

אוטו ריטה

כתב - עת מקצועי למנהלים בתחום יחסי עבודה, שכר וכספים מאי 2016 גיליון 01

הפריחה המחודשת

של זכות ההתארגנות
עו"ד אביעד מנשה

10

45

24 תובענה ייצוגית בדיני עבודה

פרופ' הדרה בר-מור

36

זכות הקניין
והגבלת חופש העיסוק
עו"ד יאיר דוד

זכות השימוע במגזר הפרטי

עו"ד מיכל שמיר

תוכן עניינים



דבר העורכת
פרופ' הדרה בר-מור

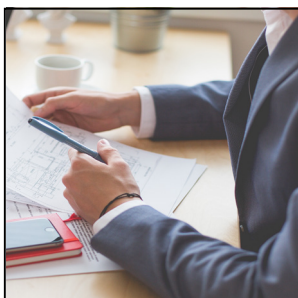
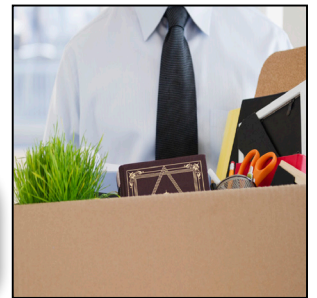
4



6 הרפורמות בעולם הפנסיה
עו"ד קליה קליין

זכות השימוע במגזר הפרטי
עו"ד מיכל שמיר

10



13 חשיבה מחדש
דר' שלומית יניסקי רביד, עו"ד
מירב שמחיוף משהיוף, עו"ד



24 תובענה ייצוגית בדיני עבודה

פרופ' הדרה בר-מור



34 מניית הזהב

עו"ד עופר יוחננוף



36 זכות הקניין והגבלת חופש העיסוק

עו"ד יאיר דוד



39 זכויות עובדים בחברות בקשיים

ד"ר מיכל הורוביץ



45 הפריחה המחודשת של זכות ההתארגנות

עו"ד אביעד מנשה



אני שמחה להשיק את כתב העת הדיגיטלי של אוטוריטה. ג'זרנל זה נועד להוות קול להתרחשויות העכשוויות של עולם העבודה והתעסוקה בישראל.

עולם העבודה הוא מרחב דינמי שמכיל בתוכו את כל הפעילות הקשורה סביב העבודה, התעסוקה והרווחה. השחקנים בעולם הזה הם רבים: מצד העובדים אנו מוצאים עובדים עם בטחון תעסוקתי ועובדים מוחלשים, עובדים מהבית ועובדי קבלן, משתתפים חופשיים שחפצים לקבל זכויות של שכירים ועובדים עצמאיים שנאבקים על הכרה במעמד הבעייתי בעיתות של בעיות במשק. מצד העובדים אנו מוצאים גם את ארגוני העובדים שנועדו לחזק את מעמדם של העובדים. לאחרונה חלה עליה בהתארגנות ובמקביל אליה אנו מוצאים את הוועדים הפנימיים שחלק מהם מהווים סוג של "ארגונים צהובים" מטעם המעסיקים שנועדים להאבק בארגוני העובדים המתחזקים. הפריחה בהתארגנות יוצרת כמובן גם מתחים בין ארגוני העובדים וסכסוכים ביניהם שבו להעסיק את בתי הדין לעבודה אחרי תקופה ארוכה של חידלון.

מצד המעסיקים אנו מוצאים את המעסיקים הגדולים והחזקים לצד עסקים של אדם אחד ואלה כאלה כפופים לחקיקת עבודה הולכת וגדלה. ארגוני המעסיקים ברמות השונות מנהלים מבחינתם תקשורת הדוקה עם ארגוני העובדים כדי לאזן בין הציפיות של שני הצדדים.

הרגולטור הוא שחקן שלישי בעולם העבודה. הכנסת בישראל הפכה להיות אקטיבית מאד וחברי הכנסת טורחים על חקיקה אינטנסיבית במרחב העבודה. אין ספק שחקיקת העבודה הולכת ומתרחבת ואיתה גם עומס החובות והמטלות על המעסיקים. יש בכך כמובן הגברת ההגנה על העובדים. אולם, קושי שעדיין לא בא אל פתרונו הוא האכיפה. למרות החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, התשע"ב-2011 יש עדיין תחומים רבים בהם הוצאתם לפועל של זכויות מתחום העבודה היא ברמה נמוכה. גם ארגוני העובדים טרם הצליחו לפתור את הבעיה עד תומה.

ושחקן רביעי במרחב העבודה היא מערכת בתי הדין לעבודה והבג"ץ העוסקים במלאכה ומפיקים מדי יום הלכות חדשות



דבר העורכת

פרופ' הדרה בר-מור

שמשנות לעתים באופן דרמטי את פניו של עולם העבודה. אין ספק שלבתי הדין לעבודה חלק מרכזי בעיצוב יחסי העבודה בארץ. הדיאלוג ביניהם לבין השטח הוא יומיומי ואינטנסיבי.

כל אלו מהווים כר נרחב לתובנות והארות בנושאי דיני העבודה. לכל אלה אנו עומדים לתת ביטוי בגליון אוטוריטה. הכותבים בגליון הראשון עוסקים במגוון נושאים וכוונתנו היא לשמש פלטפורמה לחדשות ודעות במסגרת עולם העבודה והתעסוקה.

המאמרים עוסקים במספר נושאים העוסקים במשפט העבודה הקיבוצי ובמשפט העבודה האישי:

במשפט העבודה הקיבוצי עוסקים מאמריהם של ד"ר מיכל הורוביץ שכתבה על זכויות עובדים של חברות בקשיים ושל עו"ד אביעד מנשה שכתב על הפריחה המחודשת של זכות ההתארגנות. עו"ד עופר יוחננוף עוסק בהשעיית עובד בעקבות הליך משמעת והפניית הסכסוך לבוררות, אני תרמתי מאמר שעוסק בתובענה ייצוגית בדיני עבודה והוא צף בין משפט העבודה הקיבוצי מכוח היותה של תובענה ייצוגית כלי קיבוצי לבין משפט העבודה האישי מכוח היותה של תובענה ייצוגית כלי שמאשר לעובד הבודד לצרף קבוצה של עובדים להגשת תביעה. במשפט העבודה האישי עוסקים המאמרים הבאים: מאמרן של ד"ר שלומית יניסקי-רביד ועו"ד מירב שמחיוף מושהיוף בענין חשיבה מחדש בענין הגדרת מעמדו של חבר קיבוץ כלפי הקיבוץ המתחדש כמעסיק, מאמרו של עו"ד יאיר דוד עוסק בהגבלת עיסוק ובפסיקה חדשה בנושא, מאמר נוסף העוסק ביחסי עבודה אישיים הוא מאמרה של עו"ד מיכל שמיר העוסק בסוגיה שטורדת את מנוחתם של עובדים רבים במגזר הפרטי - זכות השימוע והטיעון לפני פיטורין. עו"ד קליה קליין כתבה מאמר בנושא שנמצא בכותרות כבר זמן רב ונוגע לתחום העבודה והרווחה בהקשר של הרפורמה בעולם הפנסיה.

אנו מקווים כי תמצאו עניין בגליון זה ונשמח לשמוע את תגובותיכם. כמו כן, נקבל בברכה הצעות למאמרים לגליון הבא שלנו.

בברכת אביב נעים,

פרופ' הדרה בר-מור

גיליון 01. אייר תשע"ו, מאי 2016

עורכת ראשית **פרופ' הדרה בר-מור**

עיצוב ועריכה גרפית SmartArt

משתתפים:

עו"ד מיכל שמיר, עו"ד קליה קליין, ד"ר שלומית יניסקי רביד, עו"ד מירב שמחיוף משהיוף, עו"ד עופר יוחננוף, עו"ד יאיר דוד, ד"ר מיכל הורוביץ, עו"ד אביעד מנשה

אוטוריטה - מידע וכלים למנהלים בע"מ

רח' המפעל 10, אור יהודה

טלפון 03-5383233

  www.OTORITA.net

מנכ"ל **אבנר אוזן**

כל הזכויות שמורות ©



הרפורמות בעולם הפנסיה

עו"ד קליה קליין

בימים אלו אנו עדים לרפורמות בתחום הפנסיה בישראל. במרכז הרפורמות שאושרו לאחרונה, נמנית הרפורמה בחוק הפיקוח על מכשירים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005 (להלן: "החוק"). סעיף 20 (א) לחוק העניק בשנת 2005 לעובד את הזכות לבחור את זהות הקופה אליה יועברו כספי הגמל: הפקדות המעסיק והפקדות העובד.

לביטוחי המנהלים לא יכול היה העובד להפקיד לקופות הפנסייה, ואם התקציב העניק למשל שיעור הפקדה גבוה לאובדן כושר בביטוח המנהלים, היה העובד מפסיד את שיעור ההפקדות הנ"ל אם בחר מוצר פנסיוני שלא כלל הפקדות נפרדות לאובדן כושר עבודה.

א לא מאי, סעיף 20(א) לפני התיקון הנוכחי לחוק השאיר בידי המעסיק את הזכות לקבוע את גובה התקציב הפנסיוני, היינו באמצעות השליטה על התקציב הפנסיוני ושיעורו, למעשה היה העובד מוגבל גם בבחירת זהות המוצר הפנסיוני. אם התקציב התאים

בדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון סעיף 20(א) הנוכחי נאמר כי, על מנת לנתק את הקשר בין "התקציב הפנסיוני" שמעמיד המעסיק לבין בחירת המוצר הפנסיוני, מוצע לחייב את המעסיקים בכל מקרה לבצע את שיעור ההפקדות הגבוה ביותר האפשרי על פי דין.

בהתאם, ביום 5.8.2015 פורסם תיקון מספר 12 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (תיקון מס' 12), התשע"ה-2015 (להלן: "תיקון 12").

בתיקון 12 האמור, אשר ייכנס לתוקפו ביום 5.2.2016, יורחב חופש הבחירה של העובד בכל הנוגע להסדר הפנסיוני בו הוא מבוטח על ידי כך שמעסיקים לא יוכלו עוד להתנות את שיעור תשלומי ההפקדות שלהם לביטוח הפנסיוני של העובדים בסוג התכנית הפנסיונית בה בחרו העובדים, ולעובדים תינתן האפשרות לבחור בסוג הקופה והתכנית המתאימה להם ביותר מבלי שיושפעו משיעור הפקדות המעסיק.

החל מכניסתו לתוקף של התיקון, יידרשו מעסיקים בישראל להפקיד שיעור הפקדות זהה עבור מרכיב תשלומי המעסיק, על פי השיעור הגבוה מבין ההפקדות, ללא כל תלות בהסדר הפנסיוני שבו מבוטח העובד.

היה וההסדר הפנסיוני של העובד (בין

אם מכוח הדין ובין אם מכוח הסכם) קובע שיעורי הפקדות שונים לקופות שונות, כדוגמת קרן פנסיה מקיפה וביטוח מנהלים, על המעסיק להפקיד בגין העובד את השיעור הגבוה של הפקדות המעסיק מבין שתי החלופות כאמור. עם זאת, הפקדות העובד למוצר הפנסיוני שבחר לא תשתננה בעקבות התיקון ותמשכנה להיות בהתאם להסדר הפנסיוני שחל לגביו.

למשל, אם עובד מבוטח בהסדר פנסיוני שקובע שיעור הפקדות מעסיק בשיעור של 14.33% לקרן פנסיה (8.33% לפיצויים ו-6% לתגמולים), וכן שיעור הפקדות מעסיק בשיעור של 13.83% לביטוח מנהלים (8.33% לפיצויים, 5% לתגמולים) - **על המעסיק יהיה להגדיל את ההפקדות מטעמו (לקרן פנסיה ולביטוח מנהלים) כך שכולן תעמודנה על שיעור של 14.33%.**

התיקון קבע שבשיעור ההפקדות אותו יהיה על המעסיק לקחת בחשבון ועל פיו להגדיל את שיעור הפקדותיו, יכלל גם מרכיב ההפקדות בשיעור המירבי לרכישת אובדן כושר עבודה. נקודה זו מעוררת שאלות. לדוגמה

מרכיב ההפקדות לאובדן כושר עבודה בביטוח מנהלים על פי האישור הכללי בדבר תשלומי מעסיקים לקרן פנסיה ולקופת ביטוח שהוצא מכוח סעיף 14 קובע שתי חלופות אפשריות למרכיב אובדן כושר העבודה.

1. תשלומים בשיעור הדרוש להבטחת 75% מן השכר המופטר לפחות

או

2. תשלומים בשיעור של 2.5% מן השכר המופטר

כאן מתעוררת השאלה מהו "שיעור ההפקדה המרבי" של הפקדות המעסיק. האם שיעור ההפקדות המרבי הוא בהכרח 7.5% (5% לביטוח מנהלים + 2.5% אובדן כושר) על פי החלופה השנייה הקבועה באישור הכללי, או שמא שיעור ההפקדות המרבי, הוא השיעור אותו העניק המעביד, אם השיעור אותו העביר עבור העובד העניק לאחרון ביטוח אובדן כושר בשיעור 75% מהשכר על ידי הפרשות בשיעור מופחת מ-2.5% מהשכר. משהענקה זו עמדה ועומדת הן בדרישות האישור הכללי והן בדרישות החוזיות הספציפיות שנחתמו בין הצדדים, אין סיבה שלא תהווה את השיעור המחייב? או שמא העובדה שלעובד יש היום בחירה גם לגבי ביטוח אובדן הכושר משמעותה שאוטמטית כל עובד שחל עליו האישור הכללי יוכל לבחור אובדן כושר עבודה בשיעור 2.5% ובאופן הזה להגדיל את הפרשות המעביד?

הוראות התיקון, אינם נותנים תשובה לשאלה זו ואנו מקווים שבעניין זה תתקבלנה הבהרות ממשרד האוצר.

במקביל לסוגיית ההפקדות ובחירת המוצרים הפנסיוניים, ביום 30.11.2015 פורסם תיקון מספר 6 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ייעוץ, שיווק ומערכת סליקה פנסיוניים) (להלן: "התיקון לחוק"), לפיו יישאו המעסיקים בישראל בעלויות תפעול ההסדר הפנסיוני וישלמו לסוכנים דמי סליקה על העברת הכספים לגופים הפנסיוניים הרלבנטיים. כמו כן, החל מיום 1.12.2015 זכאי כל עובד לבחור את הסוכן או היועץ הפנסיוני שלו. להבדיל מהמצב שהיה עד היום בו המעסיק התנה את הפקדת הכספים לקופת הגמל בעבור עובדיו בכך שבעל רישיון מסוים ייתן לעובד את שירותי היעוץ הפנסיוני, בכך הקל על עצמו את סוגיית הליך הסליקה והעברת כספי עובדיו ליעדם, אולם מי ששילם עבור התפעול הנ"ל, היה העובד באמצעות דמי הניהול שנגבו ממנו.

ההסדר החדש הוגן יותר, ומאפשר לעובד בחירת סוכן ללא יכולת התנייה של המעביד ומנגד מטיל את דמי הסליקה והעברת הכספים ליעדם על המעביד. ההסדר החדש מפסיק את המצב האבסורדי בו העובדים מתוך החסכון הפנסיוני שלהם כנגד דמי הניהול שילמו את עלויות התפעול והסליקה של מעסיקיהם. מעבר לשינוי החקיקתי הראוי, יש לקוות שההסדרים האדמיניסטרטיביים והבירוקרטיים הכרוכים בהקמת גופי סליקה התפעול יתבצעו באופן מסודר ויעיל שלא יפגע בחוסכים ו/או

במעסיקים.



כל הארגון סומך עליך
ביחסי עבודה, אבל

על מי אתה סומך?

אוטוריטה מספקת לך כתובת מקצועית, להתנהלות
נכונה ובטוחה בתחום יחסי העבודה



מה מותר ומה אסור



כל המידע והכלים בתחום הניהול שלך



למידע נוסף



מענה אנושי מקצועי ביחסי עבודה



זכות השימוע במגזר הפרטי

עו"ד מיכל שמיר

למעסיק נתונה הזכות לפטר עובד מסיבות ונימוקים שונים, אולם בצד זכות זו מוטלות עליו חובות שונות ובין היתר, חובת עריכת השימוע לעובד, טרם ההחלטה על הפיטורים.

החלטה עניינית, מושכלת ומבוררת, תוך מתן תשומת לב מלאה ומשקל ראוי לעמדתו ולענייניו של מי שעלול להיפגע מן ההחלטה. זוהי זכותו הראשונית של העובד לדעת מהן הטענות המועלות נגדו... ובהתאם ליתן תגובתו להן, להציג את האידך-גיסא מנקודת ראותו ולנסות לשכנע את בעל הסמכות לשנות מדעתו, ככל שיש בה לפגוע בזכויותיו."

יתכן, אמנם, שבמצבים מסויימים, יקבע בית-הדין, כי לא יהא בזכות השימוע כדי להגשים את ייעודה ולכן היא גם לא תידרש, או תידרש בצורה מצומצמת, כמו

זכות השימוע (הטיעון) - מהי?

הזכות לקיום שימוע לעובד טרם פיטוריו, במגזר הפרטי, אינה זכות הקבועה בחוק, אלא מעוגנת בפסיקות בתי-הדין לעבודה. קיימות כיום פסיקות רבות של בתי-הדין לעבודה המחייבות גם "גוף פרטי" ולא רק "גוף ציבורי" או "דו-מהותי", לשמוע את המועמד לפיטורים קודם לפיטוריו.

נפסק כבר, כי "זכות הטיעון נמנית על זכויות היסוד של שיטתנו המשפטית ומטרתה להביא לידי כך, שתתקבל

למשל, במקרה בו ההתקשרות בין הצדדים היתה לביצוע עבודה מוגדרת או במקרה בו מקום עבודה נסגר, כך, שלא יהא בזכות השימוע כדי לשנות מן העובדה של סיום יחסי העבודה בין הצדדים.

בנוסף, כשסיום העבודה לא נעשה בשל פגם בעבודה, יתכן והיקף השימוע, מטבע הדברים, יהיה מצומצם יותר ואי עריכת השימוע יהיה בעל נפקות קטנה יותר, כמו למשל, כאשר מדובר ב"פיטורי צמצום". יחד עם זאת, גם במקרה כזה חלה חובת השימוע ומקובל לומר, דווקא היום, תקופה בה במקומות עבודה רבים נאלץ המעסיק לנקוט בהליך של "פיטורי צמצום", שעל המעסיק לפרט בפני העובד, במסגרת הליך השימוע של פיטורי הצמצום, את סדר העדיפויות בבחירת המפוטרים ולתת לעובד הזדמנות לשטוח בפניו את טיעוניו ולשכנע את המעסיק לא לפטר דווקא אותו.

זכות השימוע צריכה להינתן בתום לב ועל המעסיק לערוך את השימוע בטרם גמלה בליבו ההחלטה על הפיטורים. זכות שימוע, הניתנת על-ידי מעסיק, אך ורק כדי לצאת ידי חובה וללא שעומדת מאחוריה כוונה אמיתית לשמוע את העובד ולהשמיע לו את הטענות כנגדו, אין בה ולא כלום.

ההודעה על עריכת השימוע ודרך ניהולו

מאחר והחובה לערוך שימוע אינה מהנושאים המעוגנים בחוק, כאמור, הרי גם לא קבועה בחוק כל דרך מיוחדת

לניהולו או לעריכתו וכפי שנקבע לא אחת בפסיקה, אין "כללי טקס" קבועים לביצועו. התשובה לשאלה - האם במקרה מסויים מילא המעסיק אחר חובתו לערוך שימוע כדין - תינתן בכל מקרה בהתאם לנסיבותיו הקונקרטיות. יחד עם זאת, מקובל שהמעסיק יפעל לפי הכללים שלהלן:

יודיע לעובד על מועד השימוע, פרק זמן סביר מראש; יפרט בהודעה את הנימוקים והסיבות (לרבות צירוף מסמכים, אם קיימים), בעטיים הוא מבקש לסיים את העסקתו של העובד, וזאת - כדי לאפשר לעובד להכין את תגובתו וטיעוניו כנגד טיעוני המעסיק (רצוי שההזמנה והנימוקים לשימוע ייערכו בכתב); לתת לעובד שהות להתכונן לשימוע; אם העובד מבקש להביא עימו לשימוע אדם נוסף או עורך-דין מטעמו, יש לאפשר לו זאת; על המעסיק לנהל את השימוע בתום לב, לתת לעובד אפשרות להגיב על טענותיו וכן לתת לעובד הזדמנות לשכנע את המעסיק לשנות את עמדתו; לשקול את דברי העובד לגופם ורק לאחר-מכן להגיע להחלטה; על המעסיק לערוך רישום של השימוע (פרוטוקול) וכן לפרט את הנימוקים להחלטתו.

פיצוי בגין אי עריכת שימוע

הפיצוי לו יהיה זכאי עובד בגין הפרת חובת השימוע על-ידי המעסיק הינו, בדרך-כלל, פיצוי בגין נזק ממוני, שעניינו - הפסד השתכרות צפוי; הפסד השתכרות אשר יתכן והיה נמנע לו התאפשר לעובד להשמיע את טענותיו ולמנוע את פיטוריו.



העובדת הגיעה מוכנה לישיבת השימוע - פיצויים בשיעור של 25,000 ש"ח, זאת בשל כך, שהמעסיקה לא מסרה לעובדת, טרם השימוע, מהן עילות הפיטורים, לא שלחה לה מכתב הזמנה לשימוע בו מפורטות עילות אלה ולא ערכה פרוטוקול (גלינה ורשבסקי נגד אלי חג'אג' בע"מ, סע"ש 49453-07/12);

(3) בית-הדין האזורי לעבודה פסק לזכותה של עובדת שפוטרה בשל היעדרויותיה עקב מחלה וללא עריכת שימוע - פיצויים בשיעור של **4 משכורות** (אביטל פוד נגד אחים חורי ח.מ. (2005) בע"מ, סע"ש 50287-12/12);

(4) בית-הדין האזורי לעבודה פסק לזכותו של עובד שעבד 30 שנה ופוטר ללא עריכת שימוע - פיצויים בשיעור של **18 משכורות** (יוסף קטן נגד החברה לניהול בית כלל בע"מ, תע"א 12233/08);

(5) בית-הדין הארצי לעבודה פסק לזכותה של עובדת שפוטרה על-אתר ומבלי שניתנה לה זכות טיעון ביחס למעשים חמורים בהם נחשדה - פיצויים בשיעור של **30,000 ש"ח** - זאת בשל כך, שלא הודע לה כלל על דבר קיום אותם חשדות ותוך פגיעה בכבודה ובשמה הטוב (מולי אורן נגד מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ, עע 666/09).

השיקולים אותם בית-הדין שוקל בקביעת שיעור הפיצוי על נזק ממוני כאמור, בגין פיטורים ללא שימוע או עריכת שימוע שלא כדין הם, בין היתר: חומרת הפגמים שנפלו בהליך הפיטורים המצדיקים פסיקת פיצוי "עונשי"; הסיכוי של העובד להמשיך ולעבוד במקום העבודה אלמלא הפיטורים; הוותק והסטטוס של העובד; שכרו של העובד; התנהלותו של העובד בעבודה. בתי-הדין מביאים בחשבון גם את גיל העובד, שכן, כפי שנפסק, ידיעה שיפוטית היא, שככל שגילו של העובד שפוטר גבוה יותר, סיכוייו למצוא עבודה חלופית קטנים יותר. שיקול נוסף ששוקלים בתי-הדין בבואם לפסוק את סכום הפיצוי הינו גם פיטורים מסיבה מוצהרת, כאשר מתברר כי כלל לא היה לה יסוד ושימשה מסווה לסיבה אחרת שהמעסיק לא ראה לנכון לגלותה לעובד שפוטר.

דוגמאות

1. בית-הדין האזורי לעבודה פסק לזכותה של עובדת שפוטרה בתקופת מחלה, על-אתר וללא עריכת שימוע - פיצויים בשיעור של **6 משכורות** (התובעת נגד הנתבעת, סע"ש 59662-05/12);

2. בית-הדין האזורי לעבודה פסק לזכותה של עובדת שפוטרה, אמנם, מסיבות ענייניות וזומנה לשיחה מראש וכאשר



חשיבה מחדש על יחסי עובד מעסיק בקיבוץ המתחדש ובכלל

מירב שמחיוף משהיוף, עו"ד*

דר' שלומית יניסקי רביד, עו"ד*

האם חבר קיבוץ הוא עובד של הקיבוץ? לאחרונה, לאור ההפרטה בקיבוצים והמעבר מקיבוץ שאופיו שיתופי לקיבוץ מתחדש, עולה בין היתר, סוגיית מערכת היחסים בין הקיבוץ לחבריו, וליתר דיוק, האם מתקיימים יחסי עבודה בין הקיבוץ לבין חבריו, וכפועל יוצא האם יש להחיל את דיני העבודה במערכת יחסים זו.

לגרסתנו, התשובה לשאלה זו היא **חיובית! בין הקיבוץ לחבר העובד בו מתקיימים ככלל יחסי עובד מעסיק, על כל המשתמע מכך. רשימה זו תטען כי יש לשנות ההלכה הנוהגת בבית הדין לעבודה ולקבוע כי בין החבר העובד לקיבוץ כמעסיק (בין בעצמו ובין על ידי גוף מטעמו) - מתקיימים יחסי עובד מעסיק, ולפיכך, דיני העבודה חלים במלואם על העובדים בקיבוצים. הטענה מתחזקת לאור השינויים שעוברים לאחרונה הקיבוצים והעסקתם של חברי קיבוץ כעובדים במתכונת דומה לדפוסי העסקה שגרתיים. המקרים בהם אין מתקיימים יחסי עובד-מעסיק הם היוצאים מן הכלל ואלו אמורים להיות נדירים. כל קביעה אחרת פוגעת בזכויותיהם של עובדים בישראל, חושפת אותם לסיכונים ומפלה אותם לרעה ללא הצדקה, כפי שנפרט להלן.**

בשורה של פסקי דין מהעת האחרונה קבע בית הדין הארצי לעבודה כי, כאשר דנים בהעסקת חבר קיבוץ בקיבוצו, נקודת המוצא היא כי אין מתקיימים יחסי עובד-

מעסיק בין הקיבוץ (או המושב) המאוגדים כאגודה שיתופית לבין חבריו העובדים במסגרתו.¹ בית הדין הארצי חוזר ומדגיש: **"הלכה זו עומדת על אדנים מוצקים. שורשה במבנה המיוחד של הקיבוץ והמושב וביחסים המיוחדים ביניהם ובין חבריהם, בהיסטוריה ובאידיאולוגיה רבת שנים, ואין מקום למהפכות שיעקרו דברים משורשיהם"**.²

והנה, בהחלטת בית הדין האזורי לעבודה בנצרת, נקבע בעניין **אבי בן אהרון**,³ כי אין יסוד להחלת ההלכה הפסוקה לפיה אין מתקיימים יחסי עובד ומעסיק בין חבר הקיבוץ לקיבוץ בשירותו הוא עובד, עת מדובר בקיבוץ בו נערך "שינוי באורחות החיים" היינו קיבוץ מתחדש. בית הדין קובע כי עם השינוי באורחות החיים, נולדו בין חבר הקיבוץ לקיבוץ יחסי עובד מעסיק.⁴ אולם, על קביעה זו הוגש ערעור לבית הדין הארצי לעבודה, אשר סבר אחרת, והפך את החלטת בית הדין האזורי. בית הדין הארצי אף קבע כי **הפיכתו של הקיבוץ לקיבוץ מתחדש לא שינו את היחסים שבין הקיבוץ והענפים**

* דר' שלומית יניסקי רביד, מרצה בכירה בבית הספר למשפטים, הקריה האקדמית אונו, בתחום דיני עבודה, קניין רוחני ושוויין. Yale Law School, ISP, Fellow, המייסדת והעומדת בראש מרכז שלום למחקר משפטי השוואתי, הקריה האקדמית אונו, בעלת משרד עו"ד המתמחה. עו"ד מירב שמחיוף-משהיוף, בעלת משרד עו"ד שמחיוף משהיוף העוסק בדיני עבודה, בוגרת בית הספר למשפטים הקריה האקדמית אונו בהצטיינות.

1 ע"ע 1091/04 מיכה רז - מ.כ. תשלום הבניה של הקיבוץ הארצי (בפירוק) ואח' (ניתן ביום 7.9.05) וכך נאמר בע"ע 1393/04 לז בלרנו - מלכיה אגודה שיתופית בע"מ (ניתן ביום 6.11.05).

2 ע"ע (ארצי) 1501/04 אמיר בונה נ' פלסים אביזרים בע"מ (ניתן ביום 9.12.05) (פסק דינה של כב' השופטת ורדה וירט ליבנה). ראו גם סע"ש 29063-02-13, סע"ש 29098-02-13 חזון - קיבוץ נען (ניתן ביום 15.1.15) (במקרה של חזון, חבר קיבוץ שעבד בקיבוץ נען, אשר הגיש עם פטוריו תביעה כנגד הקיבוץ, בין היתר, להצהרה כי התקיימו יחסי עובד מעסיק בינו לבין הקיבוץ במשך כל תקופת עבודתו, לרבות טרם הפרטת הקיבוץ, ולפיכך לזכויות מכח דיני עבודה. בפסק הדין שניתן בבית הדין האזורי לעבודה נקבע על ידי כב' השופטת שרה מאירי כי יש להפריד בין שתי תקופות בהעסקתו, (הגם שעבד ברצף באותו תפקיד). בתקופה הראשונה, לא התקיימו יחסי עובד מעסיק בין חזון לבין הקיבוץ וזאת לאור "המשטר הקיבוצי" ומשבהיותו חבר קיבוץ חייב הוא בהעמדת "מלוא כוח עבודתו" בכל הנוגע לעבודתו, ע"פ הוראות הרשויות המוסכמות בקיבוץ. לעומת זאת, בתקופה השנייה, לאחר שהקיבוץ עבר הפרטה ומשנתחם חוזה העסקה חדש המכיר ביחסי עובד מעסיק - יש להכיר ביחסי עובד מעסיק). על פסק הדין הוגש ערעור. למען הגילוי הנאות הכותבות מייצגות את המערער בערעור בלבד.

3 סע (נצ) 11-03-9261 אבי בן אהרון נ' דגי תל יוסף אגודה שיתופית חקלאית בע"מ (ניתן ביום 18.4.2013).

4 שם, עמ' 29 לפסה"ד.

לבין החברים⁵. על הכרעת בית הדין הארצי בעניין **אבי בן אהרון**⁶ הוגש בג"ץ, התלוי ועומד בימים אלו. שופטי העליון ציינו כי על מנת להביע את דעתם בסוגיה, מבקשים הם לקבל את התייחסותו של רשם האגודות השיתופיות.

וכך, הגיש כב' הרשם, עו"ד מירון הכהן, את חוות דעתו בה הוא חזר על עמדת בית הדין הארצי לעבודה וטען בהתייחסות ארוכה, מפורטת ומנומקת, כי אין להורות על קיומם של יחסי עובד-מעסיק בין החבר לקיבוצו. לטעמו, הפיכת הקיבוץ לקיבוץ מתחדש אין בה כדי לשנות את המאפיינים הקואופרטיביים של הקיבוץ. עוד הוסיף, כי דיני העבודה זרים להתנהלות הקיבוץ, והחלה כפויה של דינים אלו על מערכת היחסים הקיבוצית, עלולה לגרום לתוצאות בלתי צפויות. בעמדה זו למעשה, תמך כב' רשם העמותות בעמדת הקיבוץ, לפיה יש לדחות את העתירה, ולהותיר את פסיקת בית הדין הארצי על כנה.

רשימה זו יוצאת כנגד תפיסה זו בכלל וכל שכן עת מדובר בקיבוץ המתחדש, וטוענת כי נקודת המוצא היא כי חבר קיבוץ המבצע עבודה בקיבוץ הוא עובד לכל דבר ועניין. לטעמנו, יש להפוך את ההלכה ולקבוע כלל על פיו בין החבר העובד לקיבוץ מתקיימים יחסי עובד מעסיק, בעוד החריג לקיומם של יחסי עבודה יתקיים רק במקרים יוצאי דופן ונדירים (אם בכלל) בהם מתקיימות

הצדקות ממשיות או נסיבות מיוחדות, כפי הקיים בדין הכללי. כינון יחסי עובד מעסיק בין קיבוץ לחבריו העובדים בו הינו הלכה ראויה הן נורמטיבית, הן חברתית כלכלית והן משפטית, הן אקדמית והן מעשית, על מנת למנוע הפלייתם לרעה חברי קיבוץ כעובדים, והדרתם ממערכת דיני העבודה הענפה והמבוססת בישראל. הכל מהסיבות הבאות, ומכל אחת מהן בנפרד.

ראשית, יטען כי **תכלית דיני העבודה** היא להגן על כלל מבצעי העבודה בישראל. החרגת עובד מדיני העבודה היא החריג ולא הכלל. המערכת החלופית בקיבוצים (כאגודה שיתופית) אינה מאפשרת מטריית ההגנות והחובות שדורשים דיני העבודה. ההחרגה באגודת שיתופיות מותאמת לבעלי מניות שאינם עובדים וכלן, במקרים רבים אינה רלבנטית לעובדים בקיבוץ. על פי המצב המשפטי, חברי קיבוץ לרוב אינם זוכים **למיצוי מלא של הגנת דיני העבודה**. בכך נותן בית הדין לעבודה ידו לכך שנפגעות זכויות בסיס בדיני עבודה כגון הזכות לפיצויי פיטורים מלאים, הודעה מוקדמת ושימוע לפני פיטורים, העדר הפלייה, הגנה על זכויות נשים או הרעת תנאים.

המערכת הענפה, המבוססת והמקיפה של דיני העבודה בישראל, המבוססת על שלל חוקי מגן, המקנים זכויות יסוד ופסקי דין יציר עבודה מקצועית של עשרות שנים

5 ע"ע 23086-05-13 דגי תל יוסף ואח' נ' אבי בן אהרון, פורסם ב-lawdata (ניתן ביום 3.12.2013).
6 בג"ץ 2037/14 אבי בן אהרון - בית הדין הארצי לעבודה ואח'.



של בתי הדין לעבודה, מוחלפת בקיבוצים במספר עמודים של כללים שמפורסמים בספרי הקיבוץ ומאושרים מעת לעת על ידי האספה הכללית, שאין בהם כדי להוות אף צל קלוש של דיני העבודה בישראל. מדובר במערכת כללים מצומצמת, מוטה, אנכרוניסטית, נתונה לשינוי ושליטה, המבוססת על מערך אינטרסים זר לענייני עבודה, שאינה מתעדכנת בהתאם לחידושי הפסיקה והחקיקה ואינה משקפת ערכי יסוד של שיטת המשפט בישראל בכלל ואת דיני העבודה בפרט. מערכת כללים זו של עמודים ספורים החלה על עובדים בקיבוצים הינה מנוגדת, לטענתנו, אף לאושיות הדמוקרטיה.

שנית, אי הכרה ביחסי עבודה בין חברי הקיבוץ לקיבוץ, עלול להוביל למצב של הפליה בין עובדים בישראל, וכן הפליה בין חברי קיבוץ לעובדים אחרים באותו מקום. גישה לפיה על חברי קיבוץ העובדים מחוץ לקיבוץ אצל צד ג', או עובדים שאינם חברים בקיבוץ אך עובדים בו - חל משפט העבודה ועובדים אלו זכאים לזכויות בעבודתם ואילו חברי הקיבוץ העובדים באותו מקום, בתנאים דומים ומבצעים בפועל עבודה זהה או דומה, מופלים לרעה בהיותם מודרים ממערכת יחסי העבודה ומזכויות בעבודה, עקב קביעה משפטית ערכאית לפיה בין הקיבוץ אליהם כעובדים אין מתקיימים יחסי עובד ומעסיק - מהווה אפליה, אשר אין בה, לטעמנו בסיס ענייני ממשי. כך, לא יתכן, לדוגמה, כי עובדת

במלון נוף גינוסר מופלית לרעה משאר העובדים רק בשל כל שהיא מתגוררת בקיבוץ. לאחת יערך שימוע ולשנייה לא, אחת זכאית לדמי אבטלה והשנייה לא. האחת זכאית לזכויות מכוח טיפולי פוריות והשנייה לא.

ככל שחבר הקיבוץ, לא היה בעל עסק, לא העסיק עובדים, לא היה בעל לקוחות ולא נטל סיכונים או סיכוי לרווחים. במקרה כזה, יש להכיר ביחסי עובד מעסיק וזאת אף בהסתמך על השיקולים והטעמים שהובאו בפסיקה ובכתיבה⁷ לפיהם המבחנים הקלאסיים קשים ליישום, העסקת עובד עצמאי היא דרך להתחמק מדיני העבודה ולהערים על חוקי המגן, וכן על התכלית המרכזית - להגן על העובד החלש ולמנוע ניצולו ולפעול כנגד תופעות חברתיות שליליות.

הכותבות סבורות כי תכלית קיומם של יחסי עובד מעסיק היא להסדיר זכויות סוציאליות וליתן מינימום קיום בכבוד. הפסיקה, אינה מתנגדת לקיום יחסי עובד מעסיק באופן גורף, וכי יש לבדוק כל מקרה לגופו.

רביעית, המושג "קיבוץ" עבר שינויים מרחיקי

לכת, שמחייבים בחינה מחודשת של מערך הזכויות והחובות בין החברים ותאגיד הקיבוץ⁸. הכותבות סבורות כי היחסים בין הצדדים דומים יותר, במיוחד בקיבוץ המתחדש, ליחסי העסקה רגילים.⁹ ערכים כמו אחווה הדדית - אחד בשביל

שלישית, כאשר את מערכת בין החבר לקיבוץ המבחנים הקלאסיים להתקיימותם של יחסי עובד מעסיק מגלים שמדובר ביחסים רגילים בעבודה. המטרות העיקריות של יחסי העבודה הם תשלום עבור עבודה כאשר שני הצדדים מתקשרים מרצון ויוצרים סטטוס של עובד. בחינת המבחנים המקובלים בפסיקה מעלה כי

מתקיימים יחסי עובד מעסיק במקרה בו, בין היתר, הקיבוץ מפקח על העבודה, חבר הקיבוץ מבצע את העבודה בעצמו, התפקיד אותו מבצע חבר הקיבוץ מהווה חלק מתפקידי הליבה של הקיבוץ, וכי

7 ע"ע 300274/96 צדקא - מדינת ישראל, גלי צה"ל, פד"ע לו 625 (16.10.2001) סטיב אדלר, היקף תחולת משפט העבודה - מכפיפות לתכלית, ספר מנחם גולדברג 17-40 (תשס"ב).
8 סע (ת"א) 57065-03-11 סיצוק נ' קיבוץ גבעת ברנר (ניתן ביום 22.05.2014) (להלן - עניין ברנר).
9 ערכים כמו אחווה הדדית - אחד בשביל

כולם וכולם בשביל אחד עברו, במידה רבה, מן העולם. החבר אינו מחויב עוד להעמיד את כוח עבודתו, ואף לא את הכנסתו מעבודה אחרת, לטובת הקיבוץ. אף הקיבוץ מצידו אינו מחויב עוד כבעבר לדאוג לעבודתו ולפרנסתו של החבר. דברים ברוח זו נאמרו בפרשת **זאבי- קיבוץ לוחמי הגיטאות** "ברקע העובדות שהוכחו התברר, כי בשנת 2001 החל הנתבע בתהליך הפיכה מקיבוץ שיתופי לקיבוץ מתחדש. במסגרת הליך זה, ... אישרו מוסדות הנתבע את "חברת אורחות החיים", אשר שינו את היחסים החוזיים בין הקיבוץ לבין חבריו באופן מהותי. עיקר השינוי היה בכך שבמקום מצב בו כל תמורה הנוצרת מעבודת החברים שייכת לקיבוץ, כאשר כלכלת החברים ומשפחותיהם היתה אחריות הקיבוץ, הפכו החברים אחראים בעצמם לפרנסתם ופרנסת משפחותיהם"⁹.

יוטעם, כי השכר כיום הוא דיפרנציאלי והעובד אינו זכאי יותר לקבלת כלל צרכיו אלא רק למה שהוא צובר. לדוגמא - אם ירצה טיפול רפואי יקר או לתת סיוע לילדיו ברכישת דירה הוא לא יכול לעשות כן אלא מכספים שקיבל. הקיבוץ משלם לחברים העובדים בקיבוץ שכר עבודה ומנפיק עבורם תלושי שכר. ישנה הפרדה בין שכר שהוא אישי לבין מיסי חבר - המקנים זכויות מסוימות. הזכויות שמקבלים חברי הקיבוץ, עברו שינוי משמעותי (מהפכני). מערכת השכר בגין עבודה הופרדה ממערכת הזכויות של חברי קיבוץ. לא עוד זכויות מכוח עבודתם או בתמורה להעברת כוח עבודתם לקיבוץ, אלא בגין

9 ת"א (חיפה) 11-07-2538 זאבי - קיבוץ לוחמי הגטאות (ניתן ביום 14.5.2014). ("ברור כי היחסים החוזיים שבין הצדדים, על אף שאינם יחסי עובד-מעסיק בעיני הפסיקה (ע"ע (ארצי) 13-05-23086 דגי תל יוסף אגודה שיתופית חקלאית בע"מ - אבי בן אהרון (פורסם ב - 3.1213, lawdata), בס' 5, דומים יותר ליחסי עובד-מעסיק מאשר ליחסים חוזיים-מסחריים רגילים"). על תיק זה הוגש ערעור לבית משפט המחוזי בחיפה ע"א (חיפה) 14-07-10568 קיבוץ לוחמי הגיטאות אגודה שיתופית רשומה נ' יעקב זאבי. 10 שם, שם.



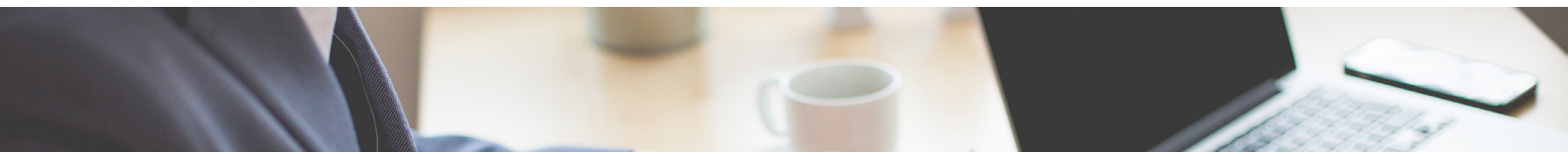


תשלום מסי קהילה בלבד, ללא קשר לעבודתם. פירות העבודה "הולכים" לכיסו של החבר, על ידי תשלום שכרו מלווה בתלוש, והחובה שהייתה בעבר, להעביר לקיבוץ את שכרו, הוחלפה כיום בדרישה שהחבר יעביר לקיבוץ את תלושי השכר שלו בלבד, לצורך חישוב מסי הקהילה.

בנוסף, יש לזכור, כי מוסד "סידור העבודה" בוטל במרבית הקיבוצים ושייך לעבר. לחברים יש כיום עצמאות מלאה לצד אחריות לבחור באופן עצמאי את מקום עבודתם. העבודה מתבצעת לפי כללים שגרתיים כלכליים מסחריים. משרות בקיבוץ מפורסמות במכרזים, עליהם מתמודדים חברי קיבוץ, שבחרים באופן עצמאי וחופשי לגשת למכרז אם ברצונם ולהתמודד מול חברים אחרים או מועמדים חיצוניים (ואף בשל כך חשוב להחיל באופן שוויוני יחסי העבודה).

אחד הנימוקים שמובאים בפסיקה כנגד החלתם של יחסי עובד מעסיק היא תפיסת הקיבוץ כמשפחה. בבג"ץ בעניין **מושלב**¹¹ נטען כי הקיבוץ במהותו הוא מעין משפחה גדולה, "שכל חברה סובלים במידה שווה ממצוקותיה ונהנים באותה מידה מיכולתה הכלכלית", אלא שלטעמנו הקיבוץ המתחדש דומה יותר לשכיר שעובד בתאגיד בעל ענפים רבים מאשר לבן משפחה. אימוץ התפיסה המשפחתית במקומות עבודה בישראל אינו מחייב ביטולם של דיני העבודה כליל כלפי עובדים. ניתן אולי לראות בחבר קיבוץ כעובד אצל

11 בג"ץ 3132/92 מושלב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז הצפון, פ"ד מז (3) 741.



ולהפרות של דיני עבודה.¹³ בפסק הדין שניתן בענייננו בבית הדין האזורי לעבודה נקבע כי לאחר הפרטת הקיבוץ ובסמוך להיותו חבר בחופשה, נחתם עם התובע חוזה העסקה, לפיו הוא הוכר כעובד של הקיבוץ. במילים אחרות, הקיבוץ עצמו הן בחוזה שנחתם עם העובד והן בהליכים המשפטיים הכיר בו כעובד מן המניין. כך לדוגמא קובע חוזה העבודה של התובע כי הוא עובד וכי תשולם לו משכורת, רכב, זכויות סוציאליות וכד'. השאלה התעוררה לגבי חלות דיני העבודה במלואם על מקרה זה, לרבות חובת השימוע, כמו גם לגבי זכויות בתקופה שטרם הפרטת הקיבוץ. על פסה"ד תלוי ועומד ערעור בבית הדין הארצי לעבודה¹⁴.

יתר על כן, לטענתנו המבנה הקיבוצי היום מעודד עבודה בחוץ, יציאה לחופשה מיוחדת ומגורים מחוץ לקיבוץ על מנת לקבל זכויות. לדוגמה במקרה של קיבוץ תל-יוסף, בעת הדיון בבית הדין לעבודה בנצרת מתוך מאה שישים ואחד חברי קיבוץ רק עשרים עובדים בתוך הקיבוץ ובתאגידיו, לעומת חמישים ותשעה חברים העובדים מחוצה לו. עוד נמצא שהקיבוץ מעסיק שלושים ותשעה עובדים חיצוניים, לעומת עשרים חברים בלבד. עבודת החברים בקיבוץ עולה מהתקשרות נפרדת ומיוחדת בין החברים העובדים בקיבוץ לבין הקיבוץ.

חברה משפחתית, בה כל עובד הגם שהוא בן משפחה, משתכר לפי כישוריו, יכולותיו, הזמן שמשקיע בעבודה וכיו"ב. בחברות אלו, כאשר העובד מקבל שכר אמת, חלים דיני עבודה, ולעיתים אף ביתר שאת, כגון במקרה של חובת שימוע.

חמישית, יש לציין, כי הקיבוצים הקדימו את פסיקת בתי הדין ובתי המשפט והם מכירים הלכה למעשה ביחסי עובד מעסיק, בין החברים העובדים לבינם. מתרבים המקרים לפיהם ההכרה בצורך של ההגנה של דיני עבודה היא הדדית מצד הקיבוץ כמעסיק ומצד העובד. דהיינו, הצדדים, לעיתים, מאמצים בפועל, באופן וולונטרי, יחסי עובד מעסיק ביניהם. בין היתר, הקיבוצים מפרישים לביטוח פנסיוני וכן משלמים לביטוח לאומי¹². יש בכך אינדיקציה לזכאות ליתר הזכויות מכוח דיני עבודה. הבעיה היא שהכללים החלים, המרוכזים באוגדן המכונה במקרים רבים "אורחות חיים" הם שונים, חלקיים, משתנים ממקרה למקרה, לא מעודכנים ומוטים.

קחו לדוגמה את פסק הדין של בית הדין האזורי במקרה של **קיבוץ נען**. מדובר בקיבוצניק שגדל התחנך ועבד בקיבוץ נען, אשר הגיש עם פיתוריו תביעה כנגד הקיבוץ, בין היתר, להצהרה כי התקיימו יחסי עובד מעסיק בינו לבין הקיבוץ

12 ת"א (חיפה) 11-07-2538 יעקב זאבי - קיבוץ לוחמי הגיטאות (ניתן ביום 14.5.2014). על תיק זה הוגש ערעור לבית משפט המחוזי בחיפה ע"א (חיפה) 14-07-10568 קיבוץ לוחמי הגיטאות אגודה שיתופית רשומה נ' יעקב זאבי.
13 סע"ש 13-02-29063, סע"ש 13-02-29098 חזון - קיבוץ נען (ניתן ביום 15.1.15).
14 ע"ע 15-02-22305 חזון - קיבוץ נען. יודגש למען הגילוי הנאות הכתבות מייצגות את המערער בערעור בלבד.

לעבודה, תשכ"ט - 1969, המקנה זכות בלעדית לבית הדין לעבודה לדון ביחסי עובד מעסיק, דן בית המשפט המחוזי בתביעה, כתביעה של עובד ומחיל את דיני העבודה במישרין.

שביעית, ההפרדה בין התקופות כגון טרם הפיכת הקיבוץ למחדש ולאחר הפיכתו או בין תפקידים כגון עובד שעבד עבור הקיבוץ כחבר ולאחר מכן שויך לצד ג', הינה מלאכותית והיא מלמדת כי בפועל

זכאותו של עובד לזכויות מתפרשת על כל תקופות העבודה. בהתאם לסעיף 1 לחוק פיצויי פיטורים, מי שעבד אצל מעביד אחד או במקום עבודה אחד ופוטר, "זכאי לקבל ממעבידו שפיטרו פיצויי פיטורים". משמעות ההוראה היא כי המעסיק האחרון הוא זה שחייב בתשלום פיצויי פיטורים בגין כל התקופה שבה עבד העובד באותו מקום עבודה. רצף התעסוקה מקנה זכויות אחרות כדון חופשה או הבראה. לכן הפיכתו של הקיבוץ למתחדש ויצירת יחסי עובד מעסיק יש בהם, לדעתנו, כדי להשפיע על החלת דיני עבודה על כל התקופה, במיוחד כאשר מדובר בפועל בביצוע אותו תפקיד¹⁶.



שישית, אי הבהירות מעוררת שאלות של סמכות עניינית והסמכות שבדין. בפועל, קיים בלבול בין מקורות משפטיים וערכאות. סוג היחסים המשפטיים הוא הקובע את הדינים שיחולו ואת הערכאה המוסמכת לדיון בנושא. המחשה טובה לטענה זו היא **פרשת זאבי - קיבוץ לוחמי הגיטאות**, שנדונה בבית המשפט המחוזי. בית המשפט המחוזי טוען כי "מאחר ומדובר ביחסי עובד-מעסיק או ביחסים מאוד קרובים לכך, הרי שיש להתייחס גם לחובות מעולם דיני העבודה לאירועים המתוארים ובראשן זכות השימוע"¹⁵. יוצא שבניגוד לסעיף 24 לחוק בית הדין

15 ת"א (חיפה) 2538-07-11 יעקב זאבי - קיבוץ לוחמי הגטאות (ניתן ביום 14.5.2014), שם בסעיף 88 לפסק הדין.
16 ראו סעש (נצ') 26635-12-11 מירב אידלסון גולדנברג נ' עתיד - רשת חינוך ובתי ספר בע"מ (ניתן ביום 6.3.2013) בסעיף 1 (התובעת, חברת קיבוץ בית זרע, מורה במקצועה, עבדה בבית הספר העל יסודי שבקיבוץ בית זרע בשם "בקעת כנרות" - המוסד החינוכי של השומר הצעיר (להלן: "בית הספר")) החל מיום 1.1.1997 עד ליום 31.8.2010, מועד בו נכנסו לתוקף פיטוריה. הנתבעת מפעילה את בית הספר החל מיום 1.9.2005, לפני כן הוא הופעל על ידי עמותת בקעת כנרות (להלן: "העמותה") והתובעת המשיכה לעבוד באופן רצוף עת הועבר בית הספר לנתבעת). ראו גם סעש (חי') 22885-11-12 רחל נאוה סלע נ' תקוה כפר הכשרה מקצועית בגבעת זייד בע"מ (ניתן ביום 8.4.2014).

רשימה זו תציע, לביסוס עמדתה, לעשות שימוש במבחנים הקיימים בפסיקה, לאור העמדה שהוצגה בכתב זה.

המבחן הראשי נקבע בבג"ץ ערוגות.¹⁷ מבחן זה קובע כי הכלל הוא שחבר באגודה שיתופית איננו עובד של האגודה (כלל אשר הכותבות מתנגדות לו). החריג לכלל הוא כי חבר אגודה שיתופית יכול להיחשב עובד של האגודה, כאשר עבודתו באגודה השיתופית איננה נובעת מעצם חברותו באגודה, אלא מהסכם נפרד בקשר לעבודתו, והכל לפי נסיבות המקרה.

מבחן נוסף, הוא מבחן ההתקשרות.¹⁸ מבחן זה שואל "האם קיימת התקשרות בין הצדדים אשר יוצרת ביניהם קשר משפטי ואין בכוונת הצדדים בקשר שנוצר, שלילת יחסי עובד ומעסיק"¹⁹?

בנוסף יש לבחון את מבחן תשלום שכר וזכויות סוציאליות בו יש לבדוק האם העובד קיבל גמול שכר עבור עבודתו וזכויות סוציאליות.²⁰ כן יש לבדוק, האם העובד מקבל תלוש שכר²¹ ואם כן, האם הוצאת תלושי השכר באופן בו נמסרו נעשתה לשם הנוחות והקלה בחישוב²²?

עוד יש לבחון האם העבודה בוצעה במסגרת שיבוץ בעבודתו הרגילה של העובד כחבר קיבוץ או האם עבודתו

במפעל נעשתה על פי חוזה עבודה בין לבין הגורם החיצוני.²³

כך בפסק דין בעניין בונה הטעימה כב' השופטת וירט ליבנה כי "החברה היא אחד מענפי הקיבוץ בדיוק כמו כל הענפים האחרים בקיבוץ ואין כל נפקא מינא לכך שהקיבוץ רשם את החברה כאישיות משפטית נפרדת כל עוד היא בבעלות מלאה של הקיבוץ, ככל שאנו מתייחסים למערכת היחסים שבין המערער כחבר קיבוץ לבין החברה והקיבוץ"²⁴.

לסיכום, לדעת הכותבות, הדעה הרווחת בפסיקה, לפיה נקודת המוצא היא שככלל אין מתקיימים יחסי עובד מעסיק בין הקיבוץ לעובד, היא שגויה, הן תכליתית הן פרקטית, אנכרוניסטית (מתאימה אולי למבנים חברתיים של שיתוף מוחלט שהיו קיימים במקרים קיצוניים עם קום המדינה), ואינה עומדת במבחן הזמן. דעה זו מביאה להדרתם של אלפי עובדים ויותר מדיני העבודה באופן הפוגע המפלה אותם לרעה ופוגע בזכויות יוסד שלהם. כך לדוגמא: קבע בית הדין הארצי שחברת קיבוץ אינה זכאית לדמי אבטלה, בנימוק שהמעבר בין הקיבוץ המסורתי השיתופי לקיבוץ במודל רשת הביטחון אינו מצדיק שינוי מעמד החבר ביחס לדמי אבטלה.²⁵

17 בג"ץ 4892/95 ערוגות מושב עובדים נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פורסם ב-lawdata (ניתן ביום 17.7.96)
18 ע"ע 1501/04 אמיר בונה - פלסים ואח' (להלן- עניין בונה) פורסם ב-lawdata (ניתן ביום 9.01.05)
19 שם בסעיף 4 (ועל שאלה זו השיב בית הדין האזורי כי במקרה של חבר קיבוץ, החבר באגודה השיתופית שהיא הקיבוץ עצמו, העובד בחברה, שהיא בבעלות מלאה של הקיבוץ לא נוצרה כוונה ליצור קשר של יחסי עובד ומעסיק)
20 ע"ע 1530/04 חנה רייק-גולדשמידט נ' קיבוץ איילון (ניתן ביום 20.12.05).
21 סעיף 4 לפס"ד בעניין בונה.
22 עמ' 10 בפס"ד בעניין ברנר.
23 כב' השופט אדלר בעניין בונה.
24 שם בסעיף 4.

הלכה זו חושפת את העובדים, המבצעים עבודה לכל דבר ועניין, לכללים מקריים, שרירותיים, משתנים, מוטים שמנסים לצמצם לכמה עמודים של כללי קיבוץ, הנתונים לחסדם והבנתם של האסיפות הכלליות, במקום להחיל עליהם מערכת חזקה, מקיפה, דינאמית ועובדת של כל הלכות דיני העבודה בישראל.

ראו הקביעה של השופט בתביעה של חברת קיבוץ, שעבדה במלון נוף גינוסר, השייך לקיבוץ גינוסר, לאחר שהפך לקיבוץ מתחדש, לפיה למרות שהקיבוץ עבר למודל "קיבוץ מתחדש", המקנה לחבריו "רשת ביטחון" סוציאלית מזערית, ונותן להם תקציב באופן דיפרנציאלי - הרי שבקיבוץ הוחלט שחברי קיבוץ העובדים בענפיו לא ייחשבו כ"עובדים" של הקיבוץ.²⁶

לסיכום, יטענו הכותבות, כי המושג "קיבוץ" עבר שינויים מרחיקי לכת, שמחייבים בחינה מחודשת של מערך הזכויות והחובות בין החברים ותאגיד הקיבוץ. יש לבחון מחדש את ההלכות בכלל ולהתאימן לקיבוץ המתחדש בפרט. יתר על כן, נראה כי הלכות אלו מפלות לרעה בין חברי קיבוץ לעובדים ואינן מאפשרות מיצוי מלא של ההגנה על חברי קיבוץ, שהינם בפועל עובדים, לכל דבר ועניין, כעובדים.

בכך נפגעות זכויות בסיס שלהם כגון הזכות לפיצויי פיטורים מלאים, הודעה מוקדמת ושימוע לפני פיטורים, העדר הפלייה או הרעת תנאים. יתרה מכך, הקיבוצים עצמם מכירים בקיומם של יחסי עובד מעסיק בינם לבין חלק נכבד מהחברים העובדים אצלם ובשירותם, ופועלים על פי דינים אלו, בעוד בתי הדין לעבודה ובתי המשפט ממשיכים לאחוז מסיבה לא ברורה בהלכות הוותיקות שנראה כי אבד עליהן הקלח.

25 עב"ל 441-08 המוסד לביטוח לאומי נ' אסתר פרגר ויניאר (ניתן ביום 12.6.13)
26 סעש (נצ') 34206-09-12 מרים לוי נ' מלון גינוסר (ניתן ביום 20/8/2014).

תובענה ייצוגית בדיני עבודה

פרופ' הדרה בר-מור¹



מבוא

תובענה ייצוגית היא מנגנון אכיפה פרטי שנועד להגשים מספר מטרות הכלולות בסעיף 1 לחוק התובענות הייצוגיות, תשס"ו-2006. עיקרו הוא איסוף וריכוז של תביעות אישיות של תובעים, חלקם גם לא ידועים במועד הגשת התביעה, לכדי תביעה אחת שמנוהלת על ידי תובע או תובעים מייצגים. התביעה הייצוגית מבוססת על עקרון הדומה לזה של משפט העבודה הקיבוצי - הגדלת כוחו של התובע הייצוגי באופן שנחיתותו הבסיסית תתאזן מול הנתבע.

¹ פרופסור חבר, בית הספר למשפטים, מכללה אקדמית נתניה

(3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;

(4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות.

הרישא של החוק משקפת את תכליתו כמנגנון המכוון לסייע לקבוצות מוחלשות לקבל הזדמנות שווה להוכיח את תביעתן. החוק גם כולל עילות תביעה שנוגעות לתחום יחסי העבודה. עילות אלו הן בבחינת חידוש במרחב האכיפה של זכויות עובדים. קודם חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות ההכרה ביכולת להגיש תובענה ייצוגית בבית הדין לעבודה כבר נקלטה מפורשות בחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996 וחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998. בשני חוקים אלו הוכרה בזכותם של עובדות ועובדים להיאבק עבור השוואת מעמדם וזכויותיהם גם באמצעות מנגנון התובענה הייצוגית. אולם, ההכרה בזכות להגיש תובענה ייצוגית בגין הפרת חוק שכר שווה או חוק שוויון זכויות לבעלי מוגבלויות אינה דומה להכרה סטטוטורית במצבור של עילות העוסקות במצבים שונים במסגרת מערכת יחסים בין עובד למעסיק. יש בהענקת הזכות להגשת תובענה ייצוגית על הפרת זכויות מכוח חוקי עבודה שונים וכן חוקים שענינם הפליה בתחום העבודה שינוי מהותי באופן התייחסותו של המחוקק למרחב יחסי העבודה. בדברי ההסבר להצעת החוק הובהר כי זכויות אלו בתחום יחסי עבודה הוענקו מטעמים של "החשיבות הציבורית והחברתית המוגברת

לתובענה הייצוגית² גם סכנות: שימוש לא נכון בה עלול לפגוע ביחיד הקבוצה המיוצגים בתובענה הייצוגית, בנתבעים ובמשק כולו. על סכנותיה של התובענה הייצוגית עמד הנשיא אהרון ברק: ראשית, היא עלולה לפגוע (כמעשה בית דין) ביחיד שכלל לא ידע עליה. שנית, היא עלולה לבוא כקנוניה שבין התובע הייצוגי לבין הנתבעים. שלישי, תובענות ייצוגיות עלולות להיות מוגשות ממניעים פסולים, כגון סחיטה, תחרות, השתלטות עוינת או קנטרנות ובכך להזיק למשק בכללותו. התביעה הייצוגית - אף אם אין בה כל ממש עלולה לדחוק נתבעים להתפשר עם תובעים, ובלבד שלא יצטרכו לשאת בעלויות הרבות הכרוכות בהגנה מפניה. על רקע כל אלה התקבל בכנסת בשנת 2006 חוק תובענות ייצוגיות אשר הסדיר בצורה מקיפה את הכללים להגשת תובענה ייצוגית בתחומי משפט רבים, וביניהם ניתן מקום רב גם לתחום משפט העבודה.

מטרתו של החוק כפי שהוגדרה בסעיף 1 לו היא לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם את המטרות להלן:

(1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;

(2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;

2 רע"א 4556/94 טצת נגד זילברשץ, פ"ד מט(5) 774 (1996). (להלן: עניין טצת); רע"א 3126/00 מדינת ישראל - א.ש.ת. ניהול פריוקטים וכח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220 (2003). השופט ברק, עניין טצת, ע' 784.

ייצוגיות נחלקות לשני סוגים. סוג אחד של עילות מתאפיין בזכות להגשת תובענה ייצוגית בלי להתייחס לאופיו המאורגן של מקום העבודה או לאסדרה הקיבוצית בו. הסוג השני של העילות מוגבל יותר והזכות להגיש תובענה ייצוגית במסגרתו תלויה באופים של יחסי העבודה.

הסוג הראשון כולל עילות שלא מוטלת מגבלה כלשהי על הגשתן אפילו במקומות עבודה מאורגנים וכוללות את הנושאים הללו: עילות העוסקות בהפליה בעבודה, לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, עילות לפי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996 וכן תביעה להפליה בתעסוקה או להעדר ייצוג הולם בעבודה בניגוד לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998.

הסוג השני כולל תביעות מכוח ארבע עילות כדלקמן:

א. תביעה בעילה אשר לבית דין אזורי לעבודה הסמכות הייחודית לדון בה לפי סעיף

24(א)(1), (א1) או (3) לחוק בית הדין לעבודה,

שבאכיפת הוראות חוקים מסוג זה, ובהגנה על הזכויות הנגזרות מהם³ והם משקפים התמודדות ריאלית עם חולשתם של מנגנוני האכיפה וההרתעה שהיו קיימים עד חקיקתו של חוק התובענות הייצוגיות והיו אמורים לגונן על העובד. עיקרם של מנגנונים אלו היה הכוח הקיבוצי של ארגון העובדים וכוח זה הלך ונמוג. חוק התובענות הייצוגיות מהווה דוגמה בולטת להתפכחות הממלכתית מכוחו הבלתי מעורער של ארגון העובדים בצורתו הקודמת. פסק דין של בג"ץ שניתן לאחרונה בענין הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה⁴ מיום 30.8.15 ודן בנושא של זכותם של עובדים בודדים להגיש תובענה ייצוגית משקף את הרוח החדשה שנושבת בבג"ץ. בדיון שאציג כאן אתאר את מהותה של התובענה הייצוגית ככלי אכיפה פרטי ואת החידושים שמציגה החלטת הבג"ץ לרבות נכונותו להגביר את מידת ההתערבות בהחלטותיו של בית הדין לעבודה.

העילות לתביעה מכוח יחס עבודה ומגבלותיהן:

עילות התביעה מכוח יחסי עבודה שכלולות בחוק תובענות

3 ראה דיברי הסכם להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, הצ"ח 234, 26.1.06 ע' 285.
4 בבג"ץ 1893/11 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, (פורסם ב Lawdata)



התשכ"ט-1969, ובלבד שלא נדרש במסגרתה סעד של פיצויי הלנת קצבה, פיצויי הלנת שכר או פיצויי הלנת פיצויי פיטורים לפי הוראות סעיפים 16, 17 ו-20 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958.

ב. תביעה של עובד בעילה לפי סעיף 6א לחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987,

ג. תביעה של עובד בעילה לפי סעיפים 2 ו-3 לחוק הזכות לעבודה בישיבה, התשס"ז-2007,

ד. תביעה של עובד בעילה לפי חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996.

על תביעות אלו מוטלת מגבלה של סעיף 10(3) לתוספת השניה לחוק (להלן: סעיף 10(3)) על פיה לא ניתן יהיה להגיש תביעות בעילות אלו כאשר התובע הוא עובד שחל עליו הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי עבודתו, והמעסיק של אותו עובד או ארגון מעבידים שהוא חבר בו, צד להסכם הקיבוצי. במלים אחרות, על פי פרשנותו הפורמלית של הסעיף עובד שחל עליו הסכם קיבוצי שמסדיר את תנאי עבודתו, ומעסיקו צד להסכם הקיבוצי לא יוכל להגיש תביעה בעילות מן הסוג השני.

ההגיון מאחורי מגבלה זו מבוסס על מודל יחסי העבודה הקיים בארץ שאימץ את העקרון של העדפתו של ארגון העובדים היציג במטרה לקדם יחסי עבודה יציבים ולמנוע סכסוכי עבודה הנובעים מיריבות

בין ארגוני עובדים. עקרון זה מעוגן בחוק הסכמים קיבוציים שנחקק בשנת 1957 ובמציאות התעשייתית שהיתה קיימת סביב תקופת חקיקתו. בהתאם להגיון זה לא היה צורך בתובענה ייצוגית המנוהלת על ידי עובד או מספר עובדים, כאשר קיים ארגון עובדים המייצג את כלל העובדים. יש בתובענה הייצוגית, על פי הגיון זה, כדי לפגוע בכוחו של ארגון עובדים להשיג הטבות לכלל העובדים, ואף לוותר על תביעות כלכליות או תביעות משפטיות היתנות להגשה בדרך של סכסוך קיבוצי. הארגון אמור לשקול בעיקר את טובת הכלל ולפעול לטובתו, גם אם אין בכך תמיד כדי לסייע לעובד הבודד⁵. לכן, במקומות עבודה שכפופים למשטר של הסכמים קיבוציים מוקנית עדיפות לכוחו של ארגון העובדים ונדחית זכותו של העובד להגיש תובענה ייצוגית שיש בה כדי לאיים על לכידותם של עובדי המפעל סביב ארגון העובדים היציג. נמצא כי באיזון בין הענקת עדיפות לארגון העובדים כגוף שאחראי על הגנת העובדים לבין החשיבות הציבורית והחברתית המוגברת שבאכיפת הוראות החוקים מהסוג השני גברה החלופה הראשונה.

אולם, בפועל, מתברר כי המציאות השתנתה. למרות רצונם העז של בתי הדין לעבודה לקדם ולשמר את המודל של יחסי עבודה קיבוציים, הרי שהשינוי בדפוסי העבודה, ובאופי שוק העבודה הוביל לקיומם של עיוותים רבים במגזרים רבים.

5 ראו ע"ע 1210/02 ביבריינג - אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ, פ"ד לח(2003) 115, הנשיא אדלר. (להלן: ביבריינג)

שניים מן המגזרים הבולטים בהם נחיתותו של העובד באה לידי ביטוי הם מגזר השמירה והאבטחה ומגזר הנקיון שאף הוחרגו מתחולת חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996 והוגדרו כחברות שירותים. במיוחד במגזר השמירה והאבטחה התברר כי למרות הסכמים קיבוציים וצווי הרחבה שנחקקו בפועל העובדים לא הצליחו לממש את הזכויות שהוענקו להם. בצר להם החלו העובדים להפעיל את הנשק החדש של התובענות הייצוגיות. בתחילת התהליך הזה בתי הדין לעבודה, הפגינו נאמנות למדיניותם להדוף נסיונות לערער על מודל יחסי העבודה הקיבוציים שקיים בארץ ודחו את הבקשות להגשת תובענות ייצוגיות ככלי קיבוצי. אולם, לאט לאט החלו להתגלות סדקים בחזית זו.

פסק הדין המרכזי של "הדור הישן" בבית הדין לעבודה בו נדחתה האפשרות להגשת תובענה ייצוגית הוא ביברינג - אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ⁶. הנשיא אדלר הציג בו את משנתו הסדורה לגבי עליונותם של היחסים הקיבוציים וייחודו של כוח האכיפה הקיבוצי שמופעל על ידי ארגון העובדים מול תובענה ייצוגית שמנוהלת על ידי עובדים שלא נבחרו בהליך דמוקרטי. בבחינת טובת העובדים הוא מעמת בין ייצוגם בהליך קיבוצי על ידי ארגון העובדים שהוא ההסתדרות הכללית החדשה, לבין ייצוגם בתובענה ייצוגית

שתנוהל על ידי שני עובדים המבקשים לייצג את כלל העובדים. לשיטתו, קיימת עדיפות ברורה להליך המנוהל על ידי ארגון עובדים המייצג את כלל עובדי מקום העבודה, על פני תביעה אישית של שני עובדים, המבקשים לייצג באמצעותה את כלל העובדים. בניהולו של ההליך הקיבוצי על ידי ארגון העובדים, מוטמעת חזקה שהוא יופעל לטובת כלל העובדים לעומת הליך של תובענה ייצוגית שמוגש על ידי שני עובדים, שקיים בו חשש להעדפות אישיות ואינטרסים אישיים. למרות זאת, שניים מהשופטים שישבו בדין (אדלר, רבינוביץ) מצאו לנכון להביע עמדתם כי בנסיבות מסוימות ניתן יהיה לאשר הגשת תובענה ייצוגית אם יתברר כי עניינם של העובדים עלול להיפגע באופן בלתי הפיך.

לאחר מתן פסק הדין הזה וחקיקתו של חוק התובענות הייצוגיות התחזקו הקולות בבית הדין הארצי לעבודה לטובת פריצת ההגנה על תפיסת המודל הקיבוצי הקלאסי והכרה באפשרות להגיש תובענה ייצוגית במקום עבודה מאורגן. לדוגמה, בענין רותי אורן⁷ שניתן עוד בשנת 2009 הביע בית הדין עמדה מהוססת לגבי תקפותה המוחלטת של ההנחה בדבר עוצמת ההגנה לה זוכים העובדים מארגון העובדים היציג. השופטת רוזנפלד אליה הצטרפו כל השופטים האחרים בסוג של "הערת אגב" הביעה את העמדה כי: "גישה פרשנית מרחיבה של הוראת סעיף 10(3)

6. ע"ע 1210/02 ביברינג - אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ, פ"ד לח(2003) 115.
7. עע (ארצי) 339/07 רותי אורן נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם ב-Lawdata 18.01.2009). העתירה לבג"ץ בעניין נדחתה על הסף בבג"ץ 9720/10 אורן נ' בית הדין הארצי לעבודה [פורסם ב-Lawdata] (25.1.2011)



לא הפרישה עבור וירון, עובד לשעבר של החברה, ועובדים אחרים לקופת גמל ופיצויים בהתאם לאמור בצו ההרחבה בענף מפעלי השמירה משנת 1973. הדיון נסב אודות השאלה האם ראוי שהתביעה תתברר כתובענה ייצוגית בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: החוק). בפסק דינה של השופטת ורדה וירט ליבנה ניכרת ההכרה כי מציאות שוק העבודה בארץ לא מאפשרת התעלמות מקשיים של תיאור מודליחסי העבודה כחד ממדי וקיבוצי. יחסי העבודה הריבודיים העלו תמונה עגומה לגבי הפרת זכויות עובדים שהתרחשו בענף. אחת התוצאות הבולטות של שינוי במודל הקיבוצי היתה

לתוספת השנייה, כך שהוראתו הגורפת היא כי לעולם לא ניתן יהיה להגיש תובענה ייצוגית במקום עבודה שבו חל הסכם קיבוצי היא גישה נוקשה העלולה להימצא "בלתי מתאימה להתפתחויות לעתיד לבוא".

תובענה ייצוגית במקום עבודה מאורגן - המודל ושיבו

ואכן, לא רחק היום ובית הדין לעבודה הכיר בזכותם של עובדים להגיש בקשה לתובענה ייצוגית למרות קיומו של סעיף 10(3) לחוק. המדובר הוא בפסק דין וירון 8 שעניינו בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד חברת תבל. הטענה היתה כי הנתבעת

8. עע (ארצי) 629/07 יגאל וירון נ' תבל אבטחה ניקיון ושירותים בע"מ (פורסם בLawdata, 03.01.2011). על החלטה זו הוגשה עתירה לבג"ץ שנדונה בבגץ 1893/11, הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, (פורסם בLawdata) במקביל להליכים במסגרת התובענה הייצוגית עצמה.

העדר אכיפה מספקת של חוקי המגן, חוסר המודעות של העובדים לזכויותיהם, אוזלת ידם של העובדים המעטים שבוחרים לפנות לערכאות וההליכים הארוכים והיקרים שמתישים את כוחם וכיסם, וחולשתו של ארגון העובדים שאמור לייצג את ציבור השומרים והמאבטחים.

הסכמי אכיפה ומנגנוני הביצוע

החלטתו של בית הדין לעבודה הדליקה אצל ארגוני העובדים את כל הנורות האדומות וזרזה את חתימתם על הסכמים קיבוציים שהוגדרו כהסכמים אשר נועדו לקדם את האכיפה של זכויות העובדים בענף השמירה. בשנת 2011 נחתם בענף הסכם האכיפה הכללי. הצדדים לו הם ארגון המעסיקים בענף השמירה והסתדרות הכללית. הסכם זה תואם את אוירת עידוד האכיפה ששררה באותה שנה שבה גם נחקק החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, תשע"ב-2011 והוא גם היווה עדות בולטת ל"הודאתו" של ארגון העובדים בקושי לאכוף את זכויותיהם של חבריו בענף השמירה.

אכן, הסכם 2011 היתווה מספר מנגנוני ביצוע ואכיפה:

ראשית כל מעסיק החבר בארגון המעסיקים חויב להמציא לארגון ולהסתדרות הכללית הצהרה שנתית מאושרת על-ידי רואה חשבון בדבר עמידתו בחובות ובתשלומים שחלים עליו על-פי דיני העבודה, צווי ההרחבה

וההסכמים הקיבוציים.

שנית, הוקמה ועדת אכיפה שמורכבת מנציג של ארגון המעסיקים, מנציג ההסתדרות הכללית ומרואה חשבון חיצוני. תפקידה לקיים מדי שנה ביקורת מדגמית אצל מעסיקים החברים בארגון המעסיקים לגבי עמידתם בחובות ובתשלומים כפי שפורטו לעיל, לרבות ביחס לתקופות שחלפו.

שלישית, בענין הסנקציות על אי קיומו קובע ההסכם כי המעסיקים יהיו מחויבים לתיקון מלא של הליקויים שיתגלו, ואילו ההסתדרות הכללית תהיה מוסמכת להרחיב את הביקורת על המעסיק ולהורות לו לתקן ליקויים אף אם הם חורגים מתקופת ההתיישנות.

רביעית, נקבע מנגנון אכיפה אישי מכוחו עובד המעוניין להתלונן על הפרת זכויותיו, רשאי לפנות באמצעות נציג האיגוד הארצי של עובדי השמירה והאבטחה אל המנגנון ליישוב חילוקי דעות שנקבע בהסכם הקיבוצי הכללי משנת 2008. לפי סעיף 33 להסכם זה תחילה תפעל ועדה פריטטית ראשונה, המורכבת מנציג של המעסיק ונציג של ההסתדרות הכללית, לבירור ולתיווך בחילוקי הדעות בין הצדדים להסכם, ואם לא תושג בוועדה זו הסכמה, תועבר המחלוקת לוועדה פריטטית עליונה, המונה שני נציגים, אחד מכל צד (ההסתדרות הכללית וארגון המעסיקים). על-פי סעיף קטן (א) לסעיף 33, אם לא מושגת הסכמה אף בוועדה הפריטטית



תובענות ייצוגיות על הפרת זכויות הנובעות מתקופות הקודמות לקיומם של הסכמי האכיפה החדשים וכן לגבי בקשות לתובענות ייצוגיות בתקופת חלותן של הסכמי האכיפה.

כל הבקשות הגיעו בסופו של דבר לבית המשפט הגבוה לצדק והן נדונו במאוחד⁹.

לאור העובדה שההסתדרות הכללית הציגה בפני בית הדין הארצי את אופן מימוש הסכם האכיפה ובית הדין הארצי התרשם כי הוא יעיל ואפקטיבי החליט הבג"ץ להימנע מלהתערב בהחלטתו של בית הדין לעבודה שלא לאשר בקשה לתובענה ייצוגית כנגד חברות השמירה.. אך הוא מדגיש, מפיה של השופטת ברק-ארז כי לא תהיה מניעה לחזור ולהגיש בקשה לתובענה ייצוגית בענין במידה והפעלתו של הסכם האכיפה הכללי לא תעמוד בקריטריונים שהיתוותה.

אולם, מענין לקרוא את הנימוקים של כל אחד מן השופטים: השופטת ברק-

העליונה, המחלוקת עוברת להכרעתו של בורר שייקבע על-ידי הוועדה. על-פי סעיף קטן (ב) לסעיף 33, ככל שמדובר בחילוקי דעות בין עובד למעסיקו הם יהיו רשאים להחליט על העברת המחלוקת לבורר כאמור בסעיף קטן (א).

ההסכם השני שנחתם הוא ההסכם הקיבוצי מיוחד בין חברת עמישב שירותים בע"מ, לבין הסתדרות העובדים הלאומית הפועלת כארגון עובדים בעמישב מאז שנת 2013 על אף שטרם הוכרע אם היא הארגון היציג בחברה. למעשה, הסכם האכיפה המיוחד דומה להסכם האכיפה הכללי שנעשה עם ההסתדרות הכללית, אך הוא מתייחס אך ורק לחברת עמישב ולעובדיה.

הגשת תובענות ייצוגיות בבית הדין לעבודה - עובדה קיימת במקביל לפעילות ארגונית זו, ובסביבות המועדים בהם נחתמו ההסכמים הקיבוציים הללו החלו להיות מוגשות בקשות לאישור

9. בגן 1893/11 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פורסם Lawdata.

(א) פירוט של ההפרה הנטענת מצד המעסיק.

(ב) דרישה שארגון העובדים יפעל לאכיפה זכויותיו של העובד.

(ג) הבהרה והדגשה שאם ארגון העובדים לא יפעל במהירות המתבקשת ובשקידה הראויה - הוא עלול להחשף לתביעה בגין יצוג שאיננו הולם.

(ד) הודעה כי הפונה שומר לעצמו את הזכות להגיש תובענה ייצוגית כנגד המעסיק - היה והארגון לא יפעל, או שמאמציו לא ישאו פרי בזמן סביר (ובהקשר זה מקובל עלי שזמן סביר לפני תום תקופת ההתיישנות - הוא "הגבול העליון" להמתנה מצד העובד טרם שהוא מגיש את תובענתו הייצוגית, אף כי יתכן שאפילו אם לא יעשה העובד כן ותעבור תקופת ההתיישנות - תקום לו עילה של רשלנות כנגד ארגון העובדים ביחד ולחוד עם עילת היצוג הבלתי הולם.

את הצורך בהכללת כל היסודות הנ"ל במכתב הדרישה המוקדם הוא מבסס על חובת תום הלב של העובד ועל הצורך באיזון ראוי בין מודל משפט העבודה הקיבוצי הקלאסי לבין השימוש בתובענה הייצוגית ככלי שקורא תיגר על תקפותו של מודל זה בתקופה זו. זאת, לעומת השופטת ברק-ארז שסבורה כי הפניה לארגון העובדים צריכה להיות בדיקה אותנטית של הפעילות היומיומית של הארגון, גם כאשר זה אינו "מוזהר".

ארז קובעת כי הגישה העקרונית לבחינת ההגנה על העובדים היא לא רק עשייתם אלא גם ביצועם. העיקרון המנחה אותה הוא לפרשנותו של סעיף 10(3) הוא תכליתיות החקיקה לפיו יש לאפשר הגשת תובענה ייצוגית במקום שבו ארגון העובדים אינו מתפקד ואינו פועל לאכיפת זכויות העובדים. במסגרת זו היא עושה שימוש במנגנון "בעיית הנציג" כדי לנסות ולהבהיר את חדלונם של ארגוני העובדים מלספק הגנה לחברי הארגון. ובמלים אחרות, כאשר מוגשת בקשה לאישורה של תובענה ייצוגית של עובדים במקום עבודה שחל עליו הסכם קיבוצי החוק יפורש כך שאפשרות זו לא תימנע באופן קטגורי אלא תיבדק על רקע תיפקודו של ארגון העובדים.

השופט מלצר מצטרף לשופטת ברק-ארז ומסכים לגישתה תוך הסתייגות בשתי סוגיות: מתכונת הפניה לארגון העובדים קודם להגשת בקשה לתובענה הייצוגית וסוג הזכויות המופרות שבגינן מוגשת הבקשה לתובענה ייצוגית. למרות שהוא מקבל את עצם ההתערבות בהתנהלותו של ארגון העובדים הוא מטיל על העובדים מגבלות כבדות יותר בענין הפורמליות של מתכונת הפניה לארגון העובדים, ובענין סוג הזכויות שבגינן יוכל העובד לבקש אישור להגשת תובענה ייצוגית. בענין אופן הפניה המוקדם שעל העובד להפנות לארגון העובדים היציג לפני שיוכל להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית, יש לכלול איפוא אלמנטים אלה:

בענין סוג הזכויות שבגינן אפשר יהיה לאשר הגשת תובענה ייצוגית על הפרת זכויות במקום עבודה מאורגן הוא סבור כי אלו יוכלו להיות רק זכויות קוגנטיות ולא זכויות מכוח הסכם קיבוצי כפי עמדתה של ברק-ארז.

לעומתם השופט זילברטל מציג את העמדה השמרנית שהיתה מקובלת בבג"ץ בנושא התערבותו בהחלטותיו של בית הדין לעבודה ובעולם העבודה בכלל. הוא מעדיף שמידת התערבותו של הבג"ץ בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה בסוגיה תהיה מצומצמת, מפאת ההלכה על פיה שבית המשפט הגבוה לצדק אינו פועל כערכאת ערעור על החלטות בית הדין הארצי לעבודה, וההתערבות בפסיקתו שמורה למקרים נדירים יחסית, בהם מדובר בשגגה משפטית מהותית ובולטת, בנושא בעל חשיבות ציבורית, חברתית או כלכלית, שהובילה לאי צדק שלא ניתן להתעלם ממנו. במילים אחרות: ההתערבות שמורה בעיקרה למקרים בהם מתגלית טעות משפטית מהותית בפסק הדין וכאשר הצדק מחייב התערבות של בית משפט זה למניעת עיוות דין.

לסיכום:

נושא התובענות הייצוגיות הפך להיות מנגנון רב עוצמה שמשמש עובדים לשם הגנה על זכויותיהם במקומות בהם ארגוני העובדים מסרבים או נמנעים מלעשות זאת מסיבות שונות. מתברר שהשוט של התובענה הייצוגית מהווה מנגנון להקטנת כוחו החד צדדי של הארגון ביחסיו עם העובד הבודד ומחזק אותו. ההתרחשויות בשנים האחרונות בזירת התובענות הייצוגיות שהגיעו לשיאן עם פרסומו של פסק הדין בענין חברות השמירה משקפות שינוי מענין של עמדת הבג"ץ בהתייחסותו לטיבו של מודל יחסי העבודה בארץ ולהתערבותו בהחלטותיו של בית הדין הארצי לעבודה. בענין טיבו של מודל יחסי העבודה הקיבוצי מפגין הבג"ץ אכזבה והתפכחות מעליונותו הבלתי מעורערת של ההסכם הקיבוצי כמנגנון להגנה על העובדים. בענין מידת נכונותו להתערב בהחלטותיו של בית הדין לעבודה דומה כי לפחות חלק משופטי הבג"ץ סבורים כי יש להגבירה ככל שעולה החשיבות הציבורית של הסוגיה הנדונה. ■

השעיית עובדים - "מניית הזהב" בתקנון העבודה (תקנון המשמעת)

תקנון העבודה - אותו הסכם קיבוצי היסטורי משנות ה-60 של המאה הקודמת בין התאחדות התעשיינים להסתדרות הכללית קובע סקאלת התנהגויות אשר הפרתן מאפשרת הענשתו של העובד אשר עובר עבירת משמעת.

סעיף מרכזי בתקנון מאפשר להנהלת החברה, במקרה שנעברת אחת העברות החמורות המפורטות בסעיף 53 לתקנון ובהם עברה ששמה "הפר משמעת באופן חמור", להשעות את העובד כהליך ביניים ללא זכות וטו של ארגון העובדים.

העבודה. מומלץ כמובן להתייעץ מקצועית באם מדובר בעברת משמעת חמורה שעובדותיה אינה מוטלת בספק מאחר וכל הנושא כרוך בביקורת משפטית אפשרית. במידה ולא מגיעים בברור לסיכום מוסכם, עוברת ההכרעה לוועדה פריטטית

קרי, בשיקול דעת ההנהלה לקבוע סובייקטיבית כי אכן נעברה העברה, הרי במקרה זה במידה ועובדת העברה אינה מוטלת בספק, הרשות בידי ההנהלה להפסיק את עבודת העובד עד לבירור אשר יתקיים בו ביום מחוץ לשעות

וההפסקה הזמנית בעבודה נמשכת עד למתן החלטה. במידה והבירור לא מסתיים תוך שבועיים חייבת הועדה הפריטטית לתת החלטת ביניים. לא ניתנת החלטת ביניים והעובד אינו עובד בעבודה אחרת, תשלם ההנהלה לעובד 50% משכרו הרגיל של 8 שעות מתום השבועיים ועד מתן המסקנות. רק אם יזוכה העובד תשלם לו ההנהלה עבור תקופת הבטלה.

הנה כי כן סעיף 54 בתקנון המשמעת נותן למעסיקים כלי אפקטיבי ביותר. השעיית עובד במסגרת הליך ביניים ללא זכות וטו של הועד ו/או ארגון העובדים. שבועיים ראשונים ללא שכר, אחרי שבועיים 50% משכר הבסיס ..

לאורך שנותיי בהתאחדות התעשיינים, ישבתי עשרות פעמים כנציג המעסיקים בוועדות פריטטיות מהסוג הנ"ל. אין כל ספק כי במצב דברים בו מגיע העובד מושעה (לא כעונש סופי אלא כהליך ביניים) לוועדה קיים לחץ מובנה על העובד ונציגיו והיכולת להגיע להסכמה על העונש עולה פלאים.

במקרים הרבים שהגיעו לשולחני מעולם לא זוכה עובד שהושעה בהליך ביניים. עובדים וחברי ועדים הושעו לתקופות השעיה ממושכות ללא שכר. בוועדה פריטטית נדרשים נציגי המעסיקים ונציג העובד להגיע להסכמה פה אחד שאם לא כן ממשיך העובד להיות מושעה ואז עוברים לבוררות.

בשנים האחרונות ניכרת טענה שחוזרת על עצמה בקרב נציגי ההסתדרות הכללית בוועדות הפריטטיות בהעדר הסכמה על

העונש להפנות לבוררות לממונים האזורים על יחסי העבודה במשרד הכלכלה והתעשייה. הנימוק מבחינתם פשוט ביותר - זה בחינם. הנהלות המעסיקים מתעקשות מאידך על בורר שהינו שופט בדימוס או עו"ד בכיר בעולם העבודה כאשר המימון אמור להתחלק בין הצדדים שווה בשווה. בהעדר הסכמה מכריע בית הדין לעבודה בזהות הבורר. לטעמי, הנימוק כי זה בחינם אינו נימוק עניני כאשר לטעמי השיקול היחידי צריך להיות ניסיונו של הבורר והבנתו בנושאים שעומדים להכרעתו.

לא בכדי כיום בהתארגנויות עובדים ראשוניות דורשים נציגי ארגוני העובדים להשתחרר מתקנון המשמעת וממנגנוניו. הם מציעים חלופות של בוררות תוך דילוג על הועדה הפריטטית ולמעשה על היכולת להשעות כהליך ביניים בהתאם לתקנון המשמעת. הם גם מבקשים לקעקע את יכולתו של המעסיק לפעול במסגרת אותו סעיף 54 לתקנון המשמעת. גם היום, למעלה מ-50 שנה מאז נחתם והגם שהתיקונים האחרונים בו נעשו בסוף שנות ה-70 של המאה הקודמת, לא נס לחו של התקנון. לכן עצתי לכל מקום שחוזה התארגנות ראשונית לא לוותר במסגרת המו"מ הקיבוצי על התקנון ולקבוע, באם הוא מגיע להסכם קיבוצי, סעיף שיפנה לתחולת תקנון המשמעת כהסדר המשמעת החל על הצדדים. הנה כי כן "מניית זהב" שלא עברה מן העולם.

הכותב מכהן כיועץ המשפטי ומנהל המחלקה למשפט העבודה בהתאחדות התעשיינים בישראל / מרץ 2016



עו"ד יאיר דוד

זכות הקניין והגבלת חופש העיסוק

מתי תותר הגבלת חופש העיסוק של עובד ?

הזכות לחופש העיסוק היא זכות יסוד אשר מצאה את ביטויה תחילה בפסיקה ובהמשך בחוק יסוד: חופש העיסוק. ככל זכות, הזכות לחופש העיסוק אינה זכות מוחלטת ולעיתים מתעורר הצורך לדון באיזון שבין זכות זו לבין זכויות יסוד אחרות, כגון זכות הקניין המוקנית למעסיק המוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וכן על ידי חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999 [להלן: "חוק עוולות מסחריות"], ולרבות זכות המעסיק בקניין רוחני המהווה "סוד מסחרי".

סוגיית הגבלת חופש העיסוק נידונה בהרחבה במסגרת פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין ע"א 6601/96 AES נ' סער (להלן: "פרשת סער"), וכן במסגרת פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה בעניין 164/99 דן פרומר ואח' - רדגארד בע"מ, פד"ע לד, עמ' 294 (להלן: "פרשת צ'ק פוינט"), במסגרת נקבעו הכללים לאיזון בין זכותו של העובד לחופש העיסוק לבין זכות הקניין המוקנית למעסיק ו/או "האינטרסים הלגיטימיים" הקיימים לו. יש לציין בהקשר זה, כי בית הדין הארצי לעבודה קבע כי חובת העובד לשמירת סודותיו המקצועיים של מעסיקו חלה בין אם הוא חתום על תניה ספציפית ובין אם לאו, וזאת נוכח חובת האמון החלה על העובד במסגרת יחסי האמון הקיימים בינו לבין מעסיקו¹.

1 ע"ע 10-11-2912 מנחם מן נ' ספיר ספרינט בע"מ; ע"א 1142/92 ורגוס בע"מ ואח' נ' כרמקס בע"מ ואח'.

עם זאת, בפרשת צ'ק פוינט נקבע כי עדין קיימת חשיבות לקיומה של תניית הגבלת עיסוק חוזית מפורשת.

בין היתר, נקבע בפרשת סער כי תנייה המגבילה את חופש העיסוק לאחר סיום עבודתו של העובד מבלי שהיא מגנה על "אינטרס לגיטימי" הקיים למעביד, נוגדת את "תקנת הציבור" ולפיכך בטלה. כמו כן, נקבע כי, ככלל, אין למעביד "אינטרס לגיטימי" שעובדו לא יתחרה בו לאחר סיום עבודתו, ולפיכך הגבלת חופש העיסוק של המעסיק המגשימה אך את האינטרס שעובדו לא יתחרה בו ("אי תחרות כשלעצמה") נוגדת גם היא את תקנת הציבור ולפיכך בטלה מיסודה, וזאת מבלי לבחון את סבירותה או מידתיותה של ההגבלה.

זאת ועוד, עוד נקבע בפרשת סער ופרשת צ'ק פוינט, כי גם ההגנה הניתנת ל"אינטרסים הלגיטימיים" של המעסיק אינה מוחלטת, וגם אם תנייה להגבלת עיסוקו של העובד נועדה להגנה על אינטרס לגיטימי הקיים למעסיק, תיבחן אותה תנייה והיקפה לפי מבחנים של סבירות ומידתיות, המתחשבים במועדה, בתחומה ובסוגה של ההגבלה.

עולה אפוא, כי נקודת המוצא הראשונה הנבחנת בדיון בשאלת הגבלת העיסוק של עובד לאחר סיום עבודתו הינה האם התנייה החוזית המגבילה את עיסוקו של העובד הינה "לגיטימית, קרי - היא מגנה על" אינטרס לגיטימי" של המעסיק ואינה "התחייבות עירומה" שכל תכליתה היחידה היא למנוע מהעובד להתחרות במעסיקו.

במסגרת פרשת צ'ק פוינט הנ"ל, נקבעו הכללים המנחים, המהווים דוגמאות

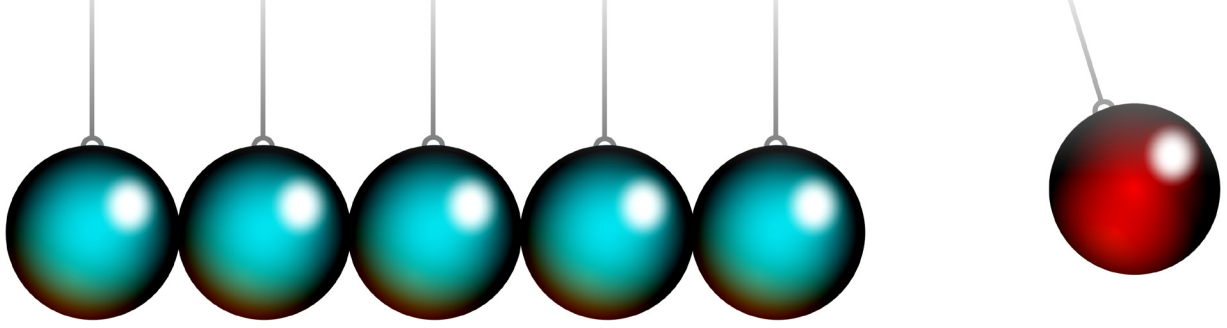
ל"אינטרס לגיטימי" של המעסיק, תוך שהובהר כי אין צורך שארבעת המבחנים המפורטים להלן יתקיימו כולם לשם הגבלת עיסוק העובד, ומאידך נקבע כי התקיימותו של אחד מהם אינה תנאי הכרחי להגבלת עיסוקו של העובד, כאשר כל מקרה יבחן לפי נסיבותיו הפרטניות:

א. קיומו של "סוד מסחרי" - יש להגביל את חופש העיסוק של עובד כדי למנוע ממנו מלהשתמש, שלא כדיון, ב"סוד מסחרי" השייך למעסיק הקודם.

הכוונה הינה ל"סוד מסחרי" בהתאם להגדרתו בסעיף 5 לחוק עוולות מסחריות, קרי - "מידע עסקי, מכל סוד, שאינו נחלת רבים ושאינו ניתן לגילוי כדיון בנקל על ידי אחרים, אשר סודיותו מקנה לבעליו יתרון עסקי על פני מתחריו, ובלבד שבעליו נוקט אמצעים סבירים לשמור על סודיותו", וכן כי לא נתקיימו החריגים הקבועים בסעיף 7א' לחוק עוולות מסחריות, ולרבות החריג ולפיו לא יהיה אדם אחראי בשל גזל סוד מסחרי אם הידע הגלום בסוד מסחרי הגיע אליו במהלך עבודתו והפך לחלק מכישוריו המקצועיים.

ב. הכשרה מיוחדת - במקרה בו המעסיק השקיע משאבים מיוחדים ויקרים בהכשרת העובד, ובעקבות זאת התחייב העובד לעבוד אצלו למשך תקופה מסויימת, ניתן להצדיק את הגבלת העיסוק של העובד למשך תקופה מסויימת. זאת, כתמורה עבור ההשקעה של המעסיק בהכשרתו.

בעניינה של "הכשרה מיוחדת" קבעה הפסיקה את הכלל הבסיסי ולפיו הידע והניסיון שהעובד רוכש במהלך עבודתו



ומידתיותה

של ההגבלה במונחים של משך ההגבלה, היקפה והתחום הגיאוגרפי עליו היא חלה.

בהקשר זה, נקבע בפרשת צ'ק פוינט כי ללא יינתן צו מניעה המגביל את חופש עיסוקו של העובד, אלא אם כן עבודתו אצל המעסיק החדש מאיימת על עצמם קיומו של המעסיק הקודם, וכן נקבע על ידי בית הדין הארצי לעבודה כי המדיניות הראויה היא עידוד עובדים לקידום מעמדם והשגת תנאי עבודה טובים יותר אשר שוק העבודה יכול להעניק להם.³

ויובהר - נטל ההוכחה לקיומו של "אינטרס לגיטימי" הראוי להגנה ו/או כי העובד גזל את "הסוד המסחרי" ועשה בו שימוש שלא כדין ו/או כי עבודת העובד במעסיקו החדש מאיימת על עצם קיומו של המעסיק הקודם ו/או להוכיח את הנזקים הנטענים על ידי המעסיק הקודם עקב עזיבת העובד ולאור עבודתו בחברה המתחרה, חלים על המעסיק.⁴

במצב הדברים המפורט לעיל, ברור כי על המעסיק מוטל נטל כבד לצורך הגבלת עיסוקו של העובד, ולפיכך תניות חוזיות מסוג זה הופכות, לרוב, ל"אות מתה" בהסכם העבודה, באשר אכיפתן קשה ביותר ובאשר עולה מן הפסיקה הענפה בתחום כי הכלל הינו חופש העיסוק, ואילו החריג הינו הגבלתו - וגם זאת במקרים בהם עמד המעסיק בנטל ההוכחה החל עליו. ■

הופכים לחלק מכישוריו הכלליים והוא רשאי לעשות בהם שימוש כל עוד אינו עושה שימוש בסוד מסחרי השייך למעסיק הקודם.²

ג. **תמורה מיוחדת עבור הגבלת העיסוק** - יש לבחון האם העובד קיבל תמורה מיוחדת עבור התחייבות מצדו שלא להתחרות בעתיד במעסיק הקודם, עם תום יחסי עובד-מעביד.

ד. **חובת תום הלב וחובת האמון** - יש ליתן משקל לתום לבם של העובד ו/או המעסיק החדש. בין עובד למעביד קיימים יחסי עמון. חובת האמון בה חב העובד כלפי מעבידו מטילה עלייו נורמות התנהגות חמורות יותר בהשוואה לחובת הקיום בתום לב. חובה זו מתפרשת הן על תקופת העסקתו של העובד והן בתקופה שלאחר סיומה.

בהקשר זה, יש לציין כי קיומו של מו"מ עם מעסיק אחר, עובר להודעת ההתפטרות ו/או בתקופת ההודעה המוקדמת, אינה מהווה בהכרח הפרה של חובת תום הלב ו/או חובת האמון החלה על העובד. בתי הדין כבר פסקו כי "סביר בעינינו שאדם שמתכוון להודיע על התפטרותו, בוחן אופציות חלופיות עובר למתן הודעת התפטרות, וזאת כל עוד שאינו עושה שימוש בסוד מסחרי כלשהו של המעסיק שלו".

ככל ועלה בידי המעסיק להוכיח קיומו של "אינטרס לגיטימי", בהתאם לרף ההוכחה החל עליו, ייבחנו, בשלב השני, סבירותה

2 ע"ע 2912-11-10 מנחם מן נ' ספיר ספרינט בע"מ; ע"א 1142/92 ורגוס בע"מ ואח' נ' כרמקס בע"מ ואח'.

3 ע"ע 292/99 עמיחי - חברת יוסי גולדהמר בע"מ, פד"ע לה 204 (2000)

4 יש לציין בהקשר זה, כי ככל והמעסיק יגיש בקשה למתן סעד זמני למניעת ו/או הגבלת חופש העיסוק של העובד, הרי שרמת ההוכחה הנדרשת תהיה "ראיות לכאורה" בלבד.



זכויות עובדים בחברות בקשיים

ד"ר מיכל הורוביץ¹

לאחרונה אנו שומעים על חברות רבות המצויות בקשיים כלכליים, חלקן מנסות להגיע להסדרי חוב עם הנושים בטרם תהפוכנה לחדלות פרעון, וחלקן נכנסות בסופו של יום להליכי פירוק או הבראה. כך למשל, רשת מגה שבבעלותה סניפים מסוגים שונים של חנויות קמעונאיות, נכנסה לאחרונה להליך של הקפאת הליכים, לאחר חודשים רבים שבהם נקטה בצעדי התייעלות, וכעת מוצעים למכירה כל סניפי רשת מגה בעיר כמקשה אחת.

1. מרצה, בית ספר למשפטים, מכללה אקדמית נתניה

בהחלטתו של שופט בית המשפט המחוזי מרכז, הש' אילן שילה מיום 18.1.16, ליתן צו הקפאת הליכים, הוא התייחס מפורשת לעובדי מגה, כאשר המליץ כי הנאמנים ישימו לנגד עיניהם את שימור מקומות העבודה של העובדים ושיקול זה ינחה אותם וגם את ביהמ"ש בבוא העת ואכן, מגה מעסיקה אלפי עובדים והשאלה המתעוררת היא מה יעלה בגורל עובדי הרשת במקרה זה.

ככלל, כוח המיקוח של העובדים מול החברה המעסיקה שבקשיים ומול הרוכשים או המשקיעים הפוטנציאליים בה מושפע מגורמים רבים דוגמת

סוג הקשר, מידת ההתארגנות של העובדים, זמן השהות בעסק וגילם של העובדים.

כאשר מדובר בחברה הנכנסת להליכי פירוק - האינטרס העיקרי של העובדים נוגע להיותם נושים של החברה בגין חובות שהיא חייבת להם. הכוונה לחוב בגין שכר עבודה ותנאים נלווים שהחברה לא השכילה לשלם בחודשים שקדמו לפתיחת ההליכים כגון הפרשי שכר, פדיון ימי חופשה העומדים לזכותם, דמי הבראה שלא שולמו להם, פיצויי פיטורים וכד'. בהקשר זה יצוין כי באשר לשכר עבודה ולפיצויי פיטורים העובד הוא נושה רגיל בעל דין קדימה בפירוק חברה (על פי סעיף 354 לפקודת החברות [נוסח חדש])

תשמ"ג-1983). בנוסף, זכאי העובד לקבל גמלה מהמוסד לבטוח הלאומי, (על פי פרק ח' לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] תשנ"ה - 1995. שניהם עד לגובה התקרה הקבועה בדין. תקרת דין הקדימה לעובד היא כיום על סך של 36,807 ש"ח עבור שכר עבודה ופיצויי פיטורים, ואילו תקרת גמלת הביטוח הלאומי היא על סך של 112,424 ש"ח לעובד, נכון ליום 1.1.2015.

הענקת דין קדימה וגמלת ביטוח לאומי מאפיינת את הדין הנוהג המסווג את העובדים כקבוצת עניין הראויה להגנה מיוחדת, וזאת בשל ההכרה בייחודם הכלכלי-חברתי של העובדים ובחולשה היחסית של כוח המיקוח המצוי בידם. הסדר זה מיוחד לעובדים ואינו חל על נושים אחרים שהדין אינו מעוניין לפרוס עליהם הגנה דומה.

העובדים מוגדרים "קבוצת נושים נפרדת" בשל ייחודם הכלכלי-חברתי. אולם אינטרס זה, של העובדים כנושים, איננו האינטרס היחיד המאפיין קבוצה זו, שכן לצדו קיים אינטרס לבר-נשייתי הנוגע לרצונם של העובדים בהמשך העסקתם ובהבטחת הביטחון התעסוקתי שלהם. אינטרס זה רלבנטי בעיקר לעובדי חברה שסבורה שיש סיכוי להבראתה ופונה לבית המשפט בבקשה להקפאת הליכים כפי שעשתה מגה כאמור.

כך ניתן להגדיר את האינטרס של העובדים בהקפאת הליכים כמצב מורכב : מחד, קיים האינטרס הכספי שהוזכר לעיל, הנוגע לחובות העבר, לחובות שהחברה לא השכילה לשלם בחודשים שקדמו למתן הצו להקפאת ההליכים. אינטרס זה אינו שונה משמעותית מהאינטרס של מרבית הנושים האחרים. יצוין כי לפי הדין הנוהג כיום העובדים אינם זכאים לקבל סכום כלשהו בדין קדימה במסגרת הקפאת הליכים והם אף אינם זכאים לקבל גמלה מהמל"ל². העובדים אמורים לקבל את חובם הכספי במסגרת הסדר הנושים שיאושר על ידי ביהמ"ש.

מאידך, לעובדים אינטרס נוסף, אשר יכול אף לעלות בחשיבותו, מבחינתם, על

האינטרס הכספי. אינטרס זה נוגע לרצונם של העובדים לשמור על מקור פרנסתם. לכן מוגדר מצבם של העובדים כבעל כפל פנים המעמיד אותם בעמדת מוצא מורכבת. האינטרס הבסיסי בשימור מקום העבודה מחליש את עמדת המיקוח שלהם, שכן אם החברה תתפרק, הרי שהפגיעה בהם תהיה קריטית. מצב זה מאפשר לרוכש או לחברה המשתקמת לכופף את ידי העובדים במו"מ ולגרום להם לוותר על זכויות הנוגעות לתנאי עבודתם וכד'.

כך למשל בעניינה של קלאבמרקט³,

הסכימה שופרסל, שרכשה את קלאבמרקט, לקלוט את עובדי קלאבמרקט אך ורק כעובדים חדשים, בהתעלמות מהוותק, מהדרגה ומהזכויות שצברו העובדים במהלך כל שנות עבודתם בחברה. בכך למעשה הפך מצבם זה למצב של עובדים שנפלטו מחברה שהתפרקה ונקלטו לעבודה בחברה אחרת כעובדים חדשים לכל דבר ועניין. מקרים אלו מיטיבים להמחיש כיצד משא ומתן על הבראתה של חברה עלול לגרום לפגיעה באינטרס שהוגדר בפסיקה⁴ כ"אינטרס הלב-נשייתי המיוחד" של העובדים. פגיעה זו עלולה לחול על תנאי העבודה שלהם או על עצם העסקתם. זהו אינטרס שונה ועצמאי, הנוסף לאינטרס שלהם כנושי החברה.

הבלטת האינטרס הלב-נשייתי עלולה להוביל לתפיסה הטוענת כי די לעובדים בשימור מקום עבודתם, ואל להם לבוא בטרזניה באשר לתנאי עבודתם, וקל וחומר באשר למעמדם כנושים, שכן האינטרס העיקרי שלהם הוא שימור מקום העבודה, וזה הושג. לכן חשוב להדגיש כי מעמדם של העובדים כנושים אינו שייך לזכותם על תנאי העבודה שהשיגו. תנאי העבודה אינם קשורים למעמדם של העובדים כנושים, ופגיעה בהם היא פגיעה נוספת על החוב שחייבים להם.

2. ע"א 110/08 המוסד לביטוח לאומי נ' ר"ח טרבלסי (פורסם ב-Lawdata, 28.1.14).
3. פש"ר 1700/05 עו"ד נס' קלאבמרקט בע"מ, פס' 4 לפסק דינה של השופטת אלשיך (פורסם ב-Lawdata-1, 25.8.05).
4. פש"ר 1700/05 רשות שיווק בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 9 (פורסם ב-Lawdata-1, 7.11.07). על פסק דין זה הוגש ערעור לבית המשפט העליון: ע"א 110/08 המוסד לביטוח לאומי נ' ר"ח טרבלסי (פורסם ב-Lawdata-1, 28.1.14).



הפגיעה הכלכלית אשר אליה נדרש העובד במסגרת הצעת הבראה מסוימת ובכך לתמחר את הוויתורים שאליהם הוא נדרש ביתר דיוק ביחס לקבוצות האחרות.

כך נקל להבין את הבעייתיות שעליה מצביעים העומדים בראש ארגוני העובדים המוחים על כי ברירת המחדל נכון להיום היא התעלמות מכל זכויותיהם של העובדים ומהוותק שצברו ומציעים להפוך את המצב הנוהג ולעגן את שימור המשך תנאי העבודה של העובדים בחוק. ייתכן שעמדה זו קיצונית ועלולה לפגוע בעצם הליך ההבראה בכללותו, אולם היא משקפת בהחלט את הסכנה הגלומה בזחילה הנמשכת, באיון ייחודה של קבוצת העובדים ובייצוב ראייה חד-ממדית של אינטרס הביטחון התעסוקתי באופן המוביל לאחדות אינטרסים עם החברה.

מניתוח זה עולה למשל כי עובד אשר בהסדר הבראה מוחזר מרבית חובו ונפגעים גם תנאי עבודתו ביחס של 20% לעומת מצבו הנוכחי, נפגע פעמיים - הן כנושה אשר לא שולם לו מלוא חובו והן כעובד אשר נגרעו 20% מכל משכורתיו העתידיות שהוא אמור לקבל. אין לקבל טיעון שעל פיו במצב של פירוק מדובר באבדן מוחלט של מקום העבודה, ולכן על העובד, בהליך ההבראה, להסתפק בכל מה שמוצע לו.

מכאן שהאינטרס הממשי של העובדים הוא למעשה משולש: א. פירעון חוב העבר; ב. שימור מקום העבודה; ג. שמירת תנאי העבודה. פגיעה בכל אחד מאינטרסים אלה היא פגיעה עצמאית במצבם של העובדים בנקודת המוצא טרום-חדלות הפירעון. הפרדה זו מאפשרת לאפיין את

האינטרסים שהוא מופקד עליהם. השופט וינוגרד הסביר כי מאחר שחברת כור היא חברת ענק בממדים ישראליים החולשת על נתח גדול של התעשייה הישראלית והמשק הישראלי, הרי שזעזוע בה עלול להוביל לזעזוע במערכת הכלכלית של המדינה ולפגוע באלפי המועסקים בה. לכן נקבע כי: "...יעשה בית המשפט כל שניתן על מנת לשמור את החברה החייבת במצב תפעול, שכן הוראות הפירוק שבפקודת החברות, אין מטרתן לפרק חברות החייבות כסף בכל מחיר. היפוכו של דבר הוא הנכון, בית המשפט יעשה כל שיש לאל ידו שלא לפרק חברה אם יש בכך כדי להביא תועלת לנושים..."

גם **בפרשת דקו תעשיות מזון**⁶ התייחס השופט וינוגרד לשיקולים העומדים בפני בית המשפט בעת הדיון בבקשה למינוי מפרק זמני ומוסיף בין השיקולים של טובת הנושים את שיקולי כדאיות ההפעלה בעתיד וכן שיקולי תעסוקה לעובדים, אם כי לטענתו אין בשיקולים אלו כשלעצמם כדי להצדיק את הקמת המפעל מחדש כדי שיקרוס שוב.

מגמה זו נבעה מהצורך להגן על מקורות הפרנסה של העובדים כחלק משיקולים מטה-כלכליים החורגים משיקולי עלות תועלת ומאגדים בחובם שאלות הנוגעות לאינטרס הציבורי הקשור בסוג החברה,

יודגש כי יש מקום להתחשב גם בשיקולים חברתיים ציבוריים בהתייחס לקבוצת העובדים. כך למשל, במקרה של מפעל גדול המעסיק עובדים רבים, פגיעה בקבוצת העובדים, גוררת השפעות חברתיות וכלכליות ברמה הלאומית ולא רק המפעלית. עמדה זו רואה ביחס אל העובד עמדה החורגת משיקולי עלות-תועלת מקומיים מכירה בקבוצת העובדים ככזו המשפיעה על הנוסחה הכלכלית המתמקדת בהשאת התמורה בחברה שבקשיים.

בנוסף, אם נעיין במקור ההצדקה למהלך אשר גרם להמצאותו ולביסוסו של הליך הבראת החברות, נגלה כי עוד בשנות השמונים של המאה העשרים, לפני שהליך הקפאת ההליכים הוסדר בחקיקה, העניקו בתי המשפט עדיפות למהלך ההבראה על פני הליך הפירוק בין היתר בשל יתרונו היחסי של הליך ההבראה בהגנה על מקור הפרנסה של העובדים מתוך תובנה כי ההגנה על האינטרס התעסוקתי של העובדים היא שיקול יסודי המקנה למהלך ההבראה ערך מוסף על פני הליך מקביל של פירוק.

כך למשל בבקשה לפירוק כור שהוגשה על ידי בנק אמריקני⁵ Bankers Trust הדגיש בית המשפט המחוזי את סמכותו הטבועה לעשות כל דבר שנראה לו צודק, לטובת

5. בת"א (מחוזי ת"א) 1901/88 לא פורסם, 20.12.88

6. ת"א (מחוזי ת"א) 462/92 דקו תעשיות מזון נ' כונס הנכסים לא פורסם, 22.09.93

7. פרק 8678-01-09 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' ויטה פרי הגליל שיווק בע"מ (פורסם בLawdata, 5.3.2009).

מספר עובדיה וכד'. שימת משקל זו, החורגת משיקולי השאת התמורה ביחס לקבוצת העובדים, נובעת בין היתר מהעובדה כי פליטתו של העובד למעגל האבטלה גוררת נזקים החורגים מנזקים כלכליים מקומיים ונוגעת בין היתר לתפיסת הדימוי העצמי של הפרט ולהגשמתו העצמית, המושפעים רבות מעיסוקו.

כלל זה, הרואה בשמירת מקור פרנסתם של העובדים, כולם או למצער חלקם, את אחד האינטרסים החשובים בהקפאת הליכים וחלק בלתי נפרד ממטרת-העל של "הבראת החברה" ו"טובת החברה", בא לידי ביטוי בפסיקה הנוהגת. ניתן להראות כי בית המשפט שוקל במהלך הדיון גם שיקולים לבר-נשייתיים תוך התחשבות בשיקול הציבורי ובהשפעת קריסתו של המפעל על המערכת החברתית-כלכלית שסביבו. כך למשל בפרשת פרי גליל⁷ התייחס בית המשפט, בין היתר, לתלותה המוחלטת של העיירה חצור הגלילית ושל פרנסת תושביה בהמשך פעילותו של המפעל. עמדה זו מוצגת בדבריו של יו"ר ועדת הכספים של הכנסת דאז ח"כ אבישי ברוורמן:

"רבותי, יש לנו כאן דוגמא למפעל שמעסיק 600 עובדים והוא מהווה בסיס לחצור ולכל איזור הגליל. המפעל נקלע לקשיים לא בגלל העובדים ואנחנו צריכים לעשות את כל המאמצים כדי שהמפעל הזה לא ייסגר כי זאת תהיה מכה אנושה לכל הגליל".⁸

השיקול הציבורי המהווה את הבסיס להצדקת העדפת הליך ההבראה על פני הליך הפרוק, ממשיך להיות גורם כבד משקל גם בהכוונת שיקול הדעת השיפוטי באשר לאופי ההסדר המתגבש. שיקול זה מאפשר לבית המשפט לחרוג משיקולים חד-ערכיים של השאת תמורה בחרו את ההצעה ה"יעילה" ביותר. מגמה זו באה לידי ביטוי בדבריו של בית המשפט בפרשת מפעל עוף העמק⁹:

"...קביעה זו מעלה למרכז הבמה את העניין הציבורי שבהמשך קיומו של התאגיד, והמשך העסקתם של העובדים בו, או לפחות חלקם, והיא מעמידה מעט בצל את מימושו של האינטרס הרגיל של השאת התמורה לקופת הפירוק, ממכירתם של הנכסים".

אם נחזור לדוגמא של רשת מגה, הרי גם אם עובדי הרשת יבואו על סיפוקם כנושים של החברה, הבעיה המתעוררת נוגעת למקום עבודתם החדש. לאור החלטת בית המשפט למתן צו הקפאת הליכים המתייחסת, כאמור, במפורש לשימור מקומות העבודה של העובדים, יש לקוות כי בית המשפט יאשר הצעה לרכישה של החברה שתסכים לקלוט את מספר העובדים הגדול ביותר ויתחשב בשיקולים הלבר נשייתיים שפורטו לעיל. גם במצב זה השאלה העיקרית, לאור תקדים פרשת קלאב מרקט, היא באלו תנאי עבודה ייקלטו עובדים אלו. ■

8. פרוטוקול ישיבה של ועדת הכספים, הכנסת ה-17, 2 (21.1.2009).

9. פרק (מחוזי חי') 12521-06-09 משקי עמק יזרעאל אגודה שיתופית מרכזית לחקלאות בע"נ נ' עוף העמק אגודה שיתופית חקלאית בע"מ - בפירוק (פורסם ב-Lawdata, 23.6.2009).



הפריחה המחודשת של זכות ההתארגנות

עו"ד אביעד מנשה

השנים האחרונות מסתמנות כשנות שיא בהתארגנויות עובדים במגזר הפרטי במקומות אשר היו בעבר מחוץ למסגרת יחסי העבודה הקיבוציים, בהיקפים חסרי תקדים החוצים שכבות גיל, וותק במקומות העבודה, תפקידים, ורף השתכרויות. כך למשל, חברות תקשורת (הוט, סלקום, פלאפון), רשתות מזון (בורגראנץ', מקדונלד'ס), חברות פיננסיות ("כלל"), עיתונאים ("מעריב", "Ynet", "חדשות 2", "חדשות 10"), חברות היי-טק ("נס", "סאפ") - וזוהי רק רשימה חלקית (!).

את מאמציו לגייס עובדים לשורותיו ולחתום בשמם על הסכמי עבודה קיבוציים; כך גם הגברת הפעילות של ארגוני עובדים קיימים, כמו "הסתדרות העובדים הלאומית";

כניסת ח"כים נמרצים ובעלי מודעות לזכויות העובדים לזירה החקיקתית הביאה לתיקוני חקיקה רבים ואף היא העלתה את קרנה של זכות ההתארגנות. כך למשל בשנת 2001 ובשנת 2009 תוקן חוק הסכמים קיבוציים ונקבע בו זכותו של העובד לקחת חלק בהתארגנות עובדים, נאסר על מעסיק לפגוע בעובד בין אם בשלב קבלתו לעבודה, בהעסקתו או בפיטוריו בשל פעילותו בארגון עובדים / בועד עובדים, נקבעה זכותו של נציג ארגון עובדים להיכנס למפעל, ונקבעה החובה של המעסיק לנהל מו"מ קיבוצי עם ארגון עובדים.

גם תרומת בתי הדין לעבודה ובג"ץ לא נפקדת מהדיון: אין ספק כי החמצן החדש הזורם בעורקי זכות ההתארגנות הוא גם ובזכות שורת פסיקות ותקדימים עליהם חתומים ערכאות השיפוט הרלוונטיות שבישראל. בין אלה נזכיר את פס"ד בעניין פלאפון שאסר של המעסיק להתבטא בעניין התארגנות עובדיו, פס"ד בעניין הוט טלקום אשר החזיר למקום העבודה עובד

השאלות העיקריות העולות מפריחתה המחודשת של זכות ההתארגנות הן שתיים- הראשונה היא, מהן ההשלכות של פריחת זכות ההתארגנות על יחסי העבודה? ובכן, נראה כי לא יהיה זה מוגזם לקבוע כי השינויים הדינאמיים ביחסי העבודה הקיבוציים משפיעים השפעה מהותית על מקומות העבודה, על טיב היחסים השוררים בין המעסיקים לעובדים ועל יכולתם של המנהלים לנהל את מפעלם כרצונם. הבנת ההתפתחויות שחלו בתחום היא אינה, אם כן, רק בגדר מותרות השמורה לשעות הפנאי ולהרחבת הדעת. היא מחוייבת מהמציאות המשפטית-כלכלית השוררת בשוק העבודה, ואשר משפיעה על מעסיקים ועובדים כאחד. בסופו של יום, הבנת "כללי המשחק החדשים" אשר נוצרו בין אם ע"י המחוקק ובין אם ע"י בית המשפט, היא מתכון בטוח למניעת זעזועים כלכליים וליצירת מחוייבות למקום העבודה.

השאלה השניה, שאף היא רלוונטית לדיון שלנו - היא מהן הסיבות לפריחה המחודשת של זכות ההתארגנות? במענה לשאלה זו ניתן למנות מספר סיבות מרכזיות: הקמת ארגון עובדים חדש "כוח לעובדים - ארגון עובדים דמוקרטי" והתחרות העזה בינו לבין "הסתדרות העובדים הכללית החדשה". אין ספק שפוטנציאל ההתארגנות במסגרת מתחרה מעודד כל ארגון עובדים להגביר

שפוטר על רקע מאמציו לארגן את חבריו באיגוד מקצועי, פס"ד בעניין סופרבוס, בו בית הדין לעבודה הורה באופן תקדימי למעסיק לקבל לעבודה עובד שהיה שותף להקמת התארגנות עובדים במקום עבודתו הקודם, ואת פס"ד בעניין אמדוקס ובעניין מנורה בהם סירב בית הדין להכיר בארגונים עובדים עצמאיים כארגונים יציגים שכל תכליתם למנוע יציגות מארגון אחר או למנוע מארגון אחר חתימה על הסכם קיבוצי. ולבסוף, לא ניתן להתעלם מתרומת רשת האינטרנט והרשתות החברתיות המקלות - יותר מתמיד - על שלב איסוף חתימות העובדים החוברים לאיגוד המקצועי, אשר כעת יכול להיעשות באופן הסמוי מעינו של המעסיק.

ומה הלאה?

נראה כי אנו מצויים, אפוא, בשיאו של תהליך התארגנות אשר חווה כלל המשק. המודעות לזכויות עובדים מעולם לא היתה כה מורגשת ומספר העובדים החברים והמאוגדים תחת הסכמים קיבוציים סביר להניח שילך ויאמיר במרוצת הזמן. ■

כל הארגון סומך עליך
בנושאים פיננסיים, אבל

על מי אתה סומך ?

אוטוריטה מספקת לך כלי עבודה מקצועי, לניהול פיננסי
חכם ובטוח



חישובים לצרכי דיווח



חישובי עבודה ושכר



ועוד... למידע נוסף



חישובי תזרים ותכנון