

## חברות השירותים, מזמיני השירותים ובעיקר מה שביניהם: על מעמדם ועל אכיפת זכויותיהם של עובדי חברות השירותים

שרון רבין-מרגליות

**תקציר** ♦ **מבוא** ♦ א. מדוע עובדים רבים כל כך מועסקים דרך חברות שירותים? 1. מהן חברות השירותים? 2. מדוע ארגונים פונים לדפוסי העסקה חלופיים? 3. מדוע יש העדפה להתקשרות עם חברות השירותים על פני דפוסי העסקה החלופיים האחרים? 4. מדוע מעוניינים למגר את הסדרי העסקה החלופיים והאם הדבר אפשרי? ♦ **ב. השתתחות פיקוח על לקוחות חברות השירותים** 1. כללי 2. החובה לפקח שחווה אספקת השירותים אינו "חווה הפסד" 3. פיקוח תקופתי על מימוש זכויות העובדים וטיפול בתלונות פרטניות של עובדי השירותים 4. התקשרות עם חברות שירותים שהן "מפרות סדרתיות" ♦ **סיכום**

### תקציר

כעשרה אחוזים מכלל העובדים השכירים בישראל מועסקים דרך חברות כוח אדם וחברות שירותים. נתון זה מחייב אותנו להתמודד עם ההיבטים הייחודיים של חיי עבודתם של אותם עובדים. ניסיונות הפיקוח שנועדו לצמצם את ממדי העסקה של עובדים לפרק זמן ממושך דרך מיני מתווכים – כשלו. במהלך הניסיון לשפר את איכות העבודה מצאו עצמם רוב העובדים מועסקים דרך חברות שירותים שלמעשה החליפו את חברות כוח האדם.

העסקת עובדים בחברות השירותים הביאה עמה תחלואים חדשים, והבולט שבהם – הפרה שיטתית ומכוונת של זכויות עובדים בממדים נרחבים. מפאת התחרות על חוזי השירותים נאלצו חברות השירותים שרצו לשרוד בענף להזויל עלויות, בין היתר על חשבון זכויות המינימום של העובדים. החיסכון בא לידי ביטוי גם בהפרת זכויות שיטתית שנבעה מרמה נמוכה של אכיפה ציבורית ופרטית.

במאמר זה אציע שורה של צעדי פיקוח שאותם יש להטיל על הגורמים המתקשרים עם חברות השירותים. פיקוח ישיר של לקוחות חברות השירותים על אכיפת זכויות העובדים אשר בחצריהם יצמצם את היקף הפרת הזכויות בענפי השירותים במידה ניכרת. מילוי חובות הפיקוח יקנה ללקוח מגוון הגנות מפני תביעות של עובדי השירות כלפיו, ועל כן יש לצפות שרבים מהמתקשרים עם חברות השירותים

\* מרצה בכירה, המרכז הבינתחומי הרצליה. הערות למאמר אפשר לשלוח ל [srabn@idc.ac.il](mailto:srabn@idc.ac.il).

## שרון רבין-מרגליות

יקיימו את דרישות הפיקוח. אמנם הצעה זו אינה מקדמת את המטרה המקורית – לצמצם את ממדי ההעסקה העקיפה של עובדים – אולם בכוחה לתרום לרווחתם.

### מבוא

מאמר זה עוסק בשאלה כיצד אפשר למנוע את הפגיעה השיטתית בזכויותיהם של עובדי חברות השירותים בישראל. המאמר סוקר את הגורמים הכלכליים והמשפטיים שעודדו ארגונים לפנות לדפוס העסקה זה, והמסקנה העולה ממנו היא שיש לשנות את הדין ולחייב את הארגונים המתקשרים עם חברות שירותים לפקח על אכיפת זכויותיהם של עובדי השירותים העובדים בשביל הארגון.

חברות שירותים הן חברות המספקות שירות ללקוחותיהם, והעבודה מתבצעת בחצרי הלקוח. כאלה הן חברות הניקיון והשמירה וחברות ההסעות והמחשוב. הן מוכרות לנו גם בשם "קבלני שירותים".<sup>1</sup> שלא כמו חברת כוח אדם, חברת השירותים מספקת ללקוחותיה שירות מוגדר ומוגמר שהלקוח בחר למקרה החוצה (outsourcing) כגון שירותי ניקיון או אבטחה. חברת כוח האדם, לעומת זאת, מספקת ללקוח פתרונות נקודתיים של כוח אדם, מעין "כולבוניק" היכול לשלוח ללקוח מזכירה, עובד מחשב, עובד ניקיון ומאבטח בעת ובעונה אחת. מושא ההתקשרות שונה אפוא: בחוזה לאספקת השירותים מושא ההתקשרות הוא השירות, ואילו בחוזה לאספקת כוח אדם מושא ההתקשרות הוא כוח האדם עצמו.<sup>2</sup> מובן שהבחנה זו אינה חפה מתחומים אפורים שלא ברור בהם אם ההתקשרות היא במסגרת מיקור חוץ מלא של שירות כלשהו או למעשה מיקור חוץ של כוח האדם בלבד.<sup>3</sup>

1 לאורך המאמר אני משתמשת בשני המונחים הללו ללא הבחנה. מדובר בשמות נרדפים לחברות המספקות שירות בחצרי מזמין השירות על ידי עובדים קבועים (הכוונה אינה לעובדים בעלי מעמד של "קביעות", היינו בעלי ביטחון תעסוקתי, אלא עובדים המועסקים דרך קבע ולפרקי זמן ממושכים בחצרי לקוח אחד).

2 הבחנה זו מצאה את ביטויה בפסיקת בית הדין לעבודה עוד באמצע שנות השמונים, בטרם הפכו יחסי העבודה המשולשים לחלק מן הנוף התעסוקתי של שוק העבודה בישראל. ראו: דב"ע (ארצי) מג/2-22 גבע – מדינת ישראל, פר"ע טז 318, 329 (1985). בעת האחרונה סמך בית הדין ידיו על הבחנה זו בע"ע (ארצי) 116/03 מדינת ישראל – משרד החינוך – חג'בי, תק-אר 2006 (1) 634, 639 (2006) (להלן: פרשת חג'בי). בית הדין קבע כי למיקור חוץ ישנן שתי צורות אופייניות: "מיקור חוץ של פונקציות, בו מוציאים בשלמותם תחומים מוגדרים מן המסגרת הארגונית של המזמין... במיקור חוץ של כוח אדם עושה הארגון המזמין שימוש בעובדי חברת כוח אדם אותם מעמיד לרשותו הקבלן".

3 פרופ' רות בן ישראל מציינת כי כאשר תפקידו של הקבלן "לבצע פונקציה ולתת מוצר מוגמר" ההבחנה פשוטה, אולם ייתכנו מקרים שהגבולות בהם מטושטשים. כך למשל עובד ניקיון באוניברסיטה הכפוף להוראות אב הבית. במקרה כזה אפשר לראות בקבלן השירותים קבלן כוח אדם המספק עובדי ניקיון. רות בן ישראל "מיקור חוץ (outsourcing) 'מתמקרים' החוצה: העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם: פרשנות אחרת: המרת העסקה הפורמלית בעסקה האותנטית" *שנתון משפט העבודה* 5, 9 (1999), במיוחד הערה 5 (להלן: בן ישראל).

בשנתיים האחרונות נשמעת ביקורת חריפה על התנהלותן של חברות השירותים בקשר עם עובדיהן ובעיקר על ההפרה השיטתית והמכוונת של זכויות העובדים המועסקים אצלן.<sup>4</sup> חברות השירותים אימצו מדיניות (לא מוצהרת) של אי-קיום זכויות המינימום של העובדים, בהסתמך על רמתה הנמוכה של האכיפה הפרטית והציבורית של זכויות עובדי השירותים.<sup>5</sup> מתברר שהעובדים האלה משתכרים שכר מינימום, ולא זו בלבד אלא שגם זכויות המינימום שהם זכאים להן לא נאכפות תמיד. בעבר התמקד הדיון בתופעת יחסי העבודה המשולשים בבעיה של פערי זכויות ואפלייתם לרעה של עובדי הקבלן לעומת עובדי המשתמש ואי-נכונות המשתמש לקלוט לארגונו את עובדי הקבלן המבצעים בשבילו עבודה פרקי זמן ממושכים.<sup>6</sup> כיום עומדת על סדר היום הציבורי השאלה כיצד לשפר את רמת האכיפה של זכויות העובדים, גם אם חבילת הזכויות שלהם צנועה מתבילת הזכויות של עובדי המשתמש.<sup>7</sup>

4 ראו לדוגמה: עמותת "ידיד" וקליניקה למשפט ושינוי חברתי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה "כיצד נבטיח את זכויות המאבטחים? נייר עמדה בנושא אכיפת חוקי המגן בדגש על אכיפת זכויות מאבטחים" (2005) [www.kablan.org.il/files/yadid\\_emda.pdf](http://www.kablan.org.il/files/yadid_emda.pdf) (להלן: זכויות המאבטחים); נועם אבחסרה, נטע בקר וזיו כהן "עובדים שקופים בשירות המדינה" (2006) [law.mscc.huji.ac.il/law1/clinics/sherut.pdf](http://law.mscc.huji.ac.il/law1/clinics/sherut.pdf) (להלן: עובדים שקופים); אבישי בניש ורועי צרפתי "בזכות ההגינות ובגנות מכרזי ההפסד: על מכרזי הפסד, תחרות בלתי הוגנת ופגיעה בזכויות עובדים" [law.huji.ac.il/upload/ATT3813845.pdf](http://law.huji.ac.il/upload/ATT3813845.pdf) (להלן: בניש וצרפתי); מיכל תג'ר "לעבוד בלי כבוד: זכויות עובדים והפרתן" 46-34 (האגודה לזכויות האזרח בישראל, 2006) [www.acri.org.il/pdf/workersrights.pdf](http://www.acri.org.il/pdf/workersrights.pdf) (להלן: תג'ר).

5 עובדים שקופים, לעיל הערה 4, בעמ' 92-75; "מסמך רקע בנושא: מאפייני ההעסקה של עובדי השמירה ואבטחה בישראל" 9-7 (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 10.7.2005) [www.knesset.gov.il/mmm/data/docs/m01173.doc](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/docs/m01173.doc) (להלן: מאפייני ההעסקה); יגאל יאסינוב, *דוח בנושא זכויות עובדים בענף השמירה והאבטחה* (הוגש לוועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת במרס 2005), 12-25 (להלן: יאסינוב). ראו גם: אלון קלמנט ושרון רבין-מרגליות "תובענות ייצוגיות בדיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק?" *עיני משפט* לא 369, סעיף 4 לפרק ג (2009) (להלן: קלמנט ורבין-מרגליות).

6 ראו לדוגמה ההסדרים שנקבעו בחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996, ס"ח 201, המתמקד בין היתר בנושא השוואת תנאי העבודה של עובדי קבלן כוח אדם לתנאי העבודה של עובדי המשתמש (סעיף 13) וזכותו של עובד חברת כוח האדם להפוך לעובד המשתמש לאחר תקופת העסקה של תשעה חודשים (סעיף 12). הדיון בבתי הדין לעבודה אף הוא התמקד בנושא פערי הזכויות והשאלה אימתי מחויב המשתמש לקלוט את עובדי הקבלן המוצבים אצלו כעובדיו. ראו בעניין זה למשל: ע"ע (ארצי) 1189/00 לוינגר – מדינת ישראל, פדאור 00 (8) 44 (2000) (להלן: פרשת לוינגר); עב' (אזורי ת"א-יפו) 911583/99 אבני-כהן – מדינת ישראל-הנהלת בתי המשפט, תק-עב 2001(2) 28210, 28223 (2001) (להלן: פרשת אבני); ע"ע (ארצי) 326/03 מדינת ישראל – משרד הבריאות, המרכז לבריאות הנפש – צ'פקוב, תק-אר 2006(1) 306 (2006) (להלן: פרשת צ'פקוב).

7 ראו סדרה של הצעות חוק פרטיות שמטרתן המשותפת היא להגביר אכיפתן של זכויות העובדים במסגרת העסקה עקיפות: הצעת חוק אחריות מזמין שירותי קבלן לזכויות העובדים, התשס"ו-2006, פ/1187/17 (הסדר שעל פיו החובה לדאוג לקיום זכויות העובדים תוטל לא רק על המעסיק הפורמלי אלא גם על מי שהזמין שירותים או עבודה כחוק); הצעת חוק אחריות מזמין שירותי קבלן לזכויות העובדים, התשס"ו-2005, פ/4120/16 שהגיש חבר הכנסת יגאל יאסינוב; הצעת חוק אחריות מזמין

## שרון רבין-מרגליות

ארגונים שמכל מיני סיבות מעוניינים להעסיק עובדים שלא במסגרת יחסי עבודה ישירים, פונים כיום יותר מבעבר לחברות שירותים דווקא. כללים משפטיים מתחום המשפט הפרטי ודיני העבודה "דחפו" מעסיקים בשנים האחרונות לפנות לערוץ העסקה זה. בתי הדין לעבודה מפקחים פיקוח הדוק על התקשורות עם מועסקים במעמד של קבלן עצמאי ועל העסקה באמצעות חברות כוח אדם. יש נכונות להכיר במועסקים האלה כעובדים של מי שבעבורו בוצעה העבודה.<sup>8</sup> לעומת זאת, בתי הדין לעבודה מיעטו להתערב בנסיבות שהתקשרות בהן הייתה מסוג רכישת שירותים מוגדרים מחברת שירותים.<sup>9</sup> מיקור חוץ של פעילות שלמה של העסק, למשל הוצאת כל עבודות הניקיון, השמירה או המחשוב לגורם

שירותי קבלן לזכויות העובדים, התשס"ו-2006, פ/פ 1483/17 שהגישה חברת הכנסת שלי יחימוביץ'; הצעת חוק אחריות מזמין שירותי קבלן לזכויות העובדים, התשס"ו-2006, פ/פ 647/17 שהגישה חברת הכנסת ליה שמטוב (הסדרים דומים); הצעת חוק עסקאות גופים ציבוריים (תיקון – אכיפת דיני העבודה), התשס"ה-2005, פ/פ 3273/16 (גוף ציבורי לא יתקשר עם חברה קבלנית שהפרה זכויות עובדים). חברת הכנסת שלי יחימוביץ' גיבשה מסמך שכולל הצעות לשיפור אכיפת חוקי העבודה בישראל. קביעה של תנאים מקדימים במכרזי ההתקשרות, הטלת אחריות על הפרת זכויות עובדים הן על הקבלן הן על המזמין, הגברת המודעות של העובדים לזכויותיהם: שלי יחימוביץ' ועמית בן צור "אכיפה תחלף מעוני – הצעות לשיפור דרכי אכיפתם של חוקי העבודה בישראל" (2006) [207.57.4.5/wp/wp-content/uploads/2007/03/achifa1.pdf](http://207.57.4.5/wp/wp-content/uploads/2007/03/achifa1.pdf).

8 לעניין הפיקוח על העסקת עובדים במעמד של קבלנים עצמאיים – הרי מאז הקמתו של בית הדין לעבודה מסווג בית הדין מועסקים לקבלנים עצמאיים או עובדים על פי יישום של מבחן עובדתי ולא על פי המסגרת החוזית שאימצו הצדדים. ראו פסק הדין המנחה בנושא זה: דב"ע (ארצי) לא/27-3 עיריית נתניה – בירגר, פר"ע ג(1) 177 (1971), ובשנים האחרונות: בג"ץ 5168/93 מור נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(4) 628 (1996) (להלן: בג"ץ מור); ע"ע (ארצי) 300256/98 אייזיק – תה"ל-חכנון המים לישראל בע"מ, פר"ע לו 817 (2002) (להלן: פרשת אייזיק); ע"ע (ארצי) 300267/98 טויטו – מ. ש. ב. הנדסת קירור למיוזג אויר בע"מ (1965), פר"ע לו 354, 364 (2002). לסקירת התפתחותו של המבחן המהותי לסיווג מועסקים ראו: מנחם גולדברג "עובד" ו"מעביד" – תמונת מצב עיוני משפט יז 19, 27-28 (1992). בכל הקשור להעסקת עובדים באמצעות חברת כוח אדם פסיקתו של בית הדין דומה; אף הוא מפעיל מבחן סממנים כדי לקבוע מיהו המעביד האותנטי (המעביד שאצלו השתלב העובד). כך למשל בפרשת לוינגר, לעיל הערה 6. (השתלבות העובדת הייתה במסגרת הארגון של המשתמש [מדינת ישראל] בשל תקופת העסקה ארוכה שנמשכה 21 שנים, כאשר חברות כוח האדם התחלפו ואילו העובדת המשיכה לבצע את עבודתה); פרשת אבני, לעיל הערה 6, בעמ' 28223 (הכרעה דומה).

9 ראו לדוגמה: פרשת חגיבי, לעיל הערה 2 (חברת השירותים שעבדו בה המשיכים הפסידה במכרז שערך משרד החינוך. העובדים דרשו מבית המשפט שיכיר בהם כעובדי משרד החינוך, ובית הדין דחה את התביעה מן הטעם שההתקשרות הייתה לאספקת שירותים ובגדר מיקור חוץ אותנטי ולגיטימי); ע"ע (ארצי) 273/03 שוואב – מדינת ישראל – משרד החקלאות ופיתוח הכפר, תק-אר 2006 (4) 556, 565-567 (2006) (להלן: פרשת שוואב). (בחוות הדעת של הנשיא אדלר נרמז שהוא רואה בעין יפה יותר מיקור חוץ של שירות מלא מאשר מיקור חוץ של כוח אדם חלקי. לדעתו הפרטת שירותים היא אחת הדרכים להשגת משק תחרותי, ואין בכך כדי להפוך את עובדי ספק השירות לעובדי המשתמש) על פסק הדין הוגשה עתירה שטרם נדונה, ראו: בג"ץ 710/07 שוואב נ' בית הדין הארצי לעבודה (לא פורסם, 8.5.2007) (להלן: בג"ץ שוואב).

חיצוני נתפסת כהחלטה ניהולית לגיטימית, בגדר פרוגטיבה הניהול של המעביד.<sup>10</sup> תכנון נכון של ההתקשרות עם קבלן השירותים – ובעיקר כאשר רוכש השירותים מקפיד שלא לפקח ישירות על אופן ביצוע העבודה ולא להיות מעורב בגיוס העובדים ובפיטוריהם באשר קבלני השירותים מתחלפים – מאפשרת לרוכש השירותים ליהנות מרמת ביטחון גבוהה יחסית שהוא לא יוכר בדיעבד כמעביד של אותם מועסקים. בסביבה משפטית זו, גורמים רבים בוחרים בהתקשרות עם חברות שירותים על פני צורות העסקה אחרות.

ההיסחפות למיקור חוץ מלא של שירותים גררה את המערכת, כאמור, לגידול ניכר בהיקף ההפרות של זכויות העובדים. הסיבה לכך היא שבעבר, כאשר התבצע מיקור חוץ חלקי, במקרים רבים המשתמש הוא שגייס את העובד וסיכם עמו את תנאי העבודה ורק ההתקשרות הסופית נעשתה דרך חברת כוח האדם.<sup>11</sup> המשתמש העביר תשלום לחברת כוח האדם בעבור כל עובד בנפרד וכיסה את עלויות השכר המתחייבות על פי החוק, על פי ההסכמים הקיבוציים ועל פי צווי ההרחבה שחלו על אותו עובד. כיום הלקוח משלם לחברת השירותים בעבור השירות הכולל. ענף השירותים הפך לתחרותי יותר, וכדי לזכות במכרזים לאספקת השירותים, המתמודדים נאלצים להציע הצעות הפסד שאינן מכסות את עלויות השכר של העובדים. תנאי התחרות ו"המרוץ לתחתית" בין חברות השירותים להציע את ההצעה הזולה ביותר מנתבים אותם לאמץ מדיניות של הפרת זכויות כדי "לשרוד" בשוק.

הפיקוח שהוטל על חברות כוח האדם לא השיג את יעדיו. תחת צמצום היקף העסקתם של עובדים באמצעות מתווכים, שיפור תנאי עבודתם והקניית ביטחון תעסוקתי במידת-מה, אותם עובדים מועסקים כיום בחברות השירותים. דוח שפרסם בעת האחרונה מרכז המחקר של הכנסת מאמת עובדה זו במגזר הציבורי. הנתונים שנאספו במחקר הצביעו על מגמה של הפחתת שיעור ההעסקה באמצעות קבלני כוח אדם לכמה עשרות עובדים בכל משרד והרחבה ניכרת בהיקף ההעסקה באמצעות קבלני שירותים.<sup>12</sup> על פי הדוח, סיבה עיקרית לכך היא הפיקוח שהוטל על העסקת עובדים באמצעות קבלני כוח אדם.<sup>13</sup> התוצאה היא ששיעור

10 לדיון כללי בהיקף הפרוגטיבה הניהולית של המעביד ראו: עס"ק (ארצי) 400005/98 הסתדרות העובדים הכללית – מדינת ישראל, תק-אר 2000 (1) 13893 (2000); בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481 (2004), פס' 31 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') אור וס' 17 לחוות דעתו של השופט מצא. ליישום נקודתי של פרוגטיבת הניהול על מיקור חוץ של שירותים ראו פרשת חג'בי, לעיל הערה 2; בג"ץ שזואב, לעיל הערה 9.

11 ראו לדוגמה את פרטי ההתקשרות בדב"ע (ארצי) נה/109-02 לויץ – המוסד לביטוח לאומי, תק-אר 1996 (1) 1840 (1996) (להלן: פרשת לויץ); פרשת לוינגר, לעיל הערה 6.

12 מיכל טביבאן מזרחי "העסקת עובדי קבלן ונותני שירותים מן החוץ במשרדי הממשלה" 21 (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 23.7.2007) [www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01826.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01826.pdf) (להלן: טביבאן מזרחי).

13 שם. ראו מסקנה דומה גם בעובדים שקופים, לעיל הערה 4, בעמ' 13 ("פעולת קבלני שירותים אינה מוסדרת בחוק או בהסכם קיבוצי כלשהו. שדה פרוץ זה הוביל לכך שההעסקה באמצעות קבלני שירותים הפכה להיות החצר האחורית החדשה של שוק העבודה הישראלי, וזירה מרכזית להעסקה פוגענית של עובדים").

העובדים המועסקים במסגרת חיצונית לא פחת (לעומת שיעור העובדים שהועסקו דרך חברות כוח אדם), ותנאי העבודה נותרו זכויות המינימום. אלא שעתה קבוצת עובדים זו נאלצת להתמודד עם קשיים חדשים: הפרת זכויות וניוד בין לקוחותיה של חברת השירותים. זוהי דוגמה למקרה שהפיקוח הרע במידה ניכרת את מצבה של הקבוצה שלטובתה הוא הוטל. תגובה אחת לבעיות האכיפה, המוצאת את ביטויה בחלק מהצעות הרפורמה, היא לנהוג בחברות השירותים כמו שנהגו בחברות כוח האדם.<sup>14</sup> הנחת היסוד של הצעה מסוג זה היא שהדרך הטובה ביותר להגן על זכויות עובדי חברות השירותים היא להפוך אותם באופן כפוי, לאחר תקופת עבודה מסוימת, לעובדי המשתמש, על פי גישה זו, אין להשלים עם העסקת עובדים לפרק זמן ארוך במסגרות עקיפות. אם התברר שבאסדרת ענף כוח האדם נותרה פרצה המאפשרת למעסיקים לחמוק מן הפיקוח על ידי עיצוב ההתקשרות בינם לבין המתווך כעסקה לרכישת שירותים, יש להשוות את היקף הפיקוח על שתי מסגרות ההעסקה. יש לבדוק מתי מטרת ההתקשרות היא להימנע מיצירת יחסי עבודה ישירים בין מקבל השירות ובין העובד. אין הבדל מהותי בין רבות מחברות השירותים לבין חברות כוח האדם, שבאשר להן נקבע הן בחוק הן בפסיקה שההכרה בהן כ"מעבידי" היא לפרק זמן מוגבל בלבד, ולאחריו ייחשב ה"משתמש" למעביד.<sup>15</sup>

כיוון אחר הוא להכיר בחברת השירותים כמעביד, ובתוך כך להפוך את רוכש השירותים ל"מעביד שירוי" או "מעביד במשותף". הפיכת רוכש השירותים למעביד שירוי מקנה לעובדים זכות תביעה כלפיו באותם מקרים שבהם אי אפשר לאכוף את זכויות העובדים בחברת השירותים.<sup>16</sup> דוקטרינת ה"מעבידים במשותף" מקיפה יותר; היא מכירה באחריותו של קבלן השירותים ובאחריות הלקוח שלו, יחד ולחוד, לאכיפת זכויות העובדים (ולא רק כאשר אי אפשר להיפרע מהקבלן).<sup>17</sup> לנוכח פריצת האוניברסליות למושגי היסוד של מי

14 אחת ההצעות היא לבטל את ההבחנה בין קבלן כוח אדם לקבלן שירותים על ידי תיקון חוק העסקת עובדים באמצעות קבלני כוח אדם והחלתו על קבלני שירותים. ראו שם, בעמ' 17.

15 ראו מקורות לעיל, בהערה 6.

16 ראו שימוש בפתרון זה בדב"ע (ארצי) נד/96-3 מחלקת הבנייה של הקיבוץ הארצי בע"מ – חליל – עבד – אל – דחמן, פד"ע כט 151 (1995/6). (הראיס – שהיה המעסיק הפורמלי – נעלם, ולא היה אפשר להיפרע ממנו. בית הדין לעבודה אפשר לעובדים להיפרע מהמעסיק בפועל); פרשת שוואב, לעיל הערה 9. (עמדתו של הנשיא אדלר היא שיש להטיל אחריות על מקבל העבודה במקרה שהקבלן אינו יכול למלא את ההתחייבויות כלפי העובד); הצעת חוק הגנת השכר (תיקון – אחריות מעסיק בפועל), התשס"ו-2006, פ/1227/17, לפיה עובד קבלן או עובד חברת שירותים ששכרו לא שולם לו במועד יכול להיפרע מהמעסיק בפועל ישירות.

17 גישה זו אף היא מצאה ביטוי בפסיקת בית הדין לעבודה. לדוגמה: עב' (אזורי ת"א-יפו) 3054/04 שמואלוב – משה פונס שרותי נקיון ואחזקה בע"מ, תק-עב 2006 (4) 6754 (2006) (להלן: פרשת שמואלוב). הבנק שעבדה בו עובדת הניקיון הוכר כמעביד במשותף (עם חברת הניקיון) לצורך הוראות בסיסיות בחוקי המגן וצווי ההרחבה כדי להבטיח את זכויותיה המינימליות של העובדת. החבות היא של שני המעבידים ביחד ולחוד; ע"ע (ארצי) 1363/02 חזין – תנופה שירותים כ"א ואחזקות 1991 בע"מ, תק-אר 2006 (4) 299 (2006) (להלן: פרשת חזין) (ייתכן שאפשר לראות הן במדינה הן בחברת כוח האדם מעסיקים); לדיון ולבחינת ההשלכות של המעמד המשותף של שני

העובד ומי מעבידו<sup>18</sup> אפשר כיום להכיר בחברת השירותים כמעביד בהקשרים מסוימים בלבד.<sup>19</sup>

בפרק הראשון אטען שהניסיון לכפות על מזמין השירותים יחסי עבודה ישירים עם עובדי השירותים רק יפגע בתנאי העבודה של עובדים אלו. אי אפשר לכפות על ארגונים ומקומות עבודה להעסיק עובדים במסגרת דפוס ההעסקה המסורתית. כל ניסיון כזה יוביל את הארגונים לחפש פתרונות חדשים לעקוף את הפיקוח כדי שיוכלו להמשיך ולהעסיק עובדים בעקיפין. כאמור, הפיקוח שהוטל על העסקת עובדים באמצעות קבלני כוח אדם הגביר את השימוש בחברות השירותים ובסופו של דבר פגע בעובדים. אם פיקוח דומה יוטל על חברות השירותים, תהיה התגובה דומה. מזמיני השירותים ידרשו שחברות השירותים תבצענה תחלופה גבוהה של העובדים כדי שהעובדים לא יצברו ותק של יותר מחודשים בודדים אצל כל משתמש. התחלופה הגבוהה תרע את תנאי העבודה של עובדי השירותים, והם ימצאו עצמם מנוידים חדשים לבקרים בין שלל לקוחותיו של המעביד שלהם.

בפרק השני אציע גישה חלופית לטיפול בבעיית תנאי העסקתם של עובדי חברות השירותים בישראל. הצעה זו אינה מתמקדת בניסיונות להפוך את רוכש השירותים למעביד או למעין מעביד של עובדי חברות השירותים, אלא מתמקדת את מזמין השירותים לפקח על התנהלות חברת השירותים בכל הקשור לתנאי עבודתם של עובדי השירותים. צעדי הפיקוח יכולים לכלול את החובה לבדוק בטרם ההתקשרות עם חברת השירותים שהתמורה בעבור השירות שרכש מכסה את עלויות השכר של העובדים שיבצעו את השירות (שלא מדובר בחוזה הפסד לחברת השירותים), או לערוך בדיקה תקופתית-מדגמית שחברת השירותים אינה מפרה את זכויות העובדים או לחייב את מזמין השירותים לבדוק תלונות פרטניות על הפרת זכויות שידווחו לו עובדי השירותים המבצעים עבודה בחצריו. רק מזמין שירותים שיעמוד בחובות הפיקוח יינה מחסינות מפני הכרה בעובדי השירותים כעובדיו. כיום שולטים מבחנים מהותיים לקביעת זהות המעביד,<sup>20</sup> ועל כן מזמין שירותים הבוחר לפקח על תנאי העבודה של עובדי השירותים בחצריו חשוף לקביעה בדיעבד שהוא המעביד

המעסיקים ראו: Guy Davidov, *Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships*, 42 BRITISH JOURNAL OF INDUSTRIAL RELATIONS 727, 734-735, 743 (2004).

18 לדיון בפריצת האוניברסליות באופן כללי ראו: דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817 (1998).

19 ליישום רעיון זה ביחס לעובדי קבלן כוח אדם ראו: פרשת לוי, לעיל הערה 11, בעמ' 1842, 1847 (הבדיקה מיהו המעביד תיעשה ביחס לכל הקשר בנפרד, ואפשר לראות במשתמש מעביד במשותף, מעביד במקביל או מעביד יחיד, לפי הנסיבות); פרשת צ'פקוב, לעיל הערה 6.

20 דב"ע (ארצי) נב/3-142 אלהריגאת – כפר דות, פר"ע כד 535 (1992) (להלן: פרשת כפר דות). שם נקבע בפעם הראשונה שיש להיעזר במבחן סממנים עובדתיים כדי להכריע מי מבין המעסיקים הוא המעביד האמיתי. יישום המבחן אינו מוגבל לתבנית העסקה משולשת מסוימת, והוא יושם בכל מצב של ריבוי מעסיקים. העסקה על ידי ראיס בפסק דין כפר דות; העסקה על ידי חברות כוח אדם בפסק דין לוינגר (פרשת לוינגר, לעיל הערה 6) ובפסק דין אבני (פרשת אבני, לעיל הערה 6) והעסקה על ידי

האמתי של עובדי השירות. תחת מבחנים מהותיים אלו כדאי להמעיט בפיקוח על תנאי העבודה של עובדי השירותים ולהתנהל מול חברת השירותים ומולה בלבד בעניין טיב השירות.

לשיטתי, בד בבד עם עידודו של מזמין השירות לפקח על תנאי העבודה של עובדי השירות ולאכוף את זכויותיהם יש להעניק לו מידת-מה של חסינות מפני הכרה בו כמעביד. על פי הצעה זו, מזמין שירות שיקיים את חובות הפיקוח ייהנה מהגנה מפני טענה של עובדי השירות כי יש להכיר בהם כעובדיו הישירים. יתר על כן, לא יהיה אפשר לתבוע אותו בגין הפרת זכויות שביצעה חברת השירותים. סטנדרט האחריות שיוטל על מזמין השירות יהיה סטנדרט של רשלנות ולא סטנדרט של אחריות מוחלטת, כפי שמשמע מפסקי הדין והצעות החוק המאפשרות לעובד השירות להיפרע ממזמין השירות.<sup>21</sup> מזמין שירות שלא יקיים את חובת הפיקוח יהא חשוף לתביעות כלכליות של עובדי השירות שזכויותיהם הופרו וכן לתביעה להכרה בו כמעביד ישיר.

הטענה שיש לקדם משטר של הטלת חובות פיקוח על מזמין השירות תחת הניסיון להפוך את עובדי השירות לעובדים הישירים של מזמין השירות נשענת על כמה נימוקים: האחד – מעשי; אי אפשר למתן את השינויים במבנה שוק העבודה באמצעות פיקוח משפטי. הצורך הארגוני במתכונת העסקה מסורתית שבה עובדים מועסקים במקום עבודה אחד תקופה ארוכה מתוך מחויבות הדדית שלא לסיים את מערכת היחסים החוזית בלא סיבה מוצדקת – פחת. מעבידים אינם מעוניינים ביחסי עבודה ארוכי טווח עם כל האנשים אשר מבצעים עבודה בעבורם. שגשוגן של חברות כוח האדם וחברות השירותים, המאפשרות יחסי עבודה לא מחייבים בין המשתמש למבצעי העבודה, היא הביטוי לשינויים ארגוניים אלו, הן במגזר הציבורי הן במגזר הפרטי. ככל שנצמצם את ביטויה של התופעה בדפוס העסקה אחד – למשל על ידי הכבדה על הכרה בקבלנים עצמאיים, פרי-לנסרים אותנטיים או חברות כוח אדם המעסיקות עובדים לתקופה ממושכת – כך תתעצם התופעה בדפוס העסקה אחר, למשל בצמיחת ענף חברות השירותים.<sup>22</sup> אם יוטל פיקוח הדוק מדי על ענף השירותים, ימצאו השחקנים בשוק מודל העסקה אחר שלא חל עליו הליך פיקוח. הנימוק השני עוסק בטובת עובדי חברות השירותים; קביעת סדרה של חובות פיקוח המוטלות על מזמיני השירות תאפשר בניית מנגנון אכיפה פרטי-מוסדי של זכויות העובדים האלה. מנגנון זה יחזק את מנגנון האכיפה הציבורי ואת מנגנון האכיפה הפרטי-אישי (תביעות יחידניות של עובדים) – מנגנונים שעד כה לא הצליחו לטפל כראוי בבעיות ההפרה של זכויות עובדי השירותים.

חברות שירותים בפסק דין חג'בי (פרשת חג'בי, לעיל הערה 2) ופסק דין שמואלוב (פרשת שמואלוב, לעיל הערה 17).

21 ראו מקורות לעיל, הערות 16 ו-17.

22 ראו לעיל, דיון בטקסט הנלווה להערות 12 ו-13.



## א. מדוע עובדים רבים כל כך מועסקים דרך חברות שירותים?

### 1. מהן חברות השירותים?

חברות שירותים מבצעות בשביל לקוחותיהן פעילות עסקית שלמה שהלקוח בחר למקרה החוזה. בדרך כלל פעילות זו משנית לפעילות הליבה של הארגון. לדוגמה, אם בעבר ארגונים שנוקקו לשירותי ניקיון העסיקו עובדי ניקיון ישירות, הרי כיום רוב עובדי הניקיון מועסקים דרך חברות ניקיון אשר מתקשרות בחוזה לאספקת שירותי ניקיון עם כמה וכמה לקוחות. בחוזה לאספקת השירותים מסכימים הצדדים (חברת הניקיון ומזמין השירות) על טיב העבודה ועל היקפה, ומזמין השירות מתייחס לחוזה זה כאל כל חוזה עסקי אחר. מזמין השירות אינו מתעניין מי יבצע את עבודת הניקיון בפועל, מהם תנאי העבודה של העובדים ואם חברת הניקיון נוהגת בהם כראוי ומשלמת להם את מלוא זכויותיהם על פי דין; כל מעייניו של מזמין השירות נתונים בשאלה אם עבודת הניקיון מתבצעת על פי המוסכם בחוזה לאספקת שירותי הניקיון. למזמין השירות אין שיח עם העובדים אלא עם חברת השירותים.

שני ענפי השירות העיקריים בישראל הם ענף הניקיון וענף השמירה והאבטחה. נכון לשנת 2006, בשני ענפים אלו הועסקו 64,700 עובדים,<sup>23</sup> כ-2.5% משוק העבודה הישראלי.<sup>24</sup> חברות השירותים פועלות בעוד תחומים, כגון מחשוב, גינון ותחזוקה, הסעדה, הדפסה, ניהול כוח אדם והשמה, שירותים משפטיים, שירותים חשבונאיים, שירותי גבייה מלקוחות, יחסי ציבור, שירות לקוחות ואף הוראה.<sup>25</sup> למעשה כל שירות שהארגון רוכש מגורם חיצוני נכנס להגדרה הרחבה של עבודה המסופקת מחברת שירותים. עם זה, נראה כי כאשר מדברים על "עובדי חברות השירותים" מתכוונים, בדרך כלל, לאותם עובדי שירות המבצעים את העבודה בחצריו של מזמין השירות ומספקים שירות ללקוח אחד של המעסיק שלהם. כאשר משרד עורכי דין או משרד יחסי ציבור מספקים שירות לארגון כלשהו, עורכי הדין או היח"צנים לא יסווגו כעובדי חברות שירותים משום שהם אינם ניתנים את השירות בחצרי הלקוח ומשום שאפשר שבד בבד הם מעניקים שירות דומה ללקוחות אחרים.

המאמר מתמקד בעובדי שירות המקיימים שני תנאים מצטברים: א) עובדים המבצעים עבודה רק בעבור לקוח אחד של המעסיק שלהם ב) העבודה מתבצעת בחצרי הלקוח או לפחות לא בחצרי המעסיק, והקשר היום-יומי הפיזי הוא עם הלקוח. הגבלות אלו נובעות מהקרבה הפיזית והבלעדיות במתן השירות ללקוח אחד, היוצרת אצל המתבונן מהצד שאינו מעורה ברשת החוזים העסקיים את הרושם שבין השניים יש יחסי עבודה. זה ניסיון החיים

23 ראו: הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה *שנתון סטטיסטי לישראל* 522, טבלה 12.11 (2007).  
24 החישוב נערך מסך כל המועסקים במשק. נכון לשנת 2006 היו 2.573 מיליון מועסקים. 64,700 הם 2.5% מסך המועסקים. שם.  
25 בהקשר של העסקת עובדי הוראה דרך מתווכים, ובכלל זה חברות שירותים, ראו: גיא דוידוב *עובדי קבלן במערכת החינוך* (לא פורסם).

שלנו (עד כה), שהמעביד הטבעי של העובד הוא מי שבעבורו ובפיקוחו הפיזי העבודה נעשית.<sup>26</sup>

אפשר שהצעות הפיקוח שהמאמר הזה עוסק בהן רלוונטיות לדפוסי העסקה נוספים שטרם חדרו למודעות הציבור בישראל. תופעה קרובה לחברות השירותים הן שרשרות האספקה (Supply Chains).<sup>27</sup> שרשרות אספקה הן צורת התנהלות עסקית שעל פיה חברה עסקית רוכשת מוצרים, חלקים או חומרי גלם מקבלני משנה. אותם קבלני משנה רוכשים אף הם חלק מן המוצר מקבלני משנה, אשר גם הם רוכשים רכיבים מסוימים מקבלני משנה, וכן הלאה. פרקטיקה זו מקובלת מאוד בענפים מסוימים כגון טקסטיל, הלבשה והנעלה.<sup>28</sup> בשרשרות אספקה המוצר אינו מיוצר בחצרי המזמין הראשי (החוליה הראשונה בשרשרת). מזמין המוצר, וכן כל חוליה נוספת בשרשרת, שומרים לעצמם את הזכות החוזית לפקח על טיב המוצר ולערוך ביקורת איכות במפעלים שהמוצרים מיוצרים בהם. המטרה היא לפקח שהמוצר עומד במפרט שהוזמן מצד האיכות ולא מצד תנאי העבודה של העובדים.

שרשרות אספקה מתבססות על רשת ענפה של התקשרויות חוזיות בין הספקים. המבנה החוזי מורכב יותר מאשר המבנה (הפשוט יחסית) של יחסי העסקה משולשים, שבהם יש רק שני חוזים: בין חברת השירותים ללקוח ובין חברת השירותים לעובדיה. בענף הלבשה לדוגמה, השרשרת תכלול שלושה חוזים לפחות:<sup>29</sup> בית האופנה מתקשר עם קבלני משנה שייצרו בשבילו את קולקציית החורף שעיצבו עובדיו; קבלני המשנה מתקשרים עם "ראיסים" המגייסים תופרות שעובדות בביתן, או לחלופין קבלני המשנה מעבירים את העבודה לכמה וכמה מתפרות. בעבר תפרו בתי האופנה את קולקציות הבגדים שלהם במפעלים שהיו בבעלותם, ורק חומרי הגלם הבסיסיים נרכשו מספקים חיצוניים. בתעשיית הביגוד שרשרות האספקה חוצות גבולות ויבשות. התרעומת הציבורית על תנאי העבודה הקשים של חוליות חלשות בשרשרת האספקה מהדהדת במדינות המערב. ביקורת זו הובילה חלק מבתי האופנה המובילים להפעיל מנגנוני פיקוח פנימיים על תנאי העבודה של העובדים אצל הספקים בשרשרת האספקה שלהם, והם מקפידים להתקשר רק עם ספקים העומדים בקריטריונים נוקשים של בטיחות וגיהות ואספקת תנאי עבודה מינימליים.<sup>30</sup>

26 ניסיון חיים זה עומד ביסוד הקביעה בפסק הדין המנחה. שם נקבע כי הנחת המוצא ביחסי עבודה היא שמי שמבצעים בעבורו את העבודה הוא המעביד, ורק אם יישום המבחנים העובדתיים מצביע שהקבלן הוא מעסיק, נסטה מנקודת המוצא המקובלת. ראו: פרשת *כפר דות*, לעיל הערה 20, פסקה 18; ראו גם: דב"ע (ארצי) מה/3-25 *קיפניס – "אגד" – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ*, פד"ע יז 14 (1985).

27 לסקירת שרשרות אספקה ראו: MICHAEL RAWLING, A GENERIC MODEL OF REGULATING SUPPLY CHAINS OUTSOURCING (2007, Available on SSR).

28 שם, בעמ' 1.

29 שם, בעמ' 4.

30 IVANKA MAMIC, HUMAN RESOURCES, MANAGEMENT AND PERSONNEL: IMPLEMENTING CODES OF CONDUCTS: HOW BUSINESS MANAGES SOCIAL PERFORMANCES IN GLOBAL SUPPLY CHAINS (2004).

הזכרתי את שרשרות האספקה מכיוון שלדעתי יש דמיון בין התקשרויות המשנה הללו לבין התקשרות עם חברות שירותים. בשני המקרים הארגון מקבל החלטה עסקית שלא לייצר בעצמו שירות או מוצר אלא לרכוש אותו מגורם חיצוני ו"מרחיק" מעצמו את העובדים על ידי רשת של חוזים.<sup>31</sup> ההבדל בין סוגי ההתקשרויות הוא מהות הרכישה. נשוא ההתקשרות עם חברת שירותים הוא שירות, ואילו נשוא ההתקשרות בשרשרת אספקה הוא מוצר. משתנה זה אינו רלוונטי מבחינת דיני העבודה, שכן גם את המוצר שהעסק רוכש מייצרים עובדים של הספק, ולכן הטענה כי רכישת שירותים היא רכישת עבודה של בני אדם, להבדיל מרכישת מוצרים שהם סחורות, איננה מדויקת. מאחורי המוצרים מסתתרים העובדים המייצרים אותם. ההבדל הוא במרחב הפיזי שהעבודה מתבצעת בו. מתן השירותים נעשה בחצריו של מזמין השירות, ואילו ייצור המוצרים נעשה בחצרי הספק, לעתים במדינה אחרת, בלי שיש כל קשר, אישי או פיזי, בין הלקוח לעובדי הספק. הזיקה האישית-פיזית היא שיוצרת בעיני רבים את המחויבות של מזמין השירות לקבל עליו אחריות בעניין תנאי העבודה של עובדי השירות הפועלים בחצרו.

כאמור, מכיוון שהדיון הציבורי בארץ מתנהל על אחריות מזמין השירות כלפי עובדי חברות השירותים הפועלות בחצרו, המאמר עוסק בדפוס העסקה זה בלבד. ייתכן שבעתיד אפשר יהיה להקיש מן הדיון על חברות השירותים לעוד דפוסים העסקה שאין בהם הקשר הפיזי אך נשמרת הבלעדיות: שרשרות אספקה או עובדי שירות הפועלים מחצרי המעסיק אך משרתים לקוח אחד (יש ממד של תלות כלכלית עקיפה).

## 2. מדוע ארגונים פונים לדפוס העסקה חלופיים?

התקשרות עם חברות השירותים היא אחד השינויים הפוקדים את שוק העבודה.<sup>32</sup> מתכונת ההעסקה המסורתית – שיחסי העבודה בה כללו התחייבות מפורשת או משתמעת להעסקה ארוכת טווח ושהעובדים נהנים בה מביטחון תעסוקתי (הגנה מפני פיטורים שרירותיים) וממסלולי קידום פנים ארגוניים – אינה עוד דפוס העבודה הרווח.<sup>33</sup> לצד התרופפות המחויבות של מעסיקים כלפי עובדיהם הישירים, מעסיקים רבים מעוניינים להתקשר עם אנשים בחוזים לביצוע עבודה במסגרות המתיימרות לנתק כליל את יחסי העבודה בין

31 בשרשרות האספקה הגורם הרוכש מרחיק עצמו מהעובדים המייצרים את המוצרים בעבורו על ידי הוספת חוליות (קבלני משנה) לשרשרת, אולם הוא שומר לעצמו זכות פיקוח נרחבת על איכות המוצר. בדרך כלל יכללו החוזים הסדר שעל פיו מזמין העבודה רשאי לבדוק את אתרי הייצור ולשלוח על דרך הייצור וכן לבדוק את איכות המוצר עוד במהלך הליכי הייצור (ולא רק במועד האספקה). זכויות אלו דומות בטבען לזכויות המעביד לפקח על ביצוע העבודה של עובדיו.

32 בן ישראל, לעיל הערה 3, בעמ' 7-9; אמירה גלין "מיקור חוץ (outsourcing) מתמקרים" החוצה: ההיבט הארגוני והניהולי" *שנתון משפט העבודה* ז' 43, 45-48 (1999) (להלן: גלין); תג'ר, לעיל הערה 4, בעמ' 34-46; יורם מרגליות ושרון רבין-מרגליות "עבודה ורווחה: על הקשר בין דפוס העסקה המשתנים לזכויות הרווחה של העובדים" *עיוני משפט* כה 601 (2002) (להלן: מרגליות ורבין-מרגליות); ראו גם דיון כללי בנושא אצל טביביאן מזרחי, לעיל הערה 12, בעמ' 7-11.

33 מרגליות ורבין-מרגליות, לעיל הערה 32.

## שרון רבין-מרגליות

הצדדים. כך אפשר לאפיין התקשרות עם קבלנים עצמאיים,<sup>34</sup> פרי-לנסרים<sup>35</sup> או עם מתווכים למיניהם: חברות כוח אדם, חברות שירותים, קבלני משנה<sup>36</sup> וחברות העסקה.<sup>37</sup> הארגון מעסיק כמה עובדי לבה שיש לו עמם יחסי עבודה מוצהרים, ואילו האחרים מבצעים את העבודה תחת קורת גג חוזית אחרת.

הפנייה בעשורים האחרונים לדפוס העסקה החורגים מיחסי העובד-מעביד המסורתיים היא תולדה של כמה גורמים. יש להבחין בין הגורמים המשפיעים במגזר הציבורי לגורמים המשפיעים במגזר הפרטי, וכן בין המגזר המאורגן, שיחסי העבודה בו מוסדרים בהסכמים קיבוציים, לבין המגזר הלא-מאורגן, שבו מתקשרים עם העובדים בחוזים אישיים.

בעיות הקשורות לעלויות העסקת העובדים הקבועים, הקושי לפטרם והקושי לגייס כוח אדם נוסף עקב בעיות תקינה (שהרי כל מינוי חייב בתקן), הובילו את המעסיק במגזר הציבורי לבחור במסלולי העסקה חלופיים. בעקבות תכנית החירום הכלכלית לייצוב המשק שאושרה בשנות השמונים הוצבו חסמים על כמה מן התקנים, אף שהדרישות לשירותים מהמגזר הציבורי התרבו. מהלך כפול זה גרם למשרדים ולמוסדות הממונים מכספי המדינה לרכוש שירותי כוח אדם ממקורות חוץ, שכן עובדים אלו אינם נרשמים כעובדי הארגון ומשכורתם אינה משולמת מתקציב כוח האדם של הארגון.<sup>38</sup> בעת האחרונה פרסם אגף המחקר של הכנסת דוח מקיף על שיעור ההעסקה של עובדי שירותים מן החוץ במשרדי הממשלה.<sup>39</sup> מדוח זה עולה כי שיעור ההעסקה של עובדי שירותים מן החוץ בתשעה משרדי ממשלה

34 על ההבחנה בין עובד לבין קבלן עצמאי ראו: פרשת אייזיק, לעיל הערה 8.

35 על ההבחנה בין עובד למשתתף חופשי ראו: בג"ץ מוד, לעיל הערה 8; וראו גם: ע"ע (ארצי) 300274/96 צדקא – מדינת ישראל - גלי צה"ל, פד"ע לו 625 (2001) (להלן: פרשת צדקא).

36 מצב שבו קבלן ראשי מתקשר עם קבלני משנה שיבצעו מרכיבים של העבודה. קבלנות המשנה נפוצה בענף הבנייה; שם קבלנים ראשיים מתקשרים עם קבלנים מבצעים כגון קבלן מבנה, קבלני עבודות חשמל, קבלני עבודות אלומיניום וכדומה. גם שרשרת האספקה שהזכרתי הם מקרה פרטי של קבלנות משנה.

37 חברת העסקה היא חברה שמאפשרת לעוסקים זעירים (קבלנים עצמאיים ופרי-לנסרים), שמכל מיני טעמים אינם מעוניינים להתנהל מול רשויות המס כעצמאיים, להתקשר עמה והיא משמשת מעביד פורמלי מול רשויות המס. במקרים אחרים דורש המעסיק של אותם עוסקים זעירים שההתקשרות החוזית תהיה בינו לבין חברת העסקה. על הסדרי העסקה אלו כתבתי במאמר אחר, שרון רבין-מרגליות "חברות העסקה: מעמדן מול רשויות המס והביטוח הלאומי" מיסים כ/א-32 (2006). על הכרה במי שהועסק דרך חברת העסקה כעובד לצורך תביעת דמי אבטלה ראו: ב"ל (אזורי ת"א-יפו) 5380/04 הורכין – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע 06 (27) 859 (2006).

38 טביביאן מזרחי, לעיל הערה 12, בעמ' 9.

39 שם. נסקרו שני סוגים של דפוס העסקה: הראשון – העסקה "באמצעות מתווכים", ובכלל זה: קבלני כוח אדם, קבלני שירותים, עובדי עמותות וחברות מיקור חוץ. בדפוס העסקה הזה יש מערכת יחסי עבודה משולשת ובה לעובד יש שני מעבידים: הראשון – חברת הקבלן, והשני – המעסיק בפועל, משרדי הממשלה. הסוג השני נקרא "נותני שירותים מן החוץ" וכולל פרי-לנסרים ויועצים. בדפוס העסקה הזה יש התקשרות ישירה בין משרד הממשלה ובין מספקי השירות. שם, בעמ' 5-6.

## על מעמד ועל אכיפת זכויותיהם של עובדי חברות השירותים

שנסקרו נע בין 8.5% ל-35% מכלל עובדי המשרד, וברוב המשרדים שיעורה כרבע מכלל עובדי המשרד.<sup>40</sup>

בשביל המעסיק הציבורי דפוסי העסקה אלו הם פתרון למגוון בעיות. ראשית, כך הם יכולים לחמוק ממגבלות חוק יסודות התקציב וחוק שירות המדינה (מינויים) בדבר שיא תקינה,<sup>41</sup> שכן אין מדובר במינוי אנשים למשרות אלא ברכישת שירותים. שנית, התקשרות עם מתווכים מאפשרת גמישות ניהולית בכל הנוגע לפיטוריהם של מבצעי העבודה. פיטורי עובדים קבועים במגזר הציבורי הם הליך מסורבל ויקר, ובפועל, עקב העלויות הכרוכות בו, המעסיק הציבורי נמנע מלפטר עובדים קבועים גם כאשר החוק מאפשר זאת.<sup>42</sup> לעומת זאת, צמצום מצבת כוח האדם של עובדים המועסקים דרך חברות חיצוניות הוא תהליך פשוט יחסית – אפשר לצמצם את היקף השירותים הנרכש. כמו כן, העסקת עובדים שלא במסגרות יחסי עבודה ישירים, זולה יותר; עלות העסקת עובדים של חברת השירותים נמוכה יותר מאשר עלות העסקתם של העובדים הישירים במגזר הציבורי, הנהנים ממגוון זכויות מכוח רשת ענפה של הסכמים והסדרים קיבוציים החלים עליהם.<sup>43</sup>

עוד גורם שהשפיע על היקף השימוש בדפוסי העסקה חלופיים הוא תהליכי ההפרטה הפוקדים את המשק. הפרטה של שירות כגון בזק או שירותי הדואר והפיכתם בשלב ראשון לחברות ממשלתיות, גררה עמה פיטורי עובדים קבועים במסגרת תכניות התייעלות וגיוס מואץ של עובדים דרך קבלני כוח אדם וחברות שירותים מתוך ניסיון להתמודד עם עלות השכר הגבוהה של העובדים הקבועים.<sup>44</sup> דפוס אחר של הפרטה הוא ההחלטה לרכוש מגורים

40 מהדוח עולה ששיעור העובדים החיצוניים במשרד השיכון הוא הגבוה ביותר, 35%. תמונה דומה עולה גם מיתר משרדי הממשלה. במשרד הפנים מועסקים 31% מן העובדים במסגרות חלופיות; במשרד לקליטת עלייה – 24%; במשרד הרווחה – 22.5%; במשרד התקשורת – 21%; במשרד החינוך – 18%; במשרד לביטחון פנים – 12%; במשרד התשתיות הלאומיות – 8.5%. ראו: שם, בעמ' 18, טבלה מס' 1.

41 חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, ס"ח 60, אוסר העסקת עובדים מעבר לשיא כוח האדם שנקבע בחוק התקציב השנתי (סעיף 2). סעיף 34 קובע כי העסקת עובדים מעבר לשיא כוח האדם מהווה עברת משמעת. ראו גם: ס' 15 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, ס"ח 86, הקובע: "לא יתמנה אדם עובד המדינה אלא למשרה פנויה בתקן".

42 טביביאן מזרחי, לעיל הערה 12, בעמ' 10.

43 באשר לעובדי חברות כוח האדם, חלה חובה על קבלן כוח אדם שעובדיו מוצבים במגזר הציבורי להשוות את תנאי העבודה לאלו של עובדי הממשלה. צו הרחבה בענף אספקת כוח האדם, התשס"ד-2004, י"פ 5326, 3872, הפוטר מחובת השוואת התנאים הקבועה בסעיף 13(א) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, חל רק במגזר הפרטי (ראו ס' 4.3 לצו). עקב הקושי לקבוע מיהם העובדים הרלוונטיים להשוואה אצל המשתמש, לא ברור עד כמה נאכפת הזכות להשוואת תנאים של עובדי הקבלן המוצבים במגזר הציבורי. מכל מקום חובת השוואת התנאים אינה חלה על עובדי חברות השירותים.

44 אלי שמעוני ותני גולדשטיין "בזק מפטרת עשרות עובדים" *Ynet* 21.7.2005 [www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3115959,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3115959,00.html). ראו גם: יעל חסון "שלושה עשורים של הפרטה" 13-14, 19, 22-23 (2006) [www.knesset.gov.il/LegalDept/privatization/heb/privatization8.pdf](http://www.knesset.gov.il/LegalDept/privatization/heb/privatization8.pdf).

חיצוני שירות שסיפקו בעבר עובדי ממשלה או הרשות המקומית. למשל, החלטת העיריות לרכוש שירותי תברואה מספק חיצוני,<sup>45</sup> או החלטת הביטוח הלאומי לרכוש שירותי סיעוד מספק חיצוני. הממשל מתנער מחובתו לספק את השירות בעצמו ורוכש אותו בשביל הציבור מגורם חיצוני.<sup>46</sup> מובן שגם סוג הפרטה זה גורר עמו העסקת עובדים דרך חברות שירותים. במגזר הפרטי המאורגן נועדה הפנייה לדפוס העסקה חלופיים לאפשר למעסיק, הכבול בהסכמים קיבוציים, להעסיק אנשים בלא שההסכמים הקיבוציים יחולו עליהם.<sup>47</sup> בחלק מההסכמים הקיבוציים על המעסיק לקבל את רשות ארגון העובדים בטרם יתקשר עם הגורם החיצוני, אולם משניתנה הסכמה – הסכמה שלעתים ניתנת מתוך ניסיון להגן על תנאי העבודה של העובדים הקיימים ועל ביטחונם התעסוקתי – רשאי המעביד ליצור שתי קבוצות עובדים: קבוצת עובדים קבועה, הנהנית מהזכויות המוסדרות בהסכמים הקיבוציים, וקבוצת

45 ששי שילה "הפרטה ברשויות המקומיות בישראל: סקירה" הפרטה והגברת התחרותיות בישראל ובאזור 65, 68-70 (1999) (להלן: שילה); הפרטה מעשית ברשויות המקומיות (חיה הרשקוביץ ומרק עמיאל עורכים, 1998); אברהם בן דוד "הפרטה (outsourcing) הניסיון של אשקלון" הפרטה בשלטון המקומי: אשקלון ורשויות אחרות 33 (2002) (הספר להלן: הפרטה בשלטון המקומי); שמואל בר לב "outsourcing: הניסיון של המועצה המקומית קצרין" הפרטה בשלטון המקומי 43. כאשר עוסקים בהפרטה ברשויות המקומיות אפשר לציין שני סוגים של הפרטה: הראשון עניינו "הפרטה על בסיס כלכלי", כלומר כאשר שירות ציבורי מועבר לידיים פרטיות והציבור הרחב ממשיך לקבלו אך לא מהקופה הציבורית. הסוג השני הוא "החצנה (outsourcing) בו מעבירה הרשות את השירות לקבלן אולם ממשיכה לגבות את התשלום עבורו מהתושבים. פרקטיקה שהתפתחה כחלק מניסיון ההתייעלות וצמצום ההוצאות בתחום כוח אדם". שילה, שם, בעמ' 65-66.

46 מיכל קורא "דין בסוגיית ההפרטה של שירות התעסוקה ובאימוץ תוכנית 'מסעד לעבודה'" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע 2001) [www.knesset.gov.il/mmm/data/docs/m00669.doc](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/docs/m00669.doc)

47 ראו לדוגמה: ע"ב (אזורי ב"ש) 1382/04 אבאיי טלאייה – אפדור בע"מ, תק-עב 2005(2) 1408, 1421 (2005) (תביעה של שמונה עובדים זרים שהועסקו באמצעות חברת טלדור. העסקה זו מנעה מהם ליהנות מהזכויות שנבעו מההסכמים הקיבוציים בענף המלונאות); תב"ע (אזורי חי') מט/6-16 קרן הביטוח והפנסיה של פועלי הבניין ועבודות ציבוריות, אגודה שיתופית בע"מ – זמיר שרותי כוח אדם, פד"ע כד 5 (1992) (תביעה של עובדי חברת כוח אדם שהוצבו לעבוד כפועלי בניין אצל קבלן בנייה באתר בנייה. הם תבעו כיסוי פנסיוני בהתאם להסכם הקיבוצי הענפי של ענף הבניין למרות טענת חברת כוח האדם שאין היא בגדר מעבידה בענף הבניין). בשני פסקי הדין מאיין בית הדין לעבודה את האפשרות של חברות כוח האדם והמשתמשים לחמוק מהחלת ההסכמים הקיבוציים הענפיים על עובדי הקבלן. עם זה, בפסקי הדין מדובר בהסכמים קיבוציים ענפיים ולא בהסכמים קיבוציים מיוחדים. לא ברור אם ההלכה שנקבעה בפסקי דין אלו רלוונטית במקום שבו הזכויות שעובדי הקבלן טוענים להן מוסדרות בהסכמים קיבוציים מיוחדים הרלוונטיים רק לעובדי המשתמש. לאחר חתימת ההסכם הענפי בענף כוח האדם והרחבתו בצו ההרחבה, ממילא נחסמה האפשרות של עובדי חברות כוח האדם המוצבים אצל מעסיקים במגזר הפרטי לטעון לתחולת ההסכמים הענפיים והמיוחדים עליהם. על חברות השירותים למיניהן חלים ההסכמים הקיבוציים הענפיים (הסכם קיבוצי ענפי של ענף הניקיון, הסכם קיבוצי של ענף האבטחה והשמירה וכדומה). בחברות שירותים רב-ענפיות, שלהן כמה חטיבות שירות – למשל חטיבה של מתן שירותי ניקיון וחטיבה של מתן שירותי אבטחה – חל ההסכם קיבוצי ענפי אחד, הנקבע על פי הענף שיש בו מספר העובדים הרב ביותר, כדי לשמר את שיטת יחידת המיקוח המפעלית. ראו: ע"ע (ארצי) 324/05 ריבה אצילדייב – עמישב שרותים בע"מ (לא פורסם, 27.3.2006).

על מעמדם ועל אכיפת זכויותיהם של עובדי חברות השירותים

עובדים ארעית, המועסקת דרך התקשרות עם גורמים שלישיים, שההסכם הקיבוצי של המעסיק אינו חל עליה.

ומה באשר למגזר הפרטי הלא מאורגן – מדוע גם שם פונים ארגונים לדפוסי העסקה חלופיים? בארגונים אלו אין מגבלות תקינה בדומה למגזר הציבורי ואין הסכמים קיבוציים שהחלתם על עובדים מייקרת את עלויות העסקתם. במגזר הפרטי הלא-מאורגן, חלופות להעסקה ישירה – ובמיוחד התקשרויות עם קבלני כוח אדם וקבלני שירותים – נועדו לענות על צורך פונקציונלי. התקשרות עם חברות כוח אדם תהיה בדרך כלל בשל צורך בפתרונות זמניים למחסור בעובדים או כדי להסתייע בהן באיתור עובדים ובמיונם.<sup>48</sup> התקשרות עם חברות השירותים תיעשה על יסוד החלטה ניהולית עניינית לרכוש שירותים כלשהם מגורמים חיצוניים – יהיו אלה שירותי ניקיון, שירותי אבטחה, גינון, תחזוקה או שירותים משפטיים, חשבונאיים, יחסי ציבור או כל ייעוץ אחר.<sup>49</sup>

### 3. מדוע יש העדפה להתקשרות עם חברות השירותים על פני דפוסי ההעסקה החלופיים האחרים?

בסעיף הקודם נסקרו בקצרה הסיבות העומדות ביסוד ההחלטה להעסיק עובדים שלא במסגרת יחסי עבודה ישירים, אך דומה כי בשנים האחרונות הארגונים מעדיפים את חברות השירותים על פני החלופות האחרות. לדעתי הסיבה לכך קשורה לרמת הפיקוח השיפוטי שהוטל על כל אחד מהסדרי התעסוקה: מכל דפוסי ההעסקה החלופיים, התקשרות עם חברת שירותים מקנה את ההגנה הטובה ביותר לרוכש השירות מפני טענות ותביעות משפטיות להכרה במועסק כעובדו הישיר.

אשר להתקשרויות עם מועסקים במעמד של קבלן עצמאי ופרי-לנסרים – חלים מבחנים עובדתיים הבוחנים אם הפך המועסק לעובד של הגורם שבעבורו בוצעה העבודה, על אף ההתקשרות החוזית. מבחן ההשתלבות, ובגלגולו העדכני המבחן המעורב, בודק סדרה של סממנים שעל פיהם ייקבע אם העסקת העובד הייתה במעמד של קבלן עצמאי (או פרי-לנסר אותנטי) או שמא מדובר בעובד.<sup>50</sup> חוסר הוודאות רב. המעסיק חשוף לקביעה שהוא המעביד

48 אמירה גלין "על התיקון לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם: האם יצא שכרנו בהפסדנו?" *עבודה, חברה ומשפט* ח 103, 105–107, 115 (2001).

49 ראו: גלין, לעיל הערה 32, בעמ' 48–49. המחברת מציינת כי ישנה תפיסה ארגונית אשר לפיה על הארגון להתעסק בנושאים הקשורים ל"ליבת הארגון" בתחומים שבהם יש לו מיומנות, ובכל יתר התחומים יסתייע בקבלני משנה. לדיון בשאלה מדוע עסקי תיווך כוח האדם על צורותיו השונות משגשים בכלכלה האמריקנית ראו: *Only Lobel, Contracting for Flexible and Triangular Employment Relationships in the New Economy*, 10 TEX. WESLEYAN L. REV. 109 (2003) (להלן: Lobel).

50 ראו כמה דוגמאות בולטות ומוכרות בבג"ץ מור, לעיל הערה 8; פרשת אייזיק, לעיל הערה 8; פרשת צדקא, לעיל הערה 35.

בדיעבד גם במקרים שמלכתחילה דפוס ההעסקה היה של קבלן עצמאי אותנטי, וברבות הימים, עקב שינויים שחלו בדפוס ההעסקה, הפך ה"קבלן" לעובד.

העסקה דרך חברות כוח אדם אינן פותרות את הבעיה של מזמין העבודה. העובדה שיש גורם חיצוני המוכן לקבל על עצמו את מעמד המעביד הרשמי אינה מונעת מהעובד לטעון כי המעביד האמתי הוא מי שבעבורו העבודה מתבצעת. גם במקרים אלו בית הדין לעבודה מיישם את הסממנים העובדתיים כדי להכריע במפעלו של מי השתלב העובד הלכה למעשה.<sup>51</sup> חקיקתו של חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם לא פתרה את חוסר הוודאות בנושא. החוק מכיר בקיומו של המעסיק הפורמלי, כלומר קבלן כוח האדם.<sup>52</sup> עם זה, הפרשנות שניתנה לתחולת החוק מצמצמת. רק מי שעל פי הסממנים העובדתיים נקבע שהוא עובד של קבלן כוח אדם נכנס לגדר תחולת החוק.<sup>53</sup> החוק אינו משמש הסדר שלילי. החוק אינו מבטל את יישומם של המבחנים העובדתיים, והוא נכנס לפעולה רק משקבענו – על פי המבחנים העובדתיים – שהמעסיק בפועל אינו המעביד.

יוצא אפוא שהעסקת עובדים באמצעות חברות כוח האדם אינה מקנה כל הגנה מפני הכרעה בדיעבד כי עובדי קבלן כוח האדם הם עובדי המעסיק בפועל. במקרים שעובדים הועסקו תקופה ארוכה, קיבלו הנחיות מהמעסיק בפועל, ביצעו עבודות דומות לאלו של העובדים הקבועים של המעסיק בפועל (כלומר העסקת שתי קבוצות של עובדים זו לצד זו, חלק במעמד עובדים וחלק במעמד של עובדי קבלן כוח האדם) קבע בית הדין לעבודה כי המעסיק בפועל הוא המעביד.<sup>54</sup>

לכאורה התקשרות עם חברות השירותים חושפת את המתקשרים לאותו הקושי. בפסיקת בית הדין לעבודה אין הבחנה לצורך החלת המבחנים העובדתיים הבודקים במפעלו של מי השתלב העובד, בין התקשרות עם קבלן כוח האדם לבין התקשרות עם חברת שירותים. מבחן שנים עשר הסממנים, שמקורו בפסק דין כפר רות,<sup>55</sup> מיושם בכל סכסוך משפטי שבית הדין מתבקש להכריע בו בשאלת זהות המעביד. בפסק דין חג'בי, הדין בתביעתם של עובדי חברת

51 ראו פסקי הדין המוזכרים לעיל בהערה 6.

52 סעיף 1 לחוק המגדיר את קבלן כוח האדם כ"מי שעיסוקו במתן שירותי כוח אדם של עובדיו לשם עבודה אצל זולתו...".

53 פרשנות זו הציעה בן ישראל, לעיל הערה 3, בעמ' 39 ואומצה בפסק דין אכני, לעיל הערה 6, ובפסק דין צ'פקוב, לעיל הערה 6.

54 שם.

55 הסממנים הם: כיצד ראו הצדדים את היחסים ביניהם; בידי מי הכוח לפטר את העובד ובפני מי עליו להתפטר; מי קיבל את העובד לעבודה והסדיר את תנאי קבלתו; מי רשאי לשבצו בעבודה ויכול להעבירו מתפקיד לתפקיד; מי קובע את שכרו ומכלול 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; האם העבודה משתלבת כחלק מהעיסוק העיקרי של המשתמש או שמדובר בפרויקט צדדי הדורש מיומנות מיוחדת; מהי רציפות קשר העבודה, זמניות הקשר ומשכו; האם יש לצד שלישי עסק משלו אשר נותן שירותים לאחרים ובו העובד משתלב. פרשת כפר דות, לעיל הערה 20.



שירותים ממשרד החינוך שיכיר בהם כעובדי מדינה, יישם בית הדין מבחנים אלו כדי לברר מיהו המעסיק האותנטי של אותם עובדים.<sup>56</sup> בית הדין לעבודה שם דגש בסממנים ולפיקך נטה לקבוע שבהתקיים כמה תנאים, חברת השירותים היא המעביד. קיומם של תנאים אלו מאפשר לארגונים לכלכל את צעדיהם ולהפחית את הסיכון שיוכרו כמעבידים של עובדי חברות השירותים.

בית הדין מבחין בין החלטה על מיקור חוץ של פעילות מלאה שאינה פְּלֶבֶת הפעילות של הארגון, לבין החלטה להעסיק עובדים מסוימים דרך מתווך.<sup>57</sup> החלטה על רכישת שירות מגורם חיצוני נתפסת החלטה ניהולית לגיטימית.<sup>58</sup> זוהי חלק מהפרורוגטיבה הניהולית של העסק, ואין להתערב בה.<sup>59</sup> על פי אחת מאבני הבוחן בהכרעה מיהו המעביד יש לבדוק אם מיקור החוץ הוא של פונקצייה שלמה או שמא של עובדים ספורים כאשר המעסיק בפועל ממשיך להעסיק ישירות עובדים שלו המבצעים עבודות דומות. מיקור מלא של פונקצייה מצביע על התקשרות עם חברת שירותים, ואילו מיקור של חלק מהעובדים הוא סממן להתקשרות עם חברת כוח אדם.<sup>60</sup> יישום סממן זה מטה את הכף להחלטה עסקית למקר החוצה את כל הפעילות לחברת שירותים, גם כשבעבר היה הארגון מוכן להסתפק במיקור חלקי של הפונקצייה ולהעסקת עובדי קבלן כוח אדם לצד עובדיו שלו. מיקור מלא של הפונקצייה מונע גם טענות של עובדי חברות השירותים שהם מבצעים עבודה זהה לזו של עובדי המעסיק בפועל, מציאות היוצרת תסיסה וטענות לאפליה ודרישה להשוואת זכויות.

56 ראו פרשת *חג'בי*, לעיל הערה 2, סעיפים 10-12.

57 פסק דין *חג'בי*, לעיל הערה 2, מכיר בהבחנה בין שתי צורות ההעסקה – זו של חברות כוח האדם וזו של חברות השירותים. ראו שם, בפס' 12 לפסק הדין. בית הדין קובע כי העובדים הם עובדי חברת השירותים מן הסיבה ש"בעוד אשר הטיוולים עצמם הם חלק מתכנית הלימודים, פעולות הבקרה ואבטחת הטיוולים בהן עסקו החברות באמצעות המשיכים אינן חלק אינטגרלי מתכנית הלימודים או מפעילותו השוטפת של המשרד". ראו גם: עב' (אזורי ב"ש) 4615/03 *ציין אלון – רשות שדות התעופה לישראל* תק-עב 2007(2) 1506 (2007) (להלן: *פרשת ציין*) (אף על פי שההבחנה בין מיקור חוץ חלקי למיקור חוץ מלא של פונקצייה שלמה היא לעתים בעייתית, הרי שאפשר לאבחן בין שתי התופעות על פי יישום המבחנים העובדתיים של כפר רות).

58 ראו לדוגמה פרשת *צ'פקוב*, לעיל הערה 6 (למעסיק שמורה הזכות להוציא תפקידים מסוימים למיקור חוץ. מיקור חוץ אמתי לגיטימי ותואם את דרישות השינוי בכלכלה המקומית והעולמית. במקרים האלה לא חלה על מקבל השירות זכות ניהולית בעניין עובדי קבלן השירותים, ואין לו אחריות כלפי עובדי הקבלן).

59 ראו לעיל, המקורות בהערה 10. על הכללת ההחלטה למקר החוצה פונקצייה שלמה במסגרת הפרורוגטיבה הניהולית ראו פרשת *חזין*, לעיל הערה 17, בפסק דינה של סגנית הנשיא ברק. ("מיקור חוץ פירושו הוצאה של נושא מסוים מידי המדינה, ומסירתו לחברה חיצונית. כך רשאית המדינה להחליט שכל עבודות הסטטיסטיקה, הנהלת החשבונות, היעוץ המשפטי, יעשו על ידי גורם חיצוני. במקרה זה לא מדובר כלל בצורת העסקה משולשת. המדינה אינה המשתמש. היא מוציאה מידה שטח זה ולא היא עוסקת בו. ממילא גם אין לה זכות ניהולית על העושים עבודה זו מעבר לדרישות שיש לכל מוסר עבודה ממקבלה").

60 פרשת *ציין*, לעיל הערה 57. (הכרה במיקור חוץ אותנטי במקרה שכל העובדים הועסקו דרך חברת השירותים ורק "ראשי הפירמידה" הועסקו כעובדים ישירים של המשתמש [פס' 80 לפסק הדין]).

עוד סממן חשוב להכרעה מיהו המעביד הוא ברור השאלה מי מפקח על אופן ביצוע העבודה. ככל שמיקור החוץ של פונקצייה עסקית מלא יותר, יכול המעסיק בפועל להטיל פחות פיקוח על אופן ביצוע העבודה ופחות לשלוט בה. הוא דן עם חברת השירותים האחראית על ביצוע העבודה על פי חוזה אספקת השירותים ומסכם אתה על טיב השירות.<sup>61</sup> לקוח זהיר יימנע גם מלספק כלי עבודה וידרוש מקבלן השירותים לספקם – יהיו אלה חומרי ניקוי, חומרי בניין, אמצעי אבטחה, כלי גינון או כלי רכב לשירותי הסעה. ייעוץ משפטי אחראי ינחה לקוחות המתקשרים עם חברת שירותים שלא לבוא בדיון ודברים ישיר עם עובדי השירות ולא לתת להם הנחיות אלא דרך חברת השירותים או באמצעות הממונה מטעמה הנמצא בשטח. כללי זהירות אלו נועדו למנוע זיקה בין עובדי השירות ללקוח אך הם עלולים ליצור תחושת ניכור, שכן מבחינה משפטית, ככל שהחיכוך בין עובדי השירות ללקוח נמוך יותר, כך רמת הוודאות של הלקוח שלא יוכר כמעביד גבוהה יותר. תרבות ארגונית זו לא בהכרח מטיבה עם עובדי חברות השירותים, ועוד נדון בזה בהרחבה בהמשך.

במבחן משנה אחר בוחנים אם חילופים בספק השירות גוררים עמם החלפת עובדים. בית הדין קבע כי יש חזקה שבמצבים שקבלן כוח האדם (או לענייננו: חברת השירותים) מתחלף והעובד ממשיך במקום עבודתו (דרך מעסיק פורמלי חדש) – המעסיק בפועל הוא המעסיק האמתי.<sup>62</sup> לנוכח חזקה זו, ארגונים רבים מתנגדים ובצדק להמשך העסקתם של העובדים הקיימים בעת חילופי ספק השירות.

מעורבות בקביעת תנאי העבודה גם היא סממן חשוב לקביעה מיהו המעביד בדיעבד. מעורבות רבה של המעסיק בפועל בקביעת זהות העובדים (גיוסם ופיטוריהם), שעות העבודה שלהם, השכר והתנאים הסוציאליים שהם זכאים להם, מערערות את ההנחה שקבלן השירותים הוא המעביד. מעסיק בפועל זהיר יצמצם את מעורבותו בנושאים אלו. ככל שיפקח פחות, כן יקטן הסיכון שיוכר כמעביד בדיעבד של עובדים המועסקים בחצרו.<sup>63</sup> כל פיקוח – ולו בדיקה אם התמורה שהוא משלם בעבור השירות מכסה את עלויות העסקת כוח האדם או אם העובדים משתכרים שכר מינימום או אם כל חוקי המגן נאכפים – חושפת את המעסיק

61 המעסיק בפועל בפרשת צ'פקרוב, לעיל הערה 6, לא עמד בתנאי זה, ועקב כך הוא הוכר כמעביד. בפסק דין שוואב, לעיל הערה 9, דן הנשיא אדלר בשאלה כמה פיקוח מותר למעסיק המתקשר עם חברת שירותים להטיל על העובדים בלא שהוא ייחשב מעביד שלהם.

62 ראו פרשת לוינגר ופרשת אבני, לעיל הערה 6, לביסוס החזקה בדבר הכרה במעסיק בפועל כמעביד באותם מקרים שחברות כוח האדם התחלפו והעובד נשאר מועסק באותו מקום עבודה. בפסק דין מג'בי, לעיל הערה 2, קובעים שמדובר בחברת שירותים אותנטית, בין היתר מתוך אבחנה מפסק דין לוינגר, שבו נקבע כי העובדת הפכה ברוב הימים לעובדת של המשתמש על סמך העובדה שהיא נותרה עובדת קבועה בעוד המעסיקים הפורמליים התחלפו מדי כמה שנים.

63 ראו לדוגמה: ע"ב (אזורי ת"א-יפו) 7099/04 בולגרי – אפגד בע"מ (לא פורסם, 6.2.2007). בסכסוך זה עובדים זרים גויסו לעבודה דרך חברת השמה זרה. אשרות העבודה הוצאו על שם חברה הנדסית בשם אפגר. העובדים הועסקו בפרויקט בנייה של סולל בונה. אף שחברת ההשמה הזרה וחברת אפגר הוכרו כמעבידים במשותף, אחריות לא הוטלה על חברת סולל בונה עקב מיעוט הפיקוח והקשר האישי עם הפועלים.

בפועל לטענות שהוא הפעיל פיקוח על העובדים וכי ההתקשרות עם קבלן השירותים הייתה מסווה להעסקתם של העובדים על ידי המעסיק בפועל.

לסיכום חלק זה: התקשרויות אותנטיות עם חברות שירותים הן התקשרויות לגיטימיות. מיקור חוץ של פעילות עסקית שלמה בלי פיקוח של מקבל השירות על זהות העובדים, על אופן ביצוע העבודה ועל תנאי העבודה מאפשר למעסיקים לקבל מגוון שירותים בלי לסכן עצמם ביצירת יחסי עבודה ישירים עם מבצעי השירות בעבורם. הסתמכות בתי הדין לעבודה על סדרת סממנים עובדתיים הנבחנים בדעיבר מעודדת את המעסיקים המתקשרים עם חברות השירותים שלא להיות מעורבים בהחלטות על גיוס עובדים, בקביעת תנאי העבודה שלהם, בפיקוח שוטף ובפיטורים שלהם.

4. מדוע מעוניינים למגר את הסדרי ההעסקה החלופיים והאם הדבר אפשרי? קולות רבים קוראים לצמצם את הסדרי ההעסקה החלופיים ובראשם העסקת עובדי חברות כוח אדם ועובדי חברות שירותים לפרקי זמן ממושכים. חברי כנסת, גורמים ממשלתיים, עמותות חברתיות, אקדמאים ועיתונאים עוסקים בשאלה כיצד אפשר לצמצם את ממדי ההעסקת העקיפה של עובדים. הביקורת מתייחסת כאמור בעיקר למצב שהעבודה מתבצעת בחצרי מזמין העבודה, ושיש חיכוך אישי-פיזי עם מזמין העבודה.

בבסיס הביקורת הנחה כי דפוס ההעסקה המסורתי, שהעבודה התבצעה בו במסגרת יחסי עבודה ישירים בין מבצע העבודה למי שנהנה ממנה, הוא הסדר העסקה טוב יותר לעובדים. בהסדרי ההעסקה המסורתיים נהנו העובדים בדרך כלל מביטחון תעסוקתי משמעותי ומסל זכויות נדיב.<sup>64</sup> יש רצון לאפשר לעובדים רבים ככל האפשר ליהנות מדפוס העסקה זה, במיוחד משום שלמסלול ההעסקה העקיף נדחקים עובדים המשתייכים לקבוצות מוחלשות כגון נשים, עולים חדשים ומבוגרים.<sup>65</sup> עקב פערי הזכויות במסלולי ההעסקה למיניהם עולה הטענה שעובדי המסלול העקיף מופלים לרעה לעומת עובדי המסלול הישיר. טענת האפליה עולה ביתר שאת כאשר עובדי קבלן מבצעים עבודות זהות לאלו של עובדי המעסיק בפועל, אך נשמעת גם כאשר הם מבצעים עבודות שונות אך מוצבים פרקי זמן ממושכים אצל לקוח אחד, מן הטעם שעצם העסקתם לתקופה ממושכת ללא קליטתם אצל המעסיק בפועל הופכת אותם לעובדים "סוג ב"ת".<sup>66</sup> טענה זו מתבססת על תפיסת עולם שלפיה לעובד יש מעין "זכות" שמעבידו יהיה מי שבא עמו במגע פיזי-אישי יום-יומי ומי שנהנה ישירות מפרי עמלו. העיקרון ש"העבודה אינה מצרך"<sup>67</sup> מערער את הנכונות להכיר בחוזים לאספקת כוח אדם שריח הפיכת כוח האדם לסחורה נודף מהם. ביקורת מעשית נגד

64 מרגליות ושרון רבין-מרגליות, לעיל הערה 32.

65 הדוחות השונים שהתפרסמו בנושא מדווחים שהעובדים המועסקים דרך הקבלנים נמנים עם העובדים החלשים ביותר בחברה. ראו לדוגמה: תג'ר, לעיל הערה 4; עובדים שקופים, לעיל הערה 4.

66 שם, בעמ' 12.

67 עיקרון זה בא לידי ביטוי בסעיף 1 להצהרת פילדלפיה משנת 1944 בדבר מטרות ארגון העבודה הבינלאומי [www.ilo.org/ilolex/english/constq.htm](http://www.ilo.org/ilolex/english/constq.htm).

דפוסי העסקה אלו מתמקדת בהיקף הפרת זכויות עובדי חברות כוח האדם וחברות השירותים. בשנים האחרונות התברר שלא רק שסל הזכויות של העובדים האלה מצומק, אלא שבאופן שיטתי הזכויות האלה אינן מקוימות והמעסיקים הפורמליים הם למעשה מפרי זכויות סדרתיים.<sup>68</sup>

המבקרים צודקים שלהיות מועסק ישירות בארגון הנהנה משירותיך הוא הסדר ההעסקה הטוב ביותר לרוב העובדים וכי יש לשאוף שהיקף התעסוקה הישירה יהיה רחב ככל האפשר. אך השתתפות על דפוסי ההעסקה החלופיים וביטולם כדי לעודד דפוס העסקה ישיר אינם בגדר האפשר. ה"אבולוציה" של דפוסי ההעסקה החלופיים היא תגובה לצרכים ארגוניים-כלכליים. יש התאמה בין דפוסי העסקה שהארגונים מאמצים לעצמם לבין הכללים המשפטיים החלים על סוגי העסקה אלו. כפי שסקרתי, פנייה לחברות כוח אדם היא תגובה לכללים המשפטיים שצמצמו את היכולת להעסיק אנשים כקבלנים עצמאיים או פרי-לנסרים. פנייה לחברות השירותים הפכה שכיחה יותר לאחר שהמחוקק ובתי הדין השיתו פיקוח הדוק על העסקה של עובדי חברות כוח אדם.<sup>69</sup> גם בארצות הברית התרחש מעבר דומה.<sup>70</sup>

זמן התגובה של מעסיקים במגזר הפרטי לאסדרת שוק העבודה קצר. בפסק דין שמואלוב נקבע שבנק שהתקשר עם חברת ניקיון במסגרת של חוזה שירותים אותנטי חייב לפקח שחברת השירותים תאכוף את זכויותיה של עובדת ניקיון.<sup>71</sup> חודשים ספורים בלבד לאחר מתן פסק הדין מיהרה התאחדות התעשיינים לפרסם רשימת המלצות למעסיקים במגזר הפרטי כיצד להתמודד עם חובת הפיקוח החדשה. לצד המלצות חיוביות ישנה גם ההמלצה הבאה: "שאיש מעובדי הקבלן לא יבצע אצל מזמין השירות עבודה לאורך תקופה ממושכת. רצוי לדרוש שיחליף את עובדיו המוצבים אצל המזמין, אחת לשנה (לכל היותר), בעיקר כשמדובר בשירותים פשוטים שלא דורשים הכשרה או לימוד מיוחדים".<sup>72</sup>

פיקוח שיהפוך את עובדי חברות השירותים לעובדי הקוח לא ייטיב עם עובדי השירותים. פיקוח הדוק על העסקת עובדי חברות שירותים רק ידחק את הארגונים המתקשרים עם חברות השירותים לנקוט צעדים שיפגעו בעובדים. ייתכן שהמעסיק בפועל יקלוט עובדים ספורים, וסביר להניח שיהיו אלו אותם עובדי "דור המדבר" שהחלו לעבוד טרם הרגולציה.<sup>73</sup> ארגונים יתאימו עצמם לכלל המשפטי החדש. לדוגמה, אם הכלל החדש

68 ראו דברי ההסבר להצעות החוק והדוחות התברתיים המאזכרים לעיל בהערות 2, 4, 5.

69 ראו: תג'ר, לעיל הערה 4, בעמ' 43 (היעדר פיקוח על חברות השירותים תמרוץ חברות תיווך שסווגו בעבר כחברות כוח אדם "להמציא עצמן מחדש" כחברות שירותים על ידי אימוץ סממנים של חברות שירותים).

70 Lobel, לעיל הערה 49.

71 פרשת שמואלוב, לעיל הערה 17.

72 עופר יוחננוף "זכויות עובדים דרך קבלני שירותים – גם באחריות מזמין השירות" *ביטאון התאחדות התעשיינים בישראל* 29 (ספטמבר 2007) (להלן: יוחננוף).

73 ראו לדוגמה את התנהלות המדינה בנושא. במכתב מעורך הדין איתי סבירסקי, הקליניקה של אוניברסיטת תל אביב (30.7.2007), הוא מדווח על שינויים מבניים הצפויים להתרחש במשרד הרווחה: "במשרד צפוי שינוי מבני משמעותי (בעקבות דוח מבקר המדינה מס' 55ב') במסגרתו

על מעמדם ועל אכיפת זכויותיהם של עובדי חברות השירותים

יהיה שעובדי שירותים יהפכו לעובדי הלקוח לאחר תקופת-מה שהועסקו אצלו, ישנו חברות השירותים את התנהלותן בזירה זו ויקצרו את תקופת השהות של כל עובד אצל הלקוח. לקוחות ידרשו מחברות השירותים לערוך סבב אצל העובדים המוצבים אצלם כדי שלא תעלה טענה של יצירת זיקה ישירה עקב תקופת העסקה ממושכת. הארגון הקולט יימנע מכל קשר אישי עם העובדים, לרבות סירוב לסייע בעת משבר (כגון: בעת החלפת חברת השירותים, מחלוקת של העובד עם חברת השירותים או עובד שמפריס את זכויותיו).

יש לבדוק פתרונות אחרים לבעיה של הפרת זכויות עובדי חברות השירותים. פתרונות שיאפשרו מרחב קיום לדפוס העסקה זה בלי לקפח את זכויות העובדים בו. בפרק הבא אדון בפיתוח מנגנוני פיקוח פנימיים שיחייבו את הלקוחות של חברות השירותים לוודא זכויות העובדים נאכפות.<sup>74</sup> הפנייה לפתרון של בניית מנגנונים פרוצדורליים (חובות פיקוח) מתבססת על ההנחה שאי אפשר ליישם כלל משפטי שיווג את עובדי חברות השירותים כעובדי הלקוחות, ולא משום שאין הדבר ראוי להיעשות. כלל משפטי הקובע מבחנים עובדתיים המסווגים מעבידים מותר מרחב חוזי לקבלני השירותים וללקוחותיהם לעצב את הסדרי העסקה של העובדים כרצונם. המרחב החוזי האמור מאפשר לצדדים לאמץ מסגרת העסקה שעל פי המבחן העובדתי הקיים איננה מסווגת את הלקוח כמעביד. מכיוון שתמיד אפשר "לברוח" מהפיקוח על ידי הסדר (חוזי) תעסוקתי חדש, שאינו במרחב המפוקח, כדאי לבחור במנגנון פרוצדורלי שיכול לפחות לשפר את רמת האכיפה של זכויות העובדים.

## ב. השתת חובות פיקוח על לקוחות חברות השירותים

### 1. כללי

מהם הערוצים הקיימים לטיפול בהפרת זכויות עובדי חברות השירותים? כיום היחידה לאכיפת חוקי העבודה במשרד התמ"ת היא המופקדת על אכיפת זכויותיהם של עובדי חברות השירותים. יש לה סמכויות מנהליות לחקור מעסיקים המפריס את חוקי

74 ייקלטו בתקן מספר קטן יחסית של עובדי כוח-אדם (כדוגמת התובעת), ואילו כל יתר עובדי כוח-האדם הרבים – ככל הנראה יפוטרו, תוך – סביר מאוד להניח – הוצאת העבודה שהם עשו, לקבלני שירותים". המסמך נגיש ב: [www.tau.ac.il/law/clinics/files-for-clinikan/ital1.doc](http://www.tau.ac.il/law/clinics/files-for-clinikan/ital1.doc). במאמר אחר אני בודקת את האפשרות שמנגנונים קיבוציים יסייעו לשיפור תנאי העסקה של עובדי קבלן. ראו: שרון רבין-מרגליות "כיצד משפט העבודה הקיבוצי יכול סייע לעובדי קבלני כוח האדם ועובדי חברות השירותים?" (בכתיבה). הקו המנחה בשני המאמרים הוא שיש לגבש נהלים לפתרון בעיית תנאי העסקה של קבוצות עובדים אלו ולא לפעול לקביעת סטנדרטים של זכויות מהותיות (למשל על ידי הפיכתם לעובדי המשתמש), שקבלני כוח האדם, חברות השירותים ולקוחותיהם יוכלו "לברוח" מהם באמצעות עיצוב מחדש של מערכת היחסים החוזית.

העבודה ולהטיל עליהם קנסות מנהליים.<sup>75</sup> אולם האכיפה המנהלית נכשלה.<sup>76</sup> בכל הדוחות שפורסמו בנושא הצביעו הכותבים על שמצבת כוח האדם של יחידת האכיפה אינה יכולה לטפל בהיקף ההפרות הנוכחי,<sup>77</sup> וכי עקב סדרי עדיפות של הממשלה הפקחים מתמקדים באכיפת חוק שעות עבודה ומנוחה ובאיסור העסקת עובדים בשבת.<sup>78</sup> הציפייה שהרשות המנהלית, במקרה זה היחידה לאכיפת חוקי העבודה, תפתור את בעיית הפרת זכויות העובדים באמצעות מנגנוני הרתעה (ביקורות וקנסות מנהליים) – אינה מציאותית. ביקורת נגד המודל

75 תיקי החקירה מועברים ללשכה המשפטית של משרד התמ"ת. הקנסות המנהליים מוטלים רק על המפרים הקלים, אלה שחרגו ב-5% או פחות מהתשלומים הקבועים בחוק. ביתר המקרים מוגש כתב אישום. ברוב חוקי העבודה הטלת הקנס המנהלי דורשת מעורבות של תובע, ורק במיעוטם המפקח מורשה להטיל קנס בעצמו. כיום רק חמישה תובעים מועסקים באכיפת חוקי העבודה, דבר המניב באופן טבעי כתבי אישום בודדים בלבד. בשנת 2005 לדוגמה, הוגשו פחות מ-200 כתבי אישום. תג'ר, לעיל הערה 4, בעמ' 77. על פי דיווחים של משרד התמ"ת, מספר הקנסות המנהליים שהפקחים מטילים אינו גבוה. ראו: [www.moital.gov.il/NR/exeres/6F71846B-F62A-4929-8775-30C42F9C2710.htm](http://www.moital.gov.il/NR/exeres/6F71846B-F62A-4929-8775-30C42F9C2710.htm).

76 מבקר המדינה דו"ח שנתי 2003 – לשנת 2003 ולחשבונית שנת הכספים 2002, 820, 846 (2004) אשר מתריע על התנהלות היחידה לאכיפת זכויות העובדים במשרד התמ"ת ועל המחסור בכוח אדם בה: "לדעת משרד מבקר המדינה, על משרד התמ"ת לפעול להבניית מערך האכיפה של חוקי העבודה בדרך שתבטיח מיצוי האכיפה וניצול מיטבי של המשאבים הקיימים; כמו כן, עליו להבטיח קיומה של אכיפה יעילה ומועילה של חוקי העבודה על המעסיקים, ובכלל זה ניהול הולם של מערכת שליטה ובקרה על תהליכי העבודה".

77 כעשרים פקחים בלבד מועסקים ביחידת האכיפה, חלקם בשיעורי משרה לא מלאים. בממוצע פקח לכל 100,000 עובדים. למרות התמורות בשוק העבודה, המעבר לחוזי עבודה אישיים ודפוסי העסקה בלתי שגרתיים, נותר מספר הפקחים קבוע. ראו: תג'ר, לעיל הערה 4, בעמ' 75. יחידת האכיפה יצאה בשנת 2006 למבצע אכיפת תנאי העסקה בעקבות הביקורת הציבורית על רמת האכיפה הנמוכה של חוקי העבודה בענפי הניקיון והשמירה, אולם הצלחתו של מבצע זה הייתה חלקית בלבד, שכן בהיעדר כוח אדם, מאות התלונות שנאספו במבצע לא טופלו (שם); ראו גם דברי חזי אופיר ממחלקת האכיפה כפי שצוטטו ברב-שיח אכיפת זכויות העובדים שנערך באוניברסיטת תל אביב: "מאז 2004 יש 19 פקחים בלבד. פעם הוסתרו המספרים, אבל כיום כולם יודעים וזה גורם לנזק. המעסיקים יודעים שאנחנו חלשים ולא מפחדים להפר זכויות". בדוח המסכם את פעילות אגף האכיפה בשנת 2007 דווח על גידול משמעותי במצבת כוח האדם המטפלת בנושא האכיפה, אולם גם המספרים הנקובים בדוח רחוקים מלשמש כוח פעולה מרתיע ("בחודש פברואר 2007, התקבלה החלטת ממשלה מס' 1134 לפיה יורחב ויתוגבר מנהל האסדרה והאכיפה ב-47 תקנים נוספים וב-69 משרות סטודנט, מתוכם הוקצו לאגף האכיפה 34 תקנים ו-57 משרות סטודנט. ב-29 באפריל 2007 קיבלה הכנסת החלטה בנושא והמנהל תוקצב בהתאמה. בהמשך שנת 2007 הושקעו מאמצים רבים בקליטת עובדים חדשים לאגף האכיפה הכשרתם ושילובם במערך האכיפה. פעילות זאת עתידה להסתיים בזמן הקרוב ולהקיף את מכלול כ"א החדש שהוקצה לאגף"). ראו: אתר משרד התמ"ת [www.tamas.gov.il/NR/rdonlyres/9D6597A6-FAFE-4C24-ACCF-1DB7B355-A0FD/0/2007.pdf](http://www.tamas.gov.il/NR/rdonlyres/9D6597A6-FAFE-4C24-ACCF-1DB7B355-A0FD/0/2007.pdf).

78 מספר המעסיקים שנבדקו בשנת 2005 בנושא אכיפת חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 היה הגדול ביותר (662). מטרתה העיקרית לשמור על הצביון הדתי של יום השבת ורק באופן משני להגן על זכות העובדים ליהנות מיום מנוחה שבועי, ראו: אתר משרד התמ"ת [www.tamas.gov.il/NR/exeres/6F71846B-F62A-4929-8775-30C42F9C2710.htm](http://www.tamas.gov.il/NR/exeres/6F71846B-F62A-4929-8775-30C42F9C2710.htm).

על מעמדם ועל אכיפת זכויותיהם של עובדי חברות השירותים

המסורתי של פיקוח מנהלי אדוורסרי נשמעת כיום כלפי הרשויות המנהליות.<sup>79</sup> הטענה היא שבאופן מוסדי, אין בכוחה של הרשות המנהלית לשמש כלב שמירה. פיקוח יעיל משלב במידה רבה מערכת תמריצים להקמת מערכות פיקוח פנימיות בסיועה ובהדרכתה של הרשות המנהלית.<sup>80</sup>

אכיפה פרטית, כגון הגשת תביעות אישיות של עובדים נגד חברות השירותים, אינה מכשיר הרתעה יעיל לנוכח היקף התביעות הדל.<sup>81</sup> עובדים חוששים להגיש תביעות נגד המעסיק שלהם פן יבולע להם.<sup>82</sup> עובדים אחרים, שסיימו את עבודתם אצל מעביד שהפר את זכויותיהם ויכולים להגיש תביעות בלא מורא, חסרים לעתים את כוחות הנפש הנדרשים לניהול תביעה משפטית. במקרים אחרים הם אינם יודעים אל מי לפנות או שאינם יודעים עד כמה נרחבת הפרת זכויותיהם.<sup>83</sup> גם באותם מקרים שמוגשת בהם תביעה נגד חברת השירותים, חברת השירותים יכולה להתפשר נקודתית עם עובד זה או אחר הדורש את אכיפת זכויותיו ובתוך כך להמשיך להתנהל עם עובדים אחרים בשיטת "המצליח", כלומר להמשיך בהפרת זכויותיהם של עובדים אחרים מתוך הנחה שבסופו של דבר, רק קומץ עובדים תובע את מלוא זכויותיו.<sup>84</sup>

79 Orly Lobel, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, 89 MINN. L. REV. 342 (2004)

80 שם. אחת הדוגמאות שהכותבת בוחנת היא כישלונה של הרשות הפדרלית לפיקוח על בטיחות וגיהות בארצות הברית (OSHA) להפחית את שיעורן של תאונות העבודה ושל הפרת חובות הבטיחות. במדינת מיין יזמה הרשות תכנית ניסיונית שאפשרה פיקוח עצמאי של מקומות העבודה. מנגנון הפיקוח העצמאי הפחית במידה ניכרת את מספר תאונות העבודה.

81 תג'ר, לעיל הערה 4, בעמ' 81-88 (תיאור הבעיות שנתקלים בהן עובדים המעוניינים להגיש תביעות נגד המעביד).

82 ראייה לבעיה הממשית של העובדים לאכוף את זכויותיהם מחשש להתנכלות אפשר למצוא בסעיפי החוק המקנים הגנה לעובד מפני התנכלות, לדוגמה: ס' 245 לחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958, ס"ח 248; ס' 228 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, ס"ח 247; ס' 7 לחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987, ס"ח 1211; ס' 5 לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991, ס"ח 1349; ס' 10 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, ס"ח 1658; ס' 3 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 1661.

83 ראו לדוגמה תיאורו של חבר הכנסת יאסינוב על המתרחש בענף השמירה: "בענף שירותי השמירה קיימת תופעה נרחבת של הפרה שיטתית וגסה של זכויות העובדים. הסיבות לכך רבות, אך הבולטות שבהן הינן: היעדר אכיפה מספקת של חוקי המגן, נגישות מוגבלת של ההליך המשפטי וחוסר המודעות של העובדים לזכויותיהם. באופן כללי, יש לומר כבר עתה: חברות רבות מנצלות באופן ציני את המצוקה שבה נתונים העובדים שנאלצים להתפרנס מן העבודה כשומרים או כמאבטחים, אשר רבים מתוכם הם עולים חדשים, המהווים אחוז ניכר ביותר מן העובדים בחברות השמירה והניקיון. כל אלה, נציגי שכבות חלשות אחרות המהוות את 'מאגר כוח האדם' בענפים שונים – לא תמיד מודעים לזכויותיהם, וגם כאלה שכן – מהססים לעמוד עליהן. זאת, בשל מגוון סוגים של מצוקה תעסוקתית, הכובלת אותם במצב 'ללא מוצא' בשוק העבודה: גיל, מצב בריאותי, רקע תרבותי, קשיי שפה ופערים שמקורם במנטליות שונה". יאסינוב, לעיל הערה 5, בעמ' 3.

84 "המעבידים גורפים רווחים עצומים מהפרת החוק: כך, למשל, אם חברה פלוגנית מעסיקה 1,000 עובדים – וכל חודש, מסיבה כלשהי לא משלם לכל עובד סכום 'פעוט' של כ-100 ש"ח (למשל, ניכוי

עוד סוכני אכיפה אפשריים הם ארגוני העובדים והתובעים הייצוגיים, אך גם בחזית זו עדיין אין פריצת דרך. ארגוני העובדים, ובראשם ההסתדרות, אינם פועלים באופן שיטתי לאכיפת זכויותיהם של עובדי חברות השירותים.<sup>85</sup> לא מוגשות תביעות על דרך סכסוך קיבוצי נגד מי מחברות השירותים אשר עובדיהן מאורגנים,<sup>86</sup> ואילו בקשות להכרה בתביעות נגד חברות השירותים כתובענות ייצוגיות – טרם אושרו.<sup>87</sup>

לדעתי, הלקוחות של חברות השירותים הם סוכן הפיקוח האפקטיבי ביותר. חברות השירותים מתפרנסות מחוזי אספקת השירותים, והן רגישות לדרישות הלקוחות. דרישה של הלקוחות לאכוף את זכויות העובדים תקוים, אם משמעות המשך ההפרה תהא התרת חוזים קיימים והפסד התקשרויות עתידיות.

כיום אין תמריצים ללקוחות של חברות השירותים לפקח על תנאי העסקתם של עובדי השירותים. יתר על כן, לנוכח הכללים המשפטיים שנסקרו, התמריץ הוא הפוך: כשהלקוח מטיל פיקוח ישיר על עובד השירות, בא עמו במגע, מאפשר לו להישאר במקום העבודה בעת חילופי חברות השירותים, מתערב בהחלטות על גיבוש תנאי עבודתו ומפקח שחברת השירותים אוכפת את זכויותיו, הוא חושף עצמו לטענה שמסגרת ההעסקה המשולשת היא מסגרת פיקטיבית, וכי הוא המעביד האמתי. צמצום המגע עם עובד השירות והיעדר מעורבות בתנאי העסקתו הם האסטרטגיה הנכונה כיום לארגונים המתקשרים עם חברות שירותים.

כדי לעודד את לקוחות חברות השירותים להתחיל לפקח על חברות השירותים בזירת יחסי העבודה, יש לקבוע מנגנון המקנה ללקוחות "חסינות" מפני הטענה שהם המעסיקים של עובדי השירותים. הגנה זו תינתן רק לאותם לקוחות המקיימים את חובות הפיקוח. מנגנון זה יאפשר לרוכשי השירותים להיות מעורבים ביחסן של חברות השירותים כלפי עובדי השירות ואף יעודד אותם לעשות כן ללא חשש שמעורבות זו תשמש מאוחר יותר טענה התומכת בקיום יחסי עבודה ישירים בינם לבין עובדי השירות. לעומת זאת, רוכש שירות שלא יקיים

אסור של קנסות או אי-תשלום בגין מספר שעות נוספות וכדומה – מביא לו בשנה 1,200,000 ש"ח! התמונה היא עגומה: במקרים רבים, הפרת החוק השיטתית הופכת למשתלמת, שכן גם אם חלק מן העובדים ייבחרו לפנות לערכאות המשפטיות מתוך תקווה לזכות במגיע להם – ההליכים המשפטיים הארוכים, העדר משאבים למימון הגנה משפטית שתתחרה בזו של מעסיקיהם לשעבר – מרפים את ידיהם של רבים, וההפסד הסופי עבור המעסיק המפר הופך לזניח ביחס לתועלת הישירה שהוא מפיק מרמיסת זכויות עובדיו. במילים פשוטות: מעבידים רבים לא מהססים לגרוף רווחי עתק על גבם של עובדיהם, רווחים שמקורם הוא בהפרות שיטתיות של חוקי המגן" (השיבוש במקור, ש' ר') שם. לדיווח על התנהלותם של חברות השירותים בשיטת המצליח ראו: עובדים שקופים, לעיל הערה 4, בעמ' 10.

85 את היקף הפעילות המצומצם של ההסתדרות בכל הקשור לאכיפת זכויות עובדי השירותים במישור הקיבוצי סקרתי במאמר אחר, ראו: קלמנט ורבין-מרגליות, לעיל הערה 5.

86 שם.

87 שם.



את חובות הפיקוח – לא ייחנה מהגנה דומה.<sup>88</sup>

בחוק זכויות לאנשים עם מוגבלות המועסקים כמשתקמים (הוראת שעה) התשס"ז – 2007, מצאתי הסדר דומה. מטרת החוק היא לעודד תעסוקה של מי שמוגדר "משתקם"<sup>89</sup> בסביבת עבודה של אנשים שאינם מוגבלים. לצורך קידום מטרת החוק קובע סעיף 2(א) לחוק, שבין המשתקם ובין מעסיקו לא יחולו יחסי עובד-מעביד. החוק מגדיר מהו סל הזכויות של המשתקמים – סל זכויות מצומק ביותר.<sup>90</sup> מדוע הקפיד החוק להימנע מיצירת יחסי עבודה בין המשתקם לבין מעסיקו?<sup>91</sup> מאחר שהחוק נועד בראש ובראשונה לעודד תעסוקה של האנשים האלה! לולא הבטיחו למעסיק המשתקם שהעסקה זו לא תוליד תביעות מאוחרות לקיומם של יחסי עבודה עם המשתקם, היו מעסיקים רבים נרתעים מהתקשרות זו. נוכל לגזור מכאן גזירה שווה: בלא הבטחה למעסיק בפועל, שעצם הטלת הפיקוח לא תיזקף לרעתו בעת בחינת סממני זיהוי המעביד, יימנעו רבים מהמעסיקים בפועל להטיל פיקוח. כיום ישנן כמה הוראות חוק המקנות לעובד קבלן כוח אדם זכות לתבוע את המעסיק בפועל בגין הפרת זכויותיו.<sup>92</sup> נכון יהיה להרחיב הסדרים אלו ולהחילם גם על מעסיקים

88 הסרת ההגנה אינה מחייבת יישום חזקה עובדתית שבכל מקרה שהלקוח לא מילא את חובות הפיקוח הוא ייחשב מעביד של עובדי השירות בחצרו. יש להמשיך ולהחיל את מבחן הסממנים העובדתיים כדי להכריע מיהו המעביד של עובדי השירות במקרים שבהם הפיקוח לא היה ברמה הנדרשת.

89 אדם שעקב מוגבלותו יכולת התעסוקה שלו נמוכה מ-81% מיכולת העבודה הרגילה באותו תפקיד ובאותו מקום תעסוקה, ראו ס' 3ב לחוק.

90 הגמול על עבודתו של המשתקם מחושב על בסיס שכר המינימום ומותאם ליכולת העבודה שלו. משתקם עם יכולת תעסוקה של 9% יקבל רק 9% משכר המינימום (תוספת ראשונה). כמו כן זכאים המשתקמים לחופשה שנתית בתשלום (תוספת שנייה).

91 החוק מקפיד הקפדה יתרה שלא לנקוט ביטויים המלמדים שהמשתקם הוא עובד. הוא מוגדר בחוק "מועסק", ויכולת העבודה שלו מכונה "יכולת תעסוקה". חוקי המגן אינם חלים עליו והחוק לא מפנה להם, כל ההתייחסות לזכויותיו מנוסחת בחוק עצמו.

92 מדובר בסעיפים הקיימים כיום באשר לזכותם של עובדי קבלן כוח אדם (ולא עובדי חברות השירותים) לתבוע את המעסיק בפועל בגין הפרת הוראות בחקיקת המגן: ס' 6א לחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987, ס"ח 68, הקובע כי זכות עובד קבלן לשכר מינימום תחול גם על המעסיק בפועל; ס' 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38, קובע איסור הפליה של מעסיק בפועל כלפי עובד קבלן; ס' 41 לחוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), התש"ט-1949, ס"ח 13, קובע כי מעסיק בפועל לא יכול לגרום לפיטוריו של עובד שלא כחוק; ס' 111 לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991, ס"ח 112, קובע כי חובה על קבלן כוח אדם המעסיק עובד זר לדאוג לתשלום שכרו, להסדיר את ביטוחו הרפואי ולדאוג למגורים הולמים לעובד זר המתגורר בחצרו של המעסיק. הסעיף אף קובע בסעיף קטן ב' שחובות אלו חלות גם על המעסיק בפועל בהתקיים התנאים המנויים בסעיף; ס' 9 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 166, קובע כי הוראות החוק יחולו גם על מי שמעסיק בפועל אדם באמצעות קבלן כוח אדם ועל אדם המועסק כאמור; ס' 29 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000, ס"ח 62, עוסק במניעת הפליה וקובע כי מעביד לא ידרוש מעובד או מועמד לעבודה לעבור בדיקה גנטית ולא יעשה שימוש בתוצאות בדיקה כזו לעניין קבלה לעבודה, פיטורים, קידום או שינוי תנאי עבודה. סעיף קטן ה קובע שהוראות סעיף זה חלות גם על מעסיק בפועל ועל עובד קבלן כוח אדם; ס' 7 לחוק הזכות לעבודה בישיבה, התשס"ז-2007, ס"ח 2084, קובע שהחובה להעמיד לרשות העובדים מקומות ישיבה חלה גם על מעסיק בפועל של עובדי קבלן. יש להחיל את כל

בפועל של עובדי חברות השירותים, ובאופן גורף על כל הפרה של זכויות המגן, ולא רק על החוקים שנקבעו בהם הוראות מפורשות. עם זה, יש להגביל את היכולת להיפרע מהמעסיק בפועל רק למעסיקים שלא קיימו את חובת הפיקוח. כלומר הטלת פיקוח תקנה חסינות מפני תביעות מסוג זה. מדובר אפוא בסטנדרט של רשלנות ולא של אחריות מוחלטת.

בהצעות החוק שהוגשו בעת האחרונה מוטלת על הלקוח אחריות מוחלטת לאכיפת זכויות העובדים.<sup>93</sup> הצעות אלו כוללות הסדר שעל פיו, כאשר חברת השירותים (או קבלן כוח האדם) לא אוכפים את זכויות העובדים, אפשר לתבוע את הלקוח בגין ההפרה. המטרה היא ליצור ללקוח תמריץ לוודא שהמעסיק הרשמי אכן עומד בהתחייבויותיו כלפי העובדים (שאם לא כן תביעת העובדים תופנה אליו), וכן לאפשר לעובדים – שהם הגורם החלש בשרשרת ההתקשרויות – לאכוף את זכויותיהם, אם לא מידי המעסיק הרשמי אזי מידי הלקוח שבעבורו בוצעה העבודה. הצעות אלו דומות בתוכנן לערוץ הפסיקתי שראשיתו בפסק דין מחלקת הבנייה של הקיבוץ הארצי<sup>94</sup> והתבססותו בפסק דין בעניין *XUE BIN*,<sup>95</sup> ולאחרונה גם בעניין *דברת שוואב*.<sup>96</sup> בפסקי דין אלו ההתמודדות עם הפרת זכויותיהם של עובדים במסגרת העסקה עקיפה (דרך קבלנים) הייתה באמצעות הטלת אחריות על המעסיק בפועל לאכוף את זכויות העובדים – אם הפר אותם הקבלן – על פי על הדוקטרינה של "מעביד שיוזי".<sup>97</sup>

פסקי הדין והצעות החוק המטילים אחריות על המעסיק בפועל לאכוף את זכויות העובדים אינם תולים את הטלת האחריות באי-עמידה בדרישות פיקוח מינימליות על התנהלות המעסיק הרשמי. הפרת זכויות העובדים מקנה זכות תביעה כלפי המעסיק בפועל, בלא לבחון את סטנדרט ההתנהגות שלו. מוטלת עליו אחריות מוחלטת לכל הפרה, בלא תלות במידת הפיקוח שערך על התנהלות המעסיק הרשמי ובטיבו.<sup>98</sup> המעסיק בפועל נתפס מונע

ההוראות האלה גם על עובד שירות התובע את המעסיק אשר בחצרו הוא מבצע את השירות, אם המעסיק לא קיים את חובות הפיקוח.

ראו לעיל, הערה 7. 93

דב"ע נד/96-3 מחלקת הבנייה של הקיבוץ הארצי בע"מ – חליל עבד אל רחמן עאבד, פד"ע כט 151 (1995). 94

ע"ע (ארצי) *XUE BIN* 1218/02 – א. דורי, חברה לעבודות הנדסיים בע"מ, פד"ע לח 650 (2003) (להלן: פרשת *XUE BIN*). 95

פרשת *שוואב*, לעיל הערה 9. 96

בפסקי דין אלו ההנחה היא שחבות המעסיק בפועל נכנסת לפעולה רק במקום שאי אפשר להיפרע מקבלן השירותים ישירות. גישה מחמירה יותר אפשר למצוא בפסק דין *שמואלוב*, לעיל הערה 17. שם מוחלת דוקטרינת המעבידים במשותף, ולפיה על המעסיק בפועל חלה חבות משותפת עם הקבלן (שניהם יחד וכל אחד לחוד) לאכוף את זכויות העובדים כל תקופת ההעסקה בלא תלות ביכולתו של העובד להיפרע מהקבלן. הסיבה לכך היא שאי אפשר לדעת מראש מי מהקבלנים לא יוכל לפרוע את חובו במועד, וכן כדי לתמרץ את המעסיקים בפועל לפקח על פעילות קבלן השירותים במהלך תקופת ההעסקה. שם, בפס' 71. 97

ביטוי מעורפל מעט להטלת סטנדרט רשלנות תחת אחריות מוחלטת נוכל למצוא בפרשת *XUE BIN*, לעיל הערה 95, בעמ' 702, שם הנשיא אדלר קובע כי "גם אם מניחים שמנהלי המשיבה לא ידעו בפועל על העברת הכספים, הרי שיש בהתנהגותם משום עצימת עיניים והפרת חובת

הנוק הזול ביותר, אשר יכול בקלות יחסית למנוע הפרות מצד הקבלן.<sup>99</sup> מכיוון שחיסול מוחלט של תופעת הפרת הזכויות אינו בר ביצוע ואפשר רק לשאוף להפחית את היקפה, יש להחליף את סטנדרט האחריות מסטנדרט של אחריות מוחלטת לסטנדרט של רשלנות. הטלת אחריות מוחלטת מחלישה את התמריצים של המעסיק בפועל להקטין את הסיכוי מראש שתהיה הפרה מצד המעביד, שכן הוא נושא באחריות בכל מקרה של הפרה, גם אם לא תרם ברשלנותו להתרחשותה. אמת, אכיפה מלאה מצד חברת השירותים מקנה לו הגנה נגד תביעות העובדים, אך מכיוון שבאמצעות פיקוח אי אפשר למגר לחלוטין את כל ההפרות מצד הקבלן, ייתכן שמראש כדאי יהיה לו לוותר על הפיקוח. אמחיש את דבריי:

נניח שעלויות הפיקוח הנדרשות מהמעסיק בפועל הן 100 ש"ח. פיקוח זה מונע 70% מההפרות מצד הקבלן. אם בלא פיקוח היה היקף ההפרה של זכויות העובדים 500 ש"ח, הרי הטלת הפיקוח בעלות של 100 ש"ח תמנע הפרות בהיקף של 350 ש"ח (שהם 70% מ-500). עוד נניח שידוע שרק 25% מן העובדים שזכויותיהם הופרו יגישו תביעה. תחת משטר של רשלנות יעדיף המעסיק בפועל לקיים את חובות הפיקוח, שכן בעלות פיקוח של 100 ש"ח הוא מגן על עצמו מפני חשיפה של תביעות בסך 125 ש"ח (25% מהיקף ההפרות העומד על 500 ש"ח). תחת משטר של אחריות מוחלטת, לעומת זאת, אין למעסיק בפועל תמריץ כלכלי להשקיע משאבים בפיקוח. אמנם בעלות של 100 ש"ח הוא ימנע הפרות בהיקף של 350 ש"ח, אך מכיוון שהוא עדיין חשוף לתביעות של עובדים שזכויותיהם הופרו, הרי שהוא יישא בעלויות תביעה בהיקף של 37.5 ש"ח (25% מ-150 ש"ח של ההפרות שלא הצליח למנוע). בסופו של דבר הוא יישא בעלויות כוללות של 137.5 ש"ח – סכום גבוה יותר מהתוחלת של היקף התביעות נגדו ללא פיקוח – 125 ש"ח. משיקולים כלכליים, המעסיק בפועל יימנע כליל מפיקוח.

המסקנה היא שתחת ההנחה המציאותית שהפרת זכויות תתרחש גם אם המעסיק בפועל ינקוט את כל אמצעי הזהירות הראויים (כלומר לא יתרושל ביישום חובות הפיקוח) – יש

הנאמנות של מעסיק כלפי עובדיו וכי יש להטיל אחריות לאכיפת הזכויות של העובדים הזרים על הקבלן הראשי מכיוון ש"על מעסיק מוטלת החובה לדאוג שעובדיו לא ינוצלו על-ידי חברת כוח-אדם, קבלן משנה או מעסיק במשותף. כך על קבלן ראשי מוטלת החובה לדאוג שעובדיו קבלן המשנה המועסקים באתרי הבנייה שלו יקבלו את שכרם. אחריות המעסיק ואחריות הקבלן הראשי כוללת בחובה את הדאגה לכך שהעובדים יקבלו את שכרם. אחריות זו זוכה למשנה תוקף מקום שבו מדובר בעובדים זרים הסובלים מקשיי תקשורת, ושידיעותיהם לגבי שוק העבודה המקומי וחוקי העבודה מוגבלות".

99 ההסבר להטלת אחריות על המשתמש משיקולי יעילות הוצע אצל דוידוב, לעיל הערה 25. דוידוב מסביר כי "אם תוטל אחריות ישירה על המשתמש, הוא ימהר להבטיח את עצמו ביחסים מול הקבלן, הן על-ידי בחירת קבלנים אמינים ומוכרים יותר, והן על-ידי קבלת בטחונות מהקבלן לשמירה על זכויות העובדים. לערבויות מעין אלה ישנה כמובן עלות, כך שמחיר העסקה יתייקר במעט, אולם דומה כי עלות זו זניחה בהשוואה לתועלת החברתית שתצמח ממנה. שהרי לעובדים, בשל חולשתם היחסית, אין כל אפשרות לקבל בטחונות מהקבלן, ואין כל דרך לוודא שהוא יעמוד במחויבויותיו". שם, בעמ' 13.

להעדיף מודל אחריות של רשלנות על פני מודל של אחריות מוחלטת. לאחר הטלת הפיקוח הרצוי, ככל שהפער בין רמת האכיפה בפועל לרמת האכיפה המושלמת (מצב בו אין הפרות) גדול יותר, כך ייטה מעסיק בפועל תחת משטר של אחריות מוחלטת שלא לפקח, שכן הוא הנושא בנטל הפער הזה (נוסף על עלויות הפיקוח). לעומת זאת, תחת משטר של רשלנות, עמידה בחובות הפיקוח מקנה חסינות מחבות נוספת מאחר שהמעסיק בפועל פטור מתשלום זכויות שהופרו (הוא אינו נושא בעלות פער האכיפה). אם כן, במשטר הרשלנות ייטו יותר מעסיקים לקיים מראש את חובות הפיקוח מאשר במשטר של אחריות מוחלטת, וכך יפחת שיעור ההפרות.<sup>100</sup>

הסדר של סטנדרט רשלנות יושם בחוק למניעת הטרדה מינית. על פי החוק, מעביד חב באחריות שילוחית להטרדה מינית של עובדיו רק אם כשל במילוי חובותיו למניעת הטרדות במקום העבודה בכלל ובטיפול בהטרדות מיניות בפרט.<sup>101</sup> מעביד שקיים את חובותיו משוחרר מעול האחריות השילוחית. לעומת זאת, מעביד שלא עמד בדרישות החוק נושא באחריות שילוחית להטרדות מיניות, אף שלא הוא שהטריד.<sup>102</sup> ההגנה מפני הטלת אחריות שילוחית במקרים שהמעביד קיים את דרישות החוק נועדה לתמרץ ארגונים להילחם בתופעת ההטרדות המיניות ולמנוע אותה.<sup>103</sup> בסעיפים הבאים אדון בכמה וכמה מסלולי פיקוח אפשריים. תחת הדין הקיים, אימוץ כל אחד ממנגנוני הפיקוח הללו חושף את הלקוחות לתביעות בדבר קיומם של יחסי עבודה

100 לדיון כללי במשטרי אחריות למיניהם והשפעת משטרי האחריות (המוחלטת והרשלנות) על תמריצים ראוי: STEVEN SHAVELL, FOUNDATION OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 184-202, 474-491 (2004).

101 סעיף 7 לחוק קובע כי: "א) מעביד חייב לנקוט אמצעים סבירים, בנסיבות העניין, כדי למנוע הטרדה מינית או התנכלות במסגרת יחסי עבודה, על ידי עובדו, או על ידי ממונה מטעמו, אף אם אינו עובדו, ולטפל בכל מקרה כאמור, ולשם כך עליו: לקבוע דרך יעילה להגשת תלונה בשל הטרדה מינית או התנכלות ולבירור התלונה. לטפל ביעילות במקרה של הטרדה מינית או התנכלות שידע אודותיהם, וכן לעשות כל שביכולתו כדי למנוע את הישנות המעשים האמורים, וכדי לתקן את הפגיעה שנגרמה למתלונן עקב הטרדה או ההתנכלות. (ב) מעביד המעסיק יותר מ-25 עובדים חייב, בנוסף לאמור בסעיף קטן (א), לקבוע תקנון שבו יובאו עיקרי הוראות החוק בדבר הטרדה מינית והתנכלות במסגרת יחסי עבודה, ויפורטו בו דרכי הגשת התלונות שעניינן הטרדה מינית או התנכלות והטיפול בהן, כפי שקבע המעביד (להלן – תקנון); המעביד יפרסם את התקנון בין עובדיו".

102 סעיף 7(ג) קובע: "מעביד שלא מילא את חובותיו לפי סעיפים קטנים (א) (1) ו-(2) ו-(ב) יהיה אחראי לעוולה אזרחית לפי סעיף 6, או לעוולה אזרחית בשל פגיעה כאמור בסעיף 7 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, שעשה עובדו, או ממונה מטעמו אף אם אינו עובדו, במסגרת יחסי העבודה".

103 לדיון בהיקף האחריות של מעביד על פי סעיף 7 ראוי: ע"ע 1567/04 עיריית ירושלים – דעות ברדה תק-אר 2006(3) 26 (2006). (רק מעביד שלא מילא את החובות הקבועות בחוק, בתקנות ובתקנון שאימוץ, יחוב באחריות השילוחית. באותו המקרה נקבע כי המעביד עמד בחובות הכלליות של אימוץ תקנון, מינוי ממונה, הפיכת הטרדה מינית לעברת משמעת, אך כשל חלקית במילוי חובותו לטפל ביעילות במקרה הטרדה שהוא לידיעתו ולעשות את המרב למניעת הישנות הטרדה ותיקון הפגיעה. אף על פי שהעירייה ביררה את העניין והעבירה את המתלוננת תפקיד, היא לא השכילה למנוע יצירתה של סביבת עבודה עוינת (לא מינית) שהתפתחה סביב המתלוננת בעקבות התלונה שהגישו).

ישירים עם עובדי השירות. כנראה מסיבה זו אין הם שכיחים במחוזותינו. אינני ממליצה על אימוץ כל אפיקי הפיקוח שאני סוקרת כאן בעת ובעונה אחת; הסקירה נועדה להציג לפני הקורא את מגוון אפשרויות הפיקוח. כל אחת מן ההצעות יכולה לעמוד בפני עצמה, ואפשר לשלב בין הצעות אחדות. המכנה המשותף להצעות האלה הוא שהן בנויות על תשתית זהה: חברת השירותים היא המעביד של עובדי השירות. לקוח שיפקח על אכיפת זכויות העובדים ייחנה מהגנה כלשהי מפני טענות בדבר יצירת יחסי עבודה בינו לבין העובדים המבצעים שירות בעבורו, וחשוב מכך, עצם הפיקוח לא ייקף לחובתו של הלקוח לעניין ההכרעה בשאלה מיהו המעביד של אותם עובדים. רק לקוח שלא יקיים את חובת הפיקוח יהיה חשוף לתביעות של עובדי השירות לאכיפת זכויותיהם שהופרו.

## 2. החובה לפקח שחובה אספקת השירותים אינו "חובה הפסד"

אחת הבעיות המתעוררות בנושא חברות השירותים היא שעקב התחרות בענפי השירותים, חלק מהחברות מגישות הצעות הפסד במכרזים שהן מתמודדות בהם.<sup>104</sup> הצעת הפסד היא הצעה שמיומשה לא יניב לזוכה רווחים ואף יחייב את הזוכה לממן מכיסו את אספקת השירות המלא. כלומר ההצעה אינה מכסה את העלות הכוללת של אספקת השירות. למשל, אם עלות העסקת עובד בענף השמירה היא 27.72 ש"ח לשעה (כאשר מגלמים גם את עלות כל זכויותיו על פי חוק ואת צו ההרחבה הענפי),<sup>105</sup> כל הצעה שמתבססת על העסקת עובדי שמירה בפחות מסכום זה תיחשב הצעת הפסד מכיוון שאספקת השירות על פי המוסכם עם הלקוח (היקף שעות העבודה) לרבות אכיפת זכויות העובדים במלואן לא תותיר כל רווח לחברת השירותים ואף תלווה בהפסדים.<sup>106</sup>

לכאורה אין מניעה של חברת השירותים להתקשר בחוזה הפסד מעניינו של הלקוח. כל עוד אין זו טעות של המציע ורוכש השירותים מאמין כי חברת השירותים תעמוד בהתחייבויותיה כלפיו מבחינת טיב השירות והיקפו, הוא פטור מלבדוק את הכדאיות הכלכלית של ההצעה המפסידה. גישה זו עומדת ביסוד זרם אחד בפסיקה של בתי המשפט הכלליים (לא בתי הדין לעבודה). לפי הגישה הזאת ייתכנו סיבות כלכליות להגשת הצעות

104 הצעת ההפסד אינה חייבת להינתן במסגרת הליכי מכרז. השאלה שאני דנה בה היא שאלה כללית יותר: מה דינה של הצעה של חברת שירותים לספק שירות בעלות פחותה ממחיר עלות אספקת השירות.

105 הנתונים על עלויות השכר בענף השמירה לקוחים מחזור החשב הכללי "הגנה על זכויות עובדים המועסקים בידי קבלני שירותים" הוראת שעה משקית 2007-2-41 [hozrim.mof.gov.il/doc/hashkal/hashkalhoz.nsf](http://hozrim.mof.gov.il/doc/hashkal/hashkalhoz.nsf) (להלן: חוזר החשכ"ל).

106 הצעה לאסור התקשרות בחוזה הפסד עומדת גם ביסוד נייר העמדה של בניש צרפתי, לעיל הערה 4. ההבחנה בין שני הזרמים בפסיקה בישראל בכל הנוגע לחוזה הפסד מתבססת על נייר עמדה זה. ביקורת על חוזה הפסד נדונה גם בדוח עובדים שקופים, לעיל הערה 4, בעמ' 18.

הפסד,<sup>107</sup> בכלל זה ניסיון לחדור לשוק מסוים, לצבור ניסיון וכן לזכות נקודתית בחוזה אחד מפסיד כדי ליצור קשרים עסקיים עתידיים עם הלקוח. גישה זו מתעלמת מהמניע המרכזי להגשת הצעות הפסד, והוא כוונתו של המציע לפגוע בזכויות העובדים כדי לממש את רווחיו. כלומר המציע אינו מתכוון כלל לספוג הפסדים בחוזה הנוכחי למען השגת יעדים עתידיים, אלא רווחיו מתבססים על הפרה מתוכננת מראש של זכויות העובדים שיועסקו לצורך מתן השירות שהתחייב לתת. גישה ספקנית יותר כלפי חוזה ההפסד מוצאת ביטוי בזרם שני של פסקי דין.<sup>108</sup> על פי גישה זו על ועדת מכרזים לוודא שההצעה הזוכה מעשית ושהשירות שינתן יהיה לשביעות רצון המזמין מצד אחד ולא יקפח את זכויות העובדים מצד אחר.<sup>109</sup> שני הזרמים הללו עסקו בנושא מן ההיבט של דיני המכרזים. התובעות היו מתמודדות במכרז לאספקת שירותים אשר הפסידו במכרז וטענו שההצעה הזוכה אינה כלכלית, ומכיוון שאיננה מכסה את עלויות מתן השירות יש לפסול אותה מראש. הטענות נגד חוזה ההפסד התמקדו בהיבט הכלכלי-עסקי ולא בהיבט של הגנה על זכויות העובדים. עם זה, אפשר ללמוד מפסקי הדין הללו על שתי הגישות הקיימות בעניין חוזה הפסד. האחת רואה בהצעות הפסד פעילות כלכלית לגיטימית כל עוד יש לה הסברים רציונליים שאינם קשורים בהפרת

107 ה"פ (ת"א) 924/96 קריירה בע"מ נ' מדינת ישראל - הנהלת בתי המשפט (לא פורסם, 22.07.1996) נגיש אצל: שמואל הרציג דיני מכרזים כרך ב 695 (מהדורה שנייה, 2002); עת"מ (נצ') 231/02 אפריים רוכמו נ' המועצה האזורית מרום הגליל, נבו (2002).

108 עת"מ (נצ') 127/01 גשש ז.א. בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, תק-מח (1)2002 (2002). דובר במכרז של עיריית נצרת עילית לביצוע עבודות אבטחה ונמצא כי הזוכה במכרז התקשרה בחוזה הפסד. בנסיבות אלו קובע בית המשפט: "אין לי אלא להסיק כי הזוכה אינה מקיימת ואינה יכולה לקיים את התנאי בדבר תשלום שכר מינימום על כל הכרוך בכך. אישור הצעת הזוכה בלי לבחון שאלות אלה מהווה פגם בהחלטה המנהלית שיש בו כדי להביא לבטלותה". שם, בפס' 28 לפסק הדין. ראו גם: עת"מ (י-ם) 1077/06 כח עצמה בע"מ נ' קרן קיימת לישראל, תק-מח (1)2007 (8082) (2007) (מסקנה דומה). גישה זו זוכה לתמיכה כלשהי של פסיקת בית המשפט העליון, אם כי לא בהקשר הישיר של חוזה הפסד בתחום אספקת כוח האדם. ראו: ע"מ 5933/05 אוליצקי עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, אגף רכש והתקשרויות, תק-על (3)2006 (1530, 1524) (2006). השופטת חיות קובעת שאף שוועדת מכרזים אינה נדרשת לבחון את שיקולי הרווח וההפסד של המציע או את כדאיותה הכלכלית של ההצעה, הרי הצעה הנוקבת מחירים בלתי כלכליים מעוררת על פניה חשד כי היא נגועה "בתכסיסנות בלתי לגיטימית". עם זה, פסק הדין אינו מחייב פסילת הצעות הפסד אלא רק מתריע שיש להתייחס להצעות האלה במידת-מה של חשדנות.

109 במסגרת עתירה מנהלית של חברת שמירה שטרם ניתנה בה הכרעה, עת"מ (ת"א) 1995/07 חברת השמידה נ' עיריית טבריה העותרת מעלה טענות מסוג זה נגד זכייתן של חברות שמירה אחדות במכרז לאספקת שירותי שמירה. הטיעון המרכזי של העותרת הוא שעל פי חוזר החשכ"ל, לעיל הערה 105, ועדת המכרזים מחויבת לוודא שההצעה הזוכה אינה הצעת הפסד על פי תעריפי המינימום שהופצו בחוזר. (אין ספק שרוח חוזר החשכ"ל הוא בגנות חוזה הפסד. מציעים צריכים לכלול התחייבות שלא ישלמו פחות מאשר תעריפי המינימום (סעיף 4.5) וכן לאפשר ביקורת ולמסור דוחות המעידים שזכויות העובדים נאכפות. אולם בחוזר עצמו אין דרישה לפסול אוטומטית הצעה שנמוכה מעלות אספקת השירות, להבדיל מחובה לפסול מציעים שהורשעו בעברות פליליות או נקנסו בגין הפרת חוקי המגן).

על מעמדם ועל אכיפת זכויותיהם של עובדי חברות השירותים

חוק או בטיב השירות, כגון: צבירת ניסיון, מוניטין או דריסת רגל אצל מזמין השירות.<sup>110</sup> הגישה האחרת יוצאת מתוך הנחה שניסיון החיים מלמד שחברות השירותים אינן מוכנות לספוג הפסדים ודאיים, ומחיר נמוך יבטא בסופו של דבר בפגיעה ברמת השירות או בקיפוח זכויותיהם של העובדים.<sup>111</sup>

כאשר פונים לבחון את חווי ההפסד מנקודת מבט של משפט העבודה, יש לשאול אם חווי ההפסד גוררים עמם הפרה של זכויות העובדים. זוהי שאלה עובדתית. ברוב המקרים חווי ההפסד אינם חווי הפסד אמיתיים, אלא משקפים החלטה מודעת של חברת השירותים להפר את זכויות העובדים. כוונת מציע ההצעה אינה להפסיד באותו חוזה אלא לממש רווחים מתוך הפרה שיטתית של זכויות העובדים.<sup>112</sup>

שאלה נוספת היא שאלה של מדיניות – אם יש לחייב את מזמין השירות לברר שהתמורה אותה הוא התחייב לשלם מכסה את עלויות השכר של העובדים. כיום יש הפרדה מלאכותית בין חובותיו של מזמין השירות לבין חובותיו של ספק השירות. מזמין השירות חופשי להחליט עם איזו חברת שירותים יתקשר. הוא רשאי לבחור את ההצעה הזולה ביותר בלי לבדוק אם היא רווחית ואם אכן אפשר לספק את השירות תמורת המחיר שהתחייב לשלם. חופש החוזים שולט במרחב זה. מדובר בהתקשרות עסקית בין שני גורמים כלכליים בלא פיקוח. גם ספק השירות פועל במרחב חווי שאין עליו פיקוח – הוא רשאי להציע כל הצעה העולה על רווח, ואין בודקים בציזיותיו אם הצעה זו רווחית. לעומת זאת, ספק השירות חייב לקיים את התחייבויותיו כלפי עובדיו מכוח חוק, צווי הרחבה, הסכמים קיבוציים וחוזים אישיים. הדין היום מאפשר לספק השירות להתחייב לספק שירות במחיר הנמוך מעלותו מתוך הנחה שאם יתברר שהספק הפר את התחייבויותיו כלפי עובדיו ההפרה תטופל במישור דיני העבודה במרחב שבין ספק השירות (בכובעו כמעביד) לבין עובדיו. הפרות אלו אינן מענייניו של מזמין השירות.

כלום יש לחרוג מהכלל הפוטר את מזמין השירות מבדיקה אם ההצעה שקיבל היא הצעת הפסד? לדעתי יש להשיב על כך בחיוב ולחייב בדיקה כזו. בלא פיקוח לא יטרחו רוכשי השירותים לבדוק אם מדובר בחוזה הפסד: פיקוח מצריך משאבים. כדי לברר אם מדובר בחוזה הפסד יש לברר מהן עלויות השכר המינימליות של עובדים בענף, כמה עובדים יצטרכו לבצע את השירות, מהן שעות העבודה, מה עלות כלי העבודה, אילו חומרים ומוצרים נלווים נחוצים לביצוע השירות ומהו הרווח הקבלני המצופה. מזמין השירות גם הוא נהנה מחווי ההפסד – הוא משלם סכום נמוך יותר בעבור השירות שרכש. מי שמממן את חווי ההפסד הם בראש ובראשונה העובדים שזכויותיהם מקופחות, ובאופן משני חברות שירותים שאינן

110 ראו: בניש וצרפתי, לעיל הערה 4, בעמ' 15.

111 שם.

112 ראו: עובדים שקופים, לעיל הערה 4, בעמ' 14-15 (נציגי חברות השמירה והניקיון מסבירים שהצעות ההפסד הן פיקטיביות והרווח הוא על חשבון העובד); רותי סיני "משרדי הממשלה מנסים לחסוך בכל מחיר, ועובדי הקבלן מקבלים מתחת לשכר מינימום" *הארץ* 22.10.2004 (דיווח דומה).

מוכנות להיכנס למעגל החברות המפרות את זכויות עובדיהן וחברות השירותים שמפרות בעל כורחן את זכויות העובדים כדי לשרוד בענף. גם מהיבט של דיני העבודה מזמין השירות מעדיף שלא להטיל פיקוח על כדאיות חוזה השירותים. בדיקה של מזמין השירות אם התמורה מכסה את עלויות השכר של העובדים עלולה להיזקף לחובתו בבוא היום, כאשר ייבחנו הסממנים לזיהוי המעביד. כזכור, בית הדין לעבודה מפעיל מבחן עובדתי המבוסס על מקבץ סממנים. מעורבות בקביעת שכר ותנאי עבודה היא סממן משמעותי לקיומם של יחסי עבודה ישירים. פיקוח שחווה השירותים מכסה את עלויות שכרם של העובדים ואת תנאי עבודתם עלול להתפרש כמעורבות בנושאים אלו ולהטות את הכף במקרים גבוליים לכך שמזמין השירות ייחשב מעביד. כך חוברים להם לפחות שלושה טעמים להימנע מפיקוח: חיסכון בעלויות הפיקוח, חיסכון בעלויות השירות ואי יצירת זיקה אישית עם עובדי חברת השירותים.

בהיעדר פיקוח נוצר תהליך של "מרוץ לתחתית" בין המתמודדים על חוזה השירותים. כאשר חברות שירותים אחדות מחליטות להציע הצעות הפסד, מתמודדים אחרים בענף חייבים לישר קו כדי לשרוד.<sup>113</sup> החברות שרוצות לקיים את זכויות העובדים (בדומה לתובעות בפסקי הדין מתחום המכרזים) מפסידות פעם אחר פעם את חוזה השירותים, והפתרון היחיד הוא לחבור למעגל הפרת הזכויות או לפרוש מן הענף.<sup>114</sup> כעבור זמן מה נותרות בענף רק החברות המפרות את זכויות עובדיהן. תהליך זה יכול להתרחש גם אם חלק מהחברות שמפחיתות מחירים סופגות את ההפסדים בלי להפר זכויות.

המרוץ לתחתית הוא בעיה מוכרת ואפשר להתגבר עליה בשתי דרכים: האחת על ידי התאגדות פדרטיבית של ה"שחקנים" המתחרים מתוך התחייבות שלא לרדת מתחת לרף מוסכם, והאחרת על ידי פיקוח מרכזי. במשפט העבודה התנסו בשני הפתרונות הללו. ייצוג קיבוצי של ארגוני עובדים הוא דוגמה של התארגנות פדרטיבית של עובדים שנועדה למנוע מרוץ לתחתית בכל הקשור לתנאי עבודה. ההתארגנות מאפשרת לעובדים כקבוצה לסרב

113 ראו: שוהם ספורטה ואחרים בדיקת התכנות להקמת ארגון ללא מטרת רווח שיעסיק עובדי ניקיון למוסדות, ויבטיח תנאי העסקה הוגנים לעובדים תוך תחרות עם קבלני ניקיון (תקציר מנהלים), [www.agenda.org.il/info/pages/reka.doc/](http://www.agenda.org.il/info/pages/reka.doc/) (הפרופיל של ענף הניקיון הוא של שוק תחרותי ומפוצל במיוחד. אין חסמי כניסה ויציאה, ויש תחרות מחירים פרועה שיצרה מרוץ לתחתית. גם יתרונות גודל אינם מבטיחים נתח שוק כיוון שנאמנות הלקוחות נמוכה, והם עוברים למתחרים הזולים ביותר. הניסיון למצב מוצר על פי כל קריטריון אחר מלבד המחיר הזול ביותר נראה חסר סיכוי. אחוזי הרווח נמוכים וממשיכים לרדת בהדרגה ופוגעים בתנאי העסקה של העובדים); לדיווח עיתונאי על המרוץ לתחתית בענף השמירה ראו: מרב דוד "עבדים עם נשק" מעריב 1.10.2007 (האשמות ההדדיות של חברות השמירה הגדולות והקטנות על "שבירת השוק" כאשר חברות מגישות הצעות הפסד. אין אפשרות לשרוד בשוק בלי להפר את זכויות המאבטחים. מנהלי החברות מסכימים שהמצב בלתי אפשרי ושיש לתמוך בהתערבות הממשלה).

114 מר אלי פז, ראש מנהל אסדרה ואכיפה לעובדים ישראלים במשרד התמ"ת, דיווח כי שמע על חברות שחדלו להגיש הצעות למכרזים מפני שהמחירים שמתקבלים מחשבי משרדי הממשלה אינם מאפשרים לעמוד במבחן שכר מינימום, וכדי להתחרות צריך לכופף את החוקים, ראו: עובדים שקופים, לעיל הערה 4, בעמ' 22.



לעבוד מתחת לשכר ולתנאי העבודה שהם מעוניינים בהם. כך נמנעת התחרות הבין-אישית של העובדים על מקומות העבודה. חקיקת מגן, כמו חוק שכר מינימום למשל, היא דוגמה לפיקוח מרכזי שמשמש מענה לבעיית המרוץ לתחתית בכל הנוגע לשכר העבודה שבעבורו העובדים מוכנים לעבוד. פתרון משולב בא לידי ביטוי במנגנון צווי ההרחבה. מעסיקים יימנעו מלחתום על הסכמים קיבוציים שיעלו את עלויות העסקת העובדים שלהם, אם מתחרים אחרים בענף שלהם לא ישאו באותן עלויות העסקה. לכן מעסיקים מתאגדים בארגוני מעבידים וחותמים על הסכמים קיבוציים ענפיים. זהו שלב הפתרון הפדרטיבי. מכיוון שהחברות בארגון המעבידים היא חברות מרצון, סביר להניח שלא כל המעסיקים בענף יצטרפו לארגון. צווי הרחבה הם מכשיר פיקוח שנועד לפתור בעיה זו. שר התמ"ת מוציא צווי הרחבה ענפיים כדי להשוות את עלויות העסקתם של עובדים שחל עליהם הסכם קיבוצי ענפי לאלה המועסקים באותו ענף אך ההסכם הקיבוצי הענפי אינו חל עליהם.<sup>115</sup> בלא המנגנון של צווי הרחבה היו המעסיקים המוכנים לשפר את תנאי העבודה של עובדיהם (והצטרפו לארגון המעסיקים) נמנעים מלחתום על הסכמים הענפיים. צו ההרחבה מגן על תשתית ההסכמים הקיבוציים הענפיים.

אף על פי שיש ארגוני מעבידים בענפי השירותים (למשל בענף השמירה והניקיון), הם לא פעלו לאסדרה פנימית מרצון של נושא הצעות ההפסד. חברי הארגון אינם מחויבים זה לזה שלא להציע הצעות הפסד כמענה לבעיית המרוץ לתחתית.<sup>116</sup> הפתרון לפיכך חייב לבוא בדמות פיקוח ובדיקה של רוכש השירות אם ההצעות שקיבל הן הצעות הפסד. צעדים ראשונים נעשו בכיוון זה בהוראת השעה המשקית בדבר הגנה על זכויות עובדים המועסקים אצל קבלני שירות.<sup>117</sup> אמנם החוזר אינו אוסר בלשון מפורשת להתקשר בחוזה הפסד, 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.<sup>118</sup> שימוש בסטנדרטים שנקבעו בחוזר נעשה בפסק דין שניתן בהסכמה. על פי פסק הדין הסכימו הצדדים לסכסוך שהקבלן המציע

115 ההסכם הקיבוצי יחול על כל המעבידים בענף כדי שלא ליצור מצב שמעסיקים יימנעו מלהצטרף לארגון המעסיקים כדי לחסוך בעלויות ההסכם וליהנות מיתרון יחסי לעומת מעבידים שהצטרפו להסכם הקיבוצי. על תחולתם של הסכמים קיבוציים ענפיים ראו: ע"א 53/71 צבי רוזן נ' יחזקאל לייזרוביץ, פ"ד כו(1) 48 (1971).

116 הסכמה מרצון של חברי ארגון המעבידים שלא להגיש הצעות הפסד אינה אפקטיבית כל עוד חלק מהחברות הפועלות בענף אינן חברות בארגון המעסיקים. התארגנות פדרטיבית צריכה להיות כוללת כדי למנוע את המרוץ לתחתית. עם זה, בדומה למנגנון צווי ההרחבה בעניין ההסכמים הקיבוציים הענפיים, הסכמה של ארגון המעסיקים על תנאי מינימום להגשת הצעות למכרו יכולה הייתה לשמש בסיס לאסדרת יתר החברות בענף.

117 חוזר החשכ"ל, לעיל הערה 105.

118 שם.

יגיש הצעה המפרטת את כל הוצאותיו במתן השירות, ובכלל זה עלויות העסקת העובדים, ואם יפחתו העלויות הללו מהעלויות שפרסם החשב הכללי בחוזר – ההצעה תיפסל.<sup>119</sup> הטלת הפיקוח צריכה לכלול מרכיבים שיקנו יתרונות למי שמקיים חובה זו, ובוודאי שלא יפגעו בו.<sup>120</sup> הצעתי היא לקבוע שפיקוח וסירוב להתקשר בחוזה ההפסד ייקפו לזכותו של רוכש שירותים בעת הפעלת מבחן הסממנים לזיהוי המעביד. כיום, בעת יישום מבחן הסממנים, בחינה של רוכש שירותים אם החוזה מכסה את עלויות השכר של העובדים עלולה להתפרש כמעורבות בקביעת תנאי העבודה ולהיזקף לחובתו של הלקוח. יש לקבוע שבדיקה אם התמורה מכסה את עלויות כוח האדם תהיה סממן שהמעביד הוא חברת השירותים דווקא. כמו כן, רוכש שירותים שלא יקיים את החובה לבדוק שאין מדובר בחוזה הפסד יהיה חשוף לתביעה מצד עובדי השירות בגין אכיפת זכויות שהופרו, כגון אי תשלום שכר, שעות נוספות, דמי נסיעה, הפרשות לקרן פנסיה וכדומה. רוכש שירותים שמתקשר בחוזה הפסד חושף את העובדים לסיכון מוגבר שחברת השירותים לא תאכוף את זכויותיהם. לפיכך במקרים שסיכון ההפרה יתמש, יש להטיל עליו אחריות.

החובה לבדוק שחווה השירותים אינו חוזה הפסד חייבת להיות מהותית. לא די בנוהג הרווח שחברות השירותים מתחייבות בחוזה השירותים לקיים את כל חוקי המגן, צווי ההרחבה וההסכמים הקיבוציים החלים עליהן. אמנם התחייבות זו חשובה, מכיוון שהיא מאפשרת ללקוח לבטל את חוזה השירותים כאשר חברת השירותים אינה עומדת בהתחייבותיה כלפי העובדים, אך אין בה די. מתן ההצהרה הוא עניין פורמלי, ובלא פיקוח מאוחר אין לה משמעות מעשית. יש לדרוש מחברת השירותים פירוט של מספר העובדים הנדרשים לבצע את השירות הנרכש ושל השכר המינימלי שבכוונתם לשלם לעובד בעבור שעת עבודה ביום חול ועלות השכר לקבלן לשעת עבודה, לרבות כל הזכויות.<sup>121</sup> אמנם בדיקה מראש כי החוזה אינו חוזה הפסד אינה ערובה שזכויות העובדים ייאכפו, שהרי החוזה יכול להיות רווחי אך חברת השירותים בכל זאת תחליט להפר את זכויות העובדים כדי להשיא עוד את רווחיה, אך הבדיקה המקדימה מבטיחה שיש כיסוי תקציבי לחבויות המעביד כלפי

119 עת"מ 520/07 עמותת מעגלי צדק נ' שר הפנים (לא פורסם, 2007) (להלן: פרשת מעגלי צדק).

120 הטלת חובת פיקוח על הלקוח מייקרת לו את עלות ההתקשרות עם חברת השירותים. ראשית, פיקוח יגביר את אכיפת הזכויות, וסביר להניח שעקב כך יעלה מחיר השירות שתגבה חברת השירותים. שנית, הפיקוח עצמו כרוך בעלויות כספיות. לכאורה נראה כי ללקוחות יש תמריץ שלא ליישם את חובות הפיקוח, שכן הם נהנים באופן עקיף מהפרת הזכויות באמצעות חוזי שירותים זולים יותר, אולם המנגנון שאני מציעה מעניק יתרונות לארגונים המיישמים את חובת הפיקוח מפני שרק ארגונים אלו ייהנו מחסינות שלא יוכרו כמעבידים של עובדי השירותים. כדי שמערך התמריצים יפעל כראוי יש לאכוף באופן שיטתי את מנגנון ההכרה בלקוחות שאינם מפקחים כמעבידים.

121 בדיקה דומה יושמה בפסק הדין שניתן בהסכמה בפרשת מעגלי צדק, לעיל הערה 119. חוזר החשכ"ל גם הוא מחייב פירוט מהקבלן המציע שירותים, ראו: חוזר החשכ"ל, לעיל הערה 105, ס' 4.5. אפשר לחייב את הלקוח לבדוק אם סכומים אלו עומדים במינימום הנדרש על פי חוק ועל פי צווי ההרחבה. משרד התמ"ת יכול לפרסם טבלאות של עלויות שכר מינימליות בכל מיני ענפים במשק שיהיו נגישות לציבור, בדומה לטבלאות שבחוזר החשכ"ל.

על מעמדם ועל אכיפת זכויותיהם של עובדי חברות השירותים

העובדים. קיום הכיסוי התקציבי מאפשר תחרות הוגנת בין ספקי השירות. חברות שירותים יוכלו לשוב ולהציע הצעות שמכסות את עלויות העסקת העובדים, בלא שהצעות אלו יידחו מטעמי עלות.

### 3. פיקוח תקופתי על מימוש זכויות העובדים וטיפול בתלונות פרטניות של עובדי השירות

הפרות החוק הרווחות הנוגעות לעובדי חברות השירותים הן אי תשלום שכר מינימום – בניגוד לקבוע בחוק שכר מינימום;<sup>122</sup> הטלת קנסות וניכוי מן השכר – בניגוד להוראות חוק הגנת השכר;<sup>123</sup> אי תשלום שכר בעבור שעות נוספות ועבודה ביום המנוחה ובחגים – בניגוד לחוק שעות עבודה ומנוחה;<sup>124</sup> מניעת חופשה ואי תשלום בגין חופשה – בניגוד לחוק חופשה שנתית.<sup>125</sup> עוד תחומים שזכויות העובדים מופרות בהם דרך קבע הן ההפרשות לקרן פנסיה ותשלום דמי הבראה ונסיעות.

חיוב הלקוח לערוך ביקורת תקופתית של תשלומי החובה והניכויים יכול אף הוא לסייע לאכיפה מלאה יותר של זכויות העובדים. הלקוח יבדוק מדגמית תלושי שכר של העובדים בחודש כלשהו או של קבוצת עובדים אקראית במשך תקופה. במסגרת הביקורת יבדוק ההפרשות לקרן הפנסיה (יש חובת ביטוח פנסיוני בענפי השמירה והניקיון מכוח צווי ההרחבה הענפיים) ותשלום דמי הבראה ונסיעות, ועל ידי השוואת השכר עם כרטיס הנוכחות של העובד יוכלו לבדוק אם שולם להם שכר בעבור כל שעות העבודה. את כל הפרות הללו אפשר לגלות בקלות יחסית, בדומה לביקורת שעורכים הפקחים מטעם מחלקת האכיפה של התמ"ת.<sup>126</sup>

122 ראו לדוגמה: עב' (אזורי ב"ש) 6323/04 טסלר – ח.א.ש מערכות ושירותים בע"מ, תק-עב 2006 (3) 1179 (לא פורסם, 19.7.2006); עב' (אזורי ב"ש) 300506/97 פוקס – משאבי אביב בע"מ, תק-עב 2006 (3) 50 (לא פורסם, 9.11.1998).

123 חוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, ס"ח 247 (להלן: חוק הגנת השכר). ראו לדוגמה: ד"מ (אזורי חי') 9404/04 שטיבי נ' לילית שמירה אבטחה שירותים וניקיון בע"מ, תק-עב 2006 (3) 5065 (לא פורסם, 24.8.2006); עב' (אזורי ב"ש) 1685/054 גוטרך – רשף בטחון 1993 בע"מ, תק-עב 2006 (1) 8444 (לא פורסם, 12.1.2006); "מאפייני ההעסקה", לעיל הערה 5, בעמ' 6.

124 ראו לדוגמה: עב' (אזורי י-ם) 300151/95 עמיר – מדינת ישראל, תק-עב 2006 (1) 10667 (לא פורסם, 21.2.2006); ד"מ (אזורי י-ם) 5603/05 סדיס – דים תפעול ובטחון בע"מ, תק-עב 2006 (1) 680 (לא פורסם, 8.1.2006); עב' (אזורי ת"א) 912532/99 רשיד – א.ס.י. שירותי שמירה בע"מ, תק-עב 2004 (3) 5451 (לא פורסם, 26.9.2004).

125 חוק חופשה שנתית, התשי"א-1951, ס"ח 81 (להלן: חוק חופשה שנתית). ראו לדוגמה: עב' (אזורי ת"א) 6217/04 דלאל – ספקטורטי המוקד המרכזי בע"מ, תק-עב 2006 (3) 9325 (לא פורסם, 19.9.2006); עב' (אזורי חי') 176/04 שוסטיק – חברת השמירה בע"מ, תק-עב 2006 (3) 472 (לא פורסם, 5.7.2006).

126 חוזר החשכ"ל מטיל ביקורת על הקבלן הזוכה. הקבלן מחויב לשתף פעולה עם הגורמים המפקחים מטעם יחידת הביקורת של אגף החשב הכללי ולהמציא את כל האישורים שיידרשו, ובכלל זה

הטלת חובת הפיקוח עולה בקנה אחד עם ההנמקה בפסק דין שמואלוב. פסק הדין קבע שהבנק שהוצבה בו עובדת ניקיון של חברת שירותים וזכויותיה הופרו הוא מעסיק במשותף של העובדת לצורך הוראות בסיסיות בחוקי המגן.<sup>127</sup> אחת ההצדקות להטלת אחריות משותפת בנסיבות האלה הייתה שהמעסיק בפועל יכול לפקח בקלות יחסית על אכיפת הזכויות והוא נמצא בעמדה טובה יותר מהעובד לעשות זאת.<sup>128</sup> בין דרכי הפיקוח המוזכרים מונה השופטת דוידוב-מוטולה גם אישורים מרואי חשבון על תשלום שוטף של שכר מינימום לעובדים.<sup>129</sup> אם במהלך הביקורת הלקוח מגלה שחברת השירותים מפרה את זכויות העובדים, עליו לדרוש ממנה לבדוק את הנושא ולהביא לתיקונו. הפרות חוזרות או אי תיקון הפרות שנתגלו יהוו עילה להתרה מידית של חוזה השירותים.<sup>130</sup> לקוח שלא יקיים את חובת הפיקוח יהיה חשוף לתביעות של עובדי חברת השירותים, כפי שהוצע בעניינו של לקוח המתקשר בחוזי הפסד. שלא כמו ביקורות הפתע האקראיות של יחידת האכיפה של משרד התמ"ת, ביקורת של הלקוחות תהיה ודאית וכרוכה באיום כלכלי של התרת חוזה השירותים.

חובות הפיקוח יכולות לשאת אופי אישי יותר. אפשר לחייב את הלקוח להקים מנגנון אכיפה פנימי שיאפשר לעובדי השירותים להגיש תלונות על הפרת זכויותיהם. המנגנון יכול להיות משולב במערך משאבי כוח האדם של הלקוח. עם קבלת התלונה ולאחר שהפרת

תשלומים לרשויות המס, קרנות פנסיה, תלושי שכר וכל מסמך רלוונטי אחר. ראו: חוזר החשכ"ל, לעיל הערה 105, ס' 5.4.

127 פרשת שמואלוב, לעיל הערה 17.

128 שם, סעיפים 71-74 לפסק הדין. השופטת דוידוב-מוטולה אינה מתייחסת למצב שהמעסיק בפועל קיים את חובות הפיקוח אך זכויות העובד בכל זאת הופרו. אפשר להבין מפסק הדין שקיום חובת הפיקוח אינו משחרר את המעסיק בפועל מחבותו (כמעביד במשותף) לאכוף את זכויות העובד, כפי שהצעתי במאמר זה.

129 בעקבות פסק דין שמואלוב המליצה המחלקה המשפטית של התאחדות התעשיינים לכלול במסגרת חוזה השירותים את החיובים הבאים: חיוב הקבלן להמציא אישור רבעוני מרואה חשבון כי כל תשלומי העובדים משולמים כדין; זכותו של מזמין השירות לבטל חוזה שירותים לאלתר, ללא פיצוי, בכל מקרה שהקבלן הפר התחייבויותיו כלפי העובדים. כמו כן יש המליצה נפרדת לערוך בדיקה מדגמית של תלושי משכורת ותשלום זכויות ולהצליב מידע בין שעות העבודה של העובד לבין מספר השעות ששולמה לו משכורת עליהן. המלצה בעלת גוון אישי יותר היא לשוחח עם עובדי הקבלן ולוודא שזכויותיהם נאכפות. ראו: יחננוף, לעיל הערה 72.

130 משרד האוצר פועל באופן דומה בתקופה האחרונה. חברת מודיעין אורחי החזירה לעובדיה כמעט חמישה מיליון שקלים בגין שכר וזכויות סוציאליות שהייתה חייבת להם במסגרת התחייבות שנתנה לחשב הכללי של משרד האוצר. החשב הכללי הבהיר לחברה שאם לא תעשה כן, יחולטו הערבויות שהפקידה במשרדים שעליהם שמרה ותימנע השתתפותה העתידית במכרזי ממשלה על שירותי אבטחה. ההתחייבות לפצות את העובדים הושגה לאחר ביקורת שביצע משרד האוצר. דווח כי מתחילת 2007 עורך משרד החשב הכללי ביקורת על כל ההתקשרויות של המדינה לרכישת שירותי ניקיון ושמירה. ראו: רותי סיני "מודיעין אורחי" החזירה 5 מיליון שקלים לעובדיה" הארץ 22.8.2007; ראו גם חוזר החשכ"ל המחייב העברת ממצאי ביקורת שאיתרה הפרת זכויות לקבלן המבצע. הקבלן חייב להמציא בתוך 30 יום תצהיר חתום בידי רואה חשבון, המפרט את תיקון הממצאים במלואם, לרבות תשלום רטרואקטיבי בגין זכויות העובדים בעבר. התשלום לקבלן יושג עד למילוי תנאי זה. ראו חוזר החשכ"ל, לעיל הערה 105, ס' 5.4.2.

על מעמדם ועל אכיפת זכויותיהם של עובדי חברות השירותים

הזכויות הוכחה לכאורה (למשל אי תשלום שעות נוספות, אי תשלום שכר מינימום, ניכויים בניגוד לחוק), יהיה על הלקוח לפנות לחברת השירותים לקבל הסבר על האירוע. אם יניח ההסבר את הדעת, יועבר ההסבר בכתב לעובד המתלונן. ואולם אם אכן מדובר בהפרת זכויות – תערוך החברה המזמינה מעקב אחר אכיפת הזכויות. ייתכן שעובדי חברת השירותים יהססו להיעזר בשירותי האכיפה הפרטניים מחשש שיבולע להם והם יפוטרו,<sup>131</sup> עם זה, ערוץ הפיקוח האישי נועד לאפשר לעובדים המעוניינים לפעול לאכיפת זכויות פרטנית למנף את כוחו של הלקוח וכך לסייע באכיפת הזכויות המגיעות להם. אינני חושבת שכל עובד שזכויותיו יופרו יפנה לערוץ זה, אך אותם עובדים שממילא נכונים להגיש תביעות אישיות בבית הדין לעבודה יוכלו לפנות קודם כול ללקוח, ובכך להימנע בשלב הראשון מפתחת הליכים משפטיים נגד המעביד שלהם. גם בעניין מנגנון הברור האישי יש לקבוע כללים שלפיהם תלונה שלא טופלה כראוי תחשוף את מזמין השירות לאחריות להפרה שהיה מודע לה ולא טיפל בה. לעומת זאת, טיפול הולם בתלונה יקנה חסינות מפני תביעת העובד נגד מזמין השירות.

תחת המשטר המשפטי הקיים, לקוחות המתקשרים עם חברות שירותים מהססים לפעול לאכיפת זכויות עובדי השירותים. כאמור, כל מעורבות ישירה בתנאי העבודה של עובדים אלו חושפת את החברה המזמינה לטענה בדבר זיקה בינה לבין העובדים הפועלים בחצריה. לכן נמנעים היום חלק מהארגונים לפעול למען אכיפת זכויות העובדים גם במקרים שהם מודעים להפרת הזכויות והיו מעוניינים לסייע לעובדים. בשלב ראשון ראוי שבתי הדין לעבודה יבחינו ביישום מבחן הסממנים בין זיקות שמטרתן לפקח על איכות העבודה ועל אופן ביצועה לבין זיקות שנובעות מדאגתו של הלקוח לרווחת העובד ואכיפת זכויותיו. במקרים שהזיקה נובעת מפיקוח בנושאי רווחה ואכיפת זכויות, ראוי שבתי הדין לא יזקוף זיקות אלו לחובתו של הלקוח.

#### 4. התקשרות עם חברות שירותים שהן "מפרות סדרתיות"

חוזר החשב הכללי אוסר להתקשר עם מציעים (או בעלי שליטה בחברה) שהורשעו בשלוש השנים האחרונות בעבירה פלילית אחת או יותר בגין הפרת חוקי העבודה או עם מציעים שמנהל האכיפה של התמ"ת קנס אותם בשלוש השנים האחרונות בשני קנסות או יותר.<sup>132</sup> תיקון לחוק עסקאות גופים ציבוריים – 2004, קובע כי גוף ציבורי לא יתקשר עם קבלן כוח אדם שהורשע ביותר משתי עבירות על חוק שכר מינימום או על חוק עובדים זרים.<sup>133</sup> ארגון קו לעובד מפרסם "רשימה שחורה" של חברות כוח אדם שרישיוןן או ההיתר שלהן לתיווך

131 ראו רשימת החוקים, לעיל הערה 82.

132 חוזר החשב"ל, לעיל הערה 105, ס' 4.3, 4.2.

133 לעיל הערה 82. הצעת חוק של יולי תמיר מרחיבה איסור ההתקשרות על כל סוגי המכרזים במגזר הציבורי ומוסיפה חוקי עבודה לרשימת החוקים שהפרתם לא תאפשר התקשרות עם גורם ציבורי. כמו כן אפשר יהיה לעשות שימוש בפסק דין אזרחי ולא רק בהרשעה פלילית כדי לפסול הצעה של קבלן.

בין ארצי נשלל או הוגבל או שמשרד התמ"ת סירב להעניק להן רישיון.<sup>134</sup> הועלתה הצעה שמשרד התמ"ת יפרסם רשימה דומה, וכך יבנה מאגר מידע ממשלתי על קבלני כוח האדם וחברות השירותים שהם בחזקת מפרי זכויות סדרתיים.<sup>135</sup> בלי להיכנס לבעייתיות שבאיסור גורף על התקשרות עם גורמים שהורשעו או נקנסו בגין הפרת זכויות עובדים,<sup>136</sup> ברור שסנקציות אלו יתרמו לאכיפת זכויות העובדים. חברות השירותים יחששו מהסנקציה הכלכלית העתידית שתוטל עליהן בעקבות הפרת זכויות בהווה.

### סיכום

כעשרה אחוזים מכלל העובדים השכירים בישראל מועסקים דרך חברות כוח אדם וחברות שירותים.<sup>137</sup> נתונים אלו מחייבים אותנו להתמודד עם ההיבטים הייחודיים של חיי העבודה של אותם עובדים. ניסיונות הפיקוח שנועדו לצמצם את ממדי התופעה של העסקת עובדים לפרק זמן ממושך דרך מיני מתווכים – כשלו. תחת התקווה לשיפור איכות העבודה, מצאו עצמם רוב העובדים מועסקים דרך חברות שירותים שלמעשה החליפו את חברות כוח האדם. הציפייה שעובדי הקבלן ייקלטו כעובדים מן המניין אצל הלקוח לא התממשה (מלבד קבוצות עובדים בודדות), וודאי שאינה משקפת מגמה עתידית.

העסקת עובדים בחברות השירותים הביאה עמה תחלואים חדשים, והבולט שבהם – הפרת זכויות עובדים בצורה שיטתית ומכוונת בממדים נרחבים. תחרות על חוזי השירותים אילצה את חברות השירותים שרצו לשרוד בענף להוזיל עלויות, בין היתר על חשבון זכויות המינימום של העובדים. חיסכון התבטא בדרך כלל גם בהפרת זכויות שיטתית שנבעה מרמה נמוכה של אכיפה ציבורית ופרטית.

במאמר זה אני מציעה שורה של צעדי פיקוח שיוטלו על הגורמים המתקשרים עם חברות השירותים. פיקוח ישיר של לקוחות חברות השירותים על אכיפת זכויות העובדים אשר בחצריהם יצמצם את היקף הפרת הזכויות בענפי השירותים במידה ניכרת. מילוי חובות הפיקוח יקנה ללקוח מגוון הגנות מפני תביעות של עובדי השירות כלפיו, ועל כן יש לצפות שרבים מהמתקשרים עם חברות השירותים יקיימו את דרישות הפיקוח. אמנם הצעה זו אינה מקדמת את המטרה המקורית – צמצום היקף ההעסקה העקיפה של עובדים – אולם בכוחה לתרום לרווחתם.

134 ראו אתר האינטרנט של הארגון: [www.kavlaoved.org/civil.asp?pid=246](http://www.kavlaoved.org/civil.asp?pid=246).

135 ראו: זכויות המאבטחים, לעיל הערה 4, בעמ' 15. (הצעה לחייב את משרד התמ"ת לפרסם מדי רבעון דוחות אכיפה מפורטים ולפרט בהם את שמות המעסיקים שנמצאו מפריים חוקי מגן). בהצעה זו יש רק מרכיב של יידוע הציבור ולא סנקציה על לקוח הבוחר להתקשר עם חברה שהיא מפרה סדרתית.

136 הקושי הוא שאיסור התקשרות, אפילו אם הוא מוגבל לתקופה של שנה או שנתיים, עלול להוביל לקריסתה הכלכלית של חברת השירותים עקב אבדן כל לקוחותיה. קריסתה הכלכלית של החברה עלולה לגרום פיטורי צמצום נרחבים (לעתים כל העובדים).

137 ראו: תג'ר, לעיל הערה 4, בעמ' 39.