**מיהו עובד?**

פס"ד עיריית נתניה נ' דוד בירגר: בירגר תבע את העירייה לפיצויי פיטורים. בית הדין האזורי אמר שבטרם ייבדקו את טיב הפיצויים ייקבע אם הוא אכן היה "עובד" ופסק שכן. **מכאן הערעור**.

בירגר היה אדם שהתמחה בגביית ארנונה ממשלמי ארנונה שאינם תושבים (בעל עסק שלא גר בנתניה). לכן, הוא בילה את רוב זמנו מחוץ לנתניה כי הוא נסע אליהם. אחרי כך וכך שנים העירייה ויתרה על תפקידו והחוזה שלו אמר במפורש שאין ביניהם יחסי עובד-מעביד. לפי מבחן השליטה והכפיפות אמרו שהוא לא ממש חלק מהם כי הוא לא בא למשרד, לא בא בשעות קבועות לאותו המקום, ההוראות שלו הן נזילות וכולי. יש לו רשימת חייבים והוא צריך בזמנו לגבות מהם.

הוא מצידו טען שהוא כן, שהוא היה צריך אישית לבצע את הפעולה, הוא כן היה צריך להגיע פעם ביום לעירייה ולדווח על פועלו שם, היה לו שולחן שם ועוד.

ביהמ"ש הופך את מבחן השליטה והכפיפות (שהיה נהוג עד אז) והולך **למבחן ההשתלבות** – מבחן זה בודק האם העובד הוא משולב במקום שלגביו ישנה שאלה. ביהמ"ש בוחן את מבחן ההשתלבות החיובי מול השלילי וקובע כי הוא אכן עובד:

"עיון בעובדות מלמד ברורות כי מתקיימים במשיב התנאים הדרושים כדי לראותו "משולב" במפעל, היותו "חלק בלתי נפרד של הארגון", וכי "עבודתו משולבת היתה במפעל ולא נלווית אליו" כגורם חיצוני. מספיק כי יצויינו מספר מסימני ההיכר: גביית מסים היא מהפעולות הרגילות, פעולות יום יום של העירייה, על גביית מסי העירייה הופקדה מחלקה ממחלקות העירייה והמשיב היה חלק ממנגנונה של אותה מחלקה מבחינה ארגונית ותפעולית. השתתפות בישיבות המחלקה, חלוקת עבודה, משרדי העירייה כ"בסיס משרדי" לעבודה - כל אלה הם מחד גיסא מסימני היכר להשתלבות, מאידך גיסא לא תמצא, מהבחינה הארגונית, כל הבדל בין המשיב ובין הגובים האחרים. בנוסף, לא תמצא בפעולתו של המשיב גם לא סימן היכר אחד לפעילות של עסק עצמאי לגביית חובות אשר שירת את העירייה. אף העובדה שעבודתו של המשיב בגביית מסי העירייה כפעולתו הבלעדית נמשכה 14 שנה, מעידה יותר על "השתלבות" במנגנון העירייה, מאשר על "עסק עצמאי".

בג"ץ שמואל מור נ' בית הדין הארצי לעבודה: מור, בעל משרד לניהול חקירות פרטיות, העסיק את אנגל כחוקר פרטי במשרדו. בתקופת עבודתו היה אנגל רשום כעצמאי לעניין המס ואף הנפיק למור חשבונית מס כנגד תשלום שכרו. שכרו חושב על בסיס קבלני, על-פי אחוז שהוסכם מהתשלום שגבה מור מלקוחותיו. יחסי הצדדים נמשכו למעלה משבע שנים. בינואר 1988 הודיע מור לאנגל כי לא יעביר לו עוד תיקים לחקירה ואנגל תבע פיצויי פיטורים. בית הדין האזורי לעבודה ביצע את מבחן "ההשתלבות" וקבע שאנגל לא היה קשור למסגרת הארגונית של המשרד, לזמני העבודה או להיקף העבודה. מכאן, שלא היה עובדו של מור. עם זאת, לא מצא בית הדין שאנגל היה בעל עסק עצמאי. על-כן, הוחלה על אנגל הקטגוריה של "משתתף חופשי". ערעורו של אנגל לביה"ד הארצי לעבודה התקבל ברוב דעות שם נקבע שקטגוריה של "משתתף חופשי" קיימת רק בתחום התקשורת ואין להחילה בנסיבות העניין. לכן, אם עלינו לסווג את אנגל כעצמאי או כעובד, אזי יש לסווגו כ"עובד" של מור. **מכאן העתירה**.

**בג"ץ** (מפי **הש' ברק**) **פסק** כי אנגל הוא עובד ומור הוא מעבידו. המסקנה מתבקשת על-פי מבחן ההשתלבות לפיו עובד הוא אדם המשתלב במפעל (הפן החיובי) ואין לו עסק עצמאי משלו המשרת את המפעל כגורם חיצוני (הפן השלילי).

עוד נקבע כי **מבחן ההשתלבות אינו מבחן** **בלעדי**. זהו מבחן מרכזי שיש ליתן לו משקל נכבד אך לעניין דיון במעמדו של אדם כעובד או כמפרנס עצמאי, אין להגיע לכלל מסקנה אלא על-פי **הסממנים והעובדות** הנותנים במצטבר תמונה כוללת ושלמה. על-כן, מקובל לדבר על מבחן "מעורב", אשר המרכיב הדומינאנטי בו הוא "ההשתלבות במפעל".

**מבין הסממנים והעובדות** **הנוספים** שאליהם נפנה, יש לציין את אופיו האישי של העיסוק, הכפיפות, הכוח לשכור עובד וחשוב מזה - לפטרו, צורת ניכוי מיסים, ביטוח לאומי ועוד. כשאין כפות המאזניים נוטות לכיוון זה או אחר, יש לבדוק כיצד ראו הצדדים את היחסים ביניהם.

**הש' טל** אומר כי מעמד של "עובד" הוא מעמד קרוב לסטאטוס, ומערכת דינים ענפה של זכויות וחובות, הגנות ופריווילגיות, חלה על "עובד" ביחסיו עם המעסיק, עם ארגוני עובדים ומעבידים ועם רשויות המדינה.

הגדרת "עובד", תהא אשר תהא, היא פוזיטיבית. עובד אינו מוגדר על דרך השלילה, כגון "כל מי שאינו קבלן עצמאי", אלא יש לבחור את המבחנים והאפיונים "הנכונים" להגדרת "עובד".

גם ל"קבלן" כמו ל"עובד" הגדרה חיובית משלו. לכן, לא כל מי שאינו קבלן הוא בהכרח "עובד" ולא כל מי שאינו "עובד" הוא בהכרח "קבלן". ישנם גם מצבי ביניים - "משתתף חופשי".

**הש' טל (וברק וגולדברג מצטרפים)** טוען כי לא ניתן להגביל את מעמד זה רק לתחום התקשורת. לכן, הוא לא מסכים עם הקביעה של בית הדין הארצי לעבודה.

הוא אומר כי מצב הביניים של "משתתף חופשי" אפשרי במקרים של אי-תלות וחופשיות מלאה.

**ברק** אומר כי הגישה, שלפיה אנגל אינו עובד, משום שבינו לבין בעל העסק לא הייתה כל תלות, אינה משקפת את המסגרת הנורמטיבית ליחסים בין המשיב לעותר. כשמונה שנים התקיים יחס זה, וגם אם זה לא נאמר במפורש בהסכם שבין הצדדים - תוה"ל מוביל למסקנה כי מוטלת הייתה החובה על מור למסור בלא הפליה עבודה לאנגל, ועל האחרון לבצעה.

אנגל ומור לא פעלו על בסיס של התקשרות חד-פעמית, הנוצרת ומסתיימת בכל פעם שנמסר תיק אלא פעלו ע"פ הסכם מסגרת באשר להעסקתו, שמהווה בסיס.

* הפעלת המבחן המעורב, בנסיבות דנן, מובילה למסקנה כי אנגל הוא עובד של מור.

**מיהו המעביד?**

פס"ד חסן אלהרינאת נ' כפר רות: ביה"ד האזורי דחה את תביעת המערער בקבלו את טענת המשיבים כי לא נקשרו יחסי עבודה בין הצדדים, אלא שהוא הועסק ע"י "ראיסים" – קבלנים - ששילמו לו את משכורתו ולפיכך לא זכאי הוא לתשלומים שתבע. **מכאן הערעור שהתקבל**.

בפס"ד הזה יש שני חידושים עיקריים - המודל הדו שלבי:

1. קיימת **חזקה** שהמשתמש בתוצרי העבודה הוא המעסיק.

הצד שרוצה לסתור את החזקה (לרוב המעסיק בפועל – כפר רות) צריך להוכיח כי:

1. **יש מערכת חוזית כפולה ואותנטית** בין העובד למעסיק הפורמאלי ("קבלן כ"א") ובין המעסיק הפורמאלי לבין המעסיק בפועל ("מקבל השירות").
2. **מטרת התקשרויות אלה** אינה מנוגדת לתקנת הציבור או לחובת תום הלב ולא נועדה להתחמק מחובותיו של המשתמש כמעסיק.
3. משהוכחנו את שלב א' (ורק לאחר מכן) **נבחן** בשלב ב' **למי יש יותר זיקות** (לא מצטבר):

12 זיקות (=מבחנים) שבודקות למי משני המעבידים הפוטנציאליים יש יותר זיקה לעובד (זה מזכיר את מבחן ההשתלבות, מנסים להבין פה אצל מי העובד השתלב יותר)?

* כיצד ראו הצדדים את היחסים ביניהם וכיצד הגדירו אותם?
* בידי מי הכוח לפטר ובפני מי על העובד להתפטר?
* מי קיבל את העובד לעבודה ומי הסדיר את תנאי קבלתו?
* מי קובע את מכלול תנאי עבודת העובד?
* מי חייב לשאת בתשלום שכר העובד?
* מי נותן חופשות לעובד וממי עליו לבקש אישור לחופשותיו?
* כיצד דווחו יחסי הצדדים למס הכנסה?
* הקשרים בין הצדדים – מי מפקח על העובד, מי מדווח על תקלות וכולי.
* למי הבעלות על הציוד, החומרים וכולי שמשתמש בהם העובד?
* האם עבודת העובד היא צדדית לעבודת המעסיק?
* רציפות, זמניות ומשך קשר העבודה.
* האם לצד השלישי יש עסק משלו בו משתלב העובד?
* בפס"ד זה נפסק שכפר רות הייתה יותר דומיננטית ולכן ראו בה כמעביד.
* "בהסדרי העסקה שמעורב בהם צד ג' תכריע תמיד השאלה - **בין מי למי מתוך שלושתם** (העובד, המשתמש בעבודה והצד השלישי) **נוצרו במפורש או מכללא (מכוח התנהגות) יחסים משפטיים שעניינם מתן עבודה בתמורה**."

פס"ד כפר רות יצר **חזקה הפוכה** שבה יוצאים מנק' הנחה שהמשתמש בשירותים של העובד הוא המעסיק ולא המעסיק הפורמאלי, ויש להוכיח את ההפך.

פס"ד מחלקת הבניה של הקיבוץ הארצי נ' עאבד: תובענה לתשלום שכר עובדים זרים שעבדו באתר בנייה ברעות בו הקימה המערערת 128 יח"ד. הגנת המערערת היתה, כי היא אינה הגוף המשפטי שהעסיק את המשיבים, אלא שהם הועסקו ע"י קבלן המשנה אל-מסרי. לא מתפקידה לשלם את השכר בהיעדר יחסי עובד-מעביד. המשיבים ניצחו, **מכאן הערעור** **שנדחה**.

**סגן הנשיא אדלר** אומר שכדי להכריע בשאלת מעמדה של המערערת נבחן 4 נושאים:

1. **טיבו של ההסכם** שנחתם בין המערערת לבין מר אל-מסרי (=קבלן כ"א).
2. **סדרי העבודה בפועל** - במה עסקה המערערת, במה עסק אל-מסרי, מה היתה חלוקת הניהול והאחריות ביניהם, ומהו המצג שהציגו כלפי העובדים.
3. **הוראות החקיקה השונות והפסיקה** הנוגעות לעניין ומשמעותן.
4. **המדיניות המשפטית** הרצויה.

עוד אומר **סגן הנשיא אדלר** כי לפי **מבחן הפעילות הרלוונטית** - היות אדם עובד לא נתונה לקביעת הצדדים בחוזה אלא נקבעת לפי נסיבות העניין, וכיוון שהחברה הייתה מעורבת בעבודת הפועלים (פיקחה, שילמה, רשמה את העובדים ברשויות וכולי) היא נחשבת כמעסיק.

* הש' מנסה לקדם את הרעיון של **המעסיק במשותף**: החידוש הוא שכשיש סיטואציה בה המעסיק הפורמאלי נעלם (כמו פה, נסע לארה"ב – ט.א), לא ייתכן שעובד ייוותר ללא מעביד, ולכן המעסיק בפועל שנותר (=המשתמש) ייחשב למעסיק – הוא זה שנהנה משירותיהם של העובדים ולכן חייב לדאוג שמה שהובטח לפועלים יתקיים.

פס"ד אילנה לוינגר נ' מ"י: אילנה לוינגר עבדה 20 שנה בשירות המדינה כמזכירה וכקלדנית (11 שנים באמצעות חברת "תגבור ו-9 נוספות באמצעות חברות כ"א אחרות שזכו במכרז). בפועל, **עבודתה נותרה זהה ורק המעסיקים הפורמאליים שלה הוחלפו מידי פעם** ("לא חברות כוח האדם "סיפקו" את עבודתה של העובדת - המערערת. לא הם הפנו אותה למשתמשת, המדינה. המשיבה, היא המשתמשת, "סיפקה" לחברות כוח האדם את העובדת. העובדת היתה כבר מועסקת על ידי המדינה, המשתמשת. היא היתה הקבועה בכל מערכת היחסים הזו, כאשר חברות כוח האדם התחלפו על פי מכרזים שקיימה המשיבה.")

השאלה המשפטית: מיהו "עובד זמני" והאם אילנה היא כזו או עובדת מדינה?

**הש' אלישבע ברק** אומרת כי עובד זמני כשמו כן הוא – עובד לתקופה מוגבלת. אסור למשפט לאפשר לעובד להיות "זמני" לעד. קיים פה חוסר תו"ל מצד המדינה בעקיפת מצוקת תקנים היוצרת פיקציה. המערערת התקבלה לעבודה על ידי המשיבה וזו אף הפסיקה את עבודתה. על כן, **מאזן הנוחות אומר להשאירה בעיסוקה**, עד שיוחלט בתביעה העיקרית האם הפסקת העסקתה על ידי המשיבה היתה כדין.

* בפועל, **המדינה המשיכה להרוויח** כי לוינגר לא קיבלה זכויות נצברות במשך 20 שנה ורק מפס"ד זה התחילו להכיר בה כעובדת מדינה.
* המרצה: לפס"ד זה אין השפעה על המדינה למעט הגינוי ושינוי נהלים לגבי העסקה בדרך של יחסים משולשים.

פס"ד דברת שוואב נ' משרד החקלאות – מ"י: דברת טוענת שמ"י היתה המעסיקה שלה ביחידה לחקר שווקים ולא חברת כ"א - ולכן עליה לשלם לה הפרשי שכר ופיצויי פיטורין.

**סגנית הנשיא אלישבע ברק** טוענת (**בדעת מיעוט**) שאין חולק שהיא השתלבה ביחידה במשרד החקלאות מבחינה עובדתית (היא לא הכירה את חברות כה"א, היא לא הגיעה דרכן, היא לא היתה כפופה להן, היא פוטרה ע"י מנהל היחידה במשרד החקלאות וכולי).

לדידה, השאלה היא נורמטיבית: האם משפטית יש לראות בדברת כעובדת של מ"י? לשאלה זו היא עונה שכן (והש' ורדה לבנה מצטרפת), **אולם הנשיא אדלר** **בדעת רוב** **כופר בתוצאתה**.

**הוא קובע** (**ואליו הצטרפו שני נציגי הציבור**) כי במקרה זה על חברת כח האדם לשאת בחיובים כלפי המערערת, בהיותה המעסיקה העיקרית שלה. אולם, ככל שהיא אינה מסוגלת למלא אחרי ההתחייבויות והחובות לעובדים, המדינה אחראית לעשות כך כמעסיקה במשותף.

אף אם ייקבע כי המערערת היתה עובדת של מעסיקים במשותף במקרה שחברת כוח האדם אינה מסוגלת למלא את התחייבויותיה לעובדת, אין לקבוע כי היא "עובדת קבועה" או עובדת מדינה שכן היא לא התקבלה לעבודה באמצעות מכרז, לא עבדה בתקן, לא עברה את ההליכים הפורמליים של קבלת עובד לשירות המדינה ולא קבלה כתב מינוי כעובדת מדינה. מכאן, שאינה זכאית לזכויות או להטבות האחרות המוקנות לעובדי מדינה. **הערעור נדחה**.

**המרצה**: **אדלר** טען שמדובר במיקור חוץ אותנטי ע"י מדינת ישראל. הוא בוחן את המבחנים בדומה לפס"ד כפר רות ומגיע למסקנה שמדובר במעסיק פורמאלי שהוא אכן המעסיק. **אדלר** גם מבחין בין עובד זמני לקבוע. לכן, גם אם דברת הייתה עובדת, וודאי היא לא עובדת קבועה.

**אדלר** אומר שלכל היותר היה ניתן פה מעמד של מעסיק במשותף ולא יותר. זאת בגלל שפונקציות המחקר הן מחוץ למשרד החקלאות. הוא מאשר זאת רק כשחברת כוח האדם לא עומדת בהתחייבויותיה כלפיי העובדים.

פס"ד זוהר גולן נ' ORS משאבי אנוש: הערעור נסב אודות ס' 12א לחוק העסקת עובדים ע"י קבלני כ"א ויישומו. השאלה היא האם "המשתמש", המעסיק בפועל, רשאי להפסיק התקשרותו איתם בסמוך לסיום 9 חודשי עבודתם בשירותו, כדי שלא יאלץ לקלוט אותם כעובדיו?

**ביה"ד הארצי לעבודה** (מפי סגנית הנשיא ארד ובדעת רוב פה אחד) **דחה את הערעור** ופסק כי החוק מתיר ל"מעסיק בפועל" שק"ד לסיים ההתקשרות עם עובד הקבלן מטעם זה בלבד, ללא קשר לתפקודו של העובד ולשיקולים הרלבנטיים לעבודתו. לפיכך, סיום ההתקשרות בין "המעסיק בפועל" לעובד קבלן סמוך לתום תקופת תשעת החודשים, כדי שלא יהפוך לעובדו, אינו פסול ואינו נוגד את החוק. לכן, רשות השידור רשאית היתה להפסיק התקשרותה איתם, סמוך לתום תשעת חודשי עבודתם, כדי למנוע קליטתם כעובדיה הקבועים. יתרה מכך, גם לא נמצא פגם המצדיק ביטול פיטוריהם של המערערים מעבודתם אצל מעסיקתם חברת ORS. אשר על כן, דין הערעור להידחות.

יש לציין גם שהחזקה שהמשתמש בתוצר העבודה שהוכרה בפס"ד חסן אלהרינאת נ' כפר רות נחשבת בפס"ד זה לכזו שאבד עליה הכלח. קביעה זו אושררה גם בפס"ד יצחק חסידים.

פס"ד יצחק חסידים נ' עיריית ירושלים: בית הדין הארצי לעבודה דחה תביעה של עובד להכרה ביחסים בינו ובין עיריית ירושלים כיחסי עובד מעביד בקובעו, כי הוכח, כי ההתקשרות בין העירייה לבין חברה חיצונית, דרכה עבד המערער, לא היוותה מיקור חוץ מוסווה אלא מיקור חוץ אמיתי.

**חוקי מגן, מעמד, ויתור והיעדר תום לב**

פס"ד איליה ציבוטרו נ' אטלקה אברהם: ערעור על פס"ד של בית-הדין האזורי לעבודה בב"ש, לפיו חוייב המערער (בעל מסעדה ובית קפה בב"ש) לשלם למשיבה (פועלת מטבח וניקיון) גמול עבודה בשבתות ופיצויי פיטורים, פיצויי הלנה והוצאות. נפסק (**והערעור נדחה**):

1. אין ויתור על זכות (כמו זכות לתשלום שעות נוספות) באין ידיעה על קיום הזכות.
2. זכות שהוקנתה לעובד מכוח חוק הבא להגן עליו אינה ניתנת לוויתור, לא ויתור מפורש ובוודאי לא ויתור מכללא. כשם שידו לא הייתה ביצירת הזכות, בקיומה, בשמירה עליה, כן לא יכול העובד למחוק אותה במחי יד.
3. ס' 5 לחוק הגנת השכר אינו מכיר בשכר עבודה כולל. לפיכך לא תתקבל, בתביעה לגמול שעות נוספות, טענת השתק המבוססת על תשלום שכר כולל.
4. חובתו של עובד, התובע גמול שעות נוספות, להוכיח במדויק את פרטי תביעתו. מן ההכרח שתחול חובה זו במקביל על מעביד הטוען כי שילם לעובד גמול שעות נוספות.
5. תנאי עבודה שמראש לא היו תקינים ונשארו כפי שהיו מהווים "נסיבות אחרות שביחסי עבודה", שבהן אין לדרוש מעובד כי ימשיך בעבודתו ולכן הוא זכאי לפיצויים אם התפטר.

פס"ד בנימין גדרון נ' מ"י: זהו ערעור וערעור שכנגד על פס"ד של בית-הדין האזורי לעבודה בירושלים, בו נדחתה תביעה לפיצויי פיטורים, אך נקבע כי המערער זכאי לקבל מהמדינה פדיון חופשה ותשלום אש"ל. עוד קבע ביה"ד דלמטה כי שכרו של המערער יחושב מחדש ע"פ ההסכם הקיבוצי החל על העובדים הסוציאליים בשירות המדינה (כי הוא קבע שיש בינו לבין המדינה יחסי עובד-מעביד).

למעשה, אם גדרון יוכר כ"עובד" הוא יהיה זכאי לשכר לפי ההסכם הקיבוצי של המדינה.

בשלב כלשהו המדינה הפסיקה את ההתקשרות עימו והוא טען שזה פיטורים כי הוא נחשב עובד לטענתו והגיש תביעה.

השאלה המשפטית: אם הוא עובד, אז למה על המעסיק לשלם לו כ"כ הרבה (15,000 לירות)?

המדינה הגנה על עצמה וטענה שאם אכן יקבע שהיחסים הם עובד-מעביד, אז הבסיס לחישוב זכויותיו הסוציאליסטיות של העובד יהיו השכר הרעיוני הנמוך יותר – ההסכם הקיבוצי ולא 15,000 הלירות שהובטחו לו (=המרצה: **זה תנאי גדרון הבסיסי**).

**טענה זו התקבלה** אך נאמר שחישוב השכר יבוצע לפי התקופה של העבודה בקרן בנוסף לתקופה שבה הוא עבד במשרד הרווחה (כמו שני בעלי מפעלים שהתחלפו אבל הוותק הנצבר הוא כאילו עבד במקום עבודה אחד).

פס"ד פנינה רוטברג נ' תדיראן בע"מ: ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי שבו נקבע כי הצדדים חוסים ביחסי עובד-מעביד.

פנינה עבדה במשך 6 שנים בתדיראן כגובה ובהסכם נקבע שאין יחסי עובד-מעביד בכלל אלא היא קבלנית עצמאית. לכן, שכרה ייגזר באחוזים מהגבייה שלה. אולם, **פנינה** תבעה פיצויי פיטורים כעובדת וגרסה שההסכם הקיבוצי של עובדי תדיראן חל גם עליה.

עוד היא דרשה דמי הבראה, פיצוי בגין אי הפרשה ל"מבטחים" (פנסיה), הפרשות לקרן השתלמות והוצאות משפט. **תדיראן** טענה להטעייה, לחילופין לטעות ואף להתנהלות בחות"ל.

ביה"ד פסק (**הש' אליאסוף**) כי ההסכם הקבלני לא דן בשכר שישולם לה באם יוגדר מעמדה כ"עובדת", וכי ההסכם הקיבוצי בתדיראן יכול לחול עליה. לכן, יש לחשב את זכויותיה המושתתות על חוקי המגן וההסכמים הקיבוציים, ע"ב השכר שנקבע לה בהסכם הקבלני בשינויים המחייבים. הדיון מוחזר לבית הדין האזורי שיעשה זאת.

פס"ד משרד השיכון, מ"י נ' יעקב בוכריס: בשנת 1982, בהיותו סטודנט בטכניון בוכריס זכה במכרז עבודה אצל המערערת. סמוך לאחר שהחל לעבוד הוא הוחתם על הסכם לפיו הוא ינהל את הפרויקט כקבלן עצמאי. הקשר הסתיים בשנת 1989.

השאלה המשפטית: האם יש להכיר בהתניה על סטטוס של אדם כעובד או בהתניה על הוראות חוק קוגנטיות ואם יש מקרים שבהם דרישת תוה"ל תגבר על סטטוס או על חוק קוגנטי?

בית-הדין הארצי לעבודה (**הש' אלישבע ברק**) פסק:

1. כינוי שנתנו הצדדים ליחסים ביניהם לא יוצר סטאטוס, אלא הנסיבות כהווייתן.
2. ייתכנו מקרים נדירים שבהם עובד ויתר במודע ומתוך אינטרס מובהק שלו על זכויות קוגנטיות (כמו הזכות לפיצויי פיטורים). במצב כזה הוא לא יהיה זכאי לזכויות נוספות.
3. בחינת תום-לבו של העובד תיעשה ע"פ קנה-מידה אובייקטיבי.
4. מקור הקביעה המשפטית שעובד זה סטאטוס היא שלא רוצים שעובד יוותר על מעמדו כעובד רק עקב עמדת מיקוח חלשה.
5. כאן הדרישות שבחוזה העבודה מעידות על השתלבות. הוא היה סטודנט כשהחל לעבוד ולא היה לו עסק משלו. על מקרים כאלו ממש בא משפט העבודה להגן.
6. בנסיבות העניין התקיימו בין הצדדים יחסי עובד-מעביד, ואין כל חוסר תום-לב בכך שהוא תבע את זכויותיו הסוציאליות כעובד לאחר תום היחסים בין הצדדים.

פס"ד אורי הייזק נ' תכנון המים לישראל: המערער ביצע עבודות צלילה עבור המשיבה במשך 27 שנים. בהיותו הצוללן היחיד בשירותה, הוא צלל והגיש דיווחים למשיבה בדבר ממצאיו. מפעם לפעם ביצע גם עבודות הקשורות במערכות ביוב ובקידוחים שונים וסייע לעובדיה בביצוע עבודות טכניות. הוא תמיד נעזר בעובדיה שסייעו לו בהסעת סירת הצלילה ובאיסוף הממצאים.

המערער נהג להגיע למקום עבודתו מדי יום, למעט חופשות, שירות מילואים ומחלה. הוא דיווח על שעות עבודתו ועל היעדרותו, אולם, שלא כשאר עובדי המשיבה, לא החתים כרטיס נוכחות.

בין הצדדים נחתם חוזה מתחדש למתן שירותים. מס' פעמים הוצעו לו יחסי עובד-מעביד, אולם המערער דחה אפשרות זו משום שחייבה השוואת שכרו לשכר עובד המשיבה, שהיה נמוך יותר. עוד יש לציין כי על עובדי המשיבה חל הסכם קיבוצי מיוחד.

בית-הדין האזורי קבע כי בין הצדדים התקיימו יחסי עובד-מעביד ופסק כי ההסכם הקיבוצי המיוחד לא חל על היחסים לאור החוזה האישי ועל-כן אין המערער זכאי אלא לזכויות מכוח חוקי העבודה הקוגנטיים. על פסק-דין זה ערערו שני הצדדים.

3 שאלות: (א) האם התקיימו יחסי עובד-מעביד?; (ב) אם כן, האם זכאי המערער לכל הזכויות כעובד?; (ג) אם כן, האם חלה עליו חובת השבה של תשלומי-עודף ששולמו לו?

בשאלה הראשונה נפסק (מפי **הנשיא אדלר**) כי לפי המבחן המעורב חלו יחסי עובד-מעביד כאשר הגורם המכריע הוא התלות הכלכלית שפיתחו הצדדים זה בזה.

לעניין שתי השאלות הנוספות יש מחלוקת בין השופטים:

* **אלישבע ברק** אמרה גם אם יוחלט שהוא עובד, אין הוא זכאי לחלק מהזכויות בכלל עקב הרעיון של תום לב (היא פונה לביטול הקוגנטיות של חוקי המגן מכוח תוה"ל). לשיטתה, יש דברים שהם בחזקת 'עבר זמנו - בטל קורבנו' (=דבר שאין עוד צורך לעשותו). היינו, אם מלכתחילה הוא היה עובד היה הגיוני לתת לו הכל, אך המרה רטרואקטיבית של הזכויות לכסף היא לא רוצה לעשות כי הפגם המוסרי היה פה **אצלו דווקא**.
* **אדלר** אומר שאסור לתת רק חלק מהזכויות מכאן והלאה אם החלטנו שהוא עובד. הוא מדגיש שיש פער בכסף ששולם לו לעומת עובדים רגילים ובוחן את הפער הזה. וכי למה? כי ייתכן שהמערער כבר קיבל את כל הזכויות שהוא דורש כי הן היו גלומות שכר הגבוה שהוא קיבל כבר במרוצת השנים ולכן, אין עילה להתערב פה. כפועל יוצא - אין מה לדבר על השבה לפני שנהיה בטוחים שלא קיבלת את הזכויות כבר, כי אז זה ניצול.

**אדלר** קבע פה כלל - **ניתן לעשות השבה** כאשר יש חוזה מפורש (=תנאי גדרון), **אך גם כשברור שיש תמורה גדולה מאוד ופער גדול בין שכרו כקבלן לבין שכרו כעובד**. דבר נוסף: נעשה זאת גם כשהבחירה להיות קבלן נעשתה על ידי העובד ולא נכפתה עליו.

* **פליטמן** - הזכויות של הקבלן מגולמות בהפרש השכר (מצטרף לאדלר).

פס"ד עזרא שמואלי נ' רשות השידור: המערערים תבעו מהמשיבה תשלום שעות נוספות ועודפות וגמול עבודה בימי מנוחה הואיל וההסכם הקיבוצי שחל עליהם משנת 1979 נוגד את הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, שהינו חוק מגן קוגנטי. הם טוענים כי עד למועד בו אישר שר העבודה והרווחה את ההסכם הקיבוצי (25.1.1987) יש לשלם להם שכר על-פי הקבוע בחוק.

השאלה המשפטית: מה קורה במצב בו החוזה נותן תנאים יותר טובים מהחוק?

**אדלר** אומר שעובד לא יכול ליהנות משני העולמות - גם מהסכם קיבוצי וגם מחוק שעות עבודה ומנוחה ולכן **יש כאן חוסר תום לב מצידם**. למרות שהחוק קוגנטי, מאחר ולעובד יש הסדר קיבוצי הוא לא ייהנה מזכות קוגנטית זו. זה קורה כאשר ביה"ד אכן משתכנע כי יש הסדר טוב יותר לעובד מאשר הזכויות שהחוק מעניק לו ולכן הוא יהיה מוכן לוותר על הקוגנטיות (אך לא במצב רגיל כאשר העדיפות אינה בולטת באופן קיצוני, שלא כמו כאן).

אדלר מדגיש את **חוסר תוה"ל** של המערערים: מחד, הם לחצו על הרשות כדי להגיע להסדר המעוגן בהסכם 79' ולא התנגדו כשהיא ביקשה את אישור שר עבודה והרווחה להסכם הקיבוצי משנת 87', בו נקבע הסדר זהה לגבי שעות עבודה. מאידך, כאן הם טוענים נגד אותו הסדר.

פס"ד רפי רופא נ' מרקם סוכנות לביטוח: רפי רופא היה סוכן ביטוח שהיה אחראי על סוכני ביטוח אחרים. הוא עבד משנת 94' ועד שנת 04' במשיבה ושכרו היה שכר בסיס כעובד ובנוסף הוא קיבל פרמיה כקבלן שהיוותה את מירב המשכורת שלו. משהתפטר, הוא ביקש לקבל את זכויות חוקי המגן - פיצויי פיטורים, הפרשי שכר, הודעה מוקדמת, פדיון חופשה ודמי הבראה.

**בביה"ד האזורי** נקבע כי לא התקיימו יחסי עובד-מעביד בין המערער למשיבה הפורמאלית (ד.נ.ר סוכנות לביטוח), אך כן התקיימו יחסי עובד-מעביד בינו לבין המשיבה. עם זאת, נקבע כי יש לקזז את תשלומי ה"יתר" שקיבל המערער במהלך תקופת עבודתו מהסכומים שנפסקו לטובתו וקוזזו כל הסכומים. **מכאן הערעור**.

השאלה המשפטית: האם ומתי ניתן לקזז מזכויות עובד, שהוכר בדיעבד ככזה, סכומים שקיבל ב"יתר" ממעסיקו? שאלה נוספת היא האם סכומי ה"יתר" מקימים גם חובת השבה, שיכולה לעלות על הזכויות הנפסקות לזכות העובד?

**ביה"ד הארצי** קבע כי עובד שסווג באופן שגוי כ"עצמאי" יהא זכאי לכל הזכויות הכספיות שנשללו ממנו - על סמך השכר החלופי כפי שייקבע ע"י ביה"ד בהינתן שהוא "עובד" - וזאת מבלי שניתן יהא לקזז ממנו סכום כלשהו כתוצאה מהפער בין התמורה הקבלנית לבין השכר החלופי. **סייג לכלל** זה יתאפשר רק במקרים חריגים, בהם ישתכנע ביה"ד בדבר חוסר תום לב קיצוני של העובד, וכל עוד לא יעלה הקיזוז על הסכומים שנפסקו לזכות העובד.

סוף דבר: **הערעור מתקבל בחלקו** ואף נפסקים לו סכומים גבוהים יותר מביה"ד האזורי.

**שכר מינימום**

פס"ד עינת כהן נ' טל מוסקוביץ': מלצרית במסעדת קאצ' 21 ובחברת הסעדה עבדה שנתיים עד שפוטרה. היא תבעה את המשיבות לפיצויים. ביה"ד האזורי פסק כי על המשיבות לשלם לה שכר עבודה ופיצויי פיטורים, אך דחה את תביעתה לתשלום פיצויי הלנת שכר והלנת פיצויי פיטורים. כן פסק כי בינה לבין טל מוסקוביץ' לא התקיימו יחסי עובד-מעביד. **על כך הערעור**.

ביה"ד הארצי לעבודה (**הש' רבינוביץ'**) קיבל את הערעור בחלקו ופסק כי:

מוסקוביץ' אכן היה מעסיקה במקביל למשיבות. בעלות המניות במשיבות הן חברות זרות עלומות. בניגוד אליהן, רבינוביץ' מתגלה כאישיות היחידה הגלויה ושעל פיו יישק דבר בכל הקשור לענייני המסעדה. הוא קיבלם לעבודה, קבע את תנאי עבודתם ופיטר, שילם משכורת להם ולעצמו. הוא עצמו לעינת כבעל המסעדה והיא ראתה בו כמי שאליו פונים בכל דבר ועניין.

**פיצויי הלנה** - אין מקום לחייב בכך כי בין הצדדים שררה מחלוקת בשאלה, האם התשר שקבלה עינת כהן מלקוחות המסעדה מהווה שכר עבודה מקובלת.

עם זאת, יש לתקן את אופן חיוב המשיבות בתשלום הפרשי הצמדה וריבית לשכר המינימום שנפסק לה כחוק מהמועד הקבוע לתשלומו מדי חודש בחודשו ועד התשלום בפועל. **אופן חישוב שכר המינימום** יהיה הכפלת ימי העבודה מדי חודש בשיעורו היומי באותה התקופה.

**פיצויי הלנת פיצויי פיטורים** - אין לחייב את המשיבות כי היתה מחלוקת כנה בין הצדדים באשר לאופן סיום עבודתה. קביעת ביה"ד לפיה פיצויי הפיטורים ישאו הצמדה וריבית מספיקה.

בג"ץ אסתר כהן נ' המוסד לביטוח לאומי: בין הצדדים הוסכם כי בעלה המנוח של העותרת מת תו"כ שניסה להציל חיי אחר ולכן היא זכאית לקצבת תלויים. אולם, נשאל לפי איזה בסיס תחושב הקצבה כי בעלה עבד כמלצר והשתכר גם מטיפים.

השאלה המשפטית: כיצד יש לסווג את ההכנסה מתשר?

בג"ץ (מפי **הש' גרוניס** ובהסכמת **הש' לוי וג'ובראן**) קיבל את העתירה ופסק כי:

התשובה לשאלת סיווגו של תשר כשכר עבודה עשויה להשתנות **לפי ההקשר** בו מדובר.

לעניין הגדרת ה"הכנסה" חוק הביטוח הלאומי מפנה לפקודת מס הכנסה.

האפשרויות: (1) הכנסה ממשלח יד [ס' 2(1) לפקודה]; (2) הכנסה מעבודה [ס' 2(2)].

**תשר** יכול להיחשב **להכנסה של בית העסק לחישוב מס הכנסה** אבל גם **הכנסה ישירה של העובד מהלקוח**. בסוג הראשון זוהי הכנסת עבודה לעובד. אולם, בענייננו הטיפים דווקא משתייכים לסוג השני. למרות זאת, בג"ץ קבע כי גם סכומי תשר אלו נחשבים להכנסה מעבודה לפי סעיף 2(2) לפקודה. המסקנה: הטיפים ייחשבו לעניין קצבת התלויים של אשתו.

**שעות עבודה ומנוחה**

פס"ד לבנה פילוסוף נ' שור ושות' מהנדסים: פילוסוף עבדה אצל המשיבה ב"שיטת השעות הגמישות" (Flextime). עם עזיבתה כי עברה לאילת המשיבה הסכימה לשלם לה פיצויי פיטורים, אך טענה שהיא זכאית לקזזם כנגד שכר עבודה עודף ששולם לה לפי שיטת ה-Flextime. לטענתה, יש לבצע קיזוז רק בסוף כל שנת עבודה אך המשיבה טענה שניתן לעשות כן גם בסיום היחסים. כמו-כן עלתה השאלה אם ניתן להפחית את תקופת היעדרותה של העובדת מסך כל תקופת העבודה לצורך חישוב פיצויי פיטורים. **מכאן הערעור והערעור שכנגד**.

בית-הדין הארצי לעבודה (**ס' הנשיא אדלר**) פסק:

א. (1) אין מקום לפסילה גורפת של שיטת שעות עבודה גמישות. יש לפרש את חוקי המגן בהתאם לתכליתם. בעניין שעות העבודה יש לאפשר לצדדים גמישות, תוך שמירה על תכלית החוק ומניעת ניצול העובד והעסקתו שעות רבות עד כדי שיישללו ממנו חייו הפרטיים וחירותו.

(2) בהתאם לחוק הגנת השכר ולנסיבות המקרה, המעבידה הייתה רשאית לקזז את הסכום.

ב. (1) בשיטת "שעות עבודה גמישות" הנוהג הסביר הוא שהמעביד ימסור לעובד בתלוש המשכורת, או כל כמה חודשים, את המאזן המעודכן של שעות העבודה. אם המעביד מחכה שנים רבות לעשות זאת, ייתכן כי הדבר יתפרש כוויתור על זכותו לערוך חשבון (לפי הנסיבות).

(2) בנסיבות העניין, במסגרת התחשבנות סיום היחסים **המעבידה הייתה רשאית לערוך קיזוז** של שעות העבודה המגיעות למעבידה מול סכום פיצויי הפיטורים המגיעים לעובדת.

ג. העובדת עבדה תקופה "רצופה" כאמור בסעיף 2 לחוק פיצויי פיטורים שכן לא הוכחה הפסקת עבודה מעבר לשלושה חודשים.

ד. בשיטה זו העובדת עבדה במשרה מלאה כ-Default אלא אם הוסכם אחרת מראש. עובד המסכים לעבוד על-פי שיטה זו אינו מוותר על זכויות שנקבעו בחוקי עבודה המגן.

ה. פיצויי הפיטורים יינתנו ע"ס משכורת ממוצעת שנתית ועל פי חישוב שעות עבודתה בפועל.

פס"ד טפקו בע"מ נ' מנחם טל: המערערת מתעסקת בשמירת איכות הסביבה וחיסכון באנרגיה. המשיב עבד שם שנתיים כמסגר-רתך מומחה. חלק ניכר מתפקידו בוצע אצל לקוחות המפוזרים בארץ. היה לו רכב חברה. הוא קיבל סידור עבודה מראש והחתים כרטיס בשעון נוכחות במפעל. כשלא עבר שם הוא רשם שעות ידנית בכרטיס והמערערת ביצעה ביקורי פתע.

במהלך כל תקופת עבודתו, שבה עבד שעות נוספות רבות הוא השתכר ע"פ דיווחיו בשיעור 100% בלבד. החל מתקופה מסוימת שולמו לו שעות נוספות בשיעור 125% בלבד. הוא אף פעם לא קיבל 150%. תביעתו לשעות נוספות נתקבלה בביה"ד האזורי לעבודה, **ומכאן הערעור**. השאלה המשפטית: תחולתו על המשיב של ס' 30(א) לחוק שעות עבודה ומנוחה?

בית-הדין הארצי לעבודה (מפי **הנשיא אדלר**) פסק:

(1) חוק שעות עבודה ומנוחה חל על כל עובד אלא אם הוצא מתחולתו ע"י ס' 30(א) המוציא מתחולתו, בין השאר, מנהלים או תפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי, וכן עובדים שתנאי עבודתם לא מאפשרים למעביד כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם.

(2) מטרת החוק היא חברתית-סוציאלית - לקבוע מסגרת נורמטיבית של שעות עבודה תקינות ומונעת מעובד וממעסיקו להסכים על מסגרת שעות עבודה הפוגעת באיכות חיי העובד.

(3) הפסיקה פירשה את הס' החריגים לחוק בצמצום, כך שפחות עובדים יוצאו מתחולתו.

(4) המשיב לא היה חלק מ"הנהלת" המערערת ולא נחשב "מנהל" לצורכי ס' 30.

(5) גם יחסי אמון לא מתקיים כי נדרשת מידה מיוחדת של אמון אישי ע"פ החוק והפסיקה. ביצוע עבודה מחוץ למפעל כשלעצמו גם לא מספיק אף היום יותר מבעבר עקב הטכנולוגיה.

(6) אין לקבוע גם כי עבודתו לא הייתה ניתנת לפיקוח עקב סידור העבודה; בירור עם עובדים אחרים שעבדו עימו; פנייה ללקוחות שאצלם עבד; בדיקת מס' הקילומטרים שנסע הרכב וכיו"ב.

דעת מיעוט – השופט י' פליטמן: (**החוק לא חל עליו והוא לא זכאי לשעות נוספות מכוחו**!)

(1) תפקידו של המשיב חייב מידה מיוחדת של אמון אישי, לאור עצמאותו אחריותו לצוות שעמו.

(2) לכן, תפקידו לא איפשר פיקוח על שעות העבודה והמנוחה ועליו להיות חריג לחוק (=שהחוק לא יחול עליו) ע"פ ס' 30(א)(6) לחוק. ביקורי הפתע מוכיחים זאת.

(3) חוק שעות העבודה והמנוחה לא צריך לחול עליו ולא קמה לו מכוחו זכאות לשעות נוספות.

בג"ץ מרים כוכבי נ' ביה"ד הארצי לעבודה: כוכבי רוצה שבג"ץ יבטל את פסה"ד של ביה"ד הארצי ויחזיר את האזורי שהורה למדינה לשלם לה תוספת עבודת לילה שקיבלה בעבר כמטפלת במעונות של משרד העבודה והרווחה במשך שנים. בינואר 97' החליטה הנהלת המעון בו עבדה (החלטה שהתקבלה על דעת ועד העובדים), להפסיק העסקת מטפלים במשמרות לילה בלבד וצוות המטפלים עבר למתכונת העסקה בסבב משמרות. כתוצאה מכך, נפגע שכרה והיא תבעה וביקשה לחייב את המדינה להמשיך להעסיקה במשמרות לילה בלבד ובכל מקרה להמשיך לשלם להם את תוספת משמרות הלילה אותה קבלו במשך שנים. ביה"ד האזורי קבע שלא יעסיקו אותה אבל שהיא תקבל את התוספת. ערעור שהגישה המדינה על החלטה זו התקבל ופסקו לה פיצויי הסתגלות. **על כך העתירה**.

בג"ץ (**הש' פרוקצ'יה**) דחה את העתירה וקבע כי הוא ינהג בריסון ואיפוק רב בהתערבותו בהכרעות בית הדין לעבודה, המומחה בתחומו. יתערבו רק בהתקיים שני תנאים **מצטברים** – (1) טעות משפטית מהותית ו(2) נסיבות בהן שורת הצדק מחייבת התערבות בהכרעה.

במקרה זה שני אלה גם יחד לא התקיימו. פסה"ד דלמטה מגשים את שורת הצדק, בהביאו מצד אחד לביטול פרקטיקה רצופה של משמרות לילה הנוגדת את החוק ומנגד, מבטיח את הזכויות הכספיות של העובדים שנפגעו מהשינוי, תוך קיום מצוות המחוקק.

חוזה העבודה הקודם של העותרת המאפשר העסקה המנוגדת לחוק לוקה באי חוקיות.

דנג"ץ יולנדה גלוטן נ' ביה"ד הארצי לעבודה: **בימ"ש אישרר ברוב דעות את פסק הדין שניתן בבג"ץ גלוטן לפיו חוק שעות עבודה ומנוחה אינו חל על עובדי הסיעוד; כל שופטי ההרכב קראו לפתור בחקיקה את הבעיה הקשה של תגמול ראוי לעבודתם**.

**הנשיא גרוניס** סבר כי אין מקום להחיל את הוראות החוק על עובדי הסיעוד. גישתו מבוססת על העמדה כי לבימ"ש אין כלים לפרש את החוק באופן שייתן מענה מספק לקשיים הנובעים ממתכונת ההעסקתם. הוא הדגיש שפסה"ד לא מבסס הלכה עקרונית וגורפת אלא לסוגיה הספציפית בהליך זה, המעלה בעיות ייחודיות וחריגות וכי אין בפסיקה זו כדי לפגום בקוגנטיות של חוקי המגן באופן כללי או להביא למהפכה בדיני העבודה.

עמדתו של **הש' רובינשטיין** דומה ובמרכזה הדגש על כך שכל הכרעה בסוגיה המתעוררת בהליך זה תפגע בקבוצה מוחלשת אחרת, כמו עובדי הסיעוד. גם לדעת **הש' ג'ובראן** אין מקום להחלת החוק על עובדי הסיעוד כי תכליתו להגן על העובד במישור החוזי שבין העובד למעביד וכאן זו פגיעה בשל פעילות המדינה. **הש' מלצר** תמך והדגיש שהפתרון מצוי בחקיקה;

מאידך, **ה' ארבל וחיות** סברו כי החוק חל על עובדי הסיעוד וכי יש לשלם להם שעות נוספות לפי נסיבות כל מקרה; **הש' הנדל**, בגישה שלישית, סבור כי החוק אינו תקף באשר לעובדי הסיעוד, שכן הוא אינו מתאים למתכונת ההעסקה שלהם. עם זאת, לדעתו לא ניתן להשלים עם מצב משפטי בו זכויות בסיסיות של קבוצת עובדים חלשה תישללנה לחלוטין וכי פתרון ביניים ראוי עד להסדר חקיקתי - הוספת גמול של 20% מעבר לשכר המינימום בגין השעות הנוספות.

**פיצויי פיטורים**

פס"ד זיווה טור נ' מעשה אומן בע"מ: במשך 6 שנים עבדה המערערת כמעצבת שטיחים בחדר X לבדה. או אז פרצה שריפה וחדרה נשרף ולכן היא הועברה לחדר Y עם עוד אחת בחדר. לאחר שהם חזרו למפעל המקורי ששופץ, לא שיפצו את חדרה והיא נאלצה לשהות כל זמן עבודתה באולם הייצור והשיווק, ללא שולחן וכיסא וחשופה לנשימת אבק ולפלומות צמר.

כדי לבדוק האם הורע מצבה, כפי שהיא טוענת, ביה"ד קבע שלא נגרם לה נזק בריאותי ולכן לא ניתן לבסס הרעה מוחשית בתנאי עבודתה. המעביד לא עשה כל שימוש בחדר הקודם שלה – הוא פשוט לא שופץ ולכן קשה לטעון שפגעו דווקא בה (אך הערעור **התקבל** מסיבות חוזיות).

* קשה לטעון להרעת תנאים כשזה לא נעשה ע"מ לפגוע בה ספציפית.

פס"ד חברת אינסטלציה נ' נגרין יעקב: המשיבים גרו בב"ש ועבדו בסדום. הם הוסעו ע"י החברה הלוך חזור יום יום וקיבלו בשכרם "תוספת סדום" של שעה וחצי על כך. משהחברה לא זכתה במכרז מסוים במפעלי ים המלח היא החליטה להעביר את עבודתם למפעל בב"ש.

המשיבים טענו להרעה בתנאי עבודתם ולכן לזכאות לפיצויי פיטורים. כל כך למה? הרי קירבו אותם וחסכו להם זמן נסיעה, היכן ההרעה? לטענתם (שהתקבלה) – בכך שהם התרגלו לנסוע יותר אבל לקבל על כך את תוספת סדום וזה לא ייקרה עכשיו. משהם עבדו בסדום במשך תקופה ארוכה ורצופה (10 שנים) הם היו זכאים לראות בה כמקום עבודתם הקבוע. העברתם למקום אחר לתקופה בלתי מוגדרת הולידה שינוי יסודי בתנאי העבודה. השינוי מהווה הרעה מוחשית בתנאים ומצדיק ראיית ההתפטרות שלהם כדין פיטורים, לעניין פיצויי פיטורים.

פס"ד אלי אסיסקוביץ' נ' מכבי ראשל"צ: המערער התפטר מעבודתו במכבי כמנהל ביה"ס לכדורסל, לטענתו בשל אי תשלום משכורות (3). השאלה היא האם הוא זכאי לפיצויי פיטורים בשל הרעת תנאי עבודה או בשל "נסיבות אחרות שביחסי עבודה לגבי אותו העובד שבהן אין לדרוש ממנו כי ימשיך בעבודתו", כאמור בס' 11(א) לחוק פיצויי פיטורים?

בית הדין האזורי השיב על שאלה זו בשלילה (בטענה שמכבי ניסתה לגבש תוכנית הבראה לאור הקשיים הכלכליים שהיו וכולם היו מודעים להם ושהיא כן תיכננה לשלם לו את השכר אף רצו שהוא יירתם למשימה ויעבוד בחינם עד אז ושהוא סירב לכך), **מכאן הערעור**.

**הערעור התקבל** (**מפי הש' צור וכנגד דעתו החולקת של הש' פליטמן**) שאמר שנכון שעיכוב במשכורת אחת הוא לא עיכוב שייחשב להרעת תנאים אך כשמדובר בשלוש משכורות זה כבר הרעה. שכר העובד זה לא רק חלק בחוזה אלא לב ליבו ואין לצפות מעובד לעבוד חינם.

**פליטמן** בדעת מיעוט קבע כי ההתפטרות אינה על רקע הלנת השכר אלא על רקע התדרדרות במצב הכלכלי הכולל של ביה"ס לכדורסל ולכן זו לא הרעת תנאים לדעתו. הוא ציפה מהמערער, כמנהל, להישאר בעבודתו ולסייע בהבראת ביה"ס, אך הוא היה בדעת מיעוט.

**איסור אפליה והבטחת שוויון הזדמנויות בעבודה**

פס"ד מישל מלכה נ' תעשייה אווירית: התובע טען כי הופלה לרעה מחמת מוצאו המזרחי, בניגוד לעקרון השוויון ולחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. הוא הגיש קו"ח לטובת עבודה כפרמדיק באחת ממרפאות התע"א ונדחה. לאחר מכן שלח שוב קו"ח זהים עם שם "אשכנזי" וקיבל זימון לראיון. עילה זו הספיקה להפוך את נטל הראייה על התע"א להוכיח כי הוא נדחה שלא מחמת מוצאו המזרחי והיא לא הצליחה לעמוד בנטל הזה כאמור.

ביה"ד קיבל את טענתו של התובע ופסק כי הנתבעת לא עמדה בנטל שהועבר אל כתפיה להוכיח כי בעת בחינת מועמדותו של התובע לא נלקח בחשבון, בין היתר, מוצאו המזרחי.

פס"ד דיילי אוויר נ' עדנה חזין: עדנה תובעת את אל-על על כך שחוזה ההעסקה שלה לא מאפשר להגיע לדרגה הבכירה של "דייל-כלכל" אלא רק לתפקיד הקודם לו בדרג – "דיילת בכירה". אל-על טוענת כי אין כאן אפליה בכלל כי מדובר במסלול של שונה אך שווה. היינו, לגברים יש מסלול קידום משלהם ולנשים יש מסלול קידום משלהן, אחר.

ביה"ד הארצי דחה את הערעור וקבע כי בדיני העבודה בישראל אין מקום לטענת "נפרד אך שווה". נטען כי סגירת הדרך לתפקיד מסויים בפני אשה באשר היא אשה, פוגעת בכבודה כאדם עובד. פגיעה זו אינה ניתנת לאיזון על-ידי מתן כסף, או טובת הנאה "מוחשית" אחרת.

* עוד נטען כי הדברים באים ביתר שאת כשמדובר בחוזה קיבוצי ולא בחוזה אישי.

פס"ד מ"י נ' גסטטנר בע"מ: גסטטנר פירסמה מודעת דרושים בעיתון הארץ וכתבה "בוא והצלח איתנו אם אתה נציג מכירות מעולה" (לשון זכר) והמדינה תבעה אותה על אפליה. גסטטנר כפרה באשמה וביה"ד האזורי זיכה אותה בהסתמך על מערכת העובדות, שהיתה מוסכמת על הצדדים (לפיה העבודה המוצעת ברובה בהרמת מוצרים שמשקלם כ-5 ק"ג לעיתים קרובות וכי את המוצר יש להעלות לפעמים לגובה 3 קומות בלא מעלית - עבודה פיזית קשה במיוחד).

**הערעור התקבל ונפסק כי גסטטנר הפלתה לפי ס' 8 לחוק**. נקבע (הנשיא גולדברג):

* שעה שבוחנים את פירושו הנכון של הסייג שבסעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (=זה לא אפליה כשהיא מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה) המבחן צריך להיות אובייקטיבי, ולא סובייקטיבי - לא דעתו של מציע העבודה היא הקובעת, אלא מבחן אובייקטיבי.
* בקביעת מבחנים אוביקטיביים יש להימנע מסטראוטיפים, שלעולם אינם אובייקטיבים.
* לס' הפטור יש לתת פירוש מצמצם, כלומר רק עבודות שעל פי מהותן ואופיין הן מיוחדות לבני מין אחד בלבד, ניתן לאיישן בבני אותו מין.
* העובדה שהמחוקק הטיל במפורש בס' 9 לחוק השוויון את נטל ההוכחה תומכת בכך.
* אין לראות את הדרישה של גסטטנר להרים מעט משקלים כפרט הנמנה עם החריגים שבס' 2(ג) לחוק השוויון. הקושי בהרמת משקל של כ-50 ק"ג שווה לגברים ולנשים.
* 47 המודעה, כפי שפורסמה, אינה משקפת את מהות התפקיד, שהרי שלושה כישורים בלבד נמנו בה ו"סבלות" לא בא זכרה בהם.
* יצוין - אף לו הייתה עובדה זו מצוינת במודעה לא היה בכך כדי לשנות מהתוצאה.

דנג"ץ רקנט נ' ביה"ד לעבודה:

בג"ץ גורן נ' הום סנטר:

בג"ץ מפעלי ים המלח נ' משה ניסים:

**חסר לי פה משהו**

**חוזה העבודה האישי**

בג"ץ מילפלדר נ' ביה"ד הארצי: העותרים הם כבאים בנתניה. עבודתם במשמרות זיכתה אותם בעבר במנוחה שבועית בת 36 שעות ובגין עבודתם מכניסת השבת ועד ליום ראשון בבוקר קיבלו תשלום כ"מנוחת פיצוי". אז, ועדה מסוימת קבעה שהמנוחה תופחת ל-25 שעות בלבד.

בנתניה ההחלטה יושמה רק 5 שנים מאוחר יותר. לאחר הליך קיבוצי שכשל, פתחו העותרים בהליך אינדיווידואלי **בביה"ד האזורי** שדחה את התביעה בטענה שמותר להפסיק את התשלומים, גם אם נהגו אחרת במשך 5 שנים. **ביה"ד הארצי** אשרר, אם כי מטעמים אחרים: התשלום הפך בפועל לתנאי מכללא ביחסים החוזיים בין העותרים לעירייה והודעה על הפסקתו שקולה להודעה על ביטול של תנאי בחוזה שלעירייה מותר לתת. **מכאן העתירה**.

השאלה המשפטית: האם בחוזה עבודה אישי ללא הגבלת זמן רשאי המעביד לבטל תנאי מכללא ללא הסכמת העובד? בג"ץ (**הש' ברק**) פסק כי טעה ביה"ד הארצי וקבע כי:

א. כל עוד החוזה כולו לא תם, ממשיכות לעמוד בתוקפן תניותיו השונות. **צד לחוזה אינו רשאי ואינו יכול לבטל תניות בודדות באופן חד צדדי**. אם עשה זאת – הוא מפר את החוזה.

ב. שינוי בהסדר בין הצדדים יתאפשר רק אגב שינוי בחוזה כולו, או מתוך הסכמה בין הצדדים.

ג. הודעת המעביד בדבר שינוי התניות לעניין שעות החופשה ומנוחת הפיצוי, מהווה הפרה מצדו.

פס"ד אורי גנני נ' מושב אמירים: אורי גנני היה מזכיר וגזבר במושב. הגוף האחראי עליו היה ועד. הועד הקודם היה מרוצה מתפקודו אבל הוא התחלף ואחד מחברי הועד החדשים היה אדם שהיה לו בעבר סכסוך אישי עם גנני. הועד החדש דרש מגנני תנאים שעיקרם הגבלת עצמאותו (דיווח יומי בכתב, חתימת חבר ועד על מכתביו, שימוש לעבודה בלבד ברכב הצמוד וכהנה). בהמשך נתנו לו לטפל בכל נושא הקייט (=צימרים ואירוח) כנע"ת. הוא הסכים תחילה אך זה פגע בתפקודו ואז הוא לא הסכים בטענה שזה ייפגע בשאר תפקידיו. בהמשך פיטרו אותו.

השאלה המשפטית: האם הפר המושב את חוזה העבודה האישי כאשר פיטר את המערער?

ביה"ד הארצי (מפי **הש' אדלר**) קבע כי:

* מעביד רשאי לעשות שינויים בסדרי עבודת העובד, מבלי שתהיה בכך הפרה של חוזה העבודה. זכותו לנהל את מפעלו על הצד הטוב ביותר, בכפוף לחוק ולהסכמים עם העובד.
* העובד צריך למלא אחר הוראות המעביד תוך שהוא יכול לערער עליהן בדרך שנקבעה (הליכי יישוב סכסוכים, פנייה לערכאות). בכ"מ הוא לא יכול פשוט להתעלם מהוראות.
* **בענייננו**, רוב השינויים שהחיל הועד נעשו במסגרת סמכותו לניהול העסק. הם לא פגעו בשכרו או בתנאים הסוציאליים שקיבל. חוזה העבודה הינו מסמך גמיש ודינמי ובמסגרת הסבירות רשאי כל צד לנצל את התניות מכללא שבחוזה, או להתאימו למצבים חדשים. על כן סירובו של המזכיר לבצע את עבודתו מהווה הפרה של חוזה העבודה.

פס"ד בר אילן נ' ארגון הסגל האקדמי: ארגון הסגל האקדמי הגיש לביה"ד האזורי בקשת צד בסכסוך קיבוצי, תוך שהוא קובל על כך שהאונ' הפרה באופן חד צדדי הסכמים קיבוציים שהיו קיימים באונ' מזה למעלה משני עשורים, לפיהם תחולתה של ההעלאה בדרגה **תהיה בתוקף רטרואקטיבית** מהראשון לאוקטובר של אותה שנה אקדמית שבה הוחלט על פתיחת ההליך להעלאה בדרגה. ביה"ד האזורי קיבל את טיעון הארגון וביטל את ההחלטות החד צדדיות של האונ' ביחס לשינוי מועד התחולה הרטרואקטיבית של הקידום בדרגה. **מכאן הערעור**.

הערעור (מפי **הש' עמירם רבינוביץ**) נדחה (בניגוד לדעתו החולקת של נציג המעבידים):

ביה"ד האזורי נימק את פסיקתו זו בכך שהזכות לתחולה רטרואקטיבית של הקידום בדרגה האקדמית מעוגנת בהסכמי העבודה שבין הצדדים וכי **לא ניתן לשנותה באורח חד צדדי וללא הסכמה עם נציגות העובדים**. עוד קבע ביה"ד, כי ההחלטה החד צדדית נעשתה משיקולים תקציביים ולא במסגרת החופש האקדמי.

ביה"ד הארצי הוסיף כי הצדדים מסכימים כי היה נוהג רב שנים של תחולה רטרואקטיבית. שינוי הנוהג אינו מתיישב כלל ועיקר עם הלכת מילפלדר, לפיה, ככלל, **צד לחוזה אינו יכול להכניס בו שינויים חד צדדיים כרצונו במשך תקופת חיי החוזה, אא"כ הביא לסיומו**. בהיעדר הוראה (מפורשת או משתמעת) לפיה נתון לאחד הצדדים הכוח לשנות תניה זו או אחרת בתקופת חיי החוזה – השינוי אסור. בניגוד לטענת האונ' כי הוראה כזו קיימת בסעיף בתקנון המינויים, הוראה כזו איננה קיימת בענייננו.

"בשורה התחתונה" - האונ' הפרה שלא כדין את ההסדרים הקיבוציים והאישיים בין הצדדים. לכן, דין ההחלטה החד צדדית להתבטל.

פס"ד יוחנן גולן נ' ALD בע"מ: החברה נותנת ייעוץ הנדסי לגורמים ביטחוניים, ביניהם תע"א. המערער עבד אצלה 3 שנים במתקני תע"א לפי חוזה אישי שאומר שהוא רשאי לעשות עבודות פרטיות תחת אישורה. הוא אכן עשה כאלה אך ללא אישורה כאמור. תחילה הפחיתו לו את השכר בטענה שהוא לא עובד מספיק שעות בעוד שבחוזה הוא התחייב לתת יותר שעות ואז בהמשך הוא נתפס מוציא חומר מסווג מתע"א, או אז הוא פוטר מהחברה.

הוא תבע את כל סל הפיצויים וקיבל רק חלק. **מכאן הערעור**. נפסק (**סגן הנשיא אדלר**):

המערער לא נקט באף אחת מהאפשרויות שעמדו לרשותו כתגובה להפרת חוזה העבודה על ידי המשיבה. הוא אכן מחה על השינוי בשכר, אך לא הגיש תביעה ולא התפטר במשך 8 חודשים.

עיכוב של מספר חודשים בין הפרה יסודית של חוזה (ההורדה בשכר) לבין הגשת תביעה אינו מנתק את הקשר שביניהם, כי ייתכן והעובד בוחן את צעדיו.

בית הדין הגיע למסקנה כי העובד הסכים לשינוי החד-צדדי בתנאי שכרו מן הטעמים הבאים: (א) העובד ידע מיד על הפרת החוזה; (ב) מדובר בעובד בעל השכלה; (ג) הגשת התביעה היא תגובה על פיטוריו באופן כללי; (ד) עברו 8 חודשים עד הגשת התביעה.

* כל זה מצביע על השלמת המערער עם תנאי החוזה החדש.

פס"ד מ"י נ' משה נהרי: המשיב עובד משנת 82' כמטפל במעון לאנשים ברמות פיגור שונות. לאחר כ-5 שנים בהן עבד במשמרות יום, הוא שובץ במשמרת הלילה. לאחר כ-9 שנים החליטה הנהלת המעון לשנות את שיבוצו (כמו אחרים) למשמרות ברוטציה. שינוי זה פגע משמעותית בהכנסתו, זולת התוספת אותה נהג לקבל בעבודת הלילה והוא תבע לחזור לעבוד בלילה.

ביה"ד קבע כי המעון לא חייב להעסיקו בלילה, אך חייב לשלם לו כאילו כן. **מכאן הערעור**.

ביה"ד הארצי לעבודה (**הש' אדלר**) פסק: אחרי כ-9 שנות עבודה בלילה וקבלת התוספת, נוצר תנאי בחוזה העבודה של המשיב שלא יפסיקו לשלם לו את התוספת על-פי החלטה חד-צדדית. המערערת כפתה על המשיב מיוזמתה לעבוד רק בלילה והוא התרגל להכנסה הנלווית.

עקרונית, הנהלת מפעל רשאית לשנות סדרי העבודה ולכן את השעות מותר לשנות. יש לציין גם שהעסקת עובד במשמרת הלילה באופן קבוע נוגדת את הוראת ס' 22 לחוק שעות עבודה ומנוחה. לכן, הנהלת המעון הייתה רשאית וחייבת להפסיק את ההסדר, אך עדיין עליה לשלם.

(**דעת מיעוט – הש' א' ברק**): **מסכימה עם אדלר** שאין המשיבה חופשית עתה לשנות חד-צדדית את תנאי עבודתו של המערער אך לא נעצרת בחובת תשלום אלא מוסיפה:

ביטול החוזה במקרה דנן יפגע בעובד וברצונותיו. תחת הרצון להגן על העובד כפי שחוק מגן אמור לעשות, יפגע הדבר בעובד. המערערת היא זו שהעסיקה את המשיב באופן לא חוקי ואין היא יכולה להיתלות בטענה שמדובר בחוזה לא חוקי ושעל העובד כעת לחדול.

למרות האיסור שבחוק המגן, האיזון הנכון בנסיבות העניין יוגשם אם המערערת תאפשר למשיב לעבוד מחצית החודש במשמרות לילה ומחציתו במשמרות בוקר וצהריים.

בג"ץ מרים כוכבי נ' ביה"ד הארצי לעבודה: **פסיקה סותרת לפס"ד נהרי של הש' רבינוביץ**.

כוכבי רוצה שבג"ץ יבטל את פסה"ד של ביה"ד הארצי ויחזיר את האזורי שהורה למדינה לשלם לה תוספת עבודת לילה שקיבלה בעבר כמטפלת במעונות של משרד העבודה והרווחה במשך שנים. בינואר 97' החליטה הנהלת המעון בו עבדה (החלטה שהתקבלה על דעת ועד העובדים), להפסיק העסקת מטפלים במשמרות לילה בלבד וצוות המטפלים עבר למתכונת העסקה בסבב משמרות. כתוצאה מכך, נפגע שכרה והיא תבעה וביקשה לחייב את המדינה להמשיך להעסיקה במשמרות לילה בלבד ובכל מקרה להמשיך לשלם להם את תוספת משמרות הלילה אותה קבלו במשך שנים. ביה"ד האזורי קבע שלא יעסיקו אותה אבל שהיא תקבל את התוספת. ערעור שהגישה המדינה על החלטה זו התקבל ופסקו לה פיצויי הסתגלות. **על כך העתירה**.

בג"ץ (**הש' פרוקצ'יה**) דחה את העתירה.

**התארגנות עובדים**

בג"ץ ההסתדרות נ' עמית: המשיבה 2 (ארגון עמית) תבעה בביה"ד הארצי וביקשה להכיר בה כארגון עובדים לכל דבר ועניין. עוד ביקש הארגון דרך ס' 25(א) לחוק הגנת השכר להחיל על חבריו הסדר של גביית דמי חבר מרוכזת ולהימנע מניכוי דמי טיפול מקצועי-ארגוני משכרם. טענתם התקבלה וארגון עמית הוכר כארגון עובדים במשפט העבודה. **מכאן העתירה**.

השאלה המשפטית: האם עדיף כמה ארגוני עובדים קטנים ולאפשר תחרות או ארגון אחד גדול?

בג"ץ (לפי דעת הרוב של **הש' זמיר** ובניגוד לדעתו החולקת של הש') פסק:

ארגון עמית הוקם ע"י קופ"ח מכבי עקב הכוונה להטיל בחוק מס שיבטיח את המשך מימונה של ההסתדרות. הוא הארגון הראשון המבקש הכרה כארגון שהוקם לפי החלטה של גוף עסקי.

בדיקת המאפיינים של ארגון עמית כנגד הגדרת ארגון עובדים לפי ס' 25 לחוק הגנת השכר מעלה כי הארגון אינו מהווה ארגון עובדים כזה לפחות מארבע בחינות: (**1**) אין יסוד לומר כי הוא שם לו למטרה מרכזית את שיפור תנאי העבודה בדרך קיבוצית; (**2**) לא הוכח כי רוב חברי הארגון הם עובדים-שכירים; (**3**) הארגון אינו דמוקרטי (לא נערכו בחירות למוסדותיו); (**4**) הארגון אינו עצמאי, אלא תלוי בקופ"ח מכבי שהקימה ועדיין מממנת את פעולתו.

כל האמור לא מונע את קיומו, אלא הוא לא זכאי להכרה כארגון לפי ס' 25 לחוק הגנת השכר.

* **הש' גולדברג** – על פוטנציאל התחרות: תחרות בין ארגוני עובדים מחלישה את כוחם המוסדי של הארגונים הקיימים ופוגעת בפן הקולקטיבי. פגיעה זו עולה על התועלת שבהתייעלות הארגונים כתוצאה מן התחרות. תחרות בלתי מבוקרת עלולה לפגוע ביעילות ההגנה הקיבוצית על הפרט במובן זה שיחוזקו החזקים תחת החלשים.

עוד נקבע כי אלה הם סימני ההיכר העיקריים של ארגון עובדים: ארגון של קבע, שרוב חבריו עובדים שכירים. הוא פועל ע"פ תקנון, באורח דמוקרטי ועצמאי, לקדם את עניינם של העובדים בעיקר במישור של יחסי עבודה קיבוציים סימנים אלה אינם רשימה ממצה וייתכנו עוד.

פס"ד ארגון סגל המחקר נ' ההסתדרות: עתירה למתן צו הצהרתי לפיו המבקש הוא ארגון העובדים היציג של עובדי המחקר במערכת הביטחון וכן צו לפיו אין ההסתדרות יכולה להיות צד ליחסים קיבוציים עם המדינה בכל הנוגע לעובדי המחקר, כמו גם הפסקת גבייה ע"י המדינה מחברי הארגון דמי טיפול מקצועי ארגוני מכוח ס' 25 לחוק הגנת השכר עבור ההסתדרות.

השאלה המשפטית: מהי "יחידת המיקוח" המתאימה – כלל העובדים או רק עובדי סגל המחקר?

בית-הדין הארצי (**הנשיא גולדברג**) לעבודה פסק:

סימני ההיכר להיותו של גוף "ארגון עובדים" הם התארגנות לתקופה בלתי מוגדרת מראש או לפחות לפרק זמן ממושך דיו; קיום תקנון; התארגנות מבוססת על חברות אישית ווולונטרית; קיומן של בחירות; קביעת מטרות מוגדרות בתקנון. במקרה דנן, התמלאו במבקש כל אלה.

אין לקבל את הטענה לפיה הואיל ומדובר רק בקבוצה קטנה של עובדים שלהם סולם שכר נפרד, אין להכיר בה כארגון עובדים. אין סיבה שזה לא יהיה גורם להתאחד לפיו.

מניעת הקמת ארגוני עובדים חדשים הוא שיקול ש'מפסיד' לחופש ההתארגנות - חירות יסוד.

**לאור האמור**, יש להצהיר כי המבקש הוא "ארגון עובדים" שיכול לכרות עבורם חוזים קיבוציים. הוכח שמדובר בציבור עובדים המועסק בתפקיד שהיקף פעולתו ותנאי עבודתו מחייבים מסגרת ארגונית בהיקף ארצי. דוג' דומה לכך היא **ארגוני סגל באוניברסיטאות השונות**.

* סגן הנשיא אדלר תמך את עמדתו של גולדברג אבל הדגיש שמדובר במקרה חריג.

פס"ד ארגון גננות חרדיות נ' ארגון המורים: שני ארגונים (ארגון גננות בהקמה מחד והסתדרות המורים של אגו"י הותיק מאידך) טוענים להיותם ארגון עובדים יציג של 443 הגננות המועסקות ב'רשת הגנים של אגו"י'. התובע מבקש להצהיר כי הסתדרות המורים אינה ארגון עובדים כלל וגם לא הנציג של הגננות לעניין חוק הסכמים קיבוציים וחוק יישוב סכסוכי עבודה, אלא הוא.

ביה"ד הארצי (**הנשיא אדלר, הש' פליטמן, הש' רוזנפלד**) קיבל את העתירה בחלקה ופסק:

בבג"ץ עמית נקבעו סימני ההיכר העיקריים של ארגון עובדים. בענייננו יש לקבוע כי הסתדרות אגו"י אינה ארגון עובדים מאחר והיא לא מגשימה ערכים של שוויון בין המינים – העובדות המיוצגות לא רשאיות להיבחר למוסדותיה או להשתתף בישיבות המוסדות והנהלתם; היא ארגון לא דמוקרטי ופועלת בדרך של מינויים. **מנגד**, ארגון גננות חרדיות הוא ארגון עובדים. **אולם**, הוא אינו ארגון העובדים היציג של הגננות. ארגון עובדים יציג לעניין הסכם קיבוצי מיוחד הוא הארגון שעם חבריו נמנה המספר הגדול ביותר של עובדים מאורגנים ובלבד שמספר זה אינו פחות משליש מהעובדים עליהם חל ההסכם. מספר החברות שבענייננו אינו מגיע כדי מספר זה.

**התוצאה** - הגננות נותרות ללא ייצוג בפני מעסיקתן. הן יכולות לבחור באחד משני מסלולים:

(1) הצטרפות להסתדרות המורים בישראל; (2) הגדלת החברות בארגון גננות חרדיות.

פס"ד ההסתדרות נ' הוט: מר יוני מנדל היה פעיל בניסיון ההתאגדות של עובדי המשיבה במסגרת ההסתדרות. במהלך פעילות ההתאגדות הוא פוטר ומכאן בקשתו לביטול הפיטורין.

ביה"ד(**הש' טננבוים**) נתן צו המונע את פיטוריו וקבע כי בבואו להתחקות אחר נקודת האיזון הנכונה שבין זכות ההתארגנות לבין זכות הקניין של המעביד, כי גוברות זכויות השוויון וההתארגנות וכי המעסיק אינו רשאי לממש את זכויות הקניין שלו כאשר התוצאה תהיה פגיעה חמורה בהתארגנות עובדיו או בחיסולה. נטל ההוכחה, כי פיטורים נעשו מטעמים עניינים ולא בשל השתייכותו של המפוטר לארגון העובדים או פעילותו בארגון זה, רובץ על כתפי המעסיק.

ביה"ד לא שוכנע כי ביום בו נכתב מכתב הפיטורים המשיבה לא הייתה מודעת לניסיון ההתארגנות ולהיותו שותף בניסיון זה. נתון זה מטיל נטל הוכחה משמעותי שהוט לא עמדה בו.

פס"ד ההסתדרות נ' פלאפון: פלאפון מעסיקה כ-4,000 עובדים שאינם מאורגנים. משך תקופה ארוכה התקיימו בחשאי מהלכי התארגנות ראשונית דרך המערערת. נוכח פעולותיה של פלאפון לסיכול המהלך, פנתה המערערת לביה"ד האזורי לעבודה. ערעור זה מכוון נגד כמה מקביעותיו של ביה"ד קמא. עיקר הדיון בערעור נסב אודות ההתנגשות בין זכות ההתארגנות לבין זכותו של המעסיק לחופש ביטוי והיקפה, אגב התארגנות ראשונית, טרם כינונו של ארגון עובדים יציג.

בית הדין הארצי לעבודה (הנשיאה **ארד**) קיבל את הערעור ופסק כי:

השיח שהעובדים מקיימים עם ארגון אם להתארגן במסגרתו או לא, לא קשור למעסיק. עליו להרחיק עצמו מהתערבות. העובדים בלבד יחליטו אם ברצונם לקיים עם המעסיק יחסי עבודה לפי מודל אישי או קיבוצי ובאיזה ארגון עובדים יבחרו כארגון היציג במקום העבודה.

נוכח פערי הכוחות המובנים, בנסיבות של התארגנות ראשונית זכות המעסיק לביטוי אינה שוות משקל לזכות העובדים לחופש ההתארגנות בארגון עובדים, שגוברת.

רק בשלב מתקדם, לאחר כינון ארגון יציג, חל שינוי מהותי ביחסי הכוחות וחופשו לביטוי יגדל.

בנסיבות המקרה הנדון יש לקבל את הערעור ולהורות על בטלות צו הקפאת התארגנות גלויה ולתת סעד זמני כללי לפיו פלאפון תימנע מפעולות לסיכול ההתארגנות ומהשפעה על עובדיה ולא תנקוט בכל פעולה (בכל צורה) העלולה לפגוע במימוש זכות העובדים להתארגנות.