דרישות הקורס:

* מאגר פסיקה (רשות)- משם תילקח ההשראה לשאלות שיופיעו במבחן.
* קריאת חובה- לימוד הנושאים יהיה לפי מפת הדרכים שמופיעה בסילבוס

**הרקע לדיני עבודה: חופש החוזים במבחן המציאות**

בחוק לא מופיעה הגדרה של עובד, ומוגדרת בפק' הנזיקין הגדרה של יחסי עובד- מעביד.

למה צריך את דיני העבודה?

בסופו של דבר, חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול. כל מפגש עבודה הוא בעצם **חוזה.**

היו בעבר ניסיונות לחוקק חוק או הצעות חוק של "חוזה עבודה". למשל ההצעה משנת 1968 "הצעת חוק חוזה עבודה". היינו מצפים שזה יהיה תת סעיף של דיני החוזים.

למה זה לא?

1. פער הכוחות בין המעסיק לעובד.
2. חוזה אחיד- גם חוזה אחיד נובע מפער הכוחות. הבעיה היא התניה המקפחת של חוזה אחיד ויש בעייתיות אם עושים מו"מ על תניה מקפחת בחוזה אחיד. אין את הכוח להתנהל מול גופים כלכליים- אין לפרט את הכוח או את הידע להתמודד מול הגופים הגדולים.

הצעת החוק משנת 1994 (הצעת חוק לחוק יסוד: זכויות חברתיות) מדברת על זכויות חברתיות ומתארת את מערך דיני העבודה כזכות חברתית.

האם יש "מפגש רצונות" אמיתי?

1. כן- המעביד רוצה עבודה ומציע כסף. העובד רוצה כסף ומציע כוח עבודה.

הצרכן רוצה את תוצר העבודה ומוכן לשלם עבורו.

1. לא- לעיתים יש מצבים של **"כשל שוק"-** לא ביחסי העבודה. האסטרטגיה להתמודד עם כשלי שוק נמצאת בתוך דיני העבודה. זה יהיה כשל שוק לכשעצמו כי אין ביחסי עובד- מעביד מקום לבחירה חופשית.

מה כשל השוק הבסיסי ביותר בכל הנוגע בדיני עבודה?

* יחסי כוחות לא שווים מלכתחילה בין העובד ומעביד.
* סוג של כבילה
* לא פרי למו"מ אמיתי, אין פה מפגש רצונות רציונלי (פערי מידע בין העובד והמעביד).

**דוגמאות לכשלי שוק באופן כללי-**

* אין מו"מ חופשי- חוסר ידע על החוזה עצמו, חוסר ידע על מה שקורה בחוץ. עבודה היא לא רק דבר כלכלי אלא גם מגדיר את האדם.
* מונופול- כאשר אין חלופות (למשל: חברת חשמל)
* החצנה- כאשר גורם חיצוני משלם על עניין שהפרט מוצא אני, כאשר מטילים את המחיר על האחרים.
* פערי מידע- אין מפגש רצונות אמיתי .

במקרה של כשל שוק: כוחות השוק אינם מביאים להחלטה רציונלית/ אין תוצאה של הסכמה שוויונית.

מה הפתרון הקלאסי (באופן כללי)?

* רגולציה: התערבות של המחוקק שבא במקום החופש, המחוקק מקים ועדה שתטפל בנושא (דוגמה: וועדה ציבורית לקביעת מחיר החשמל)
* הפנמת ההחצנה: למשל היטלים על מזהמים.
* חובות גילוי: הנפקות, מידע פנים. יש בכל חברה תשקיף- צריך לוודא שהכול תקין.

ביחסי עבודה אי אפשר בלי חוזה. העבודה מחייבת את הפרט כדי שיוכל להתקיים. העובד הוא זה שקריטית לו העבודה, הרבה יותר ממה שקריטי למעסיק. לכן יכול להיות שהעובד יסכים לעבוד בכל "מחיר", לעבוד במקום בלי תנאים לגיטימיים.

כשלי שוק הנוגעים לדיני עבודה:

1. **הערך של מקום העבודה עבור העובד גדול באופן לא פרופורציונלי**- "העבודה היא חיינו", אין אפשרות לא לעבוד. עבודה מקנה אפשרות לרכוש מצרכי יסוד, עבודה מקנה סטטוס חברתי, עבודה מקנה ערך אישי/ משפחתי. בנוסף, יש השלכות חברתיות קשות כאשר קיימת אבטלה, החברה מקבלת על עצמה את המובטלים וזה מכביד עליה.

**איזה פתרון רלוונטי**?

1. חוקי מגן פטרנליסטיים- המטרה היא הגנה על העובד ע"י קביעת תנאים סוציאליים- לקבוע שכר מינימום, מקסימום שעות עבודה, דמי אבטלה וכו'. המחוקק מהווה את "עמוד השדרה" של העובד, מישהו דואג לעובד שאין לו את "האומץ" לעמוד מול המעביד החזק. חוקי המגן משקפים את הקשר שבין המצב שבו מחפש עבודה נמצא- חיפוש אחר כסף כדי להגשים את עצמו ולפרנס. אלו הם חוקים קוגנטים. מכאן גם נוצר הקושי להגדיר מישהו עובד. הרצון הוא לקבוע בחוק את מה שאי אפשר לקבוע במו"מ לא שוויוני.
2. **חוסר תיאום בין המתמודדים**-קבלת החלטות לא רציונליות.

את הסוגייה הזו ניתן להסביר דרך "דילמת האסיר"- אם שני אסירים מודים כל אחת תקבל X שנים. אם הם ישתקו כמו דגים הם יקבלו 0X- לא יקבלו כלום. אם אחד ישתוק והשני ילשין מי שילשין יקבל הנחה משמעותית ומי שהלשינו עליו יקבל כפליים. הגיוני שאף אחד לא ירצה להלשין, אבל בפועל יש קושי לדעת ששניהם באמת ישתקו. בגלל שאין תיאום הם יגיעו לאותה הנקודה כשהיא לא רציונלית- שניהם יודו במקום ששניהם לא יודו- כל אחד לחוד מחליט לעצמו ולא לוקח בחשבון את כולם.

1. זה מה שקורה ביחסי עבודה- אם כל אחד לעצמו הם לא יקבלו את התוצאה המיטבית, אם הצדדים יהיו מתואמים אז תושג התוצאה המקסימלית והמיטבית. ביחד יש סיכוי. זה הלב של יחסי עבודה קיבוציים. התאגדות- הפרט חסר כוח מול הגורמים הכלכליים החזקים אבל דרך התאגדות דווקא כן. אין התאגדות/ מחאה של יחידים

הכשלים הנ"ל מראים שאין באמת יחסים הדדים ביחסי עבודה לכן אין מפגש רצונות אמיתי.

שני הכשלים האלו מכתיבים שתי אסטרטגיות שונות להתמודדות:

1. התערבות פטרנליסטית, חוק מגן קוגנטי **יותר נפוץ**
2. לא מאוגדים אז הפתרון הוא להתאגד **פחות נפוץ (אפילו שקיים מלפני קום המדינה)**

אפשר לעקוב אחרי חוקי החברה בעקבות מעקב אחרי חוקי המגן.

* **חוק החיילים המשוחררים** משנת 1949- אם אדם חוזר ממלחמה אז חובה לשמור לו את מקום העבודה שלו/ אם הוא לא חוזר אז לבן משפחתו.
* חוק הסכמים קיבוציים 1957
* חוק ישוב סכסוכי עבודה 1957- התפקיד שלו להגיע להסכם קיבוצי
* חוק שכר מינימום 1987- בעייתי למעבידים, יש חשש מאינפלציה וכו'.
* חוק למניעת הטרדה מינית 1998- כ"כ מאוחר כי לא הייתה באמת מודעות..
* חוק העסקת עובדים ע"י קבלנו כוח אדם 1996

אלו דוגמאות לחוקים שעוסקים בתיאום. התאגדות של מספר גורמים יחדיו יכולה לעזור להשיג מטרות טובות יותר. הכוח הנוסף שיש בהתאגדות הוא שניתן להגיע לתוצאות טובות יותר, וגם קשה שהמדינה תחשוב באופן פרטני על כל אחד מהאופנים בהם עובדים יכולים להיפגע מהמעבידים שלהם, לכן התאגדות חיונית גם לכך.

הצהרת פילדלפיה 1944- נערך כנס של איגוד העבודה הבינ"ל בפילדלפיה, בה מוכרזים 4 יסודות של דיני העבודה.

1. עבודה אינה מצרך סחיר
2. חופש הביטוי וחופש ההתאגדות הם חיוניים לקיים את הקידמה
3. עוני במקום כלשהו מסכן את הרווחה בכל מקום שהוא.
4. המלחמה נגד מחסור מחייבת מאמץ נמרץ בתוך כל מדינה ומדינה, ושת"פ בינלאומי מתואם וממושך, בו ישתתפו עובדים ומעסיקים, במעמד שווה לזה של הממשלות בשיח חופשי ובהחלטות דמוקרטיות במגמה לקדם את הרווחה המשותפת לכולם.

אמנה בינ"ל בדבר חופש ההתאגדות- משנת 1948 בדבר חופש ההתאגדות והגנת הזכות להתארגן. זה אומר שלא סומכים על המדינה. לעיתים יש לה אינטרסים של בעלי הון או של אליטות כאלו ואחרות יהיה קשה לסמוך עליה.

אמנה בינ"ל בדבר זכויות כלכליות 1966- מדינה חייבת להבטיח זכותו של אדם להתאגד עם אחרים לאיגודים מקצועיים.

אמנה בדבר הפעלת עקרונות הזכות להתארגנות ולמיקוח קולקטיבי- הייתה טעות בתרגום לדעת המרצה אבל בפועל בכוונה שהאמנה מציגה לא נראה כי יש טעות, מה שקורה בפועל זה שעובד מרגיש מושפל ככה שגם בתרגום המוטעה, כביכול, המטרה מוגשמת.

ערכים נוספים שנראה במסגרת דיני העבודה לא רק ככשלים רציונליים אלא כערכים נוספים:

1. כבוד האדם וחירותו- מימוש עצמי, dignity, להתייחס בצורה מכובדת לזולת
2. הטמעת ערכים דמוקרטיים- בפסיקה יופיעו הרבה דרישות שקשורות בערכים דמוקרטיים שאנו רוצים לכבד.
3. צדק חלוקתי- חלוקה מחדש של משאבים וחלוקה מחדש של מוקדי הכוח, חלוקה מחדש לש עלויות וסיכונים
4. לכידות חברתית
5. ערכים של מורשת ישראל- למשל "הלנת שכר"

כל התאוריות האלו גוזרות הוראות מעשיות קונקרטיות ולא רק ערכים באוויר.

**מאפיינים ייחודיים ליחסי עבודה-**

1. אינטימיות העובד ועבודתו- יש נוכחות רבה של הפרט בעבודה, קרבה לאנשים שעובדים איתך וכו. דיני העבודה מתפקדים כמו דיני המשפחה בהרבה מאוד פרמטרים. מקצוע כשאלה של זהות.
2. יחסים מתמשכים- מצבים משתנים. יש קשר קרוב בין עובד לעובד ובין עובד ומעביד, מכאן עולות הרבה סוגיות הקשורות ביחס מתמשך.
3. היררכיה- מכאן אובדן חירות של העובד בתנאים מסוימים, סמכות מוגברת של המעביד
4. סטטוס- הכוונה היא לעסקת חבילה.

המשמעות המעשית של אלו:

1. כריתת חוזה שונה בתכלית מכריתת חוזה כפי שמוכרים בדיני החוזים. פחות פורמלי.
2. מקורות חובה- נוהג. כלי פרשני. נוהג הוא מקור עצמאי לדיני העבודה.
3. שינויים תוך כדי מהלך חיי החוזה-
4. חריג לסעיף 3(2) לחוק התרופות (אפשרות לאכוף יחסי עבודה)
5. פרוצדורות התדיינות גמישות יותר בדגש על מהות ופחות עד סדרי דין וראיות
6. תום לב מוגבר
7. פרשנות תכליתית שיוצרת מצב של יחסי עבודה במקומות שונים
* חוק להחלפת המונח מעביד (2014)- הצעה שאין עובד- מעביד אלא **עובד-מעסיק.** העיקרון הוא כי לא רצו להשתמש במילה "מעביד" כי יש לזה קונוטציה שלילית. השינוי המילה "מעביד" במעסיק- נותן קונוטציה חיובית של כבוד. ביחסי עבודה אין שוני בין הפרטים (עובד או מעביד)
* בבית הדין לעבודה יש נציג מעסיקים ונציג עובדים, שהם לא מייצגים אף אחד מהצדדים. הימצאותם של נציגים כאלו נותנת זווית ראייה שונה.

**לסיכום:**

למדנו שני כשלים מהותיים בחוזי העבודה: (1) יחסי כוחות לא שווים באופן מובנה- כי העובד הטיפוסי יש לו יותר מה להפסיד, (2) העובד הטיפוסי נמצא בדילמת אסיר. ושתי דרכי התמודדות: (1) חוקי מגן קוגנטים פטרנליסטיים שקובעים כי העובד לא יכול לוותר על מספר דברים קריטיים,(2) התאגדות.

בנוסף, ראינו שיש ערכים בנוסף לערכים הכלכליים שבדיני העבודה. זה בא לידי ביטוי גם בשינוי של החוק מיסודו מ"מעביד" ל"מעסיק".

בתחילת המאה 20 דיני העבודה לא היו דבר טריוויאלי, ובחלק מהחברות בהווה דיני העבודה לא חלים גם כיום.

**יסודות**

* **הגנות פטרנליסטיות**
* **הגנות קולקטיביות-** ארגון עובדים רשאי לשבות
* **סמכות בית הדין לעבודה**
* **יחסי אמון מיוחדים-** הוראות חוק מיוחדות (כמו גניבה ממעסיק), תום לב מוגבר בחוזה עבודה וכו'.

**מושגי יסוד**

מעסיק

עובד

עבודה

**עבודה**

פס"ד כהן נ' רוזנרהויסר- הפסיקה מגדירה את העבודה כך- **פעולה פיזית או רוחנית הבאה לספק צרכים או משאלות של הזולת:**

**פעולה פיזית-** מדובר על פעולה ללא הכנסה פאסיבית (כמו שכר דירה או רווחי הון).

**פעולות לא פיזיות-** כמו למשל ניהול, מחקר, "צווארון לבן".

**הבאה לספק צרכים או משאלות של הזולת-** דוגמת התמחות. ס' 41 לחוק לשכת עו"ד- "דינו של מתמחה לכל דבר ועניין.... יהיה דינו של מאמן... חייב כלפי מתמחה"- כלומר, מי שהמשרד שלו חייב לפי חוק בתשלום עבור פעולותיו של המתמחה. הפסיקה קבעה כך לגבי מתמחי יועצי מס, רו"ח וכו'. אך בפס"ד לילך מוזס- אחת השאלות שעולה מפס"ד היא האם מטרת ההתקשרות הינה יצירת יחסי עובד- מעביד? הוכרע כי דיאטניות מתלמדות לא יקבלו שכר משום שנקבע כי עיקר ההתמחות היא **לצורך לימוד ולא לצורכי עבודה.**

מכאן עולה השאלה למה יחסי עבודה הם כ"כ אמורפיים? למה יחסי עבודה לא יכולים להיות מוגדרים בחוק? ברגע שדיני העבודה יוגדרו בחקיקה יהיה קל לעקוף אותם. ככלל שזה קל לזהות את יחסי העבודה ולעקוף את דיני העבודה לא הגנו על העובדים, וזה לא יכול להגדיר מהם יחסי עבודה, זה יותר מורכב מזה.

**תמורה-** עבודה צריכה להיות עם תמורה, ולא בהתנדבות.

(פס"ד בעניין התנדבות)- פס"ד אגי נ' פרידמן-

פס"ד עוסק בשאלה האם יש יחסי עבודה בין הצדדים. פס"ד מעלה מספר מבחנים בעניין יחסי התנדבות. למה השאלה של ההתנדבות היא כה חשובה? החשיבות היא בעניין המחויבות. יכול להיות שהתמורה היא עניין רשמי אבל התנדבות זה קריטי הגדרה כי אין התחייבות להתנדבות. אפשר להיתפס לעניין חוסר התמורה בהתנדבות אבל העניין הוא חוסר המחויבות. אם אדם נמצא בשביל הכסף, יש חובה לדאוג לכך שהעובד יקבל את מה שמגיע לו. כאשר מדובר בהתנדבות אין חשיבות לכך.

התנדבות:

1. בלי תמורה
2. אין מחויבות

פס' 6-8 לפס"ד: בפסקאות אלו מדובר על התנדבות ככזו שאין מחויבות לשום דבר בקשר הזה, מצד המתנדב, לכן העובד לא נמצא במחויבות הזאתי. אין מצבי כלאיים- התנדבות בעבודה זו סתירה פנימית שאינה אפשרית. המילה החוזרת בתדירות גבוהה בפס"ד היא **"מחויב"** מה שמצביע על החשיבות **שבהתנדבות אין מחויבות**. בית הדין מנתח את המקרה כך (בפסקה 10)- בית הדין פסק לא התקיימו יחסי עבודה אלא יחסי התנדבות וקבע מספר מבחנים לבחינת השאלה האם מדובר ביחסי עבודה או התנדבות. מחויבות או תמורה משמע עבודה, איין מחויבות ואין תמורה משמע התנדבות. יש בחינה של הפרמטרים.

למרות שיש הגדרה מדויקת למה זה עבודה השאלה של יחסי עבודה היא מורכבת יותר.

**עובד**

1-מבחן השליטה

0- תפיסה לפיה אין דיני עבודה

אינסוף

הרבה-

מבחן המעורב

2-מבחן ההשתלבות (כפול)

מתי מתקיימים יחסי עובד/ מעסיק. התפתחות של **0,1,2, הרבה, אינסופית)**

1. תפיסה לפיה אין דיני עבודה.

 זו השיטה הבריטית לפיה **לא קיימים דיני עבודה**. ההיגיון בשיטה זו היה שבהיעדר "דיני עבודה" אין סיכונים שנלקחים.

1. נקבע מבחן 1 **"מבחן השליטה":** היכולת.

מה השאלות המרכזיות שאנו צריכים לשאול כדי שיתקיימו יחסי עבודה?

**היררכיה-** יש צורך בהבנה ברורה של מישהו שהוא גבוה יותר במעמדו.

מה מצדיק את השליטה של המעסיק בעובד? למעסיק יש **סיכון כלכלי** לעומת העובד שאין לו סיכון כלכלי, העובד יקבל כסף לא משנה מה התוצאה של פעולותיו. המשמעות היא שיש סיכון גבוה יותר למעסיק, לכן השליטה מוצדקת. הסיכון הכלכלי עומד בבסיסה של ההכרה בשליטה של המעסיק. (הערת מרצה: זה פחות מופיע בפסיקה, אבל כן יש מקום ספציפיים שמופיע בהם). מדובר על סיכון מול יציבות.

בפס"ד אגושביץ השופט מכריע כי אין להחיל את העיקרון של פיצוי בגין תאונת עבודה על אלו המרוויחים משכורות טובות. זוהי הלכה ישנה שכבר לא רלוונטית לכלום, אנו לומדים אותה כי יש פרמטרים של שכר שחשובים לנו גם בדיני העבודה. לא די בהסכמת הצדדים כדי להגדיר את היחסים ביניהם. לכן בתי המשפט רצו לאתר מספר מבחנים אובייקטיבים כדי לבחון האם X עובד אצל Y. מה שמעניין זה איך נבנו יחסי העבודה. רואים את העובד כ**סטטוס-** תיאור אובייקטיבי וכך גם הפסיקה מסתכלת על יחסי העבודה, אכן מדובר על סוג של חוזה אך לא כל ממדיו הם הסכמיים.

**ס' 2 לפקנ"ז** קובע כי "מעביד הוא מי שיש לו ביחס עם אדם אחר שליטה גמורה על הדרך שבו אדם אחר מבצע עבודה בשבילו. ואילו הוא עצמו אין עליו מרות דומה לגבי אותה עבודה, ו"עובד" הוא מי שעבודתו נתונה לשליטה..." **המבחן מפס"ד מבטא שבעל הבית לקח על עצמו את הסיכון הכלכלי ולכן זה מה שנותן לו את הסמכות להחליט.**

הסעיף לכאורה מגדיר יחסי עובד לפי מבחן השליטה, אבל זו רק ההתחלה של ההתפתחות. ועל זה יש עוד קשיים בהמשך- מה שהצמיח מבחנים נוספים.

קשיים במבחן השליטה (פס"ד אגושביץ):המבחן של להגיד לעובד אך לבצע את העבודה. אומנם יש מקרים שלא מסתדרים עם מבחן השליטה:

1. **כאשר אין שליטה-** וגם לא יכולה להיות שליטה או פיקוח על האיכות או על ההליך, כגון: הליכים כימים/ טכנולוגיים מורכבים/ מנצח על תזמורת.
2. **כאשר קיים פיקוח-** ובכל זאת העובד בא אל העבודה כעצמאי. כגון: טרקטוריסט שבא עצמאי אל העבודה ומקבל הוראות ממנהל האתר.

**יוצא מכך ש**השליטה על הדרך היא **לא תנאי הכרחי** והוא גם לא **תנאי מספיק** כי לעיתים למרות שאומרים לעובד מה לעשות, הוא עדיין שומר על מה שהוא מאמין בו.

1. **"מבחן ההשתלבות"** (או: מבחן הארגוני)

מדובר על שליטה ארגונית. המבחן הוא אובייקטיבי/ כלכלי והוא כולל מבחן כפול.

**למבחן הכפול יש 2 שאלות/ מבחנים:**

1. פן חיובי- האם העובד משולב בעבודה?-התשובה היא **כן**: יש למעביר שליטה ארגונית.
2. פן שלילי- האם הוא עצמאי בה? התשובה היא **לא**: יש לבחון האם העובד שומר על העצמאות שלו במסגרת העבודה.

הרעיון הוא **שליטה ארגונית-** האם הוא משולב (בעל תפקיד בכוח), והאם הוא עצמאי או לא.

התשובה לשאלה הראשונה צריכה להיות **חיובית,** והתשובה לשאלה השנייה צריכה להיות **שלילית.** העצמאות מתבטאת בסיכון כלכלי.

מה שלא קובע- הכותרת של החוזה.

פס"ד בירגר- לעירית נתניה היו גובי מיסים עם הרבה דירות קיט, רבים מהם לא אזרחי העיר, לכן הרבה מהבתים לא היו מאוכלסים. היו גם גובי חוץ מחוץ לעירייה, כזה הוא בירגר, גבה את הכסף ולקח מס. במכתב הראשון מראש העירייה (בעקבותיו הוחלט שהמשיב יגבה את המיסים) הוחלט כי הוא לא עובד של העירייה. בית הדין לענייני עבודה פסק כי הוא כן עובד לפי המבחן המשולב:

**הפן החיובי:**

משולב במפעל- הפעולה של העובד נצרכת לפעילות השוטפת של המפעל שלשמה הוא קיים- **מתקיים.** המבצע את הפעולה הוא חלק מהמערך הארגוני של המפעל, לעיתים המבחן הוא על דרך ההעדר- אם לא היה גובה מיסים לא היה כסף.

פס"ד ביטוח לאומי נ' מאפיית כץ- מאפיה בה המשיב שטף את המאפייה. הגיע יום והוא הפסיק לעבוד, והוא ביקש לתבוע אבטלה מביטוח לאומי- תנאי לכך הוא שיהיה שכיר. ביטוח לאומי אומרים לו כי הוא לא היה עובד במאפייה כי הוא לא לקח חלק בעבודה של המאפייה. ביהמ"ש מכריע כי ברור שלא רק האופים במאפייה הם העובדים היחידים, יש עוד עובדים. **אין להתייחס לחשיבות הכלכלית שלהם אבל יש להתייחס לכל עובד (בלי קשר לתפקידו) כעובד.**

לכן- כאשר מדברים על משולב במפעל לא מדברים רק על דרך הביצוע אלא גם שליטה על:

1. העסקתו
2. קביעת תפקודו/ תפקידיו- במקרים רבים יש הטלת תפקידים אחרים על העובד:

פס"ד סיון- מדובר על ד"ר סיון שהייתה לו פינת עברית ברדיו למשך 15 דק'. בשנות ה70 הוא מגיש תביעה ליחסי עבודה, ונקבע כי אין יחסי עבודה (טיעונים: הזמן המועט וחוסר המקום הקבוע של ד"ר סיון בתחנת הרדיו). בית הדין קבע שעבודתו של סיוון **לא נחשבת משולב.**  (פס"ד מאוחר יותר (מור) אמר דבר אחר- לרשות שידור ממלכתית יש חובה כלפי כל עובדיו, רשות השידור מספק משהו אינטגרלי, השופט ברק הכריע אחרת ממה שנאמר בפס"ד סיון).

פס"ד זבורובסקי- היה ניצול שואה מבני ברק שהיה קורא בתורה במשך 30 דק', פעם בשבוע (במשך עשרות שנים), לא היה ניתן להטיל עליו שום תפקיד אחר. באיזה שהוא שלב מפסיקים להשתמש בשירותיו והוא תובע זכויות סוציאליות, הוא קיבל שכר על הקריאה בתורה. הפן החיובי מתאר את השילוב בכוח ואת השליטה הארגונית, יש לו תפקיד בכוח. יוצא מכך כי **מבחן ההשתלבות אינו מבטל את מבחן השליטה**.

פס"ד תמר אדר נ' פרסום מלניק בע"מ- קופירייטרית שהייתה רשומה כעוסק מורשה והגישה למשיבה חשבונית בגין החודש, והיא הייתה עובדת מהבית/ בתי קפה. היא תובעת לתנאים סוציאליים, ומשרד הפרסום טוענים שהיא אינה משולבת. נקבע כי המבחן הוא **אינו פיזי/ לוקאלי**, וגם כאשר אדם עובד מהבית נחשב כעובד אם הוא משתלב במפעל כולו. פה גם עולה שאלת *העוסק העצמאי*- פה רואים את הדרך שבה בית הדין מפרק את עניין העבודה, את השילוב בה ואיך העניין צריך להיטמע. שילוב נבחן לפי המהות ולא לפי המיקום. מה שקובע בפועל זה היחסים עצמם ולא הרישומים. לכן היא נקבעה כמשולבת אפילו אם היא עצמאית בכל רובד של עבודתה (בפועל ההכרעה היא שהיא עצמאית- נפלה במבחן השני).

1. שעות העבודה (גם אם לא שעות ספציפיות)/ חופשותיו
2. פיטוריו

משמע- זו לא רשימה סגורה.

שליטה לא נעלמה גם לא בידינו, אלא היא התחלפה ב"שליטה ארגונית", יש סוג אחר של שליטה בין עובד ומעביד וחובה שהיא תתקיים.

**הפן השלילי:** לא מדובר בעסק עצמאי.

**מאפיינים של עסק עצמאי-** איזה דברים מצביעים על כך שאדם הוא עצמאי ולא נכון לקרוא לו "עובד"?

1. של מי ההשקעה?
2. של מי היוזמה?
3. באחריות מי הארגון?
4. אין חובת עבודה אישית
5. סיכויי הרווח וסיכוני ההפסד

פס"ד מכללת ר"ג נ' פרייס ס' 16-18 ו- פס"ד פריץ חיים נ' מפעל הפייס- על אלו נדון במקביל, שניהם מדברים על ענייני ההפסד והרווח מעסק עצמאי:

פס"ד מכללת ר"ג נ' פרייס ס' - המשיב אורי פרייס הוא רו"ח ועו"ד בעל משרד משלו, ששימש מרצה בחוג למשפטים במכללת ר"ג. היקף שעות ההוראה השתנה והתמורה שלו ניתנה כנגד חשבונית (עצמאי). המשיב התחייב לחתום על חוזה שמגדיר שהוא קבלן עצמאי וגם מבחינת אופן התשלום היותר גבוה שהוא מקבל נראה כי פרייס הוא עצמאי.

נקבע בפס"ד כי מעמד של אדם אינו נקבע ע"פ התיאור שניתן לו ע"י הצדדים, אלא ע"ס נסיבות המקרה כהווייתן.

נקבע כי בבחינת הפן השלילי הוכרע כי מעמדו של המשיב הוא כעובד שכיר במכללה. הוכרע כי כיוון שלא היו לו סיכוני הפסד או רווח בהתקשרותו עם המכללה ולכן אין הוא עצמאי.

פס"ד פריץ חיים נ' מפעל הפייס- פס"ד משנת 1992. מדובר בחברת הפייס שבנויה בצורת פירמידה (המפעל וסיטונאים- משיבים). השאלה היא האם בעל דוכן של מפעל הפיס הוא עצמאי או עובד של מפעל הפיס? הביתן בו נמכרים הכרטיסים, הציוד וכו' כל אלו **בשייכות למפעל הפייס.** לגבי סיכויי הפסד/ רווח ההסכם מוגדר כך- כרטיסי הפייס של המוכר, אפשר למכור הלאה או להזדכות אבל אם הכרטיס הולך לאיבוד מי נושא בתשלום? המוכר בעל הכרטיסים. שקילת מכלול העובדות מביאים למסקנה כי מדובר בעסק עצמאי "קטן", בגלל המודעות לכך שכרטיסי ההגרלה לא היו בבעלות המערערים ולא היה להם כמעט סיכון של הפסד. מי שלוקח על עצמו סיכון כלכלי, צריך שמבחינה משפטית נראה אותו כעצמאי.

פן שלילי- מדובר על עסק **לא** עצמאי.

יש מבחני עזר שעוזרים להכריע בשאלה:

1. **של מי היה כלי העבודה?** אם לא הייתה השקעה מרובה- זה לא פקטור שניתן להתחשב בו.

אם מדובר בכלי יקר (דוגמת טרקטור). פס"ד וילשטיין בע"מ נ' עזבון מרדכי תהילה ז"ל- וילשטיין היה חנות להובלות והוא ביצע את כל ההובלות של המשיב, לא היה שום חוזה. עולה השאלה האם אותו נהג משולב? ביה"ד קבע כי הוא כן משולב אך הוא הביא את המשאית שהיא מתקן יקר יחסית שהוא הביא בעצמו אז הוא כן עצמאי (לא עבר את השלב השני- נמצא כעסק עצמאי)

1. **השקעה כספית אחרת-** ההשקעה בהקמת מרפאה פרטית, נסיבות נוספות כמו: רואה חולים מקופ"ח א וגם מקופ"ח ב, קופ"ח אינה מבטיחה לו הכנסה מסוימת, יש לו גמישות בתוכן עבודה- כל אלו מראים כי אין מדובר בעובד של קופ"ח.
2. **ביצוע- ע"י מי?**

בעבר- **"מבחן הקשר האישי"-** קשר אישי היה תנאי הכרחי, ביצוע ע"י אחרים היה סימן מובהק להיותו עצמאי.

אם אני עצמאי- אני מחליט מי עושה את זה, ואם אני לא עצמאי- אני לא מחליט.

דוגמה- זמר שולח את דודו להופיע במקומו, תופס? ככל שאדם עצמאי הוא מחליט מי יכול להגיע, ככל שאדם שכיר הוא אינו יכול להחליט מי יגיע. הריכוך הוא: ברור שסיוע ע"י בני משפחה או חברים אינו מוציא מכלל "עובד".

פס"ד אייזיק נ' תה"ל (תכנון המים בישראל)- אייזיק היה צוללן שתפקידו היה לבדוק צינורות תת ימיים. הוא שלח את בנו. פסה"ד בא להראות שגם כשכיר החלפה חד פעמית זהה היא לא נוראית. מה שיצא מפסה"ד הוא שמבחן "הקשר האישי" לא קובע.

זו דוגמה לכך שמדובר במידת הקשר האישי ומידת העצמאות, דברים קריטיים ייבחנו באופן מאוד דקדקני, אבל אם לא- מדובר במבחן מרוכך יחסית.

1. **צורת התשלום-** לא קובעת באופן בלעדיי אבל עשויה להצטרף לתמונה כוללת (למשל ניכויי מס, כיצד הצדדים רואים את הקשר ביניהם וכיצד רואים את עצמם בעיניי צד ג').

באיזה שהוא שלב בתי המשפט נעזרו בהרבה מבחני עזר בנוסף למבחן ההשתלבות לכן הוחלט על מבחן מעורב:

**הרבה-** מבחן מעורב (הרבה)

השתלבות עיקר עם מבחני עזר

בפועל, יש הרבה בעיות עם מבחני העזר שהוזכרו לעיל, לכן בתי הדין משתמשים **במבחן ההשתלבות ומשלבים את מבחני העזר עימם.** יש שני מוקדים תוך מכלול הנסיבות- עצמאות ושילוב הם "הברזים" הראשים, ומבחני העזר הם כשמם- עזר, ואינם המבחנים המרכזיים.:

1. **מבחן הבכורה, המרכזי:** השתלבות (חיובי ושלילי)
2. **מבחני העזר:** בריס טוען שאלו עוזרים ליצוק תוכןל**מבחן ההשתלבות**
3. מידת הקשר האישי (האם אפשר לבצע ע"י אחרים) וטיבו?
4. מידת פיקוח/ השליטה על העבודה
5. מידת ההשקעה הכספית/ של מי כלי העבודה
6. מקום העבודה (פס"ד אדר)
7. בלעדיות במסגרת שעות העבודה/ לאחר שעות העבודה (מבחן שלילי)
8. כיצד הצדדים ראו את ההתקשרות?
9. כיצד הצדדים הציגו את ההתקשרות לצד ג', רשויות המס וכו
10. התמשכות הקשר, הסדירות שלו, רציפותו: פרויקט נקודתי?
11. מה הגמול המתגמל?

בעצם לקחו את כל מבחני העזר ולכן זה נקרא המבחן המעורב. **גם הפסיקה מכירה בזה שמבחני העזר אינם אלא אוסף של מבחנים בנוסף לשאלה של מבחן ההשתלבות**. יותר נכון לא לראותם כאינסוף מבחנים, אלא לראותם בצורה מושגית- יש את שתי השאלות המרכזיות+ מבחני עזר.

פס"ד פילר נ' סידי- הנתבע הוא בעלים של תיאטרון, והתובע עבד בו כשחקן ב-9 הפקות שונות במשך שנים רבות. ההתקשרות בין הצדדים לא הוסדרה בחוזה חתום ומעמדו של התובע היה כ"פרילנסר"- התמורה שולמה לתובע לפי מה שהפיק כעוסק פטור, לכל עניין נראה כי מדובר בעובד עצמאי.

מדובר על פס"ד שניתן בביה"ד לענייני עבודה, **שההכרעה בו נתנה את הכלים להשתמש במבחן הכפול, ובנוסף נתנה את הלגיטימיות הפסיקתית למבחן המעורב- כאשר מורכב בעיקרו גם מהמבחן ההשתלבות, תוך שימוש בהמון מבחני עזר נוספים.** מבחני העזר נועדו לעזור לבחון האם אדם משולב כלכלית או האם עצמאי? **מה שבריס מנסה להראות זה שלמרות שנראה שמבחן ההשתלבות נשכח, הוא עדיין כלול בתוך המבחן המעורב.**

**יישום-** בוחנים את:

1. המבחן הכפול-
2. הפן החיובי (אפשר להשתלב בו, והתובע השתלב בו כשחקן, בעל תפקיד בכוח)
3. הפן השלילי (האם עצמאי? לתובע אין עסק משלו, הוא לא סיפק שירותי משחק לתיאטרון),
4. מבחני עזר-
5. השליטה והכפיפות (התובע היה כפוף להוראות הנתבע והוראותיו)
6. מבחן כלי העזר (התובע לא השקיע באמצעי הייצור של התפאורה, למשל)
7. אופן הדיווח (דיווח באופן עצמאי, הנפיק קבלות, ביהמ"ש לא רוצה להתייחס לכך כפקטור משמעותי [נשמע משהו של עצמאים], אלא כך פועלו היה בהגשת הקבלות **בגלל אופן חוזה העסקתו**).
8. סיכויי הפסד ורווח (לתובע לא הייתה השקעה אישית בתיאטרון)
9. תדירות ואופן התשלומים (ע"ב חודשי, באופן שלא משתנה)
10. מקום העבודה (יש חשיבות למיקום הספציפי של מקום העבודה, במקרה זה רלוונטי שמדובר בתיאטרון)
11. איפה הגבול? (השוכר השתכר מעבודתו במקומות נוספים ובעבודות נוספות אך ביהמ"ש לא מעניק לכך משקל רב).
12. סדירות ורציפות העבודה
13. מבחן הביצוע האישי (הוא השחקן, הוא לא יכול לשלוח קרוב משפחה)
14. קשר אישי טוב (לא אינטימי עם הקבלן, הנתבע)
15. מבחן פרילנסר ידובר בהמשך

**שני הברזים האלו חשובים (מבחן עיקרי+ מבחני עזר) הם חשובים להמשך גם, כל המבחנים נופלים תחת השניים.**

פס"ד ולטר נ' גור- וולטר היה עובד שעבד בבנק, וחלוקת העבודה שלו הייתה כזו: על תיקים שהוא הביא מהבית הוא קיבל 90%, ואילו על תיקים שהתקבלו מהבנק החלוקה הייתה 60%-40%. הוכרע כי מה שעסק בו במסגרת התיקים של הבית- עצמאי, מה שעסק וקיבל אותם מהבנק- ראו את פועלו כשכיר.

פסק הדין מעניין כי :

1. ניכר ממנו שעניין ניכוי המס (מס הכנסה) הוא עניין חזק אבל לא בלעדיי
2. באותה עבודה, משרה ושעות הוכרע כי יכולה להיות חלוקה בין עבודה ועצמאות- אפשר לראות באותו אדם כי אדם יכול להיות גם עצמאי וגם שכיר.
* סוכן/ מפיץ כעצמאי.

דוג'- באזור התעשייה בעיר מוקמת סוכנות לרכבים. עולה השאלה האם הוא עצמאי או עובד של אותה חברת רכבים? מבחן הסיכון הוא התשובה. איך נבדוק? מה קורה במידה והצ'ק חוזר? מי משלם את הביטוח? כל אלו מבחנים שעוזרים לנו לאבחן סוג המקרים האלו כדי לבדוק מי העצמאי?

**אינסוף-**

 פרשנות תכליתית- זניחה (יחסית) של השאלה הדיכוטומית: כן/לא.

עקרונית בדיני עבודה בודקים **האם יש קשר חוזי**. יש אנשים שעובדים במלוא מובן המילה, אבל הם לא קשורים לתחום דיני העבודה. בעבר, באופן מסורתי עד שנות ה-90 הייתה דרישה בלב היחסים של עובד/ מעסיק.

מי לא נחשב שכיר למרות שהוא עובד- אלו מקבלים שכר למרות שהם לא עובדים? למשל חיילים, שופטים ודיינים, נבחרי ציבור, אסירים בעבודות שיקומיות וכו'.

כידוע, הרעיון של דיני העבודה נועדו למלא את החולשה של העובד מול המעביד, דיני העבודה נותנים לו את עמוד השדרה מול המעביד, ועוזר לו.

פס"ד סרוסי- דמי אבטלה מקבלים בהתאם לגובה שקיבלת כשכיר, ונותנים דמי אבטלה כדי שתוכל למצוא עבודה (במשך חצי שנה). אדון סרוסי היה נבחר ציבור, תפקיד בכיר בקופ"ח, והוא נבחר לקדנציה אחת בלבד בתור עומד בתפקיד ציבורי בירוחם, לא נבחר אחרי. הוא ביקש מביטוח לאומי דמי אבטלה- שם נאמר לו כי הוא לא שכיר ולכן הוא לא זכאי לאבטלה- אדם בתפקיד סטטוטורי אינו עובד. שני בתי הדין לעבודה הכריעו שהוא אכן לא שכיר, גם בג"צ קבע כך. לאור זאת הגיש מר סרוסי דנג"ץ, בו הוכרע ע"י השופט ברק **כי יחסי עבודה אינם שאלה של כן/לא, ויש לבחון את מטרת החקיקה/ הגדרת התכליתית.** מה התכלית של דמי אבטלה? לעזור לאדם שפוטר מבחינה כלכלית. עכשיו, האיש שעבד, אומנם לא שכיר, והוא זקוק לכסף. הוכרע כי לעניין זה הוא הוכר כשכיר. **כלומר השאלה-מה הרציונל שסביב דמי האבטלה?** זה פורץ את האוניברסליות שבהגדרת עובד, המשמעות היא שלא מתייחסים בשאלה פשוטה של כן/ לא עובד, אלא **לעניין מה.**

ברגע שנפרצת האוניברסליות אפשר להגיע הרבה יותר ממה שמאפשר אחרת, פרשנות תכליתית נותנת פרשנות רחבה יותר שנפתחת להרבה אפשרויות שונות.

לעניין דמי אבטלה נקרא לסרוסי עובד, למרות שהוא לא בהגדרתו כך כי הוא עובד בתפקיד ציבורי.

דוגמאות לנושאים אקוטיים בחברה הישראלית:

 להבדיל מפס"ד סרוסי- לא תמיד מתקבלות הטענות:

פס"ד עופר שדות- אסירים שעובדים מקבלים כסף מועט מאוד. התביעה של עופר שדות ואח' הייתה דרישה לקבל שכר מינימום על עבודתם בכלא כאסירים. פה עולה שאלת הפרשנות התכליתית. הרעיון הוא הפרשנות התכליתית- בואו נבדוק את התכלית שעומדת מאחורי הבקשה שמועלית פה.

זמיר טוען כי התכלית של שכר מינימום היא תכלית כלכלית, לא ניתן למו"מ להיות לא שוויוני. התכלית של עבודה אסירית היא שונה- תכלית שיקומית, כלכלית בצורה אחרת וכו'. האם אפשר להגיד שמבחינת התכליות מדובר על אותה תכלית? לא.

חשין טוען (דעת יחיד)- מוסיף מעין מטרה/ תכלית לשכר מינימום. לעבוד בלי כסף זה סוג של עבדות. אם הפער בין שכר המינימום לשכר שהאסירים מקבלים זה מבזה, הוא לא מוכן לכך. אם זה היה מבזה את האדם, חשין היה נגד המניעה של שכר המינימום.

קמה צעקה ציבורית, ועודכן שכר העובדים האסירים כדי לקרב מעט את שכרם לעומת שכר המינימום (לא הרבה כי הוכרע שלא מדובר באותה תכלית). כיום שכר האסירים **מוצמד שכר מינימום**.

קבוצה נוספת שלא מקבלת שכר מינימום- **בעלי מוגבלויות.** רוצים להעסיק נכים בשוק העבודה (תמריץ להעסקה למרות שלא כלכלי) למרות שלא מקבלים שכר ראוי. התכליות של דיני העבודה הן לא רק כלכליות אלא גם חברתיות וערכיות.

מקרים חריגים- מבחן תכליתי:

פס"ד אלי בן עמי נ' פלונית: סחר בנשים (בכפייה: נטילת דרכונים, אלימות ואונס, לחץ חברתי)- אלי בן עמי סרסור שיושב בכלא ועסק באלימות מסוגים שונים נגד נשים. אותה פלונית תובעת זכויות עבודה (שכר מינימום והלנת שכר) מאותו בן עמי. מה הבעייתיות? אי אפשר להגיד שיש כאן יחסי עבודה, אבל העוול זועק לשמיים.

**מצד אחד** מדובר בחוזה פסול- לא מוסרי, וגם מדובר במצב של עושק וכפייה. ברגע שחוזה פסול אין יחסי עבודה כי אין בסיס חוזי. **מצד שני,** הנשיא אדלר מדבר על כך שלמרות שאין יחסי עבודה במובן הקלאסי, פה יש שימוש של פרשנות תכליתית- הגנה על זכויות האישה ודיני העבודה, פה בחרו לקחת לטובת האישה הפלונית- ניתן לה שכר מינימום והלנת שכר, לכן במקרה זה היא אכן קיבלה את שביקשה. פרשנות תכליתית תחייב הגנה: זו זכות בסיסית לשכר הוגן ובזמן (קצת דומה לפס"ד סרוסי).

**זה פורץ את האוניברסליות של דיני העבודה וגם איך דיני העבודה יכולים להיות כלי חברתי טוב לתיקון עולם.**

פס"ד פלונית נ' קוצ'יק: סחר בנשים-

פלונית יוצאת מהמעגל ומקימה משפחה אבל היא תובעת לזכויות. יש כאן שתי דעות:

**דעת הרוב-** מפי השופט ארד. אומרת שלא צריך להכיר בה כעובדת משיקולים ערכיים: לא רק משיקולים כלכליים אלא גם משיקולים של תקנת הציבור, אם נכיר בזה כעבודה אז ניתן כאילו לגיטימציה להתנהגויות כאלו.

**דעת המיעוט-** מפי השופט פליטמן. דעת המיעוט אומרת שכן יש להכיר בה כעובדת.

הוא מעלה מספר סוגיות חשובות ביחס לפרשנות התכליתית:

1. חושפת את נק' התורפה של פרשנות תכליתית- פוגע בעיקרון הוודאות מאוד (אין להפריד בין חוקי המגן השונים).
2. אם אין יחסי עבודה יש בעיה של סמכות של ביה"ד לפסוק פיצוים. אם הוכרע שאין יחסי עבודה אין סמכות לדון בפיצויים- זה חייב לבוא דרך ההכרה כי אכן יש יחסי עבודה.
3. אין טעם להתכחש ליחסי עובד/ מעסיק- גם כאשר החוזה אינו חוקי יש להכיר במכלול זכויותיה כעובדת- היא "מוכרת את עצמה" ולכן דיני העבודה צריכים להתערב ולהגן על החלש, לכן צריך להכיר בה כעובדת ואז לא תהייה בעיה של סמכות והחלה של חוקי המגן.

יש הבדל בין בן עמי, שמשתמש בכוח פיזי, ובין קוצ'יק בו מדובר על חוסר ערכיות בעניין תקנת הציבור.

**מבחן ההשתלבות: הבחנה בין קבלן/ שכיר- freelancer, יצירת מעמד ייחודי "משתתף חופשי".**

המבחן המשולב כולל שני שלבים, כידוע (משולב+ עצמאי). אצל הפרילנסר יש ברז רופף. מה תפקידו בכוח?

פס"ד צדקא- כתב צבאי באירופה. נתנו לו טייפ מנהלים והוא היה עובד שם בתור איש תקשורת אלקטרונית. החדשות דינאמית ועליו להביא מה שמעניין ולשדר אותו, ומשתכר פר כתבה. אין מסגרת שעות/ ימים/ כתבות יש. איזה ברז רופף? אחד ממבחני המשנה- שליטה ארגונית. לפרילנסרים יש בעיה מובנית שנתפסת כאילו הם רופפים מידי בקטע הארגוני. הכתב תלוי בחברת החדשות כמו שחברת הכתבות תלויה בו.

**דעת הרוב היא שהוא נקרא עובד בגלל שזה בדיוק מה שפרילנסר ברשת רדיו צריכה, הוא מספק את תפקידו בכוח- נכון שהוא חופשי אבל זו העבודה**. מדובר בכתב גל"צ באנגליה –חופשי לקבוע את לוח הזמנים שלו, את כמות החומרים שהוא שולח, את החופשות שלו (ובלבד שיודיע מראש). הוא עבד במשך זמן יחסית רב (7 שנים).

**דעת הרוב- זה נקרא להיות משולב ולא משתתף חופשי (פרילנסר) לאור מבחן ההשתלבות.**

**הפן החיובי: מבחן השתלבות**

סיקור חוץ: זרוע חיונית של תחנת הרדיו (גם אם לא העיקרית שלה)

התמשכות, רציפות, סדירות הקשר: מערכת מקצועית קבועה

קשר אישי // תלות כלכלית וציפייה הדדית

תמורה שאינה חריגה למעלה מן הנהוג בתחנה, בענף (אין פרמיה מפצה)

מחויבות לבלעדיות (כלפי תחנות רדיו אחרות בישראל)

בסוף מפסיקים את ההתקשרות לאחר ש"נעלם מן השטח"

**הנשיא אדלר (דעת מיעוט):** "את העיוותים שנגרמו ל"משתתפים החופשיים" יש לתקן באמצעות הענקת חלק מהזכויות וההגנות שמקנה משפט העבודה, **וזאת באמצעות מבחן התכלית"**.

* **"דמוי משתתף חופשי"** = עובד (מבחן ההשתלבות)
* משתתף חופשי שהוא למעשה **נותן שירות** = עצמאי

פס"ד סיוון- הגיש תוכנית פעם בשבוע, פינה של לשון עברית.

* אוטונומיה בתוך הפינה שלו.
* לא השתתף בישיבות צוות שבועיות, פעילויות קבוצתיות
* קבעו שאינו "עובד" / לא משתלב (חסר הפן החיובי + חופש הפעולה שלו הוא כעין הפן השלילי)

פס"ד מור- השופט ברק אומר כי היום לא היו קובעים כך לבי סיון כיום. מדובר על אנשים "רואים ואינם נראים". גם הוא היה פרילנסר. השופט טל (דעת יחיד) אומר כי בגלל שאף אחד לא שולט בך אתה לא שכיר. ביהמ"ש העליון מכריע כי אין מעמד של פרילנסר, אלא זו דרך אחרת להגיד שאינו משולב מספיק בעבודה כי להכירו כעובד.

מדובר על סוג של אזור אפור**.**

השופט ברק+ גולדברג (דעת רוב) טוענים כי כך גם למשל חברת חקירות עובדת, אין שעות מוגדרות וידועות מראש, ואלו עדיין מוכרים כעובדים ויש בה שכירים, לכן כל מקצוע יש לו את השליטה הארגונית שלו. פרילנסר היא לא עבודה בפני עצמו אלא **אומר משהו על מבחן ההשתלבות, למרות שהכול עליו- זה מבחן השליטה וזה לא אומר שהוא בהכרח עצמאי. התלות הכלכלית ארוכת הזמן .** ברק (בדעת יחיד בתוך הרוב) תוקף את העניין של פרילנסר כאדם שבהכרח לא משולב.

בית הדין האזורי הכריע:

* מבחן שלילי – עסק עצמאי: לא
* מבחן חיובי – השתלבות: לא (אוטונומיה גדולה מדי)
* מקרה קלאסי של "משתתף חופשי" – האם גם מעבר לתחום התקשורת?

. **הוחלט כי בגלל שזו צורת העבודה לכן הוא כן הוכר כעובד**

הסיפור של הפרילנסר הוא לחזור אחורה במשבצת.

מה הקשר הפן החיובי של להיות משולב? יש פה עניין שהוא חופשי מידי, לכן הייתה מחשבה שהוא לא עובד. הנשיא אדלר אומר שלמרות שהוא לא עובד אפשר להשתמש בפרשנות תכליתית.

**ההלכה היא- זו צורת העבודה ובנוסף תלות כלכלית לאורך זמן, זה מה שמאפשר להגדיר זאת כמשולב ארגונית** (יושב על הברז של ההשתלבות)

עובד הוא עובד של החברה, ושאלת המעסיק היא קריטית:

**מעסיק**

פס"ד גולדשמידט נ' קיבוץ אילון- הייתה הגננת המיתולוגית של הקיבוץ, הוא עובר הפרטה והיא מפוטרת מעבודתה. היא תובעת את העבודה.

עולה השאלה האם יש יחסי עבודה? ביהמ"ש קובע שאין יחסי עבודה כי מדובר בשותפות (אינדיקציה חזקה לכך היא שכולם מקבלים את אותו הכסף ולכן אין פה יחסי עבודה), זה כי כל אחד מקבל לפי הצורך ולא לפי היכולת ואין מאזן מדוייק.

הלכה- אין תחולה למפרע של יחסי עובד/ מעסיק בקיבוץ, אין שכר **תמורת העבודה**.

כלומר, יש מקרים בהם עובד הוא יהיה **עובד של החברה ולא יהיה חלק מהחברה: (1) שותפות, (2) אגודה שיתופית (3) קיבוץ.**

במערכת עובד/ מעסיק: יש שכר תמורת עבודה, וותק, קידום והיקף משרה.

חריג: ביטוח נפגעי עבודה **כן יחול** למרות שלא נגזר מהיחסי העסקה אלא נגזר מהרצון שהעובדים לא יפגעו.

\*\* ההלכה באנגליה: דירקטור הוא לא חלק מיחסי העבודה, ולכן לא יכולים להתקיים יחסי עובד/ מעסיק בין החברה לבין אורגן של החברה (יש פה מעין סתירה פנימית).

יש מצבים היברידים (דו ערכיים) בהם כן אפשר יהיה להצביע על כפל תפקידים:

למשל בפס"ד קמחי- קמחי היה דירקטור של אחת מהסוכנויות של "דיור לעולה" ולמרות שהוא דירקטור, ביהמ"ש ראה שהוא היה בעל שני תפקידים שונים- דירקטור וכעובד שהשקיע באופן מיוחד. (מנכ"ל הוא עובד, דירקטור הוא לא עובד של החברה).

**מה קורה כאשר יש צד ג'?**

בכל הקשור לסוגיות של עובדי קבלן יש 2 סוגים של עובדי קבלן:

1. כוח אדם
2. מיקור חוץ

עד עכשיו, דיברנו על היחסים של עובד- מעסיק. אבל יש עוד מישהו ביחסים האלו- **משתמש**.

מעסיק

משתמש

עובד

מקרה של השאלת עובד-

פסיקה: על אף שאין יחסי עובד מעסיק בין ה"שואל" לבין העובד (לא יהיה זכאי לפיצויי פיטורין), עם זאת חלק מחוקי המגן יחולו (כמו: בטיחות, מניעת הטרדה). אולי בשלב עתידי זה יהיה פחות אינטואיטיבי.

פס"ד אלהרינאת נ' כפר רות: אפשר לומר כי פסה"ד הזה שינה הסדרים חברתיים

יש כרם שעבר בין מושבים כפר רות- מבוא חרון, ויש בן אדם שעובד בכרם גם כשמוחלפים מעסיקים, ממלא תפקידים וכו'. בנוסף יש חבר שמגייס את האנשים האלו. באיזה שהוא שלב במעברים הוא מתחיל לתבוע זכויות של דיני עבודה. ברור שהוא שכיר ולא עצמאי אבל השאלה של מי הוא שכיר? אין חוק הקובע זאת.

ס' 17-18 של פס"ד: בית הדין עורך את כל מבחני המעסיק כדי לבדוק מי הוא המעסיק של השכיר. בית הדין מפרט 12 מבחני משנה (אליהם בית הדין מתייחס באופן מצטבר).

אלה סימני ההיכר העיקרים לזיהוי המעסיק:

1. כיצד ראו הצדדים את היחסים ביניהם וכיצד הגדירו אותם? שאלה זו רלוונטית בבחינה הזו ולא בבחינה האם יש יחסי עבודה או לא. השאלה אם הוא עובד/ לא- שאלה אובייקטיבית. השאלה מי המעסיק- עניין חוזי. הזכויות יתממשו בכל מקרה, השאלה מי מהמעסיקים יממש אותם.
2. בידי מי הכוח לפטר את העובד ובפני מי עליו להתפטר?
3. מי קיבל את העובד לעבודה ומי קבע והסדיר את תנאי הקבלה?
4. מי קובע את מכלול תנאי עבודתו של העובד, לרבות גובה שכרו?
5. מי חייב לשאת בתשלום שכרו של העובד?
6. מי נותן חופשות?
7. כיצד דווחו יחסי הצדדים למס הכנסה, כיצד הצהירו ונרשמו במוסד לביטוח לאומי וברשויות האחרות?
8. מכלול הקשרים והזיקות בין הצדדים הרלוונטיים?
9. האם העבודה שלשם ביצועה נשכר העובד נעשית במסגרת עיסוקו העיקרי?
10. רציפות, זמניות ומשך קשר העבודה
11. האם יש לצד השלישי עסק משלו אשר בו משתלב העובד שנות שירותיו?

מה מאפיין את המבחנים האלו? **ככל שאני יותר דומיננטי במערכת היחסים הזו ועונה על יותר קריטריונים- אני ככה"נ המעסיק.**

זה קצת בעייתי, כי המשק הישראלי דינאמי. אז מה השלב הבא? אם הנוסחה היא- ככל שאתה מעורה יותר אז אתה נחשב יותר המעסיק, אז צריך פשוט להחליש את הזיקות (אולי ע"י העסקת חברה אחרת... מה שנקרא חברות קבלן).

מעסיקים לא רוצים לשאת בנטל האחריות הכלכלית כלפי העובד ולכן רוצים להרחיק את עצמם מזיקה כלפי העובד.

לכן, עוברים להעסקה באמצעות קבלנים- זיקה חלשה: מדובר ב**מיקור חוץ לא אותנטי**- לוקחים פונקציה ומוציא אותה החוצה מהחברה.

**הנוסחה הבסיסית: ככל שיותר מעורים- ככה אתה יותר מעסיק, לכן מעסיקים רוצים להחליש את הזיקה ע"י מיקור חוץ**

דוגמאות למיקור חוץ **לא אותנטי**:

פס"ד חסידים נ' עירית ירושלים- איש תוכנה שעובד בעיריית ירושלים. באיזה שהוא שלב העירייה מעבירה את כל עובדי המחשב למקום אחר, והוא מועבר להיות עובד תוכנה במקום אחר. הטענה של חסידים הייתה שזה לא אותנטי. ביה"ד לעבודה קובע שזה כן אותנטי כי העייריה לא צריכה להתעסק עם עניינים של מחשוב, לכן זה לגיטימי להוציא את העובדים של המחשוב החוצה- מה שנקרא מיקור חוץ אותנטי. להוציא את הליבה של העסק זה מהווה **מיקור חוץ לא אותנטי וזה לא קביל. (מדובר בתפקיד ליבה)**

פס"ד משרד הבריאות נ' ילנה צ'פקוב- עובדי ניקיון אלו לא היו עובדים ממשלתיים, לא היו מספיק תקנים ולכן פנו לחברה קבלנית. החברה הקבלנית היוותה צינור תשלום אבל הוא לא נחשב, לא באמת הוצאת את הרכיב הזה החוצה, הוא לא שחרר באמת (עדיין נתן הוראות) ולכן המיקור היה לא אותנטי. (**לא אותנטי כי לא שחררו ועדיין נתנו הוראות)**

פס"ד משרד החינוך (קרן קרב)- הפעילו מכרזים להפעלת תוכניות בבתי ספר, הפעילו תוכניות לזהירות בדרכים בין היתר- עבור משרד החינוך. המדריכים, שכבר רכשו מיומנות היו תמיד נבחרים ע"י החברה שנבחרה היו אותם אנשים מה שקרה בפועל: אותם אנשים הועסקו בחברות שונות "צינור התשלום" ולכן זה לא נחשב מיקור אותנטי. (**חברה קבלנית כצינור העברת תשלום)**

**סיכום-** פס"ד כפר רות יצר דינמיקה בחברה בשאלת מי המעסיק, וקבע שאם הוא מעורה, אי אפשר לטעון שהוא לא המעסיק. השלב החברתי הבא היה שאנשים חיפשו להתרחק באמת, וכדי להעמיד חיץ בין המשתמש (נהנה מהעבודה) ובין העובד- יש לבדוק האם מיקור החוץ הוא באמת אותנטי. השיקולים של ליבה וכו'- שיקול דעת.

**העסקה:**

מבנה קלאסי של מפעל: בהתחלה עשו הכל.

התפתחות א: קונים "חלקים" בחוץ

**מיקור חוץ**

התפתחות ב: קונים שירותים ועבודות בחוץ

מהצד של המעסיק- ההבדל בין מיקור חוץ (אני לא עוסק באותו תחום) ובין כוח אדם (יש צורך בעוד אנשים שיעבדו, אפילו לא למען ביצוע העבודה ספציפית).

מהצד של העובד- אין לו מושג איפה יעבוד, הוא צריך משכורת כדי שיהיה לו בית קבוע (בו יצבור זכויות, ותק וכו')

ההבחנה הזו קריטית מבחינת עובדי קבלן .

**סוגי עובדי קבלן**

1. עובדי קבלני שירותים (מיקור חוץ- יש הוראות חוק ופסיקה אחרות)- זה סוג שמתאר הוצאה החוצה של הרכיבים של החברה. קבלני שירותי (מיקור חוץ) הוציאו כוח החוצה מהחברה לשירותים אחרים שלא צריכים להימצא במפעל. זה לגיטימי כל זמן **שהמיקור חוץ אותנטי**. מוציא החוצה מהחברה את הפונקציה.

בנוסף- נתעמק בעניין שירותי ניקיון ושמירה (שיעור הבא)

1. עובדי קבלני כוח אדם- מספקים פתרון תעסוקה ופתרון קבוע לאנשים שיעבדו באופן זמני. אלו נותנים שירותים זמניים (למשל ניקיון עונתי, בחירות וכו..) למשל מחליפי מקום. בעצם, עובדי קבלני כוח אדם מספקים עבודה בעבודה שלי לצורך הזמני שלי. הדיון הוא אחר: הם נותנים פתרון זמני, יש צורך לבדוק **שהזמניות היא אותנטית.** דוג' סטודנטים שבאים לעזור במפעל לחופשת סמסטר. אחד החששות הגדולים הם שהזמניות היא מדומה, לא ההוצאה שלא הפונקציה מדומה (כי הוא בא פנימה).

כאשר משתמשים בצלע שלישית בהעסקה צריך לוודא שמיקור החוץ לא מדומה (משני הסוגים).

פס"ד אילנה לוינגר- לוינגר עבדה על תקן זמני שממלאת מקום מזכירה במשך 13 שנה, זה היום לא היה קורה בגלל החוק.

**חוק העסקת עובדים ע"י קבלני כוח אדם (1996)-**

הגדרות: החוק עוסק בקבלני שירות רק בתחום של שמירה וניקיון רק לעניין הרישוי.

1. פרשנות:
2. מעסיק בפועל- קראנו לזה "המשתמש", זה שאצלו הסיפור מתרחש, הנהנה.
3. קבלן כוח אדם- מי שעיסוקו הוא במתן שירותי כוח אדם לשם עבודה ב/למקום אחר (זולתו).
4. קבלן שירות- מי שעיסוקו מתן שירות באחד מתחומי העבודה.
5. רישוי:

רק מי שיש לו רישיון יכול לעסוק בכוח אדם. ס' 3 לחוק מגדיר את התנאים לכך (ניסיון של 3 שנים, גיליון של 5 שנים מראש בלי הרשעה, ערובה בנקאית).

ס' 10א לחוק- הוראות הרישוי יחולו גם על עובדי קבלני שירות שבתחומי השמירה והניקיון.

מספר דאגות בעבודות קבלנות:

* מדובר בהעסקה ולא במישהו שרוצה לגזור "תיווך" על חשבון העובד המוחלש.

ס'12- אין דמי תיווך.

* זמניות- תיקון 12א משנת 2000- אסור להעסיק יותר מ-9 חודשים רצופים. משתנה מנסיבה לנסיבה ומעבודה לעבודה. צריך להטיל סוג של סנקציה (לא עונש באמת).

**ס'12א(ג)** לחוק- אם העובד הועסק מעל התקופה המותרת בחוק, (9 חודשים), העובד הזמני יהפוך להיות עובד מן המניין של המקום שבו הוא שובץ. (ד) הוותק שצבר הוא מרגע התחלת עבודתו (כבר 9 חודשים עובד, כולל הפרשות רטרואקטיבי).

פס"ד זוהר גולן- זה נדיר שהמחוקק קובע יחסי עבודה, המחוקק בא וכופה יחסי עבודה בין המשתמש לבין העובד שמוצב ואת זה צריך לפרש בצורה דווקנית. כאשר המחוקק כופה יחסי עבודה זה חריג.

אם משתמש היה מחליט לדבר עם חברת כוח האדם ולא לשלוח את העובדת יום לפני תום ה-9 חודשים זה בסדר. מותר לפטר לפני תום 9 החודשים. \*\* כעבור 9 חודשים בול- העובד הופך להיות עובד קבע.

**חשוב למבחן: ס'15-** נקבע כי כל תניה שמונעת ניוד היא לא תקפה. דוג: יש עובדת מעולה ויכול להיות שמישהו יציע לה שכר גבוה יותר- אותו קבלן עושה הסכם עם המשתמש שאסור לו להעסיק את המזכירה שעובדת במפעל. **אין תוקף לתניה בחוזה שאומרת שאין על המשתמש להפוך את העובד הזמני לעובד במפעל.** תניה כזו יכולה שתהיה במישרין/עקיפין/באופן זמני- היא עדיין לא בתוקף.

בעצם, אי אפשר לכבול את העובד קבלן לעבודה בהעסקה ישירה.

יש עוד דרך להבטיח שההעסקה תהיה זמנית.

**חוק העסקת עובדים ע"י קבלני כוח אדם- תשנ"ו 1996 (המשך)** הסדרי החוק מגן רק על קבלני כוח אדם (חוץ משאלת הרישוי)

שני סוגי עובדי קבלן

1. מיקור חוץ- הוצאת רכיב למישהו אחר/ קבלן שירותים- המחוקק כמעט ולא מסדיר את עובדי קבלני השירותים, אלא רק בנקודות הבאות: (1) בתחום שמירה ואבטחה (2) בתחום ניקיון, אין בעצם התייחסות של המחוקק לתופעת המיקור חוץ, החלטה כלכלית. לעומת זאת, הפסיקה כן מפעילה עקרונות פיקוח על מיקור החוץ (בחינה האם מדובר במיקור חוץ אותנטי או לא)- אלו מפורטים למעלה. כל הסיפור של מיקור החוץ מובא בפס"ד כפר רות (בשאלה מי המעסיק האמיתי? ברור שיש יחסי עבודה אבל לא ברור מי המעסיק). ההתייחסות של המחוקק: יש חיוב לרישוי בתחומים שצוינו לעיל (שמירה ואבטחה וניקיון).
2. עובדי קבלן של כוח אדם- להוציא החוצה מהמפעל/ להכניס פנימה אנשים, מדובר על ידיים עובדות. החשש העיקרי שהוא לא אמיתי זה בגלל- הזמניות.

שאלת הזמניות מופיעה בסעיף 12(א) לחוק- איסור על העסקה מעל 9 חודשים/ מעל 15 חודשים בתחום הבניה. אם העובד עובד מעל 9 חודשים הוא ייחשב עובד קבוע (אחרת הזמניות תהיה מדומה).

ס' 11- הפך להיות שגור בכל החוזים: מדובר על הוראה שמחיבת הסכם בכתב בין עובד קבלן לבין קבלן כוח האדם ועל הקבלן לתת לעובד העתק. כל הרעיון הוא שעובד קבלן הוא עובד קבוע, שיעבוד במקומות לא קבועים, זו העבודה וזה התפקיד.

ס' 13(א)- תנאי העבודה יחולו... מבחינת הסעיף יש יחס שווה לעובד קבוע ועובד קבלן באותה החברה. עובד כוח אדם שנשלח למקום אחר, מקבל, גם בתקופת הביניים, את **אותו היחס ולא תהיה אפליה בינו ובין העובדים הקבועים במקום העבודה**. גם בתקופת הזמניות העובד קבלן מקבל זכויות מהעבודה. **מדובר על השוואת תנאים.**

ס' 13(ג) **מגדיר מתי לא יחולו התנאים של מקום העבודה על עובדי קבלן כוח אדם** (מתי לא תהיה השוואת תנאים). במציאות, יש מגזר שבו יש צו הרחבה והוא לא מקבל השוואת תנאים, ויש מגזר שאין לו צו הרחבה הוא כן מקבל השוואת תנאים. החוק רומז בעצם להבדלים חברתיים, שהסעיף בצורה "תמימה" יוצק לתוך החברה עצמה בגלל ההבדלים בין המגזרים. **צו הרחבה**.

ס' 13א. לחוק אומר שכל ההסדרים של זמניות (12א) והחלת תנאי עבודה שווים/ צו הרחבה (13) לא חלים על העובדים במקצועות מחשוב שהם עובדי קבלן של כוח אדם.

צווי הרחבה בענף אספקת שירותי כוח אדם משנת 2004

1. **עובד קבלן כוח אדם שמוצב במסגרת הסקטור הציבורי כן מקבל השוואת תנאים (בזמן הביניים),** **הם לא מקבלים את הצו**.
2. **עובד קבלן כוח אדם שמוצב במסגרת הסקטור העסקי לא מקבל השוואת תנאים (בזמן הביניים),** **אלו מקבלים צו** ולכן אין השוואת תנאים.

צו כוח אדם נותן הסדרים בכל מיני דרכים- שעות עבודה, תנאי עבודה, חופשה שנתית, דמי הבראה, כלכלה (נותנים להיכנס לשירותים שמוצעים במקום, חד"א למשל) שי לחג וכו'..

החוק לא מתייחס להבחנה ביו הסקטורים השונים, אלא שהוא מדבר על המקרים בהם יש צו ומקרים בהם אין צו- העובדה הזו משנה את כל המשק. בפועל יש השוואת תנאים בציבורי, ולכן שיעור השימוש בכוח האדם בסקטור הציבורי צנח פלאים. לעומת זאת, בסקטור העסקי **יש צו** והוא אומר מה הוא צריך לקחת בחשבון כאשר הוא לוקח עובד קבלן כוח אדם מחברה כזו. הסעיף מטפל בתקופת הביניים, בצורה תמימה הוא מבטיח השוואת תנאים.

**מה שמסדיר יחסים בסקטור הציבורי זה השוואת תנאים, ומה שמסדיר יחסים בסקטור העסקי הוא צו ההרחבה.**

**אין השוואת תנאים אצל קבלני שירות! רק אצל קבלני כוח אדם.**

למרות שאין חוזה בין המשתמש ובין העובד, המחוקק מטיל מערכת של חובות ותוצאות על מערכת היחסים של עובד הקבלן ובין המעסיק המשתמש. לכן, למרות שאין יחסי עבודה אפשר יהיה לתבוע את המשתמש.

על פניו נראה כי השוואת תנאים טובה יותר מצו ההרחבה.

**במגזר העסקי** יש מנגנון שמוודא זמניות- סעיף 5 לצו ההרחבה של עובדי קבלן בענף שירותי כוח אדם מגדיר רשימה סגורה של תפקידים זמניים שבהם מותר להעסיק את עובד הקבלן של כוח האדם. [כל עובדי הקבלן הם בכפוף ל-9 חודשים].

הסכם קיבוצי- בו מדובר על השוואת תנאים ביחס **לעובדי קבלן שירותים.** הסכם זה אומר שגם קבלן שירותים מקבל השוואת תנאים. במציאות אין באמת צו הרחבה לעובד קבלן שירותים. זה מחדד את זה שבקבלני שירותים אין השוואת תנאים אע"פ שנחתם הסכם.

**סיכום- יש לבצע הבחנה בין עובדי קבלן שירותים (בחינת מיקור חוץ אותנטי) ובין עובדי קבלן כוח אדם (תפקידו לסתום חור זמני, יש לבדוק את הזמניות, לפי 12(א) לחוק). כאמור, בתקופת הביניים יש השוואת תנאים, אך החקיקה יצרה הבדל בין בעלי צו הרחבה (סקטור עסקי) ושם אין השוואת תנאים.**

**חוק העסקת עובדים ע"י קבלני שירות בתחומי השמירה והניקיון בגופים ציבוריים, תשע"ג 2013**

מדובר על עובדי קבלן שירות בתחומי השמירה והניקיון במגזר הציבורי בלבד. לא מדובר על השוואת תנאים. גם במקרה זה אם נותנים צ'ופר לעובדי הניקיון, החוק לא נתן השוואת תנאים אלא רק שיפר תנאים.

בחוק יש תוספות שהיו חשובות למחוקק ונועדו לעזור לתנאיי העובדים האלו, יש פה הכרה אנושית חשובה שנותנת מקום גם לעובד הפשוט. בגלל שהחוק יצר הבדל בין עובדי קבלן בענף השמירה והניקיון בין המגזר הציבורי והפרטי, הדבר הוביל את השר למתן צו הרחבה לכל ענף השמירה והניקיון, ובכך ביטל את ההבדל שיצר החוק בין המגזרים.

ס' 8 לחוק מדבר על שי לחגים.

צווי הרחבה לעובדי קבלן ניקיון ולעובדי קבלן אבטחה ושמירה:

בשנת 2014 הוצאו 2 צווי הרחבה בענף הניקיון לפי חוק הסכמים קיבוציים. לא כתוב רק קבלני שירות או רק עובדי קבלן ציבורי.

הצו השני ניתן באותה שנה גם לתחומי ענף השמירה והאבטחה בישראל- לא כתוב רק קבלני שירות או רק עובדי קבלן ציבורי.

אולם גם באלו לא מדובר על השוואת תנאים.

ביחס לעובדי קבלני כוח אדם- צו ההרחבה שתק מבחינת סקטורים, המציאות והצווים יצרו הבחנה בין הסקטורים, השוואת תנאים קיימת רק בעובדי קבלן כוח אדם (זמניים) במגזר הציבורי. בכל שאר הענפים התנאים שבצווי ההרחבה הם אלו שקובעים. לגבי שמירה וניקיון- כל ענף השמירה והניקיון הזכויות נמצאות בצו.

**החוק אומר X אבל צווי ההרחבה הם אלו שמיושמים בשטח ואלו שיוצקים תוכן.**

**חוזה העבודה האישי**

חוזה הוא מפגש רצונות, אך לפעמים הרצונות נפגשים בצורה לא הוגנת.

התפיסה הקלאסית הייתה שרק אם יש חוזה עבודה אפשר לדבר על דיני עבודה, ויחסי עובד מעביד הם רק מכוח חוזה. הפסיקה קבעה כי יחסי עבודה קורים רק כאשר יש מערכת של חובות ולא מהתנדבות (פס"ד איילה שרון).

לפעמים, חוזה הוא אינו תנאי הכרחי לקיום יחסי עובד- מעסיק, אולם הוא קריטי כי החוזה הוא הבסיס לקיום חוקי המגן. לא תמיד זה נכון שאי אפשר לוותר על חוזה (פס"ד שדות). כדי לדעת את הזכויות יש צורך לדעת את החוזה.

יש סוג של חוזים שהם בעלי צד פורמלי גם בדיני עבודה:

* חוק עובדים זרים ס' 1א,1ג- חוק לא תקף (אם העסקת ולא כתבת חוזה מפורט תהיה סנקציה מנהלית ובטלות) ודרישה לכתב.
* חוק העסקת עובדים ע"י קבלני כוח אדם ס'11- חוזה חייב להיות בכתב ועותק חייב להימסר לעובד.

המשמעות היא שאין לחוזה עבודה דרישות פורמליות, אפשר אפילו שיהיה בעל פה. מה שזה אומר זה **שיש משמעות גמישה לחוזי עבודה** וזה לטובה ולרעה, יכול להיות מצב שעובד נחשב כעובד, ודווקא הקלות שבה חוזה עבודה נכרת מחייב זהירות ומחייב להיכנס לכך באופן מודע. חוזה בע"פ תקף לכשעצמו.

פס"ד עינת אהרוני- הייתה מועמדת לתפקיד שליחות בחו"ל, אך היה חסר אישור בטחוני כדי שהיא תוכל ללכת לשליחות, ולכן טרם נחתם הסכם (שתלוי בתוצאות הסיווג הבטחוני). בזמן שעבר אהרוני ממתינה ללדת, ומשרד החוץ לא שמחים על כך, כי אי אפשר לפטר אישה בהריון אבל הם לא חתמו על שום חוזה, לכאורה אין שום חוזה. הוחלט שהאישור של האישור הבטחוני הוא תנאי מפסיק לחוזה. הוחלט שעיקרי הדברים מספיק מסוימים, והחוזה השתכלל כאשר יש מפגש רצונות, עוד טרם החוזה הפורמלי, משמע החוזה בתוקף. **חוזה עבודה הוא לא רק מסמך פורמלי.**

**חוזה לא פורמלי**: הסכמה מכללא, הסכמה ממכלול הנסיבות- התנהגות שמוסכמת לאורך זמן (אפשר ללמוד שיש מפגש רצונות כאשר יש חוזה עבודה) אבל זה יכול להיות גם בתוך דיני העבודה. הדבר נכון לא רק על עצם החוזה עצמו, אלא גם על התניות שבו.

פס"ד רות מוטס- הייתה מורה לבלט שהועסקה ע"י עירית ת"א והיא העבירה חוגים אחה"צ. היא הייתה מקבלת בפועל על כל שעת הוראה שכר של שעתיים. לאחר תקופה, החליטו לשנות את השכר ולכן קיצצו לה את השכר השעתי בחצי (ושילמו לה על שעת עבודה).היא הגישה תביעה להחזרת השכר הגבוה שהיה לה, וביה"ד לעבודה קבע שיש תניה בחוזה שמחייבת את העירייה לשלם לה כך, למרות שזה לא כתוב בשום מקום**. עצם העובדה שזו הייתה פעילת שהיא מוסכמת לאורך זמן נראה שהיה פה חוזה לא כתוב**. הוחלט כי אין אפשרות לשנות באופן חד צדדי כי יש בין הצדדים תניה מוסכמת. **כאשר תניה מכללא היא עקבית היא הופכת היות חלק מתנאיי העבודה.**

**בגלל שזה היה עקבי זה הפך להיות תניה בחוזה, אפשר להסיק מכללא את מפגש הרצונות גם בלי לכתוב, התנהגות מלמדת על כך.**

**נוהג= לא התנהגות ספציפית אלא מקובל שככה נוהגים אצלנו.**

**נוהג- תניות לא פורמליות לאורך זמן:**

פס"ד צים נ' נעמן- צים הוא קצין ימי שדורש רכב צמוד כמו קציני היבשה. ביהמ"ש אומר שנכון ומגיע לו לפי נוהג (מקובל שכך נוהגים). מעין "משפט מקובל" של יחסי עבודה.

פס"ד מארי שורש (הוכחת נוהג)- מורה שיוצאת לפנסיה בתיכון קתולי בחיפה, והיא טענה שכל המורים האחרים בבתי הספר מקבלים פיצויים מוגדלים בפרישה, לכן מגיע גם לה. אי אפשר לומר שמדובר בתניה מכללא (לא משהו עקבי), לכן המון פסיקה ביחס לנוהג קשורה לפיצויים- יש להסתכל בהתנהגות ככלל, איך נוהגים באופן רחב יותר, נטל ההוכחה על התובעת כי זה לא כתוב בשום מקום. היה מדובר בביה"ס פרטי אך הנוהג היה להתייחס כאילו זה ביה"ס ציבורי ולכן היא קיבלה את הכסף.

פס"ד שמחה כהן נ' פלסטין פוסט- הגב' שמחה כהן עבדה בעיתון במשך 30 שנה. היא טענה כי היא זכאית לתשלום תוספות פיצויי פיטורין בשיעור של 180% מכוח נוהג שהיה קיים במערכת. כהן אכן הצליחה להוכיח את הנוהג (שאפשר להמיר ימי מחלה בכסף וגם ההנהלה הצליחה להוכיח), אך גם ההנהלה מצידה הצליחה להוכיח כי זמן רב שהנוהל הזה בטל ואינו תקף. סוג של העברת נטל הראייה.

פס"ד סהרה טרוויל- חברת נסיעות נתנה זכויות לעובדים בקשר לימי מחלה, מעבר למה שהחוק מחייב ומעבר למה שכתוב בחוזה. הטענה של העובד היא כי חייבים לו כסף בגין זה, לאור ההתנהגות המוסכמת בין הצדדים. בחוזה היה כתוב במפורש שההסכם יוארך בהסכמת שני הצדדים, ואסור למעסיק לעשות כל מיני פעולות שמהוות הפרה. אין מחלוקת שהחוזה לא נמשך- נגמר, ועיקר התביעה הוא לשלם את החובות שהוא לא העביר. עצם העובדה שהפעילות המשיכו למרות שהחוזה לא נמשך, זה אומר שהחוזה כאילו המשיך..

**סיכום הבדלים בין תניות ובין נוהג:**

1. תניה כתובה בחוזה- מוסכם וידוע על שני הצדדים
2. תניה בחוזה בע"פ- מוסכם וידוע על שני הצדדים
3. תניה לא מפורשת בחוזה- גם אם לא דיברנו אפשר להסיק את התניה כי היא בין הצדדים לחוזה.
4. נוהג- גם אם אי אפשר להסיק מפגש רצונות כלשהו אלא מדובר על מה שחל באופן כללי באותו המקום.

אם כן, כדי לדעת מה הזכויות והחובות יש לבחון:

1. מה היה מפגש הרצונות ביניהם (2) מה היה בחוזה? (3) מה היה הנוהג/ האפשרות שקיים נוהג (4) יכול להיות גם בלי חוזה, הוא לא תנאי הכרחי.

מה ההבדל בין נוהג ככלי פרשני (בחוק בחוזים) ובין הנוהג בדיני העבודה?

נוהג בחוה"ח- מהווה כלי לפרשנות של החוזה

נוהג בדיני העבודה- מהווה מקור אוטונומי ולא כלי פרשני. **הוא מקור עצמאי לזכויות והוא רלוונטי רק למה שהצדדים סיכמו ביניהם "משפט מקובל של דיני העבודה" במובן שהזכויות האלו צומחות מהשטח.**

למרות שאין את כל הדרישות ליצירת חוזה, מדובר על זכות שגדלה מתוך הנוהג, כמעט כמו חוק.

בעצם: הכי חשוב זה החוזה הכתוב, ורק אז מתייחסים לנוהגים, יש את חוקי המגן ששומרים על העובדים גם.

סוגי חוזי עבודה:

1. חוזה עבודה למשימה מסוימת- פוקע לבד ואין עניין של פיטורין, התמחות למשל
2. חוזה עבודה לתקופה מוגבלת- פוקע לבד אבל לא שרירותי- בודקים גם תום לב, אי אפשר בצורה כזו להתחמק ממתן תנאים סוציאליים באופן פיקטיבי.

\*\* אפשר לפעמים לנצל לרעה. יש צווים שמעניקים זכויות לפי ותק. אם הגבלת החוזה בזמן הוא תרגיל זה לא בסדר וביה"ד לא אוהב.

1. חוזה עבודה לתקופה בלתי מוגבלת- רוב החוזים. יש הבנה שחידוש חוזים הוא כמו לפטר, חוזה לתקופה בלתי מוגבלת. פוקע רק בפיטורים/ התפטרות, חוזה דינאמי (יוסבר בהמשך).

**הפרת חוזה עבודה**: חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)

ככלל בישראל נפגע ההפרה זכאי לאכיפת חוזה, אך סעיף 3 מחריג אכיפה כאשר אכיפה החוזה היא כפיה לעשות או לקבל עבודה אישית או שירות אישי.

פס"ד חג'ג'- חובת תו"ל ונאמנות בקיום חוזה. פיטרו מישהו מטענה מסוימת, אך בפועל העובדה שפיטרו אותו היא לא מהסיבה שאמרו לו. ביה"ד אמר שזו הפרת התנהלות של נאמנות וביטלו את הפיטורין ואכפו את יחסי העבודה. יחסי עובד- מעסיק במהותם מחייבים מידה רבה של ביצוע בתו"ל ונאמנות.

פס"ד אסטרוניקס- חובת תו"ל במו"מ לקראת כריתת חוזה. עובדת התקבלה לעבודה, ואחרי שקבלו אותה לעבודה בדקו מול מקום העבודה הקודם שלה אודותיה. מסתבר שהיו תקלות רבות באופן עבודתה במקום עבודתה הקודם, לכן רוצים לפטר אותה מחמת מקח טעות. ביה"ד החליט שיש פה עניין של **חובת נאמנות**. חובת הנאמנות היא דרישה רחבה יותר מאשר תחולת ס' 12/39 לחוה"ח . חובת הגילוי במו"מ לקראת חוזה עבודה היא הדדית והיא מטילה נטל כבד יותר למו"מ. יש לגלות לצד השני את תנאי העבודה על כל פרטיו: על המעביד לגלות לעובד הפוטנציאלי גם פגמים בעבודה, והוא הדין לגבי עובד פוטנציאלי, שעליו לגלות למעביד העתידי את כל מגבלותיו. לא די לנקוט בגישה של "יזהר הקונה" ושהמועמד יבדוק בעצמו את העובדות. ובאותה מידה חשוב שהמועמד יגלה למעביד העתידי על ניסיונו הקודם האם נכשל בעבודה קודמת.

לדעת המרצה זו סיטואציה קצת אוטופית, וכדי להכריע יש לבחון מי היה לא בסדר מבין השניים, זה פקטור חשוב (מנוף ביחסי הכוחות).

**חוזה כמעין סטטוס-**

הכוונה היא שלא על כל דבר צריך לעשות חוזה חדש (אם משהו השתנה). התגלגלות היחסים היא חלק מהיציבות. ביהמ"ש המשיל זאת לעץ שצומח- הגזע נשאר והענפים משתנים. חוזה כסטטוס.

פס"ד זוהר גולבלום- חוזה עבודה לתקופה בלתי מוגבלת. השחקנית שברה את הרגל וקיבלה רכב, היא חשבה שזה עכשיו לנצח. דרך הפרשנות שיש להפעיל במקרה זה היא "**האדם הסביר**": לא מקבלים רכב בתור שחקן, ואין לתת לה רכב קבוע כי מדובר בדינמיות של יחסי העבודה, אין לראות בטעות הדדית כסיבה ליצירת חוזה מחודש.

"מהותו של חוזה עבודה הוא שעיקרו יציב ופרטיו נתונים לשינויים ולהשלמות באופן מתמיד". מדובר ביחסי עבודה ולא שירות ספציפי, זה מה שחשוב לתקופת העבודה ולכן זה יכול להיות דינאמי. "העיקר הוא שאין מדובר בחוזה חדש אלא בחוזה קיים ונמשך, המתמלא לפרקים תוכן מחודש, בין אם ע"י הסכמים קיבוציים ובין אם בהסכמה הדדית- אינדיבידואלית, תופעה שהיא מעט מיוחדת לחוזה ונוהגים לכנותה "הסתכלות מחודשת" revision. הרעיון הוא שאתה עובד בצורות שונות וזה דינאמי וזה לגיטימי, לכן מוצאים פעמים רבות סוגים שונים של תוספות.

מן ההכרח שתהיה תלויה במהות התוספת שבה מדובר, אלו יכולות להיות כיד הדמיון וכיד המציאות (למשל תוספת סיכון). זה **לא חוזה חדש, אלא במסגרת היחסים של העובד- מעסיק דברים יכולים להשתנות.**

**שינוי תניות בחוזה**- אי אפשר לשנות את הליבה של החוזה (עיקר) בלי הסכמת העובד. תניה שהוסכם עליה היא רק בהסכמת הצדדים.

**פררוגטיבה ניהולית**- זה מונח שמתייחס לכך שהמנהל מנהל את העסק ושוקל את שיקוליו הכלכליים, ולא העובדים. רק להנהלה יש את האפשרות לנהל. כתנאי יוצא מכך אין צורך להסכמת העובד, ובלבד שהשינוי נעשה בתו"ל ובדרך סבירה. אולם, שינוי משמעותי מחייב שימוע- גם בחוזה עבודה לתקופה שאינה קצובה.

פס"ד מד"י נ' נהרי- שינויים מתחייבים מבחינה חוקית ועדיין הזכויות קיימות. האדון נהרי עבד במקום שבו לעבודה במשמרות לילה יתרון כספי. הוא עשה המון משמרות לילה. אבל יש חוק שמגביל את הכמות של המשמרות לילה, והוא טען שרוצים לקזז לו את השכר. ביה"ד מחליט שהוא יקבל משכורת כמו שהיה מקבל בלילה, אבל יעבוד לפי החוק (זאת בגלל שזה פוגע בתניות מכללא שהיו לו בחוזה)- זה מראה את כוחה של תניה מכללא.

פס"ד יוחנן גולן- הוא המילה הקובעת. הוא עבד בחברת הייטק ביטחונית ILD בע"מ. תופסים אותו ביציאה מהעבודה עם חומר מסווג ומקצצים לו במשכורת והוא מוחה ותובע את הפרשי השכר חצי שנה לאחור. ביה"ד אומר שהוא יכול היה להתפטר ולתבוע באותו הרגע, אבל המשכת לעבוד- זה כאילו הסכמת וויתרת. **כשם שהטבה שנמשכת לאורך זמן הופכת להיות חלק מהחוזה, גם שתיקה לאורך זמן אומר זה כאילו חלק מהחוזה.** שתיקה לאורך זמן עשויה להיחשב כוויתור והשלמה עם תנאי השכר החדשים.

**חוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה (תנאי עבודה והליכים מיון וקבלה לעבודה) תשס"ב 2002**

סעיף 1 מגדיר באופן כללי שמעביד ימסור לעובד הודעה מפורשת על כל שינוי שיהיה. ההודעה היא **לא החוזה**.

סעיף 2 מפרט את תנאי העבודה של העובד, כל אחד מתתי הסעיפים מגדיר תנאים אחרים (זכויות סוציאליות, תשלומים וכו').

ס' 2(ב)- מדובר בהודעה שלא באה לגרוע מהזכויות שקיימות לעובד (מכוח מנהג, נוהג וכו').

סעיף 3- מטיל חובות על המעסיק כלפי העובד: במידה וחל שינוי בתנאי העבודה של העובד, על המעסיק למסור הודעה לעובד תוך 30 יום (אם נער- תוך שבוע ימים). איזה שינוי לא מצריך הודעה? שינוי מכוח דין, עדכון מכוח דין/ הסכמים של תשלומים שהוא חייב לגביהם בהודעה, שינוי המופיע בתלוש השכר של העובד (תלוש שכר כאמצעי תקשורת).

**הודעה לעובד היא לא החוזה עצמו (חוזה עבודה יכול להיכרת בכל מיני מקרים: בע"פ, מכללא וכו'), לכן ההודעה חייבת לשקף את החוזה.** יש אפשרות לצאת ידי חובת ההודעה אם נכתב חוזה מפורט [לפי ס' 2(ד)]. את הפער הנורמטיבי בין מה מחייב ובין ההודעה שהיא לשם ההגינות**. מה שמחייב זה מה שנכרת בחוזה ולא בהודעה.**

ס' 3א- **"גוסטינג בעבודה":** מעסיק יצטרך לעדכן על הסטטוס שלו בעבודה- אחרי ראיון, למשל. זה מוחרג בסעיפים 3א(ג). גם על הפרת הסעיף הזה והחובה הזו מוחלות הסנקציות של סעיף 4. (מקום קטן מוחרג למשל)- מוחרג לראיון ולא לשליחת קו"ח, כי התחיל תהליך טרום- חוזי.

ס' 4 אומר שאם המעסיק הפר את חובתו לפי ס' 1,3,10- יש סנקציה של קנס, עבירה ברמת אחריות קפידה.

ס' 5(א)1- מקנה לביה"ד האזורי לעבודה את הסמכות לפסוק פיצויים אם לא נכתב בהודעה לעובד על שינוי גם **אם לא נגרם נזק של ממון**.

ס' 5א הפיכת נטל הראיה: תובענה של עובד נגד מעסיקו כאשר יש בעיה עם אחד הסעיפים שהוסכמו בחוזה, תהיה חובת ההוכחה על המעסיק בדבר העניין השנוי במחלוקת. ס' 5א מדבר על תובענה של עובד נגד מעסיקו כאשר יש בעיה עם אחד מהתנאים שהוסכמו בחוזה, אם הוא לא שלח לעובד על שינוי באחד מאלו **חובת ההוכחה תהיה על המעסיק** בלבד שהעובד העיר על כך למעסיק. אם המעסיק לא רשם הודעה מפורטת נטל הראיה מתהפך על העובד. פרט חשוב לקיומו של התנאי הוא שהעובד העיד (מעל דוכן העדים או בתצהיר).

הכוונה היא: צריך להיות כנה מול העובד, ואם לא על המעסיק יוכיח, כל עוד זה בתחום הסביר.

נפקות:

1. החוק נותן כוח משפטי אמיתי גם להליכים טרום חוזיים כי גם לשלב הזה יש ערך מבחינת פיצויים.
2. הודעה היא לא חוזה.

חוזה מפורט מאוד יכול לפטור את הצורך בהודעה בכתב, אך יכולה להיות דרישה להודעה גם במסגרת החוזה.

אפשר להחריג נוהג בחוזה אך לא מנהג.

מנהג- בין הצדדים.

אלו דרכים ליצור זכויות לעובד גם כאשר הם לא כתובים בחוזה

נוהג- מה שקורה במקום העבודה

כלומר, בע"פ

הודעה לעובד

**חוקי מגן- הגנת השכר ושכר מינימום**

**חוק הגנת השכר 1958**

ס'2 קובע ששכר עבודה ישולם במזומנים/ המחאה/ המחאת דואר. צ'ק צריך שיהיה עד ה10 לחודש, אחרי זה יהיה נחשב הלנת שכר. (צ'ק דחוי ל15 לחודש הוא לא חוקי). מה קורה אם העובד לא מסכים לצ'ק אבל יש הסכם קיבוצי? אפשר לחייב אותו. **פה מדובר בתנאים חלופיים (הסכמה/ חוזה/ הסכם קיבוצי)**

ס'3 מגדיר תשלום בשווה כסף- מותר **בהסכמת עובד+ הסכם קיבוצי/ חוזה/ נוהג**. ההסכמה היא קריטית. אם העובד לא מסכים אין רעיון של הסכם קיבוצי. **פה מדובר בשני תנאים מצטברים.**

ההקפדה על הסכמה יותר קריטית בס' 3 מאשר לס' 2. למה? מדובר בכסף של העובד והוא לא רוצה שיגעו לו בכסף. **פרינציפ קדושת השכר**

ס'4- איסור הגבלות

1. הסיפא מגדירה את **קדושת השכר**, המעסיק לא יכול לומר לעובד איך להשתמש בכסף שלו (למשל לקנות ביגוד לעבודה).

פס"ד נעם ריקי נ' כן ולא- יש כל מיני טענות. הנתבעת היא חברה בע"מ והתובעת עבדה שם ופוטרה אחרי שנה וחצי ויש לה כל מיני טענות. בין כל הטענות עולה טענה על מדי העבודה (ס' 21 לפסה"ד)- התובעת ביקשה מכל העובדים ללבוש את הבגדים, אלו הם הבגדים שמכרו בחנות.

הכול היה מעולה עם התלושים אבל הייתה דרישה שעל כל סכום של תלוש, חצי מהסכום ינוכה מתלוש השכר. לא הגיוני שירד תשלום מהמשכורת של העובד (על משהו שלא בא לעובד עליו).

ס' 6 - **קבלת השכר**. עובד חייב להגיד לאן הוא רוצה שתעבור המשכורת. **העובד!!!** חייב לתת הוראה בכתב לאן לתת את המשכורת. משתי סיבות: (1) שיקול עקרוני- רוצים לאפשר לעובד לעשות עם השכר מה שבא לו. לא רק בשאלה של מה אני עושה עם השכר, אלא בשאלה לאן הוא ילך ומי יקבל אותו. (2) שיקול מעשי- כמו סוג של תרגיל.

בפס"ד הפועלים הסינים בס'5 ,15-32). הגנת שכר רלוונטי לגבי כל מיני קיזוזים/ הלנת שכר וכו'- זה הוא חוק המגן הראשון במעלה.

**מהסיבה הזו זה מקומם שבנקים מכריחים עובדים שלהם להעביר את חשבון הבנק שלהם לאותו בנק בו הם עובדים.** לא מספיקה הסכמה שלי ולא מדובר בדרישה טכנית/ פורמלית. יש שני עקרונות חשובים (מוזכרים לעיל).

יש עקרונות של אוטונומיה בהחלטה על השכר וגם עקרון של מעשי.

פס"ד הפועלים הסינים- לא רק יסביר את ערך האוטונומיה, אלא אשכרה מה אפשר להחיל על העובד המסכן שרוצה פשוט לקבל את השכר. יש פה מלכודת "מעין כיפה אדומה"- אם אני בתור המעסיק בוחר באיזה חשבון בנק העובד יקבל את הכסף, המעסיק יכול להחליט לטמון שם "מלכודת". מסופר על פס"ד לפני 20 שנה אך לא נס לחו.

עובדות המקרה:

ס'5 לפסה"ד מגדיר את רקע הסיפור- הפועלים הסינים בונים בתים, מקבלים כסף שהולך לסין. רצו לשלם להם בארץ לפי שכר מינימום סיני. בית הדין אומר שאם מעסיקים עובדים בישראל משלמים לפי חוקי ההגנה של ישראל. לאותה חברה סינית (ולקבלן) לא הסתדר כי הם "רצו לגזור קופון על חשבון הפועלים", לכן הם שילמו את הכסף לחשבון הסיני אך עשו ייפויי כוח לטובת **החברה.** כל הכסף שהופקד לחשבון "יצא החוצה" לנציג החברה הסינית בשכר מינימום סיני, ומשאיר את כל השאר אצלו בכיס/ בחברה. העניין התאפשר בגלל שהמעסיקים הם אלו שקובעים לאיפה להפקיד את הכסף יש להם אפשרות לעשות כל מיני דברים שלא מיטיבים עם הפועלים.

איך עשו זאת? פסה"ד מראה כי מי שלא הסכים לחתום על כך נקנס ב100$ (כאשר משכורת "הבזבוזים" של אותם פועלים עמד על 100 ₪).

ס' 17 לפסה"ד מדבר על **חוק הגנת השכר-** השופט אדלר מתייחס לנסיבות של המקרה ביחס להגנת השכר. בנסיבות רגילות תשלום שכר לחשבון הבנק הוא פעולה תקינה שכן הוא מהווה את חובתו של המעסיק כלפי העובד. המקרה דנן הוא שונה- העברת כספים שהוכנסו לחשבון הבנק **לא היוו תשלום שכר.** יש סתירה בין אופן קבלת השכר ובין ס' 6. לפי ס' 6 מי שנותן את ההוראה לפתיחת החשבון הוא **העובד**, ובחוזה העבודה הספציפי הזה- מי שקבע את פתיחת הוראות החשבון הוא המעסיק- תקלה. הפעלת לחץ נוגדת את ס' 6 (אם בחרת להוראת חשבון מסוימת בגלל הלחץ מהמעסיק זה לא נקרא לבחור!). נפגעת קדושת השכר והאוטונומיה. "אין מדוברת בהפרה פורמלית גרידא...". **פסה"ד מוכיח כי הסכמה לא מספיקה!**

**ההכרעה בסוף-** השופט אדלר מחייב את החברה בתשלום עבור הפועלים (פיצויי פיטורים, דמי הודעה מוקדמת, הפרשים בשכר וכו'). כל זה קורה כמובן אחרי ביטול ייפויי הכוח.

**עצם זה ששילמתי שכר לאן שהמעסיק בחר זו הבעיה הראשית בפסה"ד (פסה"ד הפועלים הסינים הובא כדי להראות הקצנה של המקרה)**.

**האם אפשר לעקל משכורת או שהמשכורת מוגנת מפני עיקול?**

מדינת הישראל קובעת נק' איזון. האם היא נמצאת במקום הנכון זו שאלה אחרת.

לצורך העניין, נק' העניין מייצגת את הצורך והאיזון בין האינטרס של החוק ובין האינטרס של קיום וחיים בכבוד. איפה אפשר למצוא בו? אולי שכר מינימום/ שכר ממוצא במשק/ תנאים סוציאליים. המדינה עוזרת לאנשים שלא יכולים להתפרנס עזרה ע"י **חוק הבטחת הכנסה.**

**ס' 8(א) לחוק הגנת השכר** מגדיראת הסכום בדרך עקיפה (מכווין לטור ג' לחוק הבטחת הכנסה). הרעיון- אם יש חוב שומרים קצת למשפחה וכל השאר הולך לנושה (תשלום החוב).

המדינה מפרסמת בכל תחילת שנה סכום בסיסי שממנו היא גוזרת את מה שצריך לקיום בכבוד.

בשנת 2015 דובר על השכר הממוצע, אך הוא לא הוצמד לשכר הממוצע אלא למדד.

בשנת 2020 עודכן סכום (בגלל הקורונה המשק צריך הקפאה ולא שונה הסכום). לא מדובר על הסכום שניתן למדינה כדי לשרוד בו (השכר הממוצע). הטבלה שעוסקת בהבטחת הכנסה (טור ג' במיוחד) הוא לא נדיב, **מדובר על אחוזים מתוך השכר הממוצע,** שהולכים וגדלים לפי הסטטוס המשפחתי.

**זה הבסיס שנקבע כנקודת האיזון לס' 8 א לחוק הגנת השכר.**

כל אלו רלוונטיים גם לסעיף 8. דוג'- אדם יחיד שמשתכר 6000- משאירים לו 2,201 ₪- נשארים לו 25%.

שני בני-זוג שמשתכרים 6000- משאירים להם 4400- נשארים לו 51%.

הטבלה שאימצו לצורך הגנה על הגרעין שנצרך הוא הטבלה של הצדקה שהמדינה נותנת כי בעצם יש מעין כפיה על הנושה להשהות את החיוב של המימוש שלו, הוא רוצה את החוב חזרה אבל החוק מגן ועוזר לחייב לא להיפגע כלכלית לגמרי בחייב, ועדיין משאיר קמצוץ כספי שהוגדר כ"חיים בכבוד".

ס'8 ב לחוק הגנת השכר- "ס' קטן א לא חל על עיקול... לשם תשלום מזונות". זאת אומרת **שאין הגנה ואפשר לעקל**. הרציונל- טובת הילד וקיום בכבוד. תשלום מזונות לא נתפס כחוב אלא כחובה אישית. יש הבחנה בין המושג חוב (כספי) לבין המושג חובה (אישית) תשלום המזונות הוא תחת הקטגוריה של חובה ולכן ניתן לעקל את כל המשכורת לטובת תשלום המזונות.

ס' 9 לחוק הגנת השכר- מועד לתשלום שכר חודשי הוא עד תום החודש שעבדתי בו. עובד חודשי זכאי לקבל את שכרו עם תום החודש שעבורו הוא משולם. כלומר- עובד שעבד במהלך חודש אוגוסט, זכאי לקבל את שכרו בתום החודש, משמע 1 לספטמבר.

תחולת הסעיף משליכה על **הלנת שכר-** שכר שלא שולם עד היום הקובע= היום התשיעי. אם תום החודש הוא 31 לחודש, **היום ה9 הכוונה ה9 לחודש הבא.**

דוג'- מעסיק שלא שילם את שכר חודש מאי עד ה9 ליוני ייחשב כמלין שכר. תשלום שכר ב10 ליוני ייחשב כהלנת שכר של 10 ימים.

ס' 17 לחוק- פיצויי הלנה. מעוגן כללים לחישוב הלנת שכר.

סעיף 17א (א) התיישנות- שונה מכל התיישנות שאנו מכירים (התיישנות על ה**תביעה**- דיוניות/ פרוצדורליות)- החוב קיים אבל אי אפשר לגשת אליו. בהתיישנות רגילה- לא **הזכות מתיישנת** אלא **הזכות הדיונית**.

בהתיישנות בכל הנוגע ל**הלנת שכר (ס'17א),** מדובר **בזכות מהותית: הזכות** **לפיצויי הלנת שכר,** להבדיל משכר עבודה, אם לא הוגשה תובענה לביה"ד תוך שנה מהיום שבו רואים את השכר כמולן או תוך 60 ימים מהיום שקיבל העובד את השכר שבו קשור הפיצוי, לפי המוקדם מבניהם. אולם ביה"ד רשאי להאריך את התקופה של 60 יום לתקופה של 90 יום.

הפסיקה קבעה שכאשר הזכות מתיישנת זה מהותי. ולכן כדי לקבל את הפיצוי להלנת שכר, יש צורך להיות ערניים לזמנים. **הזכות לקבל פיצוי מתנדפת!**

הסבר על הזמנים:

1. שנה מרגע שרואים את השכר כמולן: אם רואה את השכר ב-1.1 ניתן לקחת עד היום ה9 אז עד 10.1.20. כלומר, עד ה-10.1.21 יש זכות.

2. 60 יום מהיום שקיבל העובד את **השכר**: העובד קיבל את השכר ב-15.1.20, צריך לתבוע עד ה-15.3.

אם העובד לא קיבל כלום, יש לנו שנה. אבל אם הוא קיבל את השכר יש לנו 60 יום בלבד. אם קיבל שלושה חודשים, לא קיבל שנה.

סעיף קטן ב- על אף האמור בס' קטן א (הנ"ל), אם המעסיק הלין את שכרו של העובד שלוש פעמים בתקופה של שנים-עשר חודשים רצופים (שלוש פעמים במשך שנה אחת), ההתיישנות תהיה 3 שנים. הרציונל- אם זה מקרה חוזר ונשנה, נאריך את תקופת ההתיישנות.

סעיף קטן ג- לא יחולו הוראות סעיף ב על פיצויי הלנת שכר שחלפה לגביהם תקופת התיישנות של שנה. איך זה מסתדר? **ההלכה אומרת שכל ס' ב מדבר על התיישנות שהוא איחר בתשלום ולא על התיישנות שלא שילם בכלל.**

זכות התביעה מגיעה אחרי היום ה9 אבל אפשר לתבוע על הלנת שכר מהרגע שהיה אמור לשלם את השכר (מהראשון לחודש). זכויות מתבטאות לא רק ביכולת לתבוע בביהמ"ש.

**לסיכום, בכל הקשור בהלנת שכר-**

1. מדובר בהתיישנות מהותית ולא דיונית.
2. ההבדל בין מצב של איחור בתשלום ובין מצב שבו המעסיק לא שילם בכלל- במקרה רגיל של איחור בתשלום יש התיישנות של 60 יום, ובמקרה שבו המעסיק לא שילם בכלל- התיישנות של שנה.
3. הסכומים גבוהים מאוד אך מועד **הימצאות הזכות** הוא קצר מאוד.
4. העיקרון לפיו אם מדובר בהלנה מאוד צפופה יש הארכה, אבל בגלל הסרבול בניסוח החוק- אם המעסיק מאחר ב**תשלום** זו תקופת התיישנות של 3 שנים, ואם המעסיק הלין שכר ולא שילם בכלל- הזכות קצרה יותר, נשארת שנה. (הפוך ממה שההיגיון אומר).

סעיף 19א- יש הלנת שכר גם בהפרשות סוציאליות. מעסיק שמאחר לשלם לקופת גמל הדבר ייחשב הלנת שכר. הפסיקה קובעת שבמקרה של הלנה בהפרשת הפיצויים לקופות הגמל, קופות הגמל יתבעו.

ס'24(א)- **תלוש שכר** אומר מה קורה בשטח. חובה על המעסיק לנהל פנקס שכר שמשקף את מה שבפועל עבד העובד. יש רשימה של דברים של הדברים שחייב תלוש השכר לכלול. תלושי שכר מהווים נספח אוטומטי. (ג) למסירת התלוש יש תאריך והוא היום הקובע- כמו שזה עבירה על החוק לשלם אחרי ה9 לחודש זו עבירה על החוק למסור את תלוש השכר אחרי ה9 לחודש.

25(א)- מדבר על ניכויים וקיזוז משכר. מדובר על תרומות שמצריכות הסכמה בכתב, סכום שניתן לנכות ע"פ חיקוק,

דמי חבר להסתדרות/ ארגון עובדים. למרות שההיגיון מצביע על כך שזה לטובת העובד, הניכוי של המעסיק לטובת תשלום לארגון העובדים הוא די אבסורדי.

תת סעיף (4) מותר לנכות בגלל קנס משמעת אבל יש צורך **בהסכם קיבוצי.** למה צריך הסכם קיבוצי כדי לנכות קנס משמעת? (1) יש מו"מ קולקטיבי ליצירת ההסכם הקיבוצי. (2) יש צורך בארגון שייצג את העובד. מה יכול להיות לא טוב אם אין ארגון שייצג את העובד? יותר מידי כוח למעסיק. פס"ד עוזי נ' אמור- קבוצה של שירותי אבטחה. האנשים לא עבדו עם מדים והורידו להם קנסות שכר. הטענה הייתה שהם חתמו על כך מתוקף ההסכם. במקרה זה לא הוכח כי לא נחתם בין הצדדים הסכם קיבוצי.

יש היגיון רב בקביעת סעיף זה כאשר מדובר בהטלת קנס בהתאם להוראות החוזה הקיבוצי כי מדובר בארגון מאורגן שבו יש הגנה לעובד. כאשר מדובר בארגון לא מאורגן, המעסיק הוא הקובע וזה בעייתי בעיקר בגלל עיקרון "קדושת השכר". חייב להיות הסכם קיבוצי כדי להטיל קנסות. אם אין סכם קיבוצי אז ההסדר של סעיף 25(4) לא יחול.

תנאי להסכם קיבוצי הוא החובה שתהיה קבוצה.

תתי סעיף (6),(7)- התחייבות בכתב ומקדמות, אלו שני מצבים שונים. חוב צריך להיות מוכר בכתב זו התחייבות (6). סעיף קטן (7) הכסף ניתן מראש, מדובר בחוב חיצוני. מגבלה- אפשר לעשות כך כל עוד המשכורת ממשיכה ונכנסת לחשבון וכאשר החוב הוא כלפי המעסיק.

**האם אפשר לנכות נזק? לא!** אי אפשר לעשות קיזוז/ לנכות על דעת המעסיק, אם רוצה אפשר לתבוע פיצויים בנזיקין (ביה"ד לעבודה לא יכול לדון בתביעות נזיקין).

יש שתי סיטואציות רווחות מאוד בקרוב המעסיקים, ויש לבחון האם תקינות:

* כרטיס תן ביס- לתשלום על הארוחות.
* קופת מתנות- הורדה כל חודש של X כסף מהמשכורת לטובת מתנה בחגים, למשל.

פס"ד בן דוד- מדובר על בקשה לייצוג תובענה ייצוגית. ניכוי עבור 20 ₪ בחודש על קופת מתנות וכן ניכוי עבור ניכוי הוצאות לעובד בגלל ארוחות שנצרכות דרך כרטיס תן ביס. בן דוד טוען כי אף פעם לא הסכים לאלו. ההגדרה של כל אחד מהניכויים האלו היא חדשנית יחסית. ס'25 מתאר רשימה סגורה של מקרים בהם ניתן לנכות ממשכורתו של העובד, מדובר ברשימה סגורה מתוך ההבנה כי חוק שכר בא להגן על עיקרון "קדושת השכר" ומתוך היותו חוק שנועד להגן על העובד.

1. קופת המתנות- ביה"ד רואה בדברים האלו תרומה. גם קופת מתנות שדואגת לרווחת העובדים היא מעין תרומה, כך לפי החוק. "נותן שירותים אישים לעובד במפעל" זו תרומה. הדרישה השנייה היא שזה יהיה מוסכם בכתב. **ביה"ד הארצי קבע שיהיה אפשר להסכים בהסכמה של התנהגות במקום הסכמה שבכתב,**  ויהיה אפשר לנכות גם בלי הסכמה בכתב.

ביה"ד בודק גם את האמינות של העניין- בגלל העובדות כי עניין המתנות לא ניראה פיקטיבי, וכי העובד נהנה מהמתנות, ביה"ד מכריע כי אין הסכמה לטענה שלו.

1. כרטיס תן ביס- מקבלים שכר וניתן להטעין כסף בכרטיס "תן ביס" ולקנות צהרים. בגדול, מדובר במקדמה- במקום לקבל את הכסף במשכורת, העובד מקבל את החלק הזה בשכר כ"מקדמה", בכלל לא מדובר בניכוי שכר אלא מדובר בהסכמה מראש ובקשה מראש, כדי לאכול. ביחס למקדמה אין דרישה להסכמה בכתב.

פס' 11- אוכל לפי ס'3 לחוק הגנת השכר מדבר על אוכל בחדר האוכל והוא דרוש הסכמה, כרטיס תן ביס לא נכלל בכך. הרעיון הוא שתן ביס לא דומה בבסיסו לאוכל בחד"א של מקום עבודה. במקרה זה- לא קשור לס' 3!.

דעת המיעוט של נציג המעסיקים מקבלת את ההכרעה. הוא שותף לכך שזה לא צרך להיות תביעה ייצוגית. העניין של השימוש בתן ביס נגועה בתום לב, אפילו מעט חוצפנית. לא מדובר על ניכוי חודשי פסיבי אלא על מצב בו העובד באמת השתמש בפריבילגיה הזו- הוא השתמש בכסף לאכול ולכן לא בסדר שהוא תבע על כך, הוא בפועל השתמש בכסף שהוא קיבל.

האם חייבים הדפס של תלוש השכר?

**תקנות הגנת שכר (דרכים מיוחדות למסירת תלושי שכר) 2017-**

ס' 2 משקף דרכים אפשרויות לקבל תלושי שכר. יש מספר חסרונות בתלוש שכר מודפס (איכות הסביבה, נעלם, מתכלה) . יש חסרונות בדיגיטלי : א. בעיית הפרטיות והחשיפה ב. ניתן לזיוף בקלות. הדרכים האלקטרוניות מוגבלות בסעיפים קטנים (1)(2)(3). כדי שהחסרונות לא יתממשו לכדי מציאות המחוקק קובע מספר תנאים: גם אם מדובר בתלוש אלקטרוני זה חייב להיות בזמן, מדובר בדואר אלקטרוני של העובד הפרטי וכו'.. כל אלו עדיין אמצעים די רחבים ומופשטים . בכל הנוגע למעבר לדיגיטלי, יש לקחת את התקדמות החיים תוך התחשבות באפשרות הקלה לפרוץ למאגרים.

סעיף 4 קובע כי העברת מידע תהיה באופן סמוי ע"י סיסמה או אמצעים סבירים.

**האם מתלמדים זכאים לשכר?**

הסתדרות העובדים נ' אל-על (ס'9-25,36-37)- אל על פתחה קורס דיילים והם קיבלו דמי קיום. המשתתפים בקורס תבעו לשכר עבודה מינימלי. נבדקה שם המסגרת המשמעתית, המחויבות לעבודה, המטרה בעבודה וכו'. כשאל-על פתחו קורס הם רצו את העובדים לאל-על, לא פתחו ביה"ס דיילות אלא ממש רצו להכשיר אל החברה בעצמה. **לומר לעובד שהוא חלק מהארגון בלי לתת אפשרות לעשות משהו אחר אומר שקיימים יחסי עבודה בין הצדדים, לכן יש לראותם כעובדים שלהם ולא כתלמידים**. דמי קיום היא סוג של מלגה ומראה כי העובד הוא חלק מהמערכת של אל-על ולכן המתלמדים כאן זכאים לשכר מכיוון שהעניין משקף את החובה לדאוג לעובדים.

**תקופת ניסיון**

פס"ד אלון נוי- ס' 3 לפסה"ד אומר כי ככלל, העסקת אדם בעבודה ללא תמורה גובלת בניצול והיא מנוגדת לנורמה משפטית וחברתית תקינה, אולי אפילו סוג של עבדות. השכר ככלל מתחיל מהיום הראשון. תק' ניסיון היא קשורה ביכולת להיפרד יותר בקלות, אחרי תקופת ניסיון אפשר להיפרד והכל בסדר (עדיין יש צורך בשימוע), אחרי התקופה העובד והמעסיק ממש ביחסי עבודה מתוך בחירה. **אין דבר כזה לקבל ממישהו במסגרת מחייבת בלי לשלם לו**.

**טיפים**

הטיפ כמסלול עוקף: לא חובה לתת טיפ, מדובר בתשלום נוסף לכן זה לא חלק משכר העבודה. שני הפרמטרים האלו בעיתיים מאוד כיוון שלא ברור שאין חובה לא לתת טיפ.

הסיפור של טיפים הוא די מוזר- יש ענף שלם שמתנהל ב"שחור", מזומן. המבחנים שנקבעו בפסיקה ניסו לזהות את מקור החובה "הכנסה": (1) המבחן הוולנטרי- רצונו הטוב של הסועד. (2) מבחן ההפרדה- ניתן להפריד את התשלום של השכר מהטיפ. כאשר יש שילוב על שני המבחנים האלו יש בעיה- הוולונטריות לא באמת וולונטרית מבחינה מוסרית ונוהג של חברה, יש מחויבות ולא מובן מה הכוונה בכך שניתן להפריד מהסכום? **הפסיקה קבעה מבחן לבדוק האם הכסף עבר דרך הקופה- שכר עבודה, ואם לא- שכר לעובד. זה בעייתי כי זה יוצר תמריץ לשלם בשחור!**

פס"ד עומרי קיס- העמדה הרווחת היא שכל הכנסה היא הכנסת עבודה ממעסיק. הכרה בכל תשר כהכנסה של העסק. בסופו של דבר נקבע כי התשר ניתן עבור כל שרשרת השירות (ס' 100), אשר בה חוליות רבות.

כאמור המבחן הוא מבחן הוולונטריות- יש בו קושי כי הוא לא משקף מציאות כהווייתו. **ההלכה החדשה היא כי כל תשר הוא הכנסה של העסק,** **אם בעל הבית משאיר את הכסף בכיס המלצרים זו החלטה שלו ולכן זה שכר עבודה וגם הרעיון שהמחויבות החברתית יצרה נורמה משפטית.** מהשקל הראשון זה נחשב שכר לשכר מינימום וחייב בכל הזכויות הסוציאליות. כלומר זה שייך למעסיק בראש ובראשונה! והכל זה שכר עבודה. המבחנים שצוינו לא באמת מעניינים. יש קביעת משנה שאומרת כי ברירת המחדל היא שמעסיק רשאי להשתמש בכסף רק לתשלום עבור שכר עבודה לעובדי שרשרת המזון.

הפסיקה בפסה"ד לוקחת בחשבון את ההשלכות החברתיות של הקביעה המשפטית על החברה, משהו שעל פניו הוא תפקידו של המחוקק.

פס' 120 קובע כי פסק הדין יוחל על ענף המסעדנות בלבד. לוקחים בחשבון את איזון מול ההשפעה על החברה.

סיכום: (1) אין מסלול עוקף שכר עבודה. (2) מחויבות חברתית יוצרת נורמה- נתון חברתי עובר פירוק והרכבה מחדש, שכר עבודה הוא כנגזרת מחויבות שהתחילה בתור צ'ופר אך מגובשת בתור שכר עבודה. (3) תשר נחשב הכנסה לעניין ביטוח לאומי ולעניין שכר מינימום ולא משנה אם עבר/ לא עבר דרך הקופה.

\*\*במציאות זה לא המצב, רשות המיסים לא ידעה להגיד האם יש למסות את התשרים. עד היום התפיסה היא כי מכיוון שהתשר נחשב כהכנסה של העסק ייתכן והוא יהיה חייב במע"מ. כלומר, לא פתרו את הסוגייה עדיין. בחקיקה שיפוטית יש קושי "לסגור קצוות".

פס"ד אסתר כהן- היה מלצר שעבד בחוף הצוק, נכנס למים להציל ילדים טובעים והוא טבע בעצמו. חוק ביטוח לאומי קובע שאדם זר שהציל חיים שלא היה חייב ונפטר- המשכורת תשולם לשארים. לא מובן מה המשכורת של מלצר, לא היה שימוש בפרמיות. ביטוח לאומי דחה והיו מספר ערעורים. דנג"ץ הכיר בטיפים כשכר עבודה מבחינת דיני המס אך אין כיסוי גרעוני, ולכן נותנים לגיטימציה לטיפים גם שלא עברו דרך הקופה.

פס"ד אופיר סטרוגו- נקבע כי אי העברת כספים לקופת גמל למרות ביצוע ניכויים משכרו של העובד לצורך הפרשה פנסיונית מצדיקה הרמת מסך כנגד בעלי החברה. על **המעסיק חל צו ההרחבה הכללי במשק בדבר פנסיית חובה**, שאם המעסיק אינו מקיים את הוראותיו, הוא מפר את חוזה העבודה הקיים בינו לבין העובד. הפרה זו מעניקה לעובד עילת תביעה ישירה נגד המעסיק.

**הסכמים קיבוציים**

המשמעות של הסכם קיבוצי היא שקבוצה שמנהלת מו"מ מול המעסיק/ איגוד של מעסיקים תקבל החלטה שהעובד לא בהכרח יסכים לה. ייתכן כי אפילו לא מדובר על רוב העובדים. ברגע שמדובר על מו"מ קולקטיבי מדובר על "מלחמה של רבים מול רבים".

התפיסה הקלאסית היא שיש חוזה על כל המשתמע מכך. המשמעות היא שיש לבחון את ההסכמים הקיבוצים.

בפסיקה התייחסו אל הסכם קיבוצי כמעין **"מונסטרום משפטי":** הוא חצי חוזה במובן שהוא תוצר של הסכמה, אבל הוא תוצר של הסכמה קיבוצית, לא תוצר של מה שאני מחליט. הוא חצי חוק כי הוא חל על כולם כולל על מי שלא הסכים לכך. וכמה שכדי שחוק יהיה חוק הוא חייב להיות מפורסם, כך גם ההסכם הקיבוצי.

תוקף הסכמים קיבוצים הוא מה שכתוב בהסכם, ואם לא מצוין- תאריך החתימה ולא תאריך הפרסום. יש פעמים שזה נכנס לתוקף באופן רטרו, עוד לפני החתימה! עולה השאלה איך הסכם קיבוצי נכנס באופן רטרו? אולי כי זה לא חוזה רגיל- זה בא להסדיר יחסים. בהסכמים יש הסדרת תחומים רבים.

התנאי הבסיסי להסדרים קיבוציים- המעביד יכול להיות בודד אך העובדים צריכים להיות מאורגנים, לא מדובר על חוזה אישי אלא על חוזה קולקטיבי.

**חוק הסכמים קיבוציים**

הוא החוק הדומה לחוק יישוב סכסוכי עבודה. התפקיד הוא לא לקחת סכסוך עבודה ולפתור נקודתית אלא לפתור סוגייה בדיני עבודה ולהגיע להסכם.

ס' 19 לחוק מדבר על הוראות אישיות/ חובות אישיות שמופיעות בחוזה הקיבוצי יהיו מוחלות על כל מעסיק וכל עובד. החוזה הקיבוצי לא מופיע בחוזה האישי. הרעיון שמופיע בסעיף "יראו אותו"- כאילו. כלומר, זה לא מופיע בכל חוזה. **הרעיון של החוזה הקיבוצי הוא שהחוזה המחייב מחייב את כולם**, גם את מי שלא חתם עליו. "יראו אותן (את החוזה) כחוזה עבודה בין המעסיק לבין כל עובד שעליהם חל ההסכם". ההסדר בין עובד למעביד צריך להיות משוקף לעובד, להגיד לו איפה זה מופיע בחוק. **הוראות הזכויות והחובות חלות על כולם- כך גם הסכם קיבוצי (חל על כל מי שפועל במפעל).** בחוק כתוב באופן מפורש כי החובות והזכויות עומדות בתוקף גם לאחר פקיעת תוקפו של ההסכם הקיבוצי כל עוד לא בוטלו/ שונו. בגלל שלא מדובר על חוזה רגיל אלא על קביעת יחסים בין הצדדים. הפסקה השלישית של אותו סעיף 19 מפנה לשביתות- הרעיון של שביתה יכול להיות חלק מהמו"מ לקראת ההסכם הבא.

לעיתים, הסכם הקיבוצי פועל להסדרת יחסים בין מעסיק ועובד, יותר דומה להסכם להסדרת יחסים.

**זכות ההתאגדות**

בעבר, ההתאגדות לצורך שביתה הייתה פלילית/ מעשה לשידול הפרת חוזה (בארה"ב, למשל), זאת משום ששביתה התקשרה כמעט באופן תמידי להפסדים כלכליים רבים של המפעל שנתפס כקניינו הבעלים ולכן לא רצו לפגוע בו. היו מאבקים עקובים מדם כדי בדרך להכרה **בזכות ההתאגדות:** (1) בדיני עבודה- אמנות בדבר מו"מ קולקטיבי (2) בזכויות חברתיות- הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות. בפועל זה לא חוקק וגם לא הוטמע.(3) כחלק מחופש הדיבור- השופטת דורנר רצתה לראות את זה ככה, אבל זה חלש משום שהייתה אפשרות לפגיעה במעסיק. לכן, החוק בס' 33 ח לחוק הסכמים קיבוציים מכיר בזכות הזו "לכל עובד הזכות לפעול...בארגון עובדים.. להיות חבר בו". יש זכות שמוקנית.

ס' 33ח1 לחוק (נוסף אחרי פס"ד דוידסון)- אחת הסוגיות המרכזיות שהביא פסה"ד הייתה סוגיית התארגנות הראשונית והתפיסה החברתית. מעסיק חייב לנהל מו"מ בהתארגנות ראשונית, גם אם רק מתהווה חייבים לנהל מו"מ.

ס' 33ט' לחוק- הרעיון הוא שמעסיק לא יכול למנוע מנציג של ארגון עובדים להיכנס למקום עבודה ע"מ ליצור קשר עם עובד לשם קידום הזכות המסוימת, אך יש לעשות זאת בסבירות- הרעיון הוא שיש העדפה לרצון ליצור התאגדות.

אם מעסיק רוצה לפטר עובד זה לא יבוא כרעם ביום בהיר כך שלא יהיה ניתן לשייך את הפיטורים לפן של ההתארגנות.

האם מותר לפטר עובד/ קבוצה של עובדים כי הם חותרים להתארגנות? האם מותר לפגוע בשכר? התשובה היא שאסור. האם מותר למנוע קידום/ צ'ופר לעובד כי הוא פועל בהתאגדות נגד המשרד בו עובד? ס' 33י' לחוק עונה על השאלות:

מעסיק לא יפטר עובד, לא ירע תנאיי עבודה של עובד ולא ימנע מקבלה של אדם כעובד בשל אחד מאלה (1) חברותו בארגון עובדים (2) פעילותו לצורך הקמה של ארגון עובדים. תת סעיף (5) אומר שאי אפשר לפגוע בקידום/ פיצויים וכו'..

ס' קטן (3) – בעבר הייתה תופעה שהיה צורך שתהיה חבר הסתדרות אם אתה רוצה להתקבל למקום מסוים, העדפת אנשים שחברי הסתדרות במקומות מסוימים. הסעיף נוטל את העוקץ מזה כי אסור לפסול מישהו גם אם הוא לא נמנע על ארגון עובדים מסוים.

החוק מטיל 2 סנקציות שניתנות על מעסיק שלא נתן אפשרות להתאגד:

**תחום אזרחי-** סעיף 33יא לחוק צו מניעה (אל תפטר)/ צו עשה- אפשר לאכוף יחסי עבודה (לפי הסיפא של הסעיף/ פיצויים- אף אם אין נזק של ממון, בשיעור שיהיה סביר בנסיבות העניין.

**תחום עונשי-** סעיף 33יד(א)- זה פיצויים שניתנים וקנס שמשולם אבל יהיה רישום פלילי ויהיו סנקציות עתידיות שיוטלו על מעסיק בתחום הפלילי גם אם לא כלא, רישום פלילי.

**האם אותם מקרים יחולו בשני המקרים?** העונשין הוא סיפור יותר כבד מאשר כספי לכן 33ט הוא ההבדל. עילות הסעד האזרחי רחבות יותר מאשר העילות לסעד עונשי (למשל ס' 33ט). ההבדל בין הסעיף העונש והאזרחי – לכן, מניעת כניסה ממישהו שרוצה לעניין את העובדים מהאגדות יש סעד אזרחי אך לא עונשי. העילות לסעד אזרחי רחבות יותר מאשר העילות לסעד עונשי למשל, ס' 33ט לחוק.

ס'33טז לחוק מחריג את ס' 33ח עד 33טו, ואומר כי **לא לכל אחד יש זכות התארגנות**. זאת משום שלא רוצים לתת את הכוח לשבות לכולם (שב"כ, בתי סוהר, מוסד, משטרה).

**יחסי עבודה קיבוציים**

תכליתם היא לא יצירת השביתה ולהיות כוחני, אלא למנף את זה לדיאלוג. לא מעט, בתי הדין לענייני עבודה יוציאו צו לנהל מו"מ/ לחזור לעבודה (זאת במידה וירגיש כי לא היה יכולת לדיאלוג אמיתי).

פס"ד פלאפון- ס' 79-82 לפסה"ד. השורה התחתונה היא ההתמודדות של חופש ביטוי מול זכות ההתאגדות. הזכות להתארגן היא כזו שבעל הבית לא יכול להתערב. אם שומע שמתארגנים עליו לא להקשיב ולא להגיב לכך, גם אם הוא לא מאמין בכך. **כחזקה, אם בעל הבית מתערב בכך, הוא עושה זאת במטרה לפגוע בזכות ההתארגנות**.

חזקה ניתנת לסתירה, זו הנחה שרוצים להניא את העובדים מלהתארגן. ס' 33י גורס כי יש צורך להוכיח – אם מעסיק רוצה לפטר עובד הוא חייב לידע אותו. הנטל להוכחה הוא על המעסיק שלא פיטר בעקבות ההתארגנות.

פס"ד סודה סטרים- מפעל מאוד ייחודי כי הוא משלב הרבה לאומים. היה ניסיון התארגנות שניסה למנף את ההתארגנות גם בקטע סכסוך בקטע של זכויות תרבותיות. ההנהלה התנגדה להתארגנות בטענה שזה פוגע במרקם החברתי במפעל. ביה"ד לעבודה היה עם ההנהלה- יש בעיה עם כך שבאמצעות ההתארגנות פוגעים בחברה. **זו דוגמה לכך שהחזקה אכן ניתנת לסתירה, במקרה וההתערבות היא טובה וחיובית.**

**מנגנון ההסכמים הקיבוציים**

ס' 1 לחוק הסכמים קיבוציים מגדיר את הסכם הקיבוצי כהסכם בין ארגון עובדים למעסיק/ ארגון מעסיקים.

התחומים שניתנים לעובד כזכויות (קבלת עובד, תנאים, יחסי עובדים וכו') זה מה שכן מוסדר בתוך ההסכם הקיבוצי. הרישום הוא הכרחי- העובדה שהסכם קיבוצי חל על כולם מדמה את העניין לחוק ולכן יש חובה לפרסם ולרשום את ההסכם הקיבוצי.

יש חוסר סימטריה בין ארגון עובדים/ מעסיק- ארגון מעסיקים. יש פה דרישה של התנהלות מול **קבוצה של עובדים**.

ס' 11 מגדיר כי **תחילתו של** **הסכם קיבוצי הוא היום שנקבע לכך בהסכם**. באין תאריך קבוע, אז ביום **חתימתו** (כלומר, רצון הצדדים קובע על אף היותו מעין חוק, מה שמצריך כביכול תחולה מרגע הפרסום בלבד). בפועל אין הרבה נפקות לעניין כי הצדדים מודעים לכך שהם ימלא אחר הדרישות מרגע החתימה, אולם במקרים רבים מי שלא מכיר את העניין הם דווקא העובדים. דוג'- הסכם נחתם ב-15 לפברואר והוגש לרישום ב-15 ליולי. במקרה זה ההסכם נכנס לתוקף ב-15 לפברואר.

* אם כן כתוב תאריך שיעמוד בתוקפו, הוא התאריך הקובע, יכול להיות מצב בו התאריך הזה יהיה מוקדם מהתאריכים שפורסמו/ נקבע.

ס'12 לחוק- אין נפקות אם ההסכם לתקופה מסוימת או בלתי מסוימת, ההסכם לא פוקע אלא אם הודיעו בצורה הקבועה בחוק או בחוזה עצמו איך ניתן להפסיק חוזה קיבוצי מתחולה.

ס' 19 מגדיר כי הסכם קיבוצי כמו חוק ולכן יש דרישה לפומביות.

ס' 20 לחוק- אינטראקציה בין הסכמים קיבוצים ובין כל מה שמסביב. הרעיון הוא שהקוגנטיות של הזכויות שמוקנות לעובדים חשובה- אי אפשר לאלץ עובד שיוותר על זכות שמגיעה לו.

ס' 21 לחוק- היחס בין הסכם קיבוצי וחוק ומה גובר. זכויות העובד הקבועות בחוק לא יכולות להיגרע מהסכם קיבוצי. אז הסכם קיבוצי יכול רק להוסיף עליהן. **כלומר חוק הסכם קיבוצי מיטיב עם העובד.**  (דוג'- תעבדו יותר שעות ממה שכתוב בחוק ותקבלו העלאת שכר. העלאת השעות לא תתפוס, העלאת השכר כן תתפוס).

ס' 22 לחוק- הפער בין חוזה עבודה לחוזה האישי: הוראה **בחוזה עבודה** שהיא שונה מהוראה אישית שבהסכם קיבוצי החל על בעלי החוזה, ההוראה שבהסכם הקיבוצי עדיפה. היה השינוי לטובת העובד, עדיפה הוראה בחוזה העבודה אם אין בהסכם הקיבוצי דבר המונע את אותו השינוי. ס' 22 מתייחס לשני מצבים:

1. הראשון, הוא הבראה. שוויון בין כל העובדים 🡨 שקילת טובת המפעל 🡨 מותר לפגוע בזכות במפורש בהסכם קיבוצי. למשל, קיצוץ הוראות כלליות כדי להפריש כספים. הרעיון של ההסכם הקיבוצי הוא להיטיב עם כולם. כאשר ליחיד יש חוזה המיטיב עמו ופוגעים בחוזה שלו עקב ההסכם קיבוצי אם הייתה התייחסות מפורשת לכך בהסכם.
2. השני, אם הדבר נעשה בצורה לא מודעת 🡨 לא נשקל טובת המפעל בעניין הקיצוץ בשכר 🡨 אין לפגוע בזכות ללא הוראה מפורשת. למשל, אין יותר תוספות סיכון ויש פרט שמשכורתו נגזרת מכך בצורה עקיפה. זהו לא כלי ראוי לפגוע בזכויות העובד בצורה שאינה ראויה ואינה משקפת את כלל הזכויות.

ס' 22 יכול לאשר או למנוע הטבות במסגרת הסכם הקיבוצי.

מחד, נותן גבולות העסקה מחוץ להסכם הקיבוצי ומאידך, מעניק גבולות בענייני הבראה.

ס' 23 לחוק- **האם אפשר שיחולו מספר הסכמים קיבוציים על עובד?** כן. העיקרון הוא **הוראת** טובת העובד, ולא הסכם לטובת העובד. כלומר, הוראה ולא הסכם המטיבה עם העובד.

ס' 25 לחוק- מדבר על הסמכות להרחבת הסכמים קיבוציים. לצורך הבנת הסעיף הזה יש צורך להבין את ס' 2,3 לחוק. אפשר להרחיב רק הסכם קיבוצי כללי. מתיר להרחיב רק הסכם קיבוצי כללי (על ענפים/כלל העובדים בישראל). יש צורך לפרסם ראשית, להתייעץ ואז לתת צו להרחבה.

ס'2: הרקע לס' הוא בתהליך ההתפתחות של ההסכם הקיבוצי:

שלב א- מו"מ מפעלי: עובדי מפעל התאגדו מול המעסיק החזק. החולשה המרכזית היא שזה התאגדות אזורית שאינה חזקה מספיק. אפשר להביא עובדים מבחוץ.

שלב ב'- מו"מ ענפי מקצועי, כל הענף מתאגד הקושי הוא שיש חוסר סימטריה.

שלב ג'- התפתחות ארגוני המעסיקים.

קיימים 2 סוגי הסכמים קיבוציים: (1) הסכם קיבוצי מיוחד (ספציפי)- למפעל/ מעסיק. הוא יחול בין ארגון מעסיקים לבין ארגון עובדים. יש אפשרות שזה יהיה מעסיק בודד אך לא עובד בודד, יש צורך שיהיה ארגון יציב. (2) הסכם קיבוצי כללי- לכל שטחי המדינה או חלק ממנה, לכל ענפי התעסוקה או לחלק מהם.

גם כאן יש חוסר סימטריה- בכללי זה בין ארגונים, הסכם קיבוצי מיוחד- יכול להיות גם מול מעסיק יחיד. המבחן הוא לא לפי הכותרת אלא לפי המהות. פס"ד האוניברסיטה העברית- מדובר על אוניברסיטה אחת שההסכם חל עליה.

**מאגר צווי הרחבה:**

מסודרים לפי ענפים, למשל. יש צווי הרחבה שחלים על כולם.

דוג': ענף **שעות העבודה**- הרחבת התחולה ניתנת מתוקף סמכותו של השר שניתנת מכוח הס'25. צו ההרחבה אומר 42 שעות עבודה ואילו החוק עדיין לא מעודכן ואומר 45 שעות. צווי ההרחבה הם המקור.

דוג' בענף המלונאות שעות נוספות- שעות עבודה הוא 40 עבודות. מה שגובר **זה טובת העובד**. במקרה זה הסכם קיבוצי נגיד יגיד 42 שעות אבל בגלל שאני בענף המלונאות שעות העבודה בשבוע הוא 40- זה גובר.

דוג' **פנסיה-** צו הרחבה בענף הפנסיה משנת 2011, המדינה החילה כי יש חובה להפריש לכל עובד פנסיה עד סכום מסוים. בס' 4 בצו ההרחבה מחילים את הצו על כל עובד- הרעיון הוא בס'3- כל עובד אשר מועסק בכל מקום עבודה יהיה זכאי ע"פ צו זה לבחור בהסדר פנסיוני וחייבים להפריש לו ע"פ שכר ממוצע במשק.

אלו כלים אפקטיביים כי הם משיגים אפקט של חקיקה ראשית באמצעות מו"מ ענפי, קצת עוקף דמוקרטיה כי שר הוא זה שמצווה. בעצם זה משקף מו"מ אמיתי של הגופים הגדולים במשק. דו השיח הוא כלי אפקטיבי ומעולה.

**שביתה**

אין שביתת יחיד. גם מנגנון השביתה הוא מנגנון שבא להדגיש את הכוח של קבוצה. אם יש קבוצה יכולה להתקיים שביתה. כאמור, הפסקה השלישית של אותו סעיף 19 בחוק הסכמים קיבוציים מפנה לשביתות- הרעיון של שביתה יכול להיות חלק מהמו"מ לקראת ההסכם הבא. **שביתה היא כלי למנף את כוחה של הקבוצה כדי להגיע לתנאים משופרים בתנאי העבודה,** לכן יש קושי מושגי מסוים בשביתות הזדהות, למשל. הסכם קיבוצי צריך להיות פרי המינוף הזה.

**חוק להגברת האכיפה בדיני העבודה (2011)**

יש בעיה מובנית בדיני העבודה בגלל יחסי הכוחות. יש קושי להגיש תביעה כנגד המעסיק בגלל סיבה זו (על אף הימצאותם של חוקי המגן שנועדו להגן על העובד, בפועל יש בעיתיות להגיש תביעות כאלו). כידוע כנגד הפרה של חובות כלפי העובד יש אפשרות לתבוע אזרחית/ במקרה של עבירה פלילית יש אפשרות להגיש כתב אישום.

מדינת ישראל המציאה מנגנון מנהלי- לא מדובר על תביעה/ שיפוי/ פיצוי/ קנס. אכיפה מנהלית נקראת **עיצום כספי.**

**למרות שהנפקות היא אותה נפקות מבחינה כספית, יש הבדל גדול במהות, העיצום הכספי הוא סוג אכיפה חדש עיצום כספי זה אפקטיבי משתי סיבות. סיבה ראשונה היא הכסף ומעין Shaming מנהלי, יש מאגר מטעם משרד ממשלתי שאחראי לעניין הזה (היום משרד העבודה).**

חידושים בחוק:

1. **נמען האכיפה-** יכול להיות מוחל גם על מזמין השירות, גם מבלי שיהיו יחסי עבודה. אחריות תהיה מוטלת גם על המזמין כי הוא האינטרס הכלכלי והוא חייב לדאוג לכל תנאי העובדים (זאת באמצעות מנגנון שיפורט בהמשך). יהיו מצבים בהם נטיל עיצומים כספים גם על מנכ"לי חברה.
2. **סוג האכיפה-** עיצום כספי

**החוק**

**פרק א-פרשנות ומטרה**

להגביר ולייעל את אכיפתם של דיני העבודה. החוק כולל מקצועות שונים וחדשים. בנוסף, מדובר על קבלני שירות בתחומי שמירה ואבטחה, ניקיון והסעדה.

**פרק ב- עיצום כספי**

**מדובר על התוספת השנייה לחוק:**

חלק א של החוק- נותן רשימה של חוקי עבודה. ניהול פנקס חופשה, שעות עבודה, אישור- מצריכים מהמעסיק לערוך **מסמוך** "ניירת".

חלק ב של החוק- מתעסק בתשלום, מתן חופשה וכו', כבר לא מדובר רק על הניירת אלא ממש על הדבר עצמו. **מתן החובה עצמה, הכסף עצמו.** בנוסף גם התייחסות לבטיחות בעבודה.

חלק ג' של החוק- לא מדובר על פנקס השעות או התשלום, ממש מדובר באיסורים שאסור על המעסיק לעשות. **התוספת הזו מחלקת את עבירות העבודה ל-3 קטגוריות: קל, בינוני וחמור ועל כך יש השלכה כספית.**

ס' 3 נותן את הלגיטימציה החוקית להטיל עיצומים כספים על המפרים- מתייחס לכל אחת מן דרגות ההפרה. כך לפי ס"ק: (1) חלק א של בתוספת השנייה (2) חלק ב של התוספת השנייה (3) חלק ג של התוספת השנייה.

ס' 4- מדבר על הפרה מתמשכת. הפרה מתמשכת תגרור כפל קנס בהתאם להוראות הסעיף. אם ההפרה נמשכת, מוסיפים 2% ביום. אם חוזרת, העיצום הוא 100%.

ס' 5- יש להודיע למפר על כוונת החיוב. זה מסלול די מחמיר. היה לממונה יסוד סביר להניח כי המעסיק הפר הוראת חיקוק 🡨 יסוד סביר יכול להתבסס על סמך שתי סברות: באופן יזום (פניה של משרד העבודה לעוסק) ויש פניה (הלנה של עובד למשרד העבודה).

ס' 6- נותנים זכות טיעון למעסיק. לאחר שהמעסיק טען את טענותיו, אם הממונה מחליט לרדת מההליך המנהלי, מוסר לו אך אם לא מקבל את הטיעון מוסר את הדרישה לתשלום.

ס' 8 -מפנה לרשימה סגורה של הנחות שאפשר לעשות על העיצום הכספי. עניינו בסכומים מופחתים. הממונה יכול להטיל סכום נמוך יותר ממה שנקוב בהתאם לתקנות. הסמכת להחליט על המקרים בהם הסכום יופחת היא בידי השר.

ס' 12- הכסף ילך לאוצר המדינה. זה לא יגיע במישרין לעובדים כי זה מטיל על המעסיק חובה לעמוד בתשלומים, אם לא- אז זה ילך למדינה, ימנע ממנו לעשות זאת פעם הבאה.

ס' 13(ב)-אם הוגש כתב אישום יוחזר לו הסכום ששולם בתוספת הפרשי הצמדה וריבית. יש אחריות פלילית- אם בוחרים שיוגש אישום פלילי מחזירים את הכסף של העיצום הכספי.

ס' 14- מדבר על אחריות מנכ"ל למניעת הפרות של התוספת השנייה. החוק מציג חזקה שניתנת לסתירה- הסעיף מטיל חובה על המנכ"ל וקיימת אפשרות לשלוח לו התראה- אם ההתראה לא תוקנה קיימת חזקה שהוא הפר את החובה שלו ואז ניתן להטיל עליו עיצום כספי. המנכ"ל יכול לקבל 50% מהסכום שהיה מוטל על יחיד שלא במסגרת עסק. החזקה= נק' המוצא- המנכ"ל הפר את חובתו אלא אם הוכיח שעשה כל מה שניתן לעשות כדי לא להפר את חובתו. הסעיף מטיל אחריות כבדה על המנכ"ל כי הנטל הוא על המנכ"ל (מדובר בכספים רבים).

ס' 49- איסור התניה. ס"'ק (ד) אומרת כי למנכ"ל אין אפשרות להוציא ביטוח אחריות על עיצומי כספים. (ג) אדם לא ישפה עיצום כספי. אין פה התייחסות לאישיות משפטית נפרדת, חשוב להבין.

הרעיון הוא שזה יכאיב למעסיק ולכן מראש הוא ינסה לתקן כדי לא להגיע למצבים האלו.

סימן ב, סעיף 15- התראה מנהלית למעסיק. במקום הודעה על כוונת חיוב (עיצום כספי) (ס' 5), לפיה על המעסיק להפסיק את ההפרה. פחות נורא מכוונת חיוב- זו סוג של רחמנות שלא תמיד תקפה, משרד העבודה מנהל רשימה מתי מותר ללכת במסלול זה ומתי לא. זה מסלול שהוא די מקל. אחרי הוראה מנהלית שמקבל מנכ"ל הוא צריך לפעול תוך 30 יום.

משרד העבודה מפרסם את הנהלים שנאכפים בעיקר והיכן לא וזאת מההבנה כי יש קושי להחיל את הסעיף הזה, לא תמיד נחיל את הסעיף הזה כדי שלא תמיד תהיה הקלה.

**יש נוהל בעניין מתן התראה מנהלית שפורסם ע"י משרד העבודה 2012, מעוגן בחוק (ס'15 לחוק)**- ס' 2 מתייחס למספר עילות כשאפשר להקל ולהמציא התראה מנהלית- (1) הפרת הוראה חדשה שלא ניתנה בגין הוראה חדשה, לא הפרה ראשונה (2) הפרה של הוראה שדורשת תק' הסתגלות של המעסיק (3) הפרה ע"י היועמ"ש (4)הפרה ראשונה. **ניתן על ענייני מסמוך בעיקר.**

הנוהל גם מגדיר באילו סוגיות הנוהל המקל לא יחול, כלומר מתי אין התראה מנהלית ויש הולכים לעיצום כספי- (1) הוראות נוער (חוץ ממסמוך)- אם פוגעים בנוער עובד. (2) עבודת נשים ופיטורין בהריון/לידה/ טיפולי פוריות וכו' (3) שכר מינימום (4) הפרשות שנוכו לפי ס' 25 ולא הועברו.

ס' 17 הוא חלק ממנגנון האכיפה "שיימינג"- אם הממונה מטיל עיצום כספי, יפורסם הדבר באתר המשרד כל הפרטים המצוינים בסעיף החוק. שיימינג כאמצעי מרכזי בסיפור עצמו.

סיכום עד כה- כל הסיפור של **עיצום כספי הוא אכיפה מנהלית,** מתואר לפי מדרגות בתוספת השנייה לחוק- קלה, בינונית וחמורה. יש אפשרות להגבילה אם היא חוזרת או נמשכת. יש תקנות להפחית בסכומי העיצום. יש אחריות ענקית למנכ"ל- אי אפשר תביעת שיפוי/ ביטוח להעביר את העיצום הכספי. (גם ס' 14,49(ג),(ד)- גם אפשרות לשיימינג באינטרנט וגם אפשרות להתראה מנהלית במקום עיצום כספי, שמעוגנת בס' 15 (יש הקלות בתחומים מסוימים אך לא תמיד יחול ולא תהיה אפשרות להתראה מנהלית).

ס' 46 הוראה כללית- אומר שכל החוק לא יוצר או שולל את קיומם של יחסי עבודה בין מזמין השירות לבין מי שהחל בביצוע העבודה.

**פרק ג: אחריות אזרחית של מזמין שירות (שמירה, ניקיון והסעדה)**

**מדובר על עובדי קבלן שירותי סוגים ספציפיים.**

המדינה מגנה על אלו כי הם נתפסים חלשים, מטילה אחריות על אלו גם בהיעדר הוכחה של יחסי עבודה.

לא מדובר על עובד קבלן אלא על מזמין שירות (מיקור חוץ) בניקיון, שמירה ואבטחה ועובדי הסעדה- אלו כאמור נתפסו כתחתית שרשרת המזון ורוצים לאכוף איפה שנק' התורפה.

מס' סעיפים שינו בגדול את תשומת הלב של החברה הישראלית ושינו את ההתנהלות של החברה –

ס'25 (במידה והמזמין הסתכל על החוזה עבודה, להשוות לס' 28). הסעיף מטיל חובות על מעסיק קבלן, יחולו גם על מזמין השירות גם בכל פרק הזמן בו הוא משתמש בשירות. החובות של המעסיק כלפי העובד (שעות עבודה.. שכר מינימום וכו) מוטלות גם על מזמין השירות גם בלי שיהיו יחסי עבודה! מיקור החוץ אותנטי ויחסי העבודה הן רק בין קבלן כוח אדם והעובד **אך החובות מוטלות גם על מזמין השירות**. מדובר על החובות המנויות בתוספת השלישית: 19 חיקוקים שלפיהם ניתן על המעסיק אחריות אזרחית (דוג' מתן חופשה שנתית, תשלום פדיון חופשה וכו'). בנוסף, יחולו הוראות צווי הרחבה המנויות בס"ק ב (פנסיה, דמי הבראה, החזר הוצאות נסיעה וכו'). **כאמור החובות יחולו בעד פרק הזמן שהעובד הועסק במתן השירות אצלו. רלוונטי רק לקבלני שירותים (שמירה ואבטחה, הסעדה וניקיון).**

התפיסה היא שונה- מיקור החוץ הוא אותנטי לחלוטין ויחסי העבודה לא יהיו על המזמין אך החובות יהיו על המזמין- נכון גם לעיצום כספי, אחריות אזרחית ואחריות פלילית.

לפי הסעיף, כדי להטיל אחריות אזרחית על מזמין השירות יש לעמוד **בדרישות סף מצטברות**- (מדובר בעובדי קבלנים בתחומים הספציפיים).

1. **השירות** אצל מזמין השירות מבוצע באמצעות 4 עובדים לפחות- מדובר על עובדים מקבלן אחד או מקבלנים שונים! מדובר על נפח של פעילו.
2. **השירות** ניתן במהלך חצי שנה לפחות באופן קבוע ורציף. לא מדובר על העובד!
3. נמסרה הודעה למזמין השירות והחובה לא מולאה בידי קבלן עד תום 30 ימים ממועד מסירת ההודעה- אחרי מסירת ההודעה אי אפשר "להתנער" מהחובה. יכול להגיע ע"י העובד, מפקח, ארגון זכויות וכו. הדרישה צריכה להיות בכתב. ההודעה אומרת למזמין כי הוא לא קיבל את הזכויות (הוא דרש מהקבלן בכתב הודעה והוא מסר למזמין הודעה שהוא עשה זאת). דרישה+ הודעה בכתב. [כפוף לס' 26- שהוא איפשר הודעה].

ס' 26- ביחס להודעה. מזמין שירות חייב לנקוט אמצעים סבירים כדי למנוע פגיעה בזכויות של העובדים של הקבלן ולשם כך הוא צריך למצוא דרך יעילה לעשות כך. למשל ע"י תיבת תלונות. זה עוזר להבין את דרישת הכתב שמנויה בס' 25(3). ס"ק ב אומר שאם המזמין לא מצא דרך יעילה למסור את ההודעה/ לא יידע את העובדים בדרך שמצא תחול עליו אחריות אזרחית.

ס'27- הגנות למזמין השירות, בעצם ס' זה מדבר על **תום לב.** מספיק שאחד הסעיפים מתקיימים על מנת שתעמוד הגנה לזכות מזמין השירות.

ס' 28- המזמין חייב לראות את החוזה בין הקבלן ובין העובדי שלו לפני שהוא מוזמן אליך. אם אתה מזמין שירות ביטחון/ ניקיון/ הסעדה חייבים לראות את החוזה בין העובד לקבלן. אי אפשר לעצום עיניים לתופעות חברתיות לא תקינות, לבחון את החוזה יכול להיות נגוע **בחוסר תום לב ואז אין הגנות (ס' 27).** זה משנה את שוק העבודה כי יש רצון לראות את החוזה ולהיות ער לבעיות שעשויות להיות. אם אתה מזמין שירות אתה גם צריך להיות ער לבעיות שעשויות להיות בחוזה . **תחול אחריות אזרחית על המזמין לפי ס' 25(א) על אף אם התנאים לא מתקיימים.** אם המזמין לא התעניין מלכתחילה, לא משנה אם הדרישות לא מתקיימות.

**פרק ד: אחריות פלילית על מזמין שירות**

ס' 31- זו עבירה פלילית שגוררת קנס לא לבחון את תוכן החוזה, אפשר להטיל את האחריות הפלילית על המנכ"ל.

ס'33- אם המעסיק עשה עבירה זה **חזקה שהמזמין ידע** **אלא אם המזמין יוכיח כי עשה כל שביכולתו להוכיח כי אכן לא ידע.**

**בית הדין לעבודה**

ביה"ד לעבודה הוא בעל מאפיינים מיוחדים ממספר סיבות:

1. הרציונל להקמתו- עצם הקמתם של בתי דין לעבודה באה לתת זווית ראיה שונה על יחסי עבודה, מהאופן בו מסתכלים על המשפט בכלל. היכולת של ביה"ד לעבודה היא גמישה יותר מיתר בתי המשפט.
2. הרכבי ביה"ד לעבודה- הוא הרכב ייחודי עם נציגי מעסיקים ועובדים. מדובר על זווית ראיה שהניסיון כעובד או כנציג מעסיקים, שונה משל שופטים בביהמ"ש הרגילים.
3. הסמכות- סמכות ביה"ד לעבודה מאוד מדויקת לצרכים. יש חשיבות לדעת את סמכות ביה"ד לעבודה שכן היא זו המאפשרת לנו לדעת מתי ניתן להגיש תביעות אליו ומתי לא, צריך לדעת לאן לפנות.
4. הוראות מיוחדות- ס' 32,33 לחוק ביה"ד לעבודה מגמישים את ראיות ואת סדרי הדין. הסעיפים האלו מתפקדים בצורה אחרת.

**חוק ביה"ד לעבודה 1969**

תוכן העניינים בו הוא מאוד טכני, אבל הוא עוזר להבין את מבנה הדברים.

עיקר עיסוקינו יהיה:

1. בהרכבים ובמותב ס' 18-21 לחוק. שאלת הסמכות ס' 24-26. ראיות וסדרי דין 32,33. גם בחוק זה יש תוספות ועליהן נעמוד בהמשך.

ס1- ביה"ד לעבודה הוא בשתי ערכאות, אזורי וארצי.

**בית דין לעבודה אזורי**

**שאלת הסמכות-** מופיע בס' 24 לחוק.

בגדול, מכירים שבדר"כ יש ערכאה ראשונה וערכאת ערעור. גם לביה"ד הארצי יהיו שני כובעים- (1) ערעור על ביה"ד האזורי (2) מסלול ישיר. מה שמאפיין את ביה"ד לעבודה כהסתכלות באופן רוחבי של יחסי העבודה וכל היוצא מכך (התובעים והנתבעים יצטרכו לעבוד יחד בהמשך..)- יש הסתכלות שונה על הסיטואציות שמגיעות לביה"ד. עוסקים בו **רק ברכיבים שרלוונטיים לדיני העבודה**.

ס' 24(א) לחוק מגדיר את סמכות ביה"ד האזורי- סמכות ייחודית לדון: ב (1) תובענות בין עובד ומעסיקו שעילתן יחסי עובד מעביד, כולל השאלה בעצם דבר עצם קיום יחסי עובד- מעסיק (חלק רואים בכך הסיבה הכמעט מיידית להקמתם של בתי דין לעבודה). **לא תדון** תובענה שעילתה בפקודת הנזיקין (לצורך העניין- נזק שנגרם). כלומר- יחסי עבודה- כן, נזיקין- לא. משמע: אם העובד שבר משהו- ביהמ"ש אזרחי ידון כי מדובר בתובענה נזיקית, ולא במסגרת יחסי עבודה. ביה"ד לעבודה ידון בנוסף ב- (1א) תובענות שעילתה במו"מ לקראת כריתת חוזה, לפני שנוצרו יחסי עבודה או לאחר שנסתיימו. זה מרחיב את חובת תו"ל. **בעצם כל הדיון אודות תקופת יחסי העבודה- לפני, בזמן ואחרי** תדון בביה"ד לענייני עבודה. (1ב) תובענה שעילתה בסעיפים מסוימים בפק' הנזיקין (1ג) תובענה שקשורה בסכסוך עבודה ועילתה בס' בחוק המקרקעין (1ד) תובענה שקשורה ביחסי עבודה ועילתה עוולה אזרחית לפי חוק לשון הרע.

למה תובענות שעילתן בחוק לשון הרע כן יכולים לדון ובעניין פקודת הנזיקין לא יוכלו לדון? בגלל המודעות לאינטנסיביות של יחסי העבודה והאמוציות שיכולות לצאת באופן רע, רוצים להשאיר את האופציות פתוחות.

אין תשובה חד משמעית איך ניתן לדעת כיצד לסווג את התובענות, בגדול: יחסי עבודה הם עניינים שיידונו בביה"ד לעבודה. אם מדובר באזור אפור ביה"ד עצמו יידון בעצם העניין- האם זה עניין שהוא אמור לדון בו, או שלא.

**הסעיפים הרלוונטיים בחוק המקרקעין:**

ס' 16,ס' 17-איך הסעיפים האלו קשורים ליחסי עבודה? מקרים של התבצרות במקום העבודה/ מפריעים ע"י נעילת שערים, למשל. בהקשר של דיני עבודה יראו זאת כחלק מהזכות יסוד של השביתה. מדובר על תובענה בין מעסיק לעובדיו בקשר לסכסוך עבודה!

**הסעיפים הרלוונטיים בפקודת הנזיקין:**

ס' 29 לפקודה- הסגת גבול: אותו רעיון לעיל- מה עובד עושה במשרד של המעסיק. התבצרות/ שביתה במסגרת עניין שקשו בסכסוך העבודה. זה לא נזק חיצוני! אע"פ שמדובר בפק' הנזיקין.

ס' 31 לפקודה- הסגת גבול במיטלטלין- מתבצרים במנוף, אותו רעיון לעיל רק שמדובר במיטלטלין. התביעה היא האם יש ממון.

אולם יש לדון כי שביתה היא לגיטימית אם יש נזק ממון, העניין יידון בביה"ד לענייני עבודה כי מדבור ביחסי העבודה. שביתה מוגנת, ולכן לא יהיו פיצויים אבל הדיון עדיין יהיה בביה"ד. יש לראות את הנסיבות של המקרה.

**הסגת גבול הם קלאסיים ליחסי עבודה בכל הקשור ביחסי העבודה,** למשל במקרה של התבצרות.

ס' 62 לפקודה- גרם הפרת חוזה: רלוונטי בעיקר לשביתה. מדובר על חוזה בין שני אנשים וצד ג' מתערב ומביא להפרת החוזה, אם זה ביודעין ובלא צידוק מספיק. מדובר על נזק ממון. החרגה מופיעה בס"ק (ב) השבתה ושביתה לא ייחשבו הפרת חוזה. (אם אני מתסיס לשביתה, וגרמתי נזקים ממוניים זה **לא ייחשב הפרת חוזה**). הדיון יהיה בסמכות ביה"ד לעבודה. הפרה שגרמה לנזק עקיף תידון בביה"ד לעבודה.

ס' 63- הפרת חובה חקוקה.

**לסיכום- נזיקין ונזק- OUT יחסי עבודה - IN, אך יש חריגים שמופיעים לעיל-** אלו מתארים יחסי עבודה במובן הרחב.

המשך ס' 24 לחוק בית דין לעבודה:

ס"ק (2)- ניתן להגיש תובענה גם ביחס להסכמים קיבוציים: ספציפי (מיוחד)

(3)כנ"ל על קופות גמל (4) ארגון עובדים (5) נגד ביטוח לאומי במקרה של ערעורים.

תוספת ראשונה לס' 24-

1. בחוק ביטוח לאומי- במקום הגשת תובענות לחוק ביטוח לאומי כינסו את כל התביעות האלו לבית דין לעבודה.

יש רכיבים פליליים בדיני העבודה. פליליות של יחסי העבודה וזה מכווין לתוספת השנייה: מכווין לחוקים שיש להם פן פלילי.

ס' 24 (ב) מכווין לתוספת השנייה (פלילי) ומפריד בין 2 מצבים: עבירות שבתוספת השנייה- יש לביה"ד סמכות לדון בעבירות פליליות שנוגעות לחקיקת מגן. ס' 33- אין גמישות בדיון בדיני עבודה בכל הקשור להליכים פליליים.

אם כן, נראה כי ביה"ד לעבודה מתפקד בתור: כובע אזרחי- יש פה הגמשה של דיני ראיות (ס' 32) וסדרי הדין (לפי ס' 33). כובע פלילי- אין הגמשה בסדרי דין (ס' 33) ודיני ראיות (ס' 32). בקטע הפלילי- יתפקד כמו בית משפט רגיל. בקטע של דיני העבודה נקודה- גמיש.

ס' 32- ביה"ד לא יהיה כבול בדיני הראיות אלא רק בדיון בסעיפים הפליליים- יהיה נוקשות בקטע הפלילי כי הנוקשות נועדה להגן על הזכויות של העובד. כאשר זה לא פן פלילי הוא יהיה הרבה יותר גמיש.

התפקידים השונים של ביה"ד לענייני עבודה, כל תפקיד שביה"ד לעבודה לובש מעניק תפקידים שונים לביה"ד:

1. כתובת ראשונה לדיון בענייני יחסי עבודה.
2. **כתובת פלילית.**
3. כתובת אחרי ועדות ערער על ביטוח לאומי ובטחון סוציאלי.

ס' 18- בי"ד ידון ב3- שופט, נציגי ציבור. מתי לא? תוספת שלישית-ביטוח לאומי (כי מדובר בערעור מקצועי) אין חשיבות ליחסי עבודה. (ד) בהליכים שביה"ד דן בהם בשלושה, יהיה לשופט לבדו הסמכויות המנויות בתוספת הרביעית- מדבר על סדרי דין ופרוצדורה- נותנים לשופט המקצועי/ משפטן.

**בית דין ארצי**

ס' 25- סמכות ייחודית לדון ב (1) תובענות בין מי שיכול להיות צדדים להסכים קיבוצי כללי (אזורי/ מדינה). (2) בין ארגוני מעבידים.

ס' 24(ג)- מדובר על הסכם קיבוצי ספציפי מיוחד, רשאים להורות כי דיון בתובענה של הסכם קיבוצי מיוחד יתקיים בבית דין ארצי, למרות שזה הסכם קיבוצי מיוחד! (לדוג: חברת חשמל, נמל אשדוד, רכבת ישראל). זה יאושר באישור היועמ"ש/ השר וזה יהיה במקרה מאוד מיוחד.

ס' 24(א)- מהווה בית דין לערעורים (בעניין אזרחי)- גמישים יותר.

ס' 24(ב)- מהווה בית דין לערעורים פליליים ויחולו בו סדרי הדין והראיות שחלים בבית דין לעבודה, נוקשים.,

ס' 20- הרכב של ביה"ד ארצי ידון ב5 והרוב שופטים. יש הבחנה בין הליכים שונים (פלילי ידונו שופטים וגם במקצועיים- ביטוח לאומי). גם התוספת הרביעית מדברת על פרוצדורות ועל תפקיד אב בית הדין.

בעצם יש לביה"ד התמקצעות אחד והוא מתנהל בהקשרים שונים בהתאם לנסיבות.

אם פלילי- שופט יחיד מקצועי, אזורי וארצי (1/3). באזורי תמיד השופטים המקצועיים הם במיעוט.

אם הקשר תעשייתי של יחסי עבודה- שופט יחיד מקצועי ונציגים. בביה"ד הארצי יש רוב בדר"כ רוב של שופטים.

דיני ראיות וסדרי דין- נוקשים בפלילי וגמישים באזרחי

**מתי יהיו שופטים מקצועיים (=משפטן) בלבד בדיני ראיות גמישים?** בענייני ביטוח לאומי.

