

בבית הדין הארצי לעבודה בירושלים

ע"ע 54784-12-16
ע"ע 33925-01-17
קבוע לדיון ביום 10.1.18

טוטאל פתרונות כ"א בע"מ ח.פ. 513694919

ע"י ב"כ עוה"ד ארז רוח

מרחוב הרצל 53, נתניה, 4239021

טלפון: 09-7711053 ; פקס: 09-7711054

המערערת בע"ע 54784-12-16
המשיבה בע"ע 33925-01-17

- נגד -

1. *** אשרה מס' *******

ע"י ב"כ עוה"ד נדב חיים

מרחוב הרצל 167, רחובות, 7626715

טלפון: 08-9584797 ; פקס: 08-8655818

המשיב בע"ע 54784-12-16
המערער בע"ע 33925-01-17

2. דורי בניה בע"מ ח.פ. 512660341

מרחוב ירושלים 34, רעננה, 4310801

המשיבה (פורמלי) בע"ע 54784-12-16
המשיבה בע"ע 33925-01-17

מדינת ישראל - היועץ המשפטי לממשלה

ע"י פרקליטות המדינה, המחלקה למשפט העבודה
רחוב מח"ל 7, ירושלים

טלפון: 02-5419629 ; פקס: 02-5419660

עמדתה נתבקשה

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטת בית הדין הנכבד מיום 11.6.17 בתיק ע"ע 54784-12-16 ו-ע"ע 33925-01-17
טוטאל פתרונות כ"א בע"מ ח.פ. 513694919 נגד ***** אשרה מס' ***** וא. דורי בניה בע"מ,
(להלן: "המערערת", "המשיב", ו"חברת הבנייה", בהתאמה), ובהתאם לה, החליט היועץ
המשפטי לממשלה להתייצב בהליך דן, ולהביא את עמדתו, כפי שיפורט להלן.

א. השאלה המשפטית

1. עמדת היועץ המשפטי לממשלה נתבקשה בשאלה העקרונית הבאה :

האם הוראת סעיף 13(ג) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, תשנ"ו-1996 (להלן – **החוק**), המחריגה את הוראת סעיף 13(א) לחוק זה, חלה רק על עובד של קבלן כוח אדם שהוא צד ישיר להסכם הקיבוצי הכללי אשר הורחב בצו ההרחבה, או שמא היא חלה גם על עובד של קבלן כוח אדם, שהוראות ההסכם הקיבוצי הכללי חלות עליו מכוח צו ההרחבה (להלן: **"השאלה המשפטית"**).

2. בעניין זה נבאר להלן כי לשונו של החוק כמו גם התבוננות בהיסטוריה החקיקתית ובתכלית, מבססות לטעמנו את המסקנה המשפטית כי ככלל, החריג הקבוע בסעיף 13(ג) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, תשנ"ו-1996 (להלן: **"החוק"** או **"חוק קבלני כוח אדם"**), מתייחס לעובד המועסק אצל קבלן כוח אדם שהוא צד ישיר להסכם קיבוצי כללי, שהורחב בצו הרחבה, והוא לא מתייחס לעובד של קבלן כוח אדם שהוראות ההסכם הקיבוצי הכללי בענף כוח האדם חלות עליו רק מכוח צו ההרחבה.

3. בצד הניתוח המשפטי של החוק, נבקש להוסיף ולבאר, על מנת לסבר את הדעת אודות אסדרת העסקתם של עובדים זרים המועסקים בענף הבנייה בישראל, אשר נעשית במרבית המקרים באמצעות קבלני כוח אדם, ובתוך כך נצביע על הייחודיות המאפיינת את התחום הזה.

ב. המסגרת הנורמטיבית

4. סעיף 13(א) לחוק קובע כלל, לפיו, שכר של עובד של קבלן כוח אדם ישולם לפי הנהוג במקום העבודה (להלן: **"המשתמש"**) בהתאם לסוג העבודה ולוותק.

סעיף 13(ג) לחוק קובע חריג לכלל זה.

5. נבאר להלן את הבסיס הנורמטיבי אשר מבסס את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לפיה, החריג הקבוע בסעיף 13(ג) לחוק יחול בהתקיים שני תנאים מצטברים: האחד - קבלן כוח האדם הוא צד ישיר להסכם קיבוצי כללי; השני - ההסכם הקיבוצי הכללי הורחב בצו הרחבה.

לצורך כך, נתחיל ונתבונן בנוסחו של החוק כפי שהיה בשנת 1996, אשר לימים תוקן ונוסחו הועמד במתכונתו היום. מתוך המהלך החקיקתי האמור, נלמד על פרשנותו של הסעיף במתכונתו הנוכחית.

6. לשון סעיף 13 לחוק, כפי שנחקק בשנת 1996¹ הייתה כך :

"תחולת הסכם קיבוצי

13. (א) הוראות הסכם קיבוצי החלות על עובדים המועסקים במקום עבודה שבו עובדים גם עובדי קבלן כוח אדם יחולו, לפי הענין, על העובדים של קבלן

¹ ס"ח תשנ"ו מס' 1578.

כוח האדם המועסקים באותו מקום עבודה תקופה העולה על שלוש שנים, למעט ההוראות בכל הנוגע לקביעות בעבודה.

(ב) חלים על העובד של קבלן כוח אדם כאמור יותר מהסכם קיבוצי אחד, ינהגו, לענין סעיף קטן (א), לפי ההוראה שהיא לטובת העובד.

(ג) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו לגבי עובד שתנאי עבודתו אצל קבלן כוח אדם מוסדרים בהסכם קיבוצי כמשמעותו בחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, וההגדרה "הסכם קיבוצי" שבסעיף 1 לא תחול לענין זה.

7. הנה, כי כבר בעת חקיקתו של סעיף 13, המחוקק ראה לנכון לקבוע בסעיף (א) כי עובד קבלן כוח אדם העובד 'כתף אל כתף' עם עובד של המשתמש יהיה זכאי לכך שיחולו עליו תנאי העבודה, בין אם מקורן בחוזה עבודה או בהסכם הקיבוצי או בצו ההרחבה, החלות על אותו סוג העובדים, באותו מקום עבודה.

באותה עת, החריג הקבוע בסעיף 13(ג) לחוק קבע כי די בכך שתנאי עבודתו של עובד הקבלן מוסדרים בהסכם קיבוצי (קרי, שמקום העבודה מאורגן וקבלן כוח אדם המעסיק את העובד הוא צד להסכם קיבוצי) כדי שסעיף 13(א) לא יחול, וקבלן כוח האדם ישלם לעובד את תנאי העבודה לפי ההסכם הקיבוצי לו הוא צד ישיר.

החריג בסעיף 13 (ג) בא לעודד עבודה מאורגנת אצל קבלני כח האדם, כשההנחה המגולמת בכך היא שכלל שמקום העבודה יהיה מאורגן כי אז ייטב מצבם של עובדי כח האדם שהמעסיק שלהם הוא קבלן כח האדם, ולא יהיה צורך בהחלת סעיף 13 (א).

8. ואולם, לימים התברר כי סעיף 13(ג) במתכונתו הנוכחית לא די בו כדי להבטיח את מטרותו. בעקבות כך, תוקן סעיף 13 (ג) לחוק ושונה באופן שנקבע בו כי סעיף א לא יחול רק במקום שבו המעסיק הינו צד להסכם קיבוצי כללי, ולא סתם הסכם קיבוצי כללי, כי אם הסכם קיבוצי כללי שהוצא עליו צו הרחבה, וכך נוסח הסעיף :

"(ג) הוראת סעיף קטן (א) לא תחול לגבי עובד שתנאי עבודתו אצל קבלן כוח האדם מוסדרים בהסכם קיבוצי כללי כמשמעותו בחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, ובלבד שהסכם כאמור הורחב בצו הרחבה, וההגדרה "הסכם קיבוצי" שבסעיף 1 לא תחול לענין זה".²

9. הנה כי כן, החריג בנוסחו היום שבסעיף ג' קובע שני תנאים מצטברים : האחד - קבלן כוח האדם הוא צד ישיר להסכם קיבוצי כללי; השני - ההסכם הקיבוצי הכללי הורחב בצו הרחבה.

פרשנות זו עולה מלשונו של הסעיף כפשוטה.

10. זאת ועוד ; על הצורך לקבוע בסעיף 13 (ג) את שני התנאים המצטברים – (1)הסכם קיבוצי כללי (2) ולא סתם אלא כזה שהוצא עליו צו הרחבה, ניתן ללמוד מדברים שנאמרו על-ידי מר מיכאל אטלן היועץ המשפטי דאז של משרד העבודה והרווחה, בפרוטוקול ועדת העבודה והרווחה של הכנסת, מיום 13.7.00 :

² הנה, כי הגרת "הסכם קיבוצי" ביחס לסעיף 13(ג) היא על-פי חוק הסכמים קיבוציים התשי"ז-1957 (להלן: "חוק הסכמים קיבוציים"), ואין היא כוללת צו הרחבה.

"אני כאן מעלה רעיון שהוא לא מתואם עם המשרד וברגע האחרון אם תרצו, תחשבו עליו. הרעיון של לסמוך על הסכם קיבוצי, להגיד תהיה השוואה אלא אם כן יש הסכם קיבוצי, הוא נוסה בעצם בחוק המקורי והוא לא עבד. אלא אם מדובר על הסכם קיבוצי שהוצא עליו צו הרחבה, אז אנחנו מדברים על הסכם אחר. לכן אולי אפשר לעשות אופטינג אאוט לסעיף שכאן לגבי מצב שבו יש הסכם קיבוצי שחל על קבלני כוח אדם שהוצא עליו צו הרחבה"³.

"זה לא מספיק הסכם כללי. זה התמריץ האמיתי כדי שיהיה. בלי תמריץ, זה לא יהיה. למה אתם חושבים שפתאום מתגבש נוסח של הסכם קיבוצי? אכן יש נוסח"⁴.

כן נאמר מפי מר משה בוטון, היועץ המשפטי לוועדה, דאז :

"משמעות הדבר שיחולו כל תנאי העבודה שחלים, אבל אם יש הסכם קיבוצי כללי שהורחב, אז יחול ההסכם הכללי שהורחב ולא התנאים באותו מקום".

11. הנה כי כן, מתוך הדברים האמורים ברי כי התנאי של "הוצא עליו צו הרחבה" בא להוסיף ולא לייתר את התנאי הראשון – והוא היותו צד להסכם קיבוצי כללי⁵. התנאי של "הוצא צו הרחבה" בא להבטיח כי מדובר בהסכם קיבוצי כללי משמעותי, כדי כך, שנמצא כי יש להרחיבו.

12. עמדת היועץ המשפטי לממשלה בתיק זה אשר לפרשנותו של סעיף 13 (ג) בנוסחו דהיום, מוצאת את ביטוייה בתיק בע"ע 131/07 גלעד גולדברג⁶ :

"סעיף 13 לחוק מלמד על רצון המחוקק להבטיח, כי תנאי עבודתם של עובדי קבלני כוח אדם, יוסדרו בהסכם קיבוצי. על כן, קבע המחוקק כי על עובדי קבלני כוח אדם יחול ההסכם הקיבוצי החל על עובדי המשתמש, אלא אם קיים הסכם קיבוצי אחר החל עליהם. ולא די רק בקיומו של הסכם קיבוצי, אלא נדרש שיהיה מדובר בהסכם קיבוצי כללי, אשר הורחב בצו הרחבה. קרי, על מנת להוציא את עובדי קבלני כוח האדם מתחולתו של ההסכם הקיבוצי החל על עובדי המשתמש, לא די בחתימה על הסכם קיבוצי מיוחד עם מעסיק אחד שיסדיר את תנאי העבודה במפעלו, כי אם נדרשת חתימה על הסכם קיבוצי כללי "לכל שטח המדינה או לחלק ממנה או לענפי עבודה מסוימים או לכל ענפי העבודה"⁷, אשר אף הורחב בצו הרחבה".

למעלה מן הצריך, נבקש להוסיף ולהטעים כי הדברים האמורים לעיל מתיישבים גם עם הרציונל בבסיס סעיף 13 לחוק ויש בהם משום עידוד התארגנות של חברות קבלני כוח אדם

³ פרוטוקול מס' 172 מיישיבת ועדת העבודה, הרווחה והבריאות (י' בתמוז תש"ס, 13 ביולי 2000), עמוד 75.

⁴ שם, שם.

⁵ יושם אל לב כי סעיף 13(ג) מגדיר במפורש כי אין הוא נסמך על הגדרת הסכם קיבוצי המעוגנת בסעיף 1 לחוק קבלני כוח אדם, שהינה רחבה יותר וכוללת בחובה גם צו הרחבה.

⁶ ע"ע (ארצי) 131/07 גלעד גולדברג נ' אורטל שירותי כח אדם בע"מ [פורסם בנבו], ניתן ביום 13.5.09 (להלן: "עניין גולדברג").

⁷ ראו: סעיף 2(2) לחוק הסכמים קיבוציים.

להתקשר בהסכם קיבוצי כללי ראוי ומשמעותי, שיש בו כדי להגן על עובדי הקבלן באופן כזה שיימצא מקום להרחיב הסכם זה בצו הרחבה. רק קבלן כוח אדם, אשר יהיה צד להסכם ראוי כזה, יהיה מקום להחריגו מחובת תשלום שכר לפי הסכם קיבוצי/צווי הרחבה של ה"משתמש".

13. על יסוד הדברים האמורים, לדעת היועץ המשפטי לממשלה, לשון סעיף 13(ג) לחוק, בנוסחו החדש, ובשים לב לסעיפי ההגדרות בחוק ובחוק הסכמים קיבוציים, ניתנת לפרשנות אחת והיא: כי עובד קבלן כוח אדם המועסק 'כתף אל כתף' עם עובד של ה"משתמש", לא יהיה זכאי לתנאי העבודה אצל ה"משתמש", בהתקיים התנאים המצטברים: קבלן כוח האדם עצמו הוא צד להסכם הקיבוצי הכללי, ומכוח זאת, תנאי עבודתו של העובד אצל קבלן כוח האדם מוסדרים בהסכם קיבוצי כללי, וכן – כי אותו הסכם קיבוצי כללי הורחב באמצעות צו הרחבה.

הדברים האמורים לעיל, עניינם בפרשנות סעיף 13 על תתי סעיפיו.

כעת ולהלן, נעמוד על ייחוד אסדרת העסקתם של עובדים זרים בענף הבניין באמצעות קבלני כח אדם, שיש בו כדי לבאר כי על העסקתם של עובדים זרים בבניין יחול צו ההרחבה בענף הבניין וכי לא חל בעניינם ההסכם הקיבוצי בענף כח אדם או צו ההרחבה לפיו.

ג. העסקת עובדים זרים בענף הבניין

14. ביום 15.8.04, קבלה הממשלה את החלטה מספר 2446 (להלן: "**החלטת הממשלה**"), המאמצת את עקרונות דו"ח הצוות הבין-משרדי בראשות הגב' יעל אנדורן בנושא "תכנון שיטת העסקת העובדים הזרים בישראל ותנאים למתן רישיונות להעסקת עובדים זרים ביחס לענף הבניין", שהמליץ על שיטת העסקה חדשה של עובדים זרים בענף הבניין והטיל על שר הכלכלה ליישם ולהפעיל את השיטה החדשה, תוך הידברות עם שר האוצר ועם שרת הבינוי והשיכון (להלן: "**החלטת הממשלה**").

- החלטת הממשלה מספר 2446 מיום 15.8.04 מצורפת ומסומנת **נספח א**.

15. לצורך יישומה של שיטת ההעסקה זו, הוקמו תאגידים אשר שימשו כקבלן כח אדם, אשר קיבלו רישיון להעסקת עובדים זרים בלבד בתחום העסקה של בניין, ובו בלבד⁸ (להלן גם: "**שיטת התאגידים/התאגידים**").

להשלמת התמונה יצוין, כי במקביל להעסקת עובדים זרים בבניין באמצעות תאגידים, מועסקים בענף הבניין בישראל גם (ובין היתר) עובדים זרים באמצעות חברות זרות בהתאם

⁸ בהתאם לסעיף 10 לחוק קבלני כח אדם. ראו לעניין זה גם נוהל העסקת עובדים זרים בענף הבניין על ידי קבלני כוח אדם.

להחלטת ממשלה מספר 317 מיום 30.7.15 ; חברת בנייה הרשומה בישראל⁹ ; עובדים פלסטינים ; עובדים ישראלים¹⁰.

16. החלטת הממשלה קבעה גם כי לצורך יישום המלצות הצוות הבין-משרדי יש לבצע תיקוני חקיקה, ואכן תוקן חוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2005 (תיקוני חקיקה), התשס"ה-2005 (המכונה "חוק ההסדרים"). כמו כן, תוקנו חוק קבלני כח אדם וחוק עובדים זרים תשנ"א-1991 (להלן: "**חוק העסקת עובדים זרים**").

לשון חוק העסקת עובדים זרים קובעת, בסעיף 1ד, כהאי לישנא:

"1ד. שר הפנים לאחר התייעצות עם השר רשאי לקבוע דרך כלל או לסוגי עבודה או ענפים מסוימים –

(1) תנאים למתן היתר להעסקת עובד זר לפי סעיף זה, וכן תנאים שיראו אותם ככלולים בהיתר כאמור, לרבות בעניינים אלה:
(א) סוג העבודה שבה יועסק העובד הזר;
(ב) קיום חובות המעסיק כלפי העובדים הזרים שהוא מעסיק;
(ב1) לענין היתר להעסקת עובד זר בענף הבנין – חובת המעסיק לשלם לעובד הזר שכר שיחושב לפי היקף עבודה העולה על משרה מלאה כפי שקבע שר הפנים, לאחר התייעצות עם השר, אף אם היקף העבודה בפועל פחת מההיקף שנקבע כאמור, ובלבד שהוראות לפי פסקת משנה זו לא יגרעו מזכויותיו של העובד הזר לפי כל דין;"

17. במאי 2005 החלה העסקת העובדים הזרים בענף הבניין על-ידי התאגידים, בהתאם להחלטת הממשלה. "שיטת התאגידים" הינה שיטה ייחודית בתחום העסקת עובדים זרים, המבוססת על מדיניות פיקוח הדוק של התאגיד - מעסיקו של העובד הזר, על שמירת זכויותיו של האחרון. וכך קבע בית הדין הארצי לעבודה בעב 2/06 **מלגם נ' משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה**¹¹:

"כללו של דבר, "משטר התאגידים" מושתת על מדיניות אכיפה קפדנית בתחום העסקת העובדים הזרים, שמטרתה ותכליתה הבטחת זכויותיהם של העובדים הזרים המבקשים להתפרנס בכבוד.

תאגיד המעסיק עובדים זרים חייב להקפיד הקפדה יתרה על שמירת זכויותיו של העובד. בד בבד מחויב התאגיד למלא התחייבויותיו כלפי המדינה שהעניקה לו את רשיון ההעסקה, ובתוך כך לוודא שהעובד יועסק על פי הרשיון וההיתר שניתנו לשם פעולת התאגיד ובמסגרתם בלבד."

⁹ חברת יילמזר, חברת בנייה הרשומה בישראל שבעליה תורכים.

¹⁰ העתק נספח ב'–נ 35 לדוח בנק ישראל, 2015, "ענף הבנייה – נתונים נבחרים, 1960 עד 2015", מצוי בכתובת http://www.boi.org.il/he/NewsAndPublications/RegularPublications/Documents/dochApp2015/b_35.pdf.

¹¹ עב' (ארצי) 2/06 **מלגם ניהול כוח אדם בע"מ - מדינת ישראל** [פורסם בבנו], ניתן ביום 17.5.06.

18. בהמשך לכך, בשנת 2008, תוקן סעיף 12א לחוק קבלני כח אדם, אשר קבע תנאים מסוימים בהם עובד קבלן יעבור להיות עובד המשתמש, זאת במטרה להגן על עובדי הקבלן.

בשנים 2009-2010, ובהמשך להחלטת הממשלה, תוקן סעיף 12א האמור¹², כהאי לישנא:

”12א. (א) לא יועסק עובד של קבלן כוח אדם אצל מעסיק בפועל תקופה העולה על תשעה חודשים רצופים; יראו רציפות בעבודה לענין סעיף זה אפילו חלה בה הפסקה לתקופה שאינה עולה על תשעה חודשים.

...

(ה) (1) סעיף זה לא יחול על עובד זר שהוא עובד של קבלן כוח אדם בעל היתר למתן שירותי כוח אדם של עובדים שאינם תושבי ישראל לפי סעיף 10(א), ומועסק אצל מעסיק בפועל, בסוג עבודה, בענף עבודה או בתחום עבודה המפורט בתוספת הראשונה; בפסקה זו, "עובד זר" – כהגדרתו בחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991;

”...

מן המותר לציין, כי בתוספת הראשונה מפורט ענף הבניין בלבד.

וכך נאמר בהצעת החוק¹³:

”עם כניסתה לתוקף של שיטת התאגידים בענף הבניין, השתפרו תנאי עבודתם וגובה שכרם של העובדים הזרים המועסקים בענף זה, ואין ספק כי מצב זה עדיף על המצב הקודם, שבו הועסקו עובדי הבניין הזרים בידי מאות קבלני בניין, מצב שיצר קושי בפיקוח הרשויות על תנאי ההעסקה של העובדים, ובמיוחד היקשה על העובדים הזרים שרצו לעבור בין מעסיקים שונים.

ביום כ”ג בטבת התשס”ח (ו בינואר 2008) נכנס לתוקף סעיף 20א לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, הקובע שעובד של קבלן כוח אדם שהועסק אצל אותו מעסיק בפועל תקופה העולה על תשעה חודשים רצופים (או העולה על תקופה נוספת שהארכה במקרים חריגים באישור שר התעשייה המסחר והתעסוקה לפי סעיף קטן (ב) שבסעיף האמור), ייחשב העובד כעובד של המעסיק בפועל, בתום תקופת תשעת החודשים או בתום תקופת ההארכה האמורה, לפי העניין, הוראה זו באה למנוע ניצול והפליה של עובדי קבלני כוח אדם, לעומת עובדים אחרים של המעסיק בפועל, ולמנוע שימוש לרעה בשיטת העסקה זו ואולם משמעות החלת הוראה זו על מעסיקים שהם קבלני כוח אדם שהם בעלי היתרים לפי סעיף 10 לחוק, היא שהעובדים הזרים המועסקים על ידם יהפכו לעובדים של המעסיקים בפועל לאחר תשעה חודשי עבודה רצופים, מצב שיבטל את יתרונות השיטה החדשה האמורה לאור האמור, מוצע להחריג מההסדר לפי סעיף 20א לחוק,

¹² ס”ח תשס”ט מס’ 2203 מיום 23.7.2009 עמ’ 245; ס”ח תש”ע מס’ 2238 מיום 24.3.2010 עמ’ 501.

¹³ ס”ח תשס”ט מס’ 2199 מיום 9.6.2009 עמ’ 140.

את העובדים הזרים המועסקים על ידי קבלני כוח אדם בעלי היתר מיוחד
למתן שירותי כוח אדם של עובדים זרים.

בהחרגתם של העובדים מהגנת סעיף 12 יש כדי ללמד על כך שאין לראותם כמי שממלאים תפקיד זמני - מסוגם של עובדי קבלן כח אדם שאינם בכלל הגדרת עובד זר בבניין.

19. מסקנה זו מתיישבת עם קביעתו של כבוד השופט אדלר, בעניין גולדברג הנזכר לעיל, לפיה: "יש לקרוא את סעיף 4.1 ו 5 להסכם הקיבוצי של קבלני כח אדם כמכלול אחד קובעים ביחד את תחולתו של ההסכם הקיבוצי", כך בלשונו.

על יסוד הלכה זו, נטעים כי רשימת התפקידים המפורטת בסעיף 5 להסכם הקיבוצי הכללי בענף כח אדם מגדירה את סוגי התפקידים הזמניים אשר העובדים עליהם חל ההסכם מועסקים בהם. אלה הם אותם תפקידים אשר, בין היתר, נפרסה על העובדים המועסקים בהם הגנת סעיף 12 לחוק – הקובעת כי ככל שעובד כזה יועסק מעבר לתשעה חודשים יהפוך הוא להיות עובד של המשתמש.

20. ואולם, בענייננו, ולאור החרגתם של עובדים זרים בענף הבניה מסעיף 12א, ניתן ללמוד כי מלכתחילה לא היה צריך לפרוס עליהם את הגנת סעיף 12א, נוכח דרך העסקתם הייחודית אשר זכתה לאסדרה מיוחדת ובתוך כך גם להחרגה מסעיף 12.

הנה כי כן, החרגתם של העובדים מהגנת סעיף 12א יש בה כדי ללמד על כך שאין לראותם כמי שממלאים תפקיד זמני מסוגם של אותם תפקידים אליהם מתייחס סעיף 5 להסכם האמור, אשר ביחד עם סעיף 4.1 קובעים את תחולתו של ההסכם הקיבוצי הכללי בענף כח אדם.

21. בהחלטת ממשלה מספר 3453 מיום 10.7.11, כפי שתוקנה בהחלטה מספר 541 מיום 20.9.15, וכן החלטות ממשלה מאוחרות בנושא העסקת עובדי בנין זרים, נקבע כי כל עובד זר חדש לענף הבניין שיועסק באמצעות תאגידים, והבאתו לישראל היא משנת 2012 ואילך, יגוייס לעבוד בישראל רק במסגרת הסכם או הסדר בילטרלי בין הרשויות המוסמכות בישראל לבין הרשויות המוסמכות במדינת המוצא של העובדים הזרים ועל פי תנאיו או בהסדר כאמור בהחלטה 541 דלעיל, או כפי שתתקן מעת לעת.

נפנה לשתי הוראות בעלות חשיבות רבה, שצוינו בהחלטת ממשלה מספר 3453, אודות הצורך של הממשלה להתמודד עם תופעת דמי התיווך בענף הבניין:

"4.ה. בהתאם להחלטת הממשלה מספר 4024 מיום 31 ביולי 20015, שעניינה היתרים להעסקת עובדים זרים, לקבוע, כי הבאת העובדים הזרים בהתאם להסכם תיעשה אך ורק ממדינה אשר התקשרה עם מדינת ישראל בהסכם או בהסדר בילטרלי להבאת עובדים זרים (להלן-הסדר בילטרלי), והכל בהתאם להמלצת הצוות הבינמשרדי, כמפורט להלן. חתימה על הסכם או הסדר כאמור תיעשה על ידי שר החוץ או מי מטעמו.

4.ו. להטיל על הצוות הבינמשרדי שהוקם בהתאם להחלטת ממשלה מס' 752 מיום 14 בספטמבר 2009, שעניינה העסקת עובדים זרים בחקלאות (להלן –

הצוות הבינמשרדי, להמליץ בפני שר הפנים תוך 30 יום ממועד קבלת החלטה זו לגבי הנושאים הבאים:

...

2. **אופן גיוסם, הבאתם וקליטתם של העובדים הזרים בענף הבניין אשר יובאו ארצה במסגרת ההסדר הבילטרלי. ההסדר, כאמור, יכלול מנגנונים בדבר גיוס והשמה של עובדים זרים מקצועיים ומיומנים לענף הבניין אשר יצמצמו את האפשרות לגביית דמי תיווך שלא כחוק וכן הסדרים בדבר יידוע העובדים לגבי זכויותיהם וחובותיהם בחוק וכן הסדרים בדבר יידוע העובדים לגבי זכויותיהם וחובותיהם בישראל."**

- החלטת ממשלה מספר 3453 מיום 10.7.11 מצורפת ומסומנת **נספח ב**.

- החלטת ממשלה מספר 541 מיום 20.9.15 מצורפת ומסומנת **נספח ג**.

22. בהתאם להחלטת הממשלה מספר 3453, מיום 10.7.11, החלה ממשלת ישראל ביישום הסכמים בילטרליים בינה לבין ממשלות זרות: בשנת 2012, החל יישום הסכם בילטרלי לגיוס עובדי בנין זרים בין ממשלת ישראל לממשלת בולגריה; לקראת סוף שנת 2013 החל יישום הסכם בילטרלי עם ממשלת מולדובה; ובשנת 2014, החל יישום הסכם בילטרלי עם ממשלת רומניה, ובהמשך יתכן גיוס עובדים זרים ממדינות נוספות בהתאם להסכמים הבילטרליים שייחתמו.

23. נוסף על האמור, ונטען כי תשלום שכרם של עובדים זרים בענף הבניין לפי צו ההרחבה בבניין, כפי שמצויין בהסכמים הבילטרליים שערכה ממשלת ישראל, יוצר אחידות שכר ומניעת אפליה בין קבוצות עובדים זהות במיהות עבודתם והיקפה.

בהחלטת ממשלה מספר 1321 (דר/60) מיום 24.3.16 (אשר נתנה תוקף להחלטה מספר דר/60 של ועדת שרים לענייני תכנון, בנייה מקרקעין ודיר ("קבינט הדיור") מיום 7.3.2016), שעניינה הבאת חברות בנייה זרות נאמר, בין היתר, בדברי ההסבר להחלטה:

"על מנת לעמוד במכסת העובדים הזרים שנקבעה בהחלטת הממשלה 317 מיום 30 ביולי 2015 ובהמשך להחלטה מספר 597 מיום 25 באוקטובר 2015, ולצורך עידוד והגדלת רמות הפריון במשק בכלל ובענף הבניין בפרט, ועל מנת לעמוד ביעדי החלטת הממשלה גיבש הצוות הבין-משרדי שהוקם במסגרת החלטת ממשלה 597, קריטריונים להבאת חברות בנייה זרות שיפעלו כחברות ביצוע והתנאים שיחולו בכל הנוגע לחברות אלו. קריטריונים אלו כוללים בין היתר תצהיר של החברות בנוגע להעדר גביית דמי תיווך מעובדיהן, וזאת על מנת לצמצם את הפגיעות של העובדים לסחר בבני אדם.

...העסקתם (של העובדים הזרים-ח.א.) תהיה לפי הכללים החלים על יתר העובדים הזרים בענף הבנייה, ובכפוף לכל דין.

נתונים כלכליים והשפעה על משק המדינה: הצעת המחליטים משתלבת במדיניות הממשלתית להגדלת היקף הבנייה למגורים בישראל. זאת, לצורך

הקטנת הפער בין הביקוש לדיור לבין היצע הדירות הקיים במשק. הכנסת חברות ביצוע בעלות ניסיון בבנייה איכותית וברמות פריון גבוהות צפויה להביא להגדלה של מספר הדירות הנבנות בישראל. בנוסף, החברות עשויות להביא להעלאת רמות הפריון בענף, תוך שימוש באמצעים מתועשים. בנוסף, להצעה יש השלכה על משך הבנייה של דירה למגורים שצפוי להתקצר בשל השימוש בטכנולוגיות מתקדמות לבינוי מתועש.

בסעיף 1ד להחלטת הממשלה נאמר באופן כללי כך :

"חברות הביצוע הזרות תהיינה כפופות להוראות הדין החל בישראל, ובין היתר, יחולו עליהן הוראות משפט העבודה החלות על מעסיקי עובדים זרים וכן הוראות חוק עובדים זרים, תשנ"א-1991 ותקנותיו".

החלטת הממשלה עוקבת אחר תכליתם של החוקים הנזכרים, כי יש להחיל אחידות שכר בין עובד זר לעובד ישראלי, בכך שהיא מדגישה שעל העסקתם של העובדים הזרים תחולנה "הוראות משפט העבודה" על מרכיביהן השונים : חקיקת מגן, הסכמים קיבוציים **רלבנטיים** וצווי הרחבה. זאת, לצד הוראות חוק עובדים זרים, תשנ"א-1991 ותקנותיו וכן נהלי רשות האוכלוסין וההגירה.

- החלטת ממשלה מספר 1321, מיום 24.3.16 מצורפת ומסומנת **נספח ד**.

24. החלטת הממשלה שנתנה תוקף להחלטת קבינט הדיור, ולפיה, עובד זר של חברת בנייה זרה יקבל שכר לפי הכללים החלים על יתר העובדים הזרים בענף הבנייה (אלו המועסקים באמצעות קבלני כוח אדם בהתאם להסכמים הביטראליים, ואלו שלא) – יוצרת כאמור אחידות שכר בין כלל העובדים הזרים בבניין, ובינם לבין עובדי בניין אחרים בישראל (ישראלים, פלסטינאים או אחרים).

25. **זאת ועוד**, לאור ייחודיות העסקתם של חברות קבלן כח אדם זר בבניין, שפורטה לעיל, הרי שקבלן כח אדם זר – המחזיק היתר מיוחד להעסקה בענף הבניין בלבד - ממילא לא יוכל להיות צד להסכם קיבוצי **כללי** המסדיר את תנאי העסקתם של עובדי קבלן ולכן, במקרה מיוחד זה, לא ניתן יהיה להחיל בעניין קבלן כח אדם זר את סעיף 13(ג) והתוצאה היא, כי בעניין עובד קבלן כח אדם זר בבניין יחול סעיף 13(א) בלבד. דהיינו, תשלום על-פי צו ההרחבה בבניין.

26. עמדתה זו של המדינה באה לידי ביטוי בשתי החלטות של הממונה על יחסי עבודה במשרד העבודה, שלא להתיר רישומם של הסכמים אשר נחתמו בין התאגדות תאגידי כוח אדם זר לבניין לבין הסתדרות העובדים הלאומית : **האחת**, בקשה לרשום הסכם קיבוצי, אשר נחתם בין התאחדות תאגידי כוח אדם זר לבניין ובין הסתדרות העובדים הלאומית ביום 11.6.12, נדחתה ביום 26.8.12, כאשר הודיע הממונה על יחסי עבודה לעותרת על פסילת ההסכם

לרישום, בין היתר כיוון שהשכר שנקבע בהסכם זה היה נמוך משכר המינימום הענפי אשר הוסדר בהסכם הקיבוצי הכללי לענף הבניין.

וכך נכתב, בין היתר, במכתבו של הממונה ליו"ר הסתדרות העובדים הלאומית ולעמותת התאחדות מעסיקי כ"א זר לבניין, מיום 26.8.12:

"ההסכם הנ"ל קובע בסעיף 1 שבו – כי עם כניסתו לתוקף העובדים (הזרים) לא יהיו זכאים לתשלומים מכוחם של הסכמים קיבוציים בענף הבנייה. זאת על אף שהסכמים הקיבוציים בענף הבנייה יכול שיחולו על העובדים הזרים מכוח הדין – ואף הוצאו לגביהם צווי הרחבה וההסכם כלל לא מציין זאת. בכך יש כדי להציג מצג שווא והטעיה כאילו צווי הרחבה בענף אינם חלים על עובדים זרים בבניין.

זאת ועוד, בעוד שצו הרחבה בענף קובע שכר מינימום ענפי (החל מחודש ינואר 2012) בסך 5,000 ₪ הרי שבהסכם שכר המינימום הענפי הינו 4,350 ₪ בלבד. הצדדים להסכם הגדילו עשות שגם "הקלו" על המעסיקים בכך "שלא תוטל סנקציה עקב הפרת שכר מינימום ענפי" (סעיף 19 להסכם).

על פניו נראה כי ההסכם נועד להציג מצג שווא ולהטעות כדי להמעיט מזכויות העובדים הזרים בבניין ולהפלותם לרעה לעומת עובדים ישראלים בענף הבנייה. ההסכם אם כן נוגד אמנות ארגון העבודה הבינ"ל בנוגע לעובדים מהגרים ולשוויון.

מעבר לכך, אף אם ההסכם היה כשר מבחינה מהותית לרישום ספק בעיני אם היה כשר טכנית שכן כלל לא ברור אם הצדדים מהווים ארגונים יציגים הרשאים לייצג את העובדים הזרים בענף הבניין.

לפיכך, אינני מאשר הסכם זה לרישום."

השניה, בקשה מיום 28.10.12 לרישום הסכם קיבוצי מתוקן, אשר נחתם ביום 23.9.12, תחילה כהסכם קיבוצי כללי בענף הבנייה, ולאחר מכן שונה להסכם קיבוצי כללי בענף "כוח אדם זר לבניין". יוער כי במסגרת הליך הבדיקה אצל הממונה, הובהר על ידי נציגו כי צד להסכם קיבוצי כללי בענף הבנייה יכול להיות רק ארגון יציג בכל ענף הבנייה והעותרת לא ציינה שהיא כזו. כמו-כן, הואיל ולא קיים ענף שנקרא ענף תאגידי כוח אדם זר לבניין אין בידו לדון ברישום ההסכם כהסכם קיבוצי כללי בענף ממין זה.

27. בהמשך לכך, והגם שלא סברה כדעתו של הממונה, הגישה ההסתדרות הלאומית בקשה חדשה במסגרתה התבקש הממונה לרשום את ההסכם כהסכמים מיוחדים פלוראליים שנחתמו עם כל אחד מהמעסיקים.

במסגרת דיון בבקשת ההסתדרות הלאומית לרישום ההסכמים, גם כהסכם קיבוצי כללי, ולאחר דיון בהתנגדות לרישום ההסכמים שהוגשה מטעם הסתדרות העובדים הכללית החדשה לפי תקנה 22 לתקנות הסכמים קיבוציים (רישום), תשי"ז-1957 וכן לפי סעיף 6 לחוק הסכמים קיבוציים, החליט הממונה על יחסי העבודה ביום 27.4.14 לדחות בקשת רישום

ההסכמים, בין היתר, מאחר שמצא כי מתוך כלל החומר שהוצג בפניו לא ניתן לומר כי ההסתדרות הלאומית היא ארגון יציג, משהשתכנע כי אין התארגנות אותנטית של העובדים בהסתדרות הלאומית וכי ההתארגנות נעשתה בשיתוף פעולה ומטעם המעסיקים. וכך נאמר בסיום ההחלטה:

"נוכח האמור, שוכנעתי כי ההסתדרות הלאומית אינה יציגה אצל תאגידי כוח אדם זר לבניין באשר ההתארגנות היא פסולה שכן היא נעשתה ע"י המעסיקים ומטעמם. לפיכך, אני מחליט שלא לרשום את ההסכמים."

28. לשלמות התמונה יצוין, כי על החלטת הממונה הגישה העותרת עתירה לבג"ץ (בג"ץ 4737/14 **הסתדרות העובדים הלאומית נ' הממונה הראשי על יחסי עבודה ואח'**), אשר נדחתה על הסף מחמת קיומו של סעד חלופי, משנפסק כי לבית הדין הארצי לעבודה סמכות לדון בנושא העתירה.

לאחר דחיית עתירתה, פנתה הסתדרות העובדים הלאומית לבית דין נכבד זה אשר פסק במסגרת סב"א (ארצי) 62655-11-14¹⁴ כי אין להתערב בהחלטת הממונה מיום 27.4.14.

כאן המקום להביא מדברי כבוד השופטת ס' דוידוב-מוטולה בפסק הדין:

"מקובלת עלינו עמדת המדינה וההסתדרות הכללית, כי העובדים הזרים המועסקים בענף הבניין - על אף העסקתם הייחודית מכוח החלטת ממשלה באמצעות תאגידי ייעודיים - מהווים חלק מענף הבניין במסגרתו מבוצעת עבודתם. בהתאם, חלים עליהם צווי ההרחבה של ענף זה (ע"ע (ארצי) 453/06 ניקולא דאטקו - י. שומרוני בע"מ [פורסם בנבו] (20.8.07), ולאחר המעבר לשיטת התאגידיים - ע"ע (ארצי) 72/08 מיכאלצ'ה ניקולאי - עומר הנדסה ובניה בע"מ [פורסם בנבו] (30.12.10), בסעיף 25 לפסק הדין וכן עב' (אזורי ת"א) 10318/07 מארש יוסיף - רימס שרתי כ"א בע"מ [פורסם בנבו] (30.12.09); עב' (אזורי ת"א) 8804/06 מאראסרי קיטיוואט - סולל בונה ניהול עובדים זרים [פורסם בנבו] (10.6.09); ע"ר (אזורי ת"א) 4040/08 רסידו מאגרי אנוש בע"מ - אנדריי פרונוזה [פורסם בנבו] (9.11.10); עב' (אזורי י-ם) 1390/06 ויקטור רומננקו - דניה סיבוס חברה לבניין בע"מ [פורסם בנבו] (18.11.08))."

הטענות שהושמעו מצד התאחדות התאגידיים ובמידה רבה גם על ידי המבקשת, על כך שאין חד-משמעיות בתחולת צווי ההרחבה בענף הבניין על העובדים הזרים, מתעלמות לטעמנו מהפסיקה לעיל; מהעובדה כי לתאגידיים אין למעשה ענף פעולה אחר זולת ענף הבניין כך ששייכותם לענף כוח האדם הוא מלאכותי

¹⁴ סבא (ארצי) 62655-11-14 הסתדרות העובדים הלאומית נגד הסתדרות העובדים הכללית החדשה [פורסם בנבו], ניתן ביום 27.11.16.

במידה רבה; וכן מתכלית ההעסקה באמצעות תאגידים ייעודיים, שהייתה בין היתר הגברת הפיקוח על המעסיקים לצורך שמירה על זכויות העובדים הזרים (עב' (ארצי) 2/06 מלגם ניהול כוח אדם בע"מ - מדינת ישראל [פורסם בנבו] 17.5.06)). לאור זאת, אין הצדקה להוציא את העובדים הזרים באופן שרירותי מהענף בו הם מועסקים, רק בשל משטר העסקה שנקבע על ידי הממשלה לצורך שיפור מצבם. בהתאם אף נקבע בסיווג האחיד של ענפי הכלכלה של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, כי ענף הבניין כולל בחובו "גיוס כוח אדם לעבודה בבנייה באמצעות חברות ייעודיות" (סעיף 4103), בעוד שמענף שירותי כוח האדם הוחרגו "חברות המספקות כוח אדם לבנייה" (סעיף 7820)¹⁵.

בהתחשב בכך שהעובדים הזרים מועסקים בענף הבניין שכס אל שכס עם שאר עובדיו של ענף זה - מקובלת עלינו קביעת הממונה כי לא ניתן להכיר בענף נפרד כביכול של "תאגידי כוח אדם זר לבניין" לצורך חתימת הסכם קיבוצי כללי נפרד שיחול רק על העובדים הזרים, ולא ניתן ליתן תוקף להסכם קיבוצי - בין כללי ובין מיוחד פלוראלי - הקובע תנאים נפרדים לעובדים הזרים בהתבסס על מוצאם. הדברים מדברים בעד עצמם ואינם מחייבים הרחבה; בית דין זה קבע זה מכבר, בהתבסס על הלכה מבוססת ורבת שנים, כי "הסדר משפטי המפלה את העובד הזר לרעה לעומת חברו העובד הישראלי פוגע בערך השוויון, שהוא מערכי היסוד של שיטת המשפט בישראל. דינו של הסדר כזה להתבטל, בהיותו מנוגד לתקנת הציבור" (ס"ק (ארצי) 18/08 התאחדות הקבלנים והבונים בישראל - הסתדרות העובדים הכללית החדשה [פורסם בנבו] 15.11.09)).

להסרת ספק נדגיש כי גם אם אין הפליה בזכויות הפרטניות הקבועות בהסכם (להבדיל מההסכם הראשון שאין חולק כי הפחית את שכרם של העובדים הזרים לעומת השכר הענפי) - עצם ההפרדה ההסכמית בין העובדים הזרים לבין העובדים הישראליים היא שפוגעת בערך השוויון; עלולה לקבע תחושות של ניכור, העדר שייכות ונחיתות חברתית; עלולה ליצור הפליה בייצוגן של האוכלוסיות השונות כלפי המעסיק; ובעתיד אף להוביל לפגיעה כלכלית ישירה (בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000); בג"צ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 298 (2009); בג"צ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530 (2011); עב' (אזורי ת"א) 9690/09 יצחק אבבה - א.א. מוקד 101 בע"מ [פורסם בנבו] 23.10.12)).¹⁶

29. אשר על כן, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי לשון סעיף 13 לחוק קבלני כח אדם, כמו גם תכליתו, מבססות את המסקנה המשפטית כי החרג הקבוע בסעיף 13(ג) לפיו עובד קבלן כוח אדם המועסק 'כתף אל כתף' עם עובד של ה"משתמש", לא יהיה זכאי לתנאי העבודה

¹⁵ שם, פסקה 74 לפסק הדין.

¹⁶ שם, פסקה 75 לפסק הדין.

אצל ה"משתמש", יחול בהתקיים התנאים המצטברים: האחד - קבלן כוח האדם עצמו הוא צד להסכם הקיבוצי הכללי, ומכח זאת, תנאי עבודתו של העובד אצל קבלן כוח האדם מוסדרים בהסכם קיבוצי כללי, והשני - כי אותו הסכם קיבוצי כללי הורחב באמצעות צו הרחבה.

30. בצד זאת, נוכח ייחודיות העסקתם של עובדים זרים המועסקים בענף הבנייה בישראל - כפי שהיא באה לידי ביטוי בהחרגתו של סעיף 12א לחוק בעניין עובדים זרים בענף הבניין, בהחלטות הממשלה הנזכרות לעיל ובפסק הדין בעניין הסתדרות העובדים הלאומית - הרי שבכל הנוגע לאסדרת העסקתם של עובדים זרים המועסקים בענף הבנייה בישראל, לרבות אלו המועסקים באמצעות קבלני כח אדם, יחול צו ההרחבה בענף בניין.

הוגש: י"ז טבת התשע"ח

4 בינואר 2018

אודלי-ה גליק, עו"ד
סגנית בכירה במחלקה למשפט העבודה
פרקליטות המדינה