פתרון מבחן 91 — דיני עבודה - מועד ב

(1) יחסי עבודה בין השליח לחנות. אין הגדרה חוקית, לכן המבחנים נקבעו בפסיקה - פס"ד ביגר - מבחן ההשתלבות:
החיובי - השתלבות בחנות? הנער - אין ידוע כמה הוא חשוב, עבודה ביומם אולם נראה נכון לומר על הרכיב החיובי, ואם היחסים עם
עבודה - דומה בפס"ד פרוס. מבחן את הנדרש לחנות. ב. הפיסות [illegible] - נראה כי האם, שהרי השליח היה כפוף לנוהל שנקבע
חופשי בבחירת הזמנים, בחר בצבע אישית - לא ידוע כיצד או מתי וכו'. השני - אין עסק משלו, בהמשך התפתח המבחן המעורב =
מבחן השתלבות + מבחנים כולל זווית היחסים לרשויות השונות, אופן תשלום השכר - נראה כי החנות שילמה את שכרו, כיצד הצדדים ראו את היחסים ביניהם.
השליח תובע את החנות, משום שהוא רואה את עצמו כעובד שלה. במשפט העבודה - [illegible] ע"פ הפסיקה. כי גם [illegible] שאין צדד צדדי לגיטים להגיע חוזי
המעמד את היחסים משום כי הדבר נדרש [illegible] היחסים (מדגם בצדקה - פרילנסר בצוי לצוות עובד לפעמים) [illegible] הוכרה כעובדות החוק, על
אף שהתעמקה ע"י חב' כח אדם על מנת שתקבל צבוימה עקב הפיטורין, סביר להניח כי במקרה דנן מדובר העובד ולא בקבלן עצמאי/פרילנסר. עוד יש
לשאול מיהו החנות היא המעביד? כבפס"ד רות - יש לבחון מהו קיום התקשרות כפולה - בין השליח לקבלן כח"א ובין הקבלן
[illegible] החנות. אם החנות נהגה כמעביד ולא על מנת להתחמק מאחריות. ב-12 מבחני עזר - בידי מי הכח לפטר? מי נושא בחובה המשפטית לשלם
את השכר - נראה שהחנות (משום שהעובד תובע אותה, נראה שיכולים לתבוע אותה על מנת שיכירו בה כמעסיקה שלו ולא את חב' כח"א), מי נותן/מאשר
חופשות וכו'. במידה ומדובר ביחסי עובד-מעביד, הרי שחלים חוקי המגן והיחסים התלויים בדיני - חוק שעות עבודה ומנוחה. יש לציין, כי גם אם מדובר ביחסי
העסקה משולשים, יתכן ומוחזק יש יתר לכך, יענק לו בכוונת עובד - במיוחד אם יוכח כי המשתמש היה חכר חגל והעסיק את העבודה
ביחסי העסקה משולשים כדי להתחמק מאחריות ומתן זכויות - בוקה ליקר. אולם, במקרה דנן מדובר על מעביד פרטי - חנות פרחים ולא עגמיר
ציבורי. ולכן הנסיבה היא נוספת יותר פוטנציאל ניהולי לעובד. נאמר כי השליח נדרש לעבוד שעות ארוכות יותר מכפי שהיה רגיל - יתכן והתהום
יותר ההשגות שהיה רגיל בהן כנוהג שנכנס כתנאי מכללא לחוזה ביניהם (אך אם לא נעשה) - מאולפדר, בראשון, ועל כן מדובר בשינוי חד-צדדי
של תנאי העבודה הגלה בפי הפרה - אם יתבע 2 פעמים - פיצויים/אופציה. אולם ומדובר בעסק פרטי, וסביר להניח כי עקב התדירות היחסים (ערבים,
אם יהיו פיטורין, הפגם יהיה כל הנראה בפשרה ולא אופציה. מנגד, ניתן לטעון כי מדובר בשינוי תנאי העבודה שנעשה בתום עקב שינוי אמיתי ואובייקטיבי
פס"ד גנני
בנסיבות - מדובר בחגים, בהם יש כנראה יותר ביקוש לפרחים, יש יותר עול עבודה, ועל כן, נאמר כי יעבוד יותר שעות - מדובר בחשבון עבודה
אישי שהיו דינמי - יש לשאול האם הוא מוגבל בזמן? ועל כן ניתן לשינויים. בנוסף, ניתן לטעון שהיה והעובד עבד בשעות כפי שנדרש - שעות ארוכות
בחגים, הוא למעשה קיבל את השינויים - הסכמה שבשתיקה - פס"ד יוחנן גוון. חוסר הסכמתו הוא צריך להיאמר בצורה מפורשת. מנגד, אפשר לטעון
כי התביעה מבטאה חוסר הסכמה מפורשת, אולם היא הוגשה לאחר שכבר האין הטענה שבשתיקה... השליח תובע על כך שנדרש לעבד שעות ארוכות
יותר מכפי שהיה רגיל מבלי לקבל תגמול נוסף בשכרו - האם מדובר בשעות נוספות? ע"פ חוק שעות עבודה ומנוחה - ס' 16 יש לשלם תוספת על שעות
נוספות (125% על השעתיים הראשונות הנוספות ו-150% על השאר). יש לבחון מה השכר שקיבל העובד, האם היה בהתאם לחוק? דבר נוסף שיש
לבחון, במידה ומדובר בעובד בתסבכת יחסי העסקה משולשים (גם עם חב' כח"א/חברת שירותים וכו') או בקבלן עצמאי (נראה שקשה להניח זאת...)
האם היה חכר חגל, כך שהעסיק לא להיות עובד וכעת הוא בא ותובע זכויות עובד? האם השכר שקיבל מגלם את החוסר בזכויות
הסוציאליות? פס"ד בורחים - בוק סולקייטר ואייזנק. אם יוכח כחכר חגל בנוסף קיצוני, יתכן והביה"ד אף לא
אורח קשר
יורה על השבה. יש לציין כי הטרנד בפסיקה בקונטקסט חוקי המגן אם הדבר נעשה לטובת העובד - שמחתי! (בניגוד) העסקת בניגוד לחוק שעות עבודה ומנוחה
היתה לטובתו - קיבל שכר גבוה יותר בגלל העובדה שלמעשה) במקרה דנן, לא נראה כי השעות הנוספות שנעשו - הפגיעה בחוק שעות עבודה ומנוחה היא לטובתו - הוא קיבל הגלה כנגד.

בס"ד

(2) ספק השימוש בעקרון המידתיות בדיני עבודה עלה. ניתן לבאר בצורה מעט פסח. יש לציין כי השימוש בעקרון המידתיות מהווה חלק מהמגמה של כיבוש לבחון תכליות ואמצעים=גישה מהמשפט הציבורי. במסגרת זו גם חלה עליה בשימוש בחובת תום הלב. בפס"ד גנופסה, בוהד"ע קבע כי חופש העיסוק עובדים ע"י קבלני כח האדם אשר עובדים על מנת לעקוף רשיון להיות קבלן כח אדם מידתי-עומד בפסקת ההגבלה. נובע מכאן ראיה-לדווח לעובדים מידתי-אינו מהווה הפליה, משום שקבלני כח אדם רבים שניתן להוסיף מהן בנוגע למעסיקים אחרים. ויש איזון בין חופש העיסוק לעובד. בפס"ד שמואלי, [redacted] עדנה חצין, בוהד"ע בחן [redacted] תום הפרוקסי

ואין גם נצמד לה רחב הדין!

שנקבע המעביד היה מידתי ונפסק שלא, וכי יש לבחון באופן אינדיבידואלי - פס"ד רקע. בפס"ד פלוטקין, בוהד"ע בחן את אי קבלתו של [redacted] המועמד לעבודה בשל גילו וחוות דעת הגרפולוג ופסק כי מדובר באופן פגיעה בעקרון המידתיות בקבלה לעבודה. בבג"ץ מנדוז נבחן תום הפיטורין הן ראויים-מידתיים. ונפסק שלא משום שהיו לא לגיטימיים מבחינה [redacted] טכנית (פורום לא נכון) ומבחינה מהותית - סיבה פוליטית - ועל כן נימוק אכיפה. גם בפס"ד שק וסגן את לובוביץ' נבחנו הפיטורין - האם הם מידתיים ובוהד"ע פסק כי היתה [redacted] פגיעה בחופש ההתאגדות ועל כן, הפיטורין [redacted] בטלים. מנגד, בבג"ץ חנן נפסק כי הפגיעה מידתית משום שמדובר בתפקידים שונים ותפקידים הדורשים שונות. שונה מצב מדובר בחוסר אמון של משרד הביטחון שהשאירו כך הגבלה זמן כעובד זמני). למעשה, השימוש בעקרון המידתיות מאפשר לביה"ד לבחון דברים שלא יכל קודם - האם הפיטורין מוצדקים? בחינת מהות

ע"פ ג"ד נהרי - זה הרחבה הלושית כאן! יש לכך יותר!

(*) הפיטורים. בעניין כהן, נפסק כי הפיטורים השינוי עקב שינוי אובייקטיבי בנסיבות (שיפוט) ועל כן, השינוי בתנאי העבודה מידתי. [redacted]. כמו כן, בוהד"ע בוחן שום הפגיעה בחוקי המגן הופך לטובת העובד-מידתיות ובכך מאפשר יותר שימוש בחוקי המגן - [redacted] פגיעה בקביעות - שמואלי, אורית קולנוע. לגבי פיטורין - יש לציין גם את פס"ד גולדמן בו הפיטורין לא היו מוצדקים - מידתיים [redacted] משום שלא נימקו סיבת השימוע - זכות הטיעון.

(עם מבחן ההשתלבות וכו')

כפי שציינתי לגבי, השימוש בעקרון המידתיות קשור גם לשימוש במבחנים - אי שוויון בכוח עובד-מעביד שהינו חסר תום באופן קיצוני - סבירס-כרך בוכריס ואיזיקוב חוסר תום לב בניהול קיבוצי, חוסר תום לב של המעביד בעבר לדבוק למען צבאי לא שוויון עובד - אזולאי לנייסר.

(*) בפסיקת המבחן המעורב: מבחן ההשתלבות + מידתיות שהינו המבחן הקובע כיום-סרוסי. [redacted]

השימוש הקובע בפרשנות תכליתית וכחלק ממנה עקרון המידתיות, נובע מגישה מהותית ופחות פורמלית הקיימת במדינת רווחה, בתנאי הרבנות וכיו"ב. (יש שיטענו כי מדובר בספק רחב מידה המוענק לביה"ד) מנגד, היתרונות הם כי כך ניתן להגיע לתוצאה צודקת יותר במקרה הקונקרטי - בחינת היחסים ע"פ מהותם ולא ע"פ מבחנים פורמליים שבאמצעותם ניתן להתחמק [redacted] באופן מלאכותי מהחובות הנדרשות. עקרון המידתיות מאפשר איזון צודק יותר. (כמו בחוק המגרב הפרט שבה יחסי העבודה משתנים מהר - העובדים בקבוצת האיזון לא קולו בכנות.

נדרש דיון מעמיק יותר בשאלה אם המידע ציבורי מול מעביד פרטי, ודוגמאות

21/25

לפגיעה בדיני העבודה כגון ... גידול דמויות המיוחדות מעגלים מול גמישות!

(3) הגלובליזציה מביאה לירידה בכוחם של העובדים ואיגודי העובדים. משום שישנם עכשיו תאגידים שיכולים לעבור למדינות מתפתחות שבהן דיני העבודה לא מגנים מקומית כמו ...). מצד, ניתן לטעון כי הדבר טוב, משום שיש בזה טוב כי מדינה ... בעולם כולו. המגמה הפלורליסטית שהובילה בשנות ה-90 - עליה בכוחם של הארגונים (פגיעה בכוח המרכזי גם אצלנו), היה רב להסתדרות עד ירידתו עקב חוק ביטוח ממלכתי ושבירת ... הגדול, ישנה טענה כי כח האיגודים עדיין חשוב - עבודה שלא ישנם פחות חברים באיגודים. הטובות וההטבות יכולות להסדר לבד ... איתר. מצד, יש הטוענים כי דווקא חלה עליה בכח האיגודים. וניתן לומר כי זה משקף את המצב הקלובלי בעולם - ... שהוא בעיה והתקבע (למרות עליית ...) סקטורים כמו ... בנוסף, ישנה ירידה בסולידריות החברתית בכל העולם (במיוחד במדינות המערביות) - אינדיבידואליזציה של התנ' - עובדים פחות אכפתי מעמיתים, שבאים פוגעת בחיי היומיום ולכן ישנה ירידה בכח של ארגון העובדים. ישנה גם הבעיה של מיקור חוץ - מעמד העובד נפגע. משום שניתן להעסיק עובדים מחוץ ... והם ... שהיום עולים יותר לנו בזכות להעניק להם בנוסף וזמניים. מהות מול מדינה (הקטנת המשמעות של הקולקטיב) ... התקשרות.

בנוסף, הוגד מעמד חדש של עובד - אינו קבלן עצמאי ומצד שני גם לא עובד רגיל - פרילנסר ולא חל ... תקשורת עקב ... הגנות בטכנולוגיה - עם יחסי העבודה המשתנה - יש יותר עבודה מהבית, פחות שעות קבועות. לעבודה יש פחות יכולת לפקח על העובד (בשל התשתיות הקודמות) ולכן הקביעה מיהו עובד איננה (עשית יותר ע"פ מבחן השליטה והפיקוח, אלא ע"פ מבחן ההשתלבות - היבר, שאותו הפכנו למבחן המעורב שהוא המבחן הנוהג כיום - סרוסי. (אפשר אפילו לעבוד מחוץ דרך האינטרנט וכו').
ניתן לראות את השפעת הגלובליזציה גם בקשר התאגידים הבין לאומיים עובדים ע"י ביחסי וגם הגעת עקרון השוויון ואיסור ההפליה באופן במיוחד ... כל. באופן ... רק ... במיוחד - פסד ... !)

צריך להרחיב יותר את הדיון
בסוגיית שלגעת וביטחונומי
(כמו ...).

25

(4) כאמור, יש לבחון האם נוצרו יחסי עבודה. נראה כי המנקה היא עובדת ולא קבלן עצמאי/פרילנסר עפ"י מבחן ההשתלבות במיבחן המבחן המעורב-רואה לעיל שאלה 1. השאלה הינה מי המעביד שלה? אם רשת המרכולים היא המעבידה, הרי היא חייבת להעניק לה זכויות מכח חוקי המגן-חוק שכר מינימום, חוק שעות עבודה ומנוחה, חוק עבודת נשים-אם המנקה בהריון לפי, זכויות הורות, במקרה של פיטורין-חוק פיצויי פיטורין, הודעה מוקדמת. אולם נראה כי מדובר ביחסי העסקה משולשים-מדובר במנקה בחב' ניקיון-חברת שירותים או שמא מדובר בחב' כ"א שקוראת לעצמה חב' ניקיון ע"מ להתחמק מתחולתו של חוק העסקת עובדים ע"י קבלני כ"א. בכפר רות נקבעה חזקה שהמשתמש הינו המעביד (כאמור רשת המרכולים). ניתן לסתור חזקה זו-אך יש לבחון האם קיימת התקשרות כפולה-בין הקבלן לעובד ובין הקבלן למשתמש. בנוסף יש לבחון האם המשתמש הינו תם לב או שמטרת ההעסקה הינה להתחמק מאחריות ומתן זכויות סוציאליות-ניתן לטעון שהרשת שכרה את המנקה מחב' ניקיון שלא בתו"ל, ע"מ להתחמק ממתן זכויות עובד במקרה כזה יתכן כי ביה"ד יקבע כי המנקה היא עובדת הרשת ולא חב' הניקיון ועל כן, יש להעניק לה זכויות סוציאליות-בפסק לוין, רוזנה זוהר. במידה והרשת נראה שתו"ל יש לעבור לשלב הבא של הלכת כפר רות בו מבחני עזר (ניקוד)-בידי מי הכח לפטר, למי העובד שייך יותר, מי נושא בחובה המשפטית לשלם שכר, כיצד ראו היחסים הצדדים וכו'. בנוסף, יש לציין את פס"ד אזולאי בפס"ד מחלקת הבניה ואחר בדברת שוהם בו הכיר ביה"ד של מעסיקים במשותף-ואחריות שיורית ואחריות ביחד ולחוד-עובד ביחסי העסקה משולשים זכאי לזכויות גם מהמשתמש (אם קבלן המשנה בורח לדוג') או מכח דיני העבודה-העשייה השלמתית של זולדברג. ולכן יתכן כי הרשת תחוייב בהענקת זכויות למנקה. בנוסף, יש לבחון האם היה קיים תנאי ארגון. זו תעלה חשובה-האם לטעון למשפה להיות עובדת של הרשת, או של חב' הניקיון והאם בחרה בחלופה השניה, ולכן אינה יכולה לבוא כעת בדרישות מפני הרשת-פרבנט. ואם זה היה המצב, מדובר בחוסר תו"ל של העובדת, ויתכן אף שתחוייב בהוצאות. כפי שנקבע בעופר קבוצת ובאיזיק. מנגד, ואפשר להביא את פס"ד זיבוטרו המצמצם את הכלל כי עובד בתו"ל כי בהגדרה לא יכול להיות חסר תו"ל כמו דעת השופט ארד בפס"ד קוזניס. אם מדובר בהגדרה, המנקה זכאית לפיצויים. או שמא אולי תקבל אכיפה (בהנחה שירצו לפטרה עקב תביעה-היחסים (היינו עכורים). אם מדובר בחוסר תו"ל של הרשת, ביה"ד יטה להעניק אכיפה (במיוחד אם מדובר בגוף ציבורי). במידה ויוכח כי המנקה הינה עובדת מטעם חב' כ"א, הרי שחל עליה חוק העסקת עובדים ע"י קבלני כ"א-עפ"י ס' 11 ישנה חובת עריכת הסכם עבודה בכתב. אא"כ חל הסכם קיבוצי-יש לבדוק האם חב' הניקיון עומדת בכך גם. כמו כן יש לציין את ס' 12א שעוסק במי בהקבלה אבל יתכן וימפטר, הקובע כי עובד חב' כ"א שהועסק מעל 9 חודשים הופך לעובד קבוע של המעסיק ← רשת המרכולים תחוייב במתן זכויות עובד למנקה. אולי כדאי לרשת לפטרה (אם לא עברו 9 חודשים עדיין) מנגד, יתכן והדבר יתפרש כחוסר תו"ל ומונע אכיפה. ס' 13 קובע כי יש להשוות את תנאי העבודה של עובדים רגילים לעובדי קבלן כ"א ואם קיים הסכם קיבוצי הוא יחול גם עליהם-יתכן אם קיים הסכם קיבוצי הוא יחול גם על המנקה. מנגד, הרשת תוכל לטעון עפ"י הסיפא של ס' 13 ס"ק ט כי סוג העבודה (או היותו שונה) ועל כן התנאים שונים-קשה להתמודד עם טענה מעין זו. כמו כן, ההדרישה להשוואת תנאים לא תחול אם ישנו הסכם קיבוצי בין המנקה לקבלן כ"א שהורחב בצו הרחבה (ס' 13(ב)). יש לציין כי הלכת כפר רות חלה על אף חוק העסקת עובדים ע"י קבלני כ"א (משום שהחוק לא מסדיר את שאלת מיהו המעביד וכו'). בנוסף, יש לבחון האם שכרה מעלים בתוכו את הזכויות הסוציאליות שהיא זכאית להם ועל כן לא זכאית להן. אולם עפ"י זיבוטרו תשלום שכר גבוה של קבלן לא פוטר את המעביד ממתן זכויות סוציאליות. ויאור על חוקי המגן צריך שהעובד יאושר מפורשות ע"י שני הצדדים, ולא מסקים צורך מתן התנאות ושתיקה. מנגד, עפ"י פס"ד יוחנן זהר מותר הסכמה שבשתיקה, מוסר הסכמה צריך להיאמר מפורשות.

25/25