

התפתחויות ומגמות במשפט העבודה הקיבוצי והאינדוידואלי 2010–2011

מאת

מרדכי (מוטי) מירוני*

המאמר דן במגמות המרכזיות שאפיינו את שתי שנות המשפט 2010–2011. למרות הרושם המתקבל מהדיון הציבורי ומהדיווחים בתקשורת, שלפיו יחסי העבודה הקיבוציים מצויים בפריחה, הנתונים מראים דווקא שמספר העובדים המאורגנים קטן, ולכן גם הרלוונטיות של משפט העבודה הקיבוצי. מגמה זו מביאה לכך שאת החלל שנוצר בגלל דעיכת המודל הקיבוצי, ככוח מוביל וכאמצעי עיקרי להסדרת תנאי העבודה ויחסי העבודה, ממלאים משפט העבודה האינדוידואלי, המחוקק ובית הדין לעבודה. מקומם של אלו בעיצוב הנורמות ביחסי העבודה ובאכיפה של זכויות העובדים הופך מרכזי יותר ויותר. במודל הקיבוצי ממלאים את התפקידים האלה ארגוני העובדים ומשפט העבודה הקיבוצי.

החלק הראשון של המאמר מציג ומנתח שלושה חידושים עיקריים בחקיקה בתחום דיני העבודה: החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, חוק איסור קבלת ביטחונות מעובד ותיקון מספר 43 לחוק בית הדין לעבודה. החלק השני, והעיקרי, של המאמר מציג את החידושים העיקריים בפסיקה בית הדין לעבודה ובית המשפט העליון. בחלק זה שני מוקדים: האחד סוקר את הפסיקה בתחום משפט העבודה האינדוידואלי. התמונה העולה ממנו היא של פסיקה מתערבת השואפת לכתוב את מגילת זכויות העובד בתחומים כמו זכויות קניין, הגנת הפרטיות של העובד מפני חדירה לתיבת הדואר האלקטרונית במקום העבודה, מניעת הפליה והגנה מפני ניצול של עובדים המועסקים בהסדרי העסקה בלתי ישירה. המוקד השני סוקר ומנתח את פסקי הדין החשובים במשפט העבודה הקיבוצי. הפסיקה משרטטת את בתי הדין לעבודה ככאלו המנסים לנווט את דרכם בנוף סוער, מאתגר ומורכב של סכסוכי עבודה מסוגים שונים ובנושאים חדשים כגון מאבקי ההתארגנות, סכסוכים בין-ארגוניים, סכסוכים פנים-ארגוניים ושבתות בשירותים החיוניים, ואשר מתנהלים ברמה גבוהה של אינטנסיביות ועצמה. סכסוכים אלו דורשים מבית הדין – ולעתים אף מבית המשפט העליון – לחרוש תלמים חדשים בהלכה ולהגדיר מחדש את תפקידם.

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. המחבר מודה לעוזרי המחקר עמית בכלר, חני שרייר וצליל אביעזו על תרומתם.

המאמר ממחיש את הדינמיות הרבה הקיימת בתחום דיני העבודה, שבו הלכות מתחדשות ומשתנות כל העת, ובמקרים רבים הן מעוררות תגובות ומחלוקות ערכיות ואידאולוגיות.

א. מבוא. ב. חידושים בחקיקה; 1. החוק להגברת האכיפה בדיני עבודה; 2. חוק איסור קבלת ביטחונות מעובד; 3. תיקון מספר 43 לחוק בית הדין לעבודה. **ג. חידושים בפסיקה;** 1. כללי; 2. חידושים בפסיקה – משפט העבודה האינדוידואלי; 2.1 נגישותה למעביד של תיבת הדואר הדואר האלקטרוני של העובד במקום העבודה; 2.2 השימוש ברשתות חברתיות במסגרת יחסי עובד ומעביד; 2.3 זכויות עובד לפי חוק הפטנטים ומשפחת הזכויות הקוגנטיות; 2.4 סוגיית ההשבה במסגרת עקרון תום הלב החל על העובד – הטריילוגיה; 2.5 הפליה על בסיס מגדר במקום העבודה; 2.6 העסקה בלתי ישירה או משולשת; 3. חידושים בפסיקה – משפט העבודה הקיבוצי; 3.1 מאבטחי שרי הממשלה – הגדרת יחידת מיקוח וחופש השביתה בשירותים חיוניים; 3.2 חופש הפעולה והביטוי של מעביד במהלך ניסיונות התארגנות ראשונית של עובדיו; 3.3 סכסוכים או מאבקים בין-ארגוניים ופנים-ארגוניים; 3.4 משבר הייצוג ברפואה הציבורית בישראל 2011; 3.5 משבר הייצוג וסכסוך היציגות ברכבת; 3.6 עתירות ציבוריות, בתי הדין והשימוש בגישור ובבוררות בסכסוכי עבודה; **ד. הערת סיום.**

א. מבוא

התמונה המתקבלת מן האירועים בעולם יחסי העבודה מציבה את משפט העבודה בעמדה מעניינת במיוחד. מצד אחד, ולפי הרושם שמתקבל בתקשורת ובדיון הציבורי, סיפורן של שתי שנות המשפט מושא הרשימה הוא סיפורם של מודל יחסי העבודה הקיבוציים ושל משפט העבודה הקיבוצי. אלו חווים תקופת פריחה חסרת תקדים והם מלאי חיים ואנרגיה, סוערים ומסעירים. בתי הדין לעבודה עוסקים ועוסקים בעצמה שאיננה זכורה מן העבר במאבקים מאתגרים ומלאי דרמה בנושאים חדשים ומורכבים, ובהם אלה: (1) סכסוכים הקשורים להיבטים שונים של חופש ההתארגנות, בעיקר המותר והאסור למעבידים, לנציגי ארגון העובדים ולעובדים בשלב הקריטי של התארגנות ראשונית;¹ (2) סכסוכים בין-ארגוניים² וסכסוכים פנים-ארגוניים;³ (3) סכסוכי עבודה

1 הכוונה לשלב המעבר מיחסי עבודה המושתתים על יחסים אינדוידואליים וישירים ליחסי עבודה המושתתים על יחסים קיבוציים ובלתי ישירים באמצעות נציגות, קרי ארגון עובדים, שבה עיקר מערכת הזכויות והחובות בעולם העבודה מעוצבת, משתנה, מנוהלת ונאכפת על ידי ארגון העובדים. ראו: Mordehai Mironi, "Reframing the Representation Debate: Going Beyond Union and Non-Union Options", 63 *Indus. & Lab Rel. Rev.* (2010) 367, pp. 370–372.

ושביתות בשירותים הציבוריים והחיוניים. לעתים, כמו שקרה בעניין מאבטחי השרים⁴ ובפרשת אל על,⁵ הנושאים שזורים זה בזה. מלבד היותם בעלי ערך חדשותי, מאבקים אלו מעוררים שאלות משפטיות סבוכות הן במישור העקרוני יוריספודנטלי והן במישור של קביעת מדיניות.

מצד אחר, הנתונים מעידים שקווי המתאר של יחסי העבודה בישראל מזכירים יותר ויותר את תמונת יחסי העבודה ברוב מדינות המערב, שבהן המודל הקיבוצי ומשפט העבודה הקיבוצי מצויים בתהליך של קיטון והתכווצות. בחלק ממדינות המערב⁶ אף חדלו ללמד בפקולטות למשפטים את משפט העבודה הקיבוצי (Labor Law), ואם בכלל, הן מציעות קורסים במשפט העבודה האינדוידואלי (Employment Law) בלבד.⁷ מחקרים מלמדים כי בישראל שיעור העובדים המאורגנים בארגוני עובדים הוא כ-34%,⁸ ובשל המבנה המיוחד של הסדרי התחולה של הסכמים קיבוציים כלליים⁹ שיעור הכיסוי

- 2 הכוונה לחילוקי דעות בין שני ארגוני עובדים בנוגע לשאלה מי משניהם הוא הארגון היציג ביחידת המיקוח.
- 3 הכוונה לחילוקי דעות בתוך ארגון העובדים. בדרך כלל כאשר קבוצה מבין חברי ארגון העובדים מתנגדת לדרך או לפעולה ספציפית של ארגון העובדים המייצג את חברי הקבוצה. כפי שקרה למשל בשביתת העובדים הסוציאליים, בעניין המתמחים ברפואה הציבורי והרופאים הבכירים בבתי החולים בשנת 2011.
- 4 ע"ק (ארצי) 8299-06-12 מיקוד שמירה ואבטחה בע"מ – הסתדרות העובדים הלאומית (פורסם בנבו, 2012) (להלן – פרשת מאבטחי השרים).
- 5 ס"ק (ארצי) 21/10 הסתדרות העובדים הלאומית בישראל – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 2010) (להלן – פרשת אל על).
- 6 ארצות הברית ואנגליה הן דוגמאות בולטות למגמה זו. הדבר מתבטא בין היתר ברידה בהיקף קליטת חברי סגל חדשים למשרות בתחום של משפט עבודה קיבוצי ובמספר חברי הסגל בפקולטות למשפטים המציינים את משפט העבודה הקיבוצי כתחום מומחיותם. ראו: Richard Bales, "A data-Driven Snapshot of Labor and Employment Law Professors", 56 *Saint Louis U. L. Rev.* (2011) 231, pp. 234–235; Cynthia Estlund, "Reflections on the Declining Prestige of American Labor Law Scholarship", 23 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* (2002) 789, p. 789; Cynthia Estlund, "The Death of Labor Law?", 2 *Annu. Rev. L. & Soc. Sci.* (2006) 6.1, p. 6.2; Orly Lobel, "The Four Pillars of Work Law", 104 *Mich. L. Rev.* (2006) 1539, p. 1550.
- 7 לצד קורסים העוסקים בהרחבה בנושא איסור הפליה בעבודה. יש המייחסים את השינוי להשתלטות השיח הליברלי פרטני של זכויות אדם ושל השיח הכלכלי הנאו-קלאסי. ראו: Anne C. L. Davies, *Perspectives on Labour Law* (2004).
- 8 Guy Mundlak, Ishak Saporta, Yitchak Haberfeld and Yinon Cohen, "Union Density in Israel 1995–2010: The Hybridization of Industrial Relations", 52 *Indust. Rel.* (2013) 78, pp. 84–85.
- 9 סעיף 16 לחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז–1957, ס"ח 63, הסכם קיבוצי כללי חל על כל המעבידים החברים בארגון המעבידים ועל עובדיהם, ללא התחשבות בהיותם של העובדים חברים בארגון העובדים שחתם על ההסכם או בכל ארגון עובדים אחר.

הוא כ-10.56% במקביל קיימת ירידה בהצטרפות ובחברות של מעבידים בארגוני מעבידים.¹¹ כלומר, בניגוד לרושם הנוצר בגלל הדרגה הגבוהה של החשיפה התקשורתית, בפועל המודל הקיבוצי ומשפט העבודה הקיבוצי ממשיכים לפנות את מקומם במרכז הבמה, כמכשירי הסדרה של תנאי ויחסי עבודה, לטובת מודל יחסי העבודה האינדיווידואליים ומשפט העבודה האינדיווידואלי.

בשיטת המשפט הישראלית פועלים כידוע שלושה מודלים של הסדרה, שהם חיצוניים להתקשרות החוזה האינדיווידואלית של העובד עם מעבידו: מודל ההתערבות הישירה – באמצעות חקיקה ותקנות; מודל ההתערבות העקיפה – באמצעות ההוראות בעלות תוקף נורמטיבי הכלולות בהסכמים קיבוציים;¹² המודל המעורב – באמצעות צווי הרחבה. מבחינה זו מודל ההתערבות העקיפה, אשר בו ארגוני העובדים ויחסי העבודה הקיבוציים נושאים בעיקר הנטל של יצירת התשתית הנורמטיבית של תנאי העבודה ויחסי העבודה, של התאמתה ועדכונה, של תפעולה ושל אכיפתה, הולך ומאבד בהדרגה ממעמדו ומערכו.

למצב דברים זה שתי השלכות אסטרטגיות מערכתיות עיקריות המזינות זו את זו: הראשונה – ככל שהמודל הקיבוצי ימשיך וירד מנכסיו, יעבור השרביט של עיצוב, של התאמה ושל שינוי הנורמות ביחסי עובד-מעביד וביחסי עבודה מן האוטונומיה הקיבוצית להסדרה ציבורית על ידי שני שחקנים אחרים: הרשות המחוקקת והרשות השופטת, בעיקר אך לא רק¹³ – בתי הדין לעבודה. יזמות ושינויי חקיקה מן השנים האחרונות הנוגעים להיבטים ספציפיים בעולם העבודה, כגון הבטחת הזכות לעבוד בישיבה¹⁴ ואיסור קבלת ביטחונות,¹⁵ מעידים על הגברת הפעילות של הרשות המחוקקת בכתיבת מגילת זכויות העובד. בד בבד תופעות כגון היחלשות המודל הקיבוצי, הירידה בשיעור החברות והרמה הנמוכה של שיעור הכיסוי של הסכמים קיבוציים מביטחות כי בתי הדין, אשר מוצאים עצמם מעורבים מאז ראשית שנות השמונים בחקיקה שיפוטית ענפה,¹⁶ ימשיכו להיות השחקן המרכזי ולשאת בעיקר נטל הפיתוח של משפט העבודה ובעיצוב המערכת הנורמטיבית של הזכויות והחובות בעולם העבודה החדש.

10 Mundlak, Saporta, Haberfeld and Cohen (לעיל, הערה 8) בעמ' 87.

11 שם, בעמ' 260.

12 על האפקט הנורמטיבי של הוראות ההסכם הקיבוצי ראו: דב"ע לא/1-4 בנק אוצר לחייל בע"מ – מרכז הסתדרות הפקידים, פד"ע ב 260; דב"ע מד/19-4 ההסתדרות הכללית – אוניברסיטת ת"א, פד"ע טו 260.

13 במהלך השנים בית המשפט הגבוה לצדק תרם תרומה נכבדת לעיצוב נורמות בעולם העבודה וביחסי עבודה. ראו למשל: בג"ץ 239/83 מילפלדר נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(2) 210.

14 חוק הזכות לעבודה בישיבה, תשס"ז–2007, ס"ח 128.

15 חוק איסור קבלת ביטחונות מעובד, תשע"ב–2012, ס"ח 176.

16 Mundlak, Saporta, Haberfeld and Cohen (לעיל, הערה 8) בעמ' 262.

השנייה – הקיטון שחל במודל הקיבוצי והעברת האכיפה למישור האינדיווידואלי תביא בהכרח להגברת העומס המוטל על הרשות המבצעת, קרי רשויות האכיפה, ועל בתי הדין לעבודה. אלו יידרשו למלא את התפקיד שממלאים במודל הקיבוצי ארגוני העובדים, ועדי העובדים והמנגנונים ההסכמיים הפנימיים לניהול וליישוב חילוקי דעות, בכל הקשור להתאמה, לתפעול, ובעיקר לאכיפה של זכויות העובדים. דומה כי החוק להגברת האכיפה של דיני עבודה,¹⁷ הפותח את הסקירה, הוא הראיה הטובה ביותר לעצמת השלכה זו על עולם העבודה.

השינויים שנרשמו בשתי שנות המשפט 2010–2011 במשפט העבודה הקיבוצי והאינדיווידואלי חובקים מגוון רחב של נושאים, המקופלים בין דפיהם של מעשי חקיקה ושל מספר רב של פסקי דין מבית היוצר של בית הדין הארצי לעבודה, של בית המשפט העליון ושל בתי הדין האזוריים לעבודה. מכיוון שכך, ומטעמי קוצר היריעה, רשימה זאת תתמקד באבני דרך ובחידושים המרכזיים והמרתקים שבהם, והיא תנוע בין שני הקטבים כתבנית הנוף של משפט העבודה הישראלי – הקיבוצי והאינדיווידואלי. הבחירה בחוקים ובפסקי דין ספציפיים לצורך הכללתם בסקירה נועדה להבליט מצד אחד את האתגרים הקשים של משפט העבודה הקיבוצי בגלל העומק והעצמה של המאבק בנושא התארגנות עובדים מזה, ושל סכסוכי העבודה הקיבוציים מזה, ומצד אחר את העומק ורוחב היריעה שמאפיינים את ממדיה ועצמתה של התערבות המחוקק ובתי הדין בעולם העבודה בעיצוב נורמות התנהגות ובאכיפה, כתחליף לארגוני העובדים, למודל יחסי העבודה הקיבוציים ולמשפט העבודה הקיבוצי.

ב. חידושים בחקיקה

1. החוק להגברת האכיפה בדיני עבודה

אחת התופעות הבלתי מחמיאות בשוק העבודה בישראל היא הרמה הגבוהה של אי-ציות לחוקי העבודה. הפער בין החוק בספרים ליישומו ביחסי העבודה היום-יומיים הולך וגדל. על פי הערכות של גורמים ממשלתיים ולא ממשלתיים, הפרת חוקי העבודה ופגיעה בזכויות עובדים הן נורמות שכיחות ומושרשות היטב בחברה הישראלית. מעסיקים רבים רואים בחוקי העבודה המלצות ולא הוראות מחייבות שיש לפעול על פיהן.¹⁸ העובדים, מנגד, אינם מודעים במידה מספיקה לזכויותיהם.¹⁹ ברקע עומדות עוד שתי תופעות כלל-עולמיות אשר ממחישות ומעצימות את הבעיה:

17 חוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, תשע"ב–2011, ס"ח 62.

18 לעבוד בלי כבוד – זכויות עובדים והפרתן (2006) בעמ' 53–74.

הראשונה, האכיפה של חוקי עבודה ועוד יותר של צווי הרחבה וזכויות ממקורות רכים יותר²⁰ – כגון זכויות הנובעות מהסכמים קיבוציים כלליים שחלים במקומות עבודה שבהם העובדים אינם מאורגנים, מהסדרים קיבוציים (מדריך לעובד, חוזרי הנהלה), מהוראות מפורשות ומתנאים מכללל בחוזה אישי, ממנהג ומנהג – הפכה בשנים האחרונות לאתגר הקשה ביותר של משפט העבודה;²¹ השנייה, ידוע כי לארגוני עובדים ולמודל הקיבוצי יש יתרון עצום באכיפת זכויות של עובדים, לרבות זכויות הנובעות מחקיקה.²² קיימת תמימות דעים כי להעברת עיקר האחריות לתהליכי האכיפה של זכויות העובדים לרובד האינדיווידואלי פרטני צפויה להיות השפעה שלילית על איכות הזכויות. הירידה הניכרת בשיעור העובדים המאורגנים בישראל משאירה את עיקר מטלת האכיפה בידי העובדים ברמה האינדיווידואלית. כמה חוקים שנחקקו בשנים האחרונות, ובהם חוק הודעה לעובד (תנאי עבודה)²³ ותיקון 24 לחוק הגנת השכר,²⁴ מעידים כי המערכת אכן נערכת למעבר של האכיפה לידי העובד ולרובד האינדיווידואלי. על רקע זה נחקק החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה,²⁵ שנכנס לתוקף ב-19 ביוני 2012. בהמשך, בסוף אוגוסט 2012, הותקנו תקנות להגברת האכיפה של דיני העבודה (עיצום כספי).²⁶

החוק החדש נועד להתמודד עם שתי בעיות מרכזיות: האחת, להגביר את אכיפתם של חוקי העבודה על כלל המעבידים במשק; השנייה, להתמקד במגזר ההעסקה הבלתי ישירה של עובדים באמצעות קבלני כוח אדם או באמצעות מיקור חוץ של פרויקטים

- 19 בעיקר כאשר חלק מן הזכויות הן פרי חקיקה שיפוטית. ראו גם באנגליה: William Brown and Sarah Oxenbridge, "Trade Unions and Collective Bargaining: Law and the Future of Collectivism", *The Future of Labour Law: Liber Amicorum Bob Hepple QC* (Catherine Barnard, Simon Deakin and Gillian S. Morris – eds., 2004) 63, p. 75.
- 20 רכות הזכויות באה לידי ביטוי ברמת המודעות ויכולת ההוכחה ובקשיים הכרוכים בעמידתו של העובד כפרט על הזכויות, מימושן ואכיפתן.
- 21 ראו: David Weil and Amanda Pyles, "Why Complain? Complaints, Compliance, and the Problem of Enforcement in the U.S. Workplace", *27 Comp. Lab. L. & Pol'y J.* (2006) 59, pp. 90–92.
- 22 בספרות מובעת הסכמה גורפת בדבר עליונותם של המודל הקיבוצי וארגוני העובדים בכל הקשור לאכיפה של זכויות עובדים, לרבות אלו הנובעות מהחוק, בהשוואה למפקחים או לבתי הדין. לדעת קהן-פרוינד, אין שום מנגנון או מוסד שמשותף לארגוני העובדים באכיפת זכויות העובד, ללא קשר למקור הזכויות. לא פלא שארגוני העובדים כונו באנגליה "חרב הצדק" (sword of justice) של העובד. ראו: Otto Kahn-Freund, *Law and Labour: an Ambivalent Relationship* (1975) p.4.
- 23 חוק הודעה לעובד (תנאי עבודה), תשס"ב–2002, ס"ח 210.
- 24 חוק הגנת השכר (תיקון מס' 24), תשס"ב–2002, ס"ח 612.
- 25 חוק להגברת האכיפה של דיני העבודה.
- 26 תקנות להגברת האכיפה של דיני העבודה (הפחתה של סכום העיצום הכספי), תשע"ב–2012, ק"ת 1669.

ושירותים.²⁷ במסגרת הסדרי ההעסקה הבלתי ישירה, אשר מכונים לעתים גם שוק העבודה השניוני,²⁸ הפרות של הוראות החוק והפגיעה בזכויותיהם של העובדים שכיחות יותר. החוק מכיר בכישלונה של שיטת האכיפה ששררה בשוק העבודה בשל מספרם המועט של פקחים ומכיוון שהסנקצייה שהופעלה נגד המעסיקים כללה אך ורק הליך פלילי, אשר נמשך, מעצם טבעו, זמן רב. מבחינת מדיניות, החוק הוא הודאה בקיומן של השלכות שליליות לתופעת מיקור החוץ ובהעסקה בלתי ישירה בכלל הקשור לממד האיכותי של זכויות בסיסיות בעולם העבודה.

החוק החדש פועל בשלושה מישורים: הראשון – כדי לתגבר את ההרתעה והענישה נקבעו סנקציות אזרחיות ופליליות במקרה של הפרת דיני העבודה, שבהן עיצומים כספיים, התראות מנהליות, הטלת קנסות או עונשי מאסר ומנגנונים לגבייתם ותשלומם;²⁹ השני – בהתייחס להעסקה בלתי ישירה, החוק מטיל אחריות אזרחית ופלילית אישית גם על מזמיני השירות, קרי המנהלים הכלליים של ארגונים המזמינים או המשתמשים בשירותיהם של קבלני כוח אדם או חברות שירותים (מיקור חוץ), בגין הפרות של הוראות הדין על ידי גופים אלו כלפי עובדיהם.³⁰ בנוסף, החוק אוסר על התקשרות עם קבלני כוח אדם וחברות שירותים בחוזים שאינם מבטיחים את תנאי השכר הבסיסיים לעובדיהם³¹ וקובע כי מזמין שירות, או מנכ"ל, של ארגון או מקום עבודה המזמין שירות, אשר חתמו על הסכם שתוצאתו מקפחת עובדים ופוגעת בזכויותיהם,

27 ההבדל העיקרי בין שני סוגי ההעסקה הבלתי ישירה, קרי העסקה באמצעות חברות כוח אדם לעומת העסקה באמצעות קבלן משנה או מיקור חוץ, הוא בכך שבסוג הראשון חברת כוח האדם מציבה את עובדיה אצל המשתמש או המעסיק בפועל והוא מפעילם לפי צרכיו, ואילו בסוג השני הגוף החיצוני מקבל על עצמו את ביצוע הפרויקט או הספקת השירות בשלמותו, והוא אחראי לניהול העבודה ולפיקוח על ביצועה.

28 על התגברות התופעה של העסקה בלתי ישירה באמצעות קבלני כוח אדם ומיקור חוץ של שירותים ראו: אמירה גלין, "מיקור חוץ (outsourcing) – מתמקרים החוזה: ההיבט האירגוני והניהולי", ספר ברנזון (כרך שני – בני סברה, אהרן ברק וחיים ברנזון – עורכים, תש"ס) 603, בעמ' 604 (להלן – ספר ברנזון); רות בן-ישראל, "מיקור חוץ (outsourcing) מתמקרים החוזה: העסקת עובדים ע"י קבלני כוח אדם – פרשנות אחרת המרת העסקה הפורמאלית בעסקה האוטנטית", ספר ברנזון 561, בעמ' 562–564; מרדכי מירוני, "מיהו המעביד – הגדרת יחסי עובד-מעביד בתבניות העסקה מודולאריות", עיוני משפט ט (תשמ"ג) 505, בעמ' 508–509. גם הפסיקה הרבתה לעסוק בהיבטים משפטיים שונים של העסקה בלתי ישירה. ראו למשל: ע"ע (ארצי) 1189/00 לוינגר – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2000) (להלן – עניין לוינגר); תב"ע (ארצי) נה/109-2 לויין – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע כט(1) 326 (להלן – עניין לויין); ע"ע (ארצי) 273/03 שוואב – מדינת ישראל – משרד החקלאות ופיתוח הכפר (פורסם בנבו, 2006) (להלן – עניין שוואב); ע"ע (ארצי) 410/06 המוסד לביטוח לאומי – פאהום (פורסם בנבו, 2008) (להלן – עניין פאהום).

29 סעיפים 3–16, 24–33 לחוק להגברת האכיפה של דיני העבודה.

30 שם, סעיפים 25–33. ראו: דברי ההסבר להצעת חוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, תשס"ח–2008, ה"ח הממשלה 376.

31 סעיף 28 לחוק להגברת האכיפה של דיני העבודה.

צפויים לעמוד לדין פלילי.³² כמו כן הוחמרו המגבלות על התקשרות גופים ציבוריים עם קבלנים בתחום הניקיון, השמירה וההסעדה, אשר הורשעו בעברות שונות. השלישי – החוק מסדיר הקמת מנגנון של מינוי "בודקי שכר" והכשרתם.³³ הכוונה למומחים שיעסקו בבדיקת זכויות עובדים הקבועות בדין בכל הקשור לשכר ולתנאי עבודה של העובדים בפיקוח עליהן ובבקרתן.

על מזמין שירות מוטלת חובה להשתמש בשירותיו של "בודק שכר מוסמך" בכל מקרה שבו הגוף שנשכר לבצע את השירותים או לספקם מעסיק יותר מארבעה עובדים למשך חצי שנה לפחות. בודק שכר אמור לעשות בדיקות תקופתיות שתכליתן לבדוק את מידת התאמתם של תנאי העבודה הניתנים לעובד לדרישות משפט העבודה ואת ביצוע התשלומים בפועל. על סמך הבדיקות והמסמכים יוכל בודק השכר להוציא אישור תקינות, שישמש הגנה למזמין השירות או למשתמש מפני אחריות, בגין הפרות של זכויות עובדי הקבלן.

חרף הכרזתו של שר התעשייה, המסחר והתעסוקה דאז שלום שמחון בדבר היותו של החוק "בשורה אדירה לעובדים" ותקוותיו להביא ל"צמצום הפער הגדול הקיים בנושא אכיפת חוקי העבודה",³⁴ סקר של חברת "עוקץ מערכות"³⁵ שנעשה בהיקף של כ-12 אלף עובדים בחברות שמירה ואבטחה, סיעוד וניקיון, העלה שבחברות רבות העובדים עדיין אינם מקבלים תגמול כחוק. הסקר מבליט את עצמת הבעיה וחומרתה במגזרי עבודה אלו. מהסקר עולה כי חל שיפור זעיר ביותר ובלתי מורגש בשמירה על שכר המינימום, בתשלום שכר בזמן וכן בתחום קבלת תלושי שכר (בניגוד לקבלת כסף במזומן). בענף הניקיון למשל אף חלה הרעה בעניין תשלום השכר בזמן ובשמירה על שכר המינימום. אף על פי כן אין להתעלם מן העובדה כי חלף זמן מועט מכניסתו של החוק לתוקף ועד לרגע כתיבת שורות אלה. יש לשוב ולבחון בחלוף הזמן את יעילותו של החוק בפועל.

2. חוק איסור קבלת ביטחונות מעובד

חוק נוסף שחוקק לאחרונה וממחיש את מגמת המעבר של ההסדרה המפורטת של זכויות העובדים להגנה חקיקתית ספציפית במישור האינדיווידואלי, בדומה לחוק בעניין

32 שם, סעיף 31.

33 שם, סעיפים 40–42.

34 הילה ויסברג "היום יאושר חוק להגברת האכיפה בתחום עובדי הקבלן", **TheMarker** (12.12.2011) <http://www.themarker.com/career/1.1589310> (נצפה לאחרונה בדצמבר 2013).

35 חיים ביאור "סקר: גם החקיקה לא עוזרת לשכר והזכויות של העובדים החלשים", **TheMarker** (7.8.2012) www.themarker.com/career/1.1796102 (נצפה לאחרונה בנובמבר 2013).

זכות הישיבה בעבודה,³⁶ הוא חוק איסור קבלת ביטחונות מעובד.³⁷ ברור כי הצורך בחקיקת חוק מסוג זה צמח בזירה של יחסי עבודה אינדוידואליים. החוק מיועד לשמש אמצעי הגנה לעובדים כפרטים נגד תופעה שהפכה שכיחה בשנים האחרונות, שבמסגרתה מעסיקים דורשים מעובדיהם ביטחונות מסוגים שונים כדי להבטיח הישארותם בעבודה במשך תקופה מסוימת. בעקבות זאת מוצא עצמו העובד ככול למקום עבודתו ונתון לפגיעה הפועלת בשלושה מישורים: (1) בחופש הבחירה שלו; (2) בזכות היסוד שלו לחופש העיסוק; (3) בעיקרון החוזי שלפיו אין אוכפים התחייבות לביצוע שירות אישי, ובכלל זה מתן שירותי עבודה.³⁸

החוק אוסר קטגורית על קבלתן ועל מימושן של בטוחות מעובד, אם בכסף, אם בשטר או בדמות כל נכס מיטלטלין אחר. הסנקציות שנקבעו בחוק כוללות מאסר בן שישה חודשים, קנס או עיצום כספי על נושא משרה בתאגיד. לפי המסורת שהתפתחה בפסיקה מן השנים האחרונות, החוק פורש כנפיו גם על עובדי הקבלן ומטיל במקרים מסוימים חובות לא רק על קבלני פוח אדם אלא גם על המשתמש או המעסיק בפועל ועל מזמיני שירות.³⁹

3. תיקון מספר 43 לחוק בית הדין לעבודה

מעשה החקיקה השלישי הראוי לאזכור הוא **תיקון מספר 43 לחוק בית הדין לעבודה**,⁴⁰ אשר נכנס לתוקף ביוני 2012. מבין השינויים הרבים הנכללים בו נזכיר שניים: הראשון מתייחס לניסיון להתמודד עם הביקורת המלווה את מערכת בתי הדין לעבודה מאז היווסדם בכל הקשור לנציגי הציבור.⁴¹ אחד המאפיינים המיוחדים של מערכת בתי הדין לעבודה קשורה בהרכב הגוף השופט. הרכבי בתי הדין, הן האזוריים והן הארצי, כוללים פרט לשופטים מקצועיים, הממונים ככל השופטים בישראל על ידי הוועדה למינוי שופטים, נציגי ציבור המתמנים על ידי שרי המשפטים והתמ"ת על פי המלצת ארגוני העובדים והמעבידים. מאז הקמת בתי הדין לעבודה נטושה מחלוקת בדבר תרומתם, תפקידם ואופן תפקודם של נציגי הציבור. מתוך רצון להעלות את

36 חוק הזכות לעבודה בישיבה.

37 חוק איסור קבלת פיקדונות מעובד.

38 הכוונה לסעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א–1970, ס"ח 16, המונע אכיפה שמשמעותה כפייה לעשות או לקבל עבודה אישית או שירות אישי. ראו: דברי הסבר להצעת חוק איסור קבלת ביטחונות מעובד, תשס"ח–2008, ה"ח הכנסת 259.

39 לתופעה דומה בפסיקה, ראו: עב' (אזורי ת"א) 3054/04 **שמואלוב – משה פונס שרותי נקיין ואחזקה בע"מ**, בעמ' 17–24 (פורסם בנבו, 2006).

40 חוק בית הדין לעבודה (תיקון מס' 43), תשע"ב–2012, ס"ח 303.

41 גיא דוידוב ורעות בגס שמר, "נציגי ציבור בבתי הדין לעבודה: תפקידם ותרומתם הלכה למעשה", **ספר אליקה ברק-אוסוסקין** (סטפן אדלר ואחרים – עורכים, תשע"ב) 185, בעמ' 190–191.

מעמדם ורמתם המקצועית של נציגי הציבור נקבעו בתיקון לחוק הנאי כשירות, והוקמה ועדה מייעצת שתסייע לשרי המשפטים והתמ"ת בבחירת נציגי ציבור. הוועדה אף תכהן כנציבות תלונות על נציגי הציבור, ובכובעה זה תוכל להטיל אמצעי משמעת או להמליץ על השעיית נציג ציבור או על הפסקת כהונתו.⁴²

השינוי החשוב השני מתייחס לסמכויות בית הדין בסכסוכים קיבוציים. על פי סעיף 25(1) לחוק בית הדין לעבודה, סכסוכים קיבוציים בין מי שיכולים להיות צדדים להסכם קיבוצי מיוחד⁴³ הם בסמכות בתי הדין האזוריים לעבודה, וסכסוכים קיבוציים בין מי שיכולים להיות צדדים להסכם קיבוצי כללי⁴⁴ הם בסמכות בית הדין הארצי לעבודה, כערכאה ראשונה.⁴⁵ מאחר שהמעבידים הגדולים בשירות הציבורי, כגון המדינה, שירותי בריאות כללית והעיריות הגדולות, מסרבים להצטרף לארגוני מעבידים, רוב ההסכמים הקיבוציים בשירות הציבורי הם הסכמים קיבוציים מיוחדים; בדרך כלל הסכמים קיבוציים מיוחדים פלורליים.⁴⁶ לפיכך לבית הדין הארצי לעבודה אין למעשה סמכות להתערב בסכסוכי עבודה גדולים בהיקף ארצי בשירות הציבורי אלא כערכאת ערעור. בשנים האחרונות התעלם בית הדין הארצי לעבודה מן המגבלה ומצא עצמו מעורב בסכסוכי עבודה בשירות הציבורי, אשר לפי חלוקת הסמכויות הקבועה בחוק היו אמורים להתברר בבתי הדין האזוריים.⁴⁷ התיקון לחוק נועד להתמודד עם כשל זה. נשיא בית

42 סעיפים 15–15א לחוק בית הדין לעבודה (תיקון מס' 43).

43 הכוונה להסכם קיבוצי בין מעביד לבין ארגון עובדים. ראו: סעיף 2(1) לחוק הסכמים קיבוציים.

44 הכוונה להסכם קיבוצי בין ארגון מעבידים לארגון עובדים. ראו: סעיף 2(2) לחוק הסכמים קיבוציים.

45 לפיכך כדי שבית הדין הארצי לעבודה יקנה סמכות לדון בסכסוך כערכאה ראשונה, דרוש שבצד המעביד יעמוד ארגון מעבידים, להבדיל ממעביד.

46 המונח הסכם קיבוצי פלורלי מתייחס כאן למסמך שהוא הסכם קיבוצי אשר נחתם בין ארגון עובדים לבין כמה מעבידים שונים. למעשה מדובר בכמה הסכמים קיבוציים מיוחדים, בדרך כלל בנוסח זהה או כמעט זהה, המרוכזים בהסכם אחד.

47 דוגמה בולטת לכך היה הדיון בבקשה לצו מניעה במהלך שביתת ארגון המורים העל-יסודיים, אשר הוגשה על ידי המדינה בלבד. טענת ארגון המורים לחוסר סמכות נדחתה. בית הדין הארצי לעבודה התעלם מהלשון הברורה של סעיף 25(1) לחוק בית הדין לעבודה וקבע כי תכליתו של הסעיף היא להעביר סכסוכים ארציים גדולים, ובמיוחד סכסוכים הנוגעים למשק כולו, למסלול של הכרעה בערכאה העליונה. בסכסוכים כאלו חשובה המהירות, אין צורך בערעור, וחשוב שהערכאה העליונה תשמע ראיות ותוכל להציג שאלות למומחים. לדעת בית הדין, סכסוך המורים נמנה עם הסכסוכים שאליהם כוונה תכלית סעיף 25(1): הוא בעל פריסה ארצית, וההכרעה בו נוגעת לחלקים נרחבים באוכלוסייה. לפיכך הוא דורש בירור ענייני ומהיר של הערכאה העליונה. ס"ק (ארצי) 20/07 מרכז השלטון המקומי ושלוש הערים הגדולות – ארגון המורים בבתי הספר העל יסודיים בסמינרים ובמכללות, פסקה 21 לפסק דינו של הנשיא אדלר (טרם פורסם). ראו בהרחבה: מרדכי (מוטי) מירוני, "מעורבותם של המשפט ובתי-הדין בסכסוכי עבודה בשירות הציבורי – בעיות ישנות, אתגרים חדשים – בעקבות פסקי-הדין בעניין השביתה בבתי-הספר העל-יסודיים ובעניין השביתה באוניברסיטאות", משפט וממשל יד (תשע"ב) 271.

הדין הארצי לעבודה הוסמך להורות על העברת הדין בסכסוך עבודה קיבוצי בהיקף ארצי ובעל חשיבות ציבורית מבית הדין האזורי לבית הדין הארצי לעבודה.⁴⁸

ג. חידושים בפסיקה

1. כללי

למרות מכול החקיקה, וכמקובל בארצות אירופה, רוב משפט העבודה בישראל הוא פרי פסיקה, בעיקר של בית הדין הארצי לעבודה. בשנתיים האחרונות נקבעו הלכות חדשניות בכמה סוגיות שטרם נידונו במשפט העבודה, וכן היו התפתחויות ותפניות בהלכה בנושאים שמעסיקים את בתי הדין לעבודה במשך תקופה ארוכה. הסקירה מתמקדת בתקופה מעניינת במיוחד בהתפתחות יחסי העבודה ומשפט העבודה. התקופה מתאפיינת בהעלאת חשיבותו והעצמתו של משפט העבודה האינדיווידואלי ושל בית הדין לעבודה כמחבר מגילת זכויות העובד. שני פסקי הדין הפותחים את הסקירה ממחישים הן את האתגרים החדשים שעל המשפט להתמודד עמם בעולם העבודה החדש והן את תקופת בין הערביים של משפט העבודה. במסגרת תקופה זו מועברת עיקר האחריות לעיצוב חוזה העבודה מהסדרה עקיפה במסגרת האוטונומית של יחסי עבודה קיבוציים,⁴⁹ להסדרה ישירה, חיצונית וציבורית על ידי בתי הדין.

2. חידושים בפסיקה – משפט העבודה האינדיווידואלי

1. 2 נגישותה למעביד של תיבת הדואר האלקטרוני של העובד במקום העבודה עידן טכנולוגיות התקשורת והמידע מציב אתגרים ושאלות חדשות בתחומים רבים ומגוונים, ובכללם תחום יחסי העובד והמעביד. למשל: פרשת איסקוב⁵⁰ ופרשת אפיקי מים,⁵¹ אשר נידונו במאוחד, עוסקות בשאלה התקדימית והמעניינת בדבר כללי האסור והמותר החלים על העובד ועל המעביד בשימוש במחשב במקום העבודה. באופן ספציפי יותר נדונה שאלת גבולות זכותו של המעביד לחדירה לתכתובת הדואר הווירטואלית של

48 סעיף 24(ג) לחוק בית הדין לעבודה (תיקון מס' 43).
49 והחלתן של הנורמות שעוצבו בהסכמים קיבוציים על שאר העובדים באמצעות אפקט ההחצנה הכפולה של צווי הרחבה.
50 ע"ע (ארצי) 90/08 איסקוב ענבר – מדינת ישראל – הממונה על חוק עבודת נשים (פורסם בנבו, 2011) (להלן – פרשת איסקוב).
51 ע"ע (ארצי) 312/08 אפיקי מים – אגודה חקלאית שיתופית לאספקת מים בבקעת בית שאן בע"מ – פישר (פורסם בנבו, 2011).

העובד במקום העבודה ולהגשת תדפיסים שהופקו מתכתובת הדואר כראיה בהליך המשפטי.

בשתי הפרשות התמונה העובדתית המצטיירת דומה למדי. דובר בעובדים שפוטרו ממקום עבודתם, ובמהלך ההתדיינות בבית הדין, על רקע סכסוך הקשור בנסיבות הפיטורין ובחיוכים שונים בין הצדדים, הוגשו כראיה על ידי המעבידים תדפיסי תכתובת דואר אלקטרוני של העובדים. ההבדל בין שני המקרים טמון בכך שבפרשת **איסקוב** נלקחו התכתובות מתוך תיבת הדואר האלקטרוני של העובדת, אשר סופקה לה על ידי המעביד לצורכי עבודה, ואילו בפרשת **אפיקי מים** נמשכו התכתובות מתיבת דואר חיצונית-פרטית של העובד, שבה נהג להשתמש לעתים גם במסגרת שעות העבודה.

במסגרת הדיון בשאלה זו נדרש בית הדין הארצי לעבודה לערוך איוון אופקי בין זכויות העובד לזכויותיו של המעביד. מחד גיסא ניצבות זכותו של המעביד לחופש העיסוק וזכותו לקניין, וכנגזרת מאלו האוטונומיה לנהל את מפעלו כרצונו במסגרת הפררוגטיבה הניהולית שלו וחווה העבודה בין הצדדים,⁵² ומאידך גיסא ניצבת זכות העובד לפרטיות ולכבוד האדם,⁵³ וכנגזרת מכך, זכותו לביטוי האוטונומיה האישית, להגדרה עצמית ולאנונימיות. על רקע מתקל זכויות זה ערך בית הדין הבחנה מהותית בין שני סוגים עיקריים של תיבות דואר אלקטרוני העשויות לשמש את העובד במסגרת שעות העבודה – תיבה בבעלות המעסיק ותיבה פרטית.

במסגרת הסוג הראשון, קרי תיבת דואר אלקטרוני בבעלותו של המעסיק, יש להבחין בין שלושה תתי-סוגים – תיבה מקצועית, תיבה מעורבת ותיבה אישית. **תיבה מקצועית** היא תיבה וירטואלית אשר הוקצתה לעובד על ידי מעסיקו לצורכי עבודה בלבד. המעביד רשאי לאסור על עובדו את השימוש בתיבה זו לצרכיו הפרטיים. על המעסיק להקפיד כי המדיניות בעניין שימוש בתיבה המקצועית תהיה ברורה ותובא לידיעת עובדיו. בכפוף לכך רשאי המעסיק לקיים פעולות ניטור על הפעולות המבוצעות בתיבה ולחדור לנתוני התוכן המקצועיים שבה. עם זאת גם אם העובד קיים תכתובת אישית בתיבה המקצועית, בניגוד למדיניות מקום העבודה, המעסיק אינו רשאי לחדור לתכתובות אישיות של העובד אלא במקרים חריגים כגון חשש לפעילות פלילית ובכפוף להסכמה מפורשת ומדעת של העובד לחדירה לתוכני התכתובות האישיות.

שני תתי-הסוגים האחרים מתייחסים למצב שבו המעסיק מקצה לטובת עובדו תיבה שבה רשאי העובד לנהל תכתובות אישיות. תיבה זו יכולה להיות **תיבה מעורבת**, דהיינו העובד מנהל בה את ענייניו האישיים, נוסף על ההתכתובות לצורכי העבודה. לחלופין המעביד רשאי להעמיד לרשות העובד **תיבה אישית**, כלומר תיבה שתשמשו לצרכיו הפרטיים בלבד, ולא ינוהלו בה התכתובות בענייני העבודה. בכל הנוגע למעקב אחר תיבות אלה ופלישה אליהן, לשון המאזניים נוטה לזכותו של העובד לפרטיות. מעביד

52 רות בן ישראל, **דיני עבודה** (כרך א, תשס"ב) בעמ' 249.

53 סעיפים 2, 4 ו-7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150.

אינו רשאי לבצע פעולות ניטור וחדירה לתכתובותיו האישיות של העובד אלא במקרים חריגים ובכפוף להסכמת העובד.⁵⁴ דרישת ההסכמה אף היא מוחמרת במקרה זה. במקרה של תיבה מעורבת, על העובד לתת הסכמה מפורשת למדיניות הכללית של מעבידו בדבר חדירה לתיבה ולתכתובות האישיות שבה. זאת אף זאת, על העובד לתת את הסכמתו ספציפית לכל פעולת חדירה למידע אישי בתיבתו. לעומת זאת כאשר עסקינן בתיבה אישית נדרשת מהמעביד קבלת הסכמה ספציפית ומפורשת לכל פעולת ניטור או חדירה שמבוצעות כלפי כל חומר המצוי בתיבה.

סוג עיקרי שני של תיבה אלקטרונית הוא **תיבה חיצונית פרטית**. בשונה מהתיבות שהוקצו לעובד על ידי מעסיקו, מדובר בתיבה בלתי תלויה לחלוטין במעסיק או במקום העבודה, אשר נפתחה על ידי העובד ולשימושו הפרטי. ככלל, רשאי המעביד להתיר שימוש בתיבה החיצונית או הפרטית במקום העבודה. ברם נאסר על המעביד לקיים כל מעקב אחר השימוש שעושה העובד בתיבה הפרטית ולחדור אליה ולתוכני התכתובות הכלולים בה, אף אם תושג הסכמת העובד לכך. אם המעסיק סבור כי מתקיימים תנאים מיוחדים המצדיקים פעולות כגון אלה, יהיה עליו לפנות לבית הדין בבקשה לצו שיאפשר לו חיפוש ותפיסה של ראיות⁵⁵ שיכול שנמצאות בתיבה מסוג זה. בית הדין מדגיש כי יהיה ניתן לקבל צו כזה בנסיבות חריגות ביותר.⁵⁶

אם כן, בית הדין הארצי לעבודה מגדיר כמה וכמה תרחישים אשר בעזרתם הוא מעצב את כללי השימוש בתיבות דואר אלקטרוניות במקומות העבודה ואת יכולתו של המעביד לערוך מעקב אחר המתנהל בתוכן. אם מדובר בתיבות דואר אלקטרוני המכילות נתונים הרלוונטיים לעבודה, אשר לגביהן מבקש המעביד לערוך ניטור ובקרה, בית הדין אשר עוסק במלאכת איזון הזכויות נותן משקל נכבד לזכויותיו של המעביד ולפררוגטיבה הניהולית שלו. אולם כאשר התיבה מכילה מידע שעשוי להיות מידע אישי של העובד, ואם בית הדין יתרשם כי המעסיק מבקש לפלוש לענייניו הפרטיים של עובדו, לשון המאזניים תיטה נטייה חדה וברורה לזכותו של העובד לאוטונומיה ולפרטיות.

ראוי להעיר כי אנו מצויים בתקופת מעבר בנוגע להתמודדות של משפט העבודה עם סוגיה זו. בעקבות פסיקת בתי הדין האזוריים בשני המקרים, מושא הערעורים בעניין **איסקוב ואפיקי מים**, נחתם הסכם קיבוצי כללי פלורלי בין ההסתדרות הכללית החדשה (להלן – **ההסתדרות הכללית**) ובין לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים.⁵⁷ במסגרת ההסכם נקבעו עקרונות מוסכמים⁵⁸ וכללי ההתנהגות⁵⁹ בדבר שימוש העובד במחשב של

54 פרשת **איסקוב** (לעיל, הערה 50) פסקה 40 לפסק דינה של השופטת ארד.

55 צו זה מוכר בשם צו אנטון פילר.

56 פרשת **איסקוב** (לעיל, הערה 50) פסקה 50 לפסק דינה של השופטת ארד.

57 הסכם קיבוצי מס' 2008/7033 בין ההסתדרות העובדים הכללית החדשה לבין לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים בעניין עקרונות מוסכמים וכלי שימוש במחשב ובתיבות דואר אלקטרוני במקום העבודה (25.6.2008).

58 שם, סעיף 2.

המעסיק במקום העבודה. ההסכם טרם הורחב בצו הרחבה. לפיכך לפי שעה הוראותיו חלות אך ורק על המעבידים החברים בארגוני המעבידים שהם צד להסכם ועל עובדיהם של אותם מעבידים.

2.2 השימוש ברשתות חברתיות במסגרת יחסי עובד ומעביד

סוגיה נוספת שעדיין נתונה בראשיתה ונידונה בדיון המאוחד בעניין **איסקוב ואפיקי מים** היא שימוש ברשתות החברתיות במקום העבודה. שימוש ברשתות אלו, כדוגמת פייסבוק וטוויטר, הוא חלק בלתי נפרד משגרת יומו של נתח רחב מהציבור, ובכלל זה עובדים במקומות עבודתם ובמהלך שעות עבודתם. אין זה מפתיע אפוא כי שאלות הנוגעות למקומן ולשילובן של הרשתות החברתיות במסגרת יום העבודה הגיעו לפתחו של בית הדין לעבודה. בפסק הדין בעניין **איסקוב** למשל נדונה השאלה אם מותר למעסיק לחסום את גישת העובדים לאתרים מסוימים במהלך יום העבודה?

מלאכת קביעת המדיניות וכללי ההתנהגות במקום העבודה מצויה בתוך גבולותיה של הפרוגטיבה הניהולית של המעביד ונגזרת מזכותו החוקתית לקניין. דרישה לגיטימית מצד המעסיק היא כי עובדיו יקדישו את מרב זמנם לעבודה ולא יסטו ממנה לטובת הפיתויים הבלתי נדלים אשר מציעה רשת האינטרנט. מכיוון שכך, בית הדין הארצי לעבודה פסק כי המעסיק רשאי לקבוע כללים מידתיים המסדירים את שימושם של העובד ביישומי המחשב והאינטרנט בזמן העבודה. בין היתר רשאי המעביד לאסור על עובדיו שימוש באתרים מזיקים או מסיחי דעת בזמן העבודה. לצורך אכיפת כללים אלה רשאי המעביד להסתייע ביישומים שתכליתם חסימת גלישה באתרים מסיחים. בנוסף, הותרה הסתייעות בטכנולוגיות לצורך מעקב אחר השימוש שעושים העובדים במחשב במהלך שעות העבודה, בכפוף לכך שהשימוש בטכנולוגיות אלו ייעשה בהגנות, בשקיפות ובתוך שמירה על פרטיות העובדים. כמו כן המעביד נדרש להביא לידיעת עובדיו את מדיניות הארגון בנושא, לרבות את כללי השימוש במחשב ויישומיו במקום העבודה. עליו גם להעניק ביטוי מפורש ומפורט למדיניות זו בחוזה העבודה האישי ובהנחיות הפנימיות בארגון.⁶⁰

שלוש הערות בשולי פסקי הדין **איסקוב ואפיקי מים**: ראשית, מבחינה תהליכית בית הדין הארצי לעבודה ראוי להערכה על הניסיון למפות את מכלול הבעיות הדורשות הסדרה בכל הקשור לשימוש בדואר אלקטרוני וברשתות חברתיות במקום העבודה ולעצב בעניינן כללי התנהגות. ברם קריאת פסקי הדין ממחישה את הצורך לאמץ

59 שם, סעיף 3.

60 פרשת **איסקוב** (לעיל, הערה 50) פסקה 26 לפסק דינה של השופטת ארד.

במקרים כאלו תהליך דוגמת ה־Rulemaking במשפט המנהלי בארצות הברית;⁶¹ שנית, גם לאחר פסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה לא ברור מדוע טרם הוצא צו הרחבה על הוראות ההסכם הקיבוצי שנחתם בנושא; שלישית, בהיעדר כללים המסדירים את מערכת היחסים בין הוראות ההסכם הקיבוצי לבין ההלכות החדשות, פרי פסיקת בית הדין בעניין **איסקוב ואפיקי מים**, לא ברור מה הדין באותם מקרים שבהם חל ההסכם הקיבוצי.

2.3 זכויות עובד לפי חוק הפטנטים ומשפחת הזכויות הקוגנטיות

חוק הפטנטים הישראלי מקנה למעביד את זכויות הקניין על אמצאות שפותחו על ידי העובד בתקופת העסקתו, ולעתים אף לאחריה, זולת אם נקבע אחרת בהסכם שבין העובד ובין מעבידו.⁶² אמצאות אלו נקראות בחוק "אמצאות שירות". אף שלמעביד מוקנית זכות הקניין על אמצאות שירות, לעובד יש זכות לקבלת תמורה כספית בגין האמצאה. סעיף 134 לחוק הפטנטים קובע כי בהיעדר הסכם בדבר זכאות העובד לתמורה ובאילו תנאים יקבלה, התמורה תיקבע על ידי ועדה לפיציניים ותגמולים שנקבעה בחוק. לכאורה, לשון החוק אינה משאירה ספק באשר לחופש ההתקשרות ההדדי המוחלט בנושא. עם זאת בעת האחרונה הגיע לפתחו של בית המשפט העליון ערעור בעניין **בייר**,⁶³ אשר מעלה ספק בדבר קביעה או הנחה זו. המקרה נסב על פרשנותה של תניה בחוזה עבודה שלפיה ויתר התובע ויתור מוחלט כלפי מעסיקתו על כל תמורה או תמלוגים בגין אמצאות שירות, קרי אמצאות שפיתח בתקופת עבודתו ובמסגרתה. החברה שהייתה מעסיקתו של העובד נקלעה להליכי פירוק. העובד, שהיה מי שהקים את התשתית הטכנולוגית שעליה התבססה החברה ועבד בה כ־25 שנה, עתר לבית המשפט בבקשה לאפשר לו לנהל הליך בפני הוועדה לפיציניים ותגמולים שנקבעה בחוק, כדי שזו תדון בזכאותו לתמלוגים בגין אמצאותיו. בית המשפט המחוזי דחה על הסף את בקשת העובד וקבע כי בשל הסכם העבודה בין הצדדים אין לוועדה כל סמכות לדון בטענות העובד נגד החברה. העובד ערער על ההחלטה לבית המשפט העליון. בית המשפט העליון קיבל את הערעור וקבע כי ויתורו של העובד בהסכם העבודה על זכויותיו בגין אמצאות שירות אינו בהכרח חוסם בפניו את האפשרות לטעון לזכאותו לתמלוגים בפני הוועדה. בית המשפט מפנה בפסיקתו להחלטה קודמת של הוועדה

61 הכוונה לתהליך שבו בית המשפט מודיע מראש כי אגב דיון בתיק ספציפי הוא עומד לדון בכלל חשוב. לפיכך הוא מזמין את כל בעלי העניין להצטרף ולהגיש את עמדותיהם בעניין הכלל העומד לדיון. על ההבחנה בין ה־Rulemaking לבין ה־Adjudication ראו: David L. Shapiro, "The Choice of Rulemaking or Adjudication in the Development of Administrative Policy", 78 *Harv. L. Rev.* (1965) 921; Richard K. Berg, "Re-Examining Policy Procedures: The Choice Between Rulemaking and Adjudication", 38 *Admin. L. Rev.* (1986) 149.

62 סעיף 132 לחוק הפטנטים, תשכ"ז–1967, ס"ח 148.

63 רע"א 3564/12 **בייר נ' פלוראליטי בע"מ** (פורסם בנבו, 2012) (להלן – עניין **בייר**).

לפיצויים ותגמולים משנת 2010,⁶⁴ שבה נקבע כי ייתכן שזכות העובד לקבלת תמורה בגין אמצאת שירות היא זכות קוגנטית, קרי אינה ניתנת לוותר בהסכם, והיא חלק אינטגרלי ממשפט העבודה המגן.⁶⁵ הרכב הוועדה, אשר כלל דמויות משפטיות ואקדמאיות רמות דרג,⁶⁶ קבע כי הזכות לתמלוגים, להבדיל מהזכות הקניינית, אשר נתונה למעסיק, היא זכות אישית נפרדת הצומחת לעובד כלפי מעבידו, ומכאן שאין מקום להעבירה למעביד.⁶⁷

בית המשפט העליון ציין כי לשון סעיף 134 לחוק הפטנטים ניתנת לפירוש בשני אופנים. ניתן לקבוע כי הסעיף חל רק בהיעדרו של הסכם בין העובד למעבידו בדבר תמלוגים על אמצאות שירות. לחלופין ניתן לפרש את הסעיף כחל אף במקרים שבהם קיים הסכם, אך זה שולל את זכאותו של העובד לתמורה. כלומר, על פי הפרשנות האחרונה, לוועדה סמכות דיון אף שהצדדים הסדירו את סוגיית הזכאות לתמלוגים, וליתר דיוק אי-הזכאות, בחוזה העבודה.

ראוי להעיר כי אין מדובר בפסיקה מהפכנית, שכן בית המשפט העליון לא קבע קטגורית כי הסכם הכולל ויתור על תמורה הוא חסר תוקף. כל שנאמר הוא שהסכם שכזה אינו בהכרח חוסם את העובד מפנייה לוועדה שתדון במחלוקת ובכלל זאת בתוקפו של סעיף הויתור. יתרה מכך, בית המשפט העליון לא קבע כי יש להתיר לעובד להתייצב בפני הוועדה אלא פסק כי על בית המשפט המחוזי לדון לגופו של עניין בבקשתו לפתוח בהליך בפני הוועדה ולא לדחותה על הסף.

למרות זאת החלטה זו של בית המשפט העליון מתווה קו ברור השולל ממעבידים את היכולת למנוע מעובדיהם קבלת תמורה בגין השקעת מאמציהם וכוח מחשבתם מבלי שיוכלו להשמיע את תביעתם לפיצוי בפני גוף משפטי כלשהו. השלכותיה של פסיקה זו תיבחנה בחלוף הזמן. ברם אין חולק כי היא טומנת בחובה פוטנציאל לשנות סדרי עולם בכל הנוגע לזכויות עובדים בגין אמצאות שפיתחו במהלך עבודתם. בכך בית המשפט העליון מתחבר באופן מסוים לקו שהתפתח בפסיקה של בית הדין הארצי לעבודה, המנסה לעצב, לצד הזכויות הקוגנטיות, קבוצה או משפחה של זכויות מגנות.⁶⁸ בהקשר זה מעניין כי בפסיקה בעניין בייר בית המשפט העליון מכיר בכך כי קיומם של פערי כוחות בין עובד למעביד אינם מוגבלים אך ורק למקומות עבודה המשתייכים לסקטור ה-Low-tech או ה-No-tech. פערי כוחות אלו יכול שיתקיימו גם במקומות עבודה

64 החלטה של הוועדה לענייני פיצויים ותמלוגים על פי סעיף 109 לחוק הפטנטים, תשכ"ז-1967, "בקשה לקביעת תמורה בעד אמצאת שירות (בקשה לסילוק על הסף)" (3.2.2010) (להלן – החלטת ועדת הפטנטים); סעיף 134 לחוק הפטנטים.

65 עניין בייר (לעיל, הערה 63) פסקה 5 לפסק דינו של השופט זילברטל.

66 בין חברי הוועדה ניתן למצוא את פרופסור יצחק אנגלרד, לשעבר שופט בית המשפט העליון, ואת דוקטור מאיר נועם, לשעבר ראש רשות הפטנטים.

67 החלטת ועדת הפטנטים (לעיל, הערה 64) פסקה 8.

68 ע"ע (ארצי) 1504/04 אבין – מכבי שירותי בריאות, פד"ע מ' 505, בעמ' 523–524.

השייכים למגזר ההיי-טק, וגם בתעשיות אלו על בית המשפט לפעול לאיזון פערי הכוחות ולצמצומם.

2.4 סוגיית ההשבה במסגרת עקרון תום הלב החל על העובד – הטרילוגיה

באוקטובר 2011 דן בית המשפט הגבוה לצדק בעתירה שהוגשה נגד פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה בפרשת **טיברמן נ' חברת מקורות**.⁶⁹ עניין **טיברמן**, שנידון בבית הדין הארצי לעבודה,⁷⁰ עסק בסוגיה אשר מטרידה ומפלגת את בתי הדין לעבודה זה שנים רבות. הכוונה לקשר שבין חובת תום הלב, זכויות קוגנטיות ודיני ההשבה. הסיטואציה הפרובלמטית, המוכרת מתביעות רבות הנידונות בבתי הדין לעבודה, היא כדלקמן: במסגרת העסקתו הוגדר **טיברמן** בחוזה העבודה שכרת עם מקורות כקבלן עצמאי. בגין עבודתו זכה לתמורה שהייתה גבוהה בהרבה מהשכר ומהתנאים הסוציאליים שבהם היה זוכה אילו הוגדר מלכתחילה עובד. בתום ההתקשרות בין הצדדים טען **טיברמן** כי התקיימו יחסי עובד-מעביד, ומכאן שהוא זכאי לפיצויי פיטורים ולזכויות קוגנטיות נוספות הנגזרות ממעמדו כעובד מקורות במהלך תקופת עבודתו. במצב שבו בית הדין מכיר בדיעבד כי התקיימו יחסי עבודה בין הצדדים מתעוררת השאלה אם ובאיזו מידה יש לחייב את **טיברמן** בהשבת השכר העודף שקיבל. דהיינו, לחייבו להשיב את סכום הפער בין התמורה הקבלנית שקיבל בפועל בתקופה שבה הועסק במתכונת של ספק שירותים עצמאי, לבין השכר שלו היה זוכה באותה תקופה אילו הוגדר מראש – עובד.⁷¹

באותה פרשה נקבעה ההלכה הרווחת בעניין מפי נשיא בית הדין הארצי לעבודה דאז – השופט **טיב אדלר**. לפי קביעת הנשיא **אדלר**, יש לחייב את מבצע העבודה בהשבה בהתקיים שני תנאים מצטברים: האחד, שכרו כקבלן עצמאי היה גבוה בהרבה משכרו הרעיוני של עובד דומה; השני, בחוזה העבודה בין הצדדים מצויה הוראה, הידועה בכינויה "תנאי גדרון",⁷² המכירה במפורש בכך שתבצע השבה אם יוכר בדיעבד כי מבצע העבודה הוא עובד. לחלופין נדרש להוכיח כי מבצע העבודה דרש, להבדיל מבחר, כי ההתקשרות עמו תושבת על יחסי לקוח-קבלן עצמאי. במקרה זה תביעתו להכרה בו

69 בג"ץ 671/10 **מקורות חברת מים בע"מ נ' טיברמן** (פורסם בנבו, 2011) (להלן – בג"ץ **טיברמן**).

70 ע"ע (ארצי) 570/07 **טיברמן – מקורות חברת מים בע"מ** (פורסם בנבו, 2009).

71 במקרה זה שיעור ההשבה שנדרש נאמד בסכום אסטרונומי בסך 600,000 ש"ח. שם, פסקה 19 לפסק דינו של הנשיא **אדלר**.

72 על שם פסק הדין שבו נדונה לראשונה תוקפה של תניה מסוג זה. ראו: דב"ע (ארצי) מו/128-3 **גדרון – מדינת ישראל** (1987). ראוי להעיר כי מדובר בטעות שהשתרשה בפסיקה, שכן תנאי גדרון המקורי עסק אך ורק באופן חישוב הזכויות כעובד על בסיס שכר רעיוני מוסכם ולא בחובת השבה של סכומים ששולמו ביתר.

בתור עובד נגועה בחוסר תום לב ממשי, ולפיכך עליו להשיב סכומים עודפים שלהם זכה מכוח הגדרתו קבלן עצמאי.

התוצאה שאליה הגיע בית הדין היא כי טיברמן אינו מחויב בהשבת הכספים. נקבע כי אף ששכרו כקבלן עצמאי היה גבוה בכ-40% משכרו של עובד שכמותו, אין מדובר בשכר שהוא גבוה באופן ניכר. זאת אף זאת, עניין ההשבה לא הוסדר בחוזה העבודה, ואף לא הוכח כי טיברמן הוא שדרש כי יוגדר מעמדו כקבלן עצמאי.

עם זאת דעת הרוב מפני הנשיא אדלר לא התקבלה בלא התנגדויות. על פי השופט צור, הכלל הבסיסי הוא כי יש לפעול להחיל את דיני ההשבה הכלליים. עקרון ההשבה הוא אוניברסלי, מקורו בדין הכללי, ואין הוא פועל יוצא של הסדרים חוזיים פרטניים. לכן, לגישתו של השופט צור, הוא חולש על כל מערכות היחסים החוזיות, לרבות על חוזה עבודה. לפיכך הנחת היסוד היא כי על מועסק שהוכר בדיעבד כעובד להשיב למעסיקו את תשלומי ה"יתר" שקיבל כקבלן או ספק שירותים עצמאי. אולם לבית הדין נתון שיקול הדעת להפחית, משיקולי צדק או בשל נסיבות אחרות המצדיקות זאת, מהסכום ששייב העובד למעסיקו.⁷³

בטרם נדון בעתירה שהוגשה על ידי חברת מקורות נגד החלטת בית הדין הארצי לעבודה בפרשת טיברמן, זהו המקום להזכיר כי בבית הדין הארצי לעבודה מוכרת גם גישה נוספת – שלישית – אשר עלתה בדעת המיעוט של השופט פליטמן בפרשת **עברון**.⁷⁴ על פי גישה זו, ב"מקרים אפורים" שבהם לא היה ברור לצדדים מלכתחילה אם אכן מדובר ביחסי עובד-מעביד, יש לערוך חישוב בשני שלבים: בשלב הראשון יש להוסיף לשכר הרעיוני של המועסק כעובד את התמורה בגין זכויותיו מכוח דיני העבודה; בשלב השני יש לערוך השוואה בין כלל התמורה שקיבל המועסק כקבלן עצמאי לשכר הרעיוני בתוספת זכויותיו הסוציאליות כעובד. אם התמורה שקיבל כקבלן עצמאי הייתה גבוהה יותר, הוא לא יידרש להשיב כספים מכיסו. במילים אחרות, אף אם מתקיימת דרישת ההשבה, היא מוגבלת עד לשיעור קיזוז שכרו הקבלני כנגד שכרו כעובד בתוספת הזכויות. כלומר, העובד לא יידרש להשיב למעסיקו את הכספים שקיבל ביתר במסגרת מודל ההעסקה הקבלני.

חברת מקורות עתרה לבית המשפט הגבוה לצדק נגד החלטת בית הדין הארצי לעבודה כשבפיה שלוש טענות: הראשונה, כי ההכרעה שהתקבלה בפרשת **טיברמן** אינה מתיישבת עם דיני ההשבה ועשיית עושר ולא במשפט; השנייה, כי החלטתה בעניין **טיברמן** עומדת בניגוד לפסיקת בית המשפט הגבוה לצדק בעניין **יפהר**,⁷⁵ שבגדרה

73 המקורות הנורמטיביים לסמכות זו הם סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118 וסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, ס"ח 42.

74 ע"ע (ארצי) 308-08 **עברון** – **אנוש מערכות ניהול והנדסה חברה בע"מ**, פסקה 3 לפסק דינו של השופט פליטמן (פורסם בנבו, 2011).

75 בג"ץ 10931/07 **יפהר נ' בית הדין הארצי לעבודה** (פורסם בנבו, 2008).

נקבעה הלכה התואמת דווקא את דעת המיעוט של השופט צור בעניין **טיברמן**; שלישית, כי בשל חילוקי הדעות בנושא בין השופטים בבתי הדין, ובכללם בין שופטי בית הדין הארצי לעבודה, מתעורר צורך בהכרעה סופית וברורה בסוגיה שתביא לוודאות וליציבות בהלכה בנושא.

שופטי בית המשפט הגבוה לצדק, אשר דנו בעתירה, הכירו בכך שבית הדין הארצי לעבודה מדבר בקולות שונים בסוגיה, הן במישור העקרוני והן באופן יישומן של ההלכות, וכי קיימת בעיה בכל הקשור לאחדות וליציבות ההלכה בנושא חשוב זה. עם זאת נקבע כי מאחר שמדובר בנושא המצוי בליבת משפט העבודה, ראוי כי הוא ילובן ויוכרע בבית הדין הארצי לעבודה. לפיכך חרף המצב הקשה שנוצר, ומאחר שבית המשפט הגבוה לצדק אינו יושב כערכאת ערעור על החלטותיו של בית הדין הארצי לעבודה,⁷⁶ אין מקום להתערב בפסיקת בית הדין. עם זאת בגוף ההחלטה שופטי בית המשפט הגבוה לצדק מבקשים להעביר מסר ברור לבית הדין הארצי לעבודה, ולפיו עליו לפעול למיתון אי-היציבות הפסיקתית ולהגברת האחידות והבהירות בהלכה.⁷⁷

כפי הנראה קריאה זו נקלטה היטב על ידי שופטי בית הדין הארצי לעבודה. כחודשיים לאחר בג"ץ **טיברמן**, בדצמבר 2011, התקבלה החלטה נוספת של בית הדין הארצי לעבודה בנושא בעניין **רופא נ' מרקם סוכנות לביטוח בע"מ**.⁷⁸ באותו עניין עבד מר רופא כסוכן ביטוח בחברה הנתבעת. במסגרת עבודתו זכה לתמורה בסיסית שהוענקה לו בתלוש שכר שאליו התווספה מדי חודש תוספת ניכרת אשר ניתנה כנגד הצגת חשבונות והוגדרה על ידי הצדדים "תוספת עמלות". התובע, אשר סיים את עבודתו אצל הנתבעת, טען כי נאלץ להתפטר בשל הרעה מוחשית בתנאי העבודה ותבע פיצויי פיטורים, הודעה מוקדמת, דמי חופשה וזכויות נוספות כ"עובד".⁷⁹ בית הדין האזורי לעבודה קבע כי מבחינה עובדתית שררו יחסי עובד-מעביד בין רופא למעסיקתו. משכך, זכאי הוא לכל הזכויות הסוציאליות המוענקות מכוח חוקי המגן. זכויות אלו יחושבו על בסיס שכר רעיוני שהשווה לשכרה של סוכנת שביצעה עבודה מקבילה והוגדרה על ידי המעסיק עובדת. משכך, נפתח הצוהר לטענותיה של המשיבה כי על רופא להשיב את הסכומים שקיבל ביתר בשל מודל העסקה ששרר בין הצדדים. בית הדין האזורי קיבל את טענת המעסיקה וקבע כי הסכומים שלהם זכאי רופא בגין זכויותיו הסוציאליות כעובד יקוזזו כנגד חובתו להשבה. מכאן, שבסופו של דבר לא נדרשה המעסיקה לשלם לתובע דבר.

76 בג"ץ 1855/11 נחמני נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 5 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 2011).

77 בג"ץ **טיברמן** (לעיל, הערה 69) פסקה ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

78 ע"ע (ארצי) 110/10 רופא – מרקם סוכנות לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 2011).

79 שם, בעמ' 6–7.

בדין בערעור על החלטה זו בבית הדין הארצי לעבודה הדגישה השופטת דוידוב־מוטולה את הצורך בעיצוב כלל ברור בנושא, אשר יהיה עקיב וקל ליישום, ויביא לקצה את חוסר ההרמוניה בהלכה.⁸⁰ השיקולים אשר הנחו את השופטת בעיצוב הכלל נוטים ביסודם לטובתו של העובד ורואים בו מי שמצוי בעמדה מוחלשת לעומת מעסיקו. ראשית מבקשת השופטת להדגיש כי עובד המסווג בטעות כעצמאי, נושא בנזק כפול: האחד, הוא ניזוק בהיבט הכלכלי, דהיינו בשכר ובתנאים הסוציאליים, בכך שאינו זוכה להגנתם האפקטיבית של חוקי המגן; השני, נמנעות ממנו זכויות נוספות, כגון זכות השביתה וההתארגנות, ונשלל ממנו ביטחון תעסוקתי בדמות הגנה מפוטורים שלא כדין.⁸¹ שנית, השופטת מביעה חשש באשר למצב המשפטי שישרור אם יתקבל כלל גורף המבקש להתבסס על נקודת מוצא שלפיה קבלן עצמאי שיוכר בדיעבד כעובד יחויב בהשבת כספים. כלל זה יוביל למצב בלתי רצוי שייווצר בו תמריץ שלילי לאלו המועסקים כקבלנים עצמאיים להגיש תביעה להכרה בהם בדיעבד כעובדים גם כאשר תביעותיהם מוצדקות ואינן חשודות בחוסר תום לב.⁸² שלישית, לדעת השופטת, דינו של הסכם המגדיר עובד "קבלן עצמאי" אינו בהכרח להתבטל. מכאן עולה כי במקרים אלו לא קמה חובת השבה אוטומטית. נהפוך הוא, הכרה בבטלותו של הסכם שכזה תפרוס "רשת ביטחון" למעסיקים המבקשים להתנות על זכויות קוגנטיות של עובדיהם.⁸³

על רקע שיקולים אלה מעצב בית הדין הארצי לעבודה כלל המגביל במידה ניכרת את דרישת ההשבה של מעסיקים. הכלל שנקבע הוא כי עובד אשר הוגדר בשגגה קבלן עצמאי זכאי לכל הזכויות הכספיות הקמות לו מכוח חקיקת המגן. הסכומים שלהם זכאי העובד ייקבעו על בסיס שכר רעיוני שלו זוכה עובד בתפקיד דומה ולא על פי השכר הקבלני שקיבל בפועל. מסכומים אלה יהא אי אפשר לקזז כספים ששולמו לעובד ביתר בשל הפער בין השכר הקבלני שקיבל העובד לשכר הרעיוני שנקבע בשבילו בדיעבד על ידי בית הדין.

לכלל זה, השומט למעשה את הקרקע מתחת לרגליה של דרישת ההשבה, הוגדר סייג מצומצם. למעביד קמה הזכות לדרוש כי יושב הפער בין התמורה הקבלנית לשכר העובד הרעיוני במקרים שבהם ישתכנע בית הדין כי תביעת המועסק להכרה כעובד נגועה בחוסר תום לב קיצוני. בית הדין מכוון לאותם מקרים שבהם יוכח כי כל מבוקשו של התובע הוא ניצול של רעיון הקוגנטיות לשם הפקת תועלת כלכלית מחקיקת העבודה. לצורך בחינת חוסר תום לבו של התובע נקבעו שני מבחני עזר מצטברים: הראשון – קיומו של הפרש ניכר ומשמעותי בין התמורה שלה זכה המועסק בשל הגדרתו "עצמאי"

80 שם, בעמ' 20.

81 שם, בעמ' 25.

82 שם, בעמ' 27.

83 שם, בעמ' 31.

לבין השכר הרעיוני כעובד.⁸⁴ השני – הבחירה במתכונת התקשרות קבלנית הייתה מיזמתו של המועסק, בין שהוצבה לפניו אפשרות העסקה כעובד בשכר נמוך יותר ובין שדרש זאת טרם מועד ההתקשרות. באשר ל"תנאי גדרון", שאליו התייחס הנשיא אדלר בפרשת טיברמן כתנאי אקוטי לצורך ביסוסה של דרישת השבה, בית הדין קובע כי אין לייחס לקיומו חשיבות מכרעת. תרומתו מצטמצמת לכך שעובדת קיומו יכולה להעיד כי הוצבה בפני המועסק אפשרות בחירה בין העסקה כעובד למודל העסקה קבלני. לגופו של עניין, בית הדין הארצי לעבודה הפך את החלטת בית הדין האזורי וקבע כי המעסיקה אינה רשאית לקזז מהתשלומים ששולמו למר רופא מכוח זכויותיו הקוגנטיות כעובד את התמורה ששולמה לו ביתר כמועסק עצמאי. במילים אחרות, בית הדין פסק כי לא קמה לרופא חובת השבה.

מי ששיער כי פסק הדין בעניין רופא יביא מרפא לחוסר היציבות ולהיעדר אמירה אחידה של ההלכה בסוגיית תום הלב וההשבה וייקבע כלל משפטי הרמוני וברור, עמד על טעותו במהרה. כשלושה חודשים לאחר הדיון בעניין רופא שבה סוגיית תום הלב וההשבה לשולחנו של בית הדין הארצי לעבודה בפרשת רבזין.⁸⁵ בעניין זה הועסק רבזין על ידי בנק לאומי כמנתח מערכות מחשוב בשתי תקופות נפרדות. במהלך התקופה הראשונה הועסק כעובד שכיר ובתקופה השנייה כספק שירותים עצמאי על בסיס תמורה שעתית, שהייתה גבוהה מאוד יחסית לשכר העובדים שכמותו. כעבור שבע שנים מיום שהחל רבזין להעניק את שירותיו לבנק במסגרת מודל העסקה קבלני, התבקש לחתום על נוסח מעודכן של הסכם למתן שירותים. התובע סירב לחתום על ההסכם המעודכן בטענה כי הועסק בבנק כעובד. בתגובה הציע הבנק להגדירו עובד באופן רטרואקטיבי מיום תחילת העסקתו כקבלן שירותים לפי שכר שהיה נמוך מן התמורה שקיבל כספק שירותים עצמאי. סיום קשרי העבודה בין הצדדים הגיע בשל סירובו של רבזין להצעה זו ודרישתו כי שכרו השעתי כעובד יהא זהה לתמורה השעתית שקיבל כקבלן עצמאי. עם תום ההתקשרות תבע רבזין תשלום מכוח כמה וכמה זכויות הנובעות לטענתו ממעמדו כעובד הבנק. בית הדין האזורי לעבודה דחה את תביעתו של רבזין בנימוק כי לא התקיימו בינו לבין הבנק יחסי עובד-מעביד.

בדיון הערעור קבע בית הדין הארצי לעבודה בדעת רוב כי בית הדין האזורי צדק בפסיקתו שלא התקיימו יחסי עבודה בין הצדדים. בכך לכאורה מתייתר דיון בסוגיית ההשבה ותום לבו של העובד. ברם שופטי בית הדין הארצי לעבודה בחרו שלא להתעלם מההזדמנות אשר נקרתה בדרכם לשוב ולהעלות את הסוגיה הסבוכה. החשובה לענייננו היא פסיקתו של השופט צור, אשר כתב את דעת הרוב. בחוות דעתו ניתן להצביע על שתי נקודות מעניינות.

84 נקבע בפסק הדין כי לצורך הוכחת חוסר תום לב קיצוני בקרב המועסק יידרש להוכיח כי התמורה הקבלנית הייתה לכל הפחות 150% מהשכר כעובד. שם, בעמ' 36.

85 ע"ע (ארצי) 10-09-1997 רבזין – בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 2012).

הראשונה, על פי השופט צור, חוסר תום הלב של התובע בדרישתו להכרה כעובד מצטרף כמבחן סובייקטיבי, לצד המבחנים האובייקטיביים, כבסיס להחלטה בעניין הסטטוס.⁸⁶ רוצה לומר, ייתכנו מקרים שבהם גם אם המבחנים האובייקטיביים לכינונם של יחסי עובד-מעביד יעידו כי אכן התקיימו יחסים אלו, יקבע בית הדין כי אין זה ראוי להכיר בתובע כעובד, וזאת בשל חוסר תום הלב הקיצוני הגלום בתביעתו, המתנכרת במובהק למערכת היחסים שסוכמה והונהגה עם מעסיקו. בכך מנטרל השופט צור את תביעתו של העובד לזכויות מכוח משפט העבודה הקוגנטי מכיוון שונה ובלתי צפוי. במקום לקבוע כי על העובד להשיב בדיעבד את התמורה העודפת ששולמה לו בשל היותו עצמאי, ומכאן לקבוע כי הסכומים שלהם הוא זכאי מכוח חוקי העבודה מקוויזים ולמעשה אינו זוכה לכל סעד, מסכל השופט את תביעתו של המועסק על הסף. זאת, באמצעות קביעה נורמטיבית שלפיה בגלל חוסר תום לבו אין זה ראוי להכיר בו כעובד, גם אם הסממנים האובייקטיביים מורים אחרת, ולפיכך אין הוא זכאי מלכתחילה לזכויות מכוח משפט העבודה המגן.

השנייה, אליבא דשופט צור, אף אם בית הדין היה קובע כי מעמדו של רבזין היה כשל עובד, הרי שהיה עליו להשיב את הכספים שקיבל ביתר כמועסק עצמאי.⁸⁷ קביעה זו לא לוותה בדיון ממצה בדבר הגישות והמבחנים האחרים אשר נדונו בפסיקה. השופט צור הסתפק באמירה כי במקרה זה קמה על רבזין, באופן תאורטי, חובת השבה הן לפי הגישה ה"מצומצמת" והן על פי הגישה ה"מרחיבה" שהותו בפסיקה.

השופטים רבינוביץ וורבנר, אשר ישבו במושב הדין בעניין רבזין, הגיעו למסקנה כי במקרה זה התקיימו יחסי עבודה בין הצדדים. עם זאת שניהם פסקו כי כל הסכומים שלהם זכאי רבזין מכוח היותו עובד יקוּזו כנגד חובתו להשיב את התמורה שקיבל ביתר כקבלן עצמאי. בין נימוקיהם לפסיקתם מצוין כי שכרו של רבזין כספק שירותים גבוה בכ-150% מהתמורה שהיה מקבל כשכיר,⁸⁸ וכי ניתנה לו בדיעבד האפשרות לעבוד כשכיר בשכר צנוע יותר, שלה סרב. לכן יש לראות בו מי שהעדיף לעבוד כעצמאי⁸⁹ ולקבוע כי דרישתו שיוכר כעובד, לאחר שנים רבות שבהן ניצל היטב את מעמדו כנותן שירותים, היא חסרת תום לב.⁹⁰ שני השופטים אינם מבקשים לסתור את אשר נפסק בעניין רופא⁹¹ אף שהם מגיעים לתוצאה הפוכה מזו אשר נקבעה בהלכה המוקדמת. לגישתם, גם על פי תנאיה של הלכת רופא, במקרה זה יש לערוך קיזוז ביו חיובי הצדדים. אולם לנוכח תוצאה זו מותר לתהות אם נקודת המוצא ותפיסת העולם של השופטים בפרשת רבזין באשר לסוגיית תום הלב וההשבה זהה לזו שהותוותה על ידי השופטת דוידוב-מוטולה בעניין רופא.

86 שם, פסקה 15–16 לפסק דינו של השופט צור.

87 שם, פסקה 19 לפסק דינו של השופט צור.

88 שם, פסקה 21 לפסק דינו של השופט רבינוביץ.

89 שם, פסקה 20 לפסק דינו של השופט רבינוביץ.

90 שם, פסקה 19 לפסק דינה של השופטת ורבנר.

91 שם, פסקה 30 לפסק דינה של השופטת ורבנר.

נראה כי גם לאחר הטרילוגיה מידת הרזולוציה הבלתי מספיקה של הפסיקה בנושא תום לב, קוגנטיות והשבה מותרת סוגיות רבות בלתי פתורות.⁹² זאת ועוד, הדיון בנושא, בעיקר בפסקי הדין בעניין **טיברמן ורופא**, חושף חוט שני העובר ביניהם לבין פסק הדין בעניין **בייר**. בשלושת פסקי הדין מתעורר מתח בדבר מיקום מרכז הכובד של הדיון המשפטי – האם הוא מתנהל בזירת הדין הכללי (דיני הפטנטים, דיני החוזים ועשיית עושר ולא במשפט) או שמא בזירה של עולם העבודה ובפרדיגמות הייחודיות לו, אשר נובעות מתפיסה ערכית ותמונת עולם ייחודית באשר למאזן הכוחות בין העובד לבין המעביד? בסופו של דבר מדובר בסוגיה שאינה רק נוכחת קבועה באולמות בתי הדין לעבודה ובעלת השלכות כספיות כבדות אלא גם עוסקת בנושא רב-ממדי ומורכב משפטית, שבו מתנגשות תפיסות חברתיות ומשפטיות שונות. לפיכך ימים יגידו אם ניתן בכל זאת להביא את הספינה המיטלטלת של ההלכה בנושא תום הלב, הקוגנטיות, הקיזוז וההשבה אל חוף מבטחים.

2.5 הפליה על בסיס מגדר במקום העבודה

בפרשת **גורן נ' הום סנטר**,⁹³ אשר נדונה בבית המשפט הגבוה לצדק, עלו לדיון שתי שאלות חשובות הרלוונטיות לסוגיית ההפליה בשכר על בסיס מגדרי. הראשונה היא אם הוכחת פער בשכר בין עובדת לעובד בגין עבודה שווה באותו מקום עבודה יכולה לבסס אוטומטית עילת תביעה לפי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד⁹⁴ (להלן – חוק שכר שווה) וגם עילת תביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (להלן – חוק שוויון הזדמנויות).⁹⁵ הצורך באבחון העילות ובתיחומן נובע מהתרופה המשפטית השונה אשר מצמיחה כל אחת מהן לתובע. חוק שכר שווה מעמיד בידי העובדת דרישה לתשלום הפרשי שכר. לעומת זאת חוק שוויון הזדמנויות טומן בחובו זכות לתרופה של פיצויים ללא הוכחת נזק.⁹⁶

טענתה של התובעת בפרשת גורן הייתה כי שכרה נמוך בכ-35% משכר גבר העובד בחברה בתפקיד זהה. לשיטתה של התובעת, די בנתון זה כדי להקים לה תרופה הן מכוח חוק שכר שווה והן מכוחו של חוק שוויון הזדמנויות. טענתה זו התקבלה בבית הדין האזורי לעבודה. אולם בית הדין הארצי לעבודה הפך את ההחלטה ופסק כי התובעת

92 למשל: כיצד ייקבע בדיעבד השכר הרעיוני או החלופי, בהיעדר התניה מוקדמת במפורש או על ידי התנהגות? באילו מקרים יורה בית הדין על שימוש בשכר הקבלני כבסיס לחישוב הזכויות כעובד? ראו: ע"ע (ארצי) 133/99 רפיק – מתכת סדום תעשיות (1989) בע"מ, פד"ע לח 223.

93 בג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ (פורסם בנבו, 2012) (להלן – עניין גורן).

94 חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו–1996, ס"ח 230.

95 חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח–1988, ס"ח 38.

96 סעיף 10 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. בית המשפט רשאי לקבוע פיצויים עד סך 120,000 ש"ח.

הוכיחה את זכאותה לתשלום הפרשי שכר אך אינה זכאית לפיצויים הקבועים בחוק שוויון הזדמנויות, שכן מדובר בעילה נפרדת אשר אינה קמה "אוטומטית" עם הוכחת העילה בחוק שכר שווה. התובעת עתרה לבית המשפט הגבוה לצדק נגד קביעה זו של בית הדין הארצי לעבודה.

בית המשפט הגבוה לצדק ציין כי תכליתו של חוק שכר שווה היא להתמודד במישרין עם אחד מביטוייה הנפוצים ביותר של הפליה בשוק העבודה – הפליית שכר בין גברים לנשים. ייחודיותו של חוק זה היא בהטלתו על התובע נטל הוכחה מרוכך.⁹⁷ החוק קובע חזקה חלוטה שלפיה הפרשים בשכר בין עובד לעובדת המבצעים עבודה זהה מעידים על הפליה מגדרית.⁹⁸ במצב דברים זה נטל ההוכחה עובר למעביד, וזה נדרש להוכיח כי קיימת הצדקה עניינית להפרשי השכר.⁹⁹

לעומת זאת מטרתו של חוק שוויון הזדמנויות היא התמודדות עם סוגים שונים ומגוונים של הפליה כלפי עובדים המשתייכים לקבוצות אוכלוסייה אשר מעמדן ביחס למעבידים מוחלש מעצם טבעו.¹⁰⁰ חוק זה חולש גם על הפליה בעבודה על רקע מגדרי. אולם תחולתו רחבה מכך ולוכדת במצודתה גם הפליה על רקע דת, גזע, העדפה מינית ועוד. אולם באותה עת נטל ההוכחה המוטל על כתפי הטוען במסגרת חוק שוויון הזדמנויות כבד מזה המוטל בחוק שכר שווה. דרישת חוק שוויון הזדמנויות היא שהעובד יצביע על שיקול אסור¹⁰¹ שאותו שקל מעבידו ושעל בסיסו הפלה בין העובד התובע לעובדים אחרים המועסקים על ידיו.¹⁰² במילים אחרות, כדי שיועבר נטל ההוכחה אל המעביד אין העובד נדרש להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין השיקול האסור של המעביד לבין ההחלטה שקיבל. הדרך להעברת נטל ההוכחה אל המעביד, אשר נדרש להוכיח כי לא הפלה על רקע פסול, שהיא כה אופיינית לחוק שכר שווה, חלה בצורה מוגבלת בלבד בחוק שוויון הזדמנויות.¹⁰³ הכוונה למקרים שבהם דורש המעביד, לצורך קבלה לעבודה או קידום, עמידה בתנאים ובכישורים מסוימים, ואילו העובד הטוען כי הופלה יוכיח כי התקיימו בו תנאים אלה.¹⁰⁴

על רקע השוני בתכליות שני החוקים ובשל השוני במבחנים שנקבעו בהם לשם הוכחות הפליה נקבע כי הוכחת עילה לפי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד אינה מבססת

- 97 עניין גורן (לעיל, הערה 93) פסקה 15 לפסק דינה של הנשיאה בדימוס ביניש.
 98 שם, פסקה 14 לפסק דינה של הנשיאה בדימוס ביניש.
 99 שיקולים אשר מצדיקים הפרשי שכר מופיעים בסעיף 6(א) לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד. מצוין כי הפרשי שכר הם לגיטימיים כאשר אופי העבודה ומהותה, תפוקת העבודה, איכותה, ותק העובד, השכלתו והכשרתו מחייבים זאת. מדובר באינדיקציות אפשריות המצדיקות הפרשי השכר, ואין מדובר ברשימה סגורה.
 100 עניין גורן (לעיל, הערה 93) פסקה 15 לפסק דינה של הנשיאה בדימוס ביניש.
 101 רשימת השיקולים אשר אסור על מעביד להפלות על בסיסם מופיע בסעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.
 102 עניין גורן (לעיל, הערה 93) פסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה בדימוס ביניש.
 103 סעיף 9 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.
 104 עניין גורן (לעיל, הערה 93) פסקה 21 לפסק דינה של הנשיאה בדימוס ביניש.

בה בעת עילת תביעה גם לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה.¹⁰⁵ על אף קביעה זו מצא בית המשפט הגבוה לצדק ציר המקשר בין עילות התביעה בשני החוקים. הנשיאה בדימוס ביניש קבעה כי אם עובדת הצליחה לבסס עילת תביעה מכוח חוק שכר שווה, ישפיע הדבר על תביעתה במסגרת חוק שוויון הזדמנויות. ההשפעה תתבטא בכך שנטל ההוכחה, המוטל במצב העניינים הרגיל על כתפיה, יעבור אל המעביד, אשר יתבקש לשכנע את בית הדין כי הפרשי השכר נעשו שלא על רקע מפלה.¹⁰⁶ לשון אחרת, עמידת תובע בתנאיה המרוככים של העילה בחוק שכר שווה היא עליית מדרגה בדרך להוכחת העילה בחוק שוויון הזדמנויות. עלייה זו לא תביא מיד להתממשותה של העילה בחוק שוויון הזדמנויות, אך תביא להקלת נטל ההוכחה הנוקשה המוטל במסגרתה ולהעברתו לכתפי המעביד. בית המשפט הגבוה לצדק פסק כי במקרה דנן עלה בידי גורן להוכיח את עילת התביעה מכוח חוק שכר שווה. משכך, עובר נטל ההוכחה להיעדר הפליה על פי חוק שוויון הזדמנויות להוּם-סנטר.

השאלה השנייה שהתעוררה בפסק הדין היא אם מעביד אשר מוכיח כי השכר שנקבע לעובדת הוא פרי משא ומתן בין הצדדים, עומד בנטל ההוכחה בתביעה המוגשת נגדו לפי חוק שוויון הזדמנויות. ככלל, התשובה לשאלה זו היא חיובית. אולם בית המשפט מסייג זאת בשניים: ראשית, יש לבחון אם במשא ומתן לקביעת השכר בין הצדדים ניתן ביטוי לנחיתותה המובנית של העובדת ואם נתון זה נשקל. שנית, ככל שפערי השכר בין העובד לעובדת ניכרים יותר, כך יוכבד הנטל על המעביד להוכיח כי מין העובדת לא שימש שיקול לקביעת שכרה.¹⁰⁷ לסיכום, בית המשפט הגבוה לצדק ער לכך כי פערים במיומנות המיקוח או המשא ומתן בין עובדים שונים עלולים להביא לפערי שכר ביניהם. אולם ככל שפערי השכר מתעצמים, כך יקשה על המעביד לטעון שאלו נובעים מניהול לא מוצלח של המשא ומתן מצד העובד המופלה, וסביר כי בבסיסם שיקולים האסורים לפי חוק שוויון הזדמנויות.

2.6 העסקה בלתי ישירה או משולשת

2.6.1 השוואת תנאים

כידוע, בשני העשורים האחרונים הרבו בתי הדין לעבודה,¹⁰⁸ כמו גם המחוקק,¹⁰⁹ לעסוק בהיבטים שונים של תופעת העסקה הבלתי ישירה או העסקה המשולשת.

105 שם, פסקה 20 לפסק דינה של הנשיאה בדימוס ביניש.

106 שם, פסקה 23 לפסק דינה של הנשיאה בדימוס ביניש.

107 שם, פסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה בדימוס ביניש.

108 ראו לדוגמה: עניין לוי (לעיל, הערה 28); עניין שוואב (לעיל, הערה 28); עניין לוינגר (לעיל, הערה 28).

109 ראו: חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, תשנ"ו–1996, ס"ח 201 והתיקונים שהוכנסו בו במשך השנים ובעיקר חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם (תיקון מס')

מעורבות מוגברת זו של הרשות השופטת והמחוקקת אינה מפתיעה משום ששיעור המועסקים באמצעות קבלני כוח אדם בישראל הוא הגבוה ביותר מבין מדינות המערב,¹¹⁰ ושיעור המועסקים בהעסקה בלתי ישירה במשרדי ממשלה הוא כ-20%.¹¹¹ רוב הפסיקה בנושא התמקדה בשאלת זיהוי המעביד. אולם בשנה החולפת נוסף נדבך חשוב לפסיקה במסגרת גלגול נוסף בהתדיינות בעניין **גולדברג נ' אורטל**.¹¹² שני פסקי הדין עוסקים בקבוצת מאבטחים אשר הועסקו על ידי חברת כוח האדם אורטל והוצבו מטעמה במפעליה של התעשייה האווירית. המאבטחים הגישו תביעה, מכוח חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, להשוואת תנאי עבודתם לתנאים שלהם זוכים עובדי התעשייה האווירית.¹¹³ במסגרת הגלגול הראשון קבע בית הדין הארצי לעבודה בפסק דין מנומק כי על אורטל להשוות את תנאיהם של התובעים לאלו של עובדי התעשייה האווירית.¹¹⁴ בגלגול השני של הפרשה התבקש בית הדין להכריע בשאלת "קבוצת ההשוואה" המתאימה, דהיינו מהו סקטור העובדים בתעשייה האווירית אשר לתנאי העסקתם יושוו תנאי המאבטחים. בית הדין האזורי קבע כי אין בתעשייה האווירית קבוצת עובדים שאליה ניתן להשוות את תנאי ההעסקה של המאבטחים. המשמעות האופרטיבית של פסיקה זו הייתה כי המאבטחים אינם זכאים להשוואת תנאים.¹¹⁵ על פסיקה זו הוגש ערעור.

פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה מתווה עקרונות וכללים מפורטים לצורך הגדרת "יחידת ההשוואה" ומנסה ליתן מענה למצבים ספציפיים העלולים לעורר קושי ביישום ההוראה בדבר השוואת תנאים. בית הדין הארצי לעבודה השיב את הדיון לערכאה האזורית כדי שתדון בקבוצת ההשוואה הרלוונטית בתעשייה האווירית לאור הכללים החדשים שהותוו. העקרונות והכללים שנקבעו מובאים להלן:

- (2), תש"ס-2000, ס"ח 247. כמו כן המחוקק נדרש לסוגיה גם בחוקים נוספים. ראו לדוגמה: סעיפים 25-33 לחוק להגברת האכיפה של דיני העבודה; סעיף 6א לחוק שכר מינימום, תשמ"ז-1987.
- 110 יונתן פרמינגר "קבלני כוח אדם בישראל: האינטרסים של הממשלה בהתפתחותו של שוק עבודה דואלי" **המרחב הציבורי** ד (תש"ס) 131, בעמ' 134.
- 111 ראו: מיכל טביביאן מזרחי **העסקת עובדי קבלן ונותני שירותים מן החוץ במשרדי הממשלה** (הכנסת – מרכז מחקר ומידע, 23.7.2007), בעמ' 1. [www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/] m01826.pdf.
- 112 ע"ע (ארצי) 14274-10-10 **גולדברג – אורטל שירותי כוח אדם בע"מ** (פורסם בנבו, 2011) (להלן – עניין **אורטל השני**).
- 113 סעיף 13(א) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.
- 114 ע"ע (ארצי) 131/07 **גולדברג – אורטל שירותי כח אדם בע"מ**, פסקה 22 לפסק דינו של הנשיא סטיב אדלר (פורסם בנבו, 2009) (להלן – עניין **אורטל הראשון**).
- 115 עניין **אורטל השני** (לעיל, הערה 112) פסקה 8 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

(1) יש לבחון את דרך קביעת השכר ותנאי ההעסקה הכלליים אצל המעסיק הרלוונטי בחינה אובייקטיבית-מהותית. הכוונה לתנאים אשר מוענקים לכלל עובדיו ללא תלות בתפקידם. כך למשל יש לבחון אילו הסכמים והסדרים קיבוציים חלים במפעל, ואם קיימים תנאי עבודה כלליים כגון ביגוד, הפרשות לקרן השתלמות וכדומה. מטרת בחינה ראשונית זו היא לגבש סל זכויות כללי אשר היה מוענק לעובד קבלן כוח האדם בכל מקרה, אילו נקלט כעובד המעסיקה באותה נקודת זמן.

(2) יש לנסות ולאתר קבוצת עובדים בקרב המעסיקה אשר תשמש קבוצת השוואה רלוונטית לעובדי קבלן כוח האדם. הדרישה אינה לאיתור קבוצה המבצעת עבודה זהה. גם אם במקום העבודה אין מועסקים עובדים באותו התפקיד, אין לסתום את הגולל על הדרישה להשוואת תנאים, אלא יש לאתר מגזר דומה ככל הניתן מבחינת מהות המשרה ומאפייני ההעסקה. אולם בעת איתור קבוצת העובדים המתאימה יש לנקוט משנה זהירות שלא להחיל על עובדי קבלן כוח האדם את תנאיהם של עובדים בעלי מאפייני העסקה שונים.

(3) אם לא אותר סקטור עובדים דומה, יש להמשיך את החיפוש ולתור אחר הסקטור הקרוב ביותר לעובדי קבלן כוח האדם מבחינת מאפייני העבודה.

(4) השוואת תנאים תהיה לפי תנאי העבודה של עובדים המועסקים בפועל במקום העבודה, בתקופת הזמן הרלוונטית לתביעה. השוואה לתנאי העסקה בתקופת זמן אחרות אינה רלוונטית. עם זאת היא עשויה לשמש אינדיקציה לתנאי העבודה שהיו ניתנים לעובדי קבלן כוח האדם בתקופה שבה הוגשה התביעה.

(5) לא נמצא בקרב המעסיק סקטור עובדים זהה, דומה או קרוב, יש לשוב לסל הזכויות הכלליות שאותרו בשלב הראשון של הבחינה ולבדוק אם זכויות ותנאים אלה משפרים את מצבו של העובד לעומת התנאים שלהם זכה כעובד קבלן כוח אדם. אם התשובה חיובית, יזכה העובד להשוואה לתנאים אלו.

כידוע, עד הוצאת צו ההרחבה להוראות ההסכם הקיבוצי הכללי-פלורלי¹¹⁶ של קבלני כוח האדם¹¹⁷ חלה הדרישה להשוואת תנאים על כלל העובדים שהועסקו על ידי קבלני כוח אדם בישראל, למעט בתחום המחשוב. מאז הוצאת צו ההרחבה חלה ההוראה על עובדים המועסקים על ידי קבלני כוח אדם שאינם חברים בארגוני המעבידים בעלי ההסכם.¹¹⁸ לפי פסק הדין אורטל הראשון,¹¹⁹ ההחרגה מחובת השוואת תנאים, מכוח ההסכם הקיבוצי שהורחב, חלה אך ורק על עובדים המועסקים בהעסקה זמנית או

116 המונח הסכם קיבוצי כללי פלורלי מתייחס לאגד של הסכמים קיבוציים כלליים שנחתמים במסמך אחד. בדרך כלל מסמך כזה נחתם בין ארגון עובדים לכמה ארגוני מעבידים. המיוחד להסכם בענף חברות כוח האדם שהוא נחתם בין שני ארגוני עובדים, מצד אחד, לבין שני ארגוני מעבידים, מצד אחר.

117 ראו: צו הרחבה בענף אספקת שירותי כח אדם, תשע"ד–2004, י"פ תשע"ד 3872.

118 סעיף 13(ג) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

119 עניין אורטל הראשון (לעיל, הערה 114).

תקופתית. אף על פי כן הדעה הרווחת היא שברוב המקרים של המקרים לא מילאו קבלני כוח האדם את החובה להשוואת תנאים לפי הוראות החוק בנוגע לעובדיהם, והיא נותרה כזכות עלי ספר בלבד. בפועל מיעטו עובדי קבלני כוח אדם לתבוע את זכויותיהם להשוואת תנאים. אם וככל שהדבר נבע מהיעדרן של הגדרות אופרטיביות באשר לדרך שבה יש לבצע את השוואת התנאים, הרי שבא בית הדין הארצי לעבודה ובאמצעות חקיקה שיפוטית מילא את החלל שהותיר המחוקק. כל שנותר הוא לבחון אם התוויית הדרך לביצוע ההשוואה והסרת המכשול של היעדר סקטור דומה בקרב עובדי המשתמש (המעסיק בפועל) יביאו לשינוי מגמה.

2.6.2 מיהו המעביד?

מבין שלל המקרים שבהם נידונה לאחרונה שאלת זיהוי המעביד במערכת יחסי עבודה משולשים נזכיר שניים: הראשון הוא פרשת **יצחק חסידים**.¹²⁰ פסק דין זה דן בעובד שהועסק במשך תקופה ארוכה כמתכנת מחשוב בעיריית ירושלים במסגרת העסקה בלתי ישירה, ובפועל הייתה מעסיקתו "החברה לאוטומציה". כאשר עיריית ירושלים הודיעה כי לא תוכל להמשיך להחזיקו בתפקיד, הגיע העובד להסכם פרישה מרצון עם החברה לאוטומציה שבמסגרתו זכה לפיצויי פיטורים מוגדלים. אולם העובד לא הסתפק בכך והגיש תביעה בדרישה כי יוכר כעובד עיריית ירושלים במשך כל תקופת העסקתו, וכי ישולמו לו הזכויות מכוח חוקי המגן. העובד טען כי מתקיימים במקרה זה כל המבחנים המקובלים לזיהוי מעביד בפסיקה, לרבות מבחני **כפר רות**,¹²¹ ומבחנים אלו מעידים שהיה עובד עיריית ירושלים.

כזכור, פסק הדין בעניין **כפר רות** הכניס שני שינויים בפסיקה: האחד – נקבעה חזקה הניתנת לסתירה, ולפיה המשתמש או המעסיק בפועל אשר במסגרת עסקו או מפעלו מבוצעת העבודה, הוא המעביד, אלא אם קיימת התקשרות משולשת אותנטית בתום לב;¹²² השני – נקבעו שנים-עשר מבחנים, אשר רובם אומצו בהתאמה מן הפסיקה בנושא ההבחנה בין עובד לקבלן עצמאי, בעיקר מבחן ההשתלבות, הפיקוח והארגון, ובהם למי הבעלות על הציוד, מי נותן הוראות ביצוע, בידי מי מסורות פונקציות הפיקוח, הניהול וקביעת סדרי העבודה. הקו המשותף המאפיין את המבחנים שהתווספו הוא שהם הולכים מעבר להיבטי ההתקשרות ומתמקדים במעורבות בהעסקה בפועל תוך התייחסות לאופן הביצוע והניהול היום-יומי של העבודה.

השופטת דוידוב-מוטולה, אשר כתבה את פסק הדין בפרשת **יצחק חסידים**, עוטה לבוש ממתן על ההלכות שנקבעו בעניין **כפר רות**. השופטת קבעה בפסק דינה¹²³ כי אין

120 ע"ע (ארצי) 478/09 **חסידים** – עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 2011) (להלן – פרשת **חסידים**).

121 דב"ע (ארצי) נב/3-142 **אלהרינא** – **כפר רות**, פד"ע כד(1) 535 (להלן – עניין **כפר רות**).

122 שם, פסקה 16 לפסק דינה של השופטת פורת.

123 פרשת **חסידים** (לעיל, הערה 120) פסקה 24 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

עוד תוקף לחזקה הניתנת לסתירה שנקבעה בעניין **כפר רות**. ברם אין המשמעות כי קיימת חזקה הפוכה שלפיה חברת מיקור החוץ¹²⁴ היא המעסיקה. עם זאת תיוותר על כנה דרך הבחינה לזיהוי המעביד שהותוותה בעניין **כפר רות**, התרה אחר סממנים או תבחינים בהתקשרות שבין הצדדים אשר מצביעים על זהות המעביד.¹²⁵ ברם יישומם של מבחני **כפר רות** לא ייעשה באופן טכני אלא מתוך מטרה כנה להבחין בין התקשרות אותנטית ולגיטימית עם קבלן משנה לבין מודל התקשרות שנועד להסוות את העובדה שבפועל יחסי העבודה בין המשתמש לבין העובד מתקיימים תוך פגיעה בזכויותיו.

פסק הדין **יצחק חסידים** מתווה כמה מבחני עזר חדשים לבדיקת מיהות המעביד, אשר יתווספו לאלו שנקבעו בפסק דין **כפר רות**. המבחנים שנקבעו הם אלה: (1) האם בשל מיקור החוץ נפגעת זכותו של העובד לייצוג ארגוני? (2) האם מיקור החוץ גורם להדרת העובד מתחולת צווי הרחבה או הסכמים קיבוציים? (3) האם מיקור החוץ פוגע בכבודו של העובד בשל בידודו והיעדר תחושת שייכות? (4) האם מיקור החוץ פוגע באפשרויות קידומו והתפתחותו המקצועית של העובד? (5) האם מיקור החוץ פוגע באפשרותו של העובד לקיים מערכת יחסים אישית סבירה עם מעסיקו, לפי סוג העיסוק שבו מדובר? לא לכל המבחנים ניתן משקל זהה. חלקם יהיו רלוונטיים במקרים מסוימים וחלקם לא. במקרה זה נפסק כי לפי המבחנים שנקבעו מדובר בהתקשרות מיקור חוץ אותנטית אשר לא נועדה להסוות את יחסי עבודה של חסידים עם עיריית ירושלים.

לכאורה, פסק הדין **יצחק חסידים** הוא המשך ביסוסה של "הגישה המאפשרת", המכירה בלגיטימציה של יחסי עבודה משולשים, אשר באה לידי ביטוי בהחלטה בעניין **דברת שוואב**.¹²⁶ הסיבה לכך נעוצה בזניחת החזקה הניתנת לסתירה בדבר קיומם של יחסי עובד-מעביד בין העובד לבין המשתמש, פרי פסק הדין **כפר רות**.¹²⁷ עם זאת בית הדין הארצי לעבודה מוסיף בהחלטתו בעניין **יצחק חסידים** מבחנים הקשורים להיבטים של יחסי עבודה כמו גם להיבטים פסיכולוגיים וסוציולוגיים. המיוחד למבחנים אלו, לעומת מבחני **כפר רות**, שהם מתמקדים בעובד – בזכויותיו ובצרכיו – ולא בעבודה ובאופן ניהולה. דווקא מבחנים אלו, בהיותם פורמליים פחות ונורמטיביים יותר, עשויים להתגלות כהזדמנות לעובדים היוצאים נגד מודל העסקה משולשת שבו היו מעורבים, להראות שיש להכיר בהם כעובדי העסק או המפעל הנהנה משירותיהם.

ההזדמנות השנייה שבה נידונה סוגיית זהות המעביד במערכת יחסי עבודה משולשים הייתה בפרשת **בן חיים**.¹²⁸ בפסק דין זה נידון עניינה של עובדת המוסד לביטוח לאומי

124 על ההבחנה בין העסקה באמצעות חברת כוח אדם להעסקה באמצעות מיקור חוץ ראו: לעיל, הערה 27 והטקסט שלידה.

125 למשל, מי קיבל את העובד לעבודה, מי קבע את תנאי העסקה, מי שילם את שכרו ועוד.

126 עניין **שוואב** (לעיל, הערה 28) פסקה 2–3 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

127 עניין **כפר רות** (לעיל, הערה 121) פסקה 16 לפסק דינה של השופטת פורת.

128 ע"ע (ארצי) 766/07 **בן חיים** – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 2011).

אשר עסקה בצילום מסמכים במשך חמש־עשרה שנים. אותה עובדת הועסקה בתחילה בחוזה העסקה מיוחד. בהמשך היא הועסקה במסגרת חוזה עם חברת כוח האדם ולאחר מכן המשיכה להיות מועסקת בחוזה עם המוסד, מכוח צו שניתן על ידי בית הדין האזורי לעבודה.¹²⁹ במהלך שנות עבודתה ניגשה העובדת שלוש פעמים למבחני מיון והתאמה אשר ציון "עובר" בהם הוא תנאי סף לקבלת מעמד של עובד במוסד, אולם לא הצליחה להשיג את הציון הנדרש. לכן קבע בית הדין האזורי לעבודה כי אין להכיר בכך חיים כעובדת של המוסד לביטוח לאומי. משמעות הפסיקה מבחינתה של התובעת היא כי אינה זכאית לתנאי הקביעות הניתנים לעובדי המוסד אשר ביקש לסיים את ההתקשרות עמה. על קביעה זו הוגש ערעור לבית הדין הארצי לעבודה.

בית הדין הארצי לעבודה קבע כי מרב הסממנים והזיקות מעידים שהמערכת אכן הייתה עובדת המוסד. חברת מיקור החוץ, לגישתו של בית הדין הארצי לעבודה, הייתה מעסיקת "קש" שכל תפקידה היה מתן אפשרות להמשיך להעסיק את התובעת בביטוח הלאומי על אף כישלונה בבחינות ו"צינור" לתשלום שכרה. אולם מאחר שלא עמדה בבחינות ההתאמה, יש לראות בה עובדת במסלול שונה מזה של עובד רגיל. במסלול זה יחולו עליה הוראות משפט העבודה המגן, הסכמים קיבוציים וצווי הרחבה החלים על כלל העובדים במשק. ברם היא לא תהא זכאית לאותן זכויות מכוח הסכמים והסדרים קיבוציים, נהלים וכללים שלהם זכאי עובד שהתקבל לעבודה בביטוח לאומי על פי נהליו, ובכלל זאת זכאות לקביעות.

פסק הדין בעניין **בן חיים** ממשיך קו התפתחות בעייתי בפסיקה, אשר ניתן להבחין בניצניו כבר בעניין **צדקא**.¹³⁰ הכוונה להכרה בקיומו של שחקן חדש בשוק העבודה – משתתף חופשי (פרילנסר) משודרג – אשר נחשב "מעין עובד" הזכאי ל"מעין זכויות" בדמות של זכויות מופחת. לא ברור מהו המקור הנורמטיבי המאפשר לבית הדין להעניק לתובעת סל זכויות מופחת לאחר שקבע כי מדובר בעובדת הביטוח הלאומי. זאת ועוד, הסיבה היחידה לצמצום סל הזכויות של העובדת היא טכנית. הכוונה לכישלון העובדת בבחינות התאמה אשר אמורות לנבא את מידת ההצלחה הצפויה בעבודה. אולם בחינה מהותית של עבודת התובעת ואופייה מלמדת כי אין במבחנים אלה כדי להעיד על הצלחתה בעבודה כמצלמת מסמכים, עבודה שאותה ביצעה בהצלחה. מבחנים אלה משמשים תנאי סף שרירותי להכרה במעמד עובד, המנוכר מאופי העסקה בשטח ומצרכיה. נראה אפוא כי גברת בן חיים נפלה קרבן למבחני התאמה בלתי מתאימים.¹³¹

129 השתלשלות בעלת כמה קווי דמיון משותפים נדונה בעניין **לוינגר** (לעיל, הערה 28).

130 ע"ע (ארצי) 300274/96 **צדקא** – **מדינת ישראל** – **גלי צה"ל**, פד"ע לו 625, בעמ' 645–650. על פי עמדת הנשיא אדלר בפסק דין זה, "משתתף חופשי" מקבל זכויות מכוח חוקי המגן על פי תכליתו של כל חוק אף שאיננו מוגדר "עובד".

131 על מבחני התאמה ראו: דב"ע (ארצי) 4-70/97 **אוניברסיטת תל-אביב** – **הסתדרות הכללית החדשה**, **האגף לאיגוד מקצועי**, פד"ע ל 385.

3. חידושים בפסיקה – משפט העבודה הקיבוצי

שני פסקי הדין בעניין אורטל¹³² אשר נדונו לעיל יכולים לשמש חוט מקשר לפסק הדין בעניין מאבטחי השרים,¹³³ אשר נבחר לפתוח את סקירת הפסיקה במשפט עבודה קיבוצי. פסק דין המאבטחים מספר סיפור מרתק על מיקור חוץ, על זיהוי המעביד, על זכות ההתארגנות, על יחידת מיקוח, על חירות השביתה, על שביתות בשירותים חיוניים, על מאבקים בין-ארגוניים ועל השימוש בגישור בסכסוכי עבודה קיבוציים. דומה כי אי אפשר לצפות ליותר מפסק דין אחד. הוא מצליח להחביא בין קפליו את רוב הסוגיות החשובות ואשר עומדות על סדר היום במשפט העבודה הקיבוצי.

3.1 מאבטחי שרי הממשלה – הגדרת יחידת מיקוח וחופש השביתה בשירותים חיוניים

עסקינן בפרשה מעניינת שנעלמה מעיני הציבור בשל צו איסור פרסום שהוטל עליה, וזה הותר לא מכבר. בשונה מבעבר, אבטחת שרי הממשלה איננה מתבצעת על ידי שירות הביטחון הכללי אלא באמצעות מיקור חוץ ועל ידי חברת "מיקוד שמירה ואבטחה", שנבחרה במכרז.¹³⁴ חברת "מיקוד שמירה ואבטחה" מעסיקה כ-3,000 מאבטחים, המוצבים למשימות אבטחה בחברות שונות, ומתוכם כ-250 מאבטחי שרי הממשלה וזקיפים. ההסתדרות הכללית ניהלה משא ומתן לחתימת הסכם קיבוצי בעניינם של מאבטחי השרים. כאשר המשא ומתן הגיע למבוי סתום, החליטו מאבטחי השרים לפרוש מההסתדרות הכללית ולהצטרף להסתדרות העובדים הלאומית (להלן – ההסתדרות הלאומית).¹³⁵ המאבטחים החליטו לפתוח בשביתה כדי לקדם את עמדותיהם במשא ומתן עם חברת השמירה.

לפתחו של בית הדין האזורי לעבודה הונחה בקשה להסרת צו המניעה הזמני שהוצא נגד השביתה הצפויה של מאבטחי שרי הממשלה, אשר הוכרזה על ידי ההסתדרות הלאומית.¹³⁶ לאחר שבית הדין שוכנע כי ההסתדרות הלאומית עשתה כל שביכולתה כדי למנוע את השביתה, הוא ביטל את הצו והתיר למאבטחים לממש את זכותם לשבות.

132 עניין אורטל הראשון (לעיל, הערה 114) ועניין אורטל השני (לעיל, הערה 112).

133 פרשת מאבטחי השרים (לעיל, הערה 4).

134 זו דוגמה קיצונית, אשר סותרת את הטענה הנשמעת בשירות הציבורי, ולפיה אין מוציאים למיקור חוץ פעילויות ליבה.

135 סיפור המאבטחים מצטרף למאבקים בין-ארגוניים אחרים אשר בהם ההסתדרות הכללית נאלצת להיאבק על הייצוג מול ארגוני עובדים אחרים, כגון כוח לעובדים וההסתדרות הלאומית. ראו: ע"ק (ארצי) 23/10 אקשטיין תעשיות בע"מ – כח לעובדים, ארגון עובדים דמוקרטי (פורסם בנבו, 2010) (להלן – עניין אקשטיין); פרשת אל על (לעיל, הערה 5).

136 ס"ק (אזורי י-ם) 18212-05-12 הסתדרות העובדים הלאומית בישראל – מיקוד שמירה ואבטחה בע"מ (פורסם בנבו, 2012).

חברת "מיקוד שמירה ואבטחה" הגישה ערעור לבית הדין הארצי לעבודה, והערעור נדחה.

כאמור, פרשה זו נוגעת במגוון סוגיות במשפט עבודה קיבוצי. מפאת קוצר היריעה תוצגנה שתיים עיקריות: הכרה ביחידת מיקוח נפרדת וחופש השביתה.

עוד בטרם עסקו השופטים בבקשה להסרת צו המניעה הזמני הם נדרשו להכריע בסוגיה מיהו הארגון היציג של המאבטחים ומהי יחידת המיקוח אשר במסגרתה תיבחן שאלת היציגות.¹³⁷ האם מדובר ביחידת מיקוח אחת המקיפה את כלל עובדי חברת "מיקוד שמירה ואבטחה" (כ־3,000), או שמא מאבטחי השרים (כ־250) הם יחידת מיקוח נפרדת? בית הדין הבהיר כי ככלל ייתכן מצב שבו יתקיים ארגון יציג ברמה הענפית (בענייננו ההסתדרות הכללית, שהיא הארגון היציג בענף האבטחה) ולצדו ארגון יציג ברמה המפעלית (בענייננו ההסתדרות הלאומית, שהיא הארגון היציג בקרב מאבטחי השרים), אף אם בשל כך יבוא המעסיק בדברים עם שני ארגונים נפרדים.¹³⁸

במקרה הנדון קיבל בית הדין הארצי לעבודה את בקשת מאבטחי השרים להכרה בהם כיחידת מיקוח נפרדת, וההסתדרות הלאומית היא הארגון היציג שלהם. בית הדין ביסס את החלטתו על שלושה אדנים: (1) חברת מיקוד הסכימה לפיצול יחידת המיקוח במפורש ובהתנהגות; (2) למאבטחי השרים "אינטרס מיוחד" המצדיק הכרה ביחידת מיקוח נפרדת, שכן מדובר בעובדים שהם חלק ממערך עבודה נפרד ומיוחד; (3) ההכרה בהם כיחידת מיקוח נפרדת לא תפגע בזכות הקניין של חברת מיקוד ולא תערער את יציבותה הכלכלית.

לעניין חירות השביתה, סעיף 20(ב) לחוק שירות הביטחון הכללי,¹³⁹ הקובע איסור חקיקתי על התארגנות עובדים, לא חל על מאבטחי השרים, והם רשאים להתאגד ולנקוט צעדים ארגוניים, ובכלל זה לשבות. לפיכך במהלך הדיון טענה המדינה, אשר צורפה להליך כמי שעשויה להיפגע מהשביתה, כי חירות השביתה של מאבטחי השרים איננה זכות מוחלטת. עליה לסגת מפני ביטחון המדינה ומפני הסכנה הנשקפת לציבור כולו אם תותר השביתה. יתר על כן, המדינה דרשה לקבוע כלל פסיקתי ולפיו אופי השירות שבו עוסקים מאבטחי השרים מחייב לאסור עליהם לנקוט את אמצעי השביתה.

בית הדין הארצי לעבודה לא נענה לבקשת המדינה. הוא פסק כי אף על פי שהשירות שאותו מספקים מאבטחי השרים הוא שירות ציבורי חשוב, הנוגע לציבור כולו, אי אפשר לאמץ כלל האוסר על מאבטחי השרים באופן מוחלט לשבות משום הפגיעה הבלתי מידתית בזכות ההתאגדות שלהם. כמו כן אם המדינה מעוניינת למנוע שביתה בשירות

137 ראו: מרדכי (מוטי) מירוני "יחידת המיקוח – הגדרתה, עיצובה והתאמתה למצבים משתנים ביחסי עבודה" ספר אליקה ברק-אוסוסקין (סטפן אדלר ואחרים – עורכים, תשע"ב) 563.

138 בכל הקשור להסכם הקיבוצי הכללי בענף יבוא המעסיק בדברים עם ארגון העובדים אך ורק בכל הקשור לתפעול הוראות ההסכם, להבדיל מן המשא ומתן לכריתתו.

139 חוק שירות הביטחון הכללי, תשס"ב–2002.

שהוא כה חיוני לשיטתה, עליה לקלוט את המאבטחים בחזרה לשירות הביטחון הכללי ולהעניק להם את כלל הזכויות והחובות הנובעות ממעמד זה. בהנמקתה הדגישה הנשיאה ארד כי זכות השביתה היא זכות חוקתית המעוגנת בחקיקה ובפסיקה הישראלית. כמו כן שוכנעה הנשיאה כי ההסדרות הלאומית פעלה כדין ובתום לב ומיצתה את כל ההליכים טרם דרישתה לאפשר למאבטחי השרים לממש את זכות השביתה. הנשיאה גם דחתה נחרצות את טענת המדינה שלפיה מאבטחי השרים רשאים לשבות רק בתפקידי "מעטפת", אשר אינם נוגעים למשימות אבטחת השרים. לדירה, גישה זו אינה מקובלת ואף תרוקן מתוכן את זכות השביתה של המאבטחים.

3.2 חופש הפעולה והביטוי של מעביד במהלך ניסיונות התארגנות ראשונית של עובדיו

ניסיון התארגנות של עובדים כדי לעבור ממודל של יחסי עבודה אינדיווידואליים למודל של יחסי עבודה קיבוציים הוא אירוע מכונן במקום העבודה. תהליך זה אף זכה בשיח הציבורי והמשפטי לשני כינויים: "התארגנות ראשונית" ו"ארגון פורץ".¹⁴⁰ בשנים האחרונות גדלו ההשקעה והמאמצים של ארגוני העובדים בגיוס חברים ובארגון של מקומות עבודה שלא היו מאורגנים, קרי העברתם למודל יחסי עבודה קיבוציים. בד בבד התעצמו גם מאמציהם של המעבידים למניעת המעבר של עובדיהם ממודל של יחסי עבודה אינדיווידואליים ליחסי עבודה קיבוציים. כעמיתיהם בעולם המערבי, רבים מהמעבידים מופתעים בסיסת¹⁴¹ וחשים נבגדים כאשר הם מגלים כי עובדיהם מנסים להתארגן בהסדרות הכללית או בארגון עובדים אחר. הם תופסים את ההתארגנות כאיום אסטרטגי או קיומי.¹⁴² לכן הם מוכנים להשקיע משאבים עצומים, כספיים, ניהוליים ומשפטיים כדי למנוע את ההתארגנות, לבלום אותה או למסמס אותה.

140 ראו לדוגמה: ס"ק (אזורי ת"א) 504/09 ארגון כוח לעובדים – ארגון עובדים דמוקרטי – מכון דוידסון לחינוך מדעי (פורסם בנבו, 2009); ס"ק (אזורי ת"א) 15391-12-11 הסדרות העובדים הכללית החדשה – הוט טלקום שותפות מוגבלת (פורסם בנבו, 2012) (להלן – עניין HOT); עס"ק (ארצי) 64/09 כוח לעובדים – ארגון עובדים דמוקרטי – עמותת סינמטק ירושלים – ארכיון ישראלי לסרטים (פורסם בנבו, 2009); פרנסס רדאי וגיל-עד נועם, "ארגוני עובדים ומשא ומתן קיבוצי בישראל – מבט אל המאה ה-21", משפטים לד (תשס"ד) 39, בעמ' 61; גיא מונדלק, "יחסים בין ארגוני עובדים: על ביזור מערכת יחסי העבודה בישראל", שנתון משפט העבודה ו (תשנ"ו) 219, בעמ' 234.

141 המונח "הפתעה בסיסית" נלקח מספרו של צבי לניר, ההפתעה הבסיסית: מודיעין במשבר (תשמ"ג).

142 Howell John Harris, *The Right to Manage: Industrial Relations Policies of American Business in The 1940s* (1982) pp 75–88.

לעתים ההתגייסות נגד ההתארגנות מביאה את המעבידים להשתמש באמצעים קיצוניים, לרבות אמצעים בלתי לגיטימיים, כגון פיטורי העובדים המעורבים, ¹⁴³ הקמת "ארגוני עובדים מטעם", ¹⁴⁴ יצירת תחליפי התארגנות ¹⁴⁵ וכיו"ב. התופעה של מאבקים בלתי מתפשרים בנושא התארגנות עובדים, שהייתה בעבר נחלת שיטות המשפט של צפון אמריקה ואנגליה, הגיעה בעיקר בעשור האחרון ובעצמה רבה אף לזירת יחסי העבודה בישראל. קיומה דרש מבתי הדין לעבודה לעצב ולשרטט, באמצעות חקיקה שיפוטית, את גבולות חופש הפעולה והביטוי של המעבידים ואת האסור והמותר להם בכל הקשור לניסיון ההתארגנות של עובדיהם. אמנם המחוקק התערב בנושא בתיקון שהכניס לחוק הסכמים קיבוציים, ¹⁴⁶ אולם עיקר הנטל הושאר לבתי הדין לעבודה, אשר אמורים לכתוב בפסיקתם את מערכת כללי המשחק לתקופת ההתארגנות ולאחריה.

תרומה נוספת למארג הכללים שהותוו בשנים האחרונות על ידי בתי הדין לעבודה, בנושא ההתארגנות, כלולה בהחלטה מסוף שנת 2011, שהתקבלה בסדרת ההתדיינויות בעניין **הוט טלקום**. ¹⁴⁷ ייחודה של ההחלטה הוא בהתייחסותה לזכויותיהם ולחובותיהם של שני הצדדים, הן של העובדים המתארגנים וארגוני העובדים והן של המעבידים. סעיף 33 לחוק ההסכמים הקיבוציים ¹⁴⁸ קובע בין היתר כי לא ירע מעביד את תנאי עבודתם של עובדיו בשל התארגנותם. בסעיף קטן (ב) קבע המחוקק רשימה המגדירה מהם "תנאי העבודה". בית הדין מדגיש כי אין מדובר ברשימה סגורה. בית הדין אף מונה באותה החלטה תנאי עבודה נוספים אשר על המעסיק לכבד ולשמר במהלך ההתארגנות. עם תנאי העבודה הללו נמנים הזכות לעבוד בשקט, בתנאי ביטחון תעסוקתי, ללא הפעלת לחצים מילוליים או אחרים, הזכות לא להיות מוזמן חדשות לבקרים לשימועים ולבירורים וכן זכותו של העובד לא להיות מוטרד על ידי המנהלים הישירים שלו בניסיונות לשכנעו שלא להצטרף לארגון עובדים או בניסיון לשכנעו לבטל את הצטרפותו. ראוי לציין שפסק הדין אינו מסתפק בקונקרטיזציה של תנאי העבודה המנויים בחוק אלא מוסיף עליהם סוג שונה לחלוטין של תנאי עבודה. לעומת החוק, שהתרכז בתנאי עבודה כספיים או בעלי השלכות על מעמד העובד ועל שכרו ובמכלול

143 ע"ק (ארצי) 1008/00 הורן את ליבוביץ בע"מ – הסדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לה 145; ע"ע (ארצי) 76/07 עיריית יהוד מונסון – קפילוטו (פורסם בנבו, 2007).

144 עב' (ארצי) 1/03 עמותת עובדי נוחב ניהול ותפעול – הסדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע מ 277, בעמ' 320 (להלן – פרשת נוחב).

145 Alan L. Bogg, "Employment Relations Act 2004: Another False Dawn for Collectivism?", 34 *Indus. L. J.* (2005) 72, p. 76.

146 סעיפים 33–33טז לחוק הסכמים קיבוציים, שהוספו בחוק הסכמים קיבוציים (תיקון מסעיף 6), תשס"א–2001, ס"ח 123, אשר מעניקים הגנה מפני כל פגיעה בחופש ההתארגנות ומאפשרים זכות כניסה לנציגי ארגוני עובדים לצורך קידום מאמצי התארגנות.

147 עניין HOT (לעיל, הערה 140).

148 סעיף 33 לחוק הסכמים קיבוציים.

ההטבות שלהן הוא זכאי, בית הדין הדגיש דווקא היבטים התנהגותיים של מערכת היחסים בין ההנהלה ובין העובדים המעורבים בהתארגנות במקום העבודה. מאחר שהחוק נועד להגן על זכות ההתארגנות של העובדים, ובהנחה כי פערי הכוחות בין המעביד לעובדיו מוטים בדרך כלל לטובת הראשון, והוא מי שבידו כוח ההחלטה בכל הקשור לניהול של מקום העבודה, מצא לנכון המחוקק להסדיר את ההגנה על זכויותיהם של העובדים המתארגנים ואת החובות של המעביד כלפי ארגוני העובדים וזכויותיהם בתהליך ההתארגנות. באופן טבעי המחוקק לא התייחס במפורש לזכויות המעביד, וכמו במקומות אחרים בעולם, הנושא הושאר לפסיקה. בפסק הדין נקבע כי כנקודת מוצא נתונה למעביד זכות לחופש ביטוי והיא איננה חדלה מלהתקיים בגלל תהליך ההתארגנות.¹⁴⁹ לכן המעביד רשאי להביע דעתו בכל הנוגע לניסיונות ההתארגנות במקום העבודה. עם זאת בגלל הקשר הדברים, חופש ביטוי זה תחום בגבולות מסוימים. לבד מהאיסור לפגוע בתנאי עבודה, כפי שאלו הוגדרו בהרחבה, גבולות חופש הביטוי והפעולה של המעביד במהלך ניסיונות ההתארגנות של עובדיו ייבחנו כמכלול. הם יושפעו ממרכיבים כגון אופי פעולותיו ויזמותיו של המעביד, תכיפותן והאנרגייה המושקעת על ידיו; הכול בהתייחס לפגיעה הפוטנציאלית שלהן בניסיון ההתארגנות. מסירת אגרת מידע לעובדים, לדוגמה, מותרת, שכן למעסיק יש זכות ליידע את העובדים מהי התייחסותו לכל אחד מהנושאים שמעלה ארגון העובדים כדי לעודדם להצטרף לשורותיו.

ראוי לציין כי בפסיקה מאוחרת לתקופה הנכללת בסקירה הוציא בית הדין הארצי לעבודה תחת ידיו החלטה מכוונת¹⁵⁰ שבה נקבעו כללי התנהגות מפורטים באשר למותר ולאסור במהלכה של התארגנות ראשונית. הכללים המתייחסים בעיקר למעבידים בנויים על חזקה¹⁵¹ שלפיה הבעת עמדה על ידי המעביד או על ידי מי מטעמו בנוגע להתארגנות או בנוגע להשלכותיה הישירות או העקיפות היא בבחינת לחץ וכפייה והשפעה בלתי הוגנים הגורמים לפגיעה בזכות ההתארגנות. על סמך חזקה זו, קובעים הכללים,¹⁵² בין היתר, כי מרגע שנודע למעביד על קיומה של התארגנות ראשונית חל עליו איסור לבטא את עמדתו ודעתו בנוגע להתארגנות עובדיו. במסגרת זו עליו להימנע מהטלת חיוב על עובדיו להשתתף באספות (כ"קהל שבוי"), מקום פגישות קבוצתיות או אישיות ומפניות לעובדים בתכתובת אישית או במייל. כמו כן נאסר על המעביד להתערב במהלכי ההתארגנות במעשה או בנקיטת פעולות החורגות משגרת הניהול שנהגה ערב ההתארגנות הראשונית. בכלל זה עליו להימנע ממתן הבטחות חריגות, מהתחקות על

149 עניין HOT (לעיל, הערה 140) בעמ' 6.
 150 ראו: עס"ק (ארצי) 25476-09-12 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – האגף להתאגדות העובדים – פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 2013) (להלן – עניין פלאפון).
 151 שם, פסקאות 79–80 לפסק דינה של הנשיאה נילי ארד.
 152 שם, פסקאות 81–84 לפסק דינה של הנשיאה נילי ארד.

פעולות העובדים, מהחמת עובדים על מכתבים והצהרות, מכל מעשה שיש בו משום הפעלת לחץ, כפייה או הפחדה. לבסוף, הכללים מטילים על המעביד חובות דיווח ונקיטת פעולות מניעה בכל מקרה שבו פעולות או התבטאויות אסורות כאמור נעשו על ידי מנהלים או עובדים אחרים. בעת שרשימה זו נשלחת לדפוס עומדת בפני בית המשפט הגבוה לצדק עתירה שהוגשה על ידי לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים נגד פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה.¹⁵³

3.3. סכסוכים או מאבקים בין-ארגוניים ופנים-ארגוניים

בשנתיים האחרונות הגיעו לשיאן שתי התפתחויות אשר יכולות לשנות את הטופוגרפיה של יחסי העבודה הקיבוציים בישראל. ההתפתחות הראשונה מתייחסת למציאות אשר לא הייתה ידועה כמעט ביחסי העבודה בישראל, שבה מתקיימים מאבקים ותחרות בנושא ייצוג העובדים בין ארגוני עובדים. עד לשנים האחרונות פעלו בזירת יחסי העבודה הקיבוציים כמה ארגוני עובדים חוץ-הסתדרותיים, כגון ארגון המורים העל-יסודיים, הסתדרות המורים, ההסתדרות הרפואית בישראל (להלן – **ההסתדרות הרפואית**), ארגוני הסגל הבכיר וארגון עובדי המחקר. ברם לפי כל קנה מידה, ההסתדרות הכללית הייתה השחקן המרכזי ושלטה ללא עוררין על ייצוג העובדים ברמה הארצית, ברמה הענפית וברמה המפעלית. לאחרונה הולכים ונבעים סדקים בהגמוניה ארוכת השנים של ההסתדרות הכללית. ארגון כוח לעובדים ולאחרונה אף ההסתדרות הלאומית משקיעים מאמצים ומשאבים בארגון מקומות עבודה חדשים¹⁵⁴ ואף חודרים למקומות עבודה, אשר היו במשך שנים רבות "נחלתה" הבלעדית של ההסתדרות הכללית.¹⁵⁵ בעקבות זאת החל להופיע בזירת יחסי העבודה ועל סדר היום של משפט העבודה סוג חדש של סכסוכי עבודה – סכסוכים בין-ארגוניים בנושא ייצוג העובדים. מאחר שסכסוכים אלו מעלים את השאלה מיהו הארגון היציג, ניתן לכנותם – **סכסוכי יציגות**. ההתפתחות השנייה מתייחסת לקיומם של מאבקים פנימיים בתוך ארגוני העובדים פנימה. התופעה, אשר ניתן לכנותה "ההתרופפות הנורמטיביות", מתייחסת לכך שיותר ויותר עובדים רוצים שקולם יישמע ותינתן להם הזדמנות להשפעה בכל הקשור למשא ומתן לכריתת הסכמים קיבוציים ולניהול סכסוכי עבודה. עובדים אלו מקימים התארגנויות פנימיות של עובדים,¹⁵⁶ אשר חבריהן דורשים דמוקרטיזציה, שקיפות ומעורבות. הם אינם מוכנים לגלות נאמנות עיוורת או לסור למשמעת הנהגת ארגוני

153 בג"ץ 4179/13 **לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים נ' בית הדין הארצי לעבודה** (פורסם בנבו, 2013) (להלן – בג"ץ פלאפון).

154 כפי שניתן להבחין בעניין **אקרשטיין** (לעיל, הערה 135).

155 כפי שהתרחש בפרשת **אל על** (לעיל, הערה 5) או בפרשת **נותב** (לעיל, הערה 144).

156 במשבר העובדים הסוציאליים היו אלו תנועת "עתידנו" ו"עוסימי שינוי", ובמשבר הרופאים – "מרשם" ו"ארבל".

העובדים ולקבל את החלטות ההנהגה של ארגון העובדים המייצג אותם "כזה ראה וקדש". הדבר בא לידי ביטוי בעיקר, אך לא רק, בהתנגדות לחתימת הסכם קיבוצי, אשר לדעת המתנגדים אינו מספק את צורכיהם במידה הראויה. מאחר שסכסוכים אלו מתמקדים באיכות הייצוג, ניתן לכנותם **סכסוכי ייצוג**, להבדיל מסכסוכי יציגות (סכסוכים בין-ארגוניים). דוגמאות לסכסוכי ייצוג מן התקופה האחרונה ניתן למצוא במשבר המתמחים ובשבייתת העובדים הסוציאליים. לעתים קבוצות אלו מתקוממות נגד תוכנו של הסכם קיבוצי או נגד פעולה של הנהגת הארגון מבפנים, ולעתים, כפי שקרה בעניין עובדי רכבת ישראל, קבוצות אלו נוקטות צעד קיצוני יותר. הן מחפשות ארגון עובדים אחר שייצג אותן או נלחמות לשנות את מבנה הייצוג. במקרה הראשון מדובר בסכסוך פנים-ארגוני או סכסוך ייצוג גרידא; במקרה השני בסכסוך פנים-ארגוני שהופך להיות סכסוך בין-ארגוני.

הסכסוכים הפנים-ארגוניים והסכסוכים המעורבים (פנים-ארגוניים ובין-ארגוניים) מייצרים מרחב התעסקות חדש ואתגר עצמתי לבתי הדין. פסק הדין בעניין המאבטחים,¹⁵⁷ שהובא בראשית הסקירה של משפט העבודה הקיבוצי, הוא דוגמה לסכסוך בין-ארגוני בנושא ייצוג עובדים (סכסוך יציגות). שני פסקי הדין הבאים ממחישים ומדגישים את קווי המתאר של החזיתות החדשות בסכסוכי עבודה. הראשון מתייחס לסכסוך פנים-ארגוני (סכסוך ייצוג) והשני לסכסוך פנים-ארגוני שהופך להיות סכסוך בין-ארגוני (סכסוך מעורב של ייצוג ויציגות).

3.4 משבר הייצוג ברפואה הציבורית בישראל 2011

מערכת הבריאות בישראל היטלטלה בסערה בשנת 2011, אשר הגיעה לשיאה בהתפטרותם של מאות רופאים מתמחים מבתי החולים הציבוריים בישראל. כפי שיוצג בהרחבה בהמשך, מדובר בפרשה שהעלתה לסדר היום הציבורי סוגיות רבות המונחות בבסיס משפט העבודה, ובהן זכות השביתה, מעמדו של ארגון יציג ומאבקים בין-ארגוניים, מעמדו של הסכם קיבוצי, הזכות להתפטר ועוד.

ברקע מאבקים של הרופאים המתמחים ניצב הסכם קיבוצי מיוחד פלורלי שנחתם בחודש אוגוסט 2011 על ידי ההסתדרות הרפואית, המדינה והמעבידים הציבוריים לאחר שביתה ארוכה שהתקיימה במערכת הבריאות הציבורית בישראל. המתמחים מחו על תנאי ההסכם עוד טרם חתימתו. משנחתם ההסכם, הם דרשו לבטלו, לקצר את תקופתו או לשנותו. משדרישתם לא נענתה, הגישו מאות מתמחים מכתבי התפטרות מעבודתם. המדינה והמעבידים הציבוריים פנו לבית הדין הארצי לעבודה¹⁵⁸ בבקשה לצו מניעה וטענו כי אין מדובר בהתפטרות אותנטית אלא בשביתה שלא כדין. בית הדין נדרש

157 פרשת מאבטחי השרים (לעיל, הערה 4).

158 סק"כ (ארצי) 722-09-11 מדינת ישראל משרד הבריאות ומשרד האוצר – ההסתדרות הרפואית בישראל (פורסם בנבו, 2011) (להלן – פרשת מתמחי בתי החולים).

להכריע בשאלה אם מדובר בהגשמת זכות יסוד של עובד להתפטר, ולפיכך מכתבי ההתפטרות תקפים, או שמא מדובר בשביתה שהיא הלכה למעשה אמצעי לחץ המופעל על ידי המתמחים לביטול או לשינוי ההסכם הקיבוצי החדש שנחתם. בית הדין הארצי לעבודה פסק כי התפטרות המתמחים בטלה. בהנמקתם הדגישו השופטים את חשיבותה של יציבות מערכת יחסי העבודה הקיבוציים המושתתת על עקרונות יסוד של ודאות והסתמכות. לדעת בית הדין, מאבקם של הרופאים המתמחים עמד בסתירה לעקרונות אלו. בהגשת מכתבי ההתפטרות ביקשו המתמחים לקרוא תיגר על ההסכם הקיבוצי החדש, אשר בישר על סיומה של תקופת אי-יציבות מתמשכת ששררה אותה עת במערכת הרפואה בישראל. לפיכך נקבע כי צעדים ארגוניים הננקטים על ידי מי שאינם ארגון העובדים היציג, בעיקר לאחר חתימת הסכם קיבוצי כדין, אינם לגיטימיים.

באשר לסוגיית זכותו האישית של עובד להתפטר ציינו השופטים כי אין עוררין על זכותו של אדם להתפטר. זכות זו היא חלק מזכויות היסוד בשיטתנו, ובכלל זה הזכות לאוטונומיה אישית המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק.¹⁵⁹ עם זאת על אף קיומה של הודעה מוקדמת למעביד¹⁶⁰ ההתפטרות הקולקטיבית אינה אלא מסווה לאמצעי לחץ מתוחכם לקידום דרישת המתמחים לשינוי או לביטול ההסכם הקיבוצי שנחתם על ידי ארגון העובדים היציג. משכך, ההתפטרות אינה אותנטית והיא צעד ארגוני בלתי לגיטימי.

בית הדין הארצי לעבודה קבע כי כל מקרה של התפטרות קולקטיבית ייבחן על פי נסיבותיו ועל פי ההקשר התעשייתי במקום העבודה. פרט לשאלה אם ההתפטרות נעשתה על פי דרישות הדין, ייבחנו היבטים שונים הקשורים למהות ההתפטרות ולנסיבותיה, ובהם אלה: האם ההתפטרות הקולקטיבית היא אמצעי להפעלת לחץ על המעסיק, בכוח או בפועל? האם מספר המתפטרים יוצר "מסה קריטית", ולפיכך יש ליתן משקל למספר העובדים המעורבים (מבחן המסה הקריטית)? מהן הנסיבות המצויות ברקע הודעת ההתפטרות? ומהו הנזק שנגרם או עלול להיגרם למעסיק, למקום העבודה ולציבור הרחב (מבחן התוצאה)?

במקרה הספציפי קבע בית הדין הארצי לעבודה כי הגשת מכתבי ההתפטרות על ידי הרופאים המתמחים לא מילאה כלל אחר דרישות חוק הודעה מוקדמת. לכן די היה בכך כדי לקבוע שהתפטרותם חסרת תוקף. זאת אף זאת, הבחינה של מהות ההתפטרות ונסיבותיה חשפה כי הגשת מכתבי ההתפטרות הייתה אמצעי לחץ ואינה צעד אותנטי אישי במישור האינדיווידואלי, אלא פעולה קולקטיבית מגובשת שנעשתה ללא ידיעתה ואישורה של ההסתדרות הרפואית – ארגון העובדים היציג. זאת ניתן היה ללמוד ממכתבים שנחתמו על ידי המתמחים עוד בטרם הגישו את מכתבי ההתפטרות, שמהם

159 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; חוק-יסוד: חופש העיסוק.
160 חוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות, תשס"א–2001, ס"ח 378.

עלה בכירור כי מדובר בפעולה קיבוצית מתואמת וכחלק ממאבקם נגד ההסכם החדש שנחתם על ידי הארגון היציג של הרופאים.

בית הדין הארצי לעבודה התייחס גם למספר המתפטרים. זה נבחן במסגרת עקרון המידתיות שבשנים האחרונות משמש קריטריון מרכזי בהחלטות של בתי הדין בצווי מניעה בסכסוכי עבודה.¹⁶¹ במקרה הספציפי נבחנה המידתיות בעזרת מה שבית הדין כינה מבחן "המסה הקריטית" ו"מבחן התוצאה". בית הדין הסיק כי מתן תוקף למכתבי התפטרות של כ-1,000 מתמחים עלול להוביל לקריסת מערכת הבריאות הציבורית בישראל, לגרימת נזק בלתי הפיך ולפגיעה בציבור הרחב. לפיכך, לדעת הנשיאה ארד, "אין מדובר בצעד מידתי לאור הנזק העלול להיגרם".¹⁶²

גישה מעניינת לעניין המידתיות הושמעה מפי סגן הנשיאה פליטמן. לדעתו, בית הדין אינו יכול או רשאי להתעלם מצורכי מערכת הבריאות בכללותה. לפיכך אף אם מכתבי ההתפטרות היו תקפים על פי דין, ספק אם בית הדין היה מאשר התפטרות קולקטיבית של כ-1,000 מתמחים ביום אחד. כדי למנוע את קריסת מערכת הבריאות ופגיעה בציבור הרחב, החובה לפעול בתום לב דורשת שסיום קשר העבודה של המתמחים המתפטרים ייעשה בהדרגה.

המתמחים הגישו עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק בדרישה לבטל את פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה. לאחר כמה דיונים שנערכו בבית המשפט הגבוה לצדק בפני הנשיאה לשעבר ביניש, הסכימו הצדדים על הליך הידברות בסיוע גישור חיצוני.¹⁶³ בתום תהליך גישור אינטנסיבי, שנמשך שבועיים, נחתם הסכם הבנות בין המדינה והמעבידים הציבוריים לבין נציגות המתמחים, והאחרונים ביטלו את מכתבי ההתפטרות.

3.5 משבר הייצוג וסכסוך היציגות ברכבת

סכסוך מן הסוג המעורב, קרי פנים-ארגוני ובין-ארגוני, נדון לאחרונה בבית הדין הארצי לעבודה. הכוונה למאבק בין ארגון העובדים "כוח לעובדים" לבין ההסתדרות הכללית בשאלה מיהו הארגון היציג של עובדי רכבת ישראל. מדובר בסכסוך מיוחד הן בגלל התזמון שלו והן בגלל השחקנים המרכזיים. מבחינת תזמון, הסכסוך הפנים-ארגוני, שהפך לבין-ארגוני, התעורר בעיצומו של הליך משא ומתן להסכם קיבוצי חדש בין הנהלת הרכבת, להסתדרות הכללית ולוועד העובדים. מדובר בהסכם קיבוצי כוללני ואסטרטגי, שמטרתו ליישב את כלל המחלוקות ולסיים את אי-השקט וחוסר היציבות

161 ראו: מירוני "מעורבותם של המשפט ובתי-הדין בסכסוכי עבודה בשירות הציבורי – בעיות ישנות, אתגרים חדשים – בעקבות פסקי-הדין בעניין השביתה בבתי-הספר העל-יסודיים ובעניין השביתה באוניברסיטאות" (לעיל, הערה 47) בעמ' 285.

162 פרשת **מתמחי בתי החולים** (לעיל, הערה 158) פסקאות 36–37 לפסק דינה של הנשיאה ארד.

163 בג"ץ 7569/11 גדות נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 2011).

שאפיינו את מערכת יחסי העבודה ברכבת ישראל בשנתיים האחרונות. מבחינת השחקנים אין מדובר בפעולת מחאה של התארגנות אד־הוק של עובדים, אלא בוועד העובדים, שהוא אורגן של ההסתדרות הכללית, אשר בחר להתנגד למהלכים שביצעה ההסתדרות הכללית, ובמיוחד למשא ומתן לחתימת ההסכם הקיבוצי החדש.

לאחר שהתגלעו מחלוקות רבות בין ההסתדרות הכללית לוועד העובדים, החליטה ההסתדרות הכללית על הדחת הוועד המכהן. סמוך להדחת הוועד פנה ארגון כוח לעובדים לבית הדין הארצי לעבודה¹⁶⁴ בדרישה להכיר בו כארגון היציג של עובדי הרכבת, זאת לאחר שהציג מסמכי הצטרפות של יותר ממחצית מעובדי הרכבת לארגון כוח לעובדים. במקביל התבקש בית הדין להורות להסתדרות הכללית לחדול מהמשא ומתן לחתימת ההסכם הקיבוצי החדש ולהצהיר כי הסמכות לניהול המשא ומתן נתונה לארגון כוח לעובדים, שהפך להיות הארגון היציג. ארגון כוח לעובדים העלה גם טענות חמורות כלפי ההסתדרות הכללית על הפעלת לחצים אינטנסיביים על העובדים כדי למנוע מהם לחתום על טופסי הצטרפות לארגון כוח לעובדים.

בתחרות בין שני ארגוני עובדים במצב שבו כבר קיים במקום העבודה ארגון עובדים, שהוא שותף ליחסי עבודה קיבוציים במשך תקופה ארוכה, אך בפועל הוא איבד את תמיכת העובדים ומכאן את מעמדו כארגון יציג, קיים מתח בין חופש ההתארגנות ועקרון הייצוגיות מזה לבין החשש מפני חוסר יציבות במערכת יחסי העבודה ופגיעה בסולידריות בין העובדים, מזה.

בית הדין הארצי לעבודה, בראשות הנשיאה נילי ארד, דחה את בקשת ארגון כוח לעובדים להכרה בו כארגון היציג של עובדי הרכבת. בהנמקתם הדגישו השופטים כי על רקע המשא ומתן, המצוי בשלבים כה מתקדמים, אין להכיר בארגון יציג חדש. ההחלטה מבטאת העדפת ערכים כמו יציבות יחסי העבודה, ודאות וסולידריות על פני ייצוגיות, אוטונומיה ובחירה חופשית. לדעת השופטים, מעבר לארגון יציג חדש יפגע בחוסנם הכללי של העובדים ובהליך המשא ומתן שנמצא בעיצומו, שמטרתו לכרות הסכם קיבוצי חדש לרווחת העובדים.

בית הדין הארצי לעבודה קבע כלל שלפיו לא תותר תחרות בין הארגונים על יציגות בתקופה שבה הארגון היציג הקיים והנהלה מנהלים משא ומתן קיבוצי בכוונה כנה ובתום לב. בית הדין יוצר בפסיקתו מחסום או "תקופת מניעות" שבמהלכה מנוע ארגון עובדים לטעון נגד היציגות של ארגון העובדים הקיים במקום העבודה. תקופת המניעות תחול בכל שלבי המשא ומתן הקיבוצי, ובלבד שהוא נמשך על פני פרק זמן סביר. "תקופת המניעות" אינה פוגעת בזכות העובד לחופש ההתארגנות. כל עובד רשאי לעזוב

164 ס"א (ארצי) 9685-07-12 ועד עובדי רכבת ישראל – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 2012); הוגשה עתירה לבג"ץ כנגד פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה – בג"ץ 6076/12 כוח לעובדים – ארגון עובדים דמוקרטי נ' ההסתדרות הכללית החדשה (פורסם בנבו, 2012).

ארגון עובדים או להצטרף לארגון עובדים אחר, כרצונו. עם זאת "תקופת המניעות" שוללת את האפשרות לתקוף את ארגון העובדים הקיים בטענה כי איבד את מעמדו כארגון עובדים יציג. בכך נשמר חופש ההתארגנות, ובאותה עת מובטחות היציבות והוודאות במערכת יחסי העבודה. וכן נמנעת פגיעה בתהליך המשא ומתן הקיבוצי, הנמצא בעיצומו.

3.6 עתירות ציבוריות, בתי הדין והשימוש בגישור ובבוררות בסכסוכי עבודה

בהיעדר מסורת וחקיקה רלוונטיות בנושא של שביתות ודרכים ליישוב סכסוכי עבודה בשירותים הציבוריים והחיוניים¹⁶⁵ הטיפול בסכסוכי עבודה אלו נוחת כולו על שולחנם של השופטים בבתי הדין לעבודה, בעיקר בבית הדין הארצי לעבודה.¹⁶⁶ בתקופה שבה עוסקת הסקירה התרחשו בד בבד שלוש תופעות מעניינות הקשורות לטיפול מערכת המשפט בסכסוכי עבודה בשירותים הציבוריים והחיוניים:

(1) כאשר מובאות לבית הדין הארצי לעבודה בקשות לצווי מניעה בסכסוכי עבודה בשירותים הציבוריים והחיוניים, בית הדין ממשיך ומעצים את המגמה של מעורבות אינטנסיבית ומתן ליווי צמוד למשא ומתן כדי לסייע לצדדים ליישב את סכסוך העבודה הכלכלי שנמצא בבסיס הבקשה לצו מניעה.¹⁶⁷

(2) במהלך שביתות בשירותים הציבוריים והחיוניים מוגשות לבית המשפט הגבוה לצדק עתירות ציבוריות המכוונות נגד ראש הממשלה, נגד שר האוצר ונגד השרים שסכסוך העבודה הוא בתחום אחריותם, כדי לגרום להם להתערב בסכסוך העבודה ולסיים את השביתה.¹⁶⁸ ככל שניתן לשפוט מהדיונים שהתקיימו בעניין שביתת הפרקליטים, שביתת הרופאים והתפטרות המתמחים, נראה כי גם שופטי בית המשפט הגבוה לצדק אימצו את הפרקטיקה הנוהגת בבית הדין הארצי לעבודה. הכוונה למעורבות אינטנסיבית ומתן ליווי צמוד למשא ומתן.

¹⁶⁵ בית הדין הארצי לעבודה ציין זאת ככשל שעל המחוקק לתקנו. ראו: עס"ק (ארצי) 23/07 **חברת החשמל לישראל בע"מ – ההסתדרות הכללית החדשה**, פסקה 24–25 לפסק דינו של הנשיא אדלר (פורסם בנבו, 2007).

¹⁶⁶ סעיף 24(ג) לחוק בית הדין לעבודה (תיקון מסעיף 43) נועד לסייע לבית הדין הארצי לעבודה להעביר את כל הטיפול בסכסוכי עבודה בשירותים החיוניים אל בין כתליו.

¹⁶⁷ ראו: מירוני "מעורבותם של המשפט ובתי-הדין בסכסוכי עבודה בשירות הציבורי – בעיות ישנות, אתגרים חדשים – בעקבות פסקי-הדין בעניין השביתה בבתי-הספר העל-יסודיים ובעניין השביתה באוניברסיטאות" (לעיל, הערה 47) בעמ' 303–308; בג"ץ 9135/07 **גדרון נ' ראש הממשלה** (פורסם בנבו, 2007) (להלן – עניין גדרון).

¹⁶⁸ ראו למשל: שביתת המורים: עניין **גדרון**, שם; שביתת הפרקליטים: בג"ץ 9403/10 **עמותת הרצליה למען תושביה נ' ראש ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 2010) (להלן – עניין שביתת הפרקליטים); ושביתת הרופאים: בג"ץ 5627/11 **פורר נ' ראש ממשלת ישראל ושר הבריאות** (פורסם בנבו, 2011) (להלן – בג"ץ פורר).

(3) כחלק מן הליווי והסיוע למשא ומתן, ומשזה לא עלה יפה, הן בית הדין הארצי לעבודה והן בית המשפט הגבוה לצדק הצליחו לשכנע את הצדדים לפנות לגישור מקצועי חיצוני או לבוררות. כך קרה בעניין המשא ומתן של הרופאים,¹⁶⁹ בסכסוך הפרקליטים,¹⁷⁰ בסכסוך המתמחים,¹⁷¹ ולאחרונה בסכסוך מאבטחי השרים.¹⁷²

ד. הערת סיום

התמונה המצטיירת מסקירת ההתפתחויות שהיו בחקיקה ובפסיקה בתחום משפט העבודה בשתי שנות המשפט 2010–2011 מרתקת בגלל מתח הניגודיות שהיא משרת. מצד אחד היא מספרת סיפור על משפט עבודה קיבוצי בשיא פריחתו ותפארתו. הוא כולל התמודדות אמיצה של הפסיקה עם סוגיות מורכבות בנושא המותר והאסור למעביד, לעובדים ולארגוני העובדים במהלך מסע התארגנות עובדים מזה והתמודדות מורכבת ומאתגרת עם נוף בלתי מוכר של סכסוכי עבודה מזה. רשימת ההיבטים הבלתי מוכרים, בין כולל ובין בעצמה שבה הם באים לידי ביטוי, כוללת סוגים חדשים של סכסוכים, זירות מאתגרות ואמצעי מאבק ארגוניים יצירתיים. נוף חדש זה קורא לבתי הדין לעבודה, ובמידה מסוימת אף לבית המשפט הגבוה לצדק, לבחון את תפקידם ולהגדירו מחדש בכל הקשור לטיפול בסכסוכי עבודה או להתערבות בהם. מצד אחר קיים הסיפור של תהליך הקיטון הנמשך בשיעור העובדים והמעבידים המאורגנים ודעיכת מודל יחסי העבודה הקיבוציים. תופעה זו מביאה לאיבוד ההגמוניה ולפחיתת הרלוונטיות של משפט העבודה הקיבוצי בחיי היום-יום ולעלייה מתאימה בחשיבותו של משפט העבודה האינדיווידואלי דווקא. החקיקה והפסיקה מעידות כי את החלל שנוצר בעקבות ירידת המודל הקיבוצי כאמצעי להסדרת תנאי עבודה ויחסי עבודה, ממלאים המחוקק, הרשות המבצעת, בתי הדין לעבודה ואף בתי המשפט. עתה מוסדות אלו הם שנושאים בעיקר הנטל בכל הקשור להגנה על העובדים, לכתיבת מגילת זכויות העובד ולעיצובן ולשיפורן של הדרכים לאכיפת החובות והזכויות במקום העבודה. במודל יחסי העבודה הקיבוציים ממלאים את התפקידים הללו ארגוני העובדים ומשפט העבודה הקיבוצי.

נראה כי משפט העבודה הוא אחד התחומים המאתגרים והדינמיים ביותר במשפט הישראלי. השינויים שחלו בחקיקה, ועוד יותר בפסיקה, בתקופה שבה מתמקדת הרשימה חובקים נושאים שונים והם רבים ומגוונים. הקצב המואץ של השינויים בא לדי ביטוי בכך שמאז נחתמה רשימה זו ניתנו כמה החלטות חשובות של בית הדין הארצי לעבודה

169 שם.

170 עניין **שביתת הפרקליטים** (לעיל, הערה 168).

171 פרשת **מתמחי בתי החולים** (לעיל, הערה 158).

172 פרשת **מאבטחי השרים** (לעיל, הערה 4).

בחלק מן הסוגיות שנדונו ברשימה, ¹⁷³ ובמקרה קיצוני אחד נהפכה ההלכה. הכוונה לפסק הדין שקבע כי מרגע שמתחיל מהלך של התארגנות במקום העבודה, על המעביד להימנע מכל צורה של התבטאות שיש בה משום הבעת עמדה נגד ההתארגנות של עובדיו. ¹⁷⁴ להחלטה של בית הדין הארצי לעבודה בעניין פלאפון היו ארבע תוצאות: (1) היא העניקה רוח גבית ותנופה למאמצי ההתארגנות של ארגוני העובדים; (2) היא עוררה ביקורת עזה וויכוח ציבורי נוקב; (3) היא הובילה את לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים להגיש עתירה לבית המשט הגבוה לצדק; ¹⁷⁵ (4) במסגרת הסערה שהתעוררה סביב ההחלטה הועלו הצעות לבטל את מערכת בתי הדין לעבודה. ¹⁷⁶ אין זו הפעם הראשונה שבה בעקבות החלטה או כמה החלטות שנויות במחלוקת של בית הדין הארצי לעבודה מועלית הצעה כה קיצונית. ¹⁷⁷ אולם הוויכוח הלוהט והמתלהם וההצעה חשפו את העובדה שמדובר בתחום משפט שאיננו רק זירה של תחרות, מתח ומאבק מתמיד בין זכויות או ערכים, אלא גם תחום טעון אידאולוגית.

173 כגון זיהוי המעביד בהעסקה בלתי ישירה, הפליה בעבודה ותום לב והשבה.
174 עניין פלאפון (לעיל, הערה 150) פסקה 84 לפסק דינה של הנשיאה נילי ארד.
175 בג"ץ פלאפון (לעיל, הערה 153).
176 אור קשתי, "היוזמה לביטול בית הדין לעבודה: בדרך להפלת הגורם האחרון שמפריע למעסיקים", הארץ (29.1.2013) ניתן לצפייה באתר: www.haaretz.co.il/news/education/ [1.1917760] (נצפה לאחרונה בנובמבר 2013).
177 בפעם הקודמת מונתה בתגובה להצעה ועדה בראשות פרופ' יצחק זמיר, אשר המליצה לעשות לחיזוקה של מערכת בתי הדין לעבודה. ראו: הועדה לבדיקת בתי הדין לעבודה דין וחשבון 147–142 (2006).