

## נקודות מפנה במשפט העבודה האישי

מאת

שרון רבין מרגליות\*

מאמר זה מנתח את ההשלכות התאורטיות והמעשיות של כמה פסקי דין שניתנו בשנה האחרונה בתחום משפט העבודה האישי. בפרק הראשון נדונה שאלת הקוגנטיות של חוקי המגן. בהקשר זה ניתנה פסיקה סותרת. פסקי דין אחדים חיצונו את הגישה המסורתית שאינה מאפשרת סטייה מהסטנדרט שנקבע בחוק, ומנגד ניתנה החלטה עקרונית באשר לתחולת חוק שעות עבודה ומנוחה על מהגרי עבודה בענף הסיעוד שפטרה אותם מתחולת החוק. הפרק השני עוסק בהסכמי קיזוז והשבה ובהסתייגותו של בית הדין לעבודה מאכיפת "סעיפי גדרון". הפרק מעלה את השאלה עד כמה רחב כיום המרחב החוזי הנתון לצדדים לאור חוקי המגן בכלל ולאור האיסור על קביעת שכר כולל בפרט. בפרק השלישי נדונה המגמה החדשה, מפי בית היוצר של בית המשפט העליון, לאכוף חוזי עבודה. כמו כן נטען שהחובה לקבל היתר בטרם פיטורי נשים בהיריון וחיילי מילואים מהווה חסם בפני קבוצות אוכלוסייה אלה בעת קבלתן לעבודה. הפרק הרביעי מנתח את חובות היידוע במסגרת יחסי העבודה. במסגרת הפרק נדון המתח בין החובה לחשוף פרטים רלוונטיים לבין ההגנה שחלה על מידע זה מכוח חוקי השוויון התעסוקתי. הפרק החמישי דן בזכות העובדים לצבירת ותק במקום העבודה ובפסילת מכרזים גירעוניים כדי להגן על זכויות העובדים. הפרק האחרון דן באוניברסליות ההגדרות בדיני העבודה ובמגמה לשבור את מושגי היסוד כגון "עובד" או "שכר עבודה" למובנים שונים על פי הקשרים ספציפיים.

א. תחולת חוקי המגן, העסקה בניגוד לחוקי המגן ואכיפה מלאה של חוקי המגן;  
ב. מעמדם הרעוע של הסכמי קיזוז והשבה (סעיפי גדרון); ג. איסור פיטורים ואכיפת חוזה העבודה; ד. חובות יידוע במסגרת יחסי עבודה; ה. הזכות לצבירת ותק במקום העבודה; ו. אוניברסליות ההגדרות בתחום משפט העבודה; ז. סיכום

סקירה זאת עוסקת בהתפתחויות המרכזיות של משפט העבודה האישי בשנת המשפט תש"ע (2009-2010). השינויים המרכזיים במסגרת משפט העבודה האישי והקיבוצי חלו במגוון נושאים. קצרה יריעה זו מלהכיל את כולם ולכן בחרתי להתמקד בשינויים שהתרחשו במסגרת משפט העבודה האישי.<sup>1</sup>

---

\* מרצה בכירה, המרכז הבינתחומי הרצליה. הערות ניתן להפנות ל-srabin@idc.ac.il במאמר זה סייע רבות עוזר המחקר, עורך הדין אורי וינטר.  
\* כל אתרי האינטרנט המאזכרים להלן נצפו לאחרונה ב-13.4.2011 אלא אם נכתב אחרת.

## א. תחולת חוקי המגן, העסקה בניגוד לחוקי המגן ואכיפה מלאה של חוקי המגן

חוקי המגן הם מעמודי התווך של משפט העבודה המגן. מדובר ברובד ההגנה הבסיסי על תנאי העבודה. חוקי המגן קובעים "רצפת" זכויות שממנה הצדדים לחוזה העבודה אינם יכולים לגרוע אך יכולים להוסיף עליה. מרכיב האכיפה של סטנדרטים אלה הוא קריטי. ללא אכיפה משמעותית אנו מוותרים הלכה למעשה על העדר יכולתם של הצדדים לחוזה העבודה להתנות על הרצפה שנקבעה בחוקים אלה. מטבע הדברים, חוקי המגן חשובים יותר כשמדובר בהעסקת העובדים החלשים יותר בשוק, שבלעדי חוקים אלה תנאי עבודתם היו נופלים מרצפת ההגנה הרגולטיבית.

בהקשר של התופעה של העסקת עובדים תוך הפרת חוקי המגן ניתנו שני פסקי דין מרכזיים על ידי בית המשפט העליון. קיימות סתירות בין קווי ההנמקה העולים מפסקי דין אלו: מצד אחד מדגיש בית המשפט העליון את הצורך באכיפה מלאה של חוקי המגן על כלל העובדים, וללא חריגים, ומצד אחר אפשר להבחין כי יש התחשבות בצרכים הכלכליים של המעסיקים בענף מסוים כשיקולי צדק כלליים או קונקרטיים לסכסוך מסוים הפוטרים את המעסיק מקיום החוק.

המתח שבין שיקולי מדיניות כלליים, הצופים פני העתיד (ex-ante), שבהם מודגש הצורך באכיפה מלאה וללא חריגים של הסטנדרטים המינימליים שנקבעו בחוקי המגן, על כלל אוכלוסיית העובדים, לבין הצורך לאפשר חריגה נקודתית כדי לקדם שיקולים של צדק קונקרטי צופה פני העבר (ex-post), בהתייחס למקרה ספציפי או מגזר מסוים, אינו חדש למשפט העבודה.<sup>2</sup> עמדתם הבלתי מתפשרת של רוב שופטי בית הדין הארצי הייתה ועודנה שיש להעדיף את מדיניות האכיפה המלאה על פני שיקולי צדק קונקרטי,<sup>3</sup> מכיוון שוויתור על עיקרון זה בסכסוך ספציפי משפיע על היקף האכיפה ועל רמת ההגנה

1 לסקירה מעשית של התפתחויות בתחום משפט העבודה הקיבוצי ניתן לעיין במאמר של עורך הדין דפנה שמואלביץ, "או מה חדש בעבודה?", עורך הדין 8 (תשע"א) 100.

2 לדיון במתח זה ראו: עמרי ידלין, "תום-הלב במשפט העבודה בישראל: מן הכלל אל הפרט", עיוני משפט, כב (תשנ"ט-תש"ס) 867. (שימוש במושגים חוזיים, כגון תם-לב, בפסיקת בתי הדין לעבודה מקדם ערכים של צדק קונקרטי על חשבון עקרונות כלליים יותר של צדק קיבוצי לכלל העובדים. פתיחת פתח לרטוריקה חוזית חותרת תחת ההגנה הקונגנטית של משפט העבודה האישי).

3 פסק הדין המנחה: דיון (ארצי) לג/3-12 ציבורי – אברהם, פד"ע ד 173; דב"ע (ארצי) נה/3-145 מדינת ישראל, משרד השיכון – בוכריס, פד"ע לו 1. עמדה חריגה מבטאת השופטת אלישבע ברק; ראה לדוגמה פסק דין תב"ע (אזורי, ב"ש) מט/3-555 אבו עסא – מדר את זינגר, חברה לבנין ופיתוח בע"מ (פורסם בנבו).

של ציבור העובדים בכללותו.<sup>4</sup> למרבה הצער, תובנה זאת נשכחה כאשר נפנו לעסוק ברמת ההגנה שיש להעניק לעובדים הזרים בענף הסיעוד.

בג"ץ גלוטן,<sup>5</sup> פסק הדין השנוי ביותר במחלוקת בסקירה זאת,<sup>6</sup> עסק בשאלה של החלת חוק שעות עבודה ומנוחה על עובדי ענף הסיעוד המתגוררים בביתו של מעסיקם. למעשה רוב המועסקים במגזר זה הם מהגרות עבודה שמעסיקן מסתייע בהן לביצוע רוב פעולות היום-יום, לרוב במשך שעות רבות ביום. מדינת ישראל מאפשרת כיום לכל אדם העומד במבחני מוגבלות בביצוע פעולות יום-יומיות לקבל רישיון להעסקת מהגר עבודה, ומספרם של עובדי הסיעוד הזרים נעמד בכ-40,000 עובדים בהיתר.<sup>7</sup> דפוס העבודה המקובל של עובדים אלה הוא שהם למעשה זמינים 24 שעות ביום לצורך טיפול במעסיק שלהם.<sup>8</sup> מובן שלא בכל שעות היממה הם נדרשים לעבוד; בחלק מהזמן המטופל ישן או עוסק בפעילות שאינה מצריכה את סיוע העובד, אך מטבע הדברים גם בשעות אלה, עקב מצבו הגופני או הקוגניטיבי של המטופל, העובדים בכוננות או עליהם לפקח על מצבו.

חוק שעות עבודה מסדיר את מסגרת שעות העבודה המותרות וקובע חובת תשלום שכר גבוה יותר עבור שעות נוספות.<sup>9</sup> החוק כולל כמה חריגים מגזריים-פרטניים, כגון עובדי דיג או עובדי צוות אוויר. מגזר הסיעוד איננו נכלל ברשימת המגזרים הפטורים.<sup>10</sup> מלבד אלה קיימים שני חריגים כלליים המגדירים את מרחב הפטור על פי מאפייני המשרה או התפקיד. שני החריגים הכלליים קיבלו פרשנות מצמצמת ביותר בשנים

4 ראו: הסבריו של ידלין (לעיל הערה 2), בעמ' 870-881. הגמשה באכיפת חוקי המגן כדי לאפשר לעובד בודד לוותר על זכות שאינה מטיבה עמו עלולה ליצור "מירוץ לתחתית" בזכויות העובדים. כוחם של חוקי המגן עומד להם רק בקשיחותם. היכולת של עובד לוותר על זכויותיו תיצור "שוק" של עובדים לא מוגנים אשר יתפוס את מקומו של שוק העובדים המוגנים ויאלץ את אלו האחרונים לוותר גם הם על זכויותיהם.

5 בג"ץ 1678/07 גלוטן נ' פורמלי בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו) (להלן – עניין גלוטן).

6 על פסק הדין הוגשה והתקבלה בקשה לדיון נוסף; ראו: דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' פורמלי בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו). אפשר לעיין בתיק: <http://elyon2.court.gov.il/Scripts9/mgrqispi93.dll?appname=eScourt&prgname=GetFileDetails&arguments=-N2009-010007-0> (נצפה באחרונה באפריל 2011).

7 רבקה ריכמן, "הגירה לישראל: מיפוי מגמות ומחקרים אמפיריים 1990-2006", סוציולוגיה ישראלית י' (תשס"ח) 339, בעמ' 358.

8 ראו: תיאור מתכונת העסקה בענף הסיעוד בעניין גלוטן (לעיל, הערה 5) בפסקה 21 לפסק הדין.

9 חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, ס"ח 204. סעיף 2(א) לחוק קובע כי "יום עבודה לא יעלה של שמונה שעות עבודה"; גמול שעות נוספות, כאשר העסקת העובד בשעות הנוספות מותרת על פי החוק, עומד על 125% עבור שתי השעות הנוספות ראשונות, וכל שעה נוספת מחייבת בתשלום של 150% על השכר הרגיל (סעיף 16(א) לחוק).

10 סעיף 30(א)(1)-30(א)(4) לחוק שעות עבודה ומנוחה.

האחרונות, ולכן יישום דווקני של החריגים הדנים במשרות אמן<sup>11</sup> ועבודה שתנאיה אינם מאפשרים למעביד פיקוח על שעות העבודה<sup>12</sup> אינם יכולים עוד לשמש בסיס להחרגת עובדי הסיעוד מתחולת החוק.<sup>13</sup>

בית המשפט העליון בחר שלא להתערב בהחלטתו של בית הדין הארצי לעבודה שקבע שדפוס עבודתם של עובדי הסיעוד נופל במסגרת החריגים לתחולת החוק, ועל כן הם אינם זכאים לתשלום גמול שעות נוספות.

העניין המיוחד בפסק הדין הוא ששיקולי מדיניות כלכלית-חברתית הנחו את בית המשפט בהחלטה שלא להחיל את החוק.<sup>14</sup> בית המשפט התרשם מכך<sup>15</sup> שהיכולת הכלכלית של המעסיקים הטיפוסיים בענף הסיעוד לשלם גמול שעות נוספות היא מוגבלת. אנשים אלה הם בדרך כלל בעלי אמצעים מועטים. לעתים קרובות הם מממנים את משכורת עובדיהם מקצבאות נכות או גמלאות סיעוד של הביטוח הלאומי, אשר כידוע אינן גבוהות.<sup>16</sup> מנגד החלופות התעסוקתיות של עובדי הסיעוד בארצות מוצאם גרועות מהסדר המוצע בישראל<sup>17</sup> גם בהנחה שחוק שעות עבודה ומנוחה לא יחול עליהם. מכאן שניתוח של שיקולי עלות-תועלת מורה ששני הצדדים יצאו נשכרים מכך שהחוק לא יחול על קבוצת עובדים זאת: מחד המעסיקים יוכלו לממן את עלות השירות (שכר העובדים), ומאידך תחילת עלות העסקת העובדים בגובה שכר המינימום, ללא שעות נוספות, תותיר את שיעור המועסקים בענף על כנו ותאפשר יותר מקומות תעסוקה למהגרי העבודה. העלאת שכרם באמצעות תשלום שעות נוספות רק תצמצם את מספר העובדים שיוכלו "ליהנות" מאפשרויות התעסוקה בישראל, הזדמנויות שהן טובות לאין

- 11 סעיף 30(א)(5) לחוק שעות עבודה ומנוחה. על מגמת הצמצום ראו למשל: ע"פ (ארצי) 16/08 מדינת ישראל – משרד התעשייה המסחר והתיירות – בסט ביי רשתות שיווק בע"מ (פורסם בנבו). בפסק דין זה נקבע שלא כל מנהל חוסה תחת החריג, אלא שחריג זה מתייחס לשכבה מצומצמת של מנהלים בדרגים בכירים, שלהם מסורה הסמכות לקבוע מדיניות כללית בארגון ולא רק ליישם מדיניות הנקבעת על ידי אחרים.
- 12 סעיף 30(א)(6) לחוק שעות עבודה ומנוחה. ליישום מצמצם של חריג זה ראו: ע"ע (ארצי) 300271/98 טפקו – יצור מערכות בקרת אנרגיה – טל, פד"ע לה 703. החריג חל רק מקום שאין כל אפשרות מעשית לפקח על שעות העבודה, ולא במקרים שבהם בחר המעביד שלא לפקח הגם שבפועל היה אפשר לפקח.
- 13 בעניין גלוטן (לעיל, הערה 5), בפסקאות 15-16 לפסק דינו של השופט ריבלין, בית המשפט מסכים שיישום הפרשנות הנוכחית בתבנית העסקת עובדי הסיעוד היה צריך להוביל למסקנה שהחוק חל עליהם.
- 14 בית המשפט העליון אמנם קרא למחוקק להסדיר את נושא תנאי העסקה של עובדי הסיעוד הגרים אצל מעסיקים, אולם עד למועד זה הוא העניק למעשה פטור נקודתי למעסיקים מתשלום גמול שעות נוספות.
- 15 יצוין שבפסק הדין לא הובאו נתונים סטטיסטיים באשר ליכולת בפועל של המעסיקים בענף הסיעוד לממן תשלום שעות נוספות.
- 16 ע"ע (ארצי) 157/03 גלוטן – יעקב, פסקאות 8.8-8.8 לפסק דינו של השופט פליטמן (פורסם בנבו).
- 17 עניין גלוטן (לעיל, הערה 5), בפסקה 26 לפסק דינו של השופט ריבלין.

שיעור מאלו הקיימות בארץ המוצא. ברקע קיים גם רמז לכך שהותרת מגזר זה מחוץ לתחולת החוק חשובה לחברה הישראלית בכללותה, שכן ללא המטפלים הזרים תיפול האוכלוסייה הנעזרת בשירותיהם כנטל על החברה, אם על בני משפחותיהם באופן שיפגע ביכולת התעסוקה שלהם ואם על הממשלה, שתצטרך למצוא פתרונות מוסדיים לפרטים שידם לא תהיה משגת לממן את עלות העסקת המטפל.<sup>18</sup>

תוצאת פסק הדין – אי-החלת החוק על העובדים הזרים בענף הסייעוד – הנסמכת על ניתוח כלכלי של מאזן עלות-תועלת, חותרת תחת כמה עקרונות יסוד של משפט העבודה: ראשית פסק הדין מחזיר לזירת הדיון את השאלה בדבר התשתית ההסכמית של יחסי העבודה. בית המשפט מסתמך על ההנחה שמהגרי העבודה היו מודעים לכך שאלו יהיו תנאי העסקה שלהם, ולמרות זאת העדיפו להגיע ארצה במסגרת זאת.<sup>19</sup> יוצא אפוא שבניגוד לעובדים המקומיים, שלגביהם ניטלה היכולת להסכים ולעבוד בתנאי עבודה מתחת לתנאי המינימום, העובדים הזרים חוסים תחת תפיסה חוזית-שוקית של יחסי עבודה מבית היוצר של פסק דין לוכנר.<sup>20</sup> גישה זאת מקדשת הסכמות חוזיות בהקשר של תנאי עבודה ומניחה שמהגרי העבודה המוותרים על זכויותיהם עושים זאת כי הדבר מיטיב עמם. גישה זאת מתעלמת מקיומם של מצבים שבהם פגיעה בזכויות העובדים יכולה להיטיב גם עם עובדים מקומיים. לדוגמה, בשנות השמונים הועלו טענות דומות בנוגע לתעשיית הטקסטיל המקומית שסבלה מתחרות עם שוקי ייצור בדרום-מזרח אסיה. תעשיית הטקסטיל העלו טענות דומות לניתוח של בית המשפט העליון מדוע יש לאפשר סטייה מחוקי המגן כשמדובר בענף הסייעוד בפרשת גלוטן: בלא הורדת העלויות של העסקת עובדי הטקסטיל ייסגרו המפעלים ועובדים רבים, ובהן נשים ערביות, יתקשו למצוא עבודה חלופית.<sup>21</sup> קובעי המדיניות לא שעו ללחצים אלו ולא הפחיתו את שכר המינימום נקודתית לענף הטקסטיל. הטעם למדיניות נוקשה זאת הוא שענפים שאינם יכולים לשרוד, בהתחשב בעלות המינימלית של העסקת העובדים, אין להם זכות קיום

18 שם, בפסקאות 25 עד 27 לפסק דינו של השופט ריבלין.

19 לבעייתיות שבשימוש ברטוריקה חוזית של הסכמה באשר לתנאי העסקתם של מהגרי עבודה ראו: גיא מונדלק, "עובדים או זרים בישראל? חוזה התשתית" והדפיציט הדמוקרטי", עיוני משפט כז (תשס"ג-תשס"ד) 423.

20 *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905) – פסק הדין הידוע לשמצה של בית המשפט העליון האמריקאי שבו נפסל חוק של מדינת ניו יורק שהגביל את שבוע עבודתם של העובדים במאפיות ל-60 שעות בשבוע עקב תנאי העבודה הקשים. בית המשפט קבע שהחוק אינו חוקתי, שכן הוא פוגע בחופש החוזים של הצדדים ובחופש העיסוק של בעלי המאפיות. פסק הדין ייצג גישה שוקית לקביעת תנאי העבודה של עובדים.

21 ראו למשל: נתונים בשער 7 של מינהל מחקר וכלכלה בתמ"ת, "הערבים בישראל – דיוקן האוכלוסייה, מאפייני תעסוקה, רמת חיים, הכנסות והוצאות 1980-2008", נובמבר 2010 <http://www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/03CBC1CF-50AB-451D-AD54-65148F140> [1C4/0/X10475.pdf] (נצפה באחרונה באפריל 2011).

במשק הישראלי.<sup>22</sup> עקרון יסוד של משפט העבודה הוא שכבסיס נקבעת רצפת ההגנה, וכל המעסיקים חייבים ליישר קו ללא התחשבות ביכולת הכלכלית שלהם או בשיקולים אחרים החיצוניים למערכת היחסים שבין העובד למעביד.

בג"ץ גלוטן מתעלם מכך שהחרגת עובדי הסיעוד מתחולת החוק, בהסתמך על שיקולים כלכליים של יכולת לממן את זכויות העובד, פותחת פתח לטענות דומות במגזרים אחרים להחרגת עובדים מתחולה נקודתית של חוק מגן זה או אחר. כמו כן בית המשפט מתעלם מכך שהטיעון של ההסכמה החוזית של קבוצת מהגרי העבודה יכול שיעלה בעתיד גם כאשר מדובר בעובדים מקומיים. מכיוון שדיני העבודה אינם עורכים, ובצדק, הבחנות לעניין תחולתם בין עובדים מקומיים לזרים,<sup>23</sup> יוכלו מעסיקים במגזר או במקום עבודה ספציפי לטעון כי העובדים הסכימו להפרה וכי ההפרה משפרת את מעמדם כקבוצה, למשל במקרים שבהם אכיפת חוקי המגן הייתה גוררת פיטורים של עובדים רבים בענף או מקום העבודה הספציפי. ההסתכלות שלנו כחברה צריכה תמיד להיות מעבר למגזר או למפעל ספציפי – לבדוק מהן השלכות הרוחב של החלטת הפטור הנקודתי, כפי שנעשה במשבר בתעשיית הטקסטיל.

אציין שבתקופה הקצרה מאז ניתן פסק הדין מנסים בתי הדין לעבודה לצמצם את תחולת הפטור. כך עולה שרק כאשר המעביד מוגדר כמצוי במצב בריאותי סיעודי יינתן הפטור מתחולת החוק, ולא כאשר הוא מעסיק עובד בביתו אך אינו מוכר כסיעודי על פי הגדרת המוסד לביטוח לאומי.<sup>24</sup>

כמו כן הפטור חל רק על עובדי סיעוד המתגוררים בבית מעבידם.<sup>25</sup> מלבד זאת בית הדין הארצי הביע את עמדתו שהחרגת העובדים מתחולת החוק היא רק כאשר לתשלום גמול השעות הנוספות, וכאשר העובד מוכיח את היקף שעות העבודה שלו בפועל הוא

22 ראו למשל: דברי ח"כ מרידור בוועדת חקירה פרלמנטרית בנושא הפערים החברתיים, מיום 11.03.2002 [http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/gap/2002-03-11.rtf] (נצפה באחרונה באפריל 2011) וחני גולדשטיין, "ענף הטקסטיל: 14 אלף עובדים חיים על זמן שאול", Ynet (3.12.2009) [http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3814569,00.html] (נצפה באחרונה באפריל 2011).

23 אין הבחנה בתחולת חוקי העבודה בין מהגרי עבודה לעובדים מקומיים משתי סיבות מרכזיות: האחת, הבחנה תגורר מצב שבו מעסיקים יעדיפו להעסיק מהגרי עבודה ולא מקומיים בשל עלויות ההעסקה הנמוכות יותר. כלומר זהו ניסיון למנוע מירון לתחתית והדרה של העובדים המקומיים. שנית, בתאוריה לפחות, חוקי המגן משקפים את התפיסה החברתית-כלכלית של תנאי העבודה המינימליים המקובלים בישראל. התניה או ויתור עליהם כאשר מדובר במהגר עבודה המבצע את העבודה בתוך גבולות ישראל פוגעים בערכים אלה. תנאי העבודה המינימליים נקבעים על פי ערכים הומניסטיים של החברה הישראלית ולא על פי הזהות הלאומית של העובד וציפיותיו על פי התנסויותיו בארץ המקור.

24 ס"ע (אזורי י-ם) 16607-05-10 ברוך – שר התעשייה המסחר והתעסוקה (פורסם בנבו); לעמדה שונה ראו: ס"ע (אזורי חי') 8980-05-09 GAVENKO – מיאסניק (פורסם בנבו).

25 תע"א (אזורי ת"א) 9279-07 קורפוז – לורבנבויץ (פורסם בנבו).

זכאי לתשלום "שכר רגיל" עבור זמן עבודה זה.<sup>26</sup> הבחנה זאת איננה עולה בקנה אחד עם פסק דין גלוטן, שכן מרגע שעובד הוצא מתחולת החוק, המשמעות היא שאין כלל פיקוח על שעות העבודה, ואפשר לשלם שכר חודשי בגובה שכר המינימום החודשי על כל שעות העבודה. פתרונות אלה מנסים לתת מענה נקודתי למצוקות של עובדים ספציפיים, אך הם אינם גורעים מההשלכות מרחיקות הלכת של פסק הדין על עקרונות היסוד של משפט העבודה: ערעור המעמד הקוגנטי של חוקי המגן והכנסת רטוריקה של הסכמה וניתוח כלכלי של עלות-תועלת מגורית להחלת חקיקת העבודה.

בפסק דין גלוטן התרשם בית המשפט העליון מכך שהחלת חוק שעות עבודה ומנוחה לא רק שתחייב את המעסיקים בתשלום גמול שעות נוספות אלא אף תהפוך את מתכונת העסקת העובדים בענף לבלתי חוקית. כאמור, מצופה מהעובדים להיות זמינים 24 שעות ביממה מספר רב של ימים ברצף. מתכונת זאת אסורה על פי החוק.<sup>27</sup> בית המשפט קבע שאי אפשר להחיל את החוק לשיעורין.<sup>28</sup> עם זאת בית המשפט אינו מתעכב לבדוק מדוע החוק אוסר על עבודה רצופה לפרקי זמן ממושכים. הוא אינו בוחן אם זה בכלל אנושי לעבוד פרקי זמן כאלה ללא הפסקה ומנוחה רשמיים.<sup>29</sup> אכן, את חוק שעות עבודה ומנוחה אי אפשר להחיל לשיעורין, אך המסקנה הייתה צריכה להיות שמתכונת העסקה הרצופה היא פוגענית ואין לאשרה גם אם העובדים מעוניינים בה. גישה זאת דווקא מצאה ביטוי בפסק דין אחר של בית המשפט העליון:

בבג"ץ מרים כוכבי<sup>30</sup> בחר בית המשפט בקו מסורתי יותר באשר ליכולת של הצדדים ליחסי עבודה להתנות על תנאי העבודה שנקבעו בחוקי המגן. במקרה זה טענה העותרת, שהועסקה במשך שנים רק במשמרות לילה – מתכונת הנוגדת את חוק שעות עבודה<sup>31</sup> – שיש לה זכות מוקנית להמשיך להיות מועסקת במתכונת הבלתי חוקית, שמיטיבה עמה,

26 ע"ע (ארצי) 374/09 מימוני – קאדקה (פורסם בנבו).

27 ההיתר הכללי להעסקת עובדים בשעות נוספות מתיר העסקה של 4 שעות נוספות ליום, כלומר יום עבודה שלא יעלה על 12 שעות עבודה יומיות; ראו: חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951 הודעה על מתן היתר כללי, י"פ תשל"ד 553. נוסף על כך מספר עבודות זכו להסדרים מיוחדים, ובהם גם עובדי "מוסדות לטיפול בזקנים או בילדים". אך הסדר זה חל רק על עובדים במוסדות ולא בבתים פרטיים; ראו: חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951 הודעה על מתן היתר כללי להעבדה במנוחה השבועית ובשעות נוספות במפעלים רפואיים ובמוסדות לטיפול בזקנים או בילדים, י"פ תשי"א 1386. ככל שעובדי הסיעוד הם בגדר "עובד חודשי במשק בית פרטי", הרי שסעיף 4(ב) לחוק שעות עבודה ומנוחה קבע לגביהם הסדר ספציפי שלפיו יום העבודה מוגבל ל-10 שעות, ושבוע העבודה ל-45.

28 עניין גלוטן (לעיל, הערה 5) בפסקה 22 לפסק דינו של השופט ריבלין.

29 עובדים אלה נחים ופנויים לעיסוקיהם כאשר המעביד לא זקוק לטיפולם, אך אין זמן מנוחה רשמי, והעובדים אמורים להיות זמינים מסביב לשעון.

30 בג"ץ 6522/06 כוכבי נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים (פורסם בנבו) (להלן – עניין כוכבי).

31 סעיף 22(א) לחוק שעות עבודה ומנוחה אוסר מתכונת העסקה במשמרות לילה בלבד. ראו גם: ע"ע (ארצי) 300353/97 מדינת ישראל – נהרי, פר"ע לה 318.

ולחלופין שיש להמשיך ולשלם לה עבור עבודה בשעות היום את השכר הגבוה המשתלם עבור משמרות הלילה, שכן אחרת יהיה בכך משום פגיעה בתנאי עבודתה. בית המשפט העליון אישר את פסק הדין של בית הדין הארצי, שקבע שכל זכויותיה מסתכמות בפיצוי שהוא גמול הסתגלות למתכונת העסקה החדשה בשכר הנמוך יותר, שלאחריו ישולם לה שכרה על פי התעריף הרגיל של משמרות היום.

פסק דין זה קשור לענייננו מכיוון שהוא מדגיש שאין לדרוש ממעביד להמשיך להעסיק עובדים במתכונת הנוגדת את חוקי המגן אף אם לטענת העובד הסדר זה מיטיב עמו והוא מעדיף אותו על פני ההעסקה החוקית. כמו כן אין לעובד שהועסק במתכונת הבלתי חוקית זכות כלכלית מתמשכת לגבי ההטבות שנבעו מהעסקה הבלתי חוקית. קיים מתח בהנמקות בין פסקי הדין כוכבי וגלוטן, שכן פסק דין גלוטן מתיר מרחב מסוים להתחשבות בשיקולי ההעדפות האישיות של הצדדים ליחסי העבודה, ואילו כוכבי נוקט את העמדה הבלתי מתפשרת.<sup>32</sup>

למרבה הצער, ייתכן שהגישות השונות משקפות טיפול שונה בזכויות מהגרי העבודה לעומת זכויות העובדים הישראליים. כבר הסברתי שתחולת משפט העבודה המגן היא טריטוריאלי ואינה עורכת הבחנות על פי זכות הישיבה או האזרחות של העובד.<sup>33</sup> העובד זכאי לזכויותיו בין שהוא אזרח, תושב, מהגר עבודה, שוהה בישראל כחוק או שוהה בה שהייה בלתי חוקית. עם זאת התופעה של הגירת העבודה לישראל, כמו גם בחלקים אחרים של העולם, היא בעיקרה תופעה כלכלית-שוקית.<sup>34</sup> מבחינת המדינה הקולטת, מטרתה למלא משרות שלכאורה שוק העבודה המקומי אינו יכול להן. בישראל מדובר בענפי הבניין, החקלאות והסיעוד.

המאפיין המשותף לענפים אלה הוא שעל העבודה להתבצע כאן, בניגוד לענפי ייצור שבהם אפשר להסיט את הייצור למדינה שבה עלות העובדים נמוכה בהרבה. בענפי הבנייה, החקלאות וענפי שירותים רבים דוגמת הסיעוד העבודה יכולה להתבצע רק בחצרי המעסיק. מדיניות הגירת עבודה, בעיקר כאשר היא מתמקדת בעבודות הדורשות כוח עבודה בלתי מיומן, מטרתה להוזיל את עלויות העסקת העובדים. הרטוריקה אולי מדברת על כך שהיתרים לקליטת מהגרי עבודה ניתנים מכיוון שאין בשוק העבודה

32 בשני פסקי הדין גלוטן (לעיל, הערה 5) וכוכבי (לעיל, הערה 30), בית המשפט העליון נאחז בכך שמרחב ההתערבות שלו בהחלטות בית הדין לעבודה, שהיא הערכאה המקצועית, הוא מצומצם, וכי מרחב שיקול הדעת מוגבל למקרים שבהם הצדק מחייב זאת, ומלבד זאת בית המשפט השתכנע שקיימת טעות משפטית בנושא שהיא בעלת השלכות רחבות היקף. הנחיה זאת נקבעה עוד בשנות השמונים בבג"ץ 525/84 חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה, ירושלים, פ"ד מ(1) 673. עם זאת ככל שמדובר בשאלת החלת חוק שעות עבודה ומנוחה על מהגרי העבודה, קריאת פסק דין גלוטן אינה מותרת ספק שמתן הפטור הוא ההסדר הראוי בעיניו של בית המשפט העליון, ושאינו מדובר בהסגת שיקול דעתו לזה של בית הדין הארצי לעבודה.

33 ראו לעיל, הערה 23.

34 עופר סיטבון, "מיקומים של בתי המשפט בישראל ובצרפת בעיצובה של המדיניות כלפי מהגרי עבודה", משפט וממשל י (תשס"ז) 273.



המקומי אנשים המעוניינים לאייש משרות אלה,<sup>35</sup> אך קיימת אפשרות כי האמת היא שקבוצות האינטרס השונות בענפים הרלוונטיים מפעילות לחץ מתמיד על קובעי המדיניות כדי שיתירו כניסת עובדים "זולים יותר".<sup>36</sup> גם בית המשפט העליון נתן בעבר את ברכתו לכך שהעסקת עובד זר בענפים מסוימים פירושה חיסכון ראוי בעלויות העסקת העובדים.<sup>37</sup>

מהלך זה נעצר כשמדובר בענפי עבודה ועיסוקים השמורים לעובדים ישראלים.<sup>38</sup> במקרים אלו העקרונות הרגולטיביים-כופים של משפט העבודה תקפים. משכך הם פני הדברים, גישת בית המשפט העליון בפסק דין גלוטן משקפת את פניה "השוקיים" של תופעת מהגרי העבודה. לכן אין זה מפתיע שרוח ההנמקה הוא חוזית – בדמות ההנמקה ביסוד פסק דין לוכנר. מהגרי העבודה זוכים להגנה שהיא בעיקרה שוקית. בית המשפט העליון נשען על הוולונטריות הקיימת לכאורה בהסכמת העובדים הזרים לקבל שכר נמוך, גישה המנוגדת להנחותיו של בית המשפט העליון, כפי שבאו לידי ביטוי בפסק דין כוכבי, שעסק בשאלות דומות אך במישור המקומי בלבד.

## ב. מעמדם הרעוע של הסכמי קיזוז והשבה (סעיפי גדרון)

קיומם של יחסי עבודה אינו נתון להסכמה החוזית של הצדדים. סממנים עובדתיים, הנבחנים בדיעבד, מכריעים אם ביצוע עבודה נעשה במסגרת יחסי עבודה או במסגרת

35 דנה ויילר-פולק, "הקמפיין נלחם בזרים, אך הישראלים לא באים לעבוד", הארץ (23/05/10) [http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1170020.html] (נצפה באחרונה באפריל 2011). וראו גם: אריק מירובסקי, "מציעים 9,000 שקל בחודש וכרטיסי טיסה – והישראלים לא באים", *the marker* (02/07/10) [http://www.themarker.com/tmc/] [article.jhtml?ElementId=skira20100702\_1177415] (נצפה באחרונה באפריל 2011).

36 ק' טוכלסקי, "הישראלים" אינם עצלנים, הם גם לא פראירים", עבודה שחורה (24.5.2010) [http://www.blacklabor.org/?p=19652] (נצפה באחרונה באפריל 2011). וראו גם: השוואת שכר ועלות העסקת זרים וישראלים בענפי החקלאות ובניין בשנים 2000–2001 שערך בנק ישראל [http://www.bankisrael.gov.il/press/heb/] [021105/021105a.htm] (נצפה באחרונה באפריל 2011).

37 בפסק דין אחר, ע"א 3375/99 אקסלרד נ' צור-שמיר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נד(4) 450, קבע בית המשפט העליון שחשוב פיצוי לניזוק הזקוק לסיוע סיעודי ייעשה על פי עלות העסקת מהגר עבודה ולא עובד מקומי. בית המשפט העליון מכיר בעובדה שעלות העסקתם של מהגרי העבודה נמוכה יותר, ולמעשה בעקיפין מאשר שענף זה אינו פתוח עוד לכוח העבודה המקומי. השאלה אינה אם יש עובדים ישראלים המוכנים לבצע את העבודה, אלא אם קיימים ענפים שבהם ויתרנו על כוח העבודה המקומי לטובת העסקת מהגרי עבודה בעלות נמוכה יותר.

38 ההבחנות כמובן אינן נשענות במפורש על ארץ המקור של העובדים. ההבחנות הן על פי מקצועות או עיסוקים. עם זאת מכיוון שהרוב המוחלט של עובדי הסיעוד הגרים בבית המעביד הם זרים, ההחלטה לפטור מתחולת החוק פוגעת במהגרי העבודה ולא בעובדים המקומיים.

חיצונית למשפט העבודה.<sup>39</sup> מעסיקים בפורטנציה נוהגים לגדר סיכונים מפני הכרה ביחסי עבודה עם מי שהעסיקו במעמד של "קבלן עצמאי" על ידי החתמת אותם "קבלנים" על הסדרי שיפוי והשבה, שזכו לכינוי "סעיפי גדרון".<sup>40</sup> סעיפי גדרון מסדירים את הזכויות הכלכליות של הצדדים לחוזה הקבלנות אם בבוא היום יוכר ה"קבלן", בדיעבד, כ"עובד".<sup>41</sup> הכרתם של בתי הדין לעבודה בחוקיותם של סעיפי גדרון הושתתה על ההנחה שבניגוד להכרעה בשאלה אם התקיימו בפועל יחסי עבודה, הכרעה המסורה לבתי הדין על פי יישום המבחנים העובדתיים, הצדדים רשאים לעצב הסדרה חוזית של הזכויות הכלכליות הנובעות מקשר זה כל עוד הרף שנקבע איננו פוגע במינימום הקבוע בחוק.<sup>42</sup>

בדרך כלל מגדיר סעיף גדרון סכום שעליו מסכימים הצדדים שישימש שכר העבודה לצורך חישוב זכויות המגן. כמו כן כולל סעיף גדרון הסדר קיזוז, שיפוי או השבה, שעל פיו יש להשוות את התמורה הקבלנית שהשתלמה בפועל לזאת המגיעה לעובד על פי דיני העבודה (שלב הקיזוז), ואם התמורה הקבלנית גבוהה יותר, יש להשיב למעסיק סכומים ששולמו ביתר (שלב ההשבה).<sup>43</sup>

בשנה האחרונה, בתפנית חדה, החל בית הדין הארצי להסתייג מאכיפת סעיפי גדרון. בשני פסקי דין ע"ע פיליפ טיברמן<sup>44</sup> וע"ע יואל מלכא<sup>45</sup> צמצם הנשיא אדלר צמצום ניכר את הנסיבות שבהן ייאכף סעיף גדרון ויתאפשר מנגנון הקיזוז וההשבה. נסיגה זאת מנומקת בצורך למתן את התופעה של העסקה במסגרת קבלנית כאשר בפועל מדובר ביחסי עבודה תוך שימוש בשוט הכלכלי של סירוב לאכוף את סעיף הגדרון כגורם מרתיע, כלפי המעסיקים הפורטנציאליים, מפני מערכת ההעסקה הפיקטיבית. אי-אכיפת סעיפי גדרון מקדמת מנגנון הרתעתו מפני פנייה מלאכותית לתבנית העסקה קבלנית כאשר בפועל מדובר ביחסי עבודה והצדדים יכלו לחזות זאת מראש.

39 בג"ץ 5168/93 מור נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(4) 628.  
 40 דב"ע (ארצי) מו/3-128 גדרון – מדינת ישראל (פורסם בנבו). שם עובד הוגדר כ"קבלן עצמאי" בחוזה התקשרות עם מדינת ישראל. התמורה שהשתלמה לו הייתה גבוהה בהרבה מן השכר של עובדים שביצעו עבודה זהה. בחוזה נכללה הוראה המחייבת אותו להשיב למדינה כל סכום שקיבל ביתר לעומת עובדי מדינה. כאשר ההתקשרות עמו הופסקה, הוא תבע את זכויותיו כעובד מדינה. בית הדין הארצי לעבודה נתן תוקף להוראה החוזית בדבר החובה לערוך קיזוז והשבה כנגד הסכומים שהעובד קיבל ביתר במעמדו כקבלן עצמאי.  
 41 ע"ע (ארצי) 141/08 פרחי ביקל בע"מ – מייקל (פורסם בנבו).  
 42 נחום פינברג, "גמישות חוזית ביחסי עבודה", הפרקליט מ (תשנ"א-תשנ"ג) 422.  
 43 ע"ע (ארצי) 300256/98 אייזיק – תה"ל – תכנון המים לישראל בע"מ, פד"ע לו 817, פסקאות 19-20 לפסק דינו של השופט אדלר.  
 44 ע"ע (ארצי) 570/07 טיברמן – מקורות חברת מים בע"מ (פורסם בנבו).  
 45 ע"ע (ארצי) 450/07 גלובוס גרופ בע"מ – מלכא (פורסם בנבו).

יש לקרוא את פסקי דין טיברמן וגלובוס-גרופ על רקע ניסיונות בית הדין לעבודה להילחם בתופעה של תשלום שכר כולל,<sup>46</sup> שכר גלובלי הכולל והמגלם בתוכו את עלות זכויות המגן. פסק דין קודם, ע"ע אברהם מרחיב,<sup>47</sup> עסק בעובד, שאף הוגדר ככזה, ששולם לו שכר כולל אך הוא הוחתם על חוזה שכלל הסדר הדומה לסעיף גדרון, שבו סוכם כי אם הוא יתבע את זכויותיו, שגולמו בניגוד לחוק בשכרו השוטף, ייעשו קיזוז והשבה בין מה ששולם לו לכאורה ביתר לבין הזכויות שמגיעות לו על פי חוק, והשכר שעל פיו יחושבו הזכויות יהיה שכר המינימום.

בית הדין לעבודה סירב לאשר את ההסדר החוזי, בצדק, תוך שהוא מסביר כי מתן תוקף להסדר זה יעקר מתוכן את האיסור לשלם שכר כולל. עם זאת טענתו של המעביד שאין הבדל בין סעיף גדרון להסדר שעליו חתמו הצדדים עוררה כנראה ספקות אצל שופטי בית הדין לעבודה: אם סעיפי גדרון אכיפים, הרי אפשר לעשות בהם שימוש כמנגנון לתשלום שכר כולל. כל מעביד המעוניין לשלם שכר כולל יעסיק את עובדיו במסגרת קבלנית ויחתים אותם על סעיפי גדרון. אף על פי שסעיפים דמויי סעיף גדרון אינם אכיפים במתכונת של יחסי עבודה, ופסק דין מרחיב הוא הדוגמה, אפשר להגיע לאותה תוצאה במסגרת העסקה חיצונית ליחסי עבודה, שלגביה ניתן תוקף לסעיפי גדרון. יש להניח שכעת השופטים מודעים לכך שסעיפי גדרון אינם משמשים רק לגידור סיכונים מהכרה ביחסי עבודה אלא ואולי אף במקרים רבים – משמשים הם ערוץ העוקף את האיסור על תשלום שכר כולל.

ערעור מעמדם של סעיפי גדרון הוא נדבך נוסף במאמץ להביא לאכיפה מלאה ובעין של זכויות המגן לכלל העובדים. סוגיה זאת, בדומה לסוגיה שנדונה בסעיף הקודם, מדגימה את הקושי בתחילת הגבול הראוי בין עקרון הקוגנטיות של חוקי המגן למרחב החוזי של הצדדים. השימוש שנעשה, באין משים, בסעיפי גדרון לצורך עקיפה של האיסור לשלם שכר כולל גרר עוד מגבלה אחת על חופש הצדדים לקבוע את גבולות הגמול הכספי של החוזה ביניהם.

### ג. איסור פיטורים ואכיפת חוזה העבודה

סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)<sup>48</sup> קובע כי אין לאכוף חוזה לקבלת – או מתן – עבודה או שירות אישי. על יסוד הוראה זאת ולאור מסורת המשפט

46 סעיף 5 לחוק הגנת השכר, תשי"ח-1958, ס"ח 86 קובע איסור לקבוע תשלום שכר הכולל תשלום בעד שעות נוספות או דמי חופשה תמורת חופשה או פדיון חופשה. מי שמפר הוראה זאת, רואים בשכר הכולל שנקבע את השכר הרגיל, שעליו יש להוסיף את הזכויות.

47 ע"ע (ארצי) 1144/04 מרחיב – מוקד אמוץ סביון (1981) בע"מ (פורסם בנבו).

48 חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 16.

המקובל הכריע עוד בתחילת שנות השבעים בית המשפט העליון, שאין לאכוף חווי עבודה.<sup>49</sup> עם השנים ריכך במעט בית הדין לעבודה את ההלכה המחמירה, ובסדרת החלטות מאז אמצע שנות התשעים ניתן סעד האכיפה במסורה, בעיקר במקרים שבהם פוטרו עובדים שלא כדין על רקע ניסיונות התארגנות במקום העבודה תוך פגיעה בחופש ההתארגנות של העובדים<sup>50</sup> או תוך פגיעה בזכויות חוקתיות אחרות, כגון הזכות לשוויון.<sup>51</sup> יציין כי גם המחוקק קבע בכמה חוקים הסדרים ספציפיים המקנים סמכות אכיפה לבית הדין לעבודה תוך התנאה מפורשת על סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).<sup>52</sup> עם זאת בתי הדין לעבודה הדגישו שסעד האכיפה נותר בבחינת חריג לכלל שאין לאכוף יחסי עבודה.<sup>53</sup> אפשר לאפיין את סוג המקרים הראויים לסעד אכיפה כאותם מקרים שבהם הפיטורים היו תוך פגיעה באינטרס חשוב של העובד או הציבור, ומלבד זאת נדרש שפיצוי כספי לא יוכל להיות מענה לסוג הנזקים שנבעו ממעשה הפיטורים. לדוגמה, פיצוי כספי אינו פותר את הבעיה שפיטורים של עובד

49 בג"ץ 254/73 צרי חברה פרמצבטי וכימית בע"מ נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד כח(1) 372 (להלן – עניין צרי). החלטתו של בית המשפט העליון צמצמה את הכלל היותר גמיש שהתווה בית הדין לעבודה, שרצה לקדם מדיניות המבחינה בין פיטורים בניגוד להסכם קיבוצי לבין פיטורים בניגוד לחוזה אישי; ראו: דב"ע (ארצי) 3-9/ג' "אסיא" – מעבדות כימיות בע"מ – ריקס, פד"ע ד 477 (להלן – עניין אסיא).

50 פסק הדין הראשון שנקט עמדה זאת הוא דב"ע (ארצי) 3-209/נו מפעלי תחנות בע"מ – יניב, פד"ע לג 289 (להלן – עניין מפעלי תחנות); ראה גם: עס"ק (ארצי) 1008/00 הורן את ליבוביץ בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לה 145; גם בשנה האחרונה התקבלו כמה החלטות שאכפו יחסי עבודה על רקע פיטורי עובדים שהיו קשורים למהלך של התארגנות עובדים במקום העבודה; ראו: עס"ק (ארצי) 24/10 הוט טלקום בע"מ – הסתדרות העובדים הלאומית (פורסם בנבו); ע"ע (ארצי) 56/10 חביב – ק.א.ל. – קווי אוויר למטען בע"מ (פורסם בנבו). הלכה זאת עברה קודיפיקציה בשנת 2001 כאשר חוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957, ס"ח 63 תוקן. ראו: סעיפים 33-33א(1), הקובעים שחל איסור על פיטורי עובדים על רקע מעורבותם בשלבים שונים של מהלך ההתארגנות, וכי אפשר להעניק סעד של אכיפה.

51 בש"א (אזורי ת"א) 5712/03 שטיינברג – חברת החשמל לישראל בע"מ (פורסם בנבו). צו השבה לעבודה על רקע פיטורי עובד בעל מוגבלות תוך הפרת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות. גם חוק זה כולל הסדר מפורש המקנה סמכות לבית הדין לעבודה לאכוף יחסי עבודה (סעיף 14(2) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998 ס"ח 152).

52 סעיף 10(א)(2) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, ס"ח 38; סעיף 33א(1) לחוק הסכמים קיבוציים; סעיף 14(2) לחוק שוויון ההזדמנויות לאנשים עם מוגבלות; סעיף 3(א)(2) לחוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות ובמינהל התקין), תשנ"ז-1997, ס"ח 66. כל ההסדרים החוקיים הללו מקנים סמכות לבית הדין לעבודה ליתן צו עשה ומתנים מפורשות על סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).

53 ע"ע (ארצי) 1123/01 בית ספר תיכון עירוני כל ישראל חברים בתל אביב-יפו – צויזנר, פד"ע לו 438.

המנסה לארגן את מקום העבודה מצננים את תנופת ההתארגנות, ולכן הנפגעים אינם רק העובדים שפוטרו אלא גם יתר העובדים שנשללה מהן האפשרות המעשית לפעול למען ייצוג קיבוצי במקום העבודה.<sup>54</sup> בית הדין קובע שרק השבת העובד המארגן לעבודה תמנע את המהלך האסטרטגי של המעביד לשלוח מסר מאיים לעובדיו שאין מקום לעובדים הפועלים למען התארגנות.<sup>55</sup>

בשנה האחרונה ניתנו שני פסקי דין בבית המשפט העליון שמסתמנת בהם רוח חדשה, שעל פיה מעגל המקרים שבהם יש לשקול בחיוב את סעד האכיפה הוא רחב הרבה יותר מן הגבולות שהטווה בית הדין הארצי לעבודה בעבר:

בבג"ץ רבקה אלישע<sup>56</sup> קובע בית המשפט שאמנם סעד הפיצויים בגין פיטורים שלא כדין נותר דרך המלך, אולם בפועל מיישם בעובדות המקרה אמת מידה גמישה בהרבה מהיקף החריגים הנקודתיים שהוכרו על ידי בתי הדין לעבודה במרוצת השנים. העובדות מושא העתירה אכן מצביעות על פיטורים תוך הפרת חוזה עבודה ארוך-טווח של העותרת והמניע לפיטורים הם שיקולים בלתי ענייניים וללא הליך פיטורים כדין.<sup>57</sup> אך עילת הפיטורים, פסולה ככל שתהיה, אינה עומדת בקריטריונים שהציב בית הדין לעבודה כמצדיקים הושטת סעד של אכיפה. בית המשפט העליון אמנם אינו הופך את פסק הדין של בית הדין הארצי ואינו משיב את התובעת לעבודתה, אך נראה כי זאת אך ורק בשל חלוף הזמן והקושי להורות בשלב זה על השבת התובעת למקום עבודתה ובשל מרחב שיקול הדעת המצומצם בעת התערבות בהחלטות בית הדין הארצי עבודה.<sup>58</sup> ללא שיקולים אלה עולה הרושם שבית המשפט העליון היה מורה על השבת התובעת לעבודה, וזאת בסטייה מהלכות בית הדין הארצי בנושא.

הקו המקל בא לידי ביטוי גם בפסק דין אחר, בג"ץ קלפנר,<sup>59</sup> אשר דן באכיפת יחסי עבודה במקרים של פיטורים מטעמים פוליטיים. גם במקרה זה הסיג בית המשפט העליון את שיקול דעתו בפני שיקול דעתו של בית הדין הארצי לעבודה, שנמנע ממתן סעד

54 דב"ע (ארצי) 4-10/98 "דלק" – חברת הדלק הישראלית בע"מ – הסדרות העובדים הכללית החדשה – אגף לאיגוד מקצועי, פר"ע לג 337.

55 עניין מפעלי תחנות (לעיל, הערה 50).

56 בג"ץ 4485/08 אלישע נ' אוניברסיטת תל-אביב (פורסם בנבו) (להלן – עניין אלישע).

57 העותרת, מנהלנית ותיקה ומוערכת באוניברסיטת תל-אביב, פוטרה בעקבות סכסוך אישי עם הממונה עליה, ללא שבעל סמכות הפיטורים בדק אם תלונות הממונה מבוססות.

58 ראו לעיל, הערה 32.

59 ראו: בג"ץ 4284/08 קלפנר נ' חברת דואר ישראל בע"מ (פורסם בנבו) (להלן – עניין קלפנר), שם שלושה עובדים בכירים ברשות הדואר (דאז) הועסקו במעמד של נושאי "משרה מיוחדת". מנכ"ל הרשות הודיע לשלושה על כוונה לבטל את משרותיהם ולפטרם. לאחר הליך חטוף של שימוע הם אכן פוטרו. בתי הדין לעבודה, האזורי והארצי, מצאו פגמים הן בהליך הפיטורים והן בשיקולים שהובילו להחלטת הפיטורין, אך הסתפקו בסעד של פיצוי כספי. ההליך שבפני בית המשפט העליון עסק בעיקר בשאלת סעד הפיצוי לעומת סעד האכיפה.

האכיפה אך המשיך בקו ההנמקה הקודם בדבר היתרונות הגלומים בסעד האכיפה. ייתכן שפיטורים פוליטיים כשלעצמם הם מסוג המקרים המיוחדים שעומדים בקריטריונים המחמירים של בית הדין לעבודה, שעל פיהם יש אינטרסים חיצוניים למערכת יחסי העבודה הנקודתיים שמחייבים אכיפה של חוזה העבודה, במקרה זה העסקת עובדי ציבור על פי כישוריהם ולא על פי שיוכם הפוליטי. עם זאת קריאת פסק הדין מותירה את הרושם שהסכר נפרץ, וכי בכל מקרה שמדובר בו בפיטורים שרירותיים, שהם הפרה בוטה של חוזה העבודה, יש לשקול את סעד האכיפה בחיוב.

בשני פסקי הדין מזכיר בית המשפט רשימה של שיקולים שיש להביאם בחשבון בעת ההחלטה אם להעניק סעד אכיפה, רשימה החורגת מהכללים של בית הדין לעבודה: חומרת הפגם שדבק בפיטורים, תום לבו של המעביד, ההקשר התעשייתי, הערך שנפגע בפיטורים, אופיו של המעביד כגוף פרטי, ציבורי או דו-מהותי<sup>60</sup> וההסכמים החלים על הצדדים.<sup>61</sup> בפרשת קלפנר בית המשפט מדגיש שלולי גילם הקרוב לפרישה של העותרים היה ניתן סעד האכיפה ללא היסוס.

דומה שבית הדין הארצי לעבודה קיבל עליו את הדין ובפסיקה מאוחרת אימץ את הקו המרחיב תוך הסתמכות על גישתו של בית המשפט העליון, הבוחנת קשת רחבה יותר של שיקולים. בע"ע רות הורביץ<sup>62</sup> תבעה מורה בבית ספר תיכון את השבתה לעבודה בשל פיטוריה השרירותיים. בית הדין קבע כי פיטוריה היו על רקע סכסוך שהיה לה ולבעלה בקשר לליקוי בנייה בדירת מגורים שרכשו מאת אגודה הקשורה לבית הספר התיכון שבו עבדה. בית הדין הארצי הורה על השבתה של המורה לעבודה. במקרה זה הסתמך בית הדין הארצי על שני פסקי הדין של בית המשפט העליון שלדעתו של בית הדין הארצי "יצרו בקעים" בהלכה רבת השנים שאין לאכוף חוזה עבודה.<sup>63</sup> בהמשך מאמץ בית הדין הארצי את מבחן האיזונים והמידתיות של בית המשפט העליון ואף הוא מונה רשימת שיקולים שיובאו בחשבון בעת הפעלת שיקול הדעת.<sup>64</sup>

60 ראוי לציין שבשני פסקי הדין ניתן משקל לעובדה שהמעביד הוא גוף דו-מהותי. בעניין אלישע (לעיל, הערה 56) דובר באוניברסיטת תל-אביב, ובעניין קלפנר (שם) בחברת דואר לישראל. ייתכן אפוא שהרחבת מרחב שיקול הדעת לעניין סעד האכיפה תקף רק אם מחילים על המעביד נורמות מתחום המשפט הציבורי. אולם כפי שציינתי, קריאת פסקי הדין מותירה רושם חזק של שינוי מגמה כללי, ויש לבחון מכלול שיקולים תחת קורת גג של "מידתיות".

61 רשימת השיקולים נדונה בפסקה 14 לעניין אלישע (לעיל, הערה 56) ובפסקה כ"ז לפסק הדין בעניין קלפנר (לעיל, הערה 59).

62 ע"ע (ארצי) 506-09 הורביץ – עמותת בית חנה (פורסם בנבו).

63 שם, בפסקאות 54-55 לפסק הדין.

64 רשימת השיקולים דומה לזאת שפותחה בפסקי הדין של בית המשפט העליון, ומונה את אופי המעביד, חומרת הפגם שדבק בפיטורי העובד, השפעתו של הסעד שיינתן על זכויות העובד, חלוף הזמן וההקשר התעסוקתי. שם, בפסקאות 56-62 לפסק הדין.

ההנחיה העולה משלושת פסקי הדין הללו היא שעדיין דרך המלך היא סעד הפיצויים, אבל הדלת פתוחה כיום לכל תובע לטעון לטובת סעד האכיפה אם ישכנע את בית הדין כי הכף נוטה, לאחר בדיקת הקריטריונים השונים, לאכיפה יותר מלפיצויים. את שינוי המגמה לעיל אפשר להסביר מכמה כיוונים: ייתכן שבית המשפט העליון אינו מכיר עוד בייחודיותו של חוזה העבודה לעומת חוזים מסחריים אחרים שבהם סעד האכיפה הוא הסעד המרכזי ואילו פיצויים חיוביים הם הסעד החלופי. מנגד אפשר לטעון שדווקא בגלל המעמד המיוחד שבית המשפט מעניק ליחסי העבודה הוא מעוניין להגן לא רק על האינטרס הכלכלי של העובד אלא גם על זכותו להמשיך ולעבוד בפועל.<sup>65</sup> לבסוף אין להתעלם מכך שקריאת שני פסקי הדין של בית המשפט העליון מותירה את הרושם שיש בלבול מסוים בין שתי שאלות היסוד עת דנים בפיטורי עובדים.<sup>66</sup> השאלה הראשונה היא כמובן שאלת ההפרה: לא כל פיטורי עובד הם הפרת חוזה. נהפוך הוא, כלל הרקע בחוזי עבודה הוא שחווה עבודה לתקופה בלתי קצובה אפשר להביא לידי סיום בכל עת, על ידי מי מהצדדים, מכל סיבה שאינה אסורה על פי דין (*Employment at Will*),<sup>67</sup> בהתקיים ההליך הפרוצדורלי הנדרש של הודעה מוקדמת,<sup>68</sup> שימוע והנמקה.<sup>69</sup>

65 ראו: דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, בעמ' 380: "זכותו של אדם לעבוד – להחל לעבוד ולהמשיך לעבוד – זכות של תשתית היא. שקולה היא לזכות טבעית [...] אדם שעבודתו ניטלה ממנו – זכות ניטלה ממנו, מקצת כבודו ניטל ממנו". עמדה דומה עולה מפסק הדין של השופטת ברק בע"ע (ארצי) 359/99 לוי – רשות השידור, פד"ע לו 400.

66 ביקורת זאת מופנית רק לפסקי הדין של בית המשפט העליון. אין ספק שבית הדין הארצי לעבודה יודע היטב להבחין בין שאלת ההפרה של חוזה העבודה לשאלת הסעדים. נראה שבית הדין לעבודה אימץ את הגישה המרחיבה את שיקול דעתו, מכיוון שבמחלוקת שנפלה בין בית המשפט העליון לבית הדין הארצי לעבודה בנושא גבולות סעד האכיפה בפרשת צרי, בית המשפט העליון הוא שהתווה את הקו המחמיר בנוגע לסעד האכיפה, ואילו בית הדין לעבודה ניסה לצמצם את תחולת הכלל בדבר איסור אכיפה רק למקומות עבודה לא מאורגנים. בית הדין הארצי לעבודה קבע שכאשר הפיטורים הם בניגוד להסכם קיבוצי, יש מקום לשקול סעד אכיפה, ואילו בית המשפט העליון דחה גישה זאת. ראו: עניין צרי ועניין אסיא (לעיל, הערה 49). בית הדין לעבודה קיבל עליו את דינו של התקדים בדבר היעדרו של סעד האכיפה מסל התרופות בדיני עבודה, וזאת עד להתפתחויות בשנות התשעים בדבר פיטורים בניגוד לזכויות חוקתיות. ייתכן ש"האור הירוק" שקיבל בית הדין לעבודה בפסקי דין אלישע (לעיל, הערה 56) וקלפנר (לעיל, הערה 59) יאפשר כעת לבית הדין לעבודה לקבוע מדיניות אכיפה שאותה הוא רוצה לקדם כבר שנים.

67 עניין צרי (לעיל, הערה 49); לדיון ביקורתי בכלל הפיטורים בהקשר הישראלי ראו: גיא מונדלק, "אפיון ההסדרה המשפטית לגבי פיטורי עובד – מברירת מחדל חוזית להסדרה קוגנטית, ומה שביניהם", עיוני משפט כב (תשנ"ט-תש"ס) 819.

68 כמתחייב בחוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות, תשס"א-2001, ס"ח 378.

69 חובת השימוע בטרם פיטורי עובדים נקבעה בע"ע (ארצי) 1027/01 גוטרמן – המכללה האקדמית עמק יזרעאל, פד"ע לח 448; חובת השימוע הורחבה לחובת הנמקה לאחר קבלת ההחלטה בע"ע (ארצי) 378/08 פרג'ון – חברת הדואר (פורסם בנבו).

השאלה השנייה היא שאלת הסעדים בגין הפרת חוזה העבודה. שאלה זאת מתעוררת רק בנוגע לקבוצת המקרים שבהם הוכרע שעילת הפיטורים היא הפרת חוזה. נראה כי בית המשפט העליון "מתרשם" מהעובדה שהפיטורים במקרים אלו היו בגדר הפרה של חוזה העבודה תוך התעלמות מהעובדה ששאלת הסעדים עולה תמיד במקרים שבהם יש הפרה. במקרים שבהם פיטורי העובד היו "כדין", כלומר אינם בגדר הפרה חוזית, שאלת הסעדים אינה אמורה לעלות לדיון כלל.

אם כן, הרי ששאלת הסעדים היא שאלה נפרדת משאלת ההפרה החוזית ומתעוררת רק אם נקבע שאכן יש הפרה. הדיון המאוחד בשתי השאלות, כפי שנעשה בפסקי הדין האחרונים של בית המשפט העליון, גורם למתן סעדים משמעותיים יותר בגלל ההשפעה שיש לעצם הקביעה שהייתה הפרה על היקף הסעדים.

עוד בהקשר של אכיפת חוזה עבודה יש להזכיר את תיקוני החקיקה האלה: סעיף 4א(א) לחוק דמי מחלה האוסר פיטורי עובד שנעדר מהעבודה מפאת מחלה. איסור הפיטורים תקף כל תקופת הזכאות לדמי המחלה מכוח חוק או הסכם קיבוצי;<sup>70</sup> סעיף 9(ה)(3) לחוק עבודת נשים, המרחיב את היקף ההגנה מפני פיטורים בתקופת קבלת טיפולי פוריות.<sup>71</sup> התיקון מבהיר כי ההגנה חלה גם על עובדים שעוברים טיפולי פוריות אך לא נעדרו מהעבודה עקב כך.<sup>72</sup> יש להודיע למעביד על טיפולי הפוריות תוך שלושה ימים ממועד ההודעה על הפיטורים ולהציג אישורים רפואיים. הגנות אלה אינן מתמקדות בעילת הפיטורים דווקא אלא קובעות איסור מוחלט על פיטורי העובדים בתקופות האמורות (מחלה, טיפולי פוריות). מדובר במעגל הולך ומתרחב של נסיבות חיים אישיות שאינן קשורות למקום העבודה, כגון היריון, מילואים, חופשת לידה, מחלה וטיפול פוריות, שבענייני העניק המחוקק חסינות מפני פיטורים. אמנם קיים הליך מנהלי המאפשר למעביד, באישור הגורם המוסמך, לפטר עובדים בתקופת אלה, אך מדובר בהליך מסורבל.<sup>73</sup> יצוין שהגנות אלה לא נועדו רק לוודא שהמעביד לא פיטר את העובד מחמת הנסיבות האמורות, לדוגמה לוודא שהפיטורים אינם תגובה לכך שהעובד עובר טיפולי פוריות, אלא בעיקר להגן על הביטחון התעסוקתי של העובד באותן תקופות

70 סעיף 132 לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), תשס"ט-2009, ס"ח 243 (תיקון עקיף לחוק דמי מחלה, תשל"ו-1976). הסעיף קובע כי "מעביד לא יפטר עובד שנעדר מעבודתו עקב מחלתו, במהלך תקופת הזכאות לדמי מחלה הצבורה לו לפי חוק זה או לפי הסכם קיבוצי, וזאת עד לתקופת הזכאות המקסימלית לפי סעיף 4".

71 חוק עבודת נשים (תיקון מס' 45), תש"ע-2010, ס"ח 326.

72 טרם התיקון קבע בית המשפט העליון שכדי שתיהנה העובדת מהגנה עליה להיעדר בפועל מעבודתה; בג"ץ 554/05 אשכנזי נ' מפכ"ל המשטרה (פורסם בנבו). ראה גם: תקנות עבודת נשים (היעדרות בשל טיפולי הפריה ופרייון), תשנ"א-1990, ק"ת 150.

73 לפיטורי נשים על רקע היריון ראו: סעיף 9(א) לחוק עבודת נשים, תשי"ד-1954, ס"ח 154, הקובע כי: "לא יפטר מעביד עובדת שהיא בהריון וטרם יצאה לחופשת לידה אלא בהיתר מאת שר העבודה והרווחה..."; לגבי פיטורי עובדים בעת שירות מילואים ראו: סעיף 21 לחוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), תש"ט-1949, ס"ח 13.



שבהן הוא פגיע מבחינה תעסוקתית, היינו שיקשה עליו למצוא עבודה חיצונית חלופית. לדוגמה, הממונה במשרד התמ"ת הדנה בפיטורי נשים בהיריון יכולה לסרב לאשר את פיטורי העובדים גם כאשר שוכנעה שהפיטורים לא היו מחמת ההיריון.<sup>74</sup> חסר דיון ציבורי רציני לעניין התועלת שנלווית למגמת הרחבת ההגנות המוחלטות מפני פיטורים. דומה שבהרחיבו את מעגל ההגנות מפני פיטורים מתמקד המחוקק רק ב"שער היציאה" מיחסי העבודה. הוא מעוניין להבטיח שלעובדים יהיו הגנות רחבות מפני פיטורים בצומתי החיים הרגשיים. אולם יש התעלמות מההשלכות העקיפות של מדיניות רגולטיבית זאת על "שער הכניסה" ליחסי העבודה. עד כמה ההגנות יוצרות תמריצים שלא להעסיק מלכתחילה אנשים שיש הסתברות גבוהה שיזכו לחסות תחת ההגנות הללו בעתיד אם יתקבלו לעבודה?<sup>75</sup> עיון בפסקי הדין שעסקו באפליית נשים בקבלה לעבודה עקב היריון,<sup>76</sup> או שעסקו בפיטורי עובדת בהיריון בטרם השלימה את תקופת האכשרה הנדרשת,<sup>77</sup> מעלה תמונה מדאיגה שלפיה להגנות הללו יש מחיר כבד: חשש של מעסיקים לגייס לעבודה נשים, ובעיקר נשים בגילאי הפוריות. אינני טוענת לביטול המנגנון המחייב הליך מנהלי בטרם פיטורים, אך על קובעי המדיניות להפנים שלהרחבת קשת מצבי החיים שבהם ניתנת ההגנה עלויות גבוהות מבחינת הזדמנויות התעסוקה של קבוצות האוכלוסייה המוגנות, נשים וחיילי מילואים, ומבחינת נכונותם של מעסיקים לגייס עובדות בטווחי גיל הפוריות או חיילים המשרתים תדיר במילואים.

#### ד. חובות יידוע במסגרת יחסי עבודה

מערכת היחסים בין עובד למעסיקו היא מערכת יחסים חוזית. במסגרת המשא ומתן החוזי ובתקופת יחסי העבודה ייתכן שלאחד הצדדים יהיה אינטרס אישי או כלכלי שלא

74 דב"ע (ארצי) לו/78-3 פאלק – מדינת ישראל, פד"ע ט 197 (כאשר הפיטורים הם "בקשר להיריון", אין לממונה כל שיקול דעת, ההגנה הניתנת לעובדת נגד פיטוריה היא מוחלטת, אסור לממונה ליתן את ההיתר המבוקש, ועליו לפסול את הפיטורים. כאשר הממונה סבור כי פיטורי האישה ההרה נעשו ללא קשר להריונה – הוא אינו חייב להתיר את הפיטורים, ורשאי הוא שלא להתירם, על פי הנסיבות ושיקול דעתו).

75 על יחסי הגומלין בין מידת הרגולציה הרצויה על איסור אפליה בשער הכניסה לעומת שער היציאה בשוק העבודה הרחבתי במקום אחר, ראו: שרון רבין מרגליות, "אבחנה, אפליה וגיל: משחק של יחסי כוחות בשוק העבודה", משפטים לב (תשס"ב) 131.

76 ע"ב (אזורי ת"א) 303630/98 לוי – רד רמות חממה לטכנולוגיות מתקדמות בע"מ (פורסם בנבו).

77 סעיף 9 (א) לחוק עבודת נשים קובע כי תקופת האכשרה לצורך ההגנה המיוחדת הניתנת לעובדת בהיריון היא תקופת עבודה של שישה חודשים אצל אותו מעסיק. לעניין החובה לעמוד בתקופת האכשרה המינימלית ראו: ע"ע (ארצי) 1353/02 אפלבוים – הולצמן, פד"ע לט 495.

לשתף את הצד השני בפרטים מסוימים. במסגרת דיני החוזים הכלליים מתעוררות מדי פעם שאלות בנוגע להיקף חובת גילוי מידע. הדיון להלן מתייחס לשאלה הזאת במסגרת הספציפית של חוזה העבודה.

לפני כמה שנים קבע בית הדין הארצי לעבודה בע"ע עמוס סופר<sup>78</sup> ששני הצדדים, העובד והמעביד, חייבים מכוח חובות האמון שביניהם לגלות לצד השני כל מידע הרלוונטי להחלטה אם לתת או לקבל הצעת עבודה. לאור כלל זה טען המעביד בע"ע שרונה ארביב<sup>79</sup> כי הייתה זו משום התנהגות שלא בתום לב כאשר שרונה ארביב הסתירה את הריונה בעת הליך קבלתה לעבודה.

גילוי דבר ההיריון בדעיבד הוביל לפיטוריה, אך כאמור עילת הפיטורים הייתה משבר האמון ולא עצם ההיריון.<sup>80</sup> בית הדין הארצי קבע חזקה משפטית שאי-דיווח על היריון בעת ראיון עבודה איננו בבחינת התנהגות בחוסר תום לב אלא אם כן המועמדת כבר נמצאת בחודש החמישי להריונה, אזי קמה חובה מכוח חוק עבודת נשים ליידע את המעביד על דבר ההיריון.<sup>81</sup> חובת דיווח בשלבים מוקדמים יותר של ההיריון קמה רק בנסיבות חריגות, כגון עבודה הכרוכה במאמצים פיזיים, חשיפה לקרינה או עבודה בפרויקט מסוים אשר לוחות הזמנים שלו חופפים לחופשת הלידה המיועדת.<sup>82</sup> הפטור מחובת הדיווח נסמך על שיקולי פרטיות, על זכותה של האישה שלא לחשוף את דבר ההיריון המוקדם ועל שיקולים מעשיים – החשש שמעסיקים יירתעו מלהעסיק אישה שידוע מראש שהיא בהיריון, אף ששיקול זה הוא שיקול בלתי חוקי על פי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

בד בבד תוקן חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, ונאסר אפוא על מעבידים לדרוש מדרוש עבודה או מעובד – במישרין או בעקיפין – מידע בנושא שהאפליה אסורה בו על פי חוק.<sup>83</sup> מי שפועל בניגוד לאיסור זה חושף עצמו לחבות מכוח החוק, שכן יחול הסדר

78 ע"ע (ארצי) 1487/02 סופר – רשת אורט ישראל (פורסם בנבו).

79 ע"ע (ארצי) 363/07 ארביב – פואמיקס בע"מ (פורסם בנבו).

80 אמור חל איסור מכוח סעיף 9 לחוק עבודת נשים לפטר אישה מחמת הריונה ללא אישור מנהלי אחרי שישה חודשי העסקה. סעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה אוסר, בלא התחשבות במשך ההעסקה, פיטורים מחמת היריון.

81 ע"ע 10 לחוק עבודת נשים קובע כי "עובדת שהיא בחודש החמישי להריונה תודיע על כך למעבידה..." מטרת הידוע היא ככל הנראה למנוע החל משלב זה העסקתה של אישה בהיריון בשעות נוספות, שכן הסיפה של הסעיף עוסקת בנושא זה. אולם בית הדין לעבודה גזר גזרה שווה גם למועמדת לעבודה.

82 עניין ארביב (לעיל, הערה 79) בפסקה 29 לפסק דינה של השופטת רוזנפלד. גם כאן ייתכן שיש השלכה לחובות החלות על מי שהיא כבר עובדת, שכן השופטת מאזכרת את תקנה 4 לתקנות עבודת נשים (עבודות אסורות, עבודות מוגבלות ועבודות מסוכנות), תשס"א-2001, ק"ת 634, הקובעת כי "עובדת החשופה בעבודתה לחומרים המפורטים בתוספות [...] תודיע למעבידה על היותה בהיריון, בתוך 10 ימים מהיום שבו נודע לה על הריונה..."

83 סעיף 9(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה קובע: "...בתובענה של עובד או של דורש עבודה בשל הפרת הוראות סעיף 2 תהא חובת הוכחה על הנתבע כי פעל שלא בניגוד

של היפוך נטל שכנוע אם הוא דרש מידע על הנושאים האסורים. עצם השאלה עצמה אינה הפרה של החוק אלא רק ראייה נסיבתית שהמעביד פעל על סמך שיקולים מפלים. על רקע התיקון לחוק עולה השאלה עד כמה אפשר להקיש משאלות סטנדרטיות, למשל פרטים שמועמד לעבודה נדרש למלא על גבי טפסים, שהמעביד מסווג עובדים לפי מאפיינים דמוגרפיים המוגנים בחוק. האם כאשר מעסיק מתעניין במצב המשפחתי של מועמד לעבודה קמה חזקה, חלוטה או לכאורית, שיש בכוונתו להפלות מועמדים על רקע מצב משפחתי? החוק מדבר בלשון של היפוך נטל השכנוע בלבד, אך ייתכן שבית הדין יפרש את עצם הצבת השאלה כמעשה אפליה המזכה בסעד. פרשנות זאת אפשר לגזור מפסק הדין בעניינה של שרון פלוטקין,<sup>84</sup> שם נקבע שעצם הצגת כישורי התובעת באור סטראטיפי מזכה אותה בפיצויי כספי של 50,000 ש"ח ללא הוכחת נזק. לפיכך ייתכן שגם אם מעביד יצליח להרים את נטל השכנוע שהוא לא הסתמך על המידע הלא רלוונטי שאסף בעת קבלת ההחלטות, תוטל עליו אחריות נפרדת על עצם הצבת השאלה או איסוף המידע.

אף שלכאורה המחוקק ובית הדין לעבודה אמרו את דברם בנוגע לכללי חובת היידוע: יש למסור כל מידע רלוונטי, למעט מידע המתייחס למאפיינים שבגינם אסור להפלות מכוח חוק, נותרו לא מעט שאלות פתוחות: ראשית גם בית הדין, בפסק דין שרונה ארביב, וגם המחוקק מותירים חריג, וזאת בלשון החוק, כאשר המידע מתחייב מ"אופיים או מהותם של התפקיד או המשרה".<sup>85</sup> שנית, כפי שעולה מההחלטה בעניין עב' קורן שרגא,<sup>86</sup> קיימים גוונים רבים לשאלה של היעדר דיווח. במקרה זה "הצעיר" התובע את גילו בעשור בקורות החיים שנשלחו למעסיקים פוטנציאליים. לטענתו נקט דרך פעולה זאת לאחר שחוהה התעלמות גורפת בחיפושי עבודה שבהם נקב בגילו האמתי. בניגוד להיריון, קשה להסוות גיל, שכן גם אם תאריך הלידה אינו מופיע מפורשות בקורות החיים, ציוני דרך כגון מועד סיום לימודים מתקדמים, מספר שנות עבודה וניסיון יאפשרו למעייין במסמך לחשב במדויק יחסית את גילו של המועמד. שנים אחדות לאחר תחילת עבודתו במכללה נחשפה התרמית בעניין גילו של התובע. לאחר שימוע שנערך, שבו הסביר התובע את המניעים למעשיו, הוא פוטר והמעסיק נימק את החלטת הפיטורים במשבר האמון שנוצר עקב חשיפת התרמית. להצעת הגיל היו משמעויות מעבר לקורות החיים, שכן בכל המסמכים הרשמיים שנמסרו במשך השנים

להוראות הסעיף האמור, אם הוכח כי דרש, במישרין או בעקיפין, מעובד או מדורש עבודה, מידע בנושא שהפליה בשלו אסורה מחמת הטעמים המפורטים בסעיף 2(א)."

84 דב"ע (ארצי) נו/129-3 פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481.

85 סעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה; עניין ארביב (לעיל, הערה 79) בפסקה 28 לפסק דינה של השופטת רוזנפלד.

86 תע"א (אזורי ת"א) 4592/10 קורן – המכללה לחינוך גופני וספורט ע"ש זיגמן בכון וינגייט (פורסם בנבו).

הציג העובד את מצג השווא, למעט בפרטים שמסר לחברה שביטחה אותו בביטוח המנהלים. בית הדין האזורי קבע כי אין בהחלטת הפיטורים משום אפליה מחמת גיל מכיוון שהמניע לפיטורים היה משבר האמון. העובדה שהמניע למסירת הפרטים הכוזבים היה האפליה שחוזה התובע מצד מעסיקים אחרים אינה משפיעה על המעסיק הנוכחי.<sup>87</sup> פסק דין קורן שרגא מרמז שהטיפול בסוגיית גילוי פרטים הנוגעים למאפיינים האישיים המוגנים על ידי חקיקת השוויון התעסוקתי טרם הגיע להבשלה מלאה. ברור כיום שמעביד אינו יכול לנקוט צעדים אקטיביים כדי לברר פרטים אלה, וצעדים מסוג זה ייזקפו לחובתו בתביעת אפליה. ברור גם כי למעט מקרים חריגים אין מוטלת חובה אקטיבית על מועמדים לעבודה לחשוף פרטים אלה. לעומת זאת נותר תחום אפור נרחב בנוגע לשאלה אימתי מאמצי הסוואה של פרטים אלה מותרים. פסק דין שרגא קורן עסק במקרה קצה שבו העובד מסר בכתב ולאורך שנים דיווח כוזב בנוגע לגילו, אולם האם נקיטת צעדים מסויים קיצוניים פחות תאפשר לחסות בצל ההגנה של פסק דין ארביב? האם כאשר יש ראיות מקדימות שמעביד מסוים מפלה מועמדים על סמך גילם יינתן היתר בדיעבד למעשה התרמית?<sup>88</sup>

## ה. הזכות לצבירת ותק במקום העבודה

אחד הרעיונות הוותיקים ביותר במשפט העבודה הקיבוצי הוא רעיון "הביטחון התעסוקתי", שלפיו המעביד מוותר על זכותו לפטר עובדים במסגרת הכלל של ה-*Employment at Will*. עובדים הנהנים מביטחון תעסוקתי נהנים בדרך כלל מזכות נגזרת של צבירת ותק. במקומות עבודה מאורגנים זכויות רבות הן פונקציית של הוותק הנצבר. עיקרון זה חלחל גם לחקיקת המגן ולצווי ההרחבה החלים גם על עובדים לא מאורגנים. הזכות לדמי הבראה, פיצויי פיטורין, חופשה שנתית ועוד – הן כולן זכויות שהיקפן תלוי בוותק שצבר העובד במקום העבודה.

87 שם, בפסקאות 15-17 לפסק הדין.

88 בפסק דין קורן דחה בית הדין את הגישה הגוזרת מהתופעה החברתית הרחבה את עניין המעסיק הספציפי (שם, בפסקה 19), אולם פסק דין ארביב (לעיל, הערה 79) מאמץ בעקיפין את תפיסת האפליה הרווחת בחברה כמשפיעה על המעביד הקונקרטי, לפחות כאשר לאפליה מחמת היריון. מעיון בפסק הדין עולה כי לשרונה ארביב, בדומה לשרגא קורן, לא היה מידע ספציפי שחברת פואמיקס היא מעביד המפלה נשים על בסיס היריון, ולמרות זאת הסתרת המידע הוכשרה. בשני המקרים ההסוואה נסמכה על ההנחה שהמעביד הנוכחי אינו שונה מהמעבידים האחרים בשוק העבודה אשר אינם מעוניינים להעסיק נשים בהיריון או עובדים מבוגרים.

האם לעובדים קמה זכות לצבור ותק במקום העבודה, או האם למעביד שמורה הזכות לתזמן את מועד סיום קשר העבודה, או להציב את העובד במקום עבודה אחר, כדי למנוע צבירת ותק? שאלה זאת נדונה, מזוויות שונות, בשני פסקי דין:

ע"ע זוהר גולן<sup>89</sup> בחן סוגיה זאת בהקשר של עובדי חברות כוח האדם. התובעים, עובדי חברת כוח אדם, הוצבו לעבוד ככתבנים בחדרי החדשות של רשות השידור. סמוך לסיום תקופת העסקה של תשעה חודשים נשלח לתובעים מכתב על ידי חברת כוח האדם שהעסקתם ברשות השידור תופסק. המניע לסיום הצבתם של העובדים ברשות השידור היה למנוע את תחולת סעיף 12א לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, הקובע שבתום תשעה חודשי הצבה רצופים אצל "משתמש" אחד הופך עובד חברת כוח האדם לעובד ישיר של ה"משתמש" – במקרה זה רשות השידור.<sup>90</sup>

בניגוד לעמדת התובעים, שטענו שעיתוי הפסקת העסקתם מסכל את מטרת חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם לאפשר לעובדי הקבלן להיקלט בארגונו של המעסיק בפועל, קבע בית הדין הארצי שאין לעובדי חברות כוח האדם זכות כאמור אלא בהתקיים התנאי הקבוע בסעיף 12א(ג), כלומר שהועסקו בפועל אצל המשתמש בתקופה העולה על תשעה חודשים. המשתמש יכול במסגרת הפרוטיבה הניהולית שלו לתזמן את מועד הפסקת הצבתם של עובדי הקבלן אצלו גם אם המניע היחיד הוא למנוע קליטתם של עובדים אלה ישירות כמצוות החוק. ההסדר הסטטוטורי נועד להבטיח את זכויותיו של מי שהמשיך לעבוד מעבר לתקופה הנדרשת של תשעה חודשים, אך לא לחייב את מי מהצדדים להמשיך ולהעסיק עובד זמני כדי שייחנה מההסדר של סעיף 12א לחוק.

מנגד, ע"מ שלג לבן<sup>91</sup> דן בשאלה אם יש מקום לפסול הצעה גירעונית<sup>92</sup> שהוצעה במסגרת מכרז לאספקת שירותי ניקיון. הצעה גירעונית היא הצעה שמימושה לא יניב

89 ע"ע (ארצי) 472/09 גולן-או. אר. אס משאבי אנוש בע"מ (פורסם בנבו).  
90 סעיף 12א לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, תשנ"ו-1996, ס"ח 201. הסעיף קובע: "א) לא יועסק עובד של קבלן כוח אדם אצל מעסיק בפועל תקופה העולה על תשעה חודשים רצופים; יראו רציפות בעבודה לענין סעיף זה אפילו חלה בה הפסקה לתקופה שאינה עולה על תשעה חודשים. (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 תשעה החודשים או תקופת ההארכה, לפי הענין. (ד) נחשב עובד של קבלן כוח אדם כעובדו של המעסיק בפועל כאמור בסעיף קטן (ג), יצורף ותק העובד בתקופת העסקתו על ידי קבלן כוח האדם אצל אותו מעסיק בפועל, לותק העובד בתקופת העסקתו אצל המעסיק בפועל".

91 ע"מ 9241/09 שלג לבן 1986 בע"מ נ' עיריית אשקלון (פורסם בנבו).  
92 למשל, אם עלות העסקת עובד בענף השמירה היא 27.72 ש"ח לשעה (כאשר מגלמים גם את העלות הממוצעת של כל זכויותיו על פי חוק ואת צווי ההרחבה הענפי והכלליים ועלויות נוספות, כגון פיקוח וציוד עבודה), כל הצעה המושגת על העסקת עובדי שמירה בפחות מסכום זה תיחשב הצעת הפסד מכיוון שאספקת השירות על פי המוסכם עם הלקוח (היקף

לזוכה רווחים ואף יחייב את הזוכה לממן מכיסו את אספקת השירות המלא. כלומר ההצעה אינה מכסה את העלות הכוללת של אספקת השירות. ההצעה נחזתה לגירעונית שכן היא לא כיסתה עלויות העסקת העובדים שצברו ותק העולה על שנת עבודה אחת, ולכן האופן היחיד שבו יכלה ההצעה לכסות את עלות העסקת העובדים היה פיטורי עובדים, כדי שלא יצברו ותק העולה על שנת עבודה אחת.<sup>93</sup> בניגוד לעמדות סותרות בערכאות שיפוטיות נמוכות באשר לשאלה אם יש לפסול בכלל הצעות גירעונית,<sup>94</sup> קובע בית המשפט העליון חד־משמעית כי דיני המכרזים הם אמצעי מונע שיש להשתמש בו כדי לצמצם את התופעה של הפרת זכויות העובדים. לפי גישה זו, מתן היתר להצעות גירעונית להתמודד במכרזים, בפרט במכרזים ציבוריים, מגביר את התופעה של הפרת זכויות מכוונת של עובדי חברות השירותים, ויוצרת מירון לתחתית, שבו כדי לשרוד בענף יש להפר את זכויות העובדים.<sup>95</sup> מכאן

שעות העבודה), לרבות אכיפת זכויות העובדים במלואן, לא תותיר כל רווח לחברת השירותים ואף תלווה בהפסדים.

93 מקצת הזכויות הנלוות לשכר, כגון הזכות לדמי הבראה ופיצוי פיטורים, ניתנות רק לעובדים בעלי ותק של שנה ויותר, ואחרות כגון זכאות לחופשה מתעצמות ככל שעולה הוותק של העובד. כאשר מדובר בעובדים המשתכרים שכר מינימום מדובר בשיעור גבוה יחסית של תמורת העבודה, שכן דמי ההבראה הם סכום נומינלי ולא נגזר משכר העובד.

94 בעבר רווחו שתי גישות להצעות גירעונית: הגישה הראשונה קבעה שאין זה מחובתו של הלקוח לבדוק אם ההצעה גירעונית. כל עוד היה ברור שהמזיע לא טעה, ורוכש השירותים מאמין כי חברת השירותים תעמוד בהתחייבויותיה כלפיו מבחינת טיב השירות והיקפו, הוא פטור מלבדוק את הכדאיות הכלכלית של ההצעה המפסידה. גישה זו מתעלמת מהמניע המרכזי להגשת הצעות הפסד והוא כוונתו של המזיע לפגוע בזכויות העובדים כדי לממש את רווחיו. כלומר המזיע אינו מתכוון כלל לספוג הפסדים בחוזה ההפסד הנוכחי למען השגת יעדים עתידיים, אלא רווחיו מושתתים על הפרה מתוכננת מראש של זכויות העובדים שיועסקו לצורך מתן השירות שהתחייב לתת. גישה ספקנית יותר כלפי חוזה ההפסד דורשת מוועדת המכרזים לוודא שההצעה הזוכה יכולה לכסות את עלות זכויות העובדים. לגישה הראשונה ראו: ה"פ (ת"א) 924/96 קריירה בע"מ נ' מדינת ישראל – הנהלת בתי המשפט (לא פורסם) נגיש אצל: שמואל הרציג, דיני מכרזים (כרך ב, תשס"ב) בעמ' 695; עת"מ (מחוזי נצ') 231/02 רומנו נ' המועצה האזורית מרום הגליל (פורסם בנבו); לגישה השנייה המחייבת בדיקה אם מדובר בהצעה גירעונית ראו: עת"מ (מנהליים נצ') 127/01 גשש ז.א. בע"מ נ' עיריית נצרת עלית, פ"מ תשס"ב 769; עת"מ (מנהליים ים) 1077/06 כח עצמה בע"מ נ' קרן קיימת לישראל (פורסם בנבו).

95 גישה זאת אף עומדת ביסוד מדיניות ההמשלה: בראשית שנת 2007 התקבלה החלטה 1134 של המשלה ה-31, "צעדים לצמצום הפערים החברתיים והגדלת שיעור ההשתתפות בכוח העבודה" (4.2.2007), המורה לחשב הכללי במשרד האוצר להרחיב את אכיפתם של חוקי העבודה על ספקי שירותים למשרדי המשלה, רשויות מקומיות וחברות ממשלתיות, בענפים עתירי כוח אדם, ולקבוע הוראות להגנה על זכויות עובדיהם אשר מכוון החלו המשרדים לדרוש ממכרזים התחייבות מצד המזיע לשמירה על זכויות העובדים. לפיכך הוציא החשכ"ל חוזר "הגנה על זכויות עובדים המועסקים בידי קבלני שירותים", הוראת שעה משקי 2007-2-41 (תשס"ז). ראו: [http://hozrim.mof.gov.il/doc/hashkal/hashkallhoz.nsf] (נצפה באחרונה באפריל 2011). החוזר אמנם אינו אוסר בלשון מפורשת התקשרות בחוזה הפסד,

שיש לפסול הצעות גירעוניות על הסף, ככל שהן אינן מכסות את העלויות הנדרשות על פי דין להעסקת סוג העובדים שיבצעו את העבודה, וזאת בצירוף סכום נוסף, שיכסה עלויות מנהליות ורווח מינימלי לחברת השירותים.

בעניין הוותק נקבע שאף אם מותר למעסיק לפטר עובדים ובכך למנוע צבירת ותק הנושאת עמה עלויות העסקה נוספות, הרי מתן היתר לחברה כאמור להתמודד במכרז תחייב את שאר המשתתפים במכרז לשקול שיקולים דומים, ובכך ייפגעו זכויות עובדיהם. יש לוודא שתנאי המכרז מאפשרים למעסיקים להמשיך ולהעסיק עובדים ראויים לאורך זמן. פסק הדין עולה בקנה אחד עם דרך ההנמקה של פסק דין גלוטן בעניין מהגרי העבודה, הנשען על ניתוח של תמריצים כלכליים, ובפרט יכולת המעסיק לממן את זכויות המגן. אולם פסק דין שלג לבן מגיע לתוצאות אופרטיביות הפוכות מפסק דין גלוטן: הסכמת העובדים בענף להפרה השיטתית, תחרותיות ושולי רווח צרים אינם צידוק למתן היתר שיפוטי לפגוע בזכויות העובדים.

שני פסקי הדין שעסקו בפיתורי עובדים כדי לקטוע צבירת ותק מתווים את הכללים האלה: לעובדים אין זכות לצבירת ותק, ולמעבידים שמורה בדרך כלל הזכות לפטר עובד כדי למנוע צבירת ותק. עם זאת יש להבטיח שתנאי השוק ומסגרות של תחרות הוגנת יאפשרו למעבידים המעוניינים בכך להמשיך ולהעסיק עובדים ראויים, לפרקי זמן ממושכים, ובכך לשפר את תנאי עבודתם. כלומר, יש להימנע מעיצוב התחרות בענפים השונים כדי שיתנהל בפועל מירוץ לתחתית ביחס לתנאי העסקה של העובדים, ובכלל זה היכולת לצבור ותק שנושאת עמה עלויות נוספות למעביד. חשוב להדגיש ששני פסקי הדין עסקו בתבניות ההעסקה המשולשות, שבהן מעורבים קבלני כוח אדם או חברות שירותים. אינני חושבת שיש לגזור מכללים אלה למקומות עבודה שאינם מתאפיינים במתכונת העסקה משולשת או ארעית אחרת, ובהם יש הבטחה מפורשת או משתמעת לביטחון תעסוקתי והעסקה ארוכת טווח.<sup>96</sup>

## ו. אוניברסליות ההגדרות בתחום משפט העבודה

בעבר הייתה ההנחה שלצורך דיני העבודה, במובנם הרחב, כולל דיני הביטוח הלאומי, יש לשמור על האחידות בהגדרת אדם כ"עובד". מכאן שאי אפשר היה לסווג

אך הוא מחייב את רוכש השירותים לנקוט סדרת צעדים שיבטיחו שנותן השירות לא יגלגל את ההפסד על כתפי העובדים. בין היתר המציע מתחייב לשלם לעובד לא פחות מהתעריף המינימלי שהחשב הכללי מפרסם, וחווה ההתקשרות מאפשר לרוכש השירותים לערוך ביקורות ולבטל את החוזה כאשר הקבלן מפר את זכויות העובדים.  
96 על ההבדלים בין שוקי עבודה ראשוניים למשניים, המאופיינים במידת המחויבות של המעביד להעסקה ארוכת טווח, עמדתי במקום אחר; ראו: רבין מרגליות (לעיל, הערה 75).

אדם כעובד לצורך הקשר אחד בלא לסווגו כעובד גם בכל ההקשרים האחרים. מעמדו של אדם כעובד נתפס כמעין "סטטוס" שאי אפשר לשנותו על פי ההקשר. גישה זו ייצגה תפיסה "אוניברסלית" להגדרת יחסי עבודה. עם השנים, וביתר שאת החל משנות ה-90, ניכרת מגמה של פירוק המושג "עובד". פירוק זה משמעותו שאדם יכול להיחשב עובד לצורך חוק אחד ולא להיחשב "עובד" לצורך דבר חקיקה אחר. תהליך זה של פרשנות תכליתית למושג "עובד", על פי מגוון ההקשרים השונים, זכה בפסק דין סרוסי<sup>97</sup> לכינוי – "פריצת האוניברסליות".

כיום אי אפשר להגדיר את יחסי העבודה כיוצרים "סטטוס" התקף לכל עניין ודבר, אלא אנו מתבקשים לענות על שאלה מקדמית בטרם הכרעה והיא לאיזו תכלית אנו מבקשים לערוך סיווג מועסקים.<sup>98</sup> פריצת האוניברסליות השפיעה רבות על משפט העבודה בעשור האחרון, בעיקר על שאלה סיווג מועסקים כ"עובדים", "משתתפים חופשיים" או "קבלנים עצמאיים".<sup>99</sup>

בג"ץ אסתר כהן<sup>100</sup> מציב סימן שאלה ליד האפשרות לפרוץ את האוניברסליות של הסיווגים בלא מגבלה. ביסוד עתירה זאת ניצב אירוע טרגי שבו עוזי כהן ז"ל, מלצר במקצועו, קיפח את חייו בעת ששחה לכיוון כמה מתרחצים בים שקראו לעזרה. אלמנתו הגישה תביעה למוסד לביטוח לאומי לקבלת קצבת תלויים תוך בקשה להכיר בניסיון ההצלה של בעלה כ"התנדבות", על פי סעיף 287 (5) לחוק הביטוח הלאומי.<sup>101</sup> הבסיס לחישוב קצבת התלויים היא שכרו של הנפגע המלצר בשלושת החודשים שקדמו למועד הזכאות. אלא שכמקובל בענף ההסעדה, לא כל הכנסתו של המנוח, שהושתתה בחלקה הגדול על תשרים (טיפים), דווחה לרשויות המס ולמוסד לביטוח לאומי.

לא הייתה מחלוקת שממוצע הכנסותיו של המנוח עמד על כעשרת אלפים שקלים חדשים לחודש, אלא שתלושי המשכורת עמדו על כרבע מסכום זה משום שדווח בהם על הכנסת שכר מינימום בלבד. הביטוח הלאומי עמד על כך שרק ההכנסה המדווחת תשמש בסיס לחישוב הגמלה. כל הכנסה אחרת אינה בגדר "הכנסת עבודה" אלא הכנסה מתשר שעליה קמה למלצר חובת דיווח עצמאית. סיווגים אלה עוקבים אחר ההנחיה הכללית של בית הדין הארצי לעבודה אימתי יש להכיר בתשר כשכר עבודה.<sup>102</sup> ההנחיה של בית הדין היא שרק תשר שנרשם בספרי המעסיק ודווח עליו כשכר לרשויות המס השונות ייחשב שכר עבודה לצורך חוק שכר מינימום.<sup>103</sup> לאור הנחיה זאת, ובלב כבד, אישר בית

97 דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית-הדין הארצי לעבודה פ"ד נב(4) 817.  
 98 ראוי לציין שגם לפני פסק דין סרוסי היה מקובל להניח שמחוקן לדיני העבודה אפשר להגדיר עובד על פי מבחנים אחרים; ראו: ע"א 502/78 מדינת ישראל נ' ניסים, פ"ד לה(4) 748; וגם רע"א 686/97 מנורה – חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון תמר, פ"ד נג(5) 145.  
 99 ע"ע (ארצי) 300274/96 צדקא – מדינת ישראל – גלי צה"ל, פד"ע לו 625.  
 100 בג"ץ 2105/06 כהן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו).  
 101 לפי סימן ח' לפרק ה' בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995, ס"ח 210.  
 102 ע"ע (ארצי) 300113/98 ד.ג.מ.ב אילת מסעדות בע"מ – מלכה, פד"ע מ 769.  
 103 שם, בפסקה 18 לפסק דינו של הנשיא אדלר.



הדין הארצי את עמדת המוסד לביטוח לאומי שאין להתחשב – לצורך גובה הגמלה – בסכומי תשר שלא עברו בקופה ולא קיבלו ביטוי בתלוש השכר, וכפועל יוצא לא שולמו בגינם דמי הביטוח למוסד לביטוח לאומי.

בית המשפט העליון חשב אחרת. לדעת השופטים, לאור עקרון פריצת האוניברסליות אפשר להכיר בתשר כשכר עבודה לצורך גמלת התלויים בלא צורך לערער את הקביעה העקרונית שרק תשר שזכה לרישום ולשקיפות בספרי העסק ובתלושי המשכורת יכול להיחשב שכר עבודה לצורך חוק שכר מינימום.<sup>104</sup>

על פי פסק דין אסתר כהן, תשר שניתן באופן וולונטרי על ידי לקוח המסעדה ולא נרשם כתקבול של העסק – ועל כן אינו נחשב כשכר עבודה לצורך הקשרים רבים מתחום דיני עבודה – עדיין יכול להיחשב שכר עבודה לצורך קצבת תלויים. ההנמקה מושתתת על שוני לשוני בין הגדרת שכר עבודה בחוק שכר מינימום<sup>105</sup> לבין סעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה,<sup>106</sup> שלו הגדרה נפרדת למונח שכר עבודה, הגדרה שחוק הביטוח הלאומי מאמץ לעניין קצבת תלויים. עם זאת בית המשפט העליון מתעלם מכך שאף אם לשון החוק סובלת פרשנות שלפיה תשלום שלא התקבל מידי המעביד יהיה שכר עבודה לצורך סעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה, מבחינה מעשית אי אפשר לקבל מצב דברים זה.

אני מסכימה שמבחינה מהותית אפשר לפרק את המושג "עובד" למספר רב של משמעויות שונות, על פי הקשרים שונים. אין עיקרון המחייב אותנו להכיר בפרשנות אחת ויחידה למושג "עובד" או "שכר עבודה".<sup>107</sup> אולם המגבלות על פריצת האוניברסליות נובעות לעתים מהצורך באחידות ההסדרים השונים במארג הרגולטיבי:

הגדרת "שכר עבודה" היא דוגמה מצוינת לכך. אף שאני חושבת שהיה מקום להכיר גם בתשרים שלא נרשמו בקופה כשכר עבודה ביחס לחוקים שונים מתחום דיני העבודה והמס,<sup>108</sup> הרי מרגע שאימצנו מבחן של רישום בספרים, יש לעקוב אחר מבחן זה גם לצורך הקשרי הביטוח הלאומי שם מחושבות גמלאות על יסוד שכר עבודה ודמי הביטוח ששולמו בגין הכנסה זאת.

104 בעבר אימץ בית המשפט העליון עצמו את מבחן השקיפות בספרים לצורך סיווג תשר כשכר עבודה לעניין דיני המס; ראו: ע"א 9229/99 פקיד שומה תל אביב 1 נ' ליברמן, פ"ד נט(1) 509.

105 חוק שכר מינימום, תשמ"ז-1987, ס"ח 68.

106 פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], תשכ"א-1961, ס"ח 120.

107 עמדה זאת הבעתי בעבר; ראו: שרון רבין-מרגליות, "מה נותר ממשפט העבודה המגן", ספר גולדברג (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן-ישראל, יצחק אליאסוף ונחום פינברג – עורכים, תשס"א) 462, בפרק ג' חלק I.

108 את עמדתי מדוע כל תשר (טיפ) הוא תקבול של העסק, זאת בלא אבחנה לוולונטריות או החיוב בהשאתו של הטיפ או לאופן שבו נרשם הטיפ בקופה ובספרי העסק, הסברתנו באריכות; יורם מרגליות ושרון רבין מרגליות, "טיפים", משפטים לח (תשס"ח-תשס"ט) 107.

שבירת האוניברסליות ביחס לקצבת התלויים בלבד יוצרת היום מצב בלתי נסבל שבו קיים סוג חדש של הכנסת עבודה שמחד איננה משתלמת מהמעביד, ועל כן המעביד אינו מחויב בדיווח עליה לרשויות המס והביטוח הלאומי, אך מאידך אינה הכנסה של המלצר מעסק עצמאי או משלח יד (סעיף 2(1) לפקודת מס הכנסה), ועל כן גם הוא לא חב בדיווח עליה, ובכל זאת שאריו במקרה של פטירה יזכו לקבל בגינה קצבה. בית המשפט נתן היתר למלצרים לקבל הכנסה שפטורה מחובת דיווח על ידי גורם כלשהו, אך מזכה אותם בגמלאות מחליפות הכנסה (כגון קצבת תלויים) בלא ששולמו על הכנסות אלה דמי הביטוח מגורם כלשהו. הכנסת המלצרים מתשרים יכולה להיות פטורה מדיווח ומיסי כלשהי, אך אז אין היא יכולה לזכות אותם בגמלאות או בהטבות אחרות שניתנות על יסוד הכנסה מדווחת. לחלופין אפשר לבחור במשטר המחייב בדיווח ובתשלום מס על הכנסה זו לצד הזכות ליהנות מגמלאות הנגזרות מגובה שכר העבודה כולו. בית המשפט העליון הפר את ה-*trade-off* המתחייב בין דיווח ותשלום מס על הכנסה מסוימת לבין הזכות לקבל בגינה גמלה.

## ז. סיכום

השנה החולפת התאפיינה במספר רב של החלטות שיפוטיות ששינו את כללי המשחק בזירת יחסי העבודה. משפט העבודה עובר שינויים אשר הם עצמם בבואה לשינויים הפוקדים את שוק העבודה. כניסתם של מהגרי העבודה ככוח האדם המרכזי בכמה ענפים במשק, מסגרות העסקה העקיפות, עליית שיעור העובדים המועסקים בחוזים אישיים ללא מעורבות של ייצוג קיבוצי והצורך של מעסיקים רבים, בעיקר בסקטור הפרטי, להתייעל ולהפחית עלויות הכרוכות בהעסקת עובדים – כל אלה עיצבו הן את סוג הסכסוכים והן את המדיניות השיפוטית שנדונו ברשימה זאת. שתי הערות מסכמות:

יותר מבעבר התאפיינה הפסיקה במתן משקל לשיקולים כלכליים, התוויית מדיניות הבורקת השלכות כלכליות של כלל משפטי כזה או אחר. ייתכן שהגישה ה"כלכלית" הועצמה על רקע המשבר הכלכלי שפקד את העולם, ולא פסח על ישראל. שנית, אי אפשר להתעלם ממעורבותו של בית המשפט העליון בפיתוח משפט העבודה האישי בשנה האחרונה. הן מספר ההחלטות העקרוניות שניתנו והן עומק ההתערבות בתקדימים של בית הדין הארצי (אף אם התוצאה הסופית נותרה על כנה) אינם מותירים ספק שלמרות הרטוריקה של היעדר התערבות בשיקול הדעת של הערכאה המקצועית, ככל שמדובר במשפט העבודה האישי, בית המשפט העליון אינו מסייג את שיקול דעתו כלל.