

דיני עבודה – ד"ר הרוביץ מיכל

מהלך השיעורים:

הרצאות פרונטליות על פי הפרקים הבאים:

פרק 1: תולדות משפט העבודה, מקורותיו ומערכת היחסים בין בג"צ לבתי הדין לעבודה

פרק 2: משפט העבודה האינדיבידואלי

פרק 3: יסוד תום הלב בקביעת המעמד כעובד

פרק 4: תבניות העסקה שונות

פרק 5: מועסקים שלא מכוח חוזה עבודה רגיל

פרק 6: הגדרת מעסיק

פרק 7: הפררוגטיבה הניהולית והזכות לעבוד - תרגול

פרק 8: הגדרת חוזה העבודה

פרק 9: זכויות עובד אגב סיום יחסי עבודה

א. סיום יחסי עבודה-כללי

ב. פיטורין והתפטרות

ג. שימוע

ד. אכיפת עבודה אישית

ה. הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות

ו. פיצויים על הפרת חוזה

ז. פיצויי פיטורים

פרק 10: חופש העיסוק - תרגול

פרק 11: חקיקת מגן

א. שעות עבודה ומנוחה - תרגול

ב. חופשה שנתית - תרגול

ג. דמי הבראה - תרגול

ד. שכר עבודה - תרגול

פרק 12: חופש ההתארגנות

פרק 13: ארגוני עובדים ומעסיקים

פרק 14: הסכמים קבוציים

פרק 15: ניהול מו"מ קיבוצי

פרק 16: יציגות ויחידת מיקוח.

פרק 17: דו מימדיות ההסכם הקיבוצי ותנאיו הצורניים

פרק 18: תחרות בין מקורות הסכם קיבוצי

פרק 19: צו הרחבה

פרק 20: הסדרים קיבוציים

פרק 21: שביטות והשבתות - תרגול

פרק 22: כלים לפתרון סכסוכים, סיכום וחזרה למבחן

פרק 1 : תולדות משפט העבודה, מקורותיו ומערכת

היחסים בין בג"צ לבתי הדין לעבודה

דף הוראה מס' 1 - מרכזיותו של משפט העבודה במשק הישראלי

תכליתו משפט העבודה – הגנה על העובד

עבודה יכולה להתבצע בכל מיני צורות, הדרך המקובלת לביצוע עבודה היא במסגרת יחסי עובד – מעביד, כיום בחוק נאמר "מעסיק". זאת לא צורת ההתקשרות היחידה, עבודה יכולה להתבצע ע"י קבלן עצמאי או ע"י פרילנסר (משתתף חופשי) או ע"י נבחר ציבור.

לכאורה, ניתן לומר כי רצוי להגן על כל מי שמבצע עבודה בכל צורה שהיא אבל בפועל ההגנה ניתנת רק למי שמבצע עבודה כשכיר. במילים אחרות, המטרה של משפט העבודה היא להגן על העובד.

ההגנה על העובד מתבצעת בשני מסלולים מקבילים בהתאם לחלוקה הבאה:

1. משפט העבודה אישי - הכוונה לחוקיות ולכללים שמתייחסים לזכויות האישיות של העובד

(זכאות העובד לחופשה / פיצויי פיטורים)

הגנה על העובדים כפרטים :

הכוונה היא להגנה שנקבעה בחוקי המגן אשר מטרתם להגן על העובד, אסור לעובד לוותר על זכות שקבועה בחוקים האלו ואין תוקף לוותר שלהם. דוגמא לחוקי מגן – חוק חופשה שנתית (אסור לתת לעובד ימי חופשה פחות ממספר הימים שקבועים בחוק זה), חוק פיצויי פיטורים, חוק שעות עבודה ומנוחה, חוק שכר מינימום (אסור לשלם פחות משכר מינימום), חוק עבודה נשים (קובע את כל זכויות הנשים שהן בהריון / אחרי לידה – אסור לפטר בזמן הריון, בזמן חופשת לידה ומותר רק 60 יום לאחר חופשת הלידה אלא אם כן יש אישור מיוחד לכך).

ע"ע אורלי מורי נ' מ.ד.פ. ילו בע"מ ואח' – פיטורים שלא כדין על רקע חופשת לידה :

אורלי מורי עבדה בחברת ילו כמנהלת חשבונות. היא פוטרה מהעבודה ובמהלך חופשת הלידה, כאשר זימנו אותה לפגישה במהלך חופשת הלידה. החברה טענה כי הם מפטרים אותה בשל חוסר התאמה. באותה תקופה לאחר 45 ימים של חופשת לידה, ניתן להחזיר את העובדת לעבודה ולאחר מכן ניתן לפטר. (היום זה 60 ימים). סוכם עם העובדת שהיא תקבל שכר עבור 45 ימים לאחר חופשת הלידה, במקום לחזור לעבודה בפועל. העובדת הגישה תביעה לבית הדין לעבודה נגד החברה בטענה כי החברה הפרה שני חוקי מגן. החוק הראשון הוא – שוויון הזדמנויות בעבודה והחוק השני הוא חוק עבודת נשים. היא טענה כי הפיטורים נעשו שלא כדין על רקע היותה בהריון ויצאתה לחופשת לידה והיותה אימא לילדים קטנים. לגבי חוק עבודת נשים היא טענה כי לפי החוק אסור לפטר עובדת 45 ימים לאחר חזרתה מחופשת לידה. בית הדין לעבודה קבע כי מדובר בהפרה של חוקי מגן ולכן יש לחייב את המעסיקה לשלם לעובדת 25 אלף ₪ על הפרת חוק עבודת נשים כאשר בית הדין מדגיש את הצורך להרתיע מעסיקים ממעשה כזה. בנוסף, הוא חייב את חברת ילו לשלם עוד 25 אלף ₪ על הפרת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

סע"ש (סכסוך עבודה בסמכות שופט) יוסי לוי נ' עריית צפת – פוטר מסיבות רלבנטיות ומהותיות (נעשה

שימוע בחופשת מחלה כדין) אך משלא ניתן אישור מועד העובדים – פוצה!

התובע שימש כנהג אישי של ראש עריית צפת, הוא הגיש תביעה שיושלמו לו פיצויי פיטורים, פיצויים בגין פיטורים שלא כדין, הפרשי שכר וכו'. תביעתו נדחתה. מדובר על פיצויי פיטורים שזהו חוק מגן, בנוסף

לפיצויי פיטורים עובד יכול לתבוע גם פיצויים על הפרת חוזה שזה בעצם פיצויים חוזיים (במידה ולא עשו שימוע / לא נתנו הודעה מוקדמת ופיטרו שלא כדין).

בנוגע לפיצויי פיטורים, התובע פוטר מאחר והסתבר שהוא נהג ללא רישיון נהיגה בתוקף ולא עדכן את עריית צפת על כך, בנוסף נכשל במבחן ריענון הנהיגה. **בית הדין אומר כי מדובר במעשה חמור שמהווה הפרת חובת האמון שיש לעובד סביר כלפי מעסיקו**, יש לייחס חומרה מיוחדת למחדלי התובע בשל מסי טעמים :

- א. מדובר במשרת אמון והתובע הפר את הבסיס שעליו מבוססת המשרה שלו.
- ב. מדובר במי שהיה נהג במקצועו והסיע גורם בכיר ביותר בראשות המקומית.
- ג. התובע חתם על הצהרות לפיהן ככל שיוטלו הגבלות על רישיון הנהיגה שלו הוא יודיע על כך מיד לעירייה.

לאור כל הנ"ל בית הדין אומר שמדובר בנהג שנהג ללא רישיון תקף במשך 10 חודשים והסתיר זאת מבית הדין, הנסיבות הללו מצדיקות שלילת פיצויי פיטורים.

בנוגע לפיצויי פיטורים שלא כדין, טענתו הייתה שעשו לו שימוע שהיה בחופשת מחלה. בית הדין אמר כי הנתבעת פעלה כדין כאשר זימנה את התובע לשימוע בזמן חופשת מחלה כי חוק ימי מחלה קובע שאין לפטר עובד בתקופת מחלה אבל מעסיק יכול להודיע לעובד על הכוונה שלו לפטר אותו ויכול גם לזמן אותו לשימוע כאשר הוא בחופשת מחלה. במקרה זה התובע פוטר מסיבות רלוונטיות ומהותיות, השימוע נעשה כדין. עם זאת, מאחר והתובע פוטר ללא הסכמת וועד העובדים של העירייה ובניגוד להוראות חוקת העבודה של הרשויות המקומיות אז הוחלט לפסוק לו פיצויים בגין פיטורים שלא כדין בסך של 2 משכורות בגובה 11,000 ₪.

2. משפט עבודה קיבוצי – הכוונה לחוקים ולכללים שנקבעו בפסיקה נוגע לפעילות של ארגוני עובדים וארגוני מעסיקים. ארגונים אלו מנהלים מו"מ על הסכמי העבודה של העובדים במקום העבודה (הסכמי עבודה קיבוציים).

העובד משיג את הזכויות שלו באמצעות התארגנות בארגוני עובדים וקביעת תנאי עבודה במו"מ בין הארגונים האלו לבין המעסיק. במהלך המו"מ הארגונים נעזרים בכלי שלהם שנקרא "שביתה" כדי להכניע את המעסיק. ההכרה של משפט העבודה בזכות העובדים להתארגן ובזכות שלהם לשבות בעצם עוזרת לעובדים להשיג כמה שיותר זכויות במסגרת העבודה.

חופש הביטוי וההתארגנות - הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' פלאפון תקשורת בע"מ -

העובדים בחב' פלאפון החליטו להתארגן ולהיות חברים בהסתדרות כדי שתייצג אותם מאחר והם חששו מפוטורים עתידיים. הם התארגנו באמצעות שימוש שעשו בקב' פייסבוק. כאשר זה נודע להנהלה היא נקטה בכל דרך אפשרית כדי להתנגד ליוזמה הזו. תחילה, שלחה מיילים לעובדים שההסתדרות היא סרטן בחב' ותהרוס אותה. מי שלא יהיה מקורב לוועד לא יזכה בשום הטבה בחברה. **עובדים שחתמו על הצטרפות להסתדרות נכנסו "לרשימה שחורה" של ההנהלה**. וקיבלו מיילים מההנהלה שבהם התבקשו לחתום על טופס מיוחד המבטל את החברות בהסתדרות. **בגלל פעולות אלו של החברה שרצתה לטרפד את ההתארגנות, ההסתדרות פנתה לבית הדין האזורי לעבודה בבקשה לקבל צווים להפסקה מיידית של פעילויות החברה והאמצעי לחץ של החברה למנוע את הצטרפות של העובדים להסתדרות**. הדיונים בתיק זה הגיעו עד בג"ץ, בכל הערכאות הקודמות **נקבע כי התנהלות פלאפון לא הייתה נאותה ושעל המעסיק להיות צד פאסיבי למהלך התארגנות עובדי, אסור לו להתערב בהתארגנות, נקבע שהבעת עמדה מצד המעביד בנוגע להתארגנות ראשונית של עובדי אסורה, אין לו חופש ביטוי בהקשר זה ואסור לו לאיים, ללחוץ ולהשפיע על העובדים שלו כדי שלא יתארגנו**. בנוסף, אסור לו להביע דעה. בעקבות

תביעות אלו היה כעס מאוד גדול מצד המעסיקים בשוק על פלאפון אשר נקטו באמצעים קשים והרחיקו לכת, מפני שהם קיבלו פס"ד קיצוני ומחמיר אשר כובל את ידיהם.
ס' 33 י' לחוק הסכמים קיבוציים : קובע שאסור למעסיק לפטר עובד או להרע את תנאי עבודתו אם הוא חבר בארגון עובדים או אם הוא פעיל לצורך הקמה של ארגון עובדים או אם הוא חבר בוועד עובדים וכו'.
סעיף זה נוסף לחוק לפני מספר שנים בעקבות מקרים רבים שבהם מעסיקים התנקלו לעובדים שיזמו את ההתארגנות.

עס"ק 24/10 הוט נ' הסתדרות העובדים הלאומית – פוטר בניגוד לס' 33 לחוק ההסכמים הקיבוציים משום שהיה הלב של ההתארגנות - היה מדובר בעובד בשם מנדל שעסק במשך מספר שנים בחברת הוט בתפקיד מפקח אגף. עד סוף שנת 2008 החתים מנדל עובדים על טפסים של הצטרפות להסתדרות העובדים הלאומית (ארגון עובדים). המטרה הייתה שההסתדרות הזאת תנהל משא ומתן קיבוצי עם הנהלת הוט על תנאי העבודה של העובדים. במהלך 2009 זומן מנדל לישיבת שימוע בטענה כי תפקודו המקצועי לקוי ובסופו של דבר הוא פוטר. ההסתדרות טענה כי מר מנדל פוטר בשל היותו הרוח החיה בניסיון ההתארגנות של עובדי הוט ולא היו כשלים בעבודתו. **בית הדין הארצי לעבודה קבע** : אחד הכלים המרכזיים של מעסיקים להכשיל התארגנות של עובדים בשלביה הראשוניים היא פיטורים של אלה שהיו פעילים בהליך ההתארגנות. פעולה כזו מרתיעה עובדים אחרים מלהצטרף לארגון העובדים. במרבית המקרים המעסיק מעלה טענות של צמצומים, תפקוד כושל. במקרה זה, הגענו למסקנה כי חברת הוט לא הרימה את נטל ההוכחה כי הפיטורים של מנדל נעשו משיקולים ענייניים. הטענות בנוגע לתפקודו הלקוי התעוררו רק לאחר שהחל בפעילותו לארגון עובדי החברה. לכן, הפיטורים נעשו בניגוד לסעיף 33 י' לחוק הסכמים קיבוציים ואין להתערב בקביעה של בית הדין האזורי שהכריז על ביטולם.

הקמת בתי הדין לעבודה : כל ענייני דיני העבודה נידונים בבית דין לעבודה. בשנת 69' הוקם בית הדין לעבודה כמערכת עצמאית לשיפוט בענייני עבודה, יש בארץ חמישה בתי דין אזוריים לעבודה, ניתן לערער על החלטות שלהם לבית הדין הארצי בירושלים. בבית הדין האזורי ישנו שופט ולידו 2 נציגי ציבור, אחד נציג עובדים והשני נציג מעבידים. בבית הדין הארצי יש 3 שופטים ו-2 נציגי ציבור.

מערכת היחסים בין בית הדין לעבודה לבין בג"ץ –

בג"ץ מוסמך לדון בעניינים שהוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ושאינם בסמכותו של בית משפט / בית דין אחר. בנוסף, מוסמך לתת צווים לבתי משפט או בתי דין לדון בעניין מסוים או לבטל דיון או החלטה שניתנו שלא כדין. לפי הוראה זו בג"ץ מוסמך לדון בעניינים שלגביהם ניתנה החלטה או ניתן פס"ד ע"י בית הדין הארצי לעבודה. כתוצאה מכך ישנו מאבק מתמיד בין סמכות בין הדין לבין סמכות בג"ץ והשאלה היא באילו נסיבות בג"ץ מתערב בפס"ד של בית הדין הארצי.

בבג"ץ חטיב נ' בית הדין לעבודה - נקבעו שני תנאים בהם יתערב בג"ץ

בג"ץ מתערב בהחלטות של בית הדין הארצי רק אם מתקיימים 2 תנאים מצטברים :

1. כאשר התגלתה טעות משפטית מהותית בפס"ד של בית הדין הארצי או בענייני סמכות או בענייני מהות.
 2. כאשר הצדק מחייב את התערבותו של בג"ץ.
- כאשר יש לשאלה המשפטית פנים לכאן או לכאן, רצוי שבג"ץ לא יתערב, חשיבותה הציבורית וההשפעה שלה על הליכים חברתיים וכו'. בכל מקרה ההתערבות אינה מובנת מאליה. ולכן בג"ץ מתערב מעט מאוד בהחלטות בית הדין לעבודה.

פרק 2 : משפט העבודה האינדיבידואלי

דף הוראה מספר 2-הגדרת העובד

הגדרת עובד

משפט העבודה מגן על העובד השכיר ומעניק לו זכויות רבות כשם, חופשה שנתית, פיצויי פיטורין, שכר מינימום וכו'. חוקים אלה נקראים חוקי מגן כי מטרתם להגן על העובד. הזכויות שמגנות על העובד לא חייבות להופיע בחוזה עבודה.

כיום ישנו חוק שנקרא "חוק הודעה לעובד ומועמד לעבודה" (תנאי עבודה והליכי מיון לקבלה לעבודה התשס"ב-2002). לפי חוק זה המעביד מחויב למסור לעובד לא יאוחר מ-30 ימים מתחילת העבודה הודעה בכתב ובה עליו לפרט את תנאי העבודה של העובד: שכר, תפקיד, אורך יום העבודה, יום המנוחה השבועי וכו'. ובטופס זה יש כדי להחליף את חוזה העבודה, כאשר מעביד לא מקיים את ההוראה הזו יקבל קנס. החוק תוקן לאחרונה ונוסף בו ס' 3א' לחוק הודעה לעובד ומועמד לעבודה (תנאי עבודה והליכי מיון לקבלה לעבודה התשס"ב-2002) - והוא מתייחס למקרה בו עובד מגיע לראיון במקום עבודה ולא מקבל תשובה לאחר הראיון, לפי ס' זה המעסיק ימסור לעובד הודעה על התקדמות תהליכי המיון אחת לחודשיים ועל אי קבלתו לעבודה, ההוראה חלה על מעסיק של למעלה מ-25 עובדים והיא לא חלה על תחום ההסעדה או לגבי עבודה של פחות מ-30 יום.

מבוא למבחנים של הגדרת העובד:

- אין חוק המגדיר מיהו עובד לצורך תחולת משפט העבודה בכלל וחוקי המגן בפרט.
- הקביעה כי אדם הוא עובד היא קביעה הדומה מאוד לקביעת סטטוס (דוגמת מעמד אישי), קביעת הסטטוס היא תוצר של החוק ולא נובעת מהסכמת הצדדים. ההלכה היא שסטטוס לא יוצרים בהסכם ולא מבטלים בהסכם אלא מה שקובע את הסטטוס הוא מהות היחסים שנוצרו בפועל. לכן באם הצדדים קובעים בהסכם כי היחסים ביניהם הם יחסים של קבלן עצמאי אך לגופו של עניין הם אינם כאלה, מבצע העבודה יוכל להיחשב לעובד ולהיפך. המבחנים שנקבעו בפסיקה הם אלה שיקבעו האם מדובר בעובד או בקבלן עצמאי. יחד עם זאת, להגדרה שנתנו הצדדים למעמד של מבצע העבודה יש משמעות משפטית מסוימת- היא מעבירה את נטל השכנוע לטוען אחרת- כלומר, אם למשל הצדדים קבעו כי מדובר בקבלן עצמאי והוא מגיש את התביעה להכיר בו כעובד, הרי שעליו הנטל להוכיח כי מדובר ביחסי עובד- מעסיק.
- מעמדו של העובד מקנה לו זכויות מוגנות מכוח חקיקת העבודה/חוקי המגן. על זכויות אלו העובד לא יכול לוותר מאחר וההנחה היא שעמדת העובד חלשה יותר מעמדתו של המעסיק, אך יש לזכור שחוקי המגן מעניקים מינימום של זכויות, המעסיק רשאי להעניק לעובד זכויות מעבר לזכויות שמקנים חוקי המגן, כמו למשל, חופש או הודעה מוקדמת.
- הגדרת העובד חייבת להיות הגדרה גמישה, רחבה וכללית. היא משתנה בהתאם לשינויים חברתיים, טכנולוגיים, תרבותיים וכו'. למשל, **בעבר** שוק העבודה היה מאופיין בעבודה במשרה מלאה, מתמשכת ורצופה באותו מקום העבודה. לכן הגישה ששלטה בארץ לגבי הגדרת העובד בעבר הייתה גישה אוניברסלית שלפיה יש לתת למונח עובד במשפט ככלל ובמשפט העבודה בפרט משמעות אחידה ואין הבדל בין עובד לפי דיני העבודה לבין עובד לפי דין אחר. **במשך השנים**, התפתחו דפוסי עבודה גמישים של עבודה, למשל במשרה חלקית או עבודה מהבית ומשכך הגדרת העובד הייתה צריך

להתאים את עצמה לכך והגישה השתנתה כך שרק בהתייחס לדיני העבודה ההגדרה צריכה להיות אחידה. הגישה השלטת כיום היא הגישה הפרטנית.

עב"ל (ארצי) 20105/96 אורלי יהלום נ' המוסד לביטוח לאומי- למרות קיומם של יחסים מיוחדים

(אחיות) הוגדרו יחסיהם כעובד – מעביד: שתי אחיות נשואות התגוררו באותו בניין מגורים, באותה קומה ולשתיהן היו ילדים באותו הגיל. המערערת עבדה בתור מטפלת שכירה בגן ילדים ואחותה עבדה במפעל. האחיות היו מתחלקות ביניהן בשמירה על ילדיהם. כאשר הוצע לאחות של המערערת לעבוד במשרה מלאה, הן החליטו שהמערערת תפסיק לעבוד בגן הילדים ובמקום זאת תשמור על ילדה של אחותה בתמורה לשכר. שתי האחיות פנו למוסד לביטוח לאומי וביקשו להנחותן כיצד לפעול, המל"ל שלח להם טפסים לדיווח על העסקת עובדים במשק בית, שוברי תשלום וטופס הצהרה על העסקת קרוב משפחה- הן מילאו זאת ופעלו כדן. המערערת אכן עזבה את עבודתה והחלה מטפלת בילדה של אחותה, עבדה במשרה מלאה, לפעמים בשעות נוספות, היא לא קיבלה חופשה שנתית, היא לא הציגה לאחותה טפסי מחלה. לאחר 6 חודשים האחיות שעבדה בחוץ פוטרה מעבודתה ומשכך פיטרה את המערערת מעבודתה. המערערת דרשה דמי אבטלה. במהלך ששת החודשים בהן עבדה המערערת, חוקר של המל"ל ביקר בבית וקבע שאכן המערערת טיפלה בבן אחותה. ביטוח לאומי דחה את בקשתה לקבלת דמי אבטלה, היא הגישה תביעה לבית הדין האזורי לעבודה וגם שם התביעה נדחתה בין היתר בשל השתכרותה בשכר מינימום, לא שולמה חופשה שנתית וכו'...

בערעור לבית הדין הארצי הערעור התקבל ובית הדין קבע שיש לבדוק:

1) האם הסדר העבודה היה אמיתי או שמא מדובר בפיקציה?

2) מה היה שכרו של העובד?

הנשיא אדלר קבע כי העובדה שהאחיות פנו למל"ל לפני שמיסדו את יחסיהן מעידה על כך שהסדר ביניהן היה אמיתי, מה גם שהוכח שהמערערת ביצעה בפועל את עבודת הטיפול בילד. לדעתו, למרות שלכאורה לא מתקיימים יחסי עובד- מעסיק לאור הסממנים הרגילים, זה מקרה מיוחד שבו עלה בידי המערערת להוכיח קיומם של יחסים מיוחדים. כלומר, ביה"ד לעבודה לא עושה שימוש בכללים הסטנדרטים.

מבחני הגדרת העובד- האם מדובר בעובד שכיר או בקבלן עצמאי? מבחני

הפסיקה:

מעיון בפסיקה עולה כי קיימים מספר מבחנים בנושא הזה, כאשר המבחן העיקרי הוא מבחן ההשתלבות ששודרג למבחן המעורב. מבחני המשנה הם: מבחן השליטה והכפיפות ומבחן הקשר האישי.

מבחן ההשתלבות: המבחן המרכזי, החשוב והנפוץ ביותר לצורך קביעה של יחסי עובד-מעביד/מעסיק

לפי מבחן ההשתלבות, עובד הוא אדם המשולב במפעל והוא איננו בעל עסק משלו המשרת את המפעל כגורם חיצוני.

דב"ע לא/ 3-27 עיריית נתניה-בירגר- יישום מבחן ההשתלבות: בירגר פעל כגובה מיסים המגיעים לעיריית נתניה מתושבי חוץ שלא מתגוררים בנתניה אך הם בעלי נכסים בנתניה. בירגר ביצע את תפקיד הנ"ל 14 שנה. התשלום שקיבל התבטא באחוזים מסכומי המס שגבה. בעירייה עבדו גובי פנים שהיו חייבים להתייצב במשרדי העירייה מדי יום בשעות קבועות וזאת בעוד שגובי החוץ לא היו מחויבים להתייצב לעבודה כלל. היו מקרים שבהם בירגר החליף גובה פנים בעבודתו ובאותו חודש שולמה לו משכורת. בירגר היה מחויב להשתתף בישיבות של מנהל מחלקת הגבייה. בנוסף, לא היה לברגר כל עיסוק

אחר. בסיום הקשר עם עיריית נתניה בירגר הגיש תביעה להכיר בו כעובד ולקבל את כל הזכויות שמגיעות לעובד, פדיון חופשה ופיטורין וכו'. בית הדין לעבודה הפעיל את מבחן ההשתלבות וקבע כי זהו המבחן העדיף לקביעת מעמדו של עובד. לפי מבחן זה עובד הוא אדם המשולב במפעל ואינו בעל עסק משלו המשרת את המפעל כגורם חיצוני. מעיון בעובדות עולה כי מתקיימים בבירגר התנאים לראותו כמשולב במפעל ולא כנלווה למפעל בתור גורם חיצוני. למשל, גביית מיסים היא חלק מהפעולות הרגילות של העירייה ועליה הופקדה מחלקה שלמה בעירייה שבה בירגר היה חלק ממנגנון המחלקה מבחינה ארגונית ותפעולית. ההשתתפות בישיבות המחלקה, חלוקת העבודה והשימוש במשרדי העירייה כבסיס לעבודה מהווים חלק ממבחן ההשתלבות. זאת ועוד, אין כל סימן היכר בפעילות של בירגר לכך שהיה לו עסק עצמאי לגביית חובות ששירת את העירייה כגורם חיצוני. גם העובדה שעבודתו נמשכה לאורך 14 שנה מעידה יותר על השתלבות במנגנון העירייה מאשר על עסק עצמאי.

למבחן ההשתלבות יש שני פנים:

1. פן חיובי – הפן החיובי מתבטא בדרישה שיהיה מפעל שאפשר להשתלב בו ושאכן מבצע העבודה משולב בו- קיומו של מפעל שניתן להשתלב בו, מהו מפעל? מפעל הוא יחידה ארגונית-תפעולית שבמסגרתה נתונה למעסיק הזכות למתן את העבודה ולחלקה בין העובדים השונים. המפעל הוא יחידה כלכלית שעוסקת בייצור, מסחר, הפקה או מתן שירותים.

א. מבצע העבודה משולב במפעל- כיצד אדם משתלב במפעל?

ס"ע (תל-אביב) 19066-01-12 וואצ'סלב אייאגויב נ' סלקום ישראל בע"מ-סממנים המעידים על השתלבות במפעל וקיום יחסי עובד-מעביד: התובע עסק במשך 10 וחצי שנים על ידי הנתבעת כנהג שליחויות, התעוררה השאלה- האם מתקיימים בין הצדדים יחסי עובד-מעביד? בית הדין קבע כי עבודת התובע לא כללה רק שליחויות במובן הצר של הביטוי, כלומר, לא רק איסוף משלוחים ומסירתם, עבודתו הייתה משולבת בעבודת מחלקת המנהלת וזאת כי הוא עסק מלבד במשלוחים גם במיון דואר, החלפת דיו ונייר מדפסת. בנוסף, חלק מהשליחויות שביצע היו מורכבות יותר והיה עליו להפקיד כספים בבנקים ולפתוח תיקים בביהמ"ש. על השתלבותו של התובע ניתן ללמוד גם מסממנים נוספים ובין היתר מהעובדה שהתובע הוזמן להשתתף באירועים חברתיים שארגנה סלקום לעובדיה, כגון, טיולים, ימי כיף וגיבוש, פעילות התנדבותית שביצעה החברה לעובדיה, קיבל מהנתבעת כרטיס עובד וכן קיבל מתנות בחגים.

ב. פעולתו של מבצע העבודה משתלבת במסגרת הפעילות הרגילה של המפעל ומבצע העבודה הוא חלק

מהמערך הארגוני – עובד ייחשב כחלק מהמערך הארגוני כאשר הוא שותף לפעילות השוטפת של אותה היחידה ולכן הוא מחויב למלא מטלות החורגות מעבר לנדרש ממנו ישירות עקב עיסוקו המיוחד. למשל, כאשר מביאים את העובד בחשבון במסגרת ארגון העבודה הכללי של המחלקה לגבי תפקיד מחוץ לעבודתו (כשם, שהיה בפס"ד בירגר שכהן כגובה חוץ של העירייה ולעתים החליף בעבודתו גובה פנים של העירייה ומשכך נחשב לחלק מהמערך הארגוני).

ע"ע 1466/04 תדיראן בע"מ נ' ברנדה קרסנטי-אדם שעובד מהבית (קלדנית) אינו מונע סיווג של

יחסי עובד מעביד: שם דובר באישה שביצעה עבודות כתבונות באנגלית בעבור תדיראן. בהתחלה, עבדה מביתה וקיבלה תמורה על בסיס שעות תמורת תשלום כנגד חשבונית ובשלב מסוים עברה לעבוד במשרדי תדיראן. לאחר תקופה של כ-10 שנים נפסקה ההתקשרות החוזית ביניהם. המשיבה טענה כי הינה עובדת והגישה תביעה לקבלת הזכויות הסוציאליות. חברת תדיראן התכחשה לזכויותיה וטענה כי המשיבה מעולם לא הייתה עובדת שלה אלא נתנה לה שירותים על בסיס קבלנות על פי צרכי החברה, המשיבה נהנתה מחופש מלא, לא השתלבה במערך הארגוני של תדיראן, לא הייתה מחויבת לסדרי העבודה, לא דיווחה על היעדרויות, קבעה לעצמה את אופן ביצוע העבודה, את מועדי

החופשות ואורכן. **בית הדין קבע** כי העבודה שבתחילת תקופת ההתקשרות העבודה נעשתה מביתה של המשיבה אינה מונעת את סיווג היחסים בין הצדדים כיחסי עובד מעביד. כבר נפסק כי העבודה שאדם ביצע את עיקר העבודה מביתו אינה קובעת דבר, במקרה דנן העובדות מובילות למסקנה כי המשיבה הייתה עובדת של תדיראן, היא הייתה משולבת במפעל, רוב השנים עבדה בחצרים של המעסיקה ועשתה שימוש קבוע בכלי העבודה של המעסיקה ככל העובדים. המשיבה הייתה כפופה לגורמים האחראים בתדיראן ובנוסף בתקופה הרלוונטית הייתה עובדת נוספת בתדיראן שביצעה בפועל עבודה דומה ונחשבה לעובדת ולבסוף, משך ההתקשרות היה ארוך. הגורמים האלה מכריעים את הכף למרות שעל פני הדברים הצדדים פעלו כמי שהתקשרו אחד עם השני כקבלן עצמאי ומקבל שירותים וזאת בשל העובדה שתדיראן הייתה מוציאה הזמנת מסגרת לכל עבודה שלה, לאור החשובות שהייתה מוציאה ודרך תשלום שכרה.

ג. **ביצוע אישי של העבודה** – כדי שאדם יהיה משולב במפעל נדרש שיבצע את העבודה באופן אישי לאדם העובד בתור שכיר הרעיון הוא שהוא מבצע את העבודה, ואין כזה דבר שהוא מביא מחליף. כדי שאדם יהיה משולב במפעל נדרש שהוא יבצע את העבודה באופן אישי. מדובר במרכיב של מבחן "ההשתלבות". [חד עם זאת], יש לזכור כי חובת הביצוע האישי לא מוחלטת.

ביה"ד קבע כי היעזרות באחרים בעבודה פשוטה ומכאנית או היעזרות הנובעת מצורך יוצא דופן כשלעצמה אינה שוללת הכרה במבצע העבודה כעובד. **פס"ד גינזבורג נ' ניסן – גם אחיך מחליף אותך, זה לא אומר שאתה לא עובד!** המערער עבד בתור פקיד בחברה שהייתה מחלקת את טפסי ההימורים בתחנות הספורטוטו, במסגרת עבודתו הוא היה אחראי על החלוקה והאיסוף וכן, על הבדיקה של הטפסים. פעם אחת כשהוא היה בשירות מילואים החליף אותו אחיו בתפקיד **ובית הדין לעבודה קבע** שזה לא פוגע בהיותו עובד כי מדובר בהיעזרות לצורך עבודה פשוטה ומכנית באופן חד פעמי בשל פעולה יוצאת דופן.

הדגש הוא על השאלה **האם עובד היה חייב להמציא מחליף** (הכוונה היא לא להביא מחליף מהבית, אפשר להחליף אחד את השני במסגרת העבודה). פס"ד שעסק בשאלה הזו היה **דב"ע נה/5-2 ורדה דעבול נ' מדינת ישראל – אם אתה מביא מחליף ומשלם לו בעצמך לא תחשב כעובד (אלא כעצמאי)**: היה מדובר במערערות שהפעילו משפחתון מכוח הסכם עם עיריית ירושלים כאשר המשפחתון הופעל בבית הפרטי של כל אחת מן המערערות וכל אחת מהן שילמה את ההוצאות הקשורות להחזקת הבית (ניקיון, חימום, חשמל וכד'). הן חתמו על חוזה עם העירייה שהן מבצעות את העבודה כקבלן עצמאי. כל מערערת התחייבה להעניק לילדים 3 ארוחות ולרכוש את המצרכים בעצמה. העירייה היא זו שקבעה את ימי הפעלת המשפחתון ואת ימי החופשות היא קבעה גם את מספר הילדים שיהיה בכל משפחתון והיא הפנתה את הילדים למשפחתונים לאחר שהם נרשמו בעירייה. העירייה הייתה משלמת עבור כל ילד שהיה במשפחתון למטפלות וזאת בנוסף לתשלום מסובסד שהורים שילמו. העירייה פיקחה על המשפחתון והיא שלחה עובדים שלה לבקר בדירות ששם היה המשפחתון. העירייה העמידה לרשות המשפחתון תקציב מסוים לרכישת משחקים וכד'. המערערות היו רשומות כעצמאיות בביטוח לאומי וגם במס הכנסה. **ביה"ד סרב** להכיר במטפלות כעובדות וקבע שהן לא נחשבות לעובדות, בין השאר מאחר והן לא רק נעזרו במחליפות אלא, הן היו מחויבות מכוח החוזה שלהן לשלם בעצמן למחליפות. המבחן הזה של ביצוע אישי של העבודה היה נקרא בעבר **מבחן הקשר האישי**. כיום המבחן הזה מהווה חלק ממבחן ההשתלבות, **מיישמים את המבחן הזה על דרך השלילה – אם אין קשר אישי אז ברור שלא מתקיימים יחסי עובד מעביד**. כלומר, אם מבצע העבודה לא מחויב לעשות את העבודה בעצמו אז הוא לא עובד. אבל ההפך זה לא בהכרח, אם מבצע העבודה באמת מתחייב לבצע את העבודה באופן אישי זה לא אומר בהכרח שהוא עובד (הדוג' של הזמנת אייל גולן לבר מצווה).

פס"ד וואצ'סלב אילו גוייו נ' סלקום ישראל בע"מ – לא העסיק עובדים אחרים כדי לבצע את העבודה במקומו לכן יחשב כעובד: בנוסף למבחן ההשתלבות **ביה"ד מצוין במפורש** כי התובע הועסק באופן אישי ולא התאפשר לו להעסיק עובדים אחרים כדי לבצע את העבודה במקומו והחברה גם לא רכשה שירותי משלוח מאחרים גם בזמנים שהוא היה חולה או בחופשה. לכן, אומר ביה"ד כי המסקנה הברורה היא שגם מבחן הקשר האישי מצביע בכיוון של היותו של התובע עובד של הנתבעת.

שרה מולאי נ' המועצה לייצור צמחים ולשיווקם ואח' – ביצעה את עבודתה באופן אישי ולא שלחה אדם אחר, תחשב לעובדת-התובעת הועסקה כפקחית מזיקים ומחלות כעובדת שכירה במועצה לייצור צמחים. במשך 18 שנה היא ביצעה את עבודתה כשכירה ואז היא פוטרה וקיבלה את כל הזכויות המגיעות לה כולל פיצויים. לאחר מכן היא המשיכה לעבוד במתכונת שונה, נחתם איתה הסכם בו נקבע שהיא תספק למועצה שירותי טיפוח מקצועי נגד מזיקים וירקות כקבלן עצמאי והוסכם בין הצדדים שלא מתקיימים יחסי עובד מעביד. היא עבדה במתכונת הזו 20 שנה. השכר שלה בתקופה השנייה שולם כנגד הצגת חשבוניות מס והיא פתחה תיק עצמאי ברשויות המס. **ביה"ד מצוין** כי התובעת ביצעה את עבודתה באופן אישי, התובעת לא שלחה מישהו אחר במקומה גם במקרים שבהם היא חלתה או נעדרה מעבודתה והיא הייתה הנציגה היחידה של הנתבעת מול החקלאים והם ראו בה כגורם הבלעדי בתחום הפיקוח על המזיקים. לכן, התקיים כאן המבחן של הקשר האישי.

ד. **מבחן השליטה והכפיפות** – הפך להיות חלק ממבחן ההשתלבות, הוא המבחן הראשון שנקבע בפסיקה על מנת לזהות עובד שכיר. נקבע **בפס"ד אגושביץ נגד קוטרמן**, המבחן הזה אומר שאם עובד כפוף למישהו אז הוא עובד שכיר. לפי המבחן הזה העובד הוא אדם הנתון למרותו ולפיקוחו של אחר, מקבל ממנו הוראות כיצד לעבוד ומחויב לציית להוראות הללו. כיום, לא נעשה במבחן הזה שימוש כמבחן בפני עצמו אלא הוא קיבל ביטוי מסוים ממבחן ההשתלבות.

2. **פן שלילי** – הפן השלילי מתבטא בדרישה שמבצע העבודה לא יהיה בעל עסק עצמאי המשרת את המפעל כגורם חיצוני. אדם ייחשב לעובד כל עוד הוא אינו בעל עסק עצמאי המשרת את המעסיק כגורם חיצוני. לכן יש לבדוק אם מבצע העבודה הוא בעל עסק נפרד משלו. בעניין **ורדה דעבול נ' מדינת ישראל** – החזיקו באמצעי הייצור ונשאו בהוצאות לכן הן עצמאיות: **ביה"ד קבע** כי המערערות לא השתלבו בעירייה כעובדות. בנוגע לפן החיובי לא התקבלו לעבודה בצורה שבה התקבלו יתר עובדי העירייה. הן לא קיבלו תלושי משכורת, לא הייתה אפשרות להעסיקן בעבודות אחרות פרט להפעלת המשפחתון והן לא היו משויכות לוועד העובדים של העירייה. גם הפן השלילי לא התקיים שכן, לכל אחת מהן היה עסק עצמאי. המטפלות הן אלה שנהנו מייעול העבודה ומהחיסכון בהוצאות. ההוצאות של המטפלות היו מורכבות מקניית מזון לילדים, בישול, חימום הדירה, ניקיונה, הוצאות גז, חשמל וכד'. הסכום שנשאר לכל אחת מהמטפלות לאחר הורדת ההוצאות יכול היה להשתנות בהתאם למאמץ שהן השקיעו בעסק. כלומר, כאשר הן קנו מוצרי מזון בשוק הרווח שלהן היה יותר גדול. בנוסף המטפלות הן אלו ששכרו את הדירה ולא העירייה. כלומר, הן החזיקו באמצעי הייצור בשכירות. המטפלות גם היו רשאיות להיזקק לעוזרת מטפלת או למחליפה על חשבונן. כל הסממנים הללו מראים על עצמאות.

סימני ההיכר לפן השלילי :

- א. **חזקת אמצעי ייצור בשכירות או בבעלות** – אם אני עובדת במשרד עו"ד ויש לי שם משרד אני לא שוכרת את המשרד שלי, הבעלים של המשרד הוא זה שישכור את המשרד.
- ב. **נשיאה בהוצאות הייצור** – למשל, שכ"ד.
- ג. **העסקת עובדים** – מי שמעסיק תחתיו עובדים חזקה עליו שהוא עצמאי.

ד. **סיכוי רווח וסיכוני הפסד** – בד"כ מי ששכיר לא לוקח בחשבון שינויים ברווח כאשר העסק מפסיד העובד השכיר לא יקבל פחות שכר, ולמשל **בעניין דעבול** הסכום שנשאר לכל אחת מהן (הרווח) לאחר תשלום ההוצאות השתנה בהתאם למאמץ שכל אחת מהן השקיעה בניהול העסק וברצון של כל אחת מהן לחסוך בהוצאות.

ה. **פעולה שיש בה השקעת הון**.

במסגרת מבחן ההשתלבות נותנים חשיבות גם לגורם של בלעדיות, כלומר אם אני מבצעת את העבודה באופן בלעדי במקום אחד זה יכול לסייע לקביעה שאני שכירה. אבל, צריך להיזהר כי התחייבות לבלעדיות היא לא סממן שמכריע את הכף לקבוע שמבצע העבודה הוא בהכרח שכיר.

במסגרת הפן השלילי התעוררה השאלה **האם העובד יכול להיחשב בו זמנית לעצמאי ובעלים של חברה מסוימת ובלעדי גם לעובד שכיר?** פס"ד שדן בזה הוא **ע"ע 1162/01 בן חמו נ' המכון לפיריון העבודה – עובד** יכול להיחשב בו זמנית כעובד שכיר ובעלים של חברה (עצמאי): במקרה הזה המערער עבד בביה"ס לטכנאי ייצור המנוהל על ידי המכון לפיריון העבודה. תפקידו היה רכז קורסים בנושא תעשייה, ניהול ושיווק ולאחר מכן הוא היה רכז אקדמי של ביה"ס במשך 16 שנים. עבודתו הסתיימה כאשר המכון עבר תהליך של הפרטה. המעמד הרשמי והמוסכם שלו היה של נותן שירות (עצמאי). הוא הגיש תביעה להכיר בו כעובד המכון. בנוסף על עבודתו במכון היה המערער גם בעלים של חברה בשם קולג' – ביה"ס הארצי להשכלה, שבאמצעותה הוא אירגן קורסים ומרצים עבור גופים שונים תמורת תשלום. מנהלי המכון ידעו על עיסוקו הנוסף של המערער ולא התנגדו. המערער לא עסק בעבודה הפרטית שלו במכון אלא בביתו הפרטי ובשעות אחה"צ בלבד. המערער הרוויח מהעבודה בחברה שבבעלותו סכום ששווה למחצית עד 2/3 מהמשכורת שלו במכון. בנוגע לפן החיובי לא התעוררה בעיה אבל ביה"ד האזורי דחה את התביעה של המערער בין השאר על סמך הקביעה שהמערער ניהל עסק עצמאי משלו. הוא הגיש על זה ערעור ואנחנו נדבר על הערעור (ע"ע), השופט סטיב אדלר הוא זה שדן במקרה והוא אומר שמסקנת ביה"ד האזורי לעבודה לא מקובלת עליו כי מדובר בשתי התקשרויות שונות ונפרדות. התקשרות אחת כעובד המכון והתקשרות שנייה כבעל מניות, מנהל ועובד בחברה שבבעלותו הפרטית של המערער. **השאלה היא האם ייתכן שהמערער יהיה בו זמנית עצמאי ובלעדי שכיר במכון – הוא עונה על כך בחיוב**. לדעתו, ניתן להפריד בין שתי ההתקשרויות. המערער ניהל עסק משלו שנפרד מעבודתו במכון. אמנם, מהות העיסוק שלו בשני המקומות היה זהה אבל ההבדלים היו ברורים:

1. העסק הפרטי של המערער נוהל באמצעות חברה, לעומת זאת עבודת המערער במכון בוצעה במסגרת המכון והתמורה לעבודה שולמה ישירות אליו ולא לחברה.
2. שני עסקי החברה נוהלו בנפרד, לרבות כלפי שלטונות המס.
3. העבודה במסגרת העסק הפרטי נעשתה בבית ולא במכון ולהפך.
4. בעבודתו במכון היה המערער עובד מבצע בלבד והיה משולב במערך הארגוני של ביה"ס. מנגד, בחברה שבבעלותו היה המערער היוזם, משיג העבודה, המנהל והגורם המרכזי וכל הנוגע לקביעת רווחיה של החברה.
5. המערער התקבל למכון באופן אישי במטרה שיבצע את העבודה אישית ואילו בחברה שבבעלותו הוא השיג עבודה באמצעות מכרזים למתן שירות.

לסיכום, כפי שאדם יכול להיות שכיר אצל שני מעסיקים בו זמנית כך הוא יכול להיות לעובד כשכיר בעסק אחד ועצמאי בעסק אחר. מכאן, שהמערער היה עובד של המכון.

מבחן המעורב – יוצא פועל של מבחן ההשתלבות הוא המבחן המעורב(סממני עזר כדי לחזק את אחת מהמסקנות): בתי המשפט עושים בו שימוש במצבי ביניים, זה מבחן גמיש יותר שנותן פיתרון לצרכי החיים המשתנים. לפי המבחן הזה נותנים משקל רב יותר לסממן אחד במבחן ההשתלבות מאשר לסממן

אחר ומשנים את נקודת האיזון ביניהם בהתאם לנסיבות. למשל, ע"פ המבחן הזה ניתן לקבוע שמדובר בעובד גם אם חלק מהקריטריונים של מבחן ההשתלבות לא מתקיימים, למשל, גם אם העובד הוא לא חלק מהמערך הארגוני של המפעל של המעסיק. כלומר, עושים שימוש במבחן המעורב כאשר יש צדדים לכאן ולכאן ולא בטוח אם מבצע העבודה הוא עובד או לא ואז הם בוחנים את הנסיבות תוך שימוש במבחני עזר נוספים. כך נעשה בפס"ד :

תע"א 3190/09 שרה מולאי נ' המועצה לייצור צמחים ולשיווקם ואח' – העברת נטל ההוכחה(לשים לב

במבחן): אישה שעבדה בהתחלה 20 שנה בתור עובדת ואחר כך שינו את צורת העסקה שלה 18 שנים נוספות לקבלן עצמאי. ביה"ד במקרה הזה עושה שימוש במבחן ההשתלבות והוא אומר שהיא השתלבה והיא גם לא ניהלה עסק עצמאי. ביה"ד קובע בהקשר של נטל ההוכחה כי **כאשר אין מחלוקת כי תובע החל את דרכו בחברה כעובד הנטל להוכיח כי חל שינוי במעמדו מוטל על כתפי הטוען לכך – במקרה הזה מועצת הצמחים.** ביה"ד מגיע למסקנה שמועצת הצמחים לא הרימה את הנטל להוכיח כי חל שינוי במעמד של התובעת, היא לא הצליחה להוכיח שאכן היה שינוי באופן עבודתה ובעצם התקיימו יחסי עובד מעביד בין התובעת לבין מועצת הצמחים גם בתקופת העסקה השנייה (18 שנה). ביה"ד בוחן את הפן החיובי והשלילי של מבחן ההשתלבות אבל בנוסף הוא בוחן מבחנים נוספים שהם **חלק מהמבחן המעורב :**

1. **שליטה על רווחים** – הוא אומר שעל פי הפסיקה סימן היכר חשוב ומרכזי לקיומו של עסק עצמאי הוא **שבעל העסק נהנה מייעול העבודה והחיסכון בהוצאות**, במקרה שלנו לתובעת לא הייתה יכולת להשפיע על ההוצאות והרווחים שנגעו לעבודתה בה נתבעת. כלומר, התובעת לא הייתה יכולה להגדיל את ההכנסות שלה או את רווחיה והיקף עבודתה לא השליך על הכנסותיה. בנוסף ההוצאות היחידות שהיו לה הן ההוצאות רכב שהוחזרו לה.
2. **מבחן הסמכות להעסיק ולפטר עובד** – המבחן הזה **בעל משקל רב**, ברור שזו סמכותו של המעסיק ובמקרה הזה הסמכות להעסיק ולפטר את התובעת הייתה של הנתבעות וכך קרה גם בפועל.
3. **מבחן הכפיפות** – הנתבעות טענו כי התובעת לא עמדה במבחן הכפיפות מאחר והיא ביצעה את שירותיה באופן עצמאי ולא הייתה כפופה לאיש במועצת הצמחים ואף אחד לא התערב בסדרי עבודתה. ביה"ד דוחה את הטענה הזו וקובע שמהעובדות עולה שאמנם הנתבעות לא נתנו לתובעת באופן שוטף הוראות ספציפיות כגון אצל איזה מגדל לגדל ומתי, אבל הנתבעות פיקחו על העבודה של התובעת באופן תקופתי והיא גם ערכה מידי יום רישום של הביקורים שלה אצל המגדלים השונים ביומן והעבירה את היומן למועצת הצמחים מידי חודש כולל דוח בדבר פעולות הפיקוח שהיא ביצעה.
4. **מבחן התלות הכלכלית** – התובעת הייתה תלויה תלות כלכלית מוחלטת בנתבעות כי היא לא נתנה שירותי פיקוח לאחרים.
5. **מבחן אופן התשלום** – לא הייתה מחלוקת כי התובעת קיבלה את שכרה כנגד חשבונית מס שהנפיקה עבור הנתבעות. אולם **ההלכה** היא כי **אופי התשלום כשלעצמו, היינו בתלוש שכר או באמצעות חשבונית מס אין בו כדי להעיד על קיומם של יחסי עובד מעביד או על היעדרם.** אופי התשלום הוא בבחינת קטגוריה ניטרלית שאינה מהווה מבחן מכריע לקביעת יחסי עובד-מעביד. במקרה דנן, גם הנסיבות האישיות של התובעת והחשש שלא תוכל להמשיך לעבוד אצל הנתבעות הביאו להסכמתה לפתוח תיק עוסק מורשה ולקבל שכר בדרך של הנפקת חשבוניות מס וזאת מבלי שניתנה לה בחירה אמיתית בכל הנוגע למעמדה ולצורת התשלום. התובעת הסכימה לשינוי הזה מחוסר ברירה.
6. **מבחן הדרך שבה ראו הצדדים את היחסים ביניהם** – על פי הפסיקה אין בסממן זה כדי להכריע את הכף בשאלת קיומם של יחסי עובד-מעביד. במקרה שלפנינו, אין חולק כי התובעת חתמה מדי שנה על הסכם התקשרות עם מועצת הצמחים שבו צוין כי לא מתקיימים יחסי עובד-מעביד בין הצדדים אך לא נסתרה טענת התובעת כי צורת התקשרות זו נעשתה בניגוד לרצונה האמיתי ומתוך חשש כי

אם לא תסכים ההתקשרות עמה תופסק. בפועל, לא חל כל שינוי בתפקידה והיא המשיכה לבצע את עבודתה באותה המתכונת כבעבר.

7. **כיצד הוצגו היחסים כלפי צדדים שלישיים?** התובעת הציגה את עצמה בפני הרשויות כבעלת עסק

עצמאי, היא הייתה רשומה כעצמאית ברשויות המס, המע"מ והמוסד לביטוח לאומי.

8. **מבחן משך העבודה** – עפ"י הפסיקה יש לתת משקל גם למשך התקופה שבה הועסק העובד אם כי

תקופה ארוכה אינה מהווה לכשעצמה גורם המצביע על קיומם של יחסי עובד-מעביד. **בית הדין קבע** כי **ניתן לתת משקל לתקופת התקשרות ארוכה ולקבוע כי כאשר מבצע העבודה עושה עבודה עבור מקבל העבודה במשך מספר שנים אף אם אינו עובד מדי יום ביומו הרי שמתקיימים יחסי עובד-מעביד ביניהם.**

סיכום: במקרה שלפנינו, התובעת עבדה בשירות מועצת הצמחים תקופה לא מבוטלת בת 20 שנים במסגרת תקופת העבודה השנייה שלה וזאת לאחר שעבדה 18 שנה קודם באותו התפקיד כעובדת שכירה. אין חולק כי מדובר בהתקשרות על בסיס קבוע שנמשכה שנים רבות ובמקרה זה פרק הזמן הארוך הזה מצטרף לסממנים נוספים לטובת הקביעה כי התובעת הייתה עובדת של מועצת הצמחים. לאור כל האמור ולאור מתן משקל ראוי לכל מבחן ומבחן בנסיבות הספציפיות לפנינו עולה כי לאחר איזון ושקלול של כל הסממנים המסקנה היא שאכן התקיימו יחסי עובד-מעביד בין התובעת לבין מועצת הצמחים. כאמור **נקודת המוצא היא שעה שעבדה התובעת כעובדת שכירה של מועצת הצמחים 18 שנה הנטל להוכיח כי יחסי עובד מעביד נותקו וכי העסקתה של התובעת כקבלן עצמאי היא בגדר התקשרות אמיתית מוטל על כתפי מועצת הצמחים. המסקנה היא כי התובעת עובדת של מועצת הצמחים.**

ע"ע 34362-11-14 משה שלמי נ' חברת דואר ישראל בע"מ 2016 – גם אם נחתם הסכם סטטוס של קבלן

עצמאי, ישנם סממנים המראים כי מדובר ביחסי עובד-מעסיק: המערער החל לעבוד כמחלק דואר משנת 2000 במשך חמש שנים במעמד של קבלן עצמאי ברשות הדואר (לפני שהפכה לחברה) והיה אחראי על אזור פתח תקווה. בסוף 2005 הוא הועבר ע"י רשות הדואר לחברת אורטל שירותי כח אדם, והוא המשיך לבצע את חלוקת הדואר כעובד שכיר במשרה מלאה של חברת כח האדם. במרץ 2006 ולאחר הקמת חברת דואר ישראל הועברו אליה עובדי רשות הדואר אבל המערער נשאר להיות עובד של חברת כח האדם למשך תקופה של שנה. לאחר שנה הוא חזר להיות מחלק דואר בחברת דואר ישראל במעמד של קבלן עצמאי והוא ממשיך בתפקיד הזה עד להגשת התביעה. ביוני 2010 המערער הגיש תביעה לביה"ד האזורי וביקש להכיר ביחסי עובד מעסיק בינו לבין החברה החל ממועד תחילת עבודתו בסניף הדואר (עשר שנים) והתביעה שלו עמדה על סך 285,000 ₪. ביה"ד האזורי דחה את תביעתו ולכן הוא הגיש ערעור **וביה"ד הארצי קיבל את הערעור** **וקבע (סיגל דוידוב מוטולה)** – המסקנה שלה הייתה שדין הערעור להתקבל ויש לקבוע שמתקיימים יחסי עובד מעסיק בין המערער לבין חברת דואר ישראל ולהכיר בוותק שלו ממועד תחילת עבודתו בדואר (לפני 10 שנים) ועל המשיבה לקלוט אותו כעובד מן המניין. יש לבחון אם מתקיימים יחסי עובד מעסיק בין המערער לבין החברה לפי המבחנים הרגילים שנקבעו בפסיקה. במקרה הזה היא טוענת שמתקיימים במערער מאפיינים מובהקים של עובד : **מדובר בביצוע עבודה יומיומית וקבועה של חלוקת דברי דואר בהתאם להנחיות שניתנו לו על ידי החברה ותוך פיקוח צמוד של ממונים עליו שהם עובדי החברה, בשעות קבועות** כאשר המערער השתלב בתפקוד הרגיל של סניף הדואר וזאת ללא מאפיינים של עסק עצמאי וכאשר אין למערער מקום עבודה נוסף והוא אחראי באופן אישי לביצוע המטלות. בנוסף המערער לא החזיק עובדים או מחליפים מטעמו, מבלי שיוכל להשפיע על הרווח שלו (לקיחת סיכונים). כאשר מערכת היחסים בין הצדדים נמשכת מזה תקופה ארוכה תוך הסתמכות של המערער על עבודתו לצורך פרנסה. הבעיה היא שנחתם איתו הסכם התקשרות כקבלן והעובדה שהוא לא נדרש להחתים כרטיס נוכחות והוא לא נדרש להביא אישורים בימים שבהם הוא היה חולה או יצא לחופשה. **כבר נקבע בפסיקה כי גם אם מועסק מסכים להגדרתו כקבלן עצמאי ופועל מבחינה חשבונאית**

ופורמלית כעצמאי אין בכך כדי לסתור את קיומם של יחסי עובד מעסיק. רוב הסממנים שלפיהם הוא לכאורה עצמאי הם תוצאה ישירה של ההחלטה של החברה לראות במערער קבלן עצמאי והם לא מלמדים כלל על מעמדו כעצמאי. בנוגע לתקופה שהמערער הועסק על ידי חברת כוח אדם המשיבה למעשה הודתה בטיעוניה כי המערער הועבר לחברת כח אדם ע"י רשות הדואר בשל היעדר תקנים כאשר הוא המשיך לבצע את חלוקת הדואר באותה מסגרת וללא שינוי. לכן **ביה"ד קובע** שהערעור מתקבל **ומתקיימים יחסי עובד מעסיק בין הצדדים עוד מתחילת עבודתו משנת 2000 ברציפות** והשופטת מחזירה את הדיון לביה"ד האזורי לצורך בחינת ההשלכות הכספיות לצורך השלמת פסק הדין.

פרק 3: יסוד תום הלב בקביעת המעמד כעובד

דף הוראה מס' 3 – תוקפן של תניות והתנאות באשר להגדרת עובד ותפקידו של תו"ל.

מעמד של עובד מעניק לו מכלול זכויות על פי משפט העבודה המגן : חופשה, הבראה, שכר מינימום, פיצויי פיטורים, הפרשות לפנסיה וכד'. לכן, מבצע עבודה שמוגדר כעובד "עולה למעסיק" סכומי כסף שמסתכמים בערך משליש יותר מהשכר שלו ברוטו. עלות השכר של עובד מבחינת המעסיק שלו מסתכמת בסכום גבוה בהרבה גם מסכום הברוטו שהעובד מקבל. לכן המעסיק עלול לרצות להתחמק מלהעניק לעובד את מלוא הזכויות המגיעות לו ופעמים רבות הוא מעוניין שמבצע העבודה יוותר על מעמדו כעובד ויחשב כעצמאי. ישנם מקרים שבהם העובד אינו מעוניין להיקרא עובד ומעדיף להיחשב לעצמאי כי השכר שלו כעצמאי הוא בד"כ גבוה יותר וישנם מבצעי עבודה שמעדיפים לקבל כל חודש סכום גבוה יותר מאשר לקבל בסוף תקופת העבודה שלהם זכויות סוציאליות כגון פיצויי פיטורים, פדיון חופשה וכד'. השאלה האם יש להתייחס לכינויים בהם מכנים הצדדים את היחסים ביניהם בשלב המאוחר יותר כאשר עולה שאלת מעמדו של המועסק, למשל כאשר מבצע העבודה לא מעוניין כבר להיחשב לקבלן עצמאי אלא להיחשב לעובד.

פס"ד ראשון שהתחיל עם כל העניין של חוסר תו"ל - דב"ע נה/3-145 מדינת ישראל - בוכריס, עבודה

ארצי – חריג בעניין חוסר תו"ל ולפיו אדם אינו יכול להתעשר על חשבון מעסיקו ואינו יכול לשנות את הסטטוס שלו בהתאם לאינטרסיו (לא כמו במקרה להלן): זהו פס"ד הראשון שהתייחס לשאלה הזו. בוכריס היה סטודנט בטכניון הוא התמנה להיות מפקח על פרויקט שיקום שכונות מטעם משרד השיכון. בהסכם שבין הצדדים נקבע כי המשיב מצהיר כי הוא משמש כקבלן עצמאי לצורך פרויקט זה וכי לא מתקיימים בינו לבין משרד השיכון יחסי עובד מעביד והוא לא רוכש זכויות סוציאליות הקיימות בין עובד למעביד. בהסכם נקבע גם כי אם יקבע שהיחסים בין המשיב לבין משרד השיכון הם יחסי עובד מעביד אז מבצע העבודה לא יהיה זכאי לשכר העבודה הקבוע בהסכם אלא לשכר של עובד מדינה בדרגה 10. החוזה היה חוזה לתקופה קצובה של 7 חודשים ולאחר מכן נחתמו מידי פעם הסכמים נוספים לתקופות קצובות נוספות ללא הפסקת הרצף. לאחר שהקשר בין הצדדים הסתיים הגיש בוכריס תביעה להכיר בכל תקופת עבודתו כאילו הוא היה עובד ולא עצמאי. הטענה העיקרית של המערערת (מ"י משרד השיכון) הייתה שהמשיב נהג בחוסר תו"ל בהגישו את התביעה לאחר ניתוק היחסים ולטענתה המשיב מנוע מלתבוע על בסיס קיומם של יחסי עובד מעביד כאשר הסכים בכל מספר חודשים מחדש להיחשב לקבלן עצמאי.

ביה"ד הארצי קבע כי המשיב אכן השתלב בעבודה במשרד השיכון, לא היה לו עסק עצמאי ולכן התקיימו בין הצדדים יחסי עובד מעביד. ביה"ד התייחס גם לטענה העיקרית של המערערת כי המשיב נהג בחוסר תו"ל כאשר הגיש את התביעה לביה"ד **והשופטת ברק קובעת כדלקמן**, "מצד אחד יש לתת לגיטימציה לתביעות של עובדים ולא לחסום אותם בגלל טיעון של העדר תו"ל. מצד שני ניתן לדבר על חריגים". השופטת מפתחת חריג לעיקרון שעל פיו עובד לא יכול לוותר על המעמד שלו והיא אומרת שהחריג מתייחס למקרה שבו ברור לחלוטין שהעובד היה מודע לזכויותיו החוקיות כעובד ואף על פי כן הוא העדיף במודע מתוך אינטרס שלו להיחשב לעצמאי ולא לשכיר. הדרישה הזאת של מבצע העבודה להיחשב לעצמאי במודע ומרצונו גורמת לאותו מבצע עבודה להנות משני העולמות. כלומר גם מההטבות שבהתקשרות קבלנית – שכ"ט גבוה יותר מידי חודש, וגם הטבות כספיות שמבצע העבודה יקבל רטרואקטיבית עבור כל השנים שעבד אם ביה"ד יכיר בו כעובד. **הדרישה של מבצע העבודה במקרה הזה היא חסרת תו"ל וביה"ד לא יאפשר לעובד לחזור בו מהיותו על מעמדו ויתרה מכך, במקרה כזה ניתן יהיה למעסיק לתבוע השבה**. אם יתברר שהעובד שהוסכם בזמנו שהוא קבלן עצמאי קיבל יותר כסף מאשר היה מקבל עובד בדרגתו שביצע את אותה עבודה, אין מניעה לחייב את העובד להשיב את ההפרש.

עובד כזה התעשר שלא כדין ולכן יש להשיב את מצבו לקדמותו כפי שהיה אילו קיבל משכורת של עובד:

במקרה הזה השופטת ברק **קובעת** כי המשיב הוא אומנם עובד על פי מבחן ההשתלבות, אבל אין כל חוסר תו"ל מצידו בכך שהוא תבע את זכויותיו הסוציאליות כעובד לאחר תום היחסים בין הצדדים מאחר והוא היה סטודנט וצורת ההתקשרות הזאת נכפתה עליו. כלומר על בוכריס עצמו לא חל העיקרון הזה אך השופטת ברק פיתחה תיאוריה להמשך הפסיקה.

במקרים שבהם ביה"ד קובע כי המועסק אכן ביצע את עבודתו במעמד של עובד ולא של קבלן עצמאי, ביה"ד צריך לדון ב-2 שאלות:

1. מה גובה השכר הקובע לעניין הזכויות של מבצע העבודה? כלומר האם יש לחשב את זכויותיו של מבצע העבודה שהוכר כעובד על פי הסכום החודשי שקיבל במהלך תקופת עבודתו כעצמאי או על פי שכר אחר? למשל של עובד שביצע את אותה עבודה או שכר שהוגדר בהסכם בין הצדדים.
2. האם על מבצע העבודה שהוכר כעובד חלה חובה להשיב חלק מהסכומים שקיבל כעצמאי או שיש לקזז מהסכום שיפסק לטובתו חלק מהסכומים ששולמו לו במהלך שנות עבודתו כדי שלא ייהנה פעמיים, הן משכר גבוהה במשך כל תקופת עבודתו והן מזכויות סוציאליות המחושבות לפי השכר הזה?

מהי תניית גדרון?

הוראה שקבועה בחוזה שנחתם בין מעסיק לבין מי שמבצע עבודה ומוגדר כעצמאי ועל פיה הצדדים מסכימים כי אם ביה"ד יקבע שהמועסק הוא בסופו של דבר עובד ולא קבלן עצמאי השכר קובע לזכויותיו יהיה השכר שנקבע בהסכם. מדובר בד"כ בשכר נמוך יותר והצדדים גם מסכימים שתעשה השבה של הסכומים שהעובד קיבל ביתר כל התקופה שהוא ביצע את העבודה כעצמאי. תניה זו נקראת תניית גדרון כיוון שזה נקבע בפס"ד: **דב"ע מי 128-3 גדרון נ' מ"י** - במקרים שבהם נקבעה תניית גדרון בהסכם, תינתן נפקות לתנייה ותעשה השבה - גדרון היה עובד מדינה שבחווה העבודה האישי שלו נקבע כי הוא זכאי לתשלום בגובה שכר חודשי מסוים בהנחה שהמעמד שלו כעובד עצמאי. ובהמשך נקבע כי אם ביה"ד לעבודה יקבע שמעמדו הוא של עובד אז השכר שלו יהיה של עובד מדינה בתפקיד או בדרגה דומים ככל האפשר כפי שיקבע ע"י נציב שירות המדינה ובאין תפקיד או דרגה דומים, אזי משכורתו תקבע עפ"י ההסכמים הקיבוציים החלים על עובדים מסוג זה. לאחר סיום קשרי העבודה בין הצדדים הגיש גדרון תביעה לביה"ד להכיר בו כעובד, ושם נקבע כי היחסים בין הצדדים היו יחסי עובד מעביד ולכן הוא זכאי לשכר לפי ההסכם הקיבוצי החל על עובדים מסוגו כלומר על עובדים סוציאליים משירות המדינה. ביה"ד אומר בנוסף שאם הצדדים הסכימו על שכר גבוה באופן ניכר מזה שמבצע העבודה היה מקבל כעובד והוסכם ביניהם כי במקרה שיקבע ע"י ביה"ד שמבצע העבודה הוא עובד הזכאי לזכויות של עובד, תעשה השבה אז יש לתת נפקות למוסכם בין הצדדים. ביה"ד מסביר שהסיבה לכך היא שהוסכם מראש כי מבצע העבודה יקבל במהלך תקופת ההתקשרות בין הצדדים תשלום שחושב על בסיס היותו עצמאי, שכלל למעשה תוספת או פיצוי עבור היותו על מעמדו כעובד. לסיכום, הפעלת העיקרון שנקבע בפרשת גדרון מונע בעצם התעשרות שלא כדין ע"י העובד או ע"י המעסיק במקרים שביה"ד משנה בדיעבד את המעמד של מבצע העבודה מעצמאי לעובד.

קיזוז והשבה

מתי מחייבים את העובד בהשבה?

במקרה שבו התמורה שמקבל כרגע העובד הייתה גבוהה מזו שהוא היה מקבל אילו מתחילת עבודתו הוא היה מוגדר כעובד, אז מתעוררת שאלת ההשבה. כלומר, האם העובד יחוייב על ידי ביה"ד להחזיר את הסכומים שבין השכר שהוא היה אמור לקבל בתור עובד לבין השכר שהוא קיבל בפועל בתור עצמאי. יש לכך שתי גישות:

1. הגישה ההרתעתית: הגישה הזו הופעלה **בפס"ד ענת אמיר** (בגישה זו צידדה השופטת גליקסמן בניגוד לדעת הרוב שצידדו בגישה החישובית). גישה זו מסבירה כי, רק במקרים ברורים **שבהם המעסיק ידע לאור טיב הקשר עם העובד כי מי שהוא בחר להעסיק קבלן הוא בעצם עובד ובכל זאת המעסיק החליט לכפות על העובד להגדיר את היחסים ביניהם כיחסים של קבלן עצמאי ומזמין עבודה**. במקרים הללו חישוב השכר מתבצע כך שהשכר החודשי הכולל שאותו קיבל הקבלן הוא יהיה הבסיס לחישוב הזכויות הסוציאליות שתובע כרגע בדיעבד אותו מבצע העבודה. במקרה הזה ביה"ד עשוי גם לחייב את אותו מעסיק בתשלום פיצוי לעובד בגין התנהגות חסרת תו"ל.

2. הגישה החישובית: הגישה הזאת מופעלת במקרים שבהם קביעת המעמד של מבצע העבודה כעובד לא הייתה ברורה וחד משמעית במיוחד בתחילת הקשר והכוונה גם למקרים שבהם נתנה לעובד זכות בחירה בין להיחשב לעצמאי לבין להיחשב לעובד והעובד הוא זה שדרש להיות במעמד של עצמאי. במקרה הזה אין מקום ליישם את הגישה ההרתעתית והחישוב של השכר הקובע לעניין כל הזכויות הסוציאליות ייעשה לפי השכר המופחת. מאחר ומעמדו של עובד הוא סטטוס ואין אפשרות להתנות על כך אזי גם במצבים שבהם הוא יזם את הגדרתו כעצמאי הוא בכל זאת יכול לפנות לביה"ד ולבקש לשנות את ההגדרה של מעמדו לעובד וזה לא ייחשב מבחינתו חוסר תו"ל.

פסיקה בנושא :

ענת עמיר נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ – במקרה שבו קיים הסכם לפיו מדובר בקבלן עצמאי, ולאחר מכן תובעת המועסקת להכרה ביחסי עובד מעביד, תופעל הגישה החישובית ואת ההפרש בין הסכום שקיבלה בקבלן עצמאי לבין עובד מקביל תצטרך להחזיר: המערערת הועסקה ע"י המשיבה בתפקיד של עוזרת במאי במשך 6 שנים במעמד של נותנת שירותים עצמאים וזאת ע"פ דרישתה לאחר שהיא ביקשה לא להיות מועסקת כעובד בייחוד נוכח התמורה הגבוהה באופן ניכר ששולמה לה ביחס לתמורה שהייתה משולמת לה כעובדת. לאחר כ-6 שנים חברת החדשות צמצמה את היקף הזמנת השירותים מהמערערת והיא הציעה למערערת להתקבל כשכירה במשכורת חודשית של 7,500 ₪ בתוספת תנאים סוציאליים. המערערת סרבה להצעה והציעה הצעה נגדית של משכורת חודשית בסך 8,500 ₪ בתוספת תנאים סוציאליים אבל ההצעה הזו לא התקבלה על ידי המשיבה. כתוצאה מכך, שלחה המערערת למשיבה מכתב שבו היא מודיעה על הפסקת עבודתה בשל הרעת תנאים בדין מפורטת, וזאת בשל צמצום מס' המשמרות שניתנו לה. המערערת התפטרה והגישה תביעה בטענה שלמרות שהיא הועסקה כעצמאית נותנת שירות התקיימו בינה לבין המשיבה יחסי עובד מעסיק ולכן יש לחייב את המשיבה לשלם לה פיצויי פיטורין, דמי הודעה מוקדמת, דמי הבראה, פדיון חופשה והחזר הוצאות נסיעה. המשיבה טענה כי המערערת נתנה שירותים של עוזרת במאי כעצמאית. בין הצדדים נחתם הסכם העסקה שהיה בו גם תניית גדרון והוסכם כי - "הקבלן מצהיר כי התמורה המשולמת לו על ידי החברה גבוהה באופן ניכר מהתמורה שהייתה משולמת לעובד אילו הקבלן היה מועסק כעובד בחברה". כלומר, היא מצהירה שהיא יודעת שהיא מרוויחה יותר. "אם למרות האמור לעיל ייקבע על ידי ערכאה משפטית מוסמכת כי בין הצדדים מתקיימים יחסי עובד מעביד אז הצדדים מסכימים שהשכר שיגיע לקבלן כעובד יהיה 76% מסכום התמורה ששולמה לו על פי הסכם זה והזכויות הסוציאליות יחושבו על בסיס השכר כעובד". "בנוסף הצדדים מסכימים כי השכר כעובד יחול רטרואקטיבית מתחילת ההתקשרות בין הצדדים והקבלן ישיב לחברה את כל הכספים ששולמו לו ביתר קבלן עצמאי".

ביה"ד האזורי : קיבל את גרסת המערערת וקבע כי אכן התקיימו יחסי עובד מעסיק בין הצדדים. אבל הוא גם קבע שלא הייתה הרעה בתנאי העבודה ולכן היא התפטרה ואינה זכאית לפיצויי פיטורים. למרות זאת ביה"ד דן בשאלת השכר הקובע והצורך בהשבה בשל הזכויות הנוספות שהיא תבעה (הבראה, פדיון חופשה וכו'). לגבי השכר ביה"ד קובע שלמערערת שולם שכר יומי של 731 ₪ והוא גבוה בצורה

משמעותית משכר של עובדת אחרת שביצעה את אותה העבודה כעובדת ושכרה היה 336 ₪. ביה"ד חישב את העלויות של המעסיק בגובה של כ-35% מהשכר ברוטו והגיע לשכר יומי של 450 ₪. עדיין הסכום הזה נמוך בצורה משמעותית מהסכום שקיבלה המערערת ולכן ביה"ד קובע שתניית גדרון לא מהווה תנאי מקפת. לכן, **לגבי השאלה של קיזוז והשבה קבע ביה"ד שאין מקום להשבה אלא אם כן מוכחים**

שני דברים:

1. לקבלן שולמה תמורה מוגדלת ביחס לשכר שהוא היה מקבל כעובד.
2. כאשר הוסכם בין הצדדים על תניית גידרון.

שני הקריטריונים הנ"ל מתקיימים במקרה הזה ולכן פסק ביה"ד שיש מקום לקזז את הסכומים שמגיעים למערערת עבור דמי הבראה, פדיון חופשה שנתי והחזר הוצאות נסיעה מהסכומים שהיא קיבלה ביתר בתור קבלן. המערערת הגישה ערעור לביה"ד הארצי והוא דחה את הערעור אבל התייחס לשאלה של השבה וקיזוז.

ערעור לביה"ד הארצי:

דעת הרוב (חישובית) של השופט פליטמן הייתה כי קודם כל אין צידוק להתערב בקביעות של האזורי. בנוגע לזכאות של המעסיק להשבה של הכספים שהוא שילם ביתר השופט מתייחס לשתי הגישות (הגישה ההרתעתית והגישה החישובית). ביה"ד אומר כי במקרה הזה אין צידוק ליישם את הגישה ההרתעתית אלא החישוב צריך להיעשות על בסיס השכר המופחת (הגישה החישובית). ביה"ד קובע כי גובה ההשבה צריך להיקבע לפי ההפרש בין הסכום שהמערערת קיבלה כעצמאית לבין עלות השכר המופחת של עובד מקביל. כלומר, השכר ברוטו שקיבל עובד בתוספת עלויות שחלות על המעסיק כגון: קופ"ג, דמי הבראה, דמי חופשה והוצאות נסיעה. לפי החישוב שנעשה בביה"ד האזורי המערערת השתכרה בסכום גבוה באופן משמעותי משל עובדת שביצעה עבודה זהה לכן, פס"ד של ביה"ד האזורי מוצדק ויש מקום לערוך קיזוז.

דעת המיעוט (הרתעתית) של השופטת גליקסמן שנקודת המוצא לדיון היא שהמדיניות הראויה להגשמת תכלית דיני העבודה מחייבת שכל מועסק שהוא אכן עובד יסווג מלכתחילה כעובד ולא בדיעבד ויהנה בזמן אמת במהלך תקופת עבודתו מכל הזכויות המגיעות לו כעובד על פי החוק והפסיקה. השופטת מסבירה כי ישנם אינטרסים שונים שעשויים לתמרץ את המעסיק להתקשר עם עובד אבל להגדירו כעצמאי (עלויות נמוכות יותר, הקטנה של מס' העובדים שעשויים להתארגן בארגון עובדים, אי מתן ביטחון תעסוקתי, רצון להימנע מתחולה של הסכמים קיבוציים, ובמגזר הציבורי הצורך בתקן להעסקת העובד) לכן יש לקבוע כללים כך שכל מועסק שהוא לאמיתו של דבר עובד יוגדר ככזה מתחילת תקופת העסקתו – כלומר, יש לגזור כלל שירתיע מעסיקים מלהעסיק מי שבאמת עובד כעצמאי. עוד אומרת השופטת כי על המעסיק מוטלת האחריות לסיווג הנכון של מועסק כעובד ולכן היא חולקת על גישת הרוב שלפיה יש מקום ליישם את הגישה ההרתעתית רק במקרים ברורים שבהם המעסיק ידע במפורש כי מדובר בעובד. לדעתה, הגישה החישובית מסכלת את המטרה ויכולה להביא לשלילת זכויות מעובדים שמוגדרים כעצמאים וזאת מפני שאם מאפשרים למעסיק לערוך קיזוז בדיעבד אז יהיה למעסיק תמריץ להמשיך להעסיק מבצע עבודה כעצמאי מתוך הנחה שבשלב מסוים הוא יוכל לקבל חזרה חלק מהסכומים שהוא שילם לעצמאי ביתר בעקבות הקיזוז ולא ייגרם לו הפסד כלכלי בעקבות הסיווג השגוי. לכן, לטענתה יש לנקוט לפי הגישה שהשכר הקובע הוא השכר שאמור מבצע העבודה לקבל בתור עובד אבל העובד לא צריך להשיב דבר כדי שהוא לא יפסיד במהלך תקופת עבודתו זכויות של עובד.

גוטמן נ' שיכון ובינוי 5.9.2017 – הפעלת הגישה החישובית לאור חוסר תום הלב של המערער הפעיל ביה"ד

את עקרון ההשבה: המערער התקשר עם קבוצת החברות של המשיבה בין השנים 2000-85 ועסק במתן יעוץ בנושאי אמון, השקעות ומיסוי הקשורים לתחום הנדל"ן. בין הצדדים נחתמו מעת לעת הסכמים שונים ובהם הוא הוגדר כנותן שירותים עצמאיים. בשנת 2006 הוא הגיש תובענה להכיר בו כעובד במשך

כל השנים למרות שבמשך תקופה של שנה באמצע הוא היה בחל"ת. הוא ביקש לחייב את המשיבה בתשלום פיצויי פיטורין מוגדלים, תשלום חלף הודעה מוקדמת של 3 חודשים. התביעה שלו עמדה על כמעט 3.9 מליון ₪. **לטענת המשיבה לא התקיימו יחסי עובד מעסיק בין הצדדים ולמערער הוצע להיות מועסק כעובד ואילו הוא סרב להצעה הזו.** ביה"ד האזורי דחה את הטענה של המערער שלפיה לא הוצע לו להיות מועסק כעובד וקבע כי הבחירה במתכונת של קבלן עצמאי מקורה תחילה במערער עצמו ובהמשך כאשר הוצע לו להיות מועסק כעובד דחה המערער הצעות אלה. **ביה"ד האזורי קבע** שאכן בתקופת העבודה לאחר החל"ת המשיבה הפסיקה את עבודתו, הוא אכן היה מוגדר כ-"עובד" בתקופה הזאת וזכאי לתשלום בגין פיצויי פיטורין והודעה מוקדמת בת חודש ימים. **ביה"ד בחן את השכר הקובע לחישוב הזכויות של המערער וקבע שיש לחשב את הזכויות על פי שכר העבודה שבו הוא היה משתכר אילו מלכתחילה הוא היה מוגדר כעובד שכיר.** ביה"ד קבע שלכל היותר יש להשוות את השכר הקובע של המערער בטווח שבין 30,000 לבין 42,500 שזה השכר של סמנכ"ל הכספים. **ביה"ד גם קבע** שהתשלום שקיבל המערער היה בסך 100,000 ₪ היה יותר מכפליים מהשכר שהוא היה מקבל כעובד והמערער מעולם לא ביקש להיות מועסק כעובד והוא העדיף להיחשב לעצמאי ויש לראות בתביעתו משום חוסר תו"ל המצדיק להחיל את עיקרון ההשבה. כמו כן, אין לראות במערער כמי שנוזקק להגנה של משפט העבודה, לכן, **יש מקום להורות על קיזוז ומאחר והתמורה הקבלנית הייתה גבוהה בצורה משמעותית מהתמורה המשולמת לעובד שכיר,** הזכויות של המערער לפיצויי פיטורין ולהודעה מוקדמת מתקזזות מול הסכומים שעל המערער להשיב למשיבה.

המערער הגיש ערעור לביה"ד הארצי – ביה"ד קבע שאין מקום להתערב בקביעות העובדתיות של ביה"ד האזורי ומסתמך על **פס"ד ענת עמיר** ועל דעת הרוב שם וקובע שיש להחיל כאן את הגישה החישובית ואומר כי אין חולק כי המערער היה מודע להבדלים בין העסקה כשכיר והתקשרות כעצמאי ואי אפשר להתעלם מגובה התמורה שהוא קיבל שעולה על פי שניים מהשכר שמשולם לשכירים בדרגת סמנכ"ל ובנוסף מהראיות עולה כי המערער היה מודע למשמעות העסקתו כעצמאי, הוא העיד שהוא היה מודע למסמכים עליהם הוא חתם וכי לא כפו עליו דבר, ההלכה המכירה בקבלן עצמאי כעובד נועדה במקורה להגן על עובד מפני ניצול על ידי מעסיק ולשמור שזכויותיהם של עובדים מוחלשים לא ייפגעו. אולם זה לא המקרה דנן, המערער לא נמנה עם העובדים המוחלשים, חוסר תו"ל צריך להיבחן ביחס לשני הצדדים. **בפסיקה נקבע** כי אין כל חוסר תו"ל בעצם הגשת תביעתו של קבלן המבקש להיות מוכר כעובד שכיר. אבל, חוסר תו"ל בא לידי ביטוי כאשר עולה מהעובדות כי לתובע שהוכר בדיעבד כעובד הייתה שליטה בקביעת אופן העסקה והיא לא נכפתה עליו. לעניין גובה השכר יש לחשב את זכויותיו של המערער בגין סיום עבודתו לכל היותר על בסיס שכר ברוטו שקבע ביה"ד האזורי (42,500) ולהוסיף לסכום זה כ-30% שאלו עלויות השכר של המעסיק עבור זכויות סוציאליות לעובד ומכאן כי עדיין לאחר קיזוז הזכויות המערער קיבל מידי חודש סכום גבוה בהרבה. על כן, הוא לא זכאי לכל תשלום נוסף ובשל חוסר תו"ל של המערער הוא ישלם הוצאות למשיבה בסך של 50,000 ₪.

פרק 4 : תבניות העסקה שונות

דף הוראה מס' 4 – משתתף חופשי

משתתף חופשי

משתתף חופשי הוא בעצם מעמד ביניים בין עובד שכיר לעובד עצמאי. על משתתף חופשי נצטרך לדון קודם כל מהם המבחנים המגדירים אותו כמשתתף חופשי ולאחר מכן ובהנחה שהוא אכן משתתף חופשי אז מהן הזכויות המגיעות לו. בעבר היה מקובל לדבר על מבצע עבודה שהוא עובד או על מבצע עבודה שהוא קבלן עצמאי. על העובד חלה ההגנה של משפט המגן (חוקי המגן) ואילו על העצמאי ההגנה הזו לא חלה. בעקבות התפתחות שחלה בשוק העבודה עוצבה צורת התקשרות נוספת לביצוע עבודה והיא משתתף חופשי או "פריילנסר". זה בעצם מקרה ביניים בין עובד לבין עצמאי. המשתתף החופשי מבצע עבודה בקביעות ולאורך זמן עבור אותו מזמין עבודה ועם השנים נוצרת מחויבות ותלות כלכלית בין השניים ולכן ההבדלים בין המשתתף החופשי לבין העובד הצטמצמו. בעבר היה נפוץ מאוד העניין של משתתף חופשי בתקשורת ובאומנות אבל בשנים האחרונות זה קיים בכל מיני תחומים.

בנושא של משתתף חופשי מתעוררות שתי שאלות :

1. לפי איזה מבחנים נקבע האם מדובר במשתתף חופשי ?
2. בהנחה שקבענו שמדובר במשתתף חופשי מהן הזכויות שלהן הוא זכאי?

פס"ד הראשון שדן בסוגיה הזו הוא בג"צ 5168/93 מור נ' בית-הדין הארצי לעבודה – נקבע כי מדובר

במשתתף חופשי + 4 סממנים למשתתף חופשי: למור היה משרד לניהול חקירות, אנגל היה חוקר שהועסק במשרד של מור. ההסדר עם החוקרים היה כזה: מור היה מחלק את תיקי החקירה בין החוקרים השונים, חוקר היה רשאי לסרב לקבל תיק, החוקר היה עורך את החקירה לפי שיקול דעתו – הוא לא היה צריך להתייבב במשרדים במועדים מסוימים, לא היו מתערבים באופן החקירה שלו והוא היה מקבל עבור כל תיק 35% מהסכום שנגבה מהלקוח, החוקר היה מקבל הוצאות נסיעה ולינה. המעסיק שילם גם את ההוצאות עבור קבלת האינפורמציה וגם על הצילומים והסרטת הווידאו. החוקר היה רשום כעצמאי במס הכנסה, בביטוח לאומי ובמע"מ והוא נתן למעסיק חשבונית מס כנגד כל תשלום שהוא קיבל. הוא לא ביצע כל עבודה אחרת בנוסף לעבודה הזאת, הוא עבד במשך 8 שנים עד שהמעסיק הודיע לו שהוא לא מעביר לו יותר תיקים לחקירה. בעקבות זאת הגיש אנגל (החוקר) תביעה לביה"ד לעבודה לקבלת פיצויי פיטורין תמורת הודעה מוקדמת, פדיון חופשה, התראה וכד'. הטענה של משתתף חופשי הועלתה על ידי אדון מור כמובן ואז כל פס"ד התגלגל בסיפור של משתתף חופשי. חלק מהשופטים דנו בשאלה מה מגיע למשתתף חופשי וחלק דנו איך בכלל קובעים האם הוא משתתף חופשי. השאלה הייתה האם החוקר הוא עובד כאשר דעת הרוב קבעה שהוא באמת עובד (הש' ברק והש' גולדברג).

דעת הרוב:

הש' ברק: התייחס לשאלה של מה מגיע למשתתף חופשי אומר שהחוקר הוא עובד אבל הוא בכל זאת דן בשאלה מה יכול לקבל משתתף חופשי והוא מציע לנקוט בגישה חדשנית ולהתייחס למשתתף החופשי כאל מעין עובד או דמוי עובד וזה אומר שהוא לא יקבל את כל הזכויות של העובד, למשל הוא לא חושב שמגיע לו פיצויי פיטורין, אבל הוא זכאי לקבל למשל פדיון חופשה וזכויות מסוימות לפי הסכמים קיבוציים.

הש' גולדברג: דן בשאלה כיצד יקבע בכלל בימ"ש האם מדובר במשתתף חופשי או האם מדובר בכינוי מלאכותי ובעצם בפועל מתקיימים יחסי עובד מעסיק. הש' גולדברג מציע ליישם 4 סממנים בשביל לדעת האם הוא משתתף חופשי באמת.

הסממנים למשתתף חופשי ע"פ פס"ד מור נ' ביה"ד הארצי לעבודה :

1. **מבנה ארגוני כלכלי של העסק:** יש להבחין בין קיומו של גרעין של קבע של עובדים לבין מבצעי עבודה אחרים. **מחד,** רק מי שנמנה עם גרעין הקבע נהנה ממעמד של עובד. בעלים של עסק חייב שיהיה לו גרעין קבע של כוח עבודה לשם סדירות העסק אבל משתתפים חופשיים שתורמים או לא תורמים לפי רצונם לא יכולים מעצם טיבם לספק את הגרעין שמבטיח יציבות להמשך קיומו של העסק. **מאידך,** בעצם הוא אומר שמי שאינו נמצא במצבת הקבע של העסק הוא לא עובד וכנראה יהיה משתתף חופשי.
2. **סוג התפקיד:** הקביעה האם מדובר במשתתף חופשי או בעובד צריכה לתת ביטוי למטרה של משפט העבודה והיא הגנה על אלו שזקוקים לה. לכן, חלק מהמבחנים שהוטמעו בפסיקה לקביעת קיומם של יחסי עובד מעסיק משקפים מדיניות זו כמו למשל **בלעדיות של העסקה ותיעוד כלכלי במעסיק**. **מחד,** במידה ומדובר בעובד שלו תפקיד זוט ונחות שתלוי במעסיק יחשב לעובד. **לעומת זאת,** במקרה שבו מדובר בעובד שלא נמצא במעמד נחות כאשר הוא מנהל מ"מ על תנאי עבודתו, יחשב למשתתף חופשי. הרי שביה"ד נותן תוקף להתחייבויות בין הצדדים ומכבד את חופש החוזים ולא מתערב בתחרות החופשית בשוק.
3. **חובה לעמוד לרשות העסק בזמני כוננות:** **מחד,** אם אדם מסוים עובד במקום עבודה ומבקשים ממנו לבוא להחליף מישהו אז כנראה שהוא לא יסרב להבדיל ממשתתף חופשי. השופט אומר שהחובה הזאת חלה על העובד, **(מאידך),** לעומת זאת המשתתף החופשי נהנה מגמישות המאפשרת לו שלא לעבוד לרשות מזמין העבודה ולקבוע את היקף העסקתו בהתאם לרצונו. המשתתף החופשי פטור מהחובה להתאים עצמו לצורכי השעה של המעסיק ולפעול בזמני כוננות. הגמישות שמאפיינת את המשתתף החופשי מתבטאת בחופש הניתן לו לקבוע את עצם העסקתו והיקף העסקתו בהתאם לרצונו.
4. **משך הקשר, רציפותו והתמשכותו – התמשכות תקופת הקשר שלעצמה לא יכולה להצביע על קיומם של יחסי עובד מעסיק.** אבל, לעיתים יש להתמשכות של הקשר תוצאה ממשית – ככל שמתמשכת התקופה כך מתחזקת התלות האישית והמחויבות של המועסק. לכן, **מחד,** ייתכן שהעסקה שהתחילה בתבנית של משתתף חופשי עשויה לקבל מהות שונה במשך הזמן ולהיות מוכרת כהעסקה של עובד. **מאידך,** זמן קצר יכול שיעיד על משתתף חופשי.

סיכום פס"ד : על השאלה של איך קובעים מיהו משתתף חופשי דן השופט גולדברג ונתן 4 סממנים ועל השאלה של מה זכאי משתתף חופשי דן השופט ברק והגדיר אותו כמעין עובד ולא נתן זכות לפיצויי פיטורין אבל כן נתן לו משהו באמצע – **סופו של יום לא ראו אותו כעובד.**

פס"ד נוסף שדן בסוגיה הזו הוא ע"ע 300274/96 צדקא - מדינת ישראל-גלי צה"ל – דעת הרוב – קבעה כי מדובר בעובד. דעת המיעוט: קבעה כי מדובר במשתתף חופשי אותנטי ולכן יחולו עליו זכויות של משפט העבודה(מבחן התכלית): צדקא הוא עיתונאי ששימש במשך 8 שנים בנוסף לתפקידו ככתב של עיתון הארץ בבריטניה גם ככתב של גלי צה"ל. התפקיד של צדקא ככתב של עיתון הארץ היה העבודה העיקרית שלו בבריטניה ולכן גם העיתון זכה בעדיפות בקבלת כתבות, אבל מאחר שלגלי צה"ל לא הייתה אפשרות לממן כתב קבוע בבריטניה היא התקשרה עם צדקא שהוא בן כה ממומן על ידי עיתון הארץ על הדרך. צדקא מילא את התפקיד הזה משנת 1983 ובהסכם שנחתם בינו לבין גל"צ נקבע שהוא ישמש ככתב במעמד משתתף חופשי. צדקא לא התקבל לעבודה כעובד מן המניין והוא לא מילא בתחנה משרה לפי תקן. במסגרת עבודתו שלח צדקא לתחנה באופן סדיר כתבות לשידור, הוא היה רשאי למסור כתבות שלו לעיתונים או לתחנות רדיו בחו"ל אבל לא לתחנת רדיו מתחרה בארץ. לצורך הכנת הכתבות צדקא עשה שימוש בציוד שהוא שאל מגלי צה"ל, הוא לא היה כפוף לכללי המשמעת שלהם היו כפופים עובדי

התחנה. בין הצדדים לא נקבעה מכסה של כתבות שהוא חייב היה להכין אבל מידי חודש הוא הגיש בין 10-20 כתבות. צדקא לא קיבל החזר הוצאות או אש"ל מגל"צ בעבור דיווח על אירועים מחוץ לבריטניה אבל, עבור כתבה שהוא שיגר מבריטניה שולמו לו \$30 ועבור כתבה מחוץ לבריטניה שולמו לו \$60. גל"צ לא שילמה לצדקא עבור חופשה שנתית, שעות נוספות, היעדרות בשל מחלה או עבודה בחגים. את מועדי היציאה שלו לחופשה הוא קבע על דעת עצמו והוא רק נדרש להודיע על כך לגלי צה"ל אבל לא לשם קבלת רשות. בסוף ספטמבר 1990 (לאחר 7 שנים) הודיע צדקא לגל"צ שהוא עומד לביקור בברזיל למשך חודש וחצי אבל שהייתו בברזיל התארכה בשל תקלה שאינה בשליטתו ובמהלך ההיעדרות הוא לא שמר על קשר עם גל"צ (נעלם להם) למרות שבאותה תקופה היה אירוע חשוב בבריטניה (בחירות למפלגה השמרנית) והוא לא סיקר אותו וכתוצאה מכך כשהוא חזר מברזיל גל"צ הודיעה לו על הפסקת ההתקשרות איתו. צדקא הגיש תביעה לתשלום הפרשי שכר, הודעה מוקדמת ופיצויי פיטורין. השאלה שהתעוררה היא האם צדקא הוא עובד או משתתף חופשי? [הדעה שחשובה לנו היא דעת המיעוט של השופט אדלר] שהוא בעצם נותן פסיקה אמיצה לגבי הזכויות שמגיעות למשתתף חופשי.

הש' אדלר (דעת מיעוט): לדעתו יש לשנות את ההלכה שלפיה משתתף חופשי אינו זכאי להגנה של משפט העבודה משום שבמקרים רבים המשתתף החופשי הוא אינו עצמאי ובינו בין המעסיק קיימת תלות כלכלית ויש לו מאפיינים מסוימים של עובד. השופט אדלר אומר שההלכה שעל פיה אין להעניק זכויות למשתתף חופשי הובילה לתוצאות לא רצויות למשל, בענף התקשורת, התגלו כתופעות שליליות של ניצול עובדים ושל קביעת תנאי עבודה גרועים כך שעובדים לכל דבר ועניין הוגדרו כמשתתפים חופשיים. **השופט אומר כי תיקון העיוותים שגרמה ההלכה הזו צריך להיעשות באמצעות הענקת חלק מהזכויות של משפט העבודה למשתתף החופשי באמצעות מבחן התכלית (מטרה).** לכן, המסקנה היא, אומר השופט כי המשתתף החופשי זכאי לזכויות לפי מבחן התכלית. **השופט אדלר קובע** מהם המאפיינים של משתתף חופשי אמיתי והוא קורא לו **משתתף חופשי אותנטי**. השופט אומר כי אם אכן יקבע על ידי ביה"ד שמדובר במשתתף חופשי אותנטי אז הוא יהיה זכאי לזכויות של משפט העבודה (לא לכולם אלא על פי מבחן התכלית). הכוונה היא למקרים שבהם מדובר על מועסק שהוא גם משתתף וגם חופשי ולא ניתן לסווגו כעובד בשל הסממנים המצביעים על קשר בינו לבין מקבל העבודה כגון: תלות כלכלית, יחסים מתמשכים ומתן עבודה אישית.

הסממנים המאפיינים משתתף חופשי אותנטי לפי השופט אדלר:

1. הוא עובד בהיקף שהוא קובע לעצמו.
2. הוא מחליט האם לקבל את הצעת העבודה.
3. ביכולתו להקטין או להגדיל את הכנסתו על פי כמות העבודה שהוא מקבל ומבצע.
4. אין לו הכנסה קבועה מראש אלא הוא תלוי בהצעות שהוא מקבל.
5. הוא יכול להשפיע על היקף הוצאותיו בעת מתן השירות האישי.

כמו שאנחנו רואים כל פסיקה נותנת לנו סממנים נוספים או אחרים ואנחנו במבחנים בוחנים גם את

הסממנים של השופט אדלר וגם של השופט גולדברג (ראה לעיל).

השופט אדלר מגיע למסקנה כי צדקא הוא משתתף חופשי והוא לא הפך לחלק בלתי נפרד ממצבת העובדים בגל"צ, הוא לא היה כפוף לכללי המשמעת של העובדים, הוא הכין את הכתבות על פי שיקול דעתו, הוא היה חופשי להכין כתבות גם לתחנות רדיו זרות (לא הייתה בלעדיות) ולעיתון הארץ, הביקורים שלו בארץ לא מומנו על ידי גלי צה"ל ובעצם צדקא היה חופשי יותר מעובד רגיל ולעיתים חלפו גם שבועות בין כתבה לכתבה. **השופט מסביר כי גם בנוגע לתלות הכלכלית של צדקא התלות הזאת הייתה לתקופה מוגבלת כל עוד הוא שוהה באנגליה בכל מקרה וגל"צ לא הבטיחה להמשיך להעסיק אותו כשיחזור לארץ, אופן תשלום השכר שלו תאם מעמד של משתתף חופשי (לא הייתה לו משכורת סדורה), הוא בעצם ניהל עסק עצמאי זעיר שהיה בנוי על העבודה האישית שלו, הוא לא העסיק עובדים אחרים וניהול עסק זעיר הוא סממן של משתתף חופשי.** לכן, **צדקא יהיה זכאי לזכויות של משפט העבודה לפי מבחן התכלית.**

מה זכאי לקבל משתתף חופשי ?

השופט אדלר בפס"ד אומר ש**משתתף חופשי זכאי לקבל את זכויותיו לפי מבחן התכלית**. לפי המבחן הזה **בודקים את התכלית**, כלומר, **את המטרה של כל חוק שהעובד תובע על פיו ואם התכלית של החוק מתאימה גם למשתתף חופשי אז המשתתף החופשי יהיה זכאי לקבל את מה שאותו חוק מעניק לעובד**. במקרה שלנו הוא **בודק 2 חוקים** : (בגלל שצדקא הגיש תביעה להפרשי שכר ולפיצוי פיטורין אז השופט אדלר בודק את התכלית של שני החוקים האלה)

1. **חוק הגנת השכר - תכלית של חוק הגנת השכר היא להבטיח תשלום שכר במועד ואם לא יינתן למעסיק קנס על מנת שלא יעשה זאת**. על מנת להגשים תכליות אלה העניק המחוקק לעובד הנפגע סעד בעל פן עונשי שהוא **פיצוי הלנת שכר**. מעסיק שלא משלם שכר במועד הקבוע בחוק הגנת השכר יחויב בתשלום פיצויי הלנת שכר לפי חוק הגנת השכר. **תכלית זו יפה גם כלפי משתתף חופשי וגם הוא כלול בקבלת השכר שלו במועד שכן זהו המקור היחיד לפרנסתו ולכן לצורך חוק הגנת השכר ייחשב צדקא לעובד**.

2. **חוק פיצויי פיטורין – לחוק אומר השופט תכליות שונות**. מטרה ראשונה היא **תחליף פנסיה לעובד הפורש והופך לגמלאי**. מטרה שנייה היא **הכנסה חלופית עד למציאת מקום עבודה אחר**. כלומר, **עובד שמפוטר מהעבודה וצריך לחפש מקום עבודה אחר יכול עד שהוא ימצא מקום עבודה אחר להתפרנס מפיצויי הפיטורין**. מטרה נוספת זה **הגדלת שכר**, כי בעצם פיצויי פיטורין הם בגובה של משכורת אחת עבור כל שנת עבודה. אז בעצם נוצר מצב תאורטי שבמשך כל שנה אני אהיה זכאי לקבל עוד 1:12 מהמשכורת שזה 8.3%. מטרה אחרונה היא שפיצויי הפיטורין יהיו גורם המקשר בין העובד לבין מקום העבודה זאת מאחר והרצון של עובד לקבל פיצויי פיטורין גורם לו פעמים רבות לא לעזוב את מקום עבודתו.

• **לגבי פיצויי פיטורין אצל משתתף חופשי – יש לשים לב אם קיים הבדל בין משכורתו של המשתתף החופשי לבין עובד אחר שמבצע עבודה דומה- אם המשתתף החופשי (לפי מבחן התכלית) מקבל יותר מ-8.3% ממשכורתו של העובד האחר – לא יזכה לפיצויי פיטורין (ראה מטה, תרגיל כיתה)!**

המשך דעת המיעוט של הש' אדלר לגבי משתתף חופשי

אומר השופט אדלר כי גם המשתתף החופשי זקוק להכנסה בעת פרישתו לגמלאות, גם הוא זקוק לסכום שיעודד אותו להישאר במקום העבודה. אבל, מצד שני אם המטרה היא הגדלת הכנסתו של מבצע העבודה (8.3% לחודש) הרי שאין לחייב מעסיק לשלם אותם כאשר סכום זה גולם במשכורתו של המשתתף החופשי האוטנטי. לכן, **אם משתתף חופשי אוטנטי מקבל באופן שוטף את מלוא שכרו בגין עבודתו הרגילה בצירוף פיצוי על היותו משתתף חופשי אוטנטי בגובה שאינו פחות מ-8.3% (שזהו שיעור ההפרשה לצורך פיצויי פיטורין מידי חודש) אין לזכות אותו בפיצויי פיטורין**. לעומת זאת, ככל שהשכר השוטף תואם את השכר של עובד מן המניין והוא לא כולל פיצוי יש לחייב את המעסיק לשלם למשתתף החופשי האוטנטי פיצויי פיטורין ובתנאי שהוא עומד ביתר התנאים של החוק כגון: עבודה של שנה ומעלה, מעשה פיטורים, ובהתחשב בנסיבות המקרה. נטל ההוכחה כי שולמה למשתתף החופשי תמורה מיוחדת נוספת ואמיתית בגובה של 8.3% לפחות הוא על המעסיק. לגבי צדקא לא הוכח כי שולם לו שכר גבוה מהרגיל, הוסכם בין הצדדים כי הוא השתכר בסך של \$500 לחודש ולכן, יש לשלם לו פיצויי פיטורין עבור 8 שנים. **דעה זו הייתה בדעת מיעוט והיא חדשנית כי מעניקה למשתתף החופשי חלק מהזכויות**. עד אז לא העניקו למשתתף חופשי זכויות והייתה רק הערת אגב **בבג"ץ מור** שהשופט ברק הגדיר את המשתתף החופשי כדמוי עובד. **דעת הרוב הייתה שבין צדקא לבין גלי צה"ל מתקיימים יחסי עובד מעביד ע"פ מבחן ההשתלבות**.

סיכום פס"ד צדקא : הן לפי דעת המיעוט כי מדובר במשתתף חופשי אותנטי והן לפי דעת הרוב שמדובר בעובד התוצאה הייתה זהה ועל פי הניתוח המשפטי של כל אחד מהשופטים יש להעניק לצדקא פיצויי פיטורין. לגבי הפרשי שכר הדיון הוחזר לביה"ד האזורי לעבודה על מנת שיפסוק לגופו של עניין.

פס"ד נוסף לגבי משתתף חופשי מתחום התקשורת הוא ע"ע 300251/97 פלבן נ' רשות השידור –
בתקופה העסקה הראשונה משתתף חופשי, בתקופת העסקה השנייה בכלבוטק – עובד. המערער הוא במאי סרטים ובעל הרשאה לביים סרטים של עד 10 דקות. הוא הועסק על ידי רשות השידור כבמאי של סרטים קצרים, ככתב וכתחקירן. תקופת ההעסקה שלו הייתה מחולקת ל-2. בתקופה אחת המערער היה יוזם רעיונות לכתבות, פונה למפיקים ברשות השידור על מנת לעניין אותם ברעיון ולקבל את האישור שלהם לבימוי הכתבה ולפעמים גם הוצע לו לתת את שירותיו במסגרת כתבה שיזמו גורמים ברשות השידור. בתקופה השנייה הוא עבד עם צוות התוכנית כלבוטק וקיבל מטלות מהפקת התכנית. המערער לא התקבל כעובד מן המניין ברשות, הוא לא קיבל תלושי שכר או מכתב פיטורין כשהופסקה העסקתו. ביה"ד לעבודה מחלק את הפסיקה שלו לגבי שתי התקופות. ביה"ד קובע שבתקופה שהמערער עבד בתכנית כלבוטק הוא לא נחשב למשתתף חופשי אלא לעובד וזאת ממספר סיבות:

1. **אופן ביצוע המשימות וצורת התשלום עבור משימות אלה –** כאשר המערער הועסק במסגרת כלבוטק הוא קיבל מעין משכורת, התמורה ששולמה לו הייתה מקבילה במהותה למשכורת חודשית המשולמת לעובד ולא לתשלום שמועבר למשתתף חופשי.
 2. **בתקופה הזאת חל איסור מפורש על המערער להיות קשור עם מקום עבודה אחר.** הרשות סירבה לאפשר למערער לעבוד במקביל עבור גורם אחר בשל האופי הייחודי של תוכנית כלבוטק. בעובדה זו יש די כדי להצביע על כך שהמערער לא היה משתתף חופשי שאחד מהסממנים שלו הוא היותו חופשי בדפוסי העסקתו. בתקופה הזאת המערער היה עובד, היה פיקוח על עבודתו, המשימות הוטלו עליו באופן אישי והוא לא יכל היה לשלוח אחר במקומו והוא היה חלק ממפעל התוכנית ברשות השידור.
- בתקופה שהמערער היה יוזם רעיונות לכתבות** אומר בימ"ש כי המערער היה משתתף חופשי והיה רשאי לספק כתבות למספר גופים ולא הוטלה עליו כל הגבלה בנוגע לעיסוקו במקומות אחרים וגם רשות השידור לא הייתה מחוייבת לספק למערער תעסוקה קבועה.

ע"ש עו"ד יוני שמיל נ' עו"ד אבי אפטקמן – לא מדובר ביחסי עובד מעביד, כמו כן לא מדובר במשתתף חופשי (לאחר בדיקת המבחנים) – הנתבע מנהל משרד עו"ד, התובע העניק שירותים משפטיים כעו"ד במסגרת משרדו של הנתבע במשך שנתיים. התשלום לתובע נעשה כנגד חשבונית שאותה הפיק התובע עבור הנתבע. השאלה הייתה האם התקיימו בין הצדדים יחסי עובד מעסיק. ביה"ד פסק כי בין הצדדים לא התקיימו יחסי עובד מעסיק כי התובע העדיף התקשרות כעו"ד עצמאי, במקביל הוא ניהל תיקי לקוחות פרטיים, הוא לא עבד בימים ובשעות קבועים ולא היו יחסי מרות בין הצדדים מאחר ולנתבע לא הייתה כל שליטה על שעות הנוכחות של התובע במשרד. הנתבע נהג לקרוא את כתבי הטענות שהכין התובע אבל ביה"ד קובע שמה שהוא רוצה זה בעצם לפקח על הניסוח ועל טיב השירותים שמסופקים ללקוחות המשרד והנקודה הזאת לא עזרה לתובע להוכיח שמתקיים הפן החיובי של מבחן ההשתלבות. לגבי הפן השני של מבחן ההשתלבות ביה"ד קובע שלתובע לא הייתה תלות כלכלית בנתבע מאחר והוא היה בעל משרד עצמאי במהלך תקופת ההתקשרות עם הנתבע, הוא לא הוגבל במספר הלקוחות הפרטיים שהוא יכול לקחת ובשעות שהוא צריך להקדיש להם ולכן הוא לא עובד.

לטענת התובע ככל שיקבע שלא מתקיימים בין הצדדים יחסי עבודה הוא זכאי למקצת מזכויותיו כגון פיצויי פיטורין בהסתמך על ההלכה **בעניין צדקא נגד גלי צה"ל**. ביה"ד דוחה את הטענה הזו של התובע וקובע כי את מעמדו של תובע כמשתתף חופשי יש להוכיח בצורה מפורשת ויזומה ולא להותיר לביה"ד לעבודה "לעשות את העבודה". הוכח בפני ביה"ד כי התובע היה מודע היטב לאופן ההתקשרות עימו ואף העדיף להתקשר באופן זה כמו כן, משך העסקת התובע לא היה ממושך ובנסיבות המקרה לא מתקיימת תכלית כלשהי המצדיקה הכרה בתובע כמשתתף חופשי. **אין להכיר במעמד של משתתף חופשי בהיעדר הוכחה.**

הצעת חוק המשתתף החופשי תשע"ה 2015 –

המטרה המופיעה בס' 1 היא להקנות למשתתף החופשי זכויות מתחום דיני העבודה על מנת לאפשר לו להגיע למימוש עצמי תוך שמירה על זכויותיו על פי חוק יסוד חופש העיסוק ועל פי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. יש הגדרה של משתתף חופשי שהיא "מי שהוא בעל מקצוע או בעל ידע מיוחד שהתקשר עם מזמין לשם ביצוע עבודה אישית שלא על בסיס קבוע ושלפחות 75% מהכנסתו מיגיעה אישית לפי פקודת מס הכנסה באותה תקופת התקשרות מקורם בהתקשרות עם אותו מזמין". בהצעת החוק מפורטים בתוספת רשימה של חוקים שיחולו גם על משתתף חופשי ולעניין זה **דינו של המשתתף החופשי כדין עובד**. **לדוגמא**: חוק דמי מחלה, חוק הסכמים קיבוציים, חוק שכר מינימום, חוק שעות עבודה ומנוחה וחוק הגנת השכר. **לא מופיע חוק פיצויי פיטורין בתוספת, משמע, שלפי הצעת החוק משתתף חופשי לא יקבל פיצויי פיטורין(שלא כמו בפסיקה)**. מה שכן עוד יחול עליו הוא השתתפות והוצאות נסיעה, תשלום ביטוח פנסיוני ותשלום דמי הבראה לפי צווי הרחבה.

תרגיל כיתה בעניין משתתף חופשי

אירוע בדיני עבודה - משתתף חופשי

פאני עובדת בבית חולים "ביכילוב" בתור פיזיותרפיסטית. על פי תנאי עבודתה היא מבצעת עבודתה במתכונת של משתתף חופשי, עליה לבצע לפחות שישים טיפולי פיזיותרפיה בחודש, כאשר לטיפולים אלו תופנה פאני על ידי הרופאים במחלקת הניירולוגיה. פאני רשאית לסרב לבצע מעל לשישים טיפולים. לצורך עריכת הטיפולים תיעזר פאני בצידו שיעמיד לה בית החולים. התשלום שיינתן לפאני עבור כל טיפול יעמוד על סך של 100 ₪.

במשך 5 שנים ערכה פאני טיפולי פיזיותרפיה באופן פרטי, בנוסף לעבודתה בבית החולים. פאני היתה מרוצה מעבודתה אלו שאפשרו לה להיות גמישה בעבודה. כאשר פנו אליה מהנהלת בית החולים וביקשו ממנה לבצע טיפולים נוספים בשל עומס במחלקה או כדי להחליף פיזיותרפיסט שנעדר, היא סירבה מאחר ולא הרגישה מחויבת לעשות כן.

בבית החולים עבדו עובדים שונים: חלקם עובדים קבועים וחלקם משתתפים חופשיים. חברתה של פאני, ירדנה, העובדת אף היא כפיזיותרפיסטית בבית החולים, עובדת במתכונת שונה: עליה להתייצב מידי יום לעבודה בבית החולים במשך 8 שעות, היא מקבלת תלוש שכר בכל חודש בלי קשר למספר הטיפולים שהיא מבצעת, ושכרה החודשי עומד על סך של 5,000 ₪ לחודש.

פאני עבדה במתכונת זו במשך חמש שנים. פאני לא קיבלה תשלומים עבור ימי חופשה, ימי מחלה, ימי הבראה, שעות נוספות וכן לא הופרשו עבורה תשלומים לביטוח פנסיוני. כאשר רצתה פאני לצאת לחופשה, היא הודיעה על כך להנהלת בית החולים על מנת שיימצא לה מחליף. כעבור 5 שנים קיבלה פאני הודעה מהנהלת בית החולים על סיום הקשר עמה.

פאני מעוניינת להגיש תביעה לפיצויי פיטורים נגד בית החולים.

א. האם פאני היא משתתפת חופשית? ענו על שאלה זו בהסתמך אר ורק ע פסק דינו של השופט גולדברג בבג"צ מור נ' אנגל?

ב. הניחו כי פאני היא משתתפת חופשית וענו: האם פאני זכאית לפיצויי פיטורים לאור מבחן התכלית בו דן השופט אדלר בפס"ד צדקא נ' רשות השידור.

א. **האם פאני משתתפת חופשית?** נראה כי פאני אינה גרעין קבוע בביה"ח כי עבדו שם עובדים שונים: חלקם קבועים וחלקם משתתפים חופשיים. לעומת ירדנה שעובדת 8 שעות ביום שהיא כן גרעין הקבע. **הקריטריון השני** הוא **סוג התפקיד ולגבי בלעדיות העסקה** פאני אינה בלעדית שכן

היא עובדת באופן פרטי בנוסף להעסקתה בביה"ח. גם **התלות שלה במעסיק** לא מוחלטת כיוון שיש לה עבודה נוספת שהם הלקוחות הפרטיים. **הקריטריון השלישי** הוא **החובה לעמוד לצד העסק בזמני כוונות** ולגבי פאני כתוב במפורש כי כאשר פנו אליה בעומס היא סירבה מאחר ולא הרגישה מחויבת לעשות כן. **הקריטריון הרביעי** הוא **סדירות הקשר**, רציפותו ומידת התמשכותו – יכול להיות שמדובר בקשר של משתתף חופשי אבל בשל תקופה סדירה ורצופה ניתן לראות את העובד כעובד. במקרה של פאני **התשובה היא אינה חד משמעית** כי תקופה של 5 שנים היא אינה קצרה אבל לאור שאר הקריטריונים **יכול להיות שהנטייה תהיה להגדיר אותה כמשתתפת חופשית אבל אין תשובה חד משמעית.**

ב. במידה ופאני היא משתתפת חופשית האם היא זכאית לפיצויי פיטורין לאור מבחן התכלית בו

דן השופט אדלר בפס"ד צדקא : השאלה היא האם פאני בתור משתתפת חופשית השתכרה ב- 8.3% לפחות יותר מעובד רגיל שמבצע את אותה עבודה. במקרה הנדון נאמר לנו כי פאני משתכרת ב6,000 ₪ לעומת חברתה שמשתכרת 5,000 ₪ ואז ניתן להסיק כי הסכום שמקבלת פאני גבוה ביותר מ-8.3% ולכן **אין לשלם לפאני פיצויי פיטורין.**

פרק 5: מועסקים שלא מכוח חוזה עבודה רגיל

דף הוראה מס' 5 – העסקה באמצעות חברות כוח אדם חברות שירותים

במשק מוכרים היום 2 סוגים עיקריים של חברות שמבצעות **מיקור חוץ** (outsourcing) ז"א **המעסיק מוציא החוצה שירות מסויים** - **מיקור חוץ של פונקציות או שירותים**, כמו למשל: שירותי ניקיון או שירותי אבטחה או **מיקור חוץ של כוח אדם**, ז"א שהמעסיק שוכר עובדים מקבלן כוח אדם. מערכת יחסי עבודה משולשת היא כתוצאה ממיקור חוץ או של כוח אדם או של שירותים.

כשמדובר במיקור חוץ של כוח אדם, הרי שהקבלן מספק למעסיק (הנקרא "משתמש" או "מעסיק בפועל") כוח אדם ואותם עובדים מבצעים את העבודה בחצרים של המשתמש. למשל: חברת אוראס חברת כוח אדם, מספקת עובדים לבנק לאומי (= בנק לאומי הוא המעסיק בפועל או המשתמש), בחצרים של המשתמש (= בבנק לאומי).

כשמדובר במיקור חוץ של פונקציות או שירותים, חברת השירותים מספקת שירות ללקוח וללקוח לא משנה מי מהעובדים מבצע את העבודה, ז"א הוא רוצה שירותי ניקיון, זה לא אכפת לו איזה שירותי ניקיון שולחים לו.

ההבדל בין קבלן כוח אדם לבין קבלן שירותים:

חוק העסקת עובדים ע"י קבלני כוח אדם, התשנ"ו – 1996, רוב החוק מתייחס לקבלני כוח אדם. אבל, בשל העובדה שעובדים שהועסקו דרך קבלני כוח אדם ניתנו להם דמי עבודה פחות טובים מעובדים אחרים של המעסיק בפועל (למשל: אם בא עובד של כ"א לעומת עובדת קבועה בבנק, תנאי העובדת שהגיע דרך קבלן כ"א היו פחות טובים למרות שהם עושים את אותה עבודה). לכן, **נחקק חוק העסקת עובדים, במטרה להתגבר על הנושא של שחיקת הזכויות של עובדי קבלן כוח אדם. בשלב מאוחר יותר**, הוקמו חברות שירותים/ קבלני שירותים והמטרה הייתה **שלא יחולו עליהם ההוראות המגנות על תנאי העבודה של עובדי קבלן כוח אדם בטענה שהם לא עובדי קבלן כוח אדם אלא עובדי קבלן שירותים. החוק הכניס לתוכו גם קבלני שירותים** למרות שהוא לא מחיל עליהם את כל ההוראות שחלות על קבלן כוח אדם וההגדרה של **קבלן שירותים היא בס' 1 לחוק: "מי שעיסוקו במתן שירות באחד מתחומי העבודה המפורטים בתוספת השנייה באמצעות עובדי אצל זולתו"**. בתוספת השנייה נקבע שזה **רק עובדי שמירה ואבטחה** וכן **עובדי ניקיון**. כלומר, החוק רק מתייחס לקבלני שירותים בתחומים הללו.

ההבדלים בין חברת כוח אדם לבין קבלן שירותים:

1. חברת כוח אדם מספקת ללקוח **פתרונות נקודתיים** של כוח אדם. כלומר, של עובדים, ולעומת זאת חברת שירותים מספקת ללקוח **שירות מוגמר** שהלקוח בחר למקר החוצה (= דהיינו, להוציא החוצה). לדוג' שירותי ניקיון ושירותי שמירה ואבטחה.
2. בחוזה לאספקת כוח אדם, **נושא ההתקשרות** הוא כוח האדם עצמו. בחוזה לאספקת שירותים, **נושא ההתקשרות** הוא השירות הכולל. אבל, לפעמיים האבחנה הזאת היא לא חד משמעית. לדוג': קבלן שמספק שירותי כביסה לבתי חולים, הוא מבצע מיקור חוץ של פונקציות – דהיינו, קבלן שירותים (נותן שירות של כביסה, הוא אוסף את הכביסה מביה"ח מעביר אותה למתקני כביסה שיש לו ולאחר כביסה, ייבוש וכו' הוא מחזיר את המוצרים המכובסים לביה"ח). במקרה הזה, ברור שהקבלן הזה מספק שירות. השירות מתבצע דווקא בחצרים של הקבלן, ולא בתוך ביה"ח. לביה"ח אין פיקוח על העובדים שמבצעים את הכביסה, הוא גם לא יודע בכלל מי מתעסק בכך וגם לא אכפת לו, אלא הוא רוצה את המוצר המוגמר. **במקרה כזה ברור שהקבלן הוא המעסיק של העובדים שנותנים את השירות של כיבוס בגדים מביה"ח**. משום שלמעסיק אין שום קשר לאנשים האחרים.

בהקשר זה חוקק לאחרונה **חוק העסקת עובדים ע"י קבלני שירות בתחומי השמירה והניקיון בגופים ציבוריים, תשע"ג – 2013** - מתייחס רק לתחומים של שמירה או ניקיון שמבוצעים רק בגוף **ציבורי** (משרדי ממשלה, עיריות, חברות ציבוריות וכו' ולא למגזר הפרטי). החוק מדבר על בין שהעבודה מבוצעת בחצרי הגוף הציבורי ובין אם מחוצה להם. כאשר ההגדרה של קבלן שירות מבוססת על ההגדרה של חוק העסקת עובדים שדובר לעיל ע"י קבלני כוח אדם בתחומים של שמירה או ניקיון.

מה שעולה מהחוק הנ"ל : החוק קובע, שתנאי עבודה שנקבעו בהסכם בין מדינת ישראל לבין ההסתדרות מיום 4.12.12 יחולו על עובדים של קבלני שירות בתחומי השמירה והניקיון שעובדים בגופים ציבוריים.

מה הם תנאי עבודה? תנאי עבודה הם אלה בנושאים שמפורטים בתוספת, כלומר : שכר עבודה, מענק מצוינות, הפרשות לקופת גמל, קרן השתלמות, דמי הבראה, סבסוד ארוחות במזנון במקום העבודה, שי לחגים. **נדרש שיהיו אותם תנאי עבודה לעובדים של קבלן השירותים, כמו לעובדים הרגילים במקום העבודה.** במקרה שבו חלים על עובדי קבלן השירותים תנאי עבודה טובים יותר, כמובן שיחולו התנאים המיטיבים עמם. **הכלל הוא בד"כ שאם אמורים לחול על עובד כמה הסכמים ויש הוראות שהן סותרות, תמיד העובד יקבל מה שיותר טוב.** אז גם במקרה הזה, אם בכל זאת לעובד מגיע לפי החוזה שעשו לו, אז הוא יקבל את זה ולא את מה שכתוב בחוק.

מעין סיכום : אפשר לעשות מיקור חוץ או של עובד או של שירות. ברגע שמדובר בשירות לא אכפת למעסיק באיזה עובדים מדובר, העיקר שיינתן השירות ושתהיה תוצאה כמו שאני מצפה לה. לגבי קבלני שירותים יש חוק שמעניק להם זכויות כפי שפורטו ולפי מה שנקבע בהסכם שהמדינה חתמה ומתייחס רק למגזר הציבורי.

המבחנים לזיהוי המעביד כאשר העובד מועסק על ידי חברת כוח אדם

הקדמה : יש מקרים רבים שבהם המעסיק בפועל או המשתמש מעדיף להתקשר עם קבלן שירותים ולא עם קבלן כוח אדם כדי שהוא לא ייחשב בשלב מאוחר יותר כמעסיק של אותם עובדים, הוא לא מעוניין לפקח ישירות על אופן ביצוע העבודה או להיות מעוניין בגיוס העובדים או פיטוריהם ואם הוא יצליח להוכיח שהוא אכן עושה זאת (כלומר, לא מפקח ולא מעורב וכו') אז גם אם תוגש תביעה ע"י עובד שהגיע אליו דרך קבלן שירותים, למשל יש סיכוי גדול שהוא לא ייקבע כמעסיק. אבל, כפי שאנו נראה יש מקרים רבים שבכל זאת בתי הדין קובעים שהמעסיק בפועל הוא אכן המעסיק של העובד, כאשר קבלן (קבלן כוח אדם או שירותים) העסיק אותו בהעסקה פיקטיבית (= לא אמיתית).

המבחנים להבחנה בין עובד של חברת כוח אדם לבין עובד של המעסיק או המשתמש בפועל:

השוני בין העסקה של עובדים ע"י מעסיק רגיל לבין העסקה של עובדים ע"י קבלני כוח אדם מתבטא במס' מאפיינים:

i. מערכת היחסים : מערכת היחסים הרגילה היא בין עובד לבין מעסיק. **במערכת היחסים בין עובד**

של חברת כוח אדם משתתפים שלושה גורמים:

1. **המעסיק בפועל או המשתמש**, כלומר מי שבחצרים שלו מתבצעת העבודה והשם שלו הוחלף ממעסיק למשתמש או מעסיק בפועל (בדוג' שלנו בנק פועלים).

2. **העובד שמבצע את העבודה** בחצרים של המשתמש או המעסיק בפועל.

3. **קבלן כוח האדם** ששוכר את השירותים של העובד ומשמש חולייה מקשרת בין העובד לבין המעסיק בפועל שבחצרו מתבצעת העבודה.

ii. מערכת היחסים הקלאסית של עובד מעביד מתאפיינת בחוזה עבודה אחד בין העובד לבין

המעסיק. **במקרה של העסקה דרך קבלן כוח אדם אז מערכת היחסים מאופיינת בשני חוזים:**

האחד – בין הקבלן לבין המעסיק בפועל (חוזה עסקי) שבמסגרתו הקבלן מתחייב לספק למשתמש כוח עבודה ובתמורה הוא מקבל עמלה מסוימת מאותו משתמש או מעסיק בפועל.
השני, חוזה בין הקבלן לבין העובד (חוזה עבודה) שקובע את תנאי העבודה שלו.
iii. יחסי עובד – מעסיק שהחוזים שלו מוסדרים **בהסכם קיבוצי** מבטיחים לעובד העסקה רציפה במשרה מלאה. לעומת זאת, העסקה באמצעות קבלן כוח אדם מנתקת את הקשר הישיר בין העובד לבין המעסיק בפועל ומבוססת על דפוס עבודה גמיש שבד"כ לא משדר קביעות בתפקיד, העובד אף פעם לא בטוח עד כמה הוא יישאר באותו מקום עבודה.

השאלה שמתעוררת בצורת העסקה היא, מי המעסיק של עובד קבלן כוח אדם האם זה קבלן כוח אדם ששלח אותו לעבודה או המעסיק בפועל שהעבודה מתבצעת אצלו?
הכדאיות שבהעסקת עובדים בצורה של קבלן כוח אדם מותנית בתשובה לשאלה הזו, דהיינו לא יהיה לי כדאי להעסיק אותם בצורה אחרת שהיא לא בצורה של קבלן כוח אדם. לפי חוק העסקת עובדים קבלני כוח אדם נקי' המוצא של החוק היא שקבלן כוח האדם הוא המעסיק, אבל זה בתנאי שמדובר במיקור חוץ, אותנטי, דהיינו מיקור חוץ אמיתי.

איך קובעים שמיקור החוץ הוא אותנטי?

ע"ע 16612-10-11 קטילי פדוא נ' מדינת ישראל: הלכה: השי' אילן איטח אומר, כדי לבחון מי מבין השניים הוא המעסיק האמיתי של העובד יש להתבסס על מבחנים מהותיים שנקבעו בפסיקה:

1. האופן בו ראו הצדדים הלכה למעשה את היחסים ביניהם
2. מי קיבל את העובד לעבודה?
3. מי קבע את מכלול תנאי שכרו? מי נשא בעלות שכרו?
4. בידי מי הכוח לפטר את העובד ובפני מי היה עליו להתפטר?

בהקשר של תבנית העסקה באמצעות קבלן כוח אדם יש לשים דגש גם על משך תקופת העסקה ועל מה שקורה כאשר מתחלף קבלן כוח האדם.

כמו כן, נדרש לבדוק אם העסקה בדרך של קבלן היא לגיטימית ויש לבחון להתייחס להיבטים סובייקטיביים ואובייקטיביים:

במסגרת ההיבטים הסובייקטיביים יש לבחון את שאלת תום הלב של הצדדים: האם הם התכוונו להתחמק מהוראות חוק הסכמים קיבוציים, צווי הרחבה וכד' על העובד ובכך לקפח אותו כלכלית, או שמא עמדה ביסוד ההתקשרות מטרה לגיטימית אחרת.

במסגרת ההיבטים האובייקטיביים גם אם הצדדים לא התכוונו לקפח את העובד, יש לבחון אם העסקת העובד פוגעת בהשגת תכליות משפט העבודה והאם היא מגנה על העובד. כלומר, האם העובד מפסיד ייצוג אירגוני (כלומר, ארגון העובדים לא יכול לייצג אותו) כתוצאה ממיקור החוץ, האם נפגע כבודו של העובד ותחושת השייכות שלו והאם נפגעות האפשרויות שלו להתקדם מקצועית.

כעת עלינו להחליט, האם מדובר בהסכם פיקטיבי או שמא מדובר בהסכם לגיטימי?

ככל שלפנינו הסכם פיקטיבי, שמטרתו היא להתחמק ממחויבויות של המעסיק, הרי שיש להכיר ביחסי עובד – מעסיק בין המשתמש לבין עובדיו.

אם זה מיקור חוץ ← קבלן כוח האדם הוא המעסיק.

אם זה הסכם פיקטיבי ← המעסיק הוא המשתמש (לדוג' בנק הפועלים).

ע"ע ש' 9706-12-15 דורית נחמיה שירצקי נ' מרמנת אגון וניהול פרויקטים בע"מ – מיקור חוץ פיקטיבי

(לא אותנטי), נקבע שהחינוכית היא המעסיקה: התובעות הועסקו במשך 6 שנים כתחקירניות ועוזרות במאי בטלויזיה החינוכית והם קיבלו את שכרן ישירות מהנתבעת מרמנת. הן הגישו תביעה להכיר בהן

כעובדות מדינה והשאלה הייתה האם הן עובדות של הטלויזיה החינוכית או של חברת מרמנת (כלומר של הנתבעת)?

לטענת התובעות, **אופן העסקתן היה כדלקמן:** לאחר שהנתבעת זכתה במכרז הן הופנו אליה והיא שילמה להן שכר, מי שקיבל אותן לעבודה והפנה אותן לנתבעת, הייתה הטלויזיה החינוכית ולאורך כל תקופת העסקתן הן היו כפופות לעובדי החינוכית, הן מבחינה מקצועית והן מבחינה מנהלתית ולנתבעת לא הייתה כל מעורבות בעבודה שלהן, למעט הדיווח שהתובעות שלחו בסוף כל חודש בנוגע לשעות עבודתן.

הנתבעת(מרמנת) טענה שההתקשרות בינה לבין החינוכית הייתה בדרך של מיקור חוץ אותנטי לצורך ביצוע תחקירים בדרך של מתן שירותים. **טענה הנתבעת שהיא לא קבלו כוח אדם וחוק העסקת עובדים ע"י קבלני כוח אדם לא חל עליה אלא היא קבלו שירותים** (משום שזה לא שירותי אבטחה או ניקיון).

הש' אוסנת: יש להבדיל בין מיקור חוץ כוח אדם שבו הקבלן מספק כוח אדם שפועל בחצרים של המשתמש לבין מיקור חוץ של פונקציות שבו מוצאים בשלמותם תחומים מסויימים מהמסגרת האירגונית של מזמין השירות והקבלן מבצע את העבודה במפעל שלו, והוא אחראי לספק שירות מוגמר למי שהזמין אותו. השופטת מתבססת בפסק דינה על **פס"ד קטילי פדוא** ואומרת שהמסקנה לאור הראיות שהובאו **עולה שההתקשרות בין הנתבעת (מרמנת) לבין החינוכית לא מהווה מיקור חוץ אותנטי ויש לראות בחינוכית כמעסיקה של התובעות.** מהראיות עולה, שהיה קשר אישי בין התובעות לבין החינוכית, לא היה הליך משמעותי של איתור וגיוס התובעות מצד הנתבעת. הנתבעת בכלל לא עסקה בפועל בתחקירים, הדבר היחיד שהיא עסקה בו זה הליך הקבלה של התובעות לעבודה שהיה עליה להחתיים אותן על חוזה עבודה ומי שהחליט אם לקבל אותן לעבודה הייתה החינוכית. התובעות גם היו כפופות לפיקוח של החינוכית הן בנוגע לתכנים של ההפקה והן בנוגע לסידור העבודה וגם אם המכרז וההסכם מול הנתבעת התייחס לאספקת שירותים בפועל מבחינה מהותית הנתבעת בעצם העבירה לחינוכית כוח אדם. **למרות זאת, החינוכית בעצמה ניהלה את כוח האדם ופיקחה עליו ואין לראות בהעסקה של התובעות כמיקור חוץ של כוח אדם כי מדובר במיקור חוץ לא אותנטי(= לא אמיתי) כך שיש לראות במדינה כמעסיקה בלעדית של התובעות.**

עוד נקודה שעלתה בפסק הדין הייתה עובדה שהעובדות רצו שיכירו בהן כעובדות קבועות אבל ביה"ד קובע שישנם הליכים כדי לקבל קביעות בשירות המדינה ואי אפשר לקבל קביעות בלי לעבור את ההליכים האלה, כלומר, הן צריכות להתקבל לעבודה באמצעות מכרז, הן צריכות לעבוד לפי תקן והן גם לא קיבלו כתב מינוי כעובדות מדינה לכן הן יהיו עובדות מדינה אבל לא קבועות, הן יצטרכו לעבור את התהליך הזה כדי שיהיו קבועות.

מסקנה: ביה"ד קבע שהטלויזיה החינוכית היא המעסיקה של התובעות כי כל ההסכם שנערך עם הנתבעת (מרמנת) היה פקטיבי ולא היה כאן מיקור חוץ אמיתי אותנטי (=כי לא עשתה כלום חוץ מ"צינור תשלום").

ע"ע 604/09 מ"י ישראל, משרד החינוך נ' חנה אלוני ו – 18 אח' – מיקור חוץ לא אותנטי (פקטיבי), המדריכים יחשבו לעובדי המדינה:

תשעה עשר המערערים הועסקו במשך שנים רבות כמדריכי זהירות בדרכים לתלמידי ביה"ס היסודי. בשנים הראשונות ההדרכות הועברו בבתי הספר עצמם ומשלב מסויים הם הועברו למגרשי זהירות בדרכים ברחבי הארץ. הזהות של המעסיק של המדריכים האלה השתנתה בהתאם לזהות של מי שזכה במכרז שמשרד החינוך פירסם מידי פעם (ספק), הספקים האלה הם אלה ששילמו למדריכים בפועל את השכר ונתנו להם את תלושי השכר. **המדריכים של הזהירות בדרכים חתמו על חוזה העסקה מול כל אחד מהספקים שזכה במכרז והמדינה חתמה על חוזה עם הספקים ובמסגרתם סוכם שהספק אחראי כלפי העובדים על פי דיני העבודה ודיני הנזיקין. הבחירה של המדריכים נעשתה בפיקוח משרד החינוך וההחלטה אם לסיים עבודה של מדריך או להחליף מדריך התקבלה בפועל על ידי משרד החינוך. משרד החינוך גם פיקח על התכנים שנלמדו, דהיינו פיקוח פדגוגי, והוא פיקח גם על העבודה של המדריכים**

מבחינה אירגונית. כלומר, המדריכים דיווחו על השעות שבהם הם עבדו למשרד החינוך ורק לאחר שהמשרד אישר את הדיווחים הספק שילם לאותו מדריך. בשלב מסויים המדריכים הגישו בקשה לצו מניעה שיורה למדינה להמשיך להעסיק אותם ויאסור על הספק לפטר אותם, הבקשה הוגשה כי המדריכים התבקשו לחתום על הסכם עבודה חדש שגרם להפחתה של 25% מהשכר שלהם. המדריכים ביקשו שיקבע שהם יהיו עובדי מדינה החל ממועד תחילת העסקה שלהם וטענו שיש להכיר בהם כעובדים קבועים של משרד החינוך. **בביה"ד האזורי נקבע** כי קיימים סממנים שמצביעים על כך שהעסקת המדריכים באמצעות הספקים לא הייתה העסקה אמיתית ובוטלה של דבר נקבע כי מתקיימים יחסי עובד – מעביד בינם לבין המדינה. אבל ביה"ד דחה את הבקשה שלהם להיחשב לעובדים קבועים מאחר והם לא התקבלו לעבודה באמצעות מכרז, לא היה להם תקן והם לא עברו את התהליכים הפורמליים של קבלת עובד בשירות המדינה. הוגש ערעור הן ע"י המדינה (משרד החינוך) שטען שמדובר במיקור חוץ אותנטי (אמיתי). כלומר, שהוציאו החוצה את כל שירות ההדרכה. המדריכים גם הם הגישו ערעור וטענו שצריך להכיר בהם כעובדי מדינה מהיום שבו הם התחילו לעבוד.

ביה"ד הארצי לעבודה הש' סיגל דוידוב אומרת שזהות המעסיק תקבע על סמך בדיקה מהותית של הנסיבות תוך היעזרות במבחנים שהפסיקה קבעה כגון: מי אשר קיבל את העובד לעבודה, מי קבע את תנאי עבודתו לרבות השכר, בידי מי הכוח לפטר אותו, האם בעקבות מיקור החוץ (מעבירים אותם להיות עובדים של הספק) יש הדרה (הרחקה) של העובד מתחולת הסכמים קיבוציים, האם נפגע כבודו של העובד בעקבות הפגיעה בתחושת השייכות שלו, האם נפגע הקידום המקצועי של העובד וכו'. בנוסף, הש' אומרת שיש ליישם את המבחנים הללו כאשר לוקחים בחשבון את השאלה האם העסקת העובד הייתה נגועה בפיקציה – אם יקבע שאכן מדובר בהסדר פיקטיבי שמטרתו להתחמק מהמחויבויות של המעסיק, אז יש להכיר ביחסי עובד מעביד בין המשתמש לבין העובדים. הש' קובעת שבנסיבות של המקרה מקובלת עליה הקביעה של ביה"ד האזורי שלפיה המדינה לא ביצעה מיקור חוץ אותנטי (אמיתי) אלא היא שימשה מבחינה מהותית מעסיקה של המדריכים במשותף עם הספקים המתחלפים שנבחרו על ידה. היא מבססת את זה על כך שמשרד החינוך הוא זה שהחליט על הצורך של תכנית לימודים בתחום של זהירות בדרכים, והוא אשר קבע את התכנים של התוכנית, הוא גייס את המדריכים לעבודה, פיקח על העבודה שלהם, קבע את השכר ותנאי העסקה שלהם והוא זה שבחר באמצעות מכרז שהוא פירסם את זהות הספקים ששימשו כמעסיקים פורמליים בלבד.

מתי מיקור חוץ הוא אמיתי (כלומר אותנטי)?

כאשר המשתמש (משרד החינוך) מעביר את האחריות לביצוע תפקידים מסויימים לקבלן משנה שעובד בעצמו או מעסיק עובדים ואמור לספק למשתמש שירות מוגמר בהתאם להנחיותיו. במקרה הזה הם לא נתנו שירות מוגמר. (משרד החינוך קבע הכל ורק את העניין של השכר שילם אותו ספק). הש' מיישמת את המבחנים שהיא הזכירה מקודם והיא אומרת שבחירת המדריכים נעשתה ע"י משרד החינוך, הייתה למשרד החינוך את הסמכות לפטר. משרד החינוך קבע את השכר ואת תנאי העבודה והעסקת המדריכים בדרך הזו נמשכה במשך שנים רבות (מעל 20 שנה) ללא שינוי במקום העבודה ובסוג העבודה. השינוי היחיד היה בזהות של הספק שהיה המעסיק הפורמלי בלבד. נק' נוספת שגרמה לשופטת להכריע בצורה שכזו - הספקים המתחלפים בכלל לא הציעו למדריכים עבודה אחרת לאחר סיום ההתקשרות בינם לבין המדינה עפ"י המכרז ולא יצרו איתם קשר אישי כלשהו. לכן, המסקנה היא שמשרד החינוך הוא המעסיק של המדריכים.

השאלה שנתרה לדון היא מהו המועד הרלבנטי לקביעת יחסי עובד – מעביד בין המדריכים לבין המדינה? (דהיינו, ממתי נקבע שהם עובדי מדינה). הש' מסתמכת על **פס"ד בעניין קדם** ששם נקבע כי המועד ייקבע לפי השאלה מתי היה שינוי מהותי שחל במתכונת העסקה של אותם עובדים במשך השנים ושהשינוי הזה בעצם גרם לשינוי מעמדם מעובדי חברות כוח אדם לעובדי מדינה. הקביעה הזו יכולה להיות לא מדויקת וחד משמעית. הש' אומרת כי במקרה שלנו היה מדובר בתהליך הדרגתי ולא חד משמעי. ביה"ד האזורי קבע שהמדריכים יחשבו לעובדי מדינה מהמועד של הפנייה הראשונה שלהם

לביה"ד לעבודה. (שזה בשבילם מאוד מאוחר, חלקם עובד למעלה מ-20 שנה). הש' קובעת בהתבסס על פס"ד בעניין קדם כי המועד הזה לא רלבנטי והיא קובעת שהמועד הרלבנטי הוא המועד שהועברו המדריכים הוותיקים לספק הראשון שנבחר באמצעות מכרז בשנת 1995 (הרבה שנים אחורה). לכן, הערעור של המדינה נדחה, כלומר המדריכים הם באמת עובדים של המדינה אבל הם לא עובדים קבועים כי הם לא עברו את כל ההליכים הנדרשים לכך אבל מספטמבר '95 הם ייחשבו לעובדי מדינה.

חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם תשנ"ו 1996 –

חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם תשנ"ו 1996 - ס' 1 לחוק מגדיר קבלן כוח אדם וגם קבלן שירות (=לעניין ניקיון ואבטחה). הפרק השני בחוק מתייחס לרישוי, קבלן כוח אדם נדרש לקבל לשם כך רישיון. בזמנו של החוק כל מיני גורמים מפוקפקים ראו כי אכן כדאי להיות קבלן כוח אדם. היו מס' מקרים של קבלני כוח אדם שברחו מהארץ. החוק מסדיר את הנושא של קבלני כוח אדם וכך שלא כל אחד יכול לפתוח עסק ולהיפך לקבלן, מי שרוצה חייב לקבל רישיון משר הרווחה. הקריטריונים קבועים בס' 3

לחוק:

1. רישיון של 3 שנים.
2. ערבות בנקאית.
3. 5-6 שנים שקדמו לבקשת הרישיון מבקש הרישיון לא הורשע בעבירה שיש עמה קלון.

הרישיון דרוש הן לקבלן כוח אדם והן לקבלן שירות.

ס' 11 לחוק – קובע שחווה העבודה של עובד שמועסק ע"י קבלן כוח אדם צריך להיות בכתב, ועל הקבלן צריך לתת העתק לעובד מהחווה על העסקתו. אי קיום התנאי של הכתב מהווה עבירה פלילית שקנס בצידה. הדרישה של הכתב מתבטלת אם תנאי העבודה של הקבלן מוסדרים בהסכם קיבוצי.

ס' 13 - השוות תנאי עבודה (עובד קבלן לעומת עובד במקום העבודה):

החיסרון הבולט ביותר של השימוש בתבנית של העסקת עובדים ע"י כוח אדם בא לידי ביטוי בכך שבאותו מקום עבודה מועסקים בו זמנית שני סוגים של עובדים. העובדים של המעסיק בפועל (לדוג' של משרד החינוך) שנהנים מתנאי עבודה משופרים והעובדים שהגיעו מקבלן כוח אדם שלא מועסקים העסקה ישירה אלא דרך קבלן שתנאי העבודה שלהם פחות טובים. המחוקק רצה להתגבר על הבעיה הזו בין סוגי העובדים ולכן תיקן את ס' 13 לחוק.

ס' 13(א): "תנאי העבודה ובמקום שיש בו הסכם קיבוצי – הוראות ההסכם הקיבוצי החלים על מקום העבודה שבו עובדים גם קבלן כוח אדם יחולו לפי העניין על העובדים של קבלן כוח אדם המועסקים באותו מקום עבודה בהתאמה בין היתר לסוג העבודה ולוותק העבודה אצל המעסיק בפועל". הסי' הזה חל רק על עובדי קבלן כוח אדם ולא על עובדי קבלן שירותים ולכן בעקבות התיקון של החוק הזה המעסיקים החלו להתקשר עם קבלני שירותים אפילו בצורה פיקטיבית, העיקר שהם לא יצטרכו לשלם את אותו שכר לעובד שהגיע דרך קבלן השירותים.

ס' 13(ב) מתייחס למקרה שבו חלים על העובד של קבלן כוח האדם יותר מהסכם קיבוצי אחד ואז הולכים לפי ההוראה שהיא לטובת העובד. הכוונה היא גם למקרה שבו על העובדים של המעסיק בפועל חלים שני הסכמים קיבוציים (לדוג' בנק לאומי) גם במקרה הזה לגבי עובדי קבלן כדי להשוות את תנאי העבודה שלהם. השאלה באיזה משני ההסכמים נבחר? בוחרים את ההוראות בהסכם שהם לטובת עובד קבלן. כלומר עובד קבלן כוח אדם ינהה בכל עניין מהזכות הטובה יותר המוסדרת בכל אחד משני ההסכמים הקיבוציים. יש לזכור כי משווים הוראה מול הוראה באותו נושא. ז"א אם במצב של הסכם חופשה הסכם א' נותן יותר ימי חופשה, אז הסכם א' יחול על עובד הקבלן בנוגע לחופשה. לעומת זאת, אם הסכם ב' מעניק לעובד יותר ימי הבראה, הוא יקבל את מס' ימי הבראה שקבועים בהסכם ב'.

ס'12א – תיקון משנת 2000 שעל פיו עובד של קבלן חברת כוח אדם, יכול להיות מועסק אצל המשתמש/המעסיק בפועל במשך תקופה של 9 חודשים בלבד ובמקרים חריגים תקופה של 15 חודשים. לאחר 9 חודשים אותו עובד הופך להיות עובד של אותו משתמש או מעסיק בפועל. כלומר, אם שלחו אותי לחברת ראואס (חברת קבלן כוח אדם) לעבוד במחלקת גבייה בעיריית ת"א, לאחר 9 חודשים העירייה אמורה לקלוט אותי כעובדת עירייה (אם לא אז צריך לפטר אותי).

לעניין תנאי העבודה של עובד הקבלן + הוותק שנצבר :

תנאי העבודה של העובד קבלן זהים לתנאי העבודה של עובד קבוע של המעסיק בפועל כבר מהיום הראשון בהתאם לס' 13. אבל, במשך 9 חודשים הוא עדיין נחשב לעובד של הקבלן. לאחר מכן, הוא הופך להיות עובד של המעסיק בפועל. עכשיו ברגע שהעובד קבלן הפך להיות עובד של המעסיק בפועל (לאחר ה-9 חודשים הללו) מצרפים את הוותק של העובד בתקופת העסקתו ע"י קבלן כוח האדם אצל אותו מעסיק בפועל לוותק החדש שלו. (9 מצטרפים לוותק שלו באותו מקום).

חשוב: מהיום הראשון שהגעתי אמורים להיות אותם תנאי עבודה לעובד של הקבלן ולעובד הקבוע. אם עברו 9 חודשים ואני נשארת, המקום עבודה חייב לקלוט אותי כעובדת קבועה. (לדוג' עיריית ת"א קולטת אותי אליה, והוותק שלי הוא בנוסף לוותק שלי כעובדת קבלן כוח אדם).

ע"ע 131/07 בש"א גלעד גולדברג ואח' (קבוצת העובדים) נ' אורטל שירות כ"א (חברת קבלן) והתעשייה

האווירית (מעסיק בפועל) - יישום סעיפים 12 ו-13 לחוק העסקת עובדים ע"י קבלני כוח אדם, נקבע כי לאחר 9 חודשים מדובר בעובד ולא בעובד של קבלן ויש להשוות את תנאיו לעובד בתעשייה האווירית, לא היה הסכם קיבוצי: המערערים הם מאבטחים שהיו מועסקים ע"י אורטל שירותי כוח אדם שהיא קבלן כוח אדם במפעל של התעשייה האווירית. הם תבעו להשוות את תנאי עבודתם לתנאי העבודה של התעשייה האווירית מכוח ס'13(א) לחוק העסקת עובדים ע"י קבלני כוח אדם.

לא הייתה מחלוקת שמדובר בהעסקה באמצעות כוח אדם. כמו כן המאבטחים מכירים בכך שאורטל שירותי כוח אדם היא המעסיקה היחידה שלהם. המערערים הועסקו לתקופות של בין 3 – 8 שנים בתפקידי אבטחה במפעל של התעשייה האווירית ביהוד, הם היו צריכים לבצע סינון של מי שנכנס בשער המפעל, לבדוק רכבים וכו'. הם לבשו בגדים שנשארו תג של התעשייה האווירית, הם היו כפופים לקציני הביטחון בתעשייה האווירית. אבל, אורטל היא זו שהגדירה את תנאי העסקה שלהם, שילמה להם את שכרם ופיקחה על הזכאות שלהם לחופשות. היא גם הייתה מוסמכת לפטר אותם או להעביר אותם למקום עבודה אחר. ביה"ד האזורי דחה את התביעה של המערערים להכיר בתעשייה האווירית כמעבידתם ולהשוות את תנאי העבודה שלהם לאלו של עובדי התעשייה האווירית וזאת בהסתמך על קיומו של הסכם קיבוצי בענף שירות משאבי אנוש שחל על הצדדים. המערערים טוענים שההסכם הקיבוצי בענף של משאבי אנוש לא חל עליהם כי הוא חל רק על עובדים זמניים והם עבדו תקופות ארוכות.

ס' 13(ג) קובע שלא תערך השווה תנאים לגבי עובד שתנאי עבודתו אצל קבלן כוח אדם מוסדרים בהסכם קיבוצי כללי שהורחב בצו הרחבה. נקי' המוצא שאם יש הסכם קיבוצי כללי שהורחב בצו הרחבה והוא חל על עובדי קבלן של חברת כוח האדם, הרי שזה הסכם שנותן תנאי עבודה מספיק טובים ולא צריך לערוך השווה תנאים לתנאים של עובדי המעסיק. לכן, המאבטחים טוענים כי מאחר ואין הסכם קיבוצי שחל עליהם יש להשוות את התנאים שלהם לעובדים של התעשייה האווירית מכוח ס' 13(א) לחוק העסקת עובדים. הש' אדלר נשיא ביה"ד הארצי לעבודה, בפברואר 2004 נחתם הסכם קיבוצי שהורחב בצו הרחבה ושאמור היה לענות על ס' 13(ג) לחוק העסקת עובדים ולפטור קבלני כוח אדם מהחובה להשוות את תנאי העבודה של עובדיהם לתנאי העבודה של המעסיק בפועל. יודגש כי מאחר וס' 12 לחוק העסקת עובדים נכנס לתוקף לאחר הגשת תביעה זו, הוא לא מנע מחב' אורטל להעסיק את המאבטחים בתעשייה האווירית מעבר לתקופה של 9 חודשים.

אבל, השאלה היא מהם תנאי העבודה שלהם זכאים המאבטחים בתקופת העבודה? בפברואר 2004 נחתם הסכם קיבוצי בענף שירות משאבי אנוש שנועד להסדיר את הזכויות של עובדים המועסקים באמצעות קבלני כוח אדם. **ההסכם הזה גם הורחב בצו הרחבה על כל המעסיקים העוסקים באספקת שירותי כוח אדם בסקטור העסקי בלבד ועובדיהם ולמעט מעסיק בשירות הציבורי כפי שהוגדר בצו.** המאבטחים טענו כי ההסכם הקיבוצי הזה לא חל עליהם וזאת מאחר שהתעשייה האווירית היא חברה בשירות הציבורי ולא בסקטור העסקי.

הש' קובע כי התעשייה האווירית שייכת למגזר הציבורי בהיותה חברה ממשלתית אבל לפי לשון ההסכם **המסקנה היא שהעסקת המאבטחים ע"י חב' אורטל הייתה בסקטור העסקי** כמשמעו בהסכם הקיבוצי בענף משאבי אנוש. ביה"ד דחה את הטענה של המאבטחים שההסכם לא חל בשל העובדה שהתעשייה האווירית היא מעסיק בסקטור הפרטי. לטענת המאבטחים ההסכם הקיבוצי חל על עובדים זמניים, והמאבטחים עבדו תקופה ארוכה. ס' 5' להסכם הקיבוצי קובע רשימה ברורה של תפקידים זמניים ותפקידי האבטחה לא כלולים ברשימה זו לכן, הטענה של המאבטחים מתקבלת. כלומר, ההסכם הקיבוצי בענף שירות משאבי אנוש לא חל על המאבטחים. **ס' 13 (א) לחוק העסקת עובדים חל, ולכן על חב' אורטל חב' קבלן כוח אדם להשוות את תנאי עבודתם לאלו של עובדי התעשייה האווירית.** לטענת

אורטל, אין בתעשייה האווירית עובדים העושים את אותה העבודה כמו המאבטחים ולכן אין עובדים שאליהם ניתן להשוות את תנאי העבודה של המאבטחים. המאבטחים טוענים כנגד זאת כי יש להשוות את תנאי עבודתם לאלו של קציני הביטחון בתעשייה האווירית. על מנת להכריע במחלוקת הזאת הוחלט להחזיר לדיון לביה"ד האזורי. ביה"ד האזורי שאליו הוחזר הדיון קבע כי במועדים הרלבנטיים לתביעה לא הועסקו מאבטחים כלשהם לעובדי התעשייה האווירית אלא רק באמצעות קבלני כוח אדם. הוא דחה את דרישת המאבטחים להשוות את תנאי עבודתם לאלו של קציני הביטחון מאחר ולא מדובר בקבוצת השוואה רלבנטית. על ההחלטה הזו הוגש ערעור.

על ההחלטה הזו הוגש ערעור -

ע"ע 10-10-14274 גלעד גולדברג ואח' נ' אורטל שירותי כ"א והתעשייה האווירית - השופטת סיגל דווידוב אומרת שהמחלוקת העיקרית היא לגבי קבוצת ההשוואה, כלומר מי הם העובדים של המעסיק בפועל שאליהם יש להשוות את תנאי העבודה של המערערים כלומר של עובדי קבלן כח האדם "אורטל שירותי כח אדם". **העקרונות הבאים יחולו:**

1. בשלב הראשון יש לבחון את כל ההיבטים הנוגעים לדרך קביעת השכר ותנאי העבודה אצל המעסיק בפועל, האם קיימים תנאי עבודה כלליים שמעניקים לכל העובדים בלי קשר לתפקידם וכדומה. לפי התנאים הללו יש לקבוע מהם תנאי העבודה שהיו אמורים להיות מוענקים לעובדי הקבלן אם הם היו נקלטים כעובדים של המעסיק בפועל אם היו נקלטים בזמן. כלומר, אילו הוראות של הסכמים קיבוציים היו חלות עליהם, אילו תנאי עבודה כלליים היו מוענקים להם וכדומה.
2. בשלב השני לפי ס' 13 (א) לחוק העסקת עובדים, אין כל דרישה כי עובדי המעסיק בפועל שאליהם תבוצע ההשוואה יבצעו עבודה זהה לזו של עובדי הקבלן. המחוקק קבע שיש להשוות בהתאם ל"סוג העבודה" ובהתאם ל"יותק בעבודה" והוא לא דרש השוואה לעבודה זהה, לכן, גם אם המעסיק בפועל לא מעסיק באופן ישיר עובדים באותו תפקיד אין בכך כדי למנוע דיון בשאלה אילו תנאי עבודה היו מוענקים לעובדי קבלן כוח אדם בהשוואה לעובדי המעסיק בפועל.
3. שלב שלישי, לשם ההשוואה על ביה"ד לאתר סקטור דומה ככל הניתן מבחינת סוג העבודה ויש לבדוק כל מקרה בהתאם לנסיבות. יש להתחשב באופי התפקיד, ההשכלה הנדרשת, מידת האחריות, רמת המאמץ והתנאים הסביבתיים. גם אם ביה"ד לא מאתר סקטור דומה אצל עובדי המעסיק בפועל, עליו לאתר את הסקטור הקרוב ביותר ולבצע את ההתאמות הנדרשות.

4. שלב רביעי, לצורך הגשמת התכלית של ס' 13(א) לחוק, **השוואת התנאים אמורה להתבצע מול עובדי המעסיק בפועל המועסקים באותה תקופת זמן כמו עובדי קבלן כוח האדם**. לכן, אי אפשר להשוות לעובדים שהועסקו בתקופות אחרות.
5. שלב חמישי, כאשר **המעסיק בפועל כולל מספר סניפים או מפעלים יש לקבוע מהו מקום העבודה הרלבנטי בהתאם לנסיבות העניין ולבחון האם תנאי העבודה שונים בכל מפעל בנפרד**.

עוד אומרת השופטת כי בעת יישמו של ס' 13(א) לחוק יש לזכור כי כל המידע הרלבנטי בהתייחס לתנאי העבודה מצוי אצל המעסיק בפועל ולא אצל העובד. לכן, גם אם העובד הוא זה שיזם את התהליך המשפטי, החבות החוקית לבצע את ההשוואה מוטלת על קבלן כוח האדם ועליו היה הצורך לאתר נתונים ולבצע את החישובים הנדרשים לצורך ההשוואה. במקרה הנדון העובדה שבתקופה הרלבנטית לא היו מאבטחים כלשהם כעובדי התעשייה האווירית **לא שוללת לכשעצמה את הזכאות של המאבטחים המערערים להשוואת תנאים** (ההפך מהקביעה של האזורי). המשיבות ביקשו לבצע השוואת תנאים מול המאבטחים המועסקים על ידי התעשייה האווירית כיום, הטענה הזו נדחתה לאור העיקרון הרביעי הרשום לעיל שעל פיו יש לבצע השוואת תנאים לעובדים שעבדו באותו זמן כמו המאבטחים. **יחד עם זאת**, ייתכן ויש רלבנטיות לתנאי העסקה הנוכחיים של המאבטחים ככל שיש בהם כדי ללמד על תנאי ההעסקה שהיו למערערים בתקופתם. לכן, **יש לקבל מידע מלא ומפורט בקשר להסכמים הקיבוציים החלים על המאבטחים המועסקים כיום וכן בנוגע לכלל תנאי עבודתם**. את המידע הזה יש לתמוך בתצהיר ולאפשר לגבוי חקירה נגדית. **לאור זאת, התיק יוחזר לביה"ד האזורי לצורך המשך הבירור העובדתי והערעור התקבל**.

ס' 13 לחוק העסקת עובדים שקובע את העיקרון של השוואת תנאים חל על עובדים של קבלן כוח אדם, אבל הוא **לא חל על עובדים של קבלן שירותים**, וכך גם סעיף 12 לחוק שמתייחס לכך שלאחר 9 חודשים עובדי קבלן הופכים להיות עובדים של המעסיק בפועל. לכן, **קבלני כוח אדם רבים ניסו להפוך לקבלני שירותים או לפחות לחתום עם המעסיק בפועל לאספקת שירותים ולא לאספקת כוח אדם כדי שהוראות סעיפים 12+13 לא יחולו עליהם**.

ס"ע 1033-03-12 אלכסנדר סקריפניק נ' א. ו. ת. (אספקה ותעסוקת כח אדם) בע"מ – נקבע כי החברה היא קבלן כוח אדם ולא כפי שטענה (קבלן שירותים) ולכן חל עליו ס' 13 והיא תצטרך להשוות את התנאים: התובע הועסק על ידי הנתבעת במשך 3 שנים, מתחילת עבודה הוא הוצב בדואר כממין דברי דואר. התובע הוגדר כעובד שעתי. מספר שנים לפני שהתובע החל לעבוד אצל הנתבעת, ביקש הדואר מהנתבעת ומשאר חברות כוח האדם שעובדיהם הועסקו במיון דברי דואר להוסיף 3 שקלים לשעה מעבר לשכר המינימום של כל עובד וזאת על חשבון השוואת תנאי עובדי הקבלן לעובדי הדואר על פי ס' 13 לחוק העסקת עובדים. בהתאם, הנתבעת שילמה לתובע 3 שקלים נוספים עבור כל שעת עבודה כרכיב שכר נפרד בתלוש שלגביו נרשם על חשבון השוואת תנאים. לאחר מעל 3 שנות עבודה התובע נקלט כעובד בדואר ובכך הסתיימו יחסי העבודה בינו לבין הנתבעת (חברת כוח האדם). התובע הגיש תביעה וטען שהעסקתו בדואר באמצעות קבלן כוח אדם ולכן הוא היה זכאי להשוואת תנאי עבודתו לתנאים של עובדי הדואר מתחילת עבודתו אצל הנתבעת. הנתבעת טענה שהתובע אינו זכאי להשוואת תנאים בתקופת עבודתו אצלה מאחר והיא לא שימשה קבלן כוח אדם המספק עובדים לדואר אלא היא הייתה קבלן שירותים שביצעה פרויקט מיקור חוץ למיון דברי דואר.

השופט דורי ספיבק מסביר את **ההבדל בין חברת כוח אדם לחברת שירותים** והוא אומר שקבלן שירותים מספק מוצר מוגמר למזמין הוא מפעיל את העובדים ומפקח עליהם עד להשלמת המוצר המוגמר, לעומת **זאת קבלן כוח אדם** מספק לארגון עובדים זמניים, העבודה נעשית על ידי עובדי הקבלן בחצרים של המזמין והמזמין הוא זה שמפעיל את העובדים, נותן הוראות ומפקח על ביצוע העבודה.

הדגש הוא על כך שקבלן שירותים לא מספק עובדים אלא שירות. השופט מקבל את הטענה של התובע לפיה הנתבעת הייתה קבלן כוח אדם וחלות עליה הוראות חוק העסקת עובדים על ידי כוח אדם וזאת מהסיבות הבאות:

1. הנתבעת מחזיקה ברישיון קבלן כוח אדם וגם השם שלה מעיד על כך שהיא בפועל מספקת לדואר עובדים.
2. ההסכם שנחתם בין הדואר לבין הנתבעת הוא הסכם לאספקת עובדים ונקבע שם שלדואר נדרשים שירותי כוח אדם ולא הזמנת שירותים והנתבעת התחייבה לספק לפי דרישת המזמין עובדים לביצוע השירותים.
3. העובדה שמדובר בהתקשרות לאספקת כוח אדם התבטאה גם בנוהל העבודה בין הצדדים. כך למשל הדואר היה מקבל מידי שבוע ממחוז המיון הזמנת כוח אדם שבועית שבה פורטו מספר העובדים הנדרשים והנתבעת העבירה לדואר סידור עבודה שבועי הכולל מצבה של עובדים. לדואר גם הייתה סמכות לפי ההסכם להורות על העברת עובדים מתחנת עבודה אחת לשנייה.
4. הדואר היה מעורב בהשמת העובדים לעבודה עבורו, הוא קבע קריטריונים לגיוס העובדים כגון השכלה מינימלית, שליטה בשפה וכד'.
5. הדואר היה מעורב בביצוע עבודת עובדי הקבלן ולא קיבל מוצר מוגמר של מיון דברי דואר. עבודת הממיינים בוצעה בדואר ומפקחי הדואר היו אחראים על הממיינים כולל ביצוע בדיקות טיב עבודתם.
6. מיון דברי דואר מצוי בבסיס הפעילות של הדואר, כלומר, לא מדובר במיקור חוץ של פונקציה שאינה בבסיס הפעילות כמו שרותי שמירה וניקיון.
7. הדואר הוציא בזמנו הנחיה לחברות כוח האדם לשלם לעובדים המועסקים בדואר תשלום עבור השוואת תנאים ובפועל גם הנתבעת שילמה לתובע מתחילת עבודתו מקדמה בסך 3 שקלים לשעה על חשבון השוואת תנאים – סכום שהיא לא הייתה אמורה לשלם אם היא הייתה קבלן שירותים. השופט דוחה את טענת הנתבעת שהסכום הזה שולם לתובע לפני משורת הדין למרות שהוא לא היה זכאי לכך.

נוכח על האמור לעיל **ביה"ד קובע** כי ההתקשרות בין הדואר לנתבעת הייתה התקשרות לאספקת כוח אדם ויש לראות את התובע כמי שהועסק על ידי קבלן כוח אדם ולא קבלן שירותים. לכן, הוא זכאי להשוואת תנאים.

ע"ע 203-10 רשות העתיקות נ' עבדלה חגאזי ו-21 אח' וחברת בריק – טענת עבודה זמנית לא תחשב לטענה לגיטימית כאשר יפוטר העובד לאחר שמלאו לו 9 חודשים ויחול סעיף 12א והם יחשבו עובדים של הרשות לעתיקות ולא כעובדים של קבלן כוח האדם. 22 המשיבים הועסקו על ידי חברת בריק שהיא קבלן כוח אדם אצל רשות העתיקות (המעסיק בפועל) בתור פועלי חפירות יומיים. כל העובדים החלו את העסקתם לפני 1.1.08 והעסקתם נמשכה לאחר 30.9.08 (העסקה של מעל 9 חודשים על ידי קבלן כוח אדם). העובדים פוטרו על ידי בריק הקבלן ולטענתם הם פוטרו בטענה כי הוחלט שלא להעסיק עובדים מעבר ל-9 חודשים. בעקבות הפיטורים העובדים פנו לביה"ד לעבודה וטענו כי לאחר 9 חודשי עבודה בחפירות הם הפכו להיות עובדים של רשות העתיקות מכוח ס' 12א לחוק העסקת עובדים כך שהפיטורים שלהם על ידי חברת בריק בטלים כי החברה כבר לא המעסיקה שלהם באותו מועד ואין לה סמכות לפטרם. **ביה"ד האזורי קיבל** את טענתם וקבע שלחברת בריק אין סמכות לפטר אותם.

רשות העתיקות הגישה את הערעור בנדון וטענה כי סעיף 12א אינו חל על צורת ההעסקה הנוכחית של העובדים שהיא העסקה זמנית והסעיף חל רק על עובדי קבלן המועסקים במשרות שאינן זמניות במהותן. הנתבעת טוענת שזה משרה זמנית מכיוון ששיבוץ העובד לעבודה תלוי בצרכים המשתנים של רשות העתיקות. העובדים היו מגיעים בבוקר למקום קבוע ואם הייתה עבודת חפירה רלוונטית הם היו נלקחים לעבודה, תנאי לכך שעובד יעבוד ביום מסוים הוא שתהיה הסכמה הדדית לכך, מבחינת רשות העתיקות

מדובר בשיבוץ עובדים בלתי מקצועיים לעבודה ומשימה חולפת. **השופט אילן איטח דוחה את הערעור** **קובע** כי קודם כל שלא מדובר בעבודה זמנית וכי **אין בלשון החוק כל התייחסות לחריג של עבודה זמנית**, **החריג היחיד** שמופיע בחוק הוא **במקרים מיוחדים לגבי עבודה של 15 חודשים בלבד**. השופט אומר שהטיעון של רשות העתיקות לא יכול להתקבל מאחר וחפירה באתרים של הרשות היא משימה קבועה של הרשות גם אם ההיקף שלה לא קבוע. ניתן ללמוד זאת מפרקי הזמן הממושכים שבהם לפחות חלק ניכר מהעובדים הועסקו בחפירות ברשות העתיקות. כאשר, יש למעסיק משימה קבועה בהיקף משתנה אבל לא רציף הוא יכול להיעזר בעובדי קבלן כוח אדם וזוהי דרך לגיטימית. **אבל, העסקה של עובדים לתקופה שהינה קצרה כמו שנעשתה במקרה דנן היא לא דרך לגיטימית לפי ס' 12א**. לכן, **הוא קובע שבמקרה הזה הגבלת תקופת העסקתו הזמנית של העובד אצל המשתמש ל-9 חודשים מצד אחד, והפגיעה בזכויות החוקתיות של קבלני כוח אדם של המשתמשים בפועל כתוצאה מהוראות החוק מצד שני, עונות על המטרה הראויה של ס' 12א ולכן הערעור נדחה ונדחתה טענה של רשות העתיקות**.

נקודות חשובות על חוק העסקת עובדים

1. בחוק זה נקבע כי **נדרש לקבל רישיון** כדי להיות קבלן כוח אדם או קבלן שירותים וזאת על מנת למנוע מצב שכל גורם עברייני או אדם חסר כסף יפתח חברה כוח אדם ויברח עם הכסף.
2. חוזה העבודה של עובד קבלן **חייב להיות בכתב** כדי שלא ינצלו אותו **אלא אם כן חל עליו הסכם קיבוצי**.
3. **שתי ההוראות הכי חשובות בחוק העסקת עובדים ע"י קבלני כוח אדם:**
 - א. **ס' 13** – השוואת תנאי העבודה לעובדי קבלן כוח אדם מיום העבודה הראשון שלהם **אלא אם כן יש חריג** כי חל על עובדי הקבלן הסכם קיבוצי כללי שהורחב בצו הרחבה, כלומר, ששר המתאים בדק את תנאי ההסכם, ראה שהתנאים טובים ובחר להרחיב את ההסכם כדי שיתאים על עובדים נוספים באותו ענף.
 - ב. **ס' 12א** - קובע כי **לאחר 9 חודשי עבודה** של עובד הקבלן אצל המעסיק בפועל העובד הופך להיות עובד של המעסיק בפועל ומצרפים לו את הוותק מתחילת העבודה.

חוק להגברת האכיפה של דיני העבודה תשע"ב 2011 - במקרים שבהם הקבלן לא רוצה לשלם לעובדו, והעובד עבד אצל המעסיק בפועל:

החוק הזה נכנס לתוקף ביוני 2012 ומטרתו הייתה להגביר ולייעל את האכיפה של דיני העבודה. **איך זה מתקשר לקבלני כוח אדם?** החוק הזה **הטיל על המעסיק בפועל אחריות לזכויות של עובדי קבלן כוח אדם שמבצעים אצל המעסיק בפועל את העבודה**. **המטרה של הוראתיו הייתה למנוע מצב שהיה מקובל במשרדי ממשלה ועל פיו, המדינה הייתה נותנת יד להפרה של חוקי המגן כלפי עובדי הקבלן**. מה המשמעות? בשל הרצון של קבלני כוח האדם לזכות במכרזים למשל לשירותי ניקיון או שמירה במשרדי ממשלה אז הקבלנים היו מציעים במכרז הצעות בסכומים מאוד נמוכים כך שלא נותרה לקבלנים האלה ברירה לטענתם אלא לגרוע מהזכויות של עובדי הקבלן, לא להעניק להם זכויות מסוימות לפי חוקי המגן ולפעמים גם לשלם להם שכר נמוך משכר המינימום. **החוק בעצם קובע לגבי רשימה של זכויות שמפורטות בתוספת השלישית כגון מתן חופשה שנתית, תשלום גמול שעות נוספות, תשלום שכר מינימום וכד'.** כלומר, **המעסיק בפועל חייב בתשלום של הזכויות הללו עבור התקופה שעבד אצלו עובד הקבלן במקרה שהעובד דרש מהקבלן בכתב למלא את החובה הזאת לשלם, והוא לא עשה כך. יש תנאים הקיימים בס' 25 המתייחסים לכך שאצל המעסיק בפועל עבדו לפחות 4 עובדים בתקופה של 6 חודשים לפחות**. הפרק הרלבנטי בחוק הנוגע לעובדי הקבלן הוא פרק ג' סעיפים 25-30 והחוק מטיל גם אחריות פלילית על המעסיק בפועל שזה מזמין השירות בפרק ד' לחוק.

פרק 6 : הגדרת מעסיק

דף הוראה מס' 6 - יחסי עבודה מיוחדים : הגדרת מעסיק -

יש מקרים שבהם ברור שמדובר בעובד אבל השאלה היא מיהו המעסיק שלו. השאלה הזאת מתעוררת לא רק כשמדובר בהעסקת עובדים ע"י קבלני כוח אדם אלא גם במצבים נוספים :

1. **מעסיקים במשותף** – כאשר מדובר בפעילות משותפת של שני מעסיקים או בהתקשרות חוזית של שניים על מנת לקבל עבודה מפלוני. במקרה הזה יש חוזה אחד שמצד אחד לחוזה יש את העובד, ומהצד השני יש שניים ביחד שאצלם מבוצעת העבודה.
2. **מעסיקים במקביל** – כאשר העובד מקיים בו זמנית שתי מערכות יחסים נפרדות עם שני מעסיקים שונים ועם כל אחד מהם יש לו חוזה עבודה נפרד.
3. **עובד מושאל** – כאשר עובד מועסק ע"י מעסיק מסויים ואותו מעסיק מסכים מבלי שיסיים את יחסי העבודה עם אותו עובד שיעבור לעבוד אצל מעסיק אחר לתקופה מסוימת.
4. **עובד מוצב** – עובד של מעסיק א' שאצלו הוא רשום אבל בעצם לא עובד בפועל ומציבים אותו לעבוד בעסק של מעסיק ב' (לדוג' קבלן כוח אדם).

גם העובד המושאל וגם העובד המוצב לא הופכים להיות עובדים של המפעל שבו הם מבצעים את העבודה, אלא המעסיק ששולח אותם הוא המעסיק היחיד שלהם. ההבחנה ביניהם היא דקה, הרעיון הוא שאתה מבצע את העבודה במקום אחר ולא אצל מישהו שהוא רשום כמעסיק שלך.

פס"ד זב"ע אריה אולברג נ' בית הגפן ועיריית חיפה – מדובר בעובד מושאל שהושאל מהעירייה לבית

הגפן, ומעסיקתו היא העירייה+מבחני פסיקה: המערער שהוא נכה צה"ל הועסק ע"י בית הגפן קרוב ל-4 שנים. בית הגפן היא עמותה שמתקצבת ע"י עיריית חיפה והעירייה לוקחת חלק בניהול שלה. לא הייתה מחלוקת שהמערער היה עובד של בית הגפן בתקופה הזאת (קרוב ל- 4 שנים הוא היה עובד של בית הגפן). לקראת סיום תקופת העסקתו הני"ל הוצע למערער ע"י מנהל בית הגפן כי הוא יתפטר תוך קבלת פיצויי פיטורין ויהפוך להיות עובד של עיריית חיפה שהעבודה שלו תבוצע בבית הגפן כסגן מנהל. כך היה, המערער הפך לעובד של עיריית חיפה ולאחר שנה הוענקה לו גם קביעות בעירייה והשכר של המערער עד להעברתו לעיריית חיפה שולם ע"י בית הגפן. לאחר 11 שנות עבודה במתכונת הזאת שלחה בית הגפן למערער מכתב שביה"ד לעבודה הגדיר אותו כמכתב פיטורין שמודיע למערער על החלטת הנהלת בית הגפן להעביר אותו מבית הגפן לעיריית חיפה – המעסיק שלו. המערער הגיש תביעה נ' בית הגפן וביקש להוציא צו מניעה זמני נגד בית הגפן שירה על החזרתו לעבודה.

בית הגפן ביקשה לצרף את עיריית חיפה כנתבעת נוספת ובקשתה התקבלה. ביה"ד לעבודה קבע כי במשך 11 השנים הללו, המערער היה עובד של עיריית חיפה, וזאת מתוך המסמכים שהוצגו בפניו (בקשות של בית הגפן לעירייה להעלות את המערער בדרגה כעובד עירייה, בקשות לחופשה שנתית מהעירייה ותלושי שכר שקיבל גם הן מהעירייה).

השאלה- האם בנוסף על היותו של המערער עובד של עיריית חיפה, הוא היה גם עובד של בית הגפן? ביה"ד בודק אם עיריית חיפה ובית הגפן היו מעסיקות במשותף או מעסיקות במקביל ומגיע למסקנה כי

המעסיקות לא היו מעסיקות במשותף ממש' סיבות :

1. למערער היה חוזה עבודה אחד והוא עם העירייה.
2. בית הגפן לא הצטרפה לעירייה כאותו צד בחוזה העבודה של המערער.
3. המערער הועבר בהסכמתו בתמורה לתשלום פיצויי פיטורין, מבית הגפן לעירייה לאחר 4 שנים.
4. לא מדובר במצב שבו יש מפעל אחד שמנוהל ע"י אותו גוף באמצעות שתי חברות. מדובר בשני מפעלים נפרדים- העירייה ובית הגפן.

5. העירייה ובית הגפן לא מהוות גוף משפטי אחד, למרות הקשרים בניהן והעזרה שהעירייה מעניקה לבית הגפן (בית הגפן מבצעת את פעילותיה באופן עצמאי ומנוהלת ע"י הנהלה שבה לא יושבים נציגי העירייה).

ביה"ד עונה בשלילה לעניין העסקה במקביל- המערער עבד בעבודה אחת והוא לא ביצע עבודה נפרדת עבור העירייה ועבודה נפרדת עבור בית הגפן. בנוסף, לא היה חוזה עבודה נפרד בין העירייה לבין בית הגפן לאחר 4 שנות עבודתו הראשונות שם. לכן, ביה"ד בחן והגיע למסקנה כי המערער הינו עובד מושאל שהושאל מבית העיריה לעבוד בבית הגפן.

ביה"ד בדק מבחני פסיקה הבוזקים האם עובד מושאל למקום עבודה אחר:

1. מי קיבל את העובד לעבודה? במקרה זה הייתה הסכמה בין המערער לבין בית הגפן, כי מסתיימים יחסי עובד-מעביד בניהם ולאחר מכן המערער התקבל כ"עובד" בעיריית חיפה, תוך הסכמה שהוא יושאל לבית הגפן. מהריאיון עלה כי לא היה חוזה עבודה חדש בין המערער לבין בית הגפן.
 2. למי הסמכות לפטר את העובד? אין ספק כי בית הגפן לא מוסמכת לפטר את המערער כעובד של עיריית חיפה וגם לא כעובד עיריית חיפה שהושאל לבית הגפן. אכן, בפועל, המערער לא פוטר ע"י בית הגפן, אלא, בית הגפן ביקשה להחזירו לעירייה.
 3. מי משלם לעובד את שכרו? במצב הרגיל של עובד מושאל, שכרו משולם ע"י המעסיק המשאל ולא ע"י המקום שבו הוא מבצע את עבודתו. במקרה הנדון, עיריית חיפה שילמה למערער את שכרו, אבל, גם בית הגפן שילמה לו תשלומים שונים. ביה"ד מצטט עיקרון הנקבע בפסיקה, ולפיו, העובד המושאל אינו הופך לעובד של המקום בו הוא מבצע את עבודתו בפועל, גם אם קיבל תשלום שכונה כ"שכר"; "אשלי"; "החזר הוצאות" מהמקום בו הוא עובד בפועל. "התשלומים שקיבל המערער מבית הגפן לא הופכים אותו לעובד של המוסד הזה, אלא בפועל הוא קיבל בונוס מהמקום בו הוא ביצע את העבודה. העירייה ובית הגפן יצרו דרך להוסיף לשכר של המערער. מה עוד שהיה תיאום בין תשלום העירייה לבין תשלום בית הגפן, אמנם דרך זו אינה תואמת עקרונות של מנהל תקין, אבל היא לא יוצרת חוזה עבודה בין בית הגפן לבין המערער".
 4. ממי העובד ביקש חופשה? הוכח כי המערער ביקש את חופשתו השנתית מהעירייה.
 5. מי פיקח על עבודתו של העובד? ביה"ד קבע כי במקרה הנדון, המערער עבד תחת פיקוחו של עובד מושאל אחר בבית הגפן- מנהל בית הגפן, בכל הנוגע לעניינים היומ-יומיים. יתרה מכך, במסמכים שונים, כגון בקשה למענק לימודים, המערער פנה אל העירייה כ-מעסיקתו וציין כי היחידה של העירייה בה הוא מועסק היא בית הגפן.
- מסקנת ביה"ד הייתה כי המערער הוא עובד מושאל, ולא עלה בידו להוכיח כי נוצרו יחסי עובד-מעביד בינו לבין בית הגפן לאחר 4 שנות עבודתו הראשונות.

ע"ע 12629-02-13 אסתר ורפאל לוי, חן ברסקי נ' גיטפוקה אודמפור- מעסיקים במשותף: חן ברסקי היה בתקופה הרלוונטית להליך, הבעלים והמנהל של רשת מסעדות בשם "יוסי פקין". אסתר לוי הייתה בעלת זיכיון להפעלה של מסעדת "יוסי פקין" בירושלים. רפאל לוי היה בעלה של אסתר לוי וגם הוא היה מעורב בהעסקת המשיב(העובד הזר), שהוא עובד זר שעבד במסעדה. המשיב, הגיש תביעה כנגד שלושת המערערים כ"מעסיקים במשותף" שלו ודרש תשלום זכויות שנובעות מעבודתו במסעדה כגון, הפרשי שכר, פדיון חופשה, פיצויי פיטורין וכו'. אסתר ורפאל לוי הגישו ערעור על פסה"ד של ביה"ד האזורי שחייב אותם בתור המעסיקים של המשיב, וטענו בערעור כי האחריות להעסקתו הייתה מוטלת אך ורק על כתפיו של חן ברסקי, ובנוסף, טענו כי בין רפאל לוי, למשיב, לא התקיים כל סוג של יחסי עובד-מעסיק ואילו אסתר לוי פעלה במסגרת יחסיה עם המשיב עפ"י ההנחיות של ברסקי והוא זה שקבע את דפוס העסקת המשיב ותנאי עבודתו. לכן, האחריות בכל הנוגע להעסקת המשיב היא של חן ברסקי. חן ברסקי טען כי לא הייתה לו כל מעורבות בהעסקת המשיב, והוא לא העסיקו מעולם.

ביה"ד האזורי קבע כי שלושת המערערים הם "מעסיקים במשותף" ועל כן חייב את שלושתם לשלם למשיב את הזכויות שמגיעות לו. **הש' נטע רות** הגיעה למסקנה כי **אין מקום להתערב במרבית הקביעות המשפטיות והעובדתיות של ביה"ד האזורי** בכל הנוגע לכך ששלושת המערערים מעסיקים במשותף של המשיב.

ביה"ד האזורי קבע כי יש לבחון את זהות המעסיק על-פי הנסיבות שהתקיימו בפועל, להבדיל מהכסות המשפטית שנותנים הצדדים ליחסים בניהם. במקרה הזה, **חן ברסקי**, שהיה בעלים של רשת המסעדות, חתם על הסכם העסקה מול המשיב והוא גם נהג להעביר עובדים זרים בתוך הרשת ובפועל הוא נייד את המשיב, למרות שלא היה לו היתר לכך ממשרד הפנים. מכך, ביה"ד למד כי חן ברסקי התייחס לעניין העסקת העובדים לכל סניפי הרשת, כמעסיק אחד. כמו כן, נקבע כי חן היה מעורב בענייני המסעדה והתעניין באופן פעולתם והרגשתם של העובדים בה.

ביה"ד האזורי קבע כי **אסתר לוי** הייתה בעלת הזיכיון להפעלת המסעדה ובעלת היתר להעסקת המשיב, ואין ספק כי הייתה מעורבת בהעסקתו בפועל.

ביה"ד האזורי קבע כי מהעדויות עולה כי **רפאל לוי** נהג בפועל כמעסיק של המשיב ביחד עם הגב' אסתר לוי, הוא חתם על הסכם עבודה מול המשיב, הוא ששלם למשיב עבור העבודה, הוא אישר לו ימי חופשה, נתן לו הוראות לשם ביצוע עבודתו ולבסוף גם פיטר אותו מהעבודה.

הש' רות טענה כי קביעות אלה של ביה"ד האזורי, מבוססות היטב בתשתית העובדתית ואין מקום להתערב בהן. לכן, **המסקנה המשפטית שנובעת מהן היא ששלושת המעסיקים היו מעסיקים במשותף של המשיב**. לכן, הערעורים נדחו, למעט סכום מסוים שנפסק למשיב עבור עבודה בשעות נוספות בסך 223,000 ₪, ובמקום זה יפסק לטובתו 106,000 ₪.

פרק 7 בסילבוס - הפרוגטיבה הניהולית והזכות לעבוד - תרגול

הפרוגטיבה של המעסיק - פרוגטיבה = זכות יתר.

הפסיקה קבעה בפס"ד גנני כי זכות הפרוגטיבה של המעסיק כבעליו של המפעל זכתה להכרה בפסיקה ובחקיקה ולמעסיק הפרוגטיבה לנהל את מפעלו על הצד הטוב והמועיל ביותר לפי הברקתו ושיפוטו וזאת בכפוף למגבלות המסיגות זכות זו מכוח חוק הסכס קיבוצי או חוק אינדיבידואלי, כלומר מה שביהמ"ש אומר כאן זה שהזכויות יתר של המעסיק הן לא מוחלטות כמו כל הזכויות במשפט והן נסוגות כמו זכויות וחוקים אחרים. ברק אמר גם כי ביהמ"ש אינו מנהל את העסק של המעסיק, ניהול העסק הוא עניינו של המעסיק זו הפרוגטיבה שלו, אך כמו חוק, פרוגטיבה זו מוגבלת ע"י החוק כפי שמתפרש ע"י ביהמ"ש.

במהלך השנים חלו תמורות באופן שבו רואים את הפרוגטיבה של המעסיק ואת יחסי העבודה בכלל. בהתחלה היחסים בין עובד למעסיק פורשו ע"פ דיני הקניין ראו את העובד כחלק מקניינו של המעסיק וחלק מרכושו. בהמשך בחנו את יחסי העבודה והפרוגטיבה של המעסיק ע"פ יסוד חוזי וגם ע"פ הגישה שיש איזשהי בעיה כי יחסי העבודה הם לא יחסים רגילים בין שני הצדדים בעלי כוח שונה. היום במשפט הישראלי ובמדינות מערב אחרות משתדלים לבחון את יחסי העבודה במשקפיים חוקתיות, כאשר הזכות הפרוגטיבה של המעסיק מוכרת גם היא כזכות יסוד חוקתית מכוח ס'3 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. בבג"ץ קרסיק: הנשיא ברק אמר כי השינוי המרכזי התרחש עם חקיקתו של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו המעניק מעמד חוקתי על חוקי בזכות הקניין של הבעלים המקורי. לאור זאת המעסיק כבעליו של המפעל רשאי לעשות במפעל כרצונו ולנהל את המפעל כרצונו.

ביהמ"ש עושה הבחנה בין 3 סוגים של נושאים כאשר הוא בא לבחון את הפרוגטיבה של המעסיק:

1. נושאים שלגביהם חייב המעסיק לנהל מו"מ עם העובדים - נושאים בעלי נגיעה משמעותית לעובדים. למשל - שכר עבודה, תוכניות עידוד לרבות פרמיות, קידום בעבודה, דירוג העובד במקום העבודה, פנסיה, בטיחות וכו'.
2. נושאים שבהם המעסיק יכול לקבל החלטות ללא כל היוועצות עם העובד – מה שמאחד את כל הנושאים האלה הוא היותם חלק ממערך ניהול המפעל המוטל על הנהלתו והמצוי בסמכותו. בנושאים אלה המחליט היחיד הוא המעסיק מבלי שהוא נדרש להיוועץ עם העובדים. למשל - הרכב חברי הנהלת המוצר, איזה מוצר לייצר, איזה לפתח, מקורות מימון המפעל, תוכניות המחקר והפיתוח של המפעל, תוכניות השיווק של המפעל, מקורות מימון, אסטרטגיה – אותם נושאים הם חלק ממערך ניהול המפעל המוטל על הנהלת המפעל ובסמכותה, המעסיק יכול להחליט מבלי להיוועץ בעובדים או עם ארגון העובדים.
3. נושאים מעורבים – לא תמיד יש חלוקה דיכוטומית ומובהקת לנושאים שקשורים לעובד ולנושאים שקשורים תחת אחריות הנהלת המפעל. נושאים מעורבים : כל מה שנוגע להחלטות כוח אדם, גם אם אני לא מחליט לפטר מישהו באופן ספציפי אבל אני מחליט לבטל מחלקה, או לשנות את הקריטריונים לקבלה לתפקיד (מצד אחד זה חלק מהפרוגטיבה שלי כמעסיק, ומצד שני יש לי נגיעה אישית לעובדים). במקרים כאלה מומלץ בד"כ לקבל איזשהו ייעוץ משפטי, או שמגיעים לבית משפט.

הערה כללית: היקפה של הפרוגטיבה אינו קבוע, והיא לא עומדת בפני עצמה. כל מקרה נבחן לגופו. מה שביהמ"ד בוחן הוא האם המעסיק הפעיל את הפרוגטיבה שלו, עשה בה שימוש במידה סבירה, מבלי לפגוע

בעובד/ בעובדים באופן לא פרופורציונאלי.

במהלך השנים חל כרסום בפררוגטיבה של המעסיק, לדוגמה:

א. **ביצוע שינויים מבניים במפעל-** כמו שנאמר, שינויים מבניים במפעל הם באופן עקרוני חלק מהפררוגטיבה של המעסיק, **יחד עם זאת גם כאשר הוא מבקש לבצע שינוי שכזה, מוטלות על המעסיק הגבלות שמונעות ממנו לבצע שינוי באופן חד צדדי:**

1. **תו"ל** – יש לבצע רק את השינויים הנדרשים כדי לנהל את המפעל על הצד הטוב ביותר. ביצוע שינוי מבני למטרה אחרת, יחשב שימוש בפררוגטיבה כחוסר תו"ל. לדוג' מחד, אם במפעל שיש בו התארגנות עובדים, מבקש המעסיק לבצע שינוי, ובאותו מפעל יש הפסד של 5 מיליון ₪ כל שנה, הוא מראה שאם הוא יבטל מחלקה אחת שאין בה צורך יותר, ומהפסד יעבור לרווח של 5 מיליון ₪ יחשב כשינוי בתו"ל וביה"ד יאשר אותו. מאידך, אם יש ארגון רווחי מאוד (לדוג' בנקים) והוא מגיע למסקנה שאם הוא יפטר מאה עובדים הוא ירוויח יותר, יש סיכוי שביה"ד לעבודה יראה בזה שימוש בחוסר תו"ל של פררוגטיבת המעסיק.

2. **הגבלה מכוח חקיקה-** שינוי מבני שמעסיק מבקש לבצע, לא יכול לסתור הגבלה שקבועה בחוק.

3. **הגבלה מכוח הסכם קיבוצי** – שינוי מבני שמעסיק מבקש לבצע, לא יכול לסתור הגבלה שקבועה בהסכם קיבוצי.

4. **הגבלה מכוח זכויות יסוד חוקתיות** – המעסיק לא יכול לפגוע בעובדים גם במקום שבו יכולה להיפגע זכות חוקתית שלהם. למשל: מניעה מעובדים להתארגן, בפס"ד פלאפון-חשוב נקבע כי כאשר המעסיק מנסה לפגוע בהתארגנות, מתקיימת התנגשות חזיתית בזכות העובדים למימוש חופש ההתארגנות במקום העבודה, ובין זכות המעסיק לקניין במפעלו והפררוגטיבה הניהולית מכוחן.

ב. **המעסיק יכול להיות חייב בפיצוי כספי לעובד בגין הפרה חד צדדית** – פס"ד נהרי-לא מדובר בהפרת חוזה אלא כתשלום שנעשה בהתאם לחוזה: שם מדובר היה בעובד אבטחה שעבד במשך שנים רק במשמרות לילה, באיזשהו שלב המעסיק התעורר והבין שהעסקה של העובד לא הייתה לפי החוק. אמר לעובד שמעכשיו הוא יעבוד לפי החוק ויעבוד פחות משמרות לילה. דא עקא, העובד מרוויח יותר במשמרות לילה, וטען כי יש הסתמכות על השכר שאותו הרוויח בלילה. המעסיק טען כי הם עובדים לפי החוק וטעו לפני כן. העובד ראה בכך הרעת תנאים, והגיש תביעה.

ביה"ד קבע כי העובד לא צריך להינזק מהטעות של המעסיק וכי העובדה שעבד במשך שנים בשכר מסוים מקנה לו הסתמכות על השכר הזה ולכן יש להמשיך ולהעסיק אותו עם השכר שאותו קיבל קודם כשכר בסיסי. ביה"ד ביקש להדגיש 2 נקודות:

א. אין לראות את הפיצוי שנפסק לעובד כפיצוי בגין הפרת חוזה, אלא כתשלום שנעשה בהתאם לחוזה דה פקטו שנכרת בין המעסיק לעובד.

ב. מעסיק מקבל כל יום החלטות שנוגעות לחיי העובד, ולא כל החלטה שכזאת היא הרעה בתנאי העבודה. רק כאשר יש שינוי מהותי ודרמטי שמשפיע על העובד, על תנאי העבודה שלו, על שכרו. יש עילה לבדוק אם יש הרעת תנאים.

ג. **עפ"י הדיון והפסיקה המעסיק רשאי לשנות את תנאי העבודה רק בהסכמת העובד** - אם אין הסכמה בין הצדדים, המעסיק רשאי לפטר את העובד או שהעובד מצדו רשאי להתפטר בדין מפוטר אם אין הסכמה בנוגע לתנאי העבודה, להלכה זאת ישנם 4 חריגים בפס"ד מילפלדר שנקבעו מתי המעסיק רשאי לשנות את תנאי העבודה ללא הסכמת העובד –

1. כאשר החוק מאפשר לצד לחוזה עבודה את הזכות לשנות חד צדדית הוראה בחוזה.
2. כאשר הצדדים, העובד והמעסיק, כורתים חוזה עבודה חדש שלפיו משתנה אחת מההוראות בהסכם הישן.

3. כאשר תוכנה של הוראה חוזית על פי טיבה הוא כזה שההוראה מסתיימת או משתנה מעצמה לפני סיום הסכם העבודה. דוג' בהסכם להתמחות קבוע שאחרי חצי שנה מענק נגמר.
4. כאשר בהסכם העבודה ישנה הוראה מפורשת או משתמעת המעניקה לאחד מהצדדים את הזכות לשנות הוראה בחוזה.

אם לא התקיים אחד מהחריגים הללו המעסיק לא יכול לשנות הוראה בהסכם ללא הסכמת העובד, ואם עשה כן העובד רשאי להתפטור בדין מפוטר.

הזכות לפרטיות במקום העבודה:

בסוגיות אלו ביה"ד דן בכל מקרה לגופו ומאזן את הדרכים שבהן יכול המעסיק לעקוב אחרי עובדיו, אל מול הזכות החוקתית, כמו שנאמר כבר המחוקק בבתי הדין לעבודה מסתכלים על מקום העבודה כמשהו מאוד מרכזי בחיים שלנו ולכן הצורך להגן על הפרטיות שלנו במקום העבודה היא קריטית.

אחד הדברים העיקריים שנבחן כאשר בוחנים פגיעה בפרטיות, **האם אותו אדם שטוען שזכותו לפרטיות נפגעה היה ברשות הרבים או היחיד**. למשל – אם אני כצלם עושה תמונות אומנותיות במקום ציבורי ובאותה תמונה מופיע אדם כנראה שזו לא פגיעה, מצד שני אם אני שם מצלמה נסתרת בבית של אדם כנראה שזו תהיה פגיעה בפרטיות כי זה היה ברשות היחיד.

הזכות לפרטיות היא זכות חוקתית מכוח חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וגם מכוח חוק הגנת הפרטיות – אשר קובע כי לא יפגע אדם בפרטיותו של זולתו ללא הסכמתו. בתי הדין לעבודה קבעו כי החובה להגן על פרטיות העובד, חלה לא רק מכוח הוראות חוק היסוד אלא גם ע"פ חובת המעסיק לפעול בתו"ל. בסוגיות פרטיות במקומות העבודה, בתי הדין עושים את האיזון בין זכותו של המעסיק לעקוב אחר עובדיו בדרכים שונות אל מול זכותו החוקתית והחוקתית של העובד לפרטיות.

האיזון בין זכותו של המעסיק לעקוב אחר עובדיו לבין זכותו החוקתית של העובד לפרטיות נעשה ע"פ מבחן המידתיות המשולש:

1. צלע אחת של המשולש – מבחן הקשר הרציונאלי בין האמצעי למטרה. שם המעסיק יצטרך להראות כי הפגיעה בפרטיות משרתת תכלית עסקית אמיתית ולא נועדה להתנכלות/ למטרה בלתי לגיטימית אחרת.
 2. צלע שנייה – מבחן הבחירה באמצעי המינימלי – שם המעסיק יצטרך להראות שהפגיעה בפרטיות של העובד היא מינימלית, כלומר, שלא ניתן להשיג את אותה מטרה באמצעים שיפגעו פחות בעובד.
 3. צלע שלישית – מבחן איזון הנזק מול התועלת, שבו יצטרך המעסיק להראות כי התועלת כתוצאה מהשימוש באמצעים גדולה מהנזק שהאמצעים גרמו לעובד (קרי אמצעים למעקב).
- כל אלה נועדו כדי לעשות את ההבחנה הבסיסית והחשובה בהגנת הפרטיות – ההבחנה בין רשות היחיד לרשות הרבים.

לעניין צילום של עובד:

באופן עקרוני **בתי משפט פסקו** כי מעקב במצלמות אבטחה הינו כלי לגיטימי, זאת בתנאי שהעובד מודע לקיום ולמיקום המצלמות. ביהמ"ש קבע כי צילום סמוי של עובד פוגע בזכותו לפרטיות.

פס"ד אסכנדר נ' רוי"ח איהאב – העובד נדרש לדעת כי הוא מצולם, זכאי להתפטור בדין מפוטר משום שצולם ללא ידיעתו: במקרה הזה מדובר ברו"ח שעבד כשכיר שנים רבות במשרד רוי"ח, הוא עבד במקום עם עוד רוי"ח. באחד מהימים הוא גילה שבמשך שנים רבות שבהן עבד, צולם ללא ידיעתו. העובד טען שיש פגיעה חמורה באמון בינו לבין המעסיק ועל רקע זה ביקש להתפטור בדין מפוטר.

ביה"ד לעבודה קבע כי צילום של עובד במשך כל השעות שבהן הוא שוה במשרד מבלי להודיע לו על כך מהווה נסיבה שמצדיקה התפטרות בדין פיטורים, זאת למרות שהעובד ישב בחלל משותף עם עוד עובדים ולא הייתה לו פרטיות מוחלטת. למרות שהמעסיק סילק את המצלמה בעקבות הגשת התביעה והסיר את ההרעה המוחשית, ביה"ד לעבודה קבע שלא ניתן לשקם את יחסי האמון בין הצדדים ולכן העובד זכאי להתפטר בדין מפורט.

פס"ד מוחי נ' משען- התקנת המצלמות ברשות הרבים לא מהווה פגיעה בפרטיות: מדובר בשתי עובדות מטבח שטענו שפרטיותן נפגעה כאשר צילמו אותן במטבח של המעסיק, המעסיק טען שהוא הציב מצלמות בגלל מכת גניבות. **ביה"ד פסק** כי התקנת מצלמות באזורי עבודתן של התובעות אשר היו פתוחים ונגישים לכל אינם בגדר פגיעה בפרטיות. התובעת פעלה בתו"ל לשם הגנת עניין אישי על יסוד חשדותיה לגניבות כאשר המצלמות הוצבו במקום שבו לעובדות לא יכולה הייתה להיות ציפייה כלשהי לפרטיות. פס"ד הזה סותר את פס"ד אסקנדר – במקרה דנן, למעסיקה הייתה סיבה שבגללה היא שמה את המצלמות, בהקשר של הגנת הפרטיות כל מקרה נבחן לגופו.

לודמילה לשצינר נ' פאר מרכז החלמה – משרד לאדם ספציפי שבו רק הוא עובד מהווה רשות היחיד, והפעלת מצלמה מהווה פגיעה בזכות לפרטיות וזו נסיבה שבעטיה ניתן להתפטר בדין מפורט: מדובר ברופאה שעבדה במרכז גריאטרי ובעקבות מכת גניבות ביקשו להתקין מצלמה בחדר שבו היא עבדה. יודגש שהתובעת לא הייתה חשודה מעולם בגניבה, אך היא לא היחידה שהשתמשה בחדר. לכן, רצו להציב מצלמה גם בחדרה. התובעת התנגדה ואמרה שהיא רואה בזה פגיעה בפרטיותה. **ביה"ד קבע** כי מהרגע שבו הוקצו לרופאה חדר ושולחן, הרי שבשונה משטחים אחרים בבית האבות, משרדה מהווה את רשות היחיד. כל עוד היא עובדת באותו חדר, הפעלת מצלמה מהווה פגיעה לא מידתית ולא סבירה בפרטיותה. כמו כן, הוכחה סמיכות זמנים בין התקנת המצלמה לבקשתה להתפטר. כלומר, לא מדובר בתירוץ ולכן ביה"ד ציין שזו נסיבה שבעטיה ניתן להתפטר בדין מפורט.

לעניין מעקב בטלפון נייד:

האם מותר למעסיק להתקין שירות מעקב בטלפון נייד שבו הוא מספק לעובד?

ביה"ד לעבודה קבע שכל עוד המעסיק עוקב אחר תנועתו של העובד בזמן העבודה ולצורכי העבודה, אין בכך חזירה לפרטיות או מעקב אסור. רצוי שזה יובא לידיעת העובד (חתימה בהסכם). כנ"ל לגבי GPS ברכב של העבודה, מותר לעקוב על מקום הימצאותו של העובד בזמן העבודה ולצורכי העבודה.

לעניין מעקב ע"י איתוראן:

ס"ק (ב"ש) 1026/06 הסתדרות העובדים הכללית נ' תש"ן תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ – מעקב + דוחות איתוראן לא מהווה פגיעה בזכות לפרטיות: נדונה בקשה של ארגון העובדים היציג למנוע עריכת שימוע לעובד אשר שימש כיו"ר ועד העובדים אצל המשיבה. המשיבה טענה כי היא עורכת לעובד את השימוע לאור ממצאים שגילתה המעידים כי העובד הגיש דיווחים כוזבים אודות שעות עבודתו בחברה. על מנת להוכיח את טענתה צירפה המשיבה את דיווחי העובד הכוזבים אל מול דוחות איתוראן המעידים על שעות העבודה הנכונות של העובד. המבקשת טענה מנגד כי השימוש במכשיר האיתוראן ובדו"חות איתוראן, הוא שימוש מנוגד לדין, ושלא למטרה לשמה נועד המכשיר, שהיא שמירה על ביטחון העובדים. **בית הדין לעבודה** דחה את טענת המבקשת וקבע כי השימוש שעשתה המשיבה בדו"חות איתוראן אינו מהווה פגיעה בפרטיות. מדובר בעובדי המשיבה, הנוהגים לצורך עבודתם בכלי רכב השייכים למשיבה. בכלי הרכב מותקנים מכשירי איתוראן. הדו"חות של איתוראן המלמדים היכן היו העובדים, מתייחסים

לשעות העבודה של העובדים ולא מעבר לכך. איתור מקום הימצאם של העובדים בזמן העבודה עת מדובר בעבודה שמטיבה הינה ניידת, 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. לאור האמור ובשל נסיבות נוספות בקשתה של המבקשת נדחתה.

לעניין קריאת מיילים:

האם מותר למעסיק לקרוא הודעות דוא"ל של עובדיו ?

הפסיקה העיקרית שקיימת בתחום היא משנת 2008-2009. באופן כללי **נקבע**, (אלא אם נקבע אחרת) **העובד רשאי לעשות שימוש בדוא"ל שהועמד לרשותו מטעם העבודה בהיקף סביר**. **ככלל**, **העובד זכאי לפרטיות בתכתובות שלו**, מצד שני **למעסיק יש את הזכות לפקח על השימוש שנעשה בדוא"ל** לצרכיו הפרטיים של העובד. זאת, **באמצעות בדיקת היקף השימוש ומבלי לקרוא את תוכן ההודעות**. כלומר, סריקה של התיבות מייל והבדיקה של איזה מהדואר היוצא הוא לא ללקוחות החברה. את הבחינה בעניין עושים לפי שלושת מבחני המידתיות שדוברו לעיל ועל פי נסיבותיו המיוחדות של כל מקרה.

במקרים בהם עולה השאלה האם מותר היה למעסיק לקרוא הודעות אישיות של העובד, ביה"ד נדרש

לבחון את הנקודות הבאות:

1. האם העובד **ציפה לפרטיות הדוא"ל שלו** או שמא ידע כי מדובר בתכתובת שייתכן ותגענה לידיעת המעסיק או עובדים אחרים?
2. מה הייתה **מדיניות המעסיק בנוגע לדוא"ל**, האם ניתנה לעובד תיבת דואר המיועדת לשימוש הפרטי? האם נדרשת סיסמא לצורך כניסה לתיבת הדוא"ל של העובד? האם קיימת הפרדה בין תיקיות אישיות לבין מסמכי עבודה?
3. **האם עובדים אחרים משתמשים באותה תיבת דוא"ל/מחשב?** האם העובד נתן את הסכמתו המפורשת ובכתב למעקב אחר הודעות דוא"ל?
לעניין ס' 2-3: מזכירה במשרד עו"ד שבו יש 3 מזכירות נוספות, הציפייה נמוכה יותר לפרטיות.

ביהמ"ש יבחן מה **סוג עיסוקו של המעסיק**, ומהם **הסיכונים שאותם הוא מבקש למנוע באמצעות ניטור הודעות הדוא"ל של עובדיו**. כל הבדיקה הזאת נועדה לבחון האם מדובר ברשות היחיד, או ברשות הרבים. **פס"ד מרכזי** בעניין זה שמצוטט **טלי איסקוב נ' הממונה לעבודת נשים**: מדובר בעובדת שמקום העבודה רצה לפטר אותה, היא **טענה** שהפיטורים שלה נעשו בזמן שהיא בהיריון, לכן היה צריך לבקש היתר לממונה לעבודת נשים. **מקום העבודה מאידך טען** שבתיבת המייל של העובדת נמצאו עשרות התכתבויות של **קורות חיים שנשלחו, והיא לא באמת רצתה לעבוד שם** ולכן התביעה שלה לא מוצדקת. **עלתה השאלה**: האם מותר למעסיק להיכנס לתיבת המייל של העובדת ולבדוק את ההתכתבויות הפרטיות שלה?

בפס"ד נקבעו מס' נקודות מאוד עקרוניות בנוגע להגנת הפרטיות:

- נקבע כי **הוכרה זכותו הקניינית של המעסיק** במקום העבודה ומכוחה זכותו לנהל את מקום העבודה כראות עיניו.
- כמו כן **הוכרה זכותו של המעסיק להפעיל אמצעים הדרושים להגנה מפני חדירה של גורמים חיצוניים** למרחב הווירטואלי של מקום העבודה.
- **המעסיק רשאי לעשות שימוש בטכנולוגיות לחסימת שימוש בלתי ראוי במחשב ע"י העובדים**, וכן **לקבוע אמצעים למעקב אחר עובדים** במקום העבודה.

- על המעסיק לקבוע מדיניות ברורה בכל הנוגע לניהול תיבות דוא"ל במקום העבודה וכן כללים ברורים לגבי השימוש במחשב וביישומיו ע"י העובד, כלומר כבר בהסכם העבודה צריך להיות פרק בעניין מותרות/איסורים במחשבי העבודה וכן מה המעסיק יכול לעשות עם המידע שמתקבל.
- על המעסיק לתת ביטוי מפורש למדיניות והכללים בהסכם העסקה של העובד ובהנחיות פנימיות של מקום העבודה.
- המעסיק רשאי להתיר לעובד לעשות שימוש בתיבות דוא"ל במרחב הווירטואלי במקום העבודה.
- אין נפקות כיצד מנוהלות תיבות אלו, אם הן יושבות על גבי מחשבי המעסיק או שמא על גבי שרת חיצוני או כל מקור אחר.
- **ביה"ד עשה הבחנה בין שני סוגים עיקריים של דוא"ל - תיבת בבעלות המעסיק לבין תיבה בבעלות העובד:**

תיבה בבעלות המעסיק נחלקת ל-2 :

1. תיבה מקצועית לצורכי עבודה בלבד, אסורה לשימוש אישי של העובד.
2. תיבה מעורבת - המוקצית לעובד הן לשימוש מקצועי והן לשימוש אישי.

תיבה בבעלות העובד:

בכפוף לכך שהמעסיק הגדיר מראש מדיניות ברורה, הוא רשאי לקיים פעולות ניטור ומעקב אחר נתוני ההתקשרות **לבצע חדירה לנתוני תוכן בתיבה המקצועית בלבד**. למרות האמור לעיל, גם אם העובד קיים תכתובת אישית בתיבה המקצועית בניגוד למדיניות שקבע המעסיק, אין המעסיק רשאי להיכנס לנתוני התוכן של אותה תכתובת אישית, אלא אם מתקיימים **תנאים חריגים המצדיקים חדירה לנתוני התוכן או שהמעסיק ביקש מראש וקיבל את הסכמת העובד במפורש, מדעת ומרצון חופשי**.

- המעסיק אינו רשאי לקיים פעולות מעקב אחר תכתובת שמקיים העובד לצרכיו האישיים, הן בתיבה האישית והן בתיבה המעורבת.
- המעסיק אינו רשאי לבצע חדירה לתוכן של התכתובת האישית שמקיים העובד בתיבות אלה, למעט בנסיבות חריגות ורק לאחר שהמעסיק נקט באמצעים טכנולוגיים חודרניים פחות המעידים על שימוש לא ראוי של העובד בטכנולוגיות שהועמדו לרשותו לצרכי עבודתו.
- על המעסיק לבקש ולקבל הסכמתו המפורשת של העובד למדיניות הכללית בדבר חדירת המעסיק לתיבה האישית או המעורבת, ככל שמדובר בחדירה לתיבה מעורבת נדרשת הסכמה ספציפית ומפורשת לתוכן של ההתכתובת האישית להבדיל מחדירה לתוכן מקצועי באותה תיבה.
- ככל שמדובר בתיבה אישית שמלכתחילה נמצאת בבעלותו של העובד, או שהוקצתה לעובד מהמעסיק באופן אישי, הרי שנדרשת הסכמתו הספציפית והמפורשת של העובד בגין כל פעולת מעקב הכוללת חדירה לתיבה, איסוף נתוני תקשורת ותוכן לרבות חדירה לנתוני תוכן של התכתובת אישית (גם אם יש התכתובת מקצועית בתיבה אישית נדרשת הסכמה מפורשת לכל כניסה לתיבה).
- ככל שהעובד מחזיק ברשותו **תיבת דוא"ל חיצונית**, שהמעסיק התיר לעובד לעשות בהם גם שימוש פרטי, הרי שלמעסיק אסור לבצע פעולות מעקב על תיבות אלה.
- ככל שהמעסיק סבור שהתקיימו התנאים המצדיקים חדירה לתיבת הדוא"ל הפרטית, עליו לפנות לביה"ד האזורי לעבודה בבקשת סעד הולם כדוגמת צו אנטון פילר.
- בעקבות פס"ד של טלי איסקוב נחתם גם הסכם קיבוצי כללי המסדיר את השימוש של העובד במחשב, שהדבר העיקרי שנקבע בו זו החובה לעגן בחוזה את מדיניות המעסיק בנוגע לשימוש במחשבים.

פרק 8: הגדרת חוזה העבודה

דף הוראה מספר 7 – יצירתו ומהותו של חוזה עבודה אישי ההבדלים בין חוזה רגיל לחוזה

עבודה:

חוזה עבודה הוא חוזה יחס בניגוד **לחוזה מסחרי** שהוא חוזה לביצוע עסקה מסוימת (חוזה למכירת דירה). המשמעות היא ש**חוזה עבודה** מסדיר קשר מתמשך ולא עסקה אחת, חוזה עבודה משתרע על תקופת זמן ארוכה וחייב להתאים את עצמו לנסיבות השונות. הכוונה היא, אם אני עובדת במקום עבודה 5 שנים והתחלתי לעבוד בשכר מסוים ולאחר שנתיים השכר עלה / מעבר ממשרה חלקית למלאה – ישנה דינמיקה בחוזה (חוזה יחס מתייחס לתקופה מסוימת). **חוזה עבודה** הוא מסגרת לשיתוף פעולה בין העובד לבין המעסיק. לא מדובר בחוזה בין 2 צדדים מרוחקים אחד מהשני שכל אחד מהם רשאי לנצל לטובתו את הפוטנציאל שיש בחוזה. במקרה זה, **העובד חייב חובת נאמנות, חובת סודיות למעסיק וכו'.** גם **למעסיק יש חובות כלפי העובדים שלו**, להגן על פרטיותם של העובדים, להתייחס אליהם בהגינות, לשמור על מקום עבודה נקי מהטרדות מיניות וכו'. חוזה עבודה הוא חוזה בין שני צדדים **בעמדת מיקוח** לא שווה, כלומר כושר המיקוח של המעסיק (בעל ההון והעסק) הוא יותר משל העובד.

קיימים שלושה סוגים של חוזה עבודה:

1. חוזה לתקופה בלתי מוגבלת:

מדובר בחוזה שבדר"כ זהו **החוזה הסטנדרטי**. מעסיק מקבל עובד לעבודה, אין קביעת זמן של משך זמן **העסקה**. חוזה כזה מתמלא מדי פעם בתוכן חדש או מכוח הסכמים קיבוציים או מכוח הסכמות של הצדדים. בית הדין לעבודה רואה בחוזה העבודה, חוזה שחלק מהפרטים שלו קבועים וחלק מהם משתנים. **ההתחייבויות הקבועות של העובד זה לבצע עבודה ושל המעסיק זה לשלם לעובד בעבור העבודה שהוא מבצע.** לעומת זאת, שכר העבודה שהמעסיק חייב לשלם עשוי להשתנות וגם התפקיד שהעובד אמור למלא יכול בהחלט להשתנות אם העובד עולה בדרגה וכו'. **בית הדין לא מתייחס לכל שינוי או השלמה של חוזה העבודה שמתבצע במהלך תקופת העבודה כאל כריתה של חוזה חדש.** להיפך, מדובר בחוזה קיים ונמשך שמדי פעם עושים בו שינויים וממלאים אותו בתוכן שונה. **ביה"ד לעבודה רואה בחוזה העבודה, חוזה שחלק מהפרטים שלו קבועים וחלק מהם משתנים.**

מרים זוהר נ' התאטרון הלאומי (הבימה) - שינוי בתפקיד שהעובד ממלא לא מהווה חוזה עבודה חדש:

מרים זוהר שהייתה שחקנית בהבימה הייתה מגיעה להצגות ולחזרות בתחבורה ציבורית. **בשלב מסוים הייתה לה בעיה רפואית ברגל והיא ביקשה עקב מצבה הבריאות הלקוי תשלום עבור החזקת רכב.** ההנהלה נענתה לבקשתה ובמשך כחצי שנה שולמו לה דמי החזקת רכב. השאלה שהתעוררה הייתה: האם הסכמת התאטרון לשלם לשחקנית דמי החזקת רכב הייתה מוגבלת לפרק הזמן שבו יוצג המחזה שבו היא השתתפה או שהסכמה היא כל עוד מתקיימים יחסי עובד – מעסיק בין הצדדים? כפי שטענה העובדת. **התובעת טענה כי ברגע שהתאטרון הסכים לשלם לה דמי החזקת רכב וממועד התשלום הראשון נכרת חוזה חדש בין התובעת לנתבעת והחוזה הזה עומד בפני עצמו.**

ביה"ד קבע כי לא מדובר בחוזה חדש אלא חוזה קיים ומתמשך שמתמלא מידי פעם בתוכן חדש עקב הסכמה של הצדדים או עקב הסכם קיבוצי שנחתם. לדעת ביה"ד אין להעלות על הדעת כי כל פעם שחל שינוי בתפקיד שהעובד ממלא יראו את יחסי העבודה כמגיעים לידי סיום, אם כך היה אז היה צורך לבטל את חוזה העבודה הישן כאשר העובד נכנס לתפקידו החדש ולחתום על חוזה חדש במקומו.

2. חוזה לתקופה קצובה:

לדוג' אני מתקבלת לעבודה לפרויקט של שנה – שנתיים, אומרים לי שאני עובדת שם שנה. בסוף השנה מגיע לי פיצויי פיטורין – בחוק נקבע כי גם לאחר שנה מגיעים פיצויי פיטורין. חוזה לתקופה קצובה – הוגדר מראש לתקופת עבודה מסוימת ובתום התקופה קמה לעובד הזכות לקבל פיצויי פיטורין לפי ס' 9 לחוק פיצויי פיטורין, בתנאי שהמעסיק לא הציע לו לחדש את החוזה.

פס"ד מודר משה נ' גראס עיצובים ושילובים בע"מ – הפרה של חוזה עבודה לתקופה קצובה תגרור פיצוי

מלא על ההפרה: התובע הועסק בתחום המחשוב, הוא עבד בחברת רנואר באזור המרכז. אך בעקבות הצעה מהנתבעת הוא עבר לעבוד אצלה בתפקיד ניהולי בכיר כאשר לא נחתם חוזה עבודה בכתב בין הצדדים, אבל תנאי העבודה לרבות הגדרת התפקיד וגובה השכר סוכמו בין הצדדים בעל פה עם המנכ"ל של הנתבעת. לצורך עבודתו בנתבעת התובע עזב את עבודתו ברנואר והעתיק את מרכז חייו מבתי ים לקריית חיים, אשתו עזבה את מקום עבודתה במרכז ומצאה עבודה בצפון וגם בנו עבר למוסד חינוכי בצפון. בנוסף, שולמו לו דמי שכירות עבור מגורים בצפון לתקופה של 12 חודשים. כעבור 3 חודשים מתחילת עבודתו פוטר התובע ע"י הנתבעת. התובע הגיש תביעה וטען שהפיטורים הם שלא כדין על פי הסיכום שהיה בינו לבין הנתבעת היא התחייבה להעסיק אותו במשך תקופה שלא תפחת משנה ולעומת זאת, הנתבעת טענה שהוא התקבל לעבוד לתקופת ניסיון בת 3 חודשים ובתום התקופה התברר לה שהוא הטעה אותה בכל הנוגע לכישוריו וניסיונו ולכן פיטרה אותו. התובע הכחיש שמישהו אמר לו שהוא יהיה בתקופת ניסיון והוא טען שאילו הוא נדרש לכך, הוא לא היה מסכים להעתיק את מגוריו לשם כבר מתחילת ההתקשרות עם הנתבעת. בפועל תנאי ההתקשרות בין הצדדים לא הוסדרו בכתב. לכן, ביה"ד קבע שיש לדון בשתי שאלות:

1. האם הנתבעת התחייבה להעסיק את התובע לתקופה קצובה של שנה לפחות?

2. האם סוכמה תקופת ניסיון כלשהי?

ביה"ד אומר שלמרות החובה החוקית למסור לעובד תוך 30 יום מתחילת עבודתו הודעה בכתב שבה יפורטו תנאי העבודה מכוח סעיף 1 לחוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה (תנאי עבודה והליכי מיון וקבלה לעבודה). הנתבעת לא עשתה זאת ולכן יש לחפש ראיות בעל פה: עצם השכירות של המעסיק לשכר לעובד את הדירה לשנה ניתן לראות כי אכן התקופה הייתה לשנה. ביה"ד אומר כי בשל העובדה שהחברה הייתה צריכה לשכור לעובד דירה לתקופה של שנה שלמה בנוגע לדירה בקריית חיים ובשל העובדה שעליה העיד מנכ"ל הנתבעת שהשכרת הדירה עבור התובע היוותה חלק מתנאי העסקה שלו, הרי שהעובדה הזאת תומכת בטענה של התובע שהוסכם איתו על תקופת עבודה של שנה לפחות בנתבעת.

המסקנה היא: בין הצדדים סוכמה תקופת עבודה לתקופה קצובה מיני בת שנה לפחות ולא סוכם על תקופת ניסיון כלשהי שמאפשרת לנתבעת לפטר אותו לפני תום השנה ולכן פיטורי התובע במועד שפוטר הווה הפרה של הסכם העסקה לתקופה קצובה. ביה"ד מצטט מפסיקה קודמת לגבי המשמעות של הסכם עבודה לתקופה קצובה וקובע שמדובר בחוזה עבודה שיש לו תוצאות משפטיות מיוחדות ובלתי רגילות, הן מבחינת הגבלת החופש המקובל להשתחרר מחוזה העבודה ואין מבחינת הנטל המוטל על הצדדים במקרה של הפרת חוזה. בחוזים לתקופה קצובה ניתן פיצוי מלא על ההפרה (= כלומר, חישוב הפיצוי מבוסס על ההפסד בשכר שנגרם לצד המקיים (במקרה שלנו העובד) ע"י הצד המפר (המעסיק), כלומר שכר ונלווים בניכוי סכום שהעובד השתכר באותה תקופה או שיכול היה להשתכר בשקידה סבירה. לכן, נקבע שבכפוף לחובת הקטנת הנזק ע"י התובע, הנתבעת תשלם לתובע פיצוי בגין הפרת הסכם העבודה שנחתם איתו לתקופה קצובה בסך של 42,000 ₪ כאשר החישוב הוא של הפרש בין שכר העבודה שהתובע היה אמור לקבל מהנתבעת לבין דמי האבטלה ששולמו לו (העובד הקטין את הנזק ע"י דמי האבטלה לכן שולם לו סכום בהתאם).

3. חוזה לביצוע עבודה מסוימת – התמחות:

יגאל הלפרין נ' הסתדרות מדיצינית הדסה – במסגרת התמחות לא ניתן לדרוש פיצויי פיטורין ולסווג את החוזה כחוזה לתקופה קצובה - היה מדובר במתמחה לרפואה שהתמחה במשך שנה בביה"ח הדסה כנדרש. לאחר סיום ההתמחות תבע פיצויי פיטורין בהתבסס על סעי' 9 לחוק פיצויי פיטורין שקובע כי עובד שמועסק על פי חוזה לתקופה קצובה והתקופה הסתיימה זכאי לפיצויי פיטורין. **ביה"ד קבע** כי המתמחה אכן היה עובד אבל הוא לא הועסק בחוזה לתקופה קצובה. התובע התקבל לעבודה לא לתקופה קצובה למרות שהיה תחום זמן לעבודתו (זמן של שנה) אלא הוא התקבל למשימה מוגדרת להתמחות ברפואה כנדרש לקבלת רישיון לעסוק ברפואה. משהושגה המטרה הסתיימה ההתמחות ולא הייתה כל אפשרות מצד המעסיק להציע לו חידוש של החוזה. החוזה שנקשר מעצם מהותו לא ניתן היה לחידוש ולכן הערעור נדחה.

פרג' שחורי נ' בלנבה – עובד שלאחר ההתמחות המשיך לעבוד באותו משרד זכאי לפיצויי פיטורין גם על

תקופת ההתמחות והחישוב יעשה בהבחנה בין שתי התקופות (תקופת ההתמחות, תקופת העבודה): מדובר ברואה חשבון שהתמחה במשרד מסוים והמשיך לאחר מכן לעבוד כרואה חשבון באותו משרד ולאחר שהמשיך לעבוד תקופה מסוימת פוטר מהעבודה. השאלה הייתה: האם הוא זכאי לתשלום פיצויי פיטורין על תקופת ההתמחות?

ביה"ד קבע למרות שההתמחות היא משימה מוגדרת שעם סיומה המתמחה אינו זכאי לפיצויי פיטורין, הרי שמאחר והמתמחה המשיך לעבוד ברציפות במשרד לאחר סיום ההתמחות אז קמה לו הזכאות לפיצויי פיטורין לגבי כל תקופת העסקה כולל ההתמחות.

במקרה זה חישוב פיצויי הפיטורין יעשה לגבי תקופת ההתמחות לפי המשכורת האחרונה באותה תקופה ולגבי התקופה של המשך עבודתו כרואה חשבון על פי שכרו האחרון בתקופה השנייה וכל זאת בתנאי שמתקיים שוני יסודי באופן העסקה בשתי התקופות, אם לא חל שינוי באופן העסקה יש לחשב את הפיצויים לפי השכר האחרון בתקופה השנייה לגבי כל תקופת העבודה.

הקשר בין חוזה אישי להסכם קיבוצי:

אין חובה לחתום על חוזה אישי מיוחד לצורך תחולת הוראות ההסכם הקיבוצי.

ד"ר שלמה ברק נ' עיריית ת"א – המרכז הרפואי ע"ש סוראסקי – הנתבעת לא פעלה לקלוט את העובד כזמני/קבוע ולא החתימה אותו על חוזה עבודה אישי מיוחד ולכן יחול ההסכם הקיבוצי: התובע הוא רופא שיניים וכירורג פה ולסת והוא הועסק בתור כונן חוץ (אין לו תקן בביה"ח) בביה"ח איכילוב אצל הנתבעת במשך כ- 15 שנים רצופות. הוא הגיש תביעה לקבלת זכויות נלוות שנובעות מהסכמים קיבוציים שחלים על רופאים המועסקים אצל הנתבעת, הוא הסתמך על פסיקה בעבר שקבעה כי יש להחיל את הסכמי הרופאים גם על עבודה של כונני חוץ. הנתבעת טוענת כי התובע לא נקלט לעבודה בביה"ח בתקן קבוע / זמני והיא מסתמכת על פסיקה שקבעה שהעסקה של תורן/כונן חוץ לא נחשבת לעבודה קבועה או זמנית אלא למשרה לסירוגין.

ביה"ד קבע כי העובדה שהנתבעת לא פעלה לקלוט את התובע בתקן זמני או קבוע במשך כל שנות העסקתו ולא החתימה אותו על חוזה עבודה אישי מיוחד, אינה יכולה לשמש צידוק לכך שההסכם הקיבוצי לא חל עליו. אין מחלוקת כי התובע הועסק בנתבעת ככונן חוץ במשך כ-15 שנה במהלכם ביצע 4 כוננויות מידי חודש ולכן ההסכם הקיבוצי חל עליו.

החלת עקרון תום הלב – על פי איזה דין בוחנים את חוזה העבודה?

מאחר ואין חוק חוזה עבודה למרות שהיו הצעות חוק חוזי עבודה, הרי שעל החוזה הזה חלים דיני החוזים הכלליים. יש לזכור כי חוזי העבודה הוא קודם כל חוזה ולכן חל עקרון תום הלב. כלומר, על פי ס' 12 לחוק

החוזים נדרש מהצדדים לחוזה לנהל מו"מ בתום לב ועל פי סעיף 39 לחוק נדרש לבצע את החיובים החוזיים בתום לב.

אסתר פרידמן נ' אודיס אביזרי השקיה- ביה"ד מחיל את עקרון תום הלב כבר עם תחילת עבודתו של העובד ופוסק פיצויים מכוח ס' 12 + 39 לחוה"ח: היה מדובר בעובדת שהועסקה אצל המשיבה והיא התפטרה כשלושה וחצי שבועות לאחר תחילת העבודה. לטענתה, לא נערכה לה חפיפה בעבודה כפי שהובטח לה והסתבר לה כי מנהלת הכספים שהייתה אמורה לפרוש לא מתכוונת לעשות זאת אלא בכוונתה רק להפחית את שעות עבודתה, בעוד שהתובעת הייתה אמורה להחליף אותה. לטענתה, היא עזבה מקום עבודה קודם שבו השתכרה בסך של 17,000 ₪ מאחר והיא ראתה את הפוטנציאל בעבודה אצל הנתבעת. היא הגישה תביעה לתשלום דמי מחלה שלא שולמו לה, הפרשות וכספים לביטוח מנהלים ופיצוי בגין אובדן השתכרות כיוון שהיא נאלצה לעזוב את מקום העבודה הקודם שלה בסך של 24 חודשי עבודה בסך 172 אלף ₪, והלנת שכר. לטענת הנתבעת, הנתבעת התבקשה לגייס עובד בעל ניסיון בנייהול כספים למשרת מנהל כספים מאחר ומנהלת הכספים של הנתבעת מתכוונת לצאת לגמלאות. הנתבעת סיימה את עבודתה במקום הקודם ללא קשר לעבודה אצל הנתבעת, אלא מסיבה אחרת. התובעת נעדרה רבות מעבודתה וכשהיא הגיעה לעבודה לא עמדה במכסת השעות הנדרשת ובנוסף לנתבעת נתגלה כי התובעת נעדרת יכולת מקצועית לביצוע העבודה.

ביה"ד החליט לקבל את התביעה בחלקה במערכת יחסי עבודה על הצדדים לנהוג זה בזה בהגינות, ביושר, ובתו"ל. עקרון תום הלב הוא בעל משמעות יתרה כבר עם תחילת עבודתו וקליטתו של העובד. מצד אחד, העובד מצפה לסביבה תומכת המוכנה לקבל אותו בלב שלם ובנפש חפצה ומצד שני, הארגון מצפה ממנו לשמור על רמת מוטיבציה גבוהה, לנאמנות, למחויבות ולתמורה יעילה ונמרצת.

משמעות הדברים היא, **שהשילוב של העובד בארגון מחייב את המעסיק לפעול במקביל ב-3 מישורים :**

א. עליו לספק תשתיות פיזיות ואדמיניסטרטיביות לעובד, כלומר מקום ישיבה נאות, כלים וציוד עבודה, מקום חניה וכו'.

ב. מוטל על המעסיק להדריך את העובד, לפתח בו את כישורי העבודה הנחוצים לביצוע תפקידו ולהכיר לו את עולם התוכן של הארגון.

ג. על המעסיק לטפל גם בהיבט הנפשי והחברתי של הקליטה, כלומר לדאוג כי תתקיים מערכת יחסים תקנית בין העובדים, לערוך חפיפה מסודרת עם בעל התפקיד הקודם, לנהוג בהגינות כלפי העובד ולסייע בקליטתו החברתית בעבודה.

במקרה שלנו - מהעדויות עולה כי על פניו הנתבעת פעלה כדין שכן על פי הסכם העבודה היא לא הפרה כל התחייבות, אבל מתחת לפני השטח מצטיירת תמונה שונה: מנהלת הכספים הקודמת עדיין לא פרשה מהעבודה למרות שנאמר לתובעת שתחליף אותה, מנהלת הכספים לא ערכה כל חפיפה לתובעת, הנתבעת טענה גם כי לא ניתן לה מקום חניה, היא גם טענה ששכרה שולם לה רק ב-15 בחודש וזו הלנת שכר. הנתבעת שילמה את ימי המחלה וההפרשות לביטוח מנהלים לתובעת רק לאחר ישיבת קדם המשפט בתיק ולכן בנסיבות אלה ומאחר והלכה למעשה לא ניתנה לתובעת הזדמנות נאותה להיקלט בנתבעת, הנתבעת תשלם לתובעת פיצוי בסך 2 משכורות 26 אלף ₪ וכן סך של 5 אלף ₪ בגין הלנת שכר.

דב"ע נג' 3-40 חברת איסטרוניקס בע"מ נ' גרופנקל – חובת הגילוי בראיון חלה על המעסיק וגם על העובד, במקרה הנדון למרות שהעובדת לא גילתה היא נהגה בתו"ל ופסק לה פיצויים: העובדת (המשיבה) התקבלה לעבודה אצל המעוררת (חברת איסטרוניקס) לאחר שעברה בהצלחה ראיון עם מנהל החברה. סוכם שכרה ותאריך תחילת עבודתה. לאחר 10 ימים היא נפגשה גם עם מנהל המחלקה שבו היא תעבוד אבל לאחר מס' ימים נוספים הודיעו לה מהחברה כי עקב ראורגניזציה (ארגון מחדש) בחברה אין אפשרות להעסיקה. המעסיקה טענה שהעובדת הסתירה ממנה חלק ממקומות העבודה שבהם היא עבדה וכן את נסיבות סיום עבודתה. למשל, הסתבר שהעובדת לא גילתה שעבדה בעבר במשך 3 חודשים בחברת

דיגיטל, למרות שהתבקשה לכתוב בשאלון שהיא מילאה מקום עבודה קודם. **ביה"ד לעבודה התרשם** כי העובדת לא גילתה את מקום העבודה הקודם שלא בכוונה, אלא בתו"ל מאחר ועבדה שם רק 3 חודשים. **ביה"ד לעבודה דן בחובת תו"ל וקבע כי חובת תו"ל במו"מ לקראת התקשרות בחוזה עבודה (ראיון עבודה למשל) מטילה חובת גילוי הן על העובד והן על המעביד. העובד חייב לגלות למעביד עובדות חשובות ואפילו עובדות שהצד השני יכול לגלותן בכוחות עצמו, כגון: פרטים על ניסיון קודם, האם העובד נכשל בעבודה קודמת וכדומה. המעסיק חייב לגלות לעובד עובדות שניתן היה לצפות כי צד המנהל מו"מ יגלה אותן לצד השני. אין הכוונה לשעות עבודה, שכר וכד' שלגביהם אין ספק שחובה לגלות. אלא הכוונה, לחסרונות ולפגמים הידועים למעביד והקיימים במקום העבודה (למשל שהוא הולך לשבת במשרד בלי חלון שהוא ממ"ד). הוחלט לבסוף שהעובדת לא גילתה שלא בכוונה ולכן פסק לה פיצויים.**

ע"ב 5620/03 לינדה מאיר נ' שופרסל – חובת הגילוי המוטלת על הצדדים במו"מ לקראת העבודה צריכה להיות מפורשת וברורה הכוללת חובה גילוי לגבי קוד הלבוש בעבודה: התובעת הייתה **אופטמטריסטית שעבדה במחלקת האופטיקה בסניף בני ברק של שופרסל. מיד לאחר פתיחת סניף (חודשיים) היא פוטרה מעבודתה. היא הגישה תביעה על פיטורים שלא כדין בשל אפליה וחוסר תו"ל, היא טענה שבעת ראיון הקבלה שלה לעבודה לא נאמר לה דבר על דרישות ייחודיות שנובעות מהיותה עובדת בסניף בני ברק ולא נאמר לה דבר על דרישות לבוש מיוחדות שנגזרות מעבודה בסניף הזה. היא טענה שאילו ידעה על דרישות הלבוש בסניף היא לא הייתה מקבלת את הצעת העבודה. החברה טענה כי ההחלטה על פיטורי התובעת התקבלה משיקולים ענייניים בלבד בשל אי התאמה שבאה לידי ביטוי בקושי בקבלת מרות של הממונים עליה והתייחסה יחס לא נאות ללקוחות.**

השופטת גליקסמן קבעה שחובת הגילוי המוטלת על הצדדים במו"מ לקראת העבודה כוללת חובה גילוי לגבי קוד הלבוש בעבודה. בראיון העבודה וגם לפני תחילת עבודתה של התובעת בחברה לא נאמר לה כי עבודה בסניף בבני ברק תחייב אותה לקוד לבוש מסוים, דהיינו, לבישת חצאית. הנתבעת טוענת כי הדבר לא נאמר מאחר והוא נראה למרואיין כמובן מאליו. שכן, התובעת הייתה צריכה לדעת כי מאחר והיא שובצה לעבודה בעיר חרדית יהיה עליה להתאים את לבושה למקום העבודה ולקהל לקוחותיו. עוד היא טוענת שלא היה מדובר בהוראה גורפת של החברה שהתקבלה מראש אלא בהוראה שהוציא מנהל הסניף עם פתיחת הסניף. למעשה, העובדות נדרשו ללבוש חצאית גם מחוץ לסניף ולבוא מהבית לבושות בחצאית. שכן, הייתה בעיה שמא עובדת סניף נצפית נכנסת למקום העבודה לבושה במכנסיים. מכאן, כי מדובר בדרישה המחייבת את התובעת לא רק בשעות העבודה בסניף אלא גם בשעות שלפני העבודה ואחריה. אין מחלוקת כי יש לנהל מו"מ לקראת כריתת חוזה בדרך מקובלת ובתו"ל על פי ס' 12 לחוה"ח ואחר ההיבטים של חובת תו"ל בניהול המו"מ הוא חובת הגילוי כפי שנקבע בפס"ד איסטורניקס. **השופטת קובעת כי אין לקבל את טענת החברה כי מדובר בדרישה המובנת מאליה** כאשר מדובר בעובדת חילונית זו דרישה מהותית בנוגע לתנאי העבודה ולכן היה על החברה להבהיר לתובעת דרישה זו כבר בשלב של ראיון הקבלה לעבודה. אחר הגורמים העיקריים לפיטורי התובעת היה החיכוכים בינה לבין מנהל הסניף בנוגע ללבישת החצאית ובעיני מנהל הסניף הדבר נתפס כביטוי לבעיות משמעת ואי קבלת מרות. **ביה"ד פוסק לעובדת פיצוי בגובה של 2 משכורות על פי הסכם העבודה שלה בניכוי החזר הוצאות נסיעה ולכן גובה הפיצוי היה 19,000 ₪.**

שינוי חוזה עבודה

לפעמים מתעורר הצורך לערוך שינויים במקום העבודה למשל בנוגע לשכר העבודה של העובד, לתפקיד שהוא ממלא, למיקום הגאוגרפי של העסק וכדומה. ואז מתעוררת השאלה: האם המעסיק יכול לבצע באופן חד צדדי שינויים כאלו או שהוא צריך לקבל את הסכמתו של העובד לשינוי?
קיימים שני כללים:

1. **תנאי מוסכם ניתן לשינוי רק בהסכמה** : אם זה מהווה חלק מחוזה העבודה של העובד, המעסיק לא יכול

להחליט שיום אחד הוא מקיים אותו ויום אחד לא.

בג"ץ 293/83 מילפלדר נ' בד"ע – כבאים (קיצור מנוחה) לא נדרש שהתנאי המוסכם יהיה בכתב, במקרה שבו התנאי עולה מהנסיבות על המעסיק לשנות את התנאי בהסכמת העובד: נקבע כי **תנאי מוסכם ניתן לשינוי רק בהסכמה של העובד והמעביד גם יחד**. לכן, אין זה משנה אם התנאי סוכם בשלב הראשוני כאשר החוזה נוסח או שהוא תוצאה של הסכמה מאוחרת יותר שהתקבלה במהלך העבודה. אין זה משנה גם אם התנאי סוכם בע"פ, בכתב, במפורש או במשתמע.

בפס"ד הזה דובר בכבאים שעבדו במשמרות וקיבלו מנוחת פיצוי בת 36 שעות תמורת עבודה במנוחה השבועית. כלומר, אם אתה עובד שבת אז אתה מקבל 36 שעות חופש במקום השישי שבת שעבדת. בעקבות דיון בוועדות מסוימות הוחלט לקצר להם את מנוחת הפיצוי ל-25 שעות. הכבאים הגישו תביעה שעברה את כל הערכאות. נקודת המוצא של הדיון הייתה שאורך מנוחת הפיצוי הפך להיות לחלק מחוזה העבודה האישי שלהם למרות שלא היה להם חוזה בכתב. בג"ץ הבחין בין מצב שבו המעסיק רוצה לסיים את החוזה כולו ואז הוא יכול לעשות זאת באופן חד צדדי, בתנאי שהוא ייתן הודעה כדין ויפעל בתו"ל לבין מצב שבו הוא רוצה לשנות הוראה ספציפית בהסכם כמו במקרה הזה ואז עליו לקבל את הסכמת העובד.

בסע"ש 1578-06-13 אילן כהן נ' פירות ומשתלות בן דור בע"מ – לא ניתן לכפות על עובד שינוי בתפקיד שלא הוסכם בחוזה העבודה והדבר יגרור פיצוי, על המעסיק להראות שהשינוי הוא לגיטימי וחלק מהפרורגטיבה שלו: התובע עבד אצל הנתבעת בעיקר כנהג משאית במשך 8.5 שנים, התעוררה מחלוקת אם הוא פוטר או התפטר. לטענתו הוא פוטר והוא הגיש תביעה לתשלום של זכויות שונות שנובעות מעבודתו. מה שהיה זה שהנתבעת נקלעה לקשיים ופיטרה את חלק מהעובדים והיקף העבודה שלה ירד באופן משמעותי, כך שלא יכלה לספק לתובע עבודות נהיגה ולכן לטענת הנתבעת היא הציעה לו על מנת שלא לפגוע בו ולהמשיך את העסקתו לעבוד בעבודות חקלאיות במשתלה. לחילופין הוצע לו לצאת לחל"ת לשלושה חודשים. העובד סרב לכל ההצעות, לא התייצב לעבודה וטען שמדובר בפיטורים והנתבעת טענה שמדובר בהתפטרות.

ביה"ד קבע כי עבודתו של התובע הייתה כנהג משאית, היא כללה גם העמסה של הציוד ועבודות טכניות קלות. התובע לא היה מעוניין לבצע עבודות חקלאיות אחרות. ביה"ד מצטט את הכלל שנקבע במילפלדר **שעל פיו צד שהיה חלק מחוזה העבודה לא יכול להשתנות באופן חד צדדי**. שינוי כזה יכול להיחשב כהצעת חוזה עבודה חדש שרק אם יהיה עליו קיבול מהצד השני ייחשב לחוזה חדש. לכן, במקרה שלפנינו הנתבעת לא הייתה יכולה לשנות את התנאים באופן חד צדדי ואם היא הייתה מעוניינת להביא לשינוי בשל מצוקה כלכלית שלה היא יכלה להציע את השינוי לתובע ולראות אם הוא מוכן לקבל את ההצעה. מאחר והתובע לא הסכים להצעה הרי שההתעקשות של הנתבעת על שינוי החוזה משמעותה הפרה של חוזה העבודה, מדובר בשינוי מהותי שהיא לא יכלה לכפות על העובד והיא גם לא יכלה לכפות יציאה לחל"ת. היות והכלל הוא ששינויים בחוזה עבודה אמורים להיות מוסכמים, הרי שכאשר מתעורר ספק אם שינוי חד צדדי הוא הפרה של החוזה, על המעסיק לשכנע שהשינוי אכן לגיטימי והוא חלק מזכות הניהול שלו כך שאינו אמור להיחשב כהפרת החוזה.

כלומר, כשיש שינוי שפוגע בזכויות מהותיות של העובדים על פי חוזה העבודה יכול המעסיק לבצע את השינוי רק אם יש הסכמה של העובד לכך. במקרה הזה מדובר היה בשינוי משמעותי – מנהג לעבוד חקלאות – והתובע היה רשאי לא להסכים לכך ולא ניתן לכפות עליו את השינוי וכתוצאה מכך נפסק שהוא זכאי לפיצויי פיטורים ולעוד זכויות מסוימות בסך כולל של 124,000 ₪.

דרך לשנות תנאי מוסכם באופן חד צדדי : היא באמצעות פיטורי העובד והעסקתו מחדש באמצעות עריכת חוזה חדש כמו שקרה **בפס"ד עיריית תל אביב נ' רות מוטס** – פיטורים והעסקה מחדש מהווים

חוזת עבודה חדש: היה מדובר במורה שהייתה זכאית לשכר של שתיים עבור כל שעת עבודה שלה בבית ספר (שכר כפול) על פי הסכמה בלתי כתובה. העירייה לא הייתה מעוניינת להמשיך בתשלום, היא פיטרה את העובדת בסמוך לסוף שנת הלימודים ובסוף תקופת הקיץ הציעה להעסיקה מחדש על פי חוזת חדש שלא כלל את התנאי של כפל תשלום לשעה. העובדת החלה לעבוד בצורה החדשה ולא קיבלה כמובן תשלום כפל והגישה תביעה. **ביה"ד קבע** כי בהסכמתה של העובדת לעבוד והתחלת עבודתה לפי הצעה החדשה של העירייה ללא תשלום כפל, נכרת למעשה חוזת עבודה חדש.

2. **תנאי לא מוסכם ניתן לשינוי באופן חד צדדי** – תנאי לא מוסכם זה תנאי שהמעסיק קבע במסגרת זכות היתר הניהולית שלו = פררוגטיבה. למשל – המעסיק קובע את שיבוץ העובדים, העלאת שכר, מיקום גיאוגרפי ועוד. **תנאים כאלו המעסיק מוסמך לשנות באופן חד צדדי אבל עליו לפעול בתו"ל כמובן ולא באופן שרירותי.** **החריג הוא**: אם בחוזת העבודה נקבע במפורש שהעובד נשכר לתפקיד מסוים אז המעסיק מנוע מלשנות זאת באופן חד צדדי.

עב' (ת"א) 6768/05 קרן כהן נ' עיריית הרצליה – כאשר מדובר בתנאי לא מוסכם וחל שינוי מוצדק בתפקיד, מדובר בשיקול דעת והפררוגטיבה של הרשות וביה"ד לא יתערב: התובעת עבדה מס' שנים כמזכירה בבית ספר בהרצליה. בשלב מסוים העירייה החליטה להעביר אותה לתפקיד של מזכירה ביחידה לתרבות הדיור. ההעברה נעשתה חודשיים לאחר שהוגשה נגד התובעת תביעה לביה"ד למשמעת של עובדי הרשויות המקומיות בטענה שהיא דיווחה דיווח כוזב על היקף שעות העבודה. התובעת טענה שמשמעות העברתה מתפקידה כאשר מתנהלים נגדה הליכים משמעתיים מהווה הרעת תנאים ועשיית דין עצמי. **השופטת חנה בן יוסף מסכמת את ההלכות בנושא הזה**:

- א. במסגרת כוחו של המעסיק לנהל את עסקו על הצד הטוב ביותר הוא מוסמך גם להעביר עובד מתפקיד לתפקיד וזאת בכפוף למגבלות שחלות עליו מכוח חוק, הסכם קיבוצי או חוזת אישי.
 - ב. סמכותו של המעסיק להעביר עובד, אבל – הוא לא רשאי לשנות את מעמדו ותפקידו של העובד בחוסר תו"ל ובצורה לא סבירה.
 - ג. כללי הצדק הטבעי מחייבים כי אין לשנות תפקידו של עובד מבלי להיוועץ בו מלכתחילה כמו שימוע.
 - ד. כאשר מדובר בהעברת עובד ממשרה למשרה, ביה"ד לא יחליף את שיקול הדעת של הרשות בשיקול דעתו אלא יבחן אם שיקול הדעת של הרשות עומד באמות המידה שנקבעו.
- במקרה הזה אומרת השופטת, העירייה הפעילה את זכות היתר הניהולית שלה מתוך שיקול דעת ענייני ובשל הצרכים הארגוניים והתקציביים שלה, לא נמצא פגם בהחלטת העירייה למרות סמיכות הזמנים בין הגשת התביעה המשמעתית נגדה לבין ההחלטה לנייד אותה. התובעת גם אישרה בחקירתה כי היקף המשרה שלה, השכר ותנאי העבודה שלה לא השתנו.

דב"ע נצ 86-3 יוחנן גולן נ' אי.אל.די בע"מ – כאשר נעשה שינוי בתנאי העבודה והעובד ממשיך לעבוד ומשלים עם השינוי (8 חודשים זה עיכוב בלתי סביר) לכן עולה כי העובד השלים עם תנאי החוזת החדש: העובד הועסק לפי חוזת עבודה אישי שלפיו הוא השתכר בסכום מסויים ולא היה כתוב את היקף משרה שלו. לאחר מס' שנים שינה המעסיק את שיטת חישוב השכר שלא לפי ביצוע העבודה אלא לפי שעות בפועל והחליט שמאחר שהעובד עבד פחות שעות ממשרה מלאה שכרו צריך להיות נמוך יותר ואז בעצם למרות שהוא ממשיך לבצע את אותה עבודה השכר שלו ירד. המערער מוחה בפני המעסיק על השינוי בשכר וקיבל דחייה על טענה זו אבל הוא לא הגיש תביעה ולא התפטור והמשיך לעבוד ככה 8 חודשים על פי השכר החדש ורק לאחר שהוא פוטר הוא הגיש תביעה וביקש החזר שכר על הפרשים במהלך ה-8 חודשים האלו.

ביה"ד אומר כי **הכלל הוא** כי עיכוב של מס' חודשים בין ההפרה היסודית של חוזת העבודה לבין הגשת תביעה אינו מנתק את הקשר ביניהם משום שלפני הגשת תביעה יש לצפות מהעובד לבדוק את זכויותיו

ולשוחח עם הממונים עליו. לכן, **עיכוב סביר** בהגשת התביעה אינו מהווה ויתור של העובד על זכויותיו או כריתת חוזה עבודה חדש. עם זאת, **עיכוב בלתי סביר** מצביע על השלמה של העובד עם תנאי השכר החדשים שלו.

במקרה הזה ביה"ד הגיע למסקנה **שהעובד הסכים לשינוי החד צדדי בתנאי שכרו וזאת מהסיבות הבאות:**

א. העובד **ידע מיד** על ההפרה – מדובר בעובד בעל השכלה שמבין ישירות את תלוש השכר שלו.

ב. הגשת התביעה היא **תגובה על פיטוריו** ולא נעשתה רק על מנת לקבל את הפרשי השכר.

ג. עברו 8 חודשים והדבר מצביע על **השלמת המערער עם תנאי החוזה החדש**.

ע"ע 7549-12-13 אורט ישראל נ' מירי רז – ניווד עובדים מתפקיד מוגדר כזכות ניהולית של המעסיק, אך

משהוגדר השכר – לא ניתן לשנותו ללא הסכמת העובד: המשיבה עבדה **כמנהלת מחלקת הכנסות במנהל**

הכספים. לאחר 27 שנות עבודה היא **זומנה לשימוע בשל ליקויים בתפקודה**. מאחר ווועד העובדים התערב

בעניין הוחלט **בסופו של דבר שלא לפטרה אלא להעבירה לתפקיד של מנהל אדמיניסטרטיבית בבית ספר**

אורט בכפר סבא. **המשיבה הסכימה לעצם המעבר לתפקיד**, אבל **השכר ששולם לה בתפקיד החדש היה**

בערך 17,000 ₪ והוא **נמוך בהרבה מהשכר ששולם לה לפני שהיה בגובה 24,000 ₪**. **המחלוקת שביה"ד**

היה **אמור לדון בה היא גובה השכר שיש לשלמה והאם היא זכאית לרכב צמוד כמו שהיה לה בעבודה**

הקודמת. **העובדת טענה** שהמעסיק לא רשאי לערוך שינוי מהותי בחוזה העבודה באופן חד צדדי והיא לא

נתנה מעולם את הסכמתה להפחתת השכר.

ביה"ד קבע שלא ניתן להפריד באופן מלאכותי בין ההחלטה לניידה (להעביר אותה לתפקיד) לבין ההחלטה

על קביעת השכר בתפקיד החדש, משום שהדברים משולבים אחד בשני. **המעסיקה לא הייתה רשאית**

להעביר את העובדת לתפקיד ללא הסכמתה וגם לא הייתה רשאית להוריד לה את השכר ללא הסכמתה כי

הוא תנאי יסודי בהסכם העבודה שלה. בפועל, **העברת התפקיד נעשתה בהסכמה אבל לא ניתנה הסכמה**

לתנאי השכר החדשים והעובדת צודקת שאסור היה לפגוע בשכרה ללא הסכמתה מכוח החוזה שלה.

לעומת זאת, באופן כללי **ניוד עובדים מתפקיד לתפקיד מצוי במסגרת הזכות הניהולית של המעסיק**, אבל

הוא כפוף למגבלות מכוח הסכם קיבוצי או חוזה אישי והמעסיק צריך לקבל את ההחלטה בתו"ל,

משיקולים ענייניים ועליו לקחת בחשבון את ההשלכות שלה על העובד. **במקרה הזה ביה"ד קובע שהעובדת**

תישאר עם השכר הגבוהה – למעט סך של 3,000 ₪ שניתן כתוספת ניהולית ספציפית בשל ביצוע תפקיד

מסוים – מאחר והיא כבר לא תהיה בתפקיד ניהולי שכזה.

פרק 9: זכויות עובד אגב סיום יחסי עבודה

א. סיום יחסי עבודה- כללי
ב. פיטורין והתפטרות

ג. שימוע

דף הוראה מספר 8-

הרעיון בא מהמשפט המנהלי הרעיון הוא שאם רשות רוצה לקבל החלטה שהיא בעצם לרעת העובד אז היא צריכה לשמוע אותו קודם לפני שהיא מקבלת החלטה. בנוגע לדיני עבודה, מדובר לא רק על עניין פיטורין אלא על כל שינוי לרע. בכל מקרה של כוונה לשנות שינוי כפוי את תנאי עבודתו של העובד וודאי כשמדובר על סיום יחסי עבודה שלא מרצונו של העובד יש לאפשר לעובד לומר את דברו. מעסיק שחלים עליו הכללים של המשפט המנהלי או כיום גם המעסיק בסקטור הפרטי מחויב לתת למועמד לפיטורין הזדמנות אמיתית להשמיע את הטענות שלו, כשהדגש הוא על הזדמנות אמיתית. חובת השימוע מושרשת במשפט המנהלי שבו רשות חייבת לשמוע את הטענות של הצד השני וזכות השימוע היא חלק מכללי הצדק הטבעי שעל פיהם לא חורצים דינו של אדם מבלי להזמין אותו תחילה לערוך את הגנתו.

ע"ע 300353/98 יוסף הרמן נ' סונול ישראל בע"מ: היה מדובר על עובד שהודיע שהוא חולה וזכה לחופשת מחלה ארוכה שבמהלכה הוא עבד עבודות פרטיות. כאשר התגלתה התרמית הוא פוטר והמשיבה שזאת המעסיקה רצתה לפטר אותו ללא תשלום פיצוי פיטורין. התעוררה גם שאלה של תקפות הפיטורין ועריכת שימוע.

בית הדין קבע כי זכות השימוע קיימת גם במקרים שבהם לא חלה על המעסיק החובה להתייעץ עם נציגות ארגון העובדים לפני הפיטורין. בבסיס חובת השימוע עומד הרציונל שלפיו אין זה הוגן להטיל על העובד סנקציה חמורה שפוגעת בהכנסתו מבלי שהוא יקבל הזדמנות להציג את עמדתו לפני קבלת ההחלטה על פיטוריו.

פיטורין של עובד ללא שימוע בנסיבות חמורות וקיצוניות עשויים לזכות אותו בסעד של החזרה לעבודה, אבל זה במקרים די קיצוניים - **ע"ע 109/08 מרכז החינוך העצמאי לתלמודי תורה ובתי ספר יעקב בא"י נ' עובדיה בן נון** - המשיב עובדיה בן נון שימש במשך 17 שנה כמנהל בית ספר ששייך לרשת בתי הספר של המערער. לטענת המפקח הוא הושעה מתפקידו בשל כך שהוא לא דיווח למפקח ולמנכ"ל המערער על מעשים מיניים שהתקיימו בין כותלי בית הספר בין מורה לבין מזכירת בית הספר. בעקבות ההשעיה הגיש המשיב לבית הדין לעבודה בקשה דחופה להכריז על השעייתו כבטלה ולהשיב אותו באופן מידי לעבודה. בדיון בבית הדין הסתבר שהמשיב הושעה לאלתר (באופן מידי) ומבלי שקיים לו הליך של שימוע, לכן בהסכמת הצדדים השאלה בנוגע להמשך עסקתו של המנהל עברה לוועדת שימוע ששמעה את הצדדים והחליטה להשעות את המנהל עד סוף שנת הלימודים. לקראת סוף שנת הלימודים המנהל הוצא לשבתון ולאחר מכן הוא קיבל מכתב על סיום העסקתו. בעקבות ההודעה על סיום העסקתו חזר המנהל ופנה לבית הדין האזורי לבקשת צו למניעה זמני למניעת פיטוריו. ההחלטה על השבתון וההחלטה על הפיטורין שלו היו ללא הליך שימוע כנדרש.

המערער טוענת שדי בשימוע שקיימה וועדת השימוע מול המנהל בזמנו והחינוך העצמאי, לא נדרש לערוך לו שימוע נוסף לפני הפיטורין שכן מדובר בשרשרת אירועים אחת שקשורה לאותו עניין.

בית הדין דחה את הטענה הזו והוא אומר שמדובר בשני הליכים נפרדים בזמן ובמהות, **השעיה לא דומה להוצאה לגמלאות או לפיטורין כי ההליך ההשעיה הוא הליך זמני מטבעו והוצאה לגמלאות או לפיטורין**

הם הליכים בלתי הפיכים, כי המשמעות שלהם היא הפסקת ההתקשרות בין הצדדים לצמיתות.

לכן אומר בית הדין שהפיטורין של המנהל נעשו ללא שימוע כך שהוא לא יכל לעלות את טענותיו בעניין הפיטורין. בית הדין מתבסס על **פסיקה בעבר** שקבעה שניתן לרפא פגם של הפסקת עבודה ללא שימוע

בדרך של קיום שימוע מאוחר, זאת בכפוף לכך שהשימוע נעשה בתו"ל, בנפש חפצה ותוך נכונות לשקול מחדש את ההחלטה. הדברים אמורים במיוחד במקום שבו השימוע המאוחר התקיים ע"פ הסכמת בעלי הדין ונערך ע"י אדם שלא היה מעורב בהודעה על הפסקת העבודה מלכתחילה. במקרה שלנו השימוע שנערך למנהל בעניין הרשעתו לא עונה על הקריטריונים האלה ולכן השימוע של וועדת השימוע אינו מרפא את הפגם של היעדר שימוע לפני הפיטורין. לכן המסקנה של בית הדין היא שהפיטורין של המנהל ללא שקדם להם הליך שימוע הם פיטורין שלא כדין. במקרה הזה בית הדין החליט לתת צו אכיפה כלומר להחזיר את המשיב לעבודה כמנהל אבל בבית ספר אחר.

המשמעות של שימוע –

היא מתן אפשרות לעובד לשכנע שהקריטריונים שנקבעו לפיטורין לא חלים עליו, זכותו של העובד לדעת מה הן הטענות שמועלות כנגדו ובהתאם לתת את תגובתו. קיומו של שימוע מיועד לא רק לשמוע את מה שיש לעובד לומר אלא גם לשקול שנית את שינוי הסטטוס שלו לאחר שמיעת טענותיו. זכות לשימוע בדיני עבודה החלה לגבי מעבידים במגזר הציבורי, משרדי ממשלה, עיריות, חברות ציבוריות, גופים שנותנים שירות לציבור וכו', אבל ביותר מ-10 שנים האחרונות בית הדין לעבודה החל להחיל את עקרון השימוע כחובה גם על מעסיק פרטי. התפנית הזאת חלה בפסיקה בפרשת ע"ע 1027/01 ד"ר יוסי גוטרמן נ' המכללה האקדמית עמק יזרעאל (2003) – הרחבת חובת השימוע על כלל המעסיקים: המערער התמנה לדרגת מרצה בחוג למדעי ההתנהגות במכללה האקדמית עמק יזרעאל למשך שנתיים ימים. לאחר תום השנתיים ולקראת שנת הלימודים שלאחר מכן המכללה החליטה לערוך שינויים בחוג למדעי ההתנהגות ועלתה על הפרק השאלה של חידוש המינוי של גוטרמן כמרצה במכללה. נשיאת המכללה קיבלה את המלצתו של פרופ' הולנדר לא להאריך למערער את המינוי והוא קיבל הודעה בכתב חצי שנה מראש שהמינוי שלו לא יחודש יותר. למערער לא ניתנה הוראה בנוגע לנימוקים לכך שלא יחדשו לו את המינוי בתור מרצה ולא ניתנה לו גם אפשרות להשמיע את טענותיו לפני שהתגבשה החלטה סופית בעניינו, רק לאחר מעשה ובמסגרת חליפת מכתבים שהתנהלה עם בא כוחו של המערער שהביעה השגות כנגד ההחלטה ורק אז המערער הוזמן לשיחה אצל נשיאת המכללה לגבי אי הארכת המינוי שלו. הוא הגיש תביעה ובית הדין האזורי דחה את התביעה שלו. בית הדין האזורי קבע כי הכלל שלפיו המכללה חייבת לתת זכות טיעון לעובד לפני קבלת החלטה על פיטוריו, לא חל על המערער מאחר והוא הועסק כמרצה לתקופה קצובה וראוי להתייחס לתקופה הזאת כתקופת ניסיון, לכן על המכללה חלה לכל היותר חובת הנמקה ככל שהתבקשה לכך וההנמקה הזאת ניתנה לד"ר גוטרמן לבקשתו אומנם לאחר מעשה.

בית הדין הארצי השופטת נילי ארד החילה את חובת השימוע גם על מוסד אקדמי פרטי כמו המכללה האקדמית עמק יזרעאל ואמרת שבנסיבות אלה של קשר מתמשך הכולל סיכוי להמשך העסקתו של המרצה גם בעתיד קמה למרצה הזכות לדעת מבעוד מועד (לפני) את הסיבות העומדות ביסוד הכוונה לא להמשיך להעסיק אותו במכללה. כלומר האם נכשל בתכונותיו כמורה או כחוקר או ביחסי אנוש עם תלמידיו וכו'. בצד הזכות לדעת עומדת למרצה הזכות להציג את טיעוניו ואת גרסתו ולהזים חשדות שווא כנגדו. בקביעה זו השופטת ארד מרחיבה ומחילה את חובת השימוע בצורה מקיפה על כל מעסיק בכפוף לעריכת איזונים מתאימים בהתאם לשאלה אם מדובר במעסיק פרטי/ דו מהותי/ ציבורי. במקרה הזה בסופו של דבר הערעור התקבל והמכללה חויבה לשלם למערער פיצוי בסך של 65,000 ₪ שזה בערך 6 חודשי עבודה.

ע"ע 415/06 דני מלכה נ' שופר סל (15/7/09) – חוזרת על קביעתה שזכות השימוע חלה על כלל המעסיקים ובפרט כאשר מועלים חשדות נגד עובד: המערער הועסק כמנהל סניף בשופרסל במשך 14 שנים, הוא הגיש ערעור על פסיקת בית הדין האזורי שקבע כי הוא נטל ללא רשות 4 מוצרים מהסניף שאותו הוא ניהל ללא תשלום. היא קבעה שהפיטורין שלו נעשו שלא כדין ללא שימוע ורק בגלל שהוא סירב להיבדק במכונת אמת. בית הדין האזורי קבע בנוגע לפגמים שנפלו בשימוע כי הבירור שנעשה איתו היה באמת קצר ביותר

אבל זאת בשל ניסיונות התחמקות ואי שיתוף פעולה מצדו ולכן המסקנה שלו הייתה שבעצם לא נפל פגם בהליך השימוע. המסקנה הזאת הייתה מקובלת על בית הדין הארצי מבחינה עובדתית, אבל השופטת נילי ארד קבעה שבית הדין האזורי טעה שהוא קבע שזכות הטיעון של עובד שמועסק ע"י מעסיק פרטי היא לא באותו היקף כמו זכות הטיעון של עובד שמועסק ע"י מעסיק ציבורי. הלכה פסוקה היא כי זכות הטיעון היא זכות יסודית ובסיסית שעומדת לעובד במלוא עוצמתה כלפי המעסיק הפרטי באותו מידה שהיא עומדת לו כלפי המעסיק הציבורי והדו מהותי. זכות השימוע קיימת על אחת כמה וכמה כאשר המעסיק מייחס לעובד עבירת משמעת חמורה או עבירה של גניבה, במקרים אלה עלולות להיגזר על העובד סנקציות חמורות ביותר עד כדי שלילת זכותו לפיצוי פיטורין, בנוסף פגיעה בשמו הטוב ולכן המעסיק חייב לפרט בפני העובד את החשדות המיוחסים לו כדי שהעובד יוכל לנסות להפריך אותן.

תוצאות של אי עריכת שימוע-

עובד שפוטר מבלי שניתנה לו זכות שימוע הפיטורין הם שלא כדין (שזה לא כדין הרי העובד מקבל פיצוי פיטורין אבל בנוסף הוא יקבל פיצוי פיטורין על הפרת חוזה). אבל ביהמ"ש לא ממהרים לפסוק כי בכל מקרה שבו לא כובדה זכות השימוע הדבר יגרור סעד של אכיפת חוזה העבודה, כלומר סעד של החזרת העובד לעבודה. ביהמ"ש מתבססים על תורת הבטלות היחסית, כלומר יש מקום לבדוק את נסיבות המקרה ולשקול את חומרת ההפרה מצד המעסיק, כלומר השאלה היא מהו הנזק שנגרם לעובד משום שנמנע ממנו שימוע מוקדם ומה הסיכוי לתקן את הנזק בדרך של שימוע מאוחר.

בית הדין מתחשב גם בכללים הרגילים לגבי סעד האכיפה אשר נקבעו בפס"ד של גוטרמן נ' המכללה

האקדמית עמק יזרעאל:

1. האם מתעוררת בעיה מיוחדת בהחזרת העובד לעבודה בשל יחסי עבודה עכורים במקום העבודה?
2. הזמן שעבר מאז פיטורי העובד שלא כדין ועד הדיון בתביעה שלו לאכיפה?

בג"ץ 8505/96 ד"ר ארנון בונה נ' בית הדין הארצי לעבודה- לא ניתנה זכות שימוע כדין, התוצאה היא פיצויי פיטורין לא חזרה לעבודה: העותר הועסק ברפאל במשך 21 שנה, הוא ביצע שורה של תפקידים והוא זכה להערכה רבה בתקופת עבודתו, אבל בשנים האחרונות התרבו התלונות על התפוקה הירודה שלו והוא פוטר מבלי שניתנה לו זכות שימוע.

בית הדין האזורי ביטל את הפיטורין מאחר והם נעשו ללא מתן זכות שימוע והוא נתן צו אכיפה כלומר החזיר את העובד לעבודה. רפאל הגישה ערעור לבית הדין הארצי.

בית הדין הארצי קבע כי יש לתת לעובד פיצוי על פיטורין שלא כדין ולא להחזיר אותו לעבודה.

בעתירה לבג"ץ החליט ביהמ"ש לא להתערב בהחלטה של בית הדין הארצי והוא קבע שאומנם עובד ציבור שפוטר ללא זכות שימוע, פיטוריו אינם כדין אבל שאלה אחרת היא מה הן התוצאות שנובעות מכך שהפיטורין הם שלא כדין.

**באשר לתוצאות, בד"כ הסעד הוא ביטול החלטת הפיטורין אבל יש נסיבות שבהם העובד יקבל פיצויים וכך מתאים של ד"ר ארנון.

פגמים בשימוע-

השאלה היא האם ניתן לרפא פגמים בשימוע ע"י שימוע חוזר ?

בש"א (חיפה) 580/04 מוניר חלבי נ' משרד העבודה והרווחה ואח' - ניתן לרפא פגם בשימוע לקוי ע"י שימוע חוזר: המבקש עבד בעמותה שמפעילה מעונות בפיקוח משרד העבודה, הוא פוטר במכתב שבו צוין כי הפיטורין הם בהמשך לשימוע שנערך למבקש 6 ימים קודם לכן לאחר שהוא סירב להיכנס לשיבת צוות. למבקש נערך שימוע פעמים. השימוע ה-1 היה לקוי מאחר ולפני שהוא נערך לא הודיעו במפורש

למבקש מהי מטרת השימוע ומה הן התלונות שיש נגדו. **לכן נערך לו שימוע חוזר**. המבקש טען בבית הדין שלא יתכן שהשימוע החוזר הוא מרפא את הפגמים של השימוע ה-1. **בית הדין קבע** כי גם אם השימוע ה-1 היה לקוי הרי שבשימוע החוזר תוקן הפגם הזה, השימוע החוזר נעשה מתוך כוונה אמיתית וכנה לשמוע את התגובות של המבקש לטענות שהועלו נגדו והפסיקה כבר קבעה בעבר שימוע מאוחר יכול לרפא את הפגם שנפל בשימוע הלקוי כי אין זה סביר שעובד המועמד לפיטורין ייהנה מחסינות מפני פיטורין בגלל טעות מנהלית, לכן הבקשה שלו נדחתה.

עלתה השאלה כמה זמן מראש צריך לזמן את העובד לשימוע ?

ע"ע 620/07 דב גמליאל נ' חברת החשמל בע"מ (20/7/08) - צריך לזמן את העובד לשימוע בתוך פרק זמן סביר כדי שיוכל להתארגן (יום אחד לא יחשב כזמן סביר): המבקש עבד בחברת חשמל בתור עובד ארעי במשך 7 שנים, הוא פוטר ולאחר 5 שנים שלא עבד, חזר שוב לעבוד 10 שנים נוספות. ואז הוא פוטר כאשר לפני הפיטורין הוא זומן לשימוע שבו נכתב לו במכתב כי הוא מועמד לסיום עבודתו במסגרת תוכנית התייעלות וצמצום כוח אדם בחברה. נעשה לו שימוע ואז הוא ביקש לעכב את סיום העסקתו בחודשיים בגלל סיבות אישיות וחברת החשמל נענתה לכך. אבל הוא הגיש תביעה לבית הדין לעבודה. בית הדין קבע שאומנם הנימוק העיקרי לפיטורי המערער היה באמת מצורך הקיצוצים בכוח אדם, אבל אין מחלוקת שהפיטורין שלו נבעו בין היתר מכך שחלפו 10 שנים מתחילת עבודתו כעובד עראי והעובדה הזאת לא נמסרה למערער לפני השימוע. בנוסף ניתנה לו הוראה על השימוע יום אחד בלבד ולכן זכות השימוע נעשתה בחוסר ת"ל ונפסקו לו פיצויים בגובה 6 משכורות בבית הדין האזורי. **ביה"ד הארצי**: בערעור בית הדין דן בשאלה האם בכך שניתנה לעובד הודעה של יום 1 טרם השימוע נפל פגם בהליך הפיטורין ?

בית הדין קבע כי התשובה תלויה בנסיבות ועקרונית יש לתת למועמד המיועד לפיטורין פרק זמן סביר לפני השימוע, כי התראה כה קצרה עלולה להותיר את הרושם כי ההחלטה של המעסיק סופית. בנוסף גם לפעמים לצורך הכנה לשימוע נדרש מהעובד לאסוף הרבה מסמכים, לסדר את טענותיו ולפעמים גם לפנות לייצוג משפטי ואז יום אחד לא מספיק. במקרה שלנו במהלך השימוע העובד כלל לא העלה את הטענה שהוא קיבל התראה קצרה מדי, יחד עם זאת אין בעובדה שהמערער לא דרש בפועל את פרק הזמן הנוסף להיערכות לשימוע כדי לפטור את חברת החשמל ולכן יש לפסוק למערער פיצוי בגובה של 10,000 ₪.

ע"ע 28571-02-14 זנסקו נ' מ"י: כאשר ישנו סירוב לקיום שימוע מאוחר, נדרש מהמעסיק להשעות/לבטל את הודעת הפיטורין עד למיצוי הליך השימוע, הדבר אינו מהווה ויתור על זכות השימוע- היה מדובר על מורה קבוע שפוטר ממערכת החינוך. לתובע לא נערך שימוע לפני הפיטורין כאשר המעסיקה טענה שהוא תרם לזה חלק נכבד בשל עיכוב בהליך העיון במסמכים שהוא ביקש. הנתבעת גם טענה שהיא הציעה לתובע לערוך שימוע מאוחר והוא סירב ובסירוב זה היא ראתה וויתור על זכות השימוע. **בית הדין קבע** שכאשר המעסיקה לא הסכימה להשעות או לבטל את הודעת הפיטורין של התובע עד למיצוי הליך השימוע המאוחר, ההצעה שלה בעצם לא מהווה ניסיון אמיתי לתקן את המחדל ולא ניתן לראות בשימוע המאוחר כמרפא. לכן יש מקום לחייב את הנתבעת לשלם לתובע פיצוי כספי. מדובר בהליך של פיטורין פדגוגיים שהוא הליך בעל משמעות קשה לתובע וניתן היה לצפות שהנתבעת תנהל אותו במדויק בהתאם להוראות, לכן בית הדין חייב אותה לשלם לתובע פיצוי בגובה של 8 משכורות שלו.

חובת עריכת שימוע עוד טרם תחילת העבודה -

ע"ע ש 67436-06-16 ניר אפרים נ' משרד הבריאות (פס"ד חשוב!) ביה"ד מרחיב את חובת השימוע לגבי עובד שטרם החל את עבודתו בפועל אך נקבע לו מועד לתחילת העבודה: התובע הוא עו"ד שהתמודד על משרה למילוי מקום בנציבות הקבילות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי במשרד הבריאות. הוא עבר את ראיון

הקבלה בהצלחה ונקבע לו מועד לתחילת העבודה. זמן קצר לאחר מכן לפני שהוא החל את עבודתו הודיעו לו בשיחה טלפונית הממונה עליו שהיא לא תוכל להעסיק אותו משיקולי תקינה. עובדתית מסתבר שהוא לא התקבל בשל כך, אלא מאחר שהיה עו"ד אחר שהיה לו ניסיון יותר גדול והיא יכלה להעביר אותו לתפקיד שהיה מיועד לתובע.

בית הדין אומר שההודעה על סיום העסקתו נעשתה שלא כדין ובשים לב לתכליות של חובת השימוע יש לראות בתובע כמי שהועסק ע"י הנתבעת. לעניין קיום חובת השימוע כלפיו חלה אפילו אם טרם החלה העסקתו בפועל. הדברים מקבלים משנה תוקף בהתבסס על הקביעה כי גם אם לעובד אין תקופת ניסיון יש זכות להוכיח את כשירותו לתפקיד ועל המעסיק לתת לו הזדמנות אמיתית ובתו"ל מבלי שניתן לפטר אותו ללא סיבה נראית לעין תוך זמן קצר. בנוסף לא הוצג כל מסמך מטעם האחראים במחלקת משאבי אנוש בנתבעת לגבי בעיות בתקנים של הנתבעת, כך שההחלטה בעניינו של התובע הייתה בלתי נמנעת כמו שמנסה הנתבעת לטעון. לכן נפסק לתובע פיצוי בסך 10,000 ₪ שזה בגובה של משכורת חודשית אחת בנוסף פיצוי בסך 15,000 ₪ בגין עוגמת הנפש שנגרמה לו והוצאות משפט וטרחת עו"ד על סך 6,000 ₪ שך הכל 31,000 ₪ ועוד טרם התחיל לעבוד.

ד . אכיפת עבודה אישית

דף הוראה מספר 9 – סעדים עם סיום יחסי עבודה - אכיפה

חשוב לזכור ! כל פעם שהפיטורים הם שלא כדין ניתן לתבוע פיצוי על הפרת חוזה.

סעד של אכיפה :

סעדים עם סיום יחסי עבודה – אכיפה :

כאשר מתנתקים יחסי עובד – מעביד (בין אם מפוטר ובין אם התפטר), מתעוררת השאלה מהם הסעדים שיכול כל צד לתבוע בנסיבות האלה. עקרונית, מדובר על מגוון רחב של סעדים, כגון :

1. אכיפה שנועדה לכפות את המשך קיומם של יחסי עובד – מעביד, להחזיר את העובד המפוטר לעבודה.
2. הודעה מוקדמת לפני פיטורים או התפטרות - לא ניתן לפטר את העובד מהיום להיום ויש להודיע מסי ימים מראש לפני יום העזיבה.
3. פיצויי פיטורים – משכורת של חודש בשנה לפי מסי השנים שאני עובדת.
4. פיצויים כספיים בגין הפרת חוזה העבודה.
5. פדיון של זכויות נלוויות כגון: חופשה שנתית, דמי הבראה, כל הזכויות שמגיעות לפי חוזה העבודה.
6. הגבלת חופש העיסוק (תרגיל).

העובדה שיש הרבה סעדים לא אומרת שכל צד זכאי להנות מכולם, אלא זה תלוי בנסיבות :

1. מי יזם את ניתוק היחסים – האם העובד הוא שהתפטר או שהמעסיק פיטר אותו, או שיש אירוע מסוים כמו סיום תקופת התמחות/ פרישה לגמלאות או חדלות פירעון של המעסיק.
2. באיזה סוג של חוזה היה מדובר? כלומר, האם זה חוזה לתקופה קצובה (פרויקט מסוים לשנה וחצי) או שמא מדובר בחוזה לתקופה בלתי מוגבלת?
3. מהו מעמד העובד? האם זה עובד קבוע שבד"כ מועסק במשרה מלאה על פי תקן על פני תקופה רצופה וממושכת ויש לו את כל הזכויות, או שמא מדובר בעובד זמני או עובד בתקופת ניסיון שקל יותר לפטר אותם?

4. האם ניתוק היחסים בין העובד למעסיק היה כדון או שלא כדון? בעיקרון למעסיק יש זכות החלטי איזה עובדים הוא רוצה להעסיק ואיזה עובדים הוא רוצה לפטר. גם העובד רשאי מצדו להתפטר מהעבודה כרצונו. אבל, חרף האמור ישנן הגבלות על זכות היתר הניהולית של המעסיק לפטר עובדים כרצונו וגם על הזכות של העובד להתפטר, במידה והפיטורים או ההתפטרות תואמים את המגבלות אז מדובר על פיטורים או התפטרות כדון, במידה ולא, הם לא כדון.

הגבלות שיש על הפיטורים:

סוג א - הגבלות בחקיקה:

חוק עבודת נשים - אוסר על פיטורי עובדת בהיריון ללא אישור של הממונה על עבודת נשים במשרד העבודה.

חוק שוויון הזדמנויות בעבודה - אוסר על פיטורים של עובד בשל אפליה מסיבות שונות, כגון: מין, גיל, דת, גזע וכו'.

ע"ע 15-05-1613 מ. דיזינגוף בע"מ נ' נעמי מושקוביץ סקורצקי - ביה"ד קבע אילו שאלות ניתן לשאול בראיון - חוק שוויון הזדמנויות בעבודה: המשיבה היא עו"ד במקצועה, אם לשני ילדים קטנים, שומרת תורה ומצוות והיא נענתה לפרסום של המערערת באינטרנט לגבי משרה פנויה אצלה במחלקה המשפטית. המערערת קיימה מס' ראיונות (3) למשיבה ובסופו של יום לא קיבלה אותה לעבודה. כדי לבחון את ההתאמה של המשיבה למשרה, במהלך הראיונות ניתן דגש לאופי התובעני של המשרה שדורשת לטענת המערערת עבודה בשעות לא שגרתיות, זמינות מתמדת לעבודה והיעדרות מהבית לרבות לצורך נסיעות לחו"ל. במהלך הראיונות היא נשאלה שאלות רבות לגבי שני הילדים הקטנים שלה ולגבי הרחבה משמעותית של המשפחה הצפויה בעתיד. מה מותר לשאול בראיון עבודה ומה לא?

ביה"ד לעבודה קבע - מותר לשאול שאלות מסוימות לגבי סידור הילדים, אבל נדרש שזה יהיה בסבירות ובמידתיות. במקרה הזה, ביה"ד האזורי קיבל את התביעה של המשיבה בעילה של אפליה בקבלה לעבודה בהיותה אישה אם לילדים שמנהלת אורח חיים דתי ופסק לה פיצוי מקסימלי בסך של 50,000 ₪ ללא הוכחת נזק (כיום זה 120,000 ₪).

הוגש ערעור ע"י החברה שהטענה שלה הייתה שבסופו של דבר היא החליטה לא לאייש את המשרה המדוברת וטענה שההדגשים שניתנו על ידה במהלך הראיונות לקבלה לעבודה התבקשו נוכח אופי המשרה המדוברת. **ביה"ד הארצי דחה את הערעור** כי הוא אומר שמותר לשאול בראיון עבודה שאלות, אבל צריך לעשות זאת בסבירות ובמידתיות ולגבי העובדה שבסופו של דבר המשרה לא אוישה, הטענה נדחתה מאחר והוכח שלמחרת היום שניתנה למשיבה תשובה שלילית פורסמה שוב מודעה וזומונו עוד עובדים פוטנציאלים לראיון על המשרה.

סוג ב - הגבלות מכוח חובת תום הלב:

יש לקיים כל חיוב חוזי בתו"ל ולכן פיטורים שנעשו שלא בתו"ל הם פיטורים שלא כדון. למשל: פיטורים שרירותיים, פיטורים ללא מתן זכות שימוע וכו'. **סע"ש 16-06-67436 ניר אפרים נ' משרד הבריאות** - נדרש להתנהג בתו"ל ולערך שימוע גם למי שטרם החל בעבודה, אך נקבע לו תאריך תחילת עבודה: התובע היה עו"ד, הוא התמודד על משרה למילוי מקום בנציבות קבילות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי במשרד הבריאות. הוא עבר ראיון קבלה בהצלחה. השלים הליכי קליטה ונקבע איתו מועד לתחילת העבודה, זמן קצר לאחר מכן לפני שהוא החל את עבודתו, הודיע לו מי שאמורה להיות הממונה עליו בשיחה טלפונית כי לא תוכל להעסיק אותו אצל הנתבעת משיקולי תקינה (אין לה תקן). המקרה כאן שהוא עוד לא התחיל לעבוד. **ביה"ד קבע** כי הסיבה האמיתית לאי קבלתו של העובד לעבודה, לא הייתה שיקולי תקינה אלא העדפה של עובד אחר שכבר עבד במשרד הבריאות ושהיה לו ניסיון רב יותר

ולכן **הפיטורים הם שלא כדין**. החידוש של פסה"ד - נקבע שהיו חייבים לעשות לעובד הזה שימוע ! ביה"ד פיצה אותו.

סוג ג – הגבלות חוזיות

לפעמים הצדדים מגבילים את זכות הפיטורים בחוזה אישי, או בהסכם קיבוצי. למשל: יש הסכמים קיבוציים שמתנים את הפיטורין בקבלת אישור של ארגון העובדים או שמאפשרים למעסיק לפטר עובדים רק בהתקיים עילות מסוימות, כמו פיטורי צמצומים או התייעלות. הגבלות יכולות להיות גם בחוזה העבודה האישי של העובד, כשמדובר בחוזה לתקופה קצובה ובעצם כולל הגבלה על הפיטורים ועל ההתפטרות לפני תום התקופה.

סוג ד – אכיפה

פיטורים שנעשו תוך הפרת המגבלות שצינו, הם פיטורים שלא כדין. הפיטורים האלה מפרים את חוזה העבודה. אבל, החוזה לא מתבטל. הדרכים שבהם יכול לפעול העובד הן:

1. העובד יכול לתבוע את קיום החוזה שהופר ע"י המעסיק – הסעד של אכיפה, ביה"ד מתבקש לאיין את מעשה הפיטורים (כלומר, להצהיר שהעובד לא פוטר). התוצאה – החזרה של העובד לעבודה.
2. העובד יכול לתבוע פיצויים על הפרת החוזה שלו. כלומר, לתבוע את הנזק שנגרם לו מהפרת החוזה ע"י המעסיק. הפיצויים הללו לא קשורים לפיצויי פיטורים.
3. העובד יכול להשלים עם המעשה, לבטל את החוזה ולהפסיד את מקום העבודה. לקבל רק פיצויי פיטורים.

מבחינת המעסיק עדיף לו שיפעל בהתאם לביטול החוזה, והגשת תביעה לפיצויים על הנזק שנגרם לעובד כתוצאה מהפרת החוזה, כי ככה ההחלטה שלו לפטר את העובד נשארת בתוקף.

סעד האכיפה יכול להינתן בשני שלבים:

1. סעד ביניים – העובד מגיש תביעה נ' המעסיק ומבקש כסעד עיקרי אכיפה של חוזה העבודה, ובנוסף מבקש זאת גם כסעד זמני עד שביה"ד יכריע בתביעה העיקרית. המטרה כאן היא, למנוע את ניתוק העובד ממקום עבודתו ולאפשר לו להמשיך ולהתפרנס עד לסיום הבירור בתביעה.
2. סעד עיקרי - ואז סעד האכיפה נקבע כסעד עיקרי ואז ביה"ד מצהיר כי הפיטורים אינם כדין ולכן הם מבוטלים כאילו שלא היו.

סעד אכיפה הוא סעד בעייתי וגם קצת קיצוני בעיקר לאור סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות של הפרת חוזה) הקובע: "הנפגע זכאי לאכיפת החוזה זולת אם נתקיימו אחת מאלה: ... (2) אכיפת החוזה היא כפייה לעשות או לקבל עבודה אישית או שירות אישי". כלומר, **לפי הסעיף הנ"ל לא אוכפים חוזה**

עבודה אישי.

על הסעיף הזה מבוססת הגישה המסורתית בהקשר לסעד האכיפה, לפי הגישה הזאת נק' המוצא היא שאין להעניק סעד של אכיפה ולאפשר לעובד לחזור לעבודה אפילו אם הפיטורים היו שלא כדין, זאת מאחר ויחסי העבודה הם יחסים אישיים וככאלה לא ניתן לחייב את המשך קיומם בניגוד לרצון של אחד הצדדים (בניגוד לרצון של המעסיק שפיטר את העובד).

בשנים האחרונות ביה"ד לעבודה, ובג"צ סוטים מנק' המוצא הזאת של הגישה המסורתית והמגמה היא יותר לכיוון של אכיפת חוזה עבודה. (ראה בעמ' הבא – ההתפחות חלה בצורת חריגים)

ההתפתחות חלה בצורה של חריגים לגישה המסורתית, החריגים הם :

1. **אכיפה במידה והדבר הותר בחוק** – במס' חוקים הוסמך ביה"ד להעניק סעד של אכיפה על אף האמור בחוה"ח תרופות. **למשל:**

ס' 10 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה מאפשר להחזיר לעבודה עובד שפוטר בשל אפליה.
ס' 33 לחוק הסכמים קיבוציים מאפשר להחזיר לעבודה עובד שפוטר בשל פעילותו בארגון עובדים.
חוק עבודת נשים – מגן על אישה בהיריון וגם בחופשת לידה ואוסר על המעסיק לפטר אותה, אם הוא עושה זאת הפיטורים הם שלא כדין.

חוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במנהל התקין) התשנ"ז – 1997:

המטרה של החוק הזה היא **לאפשר לעובד להודיע על מעשי שחיתות במקום עבודתו בלי לחשוש שעבודתו תפגע עקב כך.** ההגנה של החוק ניתנת לעובד שהודיע בתו"ל על מעשי שחיתות במקום העבודה

ובתגובה על כך הממונה עליו עשה מעשה שפוגע בעובד מבחינת תנאי העבודה שלו, קידום שלו, פיטורים שלו וכו' והמעשה הזה הוא בניגוד לחוק או בניגוד למנהל תקין, או שיש בו אי צדק בולט. אם ביה"ד משוכנע שאכן העובד נפגע כתוצאה מכך שהוא חשף את מעשה השחיתות (נדרש קש"ס) אז הוא יכול להגיש תביעה וביה"ד יפסוק לו פיצויים ללא הוכחת נזק עד 50,000 ₪ או פיצויים לדוג' עד 500,000 ₪ כאשר מדובר במקרה חמור, ולפי החוק גם ביה"ד מוסמך לתת צו המבטל פיטורים (אכיפה) כלומר לתת לעובד סעד של אכיפה במקרה שבו הוא ראה שהענקת פיצויים בלבד לא צודקת ועל ביה"ד להביא בחשבון את השפעת הצו על יחסי העבודה במקום העבודה ואת האפשרות שעובד אחר יפגע. **ע"ע - 41373**

02-12 יורם אברג'יל נ' ג'וינט ישראל 20.2.17 – עובד שהודיע על מעשי שחיתות במקום עבודתו ופוטר

בשל כך, נקבע כי העובד התבטא במהלך הבדיקה בצורה בוטה ולכן לא הוחזר לעבודה אך קיבל פיצויים: מדובר בעובד בכיר בג'וינט שהתלונן על אי תקינות של הליך בחירה של קבלן שיפוצים במוסקבה, בנכס של הג'וינט. (דהיינו, רצה לחשוף שחיתות). כתוצאה מתלוננתו מונה בודק שיבדוק את העניין הנדון. הליך הבדיקה ארך חודשיים. במהלך תקופת הבדיקה המערער לא העלה כל טענה לגבי התקינות של הליך הבדיקה והוא שיתף פעולה עם הבודק וקיים איתו שתי פגישות. אבל, במקביל במהלך הבדיקה המערער המשיך להביע את דעתו בפני גורמים בתוך הארגון ומחוצה לו על כך שישנם אנשים מושחתים בתוך הארגון והוציא להם שם רע. מתוצאות הבדיקה של הבודק התברר כי היו פגמים בהליך הבחירה וההתקשרות עם הקבלנים בקשר למבנה, אבל הפגמים לא מגיעים לכדי עבירה פלילית או משמעתית ומרבית הפגמים נבעו מהיעדר נהלים ברורים ומרצון לסיים את הפרויקט בהקדם. הבודק גם התייחס להתנהלות של המערער ולעובדה שהוא הטיח האשמות בצורה בוטה וחמורה נגד חלק מהעובדים ללא ביסוס. בסופו של דבר, הוחלט לפטר את המערער הזה, הוא זומן לשימוע ובסופו של דבר פוטר. הוא הגיש תביעה וביקש צו שימנע את פיטוריו (אכיפה) וביקש פיצויים לדוג' מכוח חוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במנהל התקין).

ביה"ד האזורי דחה את הבקשה שלו לקבל צו להחזרתו לעבודה על רקע ההתנהגות שלו במהלך הבדיקה, אבל ביה"ד האזורי הסכים לפסוק לו פיצויים בגובה של 4 משכורות כי הוא טען שבכל זאת ההחלטה על הפיטורים הייתה מבוססת על עובדות שהיו קשורות במידה מסוימת לתלונה של העובד על השחיתות. **הגיש ערעור לביה"ד הארצי** – ביה"ד הארצי קבע כי ההתנהלות של המערער לאחר שהוא הגיש את התלונה חרגה מעקרונות תו"ל באופן שניתק את הקש"ס בין הגשת התלונה לפיטורים. אבל, עדיין למרות שההתנהלות שלו כללה שימוש בסגנון בוטה נגד עובדים אחרים ופגיעה בשמם הטוב, מגיע לו פיצוי כספי והוא בגובה של 50,000 ₪.

2. **אכיפה במידה והתביעה מוגשת במישור הקיבוצי** – החריג הזה חל כשהעובד שמפוטר מועסק במקום

עבודה שתנאי העבודה קבועים בהסכם קיבוצי, כאשר המעסיק מפטר אותו, בניגוד להוראה שמופיעה בהסכם קיבוצי. למשל, הוראה שקובעת שצריך לקבל הסכמה של ארגון העובדים לעובד ולא התקיימה

הסכמה כזאת. במקרה שכזה, אמנם העובד יכול להגיש בעצמו תביעה על כך שהוא פוטר שלא כדין, אבל ישנה אפשרות נוספת והיא שארגון העובדים (ההסתדרויות למיניהן) שחתום על הסכם קיבוצי יגיש תביעה כנגד המעסיק בשל הפיטורים של העובד, כאשר הטענה היא שהמעסיק הפר התחייבות שמופיעה בהסכם הקיבוצי כלפי ארגון העובדים. **במקרה כזה, אפשר לקבל סעד של אכיפה כי האכיפה היא לקיום הוראות ההסכם הקיבוצי ואז סעיף 3 לחוק החוזים תרופות לא חל, והתוצאה הנלווית היא – אכיפה של חוזה העבודה האישי.**

3. **אכיפה במגזר הציבורי** – בשירות הציבורי יש צורך לשמור על סדרי מנהל תקינים ולכן פיטורים שנעשו בניגוד לסדרי מנהל תקין בוטלו וגררו אכיפה. למשל: פיטורים שנעשו מסיבה לא רלבנטית, כמו פיטורים פוליטיים או פיטורים ללא מתן זכות טיעון. **מרדכי מיטל נ' איגוד ערים לשירותים וטרינריים גוש דן – נקבע כלל בנוגע לרשות ציבורית לביה"ד קל יותר לקבוע אכיפה:** נדון מקרה של הוצאה מוקדמת של עובד לגמלאות (הוצאה לפנסיה לפני הזמן). המערער זומן לפגישה אצל הממונה עליו, ללא הודעה מוקדמת והוא לא ידע שנושא הפגישה יהיה הוצאתו לגמלאות. לכן, **ביה"ד קבע** שיש ליידע את העובד מראש על כך שעומדים לסיים את עבודתו ולאפשר לו להתכונן לשיבה ולהכין את טענותיו נגד הוצאתו לגמלאות. לכן, ההליך היה פגום. מאחר והדיון התקיים אחרי שהוא פרש לגמלאות, אז המערער ויתר על אכיפה ונקב שהוא זכאי לפיצויים.

הכלל הוא: כאשר מדובר ברשות הפועלת מכוח סמכויות שהוגדרו בחוק, כמו למשל רשות מקומית או כאשר מדובר בגופים שנותנים שירות לציבור, כמו המוסד לביטוח לאומי, אז לביה"ד לעבודה יש את הכוח לקבוע את ביטול הפיטורים והוא נעתר לאכיפה של חוזה העבודה במיוחד שמדובר במצבים של שרירות או חוסר תו"ל.

4. **אכיפה כשמדובר בהפרת חובת השימוע** – יש מקרים שבהם העובד לא מקבל זכות שימוע, הוא יהיה זכאי לחזור לעבודה, כלומר לאכיפה של חוזה העבודה. **מרכז החינוך העצמאי נ' עובדיה בן נון -** היה מדובר על מנהל ביה"ס שפוטר ללא שימוע לאחר שהוא לא דיווח על מעשים מיניים שהתקיימו בביה"ס, **ביה"ד קבע** שהחינוך העצמאי שבו הוא עובד, יש לו מאפיינים ציבוריים, גוף זו מהותי, לכן יש לבחון את תקינות הליך הפיטורים של המנהל לפי כללים של המשפט הציבורי. הפיטורים של המנהל נעשו ללא שימוע שנערך לו והם שלא כדין. **לעניין האכיפה** – ביה"ד אומר על אף שדרך המלך בפיטורים שלא כדין איננה השבה לעבודה אלא תשלום פיצויים, הרי שבנסיבות החריגות במקרה זה, בשל הפגמים החמורים שנפלו בפיטורי המנהל, ביה"ד הורה על אכיפת יחסי העבודה והחזרת המנהל לעבודה כמנהל ביה"ס אחר בחינוך העצמאי.

ביה"ד מחיל במצבים של רשות ציבורית גם את **"תורת הבטלות היחסית"** שלפיה גם בפעולה של הרשות לא יגרום בהכרח לבטלות של ההחלטה שלה (כלומר, שההחלטה של הפיטורים תעמוד על כנה), אלא יש לשכלל את כל הגורמים הרלבנטיים ולהגיע לתוצאה מאוזנת. למשל: **בפס"ד זנסקו נ' מדינת ישראל -** הפעלה של תורת הבטלות היחסית: מורה שפוטר פיטורים פדגוגיים. **נקבע** שלמרות שנפלו פגמים חמורים בהליך הפיטורים הפדגוגיים יש להפעיל את תורת הבטלות היחסית ולכן המורה לא הוחזר לעבודה וביה"ד הארצי פסק לו פיצוי גבוה של 8 משכורות בשל הפגמים שהיו בהליך ובעיקר היעדר זכות שימוע.

5. **אכיפה במקרה של פגיעה בזכות יסוד חוקתית** – **הגישה החדשה** לסוגיית האכיפה התפתחה בשנים האחרונות והרחיבה את המקרים שבמסגרתם ניתן לאכוף את חוזה העבודה כשמדובר בפיטורים שלא כדין ובתי הדין נוטים הרבה יותר לתת סעד אכיפה, כאשר המעשה של הפיטורים פוגע בזכות יסוד חוקתית שהיא זכות ההתארגנות. הזכות הזאת כוללת את הזכות של העובדים להיות חברים בארגון

עובדים, לפעול בחברי ועד עובדים, ולארגן את העובדים במקום העבודה, לשכנע אותם להצטרף לארגון עובדים. **ס"ק 16-07-47786 הסתדרות העובדים הלאומית נ' שלג לבן 1996 ורכבת ישראל – פגיעה בזכות להתארגנות ע"י פיטורים מקנה סעד של אכיפה:** המבקש 2 עבד בפרויקט רכבת דרום במשך 6 שנים כמאבטח באמצעות המשיבה 1, שלג לבן. שלג לבן היא חברה פרטית שמספקת שירותי ניקיון ושמירה וזכתה במכרז של הרכבת. המבקש היה חבר וועד, הוא בזמנו פנה לחברה (לשלג לבן) ולהסתדרות הכללית בנוגע לתלונות של עובדים שלא קיבלו תלושי שכר במועד, לא שולמו להם דמי הבראה, הוצאות נסיעה וכד'. **לאחר שהוא נענה ע"י המשיבות, הוא פנה בעניין הזה גם לחברי כנסת ובהם השמיץ את הרכבת ואת שלג לבן בכך שהם לא משלמות את הזכויות שמגיעות לעובדים.** בשלב מסוים, המבקש התפטר מתפקידו בוועד העובדים וזאת בשל האכזבה שלו מכך שההסתדרות הכללית לא פועלת לשמור על זכויות העובדים, למרות שהמעסיק עובר על החוק מידי יום. למחרת התפטרותו הוא חתם על **טופס הצטרפות לעובדים של הסתדרות לאומית**, באותו יום הודיע לו ראש המשמרת שבשל ההכפשות שלו במשך 4 החודשים האחרונים הוא **מפוטר מידיה**. הסתדרות העובדים הלאומית פנתה לביה"ד לעבודה וביקשה לבטל את פיטורי המבקש ולהחזיר אותו לעבודה.

הש' אסנת בורוביץ ברחש: במקרה הזה חל **סעיף 33 לחוק הסכמים קיבוציים: האוסר פגיעה בעובד בכל הנוגע לחברות או פעילותו בוועד עובדים או בארגון עובדים וכולל איסור לפטר אותו בשל פעילותו.** בכל הקשור לנטל ההוכחה נקבע בפסיקה כי במקרה של טענה לפיטורים על רקע פעילות בוועד עובדים, על המעסיק רובצת חובת ההוכחה כי בחירת המועמד לפיטורים נעשתה מנימוקים ענייניים ולא בשל השתייכותו לארגון עובדים מסוים או פעילות בארגון. במקרה הזה, כל העובדים שהעידו ציינו שחלק מהבעיות בנוגע לעבודתם נפתרו בעקבות ההתערבות של המבקש. מהעובדות עולה כי המבקש פוטר יום לאחר שהתפטר מתפקיד חבר וועד (פחדו לפטר אותו בהיותו חבר ועד, ולכן לאחר שהתפטר פיטרו אותו) סמיכות זמנים זו להתפטרות המבקש מהיותו חבר ועד, מעידה כי החברה חיכתה שהמבקש יסיים את תפקידו, כדי שהיא תוכל לבוא איתו חשבון על כל פניותיו בעבר. **פניות המבקש נעשו במסגרת תפקידו כחבר ועד עובדים ולכאורה די בכך כדי להקנות למבקש הגנה מפני פיטוריו ולהורות על ביטול פיטוריו.** באשר לזכותה של החברה לשם טוב – אין ספק כי לחברה יש זכות לשם טוב. אבל, במסגרת הצרה שבה הוא שלח מכתב רק לגורמים הקשורים באופן ישיר לעובדים, פעל המבקש כפי שנדרש ממנו כחבר וועד. זכותו של חבר ועד להתבטא גוברת על זכות החברה לשם טוב. גם תפקידו כחבר ועד עובדים מקנה לו הגנה של פרסום דבריו מכוח חוק איסור לשון הרע משום שעל פי החוק חובה עליו לפעול בשם העובדים ובמיוחד כשעשה זאת בתו"ל.

לסיכום, החברה פיטרה את המבקש רק בשל התבטאויותיו כלפי ארגון ועד עובדים, למרות שעשה זאת ללא כוונה לפגוע בחברה ובתו"ל ולכן **הפיטורים שלו בטלים והוא יוחזר לעבודה.**

ע"ע 09-506 רות הורוביץ נ' עמותת בית חנה: היה מדובר במורה שעבדה כ-15 שנים בתיכון בסמינר דתי והיא זכתה להערכה של הממונים עליה, אבל, בשל סכסוך של חבר הנהלה בסמינר עם המשפחה של המורה על רקע אחר, היחסים של המורה המערערת עם הממונים עליה החלו להתערער, תנאי העבודה שלה הורעו, נערך לה שימוע כדי לצאת ידי חובה ובסיומו הוא פוטר.

ביה"ד האזורי קבע שלמרות שהפיטורים היו שלא כדין, יש להסתפק בפיצויי פיטורים.

הוגש ערעור לביה"ד הארצי – הוא קבע שהסמינר הוא גוף דו מהותי וחלים עליו עקרונות של המשפט המנהלי, עלת הפיטורים נבעה מסכסוך על רקע אישי וכתוצאה מכך היו האשמות שווא כלפי התפקוד של המורה והליך השימוע גם לא היה תקין, ולכן יש להורות על השבת המורה למשרה שלה בביה"ס. **ביה"ד קובע** שסעד של אכיפה הוא בשיקול דעת של ביה"ד ובמסגרתו יש לבדוק:

1. אופי המעסיק
2. חומרת הפגם

3. תום הלב
 4. השפעת הסעד על העובד
 5. משך הזמן שעבר
 6. אופי הקשר בין העובד למקום עבודתו
- כאשר מיישמים את כל הגורמים הללו על המקרה, אז בשל העובדה שזה מקרה חריג בחומרתו יש מקום להורות על השבת המורה לתפקידה.

בשנים האחרונות מאז שנפתח הפתח לקבל סעד של אכיפה, בתי הדין עמדו בפני תביעות רבות בפני עובדים שרוצים לחזור לעבודה ובעוד שבעבר ביה"ד בקושי היה דן בשאלה אם להחזיר את העובד / לא, הרי שלאחרונה יש הרבה מאוד פסקי דין בעניין זה :

בג"צ שמואל קלפנר נ' חב' דואר ישראל בע"מ - במקרה של פיטורים פוליטיים הכף נוטה בד"כ לעבר החזרת העובד לעבודה: העותרים כיהנו בתפקידים בכירים והועסקו בחוזה עבודה אישי, הם פוטרו פיטורים פוליטיים לטענתם ולכן הם הגישו תביעה לביה"ד לעבודה. הם ביקשו לאיין (לקבוע שאין) פיטורים – דהיינו, להחזיר לעבודה. כלומר, קבלת סעד של אכיפה.

ביה"ד האזורי קבע כי די בהעלאת חשד סביר בדבר קיומם של שיקולים פוליטיים בבסיס החלטת הפיטורים כדי לשלול את חזקת התקינות המנהלית שעומדת לרשות הדואר ולהעביר אליה את נטל ההוכחה. במקרה הזה, העותרים הרימו את הנטל וביססו חשד סביר לקיומם של שיקולים פוליטיים בבסיס החלטת הפיטורים, אבל, למרות שנפלו פגמים מהותיים בהליך ההחלטה לפטר את העותרים, ביה"ד החליט לא לתת סעד של אכיפה אלא פיצוי כספי. שולם להם שכר בגין חודשי החופשה ללא תשלום שאליה הם הוצאו וכן פיצוי בגובה של 2 משכורות נוספות.

שני הצדדים ערערו לביה"ד הארצי : פסק כי ביה"ד האזורי צדק בגישתו בנוגע לאכיפה, אבל הוא החליט להעניק להם פיצויים בגובה של 4 משכורות נוספות. (סה"כ 6 משכורות).

העובדים הגישו עתירה לבג"צ : במקרה של פיטורים פוליטיים הכף נוטה בד"כ לעבר החזרת העובד לעבודה אם התנאים מאפשרים זאת, ואם לא, הפיצוי יהיה ברמה משמעותית מאוד (פיצוי בנוסף לפיצויי פיטורין – פיצויים חוזיים). במקרה הזה, לעותרים 1 ו-2 נותרו מס' מועט של שנים עד גיל הפרישה, ועותר מס' 3 עבר את גיל הפרישה. אילולא זה, בג"צ לא היה מהסס לתת לעובדים סעד של אכיפה בשל בוטות הליך הפיטורים. בנוסף, הדואר עבר שינוי מבני והפך מרשות הדואר לחברת הדואר ובחברה אין כרגע את התפקיד שמלאו העותרים. לכן בג"צ סובר כי הפיצוי לעותרים יעמוד על 12 חודשי שכר, כלומר ישולם לעותרים פיצוי נוסף בגובה של 6 חודשים, ובנוסף המקרה מצריך פיצוי על עוגמת נפש בגובה של 60 אלף ₪ לכל אחד.

סע"ש 29328-07-12 בלומנטל נ' חב' נמל אשדוד בע"מ 9.4.13 - כאשר החברה נותנת לעובד להבין שמשרתו מתבטלת ולכן הוא מפוטר ולא כך הדבר, ינתן לו סעד של אכיפה בשל פיטורים שלא כדין: התובע שימש כסמנכ"ל מחשוב וכסמנכ"ל משאבי אנוש בנתבעת והוא גילה במסגרת פגישה שגרתית עם מנכ"ל המשרה שלו מתבטלת במסגרת תוכנית התייעלות, הוא חתם על הסכם פרישה שהוענק לו בו פיצויים מוגדלים ומס' חודשים של הודעה מוקדמת. שנה לאחר שהוא עזב את העבודה, הוא הגיש תביעה לביטול הסכם הפרישה בטענה שהוא הוטעה ע"י מנכ"ל החברה מאחר ולא התקבלה כל החלטה בדירקטוריון של החברה בקשר לביטול המשרה שלו ולכן הוא ביקש לחזור לעבודה ולקבל פיצויים על פיטורים שלא כדין בסך מיליון מאה אלף ₪. **ביה"ד האזורי** קיבל את התביעה בחלקה והוא קבע שהתובע הוטעה לחשוב שהדירקטוריון החליט על ביטול המשרה שלו, וגם שאם הוא לא יפוש מרצון הוא לא יהיה זכאי לתנאי הפרישה המיטיבים שהוא קיבל. אין ספק ביה"ד אומר שהתובע היה מנסה להופיע מול הדירקטוריון על מנת לשנות את ההחלטה לולא הטעו אותו בכך שהעניין מוגמר, והדירקטוריון כבר החליט. לתובע לא ניתנה זכות טיעון באף שלב. המנכ"ל פעלה בחוסר שקיפות וגם לא

בדק אפשרות להעביר את התובע לתפקיד אחר. גם הדרך שבה החברה הודיעה לתובע על הפיטורים שלו הייתה שפלה וחסרת רגישות, לכן מדובר במקרה קיצוני שהכפ נוטה לסעד של החזרת התובע לעבודה. השיקולים שיש לשקול הם: חומרת הפגם שבק בפיטורים, השפעת הסעד שניתן לתובע, פרק הזמן (כאשר כאן מדובר בשנה וחצי שחלפה מסיום עבודתו), העובדה שהחזרת התובע לחברה לא תפגע בעובדים אחרים. בנוסף, מתן פיצוי כספי גבוהה ככל שיהיה לא משרת את המטרה של הפנמה של החברה לגבי החשיבות של הליכי פיטורים תקינים. התובע גם קיבל שכר מאז סיום עבודתו ועד השבתו לעבודה - כאילו לא פוטר. נמל אשדוד הגישה ערעור על החלטה של ביה"ד, התיק נסגר בגישור שעל פיו הוא הוחזר לעבודה בתפקיד של סמנכ"ל לוגיסטיקה, והתשלום בוטל.

הצהרת גור אריה - בג"צ 4485/08 רבקה אלישע נ' אוניברסיטת תל אביב: העובדת עבדה כעוזרת זיקן סטודנטים באוני' ת"א ובאיזשהו שלב היא הואשמה באי סדרים כספיים מבלי שהממצאים של הדו"ח שקבע את זה הובא לידיעתה. בסופו של דבר היא פוטרה והפיטורים היו שלא כדין (בלי שימוע, בלי לברר איתה את האשמות שהיו נגדה) היא הגישה **תביעה לביה"ד האזורי**, וביה"ד האזורי הורה להחזיר אותה לעבודה ונתן לה פיצוי על עוגמת נפש בסך 50 אלף ₪.

האוני' הגישה ערעור לביה"ד הארצי – שם השי' נילי ארד הסכימה עם פסה"ד של ביה"ד האזורי בנוגע לפגמים שנפלו בהליך הפיטורים, אבל בנוגע לסעד האכיפה היא מדברת על הצורך לעשות שימוש בהצהרת גור אריה. **הצהרת גור אריה** – הפסיקה יצרה פתרון ביניים לפיה הצהרה זו ניתנת ע"י המעביד לפיה כל שינוי שיערך במהלך תקופת הניתוק, לא יעמוד כמכשול לפסה"ד. כך, אם בתביעה העיקרית יפסק שעל המעסיק להשיב את העובד לעבודה הרי שהמעסיק יהיה מנוע מלטעון לשינוי, פרנסונאלי או פונקציונאלי במקום העבודה. **במצב בו ניתנה הצהרה ובסופו של ההליך ראה ביה"ד כי מהותית יש להשיב את**

העובד למקום העבודה, המעסיק יהיה מנוע מלטעון לניתוק ממושך ולשינויים במקום העבודה (לדוג)

הבאת עובד חדש) וכך תיסלל דרכו של העובד בחזרה למקום עבודתו הקודם. כאשר על הפרק עומדים פיטורי עובד, בתי הדין לעבודה לא מקפידים ליישם את הכלל לפיו ביהמ"ש לא נותן סעד ביניים שזחה עם הסעד העיקרי, אלא במקום זאת ביה"ד מאזן בין הצורך למנוע מצב שבו ההליך העיקרי ירוקן מתוכן, כך שאם התובע יזכה הוא לא יוכל להנות מהזכייה ולחזור לעבודה, לבין הצורך למנוע מצב שבו המעסיק לא יכולה לפעול באופן סדיר כאשר כופים עליה להעסיק את העובד. האיזון מתאפשר כאשר הצדדים מצהירים שאם יהיה שינוי במצב הקיים בפסה"ד הסופי, הדבר לא יעמוד למכשול והעובד יוחזר לעבודה. ההצהרה הזאת נקראת בפסיקה הצהרת גור אריה בשל פסה"ד גור אריה שבו נקבעה ההצהרה. מצד שני השי' ארד מנתה את השיקולים נ' מתן סעד של אכיפה (נ' החזרה של העובד לעבודה), העותרת לא חזרה לעבוד בפועל, עבר זמן רב מהפיטורים, בוטל התקן של התפקיד שהעובדת ביצעה ולכן לא ניתן להחזיר את הגלגל לאחור ואין לתת סעד של אכיפה, היא גם הפחיתה את הפיצוי לעובדת ל-30 אלף ₪. **העובדת הגישה עתירה לבג"צ** – בג"צ הגיעה למסקנה שאין לאכוף את העסקתה, גם בגלל שהמשרה בוטלה ועבר זמן רב, אבל הוא החליט לתת לה פיצוי של 24 משכורות ובנוסף שכ"ט 25,000 ₪.

ה. הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות

דף הוראה מס' 10 - סעדים עם סיום יחסי העבודה

אכיפה – פיטורים שלא כדין, ראה לעיל.

הודעה מוקדמת לפיטורים או התפטרות - פיטורים כדין + שלא כדין:

הזכות הזאת בין אם הפיטורים הם כדין ובין אם הם שלא כדין. כאשר היחסים בין העובד ובין המעסיק מבוססים על חוזה לתקופה בלתי מוגדרת, אז כל צד רשאי לנתק את מערכת היחסים בכל עת, אבל עליו לתת לצד השני הודעה מוקדמת על הפיטורין או ההתפטרות, גם העובד/גם המעסיק. פיטורים או התפטרות שניתנה לגביהם הודעה מוקדמת, הם פיטורים או התפטרות כדין. כאשר עובד מועסק על פי חוזה לתקופה קצובה, אין צורך לתת הודעה על סיום החוזה כי בתום התקופה הקצובה חוזה העבודה מסתיים מאליהם (לדוג' חוזה לשנה).

לפי סעיף 3 לחוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות, התשס"א - 2001 - עובד במשכורת זכאי

להודעה מוקדמת לפיטורים באופן הזה:

- במהלך ששת חודשי עבודתו הראשונים: העובד זכאי ליום אחד עבור כל חודש עבודה.
- במהלך התקופה החל מהחודש השביעי לעבודתו, עד תום שנת עבודתו הראשונה: העובד זכאי לשישה ימים, בתוספת של יומיים וחצי בשל כל חודש עבודה בתקופה האמורה. נגיד שפוטרתי לאחר 8 חודשים, יש לי את השישה ימים של החצי שנה, ועוד 5 ימים (על כל חודש יומיים וחצי), דהיינו 11 יום.
- לאחר שנת עבודה ראשונה: ההודעה המוקדמת היא בת חודש ימים.

לגבי עובד יומי – חל סעיף 4 לחוק (פחות ימים להודעה מוקדמת):

ס' 4 לחוק - הודעה מוקדמת לפיטורים לעובד בשכר: 'עובד בשכר זכאי להודעה מוקדמת לפיטורים, כמפורט להלן:

- (1) במהלך שנת עבודתו הראשונה - של יום אחד בשל כל חודש עבודה;
- (2) במהלך שנת עבודתו השניה - של 14 ימים, בתוספת של יום אחד בשל כל שני חודשי עבודה בשנה האמורה;
- (3) במהלך שנת עבודתו השלישית - של 21 ימים, בתוספת של יום אחד בשל כל שני חודשי עבודה בשנה האמורה;
- (4) לאחר שנת עבודתו השלישית - של חודש ימים."

☐☐ למעסיק יש זכות מקבילה לקבל הודעה מוקדמת מעובד שפורש מהעבודה והאורך של ההודעה שהעובד חייב לתת שווה לאורך ההודעה שהמעסיק חייב לתת.

☐☐ במקרה שהמעסיק לא מעוניין להעסיק את העובד בתקופת ההודעה, עליו לשלם לו את השכר הרגיל עבור תקופת ההודעה, הדבר נקרא "תמורת הודעה מוקדמת" / פדיון הודעה מוקדמת/ חלף הודעה מוקדמת (סעיף 6 לחוק).

☐☐ במקרה שאחד הצדדים לא נתן הודעה לצד השני – העובד שלא קיבל הודעה, רשאי לתבוע פיצוי תמורת ההודעה המוקדמת. ואילו, עובד שלא נתן הודעה למעסיק או המעסיק רשאי לנכות מהסכום שמגיע לעובד במסגרת גמר החשבון את השכר שהיה מגיע לו לפי מסי ימי ההודעה המוקדמת. (סעיף 7).

** הזכות לקבל הודעה מוקדמת היא כופה, כלומר לא ניתן להעניק פחות ממנה, והתקופה שקבועה בחוק היא מינימום. הצדדים כמובן יכולים להסכים על תקופת הודעה ארוכה יותר.

שלילת הזכות להודעה מוקדמת:

באיזה מקרים המעסיק לא חייב לתת הודעה מוקדמת:

הזכות להודעה מוקדמת נשללת במצבים מיוחדים שבהם המשך העסקת העובד בתקופת ההודעה המוקדמת תפגע במעסיק ובמקרים האלה העובד אינו זכאי כמובן לתמורת הודעה מוקדמת. למשל: עובד שפוטר עקב הפרת משמעת חמורה, עובד שפתח עסק מתחרה והפנה את הלקוחות לעסקו הפרטי וכו'. **שלוש הראל חברה לביטוח נ' אלי דרור –** כאשר עובד חותר תחת החברה ומפר באופן בוטה את חובת הנאמנות שהוא חב לה ומודיע על התפטרותו בהודעה מוקדמת לא יהיה זכאי לתשלום עבור הודעה מוקדמת: מדובר על מנהל שיווק שהודיע על התפטרותו שלושה חודשים מראש כנדרש, והגיש תביעה כנגד המעוררת לתשלומים שונים, כגון: הפרשי עמלות, פדיון חופשה וכן תשלום עבור הודעה מוקדמת בת שלושה חודשים שהוא היה זכאי לה על פי חוזה העבודה שלו.

ביה"ד האזורי חייב את החברה לשלם לו הודעה מוקדמת בת שלושה חודשים והחברה הגישה ערעור וטענה כי לאור התנהלותו של העובד היא לא מחויבת להעסיק אותו לתקופת ההודעה המוקדמת.

ביה"ד הארצי קבע כי מהראיות בתיק עולה כי התובע אכן חתר תחת החברה והפר באופן בוטה את חובת הנאמנות שהוא חייב לה, הוכח שלפני התפטרותו הוא ניסה לשכנע עובדים שהוא היה ממונה עליהם מטעם החברה לעבור איתו לחברה אחרת, הוא בעצם ניסה לגייס סוכני ביטוח שעבדו בפיקוחו לסוכנות חדשה שהוא התכוון להקים בחברת ביטוח אחרת. התובע פעל כך בהיותו עדיין עובד של החברה והוא נהג בחוסר תו"ל קיצוני, והוא התכוון ביודעין לגרום לנזק. הפעולות שהוא עשה לא יכולות להיות חלק מהמטרות של תקופת ההודעה המוקדמת. לכן, עבודתו הופסקה כדין במהלך תקופת ההודעה.

חפיפה בין תקופת ההודעה המוקדמת לחופשה:

מעסיק מודיע לעובד על פיטוריו ביום 1.4 והוא נותן לו חודש הודעה מוקדמת (כלומר עד יום 1.5) אבל המעסיק חייב לעובד גם 40 ימי חופשה שנתית. השאלה היא, האם העובד צריך להיחשב כעובד עד שהוא יסיים את החופשה השנתית, כלומר, יש לו עד ה-1.5 הודעה מוקדמת, ולאחר מכן ה-40 יום של החופשה השנתית? **ס' 5(א)(7) לחוק חופשה שנתית**, אוסר על חפיפה של שתי התקופות, רק לגבי 14 הימים של ההודעה המוקדמת. כלומר, 16 הימים של ההודעה המוקדמת יכולים להיות חופפים לימי החופשה השנתית וזה נותן למעסיק יתרון מבחינה כספית.

** במקרה שבו המעסיק מודיע לעובד על פיטוריו, אבל מעדיף לתת לעובד תמורת הודעה מוקדמת בפדיון חופשה, אז הוא יצטרך לשלם לעובד סכום מלא עבור כל ימי החופשה ועבור ימי ההודעה המוקדמת, ואין אפשרות לקזז תמורה מתמורה.

** לפי חוק עבודת נשים, מעסיק לא רשאי לפטר עובדת כשהיא בחופשת לידה וגם שישים יום לאחר תום חופשת הלידה. במקרה הזה רק לאחר תום 60 הימים הללו, המעסיק רשאי לתת לעובדת הודעה מוקדמת לפיטורים חודש (מינימום 90 יום לאחר חופשת הלידה). במקרה זה החוק קובע כי תקופת הודעה המוקדמת לא יכולה לחפוף את תקופת החופשה.

1. פיצויים על הפרת חוזה

פיצויים בגין הפרת חוזה – פיטורים שלא כדין

עובד שנפגע כתוצאה מפיטורים שלא כדין, יכול לתבוע פיצויים על הפרת חוזה העבודה. הכוונה היא לפיצויים חוזיים לפי חוק החוזים תרופות ולא לפיצויי פיטורים, מדובר בשני סעדים שונים. בעוד שפיצויי פיטורים מגיעים לעובד שפוטר בין אם הוא פוטר כדין ובין אם הוא פוטר שלא כדין, הרי שפיצויים על הפרת חוזה מגיעים בנסיבות מסוימות רק כאשר מדובר על פיטורים שלא כדין. סעד הפיצויים נועד להגן על אינטרס הציפיות, העובד מצפה כי הוא יוכל להמשיך לבצע את העבודה והמעסיק מצפה כי העבודה שהוא הטיל על העובד תבוצע על ידו. הפיצויים נועדו להעמיד את העובד הנפגע מההפרה מבחינה כספית במצב שהוא היה עומד אילו קיים חוזה העבודה ואלמלא הוא פוטר שלא כדין, כך גם לגבי המעסיק גם הוא יכול לתבוע מהעובד פיצויים על התפטרות שלא כדין (אם כי זה יותר חריג).

בעניין זה, יש להבחין בין חוזה עבודה לתקופה קצובה לבין חוזה עבודה לתקופה בלתי מסוימת:

א. **פיצויים בגין הפרת חוזה לתקופה קצובה:** בחוזה כזה קבוע מועד סיום החוזה. לכן, פיטורים לפני מועד סיום החוזה, הם פיטורים שלא כדין שמפרים את חוזה העבודה. בחוזים כאלה ניתן פיצוי מלא על ההפרה, חישוב הפיצוי מבוסס על ההפסד שנגרם לצד המקיים ע"י הצד המפר, כלומר, הפיצוי כולל את השווי הכספי של שכר העבודה הרגיל שהעובד היה משתכר בו במהלך התקופה שמיום פיטוריו שלא כדין ועד למועד שבו החוזה היה אמור להסתיים.

ב. **פיצויים בגין הפרת חוזה לתקופה בלתי מסוימת (חוזה עבודה יותר נפוץ):** עובד שמועסק לתקופה בלתי מסוימת ופוטר שלא כדין, זכאי לקבל פיצויים שישקפו את הנזק שנגרם לו. השאלה היא כיצד קובעים את גובה הנזק? לדעת ביה"ד לעבודה, אין כללים מוגדרים וקיימות גישות שונות, אבל [יש להתחשב בסיכויים של העובד שפוטר למצוא עבודה אחרת]. יש לקחת בחשבון את האפשרות שהעובד היה מפוטר בעתיד מסיבות שונות. במסגרת זו יש להתייחס:

1. לגיל העובד

2. למקצוע העובד

3. למעמד העובד במקום העבודה וכד'.

ביה"ד מייחס חשיבות רבה לתום הלב של המעסיק בפיטורים. אמת המידה לפיצוי היא, השכר החודשי של העובד. ככל שאין הצדקה לפיטורים של העובד במידה רבה יותר, כך ראוי להניח שהעובד שפוטר היה מועסק תקופה ארוכה יותר.

ביה"ד גם בודק [האם העובד פעל להקטנת הנזק], למשל: האם הוא קיבל דמי אבטלה, האם הוא מצא מקום עבודה אחר וכד'.

לאור המבחנים האלה ועל פי פסיקת ביה"ד סכום הפיצוי שנפסק לעובד שפוטר שלא כדין לא חרג מסכום השווה לשכר עבודה של שנה שלמה (דהיינו, 12 משכורות). רק בנסיבות נדירות נקבע סכום פיצוי גבוה יותר. ע"ב 3209/05 אנטולי פרנקל נ' טיסנקרופ חרות מעליות – חוזה לתקופה בלתי מסוימת, נקבע כי החברה התנהגה בחוסר תו"ל כאשר פיטרה את העובד ולכן תפצה אותו: התובע היה בן 54, מהנדס מכוונות שעבד אצל הנתבעת (חב' מעליות). לאחר 3 שנות עבודה, הוא נפגע בתאונת עבודה ולא יכול היה לעבוד במשך 7 חודשים. עם שובו לעבודה, ניתנה לו עבודה משרדית. לאחר מכן הוא קודם לתפקיד של מנהל פרויקט אבל כשהתמנה מנכ"ל חדש לנתבעת הוא פוטר בשל צמצומים.

[ביה"ד קבע] שנפלו פגמים חמורים בהליך הפיטורים, כי לא נערך לו שימוע כראוי. בנוסף, הנתבעת התעלמה ממצבו המיוחד שהקשה עליו למצוא עבודה חדשה, הן בשל מצבו הבריאותי (התאונת עבודה הפכה אותו לנכה לצמיתות) והן עקב גילו. [ביה"ד קובע] שהכלל הבסיסי בנוגע לפיטורים הוא שלמעסיק יש זכות יתר לשכור ולפטר עובדים כרצונו בכפוף להגבלות בחקיקה או בהסכם קיבוצי או אישי. [יחד עם]

זאת, בשנים האחרונות ניתן דגש לחובות תום הלב גם כשמדובר בפיטורים, כאן המעסיק לא נהג בתו"ל ולא התחשב במצבו של העובד ולכן ביה"ד החליט שהסעד הראוי הוא פיצוי בגובה של 6 משכורות.

ע"ע 528/07 מיכאל פיצחזה נ' חב' דואר ישראל בע"מ – עובד שפוטר שלא כדין, נקבע כי לא מדובר בנסיבות חמורות המצדיקות מתן פיצוי גבוה, ניתן פיצוי של 8 משכורות: מדובר במנהל מחלקה ברשות בתל אביב שפוטר בעקבות קושי בניהול יחסי עבודה תקינים.

ביה"ד האזורי פסק לזכותו 100 אלף ₪ (15 משכורות) בשל פיטוריו שלא כדין. הוא קבע שחברת הדואר לא התנהגה בהגינות עם המערער. היא לא שקלה לנייד אותו באופן כן ואמיתי למשרה מקבילה אחרת, אלא היא ניסתה להעביר אותו למשרה מפוצלת בעיר מרוחקת, תוך פגיעה בתנאי עבודתו כדי לשבור את רוחו ולהשפיל אותו.

הדיון הגיע ל**ביה"ד הארצי לעבודה** ושם נקבע שאכן מבחינה עובדתית היה מוצדק להפסיק את העבודה שלו במחלקה הספציפית אבל המעסיקה לא עשתה מאמץ למצוא לעובד תפקיד אחר ראוי, ולא היה מקום לסיים את עבודתו בצורה הזאת, ובאמת נפל פגם בפיטורים שלו. יחד עם זאת, **ביה"ד קבע** שיש מקום להפחית את סכום הפיצוי שנפסק למערער שהיה בסך 100 אלף ₪ (15 משכורות) מאחר והוא חריג ולא משקף את נסיבות הפיטורים.

בקביעת סכום הפיצויים נלקחו בחשבון:

רמת השתכרותו של המערער, תקופת עבודתו וגילו, וכן התנהגות שלא בהגינות ותוך הפרת חובת תום הלב של חברת הדואר. אבל, יחד עם זאת, הפגם בפיטורים לא היה מהותי, ולכן ביה"ד קובע שסכום הפיצוי הראוי להשתלם למערער הוא 8 משכורות במקום 15.

חובת הקטנת הנזק

על העובד שפוטר שלא כדין חלה חובה להקטין את הנזק, כלומר הוא חייב לחפש עבודה בשקידה סבירה ואת השכר שהעובד השתכר באותה תקופה מנכים מהסכום שהגיע לו מאותו פיצוי.

בפסיקה נקבע **בפס"ד דב"ע 3-154 מדמוני נ' המועצה המקומית נתיבות:** שבמקרה שבו העובד קיבל לאחר שהוא פוטר דמי אבטלה ביה"ד ניכה את הסכום של דמי האבטלה מסכום הפיצוי שנפסק לעובד והוא אפילו חישב את דמי האבטלה בערך הריאלי שלהם עם הפרשי הצמדה (קצת לטובת המעסיק).

לעיתים מתעוררת השאלה, אם המעסיק רוצה שאחזור לעבודה, ואני לא רוצה לחזור לעבודה – האם זה אומר שאני לא הקטנתי את הנזק? **ע"ע 260/06 רמת טבעון מעונות הורים בע"מ נ' זיוית פניבלוב –** המעבידה הציעה לעובדת לחזור לאחר שפוטרה בגלל שהעובדת הגישה תביעה לביהמ"ש, העובדת סירבה, סירוב שכזה לא יחשב להפרת חובת הקטנת הנזק וביה"ד קבע שהמעביד יפצה: בין המערערת לבין המשיבה נחתם הסכם שמאפשר למשיבה לעבור קורס הסמכה להיות אחות מוסמכת, כאשר המערערת מבטיחה לה להמשיך לעבוד כאחות אצלה במשך שלוש שנים לאחר ההסמכה. זמן קצר לפני שהחל הקורס, המערערת עשתה ניסיון לשנות את ההסכם ולהוריד את ההתחייבות שלה להעסיק את המשיבה במשך 3 שנים, כאשר היא השאירה את ההתחייבות של העובדת לעבוד 3 שנים אצל המערערת. העובדת לא הסכימה לחתום על ההסכם הזה ששינה את התנאים, היא עשתה את הקורס ומס' שבועות לפני סיומו היא פוטרה לרגל צמצומים. לאחר פיטוריה הוסמכה המשיבה כאחות בתחום הסיעוד ועבדה במוסדות שונים, במקביל היא הגישה תביעה על פיטורים בחוסר תום לב תוך הפרת התחייבות להעסיק אותה לתקופה קצובה של 3 שנים, היא דרשה פיצויים על הפרת החוזה. בעקבות זאת וארבעה חודשים לאחריה, הציעה המערערת למשיבה לחזור לעבוד באותו תפקיד ובאותם תנאים, אבל המשיבה סירבה.

ביה"ד האזורי נקבע כי ההסכם היחידי המחייב את הצדדים הוא הסכם הראשון שבו התחייבה המערערת להבטיח המשך העסקתה של המשיבה כאחות מוסמכת במשך שלוש שנים לאחר סיום

ההסמכה. העובדת סירבה לחתום על הצעת המערערת ובצדק כי היא קיפחה אותה ולכן ביה"ד קובע שמדובר בחוזה לתקופה קצובה של 3 שנים והמעסיקה הפרה את החוזה הזה כשהיא פיטרה את העובדת, הפיטורים היו שלא כדין והעובדת זכאית לפיצוי בגין הפרת החוזה.

הוגש ערעור ע"י המעסיקה לביה"ד הארצי לעבודה – ביה"ד הארצי דחה את הערעור של המעסיקה וקבע כי העובדת זכאית לפיצוי ממוני בשל הפסד הכנסתה וזאת מאחר והמעסיקה הפרה את החוזה לתקופה קצובה. אבל זאת בכפוף לקיום חובת הקטנת הנזק.

הש' פליטמן (נשיא ביה"ד הארצי לעבודה דאז) קבע מס' כללים בנוגע לחובת הקטנת הנזק:

1. העובד, אינו רשאי להתבטל בביתו ולסמוך על הפיצוי בגין הפסד השכר שיקבל, אלא עליו לחפש עבודה מתאימה באופן אקטיבי ובתו"ל, כולל פניה לשירות התעסוקה. ככל שמוצעת לו עבודה מתאימה מהשירות עליו לקבל אותה, במידה ולא יקבל – אם הוא מקבל דמי אבטלה, יש להפחית את דמי האבטלה מסכום הפיצוי וגם אם קמה לו זכאות לדמי אבטלה והוא לא תבע אותם עדיין יש להפחית אותם מסכום הפיצויים.

2. אין מניעה עקרונית שהמעסיק המפטר עובד יציע לו לחזור למקום העבודה לאותו תפקיד ובאותו השכר, אבל במסגרת חובת הקטנת הנזק יש לבחון את אופן הפיטורים. למשל: עובד שפוטר בנסיבות שאילו הוא היה מתפטר בגינן הוא היה זכאי לפיצויי פיטורים לפי ס' 11 לחוק פיצויי פיטורים, אז אין לדרוש ממנו שיחזור לאותו מקום עבודה. עובד שמצא עבודה אחרת, גם ממנו אין לדרוש שיעזוב אותה כדי לחזור למעסיק הקודם שפיטר אותו. אולם, עובד על פי חוזה לתקופה קצובה שפוטר פיטורי צמצום תוך הפרת חוזה עבודתו והיה למובטל, אין מניעה שיחזור לאותה עבודה, אם הציע לו זאת המעסיק הקודם וסירבו יחשב להפרת חובת הקטנת הנזק המוטלת עליו.

3. שאלת החזרה למקום העבודה הקודם, צריכה להיבחן לא רק על פי נסיבות הפיטורין, אלא גם על פי היחס של המעסיק כלפי עובדו לשעבר, לכן מעסיק המוציא דיבה על העובד (מדבר על העובד לשון הרע) לשעבר ובמקביל מציע לו לשוב לעבודה, העובד לא מפר את חובת הקטנת הנזק אם הוא מסרב להצעה. הש' לאה גליקסמן בפסק דינה מדברת על חובת הקטנת הנזק ועל החובה של העובד לחזור למקום העבודה הקודמת – המעסיק אינו יכול חד צדדית וללא הסכמת העובד להחיות את ההסכם, כלומר לבטל את הפיטורים. השאלה היא האם במסגרת חובת העובד להקטין את נזקו, עליו לקבל את הצעת המעסיק לשוב לעבודה? התשובה תלויה בנסיבות הפיטורים, הפגמים שנפלו בפיטורים, התנהלות המעסיק ביחס לעובד ועיתוי הצעת המעסיק. הש' אומרת כי במקרים שבהם העובד פוטר תוך הפרת זכויותיו על פי הדין/הסכם או תוך הפרת חובת תו"ל / תוך העלאת טענות אישיות נגד העובד - אין לחייב את העובד לשוב למעסיקו במסגרת חובתו להקטין את הנזק. ככל שחלף פרק זמן גדול יותר, בין מועד הפיטורים למועד ההצעה לחזור לעבודה, ובמיוחד כאשר ההצעה מועלת בתגובה להגשת תביעה ע"י העובד, אין לחייב את העובד להסכים להחזיר את הגלגל לאחור, במיוחד אם הוא מצא מקום עבודה אחר. ככלל, משפוטר עובד שלא כדין, על המעסיק לשאת בתוצאות התנהלותו ואין מקום לאפשר לו לחמוק מתוצאות התנהלות זו. המעסיק אינו רשאי לפטר עובד ולהחזיר אותו לעבודה על פי רצונו, במועד שנוח לו.

במקרה שלנו העובדת עשתה מאמץ למצוא מקום עבודה לאחר פיטוריה. המעסיקה הציעה לעובדת לחזור לעבוד אצלה, לאחר שהגישה תביעה, המעסיקה העדיפה להחזיר אותה לעבודה במקום לשלם לה שכר ללא עבודתה. לדעת השופטת, היה צידוק מטעם העובדת לסרב להצעה, היא שמרה על כבודה מאחר והמעסיקה החתימה את שמה ע"י לשון הרע. לכן, העובדת זכאית לקבל פיצוי בגובה השכר במלוא התקופה הקצובה הקבועה בחוזה.

נטל ההוכחה בהקטנת הנזק –

ע"ע פרץ טסטה נ' אטיס אלקטרוניקה בע"מ: לפי פסה"ד נטל ההוכחה כי העובד לא פעל באופן סביר כדי להקטין את הנזק, **מוטל על המעסיקה**. המערער עבד אצל המשיבה בתפקיד בכיר במשך 5 שנים. סעיף 7 להסכם העבודה שלו קבע שתי אפשרויות להודעה מוקדמת בדבר סיום החוזה: האפשרות הראשונה, שישה שבועות לפני סיום הרבעון. האפשרות השנייה, אם הייתה הפרה או אי מילוי תנאי אחר בחוזה, אז מדובר על 4 שבועות הודעה. העובד פוטר ב-30.11.03 (אמצע רבעון) וניתנה לו הודעה מוקדמת בת 4 שבועות עד 30.12.03, הוא הגיש תביעה לפיצויי פיטורים ולהודעה מוקדמת בטענה שמגיעה לו הודעה מוקדמת יותר ארוכה. **ביה"ד הארצי לעבודה קבע**, בנוגע לזכאות של המערער לשכר לתקופה של ה-1-3/04 (מגיע לו בעצם שכר לעוד רבעון) – הצדדים יצרו הסכם לתקופה קצובה (רבעוני), כאשר אם לא ניתנת הודעה על סיום העבודה לפחות 6 שבועות לפני תום הרבעון, תוקפו של הסכם העבודה מוארך אוטומטית עד תום הרבעון הבא. לכן, מאחר והחברה לא נתנה למערער הודעה מוקדמת בת לפחות 6 שבועות לפני ה-30.12.03, תוקף ההסכם בעצם הוארך עד ל-31.3.04. לכן, המערער זכאי לפיצוי בעד הפרת ההסכם בנוגע לסיום מועד העבודה. כשמדובר בפיצוי על הפרת חוזה לתקופה קצובה, ניתן פיצוי מלא על ההפרה ולכן המערער זכאי לסכום השווה לשכר בעד החודשים 1-3/04 וכן לתנאים הנלווים. **כעיקרון, היה מקום לקזז את הסכומים שהמערער השתכר באותה תקופה, או שיכול היה להשתכר בשקידה סבירה, לרבות דמי אבטלה, נוכח חובתו של המערער לנקוט באמצעים סבירים להקטנת הנזק. אולם, החברה לא הוכיחה כי המערער לא פעל באופן סביר להקטנת הנזק ואין לביה"ד נתונים לקבוע מהו סכום דמי האבטלה שהעובד היה זכאי להם ולקזז אותם מסכום הפיצוי. נטל ההוכחה כי המערער לא פעל באופן סביר להקטין את הנזק מוטל על החברה, במקרה הזה החברה כלל לא העלתה טענה כזאת ולכן גם לא הוכיחה מהם הסכומים שהמערער השתכר/יכול היה להשתכר בין 1-3/04.**

תביעת פיצויים של המעסיק כנגד העובד

תביעה כזאת לא מקובלת וגם לא כ"כ מעשית, מאחר ובד"כ העובד לא מסוגל כלכלית לשלם את סכום הפיצויים. ביה"ד חייב עובד בתשלום לעיתים נדירות, למשל: במקרה שבו עובד התרשל בעבודה וגרם נזק למעסיק, כך שהמעביד היה צריך לשלם לעובד אחר, על מנת לתקן את הנזק שגרם העובד. הפיצוי היה בגובה הוצאה שהוציא המעסיק בפועל. במקרה אחר תביעה של המעסיק נדחתה, מאחר והוא לא הקטין את הנזק ולא פנה לחב' הביטוח שתפצה אותו על נזק של מכונה שהתקלקלה בגלל רשלנות של עובד.

ז . פיצויי פיטורים

הסעד האחרון : פיצויי פיטורים – פיטורים כדון + שלא כדון

הזכות לפיצויי פיטורים מופיעה בחוק פיצויי פיטורים תשכ"ג 1963. הסעד הזה שונה לגמרי מהסעד של פיצויים על הפרת חוזה, **אם הפיטורים הם שלא כדון**, העובד יכול בנסיבות מסוימות לקבל גם פיצויי פיטורים וגם פיצויים על הפרת חוזה.

תנאי הזכאות לקבל פיצויי פיטורים לפי החוק:

נקבע בס' 1 לחוק (א) – "מי שעבד שנה אחת ברציפות... אצל מעסיק אחד או במקום עבודה אחד ופוטר, זכאי לקבל ממעסיקו שפיטרו פיצויי פיטורים".

תנאי 1: קיומם של יחסי עובד – מעביד (המבחנים שנלמדו בתחילת השנה).

תנאי 2: עבודה **באותו מקום עבודה** (על כל התקופה מהמעסיק האחרון שלי) או **אצל אותו מעסיק** (סניף לסניף, לא משנה שזה לא אותו מקום עבודה פיזי, אלא שזה אותו מעסיק).

תנאי 3: מעשה פיטורים- כדי שהעובד יהיה זכאי לפיצויי פיטורים, צריך להיות אקט של פיטורים, הוא צריך להיות מפוטר ולא משנה אם הפיטורים הם כדון או שלא. ישנם מקרים חריגים שנדבר עליהם בהמשך.

תנאי 4: ותק של שנת עבודה רצופה אחת. כלומר, צריך לעבוד 12 חודשים רצופים כדי שתקום הזכאות לפיצויי פיטורים.

אבל, **סעיף 2 לחוק**, קובע מקרים מסוימים שבהם חלה הפסקה בעבודה במהלך השנה, ולמרות זאת הם לא קוטעים את הרצף לצורך החוק- למשל, שירות צבאי, חופשה שנתית, שביתה, תאונה, מחלה וכד'.

סעיף 3 לחוק גם קובע חריג לגבי תקופת עבודה קצרה משנה, הוא אומר שפיטורים סמוך לפני סוף שנת עבודה ראשונה, יראו אותם, אם לא הוכח היפוכו של דבר, כאילו נעשו מתוך כוונה להימנע מחובת תשלום פיצויי פיטורים ואין פיטורים כאלה פוגעים בזכות הפיצויים.

פיטורים לאחר 11 חודשים-

הפסיקה התייחסה בהקשר הזה למועד של 11 חודשים, כך שמי שפוטר לאחר 11 חודשים ומעלה, זכאי לפיצויי פיטורים וזאת כדי לסכל אפשרות של מעסיקים לפטר עובדים לאחר פחות משנה במטרה להימנע מתשלום פיצויי פיטורים.

ד"מ (י-ס) מוחמד סברי בזבז נ' חברת אוטומט ירושלים בע"מ – על מנת שיפסקו פיצויי פיטורים נדרש לעבוד 11 חודש ומעלה: התובע עבד אצל הנתבעת מיום 3.7.01 עד 23.5.02 (כלומר זו תקופה של פחות מ-11 חודשים), הוא פוטר. הגיש תביעה לפיצויי פיטורים בהסתמך על סעיף 3 לחוק בטענה שהוא פוטר סמוך לפני סוף שנת העבודה הראשונה. הנתבעת טענה כי התובע אינו זכאי לפיצויי פיטורים, הוא פוטר בשל היעדרויות רבות שלו מהעבודה והנזקים שהוא גרם לסדר העבודה בעקבות זאת. התובע טען שהוא פוטר בחוסר תו"ל ובמכתב הפיטורים נכתב שהוא פוטר עקב צמצומים והתייעלות, אבל בסמוך לפיטוריו הנתבעת שכרה עובד אחר במקומו.

הש' רוזנפלד קובעת שהחוק אינו מגדיר את משמעות הביטוי בסעיף 3 "סמוך לפני סוף שנת העבודה הראשונה" – היא אומרת כי השאלה אם מועד מסויים הוא סמוך לסוף השנה תקבע בהתאם לנסיבות המקרה, במקרה הזה המועד שפוטר התובע לא נכנס לביטוי "סמוך לפני סוף שנת עבודה ראשונה" ולכן סעיף 3 לא חל על הפיטורים האלה, כי סמוך זה 11 חודש (לא פחות מ-11 חודש). בכל מקרה מהעדויות עולה כי לא היה קשר בין הפיטורים לבין כוונה כלשהי של הנתבעת להימנע מחובת תשלום פיצויי פיטורים. הפיטורים בוצעו עקב היעדרויות הרבות של התובע מהעבודה ולאחר שנתנו לו התראות רבות בנוגע

להיעדרותיו ולכן הפיטורים היו כדין והמעסיק לא מחויב לתשלום פיצויי פיטורים – בגלל שזה פחות מ- 11 חודש לא פסקו לו פיצויים.

התפטרות בדין מפוטר –

המקרים בהם העובד בוחר להתפטר ולמרות זאת הוא זכאי לקבל פיצויי פיטורים.

ס' 6 לחוק פיצויי פיטורים: מדבר על התפטרות לרגל מצב בריאות לקוי של העובד או של בן משפחתו.
ס' 7 לחוק: מדבר על התפטרות של עובדת תוך 9 חודשים מהלידה שלה על מנת לטפל בילדה, כאשר זה חל בנסיבות מסוימות גם על עובד (בעלה).

ס' 7א לחוק: התפטרות של עובדת עקב שהייה במקלט לנשים מוכות – זכאית לפיצויי פיטורים.

ס' 8 לחוק: התפטרות לרגל העתקת מקום מגורים, לרגל נישואים או ליישוב חקלאי.

ס' 9 לחוק: מדבר על אי חידוש חוזה עבודה, כשמדובר בחוזה לתקופה קצובה והסתיימה התקופה הקצובה, אז רואים לעניין זה את העובד כאילו הוא פוטר. כלומר הוא זכאי לפיצויי פיטורים.

ס' 11 לחוק: שני דברים, הרעה מוחשית ונסיבות שאי אפשר לדרוש מהעובד להמשיך לעבוד – **חשוב!**

ס' 11(א) לחוק: "התפטר עובד מחמת הרעה מוחשית בתנאי העבודה או מחמת נסיבות אחרות שבניחסי עבודה, לגבי אותו העובד, שבהן אין לדרוש ממנו כי ימשיך בעבודתו, רואים את ההתפטרות לעניין חוק זה כפיטורים". **פס"ד ע"ע 354/07 האחים אוזן - חברה לבנייה, פיתוח וייזום בע"מ נ' ולי קטין ואח' – לא**

מדובר בהתפטרות משום הרעת תנאים המובילה לזכאות פיצויי פיטורים, אלא בהתפטרות בשל מעבר לעבודה חדשה בה המשכורת גבוהה יותר: ביה"ד האזורי בב"ש חייב את המערערת (המעסיקה) לשלם ל- 26 עובדים (משיבים) פיצויי פיטורים, גמול בגין עבודה בשעות נוספות, דמי הבראה וכד' בסך כולל של מיליון מאתיים ושמונה עשרה אלף ₪ והוא דחה את התביעה של המעסיקה לתשלום פיצויים בסך מיליון ₪ בגין נזקים שנגרמו לה כתוצאה מהתפטרות פתאומית של הנתבעים ללא הודעה מוקדמת. המערערת היא חב' בנייה והמשיבים הם 26 עובדים, אזרחי טורקיה שהובאו לישראל לעבודה בענף הבניין. **המשיבים התפטרו מהעבודה, והשאלה הייתה האם הם זכאים לפיצויי פיטורים. לטענתם, ההתפטרות נבעה מתנאי מגורים קשים ובלתי נסבלים ומכך שהם הועברו לעבוד בחברות אחרות והחרימו להם את הדרכונים ובכללי מדובר ביחס אליהם.**

ביה"ד האזורי דחה את הטענה הזאת שלהם, אבל, הוא קיבל את הטענה שלהם שהם נטשו את מקום עבודתם בשל הפחתת השכר שלהם בחודשים האחרונים וקבע שההפחתה הזו מהווה הרעת תנאים על פי סעיף 11 (א) לחוק פיצויי פיטורים, ולכן הם זכאים לתשלום פיצויי פיטורים. ביה"ד האזורי הוסיף כי בנסיבות העניין העובדה שהמשיבים לא פנו לחברה לפני עזיבתם והודיעו לה על הרעה והתרו בפניה שאם לא הם יעזבו, אינה שוללת מהם את הזכות לפיצויים כיוון שהסיכוי שהרעה בתנאי העבודה הייתה מפסיקה בעקבות ההתראה הוא שולי.

ביה"ד הארצי קיבל את הערעור של החברה המעסיקה ובעצם הפך את פסה"ד: המשיבים שעבדו במשך שנים אצל המערערת, פעלו לאורך כל תקופת עבודתם כקבוצה מאורגנת, הם ידעו לעמוד על זכויותיהם, הם נקטו בשביתות כאשר נפגעו זכויותיהם ואף גייסו עזרה לכך מגורמים חיצוניים כמו עמותת קו לעובד ואמצעי התקשורת. המשיבים גם העידו כי לאורך כל תקופת עבודתם, שולם להם מלוא שכרם, כולל שכר כשנסעו לביתם בטורקיה לחופשת מולדת. המשיבים עזבו את עבודתם אצל המערערת באופן פתאומי וללא כל הודעה מוקדמת לאחר שנים של עבודה, עזיבתם נעשתה בצורה מאורגנת לטובת עבודה בשכר גבוהה יותר בחב' סולל בונה ומועד העזיבה נקבע במיוחד בזמן שבו יכלו המשיבים להחליף את אישורי העבודה שלהם, ללא צורך בהסכמת המערערת. גם אם המשיבים חשו כי חלה הרעה מוחשית בשכרם הם לא נקטו בכל דרך שבה נקטו בעבר לשם תיקון שכרם, על סמך ניסיון העבר לא ניתן לומר כי לא היה כל סיכוי או שהיה סיכוי מזערי בלבד שהמערערת תתקן את דרכיה ותשלם את מלוא שכרם. המשיבים הגישו את תביעתם כנגד המערערת רק לאחר שזו הגישה תביעה נגדם על הנזקים שנגרמו לה ע"י העובדים. עולה

מכל האמור שלא הייתה הרעה מוחשית כלשהי בתנאי העסקתם של המשיבים וגם אם בדיעבד לאחר עיון בתלושי השכר עולה ששכרם של המשיבים הופחת, הרי שהרעה זו כלל לא הייתה ידועה להם בעת התפטרותם ומכל מקום לא הייתה הסיבה להתפטרותם. **הסיבה האמתית להתפטרות הייתה המעבר שלהם לעבוד בסולל בונה ובשכר גבוה יותר לכן הם אינם זכאים לפיצויי פיטורים.**

תע"א 2574-08 נאסר ג'אבר נ' בריק י.פ. ניהול ואיזון פרויקטים בע"מ – התפטרות בשל הרעת תנאים וקבלת פיצויי פיטורים+שלושת הנטלים שנדרש העובד לעמוד בהם: התובעים עבדו אצל הנתבעת בחפירות שנעשו עבור רשות העתיקות באתרים שונים. הם עבדו כ- שנה וחצי ואז הם התפטרו והגישו תביעה בין השאר לפיצויי פיטורים.

השאלה הייתה, האם למרות שהם התפטרו הם זכאים לפיצויי פיטורים לפי ס' 11 לחוק בשל הרעת תנאים או בשל נסיבות שאי אפשר לדרוש מהעובד להמשיך לעבוד בהן?
בפסיקה נקבע כי על מנת שיחשב עובד כמפוטר הזכאי לפיצויי פיטורים לפי סעיף 11 לחוק פיצויי פיטורים, על העובד לעמוד בשלושה נטלים שונים ומצטברים:

1. ההרעה צריכה להיות מוחשית עד כדי כך שאין לדרוש מהעובד להמשיך בעבודה או שניתן לייחס למעביד את הרצון להתפטר מהעובד.
 2. על העובד להוכיח את הקשר הסיבתי בין ההתפטרות לבין ההרעה או בין ההתפטרות לבין הנסיבות שבהן הוא אינו יכול להמשיך לעבוד. כלומר, על העובד להוכיח כי החלטתו להתפטר נבעה מהטעמים האלה ולא מטעם אחר.
 3. על העובד להוכיח כי נתן התראה סבירה על כוונתו להתפטר מהטעמים האלו, כך שתהיה למעביד הזדמנות לפעול לתיקון המצב. **בפסיקה נקבע** **חריג לכלל השלישי** ולפיו העובד אינו נדרש להתריע בפני המעביד כאשר ברור שאין ביכולתו של המעביד לפעול לתיקון המצב.
- מהראיות עולה כי התובעים עבדו על בסיס יומי משתנה. ערב לפני ביצוע העבודה הם היו מקבלים הודעה מטעם הנתבעת בנוגע לחפירה חדשה בבוקר למחרת. אולם, בתקופה האחרונה לפני התפטרותם הראו מקרים רבים שבהם התובעים הגיעו לעבודה בחמש בבוקר ורק אז הודיעו להם כי לא תתבצע עבודה באותו יום והם נשלחו לבתיהם ללא תשלום כלשהו בגין אותו יום. במצב דברים זה התובעים לא ידעו בצאתם בבוקר לעבודה אם יעבדו באותו יום או לא. ביה"ד מתרשם כי אכן התובעים התפטרו משום שחשו שאינם יכולים לעבוד בנסיבות אלה. התובעים גם פנו לאחראים עליהם מטעם הנתבעת אך הבעיה לא נפתרה, בנוסף הם עמדו בנטל ההוכחה והוכיחו כי היה מדובר בהרעת תנאים ממשית שהובילה להתפטרותם וכן בנסיבות שבהן לא ניתן היה לדרוש מהם שימשיכו בעבודתם, לכן התובעים הם בגדר מתפטרים בדיון מפוטרים לפי ס' 11 לחוק פיצויי פיטורים והם זכאים לפיצויי פיטורים.

שלידת פיצויי פיטורים

מתי מותר למעסיק לא לשלם לעובד פיצויי פיטורים ולשלול את הזכות לפיצויי פיטורים?

ס' 16-17 לחוק פיצויי פיטורים :

ס' 16 – פיטורים ללא פיצויים מכוח הסכם קיבוצי : לביה"ד לעבודה הזכות לשלול פיצויי פיטורים, אם העובד פוטר בנסיבות שבהן הייתה נשללת הזכאות שלו לפיצויי פיטורים לפי ההסכם הקיבוצי החל עליו. במקרה שלא חל על העובד הסכם קיבוצי ואין בענף שבו הוא עובד הסכם קיבוצי, אז ביה"ד יתחשב בהסכם הקיבוצי החל על המספר הגדול ביותר של העובדים באותו ענף.

ס' 17 – פיטורים ללא פיצויים מכוח פסק דין : אם מדובר בענף שאין בו הסכם קיבוצי, אז ביה"ד רשאי לשלול פיצויי פיטורים כאשר הוא יונחה ע"פ הכללים בהסכם הקיבוצי החל על המספר הגדול ביותר של העובדים במשק.

אם יש הסכם קיבוצי ← הולכים לפיו
אם אין הסכם קיבוצי ← הולכים לפי ההסכם הקיבוצי באותו ענף
אם אין הסכם קיבוצי באותו ענף ← הולכים לפי ההסכם הקיבוצי החל על המספר הגדול של העובדים במשק.

קיים הסכם קיבוצי כללי בין ההסתדרות לבין ההתאחדות התעשייתיים המכונה **"תקנון משמעת"** וזה ההסכם הקיבוצי שביה"ד לעבודה קבע כהסכם מנחה לעניין ס' 17 לחוק – ההסכם לא מחייב אלא מנחה! כלומר, אין להתעלם ממנו אבל יש להתחשב בייחודו של המקרה הנדון. כיום ביה"ד לעבודה הולך לפי תקנון המשמעת.

דב"ע מב 3-73 רחל גרבי נ' מרגלית טוכשניידר – הפחתת פיצוי פיטורים בשל שידול לעבור לעסק מתחרה: כאן נעשה שימוש בתקנון המשמעת. היה מדובר על ספרית שעבדה במספרה אצל המשיבה ורצתה לפתוח מספרה משלה. במהלך עבודתה אצל הנתבעת ולפני שהיא פתחה מספרה משל עצמה היא חילקה ללקוחות המספרה כרטיסי ביקור של המספרה החדשה שלה ושידלה לעבור למספרה שלה, כאשר זה נודע היא פוטרה מהעבודה. **ביה"ד לעבודה התחשב** בתקנון המשמעת ולכן קבע כי יש להפחית 30% מהפיצויים המגיעים לתובעת ולשלול ממנה את הזכות להודעה מוקדמת.

****בשנים האחרונות**, ביה"ד לעבודה מחמירים יותר ושוללים לגמרי פיצויי פיטורים ביותר קלות. לדוגמא **ע"ע 659/08 טוליפ תעשיות הנדסה בע"מ נ' אלכסנדר פסחוביץ' (2009)** – גישה מחמירה – שלילת פיצויי פיטורים בשל עבירות משמעת + קביעת שיקולים לחומרה ולקולא: המערערת היא חברה שעוסקת בחיתוך מתכות בלייזר. המשיב היה בעלים של חברה שפעלה באותו תחום ועבר לעבוד אצל המערערת. בחוזה העבודה שלו נקבע במפורש כי הוא מתחייב להקדיש את מירב זמנו, ידיעותיו ונסיונו לעבודתו בחברה, לעבוד בה בנאמנות ולהודיע לחברה על כל עניין שיש לו בו עניין אישי והעלול ליצור ניגוד אינטרסים כלשהו עם עבודתו בחברה. תקופת עבודתו בחברה ארכה כ-14 חודשים, עד שהוא פוטר לאלתר. המשיב הגיש תביעה לתשלום פיצויי פיטורים והחברה ביקשה לדחות את התביעה בטענה כי התובע פוטר בשל עבירות משמעת חמורות ומעשים שגבלו בפלילי. **לטענתה**, השיא היה ביום הפיטורים, כאשר לקוח של החברה הודיע למנהל שלה כי התובע יעץ לו לא להזמין עבודה מהחברה והפנה אותו לעסק מתחרה בבעלות חבר שלו – **כתוצאה מכך הוא פוטר באותו יום**. התובע לא חלק על כך שבמהלך תקופת עבודתו הוא נתן ייעוץ ללקוחות הנתבעת ללא ידיעתה וכדי לשמור על קשרים, ייעץ להם לפנות לחברות אחרות. אבל טען כי היה מדובר בעבודות שהנתבעת לא הייתה יכולה לבצע. כתוצאה מכך **ביה"ד האזורי קבע** כי טענת הנתבעת לפיה פיטוריו של התובע לאלתר נבעו מהתערעורת האמון בו היא טענה ראויה ולגיטימית והתובע הפר בכך את הסכם העבודה. עם זאת, **חומרת המעשים של התובע אינה מצדיקה שלילת פיצויי פיטורים** שכן, הנתבעת לא הוכיחה כי אפילו לקוח אחד עזב בשל התנהגות התובעת והתובע גם לא קיבל תמורה כלשהי מחברות אחרות. החברה ערערה **ביה"ד הארצי לעבודה שהפך את ההחלטה** וקבע כך: "ככלל, הפיטורים עצמם הם עונש לעובד גם אם שולמו לו פיצויי פיטורים. על כן, שלילת פיצויי פיטורים ושלילת הודעה מוקדמת ייעשו בצמצום ובמקרים הקיצוניים ביותר. ביה"ד ייקח בחשבון את מכלול נסיבות יחסי העבודה בין הצדדים ולא רק את מעשיו של העובד."

ביה"ד מפרט שיקולים לחומרה(להחמיר ולא לשלם פ.פ) ושיקולים לקולא (להקל וכן לשלם פ.פ) :

שיקולים לחומרה :

1. חומרת המעשים שבגינם פוטר העובד
2. הנזק שנגרם למעסיק או שעלול היה להיגרם לו עקב כך
3. משך הזמן ומספר הפעמים שביצע העובד את מעשיו החמורים
4. תקופת עבודתו של העובד
5. תפקידו ומידת האמון של התפקיד (בכיר או זוטר)
6. השפעת התנהגות העובד על עובדים אחרים
7. היקף ההרתעה בנסיבות המקרה.

שיקולים לקולא :

1. אופן ביצוע העבודה כל תקופת עבודתו של העובד
2. משך תקופת העבודה
3. עוצמת הפגיעה הצפויה בעובד ובמשפחתו כתוצאה משלילת פיצויי הפיטורים
4. גיל העובד, מצבו המשפחתי, מצב בריאותו ויכולת ההשתכרות העתידית שלו.

בימ"ש אומר במקרה הזה כי יש לערוך איזון בין השיקולים המחמירים עם העובד לבין השיקולים המקלים עימו בהתאם לנסיבות המקרה. לאחר האיזון **ביה"ד מגיע למסקנה לפיה יש לקבל את הערעור** של החברה ולהורות על ביטול החיוב שנקבע לתשלום פיצויי פיטורים. השיקולים לחומרה הם אלו : המשיב הפר באופן חמור וביודעין את חובת האמון המוגברת החלה עליו שהוא גם התחייב עליה בחוזה העבודה. חומרה יתרה יש לייחס לכך שבמהלך תקופת עבודתו נתן העובד ייעוץ ללקוחות החברה, הפנה אותם לחברו ללא ידיעת החברה ובכך הוא פעל בחוסר תום לב ובניגוד עניינים ממשי לתפקידו ולאינטרסים של החברה. הפרה בוטה זו של חובת האמון שלו היא בגבול העליון של חומרה המצדיקה שלילת פיצויי פיטורים. במסגרת השיקולים לקולא אומר בימ"ש כי יש לזכור כי העובד לא עסק בעבודה נוספת בתמורה, לא מסר סודות שלה, לחברה לא נגרם נזק ממעשיו, מנהל החברה לא מילא את חובתו להודיע למשיב במועד הפיטורים על סיבת הפיטורים ועל כוונתו לשלול ממנו פיצויי פיטורים וכאשר שאל העובד מדוע הוא מפוטר הוא ענה לו תחשוב לבד. באיזון השיקולים – אומר בימ"ש כי הכף נוטה לחומרה. ע"פ ס' 17 לחוק פיצויי פיטורים "תקנון המשמעת" חל על מקרה זה ובו מפורטות עבירות המשמעת והעונש הצפוי עליהן כשהחמורות שבעבירות מפורטות בס' 53 לתקנון ובהן : הפרת משמעת באופן חמור, מסירת סודות המפעל וכדומה. ההתנהגות של המשיב נכללת בעבירות שבסעיף 53 לתקנון, במשך כל תקופת עבודתו המשיב הפר באופן בוטה את ההתחייבויות שלו על פי חוזה העבודה ואת חובת האמון שהוא חב לחברה מכוח תפקידו ולכן, העבירות המנויות בסעיף 53 לתקנון מצדיקות שלילת פיצויי פיטורים.

חשוב לזכור

הודעה מוקדמת ופיצויי פיטורין ← ניתן לדרוש גם כשהפיטורים כדן וגם כשהפיטורים שלא כדן
פיצויים על הפרת חוזה ואכיפה ← ניתן לדרוש רק כשהפיטורין הם שלא כדן

פרק 10 בסילבוס - חופש העיסוק (תרגול)

חופש העיסוק מוסדר בח"י חופש העיסוק. הסעיפים אשר מדגישים את חוזקו של חופש העיסוק הם :
ס' 2 – מגדיר את מטרת החוק, המחוקק רואה הקבלה בין הערכים של מדינת ישראל כדמוקרטיה לחופש העיסוק שבה.

ס' 3 – קובע שכל אזרח או תושב של ישראל זכאי לעסוק בכל שירצה בתנאי שיש לו את ההכשרה המתאימה. למשל שכל חוקי העבודה חלים באותה מידה על עובד זר בדיוק כפי שהם חלים על אזרחי ישראל.

ס' 4-7 – קובעים את תחולתו ונוקשתו של החוק (פסקת ההתגברות) וכמו כל ח"י מאוד קשה לשנות את ח"י חופש העיסוק.

את חופש העיסוק ניתן לבחון בשני אופנים : מצדו של העובד ומצדו של המעסיק.
למרות חוזקתו של חופש העיסוק ועל אף שהזכות הזו קבועה בח"י זו עדיין **זכות יחסית ולא מוחלטת** וזאת כפי שנקבע **בע"ע 164/99 פרומר - רדגארד בע"מ**.

למה צריך להגביל את ההגנה על חופש העיסוק :

1. הגבלה שתכליתה מניעת תחרות.
2. הגבלה שתכליתה הגנה על אינטרס לגיטימי של המעסיק.

ארבעת האינטרסים העלולים להתנגש בדיון על חופש העיסוק :

1. אינטרס העובד
2. אינטרס המעסיק
3. אינטרס הציבור
4. אינטרס המעסיק החדש

הטעמים להגנת חופש העיסוק של העובד :

1. **חופש העיסוק** הינה זכות חוקתית, כישורי העובד, מומחיותו ובסיס השתכרותו הם **קנייני מוגנים כזכות יסוד**. למשל, כשאנחנו היום רוכשים השכלה זה הופך להיות קניין שלנו כי זה כלי העבודה שלנו.
2. **חזקת חוסר השוויון** בין העובד למעסיק במו"מ לתנאי עבודה.
3. **משמעותו וחשיבותו של מקום העבודה** לא רק כאמצעי השתכרות אלא גם כמקום להגשמה עצמית וסיפוק אישי.
4. **המשק המודרני מבוסס על תחרות חופשית**, מניעת ניווד עובדים ממקום עבודה אחד לשני פוגעת בתחרות החופשית ובהתפתחות המשק. **לדוגמא**, בתחום האלקטרוניקה חלק גדול מאוד מהמוצרים שאנו צורכים נולדו מסימביוזה של כמה טכנולוגיות ביחד שאם לא הייתה מתאפשרת ניווד עובדים במשק, המוצרים הללו לא היו באים לעולם והיינו נשארים ברמת טכנולוגיה של ימי הביניים.

מתי ביה"ד לעבודה יתיר להגביל את חופש העיסוק ?

1. **סוד מסחרי** – כאשר קיים סוד מסחרי השייך למעסיק הקודם. סוד מסחרי מוגדר **בס' 5 לחוק עוולות מסחריות** שם נקבע "שמידע מסחרי הוא מידע עסקי מכל סוג שאינו נחלת הרבים ואינו ניתן לגילוי על ידי אחרים וסודיותו מקנה יתרון עסקי על פני מתחריו ושבעליו נוקט אמצעים סבירים לשמור על סודיותו". גם **גזלת סוד מסחרי מוגדרת בס' 6 לחוק** שם כתוב כי "גזלת סוד מסחרי היא נטילת סוד מסחרי ללא הסכמת בעליו באמצעים פסולים".

2. **הכשרה מיוחדת שניתנה לעובד** כנגד התחייבות לעבוד לתקופה מסוימת. ההכשרה צריכה להקביל להגבלה.
3. **תמורה מיוחדת** – אם מונעים מעובד ללכת לעבוד במקום אחר, צריך להיות שכר משמעותי ותמורה מתאימה להגבלת העובד.
4. **חובת תום הלב.**
5. **חובת האמון** (בדיני עבודה חובת תו"ל וההגינות הם מוגברים).

הגבלת חופש העיסוק – יש לראות כי גם אם יש הגבלה לגיטימית היא מגודרת בזמן סביר ומגודרת גיאוגרפית ומתחמת בתחום העיסוק.

בפס"ד גני ואח' נ' בצלאל – נקבע כי הגנה על האינטרסים הלגיטימיים של המעסיק הינה יחסית בלבד רק עד המידה הראויה ולא מעבר. האמצעי המגביל צריך להיות מותאם לאינטרס הלגיטימי הראוי להגנה ואל לו לחרוג ממנו (מבחן הזמן, המקום והסוג). בעניין זה יש להתחשב גם באינטרסים הלגיטימיים של העובד.

דוגמאות מהפסיקה - מהו סוד מסחרי :

1. רשימת לקוחות וספקים
2. תוכניות עסקיות, מחקרי שיווק ומיפוי סטטיסטי (למשל איזה מוצר מתאים לאיזה פלג אוכלוסייה)
3. תהליכי יצור פגמים, רעיונות חדשים ונוסחאות
4. תוכנות מחשב ומידע ממוחשב

ע"ע 99/164 פרומר נ' רדגארד בע"מ – כאשר יש הסכם אי תחרות במקרה של סוד מסחרי עם תנייה המגבילה את חופש העיסוק של המעסיק יש לאזן בין השיקולים, נקבע כי 18 חודשים לא לעסוק בעסק מתחרה זו תנייה לא סבירה ו-9 חודשים בתחום הטכנולוגיה זו תקופה ארוכה ומספקת. דובר בעובד בכיר בחברת רדגארד שעבד שם שנים רבות והוא היה ממקימי החברה, הוא היה מעורה בכל תהליכי הייצור ובעקבות אי הסכמות עם הנהלת החברה הוא התפטר ממקום העבודה שלו. לא מדובר במעבר למתחרה על מנת לפגוע בחברה. הסכם העסקה שלו קבע תקופת אי תחרות של 22 חודשים. לאחר מספר חודשים לא מבוטל אך פחות מ-22 חודשים הוא החל לעבוד אצל חברה מתחרה בשם צ'ק פוינט והמעסיק הקודם שלו הגיש בקשה לצו מניעה כדי לאכוף את הסכם העבודה. **ב"ה"ד האזורי לעבודה קבע** שפרומר לא יוכל לעבוד משך 18 חודש ועל כך הוגש ערעור.

במקרה הזה התרחשה **התנגשות בין כמה עקרונות יסוד :**

1. חופש העיסוק של העובד והמעסיק החדש להעסקתו
 2. חופש העיסוק בין הצדדים לכרות חוזה עבודה
 3. זכות הקניין של המעסיק הקודם בסודותיו המסחריים
 4. חופש העיסוק של המעסיק הקודם ושל העובד והאפשרות להגביל את חופש העיסוק של העובד
 5. עניין הציבור בתחרות חופשית, בניידות עובדים ובמעבר מהיר של מידע במשק.
- בערעור נקבע** כי יש לעשות איזון בין העקרונות השונים על פי מבחן הסבירות והמידתיות. כלומר, לבחון האם הגבלת חופש העיסוק במקרה הנדון עומדת במבחן הסבירות בנסיבות המקרה.

בימ"ש אומר כי יש לבדוק:

1. האם תקופת ההגבלה סבירה
2. מה היקפה הגיאוגרפי
3. את הצורך לשמור על הסודות המסחריים של המעסיק הקודם.

האינטרס המוגן של המעסיק שביה"ד לרוב מוכן להגן בצורך לשמור עליו הוא הסודות המסחריים השייכים לו. **אחד החידושים הגדולים של פס"ד** הוא שאין לתת משקל רק להגבלת חופש העיסוק שנקבעה בחוזה ויש ליתן לה נפקות רק אם היא סבירה ומגנה בפועל על האינטרסים של שני הצדדים לרבות המעסיק הקודם והנוכחי ועל הסודות המסחריים של המעסיק הקודם.

כאשר אין סודות מסחריים גובר עיקרון חופש העיסוק והעובד חופשי לעבור מקום עבודה. הטעמים למדיניות הזו הם משום שחוק היסוד מעניק לכל עובד לעסוק בכל תחום ומקצוע. כישוריו של העובד הם ההון האנושי שלו והם מוגנים גם מכוח ח"י כבוד האדם וחירותו וגם מכוח ח"י חופש העיסוק. במשפט העבודה קיימת חזקה של חוסר שוויון בסיסי בין כוחו של העובד לזה של המעסיק ועל כן **אין לתת תוקף לתניות בחוזה עבודה אישי שיש להניח שעובד סביר לא היה מסכים להם מרצונו החופשי.**

ההחלטה אם להגביל או לאו, נעשית עפ"י בחינת הקריטריונים הבאים:

- כאשר יש למנוע מהעובד להשתמש שלא כדין בסוד מסחרי השייך למעסיק הקודם. מה בוחנים?
1. **הכשרה מיוחדת**, דהיינו מקרה בו המעסיק הקודם השקיע משאבים מיוחדים ויקרים בהכשרת העובד ובעקבות זאת התחייב העובד לעבוד אצלו למשך תקופה מסוימת. במקרה כזה ניתן להגביל את עיסוקו של העובד לתקופה מסוימת בתמורה להשקעת המעסיק בהכשרתו של העובד. (לא עבודות בטחון).
 2. **תמורה מיוחדת עבור הגבלת העיסוק**, האם העובד קיבל תמורה מיוחדת עבור ההסכם לא להתחרות במעסיק תקופה מסוימת. צריכה להיות **תמורה משמעותית** לא 2,000 ₪.
 3. **חובת תום הלב ויחסי האמון** – יש ליתן משקל לתו"ל של העובד והמעסיק החדש בשים לב לזה שבין מעסיק ועובד קיימים חובות תו"ל ואמון מוגברות. **חובת האמון של העובד כלפי מעסיקו מטילה עליו נורמות חמורות יותר בהשוואה לקיום בתו"ל.** דוגמה להפרת חובת אמון היא התקשרות של עובד בזמן שהוא נמצא במקום עבודה עם מתחרים של אותו מקום עבודה על מנת להעתיק תהליכי יצור או עסק מתחרה.

זו לא רשימה סגורה ועל ביה"ד לבחון על מקרה לגופו, כאשר **הכלל המנחה** הוא שאין לתת תוקף לתנייה המגבילה את חופש העיסוק אלא אם כן קיימת אחת הנסיבות לעיל.

בפס"ד פרומר נקבע כי הידע והניסיון שרכש העובד אינם סודות מסחריים, אך העובד נחשף למידע רגיש אודות מוצרים שנמצאים עדיין בהליכי תכנון ופיתוח. **תוכניות הפיתוח הן סוד מסחרי שצריך היה להגן עליו אבל חלפו כבר 9 חודשים ממועד העזיבה,** **[ונקבע בפס"ד כי בתחום הטכנולוגיה 9 חודשים זן תקופה ארוכה]** ולכן לא השיתו מגבלה נוספת על העובד ונקבע שיש לבחון כל מקרה לגופו.

ע"א AES SYSTEM INC 6601/96 נ' סער – התחייבות סתמית להגבלת תחרות שלא מגנה על אינטרס לגיטימי של המעסיק לא תיאכף: דובר על עובד שהוא טכנאי מחשבים בחברה שיצרה תוכנה לעיבוד תמלילים. הוא עזב את החברה וחתם על הסכם מתן שירות לשני לקוחות החברה. הפרשה הגיעה לעליון שם **נקבע שיש שני עקרונות שמתנגשים:**

1. **עיקרון חופש החוזים** שלפיו יש לכבד חוזים, עיקרון זה תומך במתן תוקף להתחייבויות חוזיות להגבלת תחרות.
2. **עיקרון חופש העיסוק** המעוגן בח"י חופש עיסוק, לפיו יש לפסול את תוקפן של ההתחייבויות הקובעות הגבלה על חופש העיסוק ועל התחרות. חופש העיסוק משמעותו בין השאר, החופש של עובד שסיים את העסקתו להתקשר עם כל מעסיק שיחפוץ ולפתוח לעצמו עסק בלא שיהיה כבול בהתחייבות להגבלת מסחר. מחופש העיסוק נגזר חופש התחרות.

בימ"ש העליון קבע שבמסגרת האיזון בין שני האינטרסים המתנגשים הללו, נקודת המוצא העקרונית היא שיש להימנע מהכל או כלום - אין לומר שכל ההתחייבויות להגבלת חופש העיסוק תואמות את תקנת הציבור, אך מאידך אין לומר כי כל ההתחייבויות נוגדות את תקנת הציבור. תוקפן של ההתחייבויות צריך להיקבע על פי האינטרסים הלגיטימיים שעליהם הם מגנות. לפיכך, התחייבות עירומה (שאינה כוללת) להגבלת תחרות שאינה מגנה על אינטרס לגיטימי של המעסיק לא תיאכף. רשימת האינטרסים הלגיטימיים אינה סגורה ויש להתחשב ביחסי האמון ובחובת תום הלב שבין עובד למעסיק ובהשלכות המסחריות הראויות.

בפרשת סער בימ"ש קבע שהמערער לא פנה מיוזמתו ללקוחות החברה ושכל מקרה אין לראות בהתחייבות שלו שלא להתחרות ככזו המגנה על האינטרסים הלגיטימיים של המעסיק.

פס"ד גירית בע"מ נ' אביב ואח' – עובדים שחתרו תחת המעסיק והקימו חברה דומה, נקבע כי יוגבל חופש עיסוקם של העובדים בתחום למשך שנה (הסכם אי התחרות): פס"ד הזה שונה מכיוון שהוא דן בעובדים שפגעו במעסיק תוך כדי שהם עובדים אצלו. דובר בשני עובדים בכירים (אנשים מכירות מובילים בחברה). החברה התמחתה בייבוא מוצרי תקשורת מחו"ל אשר כל מוצריה יובאו מספק אחד וכך נעשה במשך 30 שנה. העובדים שסביבם נסובה התביעה בזמן שהם עבדו אצל גירית חתרו תחת המעסיק ויצרו קשר עם הספק מחו"ל, השתמשו בידע שיש להם כעובדים (שיטות מכירה וכד') ותכננו הקמת חברה מתחרה לחברת גירית שתספק את המוצרים של אותה חברה מחו"ל במחירים נמוכים יותר ממה שסיפקה גירית. חברת גירית פנתה לביה"ד האזורי בבקשת צו מניעה.

ביה"ד האזורי קבע כי העובדים מוגבלים באי תחרות למשך חצי שנה. חברת גירית ערערה וביקשה תקופת הגבלה ארוכה יותר והעובדים טענו שבכלל לא צריכה להיות תקופת ההגבלה.

ביה"ד הארצי דחה את הערעור של העובדים וקבע כי אין מדובר בעובדים חסרי אונים שהתחייבויותיהם נכפו עליהם, אלא בעובדים בעלי ידע ומעמד מקצועי שמילאו תפקידיהם בכירים בחברה. פרשה זו אינה עוסקת בהגבלת עיסוק בשל סוד מסחרי וגם לא בפעילות מתחרה של עובד לאחר שפרש מעבודתו בשירות מעסיקו, אלא, בעובדים בכירים אשר במהלך עבודתם קשרו עם הסוכן הראשי של מעסיקם על מנת לפתוח עסק מתחרה לאחר סיום עבודתם בחברה, אין מדובר כאן בסוד מסחרי כי אם בגזל ספק. הגבלת העיסוק שהייתה כלפי העובדים הייתה ספציפית מאוד – לגבי ספק אחד ויחיד שאסור להם לגנוב ואת זה הם עשו תוך כדי שהם עובדים בגירית. במצב דברים כזה רשאי המעסיק לצפות לנאמנות מוחלטת מעובדיו שהינם שלוחיו (חובת נאמנות מוגברת בין שלוח לשולחו) ובוודאי שאין העובד רשאי לנצל את מעמדו ותחת קורת הגג שקיבל מהמעסיק לחתור תחתיו ולחסל אותו.

ביה"ד קבע כי חופש התחרות שלו טוענים העובדים לידתו בחטא של הפרת יחסי האמון של העובדים כלפי גירית ותוצאתו גזלת הספק ונגיסה בחוזה הבלעדיות של גירית להפצת מוצרי קרונה (הספק מחו"ל) בישראל. תקנת הציבור היא שלא יהפוך העובד לסוס טרויאני אצל מעסיקו. **ביה"ד הארצי קיבל את ערעורה של גירית ואכף את הסכם אי התחרות וקבע שהוא יהיה למשך שנה.**

פס"ד קליין שמרית נ' רזים רשת מועדוני כושר בע"מ – הגבלת העובדת מלעסוק באותו תחום הנמצא באותו אזור גיאוגרפי, נקבע כי ההגבלה על חופש העיסוק היא מידתית ולגיטימית משום שהותר לעובדת לעבוד במקומות גיאוגרפים אחרים: מדובר במדריכת פילאטיס בחדר כושר שעבדה בחדר הכושר ביישוב מבשרת ציון ובזמן שהיא עבדה שם היה מותר למדריכים לעבוד גם בחדרי כושר אחרים כי לא היו חדרי כושר אחרים במבשרת ציון. באיזשהו שלב חברת סטודיו C פתחה סניף במבשרת ציון וחדר הכושר הורה לכל עובדיו שהם עדיין יכולים להמשיך לעבוד בכל חדר כושר למעט סטודיו C במבשרת ציון. המדריכה לא הסכימה לחתום על ההסכם הזה והיא טענה שהיא זכאית להתפטר בזמן מפורטת.

ביה"ד קבע שהעובדת טועה והמעסיקה צודקת וזאת מפני שנוצר איום ממשי על עסקיה של המעסיקה לאור פתיחת סטודיו C. ההחלטה שלא לאפשר למדריכות לעבוד גם בסטודיו C נועדה להגן על האינטרסים העסקיים שלה. בנסיבות אלו סבר ביה"ד כי המעסיקה הייתה רשאית להגביל את התחרות כאשר הודגש שהיא באופן ספציפי לסטודיו C במבשרת ציון. נקבע כי זו הגבלה סבירה ומידתית זאת משום **שלא הוטלה הגבלה נוספת מלעבוד במקומות אחרים**. מדובר בהגנה על אינטרס לגיטימי של המעסיקה באזור קטן המצדיק את הפגיעה לכאורה בחופש העיסוק של העובדת. מאחר שההחלטה לעזוב הייתה בידי העובדת יש לראות בכך התפטרות והפרת הסכם מטעמה.

פרק 11: חקיקת מגן

א. שעות עבודה ומנוחה

החוק מגביל את חופש הפרט לקבוע את שעות עבודתו, אך המטרה היא הגנה על העובד מפני פגיעה בצלם האנוש שבו. **המטרה הראשונית** היא לקדם את איכות החיים ולהגן על כבודו של מי שמבצע עבודה על ידי כך שתוחמים את יום העבודה ובכך למעשה מגדירים גם את שעות הפנאי. כך גם **נמנע ניצול אפשרי** של מעסיקים שלולא החוק המגביל את שעות העסקה, היו עלולים להעסיק עובד אחד במקום שני עובדים תוך דרישה למספר שעות רב ללא צורך בפיצוי העובד (הנשיא בדימוס אדלר).

העקרונות העומדים בדברי הנשיא :

1. שאדם לא יתפתה לעבוד יותר.
2. למנוע הפעלת לחץ של המעסיקים על העובדים.
3. בהגדרה מהם שעות העבודה אנחנו מגדירים גם מהם שעות המנוחה.

ס' 2 לחוק שעות עבודה ומנוחה מגדיר את שעות העבודה השבועיות והיומיות כמו גם **ס' 3:**

יום עבודה

2. (א) יום עבודה לא יעלה על **שמונה שעות עבודה**.
- (ב) **בעבודת לילה וביום שלפני המנוחה השבועית וביום שלפני חג** שהעובד אינו עובד בו, בין על פי חוק ובין על פי הסכם או נוהג, לא יעלה יום עבודה על **שבע שעות עבודה**.

שבוע עבודה

3. שבוע עבודה לא יעלה על **ארבעים וחמש שעות עבודה**.

החוק קובע שבוע עבודה של 45 שעות, עד לאחרונה זה היה 43 שעות **וממש לאחרונה נקבע צו הרחבה שקבע שהוא יהיה 42 שעות**. **נקבע בצו הרחבה בדבר הנהגת שבוע עבודה מקוצר**, כי שבוע עבודה יהיה בין 5 ימים ושעות העבודה השבועיות יתחלקו בהתאם.

ס' 7 לחוק קובע את **יום המנוחה השבועי** בצורה יוצאת דופן שלא מאפיינת את החקיקה והפסיקה בישראל. **החוק מבחין בין יהודים למי שאינם וקובע שיום המנוחה עבור יהודים הוא יום שבת ומי שאינו יהודי יש לו כביכול את הפריבילגיה אם יום המנוחה שלו יהיה שבת / ראשון או שישי**. ההבחנה הזו לחוק נעשית על מנת להיטיב ולהתאים את החוק לבני הדתות השונות בישראל.

שעות המנוחה השבועית

7. (א) לפחות שלושים ושש שעות רצופות לשבוע הן המנוחה השבועית של העובד.
- (ב) המנוחה השבועית תכלול -
 - (1) לגבי יהודי - את יום השבת;
 - (2) לגבי מי שאינו יהודי - את יום השבת או את יום הראשון או את היום הששי בשבוע, הכל לפי המקובל עליו כיום המנוחה השבועית שלו.

איסור העסקה במנוחה השבועית:

סעיפים 9 ו-12 לחוק קובעים כי **העסקת עובדים ביום המנוחה השבועי אסורה**.

ס' 9(ב) ו-12 קובעים את **חלק מהחריגים לכך** :

- מקום עבודה שהוא מפעל או מוסד המופקד על ביטחון הציבור
- עבודה הקשורה לביטחון המדינה
- אירוח בבתי מלון
- **ס' 9(ב)5** שמהווה סעיף סל המדבר על העבודה הקשורה בקיום אספקה או שירותים חיוניים.

איסור העסקה במנוחה השבועית

9. העסקת עובד במנוחה השבועית אסורה, אם לא הותרה לפי סעיף 12.

אי-תחולה – חריגים להעסקת עובדים ביום המנוחה

19. (א) הודעה לפי סעיפים 9 ג או 9 ד שהיא הודעת שקר, או שנותנה נדרש למסור תצהיר כאמור בסעיפים אלה, ולא עשה כן - בטלה.

(ב) הוראות סעיפים 9 ג ו- 9 ד לא יחולו -

- (1) במקום עבודה שהוא מפעל או מוסד או חלק מהם המופקדים על בטחון הציבור;
- (2) בעבודה הקשורה בבטחון המדינה או בשמירת בטיחותם, שלומם או בריאותם של בני אדם;
- (3) בעבודה הקשורה באירוח בבתי מלון;
- (4) בעבודה הקשורה בייצור חשמל והזרמתו;
- (5) בעבודה הקשורה בקיום אספקה או שירותים חיוניים ושנקבעה בצו מאת ועדת השרים הנוכרת בסעיף 12(ב), באישור ועדת העבודה והרווחה של הכנסת, אם לדעת ועדת השרים תחולת הסעיפים האמורים עלולה למנוע קיום האספקה או השירותים כאמור.

היתר העסקה במנוחה השבועית:

כששר הכלכלה הוא שר הממונה שממנו אנחנו מבקשים פטור מאיסור לעבודה בשבת או פטור מהאיסור להעסקה בלילה, **שר הכלכלה בוחן האם מבקש הפטור עומד בחלק לפחות מהתנאים הקבועים בסעיף 12:**

היתר העסקה במנוחה השבועית

12. (א) שר העבודה רשאי להתיר העסקת עובד בשעות המנוחה השבועית, או בחלק מהן, אם הוא משוכנע שהעסקת העבודה למנוחה השבועית לכולה או לחלק ממנה, עלולה לפגוע בהגנת המדינה או בבטחון הגוף או הרכוש, או לפגוע פגיעה רבה בכלכלה, בתהליך עבודה או בסיפוק צרכים שהם, לדעת שר העבודה, חיוניים לציבור או לחלק ממנו.

(1א) במתן היתר לפי סעיף קטן (א) יתחשב שר העבודה הרווחה והשירותים החברתיים בשיקולים אלה:

- (1) רווחת העובד;
 - (2) מסורת ישראל;
 - (3) קיום חלופה שאינה מחייבת העסקה בשעות המנוחה השבועית;
 - (4) ההשפעה שיש במתן ההיתר על אופי המרחב הציבורי שבו תבצע העבודה שלגביה מתבקש ההיתר;
 - (5) כל שיקול אחר שיש בו כדי להגשים את תכליות חוק זה.
- (ב) היתר כללי לפי סעיף קטן (א) לא יינתן אלא על פי החלטת ועדת שרים המורכבת מראש הממשלה, שר הדתות ושר העבודה.

סעיפים 19 ו-19 לחוק שעות עבודה ומנוחה – עבודה ביום המנוחה:

איסור הפליה מצד המעסיק כלפי עובד

19. (א) לא יסרב הזקוק לעובד לקבל אדם לעבודה בשל כך בלבד שהוא הודיע עם קבלתו לעבודה שאינו מסכים לעבוד בימי המנוחה השבועית על פי איסור שבמצוות דתו שאותן הוא מקיים, ולא ידרוש ממנו ליתן התחייבות לעבוד בימי המנוחה השבועית כתנאי לקבלתו לעבודה.

(ב) הזקוק לעובד רשאי לדרוש ממי שהודיע כאמור בסעיף קטן (א) שימסור לו, לא יאוחר משבעה ימים **מיום הדרישה**, תצהיר בכתב לפי סעיף 15 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, ובו הפרטים המבססים את הודעתו ובכללם פרטים המעידים על הכרתו הדתית ועל קיום מצוות דתו, ואם הוא יהודי - שהוא גם שומר על כשרות בביתו ומחוצה לו ואינו נוסע בשבת.

עובד שנדרש לעבוד במנוחה השבועית

19. (א) עובד שמעסיקו דורש ממנו לעבוד בימי המנוחה השבועית, או שהודיע לו על כוונתו לדרוש ממנו לעבוד כאמור, רשאי להודיע למעסיקו, לא יאוחר משלושה ימים **מיום הדרישה או ההודעה כאמור**, שהוא אינו מסכים לעבוד בימי המנוחה השבועית על פי איסור שבמצוות דתו שאותן הוא מקיים.

(ב) מעסיק רשאי לדרוש מעובד שהודיע לו כאמור בסעיף קטן (א) שימסור לו, לא יאוחר משבעה ימים מיום הדרישה, תצהיר בכתב לפי סעיף 15 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, ובו הפרטים כאמור בסעיף 19(ב).

סעיפים 19 ו-19 קובעים כי מעסיק לא יוכל לסרב לקבל עובד רק כי העובד לא יכול או מסרב לעבוד ביום המנוחה השבועי, **אבכ** המעסיק רשאי לבקש מהעובד למלא תצהיר ערוך על פי פקודת הראיות שבו יצהיר העובד שהוא לא יכול לעבוד ביום המנוחה השבועי מטעמי דת.

פס"ד שעסק בעבודה של יהודים בשבת הוא **בג"צ 5026/04 דיזיין 22 שארק דלוקס רהיטים ואח' נ'** **ראש ענף היתרי עבודה בשבת ואח'** – דובר על בקשה להיתר להעסקת עובדים בשבת של חברת **הרהיטים שנדחתה**, על הסירוב הוגשו ערעורים עד שזה הגיע לעתירה לבג"ץ ושם נאמרו מספר אמירות חשובות ועקרונות :

1. **השופט ברק** : כשאנחנו קובעים יום מנוחה אחיד במשק אנחנו גם מגנים על בעלי עסקים כי לפעמים הם בעצמם לא יוצאים לנוח. בנוסף אומר ברק, כי החשיבות של יום מנוחה קבוע מראש ואחיד היא בכך שאנחנו עוזרים לממש את מטרות החוק וזאת מפני שאם היה ניתן לקחת יום חופש מתי שכל אחד רוצה, אז אנשים לא יוכלו לממש את יום החופש שלהם ביחד.
2. **השופטת נאור** : ברגע שאנחנו לא קובעים מסגרת ויום שהוא חובה אז מתחיל מדרון חלקלק שבו המעסיק יכול להטיל השפעה ולחץ על העובד.
3. **השופטת פרוקצ'יה** : "העיסוק במסחר דרך שגרה נופל בגדר האיסור הכללי של עבודה בשבת ולא בגדר החריג" : כלומר, הכלל הוא שלא עובדים.

מפס"ד אנו למדים כי בג"ץ רואה חשיבות ביום שבת כיום המנוחה השבועי ליהודים ממש' טעמים :

1. ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית
2. הבטחת יום מנוחה לעובד ולמעסיק וקביעת יום מנוחה אחיד במשק.
3. יום בו תובטח מנוחתו של העובד גם למטרות אישיות ומשפחתיות.
4. הגנה על העובד ממצב שבו ייאלץ לבחור בין אמונתו לפרנסתו.
5. חשש ממדרון חלקלק שבו המעסיק הוא שישלוט את אט ביום המנוחה ועם הזמן ימסמס אותו.
6. יצירת איזון בין צרכי המעסיקים ורצון האוכלוסייה החילונית לשירותים בשבת ובין יום מנוחה בעל צביון דתי לאומי.

עובדים שאינם יהודים

למי שאינו יהודי יש את האפשרות התיאורטית לבחור את יום המנוחה שלו : שישי/שבת/ראשון. במשך שנים נהוג היה באמת כי עובדים שאינם יהודים ובהנחה שהם עובדים במשמרות, **יום המנוחה שלהם יהיה לפי מה שנוח להם** ונוצר מצב אבסורדי, שבו **בניגוד לקבוע בחוק הם היו מקבלים את יום המנוחה השבועי שלהם לאחר יותר משבעה ימי עבודה** והחוק קובע כי **יום מנוחה יינתן בטווח של 7 ימים**.

פס"ד מדינת ישראל נ' רנואר דן בעניין הזה וקבע **שגם אצל עובדים לא יהודים יש להסדיר יום מנוחה שבועי קבוע והוא יחייב את העובד ואת המעסיק**.

ביה"ד הארצי לעבודה קבע בפס"ד תקדימי זה כי **עובד שאינו יהודי מחויב לבחור יום מנוחה שבועי קבוע ואינו רשאי לשנות את ימי המנוחה השבועיים**. בפס"ד נקבע כי הפירוש לו טוענת המעסיקה לפיו נתונה לעובד לא יהודי האפשרות לשנות מידי פעם את בחירתו של יום המנוחה השבועי במהלך תקופת עבודתו, אינו **מתיישב עם לשון החוק הקובע כי יש לאפשר מנוחה שבועית לעובד**, דהיינו, בתוך פרק זמן של 7 ימים כמו גם עם תכליתו של החוק. הפירוש שמציעה המעסיקה עלול להביא למצב שבו העובד יעבוד פרק זמן העולה על שבעה ימים ורק לאחריו יקבל את מנוחתו השבועית ופירוש זה מחטיא את תכלית החקיקה.

גמול עבודה במנוחה השבועית לגבי כולם (יהודים ולא יהודים) –

גובה התשלום נקבע **בס' 17 לחוק** שיהיה לא פחות מ-150% משכרו הרגיל של העובד. **ס' 17(א)(2)** קובע כי המעסיק מחויב לתת לעובד שעות מנוחה במהלך השבוע במקום שעות המנוחה שבהן עבד העובד.

גמול עבודה במנוחה השבועית

17. (א) הועסק עובד בשעות המנוחה השבועית או בחלק מהן :

(1) ישלם לו המעסיק בעד שעות אלה שכר עבודה לא פחות מ-1½ משכרו הרגיל. היה שכרו של העובד, כולו או חלקו, לפי כמות התוצרת, ישלם לו המעסיק בעד כל יחידה שנעשתה בשעות המנוחה השבועית שכר עבודה לא פחות מ-1½ מהשכר המשתלם בעד כל יחידה שנעשתה בשעות העבודה הרגילות ;

(2) יתן לו המעסיק, במקום שעות המנוחה השבועית שבהן עבד, שעות מנוחה במספר ובזמן שנקבעו בהיתר שלפיו הועסק.

(ב) היה שכרו של העובד על בסיס של חודש או של תקופה ארוכה יותר, יהא המעסיק זכאי ליתן לעובד, במקום הגמול לפי פסקה (1) של סעיף קטן (א) מנוחה של שעה וחצי לפחות תמורת כל שעה משעות המנוחה השבועית שבה עבד.

שעות נוספות –

קבועות **בס' 16 לחוק ונקבעות לפי יחידות זמן** (יומיות, שבועיות או חודשיות) על **שעתיים נוספות** מרוויחים 125%, ועל כל שעה נוספת שמעבר לשעתיים הנוספות 150% מהשכר.

גמול שעות נוספות

16. (א) הועסק עובד שעות נוספות, ישלם לו המעביד בעד שתי השעות הנוספות הראשונות שבאותו יום שכר עבודה לא פחות מ-¼ מהשכר הרגיל, ובעד כל שעה נוספת שאחריהן לא פחות מ-1½ מהשכר הרגיל.

היה שכרו של עובד, כולו או חלקו לפי כמות התוצרת, ישלם לו המעביד בעד כל יחידה, שנעשתה בשתי השעות הנוספות הראשונות שבאותו יום, שכר עבודה לא פחות מ-¼ מהשכר המשתלם בעד כל יחידה שנעשתה בשעות העבודה הרגילות, ובעד כל יחידה שנעשתה בשעות הנוספות שלמעלה משתיים – לא פחות מ-1½ מהשכר המשתלם בעד כל יחידה שנעשתה בשעות העבודה הרגילות.

(ב) היה שכרו של העובד על בסיס של חודש או של תקופה ארוכה יותר, יהא המעביד זכאי ליתן לעובד בעבודה מן העבודות המפורטות בפסקה (2) של סעיף 4(א) ובסעיף 4(ב), במקום תשלום שכר לפי סעיף זה, מנוחה של שעה ורבע לפחות תמורת כל שעה משתי השעות הנוספות הראשונות שבאותו יום, ומנוחה של שעה וחצי לפחות תמורת כל שעה נוספת שאחריהן.

בשנת 1989 ניתן **היתר כללי להעסיק עובדים בשעות נוספות** במקומות עבודה שבהם מונהג שבוע העבודה של חמישה ימים. בהיתר נקבע כי מעסיק רשאי להעסיק עובד עד 12 שעות ביום סה"כ (שעות בסיס + נוספות) ולא יותר מ-15 שעות נוספות בשבוע ובחודש האחרון זה תוקן ל-16 שעות נוספות בשבוע.

הפסקה ביום עבודה

ס' 20 לחוק קובע כי ביום של 6 שעות ומעלה תינתן הפסקה של מנוחה וסעודה של לפחות 45 דק': כשחצי מתוכה חייבת להיות רצופה.

מה קורה אם מישהו עובד פחות מ-6 שעות? ס' 1 לחוק קובע כי זמן עבודה הוא הזמן שבו עובד עומד לרשות העבודה לרבות הפסקות קצרות ומוסכמות הניתנות לעובד להחלפת כוח ואוויר.

הפסקות

20. (א) ביום עבודה של שש שעות ולמעלה, תופסק העבודה למנוחה ולסעודה ל- $\frac{3}{4}$ שעה לפחות, ובכלל זה תהיה הפסקה רצופה אחת של חצי שעה לפחות; ביום שלפני המנוחה השבועית וביום שלפני חג, ההפסקה היא של חצי שעה לפחות.

(ב) הפסקה לפי סעיף קטן (א) לא תעלה על שלוש שעות.

(ג) בעת הפסקה לפי סעיף קטן (א) הנמשכת חצי שעה או יותר רשאי העובד לצאת מהמקום שבו הוא עובד, אלא אם נוכחתו במקום העבודה היא הכרח לתהליך העבודה או להפעלת הציוד והשימוש בו, והעובד נדרש על ידי מעסיקו להישאר במקום העבודה, ובמקרה זה ייחשב זמן ההפסקה כחלק משעות העבודה.

(ד) עובד רשאי להתפלל במהלך יום עבודתו בהתאם לדרישות דתו; זמן התפילה ייקבע במקום העבודה בהתאם לצורכי העבודה ואילווציה, ובהתחשב בדרישות דתו של העובד.

הפסקה לשם יציאה לשירותים:

הפסקה לשם שימוש בחדר שירותים

א20. (א) עובד זכאי, במהלך יום עבודתו, להפסיק את עבודתו לשם שימוש בחדר שירותים, בהתאם לצרכיו.

בשנת 2009 שונה החוק ובסעיף א20 נקבע כי הליכה לשירותים אינה נחשבת כהפסקה והזמן אותו מבלה עובד בשירותים הוא זמן עבודה.

הפסקה בין יום עבודה למשנהו-

ס' 21 לחוק: "בין יום עבודה למשנהו תחול הפסקה של שמונה שעות לפחות". החוק קובע כי בין יום עבודה אחד למשנהו יהיה פער של לפחות 8 שעות.

עבודת לילה:

בס' 22 לחוק נקבע כי במפעל שעובדים בו במשמרות, לא יועסק עובד במשמרת לילה יותר משבוע אחד מכל 3 שבועות ולאחרונה זה שונה לשבוע אחד מתוך שבועיים (=מותר לעובד לעבוד עד שבועיים רצוף כל יום משמרת לילה) ולאחר מכן הוא יצטרך לקבל לפחות שבוע אחד ללא משמרת לילה.

עבודת לילה

22. (א) מפעל שעובדים בו במשמרות, לא יועסק בו עובד בעבודת לילה יותר משבוע אחד בתוך שבועיים.

תיקון 24 השפיע גם על חוק שעות עבודה ומנוחה – ההשפעה הינה לעניין חובת המעסיק לנהל פנקס עבודה שבו ירשמו שעות עבודה, שעות מנוחה שבועית, שעות נוספות וגמול במנוחה השבועית. בנוסף כל הרכיבים הללו צריכים להופיע בתלוש.

מקרים שבהם חוק שעות עבודה ומנוחה לא חל :

חוק שעות עבודה ומנוחה חל בעיקרון על כל המשק, אולם באופן יוצא דופן ס' 30(א) לחוק **מבהיר על מי חוק שעות עבודה ומנוחה לא חל, ביניהם :** שוטרים במשטרת ישראל וכל שירות בתי הסוהר, עובדי המדינה שתפקידם מחייב לעמוד לשעות העבודה גם מחוץ לשעות העבודה הרגילות, יורדי ים ועובדי דיג, אנשי צוות אוויר, עובדים בתפקידי הנהלה או בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי ועובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעסיק כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם.

תחולת החוק
30. (א) חוק זה אינו חל על העסקתם של : -
(1) שוטרים במשטרת ישראל, וכן כל מי שנמנה עם שירות בתי הסוהר ;
(2) עובדי המדינה שתפקידם מחייב לעמוד לרשות העבודה גם מחוץ לשעות העבודה הרגילות ;
(3) יורדי ים ועובדי דיג ;
(4) אנשי צוות אויר ;
(5) עובדים בתפקידי הנהלה או בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי (מ"י נ' בסט ביי)
(6) עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעסיק כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם.
סעיף 30(ב) : נתעורר חלוקי דעות אם עובד שייך לאחד מסוגי העובדים שחוק זה אינו חל על העסקתם, רשאים העובר, המעסיק, ועד העובדים במקום, אם ישנו, או מפקח עבודה, לבקש את הכרעת בית הדין לעבודה, כמשמעותו בחוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969 ; בית הדין ייתן לוועד העובדים הזדמנות להשמיע את דברו בדרך שיורה אף אם לא הועד הוא שביקש את ההכרעה.

ס' 30(ב) לחוק קובע מנגנון שבו במקרה ונתגלעו מחלוקות בין המעסיק לעובד האם חוק שעות עבודה ומנוחה חל על העסקת העובד ניתן לפנות לביה"ד אשר יכריע בעניין.

פירוט סעיפים 30(5) וס' 30(6) לחוק שעות עבודה ומנוחה :

ס' 30 (5) - **עובדים בתפקידי הנהלה או בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי**

מדינת ישראל נ' בסט ביי - לא כל תפקיד הנהלה יחשב ככזה שלא חל עליו חוק שעות עבודה ומנוחה אלא יש לבדוק האם מתקיימת זיקה – במקרה דנו נקבע כי חוק שעות עבודה ומנוחה חל על המנהל: **מנהל סניף של רשת בסט ביי טען** שהוא זכאי לתוספות שכר בין היתר בשל חוק שעות עבודה ומנוחה שלא שולמו לו במהלך העסקתו. **המעסיק טען** שכמנהל סניף הוא בתפקיד הנהלה או לחילופין לכל הפחות **בתפקיד הדורש מידה מיוחדת של אמון אישי** ואז לפי ס' 30 לחוק הוא לא צריך לשלם לו שעות נוספות וזכויות כאלו ואחרות כיוון והחוק לא חל עליו.

ביה"ד לא קיבל את טענת המעסיק וקבע כי יש להתייחס לטענות המחריגות של החוק באופן דווקני ומצומצם. תפקיד הנהלה לא יכול להיקבע לפי שמו או כינויו של התפקיד אלא לפי מהותו. מושג הנהלה צריך להתפרש כמתייחס לשכבת הנהלה הבכירה בארגון אשר באופן טבעי מזוהה עם מעמד המעסיק. מספר מאפיינים רלוונטיים לשאלת הגדרת גבולותיו של תפקיד הנהלה, אותם יש לבחון על רקע טיבו ואופיו של כל ארגון ואין הם בבחינת רשימה סגורה וממצה :

1. **שמו של התפקיד :** כינוי תפקיד מסוים בארגון לא ישמש ראיה להיותו של תפקיד בגדר תפקיד הנהלה, אלא, טיבו ומהותו האמיתי של התפקיד.
2. **מיקום בהיררכיה הארגונית :** שכבת הנהלה הבכירה שבאופן טבעי מזוהה עם מעמד המעסיק או שנועד לייצגו.
3. **קביעת מדיניות (הכי חשוב) :** מעורבות בהתוויית מדיניות הנהלת החברה תוך הפעלת שיקול דעת עצמאי שאינו מוכתב על ידי מדיניות זו. שאותו אדם הוא מי שקובע את החוקים בחברה ולא מי שפועל על פיהם.
4. **שכר ותנאי העסקה מיוחדים וחריגים :** מי שמרוויח 6,000 או 10,000 לא ייחשב כהנהלה בכירה אלא אם החברה תוכיח שכל הנהלה מרוויחה ככה.

5. **טיב התפקיד** : תפקידים בהם נדרש העובד לעמוד לרשות המעסיק בשעות לא שגרתיות או לעבוד בלא מסגרת קבועה של שעות עבודה. סמנכ"ל של חברה למשל לא יעבוד בשעות קבועות אלא כמה שצריך.

ביה"ד מבקש להדגיש כי תפקידי הנהלה יהיו תפקידים מרכזיים בארגון **שהכלל הוא** הכנסת עובדים תחת כנפי החוק ולא החרגתם.

באשר לתפקיד אמון **קבע ביה"ד** כי אמון אישי כשלעצמו אינו מחריג מתכולת החוק שכן, כל עובד חב מידה כלשהי של אמון אישי למעסיקו. לכן, צריכה להתקיים זיקה קרובה ומיוחדת של בעל התפקיד בו מדובר לתפקיד ההנהלה עליו לא חל החוק.

סעיף 30(6): **עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעסיק כל פיקוח על שעות העבודה והמונחה שלהם** **ההלכה קובעת** כי ביה"ד לא יבדוק אם המעסיק לא פיקח על העובד, אלא אם הייתה לו אפשרות לפקח על העובד.

חשוב לציין: קביעה בחוזה עבודה שחוק שעות עבודה ומנוחה לא חל על העובד **לא תשלול אוטומטית** את תחולת החוק ונטל ההוכחה הוא על המעסיק.

ב. חופשה שנתית

ס' 2 לחוק חופשה שנתית אומר שכל עובד זכאי לחופשה לפי החוק כמובן שזה בתנאי שהאדם מוכר כעובד. **בפס"ד אבני גורי נ' עיריית רמלה** – נקבע כי המעביד לא מוסמך להוציא עובד לחופשה כאשר תכלית הוצאת החופשה אינה זו המונחת ביסודו של חוק חופשה שנתית. באותו מקרה דובר על יציאה לחופשה שהייתה מסווה להשהייה. **בפס"ד גליה פיליפוביץ נ' C.P.S מחשבים והנדסה** – נקבע כי הוצאה כפויה לחופשה ללא תשלום כמזה כפיטורים.

ס' 3 לחוק חופשה שנתית קובע את מכסת ימי החופשה בתשלום לה זכאי כל עובד. מספר הימים להם זכאי העובד עולה ככל שעולה הוותק. בשנים האחרונות תוקן החוק כך שעד השנה החמישית הזכאות היא ל-16 ימים ברוטו ו-12 נטו. הקבוע בחוק זה רף מינימום, ארגון עובדים או מעסיק ועובד יכולים להגיע להסכמה לגבי ימי חופשה גבוה יותר בחוזה עבודה אישי או הסכם קיבוצי.

ס' 6 לחוק קובע כעיקרון כי חופשה תינתן בחודש האחרון של שנת העבודה (בפועל החופשה נפרסת לאורך השנה).

מה קורה כאשר יש מחלוקת בין המעסיק לעובד בנוגע לזכאות לימי חופשה ולניצולם? החוק קובע כי מעסיק חייב לנהל פנקס חופשה שבו הוא מתעד את צבירת הזכות לימי חופשה ואת ניצול ימי החופשה של העובד. פס"ד שדן בכך הוא **מ. (ארצי) 19/07 עמוס 3 בע"מ נ' סלוצקי שי** – המעסיק טען כי העובד ניצל ימי חופשה ביתר, אבל הוא לא ניהל פנקס חופשה המוכיח זאת.

ביה"ד האזורי קיבלו את גרסת העובד אבל בארצי **התהפכה ההחלטה** ונקבעו שתי הנקודות הבאות :

1. **נטל ההוכחה בדבר יתרת חופשה מוטל על המעסיק**. במקרה הנדון הוכח כי שולמו לעובד ימי החופשה המגיעים לו וזאת לפי הכתוב בתלוש השכר של העובד. למרות, שהמעסיק לא ניהל פנקס חופשה כפי שקבוע בחוק. ביה"ד הארצי קבע כי **הרשום בתלוש מהווה ראשית ראיה בכתב**. כלומר, על אף שאין רישום פנקס חופשה אם קיים רישום בתלוש ונקבע שהוא אמין הוא יהווה ראשית ראיה בלבד והנטל לסתור ראיה זו יעבור אל העובד.

2. אם לא קיימת ראייה אחרת הסותרת את האמור בתלוש לעניין ימי חופשה.

המסקנות מפס"ד הן:

1. על המעסיק חובת ניהול פנקס ורישום בדבר ניצול ויתרת חופשה של כל עובד.
2. האמור בתלושי השכר מהווה הודעת מעביד בדבר זכאות העובד למספר ימי החופשה המצויינים בתלושי השכר.
3. בהיעדר ראייה אחרת הסותרת את האמור בתלוש יש להסתמך על תלוש המשכורת של העובד.

חופשה מרוכזת

החוק והפסיקה קובעים כי המעסיק רשאי לקבוע חופש מרוכז.

חשוב לציין כי ככל שמדובר בחופשה מרוכזת של יותר משבעה ימים יש ליתן הודעה בכתב מראש של 14 יום. בד"כ כשמגיעים להסכמה לגבי חופשה מרוכזת במקומות עבודה גדולים ומאורגנים, המעסיק מגיע להסכמות עם נציגי העובדים לגבי הסדר מיטיב, למשל שעל שמונה ימי חופשה ירדו רק ארבעה ימי חופשה אבל לא קיימת חובה כזו בחוק.

נקודה חשובה נוספת היא שאם למשל מתוכננת חופשה מרוכזת של שישה ימים ולאחד העובדים יש רק 3 ימי עבודה צבורים, המעסיק חייב לשאת בעלות הזו והוא לא יכול להכריח את העובד להיכנס ליתרה שלילית של ימי חופשה או לצאת לחופשה ללא תשלום.

חופשה שנתית אל מול פדיון חופשה:

הזכות לפדיון – אם נצברו לנו ימי חופשה ולא ניצלנו אותם בתקופת העסקתנו אנחנו רשאים לפדות את היתרה בסיום העסקה.

חשוב להבחין במבחן בין הזכות לחופשה שנתית לבין הזכות לפדיון חופשה:

חופשה שנתית = במהלך תקופת העסקה (ס' 1 לחוק חופשה שנתית)
פדיון חופשה = בסיום תקופת העסקה (ס' 13 לחוק חופשה שנתית)

תקופת ההתיישנות

תקופת ההתיישנות לדרוש ימי חופשה שנתית במסגרת תביעה היא שלוש שנים בלבד לעומת רוב הזכויות במשפט אזרחי שמתיישנות לאחר 7 שנים. **בפס"ד ריבה אצ'לצייב נ' עמישב** – נקבע כי העילה לפדיון חופשה נוצרת עם סיום יחסי עובד מעביד, ועובד המגיש את תביעתו תוך פחות מ-3 שנים מיום הקמת העילה רשאי לתבוע את מלוא פדיון דמי החופשה. במקרה ולעובד יש ימי חופשה מעבר לקבוע בחוק (באמצעות הסכם אישי או קיבוצי) אזי על החלק העודף תהיה התיישנות רגילה של 7 שנים.

מיהו הקובע מתי לצאת לחופשה ולכמה זמן? המעסיק או העובד?

בחוק אין לכך התייחסות ספציפית, אבל כאשר ביה"ד מתייחס לכך הוא מעלה 3 נקודות שמהן עולה כי המעסיק הוא הקובע האם ולכמה זמן יכול העובד לצאת לחופשה:

1. לא ייתכן שכל עובד יקבע את מועד חופשותיו ויפגע בסדרי העבודה במפעל.
2. המעסיק הוא הנותן חופשות והוא הקובע את מועדן.
3. קביעת לוח המועדים שבהם יצאו העובדים לחופשה היא מסמכויות המעסיק, וסמכות זו יש להפעיל תוך תיאום עם העובד והתחשבות בצרכיו (סעיף שבד"כ מופיע בכל הסכם עבודה סטנדרטי).

ס' 5 לחוק חופשה שנתית: ימים שאינם נכללים בחופשה (כלומר שאינם יורדים מימי החופשה הצבורים) – ימי מילואים, חופשת לידה, ימי חג, ימי מחלה, ימי אבל, שביתה בהשבתה והודעה מוקדמת.

ג. דמי הבראה

דמי הבראה זו זכות שמקורה בצו הרחבה שלא בחוק. המטרה הראשונית של דמי הבראה הייתה לשמש קרן כספית שתשמש לעובד לצאת לחופשה זה פקטור. בעבר, על מנת לקבל דמי הבראה נדרש העובד להציג למעסיק אסמכתא שיצאת לחופשה. בהמשך בוטלה הדרישה לצאת לחופש בפועל וכל עובד זכאי לדמי הבראה. כדי לקבל דמי הבראה יש לעמוד בשני תנאים מצטברים:

1. על מבצע העבודה להיות מוגדר עובד
2. העובד צבר וותק של לפחות שנה אחת במקום העבודה

בפס"ד אבנר וקסמן ITC24 - נ' מסביב לשעון – נקבע כי עובד שפוטר לאלתר ללא הודעה מוקדמת ובשל כך לא השלים שנת עבודה זכאי לדמי הבראה כאילו השלים את תקופת ההודעה המוקדמת. נטל ההוכחה לעניין תשלום דמי הבראה מוטל על המעסיק וזאת לאחר שהעובד הוכיח כי מתקיימים יחסי עובד מעביד. במגזר הפרטי דמי הבראה עומדים כעת על 378 ₪ ליום הבראה ו-424 ליום הבראה במגזר הציבורי. גם כאן יכול להיקבע תשלום גבוה יותר במסגרת הסכם אישי או קיבוצי. הזכאות לדמי הבראה גם היא עולה ככל שהוותק עולה

כאשר בשנה הראשונה הזכאות היא לחמישה ימי הבראה במשרה מלאה, לאחר מכן בשנה שנייה ושלישית 6 ימי הבראה וכן הלאה.. לרוב דמי ההבראה משולמים אחת לשנה אך למעסיק יש את הזכות לפצל את תשלום דמי ההבראה (למשל חלק יחסי אחת לחודש) העיקר שהעובד קיבל את הסכום שהוא זכאי לו בתוך שנה קלנדרית.

השבת דמי הבראה ששולמו ביתר – פס"ד חשוב למבחן הוא סמ"ע 15540-09-09 זהבית מלול נ' רוני עמר: זהבית מלול הועסקה בחברת רוני עמר שירותי הנהלת חשבונות בע"מ כמנהלת חשבונות ויועצת מס, פחות משנת עבודה. בשל מצלמות אבטחה שהותקנו שמהווה פגיעה חמורה בפרטיותה והרעת תנאים מוחשית, נאלצה להתפטר בדין מפורטת ועתה תובעת לתשלום זכויות שונות: פיצויי פיטורים, הפרשים לביטוח מנהלים ופיצויי הלנת שכר.

במקביל ישנה תביעתה הנגדית של החברה, בה היא עותרת לתשלום בגין יתרת חופשה שלילית והשבת דמי הבראה ששולמו לתובעת ביתר. באשר לתביעתה של זהבית חברת רוני טוענת מנגד כי התפטרה בנסיבות אשר אינן מזכות אותה בפיצויי פיטורים והזמן שעבדה אינו מקנה לה זאת וכך גם ליתר הסעדים הטוענת להם (פחות משנה). **בית הדין האזורי קיבל את התביעה העיקרית ואת התביעה שכנגד בחלקן וקבע** שיש לאזן בין חופש הקניין והפררוגטיבה הניהולית של המעסיק לנהל את עסקו כרצונו לבין הזכות לפרטיות של העובד במקום עבודתו וזאת על סמך מבחני תום לב, סבירות ומידתיות. הוא מסביר כי בעבר נפסק כי מצלמות בחדרי עובדים מהווה פגיעה לא מידתית וסבירה בפרטיות. אך במקרה דנן חברת רוני עמר הציבה במשרדה מצלמות בתום לב, מסיבה לגיטימית לשם הגנה על העובדים וידעתם. בנסיבות המקרה אין משום הרעה מוחשית בתנאי העבודה והתקנת המצלמות אינה מהווה נסיבה משמעותית המצדיקה התפטרות של זהבית, המזכה את התובעת בפיצויי פיטורים.

משכך, חברת רוני תשלם לתובעת פיצויי הלנת שכר ופיצוי בגין אי הפרשות לביטוח מנהלים, בקיזוז יתרת החופשה השלילית ולגבי פיצויי פיטורים קבע כי אינה זכאית.

באשר לתביעה הנגדית, נוכח יתרת חופשה שלילית של 12.55 ימים, זהבית מלול לא הוכיחה כי מדובר בימי היעדרות בשכר או כי רישום זה אינו נכון ולכן על זהבית מלול לשלם לחברת רוני עמר. רכיב התביעה בגין דמי הבראה ששולמו ביתר, לא הוכח.

ד. שכר עבודה

חוק הגנת השכר: השכר שעובדים מרוויחים במקום העבודה מהווה כלי של המעסיק להבעת אמון, שביעות רצון. השכר הינו אינדיקציה למעמד חברתי, נותן תחושה של הצלחה. על רקע כך, ובשל חשיבות השכר, נולד הצורך לחקיקת חוק יסוד שיסדיר שכר מינימום. שכר עבודה הוא הדרך של המעסיק להביע הערכה כלפי העובדים. הפן הסוציאלי של שכר עבודה וזה שכר המינימום.

היתרונות והחסרונות של קביעת שכר מינימום במשק :

יתרונות :

1. קביעת מינימום שממנו אי אפשר לרדת – קיום בכבוד
2. מניעת ניצול
3. הקטנת פערים

חסרונות :

1. פגיעה בחופש ההתקשרות וחופש החוזים במשק.
2. פוגע בעסקים קטנים ובינוניים ועלול דווקא להגביר אבטלה.

היסטוריית שכר המינימום בישראל היה קבוע בהסכמים קיבוציים, אך לאורך השנים חלה שחיקה בקיום ההסכמים ועלה הצורך לקביעתו בחיקוק. **חוק שכר המינימום נחקק ב1987**, תחילה נקבע כי העליות יהיו צמודות למדד ולשכר הממוצע בשוק. בסופו של דבר גם זה לא ממש נאכף וניתן לראות הרבה פעמים ששכר המינימום מושפע מלחצים פוליטיים מאשר הקבוע בחוק או מהצורך הקיים. **בשנים האחרונות** שכר המינימום עלה דרמטית, היום **שכר המינימום הוא 5,300 למשרה מלאה ללא שעות נוספות**. ישנו **שכר מינימום נפרד לאנשים עם מוגבלויות** – ככל שהמוגבלות גדולה יותר כך יקטן שכר המינימום. אבל המדינה מעניקה מענקים למעסיקים על מנת שיינתן תמריץ להעסקת אנשים עם מוגבלויות.

ס' 2 לחוק שכר מינימום – קובע כי: "מי שמלאו לו 18 שנים המועסק במשרה מלאה יהיה זכאי לקבל ממעסיקו שכר עבודה שלא יפחת משכר המינימום לחודש, ליום או לשעה הכל לפי העניין". **ניכר מלשון החוק הקוגנטיות שלו**. בנוסף שכר המינימום מחולק ליחידות: מינימום חודשי, מינימום שעתי או יומי הכל לפי הרלבנטיות.

סוג התביעות העוסקות בשכר המינימום :

סוג התביעות שבהן עולה הסוגיה של שכר מינימום הן תביעות להכרה ביחסי עובד מעביד : אלו הן תביעות של אדם שעבד אצל מעסיק כעצמאי או פרילנסר ומנסיבות כאלו ואחרות לאחר זמן מסוים הוא טוען שהתקיימו יחסי עובד מעביד ולכן הוא זכאי לזכויותיו כעובד ולא כעצמאי.

פס"ד הראשון שניתן ללמוד ממנו הוא **פס"ד מנשרוף נ' גלצנר** – לא יתקבל ויתור עובד על שכר המינימום גם אם ויתר על כך במפורש, משום שלא ניתן להתנות על חקיקת מגן : דובר על אדם שעשה טרום התמחות והתמחות במשרד שמאים, העובד סגר עם המעסיק שהוא יעבוד כפרילנסר ושכרו ישולם לפי עמלות. בסוף תקופת העבודה העובד תבע את המעסיק וטען שהתקיימו יחסי עובד ומעביד ושהשכר ששולם לו לא הגיע לכדי שכר מינימום. המעסיק טען שזה מה שסוכם ולא יכולה לבוא כל טענה כיוון שגם אם יש יחסי עובד – מעביד, העובד הסכים לשכר הזה. **ביה"ד לעבודה קיבל את טענת העובד** שהתקיימו יחסי עובד מעביד ולא קיבל את טענת המעסיק שבמקרה של התקיימות יחסי עובד- מעביד הסכמה בין הצדדים על שכר נמוך משכר המינימום יכולה להיות תקפה. **ההלכה הפסוקה לפיה לא**

יתקבל ויתור עובד על שכרו ועל זכויותיו הקוגנטיות היא היסוד והתשתית לחובת המעסיק כלפי עובדו ואין להתחמק מתחולתה. הלכה זו שרירה וקיימת בין אם הוויתור המיוחס לעובד נעשה לפני תחילת ההתמחות – במהלכה ובין אם לאחריה, בין אם הוויתור היה – במפורש, בכתב או בכלל. מעמד של עובד (האם יש יחסי עבודה) מכוח חקיקת המגן אינם ניתנים להתנאה וקביעתם תחולתם תיקבע לפי עובדות המקרה.

סוגיית השכר הראוי:

השאלה של שכר ראוי עולה במספר מקרים שהמשותף לכולם הוא שלא נקבע בין המעסיק לעובד מה יהיה השכר של העובד ואז ביה"ד צריך לקבוע מה השכר הראוי של העובד בנסיבות העניין. **אלו הם המקרים:**

1. כאשר לא נקבע השכר של העובד
2. כאשר הצדדים מלכתחילה לא ראו עצמם ביחסי עובד ומעביד ולכן לא היה מו"מ לשכר. כמו למשל במקרים בהם עובד ביצע עבודה כפריילנסר, עצמאי ומוכר כעובד בדיעבד (הסיטואציה הנפוצה ביותר).
3. במקרים של שביתה או שביתה חלקית שבהם מושהה הסכם העבודה ובאופן עקרוני המעסיק לא מחויב בתשלום שכר לעובדים, אך הרבה פעמים כחלק מהמו"מ לחזרה לעבודה נעשה מו"מ גם לגבי שכר ראוי עבור תקופת השביתה (סיטואציה נדירה יותר).

פס"ד אורי פרייס, עו"ד נ' מכללת רמת גן – ביה"ד קובע קריטריונים לבחינת השכר הראוי: דובר במרצה ומתרגל במכללת רמת גן במספר קורסים למשך מספר שנים וההסכמה בין עו"ד פרייס למכללה הייתה שאין יחסי עבודה והוא עובד כפריילנס. כשיחסי העבודה עלו על שרטון, עו"ד פרייס תבע את המכללה בטענה שהתקיימו יחסי עובד מעביד והוא זכאי לזכויות הסוציאליות הנגזרות מכך. העניין עבר כמה ערכאות ובסופו של דבר נקבע כי התקיימו יחסי עובד מעביד וביה"ד ניסה לקבוע קריטריונים איך קובעים מהו שכר ראוי או חלופי כאשר מתקיימים בדיעבד יחסי עובד מעביד. כלומר, **לאחר שנקבע כי התקיימו יחסי עובד מעביד, ביה"ד עובר לבחון האם השכר ששולם הוא שכר ראוי בהתאם לקביעה של יחסי עובד מעביד.**

הדרכים לבחון את השכר הראוי הם:

1. בהתאם לראיות שהובאו בפני ביה"ד כאשר נטל ההוכחה לעניין זה מוטל על המעסיק אשר הוא צריך להוכיח שהשכר ששולם הוא ראוי גם אם העובד היה מוגדר כעובד ולא פריילנס. ניתן לעשות זאת על ידי השוואה של שכר שמשולם לעובד אחר שביצע עבודה דומה לטוען לשכר ראוי.
2. טבלאות שכר בהסכמים קיבוציים כי יש שם קריטריונים לגבי שכרם של עובדים מסוגים שונים.
3. ראיות לגבי שכר חלופה שהוצע או נקבע בין הצדדים במקרה ויוכרו יחסי עובד מעביד – סעיף שמצופה מכל מעסיק סביר בחוזה העסקה של פריילנסר.

חוק הגנת השכר וסוגיית השכר הכולל (גלובלי) –

החוק הזה הוא כלי עזר נוסף שיש לבתי הדין כדי להגן על זכויות העובדים, חוק מקיף שמסדיר את הפרקטיקה של תשלום שכר. אחד הדברים המרכזיים שקבועים בחוק והרבה אנשים לא מכירים הוא ס' 5 לחוק שקובע איסור שכר כולל - **עובד שנקבע לו שכר כולל ביה"ד יראה את השכר הכולל כשכר בסיס בלבד ועל השכר הכולל יתווספו כל יתר הזכויות הסוציאליות של העובד.**

איסור שכר כולל

5. עובד שחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, חל לגביו ונקבע לו שכר עבודה הכולל תשלום בעד שעות נוספות או גמול עבודה במנוחה השבועית כאמור בחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, או הכולל דמי חופשה, תמורת חופשה או פדיון חופשה כאמור בחוק חופשה שנתית, תשי"א-1951 – רואים את השכר שנקבע כשכר רגיל בלבד, אלא אם נקבע אחרת בהסכם קיבוצי לגבי תשלום בעד שעות נוספות או גמול עבודה במנוחה השבועית וההסכם אושר לעניין זה על ידי שר העבודה.

יש לציין כי פסיקת ביה"ד לעבודה הכשירה את הכלי של שכר כולל במס' תנאים, אבל **לגבי המבחן** **אנחנו צריכים לדעת שיש איסור על שכר כולל!!!**. התנאים להכשרה של השכר הכולל הם שהמעביד מכניס בהסכם מה כולל הרכיב של שכר כולל ושהכולל ישתקף בתלוש השכר. פס"ד שדן בשכר כולל הוא **פס"ד קובי מכני נ' לפידות ספורט –** דובר היה על עובד שעבד לפי שכר גלובלי שנקבע בהסכם. העובד ביקש לקבל את זכויותיו לפי הקבוע בחוק – כלומר שהשכר הגלובלי יהווה את הבסיס להפרשות הסוציאליות. **המעסיק אמר** שהעובד חתם על ההסכם בחופשיות ומרצון ולכן לא יכולה להיות לו כל טענה בעניין השכר הגלובלי. על טענת המעסיק **קבע ביה"ד** כי בטענה זו נמצאת החברה מתעלמת ממושכלות ראשוניים כפי שנמצא בהוראת סעיף 5 לחוק הגנת השכר **בדבר איסור שכר כולל ולפיה עובד שחוק שעות עבודה ומנוחה חל עליו ונקבע לו שכר עבודה הכולל תשלום בעד שעות נוספות רואים את השכר שנקבע כשכר רגיל בלבד.**

ניכויים משכר עבודה :

באופן עקרוני **הכלל הוא** שלמעסיק **אסור להוריד כסף משכרו של העובד, אלא אם** מדובר בניכויים שמופיעים בסעיף 25 לחוק הגנת השכר.

לכלל הזה יש חריג – בפס"ד שרון ארז נ' ניסן חומרי בניין – נקבע כי קודם כל צריך להיות בהסכם העבודה מנגנון לגביית חובות **ורק אז** למעסיק מותר לקזז או לנכות משכר העבודה **בהתקיים שלושה תנאים מצטברים :**

1. חוב מוכח – יש למעסיק הוכחה שנוצרה עילה לחוב.
2. קצוב – סכום שנאמד כבר ולא בערך.
3. שאינו שנוי במחלוקת – צריך שהעובד והמעביד יסכימו שזה החוב (לרוב זה לא קורה ואז מגיעים לביה"ד לעבודה שמכריע).

ניכויים משכר עבודה

25. (א) לא ינוכו משכר עבודה אלא סכומים אלה:
 - (1) סכום שחובה לנכותו, או שמותר לנכותו על פי חיקוק;
 - (2) תרומות שהעובד הסכים בכתב כי ינוכו;
 - (3) דמי חבר בארגון עובדים שהעובד חבר בו, שיש לנכותם מן השכר על פי הסכם קיבוצי או חוזה עבודה או שהעובד הסכים בכתב כי ינוכו, והתשלומים הרגילים לועד העובדים במפעל;
 - (4) תוספת לדמי החבר שמותר לנכותם על-פי פסקה (3), המיועדת למימון פעילות מפלגתית, זולת אם הודיע העובד למעסיקו בכתב על התנגדותו לתשלום התוספת;
 - (5) דמי טיפול מקצועי-ארגוני לטובת הארגון היציג כמשמעותו בחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957, שיש לנכותם על פי הסכם קיבוצי או חוזה עבודה משכרו של עובד שאיננו חבר בשום ארגון עובדים, או שהעובד הסכים בכתב לניכוי כאמור; שר העבודה, לאחר התייעצות עם ארגון העובדים המייצג את המספר הגדול ביותר של עובדים במדינה, ובאישור ועדת העבודה של הכנסת, יקבע בתקנות את מקסימום דמי הטיפול המקצועי-ארגוני שמותר לנכותם לפי פסקה זו;
 - (6) סכום שהוטל כקנס משמעת בהתאם להסכם קיבוצי או על פי חיקוק;
 - (7) תשלומים שוטפים לקופות גמל ובלבד שתשלומים כאמור לקופת גמל שהעובד בלבד חייב לשלם לה לא ינוכו משכרו של העובד אם הוא הודיע למעסיקו בכתב על התנגדותו לתשלומם;
 - (8) חוב על פי התחייבות בכתב מהעובד למעסיק, בתנאי שלא ינוכה על חשבון חוב כאמור יותר מרבע שכר העבודה;
 - (9) מקדמות על חשבון שכר עבודה, אם אין המקדמות עולות על שכר עבודה בעד שלושה חדשים; עולות המקדמות על שכר עבודה לשלושה חדשים – חלות על היתרה הוראות פסקה (6).

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), חדל עובד לעבוד אצל המעסיק, רשאי המעסיק לנכות משכרו האחרון של עובד כל יתרה של חוב שהעובד חייב לו, לרבות מקדמות.

בפס"ד קובי מכני נ' לפידות – ס' 25 לחוק הגנת השכר קובע מהם הניכויים המותרים משכרו של העובד. **ס' 25(ב)** קובע כי **אם חדל העובד לעבוד אצל המעסיק, רשאי המעסיק לנכות משכרו האחרון של העובד כל יתרה של חוב שהעובד חייב לו, לרבות מקדמות.** **נקבע כי** "יתרה של חוב" הכוונה לחוב מוכח, קצוב ושאינו שנוי במחלוקת. בנוסף, **המעסיק לא יכול לנכות משכרו של העובד ניכויים כראות עיניו בגין נזקים שלטענתו נגרמו לו.**

** הסכמים קיבוציים, ענפים ואישיים יכולים להסדיר מנגנונים של תשלומים בין המעסיק לעובד.

הלנת שכר:

מתי צריך לשלם שכר ומה המשמעות של שכר שלא שולם ביום הקובע:

בסעיף ההגדרות של החוק קבוע בס' 1 לחוק "היום הקובע" לפיו יש לשלם את שכר העבודה עד התשיעי לחודש וכל שכר שמשולם לאחר מכן הוא שכר מולן. החוק קובע פיצויי הלנה דרקוניים אבל בפועל כל זה לא משנה כי ביה"ד לעבודה כמעט ולא פוסקים פיצויי הלנה כי זה רק כשאין מחלוקת והמעסיק תמיד אומר שהייתה מחלוקת.

תיקון 24 משנת 2009 שחל גם על חוק הגנת השכר וגם על חוק שעות עבודה ומנוחה:

בזכות תיקון 24 שחל על חוק הגנת שכר וחוק שעות העבודה החידוש הדרמטי שהתיקון הזה מביא הוא היפוך נטל הראיה בין העובד למעסיק במקרים שבהם יש מחלוקת. כמו כן, התיקון החיל עונשים פליליים על מנהלים במקום העבודה- הרתעה משמעותית.

תיקון 24 קבע שתלוש השכר חייב לכלול את הפרטים הבאים:

1. פרטי העובד והמעסיק
2. תאריך תחילת ההעסקה וותק העובד
3. היקף המשרה
4. מס' ימי החופש ויתרתם
5. מס' ימי המחלה ויתרתם
6. גובה השכר
7. שעות נוספות
8. הפרשות בגין תנאים סוציאליים
9. שיעור שכר המינימום
10. דרך התשלום (המחאה, מזומן, העברה בנקאית) וכו'.

הרציונל של התיקון הוא שמעסיק שיעמוד בדרישות החוק יוכל להתמודד עם נטל הראייה בקלות כנגד טענות העובד. למשל, עובד טוען שמגיעות לו שעות נוספות ועוד ימי חופשה, אם המעסיק מתנהל כשורה הוא מראה את התלוש ומוכיח שלא מגיע לו ובזה מסתיים המשפט – אבל אם הוא לא רשם את מה שהחוק דורש נטל ההוכחה להוכיח אחרת ממה שטוען העובד מוטל על המעסיק. נקודה חשובה נוספת שהביא התיקון: הוא הטלת אחריות אישית שיכולה להיות מנהלית או פלילית כלפי נושאי משרה בחברה. כלומר, שאם החברה ביצעה הפרות חמורות ניתן להעניש באופן אישי גם את נושאי המשרה בחברה (נפוץ).

משפט עבודה קיבוצי

עד עכשיו עסקנו במשפט העבודה הפרטי ועכשיו אנחנו עוברים למשפט העבודה הקיבוצי. **משפט העבודה הקיבוצי עוסק ביחסי העבודה בין ארגון העובדים למעסיק, בין ארגון העובדים לארגון המעסיקים ובין ארגוני עובדים או מעסיקים בינם לבין עצמם.** הוא נקרא **משפט קיבוצי** מאחר והכללים שנוגעים אליו **מתייחסים לקבוצה**. דוגמא לארגוני עובדים הם למשל: ארגון המורים, הסתדרות האחיות, כוח לעובדים וכו'. יש גם ארגוני מעסיקים לדוגמא: התאחדות התעשיינים והתאחדות בתי המלון.

פרק 12: חופש ההתארגנות

זכות ההתארגנות של העובדים הוכרה כזכות אדם באמנות בינלאומיות שהתקבלו באו"ם ובארגון העבודה הבינלאומי. בישראל אין חוק יסוד שמכיר בזכות הזו אבל בפסיקה נקבע כי **חופש ההתארגנות הוא דבר מובן מאליו ולכן אין צורך לחוקק לגביו חוק יסוד**. יש חוקים רבים לזכות ההתארגנות אבל אין חוק למשל שמגדיר מיהו הארגון העובדים שמוסמך להיות צד להסכם קיבוצי ולהכריז על סכסוך עבודה.

חוק הסכמים קיבוציים:

בתיקונים שנעשו בחוק הזה (2001, 2009) המחוקק פירט שורה של חובות וזכויות שמטרתן לבסס את זכות ההתארגנות ולאפשר יישום שלה.

הס' הראשי שמתעסק בנושא הזה הוא **ס' 33א** לחוק הקובע כי **לכל עובד יש זכות לפעול למען ההתארגנות עובדים בוועד עובדים ובארגון עובדים ולהיות חבר בוועד עובדים ובארגון עובדים**.

ס' 33א1 מעסיק חייב לנהל מו"מ בנוגע לתנאי העבודה של העובדים עם ארגון עובדים יציג בהתארגנות ראשונית אצלו אך, הס' לא מחייב את המעסיק לחתום על הסכם קיבוצי עם הארגון. **למשל:** אם במקום העבודה העובדים התארגנו בארגון עובדים והם יותר מ-1/3, המעסיק חייב לנהל איתם מו"מ בקשר לתנאי העבודה שלהם, אך הוא לא חייב להגיע איתם להסכם ולא חייב לחתום איתם על הסכם קיבוצי.

ס' 33אט - **איסור מניעת כניסה** - למעסיק אסור לאסור כניסה של נציג ארגון העובדים לעבודה כי הוא ממריד את העובדים.

ס' 33אז קובע שמעסיק לא יפטר עובד, לא ירעה את תנאיו ולא ימנע מלקבל לעבודה עובד מאחר והוא חבר או פעיל בארגון עובדים או בוועד העובדים. כמו כן, אסור למעסיק לפגוע בתנאי העבודה של העובד כולל בקידום שלו, הכשרה או השתלמות מקצועית, פיצויי פיטורים וכו'. הרעיון שעומד בבסיס הסעיף הוא להגן על חופש ההתארגנות של העובדים כך שהמעסיק לא יפגע בעובדים שהם חברים באותו הארגון הזה.

ס' 33איד קובע סנקציה פלילית שמוטלת על מעסיק שפוגע בתנאי העבודה של העובד ומפטר אותו בשל העבודה שהוא חבר בוועד העובדים או בארגון העובדים. עובד שכזה שפוטר יכול לפנות לביה"ד לעבודה לפי **ס' 33א** ולבקש **צו מניעה או אכיפה של חוזה העבודה**, כלומר, הוא יכול לבקש צו למנוע את הפיטורים שלו, ואם הוא כבר פוטר הוא יכול לבקש שיחזירו אותו לעבודה ובתי הדין עושים זאת (מעניקים אכיפה) כדי להגן על זכות ההתארגנות.

סעד נוסף שהעובד יכול לבקש לפי ס' 33א הוא פיצויים, ס' 33א מעניק לביה"ד לעבודה שק"ד לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק עד לסכום של 50,000 ₪ ובמקרה של הפרה חמורה מצד המעסיק פיצויים לדוגמה עד לסכום של 200,000 ₪ במקרה של הפרת הוראות סעיפים 33 ו- 33א.

בנוסף, בחוק הוארכה תקופת ההתיישנות להגשת תביעות על הפרת סעיפים 33 ו- 33א לחוק לשלוש שנים. החוק מגן על עובדים שרוצים להתארגן בארגוני עובדים, כך שיהיה להם כוח כלפי המעסיק.

משמעותו של חופש ההתארגנות- דף הוראה מס' 11

יעקב חביב נ' ק.א.ל. קווי אוויר למטען בע"מ - לא ניתן לפטר עובד בשל התארגנותו בארגון עובדים בשל העובדה כי מדובר בזכות יסוד, המעביד אינו רשאי לקבוע בחוזה העבודה סעיף שהעובד לא יהיה מיוצג ע"י ארגון עובדים + נטל ההוכחה: המערער הוא טייס במקצועו שמועסק אצל המשיבה במשך למעלה מ-3 שנים בתפקיד של איש צוות אוויר. ממועד תחילת עבודתו לא הייתה כל תלונה לגביו בנוגע לעבודתו. המשיבה היא חברה ישראלית שעוסקת בהטסת מטענים וייצוא חקלאי לחו"ל. העובדים שם מועסקים על פי חוזה עבודה אישיים, כלומר לא היה ארגון עובדים שמייצג את העובדים. על פי חוזה העבודה נקבע שם שביחסים בין העובד לבין קאל (המשיבה) לא יהיה העובד מיוצג ע"י ועד עובדים או ארגון כלשהו. המערער לקח חלק פעיל והיה מהמובילים בניסיון התארגנות בקרב העובדים בחברה שהתנהל ע"י ההסתדרות (כדי להגן על העובדים). החברה התנגדה נחרצות לניסיון ההתארגנות והפעילה לחצים על העובדים, במטרה לגרום להם שיחזרו בהם במהלך ההתארגנות. לאור זאת, החלו עיצומים מצד העובדים בחברה. מיד לאחר תחילת ההתארגנות החברה הודיעה לטייס כי נערכים צמצומים וכי הוא מועמד לפיטורים, הוא זומן לשימוע ובסופו של דבר פוטר. הטייס טען כי הוא למעשה פוטר מאחר והוא לקח חלק בהתארגנות של העובדים במסגרת ההסתדרות.

ביה"ד האזורי דחה את בקשתו להחזיר אותו לעבודה.

הוא הגיש **ערעור לביה"ד הארצי, הערעור התקבל ושם נקבע כך**, הש' אדלר: חופש ההתארגנות הוא זכות יסוד ממנה נובע כי המעסיק אינו רשאי להתערב בחופש של העובד להחליט אם להצטרף לארגון עובדים או לא. המעסיק גם לא רשאי לקבוע בחוזה העבודה האישי של העובד כי הוא אינו רשאי להיות מיוצג ע"י ארגון עובדים כפי שנעשה במקרה הזה. ההגנה על חופש ההתארגנות משתרעת גם על השלב שבו העובדים כבר מתארגנים ומצליחים להקים ארגון עובדים וגם אז יש למנוע התנכלות בעובדים הפעילים בהתארגנות ולמנוע את פיטוריהם, במקרים שבהם מפוטר עובד או שיש כוונה לפטר עובד שהיה פעיל בהתארגנות. **הכלל הוא** שעל המעסיק רובץ נטל ההוכחה כי בחירת המועמדים לפיטורים נעשתה מנימוקים ענייניים ולא מהטעם של השתייכות לארגון העובדים. במקרים של פיטורים על רקע פעילות בארגון מקום העבודה, הסעד הזמני העדיף יהיה להורות לא לפגוע בעובד ולהשאיר אותו בעבודתו עד למתן פסה"ד סופי בתביעה. במקרה שלנו החברה חרגה בכל קנה מידה מהמותר למעסיק במסגרת יחסים קיבוציים בין הצדדים ובמיוחד בזכויות של הטייס כשהחליטה לפטר אותו וזאת מחמת פעילותו הארגונית, לכן הוחלט להחזיר אותו לעבודה + הוצאות משפט 30 אלף ₪.

פיצויים לדוגמה בשל פגיעה בחופש ההתארגנות:

ס"ק ההסתדרות נ' דין שיווק וקליה בע"מ - חברה שפעלה כדי למנוע התארגנות עובדים ונקבע כי עליה לשלם פיצויים לדוג' בגין פגיעה בהתארגנות: המשיבה עוסקת בייבוא ושיווק מוצרי מזון. העובדים שלה מפוזרים בדוכני מזון שהוקמו בתוך הסניפים של רשתות השיווק. העובדים במשיבה לא היו מאורגנים עד שבשלב מסוים הם החליטו להתארגן בהסתדרות. למעלה מ-1/3 מהעובדים הפכו להיות חברים בהסתדרות ולכן היא הפכה להיות גוף יציג (ברגע שיש למעלה מ-1/3 שחותרים על טופסי חברות בהסתדרות או בכל ארגון אחר, הם הופכים להיות ארגון יציג והם יכולים לחתום על הסכם קיבוצי). ההסתדרות פנתה

למשיבה וביקשה לנהל איתה מו"מ לשם חתימה על הסכם קיבוצי. החברה התנגדה מאוד להתארגנות. את ראש ועד הפעולה ושני עובדים נוספים היא פיטרה, בנוסף היא גרמה להפרעה חמורה ביותר בהתארגנות. למשל, היא תחקרה עובדים ביחס להתארגנות, היא פיטרה חלק מהעובדים שהתארגנו, היא מנעה מראש מועד הפעולה להיפגש עם עובדים בסניפים ודרשה להיות נוכחת בשיחה עם העובדים, היא חילקה בונוסים בהיקף חסר תקדים ונתנה הטבות לעובדים שלא הצטרפו להתארגנות והיא החתימה עובדים על אישורים שלפיהם הם לא מעוניינים להצטרף להסתדרות. המאמצים של המשיבה הצליחו, והיא הצליחה לעצור את ההתארגנות. ההסתדרות בתביעה שלה לביה"ד ביקשה שיפסקו לה פיצויים לדוגמא. הסעד של פיצויים לדוגמא מופיע בהתבסס על סעיף 33 לחוק ההסכמים הקיבוציים.

ביה"ד קובע בהקשר לגובה הפיצויים כך – מצד אחד יש לתת משקל לאלמנט ההרתעה כלפי ציבור המעבידים כולו, בנוסף מדובר בהפרעה שהיא מהחמורות וההשלכות שלה על ההתארגנות היו קשות, מדובר במעסיק בינוני מבחינת מס' העובדים, כך שיש להימנע מתוצאה שפגיעתה במעסיק תוביל לפגיעה בעובדים. כמו כן, חלק מהטעויות נעשו בתו"ל, כאשר המשיבה לא הייתה מודעת לגבולות המותר והאסור בהתארגנות. לאחר בחינת כל השיקולים, ביה"ד מחליט לחייב את המשיבה בתשלום של פיצויים לדוג' בסך של מאה אלף ₪ בגין פגיעה בהתארגנות, כאשר 55 אלף ₪ ילכו להסתדרות, 35 אלף ₪ לחבר ועדה הפעולה (שפוטר), ו-5 ₪ כפול שניים לכל אחד מהעובדים שפוטרו.

אבל, ההסתדרות לא הסתפקה בסכום הזה והגישה **ערעור לביה"ד הארצי** **עס"ק הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' דין שיווק וקליה בע"מ** – שם בהמלצה של ביה"ד הארצי הצדדים הגיעו להסכמה לפיו סכום הפיצוי יוכפל כך שהחברה תשלם פיצוי לדוגמא בסך של 200 אלף ₪.

תוכנה של הזכות לחופש ההתארגנות :

הזכות לחופש ההתארגנות כוללת את הזכות של העובד להתארגן בארגון עובדים (ההסתדרות הכללית, הלאומית, המורים וכו') ואת הזכות של המעביד להתארגן בארגוני מעסיקים (התאחדות התעשיינים, בתי המלון וכו'). לזכות הזאת יש שני היבטים – היבט אישי וקיבוצי:

1. היבט אישי –

נקודת מבט של העובד: הזכות לחופש ההתארגנות מוקנית לעובד ומכוחה הוא זכאי להקים יחד עם עובדים אחרים ארגון עובדים או להיות פעיל בארגון כזה או לבחור את ארגון העובדים שאליו הוא רוצה להצטרף כחבר. במסגרת ההיבט האישי לזכות לחופש ההתארגנות יש שתי פנים:

א. פן חיובי- זכותו של העובד כפרט להצטרף לארגון עובדים לפי בחירתו, אי אפשר לכפות עליו להצטרף לארגון שלא לטעמו.

ב. פן שלילי- משמעות זכותו של העובד כפרט לא להצטרף לאף ארגון עובדים. כלומר, העובד לא חייב להצטרף. חופש ההתארגנות כולל את הזכות שלי שלא יכפו עלי להיות חבר בארגון מסויים.

2. היבטי קיבוצי -

הזכות לחופש ההתארגנות מוקנית לקבוצת העובדים שהתארגנה, ולא באופן אישי לכל אחד מהחברים בקבוצה. כלומר, לארגון יש כשרות משפטית לפעול בשם העובדים החברים בו, כאשר הוא עומד בתנאים הנדרשים להכרה בו כארגון עובדים.

הזכות לחופש ההתארגנות כוללת שלושה אלמנטים:

1. הזכות להתארגנות – הזכות של העובדים להתארגן בהתארגנות עובדים ולהיות חברים בו.
2. הזכות לנהל מו"מ קיבוצי – לנהל מו"מ על תנאי העבודה של כל העובדים.
3. הזכות להכריז על שביתה – אם במהלך המו"מ לא מצליחים להגיע להסכמות, תמיד ארגון העובדים יציג יכול להכריז על שביתה (להכריז על סכסוך עבודה) וכך זה יועיל לו להגיע יותר להסכמות.

עס"ק (ארצי) הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' פלאפון תקשורת בע"מ - קביעת כללים נוקשים בנוגע להתנהגות של מעסיק כאשר יש התארגנות במקום: חברת פלאפון הייתה במשך שנים מקום עבודה לא מאורגן של 4000 עובדים. במשך תקופה ארוכה העובדים ניסו להתארגן בהסתדרות. הנהלת פלאפון התנגדה לכך ונקטה בצעדים רבים כדי לטרפד את ההתארגנות של העובדים, היא זימנה אספות עובדים וטענה שההתארגנות תהיה "סרטן" בחברה ושכתוצאה מההתארגנות המצב הכלכלי של פלאפון ידרדר והרבה עובדים יפוטרו. היא פירסמה רשימות של העובדים שהפכו להיות חברים בהסתדרות כדי לאיים עליהם לא לעשות זאת. כתוצאה מכך ההסתדרות פנתה לביה"ד לעבודה בבקשה שיוציא צו מניעה זמני שלפיו פלאפון תימנע מפעולות לסכל את ההתארגנות ושלא תשפיע על העובדים לא להתארגן. **ביה"ד הארצי קיבל את הבקשה** ואסר על פלאפון לעשות כל פעולה שעלולה לפגוע בזכות העובדים להתארגנות לרבות אמצעי משמעת, השהייה ופיטורים על רקע מימוש זכות ההתארגנות. **השופטת נילי ארד קבעה כללים מפורשים בנוגע להתנהגות של מעסיקה כאשר יש התארגנות במקום העבודה:**

1. החברה לא תקיים מעקב אחר העובדים שהתארגנו או אחר עובדים שבחרו לא להתארגן בדרך של ניהול רשימות או בדרך אחרת.
2. החברה תימנע מלהציג את עמדתה בנוגע להתארגנות בכנסים של הסברה לעובדים או באתרי החברה או בתכתובות אלקטרוניות או בכל דרך אחרת.
3. החברה תימנע מלהציג לעובדים את החסרונות הקיימים לדעתה בהצטרפות לארגון עובדים ואת ההשלכות של ההתארגנות על הפעילות הכלכלית שלה.
4. החברה לא תנהל מעקב אחר העובדים במימוש זכותם להתארגן.
5. החברה תימנע מפעולות לסיכול ההתארגנות בדרך של פניות אישיות לעובדים בתכתובת או בפרסומים.
6. החברה תימנע מליזום פגישה אישית עם עובדים או עם קבוצות עובדים בנוגע למימוש זכות ההתארגנות ולא תעשה שימוש בהפצת מסרים נגד ההתארגנות באמצעות מסרונים למכשירי טלפון הנייד וכו'.

הקביעות האלה של פסה"ד הם קביעות קשות על כל המעסיקים ולכן מעסיקים רבים במשק מאוד כעסו על חברת פלאפון שהגיעה למצב כזה שהפעילות שלה גרמה לביה"ד פס"ד שלא מאפשר למעסיק לעשות שום דבר כנגד ההתארגנות. לכן בעקבות זאת הוגשה עתירה לבג"צ לשכת התיאום של הארגונים **הכלכליים נ' ביה"ד הארצי לעבודה - המטרה הייתה שבג"צ קצת יקל על המעסיקים** וימתן את פסה"ד פלאפון של הארצי. אבל, **בג"צ אישר את הקביעות של הארצי**. מה שנקבע בפסה"ד פלאפון בסופו של דבר זו ההלכה בנוגע לאיסור של המעסיקים להתערב בהתארגנות של עובדים.

פרק 13: ארגוני עובדים וארגוני מעסיקים

סימני היכר לארגוני עובדים:

לעניין ארגון עובדים וותיק (ההסתדרות הכללית) לא מתעוררת השאלה האם הוא ארגון עובדים. אבל, כל פעם שמוקם ארגון עובדים חדש מתעוררת השאלה- האם הארגון הוא אכן ארגון עובדים? וזאת מאחר ואין חוק שקובע קריטריונים ברורים לארגון עובדים.

הקריטריונים נקבעו בפסיקה:

בג"צ 95 / 7029 הסתדרות העובדים בכללית החדשה נ בית הדין לעבודה, עמית- הסתדרות עובדים מכבי

ואח' - קופ"ח מכבי הקימה ארגון בשם "עמית" כארגון עובדים. ההסתדרות הכללית טענה שארגון עמית הוא לא ארגון עובדים מאחר והוא לא עומד בדרישות להכרה בו ככזה. לכן, במקרה זה, בג"ץ מפרט את כל הקריטריונים לארגון עובדים.

עב' 9/07 ארגון גננות חרדיות נ' הסתדרות המורים של אגודת ישראל- התעוררה השאלה- מיהו ארגון העובדים שמוסמך לייצג את הגננות החרדיות במסגרת מו"מ לגיבוש תכנית הבראה לרשת החינוך החרדית, כאשר הארגון הוותיק היה הסתדרות המורים של אגודת ישראל שהוקם בשנים הראשונות של המדינה במטרה לפעול לייצוג של עובדי ההוראה בחינוך העצמאי כלפי המעסיקים שלהם. בסמוך למועד הגשת התביעה, הוקם ארגון חדש בשם "ארגון הגננות החרדיות- ארגון פורץ", כאשר הוא ביקש לייצג את גננות הרשת כלפי המעסיקה שלהם, בין היתר במו"מ בעניין תכנית הבראה לרשת החינוך. התכנית כללה גם את הפיטורים של הגננות והפחתה בשכרן ולטענתן הן לא מיוצגות טוב ע"י הסתדרות המורים של אגודת ישראל והן הקימו ארגון חדש, לכן **עלתה השאלה-** האם מדובר בארגון עובדים מבחינת סימני ההיכר שלו?

סק 1009/09 סק (ת"א) 504/09 ארגון כח לעובדים- ארגון עובדים דמוקרטי נ' מכון דוידסון לחינוך מדעי

ליד מכון ויצמן למדע - רוב עובדי גן המדע השייכים למכון דוידסון החליטו להתאגד בארגון עובדים חדש "כוח לעובדים- ארגון עובדים דמוקרטי" וזאת לשם שמירה על זכויותיהם ותנאי עבודתם על רקע סכסוך עבודה שפרץ שם מאחר והעובדים המאורגנים לא שובצו לעבודה ובמקומם, מכון דוידסון קיבל עובדים אחרים שלא מהארגון. **עלתה השאלה-** האם כוח לעובדים הוא ארגון עובדים שעומד בדרישות?

סימני היכר (הדרישות) לארגוני עובדים:

- 1. תקנון-** ארגון של קבע צריך שיהיה לו תקנון שיקבע את מטרות הארגון, את מוסדותיו, תפקיד כל מוסד, תנאי קבלת חברים וכו'. התקנון חשוב גם כדי שאלו המתקשרים עם הארגון ידעו מי מוסמך לחתום איתם על הסכם. עם קריטריון זה לא הייתה בעיה באף אחד מהארגונים (עמית, הגננות החרדיות, כוח לעובדים).
 - 2. ארגון המורכב רובו/כולו מעובדים- בבג"ץ עמית** התעוררה השאלה האם החברות בארגון עובדים פתוחה רק בפני עובדים שכירים או שמא גם בפני משתתפים חופשיים עצמאיים וכו'. **בג"ץ קבע** כי רק כאשר **מרבית העובדים הם שכירים**, הארגון יוכר כארגון עובדים וזאת מאחר שארגון עובדים שייצג גם שכירים וגם עצמאיים יהיה בניגוד אינטרסים.
- פס"ד ארגון הגננות החרדיות-** דובר בארגון עובדות של הרשת, **מרבית העובדים הם שכירים** ועל כן לא קיימת בעיה. **לעומת זאת**, הסתדרות המורים של אגודת ישראל לא מקיימת את התנאי האמור, כי בעלי תפקידים בכירים שם **מכהנים בו זמנית גם בתפקידים בכירים ברשת הגנים** (שלא יהיה ניגוד עניינים). למשל, רב מסוים שיש לו תפקיד בכיר ביותר בהסתדרות המורים של אגודת ישראל שהיא אגודת עובדים משמש כמנהל ב"ס בחינוך העצמאי, כך שיש ניגוד עניינים בין שני תפקידיו.

- פס"ד כוח לעובדים** - מורכב בעיקרו מעובדים שכירים שחברים בו באופן אישי ועל כן לא קיימת בעיה.
3. **מטרת ההתארגנות - בבג"ץ עמית** נקבע שהמטרות של ארגון עובדים הן קודם כל קידום ענייניהם של החברים בארגון לעובדים. כלומר, אם יש בעיות לגבי תנאי העבודה, שכר, חופשות וכו' אלו דברים בהם הארגון צריך לטפל. הארגון יכול גם למלא תפקידים נוספים, אך אלו מטרות נוספות ולא עיקריות. למשל: יש ארגונים שמטפלים בהשגת הנחות צרכניות לעובדים, תלושים - זוהי לא המטרה העיקרית של הארגון אלא מטרה נלווית.
- המטרה העיקרית** - להגן על האינטרסים של העובדים כעובדים. כגון: תנאי עבודה, לחתום על הסכם קיבוצי וכו'.
- פס"ד עמית** - למרות שהמטרה של הבטחת זכויות העובדים במסגרת הסכמים קיבוציים מעוגנת בתקנון של הארגון לא נראה כי זוהי מטרתו העיקרית ← לא עומד בקריטריון.
- פס"ד הסתדרות אגודות ישראל** - לא נמצאה עדות לכך שבמשך כל השנים האלו הסתדרות אגודת ישראל פעלה להגן על עניינין של הגנות שעמדו בפני פיטורים והפחתות שכר ואפילו לא חתמה על הסכם קיבוצי אחד עם רשת הגנים החרדיים מאז שהוקמה (לא הגנה עליהם כלל) - לא עומד בקריטריון.
- לעומת זאת, **ארגון הגננות החרדיות** שם לו למטרה לקדם את עניינין של הגננות כעובדות ולחתום על הסכם קיבוצי בעניינין וכך גם נקבע בתקנון של **כוח לעובדים** - כן עומד בקריטריון.
4. **הצטרפות וולונטרית לארגון** (מרצון) - תנאי להכרה בארגון עובדים הוא, שהחברות בארגון תהיה רצונית, גם בשלב של ההצטרפות לארגון וגם בשלב של הפרישה ממנו (העובד לא הופך להיות חבר בארגון בצורה אוטומטית).
- פס"ד העובדים הבכירים בפז** - הקימו העובדים הבכירים ארגון הנקרא "ארגון העובדים הבכירים בפז" וביה"ד לעבודה קבע, שהחברות בארגון זה לא רצונית מאחר והיא הייתה אוטומטית. כלומר, כל עובד בכיר, מעצם מעמדו הפך להיות חבר בארגון, ואין זו הצטרפות רצונית. יתרה מכך, הפרידה מהארגון הייתה מותנית בבקשה של העובד לפרוש מהארגון ורק לאחר שוועד הארגון נתן את הסכמתו לביטול החברות (העובד לא הודיע שהוא פורש, אלא הוועד צריך לדון ולהחליט).
- פס"ד הסתדרות אגודת ישראל** - הגננות לא הצטרפו מרצון לארגון זה אלא מסתבר שהנהלת הרשת ניכתה באופן אוטומטי מהשכר של כל גננת דמי חבר כלומר, אין כאן וולונטריות בהצטרפות כי הכריחו אותן.
- לעומת זאת **כפס"ד ארגון הגננות החרדיות**, הגננות הצטרפו אליו מדעתן באמצעות חתימה על טופס הצטרפות כשהחל החשש לפיטורים בגלל התייעלות וצמצומים.
- פס"ד כוח לעובדים** - עפ"י התקנון, ההצטרפות הייתה רצונית, מי שרצה הצטרף וגם כל עובד היה רשאי לפרוש כרצונו בכל עת.
5. **עצמאות הארגון** - ארגון שלא נשלט בידי המעסיק -
- בג"ץ עמית** - הארגון צריך להיות חופשי מהשפעה של המעסיק כי אם המעסיק מעורב בעניינים של ארגון העובדים יכול להיווצר מצב של ניגוד אינטרסים. למשל: אם המעסיק נותן לראש הארגון תמיכה כספית הוא יהיה בעד המעסיק ולא יפעל רק לטובת העובדים. נקבע ש-5 מתוך 7 חברים של הוועד המנהל הם עובדים בכירים בקופת חולים שהתמנו ע"י הנהלת מכבי ובנוסף, הארגון גם תלוי כלכלית במכבי, המימון שלו מגיע ממכבי וממשרדיו בסניפים של קופת חולים מכבי, דהיינו הארגון נשלט בידי המעסיק ולכן לא יוכר ארגון.
- פס"ד הסתדרות אגודת ישראל** - בעלי תפקידים בכירים בארגון (רבנים שהיו מנהלי בית ספר) היו גם בתפקידים בכירים ברשת הגנים או בתי הספר - לא יוכר כארגון.
- פס"ד כוח לעובדים** - נקבע שהוא עצמאי בפעילותו והוא לא נתון לשליטה של אף מעסיק, יוכר כארגון.

6. **חברות אישית של העובדים בארגון** – כעיקרון, חברות בארגון עובדים יכולה להיות על בסיס אישי. כלומר, העובד כפרט מצטרף לארגון. אך, היא יכולה להיות גם על בסיס ארגוני. כלומר, שארגון העובדים מצטרף לארגון כוללני וגדול יותר. **למשל**: המועצה המתאמת של ארגוני הסגל באוניברסיטאות לא הוכרה כארגון עובדים של חברי הסגל באוניברסיטאות כי החברות בה לא הייתה אישית של כל עובד סגל, אלא חברות של ארגון סגל של אוניברסיטת תל אביב וארגון הסגל של אוניברסיטת חיפה, ובעבר נקבע שרק חברות אישית היא רלוונטית ומכיוון שהיה מדובר בארגון שחברים בו ארגונים ולא אנשים קריטריון זה לא מתקיים.

בג"ץ עמית – יש מקום לבחון מחדש את השאלה האם יש מקום רק לחברות אישית של עובדים או לא (שאלה זו נשארה פתוחה).

7. **ארגון שקיומו אינו מוגבל בזמן** – הכוונה היא לקיום של קבע לארגון. הרעיון הוא, שארגון עם קיום של קבע הוא ארגון שפעילותו מתמשכת על פני הרבה שנים ואפשר לראות זאת עפ"י התקנון שלו, המטרות שלו וכו'. המטרה היא להבטיח יציבות ביחסי העבודה בתקופה שההסכם הקיבוצי תקף. ככל שמדובר בארגון זמני הוא לא יכול להגשים את המטרות של ההתארגנות. אך מצד שני, קשה מאוד להוכיח קיום של קבע לגבי ארגון חדש. לכן, **ביה"ד לעבודה קבע**, שאין להטיל תנאים נוקשים להוכיח קיום של קבע וזאת כדי לא לסכל הקמה של ארגונים חדשים (כי על ארגון חדש תמיד יגידו שהוא לא קבע).

8. **ארגון בעל אופי דמוקרטי** – הנהגת הארגון צריכה להיות הנהגה נבחרת ולא ממונה (שהממונה הנבחר לא מינה את עצמו). גם התקנון חייב להבטיח ייצוג נאמן לחברי הארגון במוסדות שלו. אך, יש לבחון גם את המצב בפועל כי בתקנון יכולים לכתוב הרבה דברים.

פס"ד ארגון עמית – לא עומד בקריטריון זה כי בתקנון שלו נקבע שהבחירות למוסדות הארגון יערכו תוך שנה מיום ההתאגדות, אך למעשה עד ליום מתן פס"ד בבג"ץ עדיין לא נערכו הבחירות לאותו ארגון ומנהלים אותו מי שהתמנו לכך (הממונה מינה את עצמו).

פס"ד הסתדרות אגודת ישראל – לא מקיימת אורח חיים דמוקרטי ולא נערכו שם בחירות מאז שנת 1953 כשהיא הוקמה – לא עומד בקריטריון.

לעומת זאת, התקנון של **ארגון הגננות החרדית** קובע מנגנון דמוקרטי לבחירת בעלי התפקידים בארגון – עומד בקריטריון.

פס"ד כוח לעובדים – לפי התקנון כל חבר בארגון חייב לבחור ולהיבחר למוסדות הארגון – עומד בקריטריון.

סב"א 31434-04-15 ארגון עובדי פרויקט "פותרים עתיד" בסוכנות היהודית נ' הסתדרות המעוף-הסתדרות העובדים הכללית החדשה ופותרים עתיד בע"מ – הסוכנות היהודית התכוונה להעביר 350 מעובדיה המועסקים בתכנית הנקראת "פותרים עתיד" לסיוע לילדים ונוער בסיכון, לעבוד בחברת בת שלה הנקראת "פותרים עתיד בע"מ". העובדים רצו להישאר בסוכנות היהודית ולא לעבור לחברת בת שאולי עוד מספר ימים תתפרק. קבוצה של עובדים שמנהלת את "פותרים עתיד" החליטה להקים ארגון עובדים שנקרא ארגון עובדי פרויקט "פותרים עתיד" בסוכנות, היא הקימה עמותה וצירפה מעל 1/3 מהעובדים בפרויקט ודרשה מהסוכנות להפסיק את כל המהלכים שנוגעים להעברת העובדים לחברת הבת של הסוכנות "פותרים עתיד בע"מ". בנוסף, היא הודעה לסוכנות שהיא הגורם הרלוונטי לנהל איתה מו"מ קיבוצי כדי לחתום על הסכם קיבוצי בעניין זה.

בבקשה לביה"ד טען הארגון החדש שהוא עונה על המבחנים שנקבעו בפסיקה להכרה בארגון עובדים ולכן, יש לנהל איתו מו"מ.

הש' פליטמן – המסקנה היא שאין להכיר במבקש ארגון עובדי פותרים עתיד לא כארגון עובדים בכלל ולא כארגון עובדים יציג.

חשוב לזכור!!! תמיד הדבר הראשון שצריך לבדוק זה האם הארגון עומד בתנאים לארגון עובדים ורק אז אם הוא ארגון עובדים יציג (למעלה מ-1/3 מהעובדים הם חברים בארגון ואז הוא הופך להיות יציג).

בדיקה אם הארגון עומד בתנאים של ארגון עובדים-

1. הצטרפות וולונטרית לארגון-ההצטרפות לארגון רצונית הן בשלב של החברות והן בשלב הפרישה. המנהלים הם אלה שהקימו את הארגון על מנת להחליף את ההסתדרות שהייתה ארגון העובדים היציג שניהל בזמנו את המו"מ עם הסוכנות היהודית בנוגע למעבר העובדים לחברת הבת. השפעתם של המנהלים על העובדים היא מכרעת, מתקיימים ביניהם יחסי מרות ויש תלות אישית של העובדים במקימי הארגון והתערבות שלא כדין של המנהלים בהתארגנות. בצורה כזו החברות של העובדים היא לא רצונית כי אין להם בחירה. דהיינו, ההצטרפות רצונית אבל החברות היא לא רצונית – לכן זה לא עומד בקריטריון!
 2. ארגון של קבע- הארגון הוקם בשל אי קבלת דרישותיהם הכלכליות של המנהלים בנוגע למעבר לעבודה בחברת הבת ולכן מתעורר ספק סביר אם מדובר בארגון של קבע או אפילו בעל פוטנציאל לארגון של קבע בהתחשב בנסיבות ההתארגנות – לא עומד בקריטריון!
 3. תקנון- אומנם קיים תקנון. אך, במועד שבו נשלחה ההודעה למעסיק כי הארגון הוא ארגון עובדים יציג, בתקנון לא נכללו מטרות בסיסיות של ארגון עובדים. כגון: לחזק את כוחם של העובדים וכו'. המטרות האלה נוספו רק בשלב מאוחר יותר. אך, המועד הקובע הוא מועד הכרזת היציגות, במועד זה התקנון לא הבטיח שהארגון אכן ימלא את תפקידיו כארגון עובדים – לא עומד בקריטריון, לא הוגדרו מטרות בתקנון במועד ההכרזה.
 4. מטרות הארגון- במועד הקמת הארגון פורטו מטרות כלליות במשפט העבודה שחלק אינו רלוונטיות לארגון זה. למשל: מטרה של צמצום פערי תיווך בשוק העבודה לרבות ע"י ארגון קבוצות עובדי קבלן בהתקשרות ישירה (ללא מתווכים) מול מזמין העבודה. במסגרת המטרות לא נכללו מטרות ספציפיות לעובדי חברת "פותרים עתיד" כגון הגנה עליהם ועל זכויותיהם.
 5. עצמאות הארגון- הארגון הוקם ע"י המנהלים על רקע מעבר תכנית "פותרים עתיד" לחברת בת של הסוכנות. ההתאגדות אמורה להיות חופשית משליטה של מנהלים ולא כך במקרה שלנו, שכן זוהי לא עצמאות כי מנהלי הארגון הם המנהלים של החברה.
 6. ארגון בעל אופי דמוקרטי- מהתקנון לא ניתן היה להבין כיצד פועל הארגון החדש, האם נערכו בו בחירות דמוקרטיות או האם מתוכננות להיערך בו בחירות תוך פרק זמן סביר. בפועל, הארגון הוקם ונוהל ע"י המנהלים שלא נבחרו לתפקידים אלא מינו את עצמם, ללא בחירות.
- המסקנה- המבקש (הארגון החדש) לא מקיים את התנאים הנדרשים לצורך הכרה בארגון עובדים ולכן הוא לא מוסמך לנהל מו"מ על תנאי העבודה של העובדים.

פרק 14: הסכמים קיבוציים

הסכם שהמו"מ לגביו מתנהל שלא אל מול כל עובד בנפרד אלא זהו מו"מ קיבוצי המתנהל ע"י ארגון העובדים היציג. מהצד של המעסיק המו"מ יכול להתנהל ע"י המעסיק הבודד (הבעלים של העסק) או ע"י ארגון המעסיקים (התאחדות התעשייתיים שמייצגת את שטראוס, תנובה, התאחדות בתי המלון וכו').

מיהו ארגון יציג?

מאחר ורק ארגון עובדים יכול לחתום על הסכם קיבוצי. השאלה היא מי הם ארגוני העובדים מבין כל הארגונים הפועלים במשק שכשירים להיות צד להסכם קיבוצי?

התשובה לכך היא פועל יוצא של 2 עניינים:

- הארגון צריך להיות ארגון יציג.
- היציגות צריכה להיבחן עפ"י יחידת המיקוח. יחידת מיקוח = במקום העבודה העובדים הם מגוונים (בבתי חולים יש אחיות, רופאים וכו').

המחוקק בישראל אימץ את דרישת היציגות, שעל פיה המעמד המועדף מוענק לארגון העובדים שמייצג את המספר הגדול ביותר של עובדים שעליהם יחול ההסכם הקיבוצי המסוים. בכך, הארגון שמייצג את המספר הגדול ביותר של עובדים יהיה מועדף על פני ארגון אחר באותו מקום עבודה.

חוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957 -

ס'1 לחוק - הגדרת הסכם קיבוצי: "הסכם קיבוצי הוא הסכם בין מעסיק או ארגון מעבידים לבין ארגון עובדים שנעשה והוגש לרישום לפי חוק זה, בענייני קבלת אדם לעבודה או סיום עבודתו, תנאי עבודה, יחסי עבודה, זכויות וחובות של הארגונים בעלי ההסכם, או בחלק מעניינים אלה" - מצד המעסיק - חייב להיות או המעסיק או ארגון מעסיקים; מצד העובד - חייב להיות ארגון מעסיקים, הסכם קיבוצי אף פעם לא יהיה מול העובד עצמו.

הסכם קיבוצי חייב להירשם אצל רשם ההסכמים הקיבוציים.

הסכם קיבוצי יעסוק:

1. בענייני קבלת אדם לעבודה או סיום עבודתו
2. תנאי עבודה
3. חסי עבודה
4. זכויות וחובות של הארגונים בעלי ההסכם, או בחלק מעניינים אלה.

ס'2 לחוק - סוגי הסכמים קיבוציים: ישני סוגים בהסכמים קיבוציים:

(1) הסכם קיבוצי מיוחד - למפעל מסויים או למעסיק מסויים - בין מעסיק או ארגון מעבידים המייצג את המעסיק לבין ארגון העובדים היציג של העובדים שעליהם יחול ההסכם;

(2) הסכם קיבוצי כללי - לכל שטח המדינה או לחלק ממנה, לענפי עבודה מסויימים או לכל ענפי העבודה כשההסכם הוא בין ארגון העובדים היציג שבענף העבודה או בשטח הנדון לבין ארגון מעבידים שבהם, הכל לפי העניין" - קיימים 2 סוגים של הסכמים קיבוציים:

א. הסכם קיבוצי מיוחד (הק"מ) - הסכם שמיועד למפעל מסוים או למעסיק מסוים. מעסיק מסוים =

מעסיק שיש לו כמה מפעלים (טבע, שטראוס). ההסכם הקיבוצי המיוחד נחתם בין מעסיק או ארגון מעסיקים המייצג את המעסיק, לבין ארגון העובדים היציג של העובדים שעליו יחול ההסכם. כלומר, הסכם קיבוצי מיוחד זה קטן יותר.

ב. הסכם קיבוצי כללי (הק"כ) - הסכם קיבוצי לכל שטח המדינה או לחלק מהמדינה ומתייחס בדרך

כלל לענף עבודה מסוים. למשל: הסכם קיבוצי כללי בענף המזון יחול על כל המעסיקים בענף המזון

שחברים בארגון וחתמו על ההסכם. ההסכם הקיבוצי הכללי נחתם תמיד בין ארגון מעסיקים לבין ארגון עובדים יציג, ולא בין מעסיק בודד כי הוא חל על כל המדינה.

חתימה על הסכם קיבוצי:

לצורך חתימה על הסכם קיבוצי לא די בכך שהארגון הוא ארגון עובדים לפי סימני ההיכר לארגון עובדים (דמוקרטי, מטרוות, קיום של קבע וכו') אלא הוא צריך להיות גם ארגון עובדים יציג. ההגדרה של ארגון עובדים יציג שונה לגבי הסכם קיבוצי מיוחד ולגבי הסכם קיבוצי כללי.

ארגון יציג לגבי הסכם קיבוצי מיוחד:

ס'3 לחוק הסכמים קיבוציים: "ארגון יציג של עובדים לענין הסכם קיבוצי מיוחד הוא ארגון העובדים שעם חבריו נמנה המספר הגדול ביותר של עובדים מאורגנים שעליהם יחול ההסכם, או שהוא מייצגם לענין אותו הסכם, ובלבד שמספר זה אינו פחות משליש כלל העובדים שעליהם יחול ההסכם". ארגון עובדים יהיה יציג כאשר עם חבריו נמנה המספר הגדול ביותר של עובדים שעליהם יחול ההסכם הקיבוצי המיוחד ובתנאי שמספר זה לא יקטן מ-1/3 מכלל העובדים האלה. חד עם זאת, עובדים יכולים להסמך באופן חד פעמי ארגון עובדים לייצג אותם לצורך חתימה על הסכם קיבוצי ספציפי.

דוגמא: 100 עובדים = ארגון עובדים, א' - 40 עובדים; ארגון עובדים ב' 35 עובדים; 25 עובדים לא מאורגנים. אם יש שני ארגונים שהם מעל 1/3 לוקחים את הגדול ביותר.

בעיקרון ארגון א' מייצג את הרוב + הם יותר 1/3 עובדים ולכן הוא ארגון העובדים. אך, לצורך הסכם ספציפי 25 הלא מאורגנים יכולים להסמך את ארגון ב'. כך שאם 25 העובדים שלא מאורגנים יחליטו לחתום עם ארגון ב' על הסכם קיבוצי ספציפי, לפי הס' אותם עובדים יסמיכו את ארגון להיות ארגון העובדים היציג.

ארגון יציג לענין הסכם קיבוצי כללי:

ס'4 לחוק הסכמים קיבוציים- "ארגון יציג של עובדים לענין הסכם קיבוצי כללי הוא ארגון עובדים שעם חבריו נמנה המספר הגדול ביותר של עובדים מאורגנים שעליהם יחול ההסכם". הארגון שיש לו את המספר הגדול ביותר של חברים הוא ארגון עובדים יציג. במקרה הזה אין אפשרות לעובדים לתת ייפוי כוח חד פעמי מסוים כמו שהדבר מתאפשר לגבי הסכם קיבוצי מיוחד. בנוסף, אין דרישת מינימום מספרי של חברים, כך שהארגון הזה יכול לייצג גם מיעוט. בעוד שבהסכם קיבוצי מיוחד יש בכוחם של העובדים שאינם מאורגנים להשפיע מי יהיה הארגון היציג (באמצעות מתן ייפוי כוח חד פעמי) הרי שבהסכם קיבוצי כללי הדרך היחידה להשפיע היא להיות חבר בארגון.

דוגמא: במפעל מסוים מועסקים 100 עובדים = 4 חברים בהסתדרות; 3 חברים בארגון אחר; השאר לא מאורגנים.

ההסתדרות וההסכם שעליו היא חתומה מחייב את כל העובדים גם את אלה שחברים בארגון האחר (3) וגם את כל העובדים שלא מאורגנים כי אין דרישה לרוב מספרי, צריך שהיא תייצג את המספר הגדול ביותר של עובדים שמיוצגים.

כלומר, ברגע שארגון עובדים מוגדר כיציג אז ההסכם שעליו הוא חותם חל על כל העובדים באותו מפעל (גם על אלה שחברים בארגון אחר וגם על אלה שלא חברים בשום ארגון).

הסכם קיבוצי כללי- ענפי:

כאשר קיים הסכם קיבוצי כללי- ענפי (ענף המזון) ובהסכם הזה ההסתדרות הכללית היא ארגון העובדים היציג אז, ההסכם יחול על כל המפעלים בענף הזה (ענף המזון) גם על מפעלים שבהם ההסתדרות לא ארגון עובדים יציג.

מצד המעסיק: המעסיק חבר בארגון המעסיקים שחתום על ההסכם הכללי. למשל: התאחדות התעשיינים חתומה על הסכם קיבוצי כללי בענף המזון אז, כל המפעלים בענף המזון (אוסם, שטראוס, עליה) שהמעסיק שלהם חבר בארגון המעסיקים (בהתאחדות התעשיינים) הוראות ההסכם הזה יכולו עליו. ברגע שהמעסיק חבר בארגון המעסיקים שחתום הסכם, ההסכם חל על כל העובדים שלו.

סתימת טענת כשרות לאחר חתימה:

ס'6 לחוק – יטענה שארגון עובדים בעל הסכם קיבוצי לא היה בשעת עשייתו של ההסכם ארגון עובדים יציג לענין אותו הסכם לא תישמע אלא מטעם ארגון עובדים אחר ייטענה נגד יציגות. אם נחתם הסכם קיבוצי, ומתעוררת שאלה - האם ארגון העובדים שחתם עליו הוא באמת ארגון עובדי יציג? טענה זו יעלה ארגון מתחרה (יטען שהוא לא מייצג 1/3). כאשר נחתם הסכם קיבוצי יוכל רק ארגון עובדים - ארגון מתחרה או עובדים שאינם בארגון היציג, לטעון נגד כשירותו של הארגון החתום על ההסכם הקיבוצי עקב אי היותו יציג. כלומר, המעסיק לא יכול להעלות טענה כזו (שחתם על הסכם לא יציג).

סכסוך בין ארגונים:

כאשר יש תחרות בין שני ארגונים, מבחינים בין השלב של לפני הרישום של ההסכם הקיבוצי ולאחריו. אחרי שחתמים על הסכם קיבוצי מגישים אותו לרשם ההסכמים הקיבוציים **תוך 30 יום**. **לפני רישום** ההסכם הקיבוצי מתעוררות 2 שאלות (ראה מטה פס"ד ההסתדרות נ' כח לעובדים):

1. המועד הקובע לבחון את השאלה אם הארגון שחתם הוא ארגון יציג?
2. מי יכריע בסכסוך, ביה"ד לעבודה או רשם ההסכמים הקיבוציים?

לאחר החתימה על ההסכם הקיבוצי **לאחר שהוגש לרישום** אצל הרשם להסכמים קיבוציים -

נקבע בפסיקה כי הארגון שמתחרה בארגון שהוגדר כיציג (ומעלה את הטענה) צריך להגיש את ההשגות שלו לממונה הראשי על יחסי עבודה - לרשם ההסכמים הקיבוציים במסגרת ההתנגדות שלו לרישום ההסכם הקיבוצי. ההחלטה של הממונה בהשגה הזו נתונה לביקורת שיפוטית של ביה"ד לעבודה (אם ההחלטה לא מוצאת חן בעיניו הוא יכול לעתור לבימ"ש).

סב"א 32690-10-10 ההסתדרות נ' כח לעובדים - סכסוך של האוניברסיטה הפתוחה. במהלך שנת 2007-2008 החלו העובדים של סגל ההוראה הזוטר באוניברסיטה הפתוחה להתארגן בארגון כוח העובדים (עד אז היו בחוזים אישיים). ביוני 2008 הודיעה כוח לעובדים להנהלת האוניברסיטה הפתוחה שכח לעובדים הוא ארגון העובדים היציג של עובדי הסגל הזוטר באוניברסיטה ודרשה שהנהלה תנהל איתה מו"מ על תנאי העבודה של העובדים ותחתום איתה על הסכם קיבוצי **(הסכם קיבוצי מיוחד)** - כי זה רק של האוניברסיטה הפתוחה). אכן התקיים מו"מ בין שני הצדדים במשך קרוב לשנתיים במהלך הייתה שביטה של העובדים. בספטמבר 2010 כשהמו"מ היה בשלבים הסופיים שלו, **ההסתדרות הודיעה להנהלה כי היא ארגון העובדים היציג שם**. לכן, **ההסתדרות דרשה מהאוניברסיטה הפתוחה להפסיק מיד כל מו"מ עם כוח לעובדים ולא לחתום על הסכם קיבוצי עם אף ארגון אחר**. בסופו של דבר האוניברסיטה הודיעה להסתדרות שהיא מתכוונת לחתום על הסכמות עם ארגון כוח לעובדים בכפוף לבדיקת יציגות. בעקבות זאת **ההסתדרות פנתה לביה"ד לעבודה וביקשה צו שקובע שההסתדרות היא ארגון העובדים היציג ולא כוח לעובדים וביקשה מביה"ד שיוורה להפסיק את המו"מ עם כוח לעובדים (החשיבות של המלחמה היא שברגע שארגון עובדים אחד חותם עם עובדים זה מחייב את כל השאר).**

יישום שתי השאלות המתעוררות בסכסוך בין שני אירגונים לפני רישום ההסכם הקיבוצי :

1. **מהו המועד הקובע לבחון את היציגות?** כאשר יש במקום העבודה ארגון עובדים יחיד שמנסה לארגן את העובדים, המועד הקובע לבחינת היציגות הוא המועד שבו הוא הודיע למעסיק שהוא ארגון העובדים היציג במקום העבודה. [אד], כאשר 2 ארגוני עובדים מתחרים, אזי יש לבחון 2 קריטריונים :

א. במועד שבו הודיע הארגון הראשון למעסיק על היותו יציג ולגבי הארגון המתחרה- המועד שבו הודיע למעסיק על היותו יציג.

ב. כל עוד לא הוכיח הארגון השני כי הוא הארגון היציג במקום העבודה, נהנה הארגון הראשון שהוכר כיציג מחזקה שהוא אכן ארגון העובדים היציג. כלומר, הארגון המתחרה עליו הנטל להוכיח את יציגותו. הרעיון הוא להביא לוודאות ויציבות במקום העבודה והוגנות כלפי ארגון העובדים הראשון שכבר החל במו"מ עם המעסיק.

במקרה הזה נקבע, כי **כוח לעובדים הוא ארגון העובדים היציג** ובסופו של דבר נחתם שם הסכם קיבוצי עם כוח לעובדים.

2. **מי מכריע בסכסוך?** ביה"ד. ההכרעה בסכסוכים לגבי היציגות **לפני שההסכם הקיבוצי הוגש לרישום** היא בידי ביה"ד לעבודה (ואם זה לאחר הרישום = בסמכות הרשם). אין זה מעניינו של המעסיק לפסוק במחלוקת בין שני ארגונים והמקום הראוי הוא ביה"ד הארצי ורק הוא.

סמכויות האורגנים השונים בהסתדרות :

- **וועד עובדים** במקום עבודה **לא מוסמך** לחתום על הסכם קיבוצי. אם הוא חותם אין להסכם הקיבוצי הזה תוקף והמסמך נקרא הסדר קיבוצי.
- **רק לארגון עובדים יציג** יש סמכות לחתום על הסכם קיבוצי.
- **וועד עובדים ארצי** מוסמך לנהל **רק** מו"מ לחתימה על הסכם קיבוצי, אך **הוא לא מוסמך** לחתום על הסכם קיבוצי.
- ההסתדרות מחולקת למרחבים- **המרחב מוסמך לחתום על הסכם קיבוצי מיוחד בלבד**.
- **הסתדרות מקצועית ארצית** (כמו הסתדרות האחיות) מוסמכת לחתום על הסכם קיבוצי כללי.
- **האגף לאיגוד מקצועי בהסתדרות מוסמך לחתום על הסכם קיבוצי כללי**.

הגדרת הסכם קיבוצי :

ס'1 לחוק הסכמים קיבוציים-

- תנאים שקובעים הליכי קבלה לעבודה וסיום עבודה.
- **תנאי עבודה כלליים** (שכר עבודה, מספר ימי חופשה, העלאות בדרגה)
- **יחסי עבודה** (הוראות הקובעות את יחסי הגומלין בין ארגון העובדים למעסיק, תפקידי חברי הוועד, סמכויות חברי הוועד וכו')
- **הזכויות והחובות של הצדדים שחתומים על ההסכם** (הוראות בעניין תקופת חלותו של ההסכם הקיבוצי, מתי אפשר לחדש אותו, התחייבות לא לשבות וכו').

על מי חל ההסכם הקיבוצי?

כעיקרון, ההסכם הקיבוצי חל על כל מי שחתם עליו (=ארגון העובדים היציג, המעסיק/ארגון המעסיקים).

מבחינת המעסיקים-

- ההסכם נחתם עם מעסיק בודד ← ההסכם חל עליו.
- ההסכם נחתם ע"י ארגון מעסיקים (התאחדות התעשיינים) ← חל על כל המעסיקים (שטראוס, תנובה, עלית) שהיו חברים בארגון המעסיקים כאשר נחתם ההסכם הקיבוצי.
- אם מדובר בהסכם ענפי (בענף מסוים) ← חל על כל החברים באותו ענף.

דוגמא: הסכם בענף המזון לא יחול על קסטרו למרות שקסטרו חברה בארגון התעשיינים כי היא לא מפעל מזון.

מבחינת העובדים-

הוראות ההסכם הקיבוצי חלות אוטומטית על כל העובדים המועסקים ע"י המעסיק בלי קשר לשאלה אם הם חברים בארגון העובדים או לא (ברגע שארגון עובדים יציג חותם על הסכם זה חל על כל העובדים במקום העבודה).

תנאים צורניים שקיומם מהותי לצורך הכרה בהסכם קיבוצי:

אם התנאים הללו **לא מתקיימים** אין מדובר בהסכם קיבוצי-

1. **זרישת הכתב- [ס'7 לחוק] הסכמים קיבוציים- הסכם קיבוצי חייב כתב:** "הסכם קיבוצי יהיה בכתב והוא הדין לכל שינוי בו או להארכתו"- ההסכם הקיבוצי יעשה בכתב. לכן, רק מה שכתוב בהסכם הקיבוצי מחייב את הצדדים **ולא הסכמות שנעשו בע"פ.**
2. **הגשת ההסכם לרישום- [ס'10 לחוק]- רישום:** (א) תוך חודשיים מתאריך החתימה יוגש, באופן שנקבע בתקנות, לשר העבודה, או למי שנתמנה לכך על-ידי, העתק של כל הסכם קיבוצי, של כללים מוסכמים וכתב הצטרפות כאמור בסעיף 8, לשם רישום; הוא הדין לגבי כתב שינוי, ביטול או הארכה של המסמכים האמורים.
(ב) החובה להגיש מסמך בר-רישום כאמור בסעיף קטן (א) תחול על כל אחד מהצדדים לו; הגישו אחד מהם - פטורים האחרים.
(ג) הממונה הראשי על יחסי עבודה לפי חוק יישוב סכסוכי עבודה, תשי"ז-1957, רשאי להאריך את המועד האמור בסעיף קטן (א) או בסעיף 10ב(א) אם מצא שהדבר מוצדק בנסיבות הענין.
(ד) שר העבודה יפרסם, בדרך שתיקבע בתקנות, הודעה על דבר הגשת מסמך בר-רישום כאמור לרישום"- **בתוך חודשיים ממועד החתימה על ההסכם יוגש ההסכם לרישום לממונה על יחסי העבודה ששר העבודה והרווחה הסמיך אותו כרשם ההסכמים הקיבוציים. יש להגיש לרישום העתק של כל הסכם קיבוצי וגם של כל שינוי, הארכה או ביטול של ההסכם.**

הרעיון בשני התנאים הללו הוא **עקרון הפומביות**- מאחר וההסכם הקיבוצי חל על עובדים רבים **שבעצם לא חתמו על ההסכם (אלא ארגון העובדים שלהם חתם) זכותם לדעת את ההוראות שלו.**

פרק 16: יציגות ויחידת מיקוח

חוק הסכמים קיבוציים מתייחס לשאלה מי הוא ארגון העובדים היציג, אבל הוא לא דן בשאלה מי הם העובדים שאותם סופרים. כלומר מי הם העובדים שלגביהם מתמקחים.

דוגמא: בקופת חולים יש 7,000 עובדים.

2,200 רופאים מתוכם: 2000 חברים בארגון עובדים שלהם והשאר לא חברים באף ארגון עובדים.

3000 אחיות מתוכם: 2000 חברות בהסתדרות הכללית, 1,000 לא חברות.

1,800 עובדים מנהליים: 1500 חברים בהסתדרות 300 לא חברים.

אם מתייחסים לכל העובדים בקופת החולים כאל יחידת מיקוח אחת, אז ההסתדרות היא ארגון העובדים היציג. במקרה כזה, תנאי העבודה של כל העובדים יקבעו על ידי ההסתדרות.

אבל יש אפשרות נוספת לפצל את קופ"ח למספר יחידות מיקוח ואז יהיו בה שני ארגונים יציגים:

אחד של הרופאים שתנאי העבודה שלהם לפעמים שונים ומיוחדים **השני** של שאר העובדים, וכל ארגון עובדים יציג חתום על הסכם קיבוצי נפרד.

בעצם השאלה היא, האם המו"מ הקיבוצי מתבסס על יחידת מיקוח מקצועית של רופאים לחוד, אחיות לחוד, כלומר לפי המקצוע, או על יחידת מיקוח מפעלית: (כלומר כל העובדים באותו מקום עבודה)

בעבר הדעה שהייתה היא שקביעת יחידת המיקוח נתונה לצדדים שמנהלים את המו"מ ולפי הגישה הזאת היה מותר לחלק מפעל מסוים אפילו למחלקות, כך שכל אחת תתייחס ליחידת מיקוח נפרדת וייחתם לגבייה הסכם קיבוצי נפרד.

ההלכה הזו שונתה ובית הדין קבע כי העיקרון המנחה הוא קיומו של הסכם אחד למפעל אחד. **אבל** רק כאשר לעובדים יש אינטרס מיוחד ולא רק שונה, ניתן לאפשר חתימה על הסכם קיבוצי אחר. דוגמא: הסגל האקדמי באוניברסיטאות הוא נפרד מהסגל המנהלי. דוג' לרופאים במוסדות הבריאות יש יחידת מיקוח נפרדת, ולעיתונאים בשירותי התקשורת גם יחידת מיקוח נפרדת.

פס"ד אקרשטיין תעשיות בע"מ נ' כוח לעובדים והסתדרות - נקבע כי מיקום גיאוגרפי אינו מהווה שיקול מכריע בקביעת יחידת מיקוח נפרדת, נקבע כי לכל שלושת המפעלים תהיה יחידת מיקוח אחת: אקרשטיין העסיקה 410 עובדים ב-3 מפעלים: ירוחם, אשדוד ואתר שנקרא צח"ר. בנוסף, היו לה עובדים במטה של הנהלת החברה.

בשלב מסוים עובדי ירוחם הצטרפו לכוח לעובדים, 62 מתוך 70 עובדים. כוח לעובדים ביקש מבית הדין שיורה לחברת אקרשטיין לנהל איתו מו"מ קיבוצי כארגון העובדים היציג של עובדי האתר בירוחם.

השאלה הייתה האם ירוחם היא יחידת מיקוח נפרדת?

בית הדין האזורי קבע כי, אתר ירוחם הוא יחידת מיקוח נפרדת בהסתמך על המיקום הגאוגרפי. לאחר מתן פסק הדין התאגדו העובדים באשדוד והצח"ר (צפת, חצור הגלילית וראש פינה) להסתדרות ואז היא פנתה לאקרשטיין וביקשה שיכירו בה כארגון היציג.

אקרשטיין **הגישה ערעור לבית הדין הארצי** וטענה כי יש שינוי מהותי בנסיבות ולכן, יש לבטל את פסק הדין של בית הדין האזורי.

השאלה הייתה איך יקבעו את יחידת המיקוח?

כלל ראשוני ומרכזי הוא, כי קביעת יחידת המיקוח או שינוייה, יעשו בהסכמה בין הצדדים ליחסי העבודה הקיבוציים ובית הדין לעבודה לא ימהר להתערב בהסכמה אליה הגיעו הצדדים.

נקודת המוצא שנקבעה בפסיקה, היא העדפת יחידת המיקוח התעשייתית-מפעלית על פני יחידת המיקוח המקצועית. לאמור, הסכם קיבוצי אחד למפעל אחד.

שאלה נוספת היא, מה הדין כאשר לחברה אחת או למעסיק אחד יש יותר ממפעל אחד או אתר אחד במקומות שונים בארץ? האם תשתרע יחידת המיקוח על כלל מפעלי החברה, סניפיה או אתריה, על חלק מהם, או שכל אתר ואתר יהווה יחידת מיקוח בפני עצמה?

הכרה ביחידות מיקוח רבות בתוך מפעל אחד או בתוך חטיבה עסקית אחת, עלולה לגרום לערעור יציבות יחסי העבודה במשק. בבואנו להכריע בסוגיות אלה, יש לשקול את מכלול האינטרסים של העובדים ושל המעסיק. זאת, תוך עריכת האיזון הראוי בין חופש ההתארגנות של העובדים לבין זכותו של המעסיק לנהל את מפעלו, קניינו.

מנקודת מבטם של העובדים ישקלו "האינטרסים המשותפים" של העובדים המבקשים הכרה כיחידה נפרדת:

1. האם יש לעובדים הכלולים ביחידת המיקוח סביבת עבודה דומה, תנאי עבודה דומים (מסלולי קידום, שעות עבודה, שיטת פנסיה וכד')
2. סוג עיסוק (כגון עובדי ייצור)
3. רקע דומה של הכשרה מקצועית
4. קירבה גיאוגרפית, אתר עבודה
5. היותם חלק משרשרת ייצור או מערך עבודה
6. היסטוריה של משא ומתן, וכד'.

מנקודת מבטו של המעסיק יינתן משקל מרכזי לפרמטר "הארגוני-ניהולי". ככל שיוכח, כי כלל סניפיו של המעסיק נמצאים תחת מטה ניהולי וארגוני משותף, יהווה הדבר שיקול להגדרת המעסיק - על כלל אתריו - כיחידת מיקוח אחת.

- **במישור העקרוני** ניתן לומר, כי אמות המידה שהתוונו לקביעת יחידת המיקוח, נכוונות גם בנסיבות של התארגנות ראשונית. אלא, שיישומן של אמות מידה אלה ייעשה תוך התחשבות במאפייניה הייחודיים של ההתארגנות הראשונית, ברצונם של העובדים להתארגן, ובנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה.

- **בהיבט של "שיתוף האינטרסים"** של העובדים ניתן לומר, כי **רב הדומה על השונה** בין עובדי שלושת אתרי הייצור של החברה: מרבית עובדי מפעלי החברה הם עובדי ייצור או עובדים העוסקים בעבודות פיסיות; **שכרם ותנאי עבודתם דומים ומבוססים על רכיבי שכר קבועים**; העובדים בשלושת האתרים הם חלק ממערך ייצור הכפוף למטה שיווקי משותף.

- **בהיבט "הארגוני-ניהולי"**, שלושת אתרי הייצור של חברה מהווים חטיבה ארגונית-ניהולית אחת-על-תחום התפעול והייצור בשלושת האתרים (אשדוד, ירוחם וצ.ח.ר./ראש פינה) ממונה סמנכ"ל התפעול של החברה. ענף משאבי האנוש נמצא באופן מרוכז לגבי שלושת אתרי החברה וכד'. **העובדה שלכל אחד מאתרי הייצור של החברה יש מנהל מפעל, אין די בה כדי להצביע על היותו של האתר חטיבה ניהולית עצמאית.** הגורם הגיאוגרפי יכול במקרים המתאימים להוות אחד מבין מכלול שיקולים בקביעת יחידת המיקוח. עם זאת, **הוא אינו יכול להוות גורם מכריע**, כאשר יתר הפרמטרים מעידים על קיומו של **שיתוף אינטרסים לכלל עובדי החברה, בכל אתריה.**

לגופו של עניין, **נקבע, כי יש לראות בכלל עובדי חברת אקרשטיין, בשלושת אתרי הייצור של החברה, יחידת מיקוח אחת.** על פי פסק הדין הזה המיקום הגאוגרפי הוא לא זה שיקבע שמדובר ביחידת מיקוח נפרדת כי חוץ מההבדל במקום אין ביניהם הבדל.

הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' אלקטרה מוצרי צריכה בע"מ - גישה מקלה! נקבע כי מחסני חשמל אכן תיחשב כיחידת מיקוח נפרדת ועצמאית בחברה לאור השיקולים שהוצגו בפסה"ד ולאור זה שמדובר בהתארגנות ראשונית במקום העבודה: לאלקטרה יש רשתות שיווק למכירה של מוצרים חשמליים. כאשר זה כולל את שקם אלקטריק, סנסור ורשת מחסני חשמל. **עובדי רשת מחסני חשמל החליטו בשנת 2002 להתארגן והצטרפו מעל שליש מהם להסתדרות. אלקטרה התנגדה לנהל מו"מ נפרד עם רשת מחסני חשמל וטענה כי, זו לא יחידת מיקוח נפרדת.** ההבחנה בין 3 הרשתות נובעת מהחלטה שיווקית של החברה. **בית הדין האזורי** קבע שאין להכיר ברשת מחסני חשמל כיחידת מיקוח נפרדת. על פסק הדין **הוגש ערעור לבית הדין הארצי** והשאלה הייתה האם יש לראות ברשת מחסני חשמל יחידת מיקוח נפרדת בשלב של התארגנות העובדים הראשונית? השאלה בדבר קביעת גבולות יחידת המיקוח משפיעה על גבולותיו של המשא ומתן הקיבוצי ועל נושא היציגות של ארגון עובדים במקום העבודה.

ככלל, ככל שיחידת המיקוח גדולה יותר כך קשה יותר לארגון העובדים להשיג מעמד של ארגון עובדים יציג.

הפסיקה התוותה מספר כללים לבחינת שאלת תיחום יחידת המיקוח כדלקמן:

1. **הכלל הראשון** והמרכזי הנוגע ליחידת המיקוח הוא **שקביעת יחידת המיקוח ושינויה ייעשו בהסכמה בין הצדדים ליחסי העבודה הקיבוציים, באופן מפורש או על ידי התנהגות, ובית הדין לא ימהר להתערב בהסכמה זו.**
2. **במקרים בהם אין הסכמה בין הצדדים ליחסי העבודה הקיבוציים, ידון בית הדין לעבודה ויכריע בקביעת תחומיה של יחידת המיקוח.**
3. **נקודת המוצא בפסיקה קובעת, כי יש להעדיף את יחידת המיקוח התעשייתית-מפעלית ולא לפצלה, וזאת משיקולים שונים. בתחילה נקבעה נקודת מוצא זו מתוך ראייה של מציאות יחסי העבודה בישראל באותה עת, ומתוך כוונה למנוע או לכל הפחות להגביל מצב של ריבוי הסכמים קיבוציים בתחומי אותו מפעל, מתוך שיקול של שמירה על יציבות במקום העבודה. בית הדין אף ציין כי לריבוי הסכמים קיבוציים שנובע מקביעת מספר יחידות מיקוח במפעל עלולה להיות השפעה הרסנית על יחסי העבודה באותו מפעל (ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל – אגודת העובדים הבכירים בפז)**
4. **חרף הכלל** בדבר קיומה של יחידת מיקוח תעשייתית מפעלית, התקיימו בפועל באותה תקופה במקרים רבים יחידות מיקוח מקצועיות לצד יחידת המיקוח המפעלית. ההסתדרות, בהסכמת הצדדים ליחסי העבודה, חתמה לעתים על מספר הסכמים קיבוציים באותו מקום עבודה, על בסיס של קבוצת עובדים מקצועית או על בסיס הסכם קיבוצי שחל על חלק מקבוצת העובדים, במקרים בהם דובר בקבוצות עובדים אשר באופן מסורתי אינן מיוצגות על ידי ההסתדרות (רופאים, חברי סגל אקדמאי וכו').
5. **ברוב המקרים בהם הגיעה לפתחו של בית הדין סוגיה בה ביקשה קבוצת עובדים ליצור יחידת מיקוח נפרדת על בסיס שיוך מקצועי או סקטוריאלי אחר, הדבר לא הותר להם על ידי בית הדין, אלא רק במקרים חריגים, תוך הדגשה של חשיבות ההנחה הבסיסית לפיה המצב הרצוי הוא קיומה של יחידת מיקוח תעשייתית-מפעלית, כך שייחתם הסכם קיבוצי אחד לגבי כלל העובדים במפעל.**
6. **על פי הגישה המשתקפת מפסקי הדין האמורים, פיצול של יחידת מיקוח קיימת עלול להחליש את כוחם של כלל העובדים מול המעסיק, ליצור מעמדות במקום העבודה כך שקבוצות עובדים חזקות יותר ישיגו תנאים טובים בהשוואה לקבוצות עובדים אחרות, ולגרור לחוסר יציבות במקום העבודה ולסכסוכי עבודה המבוססים על תחרות בין שני ארגונים יציגים באותו מפעל. עם זאת, איזון האינטרסים מאפשר קיומה של יחידת מיקוח נפרדת, כאשר מדובר בקבוצת עובדים שיש לה אינטרס מיוחד, כאשר הייחוד משתנה בהתאם לנסיבות ולהקשר התעשייתי.**

7. אמנם ניתנו פסיקות אחרות אולם, הכללים המנחים לקביעתה של יחידת מיקוח, כפי שהם חלים כיום בפסיקה בפסק דינו של הנשיא (בדימוס) סטיב אדלר: כפי שדיברנו לעיל. עד כאן למדנו על הכללים הרגילים בפסיקה בדבר גבולות יחידת מיקוח.

מהותה ונפקותה של הזכות להתארגנות ראשונית במקום עבודה שאינו מאורגן (פסה"ד

אלקטרה):

1. **חידוד ההלכה בדבר אמות המידה בקביעת יחידת מיקוח בהתארגנות ראשונית במקום העבודה. הכלל המשפטי הרצוי בקביעת גבולות יחידת המיקוח במקרה כזה, אשר נקבע תוך שימת לב למציאות יחסי העבודה במשק בעת הזאת, שיקולי המדיניות הרצויים, בחינת משקלם של האינטרסים השונים העומדים על כף המאזניים, ומתן משקל לפערי הכוחות העמוקים והמובנים בין המעסיק לעובדים במצב של התארגנות ראשונית, מחייב גישה שמביאה לידי ביטוי יתר גמישות והקלה בקביעת גבולות יחידת המיקוח במקרה של התארגנות ראשונית במקום העבודה, כך שתאפשר במקרים המתאימים חריגה מהכלל של יחידת המיקוח התעשייתית-מפעלית ותיקבע יחידת מיקוח קטנה יותר, על מנת שיתאפשר לממש את זכות ההתארגנות.**
 2. במסגרת זו, כאשר מבקש ארגון עובדים להכיר ביחידת מיקוח מסוימת אשר נראית על פני הדברים כפיצול של יחידת המיקוח התעשייתית-מפעלית, יבחן יישומם של הכללים ה"רגילים" שנקבעו לעניין זה באופן גמיש ומקל. גישה זו מבטאת את נקודת האיזון הרצויה במקרה של התארגנות ראשונית, אשר לפיה, בדרך כלל, תגבר זכות ההתארגנות של העובדים על פני זכות הקניין של המעסיק וזכותו לנהל את עסקו כראות עיניו, וכל זאת תוך בחינת כל מקרה ומקרה על פי נסיבותיו.
 3. בבחינת נסיבות כל מקרה, תידרש מידה מסוימת של אינטרסים משותפים של קבוצת העובדים ושוני מסוים של אותה קבוצת עובדים גם בהיבט הארגוני-ניהולי, אך תוך קביעת אמת מידה מקלה יותר, ושימת דגש על כך שבנסיבות של התארגנות ראשונית, ההיבט של האינטרסים המשותפים יהא חשוב ומכריע יותר מההיבט הארגוני-ניהולי.
 4. עם זאת, כל מקרה יבחן על פי נסיבותיו, ההקשר המפעלי, מכלול מאפייני ההעסקה של קבוצת העובדים אשר מבקשת ליצור את יחידת המיקוח במפעל, וההשלכות הצפויות של קביעת יחידת המיקוח על העובדים והמעסיק.
 5. יישומה של ההלכה לעיל בדבר גבולות יחידת המיקוח במקרה של התארגנות ראשונית מובילים למסקנה כי **יש להכיר ברשת "מחסני חשמל" כיחידת מיקוח נפרדת ועצמאית בחברה.** פסק הדין בעצם קובע **שכאשר מדובר בהתארגנות ראשונית במקום העבודה**, כלומר, במקרה שעובדים שהיו חתומים על חוזים אישיים ועכשיו החליטו לראשונה להתארגן באחד מארגוני העובדים, בית הדין חייב להתייחס להתארגנות בגישה מקלה ובגמישות שהוא קובע את גבולות יחידת המיקוח.
- המסקנה היא:** בית הדין מחליט להכיר ברשת מחסני חשמל כיחידת מיקוח נפרדת. הרשת הזאת קודם כל מועסקים בה 670 עובדים כך שאין חשש ליחידת מיקוח קטנה שלא יהיה לה מספיק כוח לנהל מו"מ. מדובר על רשת שיש לה מנהל נפרד, מנהלת משאבי אנוש, מנהל כספים וכלכלן נפרדים, משרדי ההנהלה שלה נפרדים וניהול ישיבות המטה נפרדות. אופייה של הרשת שונה כי היא פועלת בהתייחס לקהלים שונים ברמה נמוכה יותר, יש שם מחסנאים שמוסרים את הסחורה ללקוח על המקום ולא משווקים הביתה, הסניפים שם לא פתוחים בשבת ומדבר גם לאוכלוסייה הדתית, וזה בניגוד לשקם אלקטריק וסנסור.

קביעת התארגנות ראשונית כחלק ממאמציו של ביה"ד לעבודה להחזיר יחסי עבודה קיבוציים: **הסתדרות העובדים הלאומית בישראל נ' אלקטרה בע"מ** החלת הגישה המקלה על התארגנות ראשונית, נקבע כי עובדי אלקטרה מעליות הם יחידת מיקוח נפרדת- עובדי אלקטרה מעליות רצו להתארגן וטענו

שזוהי התארגנות ראשונית, אבל אלקטרה טענה שבמשך 40 שנה היו שם יחסי עבודה מאורגנים ולמרות שמשנת 2000 אין הסכם קיבוצי, עדיין עובדים רבים נהנים מההטבות של ההסכם הקיבוצי שהוטל. **בית הדין פסק** כי מאחר ומדובר במפעל שכבר 14 שנה אין בו הסכם קיבוצי, הוא רואה בהתארגנות של עובדי אלקטרה התארגנות ראשונית והוא מחיל עליה את הכללים של יחידת מיקוח במצב של התארגנות ראשונית, כלומר כללים יותר גמישים ומקלים. לכן הוא קובע, **עובדי אלקטרה מעליות הם יחידת מיקוח נפרדת שזכאית להתארגן וההסתדרות הלאומית היא הארגון היציג שלהם**.

שינוי יחידת מיקוח קיימת (יש יחידת מיקוח אך העובדים רוצים לצאת ממנה):

פס"ד ארגון סגל המחקר במערכת הביטחון נ' ההסתדרות הכללית – נקבע כי עובדי הסגל מהווים יחידת מיקוח נפרדת בשל העובדה כי לא מצאו גוף המייצג אותם כראוי ויש ייחודיות מוכרת לאותה קבוצה – קבוצה של עובדים שהם עובדי מחקר במערכת הביטחון פרשה מכלל עובדי רפאל וביקשה שיכירו בה כיחידת מיקוח עצמאית, וזאת לצורך חתימה על הסכם קיבוצי נפרד לעובדי המחקר. עד אז ההסתדרות הייתה חותמת על הסכם הקיבוצי לגביהם, אבל הם הקימו את ארגון סגל המחקר במערכת הביטחון וביקשו שהארגון הזה יוכר כיציג וגם יחידת מיקוח נפרדת. מהעובדה שלעובדי המחקר במערכת הביטחון היו הסכמי עבודה נפרדים וכן מהעובדה שהשכר שלהם מושווה לשכר של הסגל האקדמי באוניברסיטאות שמוכרים כיחידת מיקוח נפרדת, **בית הדין הסיק כי**, מדובר באינטרס מיוחד של קבוצת העובדים הזאת והוא קבע שגורל ההחלטה בנוגע לשינוי יחידת מיקוח קיימת מותנה בשאלה – האם אפשר לנתק את מערכת ההסכמים הקיבוציים הקיימת אם בית הדין ייעתר לבקשה של שינוי יחידת המיקוח? במקרה הזה, **בית הדין קבע** שעובדי הסגל לא מצאו במסגרת ההסתדרות גוף שמייצג אותם כראוי, ויש ייחודיות מוכרת לקבוצה הזו ולכן הוא הכיר בכך שהם זכאים להיות יחידת מיקוח נפרדת.

חברות כפולה נוגדת:

במסגרת הנושא של יחידת מיקוח מתעוררת השאלה של חברות כפולה נוגדת – כלומר כאשר חבר בשני ארגונים כפולים, נשאלת השאלה באיזה ארגון יספרו אותו לצורך קביעת השאלה האם הארגון הוא יציג? הנושא הזה נדון **בסב"א (סכסוך בין ארגוני) 10-10-3269 ההסתדרות נ' כוח לעובדים** – נקבע כי לא מדובר בחברות כפולה נוגדת משום ששני הארגונים מטפלים בדברים שונים: אחת מהטענות של ההסתדרות הייתה שיש עובדים באוניברסיטה הפתוחה שרשומים כחברים גם בהסתדרות וגם בכוח לעובדים ולכן מדובר בחברות כפולה נוגדת.

ביה"ד קבע כי בחברות כפולה של עובד בשני ארגוני עובדים תהיה פסולה רק אם היא נוגדת. כלומר, **רק** כאשר שני הארגונים אמורים לייצג את העובד במסגרת יחידת המיקוח שלהם. לא תמיד זה המצב – באוניברסיטה הפתוחה קבוצת עובדים שבמקביל עובדים גם בשירות המדינה, מכוח היותם עובדי מדינה העובדים הללו היו חברים בהסתדרות שהיא ארגון העובדים היציג בעבודתם בשירות המדינה ובמקביל הם עבדו כמנחים באוניברסיטה הפתוחה ושם היו חברים בכוח לעובדים. **ביה"ד קבע** כי מאחר וההסתדרות לא מטפלת בענייניהם של העובדים באוניברסיטה הפתוחה אזי שלא מדובר בחברות כפולה נוגדת. **ביה"ד נתן דוגמא של רופאי קופ"ח כללית** שהיו חברים גם בהסתדרות הכללית וגם בהסתדרות הרפואית ולגביהם נקבע כי החברות שלהם בהסתדרות הכללית ובהסתדרות הרפואית היא אמנם כפולה אבל לא נוגדת מאחר וההסתדרות הכללית לא מטפלת בענייניהם של הרופאים לרבות בתנאי שכרם.

ביטול של הסכם קיבוצי –

ס' 13 ו- 14 לחוק ההסכמים קיבוציים

ס' 13 מדבר על **תקופת תוקפו של הסכם קיבוצי לתקופה מסוימת**.

הסכם קיבוצי לתקופה מסוימת שתמה תקופת תוקפו ואחד מבעלי ההסכם לא הודיע לצד השני במועד הנכון ובכתב על גמר תוקפו – ההסכם הופך להיות הסכם קיבוצי לתקופה בלתי מסוימת. **המועד להודעת גמר ההסכם** הוא כפי שנקבע באותו הסכם ואם לא נקבע בו חודשיים לפחות לפני תום תוקפו.

ס' 14 מדבר על **תקופת תוקפו של הסכם לתקופה בלתי מסוימת**

הסעיף קובע כי הסכם קיבוצי לתקופה בלתי מסוימת (הסכם קיבוצי שלא קבעו תאריך שבו הוא יסתיים) רשאי כל צד לבטלו **במתן הודעה מוקדמת** על כך לצד השני במועד הקבוע לכך בהסכם, ואם אין קביעה בהסכם – חודשיים לפני יום הביטול. **ואולם**, תוקפו של הסכם קיבוצי שנעשה מלכתחילה לתקופה בלתי מסוימת הוא לפחות שנה אחת.

פרק 18: תחרות בין מקורות הסכם קיבוצי

דף הוראה מס' 13 – הסכמים קיבוציים

ויתור וכללי ברירת דין

ויתור

הכלל הראשון: שעובד אינו יכול לוותר על זכויות שהוקנו לו בחקיקת מגן – **דב"ע צ'יבוטרו אברהם**.

הכלל השני: ויתור של עובד על זכויות שלא מדעת (שהוא לא מודע אליהן) לא תופס – **הסוכנות היהודית**

נ' רוטנברג

הכלל השלישי: ההוראות הנורמטיביות בהסכם הקיבוצי נקלטות אוטומטיות בחוזה העבודה האישי של

כל עובד – לפי ס' 19 לחוק הסכמים קיבוציים. בהסכם קיבוצי יש כל מיני הוראות שקובעות את תנאי העבודה של העובד אישית וההוראות האלו הופכות תאורטית להיות חלק מחוזה העבודה האישי של העובד ואסור לעובד לוותר עליהן. כלומר, אם ההסכם מקנה למשל לעובד זכות לאחר שנה לקבל העלאה בשכר של 7% כמובן שההסכם הקיבוצי לא מתייחס לעובד ספציפי, אלא לעובדים של מחלקה מסוימת – זה חלק מתנאי העבודה של אותו עובד!

בסעיף 19 כתוב כי "הוראות שבהסכם הקיבוצי בנוגע לתנאי עבודה, סיום עבודה וכד' יראו אותן כחוזה עבודה בין כל מעסיק וכל עובד שעליהם חל ההסכם". לפי הסעיף הזה התוקף של ההוראות הללו הוא גם לאחר שפוקע ההסכם הקיבוצי.

הכלל הרביעי: לאחר פקיעת תוקפו של ההסכם הקיבוצי הזכויות שהוקנו לעובד והפכו להיות חלק

מחוזה העבודה האישי שלו ממשיכות לחול אבל בתקופה הזאת ההוראות כבר לא הוראות כופות אלא הוראות מרשות. כלומר, לאחר פקיעת התוקף, הצדדים יכולים לשנות את ההוראות או לבטלן והעובד רשאי לוותר עליהן.

דוגמה: נגיד שהסכם קיבוצי היה בתוקף ואף צד לא ביטל ועבר מועד הפקיעה שלו אז ההסכם הופך להיות הסכם קיבוצי לתקופה בלתי מסוימת וגם ההוראות האישיות של עובד ממשיכות לחול. אבל, נאמר שבראשון לאותו חודש פנה המעסיק לעובד וביקש שהעובד יוותר על זכותו לפי ההסכם הקיבוצי על בונוס שמגיע לו בראשון לעוד חודשיים – מאחר שפג תוקפו של ההסכם הקיבוצי מותר לו לוותר. אם הוא היה פונה לעובד בזמן שההסכם היה עדיין בתוקף העובד לא יכול היה להסכים לוותר ואם היה מסכים לוותר לא היה שום תוקף.

ברירת דין

תנאי העבודה של העובד יכולים להיקבע בהסכם קיבוצי, בחוזה עבודה אישי ובחוקי מגן. יכול להיווצר מצב שבו תנאי העבודה של עובד מסוים יהיו מוסדרים בשני הסכמים קיבוציים. למשל, אחד זה הסכם קיבוצי כללי בענף המזון והשני הוא הסכם קיבוצי מיוחד שנחתם בין הנהלת מפעל שטראוס שבו עובד העובד הזה לבין ההסתדרות. אם אורך החופשה השנתית שמופיע בשני ההסכמים שונה השאלה היא לכמה ימי חופשה יהיה אותו עובד זכאי?

ישנם **שני כללים** שיש לזכור בנושא הזה:

1. כאשר את חוזה העבודה של העובד מעצבים מספר מקורות וכל אחד מהם מסדיר נושא שונה מבחינה מהותית הם ישמשו **מקורות משלימים אחד את השני**. אם בהסכם קיבוצי אחד מוסדר הנושא של חופשה שנתית ובהסכם השני מוסדר נושא ההבראה, יש כאן שני הסכמים שמסדירים שני נושאים שונים ואז הוראותיו של כל אחד מההסכמים הקיבוציים יחולו במקביל – מאחד את החופשה ומהשני את ההבראה.

2. כאשר את חוזה העבודה של העובד מעצבים מספר מקורות ושניהם מסדירים אותו נושא אבל הם מנוגדים רואים בהם מקורות מתחרים. אז השאלה היא - איזו הוראה תחול על העובד. יש לנו הוראות בחוק שקובעות לנו באיזה חוזה בוחרים – **סעיפים 22 ו-23 בחוק הסכמים קיבוציים**
- א. ס' 22 : מדבר על ברירת הדין בין הסכם קיבוצי וחוזה אישי - "הוראה בחוזה עבודה שהיא שונה מהוראה אישית שבהסכם קיבוצי החל על בעלי החוזה – ההוראה שבהסכם הקיבוצי עדיפה, היה השינוי לטובת העובד – עדיפה ההוראה בחוזה העבודה, אם אין בהסכם הקיבוצי דבר המונע במפורש אותו שינוי". כלומר, כשיש בהסכם הקיבוצי הוראה שקובעת על אף האמור בכל הסכם אחר הוראות הסכם זה יגברו. אם אין הוראה כזו אז הולכים לפי טובת העובד. כלומר, לוקחים מכל הסכם את ההוראה שמטיבה עם העובד – נושא מול נושא כמובן – חופשה מול חופשה, שכר מול שכר, פרמיה מול פרמיה וכד'.
- ב. ס' 23 : מדבר על ברירת הדין בין שני הסכמים קיבוציים. לפי ס' 23 "יהיו חלים על עובד יותר מהסכם קיבוצי אחד הולכים אחר הוראה שהיא לטובת העובד".

חלותו של ההסכם הקיבוצי – פיצויים לפי ס' 24 לחוק

ס' 24 : "על אף כל דין לא יהיה ארגון עובדים או ארגון מעסיקים חייב בפיצויים על הפרת חובותיו לפי הסכם קיבוצי, אלא במידה שיתחייב בהם במפורש בהסכם קיבוצי כללי". נאמר וצד להסכם הוא ההסתדרות והוא הכריז על סכסוך עבודה והחלה לדוגמא שביתה בניגוד להסכם – החוק אומר שלא ניתן לתבוע פיצויים מההסתדרות על הנזק שנגרם בשל השביתה. כלומר, הצדדים לא יכולים לתבוע פיצויים אחד מהשני על הפרות של ההסכם הקיבוצי.

שינוי הסכם קיבוצי או ביטולו

כאשר יש שני הסכמים קיבוציים : אחד מוקדם והשני מאוחר יותר, נשאלת השאלה האם ההסכם הקיבוצי המאוחר מבטל את תוקפו של ההסכם לפניו?

בפסיקה נקבע כי החזקה היא שהצדדים להסכם הקיבוצי בד"כ לא מבטלים הסכמים קיבוציים קודמים כאשר הם חותמים על הסכמים חדשים כך שקיימת המשכיות ורציפות בין הסכמים קיבוציים. **יחד עם זאת**, בפועל רק מי שהיה צד להסכם הקיבוצי הקודם יכול לבטל אותו כך שבעצם נדרשת זהות בין הצדדים להסכם הקיבוצי המוקדם ולהסכם הקיבוצי המאוחר כדי שההסכם הקיבוצי המאוחר יוכל לשנות או לבטל את הקודמו.

אם מדובר בשני הסכמים קיבוציים מיוחדים או בשני הסכמים קיבוציים כלליים אז אין בעיה מבחינת זהות הצדדים.

הבעיה היא כאשר **ההסכם הקיבוצי הכללי הוא ההסכם שנחתם מוקדם יותר** בין ההסתדרות לבין התאחדות התעשיינים **ואם ההסכם הקיבוצי המאוחר הוא הסכם קיבוצי מיוחד שנחתם בין מועצת הפועלים בעיר לבין המעסיק שהוא חבר בהתאחדות התעשיינים** - במקרה הזה **מבחינת העובדים אין בעיה** כי מועצת הפועלים היא אורגן של ההסתדרות הכללית ויש לה סניפים בכל הארץ ומועצת הפועלים מוסמכת לחתום על הסכם קיבוצי בשם ההסתדרות. **מבחינת המעסיק אין זהות** כי ההסכם הקיבוצי הכללי שהוא הראשון נחתם עם התאחדות התעשיינים שהיא ארגון מעסיקים ואילו ההסכם השני המאוחר ביחד נחתם עם המעסיק עצמו (לא אותו צד זה לא אותו בן אדם ואין זהות בין הצדדים) ואז **בעצם ההסכם המאוחר לא מבטל את ההסכם המוקדם**.

פרק 21 : שבתות והשבתות

המטרה של זכות השביתה והסיבה שהיא מוכרת זה משום שהיא כלי אפקטיבי לצמצום הכוחות בין המעסיק לעובד. זכות השביתה היא משלושת היסודות המרכיבים את זכות העובדים בהתאגדות, שני היסודות האחרים הם החופש להתארגן והחופש לנהל מו"מ קיבוצי. חופש ההתאגדות על שלושת יסודותיו אינו מהווה מטרה בפני עצמו, אלא נועד להבטיח את מטרותיו של משפט העבודה, קרי, ההגנה על העובד והבטחת כבודו. חופש ההתארגנות וזכות השביתה הם כלים לשפר את המעמד של העובד בפני המעסיק. ההכרה בזכות נובעת מהכרה בכך שמו"מ בין מעסיק לעובד הוא לא מו"מ בין שני צדדים שווים.

בפס"ד ההסתדרות הכללית ואח' נ' רשות שדות התעופה – עמד ביה"ד הארצי לעבודה על חשיבותה של הזכות לשבות שם נאמר כי חופש השביתה והזכות לשבות מצויות בחברתן הטובה של זכויות יסוד אחרות כגון חופש הדיבור, חופש ההפגנה וחופש העיסוק – זכויות שאינן ערטילאיות אלא בעלות מעמד בכורה משפטי. חופש השביתה נמנה עם הזכויות המוכרות בדין הבינלאומי והוא מוכר באמנות שישאל הוא צד להן.

במהלך המאה ה-20 הוכרה זכות השביתה בשלוש מסגרות בינלאומיות: האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות של האו"ם, מסמכים והחלטות של ארגון העבודה הבינלאומי והאיחוד האירופי.

המחוקק לא הגדיר מהי שביתה ורוב המקומות שמהם אפשר ללמוד על יחס מערכת המשפט לשביתה זו פסיקת בתי הדין לעבודה.

בבג"ץ היועמ"ש ובזק נ' ביה"ד הארצי לעבודה בירושלים – אמר השופט דב לוי כי אין מקום לפקפק במעמדה הרם והמוגן של חירות השביתה והוא מצטט ממקורות שבהן השביתה מוגדרת כזכות – "הנה כי כן במוקד דיונו חירות העומדת במעמד זכות חוקתית המעוגנת היטב במשפט הישראלי על ענפיו השונים מעמד שהולך ומתחזק עם הזמן. עם זאת כשנדרשים אנו לקבוע אילו פעולות מחאה הנקטות על ידי העובדים במאבקם תחסנה תחת כנפי השביתה המוגנת נזקקים בתי המשפט ובתי הדין להגדרתה של השביתה על פניה וגוניה המשתנים."

המחוקק נמנע מלהגדיר שביתה מהי למרות שיש לה הגדרה בדין הבינלאומי. אחת הסיבות לכך היא חוסר הרצון להתערב ביחסי עבודה ורצון להימנע מהגדרה נוקשה שתפספס צרכים משתנים ונסיבות במסגרת יחסי העבודה.

בפס"ד נביל חטיב נ' ביה"ד הארצי לעבודה הגדירו שביתה ושם נאמר כי **שביתה היא פעולת לחץ מתאומת הננקטת על ידי קבוצת עובדים במסגרת המאבק המקצועי שלהם עם המעסיק לשם השגת דרישות בקשר לתנאי עבודתם או בקשר לדרישות של עובדים אחרים שהוצבו למעסיקם.**

צורותיה של השביתה :

השביתה יכולה לבוא בצורות שונות, זה נע בין סירוב מוחלט לעבוד, סירוב חלקי לעבוד, שביתה האטה (לעבוד בצורה איטית), שביתה שעות נוספות (לא עובדים שעות נוספות), שביתה הקפדה (הקפדה יתרה ודייקנית על תנאי העבודה) וסוגים נוספים של שביתות – **אם יש קייס של שביתה במבחן לא להיצמד רק לשביתה הקלאסית ולנסות להבחין מה העובדים מנסים להשיג באותו מקרה.**

התנגשות זכות השביתה עם זכויות אחרות

על אף מעמדה הרם של שביתה כמו כל זכות אחרת היא לא אבסולוטית אלא מתנגשת עם זכויות משפטיות אחרות.

1. זכות השביתה מול זכות הקניין: מכיוון שזכות השביתה נוגעת למעשים בין העובד למעסיק, הענקת זכות לעובדים לשבות משמעה בהכרח פגיעה בזכות לקניין של המעסיק – ביכולת שלו לנהל את העסק ובמתרחש במפעל. בשם זכות שנחשבת זכות חברתית, אנחנו פוגעים בזכות הקניין של הפרט, הוא המעסיק. בארה"ב בימ"ש פסק פעם אחר פעם לטובת זכות הקניין של המעסיק (שהיא חוקתית בארה"ב) לעומת זכות השביתה שהיא פדרלית בלבד. בארה"ב מאפשרים למעסיק להחליף את השותפים בעובדים אחרים באופן זמני או קבוע. לעומת ארה"ב בישראל מעוגנות זכויות הפרט בחוקי יסוד ומגנות במידת מה על השביתות.

2. זכות השביתה מול חופש החוזים: זכות השביתה מתנגשת לכאורה עם חופש החוזים הקובע כי למעסיק כמו לכל אדם יש את הזכות שלו לעצב את החוזה עם אדם אחר כראות עיניו. המתנגדים לזכות השביתה טוענים כי חוזה העסקה בין העובד למעסיק כשני בני אדם שווים וחופשיים הוא כזה שבו העובד מתחייב לעבוד בתמורה לשכר ותנאים אחרים שהמעסיק מתחייב לתת. בהקשר הזה ולשיטת המתנגדים, שביתה נתפסת כהפרת חוזה וזכות השביתה נתפסת כהגנה של המדינה על מפרי החוזה. משכך, עובד המפר את החוזה – מביא אותו לקיצו ועל כן המעסיק רשאי שלא להעסיקו יותר. מאידך, המצדדים בזכות השביתה יטענו כי חופש החוזים של העובד כפרט אינו מגן באופן מספק על זכותו לכבוד, שכן, המו"מ בינו לבין המעסיק אינו מתקיים בין שווים. לכן, חופש ההתארגנות והשביתה כחלק ממנו מחליפים את חופש החוזים הפרטי בחופש חוזים קולקטיבי ומאזנים את יחסי הכוחות בין המעסיק לעובדים. בעיני המחוקק הישראלי, שביתה אינה נחשבת הפרת חוזה כל עוד היא חוקית – בס' 62 לפקודת הנזיקין וס' 19 לחוק הסכמים קיבוציים מחזקים טענה זו – **סעיפים חשובים למבחן!**

זכויות וחובות של עובד ומעסיק

19. הוראות שבהסכם קיבוצי בדבר תנאי עבודה, סיום עבודה, וחובות אישיות המוטלות לפי אותן הוראות על עובד ומעסיק וזכויות המוקנות להם (להלן – הוראות אישיות), יראו אותן כחוזה עבודה בין כל מעסיק וכל עובד שעליהם חל ההסכם, ותקפן אף לאחר פקיעת תקפו של ההסכם הקיבוצי, כל עוד לא שונו או לא בוטלו כדין; השתתפות בשביתה לא יראו כהפרת חובה אישית.

גרם הפרת חוזה שלא כדין

62. (א) מי שביודעין ובלי צידוק מספיק גורם לאדם שיפר חוזה מחייב כדין שבינו לבין אדם שלישי, הריהו עושה עוולה כלפי אותו אדם שלישי, אולם האדם השלישי לא יוכל להיפרע פיצויים בעד עוולה זו אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון.
(ב) לענין סעיף זה, היחסים הנוצרים על ידי נישואין לא ייחשבו כחוזה, ושביתה והשבתה לא ייחשבו כהפרת חוזה.

את התפיסה הזו **חיזק בימ"ש העליון ב - 1968** כשאמר שהחוק מתיר קריאה לשביתה או השבתה אף יש בה כדי לגרור את הפרת חוזה העבודה ואינו רואה בכך כל מעשה עוולה מצד הקורא לשביתה כאשר העובדים או המעסיקים נענים לקריאה ומקיימים שביתה או השבתה.

זכות השביתה מול טובת הכלל :

למשל כשיש שביתה ברכבת ישראל אנחנו העם נפגע מזה. טובת הכלל עלולה להיפגע באופן ישיר מהשביתה וזאת משום ששביתות מביאות לאובדן ימי עבודה ונזק למפעלים ומקומות עבודה העשויים להשפיע על המשק כולו. הרבה מאוד פעמים אנו רואים שביתות של ארגוני עובדים חזקים שסוחטים את המעסיקים ומנצלים את כוחם לרעה על חשבון הציבור. לכן, יש גם בעלי מקצועות חיוניים כמו רופאים, שוטרים, חיילים שהשביתה אצלם עלולה לפגוע בחיי אדם ואצל חלקם מוגבלת הזכות לשבות. גם כאשר

השביתה מצומצמת והיקפה סביר שלא רק המעסיק ייפגע ממנה אלא גם הספקים שהוא עובד איתם, הלקוחות שלא יקבלו את הסחורה בזמן והציבור. את טובתם וזכויותיהם של כל אלה יש לשקול אל מול זכות העובדים לשבות למען תנאי העסקה טובים יותר.

זכות השביתה בפן המעשי

באופן מעשי משמעותה של הכרת המדינה בזכות השביתה היא מתן זכות חוקית לעובדים להתארגן ולשם כך אף להשהות את חוזה העבודה שלהם שלפיו הם מחויבים לספק עבודה למעסיק בלי שהעובדים או מארגני השביתה יישאו באחריות לנזקה.

מטרת השביתה היא לאזן את הכוחות בין הצדדים כאשר האמנה היא שעובד שמנהל מו"מ יחידני מול המעסיק לא יכול לעמוד על זכויותיו כפי שעומדת קבוצת עובדים. לעומת זאת, כאשר העובד הוא חלק מארגון עובדים גדול ומיוחד הארגון יכול לנהל מו"מ בתנאים שוויוניים יותר. על פי תפיסה זו המדינה אינה יכולה להסתפק בהבטחת התנאים המינימליים לעבודה קרי, שכר מינימום, ימי חופש וכו'. אלא, עליה להבטיח גם את האמצעים שבהם יוכלו העובדים להשיג ממעסיק את ההכרה בזכויותיהם הנוספות. יש הטוענים כי זכות השביתה נגזרת גם מזכויות וערכים וחירויות דמוקרטיות (כמו חופש ההתארגנות) ולפיכך, זכות השביתה נתפסת כזכות בסיסית הזוכה למעמד שווה לשאר זכויות האדם והאזרח הבסיסיות. אולם, **קביעת הלגיטימיות של שביתה נקבעת על פי משתנים כגון :**

1. מטרת השביתה
2. הגוף שאליו השביתה מכוונת
3. הליך ההכרזה על השביתה
4. סוג פעולת הלחץ הננקטת על ידי העובדים ומידתיותה

שביתה **שאינה מוגדרת כשביתה לגיטימית** לא נהנית מהחסוניות הקבועות בחוק ופירושה הפרת חוזה עבודה והפרת חובת המשמעת המוטל על העובדים. במקרים אלו השובתים ומארגני השביתה חשופים לסנקציות כמו פיטורים, איבוד או שלילה של זכויות סוציאליות, חבות בנזיקין למעסיק ו/או צדדים שלישיים, צווי מניעה ועוד. **אם יש קייס על שביתה במבחן אנחנו קודם כל מתחילים מבחינה של המשתנים האם זו שביתה חוקית! אלא אם כן רשום כי זו שביתה חוקית!**

סכסוך עבודה

השביתה קשורה עמוקות למושג סכסוך עבודה ולכן מן הראוי שנבחן מהו סכסוך עבודה וכיצד החקיקה הישראלית מתייחסת אליו. סכסוך עבודה הוא מושג מעורפל שקשה לתחום את מידותיו שכן, במובן מסוים כל מחלוקת קטנה כגדולה בין המעסיק לעובד עלולה להיחשב כסכסוך עבודה. רק כאשר יתגלה סכסוך עבודה ע"פ הגדרותיו, עלולה על הפרק שביתה בהיותה אחד מכלי ההתמודדות של העובדים עם סכסוך זה. כלומר, השביתה היא סימפטום של סכסוך ולא הסכסוך עצמו.

חוק יישוב סכסוכי עבודה מגדיר סכסוך עבודה כ"סכסוך שנתגלה בין מעסיק לעובדיו או חלק מהם

או בין מעסיק לארגון עובדים או בין ארגון עובדים לארגון מעבידים **חוץ מסכסוך היחיד** "

אחד מהנושאים הבאים יהיה סכסוך עבודה (ס' 2 לחוק יישוב סכסוכי עבודה) :

1. כריתתו, חידושו, שינויו או ביטולו של הסכם קיבוצים
2. קביעת תנאי עבודה
3. קבלת אדם לעבודה או אי קבלתו או סיום עבודתו (לא להתבלבל עם סכסוך היחיד, הכוונה היא לתנאי שעלול לגעת או להשפיע על עובדים אחרים – לא משהו אינדיבידואלי).
4. קביעת זכויות וחובות הנובעות מיחסי עובד ומעביד

חשוב: החוק הישראלי מחייב הודעה מראש על סכסוך עבודה שניתנת כחוק- ס'5א לחוק יישוב סכסוכי עבודה. הודעה זו יש למסור לפני שמתכוונים לפתוח בשביתה ובלעדיה לא ניתן לפתוח בשביתה. מטרתה העיקרית של ההודעה היא לאפשר מו"מ בתקופה שבה גם העובדים וגם המעסיק יודעים שמונחת מעל ראשם האופציה לשביתה ובפועל רוב השביתות אכן נמנעות בתקופה הזאת. הכרזה כחוק על סכסוך עבודה והזמן הקבוע בחוק הוא תנאי לתוקף ההגנות שנותן החוק לשובתים.

מי רשאי להכריז על שביתה :

הסמכות להכריז על שביתה נתונה בידי ארגון העובדים המייצג את רוב העובדים שהסכסוך נוגע להם. במקום שבו אין ארגון עובדים, הכרזת שביתה תיעשה על ידי נציגות שבחרו בה רוב העובדים. כאשר יחסי העבודה מוסדרים בהסכמים קיבוציים נהוג להבחין בין ארגון עובדים לעניין הסכם קיבוצי מיוחד החל על מפעל ספציפי או ענף ספציפי או מעסיק ספציפי לבין ארגון עובדים לעניין הסכם קיבוצי כללי. כלומר, יש לאבחן מה מקור הסכסוך והאם הסכסוך נובע מאותו מקום עבודה או סכסוך על הסכם קיבוצי שיש לו השלכות רחב, למשל של עובדים במדינה ואז זה סכסוך שיכול להשבית את כל המשק. בשירות הציבורי ההכרזה על שביתה נתונה בידי ארגון העובדים המוסמך, קרי הארגון החתום על ההסכם הקיבוצי. יש להדגיש כי ארגון עובדים כפוף לתקנון הארגון המסדיר את סמכויותיו ודרכי פעולתו. תקנון זה קובע בין היתר את הכללים להכרזה על שביתה, מיהו המוסד המוסמך להכריז עליה ומהו הליך ההכרזה. כדי שארגון יוכר כבעל מעמד של ארגון עובדים עליו לעמוד במספר תנאים מצטברים (ארגון דמוקרטי, תקנון, תכלית קיבוצית מבנה דמוקרטי, עצמאות קיבוצית ועוד). היעדר של מאפיין אחד או יותר שולל מהארגון כמעמדו כארגון עובדים לרבות סמכויות והגנות המוקנות לארגון כזה בחוק.

סוגי השביתות

- שביתה כלכלית – השביתה הקלאסית המכוונת להשיג יעדים כלכליים במו"מ קיבוצי בנוגע לתנאי העבודה. שביתה כזו מכוונת נגד המעסיק ו/או עשויה להיות מכוונת נגד המדינה כשזו פועלת במעמדה כמעסיק או כאשר היא מבקשת להתערב תוך ניצול כוחה השלטוני לשינוי הסדרים קיימים ביחסי העבודה או למנוע אותם.
- שביתה פוליטית – שביתה כזאת מכוונת נ' הממשל / המדינה לא במעמד כמעסיק אלא כמי שמופקד במדיניות כוללת שאינה מקובלת על הציבור של העובדים, זאת אם הם סבורים שמדיניות שכזאת תצר את צעדיהם. השביתה הראשונה שהגיעה להכרעה שיפוטית נביל חטיב נ' ביה"ד הארצי שם מחו מורים דרוזים ברמת הגולן נ' ההחלטה לספח את רמת הגולן לישראל. העליון קבע כי השביתה לא נועדה לשמש ככלי למחאה פוליטית טהורה.
- שביתה מעין פוליטית – זו שביתה שנמצאת בטווח בין שביתה פוליטית טהורה לשביתה כלכלית ומטרתה מצב שבו העובדים שובתים נגד הממשל בנושא שאינו קשור ישירות לתנאי עבודתם במובן הצר אך משפיע על זכויותיהם. דוגמא לכך היא שביתה עובדי בזק לפני החלטת המדינה להפרטת החברה.
- שביתה אהדה – שביתה של עובדים של מעסיק מסויים השובתים כאות הזדהות עם שובתים של גוף אחר.

לסיווג השביתה יש משמעות לקביעת הלגיטימיות שלה ושביתה שאינה מוגדרת כלגיטימית לא נהנית מהחסיוניות בחוק ופירושה הפרת חוזה עבודה והפרת חובת משמעת של העובדים. התפיסה המקובלת היא כי שביתה כלכלית היא לגיטימית וחוקית אם עמדה בחובות הנלווים לשביתה וככזו היא תזכה את השובתים בחסינויות מתוקף משפט העבודה. ** גם שביתה לגיטימית יכולה להפוך ללא לגיטימית למשל אם יש בה אלימות. לעומת זאת, שביתה פוליטית טהורה נחשבת כבלתי לגיטימית

יש הצדקה למנוע אותה משום שהיא מבקשת לערער את סמכותו של הריבון לקביעת מדיניות לראייה רחבה של טובת כלל הציבור תוך כניעה לדרישות העובדים.

שביתה מעין פוליטית תזכה בדרך כלל את העובדים בזכות לשבות שביתה מחאה קצרה בלבד.

כאשר המשפט הבינלאומי מתייחס לשביתה הוא לרוב מדבר על השביתה הכלכלית כאשר יש קונצנזוס רחב שחופש השביתה לא כולל את השביתה הפוליטית ואין להעניק לשביתה מסוג זה את ההגנות הניתנות לשביתה הכלכלית. סיווג השביתה כפוליטית או כלכלית היא סוגיה רגישה ומשמעותית, ישנן לא מעט דוגמאות לשביתות שהן פוליטיות וכלכליות באותה מידה בשל הערבוב הקיים דרך קבע בין פוליטיקה וכלכלה ובפרט מדיניות ממשלתית כלכלית כוללת והשכר במשק. **ההבחנה בין סוגי השביתות מושפעת גם מהרקע החברתי והכלכלי במדינות שונות וממערכת המשפט במדינה.**

נדרש לבדוק - האם מדובר בארגון עובדים, נושא הסכסוך, סוג השביתה, האם השביתה היא לגיטימית

הגבלת זכות השביתה והשביתה ע"י המעסיק

זכות השביתה כמו כל זכות אחרת, היא לא זכות מוחלטת והיא כפופה לסייגים. על הזכות לשביתה ניתן להטיל הגבלות בין מהותיות ובין נוהליות. הגבלות נוהליות יכולות לחול על תהליך ההחלטה ליציאה לשביתה, חיוב בהצבעה חשאית או גלויה של עובדים, דרישת פורום מסוים לקבלת החלטות. במקרים מיוחדים ניתן להגביל את השביתה עד כדי איסור לשבות. האיסור המוחלט לשבות יהיה בד"כ לעובדים בשירות הציבורי או בשירותים חיוניים. יש כמה אפשרויות של שביתה מוגבלת בישראל:

1. הגבלות מכוח בחקיקה.

סעיף 5 (א) לחוק יישוב סכסוכי עבודה מחייב למסור הודעה של 15 ימים לפני הכרזה על שביתה.

ס'37(א) לחוק יישוב סכסוכי עבודה קובע שבשירות הציבורי תיתכן שביתה שהיא **בלתי מוגנת**.

בשביתה בלתי מוגנת העובדים לא זכאים לחסינות המוכרות בחוק ובפסיקה.

המצבים שבהם יכולה להיות שביתה בלתי מוגנת בשירות הציבורי הם:

א. שביתה כלכלית במהלך או בזמן שיש הסכם קיבוצי בתוקף.

ב. שביתה של עובדים בשירות הציבורי בזמן שלא חל עליהם הסכם קיבוצי אבל שביתה לא אושרה

במוסדות המוכרים לכך.

ג. שביתה שלא נמסרה עליה הודעה כחוק.

השירותים הציבוריים שעליהם חל החוק כוללים בתוכם שירותים חיוניים כמו אספקת דלק, מים, חשמל בריאות ותעופה והגבלת השביתה במוסדות אלה נועדה להבטיח אספקת שירותים חיוניים לתושבי המדינה בייחוד לנוכח העובדה או הנטייה של עובדי השירות הציבורי להכריז על שביתה בקלות יתרה. ההגבלות שהזכרנו דומות להגבלות שקיימות בשוק הפרטי בהבדל אחד שבשוק הציבורי הן קבועות בחוק ובשוק הפרטי הן קבועות בפסיקה בעיקר.

2. **הגבלות מכוח תקנון** - אותו תקנון יכול לקבוע מי רשאי להכריז על שביתה ומה ההליך להכרזתה. כל

שביתה שתצא לדרך בניגוד לקבוע בתקנון תחשב לשביתה בלתי לגיטימית.

3. **הגבלה נוספת מכוח הסכמים קיבוציים** כאשר כאמור בהסכמים קיבוציים רבים יש התחייבות כמעט

אינהרנטית לא לשבות במהלך תוקפו של ההסכם הקיבוצי ושביתה שתעשה בניגוד לכך תחשב

כשביתה שלא כדין.

4. **הגבלה מכוח הפסיקה** כאשר לביה"ד לעבודה יש משקל מכריע בהגדרת זכות השביתה, בעיקר משום

שהמחוקק נמנע מלהגדיר אותה וביה"ד לעבודה ובתי המשפט בכלל הם אלה שנתנו לשביתה את

מעמדה הרם, אך גם בתי המשפט מכירים בכך שהשביתה כמו כל זכות אחרת במשפט היא זכות

מוגבלת ומסויגת ובימ"ש יכול לקבוע ששביתה היא בלתי לגיטימית או כי יש להגבילה. בימ"ש יכול

גם לקבוע כי שביתה היא בלתי מידתית לעומת העניין שבגינו שובתים. **בפס"ד מפעלי רכב אשדוד נ'**

אדם ציזיק - נקבע כי חירות השביתה מוגבלת ע"י זכויות הזולת ובוודאי שאין לומר כי כל מעשה

עולה שבוצע במהלך שביתה מותר הוא. אין קיימת אף שיטת משפט לרבות שיטת המשפט בישראל הפותרת את המשתתפים בשביתה מחבות בכל מקרה והמקנה לשופטים חסינות על כל מעשה שנעשה על ידם בכל קשר של השביתה.

5. **הגבלה בשירות הציבורי ושירותים חיוניים (שירותים שאי אפשר בלעדיהם: מים, חשמל וכו')** ובמגזר הציבורי (אין פגיעה ממשית בחיים) - המשפט הבינלאומי מתיר הטלת הגבלות על שתי קבוצות עובדים: עובדים המועסקים בשירות חיוני ועובדים המועסקים בשירות ציבורי. **שביתה בשירותים חיוניים עלולה לגרום לנזק לא מידתי אל מול העניין שבגינו מבקשים לשבות.** **ההשקפה של ביה"ד** היא ששביתה בשירותים חיוניים או שירותים ציבוריים יכולה להיתפס כקריאת תיגר על הממשל ופגיעה במשטר הדמוקרטי. מדינות מעטות מאוד בעולם, למרות האמור לעיל, החליטו להטיל הגבלות על שביתה במגזר הציבורי. גם כאשר אנו מדברים על שביתה במשרדי ממשלה נהוג להבחין בין גופים לבין תפקידים בעלי סמכות ניהולית שלטונית לבין גופים שאינם מפעילים סמכות שלטונית. **הגבלת זכות בשביתה במגזר הציבורי בד"כ חלה על בעלי יכולת לפעולות שלטוניות**, למשל מנהל אגף במשרד הפנים שאם הוא ישובת אנשים לא יכולו לקבל היתר לצאת מן הארץ אך לעובדים למשל יתירו לשבות. **הגדרת המוסד הציבורי בישראל רחבה מאוד** וכוללת גם עובדים שאינם משויכים לנציבות המדינה כמו: חינוך, תחבורה, הפקת ייצור והזרמה של דלק, תקשורת (בזק), הספקה של מים.

הפרק הרביעי בחוק יישוב סכסוכי עבודה **עוסק בשביתות בשירות הציבורי** ומגדיר שלושה מצבים שבהם שביתה עלולה להיות בלתי לגיטימית ובלתי מוגנת:

1. שביתה בזמן שיש הסכם קיבוצי שחל
2. שביתה שלא הוכרזה על פי הנהלים הקבועים של ארגון העובדים
3. שביתה שלא נמסרה בגינה הודעת צינון.

הגנת השובתים-

שביתה בלי הגנה על השובתים אין לה טעם, אדם יידע שאם הוא ישובת הוא עלול לשאת בנזקים של השביתה הוא לא ילך לשבות. **הגנה נוספת לשובתים היא האפשרות להחליף אותם בזמן שהם שובתים, כלומר אם אדם ידע שהוא שובת וניתן להביא לו מחליף אין טעם בשביתה.** בזמן השביתה נגרם נזק למעסיק וכמובן גם לצדדים שלישיים, ביניהם למשל לקוחות המעסיק, הספקים של המעסיק וגופים נוספים, ואלה עלולים למצוא את עצמם ניזוקים מתוצאות השביתה.

עפ"י הגישה הכללית בדיני נזיקין ניזוקים רשאים לתבוע פיצוי בשל נזק שנגרם להם, כדי שלא לפגוע בחירות השביתה **ניתנת לשובתים הגנה מפני תביעות:**

סעיף 19 לחוק הסכמים קיבוציים קובע ששביתה לא מהווה הפרה של חוזה העבודה האישי בין העובד למעסיק.

ס' 62 ב לפקודת הנזיקין קובע כי יש הגנה מיוחדת לשובתים וכי שביתה והשבחה לא ייחשבו כהפרת חוזה. **המשמעויות של החריגים האלה** ארגון עובדים או ארגון מעסיקים שגרמו לשביתה או השבתה לא ייחשבו כמפרי חוזה או כגורמים להפרת חוזה. כך גם לגבי עובדים או מעסיקים שגרמו להפרת חוזה מול צדדים שלישיים.

הרציונל של ההגנה היא התפיסה היסודית שקיימים פערי כוחות יחסיים ואינהרנטיים בין העובד למעסיק והאפשרות לשבות מאפשרת במידת מה לצמצם את הפערים האלה באמצעות הפעלת לחץ קולקטיבית על העובדים. **בפס"ד פינשטיין** אמר השופט חיים כהן כי **שביתות והשבחות גורמות מטבען להשבחת חוזים שונים ואילו היה על יוזמי השביתות או המשביתים לשאת בנזק הנובע מהפרות אלה היה בכך לחסל למעשה את מוסד השביתה ולעשותה לבלתי אפשרית.**

בשביתה אין לגרום נזק מכוון או להפעיל אלימות –

**** בדרך כלל במבחנים משנים שעברו נשאלו על נושא האלימות אך השנה כנראה לא תהיה שאלה על כך.**

ביה"ד קבע לא פעם כי גם כאשר עסקינן בשביתה חוקית ומאושרת יש גבולות וכללים ברורים למה מותר ואסור לשובתים לעשות. **ביה"ד שלל** שוב ושוב כל ניסיון של שובתים לחצות פסים אדומים כמו אלימות פיזית ו/או מילולית, פגיעה ברכוש ועוד. **בפס"ד חיפה כימיקלים נ' דוד רביב** נפסק כי אסור שהשביתה תהא מנוף לפגיעה ממשית בקניינה של המעסיקה, כולל בזכותה ובזכות ממלאי תפקידים בה להיכנס ולצאת בשער המפעל ולקיים פעילויות הנהלה, עבודות החזקה ועבודות בטיחות. בשמירה על זכותם של העובדים לשובת יש להקפיד כי זכות הקניין של המעסיק לא תפגע ממשית מה שיהווה איזון נכון בין האינטרסים של הצדדים והזכויות של כל צד. **בפס"ד ההסתדרות הכללית נ' מכתשים** נקבע כי גם אם מדובר בשביתה ועל אף החשיבות הרבה המיוחסות לה אין במימוש חירות זו כדי להתיר פעולות אלימות כלשהן. בשום מקרה לא ייחשבו פעולות כאלה כפעולות אינטגרליות למימוש השביתה ועל כן לא יזכו להגנה המוקנית לזכות השביתה עצמה.

הזכות שלא להשתתף בשביתה-

משמעותו של ההיבט השלילי של חופש ההתאגדות היא כל עוד יש זכות שלא להצטרף לארגון עובדים לפי בחירתו של העובד. באנלוגיה לכך ניתן לומר כי לעובד יש זכות שלא להשתתף בשביתה, **אולם** אם הוא שייך לארגון המשבית הוא עלול לעמוד לדין.

השביתה:

השביתה זאת בעצם שביתה על ידי מעסיק. במקרים שהעובדים נוקטים שביתה שאינה מלאה המעסיק לא חייב לקבל את העבודה החלקית "שמוצעת לו" ובידיו הרשות לנקוט השבתת מגן. במקרה של שביתה מוקד למשל ראשי המעסיק להשבית גם את העובדים שלא הכריזו על שביתה, אך אפשרותם לעבוד נשללת עקב שביתה חבריהם. כאשר ניתן להעסיק את העובדים שאינם שובתים אין השבתתם נחשבת להשבתת מגן.

מהי השבתת מגן ע"י מעסיק שיכולה להיחשב חוקית?

נניח באל על יש השבתה של כל הטייסים בחברה, ולכן אם כל הטייסים שובתים אז אין מה להעסיק גם את הדיילים, אם אין טיסות ולכן המעסיק משבית גם אותה וכאן מדובר בהשבתת חוקית. ההשבתה בישראל אינה יכולה לשמש את המעסיק כנשק התקפי לסכסוך עבודה או כאמצעי ענישה אלא היא מאפשרת למעסיק רק התגוננות מפני נזקי השביתה.

בארה"ב מוכרת גם השבתת התקפית קרי כזאת שבה המעסיק משתמש כאמצעי לחץ לשם השגת יעדים במו"מ קיבוציים. על השבתת מגן חלים כללים השונים מאלו החלים על שביתה.

בפס"ד ההסתדרות הכללית נ' מפעלי ים המלח נקבע כי לא די בכך שהשביתה תהיה מגננית אלא צריך שיהיו גם נסיבות של כורח קרי אין ברירה אלא להפעיל את השביתה.

בפס"ד מועצת פועלי ר"ג נ' אלקו נקבעו מספר כללי יסוד לעניין השבתה:

- א. השבתת מגן צריך שתבוא במסגרת סכסוך עבודה קיים כהגדרתו בס' 2 לחוק יישוב סכסוכי עבודה.
- ב. לא די בקיומו של סכסוך עבודה צריך שיתקיים מצב שבו העובדים נוקטים בפעולות מאבק קרי ההשבתה חייבת להיות במסגרת סכסוך ובתגובה למאבק העובדים.
- ג. השבתת מגן אינה השבתת מנע קרי השבתה הרתעתית אינה לגיטימית. רק משנקטו העובדים באמצעי מאבק ניתן להכריז על השבתת מגן.
- ד. חייבים לשמור על פרופורציה בין האמצעים לאמצעים שכנגד, קרי יש לקיים פרופורציה ראויה בין אמצעי הסכסוך שנוקטים העובדים לבין אמצעי הסכסוך שנוקטים המעסיקים.

ה. יש ליתן משקל רב להתנהגות הצדדים במסגרת הסכסוך ובעיקר תרומתם ליישובו. **ביה"ד מייחס** חשיבות רבה לתו"ל של הצדדים ומזכיר את סעיפים 12 ו-39 לחוה"ח הנוגעים לתו"ל. **הסירוב** לתיווך או ניהול מו"מ בחוסר תו"ל מאפשרים בנסיבות מסוימות למעסיק להכריז על השבתת מגן. 1. אם אפשרי מבחינה תפעולית יש להמשיך את העסקת העובדים המושבתים, קרי מטרת ההשבתה אינה להעניש את העובדים, אלא להשיב את האיזון שהפרו העובדים בעיצומיהם. **ביה"ד קובע** שבמסגרת החלטה להשבתה על המעסיק להוכיח כי ההשבתה היא האמצעי האחרון להגנתו וכי ניסה את יתר הדרכים ללא הצלחה.

בפס"ד אלקו הסירוב של נציגות העובדים לנהל מו"מ הכריע את הכף לטובת המעסיק. עם זאת, יש לציין כי מעסיקים לא ממהרים להשתמש בכלי ההשבתה וזאת בשל הסיכוי המאוד נמוך שביה"ד יכיר בה והסכנות הגלומות באפשרות שמעסיק ינקוט בהשבתה שתחשב כלא חוקית. לכן יש בפני המעסיק **עוד אפשרות מתחכמת נוספת**: אימוץ שביתה חלקית כשביתה מלאה. לדוגמא- שביתה באל-על שבה הטייסים מבצעים רק שביתות קצרות, אם נסתכל על זה בראי דיני החוזים נתייחס לשביתה החלקית כהצעה לחוזה חדש אותה המעסיק יכול לבחור אם לקבל או לא. אם המעסיק מקבל את ההצעה לחוזה חדש כביכול אזי הוא יכול לשלם לעובדים בהתאם לתנאיהם הקודמים. המעסיק יכול גם להחליט שהוא מסרב לשביתה החלקית והוא רואה אותה כהפרה שתוביל לשביתה מלאה. אם העובדים חוזרים לעבודה מלאה הם מבטלים את השביתה כביכול וחוזרים לחוזה המקורי. במקרה כזה ניתן להסתכל על זה לא כשביתה של המעסיק אלא כזכות לגיטימית של צד לחוזה. במצב שבו המעסיק מסרב לקבל החלטה חלקית גורר המעסיק את העובדים לשביתה ולא להשבתה.

לסיכום, השביתה אמורה להבטיח שיתמלאו דרישות עובדים הקשורות בתנאי עבודה ויחסי עבודה, אין עוררין על חשיבותה של השביתה כזכות דמוקרטית ועל היותה כלי חיוני להגנה על העובדים מפני ניצול המעסיק או דרך להביע מחאה כנגד עוולות. **עם זאת** לשביתה מחירים לא פשוטים גם לעובדים, גם למעסיק וגם לצדדים שלישיים ויש לוודא שהשביתה לא מנוצלת לרעה דווקא ע"י העובדים החזקים במשק ואלה הצריכים פחות את ההגנה הגלומה בשביתה.