכן "נראה ברור לכל כי האמצעים הטכנולוגיים המודרניים נותנים בידי בעלי הגישה אליהם – בין אם המדינה ובין אם אנשים פרטיים – כלים רבים ומתוחכמים יותר לחדור למחוזות פרטיות של אדם שנחשבו בעבר כמעט בלתי נגישים; אמצעי מעקב וזיהוי, שיטות חיפוש ממוחשבות ואיסוף נתונים מסודר במאגרים אלקטרוניים. מן העבר השני, ובמקביל, מעניקה הטכנולוגיה גם כלים המאפשרים הגנה גדולה יותר על הפרטיות, תוך אפשרות לטשטוש הזהות במרחב הוירטואלי וביצוע פעולות בעולם שבעבר חייבו חשיפה מלאה; מאינטראקציות כלכליות ועד יצירת קשרים בין-אישיים וירטואליים. מורכבות זו משמיעה לנו יחס אמביוולנטי כלפי אימוצן של הטכנולוגיות האמורות ומקומן בהגנה על הזכות החוקתית לפרטיות. זאת ועוד, אין זה נדיר לשמוע היום טענות לפיהן ניתן לראות בהתנהלותם של פרטים בעידן המידע ויתור משתמע מטעמם על זכותם לפרטיות. זאת, נוכח בחירה מודעת לכאורה של פרטים בחברה לניהול אינטראקציות חברתיות, פוליטיות וכלכליות על-פני רשת האינטרנט והתקשורת הסלולרית, תוך ידיעה ברורה באשר לפוטנציאל חשיפתו של מידע זה (להרחבה ראו גם בירנהק, עמ' 267). ... מכלול היבטים אלה מלמדים אותנו על המורכבות שבהצבת איזונים חוקתיים ותחימת גבולותיה של הזכות לפרטיות בעידן הנוכחי, מורכבות שעמדה לנגד עינינו במסגרת הכרעתנו בעתירות" (מתוך בג"צ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל (28.5.12)).

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



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 40711-04-17

בעניין ראו ד"ר טל גולן "העין הבוחנת והצופה: אסדרה ומשטור של התנהגות עובדים במקום העבודה", **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** (2016) 515.

11. האתגרים האמורים מועצמים בהקשר לעובדים אשר עיקר עבודתם מתבצעת מחוץ לחצרי המעסיק והיא מאופיינת בניידות גבוהה בין אתר לאתר (להלן: סוכנים נוסעים). בשל השילוב זה יתקשה המעסיק לעמוד בחובתו לנהל יומן נוכחות, כמשמעו **בחוק הגנת השכר**, תשי"ח – 1958, אלא באמצעים טכנולוגיים, העלולים להיות כרוכים בפגיעה בפרטיות העובד במידה זו או אחרת. ואכן, מעסיקים מציידים עובדים מסוג זה באמצעים טכנולוגיים שונים שבאמצעותם יש בידם לפקח על מסגרת שעות העבודה, כגון טלפון נייד, רכב צמוד עם נווטן, מחשב נייד ועוד (ראו לעניין הפסיקה הנוגעת לשאלת אפשרות הפיקוח על עובדים מחוץ לחצרי המעסיק בפסק הדין בע"ע (ארצי) 15233-09-13 **חברת אדוונטק טכנולוגיות (אפלט) בע"מ נ' יתיר זלוסקי** (8.11.15)).

12. נפנה כעת למלאכת האיזון בין השיקולים המתגושים. נקודת המוצא היא כי **הזכות לפרטיות, ככל זכות אדם, הינה יחסית**. משמע, מבחינה מושגית בהתגושות בין הזכות לפרטיות ובין הערכים המצויים ביסוד הליכי הגילוי (יעילות הדיון, הוגנות וחקר האמת) לא ניתן לקבוע מראש כי יד אחד האינטרסים בהכרח על העליונה. אכן, ייתכנו מקרים בהם יזכה אחד האינטרסים להגנה נרחבת מתוך תפיסה כי משקלו הסגולי של האינטרס המצוי על כף המאזנים השנייה – זניח. ואולם – וזה העיקר – במקרים רבים **תמצית מלאכת האיזון היא בעיצוב הסדרים בהם ניתנת הגנה מסוימת – אף אם היא חלקית ואינה מלאה – לכל אחד מן האינטרסים**. משמע, יש צורך במציאת פתרון כששני האינטרסים דרים בכפיפה אחת מתוך פשרה וויתור הדדי, ולא מתוך עליונות האינטרס האחד וביטולו של רעהו. מלאכת האיזון הערכי נעשית בראש ובראשונה במסגרת התבניות המגדירות את הזכויות המתגושות (כגון, מבחן הרלבנטיות על כפל פניו) ובהמשך אף מעבר להן.

13. בית הדין האזורי קבע כי בהתאם להלכת **איסקוב** ובהמשך בענין **קלנסוואה**, שכדי לפגוע בפרטיותו של עובד על המעסיק לקבוע מדיניות ברורה, אשר תקבע את קוד ההתנהגות בנוגע למעקב אחר עובדים באמצעות הטלפון הנייד,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 40711-04-17

ומשהמערערת לא עשתה כן וגם לא יידעה את העובד כי קיימת אפשרות שבמועד כזה או אחר תנטר את מקומו באמצעות הטלפון שברשותו, הרי שאין להיעתר לבקשה.

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

פרסום מדיניות או הימנעות מכך, כשלעצמם, אין בהם כדי להכריע את הכף בשאלת מתן צו גילוי או הימנעות מכך. כך למשל, מקום בו הפגיעה בפרטיות ניתנת למזעור, כבענייננו, אזי אין בפרסום או באי פרסום מדיניות רלוונטיות לשאלה האם להיענות או לדחות בקשה לצו גילוי. מנגד, פרסום מדיניות, כשלעצמה, אינה מצדיקה בהכרח גילוי המידע המבוקש, שכן גם אז יהיה מקום לבחון את מידתיותה של הפגיעה בפרטיות. כך או כך, במקרה שלפנינו משקיימת דרך חלופית למזעור הפגיעה בפרטיות במסגרת הבקשה לגילוי מסמכים, אין מקום להידרש לשאלת מידת הרלוונטיות של פרסום או אי פרסום מדיניות להיענות או דחיה של בקשה לצו הגילוי.

14. במאמר מוסגר נציין כי עד היום כאשר עובד ביקש מתן צו איכון של מכשיר הטלפון שלו לצורך ביסוס טענותיו אודות קיומן של יחסי עבודה או היקף שעות העבודה הרי שהדבר ניתן ללא קושי מיוחד. הטעם לכך הוא שבמצבים אלה מתאיינת הפגיעה בפרטיות העובד, שהרי הצו מתייחס למידע הנוגע לו וניתן לבקשתו ובהסכמתו (ראו: בר"ע (ארצי) 29882-07-17 **חנדל אמיל - איפא שקולניק פלסט בע"מ** (31.8.17)).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 40711-04-17

במקרה דנן מתעוררת שאלת האיזון בין הזכות לפרטיות לערך הגילוי במלוא עוזה שכן העובד מתנגד למתן צו הגילוי. על כן נפנה לבחון שאלה זו תחילה בראי מבחן הרלבנטיות, על שני היבטיו, ובהמשך לאור האיזון בין האינטרסים.

מן הכלל אל הפרט

15. בענייננו, מבחן הרלבנטיות במובנו הצר מתקיים בבירור ביחס לשתיים מבין עילות התביעה. הראשונה, נוגעת לעילת הפיטורים. לטענת המערערת – פיטורי המשיב נעשו על רקע עבודה פרטית שביצע במהלך שעות עבודתו, כשדו"חות האיכון יוכלו לשפוך אור אם כך היה אם לאו. לטעמינו, ומבלי לנקוט עמדה בקשר לשאלה המשפטית מהי עוצמת הראיה הנדרשת לביסוסו של חשד ראשוני המצדיק פיטורי עובד ואם מקום בו קיים חשד כאמור ניתן להוסיף ולחזקו באמצעות ראיות מאוחרות – אין מקום לדחות את הבקשה למתן צו הגילוי על יסוד טענות המצריכות הערכת תשתית ראייתית שהיתה קיימת עובר למתן הצו וליבון שאלות משפטיות. שאלות אלה מעצם טיבן תוכרענה במסגרת ההליך העיקרי ובשים לב למארג הראייתי, ואין מקום שנידרש לכך במסגרת שלב מקדמי זה של הדיון.

עילת התביעה השנייה עוסקת בעבודה בשעות נוספות וזאת הן במסגרת נסיעותיו של המשיב אותן החל לטענתו בשעה 7:00 עת יצא מביתו וסיים אותן סביב השעה 18:00 או בסמוך לכך. בנוסף, טוען המשיב כי עם הגיעו לביתו נדרש לבצע משימות ומטלות משרדיות באמצעות המחשב. בנוסף, אחת לחודשיים נדרש להתייצב בכנסי מכירות שנמשכו בין יום לעשרה ימים. בימים בהם התנהלו הכנסים היה יוצא מביתו ב 06:00 וחוזר לביתו בשעה 20:00. גם בהקשרה של עילת תביעה זו מקיים צו האיכון המבוקש את דרישת הרלבנטיות במובנה הצר וזאת בעיקר בקשר לעבודתו הכרוכה בנסיעות.

16. לטעמנו, האיזון הנדרש במסגרת מבחן הרלבנטיות במובנו הרחב צריך לקחת בחשבון את השיקולים הבאים:

היקף הגילוי - ציר הזמן: המערערת צמצמה בפנינו את בקשתה לחודשיים האחרונים לעבודתו של המשיב, לימים א' – ה' לשעות שבין 6:00 – 20:00 וכן ליום שישי לשעות שבין 06:00 – 14:00. יצוין כי בבקשתה המקורית בפני בית הדין האזורי בקשה צו הכולל את כל שעות היממה במשך החודשיים



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 40711-04-17

האחרונים. אנו סבורים כי צו הכולל את כל שעות היממה חורג מהאיזון הנדרש ואינו מידתי, שכן הוא חורג מיריעת המחלוקת וככזה אינו תורם לחקר האמת או יעילות הדיון, אלא להיפך - מסרבלו.

מעבר לכך גם הגבלת מספר החודשים בהם ניתן הצו משכללת את מידתיותו, וזאת בשני היבטים: ראשית, היקף המידע הנמסר מכוחו של הצו מצומצם יותר, שכן מספר החודשים מועט יחסית. שנית, הצורך של המשיב לבחון את נתוני האיכון הנמסרים לצורך סינונם (על כך ראו להלן) אינו מטיל עליו מעמסה מכבידה מדי (ביחס למקרה בו היה הצו חובק את כל תקופת ההעסקה). בשולי הדברים נציין כי לא נעלמה מעיננו טענת המשיב כי אין מקום ליתן צו ביחס לתקופה הכוללת את תקופת ההודעה המוקדמת, קרי לאחר פיטוריו, ולכן מוצאים אנו להבהיר כי טענות הצדדים ביחס למשקלו של המידע בתקופה זו שמורות להם, והן יישקלו על ידי בית הדין האזורי.

סוג המידע – זיקתו לבעל דין: המידע נושא צו הגילוי מתייחס לבעל דין בהליך, הוא התובע, ולא לצד שלישי להליך. התפישה כי הגילוי כלפי בעל דין רחב יותר מהגילוי כלפי צד שלישי באה לידי ביטוי בולט בפסק דינה של השופטת דורנר בפרשת **אפרופים** (רע"א 8551/00 **אפרופים שיכון וייזום** (1991) בע"מ נ' **מדינת ישראל** פ"ד נ"ה (2) 102; וראו גם רע"א 8019/06 **ידיעות אחרונות בע"מ** – **לוי** (13.10.09; בר"ע 5132-09-17 **פלונית** – **פלונית** (24.10.17)). ההיגיון המונח ביסוד תפישה זו הוא כי בעצם הגשת התביעה יש לראות ויתור מכללא על טענה לפגיעה בפרטיות או בחיסיון. אמנם, נשמעה בספרות ובפסיקה ביקורת על גישה זו, שכן גם ביחס לתובע עלולה פרטיותו להיפגע במידה העולה של הנדרש עקב גילוי (ראו לעניין זה יצחק עמית "קבילות, סודיות חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט אזרחי – ניסיון להשליט סדר" **ספר אורי קיטאי** 286-287).

לטעמינו, הגם שקיים פער בנקודות המוצא של הגישות השונות הרי שלא בהכרח יתלווה לו פער בתוצאה המעשית, שכן מרחב המידתיות הינו תוצאה של איזון הנערך בשים לב לנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה לרבות זיקתו של האדם שביחס אליו מתבקש מידע להליך המשפטי. במילים אחרות, שיקול זיקתו של מידע לבעל דין בהליך שוקל לצד הרחבת הגילוי ביחס למקרה בו היה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 40711-04-17

מבוקש אותו סוג מידע בהקשר לצד שלישי זר הליך. ראו ענין פלצ'י סעיף 24(ב)-(ג) שם נאמר כך :

"בכל הנוגע לזכות לפרטיות של בעל דין, יש להעדיף, ככלל, את הערך של קיומו של הליך שיפוטי תקין ויעיל הנערך ב"קלפים פתוחים"

בכל הנוגע לזכות לפרטיות של צדדים שלישיים, יש ליתן משקל לזכות לפרטיות, כאשר במשפט העבודה זו גלומה – בין היתר – בזכות לצנעת הפרט בכל הנוגע לתנאי העסקה, שכר עבודה ותנאי פרישה".

בבחינת הזיקה לבעל הדין יש לקחת בחשבון כי המידע נאגר באמצעות מכשיר טלפון נייד, שניתן לעובד על ידי מעסיקו וזאת לצורך עבודתו, ולא במכשיר טלפון פרטי השייך לעובד והעובד עושה בו שימוש לצורך עבודתו.

אופן מסירת המידע : נתוני האיכון הנמסרים על ידי חברת הסלולר עלולים לטמון בחובם גם **"מידע עודף"**, היינו מידע אודות מקום הימצאו של העובד שלא לצורכי עבודתו. על כן, נקודת האיזון הראויה היא בהעברת נתוני האיכון קודם כל לעובד אשר יהא רשאי להשחיר את המידע העודף. השמטת מידע עודף מאפשרת גילוי חלקי של מידע מקום בו הגילוי הכולל והרחב פוגע פגיעה שאינה מידתית באינטרסים משפטיים הראויים להגנה לרבות הזכות לפרטיות (לעניין היות השחרת מידע דרך למניעת פגיעה בפרטיות שהייתה נגרמת אלמלא ההשחרה ראו עניין פלצ'י סעיף 23 לפסק הדין ; רע"א 7278/17 **ההסתדרות מדיציאנית הדסה – פלוני** (9.1.18) ; ראו בהיקש גם חוק חופש מידע, תשנ"ח - 1998 סעיף 11).

אולם, להשחרה צפויה להיות משמעות ראייתית, שכן משמעותה היא הודאה בכך שבעת זו לא היה המשיב במקום הקשור לעבודתו. בדרך זו רק המידע שהעובד בחר לגלותו יגיע לידי המעסיק, ויש בידו לסנן מסירת מידע עודף. נבקש לחדד כי אופן מסירת מידע זו תורמת למזעור הפגיעה בפרטיות, שכן **ההנחה היא כי בשעות העבודה שווה העובד במקומות לצורך עבודתו ובמסגרת תפקידו שאינם מצויים בליבת הזכות לפרטיות כלפי המעסיק**, וזהו המידע שעתיד המעסיק לקבל. דרך מסירת מידע זו שונה מהקשרים בהם מוסדרת מסירת נתוני תקשורת לגופים כאלה ואחרים בחקיקה ראשית (ראו **חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - נתוני תקשורת)**, תשס"ח – 2007 ובג"צ



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 40711-04-17

3809/08 הנ"ל), שכן במקרים אלו מסירת המידע היא בלתי אמצעית וטומנת בחובה גם את המידע העודף, מבלי שיש בידי האדם לסנן את המידע.

17. בשולי הדברים יובהר כי מסירת דו"חות איכון למעסיק אינה מהווה תחליף לחובותיו בהתאם לסעיף 24 לחוק הגנת השכר וסעיף 25 לחוק שעות עבודה ומנוחה בכל הקשור לקיום דו"חות נוכחות מסודרים במקום העבודה. ההחלטה במקרה זה מוגבלת לנסיבותיו של המקרה בו מדובר בעובד אשר עבודתו מתבצעת מחוץ לחצרי המעסיק ומאופיינת בניידות גבוהה מאתר לאתר.

18. סוף דבר – הערעור של החברה מתקבל והעניין מוחזר לבית הדין קמא על מנת שיוציא צו המופנה לחברת הסלולר למתן נתוני תקשורת ביחס לחודשים נובמבר – דצמבר 2014 לימים א' – ה' לשעות שבין 6:00 – 20:00 וכן ליום שישי לשעות שבין 06:00 – 14:00. נתוני התקשורת יועברו במישרין למשיב, אשר יהא רשאי להשחיר את המידע העודף לשיטתו ולהעביר לאחר מכן לידי המערערת את המידע כולל ההשחרות. בנסיבות העניין אין צו להוצאות.

ניתן היום, י"ז אדר תשע"ח (04 מרץ 2018) בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.

אילן סופר,
שופט

חני אופק גנדלר,
שופטת

אילן איטח,
שופט, אב"ד

מר זורון קמפלר,
נציג ציבור (מעסיקים)

גברת חיה שחר,
נציגת ציבור (עובדים)