**מיהו עובד?**

**עולם ישן:** אם אין חוזה עבודה אתה לא עובד.

* **אילן עובד נ' שר הביטחון –** רצה לקבל רס"ן. אמרו לו – אתה חייל, **יש לך מעמד – לא עובד.**
* **חיים לעדן –** נציג בי"ד לחוק הגנת הדייר – רצה חופשה/הבראה. אתה עם מעמד – לא עובד.
* **שוקי כטיב –** אסיר עובד – רוצה חופשה שנתית. אתה מועסק מכוח חוק ולא חוזה – סטאטוס – לא עובד

**עולם חדש: עובד זה עניין יחסי – פריקות – לצורך חוק אחד אתה עובד – לצורך אחר – לא. החריגים:**

* **סרוסי (נבחרי ציבור) –** סגן ראש מועצה בשכר. מבקש ביטוח לאומי כשהתפרקה הקואל'. **ברק:** בודקים מיהו עובד לצורך **תכלית החוק הספציפי עליו מדובר.** בודקים את תכלית החוק ואז אם הוא עובד לתכלית.
* **עופר שדות (אסירים)–** 3 אסירים עבדו בכלא. שילמו פחות ממינימום. **זמיר:**
1. בודק **תכלית** של חוק שכר מינימום – התכלית היא קיום בכבוד – **לא רלוונטי לאסיר כי מקבל הכל בכלא.**
2. החוק מנסה לוסת בין עובד/מעביד – בכלא אין חשש לניצול עובד.
3. אם יעלו לאסירים את השכר יהיו פחות מפעלי יזם – לא כלכלי.

 **חשין+זמיר – חוק שכר מינימום לא חל על אסירים אבל אסור לחרוג יותר – כי לא חוקתי.**

* **אניל גדרה(קבע)-** רופא שיניים בצבא **פוטר שלא כדין. צור(מיעוט):** מסכים שיש חוזה עבודה מיוחד למשרת הקבע (למרות הלכת העליון ב**אילן עובד). בכל חוזה עבודה יש גרעין חוזה ותמורה כנגד עבודה –** ולכן זה חוזה עבודה. **אדלר(רוב) – ניתן לראות משרת קבע בתור עובד אבל במקרה זה לא נפקח עליו – אבל יפעיל את מבחן התכלית אם יראה בעייה נקודתית בצבא –** למשל אם יש בעיית פנסיה יתערב רק בה. **– התוצאה – משרתי קבע לא יכולים לפנות לביה"ד לעבודה אלא רק לעתור לבג"צ על הרמטכל.**
* **2011 –** שני חוקים –
1. חוק שירות הקבע בצה"ל – בי"ד מנהלי לענייני צבא **שידון בסיום יחסי עבודה בצבא**
2. חוק משרתות צבא קבע – אסור לפטר אישה בהריון בקבע (החוק של דיני העבודה הכללי לא חל על אנשי קבע)

**כלומר:** אותם חוקי מגן של דיני עבודה חלים על אנשי קבע – אך זה לא נידון בבי"ד לעבודה כי הם לא עובדים.

* **סרוג'י (מתמחים) –** התנדבה ולמדה שנה בביטוח לאומי בחינם. אח"כ עבדה. כשפוטרה ביקשה פיצוי גם על השנה שהתנדבה. **ביה"ד: כל המתמחים/מתנדבים הם עובדים –** כי הם באו ממניע כלכלי ולא התנדבותי גרידא.
* **הלפרין (מתמחים) –** סטאז'ר שביקש פיצוי פיטורין אחרי שנת סטאז'. ביה"ח טען כי הוא רק בא ללמוד. **ביה"ד – עובד לכל דבר אבל: חוק פיצוי פיטורין לא חל על תקופה קצובה כמו סטאז'.**
* **קאזיס נ' תאופיק –** מתמחה במשרד עו"ד הוחתם שיקבל רק 1000 ש"ח בחודש כי הוא מתלמד. הסכים ואז תבע. **נקבע –** מתמחה חייב לקבל שכר מינימום כי יש לו כוח מיקוח נמוך וברור שיסכים כי הוא חייב ללמוד.
* **מיכה רז (חברי קיבוץ)-** נשלח ע"י הקיבוץ לעבוד במפעל שהתפרק. דורש שכר מהמפרק – אם עובד יקבל קדימות, אם לא – יהיה סתם נושה. **אדלר:** אבחנה בין **חבר קיבוץ שעובד לפי סידור עבודה של הקיבוץ לבין אחד שעובד בלי קשר לסידור עבודה. מי שעובד לפי סידור עבודה – לא עובד כי האדם הוא הקיבוץ ולא יהיה מעביד של עצמו. מכנה אותו עובד מושאל –** זה לא עובד אבל לפעמים אם יש צורך ניתן לו זכויות מדיני העבודה (עניין הפריקות כמו **באניל גדרה). עניין שהעבודה צריכה להיות לטובת הזולת**

**סיכום:** כדי להיות עובד – צריך תמורה, עבודה לזולת, חוזה רצון התקשרות – מי שלא יעמוד בתנאים אלו יהיו החריגים. **אבל גם צריך לבחון תכלית של כל חוק בנפרד.**

**מבחן ההתקשרות לפי סרוסי –** "**התקשרות מרצון לקיום יחסים משפטיים לשם הסדרת העברת שירותי עבודה במטרה עיקרית לזולת בתמורה".**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **נבחר ציבור** | **אסיר** | **משרת קבע** | **חבר קיבוץ** |
| ביטוח+דמי אבטלה – **עובד (סרוסי)** | פק' בטיחות בעבודה – **עובד** | חוק שכר מינימום – **לא עובד** | חבר קיבוץ מושאל -פיצוי פיטורין– **לא עובד**  |
| פיצוי על הלנת שכר – עובד (**רסמי)** | חוק חופשה שנתית – **לא עובד (כטיב)** | הפסקת שירות – **לא עובד (אניל גדרה)** | חוק הגנת השכר+חוק שכר מינימום – **לעיתים עובד** |
| לעיתים לצורך פיצוי פיטורין – **עובד (ועקנין)** | חוק שכר מינימום – **לא עובד (שדות).** | חוק שעות עבודה – **לא עובד** |  |
|  |  | כשיש בעיה נק' והוראות הצבא לא סבירות – ניתן ליישם את **מבחן התכלית –** לגבי חופשה שנתית, מחלה, הודעה מוקדמת, מענק שחרור, פנסיה, פיצוי בגין איחור בתשלום.  |  |

**הבחנה בין עובד לקבלן עצמאי ומה שביניהם**

הרבה קבלנים יעמדו בדרישות של מבחן ההתקשרות אך הם לא עובדים.

ישנה בעייה להבחין בין עובד לקבלן – **את רוב הדברים שמבחינים – כמו תלוש, שי לחג קובע המעביד ואזז אם משתלם לו – יקבע שזה קבלן ולא עובד.**

* **רון נ' נציגות הבית המשותף(עולם ישן) –** גנן בבית משותף – החליט על השעות שלו. העירו לו לעיתים, זיבול על חשבון הבית. כשיצא למילואים הביא מחליף מטעמו. טען שהוא עובד וביקש פיצויים. **ביה"ד: מדבר על מבחן הפיקוח – צריך להיות פיקוח של המעביד על העובד וכך הוא משתלב במפעל (**מבחנים שמתאימים לעולם ישן). קבעו **כי אינו עובד כי לא מקיים את מבחן הקשר האישי –** כי מצא לעצמו מחליף – דבר שעובד לא עושה. (הסתייעות שולית במישהו – לא פוגמת במבחן הקשר האישי).
* **בירגר –** גובה חוץ בעיריית נתניה. עבד 14 שנה. מבצע את מה שביצע גובה הפנים. משכורתו נקבעת עפ"י אחוזים של חשבוניות ולא תלוש. **ביה"ד – מבחן הפיקוח –** רחב מידי ולא עוזר לקבוע מי עובד (דוגמת הטרקטור במע"צ). **מציע את מבחן ההשתלבות – נבדוק את ההתארגנות במפעל. בירגר עובד!** מבחן ההשתלבות מנסה למנוע מצב בו אדם יהיה עובד אך ייקרא אחרת.
* **גינזבורג –** גינזבורג היה לוקח טפסי לוטו מהמרכז ומחלק לתחנות ולוקח מהם את הפדיון ומחזיר למרכז – כל יום חמישי בשעה 22:00. נסע במכוניתו. קיבל משכורת לפי מחזור שבועי. **ביה"ד –** למרות שהם קבעו כי הוא לא עובד, זה לא אומר כלום, גם זה שלא ניכו לו ביטוח לאומי+מס הכנסה לא מעיד. **אמנם המערער היה מבצע את עבודתו עם מכוניתו שלו – אך זה לא מעיד לפי מבחן ההשתלבות על כך שהוא עצמאי בעל עסק הובלות – גינזבורג הינו עובד!**
* **חיה פרוסט –** בחורה שתפקידה היה לצפות בפרסומות ספורט בבית/בקולנוע ובשלטי חוצות לראות אם הן מפורסמות טוב. ביקשה פדיון חופשה ופיצויי פיטורין כי היא עובדת. ביה"ד האזורי אמר שהיא עובד לפי **מבחן האדם הסביר. נקבע:** נשתמש **במבחן ההשתלבות –** זה שאביה ענה כמה פעמים לטלפון כי הייתה בביה"ס – לא שולל את **מבחן הקשר האישי.** גם העובדה שהשתמשה בטלויזיה שלה וראתה פרסומות בביתה – לא שוללת את מבחן ההשתלבות – **חיה פרוסט עובדת!**

**מתחילים להגיע לביה"ד כל מיני טיפוסים שלא נכנסים לקט' עובד ולא לקט' קבלן עצמאי.**

* **ראובן סיוון –** עורך תוכנית "שבילי לשון". פעם בשבוע בא לרשות השידור. הציוד של הרשות, היום נקבע ע"י הרשות. בהסכם ביניהם – לא נחשב עובד. אחרי 6 שנים טוען שהוא עובד. **ביה"ד: לא עובר את מבחן ההשתלבות – הוא משתתף חופשי – מעמד זה הוא לא תחום האומנות והתקשורת ואינו זכאי לכלום!**
* **פס"ד מור –** סטודנט למשפטים (אנגל) עבד במשרד חקירות של מור. נפסק כי אנגל עובד . ברק דיבר על משתתף חופשי באוביטר. אנגל ניהל לבד את התיקים – מור היה מחוייב לספק לו. הוציא חשבוניות וקיבל 30% מכל תיק. לא היו לו שעות קבועות. פוטר ע"י מור וטען כי הוא עובד. **טל (מיעוט): אנגל לא עובד כי חופשי מידי – משתתף חופשי שלא מגיע לו כלום – מרחיב את המשתתף החופשי.
ברק:** מסביר על צורת העבודה של מור – הוא לא פתח עסק לתיווך חוקרים – אלא החוקרים שכירים שלו! **מסביר כי כך משתלבים במשרד חקירות – לא מתערבים לך בתיקים אבל אתה עובד! מסתכל כיצד מעביד מנהל את עסקו. אוביטר:** גם אם היה משתתף חופשי – לא בטוח שנשלול ממנו את כל הזכויות – **יוצר עוד קטגוריה שביה"ד ימלא בתוכן – משתתף חופשי בעל זכויות!**
* **צדקא –** כתב בעיתון שהיה שולח כתבות מידי פעם לגל"צ. אסור לו לשלוח כתבות לרשות רדיו אחרות (בלעדיות) אך לעיתונים מותר. **ארד:** צדקא הוא עובד – מזכיר את **סיוון. ברק במור** אמר שלדעתו **סיוון** עובד. אז ככה משתלבים בתחום התקשורת. **אדלר (מיעוט):** אומר שלא עובד כי חופשי מידי. נותן סקירה של משתתף חופשי – בניגוד **לגולדברג שאמר כי משתתף חופשי זה רק בתחום התקשורות ולא מגיע לו כלום –** כי שם יש טאלנטים חזקים ולא מנוצלים – **אומר שדווקא בתחום התקשורת יש מקרים קשים של ניצול. לא מוכן להכיר בו כעובד אך לא מוכן שינצלו משתתף חופשי. אומר שהוא משתתף חופשי אותנטי –** השכר שלו לא גבוה (אלא כמו של כל כתב) ולא מגלם את ההטבות כדי שיהיה משתתף חופשי שלא מקבל כלום. בודק את תכלית החוק – **מגיע לצדקא חוק הגנת השכר, הודעה מוקדמת ופיצויי פיטורין. לא מגיע – חוק שעות עבודה ומנוחה. מרחיב משתתף חופשי לכל תחום.**
* **איריס פרחי –** כתבה למעריב ושילמו לה פר כתבה. ביה"ד האזורי יישם את **צדקא** ואמר כי עובדת.
* **שושן (רשות חשוב) –** עבד בתור סוכן של חברת תיירות במשך 10 שנים. ניהל לבד הכל, היה לו משרד, לא התערבו לו בכלום. טען כי הוא עובד וחלופין טען שמגיעות לו זכויות לפי פרשנות תכליתית.
**ארד:** דוחה את הערעור כי הוא קבלן חופשי. **מסבירה כי אם סיווגנו מישהו כעובד – אין צורך להחיל פרשנות תכליתית של החוק – מגיע לו הכל! רק אם מישהו הוא במעמד ביניים (כמו משתתף חופשי – צריך לשקול). אוביטר: יכולים להיות מקרים נדירים ביותר – בהם אפילו קבלן עצמאי לפי פרשנות תכליתית יקבל זכויות של איזה חוק מגן – קוראת לפרשנות תכליתית - פריצת האוניברסליות!**

**המבחן היום – המבחן המעורב: קודם כל בודקים את מבחן ההשתלבות (זה המבחן העיקרי – נבדק על רקע ההקשר התעשייתי והתכלית של החוק שאנו רוצים) +מבחן הקשר האישי+מבחן הפיקוח+ סממנים חיצוניים:**

* כיצד הצדדים ראו עצמם
* צורת תשלום
* תג
* קביעות
* מקום ישיבה

**כפל פנים למבחן ההשתלבות:**

1. **פן חיובי –** מידת ההשתלבות של העובד במפעל.
	* **יש מפעל שניתן להשתלב בו**
	* **הפעילות של העובד אינטגרלית לתהליך היצור והעבודה- לא בודקים חיוניות של העובד –** נבדוק האם הוא בשולי העשייה במפעל או חלק אינטגרלי.
	* **העובד משתלב במפעל –**
* לוקחים אותו בחשבון במצבת כוח אדם.
* ניתן להטיל עליו משימות משתנות בהתאם לכישוריו
* הרחקתו עלולה לפגוע בפעילות המפעל
* קיום פיקוח
* זמן וקביעות
* ההתקשרות נועדה לשכירת כוח עבודה ולא הון – דומה למבחן הקשר האישי.
1. **פן שלילי – האם לאותו עובד אין עסק עצמאי שמשרת את המפעל –** לא מעניין אם יש לך סתם עסק – **האם אתה מבצע את העבודה במפעל באמצעות העסק?**

 **איך בודקים אם יש לך עסק?**

* האם יש לך עובדים?
* **בעלות על ציוד-** אם אתה מביא את הציוד שלך אולי תהיה עצמאי (לא תמיד).
* **השקעת הון**
* **סיכוי לרווח וסיכון להפסד –** עובד לא מסתכן – רק עצמאי.
* **העדר בלעדיות –** קבלן עצמאי יעבוד בכמה מקומות בד"כ לעומת עובד.

**קיזוז והשבה**

נוצרת בעייה כספית כאשר מכריזים על אדם כעובד אחרי הרבה זמן שעבד.

* **בוכריס-** סטודנט להנדסה והתחיל לעבוד בתור מנהל צוות היגוי לשיקום שכונות במשרד השיכון. בהסכם התחייב לעבוד כקבלן עצמאי ואמר שהוא מוותר על יחסי עובד מעביד. מסיים את התקופה ותובע שהוא עובד. המדינה – הוא חסר תו"ל ויש להשתיקו. **ביה"ד – הגשת התביעה אינה חוסר תו"ל כי אז נחזור למצב שבו מעביד יכתיב את התנאים והעובד יחתום כי רוצה לעבוד. אומר כי המעביד אינו תם לב –** ברור שמנהל צוות זה עובד! יתכנו מקרים נדירים שהעובד ידע בדיוק לאן נכנס ואז יהיה חסר תו"ל.
* **טוויטו נ' תהל – ע"ב איזו תמורה מחשבים את הזכויות של העובד?** החישוב נעשה עפ"י השכר שהייתה מקבל **לו היית עובד. ואם אין עובד כזה – אז עובד רעיוני.**
* **חנה יפהר –** **צור(רוב): חוק עשיית עושר** חל גם על דיני עבודה. **מי שהתעשר שלא כדין – חייב להשיב – גם עובד וגם מעביד.** ניתן לסטות – דרך ס' 3 לחוק – **בנסיבות העניין ביהמ"ש קבע כי לא צודק להשיב.
מוטולה(מיעוט):** זה לא התעשרות שלא כדין – אלא מכוח חוזה תקף- **ולכן אין אף פעם השבה!**
* **אייזיק+טוויטו –** **אדלר(מיעוט – הרוב דוגל בקיזוז): תהיה השבה רק במקרים חריגים** של **תמורה לקבלן גבוהה מאוד**+**א.** הוסכם בין הצדדים, כי אם יוכר מבצע העבודה בדיעבד כ'עובד' תיעשה השבה (סעיף "גדרון")**/ב.** העובד הוא שדרש שמעמדו יהיה כשל עצמאי".
* **טיברמן –** **אדלר הופך לרוב (מה שאמר באייזיק).**
* **עברון – פליטמן – במקרים בהם ברור כי המעביד ידע שמדובר על עובד ובכל זאת עטה עליו מעטפת של עצמאי – גישה הרתעתית -** מחשבים את השכר של העובד לפי **מעמדו של עצמאי + זכויות שמגיעות לו כעובד –** בודקים - **אם זה פחות ממה שקיבל כעצמאי- יקבל הפרש, אם זה יותר – אף אחד לא יחזיר כלום! (העובד הרוויח).**
* **גלובוס גרופ –** יואל מלכה היה צלם בגלובוס. **אדלר:** הפער בין השכר שקיבל כ"עצמאי" לבין שכרו כעובד אינו גדול **ולכן לא צריך השבה/קיזוז.**
* **רפי רופא(הלכה היום) –** היה סוכן ביטוח שאחראי על 25 סוכנויות בארץ. **מוטולה –** מאמצת ומשנה את מה שאמר **אדלר**  - **קיזוז יתבצע רק כאשר הייתה תמורה מאוד גבוהה לקבלן+חוסר תו"ל קיצוני שלו. בכל מקרה – העובד לא יצטרך להשיב!**

**ההלכה – אם יש פער של 150% שקיבל התובע לעומת 100% שקיבל עובד רגיל +התובע היה חסר תום לב - יהיה קיזוז – אך לעולם לא תהיה השבה.**

**מיהו מעביד?**

חשוב לדעת מיהו מעביד כדי לגזור את סל הזכויות של העובד – שיהיה יותר ממה שמגיע מחוקי המגן.

**מיהו המעביד כשיש יותר ממעסיק פוטנציאלי אחד?**

* **פימה פאם(פרימפק) –** יש בודקי כשרות שנשלחים מטעם **הרבנות** אל **היבואן** של הבשר לבדוק כשרות. היבואן משלם שכרם והרבנות מפקחת על הכל. הם רוצים להחשב עובדי רבנות כי שם יש הסכם קיבוצי טוב. **ביה"ד: הם לא עובדים של הרבנות.**

נוצרו מצבים חדשים בהם במפעל יש עובדים של המפעל, **יש עובדי קבלן של חברת כוח אדם שמועסקים במפעל ויש מיקור חוץ – המפעל מקבל שירות מקבלן שמספק עובדים שנותנים שירות.(**למשל התקנת צמיגים).

* **כפר רות –** חסן עבד בכרם של מושב כפר רות. מנהל הכרם כשהיה צריך עובדים פנה לראיסים (יונס ושמשי) והם הביאו לו עובדים. הוא היה משלם משכורת לראיסים והם היו משלמים לחסן. לא ידעו מי צריך לפטרו (מי המעביד) ולא קיבל את כל הזכויות. **פורת: קיימת חזקה כי יש יחסי עובד-מעביד בין המשתמש (**כפר רות) **לבין העובד. אם רוצים להפריך חזקה זו – המשתמש צריך להוכיח כי יש חוזה עבודה בין הראיס לבין חסן ויש התקשרות בין כפר רות לראיס – בצורת קבלן.** רק אם יוכחו התנאים – תדון במבחנים לבדוק מי מעביד – מבחנים דומים לדרישות של **מבחן ההשתלבות. חסן היה עובד של כפר רות והראיסים רק צינור להעברת הכסף.

המבחנים לקבוע מי המעביד:**
* כיצד ראו הצדדים את היחסים ביניהם וכיצד הגדירו אותם זאת
* בידי מי הכוח לפטר את העובד ובפני מי עליו להתפטר
* מי קיבל את העובד לעבודה ומי קבע והסדיר את תנאי התקבלותו , מי משבצו במקום העבודה ומי מעבירו מתפקיד לתפקיד במערך ארגונו של המשתמש בעבודתו
* מי קובע את מכלול תנאי עבודתו של העובד, לרבות את גובה שכרו ואת הנלווים לשכרו
* מי חייב לשאת בתשלום שכרו של העובד . אמנם נקבע גם כיף חובת תשלום השכר, או תשלומו בשלמות, לא תמיד היא חזות הכל, ויכול שהצד השלישי ישא בחובת התשלום . אולם גם בהתקיים מבחן חובת התשלום - למותר לציין כי אין זה קובע מי מבצע טכנית את תשלום (בבחינת "צינור לתשלום"), אלא מי הנושא בחובה המשפטית לשלם לעובד את שכרו
* מי נותן חופשות לעובד וממי עליו לבקש את אישור חופשותיו
* כיצד דווחו יחסי הצדדים למס הכנסה ,כיצד הצהירו ונרשמו במוסד לביטוח לאומי, וברשויות אחרות שבהן נדרשת הצהרה מיהו המעביד (דיווחים והצהרות כאמור עשויים ללמד על סימן ההיכר הראשון, היינו כיצד ראו הצדדים עצמם את יחסיהם וכיצד הגדירו אותם)
* מכלול הקשרים והזיקות בין הצדדים הרלבנטיים להסדר ההעסקה, כגון: מי מפקח על עובדת העובד, למי מדווח העובד על עבודתו, ולמרותו של מי הוא סר
* למי הבעלות על הציוד, החומרים, או הכלים המשמשים את העובד בעבודתו
* האם העבודה שלשם ביצועה נשכר העובד נעשית במסגרת עיסוקו העיקרי של המשתמש בעבודה, ובו משתלב העובד, או שמא נשכר העובד לביצוע פרוייקט צדדי, הדורש מיומנות מיוחדת שאינה מסוג המיומנויות הרגילות הדרושות לעיסוקו העיקרי של המשתמש בעבודה.
* רציפות, זמנויות, ומשך קשר העבודה (מבחן זה הוא שולי ועשוי להוות לשון המאזנים במקרים גבוליים)
* האם יש לצד השלישי עסק משלו אשר בו משתלב העובד, הנותן את שירותיו לאחר.

**נראה כי במצב של היום (כשיש הרבה עובדי קבלן – שהם באמת עובדים אצל הקבלן) – גם אם נחיל את המבחנים של פורת תמיד נקבל תוצאה שהם עובדים של המשתמש ולא של הקבלן.**

**פעם קבלני כו"א עשו כמה דברים:**

1. **תיווך –** אתה נרשם אצלה והיא מוצאת לך עבודה ומקבלת עמלה מהמפעל. אין פה יחסי עובד מעביד בין הקבלן לעובד.
2. **מילוי חוסרים זמניים –** מוצאת מחליפים לעובדים שיצאו לחופשות/מחלות. העובד היה עובד של חברת כו"א – היא הייתה המעביד שלו.

עם הזמן – עובדים החלו שנים לעבוד דרך חברות כוח אדם.

* **אילנה לוינגר –** הייתה מזכירה במשרד התמ"ת, אך כל פעם שינו מעמדה מעובד/לעצמאי, ושינו לה את קבלני כו"א. פוטרה כי החליפו חברת כו"א שלא ייצגה אותה. לא הגיע לה כלום כי לא היה חוק.
* **1996 – חוק העסקת עובדים באמצעות קבלני כו"א –** החוק לא קבע מי המעביד – הוא אמר – אם הגעתם למסקנה שהקבלן הוא המעביד – אלה הזכויות שמגיעות לו. **החוק רצה להתמודד עם מס תופעות:**
* **החוק הטיל חובת רישוי על חברות כו"א וחובת ערבות –** אם המעסיק פושט רגל – הקבלן משלם לעובד.
* **החוזה עם חברת כו"א יהיה בכתב (**גם החוזה של העובד וגם של המשתמש). **אסורה תניה בשום חוזה שאוסרת על העובד להחשב עובד של המשתמש.**
* **אסור לחברת כו"א לשלוח עובדים מחליפים לעובדים שובתים.**
* **תיקון של שנת 2000: ס' 13(א) – חובת השוואת תנאים –** מעביד חייב להעניק את אותם תנאים לעובדי קבלן כמו שמעניק לעובדים רגילים.
**ס' 13 (ג) – ס' (א) לא יחול אם יש בין המעביד לבין חברת הקבלן הסכם קיבוצי שהורחב בצו הרחבה. (**בשנת 2004 נחתם הסכם קיבוצי כללי בענף שירותי כוח אדם והורחב בצו הרחבה – **בסקטור עסקי – כלומר אם נשלח עובד קבלן לעבוד בסקטור עסקי יחול צו הרחבה ולא השוואת תנאים).**
* **פס"ד גולדבנרג –** שומרים בתע"ש שהועסקו ע"י חברת כ"א ורצו השוואת תנאים. תע"ש אמרה שיחול צו הרחבה. **אדלר: לא מקבל את הפרשנות של החוק – צו הרחבה יחול רק על מי שעושה עבודה זמנית מטיבה(**פרוייקט מסויים, החלפת מישהו חולה)**.על השומרים יחולו השוואת תנאים.** כי זו עבודה קבועה מטיבה.
* **ס' 12א – נכנס לתוקף ב2008 – לא יועסק עובד קבלן אצל מעסיק יותר מ9 חודשים, ואם יועסק ייחשב עובד של החברה ולא של חברת כ"א. –** שאלת המעביד מתחילה להיות רלוונטית רק ל9 חודשים הראשונים.
**כרגע הדרך היחידה של המעביד להתחמק מהחוק היא לומר שיש פה מיקור חוץ.**
* **זוהר גולן –** פיטרו אותו לפני הסיום של 9 חודשים **רק** כדי שלא ייחשב עובד. **ביה"ד –זה חוקי!**
* **ראהיד פאהום –**מצלם מסמכים של ביטוח לאומי. החליפו לו כל פעם חברת כ"א. הם משלמים לו את השכר. **צור(רוב) – המבחנים של כפר רות לא מספיקים – מוסיף עוד מבחנים לראות מי המעביד – קובע שראהיד עובד.! אדלר :** הם מעסיקים במשותף ורק אם כ"א לא ישלמו לו – ביטוח לאומי ישלם לו.

**המבחנים הנוספים לפי צור למיהו מעביד:**
* **זמניות –** לראות שאכן העובד הוא זמני אצל המשתמש ( מה שקובע החוק).
* **יציבות מול תחלופה –** אם קבלן כ"א הוא המעסיק האמיתי – הוא יהיה מעסיק יציב ומי שיתחלף יהיה המשתמש. אם רואים מצב כזה- מעיד על כך שהמשתמש הוא המעביד האמיתי.
* **טיב התפקיד –** בחינת התפקיד שמבצע העובד – אם תפקיד קבוע במהותו – מעיד על כך שהוא עובד של המשתמש ולא של כ"א.
* **יכולת כלכלית של קבלן כ"א –** לראות האם קבלן כ"א מסוגל בכלל לשלם לעובד – אם לא, לא יהיה מעביד – **צור לא ממש מסכים עם המבחן הזה**
* **אמת או מראית עין –** אם למשל נראה פגמים בחוזה בין המשתמש לבין כ"א – מראה שהמשתמש הוא המעביד האמיתי כי החוזה עם כ"א הוא למראית עין.
* **הגינות, תו"ל ותקנ"צ –** אם משלמים לעובד כ"א נמוך מידי, או להפך משלמים לכ"א מחיר מופרז מידי עבור העובד – המעביד יהיה המשתמש.
* **לימור בן חיים –** מצלמת מסמכים בביטוח לאומי. מועסקת ע"י כ"א. ניסו להכניס אותה כמה פעמים לביטוח לאומי אך לא עברה את המבחנים. **אדלר: לא מוכן לראות בה עובדת כי חושש שדיני עבודה ישמשו צינור כניסה לשירות המדינה למי שלא מתאים וראוי (**יביאו קרוב משפ' יגידו לו תעבוד 10 שנים למרות שאתה לא מתאים ואז יכירו בך כעובד). **הרוב: המבחנים נועדו בכוונה לא לקבל אנשים כי אם היא לא מתאימה למה המשיכו להעסיק אותה?!?**
* **שוואב –** **אדלר: שוואב הייתה מיקור חוץ של משרד החקלאות ולא עובדת.**
* **חסידים –** עובד מחשוב שעיריית ירושלים שכרה שירותיו. הוא בכלל לא ישב בעירייה – באמת היה פה מיקור חוץ! **אין יותר חזקה מי המעביד (כפי שנקבע בכפר רות)** כל מקרה ייבדק לגופו!
* **חווה אלוני –** משרד החינוך קבע כי חווה אלוני לא עובדת שלו אלא היא עובדת של עמותה לזהירות בדרכים. היא בכלל לא מכירה את העמותה הזו. **ביה"ד: עובדת של המדינה.**

כיום – אחרי החוק – התחילו להעסיק בשיטת **מיקור חוץ – קבלני שירות –** לפעמים קבלן שירות זהה לקבלן כ"א – כי מה ההבדל בין שכירת שירותי שמירה לבין שכירת שומרים?

* **תיקון 2009 –** ניקיון+שמירה – **נחשבים קבלן שירות ולא קבלן כ"א- כדי להיות קבלן שירות צריך רשיון.**
* **תיקון 2011 – פרקים ג'+ד' – אחריות פלילית ואזרחית של מזמין שירות –** קוראים לו מזמין שירות ולא מעביד – **השירות צומצם לשמירה, הסעדה וניקיון! – מי שנותן עובדים בתחום אחר הוא קבלן כ"א ולא קבלן שירות. חובות מעביד שהוא קבלן שירות עוברות למזמין שירות – במידה וקבלן שירות לא משלם לעובד בתנאים מסויים.** יכולה להיות הגנה למזמין שירות שיש לו בודק שכר שבודק מה קורה עם השכר של העובד.
**אם מזמין השירות לא קובע את השכר של העובד באופן ספציפי – הוא ייחשב מעביד!**

**חוקי המגן**

**חוק שכר מינימום**

* **ס' 6א –** עוד לפני חוק העסקת עובדי קבלן- אם העובד לא מקבל שכר מינימום מחברת כ"א – יפנה למשתמש.
* **ענבל מלכה (טיפים)-** עובדת רק על טיפים – אם לא מגיעה למינ' המעביד משלים. **האם תשר נחשב שכר לצורך חוק שכר מינימום? ביה"ד: ניתן לראות בטיפ חלק משכר מינ' רק אם הוא נרשם בקופה של המעביד שמפריש מס ומשלם אותו לעובד.** אחרת –בנוסף לטיפ – המעביד צריך לשלם שכר מינמום. **הלכה בעייתית – כי מי שנותן טיפ רוצה להיטיב עם המלצר ולא לשלם שכרו!**

**חוק שעות עבודה ומנוחה**

* **פס"ד דיזיין –** העמידו לדין חברה כי העובד עבד בשבת. החברה: למה שבת? כפייה דתית. **ברק: אם ניתן לכל עובד לבחור יום חופש –** זה ייתרגם לבחירה של המעביד – אני צריך אותך ברביעי ואם אתה רוצה חופש ברביעי לא תעבוד אצלי. אם יהיו ימים שונים אנשים לא יתראו – **שבת מתאים לדת ולא כפייה דתית.**

החוק לא חל על כל מיני אנשים (שוטרים, סוהרים) ועל **הנהלה שנדרשת ממנה אמון אישי גבוה(ס' 5) ועובדים שלא ניתן לפקח עליהם (ס' 6).**

* **זיווה כץ –** מתמחה במשרד עו"ד. עובדת שעות נוספות אך לא משלמים לה כי יש בה **אמון אישי. ביה"ד: אין עובד שאין בו אמון אישי ואפילו מיוחד. צריך לבדוק את תכלית חוק שעות עבודה ומנוחה** ולראות האם מגיע לזיווה כץ שעות נוספות. **זיווה לא נכנסת לחריג של ס' 5 כי משכורתה נמוכה.

סממנים של מי נכנס לגדר אמון אישי גבוה:**
* שכר גבוה לעובד
* שותפות למידע רגיש
* אחריות מיוחדת ואפשרות להחליט באופן עצמאי
* **בסט ביי –** העסיקו את גולן בשבת בלי לשלם. טוענים כי הוא מנהל ונכנס לחריג. **ביה"ד: גולן אינו נחשב מנהל לצורך החריג בס' 5.

קריטריונים למנהל שייכנס לחריג:**
* **מיקום בהיררכיה הארגונית –**
* מדובר על שכבת המנהלים **הגבוהה ביותר.**
* דפוס העבודה של המנהל האמיתי אינו מתאים לחוק.
* מנהלים לא מדפיסים כרטיס (גולן הדפיס)
* מנכ"ל מווסת את זמני המנוחה שלו בעצמו.
* תיאור התפקיד
* שכר גבוה במיוחד
* מנהל מתווה מדיניות ולא רק מיישמה.
* **יולנדה גלוטן –** דובר על עובדת זרה. מבקשת תשלום על שעות נוספות. **ביה"ד פסק: נכנסת לחריג של ס' 5 +6.**  **ביהמ"ש: עמד על הבעייתיות בהעסקת עובדים זרים והציג 4 גישות פסיקה של ביה"ד:**
1. חוק שעות עבודה ומנוחה חל על עובדים זרים אבל הם נכנסים לחריגים של ס' 5+6 – **מאוד בעייתי כי כן ניתן לפקח עליהם והם ממש לא נחשבים מנהלים בעלי אמון אישי!**
2. יש להוסיף אחוז מסויים לשכר העובדים הזרים כדי לגלם את עבודתם – **הבעייה היא שאין שום הוראה חוקית שמאפשרת זאת.**
3. החריגים לחוק לא חלים על עובדים זרים – כי הם לא עובדים כל היום – יש שעות שנחים – **גישה בעייתית כיוון שזה סותר את החוק עצמו שאסור לעבוד כ"כ הרבה וגם היא נמצאת בכוננות כל הזמן!**
4. החוק יחול ויש לשלם שעות נוספות על כל שעה שחרגה מיום עבודה – **הגישה שהכי מתאימה לחוק אבל הכי בעייתית כי לא ניתן למוטט את השוק – זה עולה הון תועפות ואנשים לא יקחו עובדים סיעודיים!**

 **ביהמ"ש פונה למחוקק להסדיר את העניין ובינתיים משאיר את פס"ד של הארצי על כנו! (ס' 1).**

* **לודוויג קרץ –** נהג ניווטים. מפזר את המנווטים ומחכה להם באוטו. ביקש שעות נוספות. **ביה"ד: אין מדובר על שעות נוספות –** כי לפי חוק רכב מנועי אסור לנהג לנהוג יותר מ7 שעות – וגם אם היו רוצים שיהיה בכוננות – אסור לו מבחינה חוקית ולכן אלה לא שעות עבודה.
* **אשר נ' החברה להגנת הטבע –** כוננים בבי"ס שדה. **ביה"ד: פה כן מדובר על שעות נוספות של כוננות!**
* **פס"ד צ'יבוטרו -** עובדת ניקיון שהועסקה במסעדה 7 ימים בשבוע. קיבלה שכר גבוה יותר ממינימום אך לא מה שמגיע. אמרה שלא יכולה לעבוד 4 פעמים בחודש שבתות אלא רק 2 ופוטרה. תבעה לקבל החזר רטרו' על שעות נוספות. המעסיק – לא מגיע לה כי השכר גילם בתוכו שעות נוספות. **לא ניתן לוותר על זכות קוגנטית שמגיעה לך! מגיע לה פיצוי!**
* **לבנה פילוסוף (דפוס העסקה גמיש) –** אין בעייה לעבוד יום אחד 3 שעות ויום אחד 12 אם משלמים לך **פיצוי גלובלי על השעות הנוספות שבאמת משקף כמה שעות עבדת – העיקר שלא חורגים מהחוק –** אם קיבלת 5000 שח ומגיע לך על כל השעות הנוספות 6000 – יוסיפו לך !

**חוזה עבודה אישי וזכות השוויון בעבודה**

**היחס בין הפררוגטיבה של המעביד לבין חופש החוזים – איך משנים חוזה עבודה?**

* **גלבלום נ' הבימה –** הייתה שחקנית בבימה. ביקשה דמי החזקת רכב כי קשה לה לנסוע להצגות וחזרות. נתנו לה לחצי שנה. אח"כ הפסיקו. היא יצאה לחופשה ללא תשלום. **האם התנאי של דמי אחזקת רכב היו לזמן מוגבל?** השחקנית טוענת שכל עוד יש יחסי עובד מעביד. התאטרון אומרים שזה היה רק לזמן של המחזה הספציפי. יש לפרש את כוונת הצדדים בתוספת שכר לפי איך צד ג' היה רואה את זה בהקשר התעשייתי - **לא מוצאים כי התכוונו לשלם לה כל הזמן.**
* **מילפלדר –** לכבאים מגיעה מנוחת פיצוי. שנים היום משלמים להם על 36 שעות מנוחה. המעביד החליט שמשנה את זה ל25 שעות. וגם אחרי השינוי – 5 שנים המשיך לשלם 36 שעות. **האם מעביד יכול לשנות תניה בחוזה באופן חד צדדי?** לכאורה נראה שכן כי הרי ניתן לבטל חוזה עבודה מתי שרוצים – אז למה לא לשנות ס'? **ברק: או שמבטלים את כל חוזה העבודה או שלא משנים כלום! כדי לשנות תניה צריך הסכמה של העובד!
המשמעות הגדולה של פס"ד היא בהסכם קיבוצי ולא אישי! אם מעסיק משנה תניה בהסכם קיבוצי הרי לא יכול לבטל את חוזי העבודה של כולם ולפטר את כולם! כשזה אדם אחד – פשוט יפטר אותו.

חריגים לכלל של איסור ביטול תניה באופן חד צדדי:**
* אם החוק מאפשר זאת
* אם הצדדים מסכימים/כורתים חוזה חדש שמשנה רק את התניה הזו. יכולה להיות גם הסכמה משתמעת – אם הצדדים החלו לפעול לפי התנייה החדשה הם מסכימים.
* יכול להיות שטיבה של התנייה הוא שהיא באה לידי סיום לפני כל החוזה כולו.
* אם יש בחוזה העבודה תנייה שמאפשרת שינוי חד צדדי של תניות.
* **גרינשפן –** גרינשפן ושני חבריו מטפלים במעון למפגרים. גרינשפן והשני הועסקו כל הזמן במשמרות ואז עברו רק למשמרת לילה. השלישית כל הזמן עבדה לילה. המעון החליט להעבירם שוב למשמרות – דיבר עם ועד העובדים אך לא נחתם הסכם. הם עתרו לשבצם לילה או לחלופין לא לפגוע בשכרם. **אדלר: לא ניתן לאכוף משמרות לילה כי זה חוזה לא חוקי – אסור לאדם לעבוד רק לילה לפי חוק עבודה ומנוחה. קובע פיצוי חד"פ לעובדים אך לא ישולם להם שכר לילה כל החיים!**
* **פס"ד תעשייה אווירית לישראל –** המפעל רצה להתאחד עם מפעל אחר ולהעביר את העובדים לבעלות המפעל השני. הם עתרו. **אור: כחלק מזכות הקניין החוקתית שיש למעביד – יש לו זכות פרורגטיבה ניהולית.** זה משתרע על שינויים מבניים, ניהול מבני פנימי של העסק וכו'. למשל איזה מוצר לייצר, כמה יעלה, מי יהיו העובדים. זו לא זכות מוחלטת – יש לאזנה עם זכויות העובד. **מסכים כי המעביד יכול למכור את המפעל – אך על עם עובדיו כשלא הסכימו.**

**שוויון בעבודה**

* **אורית גורן (אפלייה ע"ב מין) –** מתקבלת לעבוד בהום סנטר. מבקשת 5000 ש"ח. ומגלה אח"כ שעובד שמבצע אותה עבודה מקבל 7000. הצליחה להוכיח פער לפי **חוק שכר שווה לעובד ולעובדת,** אך החוק מעניק פיצוי רק על שנתיים אחרונות ורצתה לקבל פיצוי **לפי חוק שוויון הזדמנויות – אך שם צריך להוכיח כי האפליה היא מחמת מין. האם כל מי מצליח להוכיח פער לפי חוק שכר שווה יקבל פיצוי לפי חוק שוויון הזדמנויות? בייניש: אם מוכיחים פער לפי חוק שכר שווה, הנטל להוכיח שהפער הוא לא מחמת מין כפי שנדרש לפי חוק שוויון הזדמנויות הוא על המעביד!** טענת המעביד כי העובדת ביקשה לבד 5000 – לא מספיק טובה!
* **ליבי ויינברגר (אפלייה מחמת גיל) –** ליבי מפוטרת מבר אילן כי בת 67 ולא נשקלו שיקולים אישיים. טוענת כי החוק לא חוקתי! **האם פרישה לפי חוק גיל פרישה רק כי אני בן 67 היא אפלייה? מוטולה: לא חובה לחייב את העובד לפרוש – אלא צריך לשקול שיקוליים לגופו של עניין על כל עובד ועובד.** קיבלה פיצוי.
* **זוזול –** לאה שירתה בשב"ס. והופרשה לפנסיה בגיל 57 – כפי שנקבע בחוק שב"ס. טוענת כי ההסדר לא חוקתי. **חיות:** הנוהל הזה מפלה בין סוהרים שמופרשים מוקדם לשאר העובדים בשב"ס ובכלל עובדי מדינה. **העותרת חזרה לעבוד.**

**סיום יחסי עבודה וסעדים בגין הפרת חוזה**

שלושה מודלים של פיטורין – אמריקאי (ללא סיבה), אירופאי (סיבה) וישראלי (קביעות – אבל רק בהסכם).
**לאורך השנים ביה"ד אומר כי פיטורין חייבים להעשות בתום לב –** צריך להעניק לו **שימוע –** להשמיע דעותיו – זה מקרב אותנו למודל האירופאי. **אסור לפטר עובדת בהריון , מילואים, בגלל התארגנות בארגון עובדים.**

* **רות הורביץ –** גננת בגן פרטי במגזר החרדי. בעלי הגן הקימו בניינים שרות קנתה שם דירה. היו ליקויים בדירה ובגלל שהתלוננה – פיטרו אותה מהגן – **זה פיטורין שרירותיים שהדעת לא סובלת!**
* **רבקה אלישע(הסעדים על פיטורין שלא כדין והסייגים)-** עובדת בדיקאנט הסטודנטים באונ' ת"א. התחלפה הדיקאן והן לא מסתדרות – פיטרו אותה. **ביה"ד: התנהלות חסר תו"ל של המעביד. ארבל:** מסבירה שפעם לא היו אוכפים חוזה עבודה כי זה בעייתי, והיום יש חריגים שנותנים אפשרות לאכוף חזרה של עובד. **במקרה של רבקה – לא יכלו להחזירה לעבוד כי עבר המון זמן אך נתנו לה פיצויים.

שיקולים של ארבל מתי כן נאכוף חוזה עבודה בפיטורין שלא כדין:**
* **חומרת הפגם ומידת תו"ל של המעביד –** ככל שחוסר תו"ל גדול יותר – יחזירו לעבוד.
* **הקשר תעשייתי –** היחסים האישיים בין העובד למעביד, יחסי האמוון.
* **סוג מקום העבודה –** ככל שמפעל יותר גדול – יותר יחזירו.
* **חלוף הזמן**
* **הערך שנפגע בפיטורין –** האם המעביד לא נתן שימוע או פגע בחופש ההתאגדות? ככל שהערך גדול יותר – יטו להחזיר.
* **אופי המעביד –** השופטת **ברק** אומרת שגם במקום פרטי צריך אכיפה **אדלר-** רק בציבורי.
* **מה סוג ההסכם החל על הצדדים?** יותר קל לאכוף חוזי עבודה שהם בניגוד להסכם קיבוצי כי כך בעצם אוכפים את ההסכם הקיבוצי ואין שירות אישי (זו פיקציה).
* **פס"ד לייבוביץ' –** 30 עובדים פוטרו כי שבתו. המעביד כבר לקח עובדים חדשים **ובכל זאת ביה"ד החזיר את המפוטרים לעבוד – אכיפה – כי נפגעה זכות חוקתית – שביתה.**
* **ביבס נ' שופרסל –** נחשד בגניבה ממעסיקו. המעסיק התייעץ עם ועד העובדים הארצי ומועצת הפועלים (זה התנאי לפיטורין בהסכם הקיבוצי)- פוטר. הוגשה תלונה – יצא זכאי. ביקש שיחזירו אותו לעבוד – טוען כי פוטר בניגוד להסכם קיבוצי שמאפשר פיטורין במקרה של גניבה רק אם **יצא אשם.** המעבידה רצתה לתת רק פיצוי. **אדלר: במקום ציבורי נעדיף אכיפה, בפרטי – פיצוי. במקרה דנן פוטר בתו"ל של המעביד ומשיקולים סבירים. ברק: גם במקום פרטי נעדיף אכיפה.**

**על חופש העיסוק והזכות לפרטיות בעבודה
חופש העיסוק**

* **צ'קפוינט –** גד פרומר – מנהל בכיר ברדגארד. חתם על תניית צינון של 22. אך הלך לעבור אצל צ'קפוינט המתחרה באותו תפקיד. **אדלר:** מסביר כי **כמעט לא ניתן משקל לתניות אי תחרות כי:** יש פערי מיקוח והעובד יחתום על הכל (ממש לא מדוייק במקרה שלנו), מעבידים מדברים על תחרות חופשית – כשזה פוגע בהם פתאום זה מפריע? , כבילת עובד למקום עבודה זה בעייתי.

**מתי כן נקבל תניית אי תחרות?**
* **תום לב של העובד –** אם למשל בזמן העבודה פתח עסק חדש. כשיש חוסר תו"ל של העובד נחיל את תניית אי התחרות.
* **סוד מסחרי –** לא מספיק שאני יודע סוד מסחרי ועובר למקום אחר. **צריך להראות שהשתמשתי בו.** יש הגדרה מדוייקת מה זה סוד מסחרי. גם אם למדתי משהו אצל המעביד זה לא סוד מסחרי או הכשרה מיוחדת – זה הכישורים שלי.
* **הכשרה מיוחדת –** כשיש הכשרה מיוחדת כמו למשל קורס ארוך בחו"ל – לא הגיוני שהעובד ישר יעזוב. **ניתן להתגבר ע"י תניית הכשרה –** קיבלת קורס תעבוד עוד 4 שנים.
* **תמורה מיוחדת –** אם חותמים עם העובד שישלמו לו משכורת בתקופת הצינון זה בסדר. **סעיף בחוזה שאומר ששכרו של העובד מגלם גם צינון – לא יתקבל.**
* **זעפרן נ' בצלאל –** מרצים שעבדו בבצלאל חצי משרה וגם חצי משרה בשנקר המתחרה. בצלאל אומרת להם שאם לא יעזבו את שנקר – יפוטרו. **ביה"ד: זו הגבלת עיסוק אסורה. לא הוכיחו שום פגיעה בכך שהמרצים מלמדים גם בשנקר.**
* **עדי עמיחי –** היה רוקח בסופר פארם. נשלח לקורס במסגרת עתודה ניהולית. חתם על חוזה שאחרי הקורס 12 חודשים לא יעבוד במקום אחר. לפני סיום הקורס – עזב לניו פארם המתחרה. **ביה"ד: מיישם את צ'קפוינט ואומר כי אמנם נחשף התובע לחומר מסווג בקורס, אך רק באופן חלקי. עוד אנשים השתתפו בקורס, הוא בכלל לא סיים אותו, ועלות הקורס הייתה נמוכה. לא נגביל את חופש העיסוק !**

**פרטיות בעבודה**

* **טלי איסקוב –** איחוד של ערעור של טלי איזקוב ומשקי מים. טלי טוענת כי פוטרה בגלל הריונה. המעביד מוציא פלט מהמחשב **שמראה ששלחה קו"ח למקומות אחרים דרך המייל של העבודה.** עו"ד של טלי אומר שזה ראיה לא קבילה. משקי מים – אדם סיים עבודתו והמעביד הוציא תדפיסי מייל **מהמייל הפרטי של העובד** שמראים שפתח חברה חדשה. **ביה"ד: תיבת דואר מקצועית מותר לבדוק אך לא את התוכן!! את התוכן מותר לבדוק רק בכפוף למידתיות, לגיטימיות (**במקרים חריגים ביותר בהם יש חשש למעשה פלילי) **ובהסכמת העובד!, תיבת דואר אישית/מקצועית מותר לבדוק בכפוף לעיקרון הלגיטימיות ואחרי שנקט באמצעי פוגעני וחודרני פחות וקיבל אישור מהעובד, תיבת דואר אישית – אסור לבדוק!** אצל טלי אמרו שזה לא לגיטימי ולא מידתי ובטח ובטח שגם במשקי מים זה לא מידתי.

**משפט עבודה קיבוצי**

**עקרונות יסוד**

* **בר אילן נ' ביה"ד הארצי –שאלה השאלה האם יכול להיות ארגון עובדים שחלק גדול ממנו זה גימלאים ושהוא ייצג גם את האינטרסים של הגימלאים?** **פרוקצ'יה:** מחליטה שכן! אבל רק כדי להיטיב עימם. וקובעת כי הזכות להתארגנות הינה זכות חוקתית.
* **צים – נשאלה השאלה האם רק חברי ארגון עובדים יכולים לקבל הטבות ולהתקדם? ביה"ד: ארגון עובדים חייב לייצג אותך גם אם אתה לא חבר הארגון-** אבל אתה חייב לשלם דמי טיפול.
* **פס"ד לייבוביץ' –** 30 עובדים פוטרו כי שבתו. המעביד כבר לקח עובדים חדשים **ובכל זאת ביה"ד החזיר את המפוטרים לעבוד – אכיפה – כי נפגעה זכות חוקתית – שביתה. שביתה זו זכות חוקתית!**
* **חברת חשמל נ' מאיר פרובסקי –** עבד בחברת חשמל. יצא לפנסיה מוקדמת. שילמו כל חודש סכום לביטוח לאומי. יום אחד החליטו לבטל את זה. דיבר עם ועד העובדים. לאחר שלא הצליחו לפעול למענו אמר כי הם לא מייצגים אותו אלא הוא מייצג עצמו לפני חברת חשמל. **האם ועד העובדים הארצי של חברת חשמל רשאי לייצג גם פנסיורים ולא רק עובדים? הוחלט: ועד העובדים הארצי פעל ופועל למען הפנסיונרים גם אם אחד מהם לא אהב את מה שהשיגו עבורו.**

**על ארגון העובדים והמעבידים**

* **פס"ד עמית(הסתדרות העובדים הכללית נ' ביה"ד הארצי) –** הוקם מתחרה להסתדרות ע"י מנהלי קופ"ח מכבי. **האם עמית הוא ארגון עובדים? (**חשוב כי לפי **חוק הגנת השכר –** צריך לשלם לארגון עובדים דמי טיפול – אם לא ארגון – לא משלמים). **ביה"ד: קבע כי ארגון עובדים. העליון: הפך את

פס"ד קבע קריטריונים לארגון עובדים:**
1. **חברות בארגון:**
	1. של עובדים שכירים ולא של גימלאים – **זמיר –** רוב הארגון חייב להיות שכירים.
	2. וולונטרית
	3. אישית
	4. לא של מנהלים בכירים
2. **דמוקרטיה –** חייבות להיות בחירות לארגון ויש איסור הפליה.
3. **עצמאות –** מתקשר לעניין המנהלים – כדי שתהיה עצמאות אסור שיהיו חברים מנהלים בכירים בארגון ובמיוחד בראשו.
4. **תקנון ורישום כעמותה**
5. **פעילות לטובת הטווח הרחוק ולזמן בלתי מוגבל**
6. **מטרה**
* **ארגון המורים נ' ישיבת בני עקיבא –** ארגון המורים רצה לעשות סכסוך קיבוצי עם בני עקיבא. הגיש בגשה לבי"ד, בני עקיבא ענו לו שהוא בכלל לא ארגון מעבידים. **מהו ארגון מעבידים? גולדברג: נותן

קריטריונים לארגון מעבידים:**
* חבריו של ארגון מעבידים צריכים להיות מעבידים
* על הארגון להתקיים זמן ממושך, תקופה בלתי מוגדרת מראש או לפחות פרק זמן ממושך דיו, להבטחת היחסים הקיבוציים העולים מההסכם
* לארגון צריך להיות תקנון משלו, שהוא עצמו יקבע
* בתקנון חייבת להיות הוראה מפורשת על פיה הוא מוסמך לדון בהסכמי עבודה ובקביעת תנאי עבודה של עובדי חבריו
* אין כל חובה כי הארגון יירשם כ"תאגיד" שהוכר כאישיות משפטית לכל דבר. האמור מתייחס למעמדו של התאגיד לצורך חתימה על הסכמי עבודה קיבוציים כלליים, ועל הזכות להתייצב לפני בית-הדין לעבודה כצד לסכסוך, אך אין פירוש הדברים כי למטרות אחרות אין הארגון חייב להתאגד כדין.
* **גננות חרדיות-** שני ארגונים שאמרו שהם הארגון היציג של הגננות. **ארגון גננות חרדיות ועוד ארגון. אדלר:** בחן את הקריטריונים לארגון עובדים שנקבעו בפס"ד **עמית.** אמר כי הארגון השני אינו ארגון עובדים כלל כי אין שם דמוקרטיה וכי לא עומד בעוד תנאים. גננות חרדיות הן כן ארגון עובדים **אבל לא יציג כיוון שיש דרישה לארגון בו מאורגנים המספר הגדול ביותר של עובדים מאורגנים ובתנאי שלא יפחת משליש העובדים שעליהם יחול ההסכם.**
* **בר אילן נ' ביה"ד הארצי –שאלה השאלה האם יכול להיות ארגון עובדים שחלק גדול ממנו זה גימלאים ושהוא ייצג גם את האינטרסים של הגימלאים?** **פרוקצ'יה:** מחליטה שכן! אבל רק כדי להיטיב עימם. וקובעת כי הזכות להתארגנות הינה זכות חוקתית.

**על יחידת המיקוח ועיקרון היציגות
מי שייצג עובדים ויחתום על הסכמים קיבוציים יהיה ארגון יציג – כללי יציגות נקבעים בחוק הסכמים קיבוציים. לכל הסכם קיבוצי יש תנאי יציגות שונים:**

* **הסכם קיבוצי מיוחד –** נעשה בין ארגון עובדים למעביד אחד
* בארגון העובדים יש לפחות 1/3 מכלל העובדים עליהם יחול ההסכם.
* לארגון יש את הכמות הגדולה ביותר של עובדים מאוגדים (כמובן מתוך יחידת המיקוח).
* **הסכם קיבוצי כללי –** הסכם בין ארגון עובדים לארגון מעבידים.
* לארגון יהיה רוב עובדים מאורגנים (מתוך יחידת המיקוח).

**יש שני סוגי התארגנויות:**

* **התארגנות מקצועית –** לפי המקצוע – למשל רופאים, אחיות
* **התארגנות תעשייתית –** או ברמת המפעל או ברמת הענף (כל עובדי המלון – חדרנים+מזכירות).

**תמיד קודם נשאל מהי יחידת המיקוח ואז נדבר על תנאי יציגות בהתאם להסכם הקיבוצי שעליו נחתום! בכל יחידת מיקוח יכול להיות ארגון עובדים יציג אחד בלבד!!**

* **ארגון סגל המחקר(העולם הישן) – מתי נסכים לפצל יחידת מיקוח?**
* העדפת יחידת מיקוח מפעלית ולא מקצועית מפעלית – כל המפעל יחידה אחת.
* העדפת יחידת מיקוח קיימת
* בחינת השפעת הפיצול על זכות היסוד והרקע ההסכמי – איך ישפיע על שאר העובדים
* אינטרס מיוחד לקב' המבקשת ולא רק שכר שונה שהם מקבלים.

**עולם חדש:**

* **אקרשטיין –** במפעל אקרשטיין יש 410 עובדים. **בירוחם – 106, באשדוד – 106, צח"ר – 95, הנהלה- 105.** כל יחידה מייצרת דברים שונים והם לא מאורגנים. **בירוחם –** כוח לעובדים מצליחים לארגן 70 עובדים. המעביד טוען כי לא עומדים בדרישה של 1/3 **מכל העובדים של אקרשטיין! הם רצו להקים יחידת מיקוח חדשה –** המצב פה שונה מאשר בעולם הישן – כי שם כבר היו מאורגנים ורק רצו לשפר תנאיהם ע"ח אחרים, **כאן זו התארגנות ראשונית. המעביד מונע מהם את זכות ההתארגנות! ביה"ד האזורי – יש פה יחידת מיקוח נפרדת בגלל הבדל גאוגרפי.** אקרשטיין מערערת לארצי, **בזמן הערעור מגיעה ההסתדרות ומארגנת 200 עובדים מכל המפעלים. אדלר: ארגון העובדים היציג הוא ההסתדרות!

קובע כללים חדשים שמתווספים לכללים של סגל המחקר ע"מ להקים יחידת מיקוח בהתארגנות ראשונית:**
* **אינטרס קהילתי משותף –** של העובדים והמעביד. יחידת מיקוח צריכה להיות מותאמת לצורה שבה המעביד מנהל את העסק שלו – יותר מידי יחידות מיקוח יפריעו לו לנהל ולעבוד.
* **הסכמה –** מדובר על מקרה שיש כבר ארגון עובדים – צריך הסכמה של העובדים והמעבידים.
* **שרשרת ייצור – לא מפריד בין עובדים שהם חלק משרשרת ייצור אחת –** התייחס לטייסים (אין באמת הבדל ביניהם לבין הרופאים!).
* **פס"ד אל על –** כל הטייסים של אלעל מבקשים להקים יחידת מיקוח נפרדת. **ביהמ"ש: לא מאפשר כי אז ישארו רק העובדים החלשים וזה נוגד את כל משפט העבודה הקיבוצי. נשען על כלל שרשרת הייצור ועל כלל ההסכמה.**

**על תחרות בין ארגונית**

* **ספרינט מוטורס (הסתדרות העובדים נ' הסתדרות לאומית) – קובעים תקופת מניעות של שנה. אם ארגון עובדים חתם על הסכם קיבוצי – יש תקופת מניעות של שנה שלא ניתן להפריע לו!** במשפט העבודה צריכים להיות – **יציבות, ודאות והוגנות.**
* **סונול –** המתדלקים בסונול התארגנו ע"י ההסתדרות שחתמה עם הסכם קיבוצי עם סונול. **ההסתדרות הלאומית** הצליחה להעביר אליה את רוב העובדים ואומרת שצריך להעביר אליה את השליטה.
* **הרכבת (כוח לעובדים נ' הסתדרות העובדים) –** היה מאבק קשה בין ועד העובדים לארגון העובדים. ארגון העובדים הוא אורגן של ההסתדרות – מייצג אינטרסים מסויימים של העובדים אך כפוף להסתדרות. ההסתדרות מדיחה את ראשי ועד העובדים שחובר לכוח לעובדים. **מראים שיש יותר מאורגנים בכוח לעובדים מאשר בהסתדרות.** ההסתדרות טוענת כי היא הייתה **על סף חתימה של הסכם קיבוצי וצריך להרחיב את המניעות. ביה"ד: מייסד את חזקת היציגות –** מדובר על מקרים בהם כבר יש ארגון עובדים וזו לא התארגנות ראשונית. **ההסתדרות כבר הייתה שם והיא נהנת מחזקת יציגות – מרחיבים את תקופת המניעות לא רק על הסכם קיבוצי ראשון. כשארגון עובדים מנהל מו"מ על הסכם קיבוצי ארגון אחר מנוע מלטעון שהוא ארגון עובדים יציג. תקופת המניעות משתרעת על כל תקופת המו"מ +שנה אחרי חתימת ההסכם.**
* **אונ' פתוחה (הסתדרות העובדים נ' כוח לעובדים) –** האונ' מורכבת ממרצים, מנחים ומרכזי הוראה. כוח לעובדים מתחיל לארגן את **המנחים.** שנים דן עם האונ'. **יומיים לפני חתימת הסכם קיבוצי** ההסתדרות אומרת שהיא הארגון היציג ומבקשת צו מניעה. **האם נלך רק לפי החוק? מי שיש לו רוב יהיה הארגון היציג? מרחיבים את תקופת המניעות – חזקת היציגות!**

 **מו"מ קיבוצי
האם המעביד חייב לדבר עם ארגון העובדים היציג?**

* **סינמטק –** עובדי הסינמטק בי-ם התארגנו ע"י כוח לעובדים. באו לדבר עם המעביד שאמר **שזו רק שיחת הידברות ולא מו"מ לקראת הסכם קיבוצי. ביה"ד: למעביד יש חובה לנהל מו"מ עם ארגון העובדים היציג בתו"ל. הוא לא חייב לקבל את התנאים שלהם אך חייב לנהל מו"מ.**

**ס' 33 ח(1) לחוק הסכמים קיבוציים –** בהסכם קיבוצי מיוחד – מעביד חייב לדון עם הארגון היציג אך לא מחוייב לחתום על הסכם קיבוצי!

**עשת –** אם יש התארגנות ראשונית אצל המעביד אין לו דרך לא להגיע להסכם קיבוצי – הוא חייב לנהל מו"מ בתו"ל – ואם לא יחתום בסוף – יגידו שפעל לא בתו"ל ויחזירו אותו למו"מ עד שיחתום! **לפי התזה – אם יש התארגנות במקום עבודה זה יוביל בסוף להסכם קיבוצי!**

* **מנהל המשק –** עובדי מנהל ומשק בב"יח, מבקשים לנהל מו"מ על מספר התקנים בבי"ח. **לכאורה זה לב ליבה של הפררוגטיבה של המעביד.(**ואז לא ניתן להסכים עליהם בהסכם קיבוצי) **אדלר: יש נושאים בפררוגטיבה של המעביד שיש להם השלכות ישירות על העובדים – נושאים מעורבים – מעביד רשאי להחליט באופן חד צדדי על נושאים אלו אך חייב לנהל מו"מ על השלכות המעשה על תנאי העובדים!**
* **דוידסון –** עובדים של גן המדע שהתארגנו לראשונה בכוח לעובדים. **למרות שבחוק לא כתוב שמעביד חייב לנהל מו"מ עם העובדים זה לא אומר שאין חובה כזו.** עובדות ברורות שהמעביד הכשיל התארגנות של העובדים וטען כי אין מדובר על יחידת מיקוח. **ביה"ד – עובדי הגן אינם יחידת מיקוח אחת כי אין להם אינטרס מיוחד.**

**ההסכם הקיבוצי**

* **בנק אוצר החייל – לכל הסכם קיבוצי יש רובד אובליגטורי – בין המעביד לארגון העובדים (**כמו למשל שהמעביד לוקח כסף מהעובדים ומעביר לארגון המעבידים), **ורובד נורמטיבי – בין המעביד לכל אחד מהעובדים (**למשל כל עובד יקבל קסדה). **לפי פירוש של ס' 19 לחוק הסכמים קיבוציים – גם אם בוטל ההסכם הקיבוצי ההוראות הנורמטיביות (לטובת העובד) ישארו
יש גם הוראות מעורבות –** למשל קביעות בעבודה – זה גם לטובת העובד וגם צריך לפעמים לשאול את ארגון העובדים ואז זה גם לטובתו.
* **סילשי דורון – מיישם את ס' 20 לחוק הסכמים קיבוציים –** אין לעובד זכות לוותר על זכויותיו הקיבוציות! **הרציונל – שלא יהיו מו"מ אישיים ולהגן על העובד!**
* **לשכת המסחר נ' י.א.ד – שתי מטרות לצו הרחבה –**
* השוואה של תנאי עבודה מסויימים של עובדים בלתי מאורגנים לעובדים מאורגנים.
* השוואת מעמדם של מעבידים מאורגנים לאלו שלא מאורגנים – למשל מלון שלא נמצא בארגון מעבידים ויש לו הסכם קיבוצי ולמלון אחר יש הסכם קיבוצי שהוא משלם לעובדים פחות – נוצרת תחרות בין המעבידים.

**שביתה**

יש שביתה **כלכלית** שמבקשת כסף לעובדים. ויש **שביתת הכרה –** תכירו בי כארגון עובדים. **שביתה יכולה להיות רק בעולם הקיבוצי!**

* **חטיב –** מורים דרוזים לא הגיעו הרבה זמן לעבודה וטענו כי שובתים. **ביהמ"ש: קובע הגדרה לשביתה – "הפעלת לחץ מתואמת הננקטת ע"י קבוצת עובדים במסגרת המאבק של העובדים עם המעביד לשם השגת דרישות בקשר לעבודתם או לתנאים של עובדים אחרים בעבודתם".**

**נבחין בין שני סוגים של שביתות:**

1. **כלכלית –** שובתים כי רוצים עוד כסף.
2. **פוליטית טהורה –** שובתים נגד המדינה ולא נגד המעביד. **שביתה זו אסורה!** היא לא קשורה לדיני עבודה וגם למעביד אין איך לפתור את הבעייה של העובדים.
* **פרשת בזק –** תיקנו את חוק בזק והעובדים יהיו עכשיו עובדים פרטיים ולא עובדי מדינה. הם שובתים. **ביהמ"ש: לא ידע אם מדובר על שביתה פוליטית אסורה או כלכלית –** כי מצד אחד זה נגד החוק ולא נגד המעביד, ומצד שני הם מפחדים על פרנסתם. **ביהמ"ש: מדובר על שביתה מעין פוליטית – נתנו להם לשבות אך רק במשך כמה שעות.**
* **חברת חשמל –**היו סכסוכים בין חברת החשמל לעובדי המזכירות על נושאים כלשהם שקשורים לחוק חדש שאמור לצאת על חברת חשמל. חברת חשמל רצתה להטמיע מערכת ממוחשבת חדשה לצורכי ניהול כספי. העובדים כחלק מהעיצומים שלהם על הסכסוכים לא מוכנים להשתמש במערכת וזה גורם נזקים לחברת חשמל. **אדלר: מסווג את השביתה כמעין פוליטית. מסביר כי החשמל זו שביתה בארגון חיוני – אך עדיין אסור לאסור לגמרי לשבות.** עושה איזון – מסביר כי השביתה לא פוגעת בייצור החשמל לציבור. יש תו"ל של השובתים, זה פוגע בחברת חשמל (כמו כל שביתה). **לא מתערב – מותר להם לשבות.**
* **בר אילן נ' ביה"ד הארצי –שאלה השאלה האם יכול להיות ארגון עובדים שחלק גדול ממנו זה גימלאים ושהוא ייצג גם את האינטרסים של הגימלאים?** **פרוקצ'יה:** מחליטה שכן! אבל רק כדי להיטיב עימם. וקובעת כי הזכות להתארגנות הינה זכות חוקתית. **גם זכות השביתה היא חוקתית.**

למרות ששביתה היא זכות חוקתית צריך להגן על השובתים מפני המעביד שלא יפטר אותם! **חוק הסכמים קיבוציים – ס' 17 – בזמן שביתה חוזה העבודה מוקפא – היא לא מבטלת את חוזה העבודה.**

 **הגנות על עובדים ששובתים:**

1. **מפני המעביד – ס' 17 לחוק הסכמים קיבוציים –** אסור לפטר עובד ששובת – הוא לא הפר חוזה עבודה בשביתה.
2. **מפני המעביד – איסור הזמנת עובדים חלופיים מכוח אדם בזמן שביתה ואיסור גיוס עובדים חדשים.**
* **פס"ד תדיראן – תדיראן קשר** מנהלים מחסן שמשרת את כל חברות האחות של תדיראן. עובדי חברת קשר שובתים. תדיראן מבקשת להפעיל את המחסן ע"י **עובדים מחברת אחות של חברת קשר. ביה"ד: אין זכות למעביד להשתמש באף עובד אחר לצורך החלפת שובתים. ואסור לגייס עובדים חדשים.** מה שניתן לעשות הוא להמשיך להפעיל את המחסן **בעזרת עובדים מאותה יחידת מיקוח** שלא שובתים!
1. **הגנה על העובד מפני היום שאחרי השביתה –** למעביד ולצד ג' שעובד עם המעביד נגרמו נזקים מהשביתה והם יכולים לתבוע את השובתים לפי **ס' 62 לפקנ"ז- גרם הפרת חוזה.**
* **פרשת פיינשטיין –** הורים בבי"ס פרטי תבעו את ארגון המורים ששבתו על גרם הפר חוזה בין ההורים לבי"ס. **העליון: יש חסינות לשובתים.**

לכאורה ניתן לתבוע **ברשלנות.**

* **פס"ד ציזיק –** חברת צים שובת בחיפה וחוסמת את המנוף והנמל עם האניות. מגיעה אניה מארה"ב שמיועדת לחברת מפעלי רכב אשדוד – לא יכולה לעגון ולא לפרוק סחורה. נגרם נזק כלכלי עצום לחברת אשדוד. מפעלי רכב אשדוד תובעים את צים **ברשלנות. העליון: לפני שביתה יש לבדוק את הנזק שנגרם לצד ג' לעומת התועלת של השובת.** במקרה דנן – אין איזון – השובתים חייבים בפיצויים לאשדוד! **כי הם פעלו בצורה לא מידתית – כי הם לא סתם השביתו אניות אלא חסמו את הנמל.**
* **פס"ד מטרודאן (הסתדרות העובדים נ' משרד התחבורה) –** בב"ש מפריטים את התחב"צ. מטרודאן זוכה במכרז. העובדים רצו להתארגן והמעביד מנע מהם הסכם קיבוצי. הם שבתו. ולא הייתה תחב"צ חודש בב"ש. **השר נותן זיכיון זמני לחברה אחרת. ההסתדרות טוענת שהשר פוגע בחופש ההתאגדות של מטרודאן – כיוון שאמנם יש לחת על המעביד אבל אין לחת על הציבור. ביה"ד: מבטל את החלטת השר כי יש פגיעה בחופש ההתאגדות.**

**מגבלות על שובתים:**

* **עיקרון המידתיות –** ניתנים צווי מניעה כשהשביתה אינה חוקית/מידתית. **המידתיות תלויה בחיוניות העובדים!**
	+ **אין שביתה שפורצת ישר –** יש להודיע שבועיים מראש למעביד על סכסוך העבודה ולהודיע למה הם שובתים.
	+ **הצעד האחרון בסכסוך עבודה .**
* **הגבלות שהצדדים לקחו על עצמם –** ברוב ההסכמים הקיבוציים יש ס' שקט תעשייתי. אם השביתה בניגוד להסכם קיבוצי – היא לא חוקית.
* **הגבלה בחוק יישוב סכסוכי עבודה – ס' 37(א) – מדובר על הסכם קיבוצי בשירות הציבורי –** הס' נועד להתמודד עם שביתות קשות שהיו במגזר הציבורי בשנות ב80. **ס' על שביתה בלתי מוגנת –** שביתה של עובדים בשירות ציבורי שחל עליהם הסכם קיבוצי או שלא ארגון העובדים הכריז עליה. **אם יש שביתה כזו יש הסרה חלקית של ההגנה שיש על ס' 62 לפקנ"ז. המעביד יכול לתבוע על נזק אך לא צד ג'! כמו כן מוסרת ההגנה של ס' 19 לחוק הסכמים קיבוציים – ניתן לפטר עובדים כאלה.**

**כל שאר ההגבלות לא מסירות הגנות – כלומר אם השביתה שלי לא חוקית זה לא אומר שיתבעו אותי בנזיקין או יפטרו אותי – פשוט יתנו לי צו מניעה!**