

זכויות עובדים בעת חילופי מעבידים

בעקבות בג"ץ הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ¹

פרנסס רדאי וגיל-עד נועם *

- א. מבוא
- ב. התשתית הנורמטיבית הרלוונטית למצב של העברת מפעל מיד ליד
 1. דיני העבודה
 2. דיני החוזים הכלליים ודיני המחאת חיובים
- ג. פרשת רמת"א: תיאור כללי וניתוח ביקורתי
 1. רקע עובדתי
 2. ההליכים בבתי הדין לעבודה
 3. פסק הדין של בג"ץ
- 3.1 עמדת המשנה לנשיא מצא והשופט גרוניס – הסכמה מכללא לפרורגטיבת המעביד להעביר את העובד כחלק מ"עסק חי"
- 3.2 עמדתם של השופטים חשין ונאור – דיני חוזים ודיני המחאת חיובים אינם חלים על יחסי עבודה
- 3.3 עמדת המשנה לנשיא (בדימוס) אור (והשופטים דורנר וריבלין) – הדין המצוי והדין הרצוי מונעים העברת העובד בניגוד לרצונו למעביד חדש
- ד. פרשת רמת"א – שבריריותה של הלכה
- ה. מעמד עובדים בחילופי מעבידים – הדין הרצוי: קווים מנחים

* פרופ' פרנסס רדאי, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל. פרופ' רדאי ייצגה את העותרים בפרשת רמת"א. גיל-עד נועם, תלמיד התואר השלישי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית בע"מ (טרם פורסם), דינים עליון סח, 31 (להלן: פרשת רמת"א).

א. מבוא

ביום 2.6.04 ניתן פסק הדין בעתירות בפרשת רמת"א. העתירות הופנו נגד פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה², שדן בשאלת מעמדם וזכויותיהם של עובדים שהמפעל שבו הם מועסקים (מפעל רמת"א) הופרד מיתר המפעלים של מעבידם בתעשייה האווירית ונמכר למעביד חדש. העתירות נדונו בהרכב מורחב של שבעה שופטים. תוצאת פסק הדין התקבלה, באופן נדיר ביותר, בדעת מיעוט של שלושה מחברי ההרכב. מכיוון שלא ניתן היה להגיע לעמדת רוב של ארבעה מחברי ההרכב, הכריעה עמדת שלושת השופטים שכללה גם את דעת אב בית הדין, המשנה לנשיא (בדימוס) אור³. על פי תוצאת פסק הדין, עתירת הסתדרות העובדים החדשה (להלן: "ההסתדרות") נגד פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה התקבלה. נקבע כי עובדי המפעל רשאים לסרב לעבוד ולעבוד אצל המעביד החדש, וכי במצב שבו הם מסרבים, יחסי העבודה עם המעביד הקודם עומדים בעינם. כמו כן נקבע כי הבררה בידי (בהיעדר הסכמה על תנאי המעבר למעביד החדש) להמשיך להעסיק את העובדים או לפטרם על פי החוק וההסכמים החלים על הצדדים. תוצאת פסק הדין ראויה בעינינו מבחינה משפטית ומבחינת מדיניות יחסי העבודה כאחד. אולם נוכח האופן שבו התקבלה התוצאה, כאמור, בדעת מיעוט, נראה שכלל שפסק הדין קבע "הלכה", הרי שהיא שברירית ביותר. העמדות השונות שהביעו שופטי ההרכב, כמו גם ההתנצחות חסרת התקדים כמעט בהיקפה בין השופטים בפסק הדין, מהוות, לדעתנו, אינדיקציה לתקופה של אנדרלמוסיה שבה מצוי משפט העבודה, הנתון לאיומים חוזרים ונשנים בשנים האחרונות, הן מבחינת מדיניות הממשלה והן מצד המחוקק. במצב זה, בתי הדין לעבודה ובית המשפט העליון מצויים במצוקה קונספטואלית, והפסיקה מתחלקת בין ויתור לכוח השלטוני ולמגמות ניאורליברליות לבין ניסיונות בלימה המיועדים לשמר את זכויות העובדים. על ביטוי של תופעות אלה במשפט העבודה הקיבוצי עמדנו במאמר קודם⁴.

נוכח המציאות הבעייתית ונוכח שבריריות ההלכה שנקבעה בפרשת רמת"א, יש, לדעתנו, חשיבות רבה לדיון אקדמי בנוגע לעמדות השונות שהובעו בפסק הדין. צריך לעמוד על הקשר שבין הקביעות המשפטיות השונות של שופטי בג"ץ לבין התפיסות החברתיות-כלכליות שהן מקדמות, במפורש או במשתמע. פסק

2 דב"ע נד/1-4 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י – התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פד"ע כט 601 (להלן: עניין ההסתדרות הכללית).

3 בקביעת התוצאה הסתמך ההרכב גם על היקש מס' 80(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, הקובע כי "באין רוב לדעה אחת בעניין אזרחי, תכריע דעת אב בית הדין". השוו גם תקנה 20(ב) לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, תשמ"ד-1984.

4 פ' רדאי וג' נועם "ארגוני עובדים ומשא ומתן קיבוצי בישראל – מבט אל המאה ה-21" משפטים לר (תשס"ד) 39 F. Raday "The Decline of Union Power – Structural Inevitability or Policy Choice?" *Labour Law in an Era of Globalization* (Oxford, J. Conaghan et al. eds., 2002) 353–377.

דינו של השופט אור מתבסס באופן מובהק על הדין הקיים, הפתרון המצוי בדין הקיים, ובעיקר דיני חוזים ודיני המחאת חיובים, מתיישב לדידו היטב עם המדיניות החברתית-כלכלית הראויה שהיא שמירה על אוטונומיית העובד, על חופש החוזים שלו, על כבוד האדם, ומבטא איוון ראוי בין כוח המיקוח של הצדדים. לעומת גישתו של השופט אור, דחו ארבעה שופטים אחרים בבג"ץ את הפתרון המצוי בדין הקיים וחיפשו פתרונות חדשניים תוך הרחבת פררוגטיבת הניהול של המעסיק וצמצום זכויות העובדים. שופטים אלה התחמקו מהדין החד-משמעי החולש על הסוגיה. פסקי הדין של ארבעת שופטי המיעוט הם ביטוי להמשך תהליך הכרסום במהות החוזית של דיני העבודה באמצעות פסיקתו של בג"ץ⁵. אמנם חופש החוזים ביחסי עבודה מוגבל על פי תפיסת משפט העבודה, אך זאת, באופן אחד בלבד — כדי להגן על העובדים מפני ניצול על ידי המעבידים ומפני התדרדרות בתנאי העסקתם ופרנסתם מתחת למינימום אנושי. דיני העבודה באו להשלים ולהוסיף על דיני החוזים מכיוון שנמצא שהעובדים, בהיותם צד חלש בהשוואה למעבידים במשא ומתן אינדיבידואלי עם המעביד, זקוקים להגנות המבטיחות את זכויותיהם הבסיסיות. ברור לחלוטין אפוא כי בניגוד למשמע מפסיקת ארבעת שופטי המיעוט, היות חוזה העבודה נשלט גם על ידי דיני העבודה, אין משמעו שמושכלות יסוד של דיני חוזים אינן חלות עליו. חוזה עבודה הנו קודם כול חוזה. אמנם החלה של דיני החוזים לבדם בדרך כלל לא תיטיב עם העובדים. אולם דיני העבודה לא באו לשלול את תחולת דיני החוזים ככל שהם מספקים הגנה על זכויות העובדים כצד מתקשר בחוזה עבודה. דיני העבודה באים לשנות את דיני החוזים או להוסיף עליהם רק כחלק מהמטרה לספק הגנה לעובדים, כאמור לעיל. אולם ארבעת שופטי המיעוט סברו כי ייחודיותו של חוזה העבודה אינה פועלת לטובת העובדים, אלא להפך, הם שללו מהעובדים זכות חוזית בסיסית הקיימת לכל צד לחוזה (הזכות לבחור את זהות המתקשר עמו). כפי שנראה בהמשך, כל שופט עשה זאת בדרכו שלו (השופטים מצא וגרוניס — באמצעות הרחבת פררוגטיבת המעביד, והשופטים חשין ונאור — באמצעות הפרדה והרחקה של דיני החוזים מיחסי העבודה האינדיבידואליים), אולם התוצאה דומה. מהלך המאמר יהיה כדלקמן: בחלק הראשון, נציג את עיקרי הרקע לסוגיה הנדונה בדין המצוי. בחלק השני של המאמר נתאר ונתח באופן ביקורתי את התגלגלות הפרשה שנדונה בפרשת רמת"א בבתי הדין לעבודה ובבג"ץ. מכיוון שפסק דינו של בג"ץ ארוך ומורכב, נסקור בפירוט רב יחסית את עמדותיהם של השופטים קודם להבאת עמדתנו שלנו. בחלק השלישי של המאמר נבקש לסרטט קווים מנחים להסדר חקיקתי אפשרי של סוגיית מעמד העובדים בעת חילופי מעבידים.

5 ביטוי קודם לשחיקה בבסיס החוזי ליחסי עבודה נמצא בפסיקה שדנה בהגדרת המושג "עובד", ושעל פיה נקבע כי קיומו של חוזה עבודה אינו עוד יסוד הכרחי להכרה באדם כעובד. ראו דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817.

ב. התשתית הנורמטיבית הרלוונטית למצב של העברת מפעל מיד ליד

1. דיני העבודה

שורה של הוראות בחוקי העבודה עוסקות במצב של חילופי מעבידים וקובעת כי זכויות מסוימות של עובדים על פי החוק עומדות בעינן גם כלפי מעביד חדש, שיש לראותו כבא בנעליו של המעביד הקודם. כך, למשל, סעיף 18 לחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957 (להלן: "חוק הסכמים קיבוציים") קובע כדלקמן: "עבר מפעל מיד ליד או חולק או מוזג, יראו את המעביד החדש כמעביד שעליו חל ההסכם הקיבוצי".

וסעיף 30(א) רישה לחוק הגנת השכר, תשי"ח-1958 (להלן: "חוק השכר") מורה כי:

"עבר מפעל מיד ליד או חולק או מוזג, אחראי גם המעביד החדש לתשלום שכר עבודה ולתשלומים לקופת גמל המגיעים מן המעביד הקודם".

הוראות נוספות בחוקי המגן בישראל מבטאות את העיקרון כי זכויות מסוימות של עובדים המוקנות להם על פי החוק, מחושבות על פי תקופת העבודה לא רק אצל אותו המעביד, אלא באותו מקום העבודה.⁶

אולם נראה כי הוראות אלה עוסקות רק בזכויות העובדים כלפי המעביד החדש לאחר שנוצר הקשר החוזי ביניהם, והן אינן מסדירות את עצם יצירתו של הקשר הזה ואינן מספקות מענה לשאלה אם ניתן ליצור קשר חוזי בין עובד למעביד חדש חרף סירובו של העובד לכך. בדיני העבודה אין הסדר חקיקתי כללי לשאלת מעמד המשפטי של העובדים בעת העברת עסק מיד ליד. בעבר נעשו ניסיונות להסדיר עניין זה בחקיקה. בסעיף 4(א) להצעת חוק חוזה עבודה, תשכ"ח-1968⁷ נאמר כדלקמן:

"צד לחוזה עבודה אינו יכול להעביר את החוזה לזולתו בלי הסכמת הצד השני לאותה העברה; הסכמה כללית של העובד שניתנה מראש לא יראו כהסכמה לעניין זה".

הצעת חוק חוזה עבודה משנת תשכ"ח לא התגבשה לכדי חוק. כעבור שנים גובשה הצעה חדשה לחוק חוזה עבודה, שבה הגישה למעמד העובדים בעת העברת מפעל מיד ליד הייתה שונה. בסעיף 8 להצעת חוק חוזה עבודה, תשמ"ה-1985⁸ נאמר:

6 פרשת רמת"א, לעיל הערה 1, בפסקה 21 לפסק דינו של השופט אור; עניין ההסתדרות הכללית, לעיל הערה 2, בע' 615; ס' 3(ב) לחוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), תש"ט-1949; ס' 3(א) לחוק חופשה שנתית, תשי"א-1951; ס' 7(ד)1, 7(ד)9(א) לחוק עבודת נשים, תשי"ד-1954; ס' 1(א) לחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג-1963; ס' 4(א) לחוק דמי מחלה, תשל"ו-1976; ס' 13(א) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, תשנ"ו-1996.

7 הצעת חוק חוזה עבודה, תשכ"ח-1968, ה"ח 791 תשכ"ח.

8 הצעת חוק חוזה עבודה, תשמ"ה-1985, ה"ח 1718 תשמ"ה.

"חל שינוי בבעלות על מקום עבודה, בין מחמת העברתו לאחר ובין מחמת פטירת הבעל, פירוק תאגיד או סיבה אחרת, יבוא המעביד החדש במקום המעביד הקודם בכל הנוגע לחוזה העבודה".

בדברי ההסבר לסעיף 8 הנ"ל נאמר כי "מוצע לשים דגש על הקשר של העובד למקום העבודה, ועל כן שינוי בבעלות על מקום העבודה לא יביא לניתוק יחסי עובד ומעביד אלא שהמעביד החדש יבוא במקום המעביד הקודם בכל הנוגע לחוזה העבודה"⁹. אף הצעת חוק זו לא התגבשה לכדי חוק. בסמוך לאחר גיבוש ההצעה, הבענו דעתנו כי הגישה העולה מסעיף 8 הנ"ל להצעת החוק בעייתית, מאחר שהאפשרות לכפות על עובדים מעביד חדש ללא הסכמתם פוגעת בחופש החוזי שלהם לקבוע את זהות המתקשר עמם בחוזה העבודה¹⁰.

החשוב הוא שהצעות חוק אלה לא התגבשו לכדי חוק, ובשל כך המצב החקיקתי כיום הוא שחוקי העבודה אינם עוסקים באופן ישיר בשאלת מעמדם של עובדים בעת חילופי מעבידים. אין הוראה המסדירה את זכות העובדים להתקבל לעבודה אצל המעביד החדש, וכמו כן אין הוראה המסדירה את זכותם לסרב לעבור לעבוד אצלו¹¹.

2. דיני החוזים הכלליים ודיני המחאת חיובים

יחסי עובד-מעביד הם, בראש ובראשונה, יחסים חוזיים. לפיכך, עסקת העברת המפעל מיד ליד הנה, מבחינת העובדים, הצעה של המעביד המקורי לעובדים לשנות את תוכן החוזה עמם כך שתוחלף זהות הצד המתקשר. דרושה אפוא הסכמת העובדים להצעת המעביד המקורי לשנות את תנאותיו של החוזה¹². המסקנה הנובעת מכך היא כי אם העובדים בוחרים לדחות את ההצעה להביא את חוזה העבודה המקורי לידי סיום ולהתקשר בחוזה עבודה חדש עם המעביד החדש, ממשיך חוזה העבודה המקורי לעמוד בתוקפו, ואם המעביד המקורי מעוניין להביא את החוזה לידי סיום,

9 שם, שם. יש לציין, כי בניגוד להוראות רבות בהצעת החוק, שהוצע לקבוע כי לא ניתן להתנות עליהן, ס' 8 להצעת החוק ניתן להתנאה (ראו ס' 17 להצעת החוק).

10 F. Raday "Status and Contract in the Employment Relationship" 23 *Isr. L. Rev.* (1989) 77, 95-96.

11 למצב המשפטי במדינות אחרות ראו עניין ההסתדרות הכללית, לעיל הערה 2, בע' 618-619; פרשת רמת"א, לעיל הערה 1, בפסקאות 13-15 לפסק דינו של השופט אור; רדאי ונורעם, לעיל הערה 4, בע' 71-72, שם הפנינו לחקיקה באיטליה ובשברדיה ולפסיקה בגרמניה שלפיה לעובדים יש אוטונומיה לסרב להעברה ולשמור על זכויותיהם החוזיות מול המעביד הקודם. מנגד, במדינות אחרות, כגון בריטניה וצרפת, הכירה בידי העובד לעבור לעבוד אצל המעביד החדש או להתפטר.

12 בבג"ץ 239/83 מילפלדר נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(2) 210, 216 (להלן: הלכת מילפלדר) הבהיר השופט ברק כי הכלל הוא ש"צד לחוזה עבודה אישי אינו רשאי ואינו יכול, על ידי מעשה חד צדדי, להביא לשינוי בתניה (מפורשת או משתמעת), בלא להביא את החוזה עצמו לידי סיום".

עליו לשאת בתוצאות המשפטיות הנובעות מכך. כפי שציינו, דיני החוזים כיום אינם מסדירים את זכות העובד לעבור או לסרב לעבור למעביד חדש.

הסדר רלוונטי לשינוי בזהות המעביד בהעברת עסק מיד ליד מצוי בדיני המחאת חיובים. סעיף 1(א) לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969 (להלן: "חוק המחאת חיובים") קובע באשר להמחאת זכויות כדלקמן: "זכותו של נושה, לרבות זכות מותנית או עתידה לבוא, ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב, זולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה לפי דין, לפי מהות הזכות או לפי הסכם בין החייב לנושה" (ההדגשה שלנו — פ.ר.וג.).

הספרות שנדרשה לפרשנותו של חוק המחאת חיובים, ציינה את הזכות לשירותי עובד כדוגמה מובהקת למקרה שבו זהות הנושה חשובה לחייב, ועל כן כזכות שלפי טיבה אינה ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב — העובד¹³. סעיף 6 לחוק המחאת חיובים קובע באשר להמחאת חבות כדלקמן:

"חבותו של חייב ניתנת להמחאה, כולה או מקצתה, בהסכם בין החייב לבין הנמחה שבאה עליו הסכמת הנושה, זולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה לפי דין".

לפיכך מעביד אינו רשאי להמחות למעביד חדש את חובותיו כלפי העובדים לפי הסכם עבודה אישי או קיבוצי, ללא הסכמת העובדים. יש לציין כי סעיף 10 לחוק המחאת חיובים קובע, בין היתר, כי "הוראות חוק זה יחולו כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לעניין הנדון". כפי שראינו, אין הוראות דין מיוחדות החלות על הסוגיה.

נראה אפוא כי אף על פי שדיני העבודה אינם מספקים תשובה ישירה ומפורשת לשאלת מעמדם של עובדים וזכויותיהם בעת העברת מפעל מיד ליד, הדין הכללי (דיני החוזים ודיני המחאת חיובים) מספק תשתית משפטית חד-משמעית להכרעה בסוגיה זו. כיצד אפוא אירע שחורף הכרעה ברורה זו בדין החרות, התגלגלה ההכרעה בפרשת רמת"א כתפוח אדמה לוהט במשך למעלה מעשור לפתחן של שלוש ערכאות שיפוטיות, עד לפסק הדין של בג"ץ שבו, כאמור, נתגלעו מחלוקות חריפות בין רבים משבעת שופטי ההרכב?

ג. פרשת רמת"א: תיאור כללי וניתוח ביקורתי

1. רקע עובדתי¹⁴

התעשייה האווירית לישראל (להלן: "תע"א") היא חברה ממשלתית שברשותה

13 מ' בן-פורת חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969 (1972) 14; ש' לרנר "המחאת חיובים" דיני החיובים: חלק כללי (ד' פרידמן עורך, 1994) 93-94.

14 הרקע העובדתי מובא בעיקרו בהסתמך על פרשת רמת"א, לעיל הערה 1, בפסקאות 2-3 לפסק דינו של השופט מצא.

מפעלים שונים. אחד ממפעליה הוא מפעל רמת"א. עובדי מפעל רמת"א הנם אפוא עובדי תע"א. ביום 27.9.90 התאגדה ואושרה על פי פקודת החברות חברת רמת"א בע"מ (להלן: "חברת רמת"א", להבדיל מ"מפעל רמת"א"). תע"א הודיעה על כוונתה להפעיל את מפעל רמת"א כחברת בת בשם רמת"א בע"מ, ועובדי המפעל יהיו עובדי חברת בת זו. בין נציגי העובדים לנציגי המעבידים התקיים משא ומתן ממושך על פרטי השינוי המתוכנן. לאחר כשלוש שנים נודע להסתדרות כי בכוונת תע"א לא רק להפריד את המפעל מתע"א ולהפעילו על ידי חברת רמת"א, אלא גם להפריטו. כלומר שלאחר שתושלם העברת המפעל לחברת רמת"א בכוונת תע"א למכור את מניותיה של חברת רמת"א לגורמים פרטיים¹⁵. ההסתדרות, כארגוןם היציג של עובדי מפעל רמת"א, עתרה לבית הדין האזורי לעבודה בבקשת צד לדיון בסכסוך קיבוצי. עתירתה העיקרית הייתה למתן פסק דין המצהיר ומצווה שכל עוד לא יוסכם עמה אחרת, יוסיפו להיחשב כל עובדי מפעל רמת"א בהווה ובעתיד כעובדי תע"א לכל דבר ועניין.

2. ההליכים בבתי הדין לעבודה

בית הדין האזורי לעבודה דחה את בקשת ההסתדרות, וקבע שהעובדים יהפכו לעובדי חברת רמת"א, אלא אם כן תע"א תפטר את העובדים או שהם יתפטרו. בערעור לבית הדין הארצי לעבודה נקבע בדעת רוב כי במצב של חילופי מעבידים במפעל, עובד אינו זכאי לתבוע להמשיך ולהיות עובדו של המעביד הקודם תוך סירוב לעבור לעבוד אצל המעביד החדש. שופטי הרוב קבעו, בין היתר על סמך הפניה לסעיף 18 לחוק הסכמים קיבוציים ולסעיף 30(א) לחוק הגנת השכר, כי עקרון יסוד של דיני העבודה הנו הבטחת המשך הזיקה של עובד למקום עבודתו גם במצב של חילופי מעבידים¹⁶. בית הדין הארצי סבר כי אם לא תיקבע מחויבות של העובד לעבור למעביד החדש תעורר יציבות יחסי העבודה, והדבר עשוי "להביא לאפשרות של 'הדדיות' בתביעה של המעביד החדש שלא להמשיך ולהעסיק את העובד המסוים או את העובדים אשר היו מועסקים במפעל, בעת חילופי המעבידים"¹⁷.

לדעת שופטי הרוב, עקרונות משפט העבודה הם שמסדירים את הסוגיה,

15 להפרטתו של מפעל יש תוצאות נוספות, כגון היות ההפרטה כפופה להוראות חוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975. כאמור, דיונונו עוסק במצב של חילופי מעבידים על רקע הפרדת מפעל, כלומר – במצב שבו המפעל נותר בידיו של תאגיד הנשלט באופן ישיר או עקיף על ידי הממשלה. הדיון בשתי הערכאות צומצם להשלכות המשפטיות של הפרדת מפעל ולא להפרטתו, שכן לא התבקשו סעדים כלשהם בעניין זה (עניין ההסתדרות הכללית, לעיל הערה 2, בע' 613-614; פרושת רמת"א, לעיל הערה 1, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט מצא).

16 עניין ההסתדרות הכללית, לעיל הערה 2, בע' 623-624.

17 שם, בע' 624. בית הדין הניח שקיימת זכות של העובד להתקבל לעבודה אצל המעביד החדש, אך כפי שצינו אין בנמצא זכות כזו בהיעדר אימוץ הצעת חוק חוזה עבודה.

והוראות דיני החוזים הכלליים ודיני המחאת חייבים אינן חלות¹⁸. נוכח מסקנה זו סברו שופטי הרוב כי על עובד שאינו רוצה להמשיך בעבודתו באותו מפעל לאחר חילופי מעבידים לנקוט צעד של התפטרות. עם זאת, שופטי הרוב הוסיפו וקבעו כי ככלל, ניתן לראות בהתפטרות עובד עקב חילופי מעבידיו משום התפטרות שדינה כפיטורים במשמעות סעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג-1963 (להלן: "חוק פיצויי פיטורים")¹⁹, המזכה את העובדים בפיצויי פיטורים על פי חוק. השופטת ברק, בדעת מיעוט, סברה כי דין ערעורה של ההסתדרות להתקבל. לגישתה, לא ניתן לחייב עובדים לעבור לעבוד אצל מעביד חדש ללא הסכמתם. בלשונה:

"בעליו של מפעל אינו בעליו של העובדים במפעל. לא העובדים ולא כוח העבודה שלהם, הם קניינו של המעביד. העבודתו, שראתה בעובד קניינו של המעביד, פסה מן העולם ואינה חוקית עוד[...]. אין למעביד הכוח ליטול את עובדיו ולהעבירם לאחר כהעבר קניין. הם אינם חפץ עובר לסוחר. העובדים הם צד לחוזה אובליגטורי עמו, מי לחוזה אישי בלבד ומי גם כחלק מקיבוץ, שכרת הסכם קיבוצי עם בעל המפעל"²⁰.

השופטת ברק ציינה בפסק דינה שאף שלמעביד יש פרווגטיבה לנהל את עסקו לפי מיטב הבנתו, הרי פרווגטיבה זו אינה מוחלטת, ושינויים הפוגעים בזכויות היסוד של העובדים באופן בלתי סביר אינם חלק מפרווגטיבה זו²¹. לדעתה, שינוי בזהות המעביד הנו סוג שינוי בתנאי העבודה שאין לבצעו שלא בהסכמת העובדים. הוראות חוקי העבודה שאליהן הפנתה דעת הרוב, עניינן המשכיות זכויות העובדים הבוחרים לעבור לעבוד אצל מעביד חדש, ואין בהן כדי להטיל חובה על העובדים להסכים להעברה²². לדעתה, במצב שבו העובדים מסרבים לעבור לעבוד אצל המעביד החדש, הם ממשיכים להיחשב עובדיו של המעביד הקודם, ואם ברצונו לשים קץ להעסקתם, עליו לפטרם בדרך של פיטורי צמצום²³. השופטת ברק הדגישה כי גם במישור משפט העבודה הקיבוצי, על פי סעיף 18 לחוק הסכמים

18 שם, בע' 632: "המחלוקת שלפנינו אינה בשאלת האכיפה של העברת חוזה העבודה ממעביד למעביד אלא היא מתמקדת בשאלה המצומצמת: מי צריך לנקוט בצעד של ניתוק יחסי עובד-מעביד, כאשר עובד אינו רוצה להמשיך בעבודתו במפעל שהועבר לבעלות של מעביד אחר. ההכרעה בשאלה זו אינה מתחום המחאת החייבים אלא מעקרונות משפט העבודה בישראל".

19 שם, שם. בכך הרחיב בית הדין פסיקה קודמת (דב"ע שם/67-3 נוסבאום — עיריית גבעתיים, פד"ע יב 194 [להלן: עניין נוסבאום]) שבה נקבע כי התפטרות עובדים עקב חילופי מעבידים יכולה להיחשב "בנסיבות מסוימות" כפיטורים לעניין פיצויי פיטורים.

20 עניין ההסתדרות הכללית, לעיל הערה 2, בע' 633.

21 שם, בע' 634-635.

22 שם, בע' 639.

23 שם, בע' 646.

קיבוציים, לא ניתן להטיל על ארגון העובדים חובה, בעל כורחו, להיות צד עם המעביד החדש להסכם קיבוצי זהה לזה שהיה עם המעביד הקודם.²⁴

3. פסק הדין של בג"ץ

שני הצדדים עתרו לבג"ץ נגד פסק דינו של בית הדין הארצי.²⁵ ההסתדרות עתרה לביטול פסק דינם של שופטי הרוב ולאומן פסק דין המיעוט של השופטת ברק. בנוסף לטענות העקרוניות שהעלתה ההסתדרות נגד פסק דינם של שופטי הרוב, היא הדגישה את העובדה שהאפשרות שניתנת לעובדים להתפטר בדין מפורשים לפי סעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים, מרעה את מצבם של העובדים לעומת "פיטורי צמצום" המוסדרים בהסכם הקיבוצי, שמקנים לעובדים יתרונות נוספים. תע"א וחברת רמת"א, מצדן, עתרו נגד קביעת שופטי הרוב כי התפטרות עובד עקב חילופי מעבידים תיחשב, ככלל, כפיטורים לצורך סעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים, המזכה את העובדים בפיצויי פיטורים. לטענתן, אין לקבוע כלל גורף כעניין זה, ויש לבחון כל התפטרות לגופה.²⁶ הוחלט כי העתירות יידונו בפני הרכב של שבעה שופטים. נפנה כעת לתיאור עמדות השופטים ולניתוח ביקורתי שלהן. ראשית, נתאר בקצרה את עיקרי עמדותיהם של שופטי המיעוט שהובעו בפסק הדין: עמדת השופטים מצא וגרוניס ועמדת השופטים חשין ונאור, הממשיכים את קו הרוב

24 שם, בע' 640.

25 הסוגיה הראשונה שאליה נדרשו השופטים בפסק דינם הייתה אם העתירות ממלאות אחר התנאים שנקבעו בפסיקת בג"ץ להתערבותו בפסיקת בית הדין לעבודה. דיון בסוגיה זו, שאף בה התגלעו חילוקי דעות והבדלי גישות בין שופטי ההרכב, חורג ממסגרת מאמר זה. החשוב הוא כי דעתם של שישה מתוך שבעת שופטי ההרכב הייתה כי הסוגיות שהועלו בעתירות הן מן הסוג המצדיק ביקורת שיפוטית של בג"ץ על פסיקת בית הדין הארצי לעבודה. גם מצא, שסבר שאין צילה להתערבות בג"ץ, הביע בפסק דינו את עמדותיו באשר לסוגיות המהותיות שבמחלוקת (פרשת רמת"א, לעיל הערה 1, בפסקאות 13–16, 18–19 לפסק דינו של השופט מצא. לדעה האחרת [דעת הרוב], על הנמקותיה השונות, ראו שם, בפסקאות 3–6 לפסק דינו של השופט אור, פסקאות 4–8 לפסק דינו של השופט חשין, פסקאות 2–5 לפסק דינו של השופט ריבלין [שחמך, באופן עקרוני, בגישתו של מצא לעניין המבחנים להתערבות בג"ץ, בפסיקת בית הדין לעבודה, אך סבר כי בנסיבות העניין התקיימו התנאים להתערבות בג"ץ], פסקה 2 לפסק דינו של השופט גרוניס).

26 בשל העניין הציבורי שמעוררות העתירות, הודיע היועץ המשפטי לממשלה על הצטרפותו להליך (ראו ס' 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) (נוסח חדש)). עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שהוצגה בפני בג"ץ, הייתה כי אין מקום להתערב בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה, ויש להותירו על כנו. על פי עמדת היועץ המשפטי לממשלה (המפורטת בפרשת רמת"א, לעיל הערה 1, בפסקה 12 לפסק דינו של השופט מצא) כל עוד נשמרת זיקתו של העובד למקום עבודתו, אין קמות לעובד זכויות לפיצוי על שינויים בתנאי העבודה, לרבות חילופי מעבידים, ולשם כך נדרש "מעשה נוסף" מצד העובד או המעביד. אם העובד יתפטר הוא זכאי, ככלל, להיחשב "בדין מפורטר" ולקבל פיצויי פיטורים בהתאם לחוק. היועץ המשפטי ביסס את תמיכתו בתוצאה אליה הגיע בית הדין הארצי לעבודה גם על פרוגטטיבית הניהול של המעביד הכוללת, לדעתו, את הכוח למכור את המפעל כ"עסק חי", וכוח זה של המעביד מהווה תנאי מכללא המוסכם על כל עובד בחוזה העבודה.

בבית הדין הארצי לעבודה, כל אחד מטעמיו הוא. לאחר מכן, נתאר את העמדה שהכתיבה את תוצאת פסק הדין – עמדת השופט אור – שהסכימו לה השופטים דורנר וריבלין (אשר נבדל מהשופט אור בכמה עניינים), הקובעת את זכות העובדים לסרב לעבוד לעבוד אצל המעביד החדש. לאחר הבאת כל אחת מעמדות אלה, נביע את דעתנו עליה. הניתוח הביקורתי של פסק הדין ישמש רקע להצעת הקווים המנחים להסדר חקיקתי שנביא בסיום המאמר.

3.1 עמדת המשנה לנשיא מציא והשופט גרוניס – הסכמה מכללא לפררוגטיבת המעביד

להעביר את העובד כחלק מ"עסק חיי" לדעת השופט מציא, לעניין משמעות חוקי המגן במשפט העבודה בכל הקשור לזיקת העובד למקום העבודה, שני הפתרונות שהוצעו לסוגיה הנדונה בהכרעת שופטי הרוב ובהכרעת שופטת המיעוט בבית הדין הארצי לעבודה, הנם פתרונות סבירים ואפשריים על פי הדין המצוי, ועל כן אין מקום להתערבות בג"ץ בהכרעת בית הדין²⁷. עם זאת, השופט מציא, לא רק שאימץ אחד מפתרונות אלה (שהוא פתרון הרוב), אלא אף הרחיק לכת בהבאת נימוק חדש (שלא נכלל בפסק הדין של בית הדין) המחזק באופן מובהק את פררוגטיבת הניהול של המעביד. השופט מציא קבע שפררוגטיבת הניהול של המעביד מעניקה לו זכות למכור את מפעלו כ"עסק חיי"²⁸. הוא שלל את זכות העובד לסרב לעבוד כחלק מ"העסק החיי", לא על בסיס דיני העבודה כפי שעשתה דעת הרוב בבית הדין הארצי לעבודה, אלא על בסיס פרשנות חדשנית לדיני חוזים. השופט מציא קבע כי עובדים מסכימים מראש לשינוי בזהות המעביד, כתנאי משתמע בחוזה העבודה שלהם. לפיכך, העניק מציא למעביד פררוגטיבה לשנות תנאי עבודה ללא שום מחסום, מאחר שההסכמה המשתמעת של העובדים מופיעה, לידו, בין החריגים להלכת מילפלדר, שלפיה ייתכן שבחווה העבודה נתון לאחד הצדדים הכוח לשנות תניה זו או אחרת בתקופת חיי החווה. בלשונו של השופט מציא:

"זאת בדיוק היא משמעותה של פררוגטיבת הניהול של המעביד. בצדק ציין היועץ המשפטי לממשלה כי פררוגטיבת הניהול של המעביד מהווה תניה מכללא בחוזה העבודה [...] תוקפה הנורמטיבי של הפררוגטיבה נובע לא רק מזכות הקניין של המעביד [...] אלא גם מהסכמתו המוקדמת של העובד [...] יש להניח כי העובד הסכים מכללא בעת כריתת חוזה העבודה, כי למעביד יהיה נתון הכוח למכור את המפעל כ"עסק חיי"²⁹.

השופט מציא הדגיש כי אין בתוצאה זו כדי לפגוע פגיעה משמעותית במצבם

27 פרשת רמת"א, לעיל הערה 1, בפסקה 14 לפסק דינו של השופט מציא.

28 שם, בפסקה 17 לפסק דינו של השופט מציא.

29 שם, שם.

של העובדים מן הבחינה המעשית, מאחר שעובדים שיבחרו שלא להתפטר בדין מפורטים נשארים לעבוד באותו מקום עבודה, באותם תנאי עבודה שלהם הסכימו בעבר בחוזה העבודה, ושינוי המעביד אינו מהווה זעזוע משמעותי יותר משינויים משמעותיים אחרים שמעביד רשאי לבצע במפעלו³⁰. השופט מצא ציין עוד כי ההשלכות המעשיות של דעת הרוב בבית הדין על העובדים אינן קשות כלל, בשל קביעת בית הדין כי העובדים שיבחרו להתפטר ייחשבו, ככלל, כמפורטים לעניין חוק פיצויי פיטורים³¹ — קביעה שמבטאת, לדעת מצא, איזון ראוי בין האינטרסים המעורבים³². השופט גרונס הצטרף למסקנתו של מצא³³.

החידוש המשפטי של השופט מצא הנו חסר תקדים בדיני חוזים, בדיני המחאת חיובים או במשפט העבודה. השופט מצא יוצר מצב חוזי שבו העובד מסכים מראש לכל שינוי שיעשה המעביד בחוזה העבודה שלו. הרי אם העובד מסכים מראש להיות מועבר למעביד בלתי ידוע, כיצד אפשר לסבור שהוא לא הסכים מראש לשינויים קלים יותר בתנאות החוזה, כגון שינויים בשכר או בתפקיד. מצא פורץ את גבולות הסכמת העובד לפרורוגטיבה של המעביד, מבלי להציב לה גבולות כלשהם. בקביעה משפטית זו, השופט מצא מפרש את הלכת מילפלדר³⁴ בדרך שהופכת את הקערה על פיה, והופכת את החריג לכלל. מבחינת המדיניות, לא רק בתוצאה אלא גם ברטוריקה, מצא מפגין אמפתיה רבה לעמדות של בעלי ההון ולחוסר רגישות לאוטונומיה החוזית של העובדים. הוא מדגיש את זכות המעביד למכור את המפעל כ"עסק חי" ואף מציין כי "מעטים הקונים שיבקשו לרכוש מפעל רפאים" ריק מעובדים וחזקה על כל עובד כי הוא מודע לכך. העסקה הטיפוסית המוכרת לכול מתייחסת לרכישת המפעל על כוח העבודה המיומן שבו³⁵. בכך ראייתו של מצא את העובדים מצמצמת אותם לכדי משאב כלכלי במסגרת המפעל ותו לא. הוא אף מודע לכך שאם העובדים לא ירצו להמשיך לעבוד אצל הקונה, הדבר יהפוך את המפעל לחסר ערך. ייתכן שהדבר נכון כעובדה כלכלית, אולם האם נובע מכך שעל בית המשפט לאלץ את העובדים להיות כבולים למקום העבודה נגד רצונם או להתפטר ולוותר על זכויותיהם החוזיות כלפי מעבידם הקודם?

30 שם, שם.

31 שם, בפסקה 15 לפסק דינו של השופט מצא. מצא סבר גם שניתן לפרש את פסק הדין של בית הדין באופן שאינו שולל מהעובדים לטעון לא רק לפיצויים לפי חוק פיצויי פיטורים, אלא גם בהתאם להוראות חוזיות החלות על הצדדים במישור האישי והקיבוצי, למרות קביעת בית הדין שהפיטורים לא ייחשבו כ"פיטורי צמצום".

32 שם, בפסקה 16 לפסק דינו של השופט מצא.

33 שם, בפסקאות 7–8 לפסק דינו של השופט גרונס. גרונס אינו מציג את אופציית ההתפטרות בדין פיטורים ככלל שיתכנו לו חריגים, כפי שמשמע מפסיקת בית הדין הארצי, וניתן לסבור אפוא כי דעתו היא שבכל מקרה של חילופי מעבידים עומדת לעובדים האפשרות להתפטר בדין מפורטים.

34 הלכת מילפלדר, לעיל הערה 12.

35 פרשת רמת"א, לעיל הערה 1, בפסקה 17 לפסק דינו של השופט מצא.

3.2 עמדתם של השופטים חשין ונאור – דיני חוזים ודיני המחאת חיובים אינם חלים על יחסי עבודה

עמדתו של השופט חשין ייחודית, בעיקר בשל העובדה שהוא נוטש, באופן מפורש, את הפתרונות המתבקשים מדיני החוזים ומדיני המחאת חיובים. בלשונו של חשין: "החלת משפט החוזים ודיני המחאת חיובים – כמות שהם – על יחסי עובד ומעביד, חורקת מעט באוזנו. בסוף כל הסופות, יחסי עובד ומעביד אינם כחווה מסחרי רגיל, דהיינו, כאותו חוזה המהווה דגם לחוק החוזים. הגם שהמיסגרת החוזית הכללית עשויה לקלוט אל-תוכה גם יחסי עובד ומעביד, יחסים אלה מהווים קטיגוריה חברתית לעצמה הראויה לדין משלה: דין שיסודו הוא, אמנם, במשפט הכללי – ובו דיני חוזים – אך חי הוא חיים לעצמו כאיפיוניו"³⁶. לפיכך, לדעתו, בית המשפט הוא שצריך לעצב את הפתרון המשפטי "על-פי עקרונות היסוד והדוקטרינות במשפט, על דרך יישומם של דינים שלעניין, בהיעזרות בהיקש ובשכל הישר, ותוך נתינת הדעת למקובל בחברה בזמן נתון"³⁷. לדעת השופט חשין, עיקר השאלה היא מהן הנסיבות שבהן יש לייחס לעובדים הסכמה לעבור למעביד החדש בהעברת הבעלות במפעל כ"עסק חי". הוא איננו מקבל את גישתו של השופט מצא כי ניתן להניח הסכמה כפועל יוצא מקיום יחסי עובד-מעביד. לדידו, העניין איננו בהסכמה משתמעת של העובד אלא ביצירה של הדין על ידי בית המשפט בקביעת נורמה עקרונית. לגישתו של חשין, אין לחפש את ההסכמה המשתמעת של העובד, אלא לקבוע את הנסיבות שבהן יש לייחס לעובדים הסכמה לעבור למעביד החדש. בלשונו:

"חילוקי הדעות בין חבריי אין הם נסכים אפוא על 'הסכמה משתמעת' במובנו האמיתי של המושג, קרא: הסכמה המשתמעת מן הנסיבות הקונקרטיות שבמקרה פלוני או אלמוני. חילוקי הדעות ביניהם נסכים הם על הדין – על הדין הרצוי והמצוי. ואם אלה פניי הדברים – ואלה הם אמנם פניהם – ראויים הם כי נסיר את המסכה מעליהם ונשיח באורח מפורש ובלשון ברורה. אכן, עצם השקלא-והטריא בחוות הדעת של חבריי לעניין 'יצירתו של 'איוון' אינטרסים בין מעסיק לבין עובדיו – וברמה של קביעת נורמה עקרונית – מלמדים על דרכי 'יצירתו של דין והרי זו דרכו של המחוקק ביצירתו של דין'³⁸.

לדעת חשין, מבחנו של מצא נוקשה מדי ואיננו לוקח בחשבון את השוני בנסיבות מקרי ההעברה, למשל ההבדל בין עסק קטן לבין עסק גדול. לכן צריך מבחן גמיש. על מנת לקבוע את הנסיבות שבהן יש לייחס לעובדים הסכמה לעבור

36 שם, בפסקה 11 לפסק דינו של השופט חשין.

37 שם, בפסקה 16 לפסק דינו של השופט חשין.

38 שם, שם.

למעביד חדש, הציע חשין לאמץ "מבחן משולב", הכולל יסוד ארגוני ("שינויים אורגניים")³⁹ וכן יסוד פונקציונלי⁴⁰. כך הסביר חשין:

"היסוד הארגוני מסב עצמו על שינוי זהותו של המעסיק והיסוד הפונקציונלי נדרש לשינויים שחלו, או שלא חלו, בזכויותיו ובציפיותיו הלגיטימיות של העובד, ב'סביבתו', בשאלה אם חל שינוי לרעה – או עלול להיווצר שינוי לרעה – במצבו וכו'. המבחן הקובע אפוא אין הוא תמיד, ולעולם, מיבחן פורמלי בלבד – שינוי זהותו של המעסיק; שומה עלינו להוסיף ולבדוק מהותו של אותו שינוי זהות, תוך זיקה ליסוד הפונקציונלי"⁴¹.

המשמעות היא שיש לייחס לעובד הסכמה לזכות המעסיק לבצע שינויים אורגניים עד "לגבול מסויים, דהיינו, כל עוד לא נתחוללו שינויים ביחסי עבודה שבהם אין לדרוש ממנו כי ימשיך בעבודתו"⁴².

לעניין עובדות פרשת רמת"א, בבחינת היסוד הארגוני הגיע חשין למסקנה כי מאחר שמדובר בהעברת מפעל רמת"א אל חברה הנמצאת בשליטה של תע"א, "המעסיק ה'אמיתי' של העובדים לא נשתנה באורח מהותי"⁴³. למרות דברים אלה, חשין ראה לנכון להחזיר את הדיון לבית הדין על מנת שיבחן אם התקיימו התנאים הרלוונטיים במסגרת "היסוד הפונקציונלי", קרי: מה תהיה השפעת ההעברה בפועל על זכויותיהם של העובדים, האם מצבם שונה לרעה, האם נגרעו זכויותיהם וכדומה⁴⁴.

ככלל, השופטת נאור הסכימה לעמדתו של חשין. נאור מיתנה את רוע הגזירה של השופט חשין מבחינת העובדים בכך שסברה שהנטל להוכיח קיומו של חריג שבו חרף חילופי מעבידים, אין הרעה מוחשית בתנאי העבודה או נסיבות אחרות שבהן אין לדרוש מן העובד להמשיך בעבודתו, מוטל על המעביד⁴⁵. ההלכה המשפטית שקבעו השופטים חשין ונאור בפסקי דינם מבשרת על חתירה תחת אושיות יחסי העבודה כיחסים חוזיים במלוא מובן המילה. הם

39 מבחן שהשופט חשין שאב מפסק דינו של השופט אור.

40 לדעתו, יש ליישם מערכת כללים שונה על עסק קטן ועל מפעל גדול, באופן שבעסק קטן אין למעסיק זכות למכור את העסק כ"עסק חי", אך המצב שונה במפעלים גדולים שבהם המעסיק הוא אישיות משפטית מלאכותית, שאז אין יחסים אישיים בין עובד למעביד.

41 פרשת רמת"א, לעיל הערה 1, בפסקה 24 לפסק דינו של השופט חשין.

42 שם, בפסקה 27 לפסק דינו של השופט חשין. חשין הציע לאמץ את אמת המידה שבס' 11(א) לחוק פיצויי פיטורים, קרי "הרעה מוחשית בתנאי העבודה" או "נסיבות אחרות[...]" שבהן אין לדרוש [מהעובד] כי ימשיך בעבודתו". שם, בפסקה 26 לפסק דינו של השופט חשין.

43 שם, בפסקה 30 לפסק דינו של השופט חשין.

44 שם, בפסקה 31 לפסק דינו של השופט חשין.

45 שם, בפסקה 3 לפסק דינה של השופטת נאור. נאור אף ביקשה להשאיר את דינם של מפעלים קטנים בצריף עיון, מכיוון שסברה שאין לקבוע מסמרות בשאלה זו ולהכליל ולומר שכל מקרה יהיה דין שונה למפעלים קטנים ולמפעלים גדולים (שם, בפסקה 6 לפסק דינה של השופטת נאור).

משאירים את יחסי העבודה יתומים מבחינת ההסדרה המשפטית: חוזים מיוחדים שאין להם הסדר מקיף בחקיקה ואין חוק החוזים חל עליהם. ודאי שיש בדיני העבודה התאמות וסייגים לדיני החוזים הכלליים, כפי שדבר זה בא לידי ביטוי בחוקי המגן. אולם ההתאמה והסייגים לדיני החוזים בתחום יחסי עבודה מבטאים מדיניות של הגנה על העובדים כדי לגבור על חוסר האיזון ביחסי המיקוח שבין עובדים למעבידים ולמנוע ניצול אי-השוויון הזה על ידי מעבידים — ותו לא. אלה אינם פוגעים ביסוד ההסכמה המוסדר בדיני חוזים. ואכן, שתי הצעות חוק חרזה עבודה נתנו ביטוי לתחולת דיני החוזים על חרזה העבודה⁴⁶. קביעתם של חשין ונאור כי דיני החוזים הכלליים אינם ישימים, מבטלת את ההגנה על האוטונומיה של העובד המוקנית לו בדינים אלה. התוצאה של קביעה זו היא, כאמור, שאין לראות את זכותו של העובד לבחור את זהות מעבידו כזכות מוגנת במשפט, לפחות כאשר מדובר בעבודת העובד במפעל גדול ששם, לדידו של חשין, אין לעובדים קשר אישי עם מעבידם.

השופט חשין מודע לדין המצוי. כך עולה מדברים מפורשים שאמר בפסק דינו:

”דומני שלא ניתן לחלוק על מסקנתו של חברי השופט אור כי על פי הדין הכללי — עיקרי היסוד, הדוקטרינות והכללים הספציפיים — אין מעסיק רשאי ומוסמך 'להעביר' את עובדיו למעסיק אחר. כך על-פי דיני חוזים, כך על-פי דיני המחאת חיובים — משפט חרות והלכה — וכך כמשתמע מזכויות היסוד של היחיד [...] חפץ דומם — וכמותו בעל-חי — רשאי הבעלים לטלטלו כרצונו ממקום למקום, להעבירו מיד-אל-יד ואין מכהים בו. לא כן הוא האדם, שאין עושים בו ואין הוא עובר ממעסיק למעסיק אלא לרצונו. על-כך — דומה — יסכימו הכל אין יוצא”⁴⁷.

אולם מיד לאחר קביעתו זו שאין להתייחס לעובד כחפץ, הוא מסלק מעל דרכו את אותן הוראות חוק — דיני חוזים ודיני המחאת חיובים — שאותן הוא ציין כדרכו של המשפט למנוע התייחסות לעובדים כחפץ, כאמור. זאת, על ידי כך שהוא מאפיין את תחום חוזי העבודה כתחום מיוחד המתקיים כשלעצמו⁴⁸. יתרה מזו, לגישתו של חשין, אם כי לא לגישתה של נאור, המקרים שבהם העובד יוכל לסרב לעבור למעביד החדש, מוגבלים למקרים שבהם העובדים ירימו את נטל ההוכחה שתנאי עבודתם יורעו באופן שאין לדרוש מהם להמשיך לעבוד. בדברים אלה, חשין מתעלם לחלוטין מהמציאות בשוק הכלכלי. הרי גם כשמדובר במעבידים גדולים, ההבדל בין חברה ממשלתית לחברה פרטית, בין חברה ישראלית לחברה בבעלות זרה, ובין חברה גדולה משאבים לחברה קטנה

46 ראו לעיל הערות 7–8.

47 פרשת רמת"א, לעיל הערה 1, בפסקה 10 לפסק דינו של השופט חשין.

48 ראו לעיל הערה 36 והטקסט הנלווה אליה.

העת, מבוקר עד ערב"⁵¹. האכן מצבו של העובד בעידן הניאו-ליברליזם הגלובלי כה שפיר? ! הנתונים על עבודה בעוני, אי-תשלום שכר מינימום, אבטלה, עבודה זמנית באמצעות קבלני כוח אדם, ניצול עובדים זרים, אי-אכיפת חוקי המגן — כל אלה אינם מצביעים על דגמי העסקה נאורים בזמננו. אם יש מקומות עבודה שבהם נשמרות הנורמות הנאורות של שנות ה-60 עד ה-80, הם אינם מזוהים על פי גודל הפירמה כמו על פי קיומם של ארגוני עובדים המגנים על זכויות העובדים וממלאים תפקידי שיטור במקום העבודה. ואכן, חשין מניח שיהיו הסכמים קיבוציים, כחלק מ"מאזן האימה" שהוא מתאר, אך הנחה זו אינה נכונה היום במגזר הפרטי של יחסי עבודה בישראל, ששם ארגוני העובדים אינם בנמצא, וששם רוב העברות הבעלות בעסק צפויות להתרחש.

3.3 עמדת המשנה לנשיא (בדימוס) אור (והשופטים דורנר וריבלין): הדין המצוי והדין הרצוי מונעים העברת העובד בניגוד לרצונו למעביד חדש
השופט אור, לאחר שעמד על כך שאין חקיקה ספציפית בישראל בעניין זכויות העובדים בעת חילופי מעבידים, פנה לבחון אם קיימת תשובה לסוגיה זו בשלושת ענפי המשפט: הדין הכללי (קרי — דיני החוזים ודיני המחאת החיובים), דיני העבודה והמשפט החוקתי.

באשר לדין הכללי, אור קובע כי על פי מושכלות היסוד בדיני החוזים, על המעביד המקורי להציע להמחות את חוזה העבודה, ואם העובדים בוחרים לדחות את הצעתו "משך חוזה העבודה במתכונתו המקורית, אלא אם המעביד נקט צעדים הנדרשים על פי הדין לביטול הקשר החוזי [...]" אין נורמה בדיני החוזים הפוטרת צד לחוזה המבקש לסיימו מלפעול בדרך זו"⁵². השופט אור תמך מסקנה זו גם בהלכת מילפלדר⁵³, המתייחסת באופן ספציפי לחוזה עבודה, אך מתיישרת עם מושכלות יסוד אלה בדיני חוזים. על פי הלכת מילפלדר, צד לחוזה אינו יכול לשנות תניות בחוזה (בענייננו — זהות המעביד) על ידי מעשה חד-צדדי. כפי שנפסק שם, על צד המבקש להביא לשינויים בחוזה, להביא תחילה את החוזה כולו לסיימו (בענייננו — על המעביד לפטר את העובד), ולאחר מכן להציע למתקשר השני חוזה חדש (בענייננו — חוזה עבודה עם המעביד החדש). חוזה חדש כזה יכול להשתכלל, כמובן, רק בהסכמת המתקשר השני⁵⁴. אור הגיע למסקנה האמורה גם מכוח דיני המחאת החיובים, כפי שהסברנו לעיל, שלפיה מעביד אינו רשאי להמחות את הזכות לשירותי עובד ואת חובותיו כלפי העובדים, ללא הסכמתם⁵⁵. השופט אור דחה את הטענה שסעיף 18 לחוק הסכמים קיבוציים

51 פרשת רמת"א, לעיל הערה 1, בפסקה 37 לפסק דינו של השופט חשין.

52 שם, בפסקה 17 לפסק דינו של השופט אור.

53 ראו לעיל הערה 12.

54 שם, בע' 215, לשם מפנה אור בפרשת רמת"א, לעיל הערה 1, בפסקה 25 לפסק דינו.

55 פרשת רמת"א, לעיל הערה 1, בפסקה 18 לפסק דינו של השופט אור.

מהווה דין מיוחד, ועל כן אין תחולה לדיני המחאת החיובים⁵⁶. מסקנתו של אור הייתה אפוא כי "לפי הדין הכללי, הן דיני החוזים והן דיני המחאת חיובים, בהיעדר הסכמה מצידם של העובדים למעבר למעביד חדש, או לחילופין, בהיעדר אקט של פיטורים מטעם המעביד המקורי, עובדים ממשיכים להיות קשורים בקשר חוזי עם מעבידם המקורי"⁵⁷.

לאחר מכן פנה השופט אור לבחון אם קיימת בדיני העבודה תשתית נורמטיבית שיש בה כדי לתמוך או לערער מסקנה זו. אור סקר את הוראות חוקי המגן הקובעים רציפות של זכויות העובד במצב של חילופי מעבידים. מסקנתו הייתה כי אין בהוראות אלה כדי לשנות את המסקנה שלפיה לא ניתן לשנות את זהות המעביד שעמו קשורים עובדים בחוזה עבודה ללא הסכמתם. בלשונו של אור:

"הוראות חוק אלה אינן עוסקות בשאלה מהם התנאים הדרושים כדי ליתן תוקף לחילופי מעבידים ביחסיהם עם העובדים, ובוראי לא בשאלה האם החילופים מקבלים תוקף על אף סירוב העובדים לכך. הן עוסקות רק בזכויות העובדים כלפי מעבידם החדש אחרי שנוצר הקשר החוזי ביניהם, בלי להיכנס לשאלה מה נדרש ליצירת הקשר הזה. אין להסיק מזכויות חוקיות שהוענקו לעובדים, אשר מטרתן היא להבטיח להם רציפות בזכויות אשר נצברו בחקופת מעבידים אחדים באותו מקום עבודה, שלילה של זכות העובדים לחופש ההתקשרות ולחופש העיסוק"⁵⁸.

כמו כן, השופט אור דחה טענה שעלתה בטיעוניו של היועץ המשפטי לממשלה, כי מזיקת העובד למקום עבודתו ניתן להסיק גם על הסכמתו המשתמעת של העובד לשינוי זהות המעביד. אור הסביר כי אין לקבוע באופן סגור שעובד מעדיף את המרכיב של מקום עבודתו על פני המרכיב של זהות מעבידו⁵⁹. יתרה מכך, הוסיף אור והסביר כי המסקנה שאליה הגיעה דעת הרוב בבית הדין הארצי לעבודה על סמך הוראות החוק המדגישות את זיקת העובד למקום עבודתו, עומדת בניגוד לתכליתן של הוראות חוק אלה, שהיא להיטיב עם העובד:

56 ראו ס' 18 לחוק הסכמים קיבוציים וס' 10 לחוק המחאת חיובים. בדחתו את הטענה, אמר אור בין היתר: "על פי האמור בסעיף זה [ס' 18 לחוק הסכמים קיבוציים], המעביד החדש בא בנעליו של המעביד הקודם לעניין ההסכם הקיבוצי [...] אין ללמוד מלשון ההוראה מהו הדין כאשר למעמד עובדים בעת חילופי מעבידים, וביתר דיוק, האם נדרשת לכך הסכמתם אם לאו. בהנחה שהבעלים החדש יהיה המעביד של עובדי המעביד הקודם, יחול עליו ההסכם הקיבוצי, אך אין ללמוד מן הסעיף חובה של העובדים להסכים להיות עובדיו". פרשת רמת"א, לעיל הערה 1, בפסקה 19 לפסק דינו.

57 שם, שם.

58 שם, בפסקה 21 לפסק דינו של השופט אור. אור תמך מסקנה זו גם בפסיקה קודמת שנדרשה, גם אם בעקיפין, לסוגיית מעמד העובדים במצב של חילופי מעבידים (פסקאות 22, 23 לפסק דינו של השופט אור, ששם הפנה לפסקי הדין הבאים: עניין נוסבאום, לעיל הערה 58, שם; דב"ע מא/127-3 וזהל — אנצלבין, פר"ע יג 248; ע"א 415/90 מזרחי נ' פלפלי, פ"ד מו(4) 601).

59 פרשת רמת"א, לעיל הערה 1, בפסקה 28 לפסק דינו של השופט אור.

"תכלית העיקרון של 'הזיקה אל מקום העבודה' היא להגן על העובד, במובן זה שרציפות זכויותיו תימשך חרף אי-רציפות הבעלות על מקום עבודתו. הרעיון הוא, לקשור אל מקום העבודה את זכויות העובד אך לא את העובד עצמו. העיקרון נועד להיטיב עם העובד. בפסק דינו של הרוב, שימש עקרון זה באופן סותר – כדי להעניק למעביד זכויות שאינן מוענקות לו בדין הכללי, ובעקיפין לאפשר פגיעה בזכויות העובד"⁶⁰.

קושי נוסף שציין אור הנובע מעמדת הרוב בבית הדין הארצי הוא שבית הדין מטיל על עובד שאינו מעוניין לעבור לעבוד אצל המעביד החדש, להתפטר, אם רצונו לקבל את פיצויי הפיטורים הסטטוטוריים, למרות רצון העובד להמשיך ולעבוד אצל המעביד המקורי. על כך נאמר מפי אור:

"כיצד ניתן לכפות 'התפטרות' למי שאינו מעוניין להפסיק את עבודתו? באותה רוח, כיצד ניתן שלא לייחס מעשה פיטורים למעביד המסרב להמשיך להעסיק את עובדיו? [...] בהעברת הזכויות במפעלו (מקום העבודה) לבעלים אחרים, ובאי-נכונותו להמשיך ולהעסיק את העובדים, המעביד המקורי הוא אשר גורם לניתוק יחסי העבודה בינו לבין עובדיו. על רקע האמור לעיל, ניתן היה לצפות לתוצאה בה ייקבע כי דין התנהגות המעביד אם לא יגיע להסכם עם עובדיו, כדין פיטוריהם על ידו, ולא לתוצאה על פיה יהיו זכאים העובדים לפיצויים רק אם יתפטרו"⁶¹.

ענף המשפט השלישי שבחן השופט אור הוא זכויות יסוד במשפט החוקתי. ראשית ציין אור את זכות הקניין שיש למעביד בעסקו, המעוגנת בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שממנה נובעת פררוגטיבת הניהול שלו⁶². עם זאת, השופט אור הדגיש כי הפררוגטיבה של המעביד מוגבלת כאשר יש לה השלכות על העובדים, שכן העובדים אינם בגדר "קניינו" של המעביד; זכויותיהם וחובותיהם נגזרות בראש ובראשונה מהיותם צד לחוזה עם המעביד⁶³. מן העבר השני, לעובדים עצמם יש זכויות יסוד שבהן חובה להתחשב, ולענייננו רלוונטית בראש ובראשונה זכותם לבחור את זהות המתקשר עמם בחוזה, שהנה זכות יסוד חוקתית המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק. לעניין זה הפנה אור לפסיקה שלפיה גם פגיעה עקיפה בחופש הבחירה יכולה לעלות כדי פגיעה בזכויות החוקתיות⁶⁴. אור הסביר:

60 שם, בפסקה 24 לפסק דינו של השופט אור.

61 שם, בפסקה 25 לפסק דינו של השופט אור.

62 שם, בפסקה 26 לפסק דינו של השופט אור.

63 שם, שם.

64 שם, שם. אור הפנה לבג"ץ 5936/97 לם נ' משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד (מג) 673, 692–693 ששם הבהיר הנשיא ברק כי פגיעה בחופש העיסוק יכולה להיות גם פגיעה עקיפה הפוגעת בחירות הפרט מלפעול על פי רצונו בתחום מקצועו, כגון על ידי פגיעה בחופש ההתקשרות שלו או בחופש התחרות.

"האופי המיוחד של השירות האישי אותו מעניק העובד למעביד מצריך הגנה יתרה על האוטונומיה של העובד ועל זכותו לבחור, בחירה אמיתית, עם מי יתקשר בחוזה, לרבות בחוזה עבודה, ועם מי לאו [...] נראה לי, שחלופת ההתפטרות, הגודעת את מקור פרנסתו של העובד, אינה יכולה להיחשב כמאפשרת לו בחירה אמיתית. אכן המציאות הכלכלית היא, לא אחת, כזו אשר שוללת אפשרות מעשית לבחור בחלופה זו. ניתן לומר בהקשר זה, שדעת הרוב בבית הדין הארצי כופה על העובד ברירה בין שתי אפשרויות – אם לעבור לעבוד אצל מעביד חדש או להתפטר – וזאת כאשר קיימת אפשרות נוספת. אפשרות זו היא, להותיר בתוקפו את החוזה עם המעביד המקורי"⁶⁵ (ההדגשה שלנו – פ.ר. וג.נ.).

השופט אור הגיע אפוא למסקנה כי עמדת הרוב בבית הדין הארצי סותרת את הוראות הדין הכללי, אינה מתחייבת מדיני העבודה ואינה מבטיחה את זכויות היסוד של העובדים. שאלה נוספת שאליה נדרש השופט אור היא אם ניתן להסיק, מכוח עקרון הפרוגטיבה הניהולית של המעביד, הסכמה משתמעת של העובדים לשינויי מעבידים⁶⁶. בניגוד למצא, הגיע אור למסקנה כי הפרוגטיבה הניהולית של המעביד אינה כוללת את הזכות לחייב את עובדיו להיות עובדים של הבעלים החדש של המפעל. אמנם השופט אור הסכים כי חלק מהפרוגטיבה הניהולית של המעביד היא הכוח שניתן לו למכור את מפעלו או להפרידו, ועל כן לא נדרשת הסכמת העובדים לפעולה זו (בהיעדר הוראה חוקית או חזית הקובעת במפורש אחרת)⁶⁷. אולם השופט אור הבהיר כי הוא חולק על השופט מצא במסקנתו שלפיה ככלל יש לראות את העובדים כמסכימים במשתמע לכך שפרוגטיבת המעביד כוללת גם את הכוח למכור את המפעל כ"עסק חי". בלשונו:

"לפי המצב המשפטי הקיים כיום, עובד אינו יכול, בדרך כלל, למנוע ממעבידו לבצע שינוי מבני בעסקו. אולם מכאן אין דרך כלשהי להסיק כי הוא מסכים 'להימכר', באופן עיוור, יחד עם קווי הייצור, הצידוד המשרדי והמבנה של העסק, לידי מעביד חדש שזהותו לא הייתה ידועה לו כלל בעת שכרת את הסכם העבודה שלו. לפי מה שהצלחתי לברר, אין תקדים לגישה לפיה העברת הזכויות והחובות החוזיות של מעביד כלפי עובדי העסק הנה

65 שם, בפסקה 26 לפסק דינו של השופט אור.

66 זאת, לאחר שאור דחה, בקצרה, טענה של תע"א וחברת רמת"א להסכמה מפורשת של העובדים לחילופי מעבידים, בהסתמך על הוראה בהסכם הקיבוצי (שם, בפסקה 29 לפסק דינו של השופט אור).

67 שם, בפסקה 32 לפסק דינו של אור. אור ציין, עם זאת, כי אף שזהו המצב במשפט המצוי, אין זו הגישה היחידה האפשרית, וניתן לסבור כי בהחלטות מסוימות, המשפיעות באופן משמעותי על העובדים, ראוי למצוא דרך לשתפם. אור הציע כי בעריכת הסדר חקיקתי בנוגע למעמדם של עובדים בעת שינויים מבניים תישקל גם אפשרות כזו (שם, בפסקה 43 לפסק דינו של השופט אור).

פעולה הנכללת במסגרת הפררוגטיבה של המעביד בעת שהוא מוכר את עסקו"⁶⁸.

המבחן שנקט השופט אור על מנת לקבוע אילו שינויים נדרשים לצורך תפעולו השוטף והיומיומי של העסק ייחשבו כחלק מהפררוגטיבה הניהולית של המעביד ואילו שינויים חורגים מפררוגטיבה זו הוא מבחן "השינויים האורגניים"⁶⁹. הוא הגדיר "שינויים אורגניים" שהפררוגטיבה הניהולית בדרך כלל אינה משתרעת עליהם, כשינויים "הפוגעים בזכויות מהותיות של העובדים המוקנות להם על פי חוזה העבודה והמשנים את בסיס ההסכמה בין הצדדים לו, עד שלא ניתן עוד לראות בהם הגמשה של החוזה המקורי, אלא חוזה חדש"⁷⁰. לדעת אור, במקרים כאלה יש לדרוש ראיות ברורות המצביעות על הסכמה של העובדים לשינויים, ואין להניח קיומה של הסכמה משתמעת. השופט אור ביסס את מסקנתו שלפיה מכירת העסק כ"עסק חי" הנה "שינוי אורגני", כאמור לעיל, על שני טעמים עיקריים.⁷¹ האחד, כי מאחר שהדין הכללי הדיספוזיטיבי אינו מאפשר להמחות הסכם עבודה ללא הסכמת העובד, יש להצביע על תשתית איתנה על מנת להסיק הסכמה של עובד להמחאה שכזו.⁷² הטעם השני הנו שלדעת השופט אור הפרקטיקה הנוהגת היא כזו שהמעביד בא בדברים עם עובדיו או עם נציגיהם, על מנת לברר עמם את הסכמתם לעבור לעבוד עבור מעביד חדש, ובאילו תנאים.⁷³ באופן דומה, גם המעביד החדש אינו מניח, לדעת אור, שעם רכישת המפעל הוא בא מבחינה משפטית בנעליו של המעביד הקודם כלפי עובדיו בכל דבר ועניין, ובדרך כלל עניין זה מוסדר בהידברות בינו לבין המעביד הקודם, בשיתוף העובדים או נציגיהם.⁷⁴ לפיכך, כאמור, אור סבר כי העברתם של עובדים לעבוד אצל מעביד חדש בניגוד לרצונם, איננה מסוג הפעולות הכלולות בפררוגטיבה הניהולית של מעבידים.

אור נדרש גם לטענה שלפיה התוצאה שהוא הגיע אליה תציב מכשול בפני האפשרות לבצע שינויים מבניים במשק.⁷⁵ לדעתו, הפתרון המשפטי שאליו הוא הגיע מאפשר יצירת סביבה מתאימה לניהול משא ומתן הוגן בין הצדדים ואינו יוצר חוסר איזון בלתי ראוי בין הגורמים הרלוונטיים: המעביד הקודם, העובדים

68 שם, בפסקה 35 לפסק דינו של השופט אור.

69 שם, בפסקה 34 לפסק דינו של השופט אור.

70 שם, שם.

71 על טעמים אלה הוסיף אור (שם, בפסקה 36) טענות שעיקרן מענה לגישתו של מצא, הנסבות בעיקר על ס' 11(א) לחוק פיצויי פיטורים, ותורגות מדיונו כאן.

72 שם, בפסקה 35 לפסק דינו של השופט אור.

73 שם, בפסקה 36 לפסק דינו של השופט אור.

74 שם, שם.

75 בין היתר, היועץ המשפטי לממשלה הביע בטיעוניו חשש כי קבלת העמדה שלפיה העובדים זכאים לסרב לעבור למעביד החדש, תיצור חוסר ודאות כלכלית בשאלה אם המפעל יהיה מסוגל להמשיך לבצע את פעילותו, ואף גובה פיצויי הפיטורים עלול לפגוע בכדאיות העסקה, עד כדי טרפודה (כנזכר שם, בפסקה 39 לפסק דינו של השופט אור).

והמעביד החדש. באשר למעביד הקודם, הטלת חובה עליו לקבל את הסכמת עובדיו איננה מוסיפה נטל משמעותי – ממילא ניסיון לבצע שינויים מבניים בעסקו ללא הסכמת העובדים היה נתקל בהתנגדות של עובדים, והמעביד היה נחשף לצורך לשלם פיצויי פיטורים לעובדים המתפטרים וכן לסכנה שעזיבה של עובדים רבים תפגע ביכולתו למכור את העסק כ"עסק חי"⁷⁶. באשר לעובדים, הכוח שניתן להם על ידי הדרישה לקבל את הסכמתם ל"שינויים אורגניים" מתאזן בכך שאין בהיעדר הסכמה כזו כדי למנוע את ביצוע השינוי, ועמידתם הנוקשה על סירובם יוביל אותם לסיכון של פיטורים⁷⁷. אור הסביר:

"בכך יוצר הפתרון בלם כלפי התנהגות אופורטוניסטית אפשרית של העובדים. אי הסכמת עובדים למעבר למעביד החדש, עלולה לעלות להם ב'מחיר' יקר וזאת בשני היבטים: ראשית, הם מוותרים על מעבר מוגן למעביד החדש (באמצעות חוקי המגן המסדירים חילופי עובדים והסכמים קיבוציים הממשיכים לחול על המעביד החדש). שנית, הם מסתכנים באופן מהותי באובדן מקום עבודתם"⁷⁸.

באשר למעביד החדש, אור הדגיש כי יש לו חופש בחירה מוחלט אם להתקשר בעסקה לפי התנאים שאליהם הגיעו הצדדים. לדעת אור, האיוונים והבלמים הללו בין האינטרסים של המעבידים (הקודם והחדש) לאלה של העובדים, מאפשרים ליצור סביבה הוגנת לניהול משא ומתן בתום לב על ביצוע שינוי מבני במפעל⁷⁹. לכולם יש מה להפסיד, ולכן מתן הזכות לסרב לעבור איננו מעניק לעובדים וטו, אלא רק כוח מיקוח במשא ומתן.

אלו הם עיקרי הקביעות המשפטיות בפסק דינו של אור⁸⁰, שאליו הצטרפו בהסכמה השופטת דורנר והשופט ריבלין. כל אחד מהם הוסיף לאמור נימה נוספת משלו.

ריבלין הצטרף למסקנתו של אור, אולם הנמקתו נבדלת בכמה עניינים מזו של אור. ריבלין ראה לנכון להציב במרכז נימוקיו את נושא זכויות היסוד של האדם, באופן שהובילו לחלוק על מבחן "השינויים האורגניים" של אור. לדעתו, זכות הקניין של המעביד, שממנה נגזרת הפרווגטיבה הניהולית שלו, לעולם אינה יכולה לכלול שליטה על מה שמכונה בפי ריבלין "הפרווגטיבה של העובד", שהיא

76 שם, בפסקה 40 לפסק דינו של השופט אור.

77 שם, שם.

78 שם, שם.

79 שם, שם.

80 בפסק דינו נדרש אור גם לשיקולי המדיניות שעניינם מציאת נקודת האיזון הראויה בין אינטרסים של עובדים לאינטרסים של מעבידים בביצוע שינויים מבניים-אורגניים במפעל (שם, בפסקאות 39–45), וכן הגיב בהרחבה לפסקי הדין של השופטים מצא וחשין (שם, בפסקאות 46–58).

חירותו לבחור את מעבידו⁸¹. חירות זו נגזרת מן הזכות הכללית לחירות ומזכות האדם לכבוד, המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו⁸². את עליונותה של זכות העובד לכבוד ולחירות על פני זכות הקניין של המעביד, הסביר ריבלין כדלקמן:

"חירות זו של העובד נגזרת באופן ישיר מתפיסת האדם כמטרה ולא כאמצעי. היא מהווה בסיס לחופש הבחירה של העובד, לאוטונומית הרצון שלו ולחירותו לעצב את חייו ולפתח את אישיותו כרצונו [...] חיוב העובד לעבור למעביד החדש – ולו כהנחת עבודה – אינו עולה בקנה אחד עם זכות היסוד של העובד לבחור את מעבידו ולא להיות מועסק על-ידי מעביד שאותו לא בחר באופן חופשי [...] וגם אילו סברנו כי החירות הזו גורעת משהו מזכות הקניין של המעביד – וספק רב בליבנו אם כך הוא הדבר – הרי שבהתנגשות בין שתי הזכויות האלה, יד החירות על העליונה [...] ברי בעיני, כי ככל שקיימת כאן התנגשות בין חירותו של העובד מזה לבין זכות הקניין של המעביד מזה – הרי שהחירות מצויה, במקרה זה, 'קרוב' יותר לגרעין ערך כבוד האדם, ומגשימה אותו ביתר. לפיכך, יש ליתן לה עדיפות. כל נקודת מוצא אחרת לא תתיישב עם המשטר החוקתי במדינת ישראל"⁸³.

השופט דורנר, בהערה קצרה, בחרה להדגיש את דבריו של אור בעניין המושג של "עסק חי", באמרה שאין הדין מאפשר "למכור" את העובדים יחד עם מקום עבודתם.

ד. פרשת רמת"א – שבריריותה של הלכה

כאמור, תוצאת פסק הדין של בג"ץ הוכרעה בהתאם לדעת השופטים אור, דורנר וריבלין. אנו מסכימים עם האופן שבו ניתח השופט אור את הדין המצוי ועם התוצאה שהגיע אליה. כאמור, אור אף הבהיר בפסק דינו שהתוצאה שאליה הגיע הנה תוצאה רצויה מאחר שהיא משקפת איזון הולם בין האינטרסים המעורבים ומאפשרת סביבה הוגנת לניהול משא ומתן קיבוצי בין הצדדים. עם זאת, כאשר לדין הרצוי ציין אור: "למחלוקת בשאלה מהו הדין הרצוי בענייננו, יש, בין היתר, היבטים אידיאולוגיים והיבטים הקשורים במדיניות הכלכלית הרצויה [...] בחירת הסדר שונה עניין הוא למחוקק לענות בו – אם ימצא זאת לנכון"⁸⁴. ייתכן שדברים אלה מלמדים על מודעותו של השופט אור לשבריריות ההלכה שנגזרה מפסק דינו על רקע הכוחות הפוליטיים והאידיאולוגיים הרווחים בישראל כיום ועל רקע העובדה שהלכה זו מושתתת על דעתם של שלושה שופטים בלבד (מתוך

81 שם, בפסקה 9 לפסק דינו של השופט ריבלין.

82 שם, בפסקה 10 לפסק דינו של השופט ריבלין.

83 שם, שם.

84 פרשת רמת"א, לעיל הערה 1, בפסקה 43 לפסק דינו של השופט אור.

שבעה), ששניים מהם (אור ודורנר) פרשו מכהונתם בבית המשפט העליון בסמוך לאחר מתן פסק הדין. יש לציין, שאור הדגיש כי כל הסדר חקיקתי עתידי בסוגיית מעמדם של עובדים בעת חילופי מעבידים חייב יהיה לעמוד בדרישות חוקתיות, מאחר שהנושא מערב זכויות יסוד חוקתיות.⁸⁵

על כל פנים, אין ספק שגם לאחר פרשת רמת"א סוגיית מעמדם של עובדים בעת חילופי מעבידים נותרה סוגיה שהמלאכה לגביה לא הושלמה. דוגמה לשבריריותה של ההלכה בפרשת רמת"א היא אימוצו של חוק רשות הספנות והנמלים, תשס"ד-2004 (להלן: "חוק רשות הספנות והנמלים") בסמוך מאוד למועד פרסום פסק הדין. בחוק זה, המסדיר את הפרטת רשות הנמלים, נקבע כי עובדי רשות הנמלים עוברים אוטומטית להיות עובדי המעביד החדש,⁸⁶ והם אינם רשאים לתבוע מן המעביד הקודם (רשות הנמלים) את זכויותיהם על סמך חוזה העבודה.⁸⁷ מכירת העסק יחד עם עובדיו, תוך שלילת זכויותיהם החוזיות כלפי המעביד הקודם, עומדת בניגוד מוחלט לעמדת השופטים אור, דורנר וריבלין בפרשת רמת"א. צעד כוחני זה של חקיקה נעשה, לטענתה של ההסתדרות, בניגוד לדעתה, כאמצעי עוקף למשא ומתן קיבוצי.⁸⁸ דוגמה נוספת, ואף חריפה יותר, נמצאת בטיוטה להצעת חוק ההסדרים במשק המדינה לשנת 2005 שגובשה במשרד האוצר בחודש אוגוסט 2004. זו כללה הוראות שמטרתן המוצהרת הייתה לעקוף לא רק את הלכת רמת"א, אלא אף את שנקבע בפסק דינו של בית הדין הארצי בעבודה בעניין הזכות של העובדים המתפטרים לקבל, ככלל, פיצויי פיטורין על פי חוק. הטיוטה כללה שתי הוראות: האחת, שלפיה "בעת חילופי מעבידים, עובד לא יהיה רשאי לתבוע ולהמשיך ולהיות עובדו של מעבידו הקודם", והשנייה שקבעה כי "זכאות עובד שהתפטר בעת חילופי מעביד לפיצויי פיטורים תהיה בתנאי שחילופי המעבידים גרמו להרעה ממשית בתנאי עבודתו".⁸⁹ בדברי ההסבר נאמר: "עמדת השופט אור פוגעת בפרוגטיבת הניהול של המעביד שכן היא נותנת כוח בלתי סביר לארגון העובדים בעת משא ומתן עם המעביד לביצוע שינוי ארגוני שמשמעותו חילופי מעבידים. יישום עמדה זו יגרום לפגיעה קשה באפשרות לביצוע שינויים מבניים במשק".⁹⁰ בסופו של דבר סעיפי טיוטה זו לא נכללו בהצעת חוק ההסדרים במשק, לאחר שההסתדרות איימה לפנות לבג"ץ בעניין זה.⁹¹ התופעה

85 שם, שם.

86 ס' 49(א) לחוק רשות הספנות והנמלים.

87 שם, בס' 49(ד).

88 כך עולה משיחה שקיימנו עם עו"ד דורית טנא, היועצת המשפטית של ההסתדרות, בחודש מרץ 2005.

89 משרד האוצר "המדיניות הכלכלית לשנת 2005 – מצרפי התקציב, שינויים מבניים והרכב התקציב" (אוגוסט 2004), [http://www.pmo.gov.il/PMO/Government/Decisions/2004/08/des2426.htm] (last visited on 15.1.07).

90 שם, שם.

91 כך עולה מהשיחה עם עו"ד דורית טנא (ראו לעיל הערה 88).

המדאגה של צעדי חקיקה שרירותיים, אף ללא דיון ציבורי בפני ועדות הכנסת הרלוונטיות לעניין, השוללים את זכויות העובד ללא שום הסדר המגן על זכויותיהם הבסיסיות, מדגישה את הצורך בגיבוש חקיקה מאוזנת שתסדיר את מעמד העובדים בחילופי מעבידים, וקווים מנחים לכך נציע להלן.

ה. מעמד עובדים בחילופי מעבידים – הדין הרצוי: קווים מנחים

אין מחלוקת על כך ששינויים במבנה העסק, ובכלל זה מכירת העסק וחילופי מעבידים, הם תופעה שיש לאפשר אותה, כחלק מהתנהלותה הרגילה של כל חברה חופשית⁹². זו גם הנחת היסוד העומדת בבסיס הדיקטיבות של האיחוד האירופי העוסקות בסוגיה זו, ואשר ישמשו בסיס להצעתנו להסדר חקיקתי בנושא זה בישראל. חשוב להבהיר אפוא כי מטרתו של כל הסדר חקיקתי בנושא זה אינה למנוע שינויים במבנה העסק או להקשות על כך, אלא להבטיח כי שינויים כאלה ייעשו תוך כיבוד זכויות העובדים. החובה להבטיח את זכויות העובדים בעת שינויים בבעלות במפעל מבוססת על סיבה משפטית לצד סיבה כלכלית-חברתית. על העקרונות המשפטיים המחייבים לכבד את זכויות העובדים בעת העברת הבעלות במפעל עמדנו בהרחבה לעיל. הסיבה הכלכלית-חברתית הנה שהעובדים הם ההון האנושי שהופך את העסק לבעל ערך. ביטוי בולט לכך ניתן למצוא דווקא בפסק דינו של השופט מצא, שסבר, כאמור, כי אין טעם רב במכירתו של עסק שאינו "עסק חי", ובכך הכיר, למעשה, במרכזיות התפקיד שממלאים העובדים כחלק מהערך הכלכלי של העסק. לצורך השמירה הראויה על ההון האנושי של "עסק חי" כלומר העובדים – שלושה קווים מנחים עיקריים צריכים לעמוד בבסיס כל הסדר חקיקתי בסוגיה זו. הצעתנו נשענת במידה רבה על הקווים המנחים שנכללו בשתי דיקטיבות שאומצו באיחוד האירופי: דירקטיבה 2001/23/EC (שהחליפה, בשינויים מסוימים, את דירקטיבה 77/187) העוסקת בהבטחת זכויות עובדים בהעברת בעלות בעסק⁹³, ודירקטיבה 75/129/EEC העוסקת בפיתורי צמצום⁹⁴.

92 עם זאת, מכך לא נובע בהכרח שההחלטה לבצע שינויים מבניים בעסק חייבת להיות חלק מהפרוגטיבה הניהולית של המעביד (שהיא הגישה בדין המצוי כיום בישראל). יש גישות שונות לעניין זה, כגון גישה המחייבת שיתוף של העובדים בקבלת החלטות המשפיעות עליהם באופן משמעותי, ומן הראוי שהמחוקק ישקול גם אפשרויות כאלה אם וכאשר יגבש הסדר חקיקתי בנושא זה (פרשת רמת"א, לעיל הערה 1, בפסקה 43 לפסק דינו של השופט אור).

93 Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the Approximation of the Laws of the Member States Relating to the Safeguarding of Employees' Rights in the Event of Transfers of Undertakings, Businesses or Parts of Undertakings or Businesses, O.J. L82 16-20.

94 Council Directive 75/129/EEC of 17 February 1975 on the Approximation of the Laws of the Member States Relating to Collective Redundancies, O.J. L48 29.

הקו המנחה הראשון הוא חובת המשא ומתן הקיבוצי עם ארגון העובדים או ההתייעצות עם נציגות העובדים. מן התפקיד המרכזי שממלאים העובדים בעסק נובע המרכיב הראשון של כל הסדר חקיקתי בעניין הנדון, שהוא קיום מנגנון המבטיח היוועצות עם נציגות של העובדים. חובת ההיוועצות בנציגות העובדים היא חלק מראיית העובדים כחלק אינטגרלי מעסקו של המעביד, שבהם תלויה התנהלותו השוטפת של העסק.

הדירקטיבות של האיחוד האירופי קובעות חובת יידוע והיוועצות עם העובדים במקרים של העברת עסק מיד ליד ובמקרים של פיטורי צמצום מתוכננים⁹⁵. גם בפסיקה בישראל הוכרה חובת ההיוועצות, שמהווה למעשה חובה לנהל משא ומתן קיבוצי במקרים של העברת עסק מיד ליד, ויתרה מכך, בכל הכרעה במקום העבודה הנוגעת לתנאי העבודה או ליחסי העבודה של כלל העובדים⁹⁶. חובת ההיוועצות נועדה להגיע להסכמה, ואכן, מקום שיש ארגון עובדים היא מהווה סוג של משא ומתן קיבוצי. במקרים שבהם העובדים אינם מיוצגים על ידי ארגון עובדים, ההיוועצות תיערך עם נציגות של העובדים שנבחרה למטרת ייצוגם בנושא שינויי הבעלות במפעל⁹⁷. חילוקי דעות המתגלעים בין הצדדים לעניין השלכות ההעברה על העובדים נופלים בגדר סכסוך כלכלי — סכסוך לקביעת תנאי עבודה עתידיים שלגביו קיימת לעובדים זכות שביתה⁹⁸. בכך אין כדי לפגוע ביעילות הכלכלית של ביצוע שינויים מבניים במשק. לחצי העובדים אינם שונים מלחצי השוק הרגילים והמקובלים. העובדים הם אחד מה"שחקנים" הכלכליים בשוק החופשי. לנציגות העובדים אין אינטרס למוטט את העסק או לפגוע בהצלחתו, מאחר שבמצב של התפרקות העסק בעקבות סיכול ההעברה, תישלל מהעובדים האפשרות לקבל הטבות מהעסק המתפרק, כמו גם הבטחת המשכיות תנאי עבודתם

95 ראו לעיל הערה 93 בס' 7, הקובע חובת היוועצות במקרים של העברת עסק מיד ליד וחובה החלה הן על המעביד הקודם והן על המעביד החדש ליידע את נציגי העובדים במועד שבו מבקשים לבצע את ההעברה, בסיבות להעברה, בהשלכות המשפטיות, הכלכליות והחברתיות של ההעברה על העובדים ובכל צעד צפוי בנוגע לעובדים.

ראו לעיל הערה 94 בס' 12(1), הקובע שכאשר מעביד שוקל פיטורי צמצום, עליו לקיים היוועצות עם העובדים בזמן סביר ומתוך שאיפה להגיע להסכם עמם בעניין זה.

96 דב"ע נב/42 חברת תרבות ברום — ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פד"ע כג 456; דב"ע 3/98 מועדים — משרד הביטחון, פד"ע לג 441; עס"ק 17/99 הסתדרות העובדים הכללית החדשה — כור תעשיות, פד"ע לד 510.

97 השו"ס 3 לחוק יישוב סכסוכי עבודה, תשי"ז-1957, הקובע כי: "בסכסוך עבודה שבין מעביד לעובדיו או לחלק מהם, הצדדים לסכסוך הם המעביד וארגון העובדים המייצג את רוב העובדים שהסכסוך נוגע להם, ובאין ארגון עובדים כאמור — הנציגות שנבחרה על-ידי רוב העובדים האלה, בין לכל עניין ובין לסכסוך העבודה הנדון".

98 כאשר מדובר בהעברות בשירות הציבורי על פי החלטת ממשלה, לכאורה אם ההסכם הקיבוצי ממשיך לחול, שביתה תיחשב כ"שביתה בלתי מוגנת" (ראו ס' 37 לחוק יישוב סכסוכי עבודה, תשי"ז-1957). אולם נראה כי שביתה הנובעת מהעברת העסק תיחשב כשביתה "שאינה קשורה בשכר או בתנאים סוציאליים", ועל כן גם במקרה כזה אין מדובר בשביתה בלתי מוגנת. ראו פ' רדאי "שביתות פוליטיות" המשפט ב (תשנ"ה) 159-175.

אצל המעביד החדש⁹⁹. אכן, קתרין ברנארד (Catherine Barnard) מציינת כי על אף דברי ביקורת שנשמעו בנוגע לדירקטיבה הנזכרת בהערת שוליים 93 לעיל, שלפיה היא תפגע ביעילות ותציב מכשול בפני עריכת שינויים מבניים, ניכר כי השפעתה המעשית אינה כזו, ואף נציבות האיחוד האירופי שיבחה את האופן שבו מיושמת הדירקטיבה הלכה למעשה, המאפשר עריכת שינויים מבניים, לצד הבטחת זכויות העובדים במצבים של העברת עסק מיד ליד.

הקו המנחה השני הוא הבטחת זכותם של העובדים להתקבל לעבודה רצופה אצל המעביד החדש. חשיבותה של דרישה זו הנה בהגנה על הערך של יציבות במקום העבודה. הביטחון של העובדים שאין הם מיועדים לפיטורים בשל העברת העסק גם מאפשר שיתוף פעולה ושמירה על העסק כ"עסק חי" בשלבים המקדימים את ההעברה. בדירקטיבה האירופית נקבע איסור על פיטורי עובדים על ידי המעביד המקורי או על ידי המעביד הנעבר בשל ההעברה כלבד¹⁰⁰, והוראה דומה נקבעה גם בישראל בהצעת חוק חוזה העבודה מ-1985¹⁰¹. מובן שהוראות מעין אלה אינן מבקשות להקפיא את זכות העובד להישאר במקום העבודה אם יש סיבות לפטור שאינן קשורות להעברת העסק, האיסור הוא על פיטורים בשל ההעברה¹⁰². יתרה מזו, אין פגיעה בלתי מידתית בחופש העיסוק של המעביד הנעבר שהרי, בקניית העסק יש לו הזדמנות לחשב את כל העלויות של רכישת "עסק חי" ולהחליט אם העלות והתמורה כדאיות מבחינתו¹⁰³. מניעת פיטורי העובדים בשל העברת העסק אינה מעוגנת כנראה במשפט המצוי בישראל: עדיין לא נקבעה לעובדים זכות חוזית כלפי המעביד החדש ואף פרשת רמת"א לא קבעה מסמרות בעניין זה.

המרכיב השלישי הנו שמירת תנאי ההעסקה מהמעביד הקודם למעביד הנעבר. הטעם להסדר זה הוא הצורך לשמור על יציבות במקום העבודה וגם מניעת ניצול חולשתם של העובדים בתקופת המעבר. אכן, הסדר כזה מגביל במידת מה את חופש החוזים, אך במקרה זה ההגבלות נועדו להגן על העובדים, שהם הצד החלש, ועל כן הן מתיישבות עם מושכלות היסוד של דיני העבודה. כמו כן, ההגבלה על חופש החוזים של המעביד הנעבר אינה חמורה במיוחד שכן, כפי שראינו, הוא מיועד מראש בדבר תנאים אלה — ואף יתרונה בצדה, היות והמשכיות התנאים שומרת על הוודאות מבחינת המעביד הנעבר שרק בדרך זו יכול לכמת

99 ראו: 448–449 C. Barnard *EC Employment Law* (Oxford, 2nd ed., 2000).

100 ס' 4 לדירקטיבה, לעיל הערה 93.

101 ראו לעיל הערה 8.

102 ראו לעיל הערה 93 בס' 4 לדירקטיבה האירופית מבהיר זאת במפורש, בקבעו כדלקמן: "The transfer of the undertaking, business, or part of the undertaking or business shall not in itself constitute grounds for dismissal by the transferor or the transferee. This provision shall not stand in the way of dismissals that may take place for economical, technical or organizational reasons entailing changes in the workforce"

— פ.ר. וג.נ.).

103 Raday, *supra* note 10 at p. 92.

את עלות הרכישה. בדומה למצב הקיים בדירקטיבה האירופית, הקובעת שהזכויות והחובות של המעביד המעביר יועברו למעביד הנעבר¹⁰⁴, אנו ממליצים שתנאי ההעסקה ימשיכו לחול באופן אוטומטי לאחר ההעברה. עוד קובעת הדירקטיבה שההוראות של הסכמים קיבוציים ימשיכו לחול על המעביד הנעבר, עד למועד סיומו או עד לכניסה של הסכם קיבוצי אחר לתוקף¹⁰⁵. אין במשפט הישראלי כעת הסדר להמשכיות תנאי העבודה בחוזה העבודה אינדיבידואלי, הכולל כמובן זכויות מכוח נוהג, ויש צורך להסדיר זאת בחקיקה. בכל הקשור להסכמים קיבוציים, המצב הקיים בדין הישראלי דומה להסדר בדירקטיבה, בהתאם לסעיף 18 לחוק הסכמים קיבוציים, שלפיו תנאי ההסכם הקיבוצי החל על העובדים ממשיכים לעמוד בתוקפם גם לאחר ההעברה. משמעות הוראה זו בפועל היא שתנאי ההסכם הקיבוצי מועברים עד לביטולם כדין על ידי המעביד החדש. עם זאת, במקרים רבים העברת עסק פוגעת במעמד ארגון העובדים וחותרת תחת מערכת המשא ומתן הקיבוצי וההסכמים הקיבוציים. פתרון לבעיה זו אינו יכול להימצא במסגרת הוראות חוק העוסקות בהעברת עסק מיד ליד בלבד. הפתרון לשחיקת כוחם של ארגוני עובדים והמשא ומתן הקיבוצי מצוי בהסדר מחודש ומקיף של נושא ההכרה בארגוני עובדים וההסכמים הקיבוציים¹⁰⁶.

כמובן, כל הסדר חקיקתי שיאומץ בישראל בהקשר זה יהיה חייב לעמוד בדרישות החוקתיות, ובעיקר, כפי שציין השופט אור בפסק דינו, בזכות העובדים לכבוד האדם ולמניעת ההתייחסות אליהם כאל נכס דומם הניתן להעברה ללא הסכמתו כחלק מ"עסק חי". הקווים המנחים מגשימים ומקדמים את זכויותיהם החוקתיות של העובדים לחופש העיסוק ולאוטונומיה חוזית, שעליהן עמד אור בפסק דינו. זאת, מבלי לפגוע בזכות הקניין שיש למעביד במפעלו, שכן, כפי שהבהרנו לעיל וכפי שהסביר אור בפסק דינו, זכות הקניין של המעביד בעסקו אינה מוחלטת והיא כפופה להגבלות מידתיות הממלאות את תכלית ראויה ובין היתר, מנגנוני העסקה ההולמים חברה דמוקרטית השומרים על הליברליזם והרווחה גם יחד.

לנוכח המדיניות העוינת הגלויה שמנהלת הממשלה נגד העבודה המאורגנת, והיות הכנסת "חותמת גומי" בנוגע למדיניות זו, ולאור הניסיונות לבטל את הלכת רמת"א בחקיקה המאפשרת העברת עסק ממעביד למעביד כ"עסק חי" ללא הסכמת העובדים¹⁰⁷, שורות אלה אינן נכתבות באופטימיות רבה שהכנסת אכן תרים את הכפפה ותייבא את הנורמות הנאורות של הקהילה האירופית למדינת ישראל. עם זאת, איננו פטורים מהחובה להציע ולהמשיך לקוות כי המתניות וההגנות יגברו על הכוחנות או על האדישות.

104 הדירקטיבה קובעת שמדינות חברות רשאיות לקבוע שהמעביד המעביר ימשיך להיות אחראי, בנוסף לנעבר, לזכויות מסוימות ואכן כך המצב על פי חלק מחוקי המגן בישראל.

105 עם זאת, מדינות חברות רשאיות להגביל את תקופת תחולת ההסכם הקיבוצי לשנה.

106 על הצורך בהסדר כזה ועל הדרוש במסגרתו עמדו בהרחבה. רדאי ונועם, לעיל הערה 4.

107 ראו לעיל הערה 89.