

## העסקה עקיפה

מאת

גיא דוידוב\*

א. מבוא. ב. הלכת כפר רות. ג. העסקה באמצעות חברות כוח אדם. ד. העסקה באמצעות קבלן-משנה. ה. אימתי "מעבידים במשותף". ו. סיכום.

### א. מבוא

בשנים האחרונות מתחזקת המגמה הניהולית להתמקד ב"ליבה" של פעילות החברה או הארגון ולהוציא פעילות פריפריאלית לגורמים חיצוניים בדרך של מיקור-חוץ (outsourcing).<sup>1</sup> כך, למשל, במקום מחלקת מחשוב "פנימית" שעובדיה מתחזקים את מחשבי הארגון, הארגון יכול להתקשר עם חברה חיצונית ("קבלן") וליהנות הן ממומחיות גבוהה יותר (שכן הקבלן מתמחה בשירותי מחשוב בלבד), הן מגמישות (יכולת לעבור מקבלן לקבלן בקלות, בהתאם למחיר המשתנה ולרמה המקצועית) והן מהפחתה בהוצאות השכר הקבועות. בד בבד קיימת מגמה משמעותית לא פחות להשתמש במנגנון של "העסקה עקיפה" – בין באמצעות קבלני כוח אדם ובין באמצעות קבלני שירותים – גם לצורך העסקת עובדים שמבחינה מהותית יש לראותם כ"פנימיים". במקרים אלה לא מדובר במיקור-חוץ אותנטי אלא בניצול לרעה של מבנה משפטי, או שימוש במבנה משפטי

---

\* הקתדרה לדיני עבודה על שם אליאס ליברמן, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. חלקים ממאמר זה הופיעו גם בפרק "עובדי קבלן בכתי הספר", בתוך הפרטה ומיסחור בחינוך הציבורי בישראל (בעריכת אורית איכילוב, 2010).

1 אמירה גלין "מיקור חוץ (outsourcing) – מתמקרים' החוצה: ההיבט הארגוני והניהולי" שנתון משפט העבודה ז 43 (1999).

פיקטיבי, כדי להתחמק מאחריות של מעביד. שיטה זו נהפכה בשנים האחרונות לאמצעי המרכזי בקרב האמצעים שמעבידים יוזמים כדי להתחמק ממחויבויותיהם כלפי עובדים.<sup>2</sup> בשני המקרים מדובר בצעד ניהולי בעל השלכות ניכרות על זכויות העובדים. עם זאת, נקודת המוצא של מאמר זה היא שמיקור-חוץ "אמיתי" הוא לגיטימי ודיני העבודה לא אמורים למנוע אותו. לעומת זאת, שימוש במבנה משפטי פיקטיבי כדי להתחמק ממחויבויות מעביד אינו לגיטימי ודיני העבודה צריכים למנוע אותו. שאלה גדולה היא כמובן כיצד לקבוע את קו הגבול בין מיקור-חוץ אותנטי לבין העסקה עקיפה פיקטיבית. בכך אעסוק בהמשך; אולם חשוב להבהיר כבר עתה את נקודת המוצא שלפיה יש להבחין בין שני המקרים ולמנוע התחמקות של מעסיקים מאחריותם כלפי עובדים באמצעות הגדרה של מבנים משפטיים שאינם משקפים את המציאות. מהפסיקה עולה לכאורה כי בית הדין הארצי לעבודה שותף להנחת יסוד זו, אולם הלכה למעשה לא הצליח בית הדין למנוע שימוש בהעסקה עקיפה באופן פיקטיבי בממדים משמעותיים. זאת ועוד: פסיקה חדשה (בפרט בעניין שוואב<sup>3</sup>) מעלה ספק בדבר נכונותו לעשות כן.

אין צורך לומר כי מבחינת העובדים יש חשיבות קריטית לזהות המעביד. ראשית, מהזווית של ציות לחוקי המגן: מעביד גדול ומסודר צפוי לקיים את החוק ואילו מעביד קטן ולא מוכר (כמו חברות כוח אדם וחברות קבלניות רבות) לא בהכרח צפוי לעשות כן. שנית, מזווית הזכויות הנוספות: מעביד גדול ומוכר כפוף לעתים קרובות להסכמים קיבוציים, המקנים שורה ארוכה של זכויות כספיות ואחרות (ובמקרה של עובדי המגזר הציבורי – גם זכויות מכוח חוק). בראש ובראשונה מדובר בזכות לביטחון תעסוקתי ("קביעות") וכן בזכויות פנסיה. לעומת זאת, אצל מעביד קטן לעתים קרובות זכויותיו של העובד מוגבלות למינימום שנקבע בחוקי המגן. שלישיית, מזווית התחושה האישית: עובד "פנימי" מרגיש חלק מקהילת העובדים במקום העבודה ואילו עובד המועסק בצורה עקיפה מודר למעמד של "עובד סוג ב'".

מאמר זה נועד לתמוך בהטלת אחריות ישירה על המשתמש בעבודה – כלומר: לראות בו "מעביד" (בין בלעדי ובין "במשותף") – כשהנסיבות האובייקטיביות מלמדות כי

2 התופעה אינה ייחודית לישראל. ראו, למשל, בהקשר הקנדי והבריטי, בהתאמה: Judy Fudge, *The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection, in BOUNDARIES AND FRONTIERS OF LABOUR LAW: GOALS AND MEANS IN THE REGULATION OF WORK* 295 (Guy Davidov & Brian Langille eds., 2006); Hugh Collins, *Multi-segmented Workforces, Comparative Fairness, and the Capital Boundary Obstacle, in BOUNDARIES AND FRONTIERS OF LABOUR LAW: GOALS AND MEANS IN THE REGULATION OF WORK* 317 (Guy Davidov & Brian Langille eds., 2006).

3 ע"ע (ארצי) 273/03 שוואב – מדינת ישראל – משרד החקלאות ופיתוח הכפר (פורסם בנבו, 2.11.2006).

מאפייני ההעסקה מצדיקים זאת.<sup>4</sup> זאת, באמצעות ניתוח תכליתי של היחסים, היינו: בחינתם במשקפי תכליתם של דיני העבודה. כאשר היחסים בין המשתמש בפועל לבין העובד מלמדים על צורך בהגנה של חוקי המגן, הנסיבות האובייקטיביות מובילות למסקנה שהמשתמש צריך להיחשב "מעביד" בין שכך הגדירו זאת הצדדים פורמלית ובין שלא. לעניין זה לא המניע של הארגון המעסיק הוא הקובע אלא התוצאה: האם מתקיימים ביחסים בין העובד לבין המשתמש המאפיינים של יחסי עבודה המחייבים את הגנת חוקי המגן? אם התשובה חיובית אזי קביעה חוזית שלפיה המשתמש אינו "מעביד" היא קביעה פיקטיבית שאין לתת לה תוקף. לעומת זאת, אם בעקבות מיקור-חוץ חל שינוי אמיתי באופי היחסים כך שהמאפיינים של יחסי עבודה המחייבים הגנה מתקיימים ביחסים בין העובד לבין הקבלן דווקא, מדובר בשינוי ניהולי לגיטימי גם אם הדבר כרוך בפגיעה מסוימת בעובד (בהשוואה לזכויות שמהן היה נהנה כעובד של המזמין).<sup>5</sup>

בניגוד למשתמע מהפסיקה החדשה (בפרט פסק דין שוואב שאוזכר לעיל) אטען שכאשר הנסיבות מחייבות הטלת אחריות של "מעביד" על המשתמש, אחריות זו אינה צריכה להיות מוגבלת לזכויות מינימליות מכוח חוקי המגן אלא להתייחס לכל הזכויות הנובעות מעבודה עבור אותו מעביד (לרבות מכוח הסכמים קיבוציים). במידה מסוימת המאמר קורא ליישום נכון יותר של הלכת כפר רות,<sup>6</sup> המשמשת את בתי הדין מאז 1992 להכרעה בשאלה "מיהו המעביד" ביחסי עבודה משולשים. בה בעת המאמר קורא להכנסת תיקונים מסוימים במבחנים אלה.

החלק הבא יוקדש לניתוח של הלכת כפר רות. אטען כי יש להתאים את ההלכה למגמת הפרשנות התכליתית שהשתלטה בינתיים (ובצדק) על הפסיקה. חלקים ג' ו-ד' יוקדשו להעסקה באמצעות חברות כוח אדם ולהעסקה באמצעות חברות קבלניות (קבלני-משנה), בהתאמה. זאת, במטרה לסייע בהבהרת ההבחנה בין שני סוגי ההעסקה, הבחנה שלא תמיד נשמרת בפסיקה. במסגרת זו אבקר את הפסיקות של בית הדין הארצי בעניין שוואב ובעניין חג'בי,<sup>7</sup> שני פסקי דין מרכזיים מהעת האחרונה שעסקו בסוגיות של העסקה במתכונת

4 לטיעון קודם ברוח דומה ראו רות בן-ישראל "מיקור חוץ (outsourcing) – מתמקרים' החוצה: העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם – פרשנות אחרת: המרת העסקה הפורמלית בעסקה האוטנטית" שנתון משפט העבודה 5 ז (1999).

5 אמנם ייתכן שיש צעדים שהעובד יכול לנקוט – או ראוי שיוכל לנקוט – כדי להגן על זכויותיו בעת המעבר (בהנחה שמדובר באותו עובד) או כדי להשיג שוויון זכויות עם עובדי המזמין. שאלות אלה חורגות ממטרתו של מאמר זה, המבקש לבחון רק את הסוגיה של העסקה עקיפה ולא את היחס בין זכויותיהם של עובדי מעסיק פלוני לעובדי מעסיק אחר, הפועל כקבלן-משנה "אוטנטי" מטעמו של המעסיק הראשון.

6 דב"ע (ארצי) נב/142-3 אלהרינאת – כפר רות, פד"ע כד 535 (1992).

7 ע"ע (ארצי) 116/03 מדינת ישראל – משרד החינוך – חג'בי (פורסם בנוב, 2.6.2006).

משולשת. לעניות דעתי, שתי פסיקות אלה אינן תואמות את הלכת כפר רות גם לפי נוסחה הנוכחי. חלק ה' יציע את המכשיר המשפטי של "מעבידים במשותף" להתמודדות עם בעיית ההתחמקות מאחריות בדרך של העסקה עקיפה, תוך פירוט של כלים העשויים לסייע בהבחנה בין מצבים הנופלים לגדר התחמקות כזו לבין מיקור-חוץ אותנטי.

## ב. הלכת כפר רות

כידוע, השאלה מיהו "עובד" ומיהו "מעביד" – מבחינת הזכויות והחובות המשפטיות – היא שאלה עתיקת יומין ומרכזית בדיני העבודה.<sup>8</sup> ההכרעה אם אדם הוא "עובד" או "קבלן עצמאי" היא הרת גורל, שכן תחולתם של דיני העבודה מותנית בהיותו של אדם "עובד". המחוקק נמנע במכוון מהגדרת מונחים אלה והשאיר את ההכרעה לבתי הדין לעבודה. אלה פיתחו במשך השנים מבחני עזר והם נקראים באופן כמעט יומיומי ליישם אותם בנסיבות קונקרטיות שונות ומשונות.

נקודת המוצא בפסיקה היא שההכרעה אם אדם הוא "עובד", ומיהו מעבידו, מבוססת על נתונים אובייקטיביים ולא על הגדרת הצדדים עצמם. דיני העבודה נדרשים כדי להתמודד עם אי-שוויון בכוח בין הצדדים ליחסי העבודה, ובלשון אחר: עם תלות וכפיפות של העובד ביחסים עם מעבידו.<sup>9</sup> על בסיס אותם פערי כוחות – אותן תלות וכפיפות – מעביד יכול לעתים קרובות להשיג "הסכמה" מעובד לחוזה הפוטר אותו מאחריותו כמעביד. כדי למנוע זאת נקבע בפסיקה נחרצות כי המבחנים האובייקטיביים הם שיכריעו מהו מעמדו של המועסק – ולא האמור בחוזה.<sup>10</sup> בדומה לכך, ביחסי עבודה משולשים (עובד-משתמש-קבלן) המשתמש יכול, באמצעות ניסוחים חוזיים, להסיר מעצמו אחריות ולהעבירה לצד שלישי. גם בהקשר זה גישת הפסיקה היא שהשאלה מיהו המעביד – המשתמש בפועל או הקבלן – תוכרע על בסיס הנתונים האובייקטיביים ולא על בסיס האמור בחוזה ביניהם.<sup>11</sup> לצורך ההכרעה בשאלה מיהו המעביד ביחסי עבודה "משולשים" פיתח בית הדין הארצי לעבודה, בפסק הדין בעניין כפר רות משנת 1992, שורה של מבחנים. ראשית נקבעה ברירת מחדל שלפיה המשתמש בעבודה הוא המעביד, כלומר: הטוען אחרת עליו הנטל להוכיח

8 מנחם גולדברג "עובד" ו"מעביד" – תמונת מצב" עיוני משפט יז 19 (1992); איל זמיר "עובד או קבלן" משפטים כב 113 (1992).

9 Guy Davidov, *The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection*, 52 U. TORONTO L.J. 357 (2002); Guy Davidov, *The (Changing?) Idea of Labour Law*, 146 INTERNATIONAL LABOUR REVIEW 311 (2007).

10 דב"ע (ארצי) לא/3-27 עיריית נתניה – בירגר, פד"ע ג 177 (1971).

11 עניין כפר רות, לעיל ה"ש 6.

זאת. שנית נקבעו כמה סממנים שיש לשקול לצורך ההכרעה. אף אחד מהם אינו מכריע כשלעצמו, אך כולם יחד אמורים להציג לפני בית הדין את התמונה הכוללת: כיצד ראו הצדדים את היחסים ביניהם; בידי מי הכוח לפטר את העובד ולפני מי עליו להתפטר; מי קיבל את העובד לעבודה והסדיר את תנאי התקבלותו; מי משבצו בעבודה ויכול להעבירו מתפקיד לתפקיד; מי קובע את שכרו ואת מכלול תנאי עבודתו; מי חייב לשאת בתשלום שכרו; ממי עליו לבקש חופשות; כיצד דווחו היחסים למס הכנסה ולרשויות אחרות; מי מפקח על העובד ולמרותו של מי הוא סר; למי הבעלות על ציוד וחומרים המשמשים את העובד בעבודתו; אם העבודה משתלבת כחלק מהעיסוק העיקרי של המשתמש או שמדובר בפרויקט צדדי הדורש מיומנות מיוחדת; אם יש רציפות או זמניות בהעסקה ומהו משך קשר העבודה; ואם יש לצד שלישי עסק משלו הנותן שירותים לאחרים ובו משתלב העובד.

מאז ניתנה הלכה זו היא משמשת את בתי הדין. במשך השנים חלו שינויים דרמטיים באופן יישומה של ההלכה ובתוצאות שנבעו ממנה, אך על ההלכה עצמה לא קמו עוררין, לפחות לא במפורש.<sup>12</sup> ייאמר מיד כי הלכת כפר רות לא עודכנה בשים לב להתפתחויות שאירעו מאז תחילת שנות התשעים בתחום ההעסקה העקיפה; חשוב מכך: גם מלכתחילה היא לא פותחה באופן מסודר על בסיס חשיבה תכליתית. השיטה המקובלת כיום לפרשנות חקיקה היא כידוע שיטת הפרשנות התכליתית, שעל פיה יש לתת למונחים בחקיקה (דוגמת "עובד" או "מעביד") משמעות שתגשים את תכלית החקיקה.<sup>13</sup> בהתאם מתבקשת המסקנה כי את המבחנים להכרעה בשאלה מיהו המעביד יש לקבוע באופן שיגשים את תכלית החקיקה – על מי היא מבקשת להטיל אחריות של מעביד.<sup>14</sup>

במקום אחר טענתי כי אף שיש מקום להתחשב בתכלית הספציפית של כל חוק וחוק, יש גם תכלית כללית המשותפת לדיני העבודה כולם. תכלית זו קובעת את המסגרת הכללית ועל

12 בפסק דין שניתן לאחרונה, ע"ע 410/06 המוסד לביטוח לאומי – פאהום (פורסם בנבו, 2.11.2008), הציע השופט צור להפוך את ברירת המחלף שנקבעה בהלכת כפר רות בלי להזכיר אותה ישירות: "נקודת המוצא היא שיש לכבד את ההסדר ולהכיר במעמדו של הקבלן – הוא המעסיק הפורמלי – כמעסיק האמיתי [...]" (בפסקה 31 לפסק דינו). לעומתו חזר השופט רבינוביץ' באותו מקרה על ההלכה הוותיקה (בפסקה 2 לפסק דינו). שאר השופטים לא התייחסו לנושא זה.

13 דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817 (1998); אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003).

14 ניסיון מסוים להתמודד עם הסוגיה – גם אם ללא הפניה מפורשת לשאלת תכליתם של דיני העבודה – ניתן למצוא לאחרונה בפסק דינו של השופט צור בפסק דין פאהום, לעיל ה"ש 12. באותו עניין הציע השופט צור שורה של "כללי משחק" (כלשונו) לבחינת השאלה מיהו המעביד. בכלל זה, ובעיקר, הוא הדגיש את המאפיין של זמניות האמור לעמוד ביסוד ההעסקה באמצעות קבלני כוח אדם (שם, בפסקאות 35-37 לפסק דינו).

בסיסה ניתן לנסח מבחנים כלליים לקביעה מיהו המעביד.<sup>15</sup> יחסי העבודה מאופיינים בחסרים דמוקרטיים (כפיפות להחלטות של אחרים, ללא אפשרות להשתתף בבחירתם במשך תקופת העבודה) וכן בתלות של העובד ביחסי העבודה – הן כלכלית והן לצורך הגשמת צרכים פסיכולוגיים וחברתיים (תלות זו באה לידי ביטוי בחוסר יכולת לפזר סיכונים).<sup>16</sup> תכליתם המרכזית של דיני העבודה היא להתמודד עם נחיתות זו של העובד, לצמצם אותה במידת האפשר ולמנוע תוצאות הנובעות ממנה שאינן מקובלות עלינו כחברה. בהתאמה, גישתי היא שיש להטיל אחריות משפטית של "מעביד" על הגוף שביחסים מולו העובד נמצא במצב של תלות וכפיפות. פרשנות כזו תוביל למסקנה שחלק מהמבחנים שפורטו בהלכת כפר רות מתאימים וראויים, אולם חלקם האחר כלל אינו רלוונטי. בדיקה מעין זו, בין על בסיס התכלית שהצעתי ובין על בסיס הגדרה אחרת של תכליות, טרם התבצעה בפסיקה.

כן, למשל, השאלה כיצד ראו הצדדים את היחסים ביניהם אינה רלוונטית לבחינה אובייקטיבית של היחסים. אדם המוגדר על ידי המעביד כעובד של צד שלישי (קבלן כוח אדם או קבלן שירותים) בדרך כלל אינו בעל ידע משפטי מספיק כדי לדעת אם הגדרה זו תקפה אם לאו. לפיכך, כאשר המעביד רואה אותו כעובד של אותו גורם, גם הוא עצמו צפוי לקבל על עצמו את ההגדרה. מבחינת המדיניות המשפטית לא צריכה להיות לכך כל משמעות. בדומה לכך, השאלה כיצד דווחו היחסים למס הכנסה ולרשויות אחרות אין בה אלא כדי להצביע על אופן ההגדרה הפורמלי של אותם יחסים. כאשר מעביד מעוניין להתחמק ממחויבויותיו בדרך של העברת האחריות לקבלן כוח אדם או לקבלן שירותים, מובן מאליו כי הגדרת היחסים אל מול רשויות המס תהיה בהתאם לכוונה זו. מתן משקל כלשהו לביטוי חיצוני פורמלי מעין זה רק יסייע לתת תוקף להסדר פיקטיבי. הכרה בפערי הכוחות בין הצדדים ובעובדה שמעבידים מנסים לעתים להתחמק ממחויבות מחייבת בחינה של היחסים מנקודת מבט אובייקטיבית, היינו: תוך התעלמות מהגדרות סובייקטיביות של הצדדים, כפי שבית הדין עצמו קבע פעמים אין ספור.<sup>17</sup> לא ברור כיצד שני המבחנים שצוינו לעיל מתיישבים עם תפיסה בסיסית זו.

כמו כן, השאלה "האם העבודה משתלבת כחלק מהעיסוק העיקרי של המשתמש או שמדובר בפרויקט צדדי הדורש מיומנות מיוחדת?" אינה מתיישבת עם ניתוח תכליתי, שלפיו המוקד הוא אופי היחסים בין הצדדים (אם הם מאופיינים בחולשה מבנית המצדיקה את החלתם של דיני העבודה). מנקודת מבט תכליתית כלל אין חשיבות לשאלה אם העבודה

Guy Davidov, *Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships*, 42 15  
BRITISH JOURNAL OF INDUSTRIAL RELATIONS 727 (2004).

Davidov, *The Three Axes*, לעיל ה"ש 9. 16

גולדברג, לעיל ה"ש 8. 17

מהווה "חלק מהעיסוק העיקרי" של המשתמש אם לאו; העבודה אינה העיקר אלא העובד. עובד ניקיון במשרד עורכי-דין זקוק להגנה של חוקי המגן לא פחות (ומן הסתם יותר) מעורך-דין שכיר באותו משרד, ואם שאר המאפיינים מלמדים כי תלות וכפיפות קיימים ביחסים בין אותו עובד ניקיון לבין המשרד – מדוע שלא יוכר המשרד כ"מעביד"? העובדה שהעיסוק העיקרי של המשרד הוא עבודה משפטית ולא עבודות ניקיון אינה רלוונטית לשאלת הצורך של עובד הניקיון בהגנה ולשאלה מי אמור לשאת באחריות להגנה זו. אם התכלית של חוקי המגן היא להגן על עובדים המצויים ביחסים של תלות וכפיפות, אזי הגדרת זהותו של המעביד צריכה להיות מוכתבת מקיומם של יחסים כאלה ומבחן ה"עיסוק העיקרי" כלל אינו מסייע. לעומת זאת, המבחנים האחרים שפורטו בהלכת כפר רות נראים רלוונטיים, אולם יש לראותם כמבחני עזר בלבד, שמטרת-העל שלהם היא לאתר אל מול מי נתון העובד ביחסי כפיפות ותלות.

### ג. העסקה באמצעות חברות כוח אדם

בשנים האחרונות השתרש בציבור הרחב המונח "עובדי קבלן", שמבחינה משפטית מתייחס לשני מבנים שונים של העסקה; לעתים ניכר גם בפסיקה בלבול בין שני המבנים.<sup>18</sup> מבנה משפטי אחד מתייחס להעסקה באמצעות חברת כוח אדם (או "קבלן כוח אדם") ואילו המבנה השני מתייחס להעסקה באמצעות קבלן-משנה ("חברה קבלנית" או "קבלן שירותים"). החלק זה יוקדש למבנה הראשון והחלק הבא יעסוק במבנה השני. המבנה המשפטי של העסקה באמצעות חברת כוח אדם שימש במקור להעסקת עובדים זמניים לתקופות קצרות בלבד. בנסיבות אלה לא היה ספק כי המעביד המשפטי הוא קבלן כוח האדם, שכן הקשר העיקרי והיציב של העובד – שהועבר מדי כמה ימים או שבועות ממשתמש למשתמש – היה אל מול הקבלן בלבד.<sup>19</sup> במשך השנים החלו מעבידים לעשות שימוש לרעה במבנה זה ולנצל גם לתקופות העסקה ארוכות<sup>20</sup> כדי להתחמק מאחריותם כמעסיקים ולהטילה – תמורת תשלום – על חברת כוח אדם. כתוצאה מכך עובדים רבים התקבלו לעבודה שמטבעה אינה זמנית, לתקופה ממושכת (בדרך כלל לא מוגבלת), ומצאו את עצמם מועסקים באופן פורמלי על ידי חברת כוח אדם. המשתמש ניצל את כוחו העדיף כדי לכפות עליהם הסכמה לדרך התקשרות זו. העובדים מצדם קיבלו את שכרם באמצעות

18 ראו למשל פסק דין שוואב, לעיל ה"ש 3.

19 בן-ישראל, לעיל ה"ש 4.

20 ראו, באופן כללי, פרנסס רדאי מדיניות העסקת עובדים באמצעות חברות כוח אדם: המחוקק, בתי המשפט וההסתדרות (1998); בן-ישראל, לעיל ה"ש 4; גליץ, לעיל ה"ש 1.

חברת כוח האדם ושמה של אותה חברה התנוסס על תלוש השכר שלהם, אך מעבר לכך לא היה להם כל קשר עם אותה חברה. כל קשריהם לטוב ולרע היו אל מול המשתמש. במקרים אלה החברה לא הייתה אלא "צינור" להעברת השכר ותו לא. המשתמש, מבחינתו, קיבל קבוצת עובדים "חיצונית" שהסכמים הקיבוציים אינם חלים עליה, אין צורך להעניק לחברה קביעות או זכויות פנסיוניות ולא תוספות ותק וזכויות אחרות. למעבידים במגזר הציבורי התגלתה שיטה זו גם כדרך נוחה להתחמקות ממגבלות של תקנים.

בשנת 1996 ניסה המחוקק להתמודד עם התופעה באמצעות חקיקת חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996. החוק נמנע במכוון מהתייחסות לשאלה "מיהו מעביד", אולם יצא מההנחה השלטת (באותה עת לפחות) שלפיה חברת כוח האדם היא המעבידה, וביקש לשפר את תנאי העסקתם של העובדים באמצעות הסכמים קיבוציים בין נציגיהם לבין חברות כוח האדם. ניסיון זה הוכתר ככישלון חרוץ,<sup>21</sup> ובשנת 2000 הוכנסו בחוק תיקונים משמעותיים במטרה לבטל את היתרונות למעביד כתוצאה מהעסקה באמצעות חברות כוח אדם לתקופה ממושכת ובכך ליצור תמריץ שלילי מפני שימוש בשיטה זו. לשם כך הוספו שתי הוראות עיקריות: סעיף 12א לחוק קבע כי "לא יועסק עובד של קבלן כוח אדם אצל מעסיק בפועל תקופה העולה על תשעה חודשים רצופים" ובמקרה של חריגה מכך "ייחשב העובד כעובד המעסיק בפועל"; סעיף 13 קבע כי העובדים באמצעות חברות כוח אדם זכאים לתנאים שווים לאלה של עובדי המשתמש במקום שבו הם מוצבים, לרבות תנאים מכוח הסכמים קיבוציים, בכפוף לאפשרות לחרוג מהוראה זו בהסכם קיבוצי כללי שהורחב בצו הרחבה, כלומר: זכה לאישור של שר התעשייה, המסחר והתעסוקה והוחל על כלל העובדים בענף.

הלכה למעשה גם החוק המתוקן לא נחל עד כה הצלחה רבה. ראשית, מפני שסעיף 12א הוקפא מאז חקיקתו מדי שנה באמצעות חוקי ההסדרים ונכנס לתוקף רק לאחרונה, ביום 1.1.2008. יש להמתין ולראות אם אמנם יצליח סעיף זה הלכה למעשה להביא לשינוי דרמטי. הצלחה זו תלויה, בין השאר, בכך שבתי הדין ישכילו למנוע התחמקות מהחוק בדרך של פיטורי עובדים וקבלתם מחדש או בדרך של הגדרת חברות כוח אדם כ"חברות שירותים" (שהחוק אינו חל עליהן).<sup>22</sup> הסיבה השנייה לכישלוננו היחסי של החוק (עד כה) היא שגם סעיף השוואת התנאים (סעיף 13) נוטרל למעשה, לאחר שהסדרות העובדים

21 Frances Raday, *The Insider-Outsider Politics of Labor-Only Contracting*, 20

COMPARATIVE LABOR LAW AND POLICY JOURNAL 413 (1999).

22 בינתיים כבר נפסק על ידי בית הדין האזורי בירושלים, באופן לא מעודד, כי פיטורים שנעשו רק כדי להימנע מתחולת החוק – כלומר: פיטורים לקראת סיום תשעת החודשים רק כדי להימנע מהעסקה ישירה – הם לגיטימיים (בש"א 1862/08 זוהר – או.אר.אס משאבי אנוש בע"מ (פורסם בנבו, 28.9.2008)).



הכללית והסתדרות העובדים הלאומית חתמו במשותף על הסכם קיבוצי עם חברות כוח האדם. הסכם זה – שהורחב לאחר מכן בצו הרחבה למגזר הפרטי בכללותו – העניק לעובדים זכויות בסיסיות למדי תוך ויתור על ביטחון תעסוקתי (קביעות) ועל השוואת תנאים לעובדי המשתמש בכלל.<sup>23</sup> אמנם, צו ההרחבה אינו חל במגזר הציבורי, כך שניתן היה לצפות להשפעה ממשית של סעיף 13 לפחות במגזר זה; אולם נראה שבעיות האכיפה האינהרנטיות ביחסי העבודה במגזר הציבורי הן חמורות במידתן במיוחד.<sup>24</sup> אף שידוע כי תנאי עבודתם של העובדים באמצעות חברות כוח אדם פחותים בהרבה משל עובדים אחרים,<sup>25</sup> תביעות בשל אי-קיום סעיף 13 כמעט שלא הגיעו להכרעה בפסיקה.<sup>26</sup> הניסיונות להתמודד עם התופעה בחקיקה לא פטרו את בתי הדין לעבודה מחובתם לעדכן את הפסיקה בשאלה "מיהו המעביד" באופן שיוביל לתוצאה דומה. משך כמה שנים – במשך שנות התשעים של המאה הקודמת – לא השכילו בתי הדין לעבודה להבין כי המבנה המשפטי של העסקה באמצעות חברות כוח אדם מנוצל לרעה בממדים ניכרים, וכי נעשה בו שימוש פיקטיבי אינטנסיבי כדי להתחמק ממחויבויות מעבידים. בשנת 2000 השתנתה התמונה. בפסק דין תקדימי ומנחה בעניינה של עובדת (אילנה לוינגר), שהועסקה שנים רבות כקלדנית במשרד העבודה והרווחה באמצעות חברות כוח אדם, הבהיר בית הדין הארצי כי לא ייתן יד לפיקציות מעין אלה וכי בנסיבות שבהן חברת כוח האדם אינה אלא "צינור" (מודל שכונה payrollling), המשתמש בפועל הוא שיוכר כמעביד.<sup>27</sup> מדיניות זו, שנועדה למנוע התחמקות מדיני העבודה באמצעות פיקציות משפטיות, באה לידי ביטוי גם

23 עם זאת ניתן לראות פן חיובי בעובדה שההסכם הקיבוצי שהורחב צפוי לסייע באכיפת חוקי המגן. גם אם הזכויות הנוספות הקבועות בהסכם דלות יחסית, מחקרים אמפיריים מלמדים כי קיומו של ארגון עובדים צפוי לשפר את רמת האכיפה של הזכויות מכוח חקיקה. לסקירת המחקרים בנושא זה ראו David Weil, *Individual Rights and Collective Agents: The Role of Old and New Workplace Institutions in the Regulation of Labor Markets*, in EMERGING LABOR MARKET INSTITUTIONS FOR THE TWENTY-FIRST CENTURY 13 (Richard B. Freeman, Joni Hersch & Lawrence Mishel eds., 2005).

24 Guy Davidov, *Enforcement Problems in "Informal" Labor Markets: A View from Israel*, 27 COMPARATIVE LABOR LAW AND POLICY JOURNAL 3 (2005).

25 רונית נדיב קבלני כוח אדם בישראל הפועלים ברישיון 5 (משרד התמ"ת, מינהל תכנון מחקר וכלכלה, 2005).

26 בינתיים גם צמצמה המדינה במידה ניכרת את השימוש בעובדים המועסקים פורמלית באמצעות קבלני כוח-אדם, תוך העברה של אותם תפקידים לקבלני-משנה. ספק רב אם מדובר במקרים אלה בקבלנות-משנה אותנטית, להבדיל משכירה של שירותי כוח-אדם בלבד תוך שימוש במבנה פיקטיבי שכל מטרתו התחמקות מהוראות החוק. יש לקוות כי בתי הדין ישכילו להתמודד עם הסדרים פיקטיביים מעין אלה ולהחיל את החוק גם על קבלני כוח-אדם המגדירים את עצמם פורמלית כקבלני שירותים; עד כה טרם נעשה הדבר.

27 ע"ע (ארצי) 1189/00 לוינגר – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.10.2000).

בפסקי דין נוספים.<sup>28</sup> לעתים נדרשו בתי הדין להתמודד עם מקרי ביניים שנעו בין ה"קוטב" של העסקה זמנית אמיתית – כשלא היה ספק שחברת כוח האדם היא המעסיקה, לבין ה"קוטב" של payroll – כשלא הייתה מחלוקת שהמשתמש בפועל הוא המעסיק. ברם, לפחות במקרי הקצה, עד לאחרונה היה הדין ברור.

### פרשת שוואב

פסק הדין שניתן לאחרונה בפרשת שוואב<sup>29</sup> בישר שינוי מגמה ויצר בלבול ניכר. דברת שוואב הועסקה כשמונה שנים ביחידה לחקר שווקים במשרד החקלאות. מפסק הדין עולה כי למעט מנהל היחידה, כל העובדים באותה יחידה הועסקו בהעסקה עקיפה. תחילה הועסקה שוואב (כמו שאר חבריה ליחידה) באמצעות חברות ממשלתיות כמו חברת אגרידב, ששימשה "אכסניה מנהלית ליחידה"; בהמשך הועסקה שוואב באמצעות חברת כוח אדם. למעשה לא היה לה קשר לאותה חברה. בדומה לנסיבות בעניין לוינגר, גם קשריה של שוואב היו מול המשתמש בלבד: מנהל היחידה במשרד החקלאות הוא שקיבל אותה לעבודה, הוא שפיטר אותה למעשה, הוא שפיקח עליה והנחה אותה, תנאי עבודתה וחופשותיה תואמו ישירות מול המשרד וכיוצא באלה. חברות כוח האדם שהתחלפו מעת לעת (בהתאם להצעה הזולה במכרז) לא היו אלא "צינור" להעברת הכספים. בבית הדין הארצי סברו סגנית הנשיא אלישבע ברק-אוסוסקין והשופטת ורדה וירט-ליבנה כי אכן יש לראות את שוואב כעובדת מדינה ולהטיל על המדינה אחריות ישירה לזכויותיה; אולם דעת הרוב, מפי הנשיא סטיב אדלר בתמיכת שני נציגי הציבור, קבעה אחרת. תביעתה של שוואב נגד משרד החקלאות נדחתה.<sup>30</sup>

28 ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 300245/97 אסולין – רשות השידור, פד"ע לו 689 (2001); ע"ע (ארצי) 326/03 מדינת ישראל – משרד הבריאות – צ'פקוב (פורסם בנבו, 20.2.2006).

29 פסק דין שוואב, לעיל ה"ש 3.

30 בתי הדין האזוריים מיהרו "ליישר קו" עם המגמה החדשה. כך, למשל, בעב' (חיפה) 3302/04 תורג'מן יצחק – רפא"ל (24.1.2008, פורסם בנבו), עובדים שהועסקו שנים רבות ברפא"ל בלבד באמצעות חברות כוח אדם שהתחלפו, ביקשו להצהיר כי רפא"ל היא מעבידתם – ונדחו. בדומה לכך, בעב' (חיפה) 3737/04 בן-חיים – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 28.11.2007), עובדת שהועסקה שנים כפקידת צילומים במוסד לביטוח לאומי, ושכרה שולם באמצעות חברת מנפאואר, ביקשה הכרה בקיומם של יחסי עובד-מעביד בינה לבין המוסד – ונדחתה. מנגד ראו עב' (ת"א) 7506/07 שרם – משרד הבריאות (פורסם בנבו, 27.11.2007), שם דובר בנהג במשרה מלאה בלשכת הבריאות המחוזית בתל-אביב, שהועסק משך שנים באמצעות "האגודה למען שירותי בריאות הציבור" ותביעתו להכרה כעובד מדינה התקבלה; עב' (ת"א) 9029/06 מצובע – משרד הרווחה (פורסם בנבו, 7.11.2007), שם דובר במדריך חינוכי במוסד לנוער שהועסק במשך שנים באמצעות עמותה שזכתה במכרז "להפעלת כוח אדם במעונות ממשלתיים", ותביעתו להכרה כעובד מדינה התקבלה.

פסק דינו של הנשיא אדלר ערבב בין מבנה של העסקה באמצעות חברות כוח אדם לבין העסקה באמצעות קבלני־משנה. מחד גיסא, רוב פסק הדין עושה שימוש במונח "חברות כוח אדם" ומתייחס לכאורה להעסקת עובדים באמצעות חברות כאלה. כמו כן יש הסתמכות על העובדה שחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם מעניק הגנה לעובדים אלה, זאת בלי לאסור על העסקה מעין זו גם לתקופות ממושכות (בשים לב להקפאתו של סעיף 12א).<sup>31</sup> מאידך גיסא, בחלקים מפסק הדין התייחס הנשיא אדלר לעובדות המקרה כסוג של הפרטה ממשית, היינו: העברת חלק מהפעילות לביצוע באמצעות גורם פרטי ("המקרה שבפנינו מצביע על מדיניות ממשלתית של ביצוע התפקיד של חקר שווקים על ידי גורם שאינו ממשלתי"). אם כן, לא ברור אם כוונתו של הנשיא אדלר הייתה לחברות כוח אדם או שמא לקבלן שירותים. כך או כך, המגמה הברורה היא של הבנה לצורך בקיצוץ של עלויות ההעסקה וסלחנות כלפי נקיטה של מבנה משפטי פיקטיבי לשם השגת מטרה זו. אמנם הנשיא אדלר סבור כי תפקיד המשתמש (במקרה זה המדינה) כולל דאגה לכך שחברת כוח האדם תעמוד במחויבויותיה כלפי העובדים – וכאשר החברה לא עושה כן המשתמש עלול לשאת באחריות ישירה ולהיחשב לשם כך "מעסיק במשותף"; אולם בניגוד לתפיסה המקובלת, שראתה מעסיקים במשותף כאחראים "ביחד ולחוד",<sup>32</sup> הגישה העולה מפסק דין שוואב היא של הטלת אחריות שיווית בלבד על המשתמש, כאשר זכויות העובד מוגבלות לזכויות (המצומצמות) שהיו לו מול חברת כוח האדם. במילים אחרות, הלכה למעשה חברת כוח האדם בלבד היא המעבידה, ועל המשתמש מוטלת אחריות כערב – אחריות לשאת "ביחד ולחוד" בחובות של אותה מעבידה בלי שיקומו לעובד הזכויות הניתנות לעובדי המשתמש עצמו.

דומה כי אחת הסיבות העיקריות לפסיקה זו נעוצה ברצונו של הנשיא אדלר להימנע ממתן מעמד של עובד תקני וקבוע למי שלא התקבל לעבודה בשירות המדינה בדרך של מכרז וכתב מינוי כמתחייב בחוק.<sup>33</sup> אולם, יש לזכור כי האשם בכל הקשור לאופן העסקה זה נופל לפתחם של המעסיקים ולא לפתחם של העובדים. זאת ועוד: פסק הדין בעניין שוואב אינו מנוסח באופן המוגבל לשירות הציבורי וגם אינו מצביע על טעם לפגם בהעסקת עובדים בדרך זו (של הימנעות מהענקת מעמד תקני). בכך התעלם הנשיא אדלר לחלוטין הן

31 העובדה שהסעיף נכנס בינתיים לתוקף מערערת הצדקה זו, שלעניות דעתי הייתה מפוקפקת מלכתחילה – שהרי לא ניתן היה ללמוד מהקפאת הסעיף על כוונה של המחוקק לשינוי ההלכה בשאלת "מיהו המעביד".

32 ראו, למשל, ע"ע (ארצי) Xue Bin 1218/02 – א. דורי בע"מ, פד"ע לח 650, בפסקה 44 לפסק הדין (2003).

33 לעניין זה ראו גם ע"ע (ארצי) 388/99 חסון – מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, פד"ע לט 358 (2003).

מהיבטים של מנהל תקין והן מהיבטים של צדק חלוקתי ושוויון בין העובדים. החוק קבע פרוצדורה לקבלת עובדים לשירות המדינה והעניק לעובדים אלה שורה של זכויות; הסכמים קיבוציים מעניקים להם זכויות רבות נוספות. דיני העבודה קובעים כי כל עובד חדש המצטרף למקום עבודה מאורגן נהנה אוטומטית מההסכמים הקיבוציים החלים בו. אם המדינה סבורה כי החוק או ההסכם הקיבוצי מעניקים לעובדיה זכויות מופרזות, עליה להתכבד ולעשות את הדרוש כדי לנסות ולהביא לשינוי בהתייחס לציבור העובדים בכללותו. תחת זאת המדינה מעדיפה לנקוט שיטה של התחמקות עקיפה, כשהעלות של אותה התחמקות נופלת על קבוצת עובדים אחת בלבד – העובדים החלשים ביותר, שלא זכו להתקבל במעמד של עובדי מדינה. מתמיהה על כן העובדה שהנשיא אדלר נמנע מלהוקיע את בחירת המעסיקים הציבוריים בשיטה זו, ובמשתמע אף עודד את המשכייתה. מכל מקום, אין קשר הכרחי בין הענקת מעמד של "עובד קבוע" לבין שאלת זהותו של המעביד: ניתן לקבוע כי אדם זכאי לזכויות של עובד מדינה (למשל) גם ללא סטטוס של עובד קבוע. גישתו המקבלת של הנשיא אדלר כלפי העסקה עקיפה פיקטיבית באה לידי ביטוי גם בפסק דין שניתן לאחרונה בעניין פאהום,<sup>34</sup> שם נדון עניינו של פקיד שהועסק בסניף המוסד לביטוח לאומי בנצרת באמצעות חברות כוח אדם משנת 1991 ועד שנת 2004. כל השופטים הסכימו כי למעשה דובר ב"צינור" להעברת השכר ותו לא, כלומר: בצורת העסקה פיקטיבית – אולם כל אחד מהשופטים הגיע למסקנות שונות בעניין חברותו של המוסד לביטוח לאומי (המשתמש) במקרה זה. השופט צור (שעמו הסכימו שני נציגי הציבור) סבר כי יש לראות את המוסד כמעביד, אם כי רק מאמצע תקופת העסקה,<sup>35</sup> והבהיר כי אין בכך כדי להקנות לעובד מעמד של "עובד קבוע".<sup>36</sup> השופט רבינוביץ' סבר אף הוא כי בנסיבות המקרה המוסד הוא המעביד החוקי, הדגיש את אי-הצדק באופן העסקה שמנע מהעובד זכויות של "עובד קבוע" וסבר כי יש לאפשר לו לתבוע פיצוי בשל שלילת זכויות אלה. לעומתם, הנשיא אדלר סבר כי יש לראות במוסד ובחברת כוח האדם "מעבידים במשותף" כשמשמעות הדבר היא, לגישתו, אחריות שיווית בלבד של המשתמש (כפי שקבע בפרשת

34 פסק דין פאהום, לעיל ה"ש 12.

35 משום מה סבר השופט צור כי יש להבחין בין התקופה שעד 1996, שבמהלכה התחלפו חברות כוח האדם שבאמצעותן הועסק פאהום, לבין התקופה שלאחר מכן, שאז הועסק רק באמצעות חברות הקשורות ל"תגבור". לא ברור מדוע זהות החברה שזכתה במכרזי המוסד צריכה להשפיע על זכויותיו של העובד, שמהות היחסים שלו עם המוסד נשארה זהה לאורך כל התקופה. השופט צור הסתמך על ההנחה שמלכתחילה היה המוסד זקוק לכוח אדם זמני ולצורך כך נערכה ההתקשרות עם חברת כוח אדם, ורק בדיעבד, לאחר שנים, הוחלט להשאיר את פאהום לאורך זמן (שם, בפסקה 45 לפסק דינו). לטעמי הנחה זו אינה סבירה ואינה נתמכת בעובדות.

36 שם, בפסקה 49 לפסק דינו.

שוואב) – בתוספת אחת: גם המשתמש חייב בכללים הבסיסיים של דיני הפיטורים, כלומר: גם המשתמש חייב להעניק לעובד זכות שימוע קודם לפיטוריו. לגישתו של הנשיא אדלר, על אף התקופה הממושכת שבה הועסק אותו עובד בשירות המוסד לביטוח לאומי אין הוא זכאי לזכויות שמהן נהנים שאר עובדי המוסד מכוח חוק (כעובדי מדינה) או מכוח הסכמים קיבוציים. הזכויות שהעובד יכול לתבוע מהמוסד מוגבלות לזכויות שלהן הוא זכאי ביחסים מול חברת כוח האדם, בתוספת הזכות הזעומה כי ייערך לו שימוע נפרד גם על ידי המוסד קודם לפיטורים.

התוצאה היא כי בשלב זה יש חוסר ודאות בכל הקשור לשימוש בחברות כוח אדם להעסקה עקיפה תקופות ממושכות. מחד גיסא יש בפסיקה מגמה למנוע התקשרויות פיקטיביות שמטרתן התחמקות של המעביד ממחויבויותיו כלפי העובדים; מאידך גיסא קיימת גישתו של הנשיא אדלר, כפי שבאה לידי ביטוי בעניין שוואב ובעניין פאהום, המעניקה לגיטימציה לדרך העסקה זו (בעיקר במגזר הציבורי).

כיצד ניתן להסביר את גישתו של הנשיא אדלר, הנותנת תוקף למבנה משפטי הפוגע בזכויות העובדים, אף שהוא עצמו מכיר בכך (לפחות בעניין פאהום) שמדובר במבנה שאינו משקף את היחסים האמיתיים בין הצדדים? ההצדקה שנתן הנשיא אדלר עצמו מדברת על "גמישות", "הפחתת עלות העבודה", "הקטנת המנגנון הציבורי" וכיוצא באלה.<sup>37</sup> אין ספק שמדובר במטרות לגיטימיות מנקודת מבטה של המדינה כמעסיקה, אולם לא ניתן לקבל את האמצעי שבחרה המדינה להגשמת מטרות אלה: שימוש במבנה משפטי פיקטיבי לשם התחמקות מאחריותה כמעבידה. נקודת המוצא המקובלת מזה שנים רבות בפסיקה – ובצדק – היא שחובות וזכויות של עובד ומעביד ייקבעו על פי מעמד שנקבע על פי מבחנים אובייקטיביים ולא על פי הגדרת הצדדים. גישתו של הנשיא אדלר – התומכת הלכה למעשה במבנים פיקטיביים – סותרת תובנה בסיסית זו ועל כן קשה לקבלה.

#### ד. העסקה באמצעות קבלן-משנה

המבנה המשפטי השני שנכנס לגדר המינוח העממי "עובד קבלן" הוא, כאמור, העסקה באמצעות קבלן-משנה. בהקשר זה נקודת המוצא היא שכאשר אדם מזמין שירות מחברו, נשמרת הפרדה בין האישיות המשפטית של כל אחד מהם ואין האחד אחראי למחויבויות השני. כך, למשל, אם פלוני מזמין שירות חד-פעמי משרברב אין הוא אחראי להתקשרויות של אותו שרברב, לרבות לא כלפי עובדים. כאשר חברה פלונית מתקשרת עם משרד עורכי-

37 פסק דין שוואב, לעיל ה"ש 3, בפסקה 2 לפסק דינו של הנשיא אדלר; פסק דין פאהום, לעיל ה"ש 12, בפסקה 8 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

דין בהסכם (בכתב או על-פה) למתן שירותים משפטיים אין בכך כדי ליצור קשר ישיר כלשהו בין החברה לבין עובדי אותו משרד. כאשר אוניברסיטה מתקשרת עם משרד פרסום למתן שירותי פרסום, אין היא מתחייבת בכך לשאת באחריות כלפי עובדי אותו משרד, גם אם הלכה למעשה את השירות מספק לה בדרך כלל עובד פלוני. במקרים אלה אין למעשה מחלוקת על כך שהגוף המספק את השירות – המכונה לעתים קבלן שירותים – הוא המעביד של העובדים המספקים את השירות מטעמו.

ברם, גם מבנה משפטי זה ניתן לניצול לרעה. הניחו מקרה קיצוני שבו מעביד מבקש לצמצם את מצבת העובדים הפנימית שלו. הוא מתקשר עם חברה חיצונית כדי שזו תעסיק את כל העובדים באגף מסוים, נניח אגף המחשוב. בהסכם בין הצדדים נקבע כי החברה תספק למעביד "שירותי מחשוב" אולם בפועל העובדים ממשיכים לבצע את אותה עבודה שעשו קודם לכן במסגרת פנימית. בנסיבות כאלה ברור שלא מדובר ביחסי מזמין-קבלן אמיתיים אלא בהסדר פיקטיבי, בדומה ל-payrolling, שכל מטרתו התחמקות ממחויבויות המעביד. אכן, ככל שהקשר בין העובדים לבין המשתמש בפועל חזק יותר, והקשר בינם לבין הקבלן (המעסיק הפורמלי) קלוש יותר, כך גוברת התחושה כי מדובר בהתחמקות משפטית ותו לא. בחינה אובייקטיבית של היחסים האמיתיים בין הצדדים תוביל למסקנה כי המשתמש הוא המעסיק.

גם בהקשר זה הקושי העיקרי מתעורר במקרי הביניים, הנופלים בין ה"קוטב" של הזמנת שירותים מקבלן חיצוני – למשל: התקשרות עם משרד עורכי-דין – לבין ה"קוטב" של הסדר פיקטיבי שבמסגרתו הקבלן אינו אלא "צינור" להעברת השכר. אחת הדרכים שבהן בתי הדין לעבודה מתמודדים עם מקרי ביניים כאלה היא קביעה שהמשתמש בפועל והקבלן אחראים שניהם כלפי העובדים כ"מעסיקים במשותף". כך, למשל, כאשר מחלקת הבנייה של הקיבוץ הארצי ביצעה עבודות בניין, ובמסגרת זו השתמשה בשירותיו של קבלן-משנה שנעלם מהארץ בלי ששילם לעובדיו, התאמץ בית הדין למצוא מעט קשר ישיר בין העובדים לבין מחלקת הבנייה כדי לקבוע שגוף זה אינו רק מזמין כי אם מעסיק במשותף, ולחייב אותו בתשלום השכר ישירות לעובדים.<sup>38</sup> בדומה לכך, כאשר חברה א. דורי העסיקה בבניין פועלים סינים, שהועסקו באמצעות קבלן-משנה סיני ולא קיבלו את זכויותיהם, מצא בית הדין מידה מספקת של קשר ישיר מול חברה א. דורי והטיל עליה אחריות כמעסיקה במשותף.<sup>39</sup> יצוין כי הטלת אחריות על המזמין בנסיבות מיוחדות מוכרת גם במדינות אחרות

38 דב"ע (ארצי) נד/96-3 מ.ב. מחלקת הבנייה של הקיבוץ הארצי בע"מ – עבד אל רחמן עאבד, פד"ע כט 151 (1995).

39 פסק דין XUE BIN, לעיל ה"ש 32.

מזה שנים רבות.<sup>40</sup> יש להודות כי מקרים מעין אלה נדירים יחסית. ברוב המכריע של המקרים בית הדין מקפיד על ההפרדה בין מזמין לקבלן ואינו מכיר באחריותו של מזמין לעובדיו של הקבלן. רק כשמדובר בעובדים חלשים במיוחד, שזכויותיהם קופחו במידה קיצונית, נעשה מאמץ בפסיקה להטיל את האחריות על "כיס עמוק" שיוכל לשאת בה.<sup>41</sup>

### פרשת חג'בי

פסק הדין בעניין חג'בי<sup>42</sup> מספק דוגמה בולטת למקרה שבו נמנע בית הדין הארצי מהטלת אחריות על המזמין, אף שהקשר בין העובדים לבין המזמין היה הדוק ביותר. באותו מקרה דובר בקבוצה של עובדים שהועסקו על ידי חברה בשם מרמנת, עבור משרד החינוך, כפקחים לנושא של אבטחת טיולים מחוץ לבתי ספר. בין השאר היו המפקחים אחראים, מטעם משרד החינוך, על הכשרת מאבטחים לטיולים, אישור מסלולי הטיול, הדרכה במוסדות חינוך והעברת השתלמויות, בקרה ופיקוח על אבטחת הטיולים וכיוצא באלה. הוותיקים שבתובעים הועסקו תקופה של כעשר שנים, מאז 1992 ועד פיטוריהם בשנת 2002. הפיטורים נבעו מהעובדה שבמכרז שפרסם משרד החינוך באותה שנה לא זכתה חברה מרמנת אלא חברה אחרת, שאמנם לא פסלה את העסקתם של חג'בי וחבריו (בתפקידים שביצעו קודם לכן) אך גם לא התחייבה לכך. מכל מקום, העובדים לא היו מעוניינים להסתפק בכך. הם פנו לבית הדין לעבודה ותבעו להכיר בהם כעובדי מדינה, על כל המשתמע מכך מבחינת הזכויות והמגבלות על פיטורים. בבית הדין האזורי התקבלה התביעה, אולם פסק הדין נהפך בערעור לבית הדין הארצי. הנימוקים שנתנה השופטת נילי ארד מגלים חוסר נכונות בולט להטיל אחריות על המדינה כמעבידה, גם כשהלכת כפר רות עשויה להוביל לכך.

השופטת ארד הפרידה את הניתוח לשני שלבים. תחילה היא ביקשה לבדוק אם מדובר במיקור-חוץ "אותנטי ולגיטימי" (להבדיל ממבנה פיקטיבי שמטרתו התחמקות ממחויבויות המעביד). לאחר מכן היא פנתה בנפרד לשאלה "מיהו המעסיק", וביקשה להכריע בה על בסיס מבחני כפר רות. הבחנה זו תמוהה, שהרי המבחנים הם שאמורים לקבוע מיהו

40 מרדכי מירוני "מיהו המעביד – הגדרת יחסי עובד-מעביד בתבניות העסקה מודולאריות" עיוני משפט ט 505, 523 (1983).

41 יש לציין כי בעניין XUE BIN הנ"ל ניתן למצוא אמירה גורפת של הנשיא אדלר שלפיה "על קבלן ראשי מוטלת החובה לדאוג שעובדי קבלן המשנה המועסקים באתרי הבנייה שלו יקבלו את שכרם" (שם, בפסקה 29 לפסק הדין). ברם, דומה כי יש להבין אמירה זו כמוגבלת לנסיבות המקרה ולא ככוונה כללית יותר להטיל בכל מקרה אחריות על המזמין כלפי עובדיו של קבלן-משנה.

42 פסק דין חג'בי, לעיל ה"ש 7.

המעביד ה"אמיתי", לפי הנסיבות האובייקטיביות, וממילא אם המסקנה תצביע בכיוון הקבלן שהרי מדובר במיקור-חוץ לגיטימי, ואילו מסקנה שלפיה דווקא המשתמש ראוי להיחשב המעביד תלמד שדובר במבנה פיקטיבי.

כדי להכריע בשאלה הראשונה שהציבה לעצמה – אם מדובר במיקור-חוץ אותנטי – פנתה השופטת ארד לשניים. ראשית היא הצביעה על כך שתחום פעילותם של המפקחים לא היווה "חלק אינטגרלי מתכנית הלימודים או מפעילותו השוטפת של המשרד". קביעה מעין זו בעייתית כשלעצמה, שהרי המפקחים על מאבטחי טיולים הם חלק בלתי-נפרד מהמערכת. מעבר לכך, כפי שהוסבר לעיל, השאלה אם פעילותו של עובד מסוים היא חלק מהפעילות ה"עיקרית" של המעביד כלל אינה רלוונטית – לפי ניתוח תכליתי – לשאלת הצורך שלו בהגנת דיני העבודה. שנית פנתה השופטת ארד לבחינה מפורטת של הוראות המכרז שבו זכתה מרמנת ועל בסיסו הועסקו המפקחים. מאחר שמסמך זה נוסח באופן שכל מטרתו להימנע מחבות מעבידים, אין להתפלא על כך שנעשה מאמץ לצמצם – על הנייר – את הזיקה בין המשתמש (משרד החינוך) לבין העובדים. הגישה הבסיסית (והמוצדקת) של בית הדין, שלפיה ההכרעה בשאלה מיהו "עובד" ומיהו "מעביד" תבוצע על פי נתונים אובייקטיביים ולא על פי הכרזות הצדדים, צריכה להוביל לבחינה של נסיבות ההעסקה הלכה למעשה ולא להתמקדות בהוראות החוזה או המכרז הפורמליים.<sup>43</sup> מכל מקום, גם על פי המכרז עצמו ניתן היה ללמוד כי משרד החינוך ביקש לשכור עובדים מסוימים, שיהיו כפופים לו באופן כללי, להבדיל מהזמנה אמיתית של שירות (כלומר: התקשרות לשם קבלת תוצאה סופית). בין השאר הופיעו במכרז סעיף שלפיו יידרשו הפקחים לבצע מעת לעת עבודות כלליות "על פי דרישות המשרד", סעיף שלפיו יעברו הפקחים מעת לעת השתלמויות שיבצע המשרד ועל חשבונו, סעיף שלפיו ההדרכה של מלווי הטיולים תיעשה על פי מערכי שיעור שהכין המשרד, סעיף שלפיו יקבלו הפקחים רכב של המשרד וסעיף שלפיו הם נדרשים לדווח על פעילותם באופן שוטף לממונים עליהם במשרד. גם שכרם ושאר תנאי ההעסקה של הפקחים, וכן היקף עבודתם המדויק, נקבעו במכרז. בית הדין בחר להתעלם מכל אלה ולראות את ההתקשרות כרכישת שירותים אותנטיים.

בהמשך, בעת יישום המבחנים שנקבעו בעניין כפר רות, המשיך בית הדין לתת משקל מכריע להוראות הפורמליות תוך התעלמות מהמציאות בשטח, שעמדה מאחורי אותו הסדר

43 Guy Davidov, *The Reports of My Death are Greatly Exaggerated: "Employee" as a Viable (Though Overly-Used) Legal Concept*, in BOUNDARIES AND FRONTIERS OF LABOUR LAW: GOALS AND MEANS IN THE REGULATION OF WORK 133 (Guy Davidov & Brian Langille eds., 2006). ראו גם בפסיקת בתי הדין: ע"ע (ארצי) 1334/04 טופר – מועצה מקומית תל שבע (פורסם בנבו, 29.12.2004), פסקה 11 לפסק הדין; עב' (ת"א) 7099/04 בולגרי – אפגד בע"מ (פורסם בנבו, 12.2.2007), פסקה 16 לפסק הדין.



(וגם ניתן להסיק אותה במידה מסוימת מאותן הוראות). כך, למשל, בהקשר לשאלה מי קיבל את המפקחים לעבודה ולמי היה הכוח לפטרם הסתמך בית הדין על כך שפורמלית פעולות אלה בוצעו על ידי חברת מרמנת, ובחר שלא לייחס משקל לעובדה שמעשית – כפי שעולה מפסק הדין עצמו – משרד החינוך הוא שהחליט את מי להעסיק ומתי לפטר, ומרמנת פעלה כזרועו הארוכה לעניין זה.

בשולי הדברים הדגישה השופטת ארד שתי עובדות שאינן באות לידי ביטוי במבחנים, אולם הלכה למעשה דומה כי הייתה להן השפעה מכרעת על ההכרעה במקרה זה ועל הלכי הרוח בפסיקה בתחום זה בכלל. ראשית, הפקחים לא התקבלו לשירות המדינה ב"דרך המלך" של מכרו וכתב מינוי כמתחייב בחוק. דעתו של בית הדין לא הייתה נוחה מכך שהמדינה תוכר כמעבידה ותיאלץ – כתוצאה מפסק הדין – לקלוט את העובדים אף שלא התקבלו בדרך המקובלת. כאמור לעיל בהקשר לפסק דין שוואב, אף שדרך ההעסקה העקיפה לא נבחרה על ידי העובדים ואין לראותם כ"אשמים" בכך, הם סופגים את המחיר כתוצאה מעמדתו של בית הדין. האחראים במשרד החינוך ובמשרד האוצר (הקובע את התקנים) לצורת ההעסקה העקיפה לא משלמים כל מחיר; להפך: כתוצאה מפסיקה המסירה אחריות מהמדינה הם מקבלים תמריץ חזק להמשיך באותה שיטה.

העובדה השנייה שהזכירה השופטת ארד בשולי פסק הדין, ודומה שהלכה למעשה יש בה כדי להסביר במידה רבה את התוצאה, היא שהפקחים קיבלו שכר גבוה בהרבה מזה שהיו מקבלים כעובדי מדינה. על כך יש להעיר כי תפקידו של בית הדין אינו מתמצה בהגנה על עובדים המשתכרים שכר מינימום. הפקחים אולי קיבלו שכר גבוה יותר, אולם נשללו מהם זכויות אחרות של עובדי מדינה, ובעיקר ביטחון תעסוקתי. ניתן להניח כי לפחות בחלק מהמקרים מדובר בעובדים לא צעירים, שפוטרו אחרי כמה שנות עבודה ללא סיבה של ממש, רק משום שהמדינה ביקשה לחסוך עוד יותר וקיבלה הצעה זולה יותר במכרו (ואפשר להניח שהחברה החדשה מהססת לקלוט את אותם עובדים פן תיאלץ לשאת באחריות לכל תקופת העסקתם). חלק מהעובדים האלה יתקשו מן הסתם למצוא עבודה ויישארו מובטלים בגיל מבוגר. העובדה שקיבלו שכר גבוה יותר בעת העסקתם לא תהווה נחמה רבה עבורם. גם עובדים אלה ראויים להגנה, ועל פי הנסיבות האובייקטיביות המדינה היא שהייתה למעשה מעסיקתם.

### עובדי שמירה וניקיון

אם כן, פרשת חג'בי היוותה בעיניי מקרה "קל" יחסית, שצריך היה להסתיים בהגדרת המדינה כמעבידה. דוגמה בולטת למקרה ביניים שמעורר התלבטות קשה יותר, מבחינתי, היא מצבם של עובדי שמירה וניקיון הנדרשים כמעט בכל מוסד, ציבורי ופרטי. בעבר היה מקובל – לפחות בחלק מהמקומות – להעסיק ישירות עובדי שמירה וניקיון; כיום העסקה

כזו נדירה מאוד. במשק הישראלי פועל מספר גדול מאוד של חברות ניקיון וחברות שמירה המספקות שירותים אלה באמצעות עובדים מטעמן. התקשרות זו יכולה למצוא ביטוי בצורות שונות. ייתכנו מצבים שבהם הגוף המזמין (משרד ממשלתי, חברה פרטית או גוף אחר) מטיל את האחריות המלאה לניקיון המוסד על חברה קבלנית. במקרים אלה הגוף המזמין אינו מעורב בשאלה כמה עובדים מנקים את חצריו, מה זהותם או כיצד הם מבצעים את העבודה. בנסיבות כאלה אין מחלוקת שמדובר בהתקשרות בין מזמין לבין קבלן שירותים ואין אחריות ישירה של המזמין כלפי עובדי הקבלן. במצבים אחרים הגוף המזמין מעדיף לשמור לעצמו מידה גבוהה של שליטה על אופן ביצוע הניקיון בחצריו. פורמלית הוא מתקשר עם חברה קבלנית שמתחייבת לספק שירותי ניקיון, אולם מעשית הוא קובע בעצמו כמה אנשי ניקיון יהיו, באלה שעות ובאיזה אופן הם יעבדו, ומעורב גם בהחלטה מה תהיה זהותם. מאחר שמדובר בעבודה שמעצם טבעה מבוצעת בחצריו של המזמין – בניגוד לשירותים רבים אחרים – גם יש למזמין אפשרות פיזית לפקח על העבודה מקרוב באמצעות מפקחים מטעמו. במצב הקודם, כשהגוף אינו מרוצה מרמת הניקיון הוא יפסיק את ההתקשרות עם הקבלן; במצב זה, מידת המעורבות של הגוף המזמין בביצוע העבודה היא גבוהה בהרבה, ואי-שביעות רצון מהניקיון במקום מסוים עשויה להוביל להנחיה לקבלן לפטר עובד פלוני.

הלכה למעשה יש במשק הישראלי התקשרויות משני הסוגים שתוארו לעיל, הן בשירותי ניקיון והן בשירותי שמירה. על כן המעסיקים נהנים מהנחת מוצא – המשמשת כביררת מחדל – של אישיות משפטית נפרדת. אף שמקרים דוגמת המקרה השני אמורים, לפי הלכת כפר רות, להוביל למסקנה שהמשתמש הוא המעביד או לפחות מעביד במשותף, בשל חולשתם של העובדים בענף זה כמעט לא הגיעו מקרים מעין אלה להכרעה בפסיקה. תביעותיהם של עובדי שמירה וניקיון מוגבלות בדרך כלל לתביעת הזכויות הבסיסיות מהחברה הקבלנית (אם בכלל), ללא ניסיון לזכות במעמד של עובד המשתמש. בשנת 2006 נתן בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב פסק דין המטיל בפעם הראשונה אחריות על משתמש בהקשר של עובדת מטעם חברת ניקיון.<sup>44</sup> באותו מקרה שכר בנק הפועלים את שירותיה של חברה קבלנית לביצוע שירותי ניקיון באחד הסניפים. החברה ביצעה את העבודה באמצעות נטליה שמואלוב ובן-זוגה, שביצעו את העבודה יחדיו. הם לא קיבלו את זכויותיהם הבסיסיות על פי חוקי המגן, ושמואלוב קיבלה שכר נמוך במידה ניכרת משכר המינימום ואף פוטרה בעת היותה בהריון. בית הדין התקומם על עצימת העיניים מצד המשתמש (בנק הפועלים), שצריך היה לדעת – בשים לב לגובה התמורה ששילם לחברה –

44 עב' (ת"א) 3054/04 שמואלוב – משה פונס שירותי ניקיון ואחזקה בע"מ (פורסם בנבו, 10.12.2006).

כי העובדים לא יקבלו את זכויותיהם הבסיסיות. בית הדין הטיל אחריות ישירה על הבנק גם כ"מעסיק במשותף", אם כי ברוח פסק הדין בעניין שוואב, שניתן זמן קצר קודם לכן, הוגבלה האחריות לזכויות המינימליות מכוח חוקי המגן בלבד.

ניתן לסכם את הדין כיום כך: ככלל נשמרת הפרדה בין מזמין לקבלן, וכשמדובר ברכישת שירות אמיתית לא תוטל אחריות ישירה על המזמין כלפי עובדיו של הקבלן. עם זאת, כשמדובר בעובדים חלשים מאוד, ובמיוחד כשמתקבל הרושם שהמבנה המשפטי נבחר כדי להתחמק מאחריות או שהתנאים נקבעו תוך עצימת עיניים להשלכותיהם על העובדים, בית הדין עשוי להטיל אחריות גם על המזמין. במקרים כאלה הנטייה היא להטיל אחריות שיווית בלבד, לצורך הבטחה של קיום חוקי המגן הבסיסיים, ולהימנע מלראות את המשתמש (המזמין) כ"מעביד" לכל דבר ועניין. כפי שטענתי לעיל, פסיקת בית הדין הארצי ראויה לביקורת שכן במובנים מסוימים יש בה משום מתן תוקף להסדרים פיקטיביים הפוגעים בזכויות העובדים – הן כשכית הדין נמנע מהטלת אחריות כלשהי על המזמין בנסיבות שיש בהן קשר ישיר והדוק בין העובדים לבין המשתמש, הן כשכית הדין מטיל אחריות שיווית בהתייחס לזכויות בסיסיות אך מונע מהעובדים זכויות נוספות שמהן נהנים עובדי המשתמש.

בד בבד עם ההתפתחות בפסיקה הוגשו בשנים האחרונות כמה הצעות חוק המבקשות להטיל אחריות ישירה, במידה כזו או אחרת, על מזמין כלפי עובדיו של קבלן שירותים. האחרונה שבהן היא הצעה ממשלתית שגובשה בתיאום עם נציגים של ארגוני עובדים ומעסיקים.<sup>45</sup> לפי הצעה זו, החלה על ענפי השמירה, הניקיון וההסעדה ומתייחסת לעבודה בחצרי המזמין (המשתמש) בלבד, תוטל אחריות שיווית על המזמין כלפי עובדי הקבלן כשעובד לא קיבל את המגיע לו על פי חוקי המגן הבסיסיים מאותו קבלן, זאת בכפוף למגבלות ולהגנות שונות. אם כן, הצעה זו תואמת את רוח פסיקתו של הנשיא אדלר בפרשת שוואב, אם כי אין בה כדי לשלול הטלת אחריות ישירה ומלאה על המזמין במקרים המתאימים. צעד מוגבל ברוח אותה הצעה כבר התקבל לאחרונה בחקיקה במסגרת חוק הגנת השכר (עיצום כספי), התשס"ט-2009: נקבע מנגנון המאפשר הטלת עיצום כספי מנהלי על מעבידים ובתנאים מסוימים מאפשר להטיל אחריות דומה גם על מזמיני השירות (בענפי השמירה, הניקיון וההסעדה).<sup>46</sup>

45 הצעת חוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, התשס"ח-2008, ה"ח 363.

46 חוק הגנת השכר (עיצום כספי), התשס"ט-2009, ס"ח 2208, פרק ד'.

### ה. אימתי "מעבידים במשותף"

בלי לפגוע בחשיבותם של תיקוני חקיקה להגנת עובדים המועסקים בשיטות של העסקה עקיפה, פתרונות מעין אלה מוגבלים מטבעם. השאלות "מיהו עובד" ו"מיהו מעביד" הושארו במכוון – בישראל כמו במרבית העולם – להכרעה שיפוטית. לא ניתן לקבוע הגדרות ממצות בחקיקה לשאלות אלו, שכן כל ניסיון כזה צפוי להביא לניסיונות של מעבידים לעקוף את התנאים שיוגדרו. על אף המחיר המסוים במובנים של ודאות וצפיות, בצדק השאיר המחוקק בידי בתי הדין גמישות רבה בעת ההכרעה בשאלות תחולתם של דיני העבודה. בתי הדין קיבלו את התפקיד לאמץ בעצמם מבחנים ומבחני עזר, לתקן אותם לפי הצורך או ליישם אותם באופן משתנה – הכול כדי להבטיח שהזקוקים להגנתם של דיני העבודה (ורק הם) ייכללו בקבוצה המתאימה. על כן, פתרונות קונקרטיים בחקיקה יכולים וצריכים להטיל חובות מוגדרות על המזמין במקרים מסוימים; אבל דומני שאין כוונה להתערב בחקיקה בעצם הקביעה "מיהו המעביד" באופן כללי. משמע, שגם אין להסיק מחקיקה בעניינים אלה כוונה למנוע מבית הדין את האפשרות – ולמעשה את החובה שהוטלה עליו – לקבוע מיהו המעביד לפי מבחני הפסיקה ולהטיל אחריות מלאה של מעביד על המזמין בנסיבות המתאימות.

המכשיר המשפטי של "מעבידים במשותף" הוא כלי מתאים ומועיל להתמודדות עם בעיות של יחסי עבודה משולשים.<sup>47</sup> הנחת המוצא שלנו צריכה להיות שיש לפרש את המונח "מעביד" פרשנות תכליתית,<sup>48</sup> ועל כן ראוי לכלול בגדר הגדרת "מעביד" את הגוף שאל מולו העובד זקוק להגנה. לגישתי, כאמור, התכלית הכללית של דיני העבודה היא להתמודד עם החסרים הדמוקרטיים (כפיפות במובן הרחב ביותר) ותלות (כלכלית ואחרת) המאפיינים את יחסי העבודה. לפי גישה זו ברור שיש לבדוק מול מי נתון העובד בכפיפות ובתלות – ובהתאם להטיל את האחריות של "מעביד".<sup>49</sup>

47 לשימוש בכלים דומים בסיטואציות דומות ראו Hugh Collins, *Ascription of Legal Responsibility to Groups in Complex Patterns of Economic Integration*, 53 MODERN L. REV. 731 (1990).

48 ראו גם Judy Fudge, *Fragmenting Work and Fragmenting Organizations: The Contract of Employment and the Scope of Labour Regulation*, 44 OSGOODE HALL L.J. 1, 28 (2006).

49 קולינס התמקד בזכותם של עובדים באותה מסגרת ותחת ההנחיות של אותה הנהלה לשוויון עם עובדים אחרים באותו מצב, כלומר: לשוויון עם העובדים של המשתמש בפועל בנסיבות של "a locality defined by a workforce that is united through its co-coordinated management direction in the pursuit of a common endeavour" (Collins, Multi-segmented Workforces, לעיל ה"ש 2, בעמ' 335-336). לדעתי, הדרך להשגת שוויון כזה היא תפיסת

במקום אחר ניתחתי ברוח זו העסקת עובדים באמצעות חברות כוח אדם.<sup>50</sup> טענתי שכאשר חברת כוח האדם אינה אלא "צינור" להעברת הכספים בלבד (מודל ה־payrolling), וברור שכל הקשרים המהותיים של העובד הם מול המשתמש בפועל, אזי יש להתעלם מהמבנה המשפטי הפיקטיבי ולראות את המשתמש כמעביד.<sup>51</sup> לעומת זאת, כאשר מדובר ביחסי עבודה שהם באמת משולשים – כשיש לעובד קשרים של ממש הן עם חברת כוח האדם והן עם המשתמש – מאפייני המעביד מתחלקים במידה כזו או אחרת בין שני גופים אלה. כך, למשל, יש מצבים שבהם עובד כפוף להנחיות ול"שליטה" של המשתמש (חסר דמוקרטי המצדיק הגנה של דיני העבודה ביחסים מול המשתמש), ובה בעת, מאחר שהעובד מועבר מעת לעת ממשתמש למשתמש, יש תלות כלכלית בחברת כוח האדם דווקא (תלות המצדיקה הגנה של דיני העבודה ביחסים מול החברה). פתרון אפשרי למצבים מעין אלה הוא לחלק את האחריות בין שני הגופים, באופן שהמשתמש יהיה "מעביד" לעניין חוקים מסוימים וחברת כוח האדם תיחשב "מעבידה" לעניין חוקים אחרים.<sup>52</sup> הקושי הוא שחלק מחוקי המגן מבוססים על הצדקות של חסרים דמוקרטיים – ובאותה עת גם על הצדקות של תלות ביחסים. כך, למשל, חוק פיצויי פיטורים – שאחת ממטרותיו היא לצמצם פיטורים שרירותיים (בשל העלות הכרוכה בכך) – מתמודד הן עם החולשה הנובעת מחסרים דמוקרטיים עקב מצב של כפיפות (המתבטאים בכוחו של המעביד לפטר) והן עם התלות של העובד ביחסים (שיוצרת מחיר כבד במקרה של פיטורים שרירותיים). בנסיבות כאלה קשה יהיה להכריע אם להטיל את החובה לשלם פיצויי פיטורים על המשתמש או על חברת כוח האדם. כמו כן, ובאופן כללי יותר, חלוקת האחריות תיצור מידה גבוהה מדי של חוסר ודאות לגבי זכויותיו של העובד, בפרט מאחר שהגבול בין מצבים שבהם המשתמש צריך להיחשב מעביד לכל דבר ועניין לבין מצבים של יחסים משולשים "באמת" אינו תמיד ברור. חוסר הוודאות ינוצל על ידי המעבידים ויפגע בעובדים החלשים ביותר, שגם במצבים של ודאות גבוהה בהרבה כמעט אינם תובעים. פתרון אחר, עדיף בעיניי, הוא להטיל את האחריות על שני הגופים (המשתמש וחברת כוח האדם) ביחד ולחוד, החל ביום הראשון של ההעסקה.<sup>53</sup> הכוונה היא ששני הגופים יחשבו מעבידים לכל דבר ועניין, ולא לפתרון

המשתמש בפועל כ"מעביד" בנסיבות המתאימות. לגבי זיהוי הנסיבות המתאימות, הפיקוח מצד המשתמש בפועל הוא ללא ספק (וצריך להיות) מרכיב משמעותי – גם על פי הלכת כפר רות – אם כי לא יחיד.

50 Davidov, Joint Employer Status, לעיל ה"ש 15.

51 ראו גם בן-ישראל, לעיל ה"ש 4; פסק דין לוינגר, לעיל ה"ש 27.

52 לניסיון כזה ראו Simon Deakin, *The Changing Concept of the "Employer" in British Labour Law*, 30 INDUSTRIAL L.J. 72 (2001).

53 לתמיכה בפתרון ברוח זו ראו גם Fudge, לעיל ה"ש 48, בעמ' 32.

שנפסק בעניין שוואב, שבו אחריות המשתמש היא שיורית בלבד. בפועל, כל עוד מדובר בהעסקה זמנית, לתקופה קצרה, אין סיבה להניח שהעובד יתבע זכויות כלשהן מהמשתמש (ואם יעשה כן יוכל המשתמש להבטיח לעצמו בקלות יחסית שיפוי מחברת כוח האדם). לעומת זאת, כאשר מדובר בהעסקה באמצעות חברות כוח אדם לתקופות ממושכות אצל אותו משתמש, זהו שימוש לרעה במבנה המשפטי ויש למנוע אותו. האפשרות לתבוע ישירות את המשתמש על מלוא הזכויות של עובדי המשתמש תשמך תמריץ משמעותי נגד שימוש לרעה כזה.<sup>54</sup>

אם כן, בהקשר של חברות כוח אדם ניתן להצביע על פתרון פשוט יחסית – הטלת אחריות על שני הגופים כ"מעבידים" מתחילת ההעסקה. פתרון זה יקנה מידה גבוהה יחסית של ודאות וימנע הסדרים משפטיים פיקטיביים שיוצלו לפגיעה בעובדים. בהקשר של קבלני-משנה המצב מעט מסובך יותר. על בסיס פרשנות תכליתית, גם בהקשר זה דעתי היא שכל גוף שמתקיימים מולו יחסי תלות וכפיפות צריך להיחשב "מעביד" על כל המשתמע מכך; אולם בהקשר של העסקה באמצעות קבלני-משנה תיתכן גם התקשרות לתקופה ארוכה עם אותו מזמין, שאינה מגלה מאפיינים של "מעביד" אצל המזמין. כך, למשל, אוניברסיטה המתקשרת לתקופה ארוכה עם משרד עורכי-דין או עם משרד פרסום לא צריכה להיחשב "מעבידה" של עובדי אותו משרד. האם המשמעות היא שלא ניתן לקבוע כללים ויש להסתפק בבחינת כל מקרה לפי נסיבותיו על פי מבחני כפר רות?<sup>55</sup> נראה לי שניתן להוסיף מידה לא מבוטלת של ודאות, והנחיה לבתי הדין, באימוץ חזקה שלפיה כאשר העבודה מבוצעת בשטח המשתמש בפועל, המשתמש והקבלן הם "מעבידים במשותף". גם בהקשר זה כוונתי אינה לאחריות שיורית בלבד, אלא לאחריות מלאה גם של המשתמש, הנובעת מהיותו בעל מאפיינים של "מעביד", לרבות מתן כל הזכויות הניתנות לעובדי המשתמש ולרבות אפשרות לקחת חלק בהתארגנות של עובדי המשתמש (אם העובדים יבחרו בכך). כמו כן, כוונתי אינה אך לכלל הקובע את נטל ההוכחה במקרים גבוליים אלא לברירת מחדל שיש צורך בנימוקים משמעותיים לסטות ממנה.

הדוגמה של עובדי שמירה וניקיון, המבצעים את עבודתם בשטח המשתמש ותחת פיקוח מסוים שלו ומהווים למעשה חלק מה"קהילה" במקום העבודה, היא דוגמה "קלה" יחסית להצדקת חזקה מעין זו. במקרים מעין אלה ודאי שמתקיימת מידה של תלות וכפיפות ביחסים מול המשתמש וראוי להטיל עליו אחריות. על כך ניתן להוסיף גם שיקול מדיניות תומך. ההקשר הספציפי של עובדי שמירה וניקיון בישראל ידוע כנגוע בתופעות של ניצול

54 להרחבה ראו Davidov, Joint Employer Status, לעיל ה"ש 15. בכל הנוגע לזכויות מכוח הסכמים קיבוציים, הכוונה היא שהעובד יוכל לבחור אם להצטרף להסכם קיבוצי של עובדי הקבלן או להעדיף את ההסכם של עובדי המשתמש.

55 ראו חלק ב' לעיל, שם הצעתי לתקן את מבחני כפר רות.

עובדים תוך הפרה של דיני העבודה.<sup>56</sup> בהנחה שרוצים להילחם בתופעה זו ולצמצם אותה, המשתמש הוא "מונע הנזק" הזול יותר ויוכל למנוע את התופעה בקלות יחסית. אם תוטל אחריות ישירה על המשתמש הוא ימהר להבטיח את עצמו ביחסים אל מול הקבלן, הן על ידי בחירת קבלנים אמינים ומוכרים יותר והן על ידי קבלת ביטחונות מהקבלן לשמירה על זכויות העובדים.<sup>57</sup> לערבויות מעין אלה יש כמובן עלות, כך שמחיר העסקה יתייקר במעט, אולם דומה כי עלות זו זניחה בהשוואה לתועלת החברתית שתצמח ממנה. בניגוד למשתמש, לעובדים אין כל אפשרות לקבל ביטחונות מהקבלן, בשל חולשתם היחסית, ואין דרך לוודא שהוא יעמוד במחויבויותיו. יש להודות כי המחוקק כבר אימץ לאחרונה הסדרים שמטרתם לספק הגנה מסוימת לעובדי שמירה וניקיון – הן דרישת רישוי על קבלנים בענפים אלה והן הטלת אחריות (מוגבלת) על המזמין במקרים של הלנת שכר על ידי קבלן באותם ענפים.<sup>58</sup> אולם, כאמור, אין בכך כדי להשפיע על השאלה "מיהו המעביד" וגם אין בכך כדי להוות פתרון ממצה לעניין זכויות העובדים בענפים אלה.

ניתן לחשוב על דוגמאות נוספות מהמציאות העכשווית הישראלית שבהן מוצדק להטיל אחריות על המשתמש בפועל. דוגמה אחת לכך הם עובדי הוראה המועסקים באמצעות קבלני שירותים בבתי ספר: הם מועסקים באופן סדיר יחסית באותו מקום תוך כפיפות ארגונית (הלכה למעשה) להנהלת בית הספר ולכן ראויים להיחשב כעובדי המשתמש. עם זאת, יש לאפשר למשתמש לנסות להוכיח כי המאפיינים של חסרים דמוקרטיים ותלות מתקיימים אל מול קבלן-המשנה בלבד ורק הוא צריך להיחשב "מעביד". קחו, למשל, מצב שבו גוף פלוני מזמין שירותי תכנות מקבלן-משנה, והשירות מבוצע במשך כמה חודשים באמצעות עובדים מטעמו של הקבלן, במשרדי המזמין. במקרה מעין זה אין הצדקה של ממש להטיל אחריות של "מעביד" על המזמין. על כן אינני תומך בהטלת אחריות באופן גורף על המזמין (המשתמש) בכל מקרה שבו העבודה נעשית בשטחו, אלא אך ביצירת חזקה בכיוון זה. לשון אחר: מקום העבודה הוא מרכיב רלוונטי בהכרעה בסוגיה "מיהו

56 ראו, למשל, הקליניקה למשפט ושינוי חברתי אוניברסיטת חיפה כיצד נבטיח את זכויות המאבטחים? נייר עמדה בנושא אכיפת חוקי המגן בדגש על אכיפת זכויות מאבטחים (2005) [isllss.huji.ac.il](http://isllss.huji.ac.il); הקליניקה לרווחה תעסוקתית האוניברסיטה העברית עובדים שקופים בשירות המדינה: הפרת זכויות עובדי קבלן במשרדי הממשלה בדגש על עובדי ניקיון (2006) [law.huji.ac.il/upload/sherut.pdf](http://law.huji.ac.il/upload/sherut.pdf); עד"מ (ארצי) 1011/04 א. דינמיקה שירותים (1990) בע"מ – וורונין (פורסם בנבו, 21.8.2005).

57 על היעילות הכלכלית בהטלת אחריות על השולח ראו A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *The Theory of Public Enforcement of Law*, in HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS 403, 434 (A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell eds., 2007).

58 חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996, סעיף 10א; חוק הגנת השכר (עיצום כספי), התשס"ט-2009, ס"ח 2208, פרק ד'.

המעביד". עבודה בשטח המשתמש מלמדת לעתים קרובות על כפיפות כזו או אחרת להנחיות המשתמש, במידה העשויה להצדיק הטלת אחריות של "מעביד". מכאן ההצדקה לקיום חזקה בעניין זה. עם זאת, מקום העבודה אינו בהכרח מכריע כשלעצמו. בהחלט ייתכנו מצבים שבהם המשתמש ייחשב "מעביד" גם בגין עבודה שאינה מבוצעת בשטחו; וייתכנו גם מצבים שבהם המשתמש לא ייחשב "מעביד" אף שהעבודה מבוצעת בשטחו.<sup>59</sup>

## 1. סיכום

דיני העבודה מסדירים את היחסים בין עובד למעבידו. מאחר שהנחת המוצא של דיני העבודה היא נחיתות יחסית של העובד, הן בשלב שבו נקבעים תנאי העבודה והן לאחר מכן, במהלך היחסים, ככלל דינים אלה באים להעניק למי שמוגדר "עובד" זכויות ולהטיל על מי שמוגדר "מעביד" חובות. ישנם כמובן עובדים בכירים או בעלי כישורים מיוחדים שאינם זקוקים להגנה זו, אולם המשפט מטבעו עובד בהכללות. על כן, מבחינתו של המעביד דיני העבודה נתפסים פעמים רבות כנטל, כ"עלות" שכדאי להימנע ממנה או לצמצמה. אמנם, מחקרים שונים מלמדים כי לעתים דיני העבודה עשויים דווקא לתרום ליציבות, באמצעות פתרון לכשלי שוק והגברה של יחסי האמון בין הצדדים,<sup>60</sup> אולם לא ניתן להתכחש לעובדה שלדיני העבודה גם מרכיב חלוקתי ניכר. לפיכך, אין להתפלל כי מעבידים מחפשים דרכים להתחמק מתחולתם של דינים אלה. אין משמעות הדבר שיש להיכנע לכך. כפי שדיני המס עושים כל מאמץ להתעדכן ולהשתכלל אל מול ניסיונות להתחמק מחבות במס, כך דיני העבודה צריכים להתפתח באופן שיתמודד עם ניסיונות ההתחמקות ויוכל להם. לדיני העבודה יש תכליות חשובות. אנו כחברה לא יכולים ולא צריכים לוותר עליהן.

בין שיטות ההתחמקות מתחולתם של דיני העבודה בולט בשנים האחרונות הניסיון לצאת מגדר ההגדרה של "מעביד". זאת, באמצעות מעבר להעסקה עקיפה והטלת אחריות המעביד על קבלן כוח אדם או על קבלן-משנה. שיטת התחמקות זו פופולרית במיוחד בקרב מעסיקים ציבוריים, הן מהטעם שהיא טומנת בחובה גם יתרונות של התחמקות ממגבלות תקנים והן מאחר שהיא מביאה גמישות רבה למגזר שסובל מחוסר משמעותי בגמישות. ניסיונות אלה להתחמק מחובות המעביד משתלבים עם מעבר "אמיתי" ולגיטימי לחלוטין

59 נשאלת השאלה אם ראוי לתת משקל כה רב למקום הפיזי של העבודה בעידן שבו עובדים רבים עובדים מהבית או ממקום אחר והאמצעים הטכנולוגיים מאפשרים מידה רבה של שליטה ופיקוח. תשובתי היא כי אף שהמאפיינים של יחסי עבודה יכולים להתקיים גם ממרחק, הקרבה הפיזית מלמדת על קיומם באופן חזק וברור יותר ולכן יכולה להוות בסיס ליצירת חזקה.

60 Davidov, The (Changing?) Idea of Labour Law, לעיל ה"ש 9.



(מבחינה משפטית) להוצאת תחומים מסוימים מהמגזר הציבורי לפרטי. אם, למשל, משרד החינוך מחליט לרכוש את שירותי המחשוב מחברה פרטית המתמחה בכך, במקום להעסיק אי אלו עובדי מחשוב "פנימיים", מדובר בהפרטה שאין בה כל פסול משפטי; אולם לעתים קרובות המעסיק הציבורי אינו מעוניין באמת לוותר על השליטה בעובדים ובאופן ביצוע העבודה. אכן, אם עובדי המחשוב ימשיכו למעשה לעבוד כחלק מהמשרד מבחינה מהותית, ורק המעסיק הפורמלי שלהם יהיה חיצוני, אין בכך הפרטה מהותית-אמיתית אלא הפרטה – או מיקור-חוץ – של אחריות המעביד בלבד.<sup>61</sup> לכך קשה להסכים. דיני העבודה צריכים להטיל את האחריות כלפי עובדים על הגורם שאל מולו מתקיימת הנחיתות המצדיקה הגנה – תלות (כלכלית ואחרת) וכפופות (ובמובן רחב יותר: חסרים דמוקרטיים). אין לאפשר למעבידים להתחמק מאחריות זאת. בפרט אין לאפשר להם להתחמק מחובות הקשורות בביטחון תעסוקתי, המוקנות לעובדים "פנימיים" מכוח הסכמים קיבוציים או חקיקה. יש להודות כי שימוש בהעסקה עקיפה לא נועד רק כדי לצמצם את העלות הכספית הישירה המוטלת על המעביד. כך, למשל, אחת המטרות של מבנה משפטי זה במגזר הציבורי היא לאפשר התאמה של מספר העובדים לדרישות משתנות, ולאפשר ביתר קלות פיטורי עובדים שאינם מתאימים – הכול לטובת הציבור. ברם, במקרה זה האמצעי אינו יכול להצדיק את המטרה. מטרות של גמישות ניהולית אפשר להשיג על ידי שינוי ההסכמים הקיבוציים והחקיקה הרלוונטית, וניתן להניח (ולקוות) שארגוני העובדים ידאגו להבטיח לעצמם הגנות חלופיות סבירות. הטלת המחיר כולו על קבוצת העובדים החדשה ביותר או החלשה ביותר באמצעות העסקה עקיפה אינה ניתנת להצדקה.

פסקי הדין של בתי הדין לעבודה משקפים מגמה מעורבת. ראשית, המבחנים שפותחו בפסיקה להכרעה בשאלה "מיהו המעביד" – מבחני כפר רות – רלוונטיים באופן חלקי בלבד על פי ניתוח תכליתי המבקש לברר מה המטרה של אותם מבחנים. חלק מהמבחנים כלל אינם מסייעים להכריע בשאלה מי ראוי לשאת באחריות כלפי העובד לאור תכלית החקיקה בתחום העבודה. שנית, ברמה העקרונית יש הצהרות חזקות בגנות הסדרים פיקטיביים ויש נכונות עקרונית להטיל אחריות של "מעביד" על המשתמש ולא רק על המעסיק הפורמלי; אולם היישום הלכה למעשה מגלה נכונות כזו רק במקרים נדירים – כשנדרשת הגנה בסיסית על עובדים חלשים במיוחד. זאת ועוד: בשנים האחרונות, גם כשגילו בתי הדין נכונות להטיל אחריות על המשתמש/המזמין באמצעות המבנה של "מעבידים במשותף", הוגבלה אחריות זו אך לאחריה שירות היוצרת מעין ערבות לחובות של הקבלן/חברת כוח האדם כשאלה האחרונים לא עמדו במחויבויותיהם כלפי העובדים.

61 השוו Davidov, Joint Employer Status, לעיל ה"ש 15.

זוהי לפחות גישתו של הנשיא אדלר, אם כי גישה זו אינה מקובלת על כמה שופטים אחרים בבית הדין הארצי.

על בסיס ביקורת הפסיקה הקיימת פרשתי במאמר זה, בקצרה, כמה הצעות. ראשית, כדי ליצור מידה סבירה של ודאות ולצמצם את היקף ההתחמקות, ראוי להקפיד בפסיקה על ההבחנה בין חברות כוח אדם לקבלני-משנה. שנית, המכשיר המשפטי של "מעבידים במשותף" אכן מספק תשתית נוחה למניעת הסדרים פיקטיביים שנועדו לפגוע בזכויות העובדים, אולם הגנה מלאה מפני פגיעות כאלה מחייבת הכרה במשתמש/מזמין כ"מעביד" לכל דבר ועניין כשהנסיבות האובייקטיביות מצדיקות זאת (כלומר: כשמתקיימים ביחסים בין העובד למשתמש מאפיינים של יחסי עובד-מעביד – נחיתות המצדיקה הגנה). שלישית, כאשר מדובר בהעסקה באמצעות חברות כוח אדם יש לראות הן בחברה והן במשתמש "מעבידים במשותף" מהיום הראשון של ההעסקה. רביעית, כאשר מדובר בהעסקה באמצעות קבלני-משנה, המתבצעת בחצריו של המזמין, יש להפעיל חזקה (ברירת מחדל) שלפיה הן הקבלן והן המזמין הם "מעבידים במשותף".

העסקה עקיפה נהפכה בשנים האחרונות לתופעה רווחת במדינות רבות. בתי הדין לעבודה בישראל מצטיינים בדרך כלל, יותר מעמיתיהם בעולם, בהסתכלות מעבר למבנים משפטיים פורמליים ובאכיפה של דיני העבודה על הצדדים האמיתיים ליחסים כפי שמלמדות הנסיבות האובייקטיביות. יש לקוות שגם במקרה של העסקה עקיפה ישכילו בתי הדין להתמודד בצורה משכנעת יותר עם התופעה, בדרכים המוצעות לעיל או בדרכים אחרות. הימנעות מכך פוגעת בעובדים שנמנעת מהם האפשרות ליהנות מההגנה של דיני העבודה במלואה, וכן מעודדת ומתמרצת את המעסיקים להמשיך בשיטות התחמקות מעין אלו.