



בבית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 10-10-14274

המערערים

1. גלעד גולדברג
2. לירן דדון
3. ירון אבהר
4. שלומי מאיש

המשיבות

1. אורטל שירותי כוח אדם בע"מ
2. התעשייה האווירית בע"מ

**בפני: השופט עמירם רבינוביץ, השופט שמואל צור, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה
נציג עובדים מר אלי בן גרא, נציג מעבידים מר אבי ברק**

**בשם המערערים: עו"ד עמית גורביץ ועו"ד ערן גולן
בשם המשיבות: עו"ד ריטה פרי-הר**

פסק דין

השופטת סיגל דוידוב-מוטולה

1. עניינו של תיק זה בדרך יישומו המעשית של סעיף 13(א) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו – 1996 (להלן: **החוק** או **חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם**). העניין הובא להכרעתנו במסגרת ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב (השופט (כתוארו אז) שמואל טננבוים ונציגי הציבור מר מרדכי כהן ומר בן גל; עב' 9899/05), וכהמשך לפסק דינו הקודם של בית דין זה באותה פרשה (ע"ע 131/07 גלעד גולדברג – אורטל שירותי כוח אדם בע"מ, מיום 13.5.2009; להלן – **פסק הדין הקודם**).

התשתית העובדתית

2. המערערים הועסקו על ידי המשיבה 1, אורטל שירותי כוח אדם בע"מ (להלן: **אורטל**), בתקופות שונות שאורכן נע בין שלוש לשמונה שנים, והוצבו מטעמה - כקבלן כוח אדם - כמאבטחים באחד ממפעליה של המשיבה 2, התעשייה האווירית בע"מ (להלן: **התעשייה האווירית**).

3. במסגרת עבודתם נדרשו המערערים "**לבצע סינון של הנכנסים בשער המפעל, לבדוק רכבים חשודים במגרש החניה, לבדוק אתראות שהתקבלו מעת לעת על נגיעות בגדר או מאחד מגלאי העשן הפזורים במפעל, להסתכל בטלוויזיה במעגל סגור ועוד**" (פסק הדין הקודם), וזאת בכפיפות לקציני הביטחון מטעם התעשייה האווירית. המפעל בו הוצבו הינו מפעל תמ"מ (תעשיית מכשירים מדויקים) ביהוד, בו מועסקים כ - 500 עובדים.

4. בסמוך לאחר סיום עבודתו של המערער 1, ותוך כדי עבודתם של שאר המערערים, הוגשו על ידם תביעות לבית הדין האזורי בתל אביב, במסגרתן ביקשו לראות בהם כעובדי התעשייה האווירית, ולחלופין ביקשו צו הצהרתי בדבר השוואת תנאי עבודתם, מכוח סעיף 13(א) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, "**לתנאי עבודת עובדיה ה"קבועים" של הנתבעת 2, לרבות ההסכמים הקיבוציים והסכמי השכר שחלים עליה**". עוד תבעו שכר עבודה, שלא שולם להם, בגין הפסקות בנות חצי שעה ליום. המערער 1, מר גלעד גולדברג, תבע בנוסף לכך פיצויי פיטורים וחלף הודעה מוקדמת.

5. לאחר שתביעתם נדחתה ברובה, הגיע עניינם של המערערים לבית דין זה. במסגרת פסק הדין הקודם התקבל ערעורם בחלקו, ונקבע - בין היתר - כדלקמן:

א. ההסכם הקיבוצי בענף שירותי משאבי אנוש, כפי שנחתם ביום 16.2.2004 והורחב ביום 1.9.2004, אינו חל על המערערים שכן לא הועסקו בעבודה זמנית או תקופתית מטבעה.

ב. לאור האמור, ומשלא חל אף סייג אחר המצדיק להוציא את המערערים מגדר תחולתו של סעיף 13(א) לחוק - על אורטל להשוות את תנאי עבודתם לאלו של עובדי התעשייה האווירית.

ג. באשר לדרך ביצוע ההשוואה: טענת המערערים כי יש להשוות את תנאי עבודתם לתנאי עבודתם של קציני הביטחון, כמו גם טענת אורטל כי אין בתעשייה האווירית "קבוצת השוואה" מתאימה – תוחזרנה לבית הדין האזורי לצורך בירור. ההנחיה שניתנה לבית הדין האזורי בקשר לכך הינה להכריע בה "לאור החומר שבפניו, או על ידי שמיעת טיעונים נוספים בכתב ו/או בעל פה".

ד. ככלל, בזמני ההפסקות לא היו חופשיים המערערים לעשות כרצונם אלא עמדו לרשות המעסיק. לאור זאת, יש לראות זמן זה כשעות עבודה והמערערים זכאים לשכר בגין חצי שעה ליום שנוכחה משעות עבודתם, אלא אם תוכיח אורטל כי היו מקרים בהם יצא מי מהם בזמן ההפסקה משטח המפעל. גם בקשר לכך, הוחזר המשך הבירור לבית הדין האזורי, כאשר צוין כי בית הדין "יורה על אופן המשך הדיון".

פסק דינו של בית הדין האזורי

6. בית הדין האזורי קבע בפסק דינו כי במועדים הרלוונטיים לתביעה לא הועסקו מאבטחים כלשהם כעובדי התעשייה האווירית, אלא רק באמצעות קבלני כוח אדם או חברות שירותים. עוד ציין כי כיום חל שינוי בכך וחלק מהמאבטחים שהועסקו באמצעות אורטל נקלטו כעובדי התעשייה האווירית, אך "הנתונים שהוצגו בפניו מצביעים על כך, כי העסקתם של מאבטחים כיום על ידי הנתבעת 2 הינה בתנאים ירודים מהעסקתם אצל הנתבעת 1".

7. בית הדין דחה את דרישת המערערים להשוואת תנאיהם לתנאי עבודתם של קציני הביטחון בתעשייה האווירית, לאחר שקבע כי אין מדובר בקבוצת השוואה רלוונטית. לאור זאת, לא מצא לנכון להורות על גילוי המסמכים הספציפי שביקשו המערערים, בקשר לפרטי שכרם של חמישה קציני ביטחון ואחראי אבטחה. בית הדין הסביר את נימוקיו לכך במילים הבאות:

"הנתבעת הצביעה בצורה מפורטת על כך כי מדובר בתנאי העסקה שונים באופן משמעותי. ההשכלה הנדרשת מקצין ביטחון בנתבעת 2 הינה השכלה אקדמאית בעוד שמאבטח נדרש להשכלה תיכונית בלבד. תנאי הכשירות וההסמכה שונים לחלוטין לרבות תקופת ההכשרה אשר לגבי קצין ביטחון היא ארוכה בהרבה. מבחני ההתאמה של קצין ביטחון חמורים מאלו הנדרשים ממאבטח. אופי התפקיד שונה בשתי המשרות; מאבטח נדרש בעיקר לעבודה

פיזית נקודתית ואילו תפקידו של קצין הביטחון הינו תפקיד מטה הכולל שיתוף פעולה עם גורמי הביטחון במדינת ישראל לגיבוש תפיסת ביטחון כוללת. היקף המשרה שונה ואף רמת החשיפה לחומרים מסווגים אינה שווה.

שוכנענו איפוא, כי אף שבשני התפקידים מדובר על תפקידי אבטחה, הרי שענייננו בתפקידים שונים וזאת בהתייחס למכלול אמות המידה הרלוונטיות לבחינת סוגי התפקידים. אין מדובר באותו "סוג עבודה" ומשכך, אין מקום להשוות את תנאי עבודתם של המאבטחים לאלו של קציני הביטחון".

8. בית הדין שוכנע, לאור זאת, כי "לא קיימים עובדים אצל הנתבעת 2 אליהם ניתן להשוות את תנאי עבודתם של התובעים", ולכן - הגם שהדבר לא נרשם במפורש - דחה במלואה את התביעה בכל הנוגע לסעיף 13(א) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם. כן דחה, במשתמע, את בקשתם של המערערים לגילוי מסמכים בהתייחס ל"כלל ההסכמים וההסדרים הקיבוציים החלים על הנתבעת 2".

9. בהמשך פסק הדין קיבל בית הדין האזורי את דרישת המערערים לשכר בגין שעות הפסקה לפי החישובים שנערכו על ידם, ופסק לזכותם את הסכומים כדלקמן: למערער 1 – סך של 7,284 ש"ח בצירוף ריבית והפרשי הצמדה מיום 1.12.2005 ועד התשלום בפועל; למערער 2 – סך של 20,356 ש"ח בצירוף ריבית והפרשי הצמדה מיום 1.1.2006 ועד התשלום בפועל; למערער 3 – סך של 18,118 ש"ח בצירוף ריבית והפרשי הצמדה מיום 1.8.2006 ועד התשלום בפועל; ולמערער 4 – סך של 13,694 ש"ח בצירוף ריבית והפרשי הצמדה מיום 1.8.2006 ועד התשלום בפועל.

כן נפסקו לזכות המערערים הוצאות, בסך כולל של 8,000 ש"ח בצירוף מע"מ.

טענות הצדדים

10. המערערים טוענים כי ההליך בבית הדין האזורי כלל לא מוצה, אלא נקטע באיבו, בכל הנוגע ל"קבוצת ההשוואה" הרלוונטית. המערערים מדגישים כי לא התקיים דיון מהותי כלשהו לאחר החזרת התיק מבית הדין הארצי (אלא רק דיון מוקדם), ואף לא נשמעו עדים או הוגשו סיכומים, אלא רק הוגשה על ידם בקשה לגילוי מסמכים ספציפיים, על מנת שיוכלו לכמת כראוי את תביעתם ולפרטה. לתדהמתם, במקום החלטה בבקשה, ומבלי שבית הדין האזורי קיבל לידי "ולו מסמך אחד המעיד על תנאי העבודה של עובדי המשיבה 2 שהועסקו בתקופת העסקת המערערים" - ניתן פסק הדין.

11. המערערים מפנים להחלטת ביניים שנתן בית הדין האזורי ביום 16.2.2010, במהלכה נדרשה אורטל "לפרט מהו המקצוע והתפקיד אצל עובדי הנתבעת 2 אליהם יש להשוות את תנאי עבודתם של התובעים". אורטל אף נדרשה לציין "לפחות שלושה שמות של עובדים כאמור, ומקום עבודתם וכן מחלקה או אגף בו הם מועסקים". במקום למלא אחר החלטה זו כלשונה, הגישה אורטל מסמך מתחמק במסגרתו טענה כי קבוצת ההשוואה היחידה הינם אותם מאבטחים שנקלטו לתעשייה האווירית לאחר פסק הדין הקודם, שנים רבות לאחר סיום עבודתם של המערערים, ומקבלים לטענתה תנאי שכר פחותים מאלה ששולמו למערערים במסגרת אורטל.

המערערים מדגישים כי לא ניתנה להם אפשרות לקיים דיון הוכחות על טענה זו, ולחקור את בעלי התפקידים במשיבות בחקירה נגדית.

12. המערערים סבורים כי פסיקת בית הדין האזורי רוקנה מתוכן את הוראת המחוקק הקבועה בסעיף 13(א) לחוק. לגישתם, על מנת להגשים את תכלית החוק יש לחייב את המעסיק בגילוי מידע רחב, בדומה לגילוי הקבוע בסעיף 7 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו – 1996 (להלן – **חוק שכר שווה**). בנוסף, יש לערוך אבחנה בין תנאי עבודה אחידים הניתנים לכלל העובדים לבין תנאי עבודה הנגזרים מאופי התפקיד, ולהעניק להם לכל הפחות את תנאי העבודה האחידים, כפי שניתנו בתקופה הרלוונטית לעובדי התעשייה האווירית.

המערערים מבקשים לפיכך כי בית דין זה ייענה לבקשתם בדבר גילוי מסמכים, ויחזיר את ההליך לבית הדין האזורי "לשם כימות התביעה, מתן תצהירים וקיום דיון הוכחות".

13. עוד טוענים המערערים, כי לא הייתה הצדקה לפסוק לזכותם ריבית והפרשי הצמדה בגין שעות ההפסקה רק ממועד סיום העבודה של כל אחד מהם, והמועד הרלוונטי הינו מועד היווצרות העילה, היינו מועד ביצוע שעות העבודה מדי חודש.

14. המשיבות תומכות בפסק דינו של בית הדין האזורי, מטעמיו. המשיבות מציינות כי כל החומר הנדרש להכרעה עמד בפני בית הדין האזורי טרם מתן פסק דינו, ובית

הדין אף שאל את הצדדים במפורש אם התיק בשל למתן פסק דין (כאשר המשיבות השיבו בחיוב, בעוד שהמערערים השיבו בשלילה).

15. המשיבות סבורות, כי לא הייתה כל הצדקה להיענות לבקשתם הגורפת של המערערים לגילוי מסמכים, שהתייחסה ל"כלל ההסכמים וההסדרים הקיבוציים" בתעשייה האווירית, כמו גם לפרטי שכרם של חמישה בעלי תפקידים ספציפיים, "שחלקם הועסקו במפעלים שונים מהמפעל בו הועסקו המערערים, בוותק ובתפקידים שונים מתפקידם של המערערים".

המשיבות טוענות כי הציגו בפני בית הדין תשתית עובדתית מספקת, אשר לימדה כי במועדים הרלוונטיים "לא היו עובדים אצל משיבה 2, אליהם ניתן להשוות את תנאי העסקת המערערים". לגישתן, לשונו של סעיף 13(א) לחוק הינה "לשון רחבה, הלוקחת בחשבון אפשרות, שבנסיבות מסוימות לפי העניין, לא יהיה סוג עובדים אליו ניתן להשוות קבוצת עובדים מסוימת, ואין הדבר מצביע על פגם בפרשנות הסעיף".

16. המשיבות סבורות עוד כי לא נפל פגם כלשהו בקביעת בית הדין האזורי בהתייחס להפרשי ההצמדה והריבית. לגישתן, בית הדין בחר ביודעין לקבוע את הפרשי ההצמדה והריבית ממועד מתן פסק הדין בלבד, נוכח ה"נסיבות המיוחדות של המקרה, לאור המחלוקת העובדתית הכנה והאמיתית", כאשר החלטה זו "עומדת במבחן הסבירות" ולכן אין הצדקה להתערב בה.

הכרעה

17. לאחר שנתנו דעתנו לפסק דינו של בית הדין האזורי, למכלול טענות הצדדים ולכלל נסיבות העניין, הגענו למסקנה כי דין הערעור להתקבל. שוכנענו, כי לצורך יישומו הראוי - בנסיבותיו של מקרה זה - של סעיף 13(א) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, יש צורך בתשתית עובדתית נוספת, אשר טרם הובאה בפני בית הדין האזורי ואף לא בפנינו. איננו רואים ברירה לפיכך אלא להחזיר את הדיון לבית הדין האזורי, לצורך קבלת ראיות נוספות ושקילת טענות נוספות, כפי שיפורט להלן. גם ביחס לחלקו השני של הערעור - בו נפתח את הדיון - שוכנענו כי הדין עם המערערים.

פסיקת ריבית והפרשי הצמדה – החל ממועד היווצרות העילה

18. חוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א – 1961 (להלן – חוק פסיקת ריבית והצמדה) מסדיר את דרך פסיקתם של הפרשי הצמדה וריבית על ידי רשות שיפוטית. ההלכה הפסוקה קובעת כי מטרתם של הפרשי הצמדה והריבית הינה "לשמור על הערך הריאלי של סכום כסף שנפסק על ידי בית הדין" (ע"ע 128/03 רעיה בורוכוב – מבטחים מוסד סוציאלי של עובדים בע"מ, מיום 9.6.2004), ולכן אלא אם יש הצדקה מיוחדת לקבוע אחרת – יש לפסקם "החל מיום היווצרות עילת התביעה" (כלשונו של סעיף 5 לחוק פסיקת ריבית והצמדה; ע"ע 184/03 עין בר מפעלי אפיה בעינת בע"מ - דוד יוסף, מיום 8.6.2006; ע"א 499/89 רמת אביבים בע"מ נ. מירון, בן ציון ופריבס, פ"ד מו(4) 586 (1992)).

19. בענייננו, בית הדין האזורי לא ציין טעם כלשהו אשר הצדיק את פסיקת הפרשי הצמדה והריבית ממועד סיום העבודה של כל אחד מהמערערים. מועד היווצרות העילה הינו מועד תשלום השכר בכל אחד מהחודשים בהם הופחתו מהמערערים שעות ההפסקה שלא כדין. לפיכך, המערערים זכאים לתיקון פסק הדין בנקודה זו. מטעמי נוחות, וכמקובל במקרים בהם נפסקות בדיעבד זכויות שלא שולמו מדי חודש בחודשו, הפרשי הצמדה והריבית יתווספו ממחצית התקופה הרלוונטית, היינו ממחצית תקופת העבודה של כל אחד מהמערערים (ע"ע 543/08 יעקב גולדזק – מפעלי מתכת קדמני בע"מ, מיום 2.9.2010; ע"ע 1454/01 משה אבו דרהם – מבטחים בע"מ, מיום 12.12.2002).

תכליתו החקיקתית של סעיף 13 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם

20. תכליתו המרכזית של חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם הינה "להבטיח את זכויות העובד ורווחתו" ו"למנוע פגיעה חמורה בביטחון הסוציאלי של העובד", בהתחשב במאפייניה הייחודיים של העסקה באמצעות קבלני כוח אדם (בג"צ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ. שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 433 (1998)). על הצורך בחקיקת החוק נכתבו, בדברי ההסבר, הדברים הבאים (ה"ח 2380 התשנ"ה 381):

"העסקת עובדים באמצעות קבלני כוח אדם הינה תופעה ההולכת ומתרחבת, בעיקר במגזרים שבהם דרושה ניידות גבוהה של עובדים; מאידך, נלוות לתופעה זו מספר השלכות שליליות. לא זו בלבד שהעובדים סובלים מהעדר מקום עבודה קבוע ומסודר, אלא שהם נתונים לעיתים

קרובות לניצול על ידי תשלום שכר נמוך והעדר תנאים סוציאליים נאותים...

בחוק המוצע התחשבות מלאה והקלות למעסיקים לגבי אותם סוגי עבודות זמניות אשר מעצם טיבן נעשות בידי קבלני כוח אדם, כגון: מילוי מקום של עובד שנעדר זמנית מהעבודה או מילוי משימה חולפת. מאידך מוצעת הגנה רחבה יותר לאותם עובדים המועסקים בידי קבלני כוח אדם בעבודות שונות במקום העבודה ואין למעשה הצדקה עניינית שהן תיעשנה באמצעות קבלני כוח אדם.

עקרונות החוק המוצע הם: ... תיקבע השוואה של תנאי העבודה של עובדי קבלן כוח אדם המועסקים במקום עבודה פלוני לתנאי העבודה של יתר העובדים המועסקים על ידי המעביד באותו מקום עבודה. להוראה זו מוצעים מספר סייגים...".

(לרקע לחקיקת החוק ותכליתו ראו גם את ע"ע 472/09 זוהר גולן – או.אר.אס משאבי אנוש בע"מ, מיום 12.9.2010; רות בן ישראל, מיקור חוץ outsourcing – 'מתמקרים' החוצה: העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, פרשנות אחרת – המרת העסקה הפורמאלית בעסקה האותנטית, שנתון משפט העבודה ז' (1999) 5; גיא דוידוב, העסקה עקיפה, עבודה חברה ומשפט י"ב (2010) 191).

21. אחת הדרכים להגשמת תכליתו של החוק הינה באמצעות סעיף 13, הקובע "השוואת תנאים" בין עובדיו של קבלן כוח האדם לבין עובדי המעסיק בפועל. בנוסחו המקורי קבע סעיף 13(א) השוואת תנאים מסויגת שחלה רק בהתייחס להוראות הסכם קיבוצי, רק בנוגע לעובדי קבלן כוח אדם שהועסקו באותו מקום עבודה "תקופה העולה על שלוש שנים", ותוך סייג מפורש בהתייחס ל"הוראות בכל הנוגע לקביעות בעבודה". נוסח זה הורחב במסגרת תיקון מס' 1 לחוק, משנת 2000 (ס"ח 1748 התש"ס 247), במסגרתו הוסף לחוק גם סעיף 12 א' (לסקירת התיקון ראו את עס"ק 1005/02 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – אורטל שירותי כוח אדם בע"מ, פד"ע לט 57 (2003)).

בנוסחו הנוכחי, קובע סעיף 13 לחוק את הדברים הבאים:

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

- (ב) חלים על העובד של קבלן כוח אדם יותר מהסכס סעיף קטן אחד, ינהגו לפי ההוראה שהיא לטובת העובד; לעניין סעיף קטן זה, "הסכס קיבוצי" – לרבות הסכס קיבוצי החל על עובדים מכוח סעיף קטן (א) או הסכס קיבוצי המסדיר את תנאי העבודה אצל קבלן כוח האדם.
- (ג) הוראת סעיף קטן (א) לא תחול לגבי עובד שתנאי עבודתו אצל קבלן כוח האדם מוסדרים בהסכס קיבוצי כללי כמשמעותו בחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז – 1957, ובלבד שהסכס כאמור הורחב בצו הרחבה, וההגדרה "הסכס קיבוצי" שבסעיף 1 לא תחול לעניין זה."

22. המחוקק מצא לפיכך לנכון להרחיב את הוראותיו של סעיף 13 לחוק, באופן ש"השוואת התנאים" תוחל לא רק על הוראות הסכס קיבוצי אלא על כלל "תנאי העבודה", ובאופן שתוחל החל מהיום הראשון של העסקת עובדו של קבלן כוח האדם במקום העבודה. הרקע להרחבה זו הוסבר בדברי ההסבר להצעת התיקון (ה"ח 2879 התש"ס 403), כדלקמן:

"מטרת החוק היא הסדרת ההעסקה של עובדים באמצעות קבלני כוח אדם, כהעסקה זמנית. המצב החוקי כיום הוא שלעובדים רבים של קבלן כוח אדם תנאי עבודה מופחתים ביחס לתנאי העבודה של עובדי המעסיק בפועל. במצב זה, צורת ההעסקה באמצעות קבלני כוח האדם משמשת לצרכים שלהם היא לא נועדה, תוך יצירת דור חדש של עובדים בלתי קבועים החשים ניצול וקיפוח".

מגמה זו עולה בקנה אחד "עם גישת השוויון ההולכת וצוברת אהדה במדינות רבות ברחבי העולם. כך, למשל, לפי הדירקטיבות של האיחוד האירופי צריך להיות שוויון בתנאים של עובדים המועסקים ישירות ושל עובדים המועסקים במסגרת העסקה משולשת, המבצעים את אותה עבודה, ללא קשר להגדרת יחסי העבודה" (רונית נדיב ויובל פלדמן, היבטים פוזיטיביים ונורמטיביים של שוויון (או אי שוויון) ביחסי העסקה משולשים בישראל, עבודה חברה ומשפט י"ב (2010) 153; להלן – נדיב ופלדמן, תוך הפניה ל - Directive 99/70, OJ (L 175)143 ול Directive - (97/81, OJ (L 149).

23. סעיף 13 לחוק נועד אם כך להבטיח לעובדי קבלן כוח האדם זכויות שהן מעבר לזכויות המינימום המובטחות בחקיקה, ככל שזכויות כאמור משולמות לעובדי המעסיק בפועל, וזאת לצורך הגשמת מספר תכליות: ראשית, דאגה לרווחת העובדים, מתוך הנחה כי מדובר בקבוצת עובדים מוחלשת (לנתונים הקשורים לכך ראו למשל אצל אמירה גלין, על התיקון לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם: האם יצא שכרנו בהפסדנו? עבודה חברה ומשפט ח' (2001) 103); שנית,

מניעת אי שוויון חברתי וכלכלי ויצירת מעמדות בין קבוצות עובדים, רק בשל זהות מעסיקים והגם שהינם עובדים זה לצד זה באותו מקום עבודה (דב"ע נז/56-3 צבי שפיר – נתיב ביצוע תעשייתי, פד"ע לב 241, 250 (1999); כן ראו אצל נדיב ופלדמן, לעיל); **שלישית**, השמטת התמריץ הכלכלי להעסקת עובדים באמצעות קבלני כוח אדם, על מנת לעודד את העסקתם רק לתקופות קצרות ולצורך גמישות ניהולית, ולא כדרך לצמצום עלויות (שרון רבין-מרגליות ויורם מרגליות, עבודה ורווחה: על הקשר בין דפוסי ההעסקה המשתנים לבין זכויות הרווחה של העובדים, **עיוני משפט** כ"ה (2002) 601, 641).

בלשונו של הנשיא (בדימוס) אדלר בפסק הדין הקודם: **"תכליתו של סעיף 13(א) לחוק הינה להפוך ללא כדאי מבחינה כלכלית את העסקת עובדים לתקופה ממושכת על ידי קבלני כוח אדם, וזאת על ידי השוואת תנאי העבודה של עובדים באמצעות קבלן כוח אדם לבין תנאי העבודה שנקבעו בהסכם קיבוצי החל על עובדים המועסקים באופן ישיר על ידי מקבל העבודה"**.

דרך ביצוע "השוואת התנאים" מכוח סעיף 13 לחוק

24. כפי שעולה מלשון החוק, השוואת התנאים שקבע המחוקק מתייחסת ל"תנאי עבודה", אשר חלים **"על עובדים"** (ולא "על כל העובדים") באותו **"מקום עבודה"** בו מועסק עובדו של קבלן כוח האדם. לשון החוק ממשיכה וקובעת כי יש לבצע את השוואת התנאים **"לפי העניין"**, ו"בהתאמה, בין היתר, לסוג העבודה ולוותק בעבודה אצל המעסיק בפועל".

כל אחד ממונחים אלה מחייב פרשנות, החורגת מהנדרש לצרכי ההליך שבפנינו. פרשנות זו תבוצע בהתאמה לתכליתו החקיקתית של הסעיף, כפי שפורטה לעיל.

25. המחלוקת העיקרית בהליך שלפנינו הינה "קבוצת ההשוואה", היינו מי הם עובדיו של המעסיק בפועל אליהם יש להשוות את עובדי קבלן כוח האדם. בקשר לכך ניתן לקבוע את העקרונות הבאים:

א. בשלב ראשון יש לבחון את כלל ההיבטים הנוגעים לדרך קביעת השכר ותנאי העבודה אצל המעסיק בפועל, לרבות בחינת זהות המעסיק בפועל ומאפייניו (כמעסיק ציבורי/פרטי וכיו"ב); שאלת תחולתם של הסכמים והסדרים קיבוציים; האם קיימים תנאי עבודה כלליים (דוגמת הפרשות לקרן השתלמות);

ביגוד; זכויות לחופשה העולות על הקבוע בחוק; וכיו"ב) המוענקים לכל העובדים ללא תלות בתפקידם; והאם קיימים סקטורים שונים שלכל אחד מהם תנאים שונים. בהתאם לנתונים אלה, יש לקבוע מהם **"תנאי העבודה" אשר מוענקים היו לעובדי קבלן כוח האדם ככל שנקלטים היו כעובדי המעסיק בפועל באותו זמן.** היינו, אילו הוראות מתוך ההסכמים וההסדרים הקיבוציים היו חלות עליהם; אילו תנאי עבודה כלליים היו מוענקים להם; לאיזה סקטור היו משתייכים; וכיו"ב בהתאם למאפייניו של כל מקום עבודה.

ב. כפי שעולה הן מלשונו של סעיף 13(א) והן מתכליתו, אין כל דרישה כי עובדי המעסיק בפועל אליהם תבוצע ההשוואה יבצעו עבודה זהה לזו אותה מבצע עובד קבלן כוח האדם. המחוקק הסתפק בהקשר זה בהפניה כללית ל"סוג העבודה" ול"וותק בעבודה", ולא דרש השוואה מול עבודה "זהה".

לאור זאת, גם אם המעסיק בפועל אינו מעסיק באופן ישיר עובדים באותו תפקיד - אין בכך כדי למנוע דיון בשאלה אילו תנאי עבודה מוענקים היו לעובדי קבלן כוח האדם ככל שמועסקים היו כעובדי המעסיק בפועל. התשובה לכך תינתן בהתאם למכלול ההסכמים הקיבוציים, ההסדרים הקיבוציים, ההסכמים האישיים והנוהגים באותו מקום עבודה. לצורך כך על בית הדין לאתר סקטור **דומה ככל הניתן מבחינת "סוג העבודה"**, דהיינו מהות המשרה ומאפייני ההעסקה.

ג. לצורך איתורו של הסקטור הדומה לא ניתן להגדיר רשימה סגורה של "מאפייני העסקה", וכל מקרה ידון לפי נסיבותיו. בין היתר, ולמשל, תיתכן רלוונטיות בהקשר זה לאופי התפקיד, תנאי הכשירות, ההשכלה הנדרשת, מידת האחרייות, רמת המאמץ והתנאים הסביבתיים. בעת איתור הסקטור המתאים יש לנקוט משנה זהירות ולא להחיל על עובדי קבלן כוח האדם תנאי עבודה של עובדים שמאפייני העסקתם שונים (בהתאם לקריטריונים שפורטו לעיל), שכן בכך לא תושג אף אחת מתכליות החקיקה. מטרת הסעיף אינה להעניש את קבלן כוח האדם או המעסיק בפועל. השוואה מלאכותית בין משרות שונות לא תסייע למניעת הפליה, ואף עלולה לשמש תמריץ שלילי מפני היעזרות בקבלני כוח אדם, גם למטרות שהמחוקק הכיר בהן כרצויות.

מאידיך, גם אם בית הדין אינו מאתר בקרב עובדי המעסיק בפועל סקטור דומה – עליו להמשיך ולאתר את הסקטור הקרוב ביותר, ולשקול אם ניתן להיעזר בתנאים המוענקים לעובדיו - ייתכן תוך ביצוע ההתאמות הנדרשות - לצורך קביעה אילו תנאי עבודה מוענקים היו לעובדי קבלן כוח האדם ככל שהיו מועסקים על ידי המעסיק בפועל. **האיזון הינו עדין; מחד, אין להרחיב את "קבוצת ההשוואה" מעבר לנדרש מתכלית הסעיף, ומאידיך, אין לרוקנו מתוכן על ידי דרישת זהות מוחלטת.**

ד. לצורך הגשמת תכליתו של סעיף 13(א) לחוק, השוואת התנאים אמורה להתבצע מול עובדי המעסיק בפועל המועסקים במקביל לעובד קבלן כוח אדם, **ובאותה תקופת זמן**. אין לפיכך רלוונטיות, למעט אם תובא לכך הצדקה מיוחדת, לתנאי עבודתם של עובדי המעסיק בפועל שהועסקו בתקופות זמן **אחרות**.

עם זאת, ניתן להיעזר בתנאי עבודה אלה, במקרים המתאימים ובתלות בכלל הנסיבות, על מנת ללמוד על תנאי העבודה שניתנים היו לעובדי קבלן כוח האדם ככל שמועסקים היו על ידי המעסיק בפועל **בתקופת הזמן הרלוונטית לתביעה**. לצורך כך יש לבחון בזהירות אם לא חלו שינויים, באותו פרק זמן, בהסכמים ובהסדרים השונים בהם נקבעים תנאי העבודה באותו מקום עבודה.

ה. לאמור לעיל יש להוסיף כי כאשר המעסיק בפועל כולל מספר סניפים או מפעלים, יש לקבוע מהו "מקום העבודה" הרלוונטי **"בהתאם לנסיבותיו של כל עניין, ובהתחשב במציאות בה נוהג המעסיק לנהל את עסקו"** (ע"ע 1156/04 הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ - אורית גורן, מיום 20.11.2007). היינו, יש לבחון אם תנאי העבודה נקבעים בכל מפעל בנפרד לפי שיקול דעתו של מנהל המפעל, או שמא קיימים הסכמים קיבוציים או אחרים על בסיס רוחבי (הפסיקה דלעיל אמנם ניתנה בהתייחס להוראותיו של חוק שכר שווה, אך מתאימה בהקשר זה גם לענייננו).

26. מכלל האמור לעיל עולה, כי הדגש שעלינו לשים בעת יישומו של סעיף 13(א) לחוק הינו על איתור תנאי העבודה שהיו מוענקים לעובדי קבלן כוח האדם, בתקופת עבודתם, לו היו מועסקים על ידי המעסיק בפועל. לאור זאת, גם אם בית הדין אינו מאתר סקטור דומה או קרוב לו הוענקו תנאי עבודה **ייחודיים**, עליו לקבוע לכל

הפחות אילו תנאי עבודה כלליים היו מוענקים לעובדי קבלן כוח האדם על סמך המקובל אצל המעסיק בפועל ובהתחשב בוותק עבודתם. ייתכן, ותנאי עבודה כלליים אלה לא ישפרו את מצבם של עובדי קבלן כוח האדם ולאור זאת תידחה תביעתם, אך אין לדחות תביעות מסוג זה רק נוכח העדרו של סקטור דומה. גם במקרה כזה, יש לקבוע מהם תנאי העבודה – גם אם כלליים או בסיסיים – שהיו מוענקים לעובדים לו היו מועסקים על ידי המעסיק בפועל.

הפרוצדורה והליך גילוי המסמכים בתביעות מכוח סעיף 13(א) לחוק

27. בעת יישומו של סעיף 13(א) לחוק יש לזכור, כי כל המידע הרלוונטי בהתייחס לתנאי העבודה מצוי אצל המעסיק בפועל, וברמה פחותה אצל קבלן כוח האדם, ולא אצל העובד. קיימים מעסיקים בפועל (דוגמת התעשייה האווירית במקרה שלפנינו) המעסיקים אלפים רבים של עובדים, במספר רב של מפעלים, ואין לצפות מעובד קבלן כוח האדם, שאף אינו מיוצג על ידי נציגות העובדים של המעסיק בפועל, כי תהא לו גישה למידע הדרוש (והשוו - על אף תכליתה השונה של החקיקה - לסעיף 7 לחוק שכר שווה; לאפשרות להיעזר בכך לענייננו ראו אצל רות בן ישראל, העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם: שאלות של יחידת מיקוח ויצוגות - הרהורים ראשוניים בעקבות התיקון לחוק, מאזני משפט ב' (2002) 9).

עוד יש לזכור, כי גם אם העובד הוא שיזם את ההליך המשפטי - החבות החוקית לביצוע ההשוואה מכוח סעיף 13(א) לחוק מוטלת על קבלן כוח האדם כמעסיק. קבלן כוח האדם הוא שאמור היה לפיכך, עוד בתחילת העסקתו של העובד, לאתר את הנתונים הדרושים לצורך ביצוע ההשוואה; לבצע את החישובים הנדרשים; ולמסור את המידע בקשר לכך לעובד (סעיפים 1 ו- 2 לחוק הודעה לעובד (תנאי עבודה), התשס"ב - 2002; סעיף 24 לחוק הגנת השכר, התשי"ח - 1958).

28. בהתחשב באמור, דיון בתביעה המבוססת על סעיף 13(א) לחוק אמור - דרך כלל - להתייחס לשלושה שלבים עיקריים: **השלב הראשון** הינו דיון בזכאות העקרונית להשוואת תנאים מכוח סעיף 13(א) לחוק, ככל שהינה מצויה במחלוקת. **בשלב השני** על המעסיק, קבלן כוח האדם, לפרט כיצד ביצע, או כיצד לדעתו יש לבצע, את השוואת התנאים המוטלת עליו. **השלב השלישי** הינו בירור טענותיו של העובד, ככל שיש כאלה, כנגד "קבוצת ההשוואה" שנבחרה לו או כנגד אי קבלת מלוא התנאים המגיעים לו. בסיום כל השלבים יקבע בית הדין את דרך ביצוע ההשוואה, על סמך העקרונות שנקבעו לעיל וכלל נסיבות העניין.

כל השלבים אמורים להתבצע במסגרת הליך הוכחות אחד, ואין להבין מהאמור לעיל כי יש להתיר - למעט בנסיבות מיוחדות המצדיקות זאת - פיצול של ההתדיינות. היינו, כבר במסגרת כתב התביעה על התובע לדרוש לא רק סעד הצהרתי בדבר תחולתו של סעיף 13(א) לחוק אלא גם דרישה קונקרטית לתנאי העבודה המגיעים לו כתוצאה מכך, בהתאם למידע שיש ברשותו באותו שלב. באותו אופן בכתב ההגנה המעסיק לא יכול להסתפק בהכחשת חלותו של סעיף 13(א), ועליו להתייחס גם לדרך ביצוע ההשוואה. בהמשך לכך, ובמסגרת ההליכים המקדמיים, רשאי התובע לעתור לגילוי מסמכים לצורך קבלת המידע הנוסף הדרוש לו, כאשר בקשתו לכך תידון בהתבסס על ההלכה הפסוקה העוסקת בכך, פערי המידע שצוינו לעיל ותכלית החוק.

מון הכלל אל הפרט

29. במקרה זה, וכפי שפורט לעיל, המשיבות טענו כי לא ניתן לבצע השוואת תנאים מכוח החוק, שכן בתקופה הרלוונטית התעשייה האווירית כלל לא העסיקה, באופן ישיר, מאבטחים כלשהם. טענה זו אינה מקובלת עלינו. כפי שהבהרנו לעיל, העובדה כי בתקופה הרלוונטית לא היו מאבטחים כלשהם בשורות התעשייה האווירית (אלא באופן עקיף באמצעות קבלני כוח אדם) – אינה שוללת כשלעצמה את הזכאות להשוואת תנאים.

30. המשיבות ביקשו, לחלופין, לבצע את השוואת התנאים מול המאבטחים המועסקים על ידי התעשייה האווירית כיום. גם טענה זו אין באפשרותנו לקבל. כפי שהובהר לעיל, לא ניתן לבצע את השוואת התנאים על סמך תנאי העסקתם של עובדים שהחלו לעבוד בתעשייה האווירית כשלוש שנים לאחר סיום עבודתם של המערערים, ובנתוני שוק שונים.

עם זאת, ייתכן ויש רלוונטיות לתנאי ההעסקה הנוכחיים **ככל שיש בהם כדי ללמד על תנאי ההעסקה שהיו מוענקים למערערים בתקופתם**. לצורך כך לא ניתן להסתפק בנתונים החלקיים (תלושי שכר אקראיים) שהועברו על ידי המשיבות (אף ללא תצהיר תומך), ויש לקבל מידע מלא ומפורט בקשר לכך לרבות ההסכמים הקיבוציים החלים על המאבטחים המועסקים כיום; ככל שלא חלים עליהם הסכמים קיבוציים – מכוח מה הוצאו מתחולתם; האם קיימים בעניינם הסדרים קיבוציים כלשהם; וככל שלא – מהם המקורות המשפטיים בהם נקבעו תנאי

עבודתם, בהתחשב בכך שהתעשייה האווירית הינה מקום עבודה מאורגן. את המידע האמור יש לתמוך בתצהיר, ולאפשר למערערים לקיים עליו חקירה נגדית.

31. מצידו השני של המטבע, איננו סבורים כי המערערים זכאים, כדרישתם, להשוואת תנאי עבודתם מול חמשת עובדי התעשייה האווירית אשר עבדו באותה תקופה כקציני ביטחון. בית הדין האזורי פירט בהקשר זה את השוני הרב במאפיינים התעסוקתיים של משרות קציני הביטחון לעומת משרות המאבטחים; הגם שקביעה זו התבססה על נתונים חד צדדים, שהועברו על ידי המשיבות מבלי שנוהל על כך דיון הוכחות – המערערים לא חלקו בפנינו על מאפיינים אלה ועל פני הדברים איננו רואים הצדקה להתערב בכך.

32. אלא, שקביעה זו לבדה לא יכולה הייתה להוביל, לטעמנו, לקביעה שבאה אחריה, לפיה **"לא קיימים עובדים אצל הנתבעת 2 אליהם ניתן להשוות את תנאי עבודתם של התובעים"**, תוך דחייה כוללת של התביעה המתבססת על סעיף 13(א) לחוק. טרם לכן נדרש בירורה של התשתית העובדתית המלאה, כפי שפורט בהרחבה לעיל, לרבות דרך קביעת השכר ותנאי העבודה בתעשייה האווירית, ואיתור תנאי העבודה שהיו משולמים למערערים, לו היו מועסקים על ידה, בהתחשב בכלל מאפייני ההעסקה. לא ניתן להסתפק בטענת אורטל - מבלי שזו הוכחה - כי אין קבוצת השוואה רלוונטית, על מנת לדחות תביעה להשוואת זכויות מכוח סעיף 13(א) לחוק; צודקים המערערים כי יש בכך פתח לעקיפת הוראות החוק, ואיון תכליתו, מצד קבלני כוח האדם.

33. למעשה בית הדין האזורי פעל בהתאם לאמור לעיל, וחייב את אורטל – בהחלטתו מיום 16.2.2010 – לפרט את תנאי עבודתם של לפחות שלושה עובדים המהווים לגישתה "קבוצת השוואה" רלוונטית. אלא שאורטל, מטעמיה, העדיפה שלא למסור נתונים כלשהם על תנאי עבודתם של עובדי התעשייה האווירית בתקופת הזמן הרלוונטית, וכל שהעבירה הם תלושי שכר מדגמיים של מאבטחים שהחלו עבודתם בשנת 2009. כפי שהובהר לעיל, נתונים אלה אינם יכולים להיחשב כביצוע החלטתו של בית הדין האזורי וכמיצוי חובותיה של אורטל מכוח סעיף 13(א) לחוק.

34. לאור כל האמור, **התיק יוחזר לבית הדין האזורי לצורך המשך הבירור העובדתי**. בשלב ראשון תחויב אורטל למלא אחר החלטת בית הדין האזורי מיום 16.2.2010, ולפרט כיצד ניתן לבצע את השוואת התנאים בה היא מחויבת, תוך התייחסות

לעקרונות שפורטו לעיל. לכך תצרף תצהיר של בעל תפקיד רלוונטי, המפרט את דרך קביעת השכר ותנאי העבודה בתעשייה האווירית לרבות קיומם של הסכמים והסדרים קיבוציים (ואילו); האם תנאי העבודה נקבעים לכלל עובדי התעשייה האווירית באופן רוחבי או באופן ספציפי לכל מפעל; האם קיימים תנאי עבודה כלליים הניתנים לכל העובדים (ואילו); האם קיימים סקטורים שונים שלכל אחד מהם תנאים שונים (ומהו הסקטור המתאים ביותר למערערים, תוך פירוט תנאיו); דרך העסקתם של המאבטחים המועסקים בתעשייה האווירית כיום בהתאם לפירוט בסעיף 30 לעיל; וכיו"ב.

לאחר קבלת הנתונים האמורים, וככל שיהא בכך צורך, יהיו רשאים המערערים להגיש בקשה מתוקנת לגילוי מסמכים ספציפיים, וכן בקשה לתיקון כתב התביעה וכימותו, ובית הדין האזורי ידון בהן לפי שיקול דעתו. במידת הצורך ייקבע דיון הוכחות. בסופו של הליך יקבע בית הדין האזורי מהם תנאי העבודה – בין כלליים ובין ייחודיים – אשר חלים היו על המערערים ככל שמועסקים היו, בתקופה הרלוונטית, על ידי התעשייה האווירית.

35. במאמר מוסגר נציין כי אנו מודעים לכך שזו הפעם השנייה בה מוחזר התיק לבית הדין האזורי, כאשר במסגרת פסק הדין הקודם לא התבקש בית הדין לקיים דיון הוכחות נוסף לצורך קביעת "קבוצת ההשוואה" אלא ליתן הכרעתו על בסיס החומר הקיים או שמיעת טיעוני הצדדים – וכך עשה. על אף דברים אלה, ובהתחשב בהעדרה של הלכה פסוקה בדבר דרך יישומו של סעיף 13(א) לחוק, שוכנענו כי מוצדק ליתן למערערים את יומם ולהחזיר את התיק להמשך בירור, כמפורט לעיל.

36. סוף דבר – הערעור מתקבל. הסכומים שנפסקו לזכות המערערים כאמור בסעיף 11 לפסק דינו של בית הדין האזורי ישאו הפרשי הצמדה וריבית כחוק החל מהמועדים הבאים: המערער 1 – גלעד גולדברג – החל מיום 15.5.2004 (מחצית תקופת עבודתו) ועד התשלום בפועל; המערער 2 – לירן דדון – החל מיום 15.4.2003 (מחצית תקופת עבודתו) ועד התשלום בפועל; המערער 3 – ירון אבהר – החל מיום 1.9.2002 (מחצית תקופת עבודתו) ועד התשלום בפועל; המערער 4 – שלומי מאיש – החל מיום 1.2.2004 (מחצית תקופת עבודתו) ועד התשלום בפועל. אין שינוי בסכומים כפי שנקבעו על ידי בית הדין האזורי, כמו גם בהוצאות שנפסקו לזכות המערערים.

רכיב התביעה המתייחס לסעיף 13(א) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם מוחזר להמשך בירור בבית הדין האזורי, כמפורט לעיל.

המשיבה 1 תישא בהוצאות המערערים בערעור זה, בסך כולל של 6,000 ש"ח, לתשלום תוך 30 יום שאם לא כן יישא הסכום הפרשי הצמדה וריבית כחוק מהיום ועד התשלום בפועל.

ניתן היום, י"ז בחשוון תשע"א (14 בנובמבר 2011) בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

השופטת סיגל דוידוב-מוטולה

השופט שמואל צור

השופט עמירם רבינוביץ

נציג מעבידים מר אבי ברק

נציג עובדים מר אלי בן גרא