

מרצה: פרופ' יובל פלדמן Yuval.Feldman@biu.ac.il

מנהלות:

- ציון:

- בקורס אין עבודה.
- 90% בחינה (לא קשה).
- 2 שאלות ניתוח (אתה מייצג עובד שפוטר ומנסה לעזור לו...);
- שאלה תיאורטית (האם דיני עבודה בשנים האחרונות פוגעים יותר בעובדים החלשים / האם דיני עבודה פוגעים...);
- שאלת מחשבה מעבר לפסקי הדין.
- 10% נוכחות (חובה, מדי פעם ירשום).
- 5 נק' מיטיב על השתתפות
- קריאה: כמעט אין פסקי דין באנגלית, הקורס בגדול משפט ישראלי ומדי פעם טיפה השוואתי
- הקורס מתכתב עם מדעי החברה.

שיעור 1 – 04/03/2020

מבוא: משפט העבודה בישראל

דוקטרינות שונות רלוונטיות לתחום:

- **דיני חוזים** מופיעים הרבה. לעיתים החוזה שונה מחוזה רגיל ונקרא חוזה קיבוצי (דוגמה: יו"ר של כל ארגוני הסגל הבכיר מול יו"ר איגודי האוניברסיטאות בהקשר לשכר מרצה).
- **חירויות** (דוגמה: כבוד האדם; חופש העיסוק).
- **דיני בדיקין** (דוגמה: תאונת עבודה; אחריות מקום עבודה לדבר שעושה העובד שלו).
- **שוויון** (דוגמה: שיוויון הזדמנויות או אפליה בעבודה).
- **הנגשות / התאמות שונות לאנשים** (accommodation) – לבצע התאמות עבור אנשים שסביבת העבודה הקלאסית עשויה לפגוע בהם או לא מאפשרת להם למלא את רוב הפוטנציאל שלהם.
- **קניין רוחני** – על מי הבעלות של מה שיש לך בתוך הראש, זהו נושא מאוד טעון. מדובר על זכויות בעלות על פטנטים וזכויות יוצרים, סודות מסחריים אליהם העובד נחשף במסגרת עבודתו בעוד שהמעסיק מעוניין לשמור עליהם בסוד, מפני שיש לכך ערך כלכלי רב (דוגמה: מידע שלילי – מה לא מצליח, לא ניתן לרשום על כך פטנט אך זה שווה המון כסף).
- **משפט פלילי** – הטרדות מיניות ואחריות המעסיק במישרין או בעקיפין לטפל במקרים של הטרדה מינית בתוך מקום העבודה. כך למשל, היום בהרבה תביעות על פיטורין של נשים עולות טענות על יחס לא הולם בתחום זה. יש ויכוח לגבי השימוש בזה (בהקשר של אפליה, יחס למיניות).
- **דיני תאגידים** – דוגמאות: בתחום משפט העבודה הקיבוצי – עולה השאלה באיזה סוג דיונים מותר לארגון העובדים להיות מעורב? איך זה קשור בדיני עבודה: בנושאי תכליות החברה, עושר של מי בעלי החברה צריכה להשיא – בעלי המניות, הציבור וכו'. למעשה, הציפייה מהתאגיד היא לא לעסוק רק בעשיית רווח ויש המון עיסוק בנושא עיסוק התאגיד ברווחת העובדים. יש הטוענים שאיפה שהעובדים יהיו מרוצים שם כדאי להשקיע (האם זה נכון?). או למשל, האם מותר שיהיה לעובדים SAY לגבי פעילויות מסוכנות מדי של התאגיד. עניין זה עלה במשבר בוולסטרט בשנת 2008, אז עלתה הטענה שלמנהלים המאוד בכירים יש מעין מצנחי זהב (סעיפים בחוזה העבודה המבטיחים לעובד חבילה של הטבות לאחר

פרישותו) והם אדישים לסיכונים. בונסים דמיוניים אם מצליחים ומצנחי זהב דמיוניים אם מפסידים, כלומר שיש להם תמריץ לקחת סיכונים. זאת בעוד העובדים יכולים רק להפסיד (הרווח עבורם יהיה נמוך). הצלחת מדינות לא בהכרח קשורה למבנה התאגידים או להתייחסות לאינטרסים של העובדים ואולי אנחנו בטעות מייחסים הצלחה של מדינות לדברים אלה.

- **משפט מנהלי** – זכות שימוע ודברים נוספים.

מדוע צריך את דיני עבודה?

אם בכל מקרה ננתח דוקטרינות מתחומים שונים אז למה יש צורך בדיני עבודה? הסיבה לכך היא **שמדובר בסיטואציה מאוד מאוד ייחודית – בסוף נראה כמעט בכל אחת מהדוקטרינות שסיטואציית העבודה היא מיוחדת**. כך למשל, יש דוקטורינות שהשוותה בין דיני עבודה ודיני משפחה – שני תחומים אלו טומנים בתוכם אוסף דוקטרינות המתקשרות בדינמיקה ייחודית המשנה למעשה את הדוקטרינות המשפטיות החלות לגביה. כלומר, שגם הסיטואציה של קשר בין בני זוג וילדים וגם של אדם שנמצא בתקופות ארוכות ומגדיר את הזהות שלו היא ייחודית. בנוסף, **יש חשיבות לעבודתו של אדם בעיניו ובעיני החברה מבחינה חברתית**, לדוגמה במפגש מחזור בדרך כלל ישאלו את הגברים במה הם עוסקים בעוד שאת הנשים ישאלו הן על חיי המשפחה והן על העבודה שלהן (מנגד, תפיסת האשם בדיני המשפחה יורדת לעומת זו בדיני העבודה – למשל **בג"ץ הבוגדת**, פחות נתינת מקום לאשם).

מקום העבודה הוא מאוד משמעותי לאנשים ומסיבה זו עלינו לשאול עד כמה יש צורך לעשות התאמות בחלק מההנחות שיש לנו למשל לגבי דיני חוזים (כמו רצון וגמירות דעת). **דוגמה**: פירוש שתיקה – האם זה קיבול בהתנהגות בדיני עבודה? הרי ייתכן כי העובד שותק או לא מתנגד אך לא באמת יודע למה הוא הסכים, אין לו מה לעשות כי זה מה שאמרו לו ולכן הוא הולך עם זה, **מנגד**, ייתכן כי מבחינת דיני עבודה יש לפרש זאת באופן אחר. זוהי רק דוגמה לכך שהסיטואציה מאוד משמעותית ובמובן מסוים היא זאת שמצדיקה בכלל את תחום דיני העבודה. כלומר, **הסיטואציה והמצב שבו יש יחסים שיכולים להיות גם מאוד יחסים של תלות ולעיתים מגיעים גם למשפט, מעידה על כך שנדרשת התייחסות אחרת אף ביחס לדינים אחרים מחוץ לדיני העבודה, שכן זוהי למעשה ההצדקה לקיומו של תחום דיני העבודה**. **דוגמה**: העובד, מתוך אמון במעסיק שלו לא סופר שעות וחופשות, אך כשיחסיים מתדרדרים והם מגיעים לבית המשפט שם עולות שאלות הנוגעות לאי הסכמות במסגרת תחומי האמון שהיה ביניהם (כמו מדוע שילם לו המעסיק במזומן, הרי לא מדובר על הפקדה בבנק לאומי).

דוגמה נוספת: אם 100% סיעודית ויש לה מטפלת פיליפינית המצויה לקראת חופשת לידה. כלומר שלא תמיד המעסיק לא טוב. יש קשיש או קשישה שאמורים להסתדר לבד במשך כחצי שנה (כך למשל לאישה בהריון לא טוב להרים דברים כבדים והעזרה פוחתת. לאחר מכן היא תצא לחופשת לידה וגם אז העזרה תפחת בהתאם, ויתרה מכך ישנה ההתעסקות עם הוויזה שלה וכו'). יש טענה שאומרת שילדים בעבר היו מטפלים בהוריהם הסיעודיים, במקביל לכך שהרפואה המודרנית גרמה לכך שאנשים חיים במצב כמעט של חוסר יכולת עצמאית במשך שנים ובשל כך אין הרבה אנשים המסוגלים לעבוד בעבודה סדירה ובמקביל לדאוג באופן זה להוריהם במשך שנים, לכן אולי צריך יותר עובדים סיעודיים עקב כך. כלומר, **התלות יכולה להיות גם הפוכה, בין העובד למעסיק**. כשהמעסיק הוא לא בנק למשל אלא אדם פרטי שנזקק לעיתים הרבה יותר מאשר העובד ויש שאלות – כיצד מבצעים את ההתאמות? **כדי לדעת מה הדין הנכון צריך להשתמש במשקפיים של מדעי החברה ולהבין מה הסיטואציה המיוחדת של דיני העבודה הספציפיים האלה ואיך זה משפיע על דוקטרינות אחרות** כמו תום לב בסיטואציה של תולדה מסוימת בה נמצאים יחסי עובד-מעביד.

גם באקטואליה תמיד יש משהו שקשור לדיני עבודה. לדוגמה בשבוע שעבר היה תשדיר של מפלגת ימינה בה איילת שקד עמדה ליד בעלי תפקידים מהדרום ואמרה שאם תקבל איזשהו תפקיד היא תדאג שלעובדים מתאילנד שאין להם פנסיה בתאילנד לא תהיה פנסיה בישראל. האם זאת אפליה או שמי שמגיע לעבוד לכמה שנים לא מקבל את כל הזכויות?

על מה נדבר בקורס?

- **מדעי המדינה והרלוונטיות בתחום התיאוריה פוליטית והרגולציה** – נוגע לשאלה עד כמה מותר למעביד לנסות להיות אהוב על העובדים שלו, האם יש לנו מבחינה משפטית מטרה לייצר מצב כזה, כמה קל או קשה לפטר, כמה נימוקים צריך מעסיק כדי לקנוס אדם על התנהלות, האם טוב שיש זכויות יתר למעסיק? לאיזה עולם אנו רוצים להגיע של דיני עבודה? יש גישה שאומרת שלכמה שיותר אנשים טוב יותר כך המשפט עובד טוב יותר.
- **יש תיאוריה שאומרת שעדיף להיות מפחיד מאשר להיות אהוב** – האם זה נכון בהקשר של דיני עבודה? יש טענה שאומרת שברגע שאנשים לא מרגישים פחד שיפטרו אותם הם מפסיקים להיות פרודוקטיביים. מנגד, הצד השני טוען שכנראה אנשים שמפחדים מאוד הם גם בהתאמה מאוד לא פרודוקטיביים, לכן אם אתה רוצה לעודד יצירתיות, צריך שתהיה מוכנות לקחת סיכונים, או שאם אני מפחד יותר מדי אני אעשה מה שיגידו לי ולא יותר. כלומר **פונקציית הפחד היא לא ליניארית וזה מביא אותנו לעסוק בשאלה האם צריך נימוקים לפיטורין.**
- **זנות למשל, גם יכולה להיחשב דיני עבודה?** למה עבדות זה לא בסדר?
- **אם מפטרים אישה בהריון ומשלמים לה פיצויים** – האם זה בסדר?
- **חוק שעות עבודה ומנוחה** קובע כל מיני תנאים – למה קובעים שאדם לא יכול לעבוד כמות מסוימת של שעות רצוף?
 - גישתו של **קרל מארקס** – מאוד השפיע על תחום דיני העבודה, הוא נתפש כאחד **ששם דגש על מתח בין בעלי ההון למי שמייצר את העבודה ולכן צריכים לייצר מנגנונים שיבואו ויאפשרו את זה.** במשפט העבודה האמריקאי רואים את התפיסה של מרקס, האם ראוי לדבר על כלכלה בדיני עבודה? בין היתר, זה לא תחום סימטרי. בנזיקין יכול להיות פוגע יום אחד ונפגע יום אחר, אך בדיני עבודה זה לא סימטרי וכך נבין מה צודק. **הטענה היא שדיני העבודה הם המפגש בין המעמד הבינוני-גבוה לבין המעמדות הנמוכים או הבינוני-נמוך.**
 - **וואיט הג'מוני** – מחזיק בטענה שכל המושגים של המשפט הם מושגים שיצרו גברים לבנים בעמדת כוח, לכן יצרו הגנות רבות על קניין, תאגידים וכו' והמשפט כמשפט מנשל באופן טבעי את האנשים שלא היו שותפים בייצוגו ולכן צריכה להיות קריאה ביקורתית וניסיון להילחם בהגמוניה.
- **ניתוח כלכלי של המשפט – כשלי שוק:** אף אדם לא יודע יותר טוב לו ומה הוא רוצה, לכן צריך לתת לשוק להתנהל ככל שניתן ללא התערבות ממשלתית. שם מגיעים כשלי שוק – זה היה נכון אם היה שוק יעיל אך יש כשלים ואם נהיה מודעים לכשלים נבין מתי המדינה צריכה להתערב. **דוגמה:** במצב של פערי האינפורמציה מונעים מצדדים לנהל מו"מ יעיל. לעיתים הדבר נובע מכך שגם כשהצדדים שווים בכוחם לאנשים אין כוח לקרוא שום דבר. אם כן, אנו תמיד שואלים בדיני עבודה – האם מדובר במצב של א-סימטריה באינפורמציה. היה פס"ד שדיבר על פיטור של אחד הבכירים של קשת ונשאלה השאלה כמה נכון לדבר על הגנה וכמה אדם הבין כשהוא אדם מתוחכם שהייתה לו שליטה על חוזה העבודה למשל. **מנגד:**
 - **בחוזה דרקוני** – לעיתים עדיף להשאיר חוזה גרוע או דרקוני כי בבית משפט תתקבל הטענה שלא צריך לאכוף ושלא היה לך מושג מאשר אם תשנה משהו בחוזה, אפילו טיפה.
 - **חוזה עבודה לא חוקי** – האם נאפשר זאת לאחר כמה שנים עקב הסתמכות של אדם או שמא נבקש ממנו החזר על המשכורת שקיבל רטרואקטיבית.

מה זה צאוורון כחול

שיעור 2 – 18/03/2020

בשיעור שעבר דיברנו על ההקדמה לדיני עבודה ואמרנו שדיני עבודה זה **אוסף של דוקטרינות**, ואין מדובר על דוקטרינה ספציפית אחת.

בהרבה מובנים התחום דומה לדיני משפחה:

- מה שמאפיין את התחום זה הוא שמדובר בסיטואציה משפטית ייחודית שגרמה למשפט להבין שנדרש לגבש אוסף של כללים מתוך כללים משפטיים קיימים לתוך התחום של דיני עבודה תוך אדפטציה שלהם.
- מדובר על יחסים ארוכי טווח.
- התנהלות שהיא לא משפטית שברגע מסוים הופכת להיות משפטית. דוגמאות:
 - יכול להיות אדם שמתנהל ללא מעקב שעות, יוצאים לכמה הפסקות שרוצים ומרגישים שהמשפט לא מתאים להתנהלות היומיומית, אך לפתע העובד "מצטייד" בעו"ד מתוך הבנה שלא קיבל הפסקות סדורות. אז עולה השאלה האם נכון להכניס את ההתערבות המשפטית לאחר שנים כל כך רבות, ועל אף שלכאורה המעסיק ניסה להיות מאוד בסדר עם העובדים שלו? **לעיתים המעבידים הטובים מגלים שהם נמצאים בבעיה גדולה יותר, למרות שהתחשבו בעובדיהם כל הזמן.** בדיני עבודה, הדברים האלה קיימים בצורה מאוד משמעותית. כפועל יוצא, התחום הזה מאוד רלוונטי למדעי החברה. הם מסבירים, כל אחד מהפרספקטיבה שלו, מה מיוחד לסיטואציה של דיני עבודה (כמו שדיברנו, יכול להיות מתחומים של משפט וסוציולוגיה).
 - בניח שיש למישהו מטפלת בילדיו, יש לה תור לרופא והיא הולכת לכמה שעות. יום למחרת הילד שלה חולה והיא לא מגיעה. כיוון שמדובר ביחסים מאוד קרובים, בשום שלב המעביד לא מקפיד על הגעה, יציאה וכו'. לאחר מספר שנים הילדים גדלו, מערכת היחסים מסתיימת ומגיע עו"ד ושואל – האם קיבלה זמן לארוחת צהריים? לפעמים יש משהו שהוא משונה בלקחת מערכת יחסים שהתנהלה בצורה מאוד חברית, כאשר במובן מסוים לא בטוח שהמשפט יתנגד לזה (במיוחד כשמדובר במטפלת בילדים), ולטעון שהמעביד התנהג לא בסדר כיוון שאיפשר לעובד לפצל את השעות שלו למשל. אם כן, יש כל מיני מצבים בהם דיני העבודה נועדו להגן על העובד מפני מעבידים מנצלים, אך לעיתים דווקא בסיטואציות הפוכות – בהן היחסים היו מאוד קרובים ומעביד מרגיש שההתנהלות הייתה לטובת העובד, המעבידים הנחמדים דווקא הם אלו שנפגעים.
 - **פס"ד צ'יבוטור:** אדם העסיק עובדת ניקיון. מקריאת פסה"ד ניתן להבין שהמעסיק לא היה הכי מתחשב, אך שילם לה כפול משכר מינימום. היחסים עלו על שרטון. הגיע עו"ד שבדק את העניינים. המעסיק אמר שאם הוא היה יודע שהם מנהלים את היחסים שלהם באופן משפטי, הרי שהיה מגדיר את שכר הבסיס כשכר מינימום ואת כל ההפרשות, התוספות והזכויות הסוציאליות היה נותן כחוק ואף יוצא מורווח. עם זאת, משום שלא ידע, כעת הוא יוצא חייב ע"ב משכורת שהיא הרבה יותר גבוהה מאשר היה נותן אקס אנטה, לו היה יודע, שהם מתנהלים על פי המשפט. עכשיו, במצב שבו הוא לא באמת התנהל לפי המשפט, אך היה "לארג" ושילם לה משכורת גבוהה בהרבה מן המקובל במשק, הוא אוכל אותה פעמיים. מדוע? (1) כל מה שהוא נתן מבלי לקרוא לזה בשמות הוא לא קיבל כלום (את השכר הגבוה ששילם); (2) כעת הוא צריך לשלם רטרואקטיבית פיצוי פיטורין על משכורת הרבה יותר גבוהה ממה שהיא הייתה אמורה להיות. והכל כשהוא לא יודע שזה הולך לכיוון המשפטי, שכן אם הוא היה יודע הרי שהיה מוריד את השכר שלה מלכתחילה. הטענה הייתה שלא ניתן לשנות את הכללים תוך כדי המשחק. בעקבות התפיסה הקיימת לפיה המעביד מנצל את העובד, מניחים הנחות שהן לא תמיד נכונות ולכן זה פוגע דווקא במעבידים שאולי לא התנהגו בצורה פורמלית כמו שצריך אבל בשורה תחתונה העובדים שלהם קיבלו יותר ממה שהם היו מקבלים לו המעביד היה משלם הכל לפי החוק. טענתו של המעביד לא התקבלה (מפני שדיני עבודה ברובם קוגנטיים).

ניסיון ביטול השכר הגלובלי בחוק: היה תיקון לחוק של חברת הכנסת דאז שלי יחימוביץ לגבי השכר הגלובלי. היא טענה שהגישה הזו שיש בהיטק של שכר גלובלי פוגעת בעובדים כיוון שהיא הופכת אותם לסוג של עבדים (גם במשרדי עו"ד באיזושהי רמה). לכן התקבל תיקון לפיו **חייבים לכתוב את שעות העבודה של העובד**, כאשר מהלך זה ניסה למעשה למחוק את השיטה הגלובלית. עם זאת, **בפועל זה לא שינה הרבה**. מדוע? כי בחברות שילמו אותו דבר אך שינו את נראות התלוש עצמו. שכר הבסיס ירד אך נתנו סל של שעות נוספות. זה רק יצר כאבי ראש לחשבי שכר, ולא הגדיל בצורה משמעותית את השכר שאנשים הרוויחו בפועל. **תיקון זה לא היה תיקון לחוק שעות עבודה ומנוחה אך הוא השפיע עליו.**

- **הערה: פיטורין** = צריך שיהיה מניע. בעניין הקורונה, אם כל מעסיק יגיע לבית משפט ויטען שירדו לו 80% מההזמנות שהיו עד היום, בית המשפט כנראה לא יתערב, אלא אם יהיו הסדרים לא מידתיים. בתי המשפט יטו להגן על קיומו של העסק, שכן הם מקפידים על דיני עבודה ורוצים לדאוג לרווחת העובד, אך אם העסק יקרוס הם ייקחו צעד אחורה.

מקור הזכויות בדיני העבודה

יש כמה מקורות לזכויות של העובדים:

- הסט הכי מוכר הוא **חוקי המגן** – כמו חוק שעות עבודה ומנוחה, חוק שכר מינימום, חוק עבודת נשים, חוק הגנת שכר וכו'. חוקי המגן קוגנטיים, ומכך הכלל הרחב הוא שלא ניתן להתנות על החוקים הללו. חוקים אלו באים מפרספקטיבה שהעובד "אידיאלי גמור, חסר כל כוח מיקוח" ולכן לא ניתן להתייחס לדבר שהעובד מסכים לוותר עליו.
- לאחר מכן, יש **רכיב נוסף שתלוי בסקטור**. סקטור ציבורי לרוב מאורגן. לאלו וועדים מאוד חזקים. בסקטור זה נכללים גם מונופולים כמו חברת חשמל, שדה התעופה וכו'. עבור סקטורים אלה, מעבר לחוקי המגן יש רובד נוסף של זכויות המגיעות מכוח **הסכמים קיבוציים**. זהו משהו המנהל יחסים בסקטור העבודה שהוא מאורגן. עם זאת, רוב הזכויות של המשק מגיעות **מחוזים אישיים** שמוסיפים נדבך נוסף מעל חוקי המגן – על כך נדבר בהמשך.

המשחק מתקיים כאשר יש התנגשויות בין רובד הבסיס הקוגנטי, לבין הסקטור החוזי עליו יותר קל להתנות (אם כי עם מגבלות).

← רוב הזכויות מהסוג החוזי לא יצליחו להחזיק מעמד בצל משבר כמו הקורונה, בגלל שאיתנות כלכלית של מקומות עבודה הם נימוק שבתי משפט לוקחים ברצינות רבה והתפיסה היא שנאפשר לאנשים לעשות דברים בניגוד לרובד הזה כדי לשרוד. יתרה מכך, לעיתים אף יאפשרו לחרוג מרובד הבסיס (הקוגנטי). כלומר, אין חוק מגן שאוסר באופן קטגורי על פיטורין. אין זכות לעבוד, אלא יש כמה דברים שכן מוגנים בחוק, **דוגמאות:** מצב בו עובד חשף דבר מה על מעסיקו, והחוק מגן עליו מפני נקמה של המעסיק, דבר המאפשר לו להמשיך לעבוד; או לחילופין איסור פיטורין של אישה הרה. הנושא של משבר כלכלי כמו שאנחנו רואים עכשיו יתגבר על חלק גדול מהחוקים, בעיקר במובן הזה שיש תחושה של **היעדר שרידות** (עם זאת, בוודאי שיש עובדים שמנצלים זאת גם אם הם לא חייבים).

לסיכום, יש זכויות **מכוח חוקים** וזכויות **מכוח הסכם קיבוצי** או **חוזים אישיים** (אלו מקבילים במשמעותם). עם זאת, במצבים יותר מורכבים נראה שיש דברים יותר מסובכים כמו עובדים בכירים במקום עבודה מאורגן להם יש מעין הסכמים היברידיים, כאשר יש להם בסיס הסכמי קיבוצי עליו יש להם כל מיני תוספות – כך למשל בבנקים נתפס כי אנשים בדרג ניהולי משלב בכירות מסוים אינם מחזיקים עוד באותו אינטרס של העובדים, ולכן מוציאים אותם מהוועד כדי לא לפגוע במחויבות של ארגון העובדים לעובדים ולא למקום העבודה. כמו כן, **יש זכויות נוספות** שמגיעות מדברים שנדבר עליהם בהמשך:

- **צו הרחבה** (מכוחו מגיעים דמי הבראה למשל). אלה הסכמים קיבוציים שרשאי שר העבודה בתהליך מסוים להרחיב לכלל המשק, גם אם זה לא המשך הלא מאורגן.

- זכויות שמגיעות מכוח **אמנות בינלאומיות**.

ניתוח כלכלי של דיני העבודה

התפיסה הכלכלית הקלאסית, בכל תחום, מדבר על המושג שנקרא **עליונות השוק** לפיו לעולם המדינה לא תדע מה טוב לאדם עצמו, לאנשים יש העדפות שידועות בהרבה מקרים רק להם והמנגנון הכי טוב שהחברה האנושית יצרה כדי לאפשר לאנשים לפעול לפי ההעדפות שלהם זה **השוק החופשי**. מכך עולה תפיסה לפיה אנחנו לא רוצים לראות את המדינה מתערבת יותר מידי, משום שכאשר המדינה מתערבת יש בעיות (עם זאת זה מעניין לראות איך במשבר הקורונה בסוף כולם רצים למדינה לעזרה).

דוגמה קלאסית שמדברים עליה בתחום של דיני עבודה כהצדקה להתערבות המדינה זה **כשלי שוק** – אומרים כי השוק החופשי אמנם מצוין, אך יש מקומות רבים בהם הוא לא יכול לתפקד כמו שצריך, לכן עלינו להכיר במגבלות השוק ולאפשר התערבות של המדינה. כשלי השוק מזהים את המקומות בהם השוק לא מתפקד כמו שצריך וזה מאפשר את ההצדקה להתערבות של המדינה בניהול הכלכלה, יחסי העבודה וכו'.

מושגים:

1. **עליונות שוק** – עקרון בסיס חשוב של הכלכלה שאומר שהשוק הוא טוב יותר מכל מכשיר אחר לנהל את העולם, והמדינה תעשה את זה פחות טוב מהשוק.
 2. **שוק חופשי** – מנגנון שיצרה המדינה על מנת לאפשר לאנשים לפעול לפי העדפות שלהם.
 3. **כשלי שוק** – זיהוי המקומות שבהם השוק לא מתפקד כמו שצריך וזה מאפשר את ההצדקה להתערבות של המדינה בניהול הכלכלה/יחסי עבודה, או מה שאנו עוסקים בו.
 4. **א-סימטריה במידע** – זה חלק מכשל שוק גדול שעוסק בפערי מידע. כך למשל, אם כל אחד ישאל את עצמו כמה כסף מגיע לו בתור עו"ד, הרי שכל אחד יעריך את השכר שלו בצורה מסוימת. ניתן לטעון כי כל אחד יודע מה הוא שווה, עם זאת זה לא תמיד נכון. כאשר אנו מדברים על השוק אנו אומרים שמי שטוב הוא ידע לדרוש כמה שמגיע לו, ולכן לא צריך להכין את האנשים אלא זה יקרה מעצמו. עם זאת, יהיה קשה לנו להגיד כמה כסף מגיע לנו להרוויח בתור עו"ד, או להגיד כמה כסף ייכנס למשרד שאני מתמחה בו מהעבודה שלי – לכאורה, יש מעין תיאום מסוים למרות שהשוק לא מונופוליסטי. ברגע שהכל מפורסם יש תיאום בין המשרדים מבחינת ציפיות, אך מה שהמרה מדבר עליו הוא פערי האינפורמציה. **השאלה היא כמה אדם באמת מסוגל לנהל משא ומתן אמיתי?** התפיסה הקלאסית לניתוח שוקי אומרת שאנשים יודעים טוב יותר מהמדינה כמה הם שווים ולכן הם תמיד יוכלו, על ידי עקרונות של שוק, להגיע לשכר הולם עבורם יותר מאשר לו הייתה התערבות של המדינה. עם זאת, הטענה של כשל שוק אומרת שזה לא נכון כי **אנשים מתקשים לדעת כמה הם שווים**. האם מישו שהולך כל יום לעבודה בודק כמה הוא היה יכול להרוויח במשרד אחר? ההנחה של השוק אומרת שאם אתה כמעסיק תשלם לי שכר שהוא נמוך ממה שאני שווה, בהנחה שאני מסוגל לדעת מה אני שווה, אני אעבור למשרד שמעריך אותי יותר. אך, זוהי הנחה לא מציאותית ואנשים מתקשים לעשות זאת. יש עלויות מעבר גדולות מאוד. **כל המגבלות של אינפורמציה, עלויות המעבר וכו' מצביעים על כך שבתחום יחסי עבודה השוק לא מתפקד בצורה כל כך טובה**.
- הרעיון הוא שכל עוד אתה מוגדר כעובד ולא בחוזה אישי ממש, אתה חלק מארגון עובדים ומה שתשיג יהיה בדרך כלל טוב יותר מאשר מה שתשיג לבד (לעובד נמוך לרוב לא כדאי לעבור לחוזה אישי). לרוב העובדים חלשים הם על חוזים אישיים (ניקיון, אבטחה), כמו גם העובדים המאוד חזקים הם על חוזים אישיים (בצד של ההנהלה). ולכן העובדים שבאמצע הם בדרך כלל יהיו בחוזים קיבוציים, לא אישיים וכוח המיקוח של ארגון העובדים הוא בדר"כ טוב יותר מאשר העובד היחיד.

לעיתים המדינה מתערבת בגובה שכר, למשל כאשר יש פער בין גברים לנשים (מכונה Salary Gap), עולה השאלה האם המדינה בכלל צריכה להתערב במצב שיש פגיעה בשוויון? הרבה כלכלנים מתנגדים להתערבות כלשהי, בעוד אחרים טוענים שיש פה פערים של אינפורמציה, כשלי שוק ונדרשת התערבות. יתרה מכך, פערי האינפורמציה נובעים מתוך קיומה של סודיות שכר ויש הרבה ביקורת על זה שבסוף זה מאפשר הפליה. התפיסה הנוכחית של המדינה גורסת כי זו של אחריות המעביד לדעת שלנשים יש בעיה לבקש שכר גבוה, ולכן זה לא יהיה תירוץ לקיומם של פערים אלו (יש תביעה של **הום סנטור** בנושא זה בה טענו כי לא ניתן לתת לאישה שכר כפול רק כי החבר שלה ביקש שכר כזה, אך עמדה זו נדחתה על ידי המדינה). יש לציין כי מגדר זה לא הפקטור היחיד היכול לגרום לקיפוח, אלא זה יכול להיות קשור גם לצירים של חרדי ולא חרדי, יהודי או לא יהודי וכו'.

עלינו להבין את **הסיבה לפערים**. יש כותבים שמדברים על **חוסר ביטחון** כאשר במקרה זה ההתערבות של המדינה בשכר תהיה מוצדקת יותר. דעה אחרת ניתן למצוא במאמר של **וולפר** בו דיבר על כך שהכסף פחות חשוב כמטרת חיים עבור נשים מאשר חשיבותו לגברים. מדובר במאמר מאוד פרובוקטיבי שעקב אחרי בוגרי הרווארד משני המינים והראה פער בכמה כסף חשוב לגברים וכמה לנשים כאשר ניסה לטעון שזה לא רק עניין של ביטחון עצמי אלא של כמה כסף חשוב. יש כלכלנים שאומרים ע"ב נתונים מסוג כזה כי הכסף מעלה פחות או יותר את הרווחה האישית במובן של **Happiness**, ולכן אנו לא צריכים להתייחס לכך כקיפוח כי הדברים שהנשים מחפשות במקום עבודה הוא שונה ולא דווקא רואים רק הכל כסף. עם זאת, בשיחה המשפט הקלאסי אמירה זו אינה מקובלת. זה נשמע פרובוקטיבי כי זהו מדרון חלקלק – אם אנו מתחילים להגיד שיש אוכלוסיות שפחות מחשיבות כסף כהצדקה לכך שסוף זה לא כל כך נורא שהם מרווחים פחות. זה שיח בעייתי מבחינה ליברלית. קשה להגן על עמדה כזו.

במחקר מצאו אמפירית שיש לנשים רצונות נוספים מעבר לכסף בעוד גברים רוצים רק להרוויח – מכך מסיקים:

- **אמירה דסקריפטיבית (תיאורית)** – אם לנשים חשוב יותר דברים מאשר מגברים אז הן לא יכולות להילחם על הכל כמו שגבר יכול להילחם על מטרה אחת. **מכך שהטענה העיקרית שיש הבדלים בין הנשים לגברים משום שנשים רוצות דברים נוספים, ערכים נוספים ומטרות נוספות מאשר הכסף, לעומת זאת הגברים רוצים רק להצליח.** (זהו תיאור מצב בו לנשים יש יותר מטרות בחיים, ולכן קשה להן להתמקד רק בקבלת כסף).

- **אמירה נורמטיבית** – ההבדלים הם לא חסכים של ביטחון, אלא נוגעים לכמה באמת כסף משמח נשים. אנו נמנעים מלעשות ניתוח כזה כי במצב כזה למשל נתחיל להגיד שאם למישהו יש המון כסף אז זה פחות חשוב לו ולכן נשלם לו פחות. האם צריך להתערב ולהגיד שאם אישה ביקשה פחות כסף בגלל שהיא אישה, אני כמעביד אתן לה פי 1.2 יותר ממה שהיא מבקשת בתור פקטור שמבחין בין גברים לנשים?

במחקר על אקדמאים בישראל של גוף שנקרא אקדמיה צעירה למדעים בה מצאו שנשים מהססות לבקש כל מיני דברים, למשל שיעלו אותם בדרגה. השאלה היא כמה אתה מוכן להילחם על מנת לקבל את מה שאתה רוצה? לכן המרצה לא חושב שהילדים זה הפקטור המרכזי.

5. **החצנת עלויות** – כשל שוק משמעותי שאנו מתערבים בשוק כאשר מקבל ההחלטה לא מפנים את כל העלויות של ההחלטה שלו. בשוק משוכלל שעובד כמו שצריך כל אדם אמור להפנים את המשמעות של ההחלטות שלו ואז אני יכולה להיות בטוחה שכל אדם עושה את חישובי עלות תועלת האישיים שלו ובשקלול שוקי זה אמור להיות בסדר. הבעיה היא שבהרבה מקרים, העלות של מה שאנשים עושים היא הרבה מעבר לאדם עצמו. בתחום דיני העבודה אנו מבינים שיש הרבה מאוד פעמים שמי שמשלם את המחירים של הבחירות של האדם, הוא לא האדם עצמו וזה מהווה הצדקה להתערבות המדינה בשוק. למשל: בטיחות, יכול אדם להגיד – אני רוצה לנקות חלונות באמצעות סנפלינג ולא לשלם כסף על מנת

לבטח את עצמי. אבל אם יקרה לו משהו, המדינה תשלם או המשפחה שלו ולכן אנו צריכים לבוא ולמנוע ממנו לקבל החלטות כמו שהוא רוצה.

הרבה אנשים אומרים שהם לא רוצים להיות ביחסי עובד ומעביד אלא להיות פרילנסרים ולכן הם רוצים שיתנו להם את החירות לבוא ולבחור להיות עצמאיים וביחסים חופשיים. אחת ההצדקות להתערב במצב כזה היא שהאדם לא נושא בכל העלויות של ההחלטה שלו. הוא בתור עצמאי מוותר על ימי מחלה ועל כל מיני דברים אחרים. ניתן לראות במשבר הקורונה כי מצבם של העצמאיים הוא גרוע יותר. אף אחד לא צופה קורונה אך וודאי שהמצב של אנשים שצריכים כעת לדאוג לעצמם הוא הרבה יותר גרוע. יש גם סיבות פסיכולוגיות – שאנשים לא יודעים להעריך את הסכנות שבדרך, ולכן מעדיפים להרוויח הרבה כסף כל חודש ולא להיות ביחסי עובד ומעביד עם כל המגבלות של זה ולהרוויח משכורת גבוהה כל חודש, וזאת כי אנו חושבים ששום דבר לא יקרה לנו (לעצמאיים). המדינה אומרת שהוא לא יכול לקבל את ההחלטה כי הוא מחזין עלויות. אם הוא יזדקק לעזרה והוא לא במערכת של עובד ומעביד אז הנטל ייפול על המדינה. זאת לעומת מצב שבו המעביד משקלל בצורה טובה יותר את הסיכויים שיקרה משהו לעובדים והוא לוקח זאת בחשבון מראש. המעביד חושב גם על הסיכון וזה טוב יותר למדינה. זוהי הצדקה כלכלית למה מדינה אמורה להתערב בחופש החוזים – אני מכריחה אותך להיות עובד למרות שאתה לא רוצה כי אתה לא היחיד שנושא בעלויות.

הדילמה היא האם אני רוצה להיות מוגדר כעובד או כחופשי שנותן שירותים. אם אני לא נחשב לעובד ואני לא יכול להמשיך לעבוד למשל מסיבה בריאותית, בסיטואציה כזאת אני אקבל הרבה פחות בתור מישהו שלא עובד ואז העלויות האלה לא יפלו עלי. דווקא כשאני נחשב עובד אז החברה מפנימה יותר. המרצה אומר שהמדינה יכולה לבוא ולהכריח מישהו שלא רוצה להיות עובד, להיות עובד בעקבות הסיבות שלעיל. יש מצבים שבהם לא יכולים להתקיים יחסי עובד-מעביד. אם לאדם יש חנות מכולת, הוא לא יכול להיות עובד של הלקוחות שלו כי יש לו הרבה לקוחות. כל אדם שנותן שירותים למספר מצומצם של לקוחות, הוא רוצה לשמור על חירות ולהרוויח יותר כסף. אבל אז אנו נמצאים בפני הדילמה האם לאפשר לו את זה או לא. בתפיסה הקלאסית של דיני העבודה אנו לא רוצים לאפשר זאת כי אנו לא חושבים שהאדם יודע מספיק מה טוב לו לטווח הארוך ולכן יש הצדקה להתערב בחופשיות ובחופש החוזים. ברגע שאדם מוגדר שהוא לא עובד, ולמשל הוא חלה זמן ממושך ואין לו ימי מחלה בסופו של דבר מערכת הרווחה תצטרך לתת למעסיק את התשלום ולכן הוא מגלגל את העלות מהמעסיק למדינה. עם זאת יש הרבה עצמאיים כי לא בכל סיטואציה אפשר לדבר על האפשרות לקיומם של יחסי עבודה כי אין לנו את מי שיחשב למעסיק. למשל עיתונאים לא תמיד ייחשבו כמועסקים של העיתון אלא כפרילנסרים, סוכנויות למיניהן שנותנות שירותים.

מקצוע הניקיון: מוגדר בפסיקה כעובדים גם אם למנקה יש הרבה בתים. בגדול אם יש למישהו תקופה קבועה, למשל בוקר יום שני פעם בשבוע, כמעט לעולם זה ייחשב כיחסי עובד-מעביד. ניקיון מוגדר לפני הפסיקה כעובדים.

פנסיה – מבטח סכום שאתה משלם. אם אתה משלם 300 ₪ ל-5 שעות בשבוע. בחודש מדובר בתשלום של 1200 ₪. אז הפנסיה צריכה להיות של ה-1200 שקלים. יש חוק פנסיה חובה, שכעבור 6 חודשים משלמים פנסיה. עולה שאלה מה קורה אם העובד מסרב בתוקף לתת את הפרטים שלו לצורך תשלום הפנסיה? הציפייה מאדם שמעסיק מישהו שמסרב לתת תעודת זהות הוא להפסיק להעסיק אותו. אין לכך פתרון אחר.

לניתוח הכלכלי יש המון השלכות על דיני עבודה, **אינקונסמיירביליות** – יש בעצם שאלה האם אפשר להפוך הכל לכסף (מסחור)? האם אפשר להגיד שכל זכות שהמשפט מעניקה לאנשים, ניתן לתת לכך ערך מסוים והערך הזה הוא ניתן להמרה. זה רלוונטי בדיני עבודה כי היא נוגעת בשאלה של זכויות שניתנות לעובדים. למשל: זכות לאישה בהריון לא להיות מפוטרת. האם מישהו יכול להגיד – קחי שנה משכורת ואל תבואי לעבודה. או למשל יש חוק שמגביל את כמות הלילות שלאנשים מותר לעבוד, האם ניתן לעבוד רק לילות תמורת שכר מאוד טוב (האם זה יכול להמיר את האיסור לעבוד לילות).

האם ניתן להגיד, אל תעבוד בכל ואני אשלם לך אקסטרה – לא על הכל יש תשובה אחידה. יש פעמים שאנו מוכנים להכיר בכך, בשנים האחרונות רואים גישות בעד התפיסה שלא הכל יכול להפוך להיות כסף. למשל: יש שורה של פסקי דין לגבי קבוצה של עובדים שנהנו במשך שנים ממשכורת גבוהה שנגזרה מעבודה בניגוד לחוק. המעסיק קיבל התראה על כך. יש דיון שלם על השאלה הזאת, של האינקונסמיירביליות – האם הכל ניתן להמיר בכסף? התפיסה הכלכלית מדברת על מצב בו הכל צריך להיות מותר, בכלכלה אנו חושבים שהכל יכול להפוך לכסף, לכל דבר יש מחיר לפי ניתוח כלכלי. לפי השיח הפילוסופי-מוסרי יש המון ספק בכך.

מה התרופה של דיני עבודה? אכיפה או מתן פיצויים? בשיח כלכלי אנו יכולים בדרך כלל לראות את האכיפה ואת פיצויי הפרה אם הם מתומחרים נכון באקוויולנטיות, אך המחוקק אומר לא נכון – יש פעמים בהם אנו רואים את מתן הפיצויים כממש מעבר על החוק. למשל: משהו מנסה להקים ארגון עובדים (יש פסיקה על זה) ואז באים ומעיפים אותו.

פס"ד הון את ליבוביץ' – המעסיק אמר שישלם כמה שזה לא יהיה כדי שלא יהיו פה, הוא לא רוצה את האנשים האלה אצלו. ביהמ"ש קבע שלא, לא הכל יכול להפוך לכסף בדיני עבודה וחלק מהרצון שמי שרוצה להקים ארגון עובדים הוא יישאר כי יש פה CHILLING AFFECT – אפקט מצנן של פטורים גם כשמגיעים עם כסף. כך יתפרו ידיים של אנשים להקים גם ארגוני עובדים ולכן לא נאפשר זאת. (אחרת זה היה מעביר מסר שגוי לגבי חשיבות ארגון העובדים). התפיסה בדיני עבודה היא שעדיף לעבוד לעבוד מאשר לקבל כסף על זה שהוא לא עובד. נדבר על כך בתרופות לגבי חוזה עבודה – יש דבר בשם "יחסים עכורים" – כשביהמ"ש משתכנע שעדיף לעבוד לא להיות במקום העבודה הזה ושכל התערבות של המדינה שתחייב את המעסיק להיות עם עובד שהוא לא רוצה שהוא יהיה שם היא בסוף רעה גם לעובד וגם למקום העבודה. יש הרבה שופטים אלישבע ברק שלא אוהבת את התפיסה, חושבת שמעסיקים מנפנפים בתפיסה של יחסים עכורים כדי למנוע אכיפה של זכויות כאשר הם רוצים להיפטר מעובדים מסוימים. לפי המרצה, לעיתים המדינה תעשה טובה לעובד אם לא ימשיך במקום עבודה מסוים. **חוק הגנה על טוהר המידות** – החקיקה למעשה מונעת מאותו מעביד לשלם פיצויים לחושף שחיתות כי התפיסה היא שצריך להשאיר אותו במקום העבודה. לפי מחקרים רואים שזה בסוף רע לעובד, אותו עובד גם אם נשאר במקום העבודה, שום דבר טוב לא יקרה לו שם. אנו כאילו מעבירים מסר חיובי שאנו לא מאפשרים לפטר אנשים והתפיסה הזו שהזכות לעבוד חשובה יותר מהכסף שהם יקבלו בעבור הוויתור הכפוי עליה, אך בהרבה מקרים אנו לא עושים טובה לעובד. אותו עובד בגלל ההגנה הזאת לא ירצה לעזוב ולוותר על הזכויות שנתנו לו, בטווח הארוך כלכלית הוא ייפגע ולא יהיה לו טוב. החברה בישראל לא אוהבת מלשינים ולכן בסופו של דבר אדם כזה לכולם לא יתקדם ולכן עשו לו טובה.

יש חופש להיות חבר בארגון עובדים וחופש לא להיות חבר בארגון עובדים – האם הוא באמת סימטרי? בעבר הפסיקה הייתה בעד ארגוני עובדים, כיום יותר נוטה לכיוון של חופש. להיות חבר בארגון או לא להיות חבר בארגון. יש הרבה מחקרים שטוענים שההשפעה החיונית של ארגוני העובדים הם מעבר לחברות בארגון, כלומר יש הרבה זכויות שהם מציפים והרבה דברים טובים שקורים לעובדים רק אם יש אחוז מסוים של עובדים החברים בו. אין ספק שיש דברים כמו קביעות שפוגעת בפרודקטיביות, או מחקרים שאומרים שקביעות מעלה אינוביישן (חדשנות, יצירתיות) – כל עובד שכל יום יכולים לפטר אותו הוא לא ייקח סיכונים במקום העבודה כי הוא לא מרגיש חלק משם, יהיה חלק מהעובדה, עובד שלא מפחד רואה את עצמו חלק, ולכן סוג מסוים של יציבות יכולה גם לעזור. הבעיה היא שאין מחקרים אובייקטיביים טובים. הרבה מהמחקרים של האם ארגוני עובדים פוגעים בכלכלה באים מפוזציה. גם אמפירית קשה לדעת. קשה להפריד בין סוג האנשים שחברים בארגון, העובדה שהם חברים בארגון, מה הקשר הסיבתי. הקושי לבדוד כשמשווים מקום מאורגן ללא מאורגן. לפעמים מקום מאורגן משפיע על מקום לא מאורגן.

פודקאסט – עו"ד ליאור לרנר (מתרגל)**מערכת בתי הדין לעבודה, הקמתה, סמכויותיה ואופן התנהלותה**

מערכת בתי הדין לעבודה היא מערכת שפיטה הנפרדת מהערכאות האזרחיות הרגילות. מערכת זו הוקמה בשנת 1969 כתוצאה מהסכמה בין ההסתדרות (ארגון העובדים הגדול והוותיק בישראל) לבין ארגוני המעסיקים בדבר הצורך לייצר מנגנון שיסייע לצמצם את השביתות במשק. שר העבודה דאז, יגאל אלון, הגדיר את המטרה של בית הדין החדש באמצעות המשפט: "שפיטה במקום שביתה".

עד 1969, התנהלו ההליכים הקשורים לדיני עבודה ולמשפט העבודה בערכאות האזרחיות הרגילות. בית הדין לעבודה הוא למעשה בית משפט מומחה, שלו מומחיות מיוחדת ובו יושבים שופטים מקצועיים שתחום ההתמחות שלהם הוא משפט העבודה. זאת, בדומה לבתי משפט מומחים אחרים שפועלים בישראל – בית המשפט לענייני משפחה; בית משפט לנוער; בית המשפט לעניינים מנהליים; המחלקה הכלכלית בבהמ"ש המחוזי; הרבנים ייעודיים שפועלים בתיקים פליליים ועוד. חשוב לציין כי ערכאה ייעודית שעוסקת במשפט העבודה היא איננה המצאה ישראלית, והיא קיימת במדינות נוספות ברחבי העולם.

מבנה:

הערכאה הדיונית המבררת את התיק נקראת **בית הדין האזורי** ואילו ערכאת הערעור היא **בית הדין הארצי**. כיום יש בישראל 5 בתי דין אזוריים: באר שבע; ירושלים; תל אביב; חיפה ונצרת, ובית דין ארצי אחד בירושלים.

מותב:

חוק בית הדין לעבודה הוא החוק שהקים את מערכת בתי הדין והוא קובע את סמכויותיו ואת אופן פעולתו. כך למשל, נקבע בו מותב שופטים ייחודי הכולל שופט מקצועי אחד ושני נציגי ציבור שאינם משפטנים – אחד מטעם העובדים, והשני מטעם המעסיקים. תפקידם של נציגי הציבור הוא להביא בפני ביה"ד את הקולות מהשטח.

- **יש המותחים כיום ביקורת על מותב שופטים** זה וטוענים כי הוא אינו נחוץ עוד. במחקר שנערך בפקולטה למשפטים באוני' העברית בשנת 2011 ע"י החוקרים **פרופסור גאי דוידוב** ו**הדקורטורנטית רעות בגס** נקבע כי נציגי הציבור נוטים שלא לחלוק על השופטים, והם כמעט ואינם משתתפים בדיונים, ואינם תורמים לאמון הצדדים בהכרעה השיפוטית. יש לציין כי בהליכים פליליים, כלומר כאשר המעסיק מפר את חוקי העבודה וחשוף לסנקציה עונשית, ביה"ד אינו דן עם נציגי ציבור ובמותב יושבים שופטים מקצועיים בלבד – זה המצב גם בשני הליכים נוספים שאינם נדרשים ואינם רלוונטיים לצורך הקורס.

סמכויות:

סמכויותיו של ביה"ד בענייני עבודה הן רחבות, והוא מוסמך לדון כמעט בכל תביעה בין עובד למעסיקו, לרבות בשאלה אם בכלל התקיימו יחסי עבודה בין הצדדים. ביה"ד מוסמך לדון גם בנושאים כמו הפליה במקום העבודה; לשון הרע בין עובד למעסיק; התעמרות במקום העבודה וגם בהטרדה מינית שמתרחשת במקום העבודה.

בעניין זה חשוב לזכור כי חוץ מהסמכויות הרחבות בנושאי המשפט הפרטי, כלומר כאשר הצדדים להליך הם עובד ומעסיק, לביה"ד לעבודה סמכות לעסוק גם בעניינים קשורים במשפט קיבוצי, כלומר כאשר הצדדים הם ברוב המקרים ארגון עובדים ומעסיק.

מה עושה מי שרוצה להשיג על החלטה של ביה"ד הארצי?

שאלה זו עמדה במוקד ויכוח שהתנהל במשך השנים בין ביה"ד הארצי לבין בהמ"ש העליון. בשנת 1986, הוכרע הוויכוח – אז קבע **הנשיא שמגר**, בהלכה שנודעה לימים **בהלכת חטיב**, כי ניתן יהיה לעתור לבג"צ על החלטות של ביה"ד הארצי כמו בהליך מנהלי, בהתקיים **2 תנאים מצטברים**:

1. כשביה"ד טעה טעות משפטית מהותית.

2. כשהצדק מחייב את התיקון של אותה טעות.

מנגנון התערבות זה דומה לתנאים להתערבות בהמ"ש העליון בהכרעה של ביד"ר הגדול לערעורים.

למרות ההלכה הזו, נוטה בהמ"ש העליון להותיר למערכת בתי הדין לעבודה לקבוע הלכות ולעצב את משפט העבודה בישראל,

ומתערב בהחלטות ביה"ד הארצי בתדירות נמוכה.

בהקשר זה יש לציין כי **בהליכים פליליים יש לצדדים אפשרות להגיש בקשת רשות ערעור לבהמ"ש העליון**, והערעור ישמע

בפני בהמ"ש העליון **אם יתקיימו התנאים שנקבעו בפסיקה לשמיעת תיק בגלגול שלישי ואם ניתנה לכך הרשות.**

סדרי דין ודיני הראיות:

בביה"ד הדין לעבודה ישנן גם הוראות שונות לגבי סדרי הדין ודיני הראיות. חוק ביה"ד לעבודה קובע כי ביה"ד לא יהיה קשור

בדיני הראיות למעט בדיונים בתיקים פליליים. בנוסף לכך, נקבע כי בכל עניין של סדר דין שאין עליו הוראה בחוק או בתקנות

שהותקנו לפיו, ינהג ביה"ד בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית משפט צדק. להשלמת התמונה נציין כי הפרקטיקה של

הגמשת סדרי הדין ודיני הראיות מתרחשת גם, ובין השאר, במשפטים חוזרים, בדיונים בתיקי משפחה ובבהמ"ש לתביעות

קטנות.

לאורך השנים עיצב ביה"ד את משפט העבודה בישראל, ואף השנה הוא מציין 50 שנים להקמתו.

שיעור 3 – 25/03/2020

zoom

בשיעור שעבר העלנו את הטענה הכלכלית לפיה **אין שום צורך למדינה להתערב בשוק כי השוק יודע לתקן את עצמו.**

דוגמה לכך: הלן פרידמן, יו"ר FED (תפקיד מקביל ליו"ר בנק ישראל), מתאר בראיון כלשהו שהוא זיהה שאנשים לא אוהבים

שמי שמנהל להם את ההשקעות זה נשים. ניתן להניח כי בהתאמה הוא העדיף להעסיק כלכלנים ולא כלכלניות באופן לא

פרופורציונלי. כלכלניות מסוימות בעלות PhD לא הצליחו למצוא עבודה בבנקי ההשקעות. הפתרון של הלן פרידמן היה שהוא

ישלם לכלכלניות פחות. זו דוגמה לאופן בו השוק מתקן את עצמו. כלומר, יש בעיה, שכן להרבה אנשים היה סטראוטיפים לגבי

היכולת של נשים לנהל השקעות בצורה טובה, דבר זה יצר מצב בו הן היו מוכנות לעבוד יותר קשה בשביל פחות כסף מה שגרם

לו להיות יותר רווחי. כמובן שזו טענה בעייתית במישור אחר, אך זה מראה שמישהו מזהה בשוק כשל בשלהו – השוק מפלה –

ופתרון – שכירת הנשים לעבודה בעלות נמוכה – ועל פני זמן זה יכול לגרום למצב שמישהו אחר יראה את העבודה היפה שלהן,

יציע להן יותר כסף תוך שמירת רווחיות, ולאט לאט השוק יתקן את עצמו. זוהי טענה קלאסית של כלכלנים שמתנגדים באופן

מסורתי לרעיון של תפיסה מנדטורית ולכך שהמדינה תתערב.

ניתוח כלכלי נוסף, טוען כי **ככל שהמדינה מתערבת יותר בשוק העבודה כך היא פוגעת יותר באנשים עליהם היא מנסה להגן.**

דוגמאות לכך:

- זו טענה פופולארית שעולה ביחס לאימהות. הטענה היא שבסוף המדינה מנסה לעזור, לייצר התאמות במקומות העבודה

כדי להתאים לאוכלוסיות מסוימות, אך במובן מסוים היא מוסיפה בכך פרמיה לעלות של העסקת נשים.

- שכר מינימום. בניתוח של כלכלת עבודה יש דבר שנקרא firm specific knowledge. במובן מסוים, ידע זה הוא מה שגורם

למעביד לרצות שאותו עובד ימשיך לעבוד אצלו, מנימוקים שוקיים (מעבר לנימוקים החוקיים). זה קשור גם ל- internal

labor market שני המושגים קשורים זה בזה, ובפרספקטיבה כלכלית מצביעים על כך שלא תמיד צריך את ההגנות

המדינתיות לעובד שכן השוק נותן הגנות לעובד במובן הזה שהידע שיש לעובד על מקום העבודה גורם לרצות אותו יותר

מאשר כל בנאדם רנדומלי שהולך ברחוב. יש הרבה כתיבה על החומות של מקומות עבודה במובן הזה שבהרבה מקרים מי

שמחוץ לארגון לא מתחרה בצורה הוגנת כלפי מי שבתוך הארגון. אפשר להסתכל על זה לכאן ולכאן – הכלכלנים שתומכים בתחרות אומרים שיש פה בעיה שכן internal labor market הוא במובן מסוים סוג של מונופול מפני שאם אתה בפנים אתה מקבל כל מני הטבות. עם זאת, הצד השני של המטבע הוא שאדם שבא לעבודה מתחרה בכל רגע נתון מול כל אדם אחר שעובר ברחוב, ואין בעובדה שהוא עובד במקום הזה כבר כמה שנים לא נותן לו שום יתרון. בדומה, לעובדים שאין את ה-firm specific knowledge, אין להם זיקה מיוחדת למקום העבודה (ללא קשר של העסקתם באופן ישיר או עקיף) ואין יתרון גדול בוותק שלהם במקום העבודה (מחקרים אף ממליצים להחליף עובדים אלו לעיתים תכופות בשל שחיקתם מהירה), והתיאוריה הכלכלית אומרת שמה שמגן על עובדים מעין אלו הוא שכר המינימום. שכר המינימום נועד למקרים בהם השוק נכשל, כאשר השוק לא מצליח לתת סיבה למעסיקים להעסיק את העובדים החלשים יותר בחברה, ובמובן מסוים אף עדיף להם להחליף עובדים אלו לעיתים תכופות, אך במצבים האלה העובדים הללו הם הראשונים לשלם את המחיר של מה שלכאורה אמור להגן עליהם. **שכר המינימום פוגע בעובדים החלשים, בהינתן שאין להם את ה-firm specific knowledge**, משום שזה יגרום למעסיקים להימנע מהעסקה – הטענה הקלאסית אומרת שבנטרול פערי המידע ופערי הכוח, השוק אומר שכל בנאדם יקבל את השכר שהוא יכול לתת בתמורה (אם אני מפיק למעביד סכום מסוים המעביד יהיה מסוגל לשלם לי את זה), אך במקרים ששכר המינימום גורם למעביד לשלם יותר ממה שהוא מקבל מהעובד – **והניבוי הכלכלי אומר שזה לא יחזיק לאורך זמן**. לכן, יש הרבה כלכלנים שאומרים שאם רוצים לדאוג לעובד, הרי שזה באחריות המדינה (לכן יש למשל מס הכנסה שלילי). המדינה היא הגוף הסוציאלי שיש לה כיס עמוק ואת האמצעים לתת את הדאגה הזו לעובד, שכן למעביד אין בהכרח את המשאבים הפנויים הללו.

בנוסף, יש ויכוח מעניין בספרות האם שכר המינימום מגדיל את הדחף לאוטומציה. יש קורלציה גבוהה בין מקצועות שאין בהם firm specific knowledge לבין מקצועות שרובוטים יכולים לעשות. כלומר, הרבה מהמקצועות האלה שמה שמגן עליהם זה דיני עבודה, זה מקצועות בהם תהליכי אוטומציה יכולים יותר בקלות להחליף כי הם קצת עם פחות שיקו"ד ולמידה ספציפית לארגון, כלומר שניתן לאמן אלגוריתמים לעשות. יש כאלה שגורסים כי במובן מסוים אנחנו כן רוצים שכר מינימום גם אם יש לו משמעות של אבטלה, כי התפיסה היא של טוב למשק בטווח הארוך, שתהליכים שיכולים לעשות מכונות, אז ראוי שמכונות יעשו. מנגד, אנחנו רוצים אוטומציה, אך יש עניין של **דורות המעבר** – אנשים בגיל מסוים לא יעשו הסבה ולא יצליחו להסתגל, אך בתחומים של דיני עבודה חייבים להיות רגישים ולהימנע בקפיצות עם הטכנולוגיה והאוטומציה.

לא בהכרח יותר משתלם לשלם על מכונה. בעיקר בסקטור ציבורי אנשים לא חושבים לטווח הארוך, שכן מרגישים את ההוצאה הגדולה בטווח הקצר מאשר לאורך זמן. כך למשל אני לא ארצה להוציא הוצאה גדולה בקדנציה שלי, אלא אעדיף לדחות את זה לקדנציה של זה שיבוא אחרי.

העיסוק בשכר מקסימום אינו נוגע באופן קלאסי לדיני עבודה, אלא יותר לשאלה באיזה וורסיה של קפיטליזם אנחנו רוצים להיות. ברור שרוב הערך שנוצר בשווקים הוא מאוהבי הסיכון, שכן אלו עושים פעולות ועוסקים בתחומים שהחברה רוצה לעודד אותם. עם זאת, ברור שאם נתחיל לייצר שירותים אלו במדינה אוהבי סיכון אלו יעברו למקומות אחרים ומדינות אחרות. אכן, יש הרבה ספרות על זה שיש כמות כסף מסוימת ממנה אנשים לא צריכים יותר באמת, אלא רק רוצים להרגיש שהם מרוויחים ומצליחים יותר ממישהו אחר, ולכן אם נוריד מהם ולא מהשכבות החלשות זה יהיה טוב לכולם ולא תהיה פגיעה כמו שאם נוריד מהשכבות החלשות. באופן מסורתי הנושא של שכר מנכ"לים נוגע לדיני תאגידים ולא לדיני עבודה. נציין כי שכר מקסימום מאפשר לצמצם פערים.

התקשרויות לביצוע עבודה

מיהו עובד

זוהי השאלה הקלאסית של מי נכס בשערי דיני העבודה. מקדישים הרבה זמן בקורסים לדיני עבודה לשאלה זו, אך למה בכלל שאולים את זה? נראה הרבה פס"ד שמתעסקים בשאלה הזו.

את התשובה לשאלה זו, וגבולות היציאה והכניסה לדיני עבודה, בוחנים במספר דרכים.

דרך אחת דרך הגדרות יותר משוחררות של יחסי עבודה. יש פה 2 קטגוריות עיקריות שאנחנו מעמתים ביחס לשאלה מיהו עובד:

1. משתתף חופשי (פרי-לאנסר) – פרי לאנסר דומה באופי שלו לעובד, אך יש לו יחסים יותר חופשיים עם המעסיק שלו, כאשר אין לו סוג של עסק – הוא לא מספק את השירותים שלו דרך מנגנון מסוים. דוגמה: עיתונאים בדר"כ הם עובדים פרי לאנסרים, אין להם עסק לאספקת הטור שהם כותבים, הם רק יותר משוחררים. פרי לאנסר יותר קרוב לעובד מאשר לעצמאי. למשתתף חופשי אין עסק, ואם יש לו עובדים שכפופים אליו אז הוא קבלן.
2. עצמאי נותן שירותים / קבלן – ההבדל הגדול בין נותן שירותים לבין פרי לאנסר זה איך הוא מספק את שירותי העבודה שלו. הקבלן לא מספק את שירותי העבודה בעצמו, אלא צריך לדאוג שהעבודה תתבצע. דוגמה: חברת הפקות שמתחייבת לעשות סרט תיעודי לערוץ 12 – אז יהיה מדובר בעצמאי שמספק את השירותים. הקבלן יותר רחוק מהעובד מבחינת הריחוק שלו ועד כמה הוא מחוץ לדיני עבודה.

אפשר להציב אותם על מעין ציר: עובד < משתתף חופשי < קבלן / נותן שירותים.

למה לא כולם זוכים להגנה של דיני העבודה? – הצדקות להבחנה

השאלה שעולה בספרות פעמים רבות היא מיהו עובד שנכנס לתוך ההגנות של דיני העבודה, כאשר יש כל מיני מבחנים שנפרט בהמשך כדי לענות על שאלה זו.

יש קושי עם עניין זה שכן יש אנשים שלא נכנסים להגנות אלו – במשבר הקורונה זה בהחלט בולט (למשל עניין דמי האבטלה). מה שאנחנו כל הזמן שואלים – למה בכלל שלא ניתן הגנה לכלל האנשים? (בולט בעיקר בדרום אמריקה). דוגמה: אני בונה בית, שוכרת קבלן שיוצע שבשנה הקרובה הוא בונה לי בית. לפתע, יש משבר קורונה ואנשים מפסיקים לעבוד ולשלם. לקבלן למעשה אין שום הגנה מפני ההשלכות של התבטלות הפרויקט שלו ושל הפועלים שלו, זאת בניגוד לאדם שכיר שמקבל תנאים מסוימים כאשר הוא מפוטר (כמו ימי חופשי צבורים, ימי מחלה צבורים וכו'). השאלה היא האם זה נכון? למה בכלל רק חלק מהאנשים יכולים לקבל את ההגנה של דיני עבודה? אם זה כ"כ טוב למה שלא ניתן את ההגנה הזו באופן יחסי לשירות שהם לנותנים לנו (אפשר לגלם בתשלום השירותים דברים שיגנו גם עליו). למה אנחנו מתאמצים לסגור את שערי דיני העבודה ולהציב מבחנים כדי לזכות להגנות שלהם? למה אנחנו נותנים הגנה כ"כ טובה רק לחלק מהאנשים? משבר הקורונה ממש מדגיש את זה.

תשובה: דיני העבודה הם לא רק לחלשים ולא כל מה שנכנס בדיני העבודה הוא לא יעיל. דוגמה לכך יכולה להיות שופטים ועובדים בשירות הציבורי, שהם בכירים אך עדיין נחשבים שכירים ונכנסים בדיני העבודה. בנוסף, קשה להגיד שבאחרים את הסקטורים החלשים ומתמקדים בהם כדי להכניס אותם לתוך דיני העבודה, בעוד את החזקים, העצמאים לכאורה, משאירים בחוץ. הספרות מדברת על דברים כמו:

- 1) תלות כלכלית – יותר בעייתית אצל עובדים. עובד, שיש לו רק מעסיק אחד, שם במובן מסוים את כל הביצים בשק אחד. מנגד, העצמאי, אם הוא עובד בצורה חכמה, יכול לדאוג שיהיו לו מקורות הכנסה רבים ושונים, ואז באופן סטטיסטי יש פחות סיכוי שהכנסתו תיפגע במצב שיאבד את אחד ממקורות הכנסה אלו. התשובה היא תשובה של

סטטיסטיקה – גם לעובדים אין הגנה ב-100%, שכן גם המעסיק שלהם יכול לקרוס, אך בניהול סיכונים המדינה לוקחת בחשבון את יכולת ביזור הסיכונים של עצמאי לעומת שכיר. נציין כי משבר כמו הקורונה הוא מאוד חריג, שגרם למצב שכל מקורות ההכנסה של העצמאים הופסקו.

(2) **תלות פסיכולוגית** – הטענה אומרת שהסיבה האמיתית למוחלשות של העובד היא לא כלכלית, אלא פסיכולוגית. ההעסקה של אדם היא אחד הדברים שמגדירים אדם, העובדה הזו הופכת את העובד למאוד פגיע במובן הזה שהמעסיק אחראי על הזהות שלו – דבר שנותן לו המון כוח, ולכן פה המדינה תתערב, שכן זה הרבה פחות משמעותי כשמדובר בנותן שירותים. עצמאי לא באמת מרגיש שהזהות שלו נגזרת ממי שהוא נותן לו את השירותים, ולכן הם גם פחות יהיו מוכנים לעשות עבורו דברים (הם ינהלו מו"מ מעמדה יותר חזקה, הם לא יסכימו לשינויים חד צדדיים, הם לא פוחדים מסיום ההתקשרות כמו שהעובד פוחד).

(3) **תלות ארגונית** – ככל שיש לי פחות שליטה על סדר היום שלי, אני הרבה יותר זקוק שמישהו חיצוני יגן עלי. מנגד, כנותן שירותים אני מכתוב את לעצמי את הלו"ז שלי, מה שהופך אותי לפחות פגיע ומצריך פחות התערבות של המדינה. כמדינה, צריך לעזור לאדם שהתנהלות היומיומית שלו מאוד מוגבלת ע"י אדם אחד / גוף מסוים, מתוך הבנה שיש פה בעיה – דבר שלא קורה במצב של עצמאים. לעובד יש תלות ארגונית מאוד חזקה במי שקובע את התנאים שלו (המעביד), ולכן המדינה רואה צורך להתערב ולהיכנס בנעלי העובד, להחליף ולהגביל אותו בניהול המו"מ איתו.

אלו נימוקים לצורך בהבחנה בין מי שנכנס לגבולות דיני העבודה ומי שלא. נראה את הנימוקים האלה ככאלה שמאוד מקרינים על המבחנים השונים.

הנימוקים האלה מראים למה למדינה יש לגיטימציה לעזור רק לגורמים הספציפיים הללו ולא לאחרים. משבר כמו הקורונה מראה שלמדינות יש כיס עמוק יותר, ושנשים לא יכולים לדאוג לעצמם – צריך גוף מדינתי שיאגד את המשאבים וייתן את הפתרונות.

שיעור 4 – 22/04/2020

ZOOM

המבחן ל"מיהו עובד"?

היום נדבר על פס"ד סביב הנושא של מיהו עובד.

המבחן הקלאסי ל"מיהו עובד" (עד שנות ה-80) היה **מבחן השליטה והכפיפות** – מתייחסים לאנשים כעובדים כל עוד הפעילות שלהם נעשית באופן ששואב את ההנחיות שלו ואת אופן ההתנהלות היומיומי מאדם אחר. התפיסה הקלאסית של ההבחנה בין עובד לעצמאי הייתה באופן ההתנהלות העצמאי של האדם, לעומת עובד שהתפיסה הקלאסית לגביו הייתה שהוא לא אחד שיכול לקבוע לעצמו את סדר היום ומצוי בשליטה של החירויות שלו לאופן בו הוא רוצה להתנהל – ורק לאלו ניתן להתייחס כעובדים.

ככל שהכלכלה השתנתה ההגדרה הזו הלכה והפכה ללא רלוונטית.

דבר מעניין הוא המעבר של המשק לעבודה מהבית, דבר שמעלה שאלות מאוד מעניינות מבחינת דיני עבודה. הקלאסיקה של מבחן השליטה והכפיפות אינה מתאימה לעבודה מהבית. יתרה מכך, הטענה היא כי המצב הזה יישאר לפחות בשנה וחצי הקרובות, ואף ייווצרו תהליכים שיגרמו לזה לקרות הרבה יותר – כלומר, שהמבחן הזה יהפוך לפחות ופחות רלוונטי במצב הזה.

פס"ד בירגר נ' עיריית נתניה הוא בין פסה"ד הראשונים שאמרו כי יש להתנתק ממבחן השליטה והכפיפות ולעבור ל**מבחן ההשתלבות**. מבחן ההשתלבות מורכב מ-2 מודולים: חיובי ושלילי.

- **מודול חיובי:** מורכב מ-4 שאלות שיש לשאול.

○ **משתלב במה?** כשבאים ואומרים שמישהו צריך להיות משולב במקום עבודה, צריך לשאול את עצמנו מהו אותו מקום עבודה. אין מדובר על השתלבות פיזית, אלא מהותית במקום העבודה – נשאל **מהי מטרת העסק ועד כמה העבודה של האדם הזה משתלבת במטרה זו**. כך למשל, עובדי הגננות של האוני' לכאורה משתלבים בקמפוס בעבודתם, אך הם לא משתלבים במטרת הליבה של העסק. לא כל מי שנמצא פיזית בתוך העסק נראה אותו כמשולב.

○ **הפן החוזי** – כדי שנטען שמישהו באופן חיובי הוא חלק ממקום העבודה, יש להראות שיש בסיס חוזי שרצה שזה יהיה הקשר בין 2 האנשים האלה. נשאל – **האם הזיקה לקיומו של אותו אדם בעסק הייתה מתוקף חוזה**. בחוזים בדיני העבודה, אין דרישה קונסטרוקטיביות (חובה לכתב) – זאת בניגוד לתחומים אחרים כמו עסקה במקרקעין – בדיני עבודה אפשר לראות בקיומו של קשר חוזי גם ללא קיומו של חוזה כתוב בין העובד למעסיק. זה מתמודד עם כמה דברים שמוצאים מדיני העבודה בכך:

▪ כל האנשים נמצאים במקום אך הקשר שלהם לא חוזי – לדוגמה: **חיילים**. לכאורה חיילים הם הכי שליטה וכפיפות שיש, אך אין קשר חוזי. בדומה לכך, כך גם **עובדי ציבור** – הבסיס להעסקתם הוא אינו רכיב חוזי.

▪ **מתנדבים** – יש הרבה תביעות נזיקיות של מתנדבים כאשר נשאלת השאלה מהי החבות של המזיק כאשר לא נוצרה סוג של חובה חוזית. ניתן לראות זאת גם במצב של בדיקות הקורונה – כאשר עולות השאלות גם של מיהו עובד של משרד הבריאות, מי נושא באחריות כשיש טעיות וכו'.

▪ **מתלמידים** – נשאל האם אפשר לראות באנשים בשלבי ההכשרה שלהם כזמן בו יש יחסי עובד-מעסיק.

○ **כפיפות ארגונית, חובת ציות ללו"ז ושאלת מיקום העבודה** – זה לוקח את המבחן שננטש של שליטה וכפיפות ומכניס אותם כתת מבחן בתוך המודול החיובי במבחן ההשתלבות. **המרצה** מעריך שתקופת הקורונה תביא לגל של תביעות בהן ינסו המעסיקים להתנער מחובות כלפי העובדים שלהם בטענה שהתפוקה שלהם ירדה בעקבות העבודה מהבית וכי לא הייתה כפיפות ארגונית.

○ **חובת הביצוע האישית** – זה קריטי להבחנה בין עובד קבלן לקבלן. האם אתה חייב לבצע את העבודה בעצמך או רק לוודא שהעבודה תתבצע? בדר"כ רוב האנשים מפרשים עובד כמי שיש לו חובת ביצוע אישית.

- **מודול שלילי:** יש הרבה הקבלה בין המבחן החיובי לשלילי. מהמודול השלילי השאלה – האם יש לך עסק? באופן מעמיק, זה מנסה לברר **עד כמה אספקת שירותי העבודה נעשית על ידי אמצעים שמביא איתו העובד או עד כמה הוא בא ומספק את השירותים באמצעות המנגנון הפנימי בעסק**. סביב הנושא של מבחן ההשתלבות השלילי עלה ביטוי לכך ב**פס"ד רים** – החברה אפשרה לאנשים לקנות לוחות עץ, כשזו תגיע אליך הביתה לבנות מזה ארון. בהרבה מקרים תבעו המתקינים את רים כעובדים, בעוד שרים התייחסה למתקינים כעצמאיים. התשלום אליהם לא היה בתלוש משכורת, אלא בוצע בעבור כל התקנה.

○ **למה שנתייחס אליהם כקבלן?** הם הגיעו עצמאית למקום ההתקנה, הביאו איתם את הכלים והיכולת התקנה הגיעה מעצמם.

○ **למה שנתייחס אליהם כעובדים?** העובדים טענו שהם קיבלו מרים הודעה לעבודת ההתקנה, ואמנם לא עמדו להם מעל הראש, אך ברור שהם היו תלויים ברים לחלוטין ולא פיתחו יכולות עצמאיות.

זה לא סתם שהיו כ"כ הרבה פס"ד בנושא הזה ורואים כי חלק מתת המבחנים תמכו בגישה שהם עובדים בעוד האחרים תמכו בכך שהם עצמאיים.

• **הערה: יחסי העסקה משולשים** – מצב בו אין לנו ספק שיש יחסי עבודה, אך לא ברור לנו מי המעסיק. נציין שכשמדובר על קבלן ברור שהוא לא עובד, בעוד שעובד קבלן הוא עובד אך לא ברור מי המעסיק שלו – האם של מי שהוא עובד מטעמו, או שמא המקום בו הם עובדים. דוגמה: המנקים בבר אילן אינם עובדים של בר אילן והאוני' אינה מחויבת להם, אלא האחריות כלפיהם היא של מי שמספק את שירותיהם ומטעמו הם עובדים.

בפס"ד בירגר נ' עריית נתניה היה מדובר על גובה ארנונה מתושבי חוץ בעיריית נתניה. התפיסה של העירייה הייתה שהוא אינו עובד שלה משום שהוא עבד בחוץ ולא ידעו מה הוא עושה בפועל. תפקידו היה לפנות לאנשים שמחזיקים בנכס בנתניה ולא גרים בו, כי הם חייבים בארנונה. לפי מבחן השליטה והכפיפות הוא אינו עובד, אך השינוי במבחנים מראה שגם אנשים שהמבחן של השליטה והכפיפות לא מתקיים בעניינם עדיין עשויים להיחשב כעובדים עפ"י מבחן ההשתלבות – שכן **המבחן הזה יותר מהותי**.

היו פס"ד שחזרו על ההלכה ולאט לאט הוסיפו את **המבחן המעורב** – בפסיקה החדשה אומרים כי המבחן הוא אינו עוד מבחן ההשתלבות אלא הוא המבחן המעורב. מבחן זה לוקח את כל הרכיבים של מבחן ההשתלבות ומוסיף להם 2 תת מבחנים נוספים:

- **בדיקה של מכלול היחסים** – תפיסה מהותית של בדיקת יחסי עובד לבין מקום העבודה.
 - **פרשנות תכליתית** – באים ואומרים כי במבחן המעורב, בנוסף למבחן ההשתלבות בוחנים האם מדובר במערכת יחסים שראוי היה להחיל לגביה את יחסי העבודה.
- כלומר, במבחן המעורב בניגוד או בנוסף למבחן ההשתלבות אנחנו מפרשים האם מדובר במערכת יחסים שראוי להכיל לגביה את דיני העבודה. במאמר מוסגר זה חלק ממאבק פוליטי כיום – כל הנושא של השמרנות השיפוטית והיחסים בין הרשויות קשורים למבחנים האלה.

- האלמנט הזה אומר כי אין באמת מבחנים. אנחנו לוקחים את מערכת היחסים ואומרים האם ראוי או לא ראוי להכיל את דיני העבודה על הסיטואציה שלפנינו.
- יש אתוס ברקי של פרשנות שיפוטית מהותית שמחלישה את הרשות המחוקקת שניסתה לקבוע את הכללים. מבלי להיכנס למאבק הפוליטי, לדעת **המרצה** במקרה הספציפי של דיני עבודה הפרשנות התכליתית מוצדקת. **התפיסה של וודאות מוחלטת לא טובה לדיני עבודה**. לתפיסתו הוודאות המוחלטת עוזרת לתחמן. מעסיק יכול ללכת על הסף של החוקיות עם העובדים שלו. ועובדה שיש הרבה פס"דים בנושא. זה שלמעסיק יהיה קשה ללכת על הקו זה טוב.
- תחום נוסף שוודאות בו בעייתית הוא מיסים. לעשירים יש רוח"ח ועוה"ד טובים יותר והם יכולים לתפור לעצמם את אופן הניהול של העסק שלהם כך שהם ישלמו פחות.
- **דוגמה:** לפני פסח דיברנו על שי לחג – האם כשאדם מקבל שי לחג הוא נחשב לעובד? מאז הפס"דים שקבעו שכן, הפסיקו לתת שי לחג. הייתה **ביקורת** על השופטים: למה להשתמש בזה? ברור שזה יפגע בעובדים.

המבחן הוא אינו מבחן מצטבר של תת המבחנים. אמנם יש מבחנים שחשובים מאחרים כדוגמת המבחן החוזי – כאשר יש מחלוקת בבהמ"ש העליון לגבי חשיבותו, בעוד שיש שטוענים (**דורנר**) כי המבחן המעורב מעצם מהותו אומרת שאין מבחן אחד שבלעדיו יש וטו ואין יחסי עובד-מעסיק, לעומת **אחרים** שטוענים כי ללא המבחן הזה לא ניתן להתקדם. חסידי השיטה יגידו שזה מצוין שעושים מה שנכון יותר בסיטואציה ומתנגדיה יגידו שהשופט עושה מה שבא לו.

← זה לא שיש כאוס, ברור שמתייחסים למבחנים אבל משתדלים לבחון כמה שיותר אקס פוסט.

← זה לא מבחן מצטבר מבחינה מתמטית, אך הבחינה היא מהותית ויכול לקרות מצב שמעסיק התאמץ נורא לא ליפול לשום מבחן ובהמשך שכן יקבע כי כן מדובר בעוד שחלים לגביו יחסי עובד-מעסיק.

פס"ד מור נ' אנגל (הבחנה בין עובד לבין פרי לאנסר)

זה פסה"ד המנחה ביותר להבחנה בין עובד לפרי-לאנסר – 80% מפסה"ד דן בשאלה מיהו עובד ומנסים להבחין בין עובד לקבלן, בעוד שפרי לאנסר מצוי בנקודת אמצע ביניהם.

בפסה"ד **נשאלה השאלה** האם ניתן להשתמש במבחנים שמבחנים בין עובד לקבלן לצורך ההבחנה בין עובד לפרי לאנסר. **גולדברג** גרס כי לא ניתן להשתמש במבחנים הללו, שנועדו להבחין בין קטגוריות רחוקות יותר על הסקאלה לצורך הבחנה בין 2 קטגוריות קרובות יותר.

- **דוגמה:** עיתונאים רבים אינם מחזיקים בעסק, ויחסי העבודה ביניהם לבין העיתונים הם של פרי לאנסר שכן לא שווה לעיתון להעסיק אנשים במשרה מלאה בשביל טור פעם בשבוע. בדומה לכך, אלו היו יחסי העבודה גם עם כתבים במדינות חוץ לא מאוד מעניינות.

מנגד, גישות אחרות טוענות כי כן ניתן לעשות באלו שימוש תוך התאמה של המבחנים על פי הצורך.

במשך שנים, התפיסה בפסיקה הישראלית לגבי משתתף חופשי הייתה מאוד מצומצמת ופסה"ד הרחיב את זה מאוד.

בפס"ד מור נ' אנגל דובר על התחום של חקירות פרטיות, בו ניסו לבחון את ההיתכנות של המושג פרי-לאנסר. **העובדה שפרי-לאנסר יכול להיות בכל ענף עבודה, סיבכה את המצב עוד יותר.** לפתע התברר שזה שמישהו לא בעל עסק לא אומר שהוא רץ כל הדרך חזרה להיות עובד וייתכן שמדובר בכלל במשתתף חופשי. יתרה מכך, במשך השנים השתנו הזכויות של פרי-לאנסר מאוד משום שהוא נתפס כמחולש יותר מבעל עסק דבר שגורם לנו **לרצות להוסיף לו זכויות** – מה שמסבך את המצב אפילו יותר.

בפסה"ד דובר על סטודנט שעבד במשרד חקירות, השכר שלו נגזר מאחוז של תשלום של הלקוחות למשרד החקירות והוא היה מוגדר כעצמאי מבחינת העסק.

מבחינה סטטיסטית, המשמעות של חוק המספרים הגדולים היא שכל השונות במספרים אמורים להגיע בסוף לקו ישר. כך למשל, אם יש בסיס לקוחות גדול מאוד במשרד חקירות, באיזשהו יותר יכנס לפחות לקוח אחד, לכן העלות תהיה קבועה ולמשרד לא תהיה בעיה לעמוד בתשלומי משכורת קבועים לעובד. זה מייצר יציבות מסוימת שמאפשר לבנות משרד חקירות מאוד גדול. מנגד, בתחומים שאינם נפוצים כמו משרדי עו"ד בדיני משפחה, כאשר התדירות אינה צפויה ויציבה, המשרדים יהיו קטנים יותר ונוצרים יחסים שאינם יחסי עבודה ותשלומי השכר אינם יציבים בהתאמה שכן הם נגזרים כפונקציה של הביקוש. **הדבר מייצר מצב בו האחריות לרווח או להפסד עוברת לעובד מהמעסיק.** זה יכול להיגזר מכוחות השוק, או כמו בפסה"ד זה יכול להיגזר מהיחס של העובד שהיה סטודנט ולא באמת היה לו אכפת. **הסיכון הוא מפני קריסה של העסק כאשר לא נכנסים מספיק לקוחות,** וכשאתה גוזר את השכר מהרווח המעסיק מוריד את הסיכון כי האחריות עוברת לעובד.

הסטודנט הוגדר כעצמאי ולא הייתה בינו לבין המעסיק שום זיקה. עם זאת, **לאחר תקופה של 8 שנים הוא הרגיש שהוא כן עובד של העסק.** למעט העובדה שהוא נשא בסיכונים במובן הזה שאם לא היו לקוחות הוא נשא בהשלכות (מה שעזר בכלל למעסיק יותר מאשר לו), היו יחסי עבודה מוחלטים לטענתו. **מבחינת הציוד הוא כן נשען על ציוד של משרד החקירות ולא היו לו לקוחות משלו והמשרד שילם את כל הוצאות החקירה שלו.** העניין הגיע לבג"צ.

צבי טל – לא יכול להיות שנראה בו כעובד. לגישתו, הוא לא עובד בעיקר בכלל שהוא יכול היה לא לקחת תיקים, ללא תלות בשאלה האם עשה את זה או לא. לא יעלה על הדעת שביחסי עבודה עובד יוכל לעשות דבר כזה. בנוסף, מבחינתו אין שום בעיה להשתמש ביחסים הקלאסיים של עובד-קבלן לצורך בחינת יחסי עובד-פרי לאנסר.

מחלוקת בהנמקה בדעת הרוב: האם אפשר להשתמש במבחן הרגיל של עובד קבלן לצורך כך או שצריך מבחנים מיוחדים – **ברק** – מדבר על קריאה קונסטרוקטיבית של עקרון תוה"ל ואומר כי בגלל שחוזים צריך לקיים עפ"י עקרון תוה"ל, ומשום שלא היה חייב אנגל לבצע את כל החקירות שהעביר אליו מור, בגלל עקרון תוה"ל הוא כן היה חייב ומשום כך כן מדובר על יחסי עובד-מעסיק. בחוזים לא משנה רק מה כתוב, אלא איך אנשים מתנהגים בפועל. לגישת **פלדמן**, הוא צדק כי בסוף הוא כן היה צריך סיבה טובה לא לקבל את התיקים שעברו עליו ולכן זה היה נראה לברק טבעי לראות בו עובד. זה שרק בגלל שהייתה לו זכות חוזית לסרב לקחת עבודה, זה עדיין בעייתי לא לראות בו עובד רק בשל כך.

גולברג – דעת מיעוט להנמקה ובדעת רוב לתוצאה. גרס כי לא ניתן להשתמש באותם מבחנים להבחנה בין עובד לפרי לאנסר ומציע מבחנים ספציפיים לתחום של הבחנה בין עובד לפרי לאנסר. בפס"ד אחרים המבחנים שלו עלו.

- **מבחן הגרעין והמעטפת** – להרבה מקומות יש גרעין קבע של עובדים לעומת עובדים שהם מעטפת. אם העובד הוא מהליבה נראה אותו כעובד ואם הוא מהמעטפת נראה בו כפרי לאנסר.

- **מהו סוג התפקיד** – ככל שמדובר בתפקיד שהוא ספציפי יותר, נראה אותו כמשתתף חופשי וככל שלא ומדובר בתפקיד כללי יותר כך נראה בו כעובד.

- **חובת ההתגייסות** – ככל שהחובה חזקה יותר נראה אותו כעובד, וככל שלא נראה אותו כמשתתף חופשי.

- **מבחן הרציפות והסדירות** – ככל שיש יותר רציפות וסדירות נראה אותו כעובד, וככל שלא נראה אותו כמשתתף חופשי.

○ **קושי:** רק בסוף העבודה העובד מבין האם היה עובד או לא. זה מייצר בעיה כיוון שהעובד חושב שהוא עובד ועובד

נורא קשה, עושה כל מה שמבקשים ממנו ובסוף מגלה שזה לא היה המצב. אי הוודאות עלולה לגרום לכך שהרבה מאוד זמן הוא לא יכול לדעת, ומהצד של המעסיק זה יכול לגרום לכך שהמעסיק ימנע מלהעסיק אותו כדי למנוע מצב שהוא ייחשב כעובד. אמנם אמרנו שאי הוודאות פוגעת דווקא בחזקים, אך לעניין הזה זה לא מחייב.

יישום: יובל עבד כסטודנט במשרה מסוימת. במסגרת העבודה כל פעם שיש צורך בסקירת ספרות, הוא היה הולך אליהם כשהיו מסמנים לו ביפר, לוקח את המשימה עובד עליה במשך מספר ימים ושולח את זה למשרד עובד.

- **מבחן הגרעין והמעטפת** – היו קוראים לו רק כשהיה צורך בשירותיו, לכן ניתן לטעון שמדובר בעובד מהמעטפת

- **מהו סוג התפקיד** – בגלל שזה משרד עו"ד בו עבד סטודנט למשפטים מדובר בעבודה ספציפית. אם היה מדובר בסטודנט למשפטים שעובד במרפאה אולי לא היו רואים בזה כתפקיד ספציפי.

- **חובת ההתגייסות** – היו להם כ-3 סטודנטים כאלה שעבדו באותו אופן ולא דרשו מהם לינוח הכל בפני העבודה, היה להם ברור שמדובר בסטודנטים.

- **מבחן הרציפות והסדירות** – זה לא היה סדיר במובן הזה שזה היה כל יום, אך זה כן היה במשך שנה.

העמדה של גולדברג היא לא ההלכה היום, אך היא כן משפיעה על הרבה ניתוחים בפס"ד רבים. העמדה של ברק היא ככלל העמדה השולטת.

שיעור 5 – 06/05/2020

zoom

משתתף חופשי – שבירת ההגדרות

אנחנו מתאמצים רבות להגדיר מיהו עובד, ואז מגיעים פס"ד כמו **פס"ד שאול צדקא** בו אומרים כי אולי זה לא חשוב מה ההגדרה שלך לעניין איזה זכויות תקבל. במובן מסוים אפשר להגיד שזו הרחבה של הפרשנות התכליתית. ברגע שאומרים כי לרשות השופטת יש את היכולת להבין סטואציה, להבין את תכלית החקיקה ולהתאים את השניים לאו דווקא דרך לשון החוק, זה מביא

אותנו למחשבה שחבל להשקיע זמן בקטגוריות. זה מביא אותנו למצב מתסכל, בו פעמים רבות התאמצו להגדיר מבחנים למיהו עובד וכו' ואז מגיעים שופטים אחרים שרוצים להעניק לאדם מסוים זכויות ולצורך כך נמנעים מלהיכנס להגדרות. בסופו של דבר אנחנו נמצאים במצב בו הפסיקה בעצמה לא יודעת למה כדאי לה להתאמץ להגדיר מיהו עובד, כאשר היא יכולה להעניק זכויות לאנשים ללא להיכנס להגדרות.

פס"ד שאול צדקה

לשאול צדקה היה טור בעיתון מעריב "חרב צדקה". צדקה היה שליח של הארץ בלונדון. למעשה, גל"צ עשתה "פרי-ריידינג", הבינה שיש עיתונאי שם, והציעה לשלם לו על כל כתבה שיכין עבורם, מבלי לשלם בפועל על לשלוח עיתונאי ייעודי (עניין של תקציבים). בשלב מסוים, כאשר הגיע ביקור מסוים צדקה לא היה בעיר כדי לתת סיקור לגל"צ, והם פיטרו אותו.

הנשיא אדלר (מיעוט) – מציע שדיני העבודה לא חייבים לחול דווקא על עובדים ומבחין בין 3 קטגוריות:

1. **דמוי משתמש חופשי** – אדם שבחות"ל, קורא לאדם משתתף חופשי למרות שראוי לקרוא לו עובד.
 2. **משתתף חופשי אוטנטי** – כשנחשוב על דיני עבודה נבין שאין מניעה שדיני עבודה יחולו לפחות בחלקם על משתתפים חופשיים. בעיני אדלר צדקה נכנס לקטגוריה זו.
 3. **משתתף חופשי שהוא כעין עצמי** – אדם שמבחינת הריחוק שלו מהמעסיק הוא משיהו שלמעשה אין סיבה לחשוב שהוא עובד. משתתף חופשי שהיא למעשה פשוט קבלן.
- אדלר מנסה להסביר למה צדקה מצד אחד לא עובד, אך עדיין מגיע לו הגנה של עובד. צדקה למעשה בקטגוריית הביניים – משתתף חופשי, אך לדעת אדלר עדיין ראוי לתת זכויות:

- **תלות כלכלית** – יש לו תלות כלכלית, אך היא מוגבלת כי יש לו עוד מעסיק (הארץ).
 - **מידת החופשיות** – הוא אמנם לא עובד, אך ברור לגמרי שצדקה כן היה צריך לתת כתבות לגל"צ בזמן מסוים.
- אפשר ללמוד מהדינמיקה בין גל"צ לצדקה, שכן לכאורה ראו אותו כמישהו שנחמד שהוא שם ולא ראו בו עובד, ועדיין התאכזבו ממנו כ"כ עד שפיטרו אותו.

- **התמשכות הזמן – לדעת המרצה** הרעיון של הסדר משפטי שרק בדיעבד אפשר להבין מהו הוא מאוד בעייתי. אדלר אומר כי פרק הזמן היה 8 שנים של העסקה, אך לא ברור באיזה שלב והאם בכלל ידע או חשב צדקה שהוא נחשב כעובד. יש פה מידה גדולה של אי וודאות – איך אותו עובד יודע מה מעמדו בתוך הזמן בו היה מועסק.

אדלר לא נתן לו את כל הזכויות של עובד, אלא קבע למשל כי צריך לתת לו פיצוי פיטורין, אך אין מקום לתת לו הגנה על איחורים בתשלום שכר. למעשה, הוא אומר שיש לבחון תחילה האם משיהו עובד / משתתף חופשי? אך גם אם הוא נפל במבחנים ואינו עובד, צריך לבחון את הזכויות של העובד ובהתאם לנסיבות המקרה להעניק לו את הזכויות שמתאימות למצבו. הוא בעצם מנסה להבחין בזכויות של עובד ומשתתף חופשי, ולהגדיר אילו זכויות רלוונטיות גם למשתתף חופשי. אדלר אומר שאם נחשוב מהותית – **דיני העבודה וזכויות הפיטורין צריכים לאפשר מעבר חלק לאדם שהיה תקופה מסוימת בתוך מסגרת למסגרת הבאה שלו**. לשיטתו, משתתף חופשי אוטנטי הוא לא רחוק מספיק מעובד כדי שנפסח עליו ולכן הוא צריך לקבל את הזכויות גם בהיותו כזה. **זו אמירה נורא רדיקלית** – אדלר למעשה אומר שגם אם אתה לא עובד, ניתן לך את הזכויות של עובד שלכאורה לדעת השופט מתאימות למצבו.

דעת הרוב (נילי ארד) עושה ניתוח שמתכתבת עם דעת הרוב בפס"ד מור. דעת הרוב מגיעה למסקנה שלמרות העניין של חופשיות והיעדר זיקה, צריך לעשות את המבחן המעורב תוך "נרמול" לקונטקסט. כלומר, **צריך בעצם להבין את מהות הארגון ואיך העובדים מהגרעין הפנימי עובדים ואם אותו אדם שדנים בעניינו קרוב לגרעין הזה הוא יקבל זכויות**. המבחן הוא לא מבחן נוקשה, אלא מוגמש בהתאם לנסיבות.

- **לדעת המרצה:** דעת הרוב עושים טעות בפסיקתם. נילי ארד אמרה כי לצדקה לא היה עסק לכתיבת כתבות, שכן כתב את הכתבות בעצמו ולא היה לו צוות לשם כך. אך לדעת המרצה המבחן הזה שגוי, מפני שהבחנה בין עובד לבין פרי לאנסר מתעלם לחלוטין מזה שאף אחד לא טען שהעובד הזה לא קבלן. הרי הן לפרי לאנסר ואין לקבלן אין עובדים. אי אפשר להשתמש באותו מבחן לקבלן ולפרי לאנסר (ביטוי דומה לדעתו של **גולברג בפס"ד מור**).
- יש עמדה נוספת (**דנג"צ סרוסי**) שעושה הרחבה של דיני עבודה לכיוון אחר – לפיה זה לא שניתן זכויות לאנשים שאינם מהווים "עובד", אלא נגיד שאת המילה "עובד" בכל חוק ניתן לקרוא בצורה קצת אחרת. כלומר, שהמבחן למיהו עובד שונה בין כל חוק.
- עמדה זו דומה לעמדה בפס"ד **צדקה**, אך זה נעשה באופן פרשני בדרך אחרת. שתי הגישות מתרחקות מקטגוריות ומבקשות לראות את האדם שעומד מולנו, תוך הערכה האם יש לתת לו זכויות או לא.

האם יכול אדם יכול להיות עובד אם יש לו עסק?

כלומר, האם אפשר להתגבר על המבחן השלילי אם המבחן החיובי מספיק חזק.

פס"ד זאב טריינין

מדובר על אדם שמשמש בתור עו"ד פנימי של מפלגת העבודה. אותו אדם עובד שם כבר 25 שנים (רוב הקריירה המקצועית שלו). היה לו משרד קטן, עוד עו"ד שכירים (חלקם ילדיו). אחרי 25 שנה התחלף המזכיר של מפלגת העבודה ו"חתך" את הסכם ההתקשרות עם טריינין (ריטיינר). המשרד של טריינין קרס כתוצאה מכך.

טריינין ניסה לתקוף את הכלי משפטי המאוד ידוע שאף אחד לא חשב עד שלב שהופך את אותו עו"ד שיש איתו הסכם ריטיינר לעובד של הצד השני להסכם. הוא ביקש שיתנו לו פיצויי פיטורין, שכן עבשיו הוא נמצא במצב גרוע מאוד.

סגנית הנשיא דאז **אלישבע ברק** במיעוט (שינתה מאוד את התפיסה של ביה"ד לעבודה) – ניסתה לפתח את **דוקטרינת העובד עם העסק**. לטענתה, ראוי להגן על אותו אדם מבחינה תכליתית. אמנם, היה לו עסק, הוא היה עוסק מורשה, היו לו עובדים וכו', כלומר שמכל הבחינות הקלאסיות של דיני עבודה אין מקום לתת לו מעמד של עובד, אך כאשר מסתכלים על אדם שקיבל תזרים קבוע של כסף במשך 25 שנה ולפתע מפסיקים לו אותו, הרי שיש פה קושי לצאת מזה וראוי במצב כזה לתת לו פיצויים כלשהם (סכום כסף משמעותי שינתן למשרד עו"ד כדי לאפשר לו להמשיך להתקיים). ברק אומרת שהחיובי מאוד חזק – היו ממש יחסים אדוקים, ויתכן שהדברים הללו יכולים להצביע על היעדר קיום המבחן השלילי במובן הזה שיש לו עסק, מה שאסור שיהיה לעובד – לדעת ברק התשובה לכך היא כן.

אדלר (רוב) – מעניין לראות בהקשר הזה איך דעות של שופטים משתנות בהתאם לשופטים שיושבים איתם לדין ומידת השמרנות שלהם, שכן כאן קבע שהוא צריך להיות עובד כדי לקבל זכויות. עושה את הניתוח של המבחן המעורב ולוקח בחשבון את מבחני המשנה.

- לעניין **מבחן ההשתלבות** (ההלכה מפסה"ד) – הרעיון שאי אפשר להפריד את החיובי והשלילי. יש את העניין של הריבוי זיקות, כלומר אין דבר שהוא כן או לא אלא עלינו להסתכל על צירוף מהותי של הדברים. אדלר אומר כי זה לא נכון שיש 4 זיקות בתוך החיובי ו-3 בתוך השלילי ואז יש רוב זיקות, אלא המבחן החיובי והשלילי מובנים האחד בתוך השני. המבחן השלילי מקרין גם על המבחן החיובי. המבחן השלילי הוא מאוד חשוב ואין הפרדה טובה בין חיובי ושלילי – ברגע שאין לאדם עסק, זה לא מוציא רק את השלילי אלא מאיין גם חלק מהחיובי (למשל הרעיון של חובת הביצוע האישי שלא משתלב ברעיון של עסק). אדלר קבע כי כל המבחנים מצביעים על כך שהוא היה אדון לעצמו ואין מקום לתת לו זכויות של עובד בשל כך.

- **לדעת המרצה** – לגמרי היה משהו פרסונלי ביחסים ביניהם, שכן טריינין היה היועץ באופן אישי והיחסים היו אישיים, וניתן להניח כי בחוויה שכרו אותו ולא את המשרד שלו – לכן לא ברור עד כמה קיום העסק היה משמעותי פה.

- **לדעת המרצה** – ברמה המהותית לא ברור למה העובדה שיש עסק היא כזו מהותית. מעניין לראות איך לפעמים העובדה שיש לך עסק הופכת אותך ליותר תלוי ולא פחות תלוי. כך במקרה של הקורונה, העובדה שיש לאדם עסק הופכת אותו ליותר פגיע, ויותר קשה לו להוריד את העלויות שלו לאפס. כל הדברים האלה שהופכים אותו אדון לעצמו הם למעשה עלויות, כנ"ל פיטורי עובדים, וברמה הכלכלית יתכן שלא ראוי לטעון כי העובדה שיש למישהו עסק זה בהכרח סיבה לא לתת לו זכויות של דיני עבודה, אם כי ייתכן שאפשר לטעון גם להפך.

פס"ד ימית

אומר את אותו הדבר בדיוק.

נבחר ציבור

קטגוריה זו חלה גם על הנושא של חיילים. גם לנבחר ציבור וגם לחיילים אין חוזה שהוא הבסיס לזיקה, אלא הזיקה נגזרת מחוק. היו המון פעמים שאנשים בצבא קבעו ביקשו סעדים מבתי הדין משום שחשבו שנעשו להם עוולות, אך הצבא התנגד נחרצות בשל התערבות בשיקולי ביטחון וטענו כי אין מקום להתערבות. אנשים לא הבינו איך הם מתמודדים עם עוולות כשהצבא למעשה שולט על הכל. בהמ"ש לא הסכים עם עמדת הצבא, והקימו מנגנון כלשהו באכ"א להתמודדות עם עוולות שנגרמות לצבא הקבע.

דנג"צ סרוסי

דובר על אדם שעבד במועצה מקומית. אחרי קדנציה אחת הוא לא נבחר ונהיה מובטל. הוא ביקש מביטוח לאומי אבטלה. אלו ביקשו ממנו הוכחה שעבד, וטענו שנבחר ציבור אינו עובד. המקרה התגלגל ב-4 ערכאות, עד שלבסוף ניצח.

שאלות משפטיות:

1. עד כמה זה באמת נחוץ שהמבחן המעורב שכולל בתוכו את המרכיב החיובי יכלול בתוכו את הנושא של חוזה?
 2. האם אפשר לראות במישהו עובד לכל מה שקשור לפיצויי פיטורין למרות שהוא לא נכנס למבחנים של עובד?
- שטרסברג כהן** (מיעוט) – ההסדרים של נבחר ציבור לקחו בחשבון שאין מדובר בעובדים שזכאים לזכויות של עובדים. לא מדובר במסכנים. הם מקבלים זכויות אחרות כמו הפרשות מואצות וכו'. יש משהו לא הגיוני בטענה שאין פיצויי פיטורין ולכן נבחר הציבור מקופח, בעוד הוא לא טען לחוסר הגינות כשנהנה מהפריבילגיות שהגיעו עם המשרה.
- בדנג"צ עמדתה שהייתה דעת רוב בבג"צ נדחתה והתקבלה התפיסה:

דעת הרוב שהתקבלה – אפשר לעשות פרשנות של זכויות עובד לפי חוקים ולתת לאדם את הזכויות של עובד בפיצויי פיטורין גם אם לא ניתן לו את כל הזכויות האחרות של עובד – תפיסה דפרינציאלית. כלומר, **ייתכן מצב בו אדם ייתפס כעובד בחלק מהחוקים ובחלק לא**.

דורנר – לפי גישה תכליתית של המבחן המעורב אין כל צורך בחוזה. היא מנסה לפתוח לחלוטין את דיני העבודה. אי אפשר לענות תשובות טכניות למבחן מהותי ולכן מנסה לבטל את דרישת החוזה. אך עמדתה לא התקבלה.

- חוזה בע"פ נחשב לחוזה. אין דרישת כתב בדיני עבודה, לצורך קיומם של יחסי עבודה. עם זאת, הדרישה היחידה שיש לכתב זה ביחסי עבודה משולשים שכן אז לא ברור מי המעסיק.

מתלמידים

פס"ד הסתדרות העובדים נ' אל-על

מעלה שאלה של מה עושים במקום בו מערכת היחסים הלימודית היא מעשית – כלומר שהלמידה נעשית "דרך הידיים" ולא באופן אנליטי. זה עולה במיוחד כאשר עובדים שהבינו שזה רעיון לא רע, כאשר תקופה ארוכה אפשר לקרוא לעובד מתלמד במשך תקופה ארוכה, ובכך לקבל כוח אדם מיומן ביותר שיעבוד במוטיבציה גבוהה ללא תשלום. **מתי זה מפסיק להיות הכשרה והופך להיות ניצול של עובדים, אותם אתה מעסיק מבלי לשלם לו?**

הרי כל אדם שעובד למעשה רוכש ניסיון במהלך העבודה שלו ולומד המון, אז האם זה מצדיק לא לשלם לעובד בגלל שהוא לומד? אם כן, ברור שיש בעיה בגישה הזו.

התברר כי דיילים יכולים לטוס על המון טיסות, לעבוד כמו כל דייל ולא לקבל תשלום.

בהמ"ש קבע 5 מבחני משנה במסגרתם נראה האם מדובר במתלמד או עובד:

1. האם מטרת יצירת יחסי ההתקשרות היא יצירת יחסי עובד מעביד?
2. האם אופי ההכשרה היא הכשרה שעוברת במוסד או דומה יותר למה שמתרחש ביחסי עובד מעביד?
3. מה משך ההכשרה? מה היקף השעות? האם לחניכים יש אפשרות לעבוד במקביל להכשרה?
4. האם המעסיק מפיק רווח כלשהי מהעבודה של החניך?
5. מהי כוונת הצדדים? למה נוצר ביניהם אותו קשר?

בהמ"ש קבע כי במקרה של הדיילים צריך לראותם כעובדים – ההכשרה לא מעניקה להם הבנה כללית. ברור שהם באים כדי לעבוד ולא כדי לקבל הכשרה.

המטרה שלהם היא בוודאי ליצור יחסי עובד מעביד בטווח הארוך. ולכן על ההכשרה להיות בתשלום ובכפוף לזכויות עובד אותם צריך להעניק לעובד כדון.

פס"ד ויקטוריה מולדובנה נ' יורי סרלבסקי

דובר על תביעה בין אזרחית מולדובנה שהובאה לארץ ע"י סרסור. התביעה הוגשה לביה"ד לעבודה על כך שלא קוימו זכויות העבודה שלה. זו סיטואציה משונה שכן ברור לכל כי מדובר בסיטואציה לא חוקית – היא הובאה בארץ בניגוד לדיון והדרכון שלה נלקח.

שאלה משפטית: האם ביה"ד צריך לאכוף מבחינת דיני עבודה?

ברגע שבאים ועושים אסדרה משפטית של עבודה שאינה חוקית באופן כללי (זנות), ומאפשרים לאנשים לשלם על עסקאות שראוי שלא יתבצעו, הרי שעושים נורמליזציה שלא היינו רוצים שתהיה של דברים מהסוג הזה. מנגד, אנחנו לא רוצים שהמעסיק ירוויח מזה שהוא עבריין – ואם כבר עבר על הדין, לפחות שלא ירוויח מזה וישלם על השירות שקיבל.

במובן מסוים, זה למעשה המשך של אותה תפיסה תכליתית של דיני עבודה. כלומר, אנחנו לא רוצים להיכבל בקטגוריות – אמנם אנחנו משקיעים זמן בקטגוריות, אך לא רוצים להיתקע בהן, אלא ברצוננו לתת לאנשים פתרונות, ואם צריך לעשות "לוליינות משפטית" כדי לתת זכויות לאנשים, זה מה שיקרה. זה משקף את המצב של דיני העבודה כיום באופן כללי.

דיני עבודה זה הרבה יותר מדעי החברה מכל דבר – היא משרתת מטרות חברתיות, ועלינו לתת פתרונות למצבים המשפטיים, כאשר המצב והתפיסה החברתית משפיעה על הדין ואופן התפיסה שלו.

מיהו ה"מעביד": העסקה באמצעות חברות כוח-אדם וקבלני משנה

זה תמונה ראי למה שרואים בתחום של מיהו עובד.

בתחום של מיהו המעביד אנחנו יודעים בוודאות שהאדם מולנו הוא עובד וברצוננו לבחון מיהו המעביד שלו.

בדר"כ כששואלים מיהו עובד יהיה מדובר על אנשים חזקים, שיש להם עסק וכו' ולא בטוח שראוי שיחשבו עובדים.

עם זאת, התחום של מיהו המעביד עוסק באנשים מוחלשים. כל הנושא הזה הוא חלק מניסיון לעקוף את כל דיני העבודה מבחינת הסקטור העסקי. בדר"כ בסיטואציות של מיהו עובד אדם מפוצה בצורה די נדיבה על כך שהוא לא עובד, בעוד במיהו עובד מדובר בהסדרים מאוד אגרסיביים שנועדו לנתק את הקשר הזה.

שוק העבודה יצר כל מיני קונסטרוקציות שבאמצעותן נלקחים מהעובדים מרבית הזכויות שלהם. יתרה מכך, ישראל הייתה מובילה בתקופות מסוימות ביחסי עבודה משולשים, אשר מהווים למעשה קונסטרוקציות אלו. השוק למעשה לא רוצה את כל

המגבלות שמלוות יחסי העבודה, והוא מוצא את הדרכים להימנע מזה כאשר הכי טובה לעשות את זה היא יחסי עבודה משולשים. **הדרך בה הם נעשים זה לקחת קבלן שמבחינה מימונית אין איך לתבוע אותו ושמבחינת מוניטין אין לו לכאורה מה להפסיד.** נוצרה ניהול של אנשים שרוצים לא לקיים את החוקים, לכן מצאו דרך לתת לקבלנים האלה עובדים כאשר הוא לא יהיה מחויב אליהם בשום דרך.

התחום הזה יצר בעיות רבות, ויש פס"ד רבים מאוד על יחסי עבודה משולשים בעיקר על העניין של ניצול, כאשר המדינה היא שיאנית התביעות בנושא זה ומפרת הדין הגדולה ביותר. לעניין המדינה, כמובן שזה לא נובע מתוך רצון לעבור על חוקי המדינה, אלא מתוך ניסיון להילחם בנפוטזים ובקושי האיוש של השירות הציבורי, לכן היא פונה לאיוש באמצעות עובדי קבלן.

שיעור 6 – 13/05/2020

יחסי העסקה משולשים

דיברנו בשבוע שעבר על כך שישראל היא המדינה עם השיעור הגבוה ביותר של יחסי העסקה משולשים, אשר באופן מסורתי מזהים עם פגיעה בזכויות עובדים. הרעיון הוא שנוצר למעשה מצב שיש מעסיק פורמלי, משתמש ועובד ונוצר מצב בו באופן פסיכולוגי המעסיק הפורמלי כמעט לא מכיר את העובד שלו – הוא לא נמצא באינטראקציה או מגע איתו, בעוד שמי שנמצא באינטראקציה איתו לא מרגיש אחראיות כלפיו בגלל מודל יחסי העסקה משולשים. התמהיל הזה יוצר כל הזמן מצב בו בכל מצוקה ובעיה כלכלית הפתרון הקל ביותר זה לפגוע בעובדים במועסקים באופן כזה.

למעשה, **הטענה הכלכלית הקלאסית היא שישראל היא דוגמה להתגברות השוק על המדינה** – הדבר נובע מכך שבישראל יש המון חוקים בתחום דיני העבודה, זכויות וכו', כאשר כל אלו מצביעים על נוקשות מסוימת, והמעסיקים נאלצים לעבור להסדרים כדוגמת יחסי העסקה המשולשים שמאפשרים להם את הגמישות הניהולית שהם צריכים. כלומר, השוק ייצר לעצמו פתרון למה שהמדינה מנסה לעשות וזה הבעיה בעצם של התחום הזה – התגברות של השוק על המדינה.

הדילמה שביחסי העסקה משולשים – אוטנטיות מול ניצול

אחד הקשיים הגדולים בתחום של יחסי העסקה משולשים נוגע לחוסר היכולת להבחין בין יחסי העסקה משולשים אוטנטיים ליחסי העסקה משולשים שכל מטרתם היא לפגוע בזכויות של העובדים. דוגמה: לפני 25 שנים המרצה היה קלדן שעבד דרך חברת כוח אדם. במקרה הזה היה מדובר על יחסי העסקה משולשים אוטנטיים. בעבודה שלו במשרד עורכי הדין לא היה מספיק עבודה (עם הביפר), לכן כל פעם חברת כוח האדם צברה את כל הזכויות ולא משרדי עורכי הדין. כלומר, זה היה משהו שלדברים מסוימים היה שימושי ונכון. למעשה, אנו משמיעים חברות כוח אדם ככאלה שכל מטרתן היא לפגוע בעובדים, אבל צריך להבין שזה לא מדויק ולעיתים יש צורך אמיתי – עובדה זו מציבה אתגר גדול בפני בתי המשפט (איך ידעו מדי אין מדובר בצורך אמיתי? אם זה לא דבר שכולו רע הרי שלא קל להילחם בו). יש תחומי משפט עם סיגנלים ברורים בהם הדילמה האכיפתית של בתי המשפט היא קלה, אך **ביחס ליחסי העסקה משולשים יש קושי הנובע מקיומה של סיבה לגיטימית ליחסים כאלה.** באנלוגיה מסוימת למשטר הסנקציות על איראן, אחד הדברים הקשים לאכיפה זה Dual use material – כך למשל אסור לייבא אורניום תחת משטר הסנקציות, אבל יש לו dual use, לכן, מתקשים לאכוף סנקציה זאת כי גם אזרחי.

התמודדות עם הדילמה

← בשורה התחתונה, כשיש הסדרים עם מטרות חיוביות ושליטות כאחד, בתי המשפט לא יודעים להתמודד ומציעים כל מיני מבחנים.

אחד המבחנים שהציעו בהמ"ש להתמודדות עם הקושי:

- **מבחן הזמן** – מבחן זה מגדיר את גבול הלגיטימיות של יחסי העסקה משולשים. המחשבה הייתה שאם זה משהו נמשך זמן מוגבל (עד 9 או 15 חודשים) זה עדיין לגיטימי, אך אם עברו חלון זמנים זה הרי שהיחסים הללו זה כבר לא לגיטימיים.
- **לדעת המרצה** המבחן הנכון יותר הוא **מבחן הפער בתנאים** – המרצה הציע לבדוק אם יש פער בתנאים כדי לקבוע מתי מדובר בניצול יחסי ההעסקה המשולשים – כך, אם יש פער בתנאים בין מי שמועסק ביחסי העסקה משולשים לבין מי שמועסק באופן רגיל אצל אותו המעסיק, הרי שזה לכל הפחות מהווה סימן שיש בעיה. כלומר, אם הזכויות של אדם שאני מעסיק באופן עקיף, שווים וזהים לאלו של העובד הרגיל שאני מעסיק, הרי שהסיכוי שיש כאן ניסיון לניצול הוא חלש יותר (עמלה וכו', מפסיד מכך דברים). כשיש פער זה אינדיקציה ראשונית לפחות לצורך בבדיקה נוספת שמא יש אם משהו שעומד מאחורי הפער. המרצה חושב שיש הגיון במבחן זה, שבאמצעות ניתן להבחין די בקלות בין ניצול של יחסי העסקה משולשים הנובעים מצורך מסוים בגמישות. דוגמה: אם רואים שאדם שמועסק ביחסי העסקה משולשים מרוויח 50% פחות מאשר העובד שמועסק בצורה ישירה, ועדיין מאפשרים את זה – אז אנחנו למעשה עוצמים עיניים לאפשרות שיש פה ניצול ברור לעין.
 - הניסיון במאמר לא השפיע, היה פסק דין אחד בודד שהתייחס אליו, אך הגישה לא התקבלה.
 - **הסכמים קיבוציים הם דרך להתמודד עם הפער הזה** – אחת הדרכים להילחם בוועדי עובדים היא העסקה ביחסי העסקה משולשים, המאפשרים להבטיח שהעובדים לא יוכלו להתאגד. זו דרך להחליש את וועד העובדים. כך, יש בהרבה הסכמים קיבוציים סעיף שדורש הסכמת הוועד להעסקת עובדים לפי כוח אדם, למנוע אפשרות של ניצול.
- **חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם** – הציעו ששני עובדים שעושים את אותה העבודה, יקבלו את אותו השכר – גם אחד מועסק ביחסי העסקה משולשים. הייתה התרעמות מאוד גדולה על כך. **לדעת המרצה** ההתרעמות מעידה על המוטיבציה. אם אתה מחפש מומחיות, למשל במחשוב, הגיוני שתחפש עובדים מספיק מיומנים או עם רקע. הרי איך אפשר להשוות? למשל, אם נחשוב על 2 מזכירות במשרד עו"ד, שאחת מועסקת בצורה ישירה והשני דרך חברת שירותים, ברי כי יש בראשונה אמון גדול יותר, ואף יתכן בפער בתפקידים אשר משפיעים על השכר. נדבר על דיני אפליה, אך ההשוואה מאוד קשה.
- **חוק שכר שווה לעובד ולעובדת** – הפסיקה ענייני חוק זה מתקשה למצוא את העובד הפרללי (המקביל), אז משווים בין קבוצות, אבל לגבי עובדי קבלני כוח אדם לא תמיד ניתן להשוות. מחאת המעסיקים הובילה לשינוי בחוק. השינוי בחוק בהקשר להשוואת התנאים קובע שהחריג לדרישה להשוואת תנאים זה כאשר הזכויות של העובדים המועסקים ביחסי העסקה משולשים הוא אם הם יהיו מאוגדים בהסכם קיבוצי. כדי להיות בטוחים שאין ניצול, נוכל לטעון שכנראה שאין ניצול אם יש הסכם קיבוצי. ← עמדה שהתקבלה בחוק. **לדעת המרצה**, זו עמדה צורמת אך היא בכל זאת תרמה במידת מה והובילה לשינוי (למשל, קידום פנסיה לעובדים – ההסכם הקיבוצי דואג לפנסיה חובה). עם זאת, יש דברים שהתחילו בעקבות התפיסה של עובדים גם ביחסי העסקה משולשים ככאלה עם צורך לזכויות ממוסדות, אבל זה הרחיק עוד פעם את האפשרות ליצור שוויון.
 - **טענה נוספת**: יש פסיקות מפורשות שאומרות שאין מקום לדבר על אפליה כשמדובר על עובדים אצל מעסיקים שונים – זה כמו להגיד שיש אפליה בין עובדי אפל לעובדי גוגל. למעשה, צריך להראות שאותו מעסיק מתייחס בצורה שונה לעובדים שונים וזה לא המקרה ביחסי העסקה משולשים.

הפסיקה הרועמת – האם רואים ביחסי העסקה משולשים התגברות על המערכת ופוסלים את המבנה הזה?

ישראל הייתה safe haven (חוף מבטחים), כיוון שמאות עובדים הועסקו בצורה מאוד בעייתית. הפסיקה המקורית בשנות ה-80 דרשה מעט מהמעסיקים על מנת להכשיר יחסי העסקה משולשים – במצב בו עובד פנה למעסיק בטענה שלא שילמו לו

או שלא קיבל דבר מה, הציבו ובדקו מבחני סף מאוד נמוכים שהיה קל למלא: מי משלם, מי שכר את שירותיו, מי הוא רואה כמעסיק, מי מפטר – אלו דברים קשורים וקלים לתחמוץ. כלומר, שגם אם העובד לכאורה שלי לכל דבר ועניין, ברגע שהמעסיק לא מפטר או לא משלם לו שכר, קל לעקוף ובגלל זה נוצר ניצול גדול.

יתרה מכך, בעקבות פסקי הדין בשנות ה-80, הייתה תקופה שדיברו על כך שאם נשאל אדם מי המעסיק שלו ניתן יהיה להבין בקלות את מצבו. בעקבות כך, החלו לסמן על מדי העובדים ביחסי העסקה משולשים את שם המעסיק, כמו שלשחקני כדורסל כותבים על הגופייה את שם הקבוצה. עדיין ניתן לראות את זה לפעמים (אצל עובדי ניקיון או אבטחה למשל).

- משהו ברעיון של סימון בענק "של מי אתה" לא מוצא חן בעיני המרצה, אך בתי משפט לא חושבים מספיק קדימה איך הפסיקה שלהם תשפיע על השוק. הרעיון שאתה הולך עם בגדים שמסמנים אותך הוא בעייתי ולא מספיק התמודדו עם זה.

יש סדרה של פס"ד שנקראים הפסיקה הרועמת – זהו גל פסיקה לטובת העובדים.

נשאלת השאלה: האם אנחנו רואים ביחסי העסקה משולשים התגברות על המערכת ופוסלים את המבנה הזה? האם זאת העסקה לגיטימית? מה הגבול במסגרתו משתמש יכול לטעון שהוא אינו מכיר בעובדים הללו כעובדים שלו (מה קורה אם קורה לעובד משהו וכו').

דוגמאות:

- האוניברסיטה מעסיקה מנקים ע"י חברה אחרת. קרה להם משהו / הם לא קודמו / לא קיבלו שכר – האם אפשר להגיד שהאוניברסיטה מפלה אותם? האוניברסיטה תטען שהיא חתמה חוזה עם חברה וכל מה שקורה לא מעניין אותה. אך השאלה כמה אתה בתור משתמש בשירותים יכול להגיד את זה?
- אם מפזרים את העובדים כך שחלקם מועסקים באופן ישיר ואחרים באופן עקיף למטרות תכנון מס, האם זה נחשב פסול ולא אותנטי, או שזאת בעצם הצדקה לגיטימית?

פס"ד כפר רות

בפסה"ד דובר על עובדים שהגיעו לעבוד בכרמים באמצעות קבלן כ"א. העובדים במקרה דנן היו למעשה ללא זכויות כלל, שכן לפי המשטר בשנות ה-90, אם אדם לא הוכר כעובד של משתמש הוא לא מקבל כלום ונמצא במצב מאוד גרוע. בהמ"ש היה פה מאוד לוחמני ואגרסיבי.

השופטת בן פורת אומרת 2 דברים מרכזיים:

- (1) עד לפסיקה זו, המבחן היה מירב הזיקות (כמו מי העובד רואה כמעביד), אך פס"ד זה עיגן יותר מכך פס"ד אחר בשנות ה-90 את החזקה **לפיה אדם שנמצא אצל מעביד הוא המעביד שלו** – העובד מועסק ע"י המשתמש.
- (2) **קיומו של מבחן דו שלבי:** כדי לטעון שהמשתמש אינו הכתובת אלא מישהו אחר ולהסיר את החזקה:

א. **הנטל עליו להראות:**

- i. שיש מערכת חוזית כפולה (עם המשתמש והקבלן).
- ii. כוונת היחסים – שההתקשרות לא נועדה לפגוע בזכויות עובדים מכוח חוק, הסכם קיבוצי או בניגוד לחובת תום הלב או תקנת הציבור.

בהמ"ש כבר לא מכשיר הסכמי העסקה משולשים בקלות. כיום, ככל שבהמ"ש משתכנע שמדובר בעסקה אותנטית, יש פנסייה לעובד, הסכם קיבוצי וכו', הוא ייקח צעד אחורה ויקבע שהם אותנטיים, אחרת יקבע כי הסתירו את המצב.

ב. אם הצליח המשתמש להרים את הנטל, יש לבדוק מי המעסיק? יש בפסה"ד 12 מבחנים שמזכירים את המבחן המעורב של מיהו עובד:

- i. כיצד ראו הצדדים את היחסים ביניהם וכיצד הגדירו אותם?
- ii. בידי מי מהצדדים הכוח לפטר ובפני מי על העובד להתפטר?
- iii. מי קיבל את העובד לעבודה ומי הסדיר את תנאי קבלתו?
- iv. מי קובע את מכלול תנאי עבודת העובד?
- v. מי חייב לשאת בתשלום שכר העובד?
- vi. מי נותן חופשות לעובד וממי עליו לבקש אישור לחופשותיו?
- vii. כיצד דווחו יחסי הצדדים למס הכנסה?
- viii. הקשרים בין הצדדים – מי מפקח על העובד, מי מדווח על תקלות וכולי.
- ix. למי הבעלות על הציוד, החומרים וכולי שמשתמש בהם העובד?
- x. האם עבודת העובד היא צדדית לעבודת המעסיק?
- xi. רציפות, זמניות ומשך קשר העבודה.
- xii. האם לצד השלישי יש עסק משלו בו משתלב העובד?

למעשה, כל המבחנים האלה הם מבחן ההשתלבות והמבחן המעורב שלמדנו. אנחנו בוחנים מירב זיקות ולא דרישה מצטברת.

← מדובר בהיפוך עצום ביחס ליחסי העסקה משולשים בפסיקה. פסה"ד שינה את המגמה שהייתה נהוגה בשנות ה-80.

במקרה הזה, המשתמש לא הצליח להרים את הנטל, ולכן נקבע שהמשתמש הוא המעסיק של העובדים.

פס"ד דפנה לזין נ' הביטוח הלאומי

לכאורה, במקרה דנן, לא נראה שיש ניצול והפליה, אך פסה"ד מראה שבהמ"ש רואה ביחסי העסקה משולשים כעניין פסול. הבחורה בפסה"ד עבדה בחברת כוח אדם מבחירה שלה (הציעו לה בהתחלה לעבוד דרך החברה). בשלב מסוים כימיקלים ישראל (המשתמש) לא רצו אותה יותר, והיא למעשה לא פוטרה משום שהיא הועסקה עם חברת כוח אדם, אך ההתקשרות שלה עם הלקוח הראשון של חברת כוח האדם הסתיימה וחברת כוח האדם מצאה לה מפעל אחר. דפנה רצתה במקום זאת דמי אבטלה.

העמדה של בית הדין האזורי ושל רשויות מנהליות: לא פיטרו אותה, אי אפשר לקבל דמי אבטלה כשהמעסיק רוצה להמשיך את העסקה.

דפנה טענה שיש בעיה מובנית אצל עובדי קבלן, והיא שאף פעם הם לא יהיו זכאים לדמי אבטלה במקרה בו המעסיק לא מעוניין בו, ולחשוב עם עצמם על ההמשך. למרות שהתנהגו אליה יפה, נשללה ממנה האפשרות לקבל דמי אבטלה מאחר וכל עוד ימצאו לה מקום עבודה היא תהיה חייבת לעבוד. יש פה אלמנט של כבוד האדם של העובד שנפגע.

עמדת בית הדין הארצי (אלישבע ברק): פרסה את תפיסתה נגד יחסי העסקה משולשים, בטענה שכל הרעיון הזה פסול – הרעיון הזה עושה דה הומיניזציה לעובדים, שעוברים כ"חפץ מיד ליד" – יכול להיות משהו שעובד שנה בים המלח ועוד שנה בכנרת ועוד שנה במפעלים אחרים ובשום שלב לא יכול לקבל אפשרות לפסק זמן שמאפשר לו לחשוב מחדש על הקריירה שלו. לכן היא רואה את כל המודל הזה בעין מאוד רעה.

השופטת קוראת לפרשנות תכליתית לנושא ביטוח הלאומי, ואומרת שגם אדם שלא פוטר, אם עבר טלטלה המקבילה בחומרתה לפיטורין, ניתן לו דמי אבטלה.

כפי שראינו **בפס"ד סרוסי** בשיעור הקודם, ניתן לראות במעביד כמעסיק של העובד גם רק לעניין מסוים – וזה מה שעושה ברק כאן ורואה את דפנה כעובדת בכימיקלים לישראל רק לעניין דמי האבטלה מהביטוח הלאומי (ולא לגבי שאר הזכויות).

פס"ד מחלקת הבנייה של הקיבוץ הארצי – מעלה דוקטרינה חדשה של "מעסיקים במשותף".

פס"ד מעט מסובך בגלל נושאי מנהל אזרחי, כי מדובר על עובדים פלסטינאים ולא הייתה ברירה אלא להעסיק אותם דרך קבלן מורשה ולא באופן ישיר. זה נבע משיקולים מעין ביטחוניים-רגולטוריים, צריך הסדרה מיוחדת ויכולת להעסיק רק דרך בעל רישיון. אותו קבלן מורשה קיבל את הכסף מהקיבוץ אבל נקלע לקשיים וברח מהארץ.

זה מקרה קלאסי של נפילה בין הכיסאות – המעסיק הפורמלי נעלם והמשתמש טוען שהוא לא מכיר בהם כעובדים שלו.

המשתמש (הקיבוץ) עשה טעות **לדעת המרצה** והחליט, לאחר שהמעסיק הפורמלי ברח מהארץ, להעסיק רק חלק מהעובדים בצורה ישירה. כך הוא חשף עצמו לטענה שנכנס בנעלי המעסיק שברח. יצא שהוא שילם פעמיים – גם לקבלן המצרי שברח, ושוב את אותו כסף משום שהוא לא הועבר לעובדים.

העמדה המעניינת מלווה אותנו עד היום, היא העמדה של **סגן הנשיא אדלר** בה יצר את דוקטרינת **מעסיקים במשותף** דרכה ניתן לראות במעסיקים שונים כמעסיקים במשותף. הטענה היא שלא ניתן ליהנות משירותיו של אדם מבלי להיות אחראי על כך בכלל. הדוקטרינה מקבילה לרעיון הערבות בהלוואה ושל "חבות ביחד ולחוד" (יש לעובד סוג של אפשרות לקבל שיפוי במצב בו אדם שהיה אמור לשלם לא משלם). למעשה, **העובד יכול להיות בטוח שמה שמבטיחים לו הוא תקבל** – אם הוא לא יכול לתבוע זאת מהמעסיק הפורמלי, אז הוא יכול לתבוע זאת מהמשתמש. **זה מייצר הגנה מסוימת**, העובד יודע שיש בעל הבית, שמישהו ידאג לו במצב שהמעסיק הפורמלי נעלם (זה קורה הרבה). הבעיה היא שהמעסיק הפורמלי בגלל האופי שלו לא צריך הון כלשהו אלא טלפון סלולרי וזהו, הוא סוג של middle man, לכן, כשתובעים ממנו הוא קורס והעובדים נשארים בלי כלום – הדוקטרינה מונעת דברים מהסוג הזה אבל לא יותר מכך. זוהי דוקטרינה אמריקאית, פסיקה מתקדמת אך רק ביחס לאותם מקרים ספציפיים של אי תשלום של מה שהובטח ולא שום דבר מעבר – יש כאן הגנה מפני קטסטרופות אך לא על הזכויות שמעבר.

- **חיסרון:** הדוקטרינה טובה במובן שלא משאירה את העובד ללא כלום, אך מצד שני, ברגע שיש לאדם 2 מעסיקים, הוא לעולם לא יכול להתקדם אצל המשתמש. עובד לא יישאר בלי כלום, אך המשתמש בעצם לא ייתן לו כלום מעבר לזה. העובד מוגן מקטסטרופה אך מוגבל בצורות אחרות.

פס"ד אילנה לוינגר

בפסה"ד מדובר על מישהי שעבדה 17-18 שנים אצל אינסוף חברות כוח אדם שהתחלפו – אמרו לה אחרי כל השנים האלה שהיא לא עובדת אלא עובדת קבלנית, החתימו אותה על טפסים שונים ו"תחמנו" אותה בדרכים שונות.

אלישבע ברק משתמש בנשק יום הדין ואומר כי בבדיקת המכלול עולה שהכל היה פיקציה – המדינה היא המעסיקה, והיא זו שמשתמשת הכי הרבה בחברות כ"א. המדינה טענה שלא יכול להיות שיחייבו אותה לקבל אנשים גם אחרי המון שנים, הרי יש כללים וחוקים, וכדי שעובד יתקבל הוא צריך לעבור מכרז וכו' – העובדה שמישהו עבד במשך שנים לא יכולה להיחשב כשלעצמה כדרך להתקבל לשירות הציבורי כי זה מסלול עוקף מנהל תקין.

יש צביעות בלהעסיק עובד במשך 18 שנים דרך חברות כוח אדם, ולטעון שלא ניתן לקלוט את העובד בשל הצורך במכרז. השופטת אומרת בצורה די ישירה שזה לא יעלה על הדעת. המדינה לא יכולה מצד אחד להתנהל כך במשך שנים ואז לטעון שלא ניתן לקלוט עובדים לשירות הציבורי ללא מכרז ברור – זה חוסר תום הלב. השופטת קבעה שאין שום צורך לדבר על כללי מנהל תקין, וחייבה את המדינה לקלוט את אילנה כעובדת רגילה, זאת בשל חוסר תוה"ל של המדינה.

המרצה מעיר כי אפילו בגישה היחסית אגרסיבית במיוחדת של השופטת ברק, עדיין יש כאן רווח למעסיק כי גם במקרה של נוכחות הכי גרוע שיקרה זה עדיין יותר טוב ממצב בו המדינה הייתה קולטת אותה כעובדת רגילה מעיקרא (זאת מפני שגם לאחר קבלת התביעה עדיין לא הכירו לעובדת בקידומים שונים שיכלה לדרוש אילו הייתה עובדת רגילה).

- מבחינת ניתוח כלכלי, אנחנו לא רוצים להיות במצב בו גם אחרי ההתערבות המעסיק נמצא במצב טוב, כי אז זו שיטת מצליח – למעסיק עדיין כדאי לנצל את העובדים בדרך כזו. בדיני עבודה, רוב האנשים לא תובעים, ואם אנחנו במצב בו יהיה כדאי למעסיק לנסות להמשיך לנצל את העובדים עד שאחד יתבע, אפילו אם העובד ינצח מצבו של המעסיק לא יהיה גרוע יותר מאשר אם היה קולט את העובד מלכתחילה כעובד, שכן לא צבר קידום. כך, אם אילנה לוינגר הייתה נקלטת מההתחלה כעובדת, אחרי 18 שנה הייתה במצב טוב מבחינת ותק, עליו השירות הציבורי בנוי. אילנה לא מקבלת את כל זה ובגלל זה יש בעיה עדיין כי **הפסיקה הזו לא יצרה הרתעה** (לא פלילית). מבחינת ניתוח כלכלי, כל עוד משתלם לפעול בדרך מסוימת משום שגם אם תיתפס מצבך יישאר טוב מאשר אם היית מתנהג טוב מלכתחילה – יש בעיה.

אם כן, למרות שזו הפסיקה הכי טובה שיש לנו היא עדיין פסיקה בעייתית.

לעניין **חוק העסקת עובדים על ידי קבלי כוח אדם** (1996), מעניין לציין שבין חקיקתו להפעלתו עברו 12 שנים. החוק הוקפא כי הלוביסטים של התאחדות התעשיינים שכנעו את הממשלה שאם הוא יתקבל המדינה תקרוס. לכן בחוק ההסדרים במשך שנים הקפיאו את היישום של חוק זה. מי שדחף את החוק יותר מכולם הוא עמיר פרץ (כנראה היה אז בהסתדרות והיה מזוהה איתו). החוק נותן דברים על רישיונות שצריך כדי להיות קבלן כוח אדם.

ס'12 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996 – העסקת עובד של קבלן כוח אדם

12א. (א) לא יועסק עובד של קבלן כוח אדם אצל מעסיק בפועל תקופה העולה על תשעה חודשים רצופים; יראו רציפות בעבודה לענין סעיף זה אפילו חלה בה הפסקה לתקופה שאינה עולה על תשעה חודשים.

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), רשאי השר, במקרים חריגים, להתיר העסקת עובד אצל מעסיק בפועל תקופה העולה על תשעה חודשים, ובלבד שתקופת ההעסקה הכוללת אצל אותו המעסיק בפועל לא תעלה על חמישה עשר חודשים.

(ג) הועסק עובד כאמור אצל אותו מעסיק בפועל תקופה העולה על תשעה חודשים רצופים או על תקופה נוספת שהארכה לפי סעיף קטן (ב), ייחשב העובד כעובד המעסיק בפועל, בתום תקופת תשעה החודשים או תקופת ההארכה, לפי העניין.

(ד) נחשב עובד של קבלן כוח אדם כעובדו של המעסיק בפועל כאמור בסעיף קטן (ג), יצורף ותק העובד בתקופת העסקתו על ידי קבלן כוח האדם אצל אותו מעסיק בפועל, לותק העובד בתקופת העסקתו אצל המעסיק בפועל.

(ה) (1) סעיף זה לא יחול על עובד זר שהוא עובד של קבלן כוח אדם בעל היתר למתן שירותי כוח אדם של עובדים שאינם תושבי ישראל לפי סעיף 10(א), ומועסק אצל מעסיק בפועל, בסוג עבודה, בענף עבודה או בתחום עבודה המפורט בתוספת הראשונה; בפסקה זו, "עובד זר" – כהגדרתו בחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991;

(2) השר, בהסכמת שר הפנים, ובאישור ועדת העבודה הרווחה והבריאות של הכנסת, רשאי, בצו, לשנות את התוספת הראשונה.

הלוביסטים אמרו על **סעיף 12א** שאם יתקבל יפלטו למשק המוני עובדים, כי אחרי 9 חודשים המעסיק ירצה לפטר את העובדים מהחשש שיהפכו להיות העובדים הקבועים שלו. המצב הזה לא רצוי, לכן הסעיף הוקפא. בסוף החילו אותו ולא קרה מה שאיימו שיקרה. זו לא פעם ראשונה שההבחנות האלה עובדות.

ס'13 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996 – החלת תנאי עבודה

13. (א) תנאי העבודה, ובמקום שיש בו הסכם קיבוצי - הוראות ההסכם הקיבוצי, החלים על עובדים במקום העבודה שבו עובדים גם עובדי קבלן כוח אדם, יחולו, לפי הענין, על העובדים של קבלן כוח האדם המועסקים באותו מקום עבודה, בהתאמה, בין היתר, לסוג העבודה ולותק בעבודה אצל המעסיק בפועל.

(ב) חלים על העובד של קבלן כוח אדם יותר מהסכם קיבוצי אחד, ינהגו לפי ההוראה שהיא לטובת העובד; לענין סעיף קטן זה, "הסכם קיבוצי" - לרבות הסכם קיבוצי החל על עובדים מכוח סעיף קטן (א) או הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי העבודה אצל קבלן כוח האדם.

(ג) הוראת סעיף קטן (א) לא תחול לגבי עובד שתנאי עבודתו אצל קבלן כוח האדם מוסדרים בהסכם קיבוצי כללי כמשמעותו בחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, ובלבד שהסכם כאמור הורחב בצו הרחבה, וההגדרה "הסכם קיבוצי" שבסעיף 1 לא תחול לענין זה.

סעיף 13 קובע שהתנאים שחלים על העובדים הרגילים יחולו גם על עובדי הקבלן – למרות שזה נראה טוב, יש הסתייגויות מסוימות:

(1) **לוקחים בחשבון ותק אצל מעסיק בפועל ולא ותק אצל קבלן כוח האדם** – כך מישהו עם 20 שנות ניסיון ועובד רק חצי שנה אצל המשתמש הוא יקבל על הותק הזה. אך במצב כזה, יש בעייתיות, שכן כל המטרה בלפנות לחברת כ"א היא לחסוך כסף, אז בהתניה כזו מדוע שירצו להשתמש בעובדים כאלה.

(2) נותנים תמריץ שאכן מומש לא להחיל את הנושא של השוואת תנאים לגבי עובדים שהיחסים בינם לבין קבלן כוח האדם מוסדרים באמצעות הסכם קיבוצי כללי, זה מנטרל את רוב תחולת הסעיף. קבלני כוח האדם הבינו שאם ידרשו לייצר השוואת תנאים אף אחד לא ישכור את שירותיהם, שכן כל המטרה היא לחסוך כסף ובמקום להעסיק בצורה ישירה יעדיפו לחסוך את העמלה. לכן דחפו רעיון הסכמים קיבוציים שייתר צורך לעשות השוואת תנאים.

לענין **חוק להגברת האכיפה של דיני עבודה** (2011):

החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, התשע"ב-2011 – אחריות אזרחית של מזמין שירות

25. (א) חובת מעסיק שהוא קבלן, כלפי עובדו, לפי הוראת חיקוק המנויה בתוספת השלישית ולפי הוראות צווי הרחבה המנויות בסעיף קטן (ב) תחול גם על מזמין השירות בעד פרק הזמן שהעובד הועסק במתן השירות אצלו, בהתקיים כל אלה:
- (1) השירות ניתן אצל מזמין השירות באמצעות ארבעה עובדים לפחות; לעניין זה אחת היא אם השירות ניתן בידי עובדים המועסקים בידי אותו קבלן או קבלנים שונים;
 - (2) השירות ניתן במהלך תקופה של שישה חודשים לפחות, באופן קבוע ורציף;
 - (3) נמסרה הודעה למזמין השירות כמפורט בפסקת משנה (א) או (ב) שלהלן, והחובה לא מולאה בידי הקבלן עד תום 30 ימים ממועד מסירת ההודעה כאמור –
- (א) העובד דרש מהקבלן, בכתב, למלא את החובה, ומסר למזמין השירות הודעה בכתב ולפיה מסר לקבלן את הדרישה האמורה; דרישה והודעה כאמור יכול שיימסרו גם על ידי ארגון העובדים היציג באותו מקום עבודה או ארגון העובדים שהעובד חבר בו, ובאין ארגון כאמור – על ידי ארגון העוסק בקידום זכויותיהם של עובדים, ובלבד שהעובד הסכים לכך; תובענה שהוגשה בידי העובד נגד הקבלן ומזמין השירות או נגד מזמין השירות, בשל הפרת החובה, לא יראו אותה כדרישה וכהודעה לפי פסקה זו;
- (ב) מפקח עבודה מסר למזמין השירות הודעה בכתב, לרבות הודעה לפי סעיף 16(ג), כי יש לו מידע ולפיו הקבלן לא מילא את החובה כלפי עובדו.
- (ב) ואלה הוראות צווי הרחבה כאמור בסעיף קטן (א):
- (1) הוראות צווי הרחבה לעניין תשלום דמי הבראה, החזר הוצאות נסיעה, פנסיה, דמי חגים ותוספת יוקר;
 - (2) הוראות צווי הרחבה ענפיים שעניינן רכיבי שכר שנקבעו לפי סעיף 28(ב);
 - (3) הוראות צווי הרחבה בכל עניין אחר שקבע השר, בהתייעצות עם שר האוצר והארגונים.
- (ג) על אף האמור בהגדרה "היום הקובע" שבחוק הגנת השכר, יהיה "היום הקובע", לעניין תשלום שכר לפי סעיף זה בידי מזמין השירות – היום התשיעי שלאחר תום התקופה האמורה בסעיף קטן (א)(3).

סעיף 25 מדבר על אחריות אזרחית של מזמין שירות. זה מתכתב עם הדעה של **אדלר** בפס"ד **מחלקת הבנייה**, למרות שלא מדובר באותה רטוריקה, מדובר באותו הרעיון – **דוקטרינת המעסיקים במשותף** – אם העובד פונה לקבלן והקבלן לא עונה, יכול העובד לבוא למשתמש ולהגיד שהוא אחראי, ולא ליפול בין הכיסאות. כלומר, אם אתה משתמש בשירותים של מישהו אתה אחראי לזה שכל מה שהובטח לו יקיים. אולי ניתן להבטיח לו מעט וזאת בעיה מובנית בתחום הזה אבל מה שהובטח יקבל.

פס"ד זוהר גולן נ' ORS

זה פס"ד מרכזי בפרשנות של החוק וזאת התחלה של הפסיקה היותר פשרנית.

ברשות השידור נוצרה פרקטיקה לפיה פיטרו עובדי קבלן בתום 9 חודשי העסקה. לפי **חוק העסקת עובדים** על ידי קבלני כוח אדם, אחרי 9 חודשים העובד הופך להיות עובד מן השורה.

העובדים טוענים לחוסר תום לב, שכן זה ברור שלא קרה כלום והפיטורין הם סוג מסוים של תכנון מס (מחליפים עובדים בתום 9 חודשים).

גישה אפשרית: זה החוק – למרות שרואים שהפיטורין מגיעים כל 9 חודשים ונראה שיש חזרתיות, החוק רצה שלא תעסיק מישהו רצוף כך, וכל עוד אתה מפטר בתום 9 חודשים זה לגיטימי. אם נחיל את חובת תוה"ל על 9 החודשים האלו, מה עשינו כאן? רוקנו את החוק מתוכן. לכן, השופטת מכשירה את הפיטורין.

יכולה להיות גישה אחרת (המרצה ונילי ארד): זה חוסר תום לב מפני שזה נותן אופציה וודאית למעסיקים לנצל את המערכת. לפעמים הוודאות עוזרת לצד המתווכח, שיכול להחליף עובדים כל 9 חודשים לעומת האופציה בה אין וודאות ומעסיקים צריכים להיזהר מפני פיטורין מסוג זה.

- דוגמה (מוזרה) לדוקטרינת המעסיקים במשותף (אולי???) :

דילמת הגמדים מפריז – יש תביעה שהגישו פעם בצרפת, אולי מהתקופה שהיו שם גאלים. מדובר על תחרות של זריקת גמדים לרוחק, תחרות חוזק. ארגוני זכויות אדם שמעו על זה ואמר שזו שערורייה. אלו פנו לשלטונות ודאגו שהתחום הזה יבוטל. הגמדים מצידם תבעו את ארגון זכויות האדם, בדרישה שיציעו להם משהו אחר לעשות שכן בגללם איבדו את העבודה שלהם. לטענתם עדיף היה להם שיזרקו אותם לרוחק והם ירוויחו כסף מאשר שישבו בבית.

לדעת המרצה עדיף שאדם לא יועסק בתנאים משפילים מאשר שיועסק בכלל. הרעיון הוא שיש דברים יותר חשובים מכסף.

ההנחה ביחסים א-סימטריים שהוודאות עוזרת הרבה יותר לצד המתווכח שיכול לנהל מערך שלם, וכל 9 חודשים לקחת מישהו חדש. דיברנו על מושג **HUMAN CAPITAL** – תחומים חלשים בחברה, אין יתרון בהעסקת אותו אדם וזה אפילו חסרון, תחומים כמו אבטחה או ניקיון, עובד בשבוע הראשון טוב יותר מעובד בשבוע 100 וזה יוצר אתגר גדול ומעסיקים הבינו ואת זה. זה רעיון של מיקור חוץ שבנוי על התפיסה הזאת. **בפס"ד חסידים** למשל, הגישה קצת אחרת כי זה תחום של עובדי מחשוב, מתייחסים באופן שונה אבל יש כאן בעיה. דוגמה נוספת לכך: לאוניברסיטאות יש נהג להעסיק מרצים מבחוץ למשך סמסטר/שניים ואז לפטר כדי להימנע מצבירת ותק/תשלום פיצויים לאותם מרצים. הם עתרו נגד האוניברסיטאות וזה דעך אבל כנראה שעדיין ממשיך.

כל זכות שאתה נותן לעובדים מי שמשלם זה העובדים הכי חלשים וזה מעלה את השאלה מה אתה עושה פה. התשובה זה שכסף זה לא הכל – עדיף שמישהו לא יועסק בתנאים משפילים מאשר שיועסק אחרת זאת בעיה. מרצי מהחוץ זאת שאלה, חלק מהטרגדיה של ניצול של מרצים מהחוץ למשל במדעי יהדות או רוח, מעט משרות והרבה אנשים אוהבים לחקור את זה, הם מסיימים דוקטורט ויכולים לבלות כעשור כמרצים מחו כי יש להם תקווה שמתישהו ספר שכתבו יעשה שינוי בעולם ואז ייקחו אותם כסגל פנים מלא והתקווה הזאת מייצרת ניצול הרבה יותר גדול (לעומת כאלה שעובדים במשרד גדול ומלמדים למשל בשביל קורות חיים). לא יעברו על החוק בצורה ישירה, יש מצב שמנצלים אם יבוא מתקצב ויגיד שמתקצב סכום משמעותי להעסקה בתנאים טובים של מרצים מהחוץ, אולי ראוי לעשות את זה. זה קיים בהמון תחומים, למשל- המון עובדים מקבל משכורת חודשית מתיאטראות, האוצר לא רוצה שלשחקן יהיה משכורת חודשית אלא פר הצגה כי נוצר מצב שאם ההצגה שלך לא מצליחה ברמת היעילות אם תקבל משכורת חודשית זה מייצר המון יעילות אבל במובן זכויות עובדים זאת גישה בעייתית.

אולי עדיף להגיד מראש שלא תצליח כשחקן, אולי זה לא יעזור אם תגיד – המרצה חושב שכך זה הכי קל לנצל, כשמישהו מפנטז שזה יקרה.

← טענת העובדים נדחתה ע"י ביה"ד, שקבע כי מאחר ומרגע שהועבר החוק, חייבים לאפשר למעסיקים ללכת על פיו, ולבחור לקלוט את העובדים אם לאו.

פס"ד עוזי חתן נ' המשרד לביטחון פנים

זה פסה"ד היחיד שדיבר על רטוריקת הפליה כסיבה לפסול יחסים עקיפים. המערערים הפסידו בסוף, טענתם הייתה שאין הפליה יש שונות בין אנשים שמועסקים בצורה ישירה ועקיפה.

הפליה יכולה להוות סיבה לפסול יחסי העסקה משולשים בניגוד לתפיסות קלאסיות של רק אם מעסיק קרס או הרבה זמן, פה דיברו על הפליה. ← זה אוביטר כי לא נתן להם סעד וזה גם לא חזר.

פס"ד דברת שוואב נ' מדינת ישראל (מעסיקים במשותף)

מדובר במישהי שהועסקה בצורה עקיפה ע"י המדינה (המדינה היא הגוף שהכי הרבה נתבע בנושא של יחסים משולשים כי המון אנשים רוצים להיות עובדי מדינה).

דעת הרוב בפסה"ד דוחה את התביעה אבל מה שמעניין פה זה ההנמקה.

העמדה של **הנשיא אדלר** אליה המון אנשים מתייחסים פסה"ד:

מתחיל את הגישה שראינו בפס"ד ORS, הגישה שאומרת שהמצב היום כל כך טוב מבחינת זה שאין אנשים שלא מקבלים שכר שאין שום סיבה לשנות סדרי בראשית: אם צורת ההעסקה הפורמלית של העובד היא באמצעות יחסי העסקה משולשים, אין סיבה לבוא ולטעון שמשוה פה לא אותנטי, הדרך שנרגיע שאין פה ניצול זה לבסס בפסיקה רעיון של אחריות משותפת – כלומר המדינה צריכה לדעת שכשהיא משתמשת בעובדים היא לוקחת אחריות על התנאים שלהם והיא חייבת לבדוק האם הקבלן שמעסיק את העובדים באמת מקיים את מה שהוא הבטיח להם. זה רף מאוד נמוך – המדינה לכל היותר אחראית לכך שמי שהובטח לו X, יקבל X. זה שמה שהובטח לעובד, קבלן כוח אדם, יכול להיות רווח ממה שמקבל עובד מדינה זה רבע, זה לא מעניין מבחינת הגישה הזאת. דוחים בצורה החלטית את הניסיון של אותה דברת שבב להיחשב לעובדת מדינה. יותר מכך, יש שם עמדה מפורשת גם לפי **דעת המיעוט** שחשבה שהיא צריכה להיחשב לעובדת, יש הסכמה שגם אם תחשב עובדת היא בכל מקרה לא תקבל קביעות, לכן לכל הפחות נראה את המדינה כנכנסת בנעליו של המעסיק הפורמלי. בגלל שלא היה את המנהל התקין של מכרזים העובד לא ייחשב כעובד מדינה.

← פסה"ד מסמל פסיקה שהולכת הרבה יותר לקראת המעסיקים הגדולים, בניגוד לפס"ד רות.

פס"ד יצחק חסידיים

פסיקה של **השופטת סיגל דוידוב מוטולה**, עוסקת במצב בו אדם שעובד בתחום המחשוב רוצה להפוך לעובד קבוע של עיריית ירושלים. זה פסק הדין טוב לקריאה כי יש בו סקירה של כל התפתחות הפסיקה. פסק הדין סוקר את כל ההתפתחות של הפסיקה מכפר רות דרך הפסיקה נגד אאוטסורסינג וכו'. פסה"ד מראה את השינוי בעמדת הפסיקה, בין היתר בזכות **חוק העסקת עובדים ע"י קבלני כוח אדם**, פסה"ד מדבר על העובדה שהלכת רות כבר לא רלוונטית היום (במחלוקת), שכן הפסיקה הקודמת הייתה קיצונית מידי לרעת העובדים. בפסה"ד כפר רות היא לא חושבת שההכרה במשתמש כמעסיק האמיתי זה חריג נדיר. השופטת מסכימה שאין את החזקה של כפר רות שתמיד המשתמש הוא המעסיק אלא אם כן הוא מוכיח שלא, אבל העמדה ההפוכה מוגזמת. העמדות הן בדלקמן:

א. המשתמש הוא המעסיק אלא אם מוכיחים אחרת.

ב. **פסיקה שהיא לטובת מעסיקים**: הכלל הרחב הוא שהמעסיק הפורמלי הוא המעסיק, אלא במקרים נדירים (**פס"ד פרום**)

(**פרום**)

ג. **גישת ביניים של סיגל דוידוב מוטולה** – לא בטוח שככה או ככה. צריך לבדוק בכל מקרה בצורה זהירה. צריך לתת

תוקף להתקשרות אותנטית ← **זו ההלכה היום.**

יש פה קבלה חלקית של הערעור, אבל הכל מקרה הוא לא ייחשב ממש לעובד עירייה, אבל יתנו לו כל מיני זכויות שהוא לא קיבל לפני כן.

הנטייה בשנים האחרונות היא ללכת הרבה יותר לטובת המעסיקים כי המצב כיום לא כזה גרוע כמו שהיה בעבר.

שיעור 7 – 20/05/2020

zoom

חוקי מגן, מעמד, ויתור והעדר תום לב

התנאה על מעמד

זה נושא שמקפל בתוכו הרבה מהנושאים התיאורטיים שידברנו עליהם בתחילת הקורס – המאבק בין השוק למדינה בהסדרה של יחסי עבודה. כל הרעיון של יחסי עבודה בנוי על אסימטריה בכוח בין העובד למעביד. לפני 30-40 שנה התפיסה הייתה שהעובד הוא הטיפש הגמור ואין לו שום משמעות, הוא לא יכול להסכים באמת ואין אפשרות אמיתית להבין את המושג של חופש בחירה בתחום של דיני עבודה ולכן צריך להתעלם מההסכמות של העובד, מצד שני, לדיני החוזים יש המון הגיון – הם מאפשרים להתאים את התנאים לעובד באופן אישי ולכן למעשה לא יכול להיות שנתעלם מהמושג הזה של חוזים בתחום של דיני עבודה.

בתחום של התנאה על מעמד זה עולה בצורה מאוד חריפה.

בשלב הראשון, נעסוק במשמעות של ההתנאה החוזית על המעמד של העובד.

דוגמה: עובד בא ביום הראשון לעבודתו ומוצג בפניו חוזה לפיו אין יחסי עובד מעביד, כאשר אם יחתום עליו יקבל X ואם לא או שיחזור הביתה או שיקבל $X/2/3$ למשל. נשאלת השאלה האם עלינו לכבד את ההתנאה הזו, או להגיד שהעובד לא יודע כלום ואי אפשר לתת תוקף לחוזה כזה כי אנחנו לא יכולים לדעת מה באמת יתרחש שם.

- **אפשרות 1:** הנטייה הטבעית היא לא לכבד את העסקה בשל יכולתו של המעסיק לנצל את הכוח שיש לו על העובד.
- **אפשרות 2:** לכבד את העסקה, שכן בהמ"ש יקבע כי כן יש יחסי עובד מעביד על פי מבחני הפסיקה, ותחת זאת העסקה תבוטל והעובד יצא יותר מורווח.

בסיטואציה כזו, המעסיק למעשה אומר לעובד שלו לבחור אם לקבל שכר $X+50\%$ ולא להיחשב כעובד, או לשלם לו X ולהיחשב כעובד (אם כי במצב כזה, לא ברור אם שכר הבסיס (X) הוא באמת שכר בסיס אם אף אחד לא לוקח את זה). העובד יוצא יותר מורווח במצב כזה אם יבחר בלא להיחשב כעובד משום שגם ירוויח יותר, וגם יוכל לדרוש בבהמ"ש תשלום בגין חוקי המגן על שכר גבוה יותר. בעצם, מי שחושש מביטול החוזה זה המעסיק, משום שהוא בסוף ימצא את עצמו משלם פיצויי פיטורין על מי שהוא חשב לא עובד, אך פיצויי הפיטורין יהיו גבוהים יותר כי השכר של העובד יהיה גבוה יותר מאשר אם היה עובד מלכתחילה. המעסיק חשב שהוא ידפוק את המערכת בזה שהוא לא יגדיר את העובד כעובד, אך בהמ"ש בסוף קובע שיש יחסי עבודה והמעסיק נאלץ לשלם יותר בגין כל הדברים שעד כה לא שילם (חוקי המגן) משום שהשכר עליו משלם הוא יותר גבוה.

הדילמה היא כמה אנחנו מוכנים לכבד ובאילו תנאים את ההתנאה על עובד ועל הסטטוס שלו. בתחילה חשבנו שזה לא מתקבל על הדעת, בעוד מצד שני לא בטוח שזה כזה נורא לאפשר את זה משום שבהרבה מקרים מי שמפנים את ההשלכות של זה הוא העובד שיוצא מכך מורווח פעמים רבות.

בשיעור שעבר סיימנו את השיעור בתחושה פסימית, שבהמ"ש לא ממחר לפסול צורות העסקה כאלה, כל עוד העובד מקבל את הבסיס שהוא נדרש לקבל. זה מה שקורה גם פה.

- **בעבר** – הטלנו את כל האחריות על המעסיק כי הוא הצדק המתוחכם, בעוד העובד לא יודע כלום ולא יודע להגן על עצמו.
 - **היום** – בהמ"ש כן מבקשים מהעובדים להחזיר את כל מה שקיבלו בעודף, שכן נסגר פער הנאיביות שיוחס לעובדים. היום מבינים שעובד יודע להגן על עצמו ויודע מה הוא עושה, לכן לא נהסס לקחת ממנו כספים במצבים כאלה.
- יש אסכולות שונות בין השופטים, למשל:

- **אלישבע ברק** – נתפסת פרו עובדים ופרו תו"ל. לגישתה כל עוד עובד הוא חת"ל אז ניקח ממנו בכל הכוח, אחרת נגן עליו.
- **יש שופטים שמסתכלים ע הפורמליות** –
- **יש שופטים שמסתכלים על הפערים בתנאים** – אם הם גדולים הם לא אוהבים את זה. קיבלת פה מעל ומעבר, הסכמת לא היות עובד, אז תחזיר.

יש וויכוח גדול בין השופטים האם יכול להיות שעובד יבוא לבית"ד לעבודה, יתבע על כך שהוא עובד וייצא מביהמ"ש כשהוא יוצא יותר עניי ממה שהוא נכנס אליו. יש שופטים שחשבו שזה אסון ושהכי גרוע שיכול לקרות זה לא תקבל את מה שביקשת. יש שופטים שאומרים לא, אלא שהשבה זו השבה ואי אפשר לעשות פה עשיית עושר.

פס"ד גדרון – פס"ד חשוב

מדובר על אדם שעבד כיועץ במשרד העבודה, עבודתו הופסקה והוא הגיש תביעה. מה שעולה לדיון הוא מה הוא שכר הבסיס לחישוב הזכויות בדיני עבודה, האם השכר הוא השכר שקיבל העובד בפועל או השכר הרעיוני שהיה מקבל אם היה בוחר להיות עובד מלכתחילה?

הסיבה שנוצר המושג תנאי גדרון הוא כי זה היה פסה"ד הראשון בו הכניסו תנאי כזה הקובע כי אם בהמ"ש יכריע שישנם יחסי עובד מעביד הרי שהשכר שישמש כבסיס לצורך חישוב הזכויות הוא השכר שהעובד היה מקבל לו היה בוחר להיות עובד.

- **התנאי הזה נקרא תנאי גדרון הראשון משום שבפועל הוא לא פותר באמת את הבעיה למעסיק, משום שעדיין יש פה מצב בו המעסיק הזה שילם לעובד שכר גבוה כל השנים בצירוף תוספת, אמנם נמוכה יותר, אך עדיין תוספת שהוא לא חשב שישלם אותה. כלומר שגדרון בסה"כ כן יצא מורווח.**

מאז פסה"ד זה הפך להיות סטנדרט בו תמיד התחילו מבדוק אם יש תנאי גדרון. בהמ"ש מסוימים אף קבעו שאם אין תנאי גדרון, יש פה חות"ל של המעסיק משום שהמעסיק למעשה לא הסביר בכך לעובד בצורה מספקת על מה הוא מוותר והתנאי נותן אינדיקציה כי לפחות הם דיברו על זה. עם זאת, **לדעת המרצה** לא בטוח שזה תפיסה נכונה.

פס"ד יפרח נ' פרזות

בפסה"ד הזה אין תנאי גדרון אך יש משהו אחר – paper trail – לפיו אנחנו מאמינים למעסיקים שהעובד היה מודע לכך שהוא מקבל שכר יתר כל עוד יש ראיות בכתב לכך שבשיחה בין העובד למעביד הועלה נושא חלופות השכר, כאשר העובד מבין שהוא בחר במסלול שלא הולך למסלול של דיני העבודה. במקרה כזה, אם בהמ"ש יכריעו שיש יחסי עבודה, העובד יקבל את התשלומים לפי השכר הרעיוני שהיה מקבל לו היה נחשב לעובד כרגיל.

גם פה הפתרון חלקי, משום שהעובד יוצא מורווח באותה צורה. עם זאת, באותה תקופה של הפסיקה הזו חשבו שזה איזון טוב של חלוקת הסיכונים.

יש לנו פס"ד שמדגים גישה שלישית – של **אלישבע ברק** שמדבר על עיקרון תוה"ל בעיקרון על. זו עמדה באוביטר כי לא התקיים שם חוסר תו"ל אבל אנחנו מכירים את זה מכתביה של אנשים ברטוריקה שיפוטית – לשים באוביטר ואח"כ ליישם.

פס"ד בוכריס

זהו פס"ד הראשון שמעלה את האפשרות של השבה. זו גישה חדשה לאופן בו אנחנו מתייחסים להתנאה על מעמד העובד. **Paper trail** – הרעיון הזה אומר כי אנחנו מאמינים למעסיקים שהעובד היה מודע לכך שהוא קיבל שכר יתר, אם יש לנו paper trail (כלומר ראיות בכתב) לכך ששיחה בין העובד למעביד עלה הנושא של שתי חלופות השכר והעובד בחר מיוזמתו את חלופת השכר הגבוה יותר תוך שהוא מבין שהוא בעצם הולך למסלול שלא נחשב לדיני עובדה – והוא לא נחשב עובד. ואז אם ביהמ"ש בא ואומר שמדובר בעובד, ניתן להשתמש בשכר הרעיוני אם הוא היה עובד לאורך כל הדרך. זה פתרון מאוד חלקי כי עדיין המעסיק יוצא מופסד, העובד מרווח, אבל אנשים חשבו שזה פתרון סביר של ברירת הסיכונים ואם אתה פוחד אל תעשה את זה.

הנושא של ההשבה בא ואומר: לא רק שניתן לך עכשיו זכויות מצומקות בגלל שנשלם את השכר הנמוך יותר, אלא נבדוק האם קיבלת יותר ממה שמגיע לך בגלל שהלכת למסלול הזה. יש לזכור שעד אותו פס"ד התפיסה הייתה שהעובד לא בחר בחירה חופשית ומרצון כי הוא לא היה מספיק תבוני להבין שזה משתלם לו. עכשיו אומרים שאם מדובר בעובד מתוחכם ומניפולטיבי נשלול ממנו. אפשר להגיד שזה לא כזה דרמטי, אבל **גישת הנגד אוהבת וודאות**: אפחד לא יודע אם יפסקו שהוא תם לב או לא, ואז אנשים לא יתבעו בגלל הקביעה הזו. בית הדין לעבודה נועד לאזן את הכוח הגדול של המעסיקים ולעזור לעובדים. הטיעון הוא שרוב האנשים שהן חסרי תו"ל לא מרגישים שהם חסרי תו"ל.

פס"ד חטנברג נ' תדיראן

פסד עם עוה"ד גרועים שבה ומנסה להגיד גישה אחרת. אם מישהו עושה סטארטאפ = לזהות עובד שרואים שהעובד עובדים לא נכון ואז לבוא לתבוע את עוה"ד. הם מדברים על טעות והטעיה בדיני חוזים: ברגע שאני שילמתי לך שכר איקס כי חשבתי שאת לא עובדת ובסוף מסתבר שאת כן עובדת זה כמו שקניתי פרארי וגיליתי שקיבלתי טויוטה. יש פה טעות בעסקה והם מבקשים השבה לא בגלל חוסר תום לב אלא בגלל טענה חוזית של הטעיה של העובד את המעביד לגבי מהות העסקה. בית המשפט לא מקבל את זה – אין פה שום הטעיה, ולכל היותר יש פה טעות כלשהי. אבל אי אפשר בטעות לבקש השבה כשכבר צרכת את המוצר (בהטחה אפשר לבל פיצויים יותר גדולים). פס"ד שאין לו הרבה השלכות.

פס"ד אורי אייזק נ' טיהור מים לישראל – פסד מרכזי

צוללן של מקורות שלא רצה להיות עובד אלא עצמאי מבחירה שלו. איך נתייחס לדרישה שלו לקבל תוספת תשלום לגבי כל הזכויות שלו שלא קיומו. בפס"ד הזה מתחילות 3 הדעות בין אלישבע ברק שמדברת על תום לב והאפשרות של השבה של כל מה שקיבלת ביתר אם אתה חסר תו"ל מצד אחד, מצד שני היא מעלה רעון כמו **בפס"ד צדקה** – נבדוק איזה חוקים רלוונטיים לשאלה האם אתה עובד או קבלן ובחוקים שזה לא רלוונטי פחות נראה פה חוסר תו"ל כי ממילא אני חושב שמגיע לך לקבל את הזכויות האלה. דומה גם לסרוסי. אם אנחנו משתמשים בפרשנות תכליתית אננו יכולים להחיל זכויות גם על מי שאינו נראה כעובד.

אדלר (דעת הרוב):

- א. ברגע שנקבע שמישהו עובד הוא צריך לקבל את כל הזכויות. הדיפרנציאליות של ברק היא רק לתת זכויות מדיני עבודה לאנשים שאינם עובדים אבל לא לתת לאנשים שהם עובדים חלק מהזכויות זה דבר שאנחנו לא מוכנים לעשות.
- ב. **קיומו של תנאי גדרון** – תראה לי שברגע הכריתה העובד מבין למה הוא נכנס – דרישה פורמלית – תראה לי שבאמת הציגו כאן 2 אפשרויות והעובד הבין למה הוא הולך.
- ג. הפער בתור הדבר הכי חשוב – ברגע שאתה מראה לי שהיה תנאי גדרון והעובד קיבל יותר בהרבה מעובד רגיל, אין בעיה. אדלר מדבר על כך שמקסימום לא תקבל את מה שביקשת אבל לא תשיב למעביד.

פליטמן – זה לא השבה זה קיזוז. יש לך חוב למעסיק, נבדוק מה הזכויות שמגיעות לך ונקזז. כלומר ממה שמגיע לך נקזז את מה שכבר קיבלת. שוב גישה שלא תאפשר לעובד להכניס את היד לכיס. פליטמן חושב שאין צורך בגישת הכתב לגבי תנאי גידרון – אם נראה מהנסיבות שהעובד הבין מה קורה זה מספיק.

פס"ד רופא (השופטת דוידוב)

מומלץ לקריאה (דעת הרוב של דוידוב מראה את כל העמדות השונות בפסיקה לגבי השבה של עובד שגילה שהוא עובד רק בסוף)

פסק הדין מחלק את הגישות של התנאה על מעמד ל-3:

- **גישת אדלר** – מותר לעשות השבה או קיזוז רק כאשר הוסכם בין הצדדים, רק כשיש לנו תיעוד שהעובד דרש להיות עצמאי ורק ששולם לו סכום גבוה משמעותית. היא מכניסה את ברק לפה כי הגישה שלה לתו"ל – היא רק במקרים קיצוניים.
 - **גישת צור** – לפני שיש לנו דיני עבודה יש לנו דינים שקשורים לעשיית צדק. הם גוברים על דיני עבודה ולכן אם מישהו קיבל משהו שלא מגיע לו הוא צריך להשיב אותו. זה עיקרון על של השיטה. זו הגישה שהיא הכי לטובת מעבידים. פלדמן חושב שזו גישה בעייתית כי המעסיק הוא שחקן חוזר ומבחינתו זה סוג של שיטת מצליח – רוב האנשים לא מגישים תביעות ואם כבר הם מגישים אז יש גישות כמו אלה שעוד עוזרות להם. באיזשהו מובן אפשר לשייך את ברק גם לגישה הזו כי היא גם דורשת השבה, אבל רק במקרים קיצוניים.
 - **גישה לטובת עובדים** – צריך להרתיע מעסיקים מפני כל מיני התחכמויות. אם התחכמת כמעסיק זה הסיכונים שאתה לוקח. לכל היותר נבוא ונחשוב שאם המועסק קיבל פחות מה שהוא היה צריך לקבל מלכתחילה נקזז. אין מצב שעובד ישיב משהו. אם אתה תובע זכויות ומסתבר שכבר קיבלת נקזז לך את מה שקיבלת אבל לא נבקש ממך להשיב.
- השופטת דוידוב** מדבר על עשיית עושר – אם יש סכום שהעובד קיבל ולא היה צריך לקבל יש פה התעשרות שלא כדין. היא אומרת נגד עמדתו של אדלר (למרות שבסה"כ היא בעדו), כי תנאי גדרון זה תנאי מוגזם, מספיק להבין מהנסיבות. באופן כללי אפשר לבוא ולעשות קיזוז של דלתא שקיבלת בעשיית עושר אבל היא כן אומרת שלא סביר שעובד יצא מבהמ"ש עם פחות כסף ממה שהוא נכנס אליו.

עוד דבר שהיא עושה – הפרדה בין שלב הניתוח:

1. **האם יש כאן חובת השבה** – ייקוב הדין את ההר, אם קיבלת משהו שלא כדין תחזיר אותו. פה נבדוק פערים גדולים בשכר בין עובד לקבלן, תנאי גדרון (בלי כתב).
 2. **בשלב הזה נבדוק האם בנסיבות ראוי לאפשר את כל ההשבה** – כשכאן צריך לשקול שיקולים כמו הרצון למנוע הרתעה של עובדים מהגשת תביעות, הפער ביחסי הכוח בין הצדדים, את העובדה שלא תמיד ברור שהעוד הבין למה הוא נכנס ולכן בשלב השני נעשה הפחתות של חובת ההשבה מהשלב הראשון.
- התפיסה הזו היא ההלכה הנוהגת בתחום של התנאה על מעמד.

מאוד מומלץ לקרוא את פס"ד רופא.

שיעור 8 – 27/05/2020

נעבור לנושא של חוקי המגן. דיברנו שבוע שעבר על נושא ההתנאה על מעמד. 2 השיעורים מאוד קשורים, כי שבוע שעבר עסק בנושא של האם מותר לבן אדם לבוא ולייצר איזושהי הבחנה שתהיה תלויה בו, האם הוא בוחר להיות עובד/קבלן/פריילנסר. וכאשר אנו באים לבוא ולהחליף את זה לאחר סיום מערכת היחסים ("בעצם אני רוצה להיות קבלן") ואז השאלה היא איך מתמודדים. ראינו את הגישות השונות.

מומלץ לקרוא את דעתה של השופטת סיגל דוידוב מוטולה ב**פס"ד בעניין חסידיים**.

התנאה של חוקי המגן וההתנאה עליהם

בדיני העבודה אוהבים לדלקם שדיני העבודה קוגנטים ואי אפשר להתנות עליהם, אבל זה לא באמת מה שמתרחש בפועל. בתי המשפט מתעסקים כיום בדיוק בנושא הזה של ההתנאה.

2 פסקי דין סותרים ששווה לחשוב עליהם כפתיחה לנושא הזה:

פס"ד צ'יבוטרו –

עוסק במישהי שהיא מנקה, עובדת באיזשהו משרד ויש שם סיטואציה שהיא הרבה יותר נפוצה. מאוד לא נאהב את המעסיק אם נקרא את פסק הדין, אבל בפועל זה מצב מאוד שגרתי. זה הרעיון בעצם של יחסים שבמשך תקופה מאוד ארוכה התנהלו באופן לא משפטי, ואז ברגע מסוים מגיע הסיום של מערכת היחסית. העובד/ת הולכים לעו"ד ומבינים שלא שילמו לו בזמן, לא קיבל זמן לאכול צהריים, לא שעות נוספות/חגים/לילות, כלומר נראה שהמעסיק ניצל בצורה מטורפת את אותה עובדת (שגם הייתה מוחלשת).

טענות המעסיק – אם היינו יודעים שאנו מתנהלים לפי המשפט, לא הייתי משלם לה כמו ששילמתי. הוא בעצם מראה שהוא שילם הרבה יותר ממה שהוא היה חייב לאותה עובדת, ובעצם הוא מרגיש איזה סוג מסוים של תסכול.

לטענתו, אם היה מבין שהולכים BY THE BOOK, הרי שהיה נותן שכר מינימום. כלומר, הוא המעסיק טוען כי לו היה יודע מראש לא היה משלם יותר. למעשה, העובדת במובן מסוים קיבלה יתרון – לא ספרו לה שעות, נתנו לה שכר גלובאלי הרבה יותר גבוה, ובפועל היא הרוויחה מהמצב. בעצם, העובדת קיבלה למשל כפל שכר מינימום ועכשיו תקבל עוד פעם את כל הזכויות. לכן, טוען המעסיק שמכאן והלאה אף אחד לא ירוויח באופן הזה.

← **זה דבר מרכזי מאוד בדיני עבודה** – גם הרעיון שבתי משפט לא מבינים שמשיערים גם אחורה. יש יתרון בלתת גמישות והתנאה, שכן בכל זאת יש חוזה.

- יש גישה שאומרת שנותנים מינימום מבחינת המדינה וכל התוספות – צריך לאפשר לאנשים להגיד את זה.
- הגישה השנייה אומרת – אותו מעסיק היה נדיב עם צ'יבוטרו אולי, אבל בהרבה מקרים אחרים אם לא יהיה פיקוח אז נראה ניצול של עובדים. כלומר, זו התפיסה הקלאסית לפיה לא ניתן להגיד יהיה בסדר, מערכות צריכות סדר וגם אם נראה פגיעה בעובדים המטרה היא טובה כי יהיה פיקוח של הרשויות.

מלצרות – יש כאן מצב משונה שגם המעסיקים וגם העובדים מעדיפים מצב לא חוקי. כמובן שיש פה אלמנט של העלמות מס, של חיסכון בהפרשה של דמי ביטוח לאומי וכו'. יש פה גם ניצול שמדובר בחבר'ה צעירים שלא ממש חושבים על העתיד שלהם (בהקשר להפרשה לפנסיה). הסיבה שהמלצרים הפגינו – לרובם המשמעות הייתה שלפחות בטווח הקצר הם ירוויחו פחות.

האם אנחנו רוצים להיות בעולם שהכל REGULATED או שעדיף שחוק חופשי?

נחזור לפסק הדין – ביהמ"ש מאוד נזף במעסיק. הרעיון שלא ניתן להתנות בהתנהגות על חוקי המגן (הלכה חשובה). בעבר זה היה לא ניתן להתנות בכלל. עכשיו מדברים על התנאה בהתנהגות. כלומר לא ברור לעובד למה בדיוק הוא הסכים. התנאה בהתנהגות זה מאוד מורכב. למשל יש לעובד ציפייה לקבל איזושהי זכות, המעביד לא נתן אותה, ואז הוא יגיד עובדה שהוא לא ביקש/דרש אותה.

שמואלי ואחרים נ' רשות השידור –

מדבר על התנאה שהיא נעשית גם בכתב, וגם כשאתה מיוצג ע"י ארגון עובדים. אפשר לתת הרבה יותר משקל להתנאה, במיוחד אם אני משתכנע שהיא סייעה לעובד.

עובדים ברשות השידור השיגו בהסכם קיבוצי איזשהו עיוות של חוקי המגן, כך שהם קיבלו הפסקת צהרים מאוד ארוכה, בלי שהיא נספרה. הרבה מהעבודה הן בשעות הערב המאוחרות, יש שעות מתות, שעות הצהריים בלוח השידורים הן כנראה פחות עמוסות. אז אפשר היה לנסות לבנות אחרת את היום. ההסכם הביא לכך שבסופו של דבר הם יכלו לעבוד פחות שעות. אבל אז ארגון העובדים שאל למה אנחנו לא מקבלים שעות נוספות על הערב. אז אמרו להם שאי אפשר גם וגם.

זה הרעיון המקדמי, כדי להבין איך מתייחסים להתנאה.

שכר מינימום

החוק הראשון והכי ידוע שנזכיר אותו – **חוק שכר מינימום**. החוק הכי מפורסם בתחום של דיני עבודה.

בעד / נגד חוק שכר מינימום, מבחינה כלכלית? האם החוק הזה הוא נכון/צודק/טוב לעובדים מבחינה כלכלית?

תפיסה פילוסופית שבאה ואומרת – אתה לא יכול להגיד לכל בן אדם שעדיף לו להיות בבית מאשר להרוויח רק 3,000 ₪. יש גם ערך פילוסופי לעבודה, מעבר לכסף, יש לך משמעות וכו'... יש פה איזה סוג של פטרנליזם בעייתי.

שכר מינימום משפיע מבחינת השכר על כולם!

אכיפת שכר מינימום – היינו יכולים לחשוב שבועולם ממוחשב יהיה מאוד קל לאכוף שכר מינימום. כי הכל במחשבים.

יש טיעונים שמדברים על כך שהשוק מתקן את עצמו.

אלן גרינספן – הנגיד של הבנק הפדרלי המרכזי של ארה"ב טען כי השוק מתקן את עצמו. אם אני משלם למישהו שכר שהוא נמוך מהתפוקה שלו, הוא יוכל למצוא מעסיק אחר שישלם לו יותר, ואז בעצם לאט-לאט השוק ייתן לעובדים מה שמגיע להם. זו כמובן טענה מופרכת בהרבה מישורים.

1. איך אני יודע מה התפוקה שלי? קשה מאוד להבין את המשמעות של תפוקה.

2. **SEARCH COST** – כדי שאנחנו נוכל לדעת איך אנו מגיעים למעסיק שמעריך את התפוקה שלנו בצורה הטובה ביותר, אני צריך לעשות חיפוש ממש לא פשוט. על אף האינטרנט. זה לא דיסקרטי. יש לאנשים מגבלות לחפש. כי אם המעסיק הנוכחי שלך יגלה על כך שאתה מחפש, הוא יתבאס מזה ובסוף זה יכול לפגוע בך.

3. יש גם **בעיות מגדריות** בהקשר הזה. יש הרבה מחקרים – נשים מהססות לבקש וגם חוששות מלעבור, כי הן צריכות לגרור איתן יחד את בן הזוג שלהן.

4. **מס הכנסה שלילי כשכר חלף** – המדינה היא זו שתשלם את הפער בין כמה שהוא נותן ושווה לו לשלם לבין שכר בכבוד. יש טענה שיש בה הרבה היגיון שאומרת שיש פה 2 דברים שונים:

א. השוק = צריך להתנהל לפי יעילות. אנחנו לא יכולים לייצר לשוק התערבויות. אנחנו לא יכולים לבוא ולהתערב בשוק, כי אנחנו נפגע בו. לכן, השוק שיתנהל לפי השוק. כמה תפוקה שאני שווה, אני אקבל עליה שכר. אבל יכול להיות שזה לא יתאפשר לי להתקיים בכבוד.

ב. ???

האם המדיניות הנוכחית של ישראל כץ תשתנה? כיום, המדיניות של משרד האוצר למעסיקים שמחזירים עובדים מחל"ת היא שכמה שמחזירים את העובד יותר מאוחר כך המעסיק יקבל פחות ויש לכך המון בעיות. אחת הנקודות היא שרוצים לתת תמריץ למעסיקים להחזיר עובדים שלבד לא היו מחזירים, אך זה יוצר מצב משונה – ההנחה של פקידי האוצר היא שאנשים הם רציונליים ולכן אם יש מעסיקים שלא הוציאו אף עובד לחל"ת זה נבע מכך שזה משתלם למעסיק ואם זה לא היה משתלם לו ברי כי לא צריך לעזור. אך, **התפיסה שאנשים מונעים רק מאינטרס עצמי היא לא שגויה**, וברור שהיו אנשים הגונים שהמשיכו להעסיק את העובדים. המדינה מחפשת למעשה איך לתת סכומים שיעשו הכי הרבה IMPACT - יש סבסוד מסוים של העובד, כלומר שבמקום להכריח מעסיקים לשלם יותר מדי לעובדים שלא צריכים, מסבסדים אותם.

מס הכנסה שלילי – אותו דבר, במקום להכריח מעסיקים לשלם יותר מדי לעובדים שהם לא צריכים, המדינה תסבסד את זה.

פס"ד קאדיס –

מתמחה שלא הצליח למצוא מקום להתמחות. מצא עו"ד בשם חיים קזי. הלך אליו ואמר לו שהוא יעבוד בחינם. רוצה רק את ההתמחות כי אחרת אני לא אהיה עו"ד. עשה התמחות של שנה וחצי, קיבל תעודה ואז הגיש תביעה בבית הדין לעבודה שלא קיבל שכר מינימום. המעביד ממש הרגיש נבגד.

ביקש מבית הדין לפסול עצמו מלדון, בטענה שהוא מוטא נגדו.

בסופו של דבר קזי הפסיד, נדרש לשלם רטרואקטיבית. טענה קלאסית – דיברה על כך שלא ניתן להתנות על חוקי המגן. ולכן הוא נדרש בעצם לשלם הכל, למרות שזה היה ברור שזה היה לטובתו של העובד.

פס"ד עינת כהן – הסדיר את כל הנושא שקבע שטיפים זה חלק מהשכר, כל החוקים חלים על זה, לא ניתן להסתכל על זה כסוג של מתנה, לא ניתן להסכים שזה לא יהיה מדווח.

חוקים נוספים שכדאי לדעת לגביהם – מבקש לקרוא בבנו/באוגדן החקיקה, כן צריך להתמצא לפחות בחוקים:

- חוק הודעה מוקדמת.
- חוק ימי מחלה. זכה להרחבה הרחבות בשנים האחרונות, עם כל מיני דברים שקשורים למחלות כרוניות למיניהן, חופשה לעובדים כדי לטפל בילד חולה (בתשלום או שלא בתשלום).
- חוק הגנת השכר. בעיקרו קובע ריבית מאוד גבוהה בכל מצב שיש פיגורים על תשלום השכר בזמן. קובע גם הנחיות מאוד קשיחות לגבי היכולת לבוא ולהוריד במקור. מקומות שמנסים לנכות. חסימה כנגד היכולת של המעביד לנכות דברים ישירות מהמשכורת. או למשל נושים של העובד שמנסים להגיע ישירות למעביד.

נושא תיאורטי מעניין בהקשר זה: התיקון לחוק שעשתה שלי יחימוביץ' – יצאה נגד הרעיון של שכר גלובלי. היא אסרה למעשה על כך שבתלוש השכר יהיה אפשר לכתוב שכר גלובלי.

מאוד נפוץ בהייטק ובעריכת הדין.

המאמץ של שלי יחימוביץ' נחשב כישלון. חשבי שכר היו צריכים ליצור תלושי שכר יותר מתוחכמים.

הטענה שלה הייתה נכונה – שכר גלובלי נשמע לנו לטובת העובדים, אבל בסוף זה פוגע בהם. נאום מפורסם: "יוצר עובדים מודרניים". לא משלם שעות נוספות + משלם ליותר עובדים לפחות זמן.

מה עדיף 100 עובדים שנשלם לכל אחד 15,000 ₪ או 50 עובדים שנשלם לכל אחד 30,000 ₪? לכאורה פחות עובדים. הם יהיו יותר טובים, יהיו יותר מרוצים מהשכר וכו'...

יקי שולץ – דיברה על כך שתשלום גלובלי פוגע בנשים. אחת הטענות להבדלי השכר בין גברים ונשים קשורות לשעות העבודה. ככל שיום העבודה ארוך יותר, הפער בין נשים לגברים סטטיסטית יהיה גדול יותר. כי האב ינצח את האמא בוויכוח מי יעבוד יותר שעות. ואז בסוף אתה פוגע בנשים.

החוק שמתחבר לכל מה שדיברנו מקודם – **חוק שעות עבודה ומנוחה**. הרבה מאוד כתיבה אקדמית עליו ואף טענה שהוא לא רלוונטי לימינו.

יש טענה לגבי עבודה מהבית, בגלל החשדנות סביב זה, שאתה תדרוש פתאום שעות נוספות. טענה שהחוק לא מתאים למציאות הכלכלית של ימינו.

נושא אחר: אם אני משלם לך, מה מותר לי לדעת על מה אתה עושה. האם זה לגיטימי או לא? לבקש מהעובד להצהיר שהוא יהיה מחויב לעבודה. פוגע בכבוד האדם.

שיעור 9 – 03/06/2020

שעות עבודה ומנוחה

דיברנו על שכר מינימום ועל הנושא של שעות נוספות ועד כמה מדובר בחוק שהוא לא מתאים למציאות של היום. **ס'30 לחוק**

שעות עבודה ומנוחה – הוא הסעיף המרכזי שעוסק בשני נושאים עיקריים:

1. **אמנו** – בשבוע שעבר דיברנו על עובדי משרדים שברגע שאין שעות נוספות, נוצר מירון לתחתית שבו היה כדאי למשרדי עו"ד לייצר נורמה של עבודה עד 12 בלילה, וככה אפשר לקחת פחות עו"ד ולייצר מהם הרבה תפוקה. החוויה שלהם היא שהם ירוויחו יותר בסף כשכירים (יעבדו יותר שעות). אנשים לא בודקים כמה הם מרוויחים לשעה אלא

כמה הם מרווחים לחודש וזה הערך העצמי שלהם, ככה אפשר לקבל את העובדים הטובים יותר כי השכר שלהם גבוה יותר והם יעבדו ביותר מרץ. הרעיון היה שגם מבחינת יכולת פיקוח וגם מבחינת אמון, לא מתאים שנספור לעו"ד כמה שעות הם עובדים.

פס"ד אגרון נ' כץ (כדאי להכיר): לא לגיטימי לדבר על שכר גלובלי וכן צריך לדאוג לשמירת שעות (אין שעון נוכחות אבל מייצרים משהו עם תלוש השכר ככה שמאפשר סך של שעות נוספות).

הפסיקה מתחייבת בצורה מאוד מצמצמת לס' 30 שמחריג את תחולת חוק שעות עבודה ומנוחה. יש רשימה של כמה דברים בחוק כמו יורדי ים וכו'. שתי הקטגוריות שהזכרנו פתוחות לפרשנות והפסיקה מצמצמת אותם.

פס"ד טפקו נ' טל:

מדבר על איש תחזוקה. פס"ד ישן בתקופה שלא היו טלפונים סלולריים והחברה טענה שהיא לא יכולה לשלם שעות נוספות כי היא לא יודעת האם הוא באמת עובד או לא, ולכן עלתה הטענה שאין שום סיבה שישלמו לו אם הם לא רואים אותו עובד בפועל. השופטים אומרים שהטענה לפיה לא ניתן לפקח עליו היא לא נכונה, כי אם יבדקו בספידומטר שלו כמה קילומטר הוא נסע, יוכלו לראות כמה הוא עבד. המרצה אומר שזהו נימוק לא רציני כי אולי הוא נסע שלא למטרות עבודה, נסע במעגלים. פס"ד זה משקף גישה מרחיבה בפסיקה שמנסה להגיד שכן יש פיקוח.

2. **יכולת פיקוח** – טכנולוגית, ברור שיכולת פיקוח מרחוק על עובדים מאוד מתפתחת ולכן הטענה לפיה אי אפשר לתת שעות נוספות לאנשים שאנו לא יכולים לפקח איך הם עובדים, נמצאת בירידה.

לאחרונה יש דיונים סביב העניין של כוננות של רופאים ואיך מתייחסים לזה מבחינת שעות נוספות. הרופאים צריכים להיות בכוננות במרחק מסוים מהעבודה ובזמניות של 24/7. הפסיקה נזפה במעסיקים והיא דחפה אותם (בתי חולים) לייצר הסדרים ספציפיים שיתנו שכר שיכיר במצב של כוננות כבעל ערך כלשהו.

פס"ד רון ראובן: מדריך בפנימייה שרצה לקבל שכר על הזמן שהוא ישן בפנימייה. נקבע שהוא צריך לקבל פיצוי אבל זה לא יכול להיחשב כשעות עבודה לכל דבר ועניין. בכל זאת הוא תורן ורוב החניכים לא מתעוררים בלילה ולכן הדיון היה איך צריך להתייחס לשינה שלו בלילה בחדר שלו. בפס"ד קוראים למדינה לייצר הסדרה ספציפית לגבי פיצוי נאות על אותן שעות.

פס"ד יולנדה גלוטן: ככל שאנו מבינים שעבודה מהבית היא לא עבודה לכל דבר ועניין, ושאנו מרחיבים את הנושא של פיקוח השאלה שעלתה היא איך צריך להתייחס לנושא של עובדים זרים? בישראל יש יותר מ-200 אלף עובדי סיעוד שעובדים 24 שעות בבתים של מבוגרים/סיעודיים. השאלה מבחינת חוק שעות העבודה והמנוחה היא איך להתייחס ליום העבודה שלהם והאם יש לתת להם שעות נוספות? העניין הזה רגיש כי אנו לא רוצים שתיווצר תחושה שמדינת ישראל מפלה את העובדים הזרים בגלל שהם לא מצביעים ומשפיעים מבחינה פוליטית. אף אחד לא יודה בזה אבל זה קורה שאנשים שלא מצביעים זוכים ליחס מפלה יותר. לכן, הכי קל לפגוע דווקא בהם כי אין להם השפעה על הבחירות. מצד אחד חוק שעות עבודה ומנוחה לא חל על עובדים זרים, ועלתה השאלה האם זה בגלל שהם זרים? יכול להוציא לישראל שם רע מאוד. השופטים בפס"ד ארוך מאוד (ברק-ארז, רובינשטיין) מדברים על מצוות "אהבת הגר" בתורה ואומרים שלא ייתכן שישראל תפלה. עם זאת, הם קוראים למדינה לפתור את זה וכך לא עושים כלום. השופט ג'ובראן ואחרים מדברים על כך שהמעסיקים פה הם בעצמם די חלשים. חלק מהשופטים מדברים על כך שהמעסיקים עצמם די מוחלשים – רובם זכאי חוק סיעוד – עוברים מבחן הכנסה והביטוח הלאומי משלם ישירות לעובד הזר – יש ניגוד עניינים של המדינה במובן שהיא המשלמת. גם אם יש לאנשים בגיל 80 כסף, הוא מאוד ספור ואין להם יכולת לעבוד. יש קושי לבוא ולהפיל על האנשים האלה את התשלום בין אם דרך הביטוח הלאומי ובין אם דרך הכיס של הקשיש. למעשה לא מדובר בסיטואציה של מעסיק מתוחכם. המעסיק עצמו במצב של זקנה. למעסיק הזה מסובך להתמודד עם מצב שבו העובד לוקח חופשה (לקשישים קיים קושי להתמודד עם נתינת הזכויות לעובדים הזרים). דיני עבודה רוצים שוויון ובצדק,

אבל יש מעבידים שיותר קשה להם לספק את הזכויות האלה וכאשר הקשיש תלוי בעובד שלו, לצד זכויות אלה יש עלויות רבות למעסיק (למשל עובדת זרה שנכנסת להיריון והקשיש ממתין הרבה זמן לקבל את הסיוע הזה).

מצד אחד, לא רוצים להפלות ומצד שני מאוד יכול להיות שהמדינה היא זו שצריכה להיכנס בנעלי המעביד על מנת שלא להפיל את כל הנטל על המעביד (למשל הטלת אחריות גדולה מדי על קשישים בני 80 שצריכים לדאוג לזכויות של העובד, ולכן ראוי שהמדינה תכניס יד לכיס ותסייע במקרים האלה). פס"ד לא נותן לנו כלום כי אין בו פתרון. עולה שאלה האם יש לראות את הזמינות של העובד הזר 24/7 כעבודה או ככוננות? פס"ד לא נותן תשובה לכך. יש שופטים שהרחיקו לכת ודיברו על כך שיש כאן סוג של הסכמה משתמעת של העובדים לוותר מראש על חלק מהזכויות שלהם. למעשה כאשר הם באו מהמדינות שלהם לעבוד כאן, הם ידעו למה הם באים ועל מה הם מוותרים. לדעת המרצה מדובר באמירה בעייתית.

דבר נוסף לגבי שעות נוספות: הפסיקה גמישה יותר וניכר שינוי מגמה בכל הנושא של היכולת להתנות לא רק על המעמד אלא גם על חוקי המגן. בתי המשפט בעבר לא הסכימו על שום התנאה על חוקי המגן. כיום מדברים על התפיסה לפיה אנו צריכים לאפשר את זה אם זה טוב לעובדים. כלומר נבדוק את ההסדר שצריך להיעשות בכתב ואם הוא נעשה בצורה שמכבדת את זכויות העובדים אז יש לאפשר זאת.

מצב בו יש לאפשר זאת – **פס"ד אורינט קולור**: דובר על רעיון של לדחוס שעות לכמה ימים על מנת להקל על העובדים שלא יצטרכו לנסוע כל יום לעבודה. במקום לנסוע חמישה ימים הוא יבוא יומיים ויעבדו כפול בשעות. אם זה נעשה במשא ומתן עם העובדים וזה טוב להם כי הם גרים רחוק יש לאפשר זאת. זהו רעיון שמתפתח מאוד היום על יכולת ההתנאה על החוק של שעות עבודה ומנוחה, והיא נגזרת מתפיסה רחבה לפיה הוא לא מתאים יותר לחיים המודרניים והחוק הזה קשה מדי ולכן נדרשת גמישות.

פיצויי פיטורין

חוק פיצויי פיטורין – חוק שאיבד מעט מערכו. החוק אומר שמקבלים פיצויים של חודש לשנת עבודה. הסיבה שהוא קצת איבד מזוהר היא העובדה שבעבר עובד קיבל פיצויי פיטורין רק אם התפטר או שהתפטר בדין מפוטר. כלומר, יש בחוק רשימת עילות (הורידו שכר, העבירו את מקום העבודה וזה מהווה הרעת תנאים, יש בן משפחה חולה, העובד עצמו עובר דירה מעל 40 ק"מ, אחרי לידה וכו'), שבהן יכלו עובדים להתפטר בדין מפוטר. יש את הסעיף של הרעת תנאים והוא בא למנוע ניצול/שימוש לרעה במצבים בהם העובד יתפטר מבלי לקבל פיצויים. אם העובד עזב בגלל אחת מהסיבות הוא יקבל פיצוי, ואם הסיבה לא מנויה בסעיף הוא לא יקבל.

כיום יש הטבות מיסויות למי שמפריש את פיצויי הפיטורין לרכיב בקופת הגמל. הגישה מתפתחת יותר ויותר זה לפיה יותר אנשים מקבלים. במצב הזה לא משנה למה העובד מתפטר, בכל סיבה שהיא הוא מקבל את אותו סכום.

איזה מהמצבים טוב יותר לעובדים? מצב שבו רק כשעובד התפטר בשל עילה או שמפטרם אותו מקבל פיצויים, או במצב שנכנס היום לשוק שבו כל עובד שלא משנה מאיזו סיבה הוא התפטר מקבל את פיצויי הפיטורין?

למה זה יכול להיות טוב לעובד שמפטרם אותו רק אם הוא מתפטר? ברגע שמוציאים לחלוטין את השאלה של למה מגיע לך פיצויים ופשוט נותנים לכולם, זה ממבטל את ההרתעה של הפיטורים. אם יש עובד שעבד הרבה שנים ולא רציתי לפטר אותו למרות שהוא הפך יקר יותר והתפוקה שלו ירדה – עכשיו צריך לשלם לו 25 משכורות לעובד. ברגע שאני מוותר על האשם (עילות?) אני חושף את העובד לכך שהמעסיק מבין שמה שלא יקרה הוא בסוף ישלם, אז למה שהוא לא יפטר אותו עכשיו.

ברגע שהסכום משולם בכל אחת מהאפשרויות אין למעסיק תמריץ להיות בסדר ולא לפטר את העובד שלו. המעביד לא מתמרץ להתנהג יפה כדי שהעובד לא יתפטר.

לכאורה השינוי ניסה לעזור לעובדים, כי שמפרישים לקופת הגמל היא צוברת כסף כי היא מושקעת בשוק ההון. הרבה אנשים מפוטרים כאשר המעסיק קורס כלכלית. גוף שמפטר הרבה אנשים לא יהיה לו כסף, ואז העובדים שיחכו לפיצוי פיטורין יהיו בבעיה. במקרה של קופות הגמל הכסף לא אצל המעסיק אלא הוא אצל "נאמן" ובכך הוא מגן על העובדים – יש יתרונות של יציבות/וודאות אך ההרתעה נפגעת.

פס"ד נגריין: מראה עד כמה הפסיקה הולכת לקראת עובדים כאשר היא מתייחסת לשינוי במקום העבודה כמצדיק התפטרות כדין מפוטר. בנסיבות המקרה שם הייתה העברה של מקום העבודה. דובר על כימיקלים לישראל אבל הדבר המעניין היה שמקום העבודה עבר, אבל קרוב יותר לביתו של העובד. בפרשנות תכליתית של הסעיף ניתן להבין שהכוונה בשינוי מקום עבודה היא הרחקתו מביתו של העובד. אדם מן הישוב שהיה קורא את הסעיף היה מניח שאם מקום העבודה מתקרב זה לא סיבה להתייחס לזה כהרעת תנאים. **פסה"ד קובע שמדובר בהרעת תנאים.** על פניו פסה"ד נראה משונה – השופטים אומרים שכל שינוי הוא רע כי הוא פוגע ביציבות התעסוקתית. דבר שני שעלה שם היה שלפני השינוי, הם קיבלו זמן בטלה על הנסיעות. סכום כסף על הזמן שהם ישבו באוטו וכעת מקום העבודה עבר קרוב יותר ולכן הם לא מקבלים. ניתן לטעון שזו הרעת התנאים שנובעת מהעברת מקום העבודה. אנו מאוד הולכים לקראת העובדים.

פס"ד שהולך לכיוון הפוך הוא **פס"ד זיווה טור:** הייתה שרפה בעבודה וכתוצאה מכך העבירו את העובדת לחדר שהוא פחות טוב. בסופו של דבר נקבע שאי אפשר לראות בנסיבות אלו כהרעת תנאים. עצם העברה לחדר אחר לא פוגעת כאשר יש סיבה מוצדקת להעברה. אם הרעת התנאים מגיעה מסיבה אובייקטיבית, אי אפשר לראות אותה ככזו שמעבירה לעובד מסר שמקום העבודה שלו מתנדנד. השינוי בתנאים הוא לא מספיק רציני.

פס"ד איסקוביץ: עוסק בפיצויי פיטורין. מדבר על מאמן כדורסל בקבוצת ספורט של עיריית ראש"צ. הקבוצה נקלעת לחובות כבדים ואותו בחור מריח שהספינה עומדת לתבוע. בנוסף היה עיכוב בתשלום משכורות. המאמן מתפטר, תובע בבית"ד לעבודה ומבקש את פיצויי הפיטורין כי הוא רואה שיש כאן סוג של הרעת תנאים. המפתיע הוא שבעצם הארצי הופך את החלטת האזורי וקובע שלא מגיע לו פיצוי פיטורין כי הוא לא הצליח לשכנע שהסיבה בגללה התפטר הייתה העיכוב בתשלום המשכורת, ולא החשש לנפילת אגודת הספורט. לכן, השופטים הלכו לטובת המעביד על מנת לא לעודד אנשים לברוח מהספינה כשהיא עומדת לתבוע ובכך לפגוע בה יותר.

ההכרעה הזו תמוהה כי למה אדם צריך להישאר אם הוא רואה שהעסק מתדרדר? רצו למנוע מצב בו העובדים יקבלו החלטת לא רציונלית רק כדי לקבל את פיצויי הפיטורין. המרצה חושב שזו פסיקה משונה.

העמדה של ביהמ"ש היא שזה יעודד מירוף לתחתית. אם העובדים ידעו שהקבוצה שבה הם עובדים נחלשת, הם ימהרו לברוח ואז החברה תקרוס.

חוזת עבודה אישי

בדיני עבודה יש סוג של תחולה כפולה: יש את משפט העבודה המנדטורי (לא מבחינת הבריטים אלא מהבחינה שהוא חובה), ויש את הנושא של התנאות – היכולת להתנות על חוקים אם עושים את זה בכתב ולטובת העובד, התנאה על המעמד.

בנוסף, דיני העבודה המנדטורים חלים על תשתית חוזית – יש קשר בין אנשים והסיבה שהם ביחד היא לא בגלל חוק אלא בגלל חוזה. הקושי הקונספטואלי הוא שמדובר בחוזה עם המון מגבלות. אנו מגדירים בחוזה את היחסים בינינו ככאלה שלא מקיימים יחסי עובד ומעביד, ואז המדינה אומרת שהוא כן עובד כי מבחני הפסיקה התקיימו.

מבחן ההשתלבות – תנאי לקיומו של החוזה. אנו רואים שמצד אחד אין דרישת כתב אלא דרישה להודעה, אבל מצד שני זה כן דבר שמנע את ההכרה בסרוסי כעובד לגבי רוב החוקים כי הוא היה נבחר ציבור. לחוזה יש תפקיד מתעתע בדיני עבודה וצריך להכיר אותו.

למשל: יש בלבול בין פיצויי הפרה לפיצויי פיטורין. בפסקי דין רבים בהם הוגשה תביעה על פיטורין, תהיה דרישה כפולה. האחת תהיה לפיצויי פיטורין, והשנייה תנסה לטעון שמדובר בפיטורין שהם לא כדון ולכן ידרשו גם פיצויי הפרה. הטענה – בחוזה בינינו הסמכנו שהעובד יכול להגיע בשעה 10 לעבודה. עכשיו המעביד מפטר אותו בגלל זה, ולכן זה יכול להוות עילה חוזית לטענה שיש פה הפרת חוזה בין הצדדים ולכן העובד יקבל פיצויי הפרה כי המעביד הסכים למשהו ולא מקיים.

אפשר לקבל גם פיצויי הפרה חוזיים על הפרות של הוראות חוק. למשל: עובד שניסה להקים ארגון עובדים ומעיפים אותו מהעבודה – ניתן לקבל גם מכוח חוק הסכמים קיבוציים שמגן במפורש על היכולת של עובד להקים ארגון עובד, וגם מוגן מכוח דיני חוזים – התפיסה היא שבתוך חוזה עבודה העובדים מצפים שינהגו בהם מכוח חוק, ולכן אם מפטרים אותי כי הקמתי ארגון עובדים, פוגעים בחירויות שלי ולכן נראה זאת כהפרת חוזה שתזכה מעבר לסעדים של החוק עצמו בפיצויי הפרה.

ככל שאנו רואים את זה כחמור יותר, הפיצויים יהיו יותר גדולים ללא קשר למשך הזמן שהוא עובד. ביהמ"ש בלא מעט מקרים יהיה מוכן לתת את החיוב הזה כלפי העובדים. צריך להבין את מסגרת הדיון ולא להתבלבל בנושא הזה. בשיעורים הבאים נדבר על הסכמים קיבוציים שאלה החלופה של חוזים אישיים. המסמך שהוא מכונן יחסים הוא **חוזה עבודה אישי**, ובכל מה שקשור למשפט עבודה מאורגן אז המקור המכונן הוא **ההסכם הקיבוצי**.

האם העובדה שמדובר בחוזה דורשת שנתייחס אליו כחוזה סימטרי? רעיון זה נדחה. אם בעבר השתמשו באותם נימוקים על מנת להסביר מדוע אי אפשר להתנות, היום אנו יודעים שפרשנות החוזה תהיה לטובת העובד ככלל אצבע, ותשתנה כתלות בנסיבות.

בנוסף לכך, צריך לדעת את ההבדל בין חוזה לתקופה קצובה לבין חוזה לתקופה שאינה קצובה. בהרבה מובנים ברגע שיש חוזה לתקופה קצובה והיא מתמלאת, הרבה יותר קשה לראות את סיום התקופה ככזה שמזכה בפיצויי הפרה כיוון שהתקופה התמלאה. נניח שהעסקתי עובד למשך חודשיים והתקופה הסתיימה, יהיה יותר קשה לדבר על פיצויי הפרה כי התקופה מולאה. בהרבה מקרים הסיבה שאנו מגיעים לדון בפיצויי הפרה היא בגלל שהחוזה הוא לתקופה בלתי מוגבלת.

דבר נוסף מרכזי בדיני עבודה – האם יש לעובד ציפייה שלא יפטרו אותו?

האם מותר לעובד לחשוב שהוא נשאר שם עד הפרישה? יכול ליצור מצב שבו העובד לא ירצה, או שכאשר ידעו שהמקום משאיר עד הפנסיה זה יעודד עובדים להיות עצלנים.

הסבר של המינוחים השונים:

יש להפריד בין קביעות לבין הרעיון של ציפייה להישאר. קביעות היא מילה מטעה – היא קיימת רק כאשר יש הסכם קיבוצי ולכן אין קביעות בלא ארגון עובדים. לכן, פחות נכון לומר שחוזה עבודה אישי נותן קביעות. קביעות הוא תוצר שמגיע עם חברות בארגוני עובדים שבהם קיים הסדר שכל פיטורים צריכים להיעשות בהיוועצות של הוועד ורק בהתקיימם של תנאים מסוימים.

מבחינת החוזה האישי – הוא כשלעצמו אף פעם לא מאפשר קביעות כי כל הרעיון של קביעות זה הרעיון שהועד הוא חלק מהליך הפיטורין ולכן זה לא שייך לחוזה עבודה.

ניתן לחשוב על מצב, בענף שאין בו ארגון עובדים אבל יש מקובלות שנוצרה כי הרבה אנשים מתנהלים לפי הסכמים קיבוציים, ולכן יכולה להיות ציפייה חזקה לעבוד יותר זמן, או שנראה את הפיטורין כהפרה של ציפייה מצידו של העובד גם אם לא נקרא לכך קביעות. אלה יהיו זכאים לסעדים מכוח הפרה של ההסכם הקיבוצי.

קיימות שתי גישות לשאלה הזו:

יש שני משטרים בולטים בכל הנוגע לשאלה של האם יש לעובדים ציפייה סבירה שלא יפטרו אותם מהעבודה אלא אם כן קורה משהו?

1. **JUST CAUSE** – בדר"כ זה לא קביעות אלא המעסיק צריך סיבה טובה לפטר אותי וזה דבר שהביא למושג שנקרא שימוע. כיום אסור לפטר עובדים לפני קיום שימוע. הרעיון הוא שאתה מביא את העובד ואומר לו מדוע אתה לא מרוצה ממנו, לרוב זה במכתב.

2. **EMPLOYMENT AT WILL** – אתה אחלה אך לא מתאים שתישאר, אין משמעות לשימוע, לא צריך להצדיק פיטורין. אני מעסיקה כל עוד בא לי, אין צורך לעשות שימוע. גם אם העובד מדהים, אבל אני לא רוצה אותו יותר בעבודה, אני לא צריכה להסביר לו שום דבר ולכן אין מקום לשימוע.

העניין של שימוע התחיל בסקטור הציבורי כמעין זכות במשפט מנהלי שחלה כאשר מתבצעת כלפיך החלטה מנהלית במצב בו רשות מדינתית מסיימת איתך יחסי עבודה, וזה התרחב לכלל תחומי המשפט.

שימוע: לפני פיטורין. הרעיון שאתה מביא את העובד ואומר לו ממה אתה לא מרוצה, נותנים מכתב עם הזמנה לשימוע. יש הטוענים שמדובר בהליך פיקטיבי, כולם יודעים מה הולך להיות ורק מנסים למלא חובה ללא רווח. יש גם טענה שזה יותר גרוע – כלומר אם המעסיק צריך להסביר ולייצר שימוע לא נעים המציף בעיות ומייצר אווירה של תיעוד שברוב מקומות העבודה מתקיים סוג של רישום על כל פאשלה של העובד כדי שניתן יהיה לשלוף בבוא העת על מנת להצדיק את השימוע.

עולות טענות שמעסיקים הם מאוד מתוחכמים – אם הוא מפטר 1000 איש שהוזמנו לשימוע ואף אחד לא הצליח לערער ביטחון לגבי השימוע – זה לא יכול להיות.

יש טענה ללא הוכחה בשירות הציבורי – כשאתה שולח מכתב שימוע ל-1200 איש למרות שתכננת לפטר רק 1000 ואתה משאיר 200 כדי שלא ניתן יהיה לטעון שאתה לא עורך שימוע אמיתי. המשמעות היא שיש 200 אנשים שהפכת להם את החיים סתם. אלה התוצאות ההפוכות של המשפט – משפט שבא לתקן ולעיתים מקלקל. למשל הנושא של שי לחג – אם מעסיק נותן שי לחג לעובד קבלן אז יש פסקי דין שאמרו שהוא נחשב לעובד – לכן מעסיקים הפסיקו לתת שי לחג. מבחני הפסיקה פוגעים בעובדים שרצינו להגן עליהם.

עליית האשם בדיני עבודה: דוקטורט שעשה הקבלה בין דיני משפחה לדיני עבודה. שם מראים שיש מצב אבסורדי בדיני משפחה בהם היינו מצפים שיהיה יותר מקום למוסר ודווקא שם האשם בירידה (כלומר לא מעניין מי בגד וכו'), ומצד שני בדיני עבודה שאמור להיות אינטרסנטי וקר, מתחילים לשאול שאלות של אשם. מראים זאת כמגמה במשך 100 שנה ומנסים להבין את המשמעות – עד כמה אינטואיטיבי לאנשים ולמה זה קורה. דיני עבודה מאוד מלאים באשם בגלל העניין הזה ולא ברור שזה טוב. יש זכות הצדק הטבעי במשפט מנהלי – לאפשר לנשוא החלטה להביע את עמדתו לגבי החלטה, אבל בסקטור הפרטי אין משפט מנהלי. השימוע הוא COMMON LAW – פסיקה, רוב הדברים לא מכח חוק בדיני עבודה – מיהו עובד ומעביד וכו'.

דבר אחרון לגבי הנושא של הערה מקדמית לעניין של חוזה עבודה, הוא **חוזה יחס**. הרעיון של חוזה יחס הוא שבעצם אני מפרש את החוזה, אני לא בודק את רגע הכריתה אלא שם דגש על רגע הביצוע. חוזה יחס מדבר על כך שאנו מתייחסים לכל תנאי כמשקף את התקופה שבה אנו מנתחים את המצב, אנו לא מאפשרים סוג של הקפאת מצב.

פס"ד אורי גנני: מדובר על אדם שהיה מזכיר היישוב במושב אמירים בתקופת הביניים שבה היישוב השתנה מאוד ולכן היה צורך לשנות את התפקיד בהתאם. נבחר ועד חדש ליישוב שלא אהב את המזכיר, רצה לפטר אותו והחל להצר את צעדיו. הועד רצה שהוא לא ישתמש ברכב שקיבל, למטרות פרטיות. העובד טען שזה לא בסדר כי מן הסתם הוא צריך להשתמש ברכב גם לצרכיו האישיים. בנוסף אמרו לו שהם רוצים שהוא יהיה כל הזמן ביישוב ולא יסתובב. המזכיר טען שהם הפרו את החוזה מולו, ולכן הוא רואה את עצמו כפטור מהחובות החוזיות שנקבעו בחוזה ולכן החליט שלא להגיע לעבודה.

הוא טען שיש כאן פיטורין בדין מפוטרי וגם תבע על הפרת חוזה. ביהמ"ש לא קיבל את עמדתו בטענה שהוא עצמו הפר את החוזה הפרה יסודית. ביהמ"ש אמר שנכון שביקשו ממנו להישאר ביישוב ולהשתמש פחות ברכב, אבל החוזה הוא חוזה נושם, היישוב עבר שינוי ויותר אנשים מגיעים לבקר את היישוב ולכן צריך אדם שיהיה של כל הזמן – דרישה לגיטימית. הטענה שלו להרעה תנאים לא נכונה. השאלה היא האם מדובר בשינוי בחוזה העבודה – הטענה היא שלא כי השינויים נובעים מהשינויים שנעשו במציאות בגלל שמדובר בחוזה שנחתם להרבה שנים – טענתו נדחתה.

בג"צ מילפנדר: מדבר על כבאים שנאבקו על הדרישה לחזור לעבודה במוצ"ש במקום בראשון – חוסך הרבה כסף. הכבאים התרעמו על זה כי במשך הרבה שנים הם היו חוזרים ביום ראשון ולא במוצ"ש למרות שהדרישה הזו הייתה כתובה בחוזה. הם טענו שנוצר חוזה חדש בהתנהגות, ולכן כאשר עולה דרישה שחורגת מההתנהגות הזו מדובר בהפרה של החוזה. יש כאן חוזה בכתב שאומר X, ויש התנהגות שאומרת שצריך לעשות X1/2. העובד תובע את המעביד על הפרת והטענה מבוססת על קיבול בהתנהגות – כל כך הרבה שנים חזרו בראשון והכל היה טוב ולכן זה הפך להיות החוזה ביניהם. אנו מתייחסים לחוזה כפי שהוא מובן על ידי הצדדים.

בג"צ הופך את ההחלטה של ביה"ד הארצי ואומר שמדובר בשינוי חד צדדי של חוזה עבודה על ידי ארגון איגוד הערים וקובע הלכה שמופיעה כמעט בכל פס"ד היום – **הלכת מילפנדר** – קובעת שאי אפשר לעשות שינוי לרעה בחוזה עבודה ללא קבלת ההסכמה של הצד השני. לא מדובר בחוק פיצוי פיטורין אלא בעקרון שהפך להיות עקרון יסוד לפיו החוזה הוא של שני הצדדים וברגע שמשנים את תנאי העבודה נדרשת הסכמה של שני הצדדים, וללא הסכמה השינוי ייחשב הפרה שתזכה את הצד השני בפיצוי הפרה.

עקרון מאוד חשוב! יש להבין את המגבלה הגדולה שלו. הוא מאוד אפקטיבי במקומות שבהם יש ארגון עובדים שבהם הפיטורים של העובד הם מאוד דרמטיים. לעומת זאת, אם מחליטים להפחית 25% מהשכר בשוק העבודה הפרטי (כמו שקרה במשרדי עו"ד גדולים בעקבות הקורונה, זה לכאורה נראה שיש כאן את מילפנדר, אבל ברגע שתנאי השוק לטובת המעסיק והעובד לא רוצה לעזוב, כל ההלכה הזו לא שווה כי תמיד המעסיק יכול להגיד שהוא משלם פחות ומי שלא רוצה שיתפטר. כל עוד הוא לא מוכן להתפטר כאות מחאה על ההרעה בתנאים, אין לזה שום משמעות. יש דבר שנקרא הסכמה לשינוי חד צדדי תחת מחאה. יש פרקטיקה מקובלת לפיה העובד כותב מכתב לעו"ד שלו שהוא שבו הוא אומר שהוא הסכים להרעת התנאים אבל לא מרוצה מהם. ליד החתימה כתוב "תחת מחאה".

10/6/2020 – לא היה שיעור (שבוע ראיונות)

שיעור 10 – 17/06/2020

ZOOM (נוי דרהם)

שיעור הבא נעשה אובר ויו על משפט עבודה קיבוצי – בעיקר מושגים ופחות העמקה, כדי שלפחות נכיר את המושגים. היום נסיים את הנושא של חוזה עבודה אישי ונדבר על הנושא של שוויון הזדמנויות בעבודה.

תחולה מקבילה של חוזה לחוקי המגן:

קל להתבלבל בנושא הזה, שכן התפיסה הקלאסית בדיני העבודה היא שהחוזה הוא משני לחוק. למעשה, רואים בפסיקה שכן יש תחולה של מה שלא תלוי בהתנאה והרבה ממה שדיברנו עסק בעמדה העקרונית שהולכת ונשחקת, לפיה לא משנה על מה הסכמנו אלא איך נראים היחסים על פי כל מבחני הפסיקה, הזהות של מיהו העובד והזהות של מיהו המעביד. בשנים האחרונות חוזה העבודה תופס משקל הולך וגובר, אנו מבינים שלחוזה העבודה יש נפקות ביחס ליכולת לפטר עובדים, ומה יצא ממנו בסיום מערכת היחסים. כמו במצב של פטורים שלא כדין, גם בפטורים יש הפרה של החוזה העבודה, והעובד יכול לקבל הרבה מאוד כספים נלווים למה שנקרא פיצויי פטורין מכוח החוק. דיברנו על **בג"צ מילפינדר** שעסק בחוסר היכולת לעשות שינוי חד צדדי בחוזה עבודה, וזה אחד פסה"ד החשובים ביותר בדיני עבודה – המשמעות שלו היא שלעובדים יש זכויות מכוח חוזה שלא ניתן לשנותם ללא הסכמתם, מעבר לזכויות שלא ניתן להתנות עליהן בחוזה מכוח חוקי המגן. ניתן לראות זאת גם כיום סביב הקורונה – מורים מסרבים לעבוד מעבר למה שמצוין בחוזה שלהם, ולא משנה להם מה שר החינוך או העובדה שהם היו בבית תקופה ממושכת בקורונה. גם זה בנוי על בג"צ מילפנדר ועל התפיסה לפיה מעבר לזכויות מכוח, החוקים יש לעובדים את הזכות שלא ישנו חוזים ללא הסכמתם.

בסקטור הפרטי הכוח הזה חלש יותר ממה שנשמע. הסיבה היא כי המעסיק יכול לפטר את העובד בקלות ולהגיד לו שאם הוא לא מסכים לשינוי אז שילך הביתה (כמו במצב של קשיים כלכליים). בשני הסקטורים חוסר היכולת לשנות את החוזה עבודה באופן חד צדדי חזק באותה מידה, עם זאת בסקטור הפרטי במידה והעובד לא מסכים לשנות את החוזה שלו, המעסיק יכול להגיד לו שהוא מסיים את החוזה כי אין לו כסף לשלם או שיש שינויים שמתחייבים מנסיבות חיצוניות לעבודה. לכן, גם אם העובד מסרב לשנות את החוזה, בסוף הוא עלול להיות במצב שהמעסיק מסיים את החוזה שלו. כמובן שאז עולה השאלה האם זה מוצדק. גם אם העובד יאבק על אי שינוי החוזה, המעסיק יכול להגיד שחוזה לא ישתנה אבל הם לא יעבדו יותר (מדובר בשינויים שקשורים לכלכלה ולא על כל שינוי שעולה לרוחו של המעסיק).

יש פיקוח שיפוטי על עילות השינוי. אם המעביד אומר לעובד שמעתה ואילך הוא רק עומד בעבודה ולא יושב יותר, והעובד תובע בבית"ד על שינוי החוזה וטוען שזה פוגע בכבוד האדם, סביר שביה"ד יקבע שהשינוי נוגד את תקנת הציבור ולכן ייתן סעד של אכיפת החוזה. עילת שינוי כזו לא מתקבלת (לא מגיעה מקושי כלכלי או מניע מוצדק אחר).

בעניין השימוע – התפיסה היום היא שלא כל רצון לפטר עובד תתקבל בברכה וכן בודקים את המניעים.

דוגמא: משרד עו"ד אומר שיש קורונה ואין לו כסף לשלם, לכן מפחית את שכר העובדים. עובד יכול לתבוע בטענה שיש לו זכות חוזית לסכום מסוים ולכן מדובר בהפרת חוזה. בסקטור פרטי, אין ארגון עובדים ואין קביעות ולכן המעסיק אומר שבהיעדר יכולת לשלם לעובד, אם הוא בוחר שלא לחתום על החוזה אז הולכים לכיוון של פטורין. מכאן שבסקטור הפרטי מילפנדר יותר חלש. עם זאת, בסקטור הציבורי, במיוחד במקום שיש ארגוני עובדים, יש את המושג של קביעות (חובת היוועצות עם ארגון העובדים כדי לפטר אדם), והמשמעות היא שגם אם המעסיק יכול לפטר את העובד במקום כזה העלות היא עצומה. זה מה שמגן דה פקטו על העובדים ומקשה מהצד השני על המעסיק לשנות את התנאים בחוזה ביחס לעובדים שמאורגנים בארגון עובדים, ולכן שם היכולת לפטר היא הרבה יותר חלשה.

בסוף הכלכלה תנצח את המשפט – אם יש שינויים כלכליים שמחייבים את שינוי החוזה או סיום ההעסקה. לכן פס"ד חשוב מאוד אבל לא תמיד יעבור את מבחן המציאות.

פס"ד יוחנן גולן

עובדות:

סיפור על אדם שהיו לגביו הרבה שינויים באופני התעסוקה שלו, תפסו אותו גונב מהעבודה ולכן הוא פוטר.

יש 2 דברים משמעותיים בפסה"ד:

- **שיהיו** – ביה"ד מדבר על כך שבגלל שההתנגדות לחוזה עבודה היא מאוד קשה, לא פשוט לאדם להיאבק במעביד שלו, ולכן נהיה לארג'ים ונאפשר במקרים מסוימים לקבוע שלמרות ההמתנה לא הייתה הסכמה. בפס"ד אמרו שאפילו תקופת זמן של 8 חודשים יכולה שלא להיחשב כשיהיו אלא בהמתנה שהיא לגיטימית. התפיסה בדיני עבודה היא שלא נמחר לזקוף את השיהיו לחובתו של המעסיק, ותמיד נבדוק למה העובד חיכה כל כך הרבה זמן והתעכב עם הגשת תביעה.

- **בלגן לא ייחשב כאי הסכמה** – עובד שהשתולל, עשה בלאגן וחתם על החוזה ייחשב כמי שהסכים לקבל על עצמו את תנאי העבודה החדשים. לדוגמא: אמרו לעובד להגיע ב-6 בבוקר מעתה ואילך, ובתגובה לכך הוא הופך שולחנות. העובד יטען שלא מדובר בקיבול בהתנהגות, וביהמ"ש יגיד שכן, כי אם הוא לא מסכים לשינוי שנעשה בחוזה אז היה עליו להגיש תביעה. זה שהוא עשה בלגן וממשיך לעבוד מבטא קיבול בהתנהגות של התנאים החדשים.

שאלה שעלתה בביתה: האם העובד צריך להתפטר ואז לתבוע או שהוא יכול לתבוע כשהוא עובד? הוא יכול להגיש תביעה שהוא לא מסכים לשינוי החוזה והוא מבקש סעד אכיפה. דה-פקטו זה תמיד מגיע לפיצוץ, בשוק הפרטי מאוד נדיר שמוגשת תביעה נגד מעסיק והעובד נשאר בעבודה. נדבר בהמשך על מהו הסעד העדיף בהפרת חוזה עבודה – פיצויים או אכיפה. זה קשור בשאלה של האם אפשר להיות בסכסוך משפטי עם המעסיק שלך?

פרקטיקה מקובלת בשנים האחרונות: מתי ייחשב שהעובד לא הסכים לשינוי שנעשה לו בחוזה? יש נוהג בפרקטיקה של עו"ד, לפיה עובדים חותמים אך כותבים למטה "תחת מחאה". משנים להם משהו בחוזה, הם לא מרוצים, ואז עולה השאלה האם יש משמעות לחתימה תחת מחאה לגבי ההסכמה שלהם. למעשה, בעצם החתימה על החוזה העובד מסכים להישאר בעבודה תחת התנאים החדשים וזה לא משנה אם הוא מרוצה מהם או לא. אין תשובה ברורה לגבי המעמד של החתימה הזו. בפס"ד אומרים בצורה מסויגת אבל כן חזקה שאם לא הלכת עד הסוף אז כאילו הסכמת.

הרחבה לעניין השיהיו: בפס"ד אומרים שבאופן כללי זמן המתנה של 8 חודשים עד הגשת תביעה יכול שלא להיחשב כשיהיו, אך באותו מקרה הכריעו שזה נחשב כשיהיו. תפסו את העובד גונב מהעבודה ואז פתאום הוא הגיש את התביעה, ולכן ביהמ"ש קובע שכן מדובר בשיהיו. אם לא היו תופסים את העובד גונב, אז המתנה של 8 חודשים היה נחשב בסדר וזהו זמן סביר להתלבטות של עובד האם להגיש תביעה ולהסתכסך עם המעסיק או לא. בפס"ד אכן שינו לעובד את התנאים, הוא לא הגיש תביעה ורק לאחר שגילו שהוא גנב מהעבודה הוא נזכר להגיש תביעה ומכאן שהיה שיהיו. ביהמ"ש אומר שכאשר העובדים מתלבטים האם להגיש תביעה ולפוצץ את היחסים, הם יתחשבו ויבחנו כל מקרה לגופו ולא יקבעו באופן גורף שאם העובד המשיך לעבוד אז הוא הסכים לתנאים החדשים.

ברירת המחדל היא שרק הגשת תביעה תיחשב כאי הסכמה, אך ביהמ"ש כן יכיר בכך שהעובד מתלבט עם עצמו האם לפוצץ את היחסים עם המעסיק ולכן לא תמיד יכיר בשיהיו כהסכמה כאשר העובד המשיך לעבוד כמה חודשים נוספים משינוי התנאים.

אם תהליך שינוי החוזה היה ב-2012, והעובד השתהה שמונה חודשים והוא הגיש תביעה, זה יכול להיחשב שהוא לא הסכים. אם השינוי היה ב-2012, וכיום ב-2020 הוא מעוניין להגיש תביעה – יטענו שאכן מדובר בשיהיו.

שיהיו היא טענה חוזית שאומרת שבהתנהגות קיבלת את התנאי בשינוי החוזה.

פס"ד נהרי (מדובר במספר פסקי דין וביניהם בג"צ כוכבי שעוסקים באותה סוגיה):

עוסקים בהיבט מעניין של עימות בין חוזה עבודה לדיני עבודה, ובשאלה מה קורה כאשר יש תנאי לא חוקי בחוזה שהוא לטובת העובד? כלומר, מצב בו העובדים מרוויחים בזכות תניה לא חוקית בחוזה העבודה שלהם. למשל: עובדים שעובדים רק לילות, זה עומד בסתירה לחוק אך זה טוב לעובדים כי הם מרוויחים יותר כסף ומרוצים. בנוסף לכך, תוספות השכר גבוהות יותר כאשר הן נגזרות ממשכורת גדולה יותר. אנשים שעובדים לילות מתארים שינוי רציני בחיים שלהם כי הם התאימו את החיים שלהם לסביבה העבודה לפיה הם ערים בלילה וישנים ביום.

*עלתה טענה בפס"ד שאומרת שיש כאן פטרנליזם ושלא הגיוני שהמדינה תתערב להם ותקבע להם באילו שעות במהלך היום הם יעבדו.

*בנוסף לכך, עלתה טענה לפגיעה בדמוקרטיה לפיה אם אנשים ישנים ביום אז אפשר לגנוב את המדינה בלי שהיא תשים לב כי יש כאלה שיקבלו יותר כסף פר שעה (המרצה לא הבין את הטענה הזו בעצמו ולא משוכנע בצדקתה). ברור שלאנשים שונים יש העדפות שונות לזמני עבודה שונים ולכן הטענה שככה יגנובו כסף מהמדינה היא טענה לא משכנעת. ניתן לומר מהצד השני שיש כאן פגיעה בזכות לאוטונומיה של העובדים להחליט על חייהם.

החוק כיום לא מאפשר לעבוד רק לילות, ולכן יש וויכוח בין השופטים בפסקי הדין סביב השאלה של מה קורה בביטול החוזה? כלומר, האם רואים בכך חוזה לא חוקי כפי שמופיע בחוק החוזים – שם יש לקחת בחשבון את האינטרסים של הצד הנפגע.

השופט אלישבע ברק בדעת מיעוט – אומרת שבביטול החוזה הם אכן לא יעבדו לילות אבל הם ירוויחו כאילו שהם עובדים לילות. הסיבה שהמדינה מחליטה להפוך את החוק היא כלכלית מתוך רצון לחסוך כסף ולגמרי לא מגיעה מתוך מקום של שמירה על זכויות העובדים. לכן, דעתה של השופטת מעקרת את המהלך של השינוי בחוק.

לדעת המרצה יש משהו בדבריה של השופטת. היה אדם שעבד 9 שנים לילות, ופתאום המדינה החליטה לשנות את החוק. מי שסופג את עלות השינוי ונפגע ממנו הוא העובד, ולכן ניתן למצוא הצדקה לדעתה **(לא ברור אם זו ההלכה שהייתה עד**

בג"צ כוכבי – המרצה דיבר על הכל בבלאגן).

הנשיא אדלר – טוען שצריכה להיות הסתגלות למצב החדש. לא ייתכן שאנו נשאיר אנשים לקבל שכר כאילו שהם עובדים לילות ללא הגבלת זמן, בעוד שהם לא עובדים בפועל. זה היה המצב בנהרי, אחרי כמה שנים הגיע **בג"צ כוכבי** (מישהי שעבדה בתור מטפלת במעון ולא הייתה מרוצה מההחלטה של אדלר לגבי פיצויי הסתגלות), שם הייתה נסיגה גדולה יותר של בהמ"ש שאמר עם כל הכבוד והצער שבדבר אנו מבטלים את הלכת נהרי ואנו לא רואים פה את הרצון של המדינה לשמור על החוק כדבר שהוא כזה נורא. נקבע שיש לתת פיצויי הסתגלות אך מינימליים יותר – מדברים על התכלית הראויה של חוק שעות עבודה ומנוחה, חשוב שאנשים ינחו ולא ראוי שתהיה התנאה על החוק הזה.

בבג"צ כוכבי קובעים שאין סמכות להמשיך לשלם באופן לא חוקי, ושיש לתת פיצוי לעובד (להבנתי מדובר בפיצויי הסתגלות לשינוי), בהינתן שעילת השינוי החד צדדי בחוזה היא לשמור על חוק שתכליתו ראויה.

בהרחבה: בעבר היו עובדים שעבדו רק לילות. השאלה היא מה קורה כאשר המדינה מחליטה פתאום שהיא רוצה לשמור על החוק? הגישה ההיסטורית (מחלוקת בין ברק ואדלר) – **ברק** אמרה שיש להמשיך לשלם להם ולאפשר לעובדים להמשיך לעבוד באופן לא חוקי כי הזכויות של העובדים חשובות יותר. **אדלר** אומר שלא יכול להיות שביהמ"ש ייתן ידו להפרת החוק ולכן הוא מציע פיצוי קטן יותר. מרים כוכבי הגישה תביעה שהגיעה לבג"צ וטענה שלא ראוי לאפשר למי שהתנהל באופן לא חוקי לדרוש לשינוי, היא מעלה מעין טענת השתק לפיה אם נהנית ממעבר על החוק אז מה נזכרת עכשיו שזה לא מתאים לך (כדאי לקרוא את פס"ד כי ההסבר לא היה ברור לגמרי).

ההכרעה בבג"צ כוכבי אומרת שהחוק גובר. כלומר, היה משהו לא חוקי וגילינו אותו ולכן לא נאפשר להמשיך לעבוד על החוק. מבינים את המצוקה של העובדים ולכן מעניקים פיצוי שמאפשר להם להסתגל למצב החדש. עצם העובדה שהם עבדו רק לילות לא מקנה להם זכות לנצח לעבוד לילות.

פס"ד כוכבי הוא ההלכה היום!

סיום יחסי עובד ומעביד: סעדים

ניתן לראות בשנים האחרונות שינוי מגמה במתן הסעדים לטובת העובדים. **בחוק החוזים (תרופות)** יש סעיף שאומר שלא נותנים סעד של אכיפה במתן שירות אישית. הרעיון הוא שאם יש סכסוך או יחסי עבודה עכורים לא ניתן לבוא ולחייב את המעביד להמשיך ולדון בכפיפה אחת עם העובד.

המעסיק אומר שלא יכול להיות שיחייבו אותו להעסיק עובד שתבע אותו. יש כאן פגיעה באוטונומיה ובזכות הקניין שלו והוא לא מעוניין שעובדים שניסו להזיק לו ימשיכו לעבוד אצלו. העמדה הזו נשחקת עם השנים וכיום אנו רואים יותר ויותר סעדי אכיפה. כאמור, בעבר הייתה תפיסה לפיה לא ניתן לחייב את המעסיק ולכן הסעד העיקרי להפרות של חוזה עבודה צריך להיות פיצויי הפרה ולא אכיפה. התפיסה המודרנית רואה בסעד האכיפה ככזה שניתן לתת אותו כאשר יש נסיבות שהופכות את סעד האכיפה לסעד עיקרי. לפעמים ההפרה החוזית נובעת מפגיעה בחוק. דוגמא: מתי הפיטורים עצמם הם ההפרה של החוק? כאשר אישה נכנסת הריון. כאשר מעסיק מפטר אישה בהריון, הפיטורים עצמם הם הפרה של חוק, כי יש הנחה שאם חתמתי על החוזה אז הנחתי שהוא יקיים לפי החוק.

דוגמא נוספת: פיטורין של עובד בשל פגיעה בחופש ההתארגנות. מישהו מנסה להקים ארגון עובדים במקום שהוא לא מאוגד, המעסיק מגלה ומעיף אותו מהעבודה. זה ייחשב להפרה של החוק (**חוק הסכמים קיבוציים** שעוסק בנושא של חופש ההתארגנות).

הקלף החזק הוא כלכלה – אם מעסיק יטען שאין לו כסף לשלם אף אחד לא ידבר איתו. איך מוכיחים שמדובר בכלכלה? זה מסובך להוכיח קש"ס בין המצב לבין מה שקרה. למשל: אנשים תפסו טרמפ על הקורונה ופיטרו עובדים סתם למרות שלא הייתה להם התדרדרות כלכלית. לכן מוגשות תביעות שמבקשות הנמקה לכך שאין להם כסף, או שהפיטורים הם הפתרון המידתי.

מתי יינתן סעד של אכיפה?

- במצבים בהם יש חוסר תום לב.
- במצבים בהם יש הגבלות של הסכם קיבוצי שאוסרות על פיטורים ללא היוועצות עם ועד העובדים. הרעיון הוא להגן על עובד ואם הסעד שיינתן יהיה פיצויי הפרה, עדין העובד מוצא את עצמו מחוץ לעבודה.
- חוק שעוסק בהגנה על תואר המידות – אם אדם חושף שחיתות במקום עבודתו ורוצים לפטר אותו, המחוקק קבע שסעד האכיפה הוא הסעד העיקרי כי לא רוצים לאפשר למעסיק להיפטר מהעובד ש"עושה לו בעיות".
- בפסיקה נוטים יותר לאפשר סעד אכיפה כאשר המעסיק הוא מעסיק ציבורי. התפיסה היא שהפגיעה בחופש הקניין היא חלשה יותר כאשר מדובר במעסיק שהוא ציבורי – זה לא באמת שלו ולכן בהמ"ש יהיה מוכן להתערב בקלות יותר ביכולת שלו לחייב את המעסיק לקלוט עובד שהוא לא מעוניין בו.

יש מקרים בהם ההשארה של העובד במקום עבודתו תפגע במרקם ולכן סעד האכיפה לא יהיה כדאי (בדרי"כ במקומות עבודה קטנים). למשל: עוזר בחנות מכולת מגיש תביעה נגד הבעלים של המכולת ומנצח. אם נחייב את בעל המכולת להעסיק את

העובד – זה לא הגיוני. לכן יש מקום לבוא ולהגיד שזה לא אידיאלי לתת סעד של אכיפה. לעומת זאת, במקום עבודה שהוא גדול יש יותר מקום לסעד אכיפה כי ישנן פתרונות להשגת העובד ללא עימות עם המעסיק כמו למשל העברה למחלקה אחרת וכו'.

פס"ד הורן את ליבוביץ

קבוצה של נהגי אוטובוס מנסה להקים ארגון עובדים. יש שם בעיות של אלימות קשה. בסופו של דבר המעסיק אומר שהוא משלם כל הון שבעולם כדי שהם לא יהיו יותר בעבודה. ביהמ"ש אומר שזה לא ייתכן. במצב כזה המעסיק חייב להשאיר את העובדים מהסיבה הפשוטה שאם עובדים ידעו שמי שמנסה להקים ארגון עובדים ייפלט החוצה, זה מאיים ישירות על חופש ההתארגנות. מעסיק שעובר על חוקי המגן פוגע בתקנת הציבור. פס"ד קבע שלא ניתן לפגוע בעובד שמנסה להתארגן ושיש חובה להשאיר אותו במקום העבודה. מכאן, חופש ההתארגנות גובר על זכות הקניין ולכן סעד האכיפה יהיה העיקרי ולא סעד הפיצויים. (כיום יש הרבה עובדים שאומרים שהם ניסו להקים ארגון עובדים על מנת להקשות על פיטורים)

סלידה מאגודים – הרבה מעסיקים לא אוהבים את הרעיון שיהיו להם ארגוני עובדים במקום העבודה. הם מוכנים לשלם הרבה כסף כדי שלא יתערבו להם בניהול.

יש גם את המקרה הפוך, שבו הזכות לקניין גוברת על חופש התארגנות. לא תמיד ברור שאנו רואים בפיטורים הפרה של חוזה, אנשים באים ואנשים הולכים, מי אמר שיש לעובד ציפייה חוזית להמשיך לעבוד באותו מקום כל החיים?

פס"ד יוסי גוטרמן נ' מכללת עמק יזרעאל: מרצה שלא חידשו לו את חוזה העסקה ולא הייתה לו קביעות. הוא ניסה לטעון שהסיבה שרצו להיפטר ממנו היא שהוא ניסה להקים ארגון עובדים – טענה שנדחה. בסופו של דבר מגיעים למסקנה שהפיטורים היו הפרת חוזה בין היתר כיוון שהשימוע לא נעשה בצורה טובה והיה ריק מתוכן. ברגע שיש פיטורין שנעשו ללא שימוע, נראה בכך לעיתים הפרה של חוזה עבודה מתוך הציפייה של העובד שיסבירו לו בצורה סבירה מדוע מפטרים אותו, ויתנו לו הזדמנות להתווכח עם הטענות. קיבל פיצוי של 100 אלף שקל על שימוע שלא קיים כדין.

איסור אפליה והבטחת שוויון הזדמנויות בעבודה (חלק מהפרק של חוקי המגן)

יש להכיר את **חוק שוויון הזדמנויות בעבודה** ובעיקר את העילות שהורחבו מאוד בשנים האחרונות. בעבר היו רק 4-5 קטגוריות ובשנים האחרונות נוספו נטייה מינית, פוליטית, גיל, שירות מילואים, הורות וכו'.

ניתן לראות בלשון של החוק שיש תיקונים לגבי העילות מכוחן ניתן להגיש תביעה. אם בעבר זה היה רק על פיטורים או קבלה לעבודה, היום נוספו 5-6 קטגוריות שקשורות לדברים נוספים ובין היתר לשליחה להכשרה מקצועית. למשל: היו נשים שתבעו על כך דילגו עליהן בשליחה להכשרות מקצועיות. לא ראינו זאת בעבר ולא חשבנו שנדרשת ביקורת חיצונית סביב התחום של השתלמויות. למעשה מתערבים למעסיק בבחירה את מי הוא שולח להכשרות האלה – וההסתכלות היום היא ממשקפיים של שוויון. יש הרחבה של החוק גם בפן הרוחבי של הקטגוריות וגם בפן המהותי של על מה אני יכול לתבוע.

המרצה אומר שישנו בלבול בין המושגים הבאים:

שוויון – הכוונה לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

התאמות – מדובר בזכויות יתר שניתנות לאוכלוסיות מסוימות ולא ממקום של שוויון. למשל חוק עבודת נשים (להכיר), החוק שונה מחוק שוויון הזדמנויות ומטרתו לתת לנשים זכויות יתר בתקופות רגישות בחייהן. זה לא קשור לשוויון כמו חוקים שעוסקים למשל באנשים בעלי מוגבלויות. אלא חוק שמדבר על התאמות ונותן זכות יתר לנשים.

העדפה מתקנת – מכסות שיש בחוק, מכרזים של השירות הציבורי לתקנים במקומות עבודה ששמורים ליוצאי העדה האתיופית, בעלי מוגבלויות וכו'. לעובד המסוים אין פריבילגיה כי הוא משתייך לקבוצת מסוימת, אלא מראש יש פגיעה בשוויון על מנת לטפל בעוול שנעשה קודם ולכן נקלט רק אנשים מקבוצות מסוימות בחברה. חוקים שצריך להכיר: חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, חוק שוויון הזכויות לאנשים עם מוגבלים, חוק עבודת נשים (זכויות יתר של נשים סביב הריון ולידה), חוק גיל פרישה שווה לעובד ולעובדת (אפליה מחמת גיל). היה בג"צ בו טענו שגיל הפרישה הוא אפליה מחמת גיל. טענה בעייתית לדור הצעיר כי המשרות בשוק מוגבלות ולכן הם לא ימצאו עבודה אם המשרות לא ייפתחו ויאפשרו לעבוד עד גיל מאוד מבוגר.

פס"ד גס טטנר

יש רכיב פלילי בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. במקרה הזה דובר על הליך פלילי שנוהל בעקבות פרסום מודעה של "דרוש עובד". המדינה מגישה תביעה פלילית כנגד גס טטנר כיוון שהוא פרסם מודעה שמנוסחת בלשון זכר. גס טטנר אמר שמדובר בעבודה שקשורה לסחיבה של מכונות צילום כבדות ולכן המודעה מנוסחת בלשון זכר. נערך דיון סביב השאלה עד כמה מדובר בטענה לגיטימית לפיה נדרשים אנשים חזקים על מנת לסחוב מכונות. סטטיסטית יש יותר גברים שיכולים לסחוב מכונות כאלה ולתזז ממקום למקום ולכן יש כאן הצדק עסקי.

עד כמה מותר לי להשתמש בפקטורים שיש בהם אלמנט מכלילי אך שעוזרים לי בתהליך קבלת ההחלטות? הטענה מהצד של החברה היא שלמעשה כל תהליך המיון הוא מפלה. מה הכוונה? כמו שמקומות עבודה מקבלים רק מציון פסיכומטרי מסוים ומעלה, זה גם מפלה במובן מסוים. יש מגזרים שיותר קשה להם להצליח בפסיכומטרי. למעשה בהרבה מקרים לוקחים פקטור ומשתמשים בו לנבא את הכישורים של מי שאתה בוחר לקבל לעבודה. אז מה שונה בין מה שהוא עשה, לפיה אפליה מהסוג הזה?

במשפט האמריקאי יש הבחנה חשובה בין המושגים הבאים:

- תביעות על הפליה ישירה
- תביעות על הפליה עקיפה

השאלה היא האם הפגיעה היא ישירה או פגיעה עקיפה כמו למשל קבלה לעבודה רק אם קיבלתי ציון פסיכומטרי מתאים. בפסיקה האמריקאית דורשים מהמעסיק להוכיח שאכן המבחן הפסיכומטרי באמת מנבא את ההצטיינות בעבודה.

נחזור לשאלה מפס"ד, **עד כמה מותר למעסיק להשתמש בפרמטר שיש בו הגיון אבל הוא מכלילי?** ברור שיש נשים שיותר חזקות מגברים, עם זאת בהסתכלות על ממוצע גברים הם חזקים יותר מנשים. עד כמה מותר להתייחס לממוצעים כפקטור מכריע? זהו וויכוח בסיסי של אפליה. ישנה אפליה גם מחמת גיל – מחד גיל הוא רק מספר ויש אנשים בני 60 שהם בריאים יותר מאנשים בני 40 ולכן לא בהכרח שבחור צעיר יותר יעבוד טוב יותר. אך גם בקורונה השתמשנו בגיל כמנבא סטטיסטי לקבוצת סיכון למרות שיש התרעמות על כך. לא ברור שהגיל לבדו גורם סיכון עצמאי (במנותק משאלת מחלות הרקע). כלומר יש מקרים בהם לא ניתן להתייחס לאדם כחלק מקבוצה.

הקביעה היא שאסור להכליל. יש גם מקרים בהם נשים יותר חזרות מגברים ולכן אסור להכליל. יש לבדוק כל מקרה לגופו. עולה שאלה מעניינת מהכיוון ההפוך – אם יש בחור בן 60 שמקום העבודה אומר לו שהוא איטי יותר במחשבה בשנים האחרונות ולכן מפטרים אותו לפני גיל הפרישה? מה הדין? זה גורם לעלבון לאדם הזה ששלחו אותו הביתה וזה הרבה יותר קשה מאשר להגיד שהגענו לגיל פרישה ולכן חייבים לפרוש.

פס"ד שרון פלוטקין

מציג מקרה חריג בתחום של אפליה בעבודה. מדבר על קבוצת תביעות שהיא לא שכיחה שבה אנשים תובעים על ראיון העבודה עצמו. מדובר על אישה שרצתה להיות אשת מכירות והמעסיק אמר לה "מיידלה, אם תהיי אשת מכירות לא תצליחי להתחתן אף פעם". היא נעלבה מהאמירה הזו והגישה תביעה.

בפרוטוקול המעסיק גם הפלה וגם הודה בכך. יש להבין את נטל ההוכחה מבחינת דיני העבודה. הקושי הוא להוכיח. בנוסף לכך, בפס"ד בסוף קיבלו אישה אחרת לתפקיד ועולה השאלה האם העובדה שבסוף נכנסה מישהי אחרת לתפקיד משאיר מקום לתביעה? הרי קיבלו אישה אז אולי אין אפליה מגדרית. המרצה/פס"ד מעלים טענה של "בזכות הנשים הבינוניות". הטיעון הוא כזה: כל השיח של שוויון מגדרי מתעסק בנשים כוכבות – נשים שהן מוצלחות וטובות. הטענה הזו ניצחה לפיה יש לאפשר לנשים שהן לא הכי טובות לקבל את אותו מעמד של גברים שהם לא הכי טובים. כלומר זה ששכרו מישהי במקומה של כוכבת על לא מרגיע כי יכול להיות שאם היה מגיע גבר שהוא היה עם אותם כישורים כמו שלה, היו לוקחים אותו לעבודה. הסיבה שלא שוכרים את אותה אישה היא כי היא לא הייתה מספיק טובה.

לכן מה שהיא צריכה להראות/להוכיח שעצם זה שלקחו אישה במקומה זה לא אומר שיש אפליה, אלא שאם היה גבר במקומה עם אותם כישורים כמו שלה ולא של "כוכב" היו לוקחים אותו.

בסוף היא קיבלה 50 אלף ללא הוכחת נזק. הטענה העמוקה שיש בה היגיון היא שמנסים להפסיק את המאבק ולשאול "מה היה קורה אם היה גבר שמתחרה מול אישה".

ההלכה היא שמעבר הנטל לא תובעני, זה ששכרו אישה לא מוכיח כלום. את שרון הפלו כי הוא אמר לה "מיידלה". היא תובעת כשרון ולא באישה, ואותה הפלו ואישה אחרת לא הפלו. זה לא משנה בכלל למי היא הפסידה או את מי לקחו במקומה. היא לא צריכה להפסיד לגבר כדי שהיא תהיה מופלה מחמת המגדר.

ראשית ראייה – החוק מדבר על כך:

פס"ד מישל מלכה נ' התעשייה האווירית

מישל מלכה היה מיוצאי עדות המזרח והגיש קורות חיים למשרה. לאחר שהגיע לראיון או עוד קודם אמרו לו שלא מחפשים עובד ולכן זה הרגיש לו משונה. הוא הגיש שוב קורות חיים אך קרא לעצמו בשם אשכנזי. זוהי ראשית ראייה – עצם העובדה שהוא הגיש אותם קורות חיים עם שם אחר, מספיק על מנת להגיד שנטל ההוכחה עובר כעת למעסיק להראות שהמוצא העדתי לא השפיע על האופן שבו התייחסו לאותו מועמד ולקורות החיים שלו.

פס"ד רקנט

תביעה של דיילי קרקע על אפליה מחמת גיל. קבוצה של דיילים מעל גיל 60 מגישים תביעה נגד אלעל בטענה של אפליה מחמת גיל. כל התביעות של הדיילים התקבלו כבר בבג"צ עצמו שאמר שברור שמדובר באפליה מחמת גיל ושסאסור לעשות זאת. המרצה ממליץ לקרוא את פס"ד.

הסיפור מגיע לדיון נוסף כי יש תיקון בחוק שוויון הזדמנויות שהוסיף גיל כקטגוריה מוגנת בחוק. בדיון נוסף רצו לקבוע שזה לא רק אפליה מחמת גיל כשמעטו בחוק, אלא גם פגיעה בתקנת הציבור וזאת על מנת שההכרעה תחול על העובדים שהפרישו אותם מאל-על לפני שהחוק שונה.

דעת הרוב – פוסלים את ההסכם הקיבוצי.

בפס"ד עלתה טענה שאמרה שלא מדובר באפליה על בסיס גיל אלא אפליה בין קבוצות אך היא נדחתה. בפס"ד עלה גם העניין של המידתיות – מבחני המידתיות והצורך של המדינה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. גם כאן מחילים את המבחן על האפליה ואומרים שגם אם מה שאתה עושה הוא נצרך ורווחי לעסק שלך, זה חייב להיעשות תחת מבחני המידתיות. כלומר, יש לשכנע שהפתרון להפריש עובדים בגיל מסוים הוא הכי מידתי.

אל-על טענה שדיילים נדרשים לחזק פיזי רציני כי אם המטוס מתרסק בלב הים הם צריכים פעול.

כמה רחב ההצדק העסקי?

ס' 2 לחוק שוויון הזדמנויות מדבר על כך שהאפליה תיחשב מוצדקת אם היא נגזרת מאופי התפקיד. למשל הרב הראשי יהיה גבר כנראה. ברור לכולנו שיש הצדקה עסקית שמאופי התפקיד הוא משתייך למגדר מסוים. אל-על אומרת שהנוסעים מעדיפים שהדיילים יהיו צעירים ואטרקטיביים. **השופט ברק** מדבר על כך שהעדפות פוסלות לא יכולות להיחשב כהצדק עסקי. כלומר גם אם זה יביא לרווח כלכלי זה לא יכול להתקבל כי יש לנחנך לכך שהעדפות פוסלות לא יקבלו מקום.

שיעור 11 – 24/06/2020

zoom

חופש ההתארגנות

חופש ההתארגנות הוא חלק ממשפט העבודה הקיבוצי. מדובר על נושא מאוד גדול ובשל דוחק הזמן לא נכנס לעומקו. לדעת המרצה, משפט העבודה הפרטי נוגע ליותר אנשים מאשר משפט העבודה הקיבוצי ויש מספר קטן מאוד של משרדי עו"ד שמעסקים בתחום.

עד **לפס"ד רמתא** מעט מאוד משרדי עו"ד התעסקו והחזיקו מחלקות של דיני עבודה, אך לאחריו יותר ויותר משרדים הכניסו מחלקות כאלה והחלו להתעסק בתחום, ויתרה מכך התחום הפך חלק מבדיקות הנאותות שמשרדי עו"ד לחברות.

כללי – החופש החוקתי להתארגנות

הנושא הראשון עליו נדבר, ונרחיב בו פחות עוסק במושג – החופש החוקתי להתארגנות. ישראל חתומה על מספר לא מבוטל של אמנות בנושא והמשב"ל מתעסק בזה רבות. מדובר על 2 קטגוריות:

1. **הפן פוזיטיבי – לכל עובד הזכות להצטרף לארגון עובדים.** מכך קמה הזכות להקים ארגון עובדים והאיסור לפטר עובד המבקש להצטרף לארגון או לאגד ארגון, כמו גם הפיצויים והסעדים הנובעים מהפרת איסור זה.
2. **הפן נגטיבי – החופש לא להתארגן.** זה דבר שבעבר פחות דיברו עליו. במשפט ההשוואתי יש המון עיסוק ביחס בין 2 החירויות.

יש מתח בין הפן החיובי לשלילי – כשנותנים יותר מידי זכויות בפן השלילי, אנחנו מקשים מידי על הפן החיובי. למה? מבחינה תמריצית, לכל אדם יש הנטייה להיות טרמפיסט על ארגון העובדים, במובן של לתת לו לעבוד ולא להתערב ולהצטרף וכשהקולקטיב מנסה להתארגן ולדרוש את ההשתתפות על מנת לאפשר לו באמת את יכולת הפעולה אנשים נרתעים ולא נותנים יד. כלומר, מעצם היכולת לא להצטרף לארגון העובדים אנחנו מאוד מקשים. אכן, אנחנו מאוד רוצים לתת לאנשים את היכולת לא להיות חלק, ובמונחים פילוסופיים אין זכות חיובית בלי הזכות השלילית, אך יש בכך קושי.

מהי צורת ההתארגנות האופטימלית מבחינת האתוס של דיני העבודה הקיבוציים? האם אנחנו יותר רוצים צורות התארגנות שהם סביב מקום עבודה או סביב מקצוע? למשל: בבר אילן יש 3 קבוצות של סגלים – זוטר, בכיר ומנהלי ולמעשה זה מחולק הן לצורת התארגנות סביב מקום העבודה, אך גם במובן מסוים סביב מקצוע; רופאים מאוגדים לפי המקצוע – האר"י, ואין זה משנה איפה הם עובדים.

ישנו קושי גם בהתארגנות: בארגונים גדולים יותר, המשמעות בפועל היא שמי שמנהל את המשא ומתן דואג בדבר"כ לשכבה החזקה של ארגון העובדים וההישגים הגדולים הולכים אליה, בעוד הקבוצות החלשות יותר נותרות באיזשהו מקום ללא הגנה. נרחיב על כך בהמשך. דוגמה: בין ארגון אר"י לבין המתמחים שהקימו לאחרונה איגוד משל עצמם.

פס"ד ארגון סגל המחקר במערכת הביטחון

פסה"ד עוסק בשאלה של חופש ההתארגנות.

רקע: משרד הביטחון הוא משרד מאוד גדול המחזיק בשורותיו אלפים רבים של עובדים. עובדים המחקר של רפא"ל, ביקשו לפרוש מארגון העובדים של עובדי המחקר במשרד הבטחון בטענה שהם לא מרגישים שיש דאגה לאינטרסים שלהם והם הולכים לאיבוד, ומשום כך הם מבקשים לפרוש מההסתדרות. ההסתדרות טענה כי הם לא יכולים לפרוש, שכן הם מייצגים אותם ואין להם מספיק אנשים כדי להיחשב גדולים מספיק על מנת לפרוש ולהיות ארגון עובדים שיכול לחתום על הסכם קיבוצי (שכן לשם כך נדרש שארגון העובדים יהיה יציג, דבר שנקבע לפי הגודל).

דעת הרוב – הולכים לקראת העובדים כשהם רוצים לפרוש.

בפסה"ד יש דעה של **הנשיא אדלר** – מצד אחד זו דעת המיעוט, אך בסוף כשמדברים על ההלכה של פסה"ד תמיד מזכירים את המבחנים שלו. אדלר לא אהב את גישתה של דעת הרוב, שכן הדבר יכול ליצור קשיים לא מבוטלים ולהביא לחוסר יציבות במקום העבודה, דבר שלא בריא למקום העבודה.

לכן הנשיא אדלר מציע 5 מבחנים שבהתקיימותם יוכלו העובדים לפרוש (**מצטבר, אבל רך**):

1. יחידת מיקוח עצמאית.
2. היחס של יחידת המיקוח לארגון הגדול יותר.
3. עד כמה מדובר בקבוצה ייחודית.
4. כמה ההיתר לפרוש משפיע על זכויות היסוד של חופש ההתאגדות.
5. מה תהיה ההשפעה של הפרישה על יחסי העבודה במפעל במצב שיהיה יותר מארגון אחד במקום העבודה.

הסכמים קיבוציים:

סעיף 1 לחוק הסכמים קיבוציים – הגדרת הסכם קיבוצי (תיקון מס' 9) תשע"ד-2014

1. הסכם קיבוצי הוא הסכם בין מעסיק או ארגון מעבידים לבין ארגון עובדים שנעשה והוגש לרישום לפי חוק זה, בעניני קבלת אדם לעבודה או סיום עבודתו, תנאי עבודה, יחסי עבודה, זכויות וחובות של הארגונים בעלי ההסכם, או בחלק מענינים אלה.

שני סוגים של הסכמים קיבוציים:

סעיף 2 לחוק הסכמים קיבוציים – סוגי הסכמים קיבוציים (תיקון מס' 9) תשע"ד-2014

2. שני סוגים בהסכמים קיבוציים:
 - (1) הסכם קיבוצי מיוחד – למפעל מסוים או למעסיק מסוים – 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 הענין.

לפי ס' 2 יש 2 סוגים של הסכמים קיבוציים:

- **הסכם קיבוצי מיוחד** – עובדים של ארגון ספציפי יחתמו על הסכם מיוחד. דוגמה: עובדי חברת חשמל שחתמו על הסכם קיבוצי (יש להם מעסיק אחד, זה לא ארגון חשמלאים).
- **הסכם קיבוצי כללי** – עובדים של תחום מסוים. ההסכם יחול באופן גורף בכל הארץ. דוגמה: הסכם קיבוצי בענף השמירה / תיירות / בנייה.

ארגון עובדים = החוק לא מגדיר מה זה, אך יש הגדרה בפסיקה.

יציג = רלוונטי לשאלה איך יודעים להגיד האם כמות העובדים שרוצה להיות חלק מארגון העובדים החדש שרוצים להקים מספיק גדולה. יש יותר מהגדרה אחת. מוסבר בהמשך.

סעיף 3 לחוק הסכמים קיבוציים – ארגון יציג לגבי הסכם קיבוצי מיוחד

3. 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.

סעיף 4 לחוק הסכמים קיבוציים – ארגון יציג לענין הסכם קיבוצי כללי

4. ארגון יציג של עובדים לענין הסכם קיבוצי כללי הוא ארגון עובדים שעם חבריו נמנה המספר הגדול ביותר של עובדים מאורגנים שעליהם יחול ההסכם.
באן מתחיל הנושא של יחידת המיקוח.

ס'3: סעיף זה מתייחס לעניין יחידת המיקוח. העובדים שרוצים להקים ארגון יציג צריכים לכלול לפחות שליש מכלל העובדים שעליהם יחול ההסכם. נניח שיחס העובדים בין עובדי משהב"ט לבין עובדי רפאל הוא 1:10, ו-700 מתוך 1000 העובדים של רפאל מבקשים להקים ארגון עובדים. ברי כי אין מדובר ב-1/3 מכל העובדים זו לא כמות מספקת כדי להקים ארגון, אך זה בדיוק יחידת המיקוח – ברגע שמראים שהם חלק מיחידה מספיק מובחנת מאפשרים ללכת לקראתם ולאפשר להם לראות עצמם כקבוצה מובחנת להקים ארגון עובדים. ההגדרה של ארגון עובדים יציג רלוונטית מאוד משום שרק ארגון כזה יכול לחתום על הסכם קיבוצי.

ס'4: אם מדובר בהסכם כללי, קשה למנות את כלל העובדים בארץ ולכן מספיק להראות שרוב העובדים שעליהם יחול ההסכם הצטרפו לארגון. ההבדל הוא שצריכה להיות הצטרפות כללית לארגון ולא רק לעניין הסכם מסוים, בניגוד להסכם קיבוצי מיוחד שבו יכולה להיות הצטרפות רק לצורך הסכם מסוים. כאן, אין לנו את דרישת ה-1/3, בין היתר כי זה קשה יותר להבין מהו 1/3 מעובדים הבניה למשל ודיי להראות שהוא הארגון הגדול יותר אם יש תחרות לצורך העניין. בנוסף, אין דרישה להראות ייצוג לעניין אותו הסכם – בארגון עובדים מיוחד יש אפשרות לעובדים להצטרף רק להסכם ספציפי בארגון העובדים מבלי להצטרף לארגון, בעוד בארגון עובדים כללי אין דבר כזה.

לסיכום, דיברנו על 4 מושגים:

- ארגון עובדים
- הסכם קיבוצי
- יציגות
- יחידת מיקוח

פס"ד דלק (לא צריך לקרוא את פסה"ד)

פסה"ד עוסק בהשפעות עקיפות והחשש הגדול מ-chilling affect. מעסיקים כמעט באופן לא רציונלי לא רוצים ארגוני עובדים. אמרנו בפס"ד הורן והראנו עד כמה רחוק המעסיקים מוכנים ללכת לשם כך.

בפסה"ד מדובר על התנגשות בין הפורגטיביה הניהולית לקיצוץ לבין חופש ההתארגנות. קרה מצב בו דלק הייתה צריכה מאוד לצמצם, כאשר את מי שרצתה לצמצם היה את העובדים היקרים שהם העובדים המאורגנים.

זו הבעיה הגדולה של ארגוני עובדים – ברגע שמשיגים הרבה זכויות, הופכים את החברים בארגון לעובדים עם "מטרה על הגב", משום שכשיגיע משבר ויהיה צורך למעסיק בחסכון בעלויות יהיה צורך לצמצם משאבים ואלו בד"כ יהיו העובדים המבוגרים יותר, עם פחות מוטיבציה וכו'.

פסה"ד פורט את הניתוח שביה"ד צריך לעשות כאשר אחוז המפוטרים הוא גבוה מידי מתוך החברים בארגון מאשר מתוך אלו שאינם חברים: כלומר, החשש הוא שהמסר שיועבר לעובדים מהליך הפיטורין זה שנחמד לקבל זכויות, אבל זה מגיע עם סיכון גדול – מחשש לגרום לאנשים לא לרצות להיות חברים בארגון, ובכך אנחנו רואים פגיעה בחופש ההתארגנות.

כלכלנים רבים לא מסכימים עם התפיסה הזו – צמצום כלכלי זה ג'וקר, וברוב המקרים ביה"ד הולכים אחורה משום ששרידות העסק היא אינטרס הן של המעסיק והן של העובדים.

אם כן, לפי פסה"ד לא צריך להראות שום כוונה לפגוע בארגון העובדים כדי להסיק פגיעה בחופש ההתארגנות, אלא דיי להראות חשש מ- chilling affect ע"י כך שנראה התפלגות פיטורין שונה לחלוטין של עובדים מאוגדים לעומת הלא מאוגדים.

פס"ד דוד אופק (לא צריך לקרוא את פסה"ד)

פסה"ד מדבר על התארגנות של המשטרה וקובע שסוגיות הבטחון גוברות על חופש ההתארגנות – זו הסיבה שאין ארגוני עובדים לצבא ולמשטרה.

לדעת המרצה – לכוחות המשטרה שנחשבים לאפקטיביים ביותר במדינות דמוקרטיות ויש להם ארגוני עובדים, כמו בארה"ב, שהם מאוד חזקים ויש לכך נימוקים והצדקות רבות. זו גישה לא נכונה להגיד שארגונים ימנעו עבודה טובה של העובדים, אלא ככל שינתנו להם יותר זכויות ותהיה יותר יציבות עבורם, ניתן להניח ולהסיק שהם יעבדו בצורה טובה יותר.

סימני היכר לזיהוי של התארגנות

פס"ד עמית (כן צריך לקרוא את פסה"ד)

פסה"ד עוסק בשאלה כמה רוצים להכיר בכך שארגון עובדים יוכל לפרוש מתוך ארגונים אחרים? מה מגשים טוב יותר את חופש ההתארגנות – העובדה שכל קבוצה יכולה להגדיר לעצמה מי מייצג אותה (גישה כלכלית – כשיש תחרות בין ארגונים זה טוב יותר לעובדים) או מנגד דווקא בארגוני עובדים תחרות זה לא טוב שכן זה עשוי לייצר מרוץ לתחתית (גישת דעת הרוב בפסה"ד)? למשל: אם בכיתה היו 2 ארגונים שמייצגים את הסטודנטים והארגון שנבחר להיות זה שמנהל את המו"מ מול המרצים מקבל למשל הטבה שהוא לא צריך לעשות בחינות. לכן, הרי שכל ארגון ירצה להיות זה שייבחר על ידי הנהלת הפקולטה לניהול המו"מ והם יהיו מוכנים לוותר על זכויות במטרה לקבל את אותה הטבה.

בסופו של דבר, **הבג"צ ביצר את המונופול של ההסתדרות**.

בגלל שההסתדרות גדולה, עדיף לנו ארגון ששולט על כלל המשק ואנחנו רוצים ארגונים שדואגים לטובת המשק כולו.

פסק הדין גם מתייחס להגדרה של ארגון עובדים (שלא מופיעה בחוק) – **דעת הרוב** שאומרת שרוצים ארגונים גדולים ולא ריבוי ארגונים. צריכים להיות בטוחים בארגון כדי לאשר אותו, צריך שיהיה לו תקנון, חברות וולונטריות, חברים בו רק עובדים, צריכים להתעסק רק בזכויות עובדים. החשש הוא שברגע שארגוני עובדים מתעסקים בתחומים אחרים מעבר לזכויות עובדים, מוסחת דעתם מהדברים החשובים שלשמן הם הוקמו (כמו לדוגמה עיסוק בצרכנות ופנאי- חופשות ודילים מיוחדים). ארגון העובדים צריך להיות רשום באופן מסודר ואסור שיעמוד מאחוריו גוף אחר, הוא צריך להיות עצמאי. דעת הרוב מוסיפה שיהיה רקורד של הישגים לארגון, אך דעת המיעוט אומרת שלא ייתכן לדרוש דבר כזה מארגון חדש.

דעת המיעוט מסכימה לתוצאה בפסק הדין (שהארגון לא מתאים להיות ארגון עובדים יציג).

זכות או חופש ניהול משא ומתן

פס"ד עובדי המנהל והמשק (ביקש לקרוא)

מהם גבולות ההתערבות של הוועד. השאלה הייתה האם הם יכולים להתערב בשאלה האם להוסיף מיטות אשפוז לבתי החולים המשלתיים. בארגון עובדים של בית חולים יש נציגות לאחיות, רופאים ולעובדי המנהל והמשק. עובדי המנהל והמשק הם

במקום יותר נמוך בהיררכיה. התפיסה הקלאסית היא שארגון העובדים צריך להתערב בזכויות, אך בפועל הוספת מיטות גורמת להם לעבוד יותר קשה.

ניתן להדגים את השאלה בדוגמה נוספת- היא האם לאנשי הסגל בבר אילן צריכה להיות השפעה על כמות הסטודנטים שמקבלים לאוניברסיטה.

הנשיא אדלר מחלק את השאלה לארבע קטגוריות:

- **נושאים שחייבים לנהל עליהם מו"מ**- מה שמופיע ב**ס' 1 לחוק הסכמים קיבוציים**, **ס' 2 לחוק יישוב סכסוכי עבודה**. ונושאים נוספים- נושאי הליבה.
- **נושאים שיש איסור לנהל עליהם מו"מ קיבוצי**- בנושאים בהם יש איסור בחוק לנהל מו"מ- לדוגמה ארגון עובדים שרוצה ליצור חיוב להשתייך לארגון עובדים.
- **נושאים שעליהם מעסיק לא צריך לנהל מו"מ**- פרוגרטיבה ניהולית- מחקר ופיתוח, שיווק וכדומה.
- **נושאים מעורבים**- לגביהם מותר לארגון לנהל מו"מ על ההשפעה של ההחלטה על העובדים. אם מקבלים תלמידי חו"ל לאוניברסיטה, מרצים שעכשיו צריכים לדבר באנגלית לא יכולים לנהל מו"מ על ההחלטה, אבל יכולים לנהל מו"מ על ההשלכה עליהם, לדוגמה לבקש מתורגמן, שיעורי אנגלית וכו'.

פס"ד שק"ם

פסה"ד עוסק בהפרטה של השק"ם. כאן עלתה השאלה לגבי חובותיו של המעסיק מבחינת מה שהוא צריך לעשות מול ארגוני העובדים? כמה צריך לשתף את ארגון העובדים בתהליך של הפרטה?

תהליך של הפרטה הוא תהליך שמאוד מאיים על ארגוני עובדים משום שברור שאם המדינה היא הבעלים, הרי שהמדינה היא לקוח קל מפני שלמדינה יש כיס עמוק, יותר קל להשפיע עליה פוליטית, יותר קל לנהל איתה מו"מ וכו'. מנגד, כשהבעלים הוא אדם שמכוון רווחים פחות יטה להתפשר ולתת זכויות.

פסה"ד מדבר על החובה שיש למעסיק למשל למסור מידע במו"מ – זו נקודה קריטית וחשובה לארגון העובדים לצורך ניהול הפיקוח; על הצורך להיוועץ וכו'. למעשה, פסה"ד אומר כי זה חובות חשובות ויסודיות שנשענות על המהות של חופש ההתארגנות ועל ההסתמכות ותו"ל מחוק החוזים.

פס"ד חיפה כימיקלים

פסה"ד עוסק בכמה קשה צריך להיות למעביד להגיד שהוא לא רוצה יותר הסכם קיבוצי? האם ההסכם הקיבוצי הפך כמובן שהארגון יכול לשבות, אך במובן מסוים זה נוגע לתוה"ל – בנושא הזה של מו"מ קיבוצי יש הרבה חובות על המעסיק לבוא בלב פתוח ובנפש חפצה ויש שאלה איך מתייחסים לזה במצב בו המעסיק רוצה לחזור ולעבוד מול עובדים בודדים, שכן אינו יכול לשאת עוד בעלויות הללו.

ארגון העובדים התנגד לסיום ההסכם.

השאלה שאין עליה תשובה טובה אפילו מבחינה תורת משחקים היא המשמעות של תו"ל – כלומר, מתי אפשר לצד לחוזה שטוען שהחוזה יקר לו מידי כי הוא חסר תום לב? הרי על פניו זה לגיטימי לטעון שאינו יכול לשאת עוד בהוצאות ההסכם – יש פה בסוף שאלות של מחיר ולא שאלות של התנהגות.

בהמ"ש הלך בסוף עם המעסיק ואמר כי מי שרוצה שיהיה יחסים קיבוציים חייב לאפשר גם את ההפסקה שלהם, אחרת אף אחד לא יצטרף – ברגע שמעסיקים יבינו שברגע שחתמו על הסכם קיבוצי הם אינם יכולים לצאת ממנו, ברי כי הם לא ירצו להיכנס אליו מלכתחילה. אם כן, לא ניתן לכפות הסכם קיבוצי, זה חוסר תו"ל ופגיעה בחופש החוזים – לכן, אפשרו למעסיק לבטל את ההסכם הקיבוצי.

- **נדגיש** כי חלק מהיתרון של הסכם קיבוצי הוא שגם כשהוא מבוטל חלק מההוראות שלו ממשיכות לחול (תחולה של הוראות אישיות מעבר להוראות ההסכם אלא אם יש הוראה מפורשת אחרת – **ס' 19 לחוק ההסכמים הקיבוציים**).

יחידת מיקוח ויציגות

פס"ד תדיראן קשר

פסה"ד מדבר על הנושא של חופש ההתארגנות מכיוון קצת אחר. מדבר על מפעל תדיראן שמייצר מזגנים ומקררים. הבעלים רוצה לייצא מתדיראן קבוצה הייטקית ולהפוך אותה ליחידה נפרדת. ארגון העובדים רוצה להמשיך ולייצג אותה למרות ההפרדה. הבעלים מתנגד וטוען שאם יש הפרדה זו בקשה לא הגיונית. בית הדין מעדיף את עמדת העובדים למרות שעל פניו המעסיק צודק וזו יחידת מיקוח נפרדת לחלוטין.

בפסה"ד הנקודה החשובה היא הנושא ההעדפה שנותן ביה"ד לעמדה של העובדים על פני העמדה של המעסיק. בית הדין מעדיף את המצב שמגשים טוב יותר את חופש התארגנות ולכן אם העובדים חושבים שארגון העובדים הנוכחי ידאג לאינטרסים שלהם יותר, יש לאפשר לו להמשיך לייצג אותם.

דו ממדיות בהסכם הקיבוצי

מבחין בין ההיבט האובליגטורי להיבט הנורמטיבי של פסה"ד. כלומר, יש בעיה שצריך להבין לגבי הסכם קיבוצי שהיא רוב הצדדים בהסכם הקיבוצי לא ראו אותו מעולם ולא היו צדדים במו"מ או הביעו גמירות דעת. לכן, התפתחה בפסיקה הגישה של דו ממדיות בנוגע לדברים שהם אובליגטוריים (לא יעשה שינוי בחוזה ללא הסכמת הצד השני) לתנאים שהם נורמטיביים (הזכויות והחובות שיש לעובד מכוח ההסכם הקיבוצי). ההבחנה הזו משליכה על השאלה האם העובד שנפגע מהפרת הסכם קיבוצי יכול לתבוע והאם הוא צד לחוזה, או שארגון העובדים הוא צד. או לדוגמה, אם מעסיק לא יידע את ארגון העובדים על פיטורים כפי שנדרש, האם הוא יכול לתבוע או שארגון העובדים צריך לתבוע.

לגבי המבחן:

- **מועד ב'** – הסגן דיקן אמר למרצה לא לעשות מועד ב', אך המרצה כן יעשה. המבחן יהיה דרך המודל ותנוסח הצהרה שנצטרך לשלוח למרצה במייל לפני שמתחילים את המבחן. בנוסף, יש במודל מערכת שבדקת העתקות.
- **מטיבים** – יהיה מטיב בקורס, ומי שמרגיש שנגרם לו עוול על זה יוכל ליצור קשר עם המרצה.
- **סילבוס** – ישלח לנו היום עם פס"ד וחקיקה מסומנים במרקר.
- **זמנים** – יש לנו 24 שעות לפתוח את המבחן, ומהרגע שפתחנו אותו יש לנו 3 שעות לענות עליו.

בהצלחה □