

פרק 10 בסילבוס - חופש העיסוק

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 אזרח ישראלי.

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 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 קנייניו ומוגנים 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 ניוד 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 ניוד 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 ושבכליו נוקט אמצעים סבירים לשמור על סודיותו. גם גזלת סוד משחרי מוגדרת בחוק 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 (המתרגל אומר שבדיני עבודה חובת תו"ל וההגינות הם מוגברים).

פס"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 164/99 פרומר - רדגארד בע"מ - 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. ביה"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 האם תקופת ההגבלה סבירה, מה היקפה הגיאוגרפי ואת 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 רבות 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.**

מתי יש להגביל את חופש העיסוק של העובד :

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 ובעקבו 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. דוגמא 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 נחשך 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 זו תקופה ארוכה ולכן לא השיתו מגבלה נוספת על העובד ונקבע שיש לבחון כל מקרה לגופו.

ע"א 6601/96 AES SYSTEM INC נ' סער – 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 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 כלום) 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' – 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 וחברת גירית פנתה לביה"ד בבקשת צו מניעה שם נקבע 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 קשר 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 – 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. באיזוהו 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 7 בסילבוס - הפרוגטיבה הניהולית והזכות לעבוד

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"ד 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 איזשהו 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 מגיעים לבית משפט.**

הערה כללית: היקפה של הפרוגטיבה אינו קבוע, והיא לא עומדת בפני עצמה. כל מקרה נבחן לגופו. מה שביה"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' 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** 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 בסיס. **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 הדין 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, להלכה זאת ישנם 4 חריגים שנקבעו **בפס"ד מילפלדר** –

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 להתפטר 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 אומונותיות 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 זכות 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 2 נקודות אלה נעשה ע"פ מבחן המידיות המשולש:

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.

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.

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.

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' רו"ח איהאב:** במקרה הזה מדובר ברו"ח שעבד כשכיר שנים רבות במשרד רו"ח, הוא עבד במקום עם עוד רו"ח. באחד מהימים הוא גילה שבמשך שנים רבות שבהן עבד, צולם ללא ידיעתו. העובד טען שיש פגיעה חמורה באמון בינו לבין המעסיק ועל רק זה ביקש להתפטר בדין מפוטר. ביה"ד לעבודה קבע כי צילום של עובד במשך כל השעות שבהן הוא שוהה 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 העבודה קבע שלא ניתן לשקם את יחסי האמון בין הצדדים ולכן העובד זכאי להתפטר בדין מפוטר.

לודמילה לשצינר נ' פאר מרכז החלמה – 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 לבקשה להתפטר. כלומר, לא מדובר בתירוץ ולכן ביה"ד ציין שזו נסיבה שבעטיה ניתן להתפטר בדין מפוטר.

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 חדירה לפרטיות או מעקב אסור. רצוי שזה יובא לידיעת העובד (חתימה בהסכם). כני"ל לגבי GPS ברכב של העובד, מותר לעקוב על מקום הימצאותו של העובד בזמן העבודה ולצורכי העבודה.

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 שבתביבת 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: גם תיבה בבעלות המעסיק נחלקת ל-2: תיבה מקצועית לצורכי עבודה בלבד, אסורה לשימוש אישי של העובד ותיבה מעורבת המוקצת לעובד הן לשימוש מקצועי והן לשימוש אישי. בכפוף לכך שהמעסיק הגדיר מראש מדיניות ברורה, הוא רשאי לקיים פעולות ניטור ומעקב אחר נתוני ההתקשרות ולבצע 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 אישית, 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.

פס"ד מוחי נ' משען: 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. הנתבעת 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.

ס"ק (ב"ש) 1026/06 הסתדרות העובדים הכללית נ' תש"ן תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ – 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 צריפה 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.

תרגול 3 - 8.4.2018

פרק 11: חקיקת מגן

ד. שכר עבודה

שכר עבודה הוא הדרך של המעסיק להביע הערכה כלפי העובדים. אנחנו נדון היום בפרק הסוציאלי של שכר עבודה וזה שכר המינימום.

היתרונות והחסרונות של קביעת שכר מינימום במשק :

יתרונות :

1. קביעת מינימום שממנו 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 חלקה שחיקה בקיום ההסכמים ועלה הצורך לקביעתו בחיקוק. חוק שכר המינימום נחקק ב-1987, 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 לפרד 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 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.** דבר נוסף שאנחנו למדים מהסעיף הוא ששכר 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 פריילנס ומסיבות כאלו ואחרות לאחר זמן מסוים הוא טוען שהוא התקיימו יחסי עובד מעביד ולכן הוא זכאי לזכויותיו כעובד ולא כעצמאי. פס"ד הראשון שניתן ללמוד ממנו הוא **פס"ד מנשרוף נ' גלצנר** – דובר על אדם שעשה טרום התמחות והתמחות במשרד שמאים, העובד סגר עם המעסיק שהוא יעבוד כפריילנס 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 המעביק 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 כפריילנס, 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 – דובר במרצה ומתרגל במכללת רמת גן במספר קורסים למשך מספר שנים וההסכמה בין עו"ד פרייס למכללה היה 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 (המעסיק צריך להוכיח שהשכר ששולם הוא ראוי גם אם העובד היה מוגדר כעובד ולא פריילנס). ניתן לעשות זאת על ידי השוואה של שכר שמשולם לעובד אחד וביצע 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 פריילנס.

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 (תיקון מס' 8) תש"ל-1970

5. עובר 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 ושהכול 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 :

ניכויים משכר עבודה (תיקון מס' 28) תשע"ד-2014

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;

(תיקון מס' 5) תשכ"ח-1968

(א3) תוספת לדמי החבר שמותר לנכותם על-פי פסקה (3), המיועדת למימון פעילות מפלגתית, זולת אם הודיע העובד למעסיקו בכתב על התנגדותו לתשלום התוספת;

(תיקון מס' 4) תשכ"ה-1964 (תיקון מס' 5) תשכ"ח-1968

(ב3) 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;

(תיקון מס' 3) תשכ"ד-1963

(4) סכום שהוטל קנס משמעת בהתאם להסכם קיבוצי או על פי חיקוק;

(תיקון מס' 13) תש"ם-1979

- (5) 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 לתשלום;
- (6) חוב על פי התחייבות בכתב מהעובד למעסיק, בתנאי שלא ינוכה על חשבון חוב כאמור יותר מרבע שכר העבודה;
- (7) 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.

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

בפס"ד הנ"ל נקבע כי המילים "כל יתרה של חוב" בסעיף 25 (ב) לחוק הגנת השכר פירושו חוב מוכח, קצוב, ושאינו שנוי במחלוקת. **ולכן לכלל הזה יש חריג** – שקבוע ס' 25(ב), החריג נקבע **בפס"ד שרון ארז נ' ניסן חומרי בניין** – שם נקבע כי קודם כל צריך להיות בהסכם העבודה מנגנון לגביית חובות ורק אז למעסיק מותר לקזז או לנכות מסחר 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).

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

בסעיף ההגדרות של החוק קבוע שיש 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 :

החידוש הדרמטי שהתיקון הזה מביא הוא היפוך נטל הראיה בין העובד למעסיק במקרים שבהם יש מחלוקת. 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).

תרגול 4 15.4.2018

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 – ציטוט של 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 (תיקון מס' 8) תשנ"ג-1993

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

החוק קובע שבוע עבודה של 45 שעות אבל 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 יוצרת 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 את **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.

סעיפים 9 ו-12 לחוק קובעים כי העסקת עובדים ביום המנוחה השבועי אסורה. ס' 9(ב) ו-12 קובעים את חלק מהחריגים לכך: למשל מקום עבודה שהוא מפעל או מוסד המופקד על ביטחון הציבור, עבודה הקשורה לביטחון המדינה, אירוח בבתי מלון וס' 9(ב)5) שמהווה סעיף סל המדבר על העבודה הקשורה בקיום אספקה או שירותים חיוניים.

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 (תיקון מס' 14) תשע"ד-2014

1212. (א) שר העבודה רשאי להתיר העסקת עובד בשעות המנוחה השבועית, או בחלק מהן, אם הוא משוכנע שהפסקת 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.

(א) 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 תתבצע 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 הדתות¹³ ושר העבודה.

סעיפים 9(ג) ו-9(ד) קובעים כי מעסיק לא יוכל לסרב לקבל עובד רק כי עובד לא יכול או מסרב לעבוד ביום המנוחה השבועי אבל 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 **פס"ד בג"צ 5026/04 דייזין 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 ועקרוניות:

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 ממס' 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 ממצד שבו ייאלץ לבחור בין אמונתו לפרנסתו.
5. חשש ממדרון חלקלק שבו המעסיק הוא שישלוט אט 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 א 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. **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 לא טוען את 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 במציעה 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 (תיקון מס' 14) תשע"ד-2014

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 (תיקון מס' 14) תשע"ד-2014

16. (א) הועסק עובד שעות נוספות, ישלם לו המעביד בעד שתי השעות הנוספות הראשונות שבאותו יום שכר עבודה לא פחות מ-1/4 מהשכר הרגיל, ובעד כל שעה נוספת שאחריהן לא פחות מ-1/2 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-1/4 מהשכר המשתלם בעד כל יחידה שנעשתה בשעות העבודה הרגילות, ובעד כל יחידה שנעשתה בשעות הנוספות שלמעלה משתיים – לא פחות מ-1/2 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-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 נוכחותו 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.

בשנת 2009 שונה החוק ובסעיף 20 א נקבע כי הליכה לשירותים אינה נחשבת כהפסקה והזמן אותו מבלה עובד בשירותים הוא זמן עבודה. החוק קובע כי בין יום עבודה אחד למשנהו יהיה פער של לפחות 8 שעות. 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.

חוק שעות עבודה ומנוחה חל בעיקרון על כל המשק אולם באופן יוצא דופן ס' 30(א) לחוק בהיר 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 (תיקון מס' 14) תשע"ד-2014

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 אוויר ;
- (5) עובדים בתפקידי הנהלה או בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי ;
- (6) עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעסיק כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם.

(ב) נתעורר חלוקי דעות אם עובד שייך לאחד מסוגי העובדים שחוק זה אינו חל על העסקתם, רשאים העובד, 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 שיוורה 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.

הסעיפים שאנחנו נפרט עליהם הם ס"ק (5) וס"ק (6) :

ס"ק (5) - עובדים בתפקידי הנהלה או בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי :

מדינת ישראל נ' בסט ביי – 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 ההנהלה צריך להתפרש כמתייחס לשכבת ההנהלה הבכירה בארגון אשר באופן טבעי מזוהה עם מעמד המעסיק. מספר מאפיינים רלוונטיים לשאלת הגדרת גבולותיו של תפקיד ההנהלה 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 ההנהלה הבכירה שבאופן טבעי מזוהה עם מעמד המעסיק או שנועד לייצגו.
3. קביעת מדיניות (הכי חשוב בעיני המתרגל) : 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 ההנהלה 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. אשר 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.

ס"ק (6) עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעסיק כל פיקוח על שעות העבודה

והמנוחה שלהם : ההלכה קובעת כי ביה"ד לא יבדוק אם אשר 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 תשולל אוטומטית את תחולת החוק ונטל ההוכחה הוא על המעסיק.

תרגול 5 – 29.4.2018

ב. חופשה שנתית

ס' 2 לחוק חופשה שנתית אומר שכל עובד זכאי לחופשה לפי החוק כמובן שזה בתנאי שהאדם מוכר כעובד. **בפס"ד אבי 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 להשהיה. **בפס"ד גליה פיליפוביץ' נ' C.P.S מחשבים והנדסה –** נקבע כי הוצאה כפויה לחופשה ללא תשלום כמוה 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 ברטו ו-12 נטו.

הקבוע בחוק זה רף מינימום – ארגון עובדים או מעסיק ועובד יכולים להגיע להסכמה לגבי היקף 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 -** שם המעסיק טען כי העובד ניצל ימי חופשה ביתר אבל לא ניהל פנקס חופשה המוכיח זאת. בבי"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 ראיה 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 ראיה 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 יוצר 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 מטיב 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 ולאחר 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.

בנוגע לזכות 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

פדיון חופשה = בסיום תקופת העסקה

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.

מי הוא 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).

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 דה 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 – 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 הבראה 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 09-09-15540 זהבית מלול נ' רוני עמר:

להשלים לבד

תרגול 6 – 13.5.2018

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 שישראל היא צד להן.**

במהלך המאה 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 שבתה ורוב המקומות שמהם אשר 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 לוין כי אין מקום לפקפק במעמדה הרם והמוגן של חירות השביתה והוא מצטט ממקורות שבהן השביתה מוגדרת כזכות – " הנה כי כן במוקד דיוננו 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 הננקטות על ידי העובדים במאבקם תחסנה תחת כנפי השביתה המוגנת נזקקים בתי המשפט ובתי הדין להגדרתה של השביתה על פניה וגווניה המשתנים."

המחוקק נמנע מלהגדיר שבתה 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 שבתה ושם נאמר כי שבתה היא פעולת לחץ מתאומת הנקטת 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, שבתת האטה (לעבוד בצורה איטית), שבתת שעות נוספות (לא עובדים שעות נוספות), שבתת הקפדה (הקפדה יתרה ודייקנית על תנאי העבודה) וסוגים נוספים של שבתות – **אם יש קייס של שבתה 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.

זכות השביתה מול זכות הקניין : מכיוון שזכות השביתה נוגעת למעשים בין העובד למעסיק, הענקת זכות לעובדים לשבות משמעה בהכרח פגיעה זכות 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 השובתים בעובדים אחרים באופן זמני או קבוע. לעומת ארה"ב בישראל מעוגנות זכויות הפרט בחוקי יסוד ומגנות במידת מה על השביתות.

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 הנוזיקין וס' 19 לחוק הסכמים קיבוציים מחזקים טענה זו – **סעיפים חשובים למבחן!**

זכויות וחובות של עובד ומעסיק (תיקון מס' 9) תשע"ד-2014

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 שיש 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 בהיקפה 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, זכר 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 הנקטת על ידי העובדים ומדתיותה

שביתה שאינה מוגדרת כשביתה לגיטימית לא נהנית מהחסינויות 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 תגלה סכסוך עבודה ע"פ הגדרותיו, עולה 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 כסכסוך שנתגלה בין מעסיק לעובדיו או חלק מהם או בין מעסיק לארגון עובדים או בין ארגון עובדים לארגון מעבידים **למעט סכסוך היחיד** מאחד מהנושאים הבאים :

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. 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 מדינה 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 מאפיינים 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. שביה 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 ומטהרת 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 מהחסוניות 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 (בשיעור הבא). לעומת זאת, שביתה פוליטית טהורה נחשבת כבלתי לגיטימית ויש 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.

תרגול 7 – 27.5.2018

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.
2. הגבלות שמקורן בפסיקה.
3. הגבלות שמקורן בתקנונים של ארגוני עובדים או הסכמים קיבוציים.

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. שביתה בלתי מוגנת העובדים לא זכאים לחסיונות המוכרות בחוק ובפסיקה. המצבים שבהם יכולה להיות שביתה בלתי מוגנת בשירות הציבורי היא:

- 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 הספקת דלק, מים, חשמל בריאות ותעופה והגבלת השביתה במוסדות אלה נועדה להבטיח הספקת 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. מקור נוסף הוא תקנון- אותו תקנון יכול לקבוע מי רשאי להכריז על שביתה ומה ההליך להכרזתה. כל שביתה שתצא לדרך בניגוד לקבוע בתקנון תחשב לשביתה בלתי לגיטימית. הגבלה נוספת ודומה היא הגבלה מכוח הסכמים קיבוציים כאשר כאמור בהסכמים קיבוציים רבים יש התחייבות כמעט אנהר נטית לא לשבות במהלך תוקפו של ההסכם הקיבוצי ושביתה שתעשה בניגוד לכך תחשב כשביתה שלא כדין. דרך נוספת להגביל את השביתה היא באמצעות פסיקה 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 מדתית לעומת העניין שבגינה שובתים. **בפס"ד מפעלי**

רכב אשדוד נ' אדם ציזיק- נקבע כי חירות השביתה מוגבלת ע"י זכויות הזולת ובוודאי שאין לומר כי כל מעשה עוולה 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.

הגבלה נוספת היא הגבלה בשירותים 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 שבגיננו 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 תפקידי בעלי סמכות ניהולית שלטונית לבין גופים שאינם מפעילים סמכות שלטונית. הגבלת זכות שביתה במגזר הציבורי בד"כ חלה על כלי יכולת לפעולות שלטוניות למשל מנהל אגף במשרד הפנים שאם הוא ישבות אנשים לא יכולו לקבל התר 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: שביתה זמן שיש הסכם קיבוצי שחל, שביתה שלא הוכרזה על פי הנהלים הקבועים של ארגון העובדים ושביתה שלא נמסרה בגינה הודעת צינון.

הגנת השובתים-

שביתה בלי הגנה על השובתים אין לה טעם, אדם יידע שאם הוא ישובות הוא עלול לשאת בזיקם 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 לשופטים הגנה מפני תביעות: למשל **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 והשבתה 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 והשבתות גורמות מטבען להשבתת 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 משניים 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 לשבות 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. באנלוגיה לכך ניתן לומר כי לעובד דיש זכות שלא להשתתף בשביתה, אולם אם הוא שייך לארגון המשבית הוא עלול לעמוד לדין.

השביתה:

השביתה זאת בעצם שביתה על ידי מעסיק. במקרה שהעובדים נוקטים שביתה שאינה מלאה המעסיק לא חייב לקבל את העבודה החלקית "שמוצעת לו" ובידיו הרשות לנקוט השבתת מגן. במקרה של שביתה מוקד למשל רשאי המעסיק להשבית גם את העובדים שלא הכריזו על שביתה אך אפשרותם לעבוד נשללת עקב שביתת חבריהם. כאשר ניתן להעסיק את העובדים שאינם שובתים אין השבתתם נחשבת להשביתה מגן. מהי השבתת מגן ע"י מעסיק שיכולה להיחשב חוקית? נניח בעל אל 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 בהשביתה חוקית. ההשביתה 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 השבתה 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 ההשביתה. **בפס"ד מועצת פועלי ר"ג נ' אלקו** נקבעו מספר כללי יסוד לעניין השביתה:

- א. השבתת מגן צריך שתבוא במסגרת סכסוך עבודה קיים כהגדרתו בס' 2 לחוק יישוב סכסוכי עבודה.
- ב. לא די בקיומו של סכסוך עבודה צריך שהתקיים מצב שבו העובדים נוקטים בפעולות מאבק קרי ההשביתה 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 תרומם 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.
- ו. אם אפשרי מבחינה תפעולית יש להמשיך את העסקת העובדים המושבתים, קרי מטרת ההשביתה אינה להעניש את העובדים אלא להשיב את האיזון שהפרו העובדים בעיצומיהם. ביה"ד קובע

שבמסגרת ההחלטה 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. אם 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 בעל אל 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 ואלא הצריכים פחות את ההגנה הגלומה בשביתה.