**מחברת קורס – הצדקות לדיני עבודה בעידן המסחרי-גלובאלי – עו"ד שלומית יניסקי-רביד**

קבלני כוח אדם (תבניות העסקה מורכבות)

יום שני 08 מרץ 2010

מה הבעיות שעולות בעקבות העסקת עובדים באמצעות קבלנים ולא במישרין?

**זהב לבן -** החוק מגדיר באופן שונה קבלני כוח אדם וקבלני שירותים, אבל התופעה היא אותה תופעה, והיא קיימת באופן נרחב בכל הארץ. התוכנית נעשתה במסגרת גל ציבורי של מחאה כנגד העסקת עובדים באמצעות קבלנים. בתוכנית יש קו מאשים כלפי מפעלים בבעלות פרטית, אבל צריך לקחת בחשבון שרוב העובדים המועסקים ע"י קבלנים הם עובדי מדינה, ולאו דווקא המגזר הפרטי.

**עובדי קבלן, בעיות:**

**1. פגיעה בתנאי עבודה** – עובדי קבלן חווים פגיעה בתנאי עבודה, הדבר אינו מחויב המציאות היות והדין קובע חקיקת מגן שתחול על כולם. עצם העובדה שהעובדים מועסקים באמצעות צד ג' מביא למצב טבעי של פגיעה בתנאי העבודה כגון אי תשלום שכר מינימום, אי תשלום שעות נוספות, דמי מחלה ועוד.

**2. פגיעה בהתארגנות** – עקרונית לכל עובד יש זכות להתארגן אך יש קושי אינהרנטי לעובדי קבלן להתאגד היות ומדובר בכוח מפוזר ומפורד ובנוסף מדובר בכוח חלש החושש למקום עבודתו.

**3. אי שוויון, מעמדות** – עובדים סוג א ועובדים סוג ב.

**4. מינימום קיום בכבוד** – מעבר לכך שיש פגיעה בתנאי עבודה הרי שמדובר בשכבה המגיעה לדרגה של עוני, הפחתה למינימום קיום של דיני עבודה.

**5. פגיעה פסיכולוגית** – העובדים חוששים לדבר.

**תבניות העסקה מורכבות:** בד"כ יש עובד ומעביד, שני צדדים בלבד, והיחסים ביניהם מוסדרים בחוזה העסקה ובחקיקה. כאשר מעורב בהעסקה קבלן, מדובר בגורם שלישי. כשמדברים על קבלן יש לנו בעצם שתי אפשרויות - קבלן כוח אדם וקבלן שירותים. בכל מקרה הקבלן הוא מי שמעסיק עובדים לשם הצבתם אצל המשתמש (ולא בעבודה עבור הקבלן, הוא לא המשתמש). חברות הקבלנות מרוויחות 20%-50% מהשכר של העובדים, וככל שתקופת החוזה ארוכה יותר כך האחוז גדל.

**קבלן כוח אדם** מחזיק מגוון תפקידים- מזכירה, שומר, מורה וכו', ומספק את השירות באופן מלא- הכשרות לעובדים, ציוד, מדים, מיון וכו'. **קבלן שירותים** בד"כ מתמחה בתחום אחד- ביטחון, קייטרינג וכו', ומבצע בד"כ רק את ההשמה. ההבדל השלישי שנובע מכך הוא מבחן ההשתלבות- הרבה פעמים חברת שירותים מעסיקה מישהו חיצוני (למשל חברת קייטרינג שתעסיק שומר) והוא לא באמת חלק מהחברה, כי הוא לא חלק מהתפקוד השוטף, בעוד חברת כ"א יכולה להכשיר מישהו לשימושה והוא יהיה חלק אינטגראלי יותר.

משום שכך, החוק הכיר בקבלן שירותים כמעסיק עצמאי ואילו בקבלן כ"א רואים רק צינור להעברת כספים.

מדוע עדיף למשתמש להעסיק דרך קבלן ולא במישרין? אחוז מאוד גבוה של עובדים מועסקים באמצעות קבלנים, וזה קורה בעיקר בגופים של המדינה. הצדקה אחת היא שהקבלן מקבל פחות ממה שיעלה למשתמש להעסיק את העובד במישרין. יש סל זכויות מעבר למשכורת- קביעות, שעות נוספות וכו'. כשמשלמים לקבלן לא משלמים את הזכויות הנוספות האלה, נותנים לקבלן לפגוע בזכויות של העובד והמשתמש נשאר "נקי". סיבה שניה היא שיש חוסר גמישות בהתנהלות מול עובדים, כי יש קביעות, וועדי עובדים, זכויות עובד וכו', ומעסיקים רוצים את הגמישות הזו (חוסר הגמישות מתקיים רק ב-1/3 מהשוק, כי רק 30% מהעובדים בשוק מאוגדים).

מדוע הקבלן לא שומר על זכויות העובדים? סיבה אחת היא שמדובר באוכלוסיה חלשה ולא מאורגנת שאינה מוגנת ואינה מאוגדת. האוכלוסייה הזו גם מוחלשת כי מאוד קל לפטר אותם. סיבה שניה היא שבגלל התחרות בין הקבלנים הם צריכים להציע סכומים מאוד נמוכים ולכן אין להם ממש כסף לשלם לעובדים והם נדחקים להפרה. הסיבה השלישית היא שיש החצנה של המשתמש, המשתמש מוכן להעסיק קבלן רק בסכום מאוד קטן שהוא מחיר הפרה.

יש שלושה פתרונות אפשריים:

**פתרון ראשון - הגישה הקלאסית - פסיקה**

**פס"ד הקלדניות** (חני אבני) - הקלדניות הכירו את מערכת ביהמ"ש ואת השופט, אבל הן הועסקו בפועל ע"י חברות כוח אדם שהתחלפו כל הזמן. אחרי כמה שנים הקלדניות הבינו שהיחסים הקבועים הם מול השופטים ולא מול החברה המעסיקה, החברה מהווה צינור להעברת כספים, ולא מעביד אמיתי. הקלדניות הגישו תביעה, וביהמ"ש אכן קבע שהמעסיק האמיתי הוא מערכת בתי המשפט, ולא חברות הקבלנות.

הגישה הקלאסית מציעה שאם אכן המעסיק האמיתי הוא המעביד ולא החברה הקבלנית, אפשר להגיש תביעה ולדרוש זכויות מכוח כך שהקבלן הוא צינור להעברת כספים ולא מעסיק בפועל.

**פס"ד חני אבני-כהן נ' הנהלת בתי המשפט (פס"ד הקלדניות)**- כאשר מוכחת התקשרות ארוכת טווח במהלכה חברות כוח האדם מתחלפות ועובד הקבלן נשאר באותו מקום ובאותו תפקיד, הנטל עובר אל המשתמש לשכנע מהו הנימוק הניהולי – עסקי או כלכלי המצדיק צורת העסקה חריגה כזו. על המדינה להראות מדוע כאשר חברות כח האדם מתחלפות מדי מספר שנים, היא מתעקשת במכרזים שהיא מפרסמת, כי העובדים ישארו עימה ולא יעברו עם חברת כח האדם, ומדוע חרף דרישה זו, אין לראות בה כמעביד.

מעבר לכך, איננו סבורים כי יש לקרוא את הלכת כפר רות כקובעת מבחן טכני, אשר מי שעומד בו, ייהנה מחסינות מפני טענות הנוגעות לזיהוי המעביד. כל מקרה שונה מרעהו וישנה חשיבות לנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה.

כאן, ישנן שלוש עובדות שכלל לא התקיימו בכפר רות והן שהופכות את התמונה על פיה – החובה להעסיק את העובדות שכבר קיימות במערכת, החובה להשאירן כעובדות של החברה הבאה שתזכה במכרז, ואי היכולת להשפיע השפעה ממשית על שכר הקלדניות.

אכן, כפי שנטען על ידי ORS, החוק בא לתקן ולמסד את כל הנושא של העסקת עובדים על ידי חברות כח אדם, ונכון הוא כי המחוקק בחר שלא להתערב במשולש היחסים שבין קבלן כח האדם, העובד והמשתמש, והבהיר כי כוונתו היא רק להשוות את תנאי העבודה של קבלני כח האדם לעובדי המשתמש, מבלי להתיר את הקשר המשולש. יחד עם זאת אין לקרוא בחוק את מה שאין בו – והוא שלילה של פסיקת בתי הדין לעבודה, המקלפת את הקליפה החיצונית של המשולש היחסים וחושפת את המהות האמיתית של צורת ההעסקה... איננו מקבלים את הטענה כאילו החוק בא לטפל בבעיית זהות המעביד, ובוודאי שלא בדרך של הסדר שלילי... מעמדה זו נובע שאף עובד לא יוכל כעת, לאחר שהחוק נכנס לתוקף, לטעון כי הוא עובד של המשתמש. תוצאה זו נראית לנו קשה ובלתי סבירה.

**פס"ד כפר רות**- זה פסה"ד הראשון שהתחיל את הנושא. חסן עליה עבד בכרם בכפר רות כעובד קבלן. מנהלי הכרם ראיינו את חסן, והוא החל את העבודה בכרם תחת פיקוח ישיר של מנהלי הכרם, כשמשכורתו משולמת ע"י הקבלנים. הקבלנים איתרו את העובד והם אלה שהסיעו אותו ושילמו לו. בשלב מסוים העובד פוטר ע"י מנהלי הכרם, ותבע את זכויותיו. מי המעסיק שלו? אם הקבלן הוא המעסיק, הרי שחסן לא מפוטר, הם ימצאו לו עבודה אחרת בתום תקופת הקפאה מסוימת (עד שימצאו לו עבודה אחרת). אם הוא לא רוצה, הוא יתפטר ואז מגיעות לו פחות זכויות. אם המשתמש הוא המעסיק הרי שהוא צריך לשלם את פיצויי הפיטורין וכו'. ביהמ"ש הניח שכנק' מוצא המשתמש הוא המעסיק בפועל, והקבלן אינו חלק מהסכם ההעסקה בין העובד למעביד בפועל. יש מבחנים לקביעת יחסי עובד-מעביד, וגם אם החוזה קובע אחרת, דיני החוזים נסוגים בפני דיני העבודה, בגלל פערי הכוחות בין הצדדים. כך נקבע בפס"ד כפר רות כי בעלי הכרם הם המעסיקים הישירים.

נק' המוצא היא שהמשתמש הוא המעסיק בפועל. נק' מוצא זו יכולה להשתנות (ויקבע כי הקבלן אינו רק צינור להעברת כספים, אלא המעסיק בפועל) בהתקיים מס' מבחנים:

1. האם צינור להעברת כספים בלבד?
   * מי אחראי לפיקוח, שיבוץ, חופשות?
   * תנאים, שכר

כך למשל ב**פס"ד קיפניס נ' אגד**, קיפניס הועסק כסטטיסטיקן ע"י אגד (זה שהולך לספור אנשים באוטובוס) ואגד מצאה איזה חברת קבלנות לניקיון שתעסיק אותו. ביהמ"ש בוחן את השאלות הללו- קיפניס תיאם חופשות מול אגד, ואגד היא זו שחתומה על מכתב ההתפטרות שלו. אם העובד מועסק ע"י קבלן, המשתמש יודיע על תום ההעסקה לקבלן והקבלן יודיע לעובד. ביהמ"ש קבע שלפיכך אגד היא המעסיקה. יש כל מיני בעיות שעולות במבחן הזה, כי מה שקורה זה שכדי להקטין את הסיכון לתביעה מסוג זה, עוה"ד ייעצו למשתמשים שלא יתנו הנחיות ישירות לעובדים, אלא יבקשו מהקבלן שיגיד לעובד מה לעשות. אלו מבחנים מכווני התנהגות, ברגע שיודעים מה המבחנים, המשתמשים יכולים לפעול לפיהם וליצור הפרדה מוחלטת בין העובדים לבין עובדי קבלן.

1. האם יש לקבלן "ערך מוסף"?
   * הכשרות, ציוד וכו'
2. האם זמני או רציף?
   * פרויקט מסוים או המשכיות? (אם העובד מועסק אצל אותו משתמש 18 שנה כמו בים המלח? אם כן, כנראה עובד של המשתמש).
3. האם לקבלן עסק משלו, או שהוא הנפיץ עסק בשביל לפתור בעיה ספציפית בשביל המשתמש המסוים?
   * נבדוק האם יש לו אמצעי יצור, עובדים, לקוחות וכו'

כבר במבחנים האלה אנחנו רואים שקל יותר להכיר בקבלני שירותים כמעסיקים מאשר בקבלני כוח אדם. המבחנים האלה לא מצטברים, אלא ככל שיש יותר זיקות שאומרות שהקבלן הוא המעסיק כך יטו לראות אותו ככזה.

אם הגישה הקלאסית של הפסיקה היתה מיושמת כלשונה, הרי שחברות כוח אדם היו נכחדות במהרה, אבל זה לא קרה. למה?

1. הצורך הכלכלי בחיסכון באמצעות שימוש בעובדי קבלן גדול מכוחה של הפסיקה
2. כדי להפעיל את ההלכה העובדים צריכים להגיש תביעה, אבל מדובר בעובדים שאינם מאוגדים, הם מוחלשים וחוששים ואין להם כוח כלכלי לעמוד בתביעה כזו.
3. המבחנים אינם חד משמעיים, יש כל מיני תתי מבחנים והם הופכים להיות מכווני התנהגות, היועצים המשפטיים מייעצים בהתאם למבחנים.
4. הפסיקה מכריחה ארגונים לקבל אליהם עובדים שהם לא רצו להעסיק לכתחילה, ואולי זו התערבות מוגזמת.

12.4.10 - השלמה (נמרוד)

אמרנו שיש 3 פתרונות לעניין העסקה דרך קבלני כ"א. הראשון הוא הפסיקה הקלאסית אשר הוציאה מהתמונה את הקבלן (**פס"ד כפר רות**, **קיפניס**, **הקלדניות**) וראתה במשתמש מעסיק, אך אם התקיימו מירב המבחנים שהזכרנו יאמרו שדווקא כן נראה בקבלן מעסיק. שזה בד"כ יקרה בחברות שירותים (בגלל מבחן הערך המוסף). בפועל אמרנו שהפסיקה הזו לא צלחה מסיבות שונות (העובדים חלשים ולא מגישים תביעה, עו"ד ממליצים על הערך המוסף ועוד).

**פתרון שני - תיקונים בחוק** (עד שנת 2000)

בהמשך המחוקק נכנס לתמונה וחוקק את "חוק העסקת עובדים ע"י קבלני כוח אדם" (זה השלב השני). עד החוק הנושא היה פרוץ, כל אחד יכל להיות קבלן כ"א. המחוקק הבין שהפתרון לא מצוי בכך שנהפוך את המשתמש למעסיק אלא שנמסד את נושא קבלני כ"א ע"י פיקוח, רישוי וכדומה. נקודת המוצא של המחוקק שונה לגמרי מנקודת המוצא של ביהמ"ש.

החוק מגדיר **מיהו קבלן כ"א** – זוהי הגדרה די פתוחה – סע' 1 לחוק: “מי שעיסוקו במתן שירותי כ"א של עובדיו לשם עבודה אצל זולתו...”. ניתן לראות שבהגדרה עצמה מצויה תפיסת המחוקק שהעובדים הם של הקבלן (ולא של המשתמש), הרי הוא שולח את "עובדיו".

הפסיקה לא כ"כ אהבה את ההגדרה והחליטה שהחוק חל רק על העסקת עובדים ע"י קבלני כ"א ולא חל על קבלני שירותים. אם כך בעיה קשה בחוק שהוא **לא חל על עובדי השירותים**.

הבדלים בין קבלני שירותים (חברות ניקיון, אבטחה) לקבלני כ"א (מנפאוואר) – חברת כ"א עוסקת 1במגוון שירותים והשנייה בעיסוק אחד עיקרי. לחברת כ"א אין ערך נוסף מלבד יכולת ההשמה שלה, 2חברת שירותים מאופיינת בערך נוסף הנובע מאופי המקצוע אותו מגלמת. חברת שירותים מספקת בד"כ 3שירות החיצוני למערכת, שמירה היא לא חלק מהמטרות העיקריות של האוניברסיטה למשל (היא תרצה להעסיק מרצים אך לא מנקים).

גם התיקונים בחוק שנראה בהמשך לא יחולו על עובדי השירותים.

**רישיון** – תנאי הרישיון שיהיה לקבלן ותק של 3 שנים בתחום, שלא תהיה לו הרשעה ב5 השנים האחרונות, שיהיה בעל חוסן כלכלי שיתבטא בערבות בנקאית.

הדבר עשה סינון לטובת החברות הגדולות (מנפאוור, ORS). על חברות קטנות או חדשות הדבר יכול להקשות.

**תנאי עבודה** – הסכם בין קבלן לעובד צריך להיות בכתב. לקיחת כסף מעובד עבור ההשמה הוגבל בסכום. אסור לקבוע בחוזה העסקה של עובד שהוא לא יוכל לעבור להיות עובד של המשתמש.

**פיקוח** – הקימו תשתית יפה של פיקוח ואכיפה, כולל יכולת אכיפה פלילית אף כנגד המנהלים בחברות. עדיין יש בעיה שעובדים לא מגישים תביעות.

מה שקרה לאחר חקיקת החוק – תופעת העסקת העובדים ע"י קבלני כ"א דווקא **גברה** והגיע לשיא בשנת 2000. הגענו לשיא של העסקה ושיא של פגיעה בזכויות. זאת משום שהחוק נתן לגיטימציה להעסקה שכזו, המדינה "הכשירה את השרץ". כעת ניתנה לגיטימציה חוקית לחברות כ"א לפעול. כמות העובדים שהועסקה על ידיהם הלכה וגדלה.

הגיעו תלונות רבות על חברות כ"א, על ניצול של עובדים, חברות כ"א מרגישות חזקות מאוד.

**פתרון שלישי - תיקונים בחוק** (משנת 2000 עד 2008):

שני תיקונים עיקריים – קליטת עובד והשוואת תנאים.

**קליטת העובד:**

**סע' 12א(ג)** – "הועסק עובד כאמור אצל אותו מעסיק בפועל תקופה העולה על תשעה חודשים רצופים או על תקופה נוספת שהוארכה לפי סעיף קטן (ב), ייחשב העובד כעובד המעסיק בפועל, בתום תקופת תשעת החודשים או תקופת ההארכה, לפי הענין".

הכוונה להפוך את קבלני כ"א לקבלנים זמניים, כך תפטר הבעיה. אחרי 9 חודשים העובד של הקבלן נקלט במקום העבודה.

תיקון החקיקה התקבל בשנת 2000, הלוביסטים של חברות כ"א לחצו. בחוק ההסדרים נקבע שאמנם תיקון החקיקה התקבל אך מניין הימים לספירת 9 החודשים לא יחל עד שנה הבאה. כך זה נדחה פעמיים.

בסופו של דבר הספירה החלה ב1.1.08 לאחר שפגה הדחייה (לאחר התערבות ההסתדרות). מכאן שאלפי עובדים נקלטו במקומות העבודה ב1.10.08. יש להבין שנקלטו לפתע עובדים שאפילו עבדו שנים רבות דרך קבלנים. זו תוצאה חיובית.

בטווח הקצר הסעיף הצליח אך בטווח הארוך הוא כישלון, ביקורת לתיקון:

מעביד שלא רוצה לקלוט את העובד מבקש להעזיב את העובד לאחר 8 חודשים (בגלל צורך בהודעה מוקדמת). מכאן שהעובד או שמפוטר ע"י הקבלן או שמוצב מחדש. הדבר יצר חוסר יציבות אצל עובדים (היו כאלו שעבדו שנים רבות במקום אחד וכעת נוידו).

יצא אפילו חוזר של החשב הכללי במדינה שיש לפטר עובדים בתום 8 חודשים אלא אם... ה-default הפך להיות שהעובדים פשוט מפוטרים.

העובדים המפוטרים אפילו לא מקבלים פיצויי פיטורין (פחות משנת עבודה).

יש לזכור שהחוק הזה לא חל על עובדי שירותים אלא רק על עובדי חברות כ"א. סעיף הקליטה לא חל על עובדי השירותים.

חברות כ"א כעת יעדיפו להפוך לחברות שירותים, כדי שלא יצטרכו להעביר עובדים למעבידים אחרי 9 חודשים/לפטר אותם. כעת יעדיפו החברות האלו להקים חברות בת שיהיו בגדר חברות שירותים.

היום קשה מאוד למצוא עובדי כ"א, כמעט כל חברות אלו הפכו להיות חברות שירותים.

מכאן שתיקון החקיקה לא סייע כי כיום עובדי השירותים הפכו להיות רוב ובכלל לא מוגנים ע"י החוק.

עוד נקבע שהעובד ייקלט בחוזה מיוחד זמני. הם נקלטו בתנאים פחותים משאר העובדים דרך החוזה.

ותק- עובד עבד 9 חודשים אצל הקבלן, נקלט אצל המשתמש ועכשיו עובד שם 12 חודשים רצוף. המשתמש רוצה לפטר אותו, האם צריך לשלם לו פיצויי פיטורין? המעסיק אומר שהוא עובד אצלו רק 3 חודשים ולא זכאי. הקבלן מצידו יגיד שהעובד עבר בגלל החוק והוא לא באמת פיטר אותו אז לא מגיע לו פיצויים.

בפועל אם אדם עבד באותו מקום העבודה רצוף (אפילו באמצעות חברת קבלן) אז המשתמש יצטרך לשלם פיצויים, אך זה לא יסייע לעובד שנוייד ממקום למקום.

עובד למשל עבד 20 שנה בבנק הפועלים דרך קבלן ואז נאלץ לעזוב לבנק דיסקונט לאחר 9 החודשים שבחוק, אחרי תקופה קצרה פוטר מדיסקונט, לא יהיה זכאי לפיצויים מהפועלים (כי מבחינת הבנק הוא לא פיטר אותו אלא החוק "העזיב" אותו ממנו).

האם יש העדר תום לב בפיטורין לפני 9 חודשים? ביהמ"ש קבע שהחוק החליט על 9 חודשים, לא ניתן לכפות על מעבידים לקלוט את העובד. זה לא נחשב חוסר תו"ל לפטר עובד כדי לא לקלוט אותו.

החוק עזר בטווח הקצר (סייע לעובדים שעבדו 20 שנה להיקלט) אך הרע בטווח הארוך.

**השוואת תנאים:**

**סע' 13(א)** - "תנאי העבודה, ובמקום שיש בו הסכם קיבוצי - הוראות ההסכם הקיבוצי, החלים על עובדים במקום העבודה שבו עובדים גם עובדי קבלן כוח אדם, יחולו, לפי העניין, על העובדים של קבלן כוח האדם המועסקים באותו מקום עבודה, בהתאמה, בין היתר, לסוג העבודה ולוותק בעבודה אצל המעסיק בפועל".

סעיף זה חל על עובד 9 חודשים עד הקליטה או על אלו שהועברו ממקום למקום.

סעיף זה יוצא מנקודת מבט של אפליה. שני עובדים באותו מקום עבודה צריכים לקבל את אותם התנאים.

דוג'- דיסקונט רוצה להעסיק עובדת כ"א חייב לשלם לה כמו לעובדת שלו. כמובן שצריך לשלם גם לחברת כ"א. יוצא שלדיסקונט עובד הקבלן עולה יותר (משלם גם לעובד וגם לקבלן).

**יתרון כלכלי:** התופעה של עובדי הקבלן בעצם תצטמצם למצבים שיעיל להעסיק עובדי קבלן, מצבים בהם דווקא יש נחיצות כלכלית ומוטיבציה לשלם יותר לעובד.

אך סעיף זה הוא לא סעיף אמיתי, הוא יותר סעיף מוטיבציוני, שהרי אף אחד לא רוצה שמצב כזה יקרה (לא המשתמש ולא הקבלן). למשתמש העובד יעלה יותר מעובד רגיל, הקבלן יקבל פחות דרישות לעובדים כי העובדים שלו "יקרים”.

אם כך הסעיף מניע אותם לכיוון **סע' 13(ג)**- הוראת הסעיף הקודם לא תחול במקרים בהם עובדי כ"א חוסים תחת הסכם קיבוצי. המעסיקים מבינים שאם לא יעשו כלום קבלני כ"א ייעלמו מן העולם ואז יצטרכו לשלם עלויות גבוהות לעובדים. הם מבינים שאם לא רוצים להגיע להשוואת תנאים צריכים לדאוג שיחתם הסכם קיבוצי בין הקבלן לעובדיו. אם חברות כ"א יחתמו עם עובדיהם על הסכם קיבוצי ס' השוואת התנאים לא יחול. ORS מבינה שאם לא תאגד אותם היא תעלם.

חברות כ"א פונות להסתדרויות שיאגדו אותם בהסכם קיבוצי. כמעט כל חברות כ"א חתמו על הסכמים קיבוציים. אך צריך גם צו הרחבה (ע"י שר התמ"ת).

צו זה אם רואה השר שישנו הסכם טוב החל על מרבית העובדים במשק, יכול להרחיבו על כל המשק. כך זכינו ל3 צווי הרחבה עיקריים – נסיעות, הבראה, פנסיה. לקחו סעיף בהסכם קיבוצי והרחיבו אותו לכל העובדים במשק.

השר לקח הסכם אחד והחיל אותו על כל עובד בחברת כ"א. חברה שלקחה עובד ולא חתמה על הסכם קיבוצי ההסכם יחול בכל זאת.

בתוצאה הסופית אמנם לא מקבלים העובדים את התנאים של העובדים הרגילים, אך עדיין מקבל תנאים טובים יותר ממה שהיה פעם. החקיקה הזו הביאה דווקא לתהליך חיובי.

**צו הרחבה חל רק על עובדים במגזר הפרטי. על עובדים במגזר הציבורי (עובדי מדינה) חל סעיף השוואת התנאים.**

26.4.10

שלב ראשון בחקיקה מדבר על פיקוח על קבלני כוח אדם, והפתרון לא צלח, בדומה לתיקונים בפסיקה שניסו להגדיר מיהו קבלן. השלב השני של החקיקה (פתרון 3) החיל את התיקונים של קליטת עובד והשוואת תנאים.

בטווח הארוך זה הביא לכך שאי אפשר להעסיק עובדי קבלן מעל 8 חודשים (חייבים לפטר אותם), ובנוסף החוק לא חל על חברה של שירותים, ולכן אם חברה מתאגדת ככזו היא מתחמקת מתחולת החוק.

**התמודדות הפסיקה עם המצב החדש (הפסיקה המודרנית)**

1. **מעסיקים במשותף** – **פס"ד מחלקת הבניה של הקיבוץ הארצי** נחשב לפסה"ד הקלאסי בנושא הזה. מדובר בחברה קבלנית לכל דבר ועניין, שהוקמה ע"י הקיבוץ למטרות רווח. החברה בנתה יחידות דיור, משרדים וכו', והעסיקה קבלן שלד שהביא איתו את עובדיו, אך יחד עם זאת דאג להם לציוד, נתן להם הוראות וכו'. באיזשהו שלב קבלן השלד לקח את הכסף שהיה צריך לתת לעובדיו ונעלם. העובדים המשיכו להגיע לאתר, ומחלקת הבניה בכלל לא שמה לב שהקבלן נעלם והמשיכה לתת הוראות לעובדים. כשהבינו שקבלן המשנה נעלם והעובדים התחילו לבוא בדרישות, החברה הפסיקה את עבודתם ולא הסכימה להעסיקם במישרין. העובדים תבעו את מחלקת הבניה ואת קבלן המשנה שנעלם. ביהמ"ש נתקל בבעיה, כי לפי המבחנים של הפסיקה הישנה לא ניתן היה להגיע למסקנה שקבלן המשנה היה צינור בלבד, היה לו ערך מוסף, ולכן המעסיק בפועל לא הייתה מחלקת הבניה... ביהמ"ש בחר לאמץ פרדיגמה של *"מעסיקים במשותף"* לפיה מחלקת הבניה וקבלן המשנה חייבים ביחד ולחוד.

יש הרבה יתרונות בשיטה הזאת, למשל החצנת הסיכונים של העובדים על המעסיק הראשי שיש לו את היכולת הכלכלית ואת יכולת המו"מ לדרוש ערבויות ולהעסיק קבלני משנה יותר reliable. עלויות הפיקוח מועברות לקבלן הראשי, ומבחינה זו חבל שביה"ד לעבודה לא משתמש בפתרון הזה לעיתים קרובות יותר.

**ביקורת:** בעיה ראשונה היא שהפרדיגמה הזו סותרת את העמדה הקלאסית של ביהמ"ש לפיה אין מקום לקבלני משנה, ושהאחראי היחיד הוא המשתמש (הקבלן הראשי). הפרדיגמה הזו מאפשרת הכרה בקבלני משנה שביה"ד לא מעוניין בה. בעיה שניה היא שמדובר בפתרון מאוד דיכוטומי ולא גמיש, אין אפשרות שהמשתמש יהיה אחראי רק ל-20% למשל. בעיה שלישית היא שלמרות שהם מעסיקים במשותף, הזכויות נקבעות ע"פ קבלן המשנה וההכרה בו מונעת השוואת תנאים, כי במקום לקבוע שקבלן המשנה הוא רק צינור, עכשיו רואים בו מעסיק במשותף.

1. **היעדר רטרואקטיביות בסעדים** – בסוף **פס"ד הקלדניות** השופטת נסוגה מעט מהגישה הקלאסית שהוצגה בתחילת פסק הדין (נזכיר: קלדניות שרצו שיקבעו כי ביהמ"ש הוא המעסיק הישיר שלהן, ונקבע לפי הגישה הקלאסית שהן צודקות) וקובעת שלמרות שהן צודקות, הן לא יקבלו את הסעדים באופן רטרואקטיבי. זה מטריד אותה בעיקר בגלל הפנסיה התקציבית שמשולמת לעובד מדינה על חשבון המדינה ולא ע"ח החסכונות של העובד, והיא לא רוצה לתת לקלדניות את הזכות הזו באופן רטרואקטיבי. **ביקורת:** זה לא דוחה את התופעה של העסקה ע"י קבלנים, אלא מעודד גישה של העסקה בתנאי מינימום, שהרי גם אם תוגש תביעה, כל הסיכון הוא מיום הגשת התביעה ועד אז אפשר ליהנות מהמבנה הבעייתי הזה. בנוסף, עדיין יש עובדים סוג א' וסוג ב', כי אין לכולם את אותן זכויות. כיוון שמדובר בפס"ד מאוד מרכזי בתחום, רואים הרבה הסתמכות עליו. היו כמה פסקי דין שפרצו את הקביעה הזו ודרשו השוואת סעדים מיום ההעסקה, אבל היה ראוי לפסוק כך בכל המקרים.
2. **ערבות** – ב**פס"ד דברת שוואב** וב**פס"ד בנק הפועלים** רואים שמצד אחד יש בעייתיות בשיטת הקבלנות, אבל מצד שני החקיקה די מתמודדת עם זה. לפיכך, הוא דוחה את הפסיקה הקלאסית ואת פרדיגמת המעסיקים במשותף, וקובע במקומן פרדיגמה של ערבות. המשתמש יחוב רק אם הקבלן לא מקיים את חובותיו כלפי העובד. כך אין יחסי עובד-מעביד במישרין, אבל עדיין יש וודאות שהעובדים יקבלו את זכויותיהם. ב**פס"ד בנק הפועלים** מנקה פוטרה כשהייתה בהריון והקבלן לא שילם לה. היא תבעה את הקבלן ואת בנק הפועלים כשלא קיבלה את זכויותיה. הבנק טען שלא ניתן לאלצו לקבלה כעובדת, הרי הוא אפילו לא עוסק בניקיון... ביהמ"ש מקבל את הטענות האלה באופן מפורש, אך קובע שהבנק צריך לשלם את מה שהקבלן לא שילם.

**פס"ד דברת שוואב נ' מדינת ישראל**- המבחנים לצורך הקביעה מיהו מעסיקו של עובד הנזכרים בפרשת כפר רות ובפרשת בית הגפן, עשויים לשמש כלי עזר לצורך הקביעה האם מקבל העבודה הינו מעסיק במשותף של העובד יחד עם המעסיק שהינו חברת כח האדם. במקרה זה על חברת כח האדם לשאת בחיובים כלפי המערערת, בהיותה המעסיקה העיקרית שלה. אולם, ככל שהיא אינה מסוגלת למלא אחרי ההתחייבויות והחובות לעובדים, המדינה אחראית לעשות כך כמעסיקה במשותף. אחריות המדינה מעוגנת בכך, שלעניין הבטחת התשלום בגין זכויות העובד, קמה לה מעין אחריות משותפת, שהיא תולדה של חיובה לבדוק ולהקפיד כי קבלן כח האדם עמו היא מתקשרת נושא בתשלום זכויות עובדיו.

אף אם ייקבע כי המערערת היתה עובדת מדינה או עובדת של מעסיקים במשותף, והמדינה כמעסיקה במקרה שהחברה אינה מסוגלת למלא את התחייבויותיה לעובדת, אין לקבוע כי היא "עובדת קבועה" או עובדת מדינה שכן היא לא התקבלה לעבודה באמצעות מכרז, לא עבדה בתקן, לא עברה את ההליכים הפורמאליים של קבלת עובד לשירות המדינה ולא קבלה כתב מינוי כעובדת מדינה. מכאן, שאינה זכאית לזכויות או להטבות האחרות המוקנות לעובדי מדינה.

כלומר: מדובר כאן בערבות. המדינה אינה המעסיקה, אך במידה ולא ישולם השכר ע"י חברת כוח האדם המדינה תצטרך לשלם.

**ביקורת**: המנקה קיבלה את זכויותיה, אבל הפתרון הזה מהווה נסיגה מאוד משמעותית מהפסיקה הקלאסית ואפילו מפרדיגמת המעסיקים במשותף בכך שהוא מקבע את קיומו של הקבלן גם כאשר הוא רק צינור, הוא מנציח את הבעיה. אין בסיס לתבוע השוואת תנאים לפי הפרדיגמה הזו.

1. **התחמקות מתחולת החוק באמצעות התאגדות כחברה להענקת שירותים** – **פס"ד פאהום נ' ביטוח לאומי** דן בפקיד שהועסק באמצעות קבלן ואחרי 9 חודשים טען שלפי סע' 12(א) צריך לקלוט אותו. ביטוח לאומי טענו שהוא מועסק ע"י חברת שירותים שהחוק לא חל עליה. ביהמ"ש קבע שיש לבחון את המקרה לפי "***מבחן ההשתלבות***"- האם העובד הוא חלק אינטגראלי בעבודה שלשמה קיים הארגון, למשל רופא בבי"ח או מרצה באוני'. אם כן, הוא יחשב מועסק ישיר, גם אם הוא עובד קבלן או פרילנסר. השופט צור קובע שמבחן ההשתלבות התקיים כאן ולכן יש לראות בו עובד של ביטוח לאומי. זה לא ממש פותר את הבעיה, כי מה אם במקום פקיד היה מדובר בשומר, או מנקה? הם לא משולבים ולכן הטענה שמדובר בחברת שירותים הייתה מתקבלת והיו מצליחים להתחמק מתחולת החוק.

**המוסד לביטוח לאומי נ' פאהום**- מבחנים לקביעת העסקה ע"י המשתמש:

1. יחסי עובד-מעביד: מי העסיק, מי יכול לפטר, מי קובע את תנאי השכר וכו'. מדובר בתנאי הכרחי אך לא מספיק כדי לקבוע האם מדובר בעובד של המשתמש או של חברת כ"א.
2. מסגרת החוק: ככל שחברת כח האדם לא עומדת בתנאים הקבועים בחוק (חוק העסקת עובדים ע"י חברת כח אדם תשנ"ו-1996), כך ניטה להחשיב את העובד עובד של המשתמש.
3. זמניות: חברת כ"א איננה מתווך, תפקידה הצבה זמנית של עובדים אצל המשתמש. דבר זה בא לידי ביטוי בסע' 12א לחוק.
4. יציבות מול תחלופה: חברת כח האדם אמורה להישאר יציבה והמשתמש אמור להתחלף, ולא להפך (בניגוד למקרה הזה ו**פס"ד הקלדניות**)
5. טיב התפקיד: כאשר התפקיד הוא מטיבו תפקיד קבוע אצל המשתמש (תפקיד של עובד "רגיל" ולא מחליף או עובד זמני) ניטה לומר שהעובד מועסק ע"י המשתמש.
6. יכולת כלכלית של הקבלן: כשאין לו יכולת כלכלית בעייתי לומר שהוא המעסיק (ומכאן דוק' המעסיקים ביחד ולחוד **פרשת שוואב**)
7. העסקה למראית עין: האם יש צורך אמיתי בשימוש בקבלן או שזה נעשה לצורך עקיפת חוקים/תקנות?
8. הגינות, תו"ל ותק"צ: אם העובד מועסק בתנאים שאינם הוגנים, אינם בתו"ל או פוגעים בתק"צ, יתעלמו ממשולש ההעסקה ויראו בו עובד של המשתמש.
9. שמירה על משטר הסכמים קיבוציים ומעמדם של ארגוני עובדים: כנ"ל.

בענייננו העובד השתלב בחברה בעוד הקבלנים התחלפו, הוא עבד בתפקיד אינטגראלי בחברה במשך תקופה ארוכה מאוד (13 שנה) ולכן ניתן לקבוע כי הועסק ע"י המוסד לבט"ל. עם זאת, לא התקיימו בו תנאי המוסד לבט"ל לקבלת קביעות.

לא מדובר במצב של חייבים ביחד ולחוד שכן לא ראוי להכיר כאן בחברת כוח האדם כמעסיקה כלל. יש מצבים בהם הכרה כזו ראויה, אך פה מדובר בהכשרת השרץ (דעת מיעוט- מעסיקים במשותף).

לחקיקה יש פתרונות משלה, אבל בגלל שהיא רואה את הקבלן כמעסיק, היא הייתה צריכה למצוא דרך להגן על העובד. החקיקה ניסתה לקבוע השוואת תנאים בין עובדי הקבלן לעובדי המשתמש, אבל הפסיקה די נסוגה מזה. לפי החקיקה הקבלן הוא המעסיק והוא אחראי לעובד, אבל לפי הפסיקה החדשה יכול להיות שהוא ערב או שהם מעסיקים במשותף... איך מתמודדים עם הסתירה הזו? ביהמ"ש מודע לסתירה הזו, אבל הכוח להכריע נמצא בידיו והוא מכריע לפי דעת עצמו. הפסיקה מפרשת את החקיקה. כך למשל בפס"ד הקלדניות נקבע כי יש להפעיל את הגישה הקלאסית. אם לפי הגישה הקלאסית יקבע כי מדובר בעובדות של המדינה, אזי כל תיקוני החקיקה לא רלוונטיים. התיקונים רלוונטיים רק אחרי שביהמ"ש יקבע האם העובדים הם עובדים של המשתמש או של הקבלן. אם הקלדניות הן עובדות של הקבלן, רק אז החוק ותיקוניו יהיו רלוונטיים.

לסיכום, נראה שלמרות כל הניסיונות להתמודד עם בעיית עובדי הקבלן, המצוקה היום לא השתנתה מאוד, רק שבמקום לקרוא לנפגעים עובדי חברת כוח אדם קוראים להם עובדי חברת שירותים.

משפט העבודה הקיבוצי – זכות ההתארגנות

יום שני 17 מאי 2010

היום פחות מ-30% מהעובדים בארץ מאוגדים (לעומת 80% בעבר). בסרט "השביתה" העובדים ניסו לשבות כיוון שלא אפשרו להם להתאגד. משפט העבודה הקיבוצי לעומת משפט העבודה האינדיווידואלי (חופשת לידה, פיצויי פיטורין וכו') - הזכויות חלות על כולם, מטבע הדברים הן זכויות פחותות לעומת מצב של מו"מ אינדיווידואלי. הרעיון הוא לא להסתמך על יכולת המיקוח של העובד היחיד, ובמקום זאת לאפשר התאגדות ולנצל את כוחה של הקבוצה. יש לחזק את זכות ההתאגדות באמצעות הגנה בחוק, ואכן זכות זו מעוגנת כיום ברוב המדינות ובאמנות בינ"ל.

מעבר ליתרון האפשרי בנוגע למשכורת, יש יתרון בהתאגדות מבחינת התייחסות לצרכים המיוחדים של העובדים באותו מקום, למשל עובדי אל על צריכים תנאים שונים משל מלצרים. יש גם הטבות ספציפיות שעובדי מקום מסוים יכולים לדרוש - כרטיסי טיסה חינם, לימודים חינם באוניברסיטה, חשמל חינם וכו'.

**פס"ד נותב** מחיל את המשפט הקיבוצי רק על קבוצה שהתאגדה בפועל.

**פס"ד עמותת עובדי נותב נ' הסתדרות העובדים הכללית**- "ארגון מפעלי" או "ארגון מטעם" (מטעם ההנהלה) לא יכול להיחשב ארגון עובדים יציג, שכן הוא נשלט ע"י המעביד.

במקרה זה מנהלי החברה הפעילו לחץ על העובדים להיות חברים בעמותה ולהזדהות איתה, תמכו בה כלכלית ואף מנעו מהעובדים להיות חברים בהסתדרות. הנשיא אדלר קבע כי משום כך מדובר בארגון מפעלי שאינו יכול להוות ארגון יציג.

יש שלושה נדבכים לחופש ההתארגנות:

1. זכות חופש ההתארגנות
2. הסכם קיבוצי (אחת המטרות של חופש ההתארגנות היא הסכם קיבוצי, שמרגע שהוא קיים ההטבות הכלולות בו חלות אוטומטית על כל העובדים).
3. שביתה (זה כלי המיקוח של ההתארגנות)

**ארגון כוח לעובדים נ' עמותת סינמטק ירושלים**- השביתה היא זכות מוכרת בדין שתכליתה שכנוע המעסיק לסטות מעמדותיו במו"מ קיבוצי. מגבלות על שביתה כללית יוטלו רק במקרים מיוחדים תוך בחינת עילת השביתה, תו"ל הצדדים, הנזק הנגרם בשל השביתה לציבור הרחב, הנזק הנגרם למעסיק וכו'. יש ליישם את תורת האיזונים והמידתיות.

אין חובה על המעסיק להיענות לדרישות ארגון העובדים היציג או לחתום על הסכם קיבוצי המעגן אותן, אך הוא חייב לבוא בדברים עם הארגון בתו"ל.

יש בקרב העובדים תפיסה שהתארגנות היא דבר שלילי (אולי בגלל שחיתות של המערכת או חוסר רצון של עובד לראות בעצמו "עובד פשוט"), וגם עד שהם כבר מנסים להתארגן, מערימים עליהם קשיים כמו שראינו בסרט.

**מהו ארגון עובדים יציג?**

לא מספיק ששלושה עובדים יגדירו את עצמם "מאורגנים", יש קריטריונים לכניסה לקטגוריה:

**מבחינת החוק** - **חוק ההסכמים הקיבוציים** שקובע שמעביד חייב לאפשר לעובדים להתארגן, אסור לפטר אותם בגלל זה וכו'. ראינו בסרט שזה לא ממש אכיף, אבל עדיין זה החוק. הקריטריון שעולה מהחוק הוא כי נדרש שליש מהעובדים כדי לקבוע התארגנות. נשאלת השאלה האם שליש הוא מספר ראוי? האם הכוונה לשליש מכלל העובדים או רק העובדים הספציפיים (רק טייסים, רק דיילים וכו')? **פס"ד אל על** - היה מקרה שבו טייסי אל על רצו לעזוב את ההסתדרות הכללית ולעבור להסתדרות הלאומית, ושני טייסים לא רצו. הם טענו שהם עובדים עם הרבה אחריות, יש להם רקע אקדמאי וכו', וכן כי יש להם צרכים שונים מעובדים אחרים (השתלמויות מקצועיות, שכר גבוה יותר וכו'). אדלר, נשיא ביה"ד לעבודה, קבע כי יש לדחות את בקשתם להתאגד כקבוצה נפרדת. אם יכירו ביכולתן של תתי קבוצות להקים ארגונים נפרדים זה יחליש את הארגון הכללי. לדעתו לא ראוי להבחין בין עובדים שונים אלא אם יש צרכים מיוחדים שהארגון הכללי לא יכול לטפל בהם. זה שונה מהשיטה באנגליה בה יש תתי ארגונים המאוחדים תחת ארגון אחד. ב**פס"ד אקרשטיין** שבועיים קודם ניתן אותו פס"ד בדיוק, והוא חוזר על מקרה שהיה שנתיים קודם עם **ארגון המורות החרדיות** שביקשו להבחין אותן מארגון המורים. נשים לב שבכל המקרים האלה המבקשים להיפרד היוו שליש מקבוצתם המצומצמת, אך לא מכלל העובדים, ובנוסף לא הייתה להם מובחנות בצרכיהם, ולכן ביה"ד קבע שאין הצדקה להפרדה.

**ארגון גננות חרדיות נ' הסתדרות המורים של ישראל**- ארגון עובדים יציג לעניין הסכם קיבוצי מיוחד הוא הארגון שעם חבריו נמנה המספר הגדול ביותר של עובדים מאורגנים ובלבד שמספר זה אינו פחות משליש מהעובדים עליהם יחול ההסכם. מספר החברות בארגון גננות חרדיות אינו מגיע כדי מספר זה.

תוצאת הדברים כפי שנקבעה בפסק דיננו אינה פשוטה, מאחר והיא מותירה בעת הזו את גננות רשת הגנים ללא ייצוג כלפי מעסיקתן. אך גננות הרשת תוכלנה לבחור באחד משני מסלולים: האחד, הצטרפות להסתדרות המורים בישראל. השני, צירוף חברות נוספות לארגון גננות חרדיות במטרה להקנות לו מעמד של ארגון עובדים יציג.

**הפסיקה** השתכללה ב**בג"צ הסתדרות העובדים הכללית נ' עמית**- מכבי רצתה להקים ארגון יציג משלה, כמו שעושה ההסתדרות. כל עובד שחותם שהוא חבר ארגון צריך לשלם, אז זה מכניס כסף לארגון, וזה מה שמכבי רצתה. גם מי שלא רוצה להיות חבר משלם סכום מסוים כי הוא עדיין נהנה לכאורה מיתרונות הארגון. מכבי אספה הרבה חברים, פנתה למקומות העבודה של אותם חברים וביקשה שיעבירו את הכסף אליהם במקום להסתדרות. ההסתרות כמובן התעצבנה, וכך נולד בג"צ עמית שקובע את **הכללים המצטברים להגדרת ארגון עובדים:**

1. מרבית העובדים צריכים להיות שכירים (ולא עצמאיים) אין טעם לדעת המחוקק בהתאגדות של עצמאיים (במכבי חלק גדול מהנרשמים היו עצמאיים ולכן נקבע כי מכבי אינה ארגון יציג)
2. מטרת הארגון צריכה להיות השגת תנאי עבודה דרך מו"מ קיבוצי (מכבי לא עמדה בתנאי הזה כיוון שעיקר שירותיה היה יעוץ משפטי)
3. נדרש מנגנון עבודה ותקנון- הגוף צריך להיות מורכב ומאורגן, גופים מקצועיים, גופי ביקורת ומדיניות וכו'.
4. החברות צריכה להיות וולונטרית (אפשרות כניסה ויציאה חופשית)
5. לארגון צריך להיות קיום של קבע- הרציונל מאחורי זה הוא שמירה על יציבות ושמירה על חוזק הארגון (הכרות של הארגון עם המערכת, המעסיקים וכו'). זה בעייתי מבחינת חופש העיסוק כי זה לא מאפשר לגופים חדשים לקום (אין להם קיום של קבע). **פס"ד כוח לעובדים** הקל בדרישה הזו ואפשרו הקמה של ארגון שנקרא "כוח לעובדים" למרות שהוא ארגון חדש.

**ארגון כוח לעובדים נ' מכון דוידסון**- נדחתה טענת המכון כי תנאי לפעילותו של ארגון עובדים מול מעביד הוא קבלת הכרה מבית הדין לעבודה למעמדו כארגון עובדים. נקבע כי יש להימנע מלהציב בפני "ארגון פורץ" תנאי סף אשר יסכלו את האפשרות להקמתו. כפועל יוצא מכך נקבע כי אין לדרוש מארגון פורץ בשלב הקמה את הוכחת אלמנט "קיום של קבע" כתנאי נוסף ומקדמי.

נקבע כי העדר הסדר חקיקתי שהטיל על המעסיק חובה לנהל מו"מ קיבוצי בשלב הטרום קיבוצי אין משמעותו בהכרח היעדר חובת ניהול מו"מ קיבוצי ברמה זו או אחרת על ידי המעביד בשלב הטרום קיבוצי.

חל איסור על המעביד לשכור עובדים חלופיים במקום העובדים השובתים, בין אם העובדים החלופיים הם עובדים זמניים ובין אם הם עובדים קבועים.

היום יש 5-7 ארגונים יציגים בישראל שעומדים בקריטריונים של בג"צ עמית והדרך היחידה להיות מאורגנים היא להצטרך לאחד מהם.

המעביד מחויב לשבת בתו"ל במו"מ, אך אינו מחויב לחתום על ההסכם (כח לעובדים נ' הסינמטק).

כדי שהסכם קיבוצי יכנס לתוקף יש לעמוד בארבעה תנאים:

1. צדדים - גוף שחתום על הסכם קיבוצי חייב להיות ארגון עובדים יציג
2. כתב - קיימת דרישת כתב קונסטיטוציונית (לא כראיה אלא כתנאי לתוקף)
3. רישום - ההסכם צריך להירשם ע"י משרד התמ"ת ולהתפרסם על ידו. בפועל בד"כ ההסכמים האלה לא ממש נגישים לציבור
4. תוכן - יש שני סוגי הוראות:
   1. הוראות נורמטיביות שחלות על כל עובד (אש"ל, תוספת שכר, ביגוד, השתלמויות מקצועיות וכו') ונכנסות לחוזה של העובד באופן אוטומטי.
   2. הוראות אובליגטוריות, שהן הוראות שחלות על ההנהלה ועל ארגון העובדים היציג (הוועד במקום העבודה וההסתדרות). כך למשל סעיפים הקובעים כי לא יפוטר עובד ללא אישור הוועד, דרכים לפתרון סכסוכים והסכם "שקט תעשייתי" (העובדים לא ישבתו).

אם אחד התנאים לא מתקיימים, ההסכם נחשב **הסדר קיבוצי** שיש לו תוקף פחות בצורה ניכרת לעומת הסכם קיבוצי. יוצאי דופן הם התקשיר (עובדי מדינה) ותקנון ההסתדרות שהמדינה מקבלת כהסכם קיבוצי למרות שהתנאים לא מתקיימים בהם במלואם.

**צו הרחבה** - שר התמ"ת יכול לבחור סע' מהסכם קיבוצי ולהחיל אותו על כל העובדים במשק כתקנה (לא כחוק). ישנם 3 צווי הרחבה חשובים שחשוב לזכור בע"פ:

1. הבראה
2. נסיעות
3. פנסיה

טיפ קטן לרעת עובדים - בהסכם עבודה אינדיווידואלי אי אפשר לכתוב ששכרו כולל פיצויי פיטורין, הבראה וכו', אבל כן אפשר לקבוע שהשכר כולל דמי נסיעות ודמי הבראה ולכן אי התשלום לא יחשב הפרה של סע' 5 לחוק הגנת שכר (כל עוד ההפחתה של הנסיעות ודמי הבראה לא תביא לירידה מתחת לשכר המינימום).

פיטורין

יום שני 24 מאי 2010

יש אי שוויון בין העובד למעביד במו"מ להעסקה, במהלך העבודה ובפיטורין, ובשלב הפיטורין הפער הוא הגדול ביותר. בעבר האיגודים המקצועיים היו חזקים, בארץ ובעולם, ולכן היה להם כוח לבקר את הנושא של פיטורין, לדרוש שימוע (יובהר בהמשך), פיצויי פיטורין וכו'.

עם הזמן פחת כוחם של האיגודים והפיקוח ירד. היום ויש מגמה להרחיב את הפיקוח עד לרמה של מעורבות יתר, וזה בא לידי ביטוי בשני היבטים פיקוח על דרך הפיטורין (שימוע וכו', ולא במייל או sms) ובמהות הפיטורין (הסיבות המהותיות לפיטורין, למשל פיטורין בשל הריון).

דוג' למהות הפיטורין:

**פס"ד ד"ר עלמה לוי**– אם עובדת עבדה במקום 6 חודשים צריך אישור ממשרד התמ"ת כדי לפטר אותה בזמן הריון בלי קשר לסיבת הפיטורין, אבל גם אם עבדה שם פחות מ-6 אסור לפטרה בשל הריון (נטל ההוכחה עליה).

**פס"ד אסף גרטי** - חשף שחיתות ביחידה לאכיפה נגד עובדים זרים ופוטר בשל כך. הוא הגיש תביעה והוחזר לעבודה (בתפקיד אחר). זו אחת הדוג' למצב שבו צו החזרה למקום העבודה מהווה פתרון מוצלח ולא בעייתי. החזירו אותו מכוח חוק הגנה על חושפי שחיתויות מפני פיטורין.

7.6.10 - השלמה (נמרוד)

**הגבלות על פיטורין:**

אנו מוצאים פגיעה בעובדים ע"י פיטורין או ע"י הרעה בתנאים. כשהתחיל השיח בדיני עבודה, חשבו שזכות הפיטורין היא זכות שיש למעביד כלפי עובד. המעביד יכול היה לפטר בלי להסביר למה.

לארגון העבודה העולמי היה חשוב לעבוד על חופש ההתארגנות, על זכות השוויון וכו', ואילו בנושא הפיטורין הוא לא התערב. לאחרונה בגלל מגמה גלובלית של פערי כוחות בין עובד למעביד, מתחילים לעסוק בזה. ארגונים מקצועיים (כמו ההסתדרות) החלו לעסוק בנושא הפיטורין.

דוגמא לזה היא סעיף הקביעות האומר שאפשר לפטר את העובד אך רק בהשתתפות הועד (לאחר פגישה, ועדה וכו').

כשנתח הארגונים ירד (רק 30% מהעובדים מאורגנים) העובדים נשארו חשופים. לכן הרבה מדינות אימצו הגבלות על פיטורין. ההגבלות מתחלקות לשניים:

* 1. **מהות** הפיטורין – פיטורין לא צודקים. אסור לפטר אישה בהריון, גבר במילואים, פיטורין בשל דת, נטייה דתית, נטייה מינית, חושף שחיתויות, מתארגנים וכו'.
  2. הגנה על הדרך **הפרוצדוראלית** של הפיטורין- אנו נדבר על ההלכות בישראל המדברות על שימוע.

פיטורין:

א.הלכות חדשות- הליך השימוע. ב.פיטורין בתו"ל. ג.רציונאלים: בעד ונגד. ד.חוזה לזמן קצוב: מתרגלים, עוזרי הוראה, מרצים מן החוץ. ה.דיון/שאלות.

**זכות השימוע:**

הגבלות פרוצדוראליות הן תחום חם בבתי הדין. ביה"ד כעת מחנך את הקהל להטמיע את זכות השימוע.

דוגמאות קיצוניות שאינן תקינות: פיטורים בsms, מכתב במגרה וכו'. דרך זכות השימוע נראה ששיטות אלו אינן תקינות.

דוג'- עובדת במשרד עו"ד 3 חודשים – הגיעה לפגישה עם שותף, אמר שעבודתה מצוינת. אח"כ זימן אותה שותף אחר והודיע לה שהיא מפוטרת. נראה שדרך הפיטורין לא היתה נאותה. נקבעו לה פיצויים בסף 100,000 ש"ח.

**הליך השימוע:**

1. זימון העובד- טרם ההחלטה לפטר יש לזמן את העובד. אי אפשר לעשות את זה בטלפון למשל, או לעשות זאת בשיחת מסדרון. לזימון יש משמעות מהותית ופרוצדוראלית. הזימון הוא לשיחת בירור, ההחלטה צריך שתינתן רק לאחר הבירור. תהליך השימוע יש שיעשה בטרם גמלה ההחלטה לפטר את העובד. כאן ניתן לעובד הזדמנות לומר את אשר על ליבו.

במכתב הזמנה לשימוע, העובד צריך לדעת מהן הטענות העולות נגדו, כדי שיוכל להתגונן ולהכין תגובות (קיימת דוגמא למכתב במצגת).

יש לכתוב בנוכחות מי השיחה.

*עובד חולה -* בחוק ההסדרים האחרון נקבע שעובד שנמצא במחלה אי אפשר יהיה לפטר אותו אם לא הגיע לשימוע. לפי חוק ימי מחלה אסור לפטר בימי המחלה. העובד הזה יכול לא להגיע לשימוע + אי אפשר לפטר אותו עד שיסיים את המחלה.

אך בנושא השימוע פתרו את הבעיה (בפסיקה)- קבעו שאפשר להעביר טיעונים בכתב אם העובד לא יכול להגיע. אפשר להפוך את השימוע בע"פ לשימוע בכתב. אפשר להתחיל את השימוע בזמן שהעובד חולה, אך אי אפשר לסיים אותו, כי לא ניתן לפטר חולה.

נהוג שפעמיים קובעים עם עובד שיחות שימוע ואם הוא לא מגיע קובעים לו שימוע בכתב.

1. פגישת השימוע – צריכה לעשות "בלב פתוח ובנפש חפצה" (מהפסיקה). שם יש להעלות את הטיעונים נגד העובד. הסדר:
2. טענות נגד העובד.
3. זכות טיעון מלאה לעובד. מתן הזדמנות לעובד להשמיע את דברו.
4. פרוטוקול ומסירתו לעובד.
5. קיום שיחה עניינית מכובדת ומסודרת.
6. הפניה לבדיקה.
7. אין לפטר בתום השיחה!!!
8. עורך השימוע- הפסיקה אומרת שעורך השימוע צריך להיות אדם שיש לו יכולת החלטה לגבי העובד (לא סתם פקידה), צריך להיות ללא מעורבות אישי, נטול אינטרסים. יכולת הכרעה=האם לפטר או לא. בד"כ מדובר במנהל האישי. העובד כאן יכול להגיד כי זה לא צריך להיות המנהל כי הוא רוצה מלכתחילה לפטרו. ב**פס"ד מגן דוד** נקבע שצריך להיות מנהל בכיר יותר (שלא נגוע במניע אישי).
9. בדיקה עניינית של הטענות- אם הועלו טענות ע"י העובד המעביד צריך לבדקן בצורה עניינית.
10. החלטה בכתב- אקט הפיטורין צריך להיעשות בהודעה בכתב. צריך לכתוב במסמך (המופיע במצגת), את הנושאים שהועלו, איך נבדקו ע"י החברה. בסוף מודיעים על סיום העבודה. השימוע לא היווה הודעה על פיטורין. רק מהמכתב הזה מתחילה להיספר תקופת ההודעה המוקדמת. אחרי שנת עבודה מלאה נדרשת הודעה מוקדמת של 30 יום לפני הפיטורין (פחות מזה בעבודה של פחות משנה).

למעביד 3 אופ' לגבי חובת ההודעה המוקדמת:

1. להפסיק את עבודתו מיד ולפצות אותו כספית על אובדן ההודעה המוקדמת (אופציה שימושית כיום, בכדי שהעובד לא יזיק ויגנוב מידע מהחברה).
2. מודיעים על סיום העבודה, סיום העבודה יכנס לתוקף תוך 30 יום, ממשיך לעבוד בחברה בינתיים (זו דרך המלך).
3. המעביד יכול לומר לעובד שהיחסים יפסקו רק בתום תקופת ההודעה המוקדמת, אך מוציא אותו לחופשה של 30 יום (חופשה בתשלום).

היתרון באופ' השלישית – העובד לא שוחרר לגמרי, אם מכניסים עובד חדש אפשר יהיה להיעזר בו כדי לחפוף אותו. בשאיפה כאן שהעובד ישתף פעולה שהרי הוא עדיין עובד של החברה.

**בפס"ד ארבל לייף** נקבע שאי אפשר בחופשה זו למחוק ימים שנצברו לטובת העובד. אחרי שהחודש יעבור יוכל העובד לעשות פדיון חופשה (= לקבל תשלום על ימי החופשה שהוא זכאי להם ולא ניצל).

יש נתק בין הודעה מוקדמת לשימוע. אם למשל עובד גנב, לא מחויבים לתת לו הודעה מוקדמת לפני הפיטורין אך עדיין מתקיימת החובה לקיים שימוע.

הליך השימוע חל על כולם:

* מעסיק ציבורי, פרטי, דו מהותי וכו (**פס"ד שופרסל**, **הרמן**, **האגודה למען הקשיש**).
* מעסיק קטן וגדול
* עובדים לזמן ארוך או קצר (אפילו יום אחד)
* עובדים לזמן קצוב (מתרגלים)
* עובדים שהאשמה נגדם חמורה
* פיטורי צמצום

**פס"ד אליאס**- "לעובד זכות יסודית כאדם וכעובד שלא להיות פיון על לוח שחמט המועבר אל מחוץ ללוח מבלי שתינתן לו הזכות להשמיע את טענותיו." זהו ביטוי עוצמתי המשקף את כוונת הפסיקה.

**מעשה הפיטורין- חובה לפטר בהגינות ובתו"ל:**

**פיטורין בתום לב בהגינות ומסיבות רלוונטיות**- מקצועיות, התארגנות, תקציב, יחסים.

**פיטורי צמצום**- נשאלה שאלה האם גם בפיטורי צמצום של עובדים משיקולים כלכליים חובה לערוך שימוע. התשובה בפסיקה שגם אם הפיטורין לא נובעים מכישלונם של העובדים אלא מבעיות של המעביד, גם אז חובה לערוך שימוע. ואז יש להתחשב בנתונים אישיים של העובד- גיל, מצב משפחתי, סיכויי השתלבות בשוק העבודה ועוד.

**העסקה לזמן קצוב**- למשל מתרגל באונ' הבודק בחינות לקורס מסוים. החוזה הוא מתאריך עד תאריך. האם צריך לערוך לו שימוע, כשברור לו מההתחלה שהוא בודק קורס של שנה בלבד.

דוג' נוספת- אחות החליפה אחות אחרת שיצאה לחופשת לידה. ידעה מראש שהיא מועסקת מתאריך עד תאריך. ביום שחזרה האחות הקודמת עלתה השאלה האם צריך לעשות שימוע לאחות המחליפה.

פסיקה בשילוב עם חקיקה- יש לעשות שימוע בכל זאת. ס' 9 לחוק פיצויי פיטורין (אי חידוש חוזה עבודה) – עובד שבא לעבוד לתקופה קצובה, עדיין רואים עובד זה כמפוטר. גם אם היה חוזה לזמן קצוב, שמלכתחילה היה ברור שהתקופה תסתיים בתאריך מסוים, כשמגיע התקופה לקיצה רואים זאת כפיטורין (זולת אם הציעו לעובד להמשיך את החוזה).

מתמחים בעו"ד למשל לא מקבלים פיצויים כי יש חוק לשכת עו"ד המטפל בכך.

אז אם עובד קצוב עבד יותר משנה, הוא זכאי לפיצויי פיטורין. אך לעניין השימוע לא משנה אם עבד יותר משנה, עדיין זכות השימוע עומדת לזכותו (**פס"ד גורביץ**, **המכללה לאלקטרוניקה**, **ויצטום** וכו').

**פס"ד גוטרמן נ' מכללת עמק יזרעאל**- מרצה שעבד בחוזה מתחדש. חידשו לו את החוזה מספר פעמים. אח"כ החליטו לא לחדש לו את החוזה. הוא קיבל הודעה שהמינוי לא יוארך. נשאלה השאלה האם ההחלטה שלא לחדש את החוזה כמוה כפיטורין והאם זכאי לשימוע. ביה"ד האזורי קבע שזכות הטיעון לא חלה על העסקה לתקופה קצובה. ביה"ד הארצי דוחה את ההחלטה וקובע שאי חידוש חוזה זה פיטורין. זכות השימוע היא זכות יסוד, מטרתה להגיע להחלטה עניינית.

מכאן המכללה מחויבת לתת הודעה על הכוונה שלא לחדש חוזה. לפרט הטעמים. נדרש שימוע.

מתי ההתקשרות לזמן קצוב לא תביא לזכות שימוע? אומרים שמרצה שונה מקבלן שבונה פרויקט מסוים. יש להשוות למצב שאילו לא היה עובד עם חוזה של פלחים אלא היה עובד באופן רציף. אי אפשר להגיד שמשום שבונים את העסקה באופן מלאכותי בפלחים אז לא יקבל את הזכויות האלו.

סנקציות למעביד שלא שמר על זכות השימוש:

* החזרת העובד למקום העבודה – ב**פס"ד עראבס** הוחזר מנכ"ל של רשות.
* **פיצוי של עוגמת נפש**– ביה"ד לרוב נותן עד 50,000 ש"ח על עצם ההשפלה שבאי ביצוע שימוע. (**פס"ד רבינוביץ**)
* **הפסד השתכרות** – אם היה עושה שימוע יכול היה להישאר במקום העבודה (**פס"ד גוטרמן**).

צריך חשיבה גמישה- יש לעתים חוזה לזמן קצוב להרבה עובדים (הרבה מתרגלים למשל), האם נדרוש זכות שימוע ל100 מתרגלים. אפשר אולי לעבור לפסים פרקטיים יותר כמו שימועים בכתב.

טיעונים נגד השימוע:

זכות ריקה מתוכן אשר אינה מעניקה הגנה לעובד ומתמקדת בצד הפורמאלי.

הכבדה פרוצדוראלית על המעביד- זמן ומשאבים.

אינה משיגה את המטרה- אשליה של הגנה, המעביד מתבצר בעמדותיו.

לסיכומו של עניין- לפי **הורוביץ** אומרת שזו זכות ריקה מתוכן שאינה מעניקה הגנה אמיתית לעובד, מתמקדת בצד הפרוצדוראלי, מכבידה מאוד על המעבידים. אומרת שפעמים רבות זה בכלל לא משיג את המטרה. הטעמים בפסיקה מדברים על חשיבותה של הזכות: יכולת העובד לבטל את רוע הגזרה (המציל נפש אחת...), ירידה של האיגודים המקצועיים מעבירים את זכות השימוע למגזר הפרטי דרך ביה"ד. כבוד האדם, התחשבות בעובד שאינו כשחקן על לוח השחמט. שונה מהרציונלים האמריקאים המסתכלים על רציונלים כלכליים.

המרצה מתייחסת במאמרה להיבטים פסיכולוגיים- הפיטורין גורמים למשבר לעובד, הם יכולים להשפיע לרעה על המעביד. הוא יתנקם במעביד, יגיש נגדו תביעה על שהשפיל אותו בהליך הפיטורין. ככל שהשימוע יותר מעמיק האנשים מוצאים עבודה יותר בקלות ועוברים את התהליך בצורה טובה יותר. זהו גם כלי טוב לאיסוף מידע (המעביד שומע מה באמת קורה). יתרון כלכלי-להכשיר עובד חדש זה לעתים הרבה יותר יקר. הכבוד שרוכש לעובד הוא גם חשוב. ועדיין מסכימה שצריך מידה של גמישות, במתרגלים, עובדת שעבדה יום אחד וכו'.

זכויות אינדיווידואלית – הרצאת אורח

14.6.10 - השלמה (נמרוד)

ס' 12- זכותו של עובד לפי החוק הזה אינה ניתנת להתניה או לויתור.

שכר מינימום:

חודשי – 3850.18. זהו שכר לפי היקף משרה מלאה. מהי משרה מלאה? יש האומרים שמשרה מלאה היא לפי 186 שעות (לפי תקנה 1 לחוק שכר המינימום).

שכר יומי (6 ימי עבודה) – 154. שכר יומי (5 ימי עבודה)- 177.7. שכר לשעה – 20.7

במקום עבודה בו עובדים 5 ימים, יום העבודה הוא בן 8 שעות ו36 ד'. במקום בו עובדים 6 ימים יום העבודה הוא 8 שעות.

סוגיות לשכר מינימום:

שכר המינימום הוא השכר המינימאלי, כל תוספת צריכה להיות מעבר לשכר המינימום. 200 ש"ח נסיעות למשל לא יכנסו בסכום של שכר המינימום.

**סע' 5 לחוק הגנת השכר-** קובע איסור שכר כולל: שכר לא יכול לכלול דמי חופשה, שעות נוספות ועבודה בזמן המנוחה השבועי.

יש תשלומים שאפשר לכלול בתוך השכר מכוח צווי הרחבה, אלו תשלומים שאפשר לכלול ע"י חוזה בין שני הצדדים. אפשר לכלול שם תשלום נסיעות והבראה. ניתן להגדיל את השכר, אלו זכויות שלא נובעות מחוק, אך עדיין זה לא יפחית משכר המינימום.

הזכות לפנסיה לא יכולה להיות בתוך השכר.

מ2008 צו ההרחבה קובע שלכל עובד יהיה חסכון לפנסיה.

**עובד על בסיס עמלות בלבד** (**פס"ד שזיפי**)- זהו מעביד שהתקשר בחוזה עבודה עם עובד, שם נקבע שהעובד יהיה זכאי לעמלות בלבד ולא שכר מינימום. עם זאת קבע שבחודשים בהם לא יגיע לשכר מינימום המעביד ישלים. בחודשים שיעבור את המינימום יקוזז הסכום עם החודשים שהשלים המעביד.

העובד אמר שהדבר נוגד את חוק שכר המינימום- ביה"ד הארצי קבע שההתקשרות החוזית בין העובד למעביד היא סבירה ומידתית ואין סיבה להתערב. בג"צ חזר על דעתו של הארצי ואמר שאין סיבה להתערב, שהרי אין מדובר במקרה של חוסר צדק. התכלית של חוק שכר המינימום מושגת.

למדים מהפס"ד שיש חובה למעביד המסכם על עבודה לפי עמלות עדיין חייב לספק לפחות את שכר המינימום.

**תקופת ניסיון/התלמדות**- ביה"ד קובע שגם אם אין שום תועלת בעובד, יש חובה לשלם את שכר המינימום ולא ניתן לגרוע מזכות זאת גם בתקופת ההתלמדות.

**חופשה שנתית**- מטרת חוק חופשה שנתית היא לתת לעובד זמן להתרענן ולהתחדש לקראת שובו למקום העבודה. ברור מהמטרה שלא ניתן לשלם לעובדים חופשה מבלי שבפועל יצאו לחופשה. דמי חופשה המשולמים מבלי לצאת לחופשה הם פיקטיביים. אם מעביד משלם רכיב חופשה מבלי שהגשים את מטרת החוק אז זהו רכיב פיקטיבי והופך להיות כחלק מהשכר, כשיעזוב העובד את מקום העבודה יוכל לתבוע את התשלום בגין ימי החופשה.

במצגת טבלה של חישוב ימי חופשה לפי ותק.

קביעת מועד חופשה היא מראש ולא בדיעבד. ברור שבפועל זה לא בדיוק עובד כך.

קביעת לוח מועדי החופשה היא מסמכויות המעביד.

לעובד יש זכות לבקש יום חופש אחד, אך בהתראה של 30 ימים מראש.

ימי חג לא באים במניין ימי חופשה.

החופשה חייבת להיות רצופה. אך אפשר לחלק אותה, אך יש שהעובד יצא ל7 ימי חופשה מינימום. את השאר אפשר לצבור לשנתיים הבאות.

הודעה על חופשה לעובד צריכה לעבור 14 ימים מראש.

מחיקת ימי חופשה- עובד 3 שנים שצבורים לזכותו 30 ימי חופשה. ברור שלרוב האשמה היא במעביד ולא בעובד. חייב המעביד לתת לו התראה המודיע שעל העובד לנצל את הימים תוך תקופה מסויימת אחרת יאלץ למחוק אותם.

יתרות אפשר לצבור עד שנתיים. אם לא מנוצל ניתן למחוק את ימי החופשה.

**פדיון חופשה**- ניתן לשלם ימי חופשה בכסף בעת ניתוק יחסי עובד מעביד. אז יש לשלם פדיון ימי החופשה שנותרו. מכפילים את ימי החופשה שנצברו ומכפילים בשכר. ניתן לעשות זאת רק בסיום היחסים!

**דמי מחלה**- חוק דמי מחלה זוהי זכות סוציאלית מובהקת החייבת לשלם לעובד משכורת בעת מחלתו, בכדי לאפשר קיום מינימאלי.

עובדים יומיים או שעתיים יש להם נוסחה מסויימת המגדירה את צבירת ימי המחלה.

עובד שעובד בהיקף משרה מלא- צובר 1.5 ימי חופשה לחודש, 18 ימי מחלה בשנה. הכל למכסה מקסימאלית של 90 ימי מחלה. ימי מחלה אינם ניתנים לפדיון בשונה מימי החופשה, גם לא בסיום היחסים.

עבור היום הראשון מקבלים 0%, יום שני שלישי 37.5%, יום רביעי והילך 75%. צריך העובד להודיע למעביד וחייב גם להמציא אישור רפואי המפרט גם לאיזו תקופה יעדר.

ניתוח קוסמטי- עבד ניתוח לשיפור ההופעה לא יראו זאת כמחלה. שיפור נשימה, כוויות וכו' כן מחויב בימי מחלה.

**פיטורין בזמן מחלה**- ס' 4 לחוק ימי מחלה- החידוש לחוק נכנס לפני שנתיים וחצי בעקבות פס"ד. רוא"ח הודיע שהוא עובר ניתוח ויעדר חודש ממקום העבודה. המעביד ניצל את העובדה ופיטר את העובד. ביה"ד הגיע למסקנה שפיטורין בחוסר תו"ל בגלל מחלה מחייב פיצויים גבוהים. התיקון קובע שאם צבורים ימי מחלה והעובד מנצלם ונעדר ממקום העבודה, החוק קובע שבעת ניצול ימי המחלה לא ניתן לפטר את העובד. אפשר יהיה לפטר אם אין ימי מחלה ונעדר מהעבודה שלא על חשבון ימי מחלה.

**עובד שעבד בזמן מחלה**- אין בחוק איסורים במגזר הפרטי. העובד הגיע למשל למקום העבודה ביום השביעי בו לפי המלצת הרופא היה צריך להיות ביום מחלה. יכול להגיע לעבודה ולקבל שכר רגיל. עובד שמרגיש שהוא כשיר יכול להגיע לעבודה והאישור הרפואי כאילו נמוג.

**דמי חגים**- הזכאות נובעת מכוח צו ההרחבה. הוא קובע שכל עובד זכאי ל9 ימי חג (ליהודים- ראש השנה, יום כיפור...). בחידוש ב2010 נוספה אפשרות בחירה- יום הבחירה ירד ממכסת ימי החופש. העובד בימי הבחירה האלו יכול לצאת שלא בהסכמת המעביד (בשונה מימי החופש).

חגים:

שי לחג- אינו מעוגן מכוח חוק. קיים מכוח נוהג, הסכם קיבוצי או הסכם אישי. עדיין יש חובה שלא להפלות בין עובדים, אסור לתת לחלק מהעובדים ולחלק לא לתת שי.

חג בזמן חופשה- ימי חג לא באים במניין ימי חופש.

תשלום דמי חג לעובד שאינו יהודי- יקבל לפי דתו. אם מקום העבודה סוגר את המפעל בחגים היהודיים, אני צריך להסדיר עם העובד שאו שיקבל חופשה ללא תשלום או שינצל את ימי החופשה שלו על החגים היהודיים.

חול המועד- זהו יום עבודה רגיל לכל דבר ועניין. יכול לצורך העניין להוציא לחופשה בחול המועד ולנכות ימי חופשה מלאים.

ימי שמחה:

החוק לא מתייחס לנושא זה. אין ימי שמחה לחתונה, ברית וכו'. תלויים בחסדיו של המעביד או בהסכם קיבוצי.

דמי הבראה:

זוהי זכאות מכוח צו הרחבה בדבר זכאות לקצבת הבראה. בעבר היה צריך לצאת לנופש ולהציג קבלות למעביד. כיום אין תנאי לקבלת דמי ההבראה (בתנאי שעובד לפחות 12 חודשים).

ישנה במצגת טבלה של זכאות לדמי הבראה לפי ותק.

בתקופת חל"ת- תקופת חל"ת לא צוברת זכויות סוציאליות. לכן החל"ת קוטע את ותק השנה. הוותק מתחדש בחזרה לעבודה.

מועד התשלום- יוני עד אוגוסט (אפשר שיקבל בשנה שאחרי את החלק היחסי אם הצטרף לעבודה במהלך השנה). עדיין אם קיים נוהג במקום העבודה שהמעביד משלם בחודש ינואר את דמי ההבראה אז הולכים לפי הנוהג.

שכר כולל דמי הבראה- אין מניעה לעשות זאת בלבד שיש חוזה מעוגן בהסכמת הצדדים.

פיטורי עובד סמוך לשנה- אם ברור על פניו מהעובדות שהמעביד ניסה להתחמק מזכויות סוציאליות למיניהן יקבל העובד פיצוי על דמי ההבראה (לא ממש את דמי ההבראה עצמם).

**חוק הודעה מוקדמת לפיטורין והתפטרות:**

חוק שנכנס רק ב2001, לפני כן היה בגדר צו הרחבה.

המטרה היא לאפשר לעובד לחפש עבודה אחרת בזמן שהוא עדיין ביחסי עובד מעביד ולהיפך למעביד לחפש מחליף.

ישנה טבלה המסבירה כמה ימים לפני יש להודיע (לעובדים חודשיים).

היום ניתן לפטר עובד אך ניתן לדרוש ממנו לעבוד בתקופת ההודעה המוקדמת. יחסי העבודה ממשיכים עד לתום אותו החודש. אם העובד מציג במהלך החודש אישור רפואי על היעדרות אל מעבר לתקופה לתאריך בו הוא אמור לעבוד - מחלה, אבל, מילואים - תוך תקופת ההודעה המוקדמת לא מאריכים את יחסי העבודה, במועד שנקבע יסתיימו יחסי עובד-מעביד.

חלף הודעה מוקדמת- מפטר את העובד לאלתר, אך משלם לו פיצוי בגין אי מתן הודעה מוקדמת השווה לשכר העובד.

חפיפת חופשה עם הודעה מוקדמת- לפני 99-

ההוראה המקורית היתה - לא ניתן לחפוף את ימי החופשה וההודעה המוקדמת אלא אם עלו על 14. עד 99 זה היה המצב. המעבידים היו מגיעים לשלב ההודעה המוקדמת וכופים את העובד לצאת לחופשה. ברור שזה לא תואם את מטרת חוק החופשה, כי העובד לא באמת היה בחופש מרענן. הדבר הגיע לבג"צ, החליט שזה נוגד את מטרת החוק וההוראה לא יכולה לחול. היום אי אפשר לחפוף- כך שבתקופת ההודעה המוקדמת לא ניתן לצאת לחופשה ויש לפדות את ימי החופשה בכסף בסיום תקופת העסקה.

**פנסיה:**

משנת 2008 צו הרחבה בדבר חובת פנסיה לכל העובדים והמעבידים במשק.

הצו חל בהדרגה (שקף במצגת) כך שבסוף 2013 המעביד יהיה מחויב להפריש 5% לביטוח הפנסיוני, 5% יפריש העובד ועוד יפריש המעביד 5% לפיצויי פיטורין. סה"כ הפרשות של 15%.

**ס' 14 לחוק פיצויי פיטורין**- מעסיק עובד ששכרו גדל עם הזמן. אם המעביד פעל לפי הסעיף כל שנה הפרשתי לפי הסכום שקיבל אז לא צריך לתת לו פיצויים לפי השכר האחרון אלא לפי מה שהפרשתי. היתרון לעובד שהוא יכול בכל רגע נתון ללכת הביתה. אם חל ס' 14 אם מפוטר או מתפטר יחול באותו האופן. החיסרון שזה לא יהיה לפי חוק פיצויי פיטורין כי לא מקבל לפי שכר אחרון, אך יכול העבוד ללכת הביתה. הפרשה של מעביד לפי חוק פיצויי פיטורין (כפי שמצוין בטבלה שבמצגת) ההשלכה שלה שונה? לבדוק. כאן צריך לעמוד באחד התנאים המצוין בחוק המזכים בפיצויים.

החזר הוצאות נסיעה:

זוהי זכות מכח צו ההרחבה. סכום ההשתתפות המקסימאלי הוא עד 23.7 ליום או חופשי חודשי אם קיים ממקום מגוריו של העובד, הזול מביניהם. הכל נמדד לפי תעריפי התחבורה הציבורית.

מצגת תעלה לאתר!

הרצאת אורח - עובדים זרים

יום שני 21 יוני 2010

מדינת ישראל היא מדינה סוציאלית במובן מסוים והחל מקום המדינה חוקקה חוקי מגן, שאמורים להסדיר את מערכת היחסים בין העובד למעביד. נקודת המוצא היא שהעובד תמיד חלש יותר מהמעביד. יש ארגונים שטוענים שצריך לתת הגנה גם למעסיקים, זה עולה בעיקר במו"מ מול ההסתדרות.

החוקים המרכזיים: **חוק הגנת השכר**, **חוק שכר המינימום**, **חוק** **פיצויי פיטורין**, **חוק חופשה שנתית**, **חוק דמי מחלה**.

קיימת גם מערכת יחסים קיבוצית במסגרת יחסי עבודה. מערכת זו היא יותר מתקדמת, במקומות עבודה מאורגנים יותר (בעלי ארגוני עובדים), מגיעים הצדדים להסדרים קיבוציים. ההסדר הזה מעניק עוד זכויות עודפות על אלו שהחוק מעניק לו. הוראות ההסכם מיטיבות על הוראות החוק.

צווי הרחבה- מקורות נורמטיביים שמקורם בתקנות, הם מחילים על אוכלוסיה גדולה או על כלל האוכלוסייה הוראות או הסכמים – צו הרחבה נסיעות, צו הרחבה ביטוח פנסיוני ועוד. שר התמ"ת אחראי על צווי ההרחבה.

חוקי מגן - בתוכם חוקים קוגנטיים- מובטחים קיום החוקים גם במצב בו העובד מוותר על הזכות, לויתור אין תוקף.

**סע' 14 לחוק פיצויי פיטורין** קובע שלא משלימים את השכר רטרואקטיבית, אלא משלמים פיצויי פיטורין בתוך המשכורת, והעובד זכאי להם גם אם לא פוטר. אם בסופו של דבר לא קיבל את מלוא הסכום, לא משלימים. זה עוזר למי שמתפטר, לא ממש למי שמפוטר.

מדינת ישראל מאוד רגישה למעמדם של מהגרי עבודה, ומאז שנות ה-90 (אז התחילו להביא מהגרי עבודה) הפסיקה והחקיקה נמצאות בהתפתחות מתמדת. כיום מהגרי העבודה נמצאים במעמד מאוד מוגן, גם ע"י הריבון וגם ע"י הפסיקה. אם העובד הרגיל נתפס בעיני המחוקק כחלש, הרי שהעובד הזר נחשב חלש לעילא ולעילא.

יש כל מיני סקטורים- סיעוד, בניה, חקלאות, מסעדנות וכו'. העובדים הללו באו למלא חלל שהיה בעובדים באותם סקטורים. היום משרד הפנים (האחראי על הכניסה לארץ) ומשרד התמ"ת (האחראי למתן היתרים ורישיונות) הם האחראים לעובדים הזרים. בעקבות התרבותם של עובדים זרים לא חוקיים הוקמה גם רשות הגירה שתפקידה גירוש עובדים זרים ללא הרשאות חוקיות.

**חקיקה**

המקור הנורמטיבי שמאפשר הבאה של מהגרי עבודה לארץ הוא **חוק הכניסה לישראל**, המסדיר כניסה לארץ של אנשים שאינם אזרחי או תושבי מד"י. זה כולל תיירים, אנשי עסקים וכו', שמגיעים לתקופה ארוכה. החוק מגדיר מי יכול להכנס לארץ ולאילו מטרות, ולאורך השנים החוק הזה הסדיר גם את הנושא של אשרות ורישיונות של מהגרי עבודה (סע' 3(א)).

בשנת 1991 חוקק **חוק העובדים הזרים** בו מוסדרים יחסיהם עם הריבון (שאחראי על אשרות והיתרי הכניסה, בחינת הצרכים של המהגר וכו') ומערכת היחסים בין העובד למעביד. קיימים היום תאגידים ייעודיים שתפקידם להביא עובדים זרים לסקטור מסוים, ולא רק מעסיקים פרטיים.

החובה היחידה של העובד הוא לשהות בחוק עם אשרה, בעוד למעביד יש חובות רבות כג' כריתת הסכם עבודה בשפה המובנת לעובד, ביטוח רפואי (לא יותר מ-100 ₪ ע"ח העובד), מגורים הולמים (לא ינוקה יותר מ-25% משכר העובד. הרבה מעסיקים ניסו לחסוך במגורים, וכיום החוק נכנס לפרטי פרטים בנושא הזה ומפרט בדיוק מה צריכים המגורים לכלול), ניקויים לא הולמים (לא לפי חוק/ בלי אישור בכתב של העובד) משכרו של העובד וכו'. על כל הפרה של החוקים האלה יש סנקציות פליליות, וחלקן סנקציות אישיות (אם מדובר בתאגיד הוא לא יכול להסתתר מאחורי האישיות המשפטית ולעיתים יחייבו את נושא המשרה בפלילים). כל פעם שמוצאים פרצה או פגם בחוק מתקנים אותו, וכך החוק בנוי תלאי על תלאי בניסיון להגן באופן מרבי על העובד, אך מבלי לאפשר הגירה פנימית של עובדים זרים בתוך הארץ (נשאלת השאלה למשל האם ראוי להגביל עובדים זרים לסקטור מסוים ולאפשר להם שהות רק כל עוד הם עובדים בתחום שלשמו קיבלו את האשרה).

**סע' 1 לחוק עובדים זרים**: "עובד זר" = עובד שאינו אזרח ישראל או תושב בה.

את הבקשה להיתר עבודה מגיש המעביד למשרד התמ"ת, עליו לשלם אגרה עבור כך, ובסופו של דבר מנהל האוכלוסין וההגירה במשרד הפנים הוא זה שמנפיק בפועל את אשרת העבודה.

העסקה ללא היתר היא עבירה פלילית שעונשה קנס או מאסר (במקרים קיצוניים). כיום האשרה מתייחסת למעביד ולסוג עבודה, כלומר, מותר לעובד לעבוד רק עבור המעביד הספציפי ובתחום הספציפי שרשום באשרה.

עד כאן מערכת היחסים הפלילית בין העובד לריבון, ועכשיו נדבר על מערכת היחסים האזרחית בין העובד למעביד. ככלל, חוקי העבודה, צווי ההרחבה, ההסכמים הקיבוציים וכל זכות מזכויות העובדים במדינת ישראל- מוקנות גם לעובדים זרים, ובכלל זה: יום מנוחה, שכר מינימום, תשלום עבור שעות נוספות וכו'. יוצא הדופן היחיד הוא בתחום הסיעוד, בו לא נדרש מהמעביד להמציא תלוש שכר. בין היתר כי בד"כ מדובר במשפחה פרטית שקשה לה להנפיק תלוש. מסתפקים בחתימה או אישור אחר של העובד, ולא נדרש תלוש רשמי.

**פסיקה**

כיוון שהעובדים הזרים נתפסים כאוכלוסיה חלשה ומוחלשת, ביהמ"ש וביה"ד לעבודה מאוד גמישים בהגשת תביעות מצד העובדים. כך למשל, עובדים זרים מקבלים באופן כמעט אוטומטי פטור מתשלום אגרה (הם נתפסים כעניים גם כשהם מרוויחים יפה מאוד). יש טענות נגד זה שאומרות שהגמישות הזו איננה מידתית, שהיא מביאה לעומס יתר על בתי המשפט ומכבידה מידי על המעסיקים (תביעות קטנוניות, פגיעה בתדמית, הוצאות וכו').

בפן הפלילי קיימת מגמה להקשיח את האכיפה (מצד משרד התמ"ת), וכן מוטלות סנקציות אחרות (למשל, נערך רישום של מעסיקים עבריינים ו"זוכרים להם את זה" כשהם מגישים מועמדות למכרזים).

**ענף הסיעוד**

מדובר בענף יוצא דופן שכן מדובר באוכלוסיות נזקקות ומוגבלות (חולים וקשישים) שמעסיקות את העובדים הזרים. כיום מוגדר שכל מי שלא יכול לכלכל את צרכיו היום-יומיים זכאי לסיוע של עובד זר. קיימים היום עשרות ומאות תאגידים ייעודיים שמספקים את העובדים הסיעודיים למשפחות. מערכת היחסים כאן יותר מורכבת, כי לעובד יש שני מעסיקים: המשפחה והחברה שהביאה אותו. בקונסטלציה המשפטית הזו מעורב גם חוק ביטוח לאומי, החברות מקבלות את גמלת הסיעוד עבור אותו קשיש ומעבירות אותו לעובד. כך העובד מקבל משכורת אחת מהחברה שהביאה אותו, ומשכורת שניה מהמשפחה המעסיקה, שמשלימה את המשכורת לזו שהוא זכאי לה.

בעבר הייתה אפשרות טכנית לעובד סיעודי לגור בדירה משלו, אבל היום העובדים הסיעודיים חייבים לגור בבית המטופל, וזה יוצר מצב של שעות עבודה לא ממש ברורות שנבחנות בכל מקרה לגופו (לא כל מטופל דורש את אותו טיפול, כל אחד זקוק לטיפול באינטנסיביות אחרת). הנושא הזה עלה במספר תיקים שהגיעו לביה"ד הארצי לעבודה ואפילו לעליון. השאלה היא האם מדובר בעובד שסופרים לו את שעות העבודה כמו לכל עובד אחר, או שיש כאן מצב הדורש התייחסות מיוחדת מבחינת התשלום.

**חוק שעות עבודה ומנוחה** קובע כי אחרי השעה השמינית וחצי צריך לשלם שעות נוספות, וכך אדם שעובד 24 שעות יכול לצבור כמות שעות נוספות נכבדה מאוד, ברמה שאף מעביד לא היה יכול לעמוד בה. זה היה מביא למצב שבו המטופל צריך לחשוב פעמיים לפני שהוא מבקש עזרה ברחצה או בישול...

אין עדיין החלטה רשמית בנושא, ברור שאי אפשר לשלם על 24 שעות ביממה, אבל כן צריך להכיר בכך שהעובדים הללו עובדים אולי יותר מעובד רגיל בענף הבניה למשל. למעשה בתי המשפט נחלקו בדעתם. היו שופטים שקבעו שחוק שעות עבודה ומנוחה לא חל בכלל על עובדים בתחום הסיעוד, לפי סע' 30(א)5-6 לחוק המדברים על תפקידים שכרוכים באמון אישי ובהם לא ניתן לפקח על השעות בהן העובד עובד, וקובע כי החוק לא יחול בהם. היו שופטים (כמו השופטת בדימוס אלישבע ברק ב**פס"ד מעיין**) שהחילה את החוק באופן חלקי בכך שהוסיפה לעובדים תוספת של 30% לשכר כפיצוי על הנוכחות המתמדת שלהם.

**בג"צ הכבילה -** ההסדר מתייחס לכל הענפים במשק.

מותר לעובד לעבור באופן חופשי יותר בין תאגידים, העובדים לא צריכים לברוח מהמעסיק והם לא מגורשים מהארץ בעקבות כך. עדיין קיימת רגולציה והמדינה אמורה לדעת איפה כל עובד נמצא.

היום ההעסקה היא באמצעות תאגידים ייעודיים והם אלה שיכולים להעביר את העובד לקבלן (בענף הבניה למשל). זה מאפשר פיקוח יותר טוב ומאפשר מעבר של עובדים בין התאגידים.

זה נותן לעובדים יותר זכויות, אבל מאוד פוגע במעסיקים, כי יש להם מכסות של עובדים ואם העובדים עוזבים קשה להם להשיג עובדים חדשים.

סיכום חומרי קריאה נוספים – הצדקות לדיני עבודה

**רות בן ישראל - העסקת עובדים ע"י קבלני כוח אדם**- לעובד יש זכויות מעין קנייניות במקום עבודתו הנובעות מאינטרס ההסתמכות שנוצר אצלו מתוקף הקשר ארוך הטווח שלו לעסק ולמעביד. זכויות אלה מהוות הצדקה לחיוב המעביד והגבלת פעולותיו כלפי העובד.

הצדקה שניה להכרה בזכויות המעין קנייניות של העובד היא נחיצותו לפעילות העסק כעסק חי- נדרש שילוב של הון כלכלי ועבודה (הון אנושי).

הקניין אינו רק מקור לזכויות אלא גם לחובות, וכך יש חובות למעביד כלפי העובד מעצם כך שהוא בעל הקניין.

לעובד זכות לכבוד כלכלי וכבוד אנושי במקום עבודתו, במסגרת זכותו הכללית יותר לקיום בכבוד חברתי.

**פס"ד ויסלר אברהם נ' מוקד**- נקבע כי חוקר פרטי שהועסק כעצמאי ע"י חברה לצורך חקירות היה "עובד".

מבחן מעורב- מחליף את מבחן ההשתלבות ועיקרו הוא "מבחן ההשתלבות בפועל"-

אופיו האישי של העיסוק; הכפיפות, הכוח לשכור עובד, וחשוב מזה לפטרו; מיהו המספק את כלי העבודה; צורת ניכוי מס הכנסה והתשלומים לביטוח הלאומי ולמס ערך מוסף וכו'. החוקר עסק בעבודות נוספות והיה לו "עסק משלו" כך שלא התקיים מבחן ההשתלבות.

יש לבחון את כוונת הצדדים בעת ההתקשרות ביניהם- החוקר בחר שלא להיות שכיר של החברה כיוון שכך הרוויח יותר כסף. גם במהלך ההעסקה התייחסו שני הצדדים לחוקר כשכיר.

לפי המבחן המשולב לא התקיימו יחסי עובד-מעביד, והחוקר נהג בחוסר תו"ל בטענתו לזכויות כעובד שכיר אחרי שנהנה כל תקופת העסקתו מזכויותיו והכנסותיו כעצמאי.