

דצמבר, 2020

מניעת ניצול עובדים בהעסקה קבלנית

מוגש לחברת הכנסת עאידה תומא סלימאן, הרשימה המשותפת

מסמך זה נכתב על-ידי: חברי הצוות אסף אמבר, הודיה בן-שי, אביב כהן, קימברלי מילשטיין וטל רבינוביץ; נערך על-ידי: ראש הצוות אהרון קיצברג; נבדק על-ידי: נציגת צוות המחקר אביה קירשנבוים.

אושר לפרסום על ידי: מטר בן ישי, מנכ"ל "עומק".

1. מבוא

כיום קיימים שני סוגים של עובדי קבלן: עובדי קבלן המועסקים דרך קבלני כוח אדם (חברות כוח אדם) ועובדי קבלן המועסקים דרך קבלני שירות (חברות שירותים). ההבדל העיקרי בין שני סוגי הקבלנים הוא שקבלני כוח אדם מספקים עובדים למעסיק כדי שישתלבו בעבודה השוטפת של המעסיק בעוד שקבלני שירות מספקים מוצר/שירות מוגמר, כגון: עובדי ניקיון ותחזוקה או עובדי חברות שמירה ואבטחה. שיטות העסקה אלה הובילו להתדרדרות בתנאי ההעסקה ובביטחון התעסוקתי של עובדים רבים בתחומים אלו. זאת ועוד, העסקה קבלנית מובילה בצורה שיטתית להפרת דיני העבודה ולהתעמרות בעובדים המועסקים במתכונת זו. מנגנוני העסקה קבלנית הפכו לנורמה לא רק במגזר הפרטי, אלא גם במגזר הציבורי בישראל כך שגם מוסדות אלו גורמים לפגיעה בתנאי העובדים. כיום בישראל קיימים חוקים המסדירים את חובות החברות הקבלניות כלפי העובדים. חוקים אלו כוללים בין היתר כי לאחר 9 חודשים בו עובד מעניק שירות לחברה מסוימת, העובד יהפוך להיות עובד מן המניין באותה חברה. כפי שיפורט להלן, סוגיית חברות כוח אדם אינה שלילית מיסודה, ישנם יתרונות לשימוש בחברות אלו, הגם ששיטה זו פותחת פתח לניצול ופגיעה בעובדים רבים בעיקר בני מעמד סוציו-אקונומי נמוך. מטרת המסמך היא להציע תיקונים לדין הנוהג במסגרת דיני העבודה אשר מחד יאפשרו מיצוי ההיבטים החיוביים של חברות כוח האדם השונות ומאידך צמצום בפגיעה הבוטה בעובדים רבים בישראל.

תקציר מנהלים בעבודתנו נדון בסוגיית עובדי הקבלן ובפתרונות לה, במסגרת 4 פרקים:

א. סקירת הדין הנוהג

כיום בישראל יש חוק המסדיר את העסקת העובדים על-ידי חברות כוח אדם. במסגרת החוק נקבע כי לאחר 9 חודשים של עבודה אצל חברה מסוימת העובד יהפוך להיות עובד מן השורה באותה חברה. בנוסף, קיים חוק הרלוונטי לעובדי שירות בתחומי הניקיון ואבטחה במגזר הציבורי אשר נחתם כהסכם עם הסתדרות העובדים ומשפר את תנאי השכר והזכויות של עובדים אלו. יודגש כי כיום חוקים אלו אינם מפרידים בין חברות כוח האדם המועילות לחברה בכך שהן מספקות עובדים למשרות מוגדרות וספציפיות (ולעיתים זמניות), לבין חברות המשמשות אך ורק כצינור להענקת תלושי משכורת כך שנפגעים העובדים, המקבלים זכויות פחותות.

ב. סקירת משפט משווה

כיום, במרבית מדינות העולם המערבי יש חוק דומה לישראל אשר מגדיר כי לאחר פרק זמן מסוים של עבודה, חובה על המעסיק להשוות את תנאי ההעסקה של עובדי הקבלן לאלו של העובדים המועסקים ישירות על ידי המעסיק. יוצאות מהכלל הן מדינות קנדה וניו-זילנד אשר אינן מחייבות את השוואת תנאי השכר.

ג. ספרות

בפועל יש מספר שיטות העסקה שונות של עובדי הקבלן, לכל אחת יתרונות וחסרונות. יש להבחין בין שיטות ההעסקה השונות על מנת שניתן יהיה להוקיע את השיטות הפוגעות בתנאי העובדים ללא הצדקה ולצד זאת לאפשר לחברות המועילות לשוק ולעובדים כאחד להמשיך להתקיים ולהעניק שירותי כוח אדם. בנוסף, בבואנו לבחון את שיטות ההעסקה יש לפעול במידתיות בהכרעה בין זכויות המעסיק מכוח חוזה לבין כיבוד האוטונומיה של העובד אשר אינה משתקפת בחוזה ההעסקה.

ד. דיון והמלצות

בראש ובראשונה יש להפריד בין סוגי חברות כוח האדם: בין אלו המועילות לעובדים ולחברות המעסיקות, לבין אלו המשמשות כחברות קש בלבד, ומוזילות את עלויות ההעסקה של העובדים במחיר פגיעה בהם. יש להפריד בין סוגי החברות ולקדם צעדים אשר יקטינו את מקומם של חברות הקש במשק הן באמצעות אכיפה וסנקציות והן באמצעות עידוד מעסיקים על-ידי מתן תמריצים, להימנע משימוש בחברות אלו. בנוסף, יש לפעול להגברת המודעות בקרב העובדים בחברות קבלניות לזכויותיהם השונות.

2. סקירת הדיון הנוהג

א. חקיקה

א.1 חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם

כיום החוק בישראל מסדיר את נושא העסקת עובדים על-ידי קבלני כוח אדם.¹ החוק מגדיר כי קבלן כוח אדם הוא מי שעיסוקו במתן שירותי כוח אדם אצל זולתו. בנוסף נקבע כי קבלן שירותים הוא מי שנותן שירותים בתחומי השמירה, אבטחה וניקיון.² כמו כן, החוק קובע כי קבלן כוח אדם יכול להעסיק עובד עד 9 חודשים רצופים,³ למעט מקרים חריגים שבהם יינתן היתר העסקה לתקופה של עד 15 חודשים.⁴ לאחר תום התקופה, במידה והעובד ממשיך בעבודתו הוא ייחשב כעובד רגיל מן המניין אצל המעסיק.⁵ כמו כן, עובד הקבלן מחויב לקבל את אותם התנאים כמו שאר העובדים שמועסקים על ידי המעסיק בפועל או לפי הסכם קיבוצי קיים, בהתאם לסוג העבודה שלו ולוותק התעסוקתי הקיים אצל אותו מעסיק בפועל.⁶

החוק מתייחס גם לתנאים לקבלת רישוי לקבלן כוח אדם. לא ניתן לעסוק כקבלן כוח אדם ללא רישיון משר התעשייה המסחר והתעסוקה (להלן- השר).⁷ הרישיון ניתן לתקופה של שנה ולאחר מכן יש לחדשו לתקופות של שנתיים בכל פעם.⁸ השר רשאי מטעמים מיוחדים לחדש את הרישיון לתקופה שקצרה משנתיים או לתקופה של עד 3 שנים.⁹

¹ חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, השתנו"ו-1996 (להלן: "חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם").

² ס' 1 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

³ ס' 12(א) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

⁴ ס' 12(ב) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

⁵ ס' 12(ג) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

⁶ ס' 13 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

⁷ ס' 1 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

⁸ ס' 2(ב) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

⁹ ס' 2(ג) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

ישנם מספר תנאים לקבלת הרישיון :

1) מבקש הרישיון או מנהל מטעמו, הם בעלי ניסיון של לפחות 3 שנים במתן שירותי כוח אדם או בניהול כוח אדם.¹⁰

2) ישנם תנאים להמציא ערבות בנקאית או ערבות מתאימה אחרת למילוי החובות כלפי העובדים, בהתאם לתקנות.¹¹

3) 5 השנים האחרונות, מבקש הרישיון או ממלא תפקיד בכיר בחברה אינו הורשע בעבירה שיש עמה קלון או בעבירה שבשל חומרתה או נסיבותיה הוא אינו ראוי לעסוק כקבלן כוח אדם.¹²

השר יכול לקבוע ולהוסיף תנאים שיש לקיימם בעקבות שינוי בנסיבות לאחר מתן הרישיון.¹³ לגבי קבלן כוח אדם המעסיק עובדים שאינם תושבי ישראל, יש צורך בהיתר מיוחד משר הפנים בהתאם לתנאים שקבועים בחוק הנדרשים לקבלת הרישיון.¹⁴

זאת ועוד, השר יכול לבטל רישיון או להתלותו לאחר שנתן לבעל הרישיון להשמיע את טענותיו, אם התקיימו אחד ממספר תנאים: הרישיון ניתן על בסיס מידע שגוי או כוזב; חדל מלהתקיים תנאי מהתנאים למתן הרישיון; הופרו תנאי הרישיון; או כשבעל הרישיון או בעל תפקיד בכיר בחברה הורשעו בעבירה שיש עמה קלון או בעבירה שמפאת חומרתה או נסיבותיה, הוא אינו ראוי עוד לעסוק כקבלן כוח אדם.¹⁵

קבלן כוח אדם שרישיונו בוטל, הותלה או לא חודש, יכול להמשיך ולהעסיק את העובדים שהועסקו אצלו טרם הביטול, ההתלה או אי החידוש לתקופה מסוימת שעליה הורה השר. השר רשאי להורות כאמור אם נוכח שהדבר נדרש לצורך שמירה על העובדים ובהתחשב בנסיבות במקרה.¹⁶

מבחינת פיקוח על קיום הוראות החוק, השר יכול להסמיך מפקחים מבין עובדי משרדו ובהתאם לקבוע בחוק.¹⁷ קבלן כוח האדם מחויב לשתף פעולה ולמסור למפקח כל מידע, פרטים ומסמכים שקשורים בפעולותיו.¹⁸ לצורך גילוי עבירה לפי החוק וכאשר יש חשד סביר לעבירה, למפקח יש סמכויות חקירה המסורות לקצין משטרה אלא שהנחקר לא חייב לתת תשובה שיש בה כדי להפיל.¹⁹

כמו כן, קבלן כוח אדם העובר על הוראות החוק עונשו כפל קנס בהתאם לקבוע בחוק ואף עשוי לקבל עונש מאסר של שישה חודשים.²⁰ יתרה מכך, מוטלת אחריות גם על מי שהתקשר בחוזה עם קבלן כוח אדם שאין לו רישיון ופעל בניגוד להוראות החוק, דינו קנס בהתאם לקבוע בחוק.²¹

א.2 חוק העסקת עובדים על ידי קבלני שירות בענפי השמירה והניקיון בגופים ציבוריים

עובדי הניקיון והשמירה הינם אוכלוסייה חלשה המרוויחה את המשכורות הנמוכות ביותר במגזר הציבורי. בשל כך, בדצמבר 2012 נחתם בין מדינת ישראל לבין הסתדרות העובדים החדשה הסכם

¹⁰ ס' 3(א1) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

¹¹ ס' 3(א2) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

¹² ס' 3(א3) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

¹³ ס' 4 (א) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

¹⁴ ס' 10 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

¹⁵ ס' 6(א) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

¹⁶ ס' 7 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

¹⁷ ס' 19(א) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

¹⁸ ס' 19(ב) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

¹⁹ ס' 19(ד) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

²⁰ ס' 20 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

²¹ ס' 20(ד) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

קיבוצי שמטרתו להטיב עם עובדים אלה.²² לאחר מכן, עוגן ההסכם במסגרת חוק העסקת עובדים על ידי קבלני שירות בענפי השמירה והניקיון בגופים ציבוריים.²³ החוק מבקש להחיל חובת התאמת תנאי השכר ושמירת זכויותיהם של העובדים בקבלנות בתחום השמירה והניקיון אצל גופים ציבוריים. החוק מיטיב עם העובדים בכך שהוא מחייב את חברת הקבלן לספק תנאי העסקה שאינם פוחתים מן ההסכם הקיבוצי ומרחיב את החובה על המגזר הציבורי כך שכל גוף מתוקצב, כל גוף נתמך או תאגיד בריאות יהיו מחויבים להסכם זה. בנוסף, קובע החוק הוראות מעבר ביחס להתקשרויות קיימות בין גוף ציבורי לחברות הקבלן.²⁴ ניתן לראות בדיון במליאה לקריאה ראשונה כי החוק התקבל בתמיכה רבה של חברי כנסת אך גם עלו קולות נגד על כך שהחוק מכשיר את הפסול – כיום ישנן חברות קבלן אשר מתחמקות מיחסי עובד-מעסיק ועושקות את הזכויות של עובדי הקבלן. טענת נגד נוספת שעלתה לדיון היא שחברות הניקיון והשמירה התרבו ובכך יש פגיעה באוכלוסייה גדלה. לכן, מיסוד זכויות העובדים בחקיקה היא חשובה, אך יש למנוע את תופעת ההעסקה בקבלנות בכללה.²⁵ בין זכויות העובד הנוספות שנקבעו בחוק ניתן למצוא מענק מצוינות, הפרשות לקופת גמל לקצבה, קרן השתלמות, דמי הבראה, סבסוד ארוחות ושי לחגים.²⁶ זאת ועוד, נחתם צו המסדיר את החוק.²⁷ בצו נוסף מענק חד פעמי לעובדי הניקיון על בסיס ההסכם הקיבוצי שנחתם ב-16.3.2016, המאפשר לעובדי הקבלן בתחום ניקיון ושמירה המועסקים בשנת הלימודים, אך אינם מועסקים בתקופת החופש הגדול לקבל את המענק. המענק הינו בסך 2000 ₪ לעובד במשרה מלאה וניתן בשתי פעימות.²⁸

לאחר הרחבת זכויותיהם של העובדים במגזר הציבורי, פנו עובדי המגזר הפרטי בדרישה להשוות גם את זכויותיהם. לכן, נחקקו הסכמים קיבוציים וניתנו צווים המעגנים את הזכויות, כך שבפועל החובות על חברות כוח האדם בתחום השמירה והניקיון דומות במגזר הפרטי לאלו שבמגזר הציבורי.²⁹

ב. פסיקה

1.ב. הבחנה בין סוגי העסקה שונים באמצעות הפסיקה

בעבר, בית-המשפט לא הבחין בין השיטות השונות להעסקת עובדים. כך למשל, הנשיא בדימוס ברק התייחס באופן שווה לעובד קבלן כוח אדם ולעובד רגיל, מבלי לעמוד על ההבחנה בניהם. כמו כן, הנשיא ברק לא הבחין בין העסקת עובדים בשיטת העסקה "אותנטית" לבין העסקה באמצעות קבלן כוח אדם המשמש אך ורק כ"צינור" לתשלום השכר.³⁰

אולם, לפני מספר שנים קבע נשיא בית הדין הארצי לעבודה בדימוס אדלר כי יש להבחין בין שלוש צורות העסקה במסגרת יחסי עבודה:³¹

1) **מיקור חוץ של פונקציות**: מקרים שבהם המפעל המזמין מעביר ביצוע פונקציות מסוימות לידי גורם אחר, שהוא המפעל המספק שירותים. לרוב מדובר ב"החצנה" של פונקציות שאינן כלולות בלב העשייה של המפעל המזמין. המפעל שמספק שירות הוא זה שקולט את העובדים לשירותיו, מולו העובדים

²² הסכם קיבוצי מס' 2012/3050 בין ממשלת ישראל לבין הסתדרות העובדים הכללית החדשה ולבין איגוד עובדי השמירה והניקיון בעניין שיפור תנאי שכר עבודה של עובדי ניקיון ושמירה בסקטור הציבורי (04.12.2012).

²³ חוק העסקת עובדים על ידי קבלני שירות בענפי השמירה והניקיון בגופים ציבוריים, התשע"ג-2013.

²⁴ שם, ס' 9.

²⁵ פרוטוקול ישיבה מס' 50 של הכנסת ה-19, 153-165 (8.7.2013).

²⁶ תוספות לס' 2 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני שירות בענפי השמירה והניקיון בגופים ציבוריים, התשע"ג-2013.

²⁷ צו העסקת עובדים על ידי קבלני שירות בתחומי השמירה והניקיון בגופים ציבוריים, תשע"ג-2013.

²⁸ הסכם קיבוצי מס' 2016/7014 בין ממשלת ישראל לבין הסתדרות העובדים הכללית החדשה בעניין תוספת שכר ותנאי עבודה (18.04.2016).

²⁹ צו הרחבה ניקיון 2014, צו הרחבה אבטחה ושמירה.

³⁰ בג"צ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' אלי ישי, שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2), 433 (1998).

³¹ ע"ע (ארצלי) 766-07 לימור בין חיים נ' המוסד לביטוח לאומי, 1, 17 (2011).

כורתים חוזה עבודה והוא הגורם שדואג לתנאים ולזכויות שלהם. במקרים נדירים יחסית, במצב שבו העובד לא מקבל את כל זכויותיו מהמפעל שמספק שירות, הוא יכול לדרוש זאת מהמפעל המזמין. צורת העסקה זו היא לגיטימית, היא מאפשרת הוזלת עלויות וגמישות ניהולית, במיוחד בתחומים שאינם חלק מרכזי מליבת עשייתו של המפעל המזמין.³²

2) העסקה "אותנטית" של עובדים באמצעות קבלן כוח אדם ("**הדגם האותנטי**") : במצב כזה, קיים חוזה העסקה בין העובד לבין קבלן כוח האדם וחוזה התקשרות בין קבלן כוח האדם לבין המשתמש. לדעת הנשיא אדלר, ישנם מספר סוגים לגיטימיים של העסקת עובד על ידי קבלן כוח אדם וביניהם: הפניית עובד למקומות עבודה לזמן קצר, שיבוץ עובד בתפקיד ספציפי ומיוחד לתקופה ארוכה של מספר שנים, גיוס בעלי מקצוע מיוחדים לביצוע פרויקט ועוד. אין מדובר ברשימה סגורה ויכולים להיות מצבים נוספים שבהם יש העסקה באמצעות קבלן כוח אדם באופן לגיטימי. העסקה זו אינה מעידה על חוסר תום לב של המעסיק או המשתמש.

3) העסקת עובדים באמצעות קבלן כוח אדם המשמש כ"צינור לתשלום שכר" בלבד (**דגם ה-payrolling**) : במקרים אלו המשתמש מגייס עובד לחברתו באותו אופן שבו מתקבלים שאר עובדיו. העובד מבצע עבודה זהה לשאר העובדים ופועל לצידם. אולם, שכרו משולם באמצעות קבלן כוח האדם ומבחינה פורמלית הוא נחשב כעובד קבלן משום שהקבלן מדווח עליו כעובד שלו. **השופט אדלר קבע כי צורת העסקה זו אינה לגיטימית מאחר והיא חותרת תחת תכליות דיני העבודה. במקרה כזה, המעסיק האמיתי הוא אינו קבלן כוח האדם אלא החברה הנהנית מהשירותים בפועל ולכאורה נוצרת פיקציה של העסקה לגיטימית תוך עקיפה של הסכמים קיבוציים וזכויות קיבוציות, החלשה של העבודה המאורגנת ולעיתים אף פגיעה בזכויות מכוח החוק.**³³

על בסיס פסיקתו של הנשיא (בדימוס) אדלר מכריעים גם כיום. לפני מספר חודשים, השופט דגן-טוכמכר מבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב הכריעה בשאלה מיהו המעסיק של התובעת בהסתמך על הבחנתו.³⁴ במקרה זה, ההבחנה הייתה חשובה על מנת לקבוע מיהו המעסיק שאמור לספק לתובעת את תנאי העסקתה וכך גם את פיצוי הפיטורים וכן כדי לקבוע האם דרך העסקה הייתה לגיטימית.³⁵

יתר על כן, השופט צור בבית הדין הארצי לעבודה קובע כי העסקת העובד על ידי קבלן כוח אדם צריכה להיעשות באופן הוגן, בתום לב ובהתאם לתקנת הציבור. אין לנצל את העובד או לפגוע בו באופן בלתי סביר, לפגוע בשכרו או בתנאי העסקתו.³⁶

2.ב אחריות המעסיק על תנאי העובדים

בית המשפט, בדומה למחוקק הכיר בחברות הקבלן כמעסיקיהם הישירים של עובדי הקבלן. פסק דין הרשקוביץ נחשב למכונן מבחינה זו משום שהוא היה הראשון שהכיר בחברת קבלן כמעסיקה ישירה, בקובעו שני מבחנים מצטברים שחברת הקבלן צריכה לעמוד בהם על מנת שתוכר כמעסיקה רשמית.³⁷ **המבחן הראשון** הוא שקביעת הקבלן כמעסיק לא תסתור את יסודות משפט העבודה. לכאורה כלל זה נועד להגן על העובד מפני הרעת תנאים, אך דה פקטו הכרה בקבלן עבודה כמעסיק ישיר פוגעת אנושות

³² שם, בעמ' 17-18.

³³ שם, בעמ' 19.

³⁴ סעי' 16-12-57713-12-16 Abeba Mahari Wollwgrgish נ' קניון רמת אביב בע"מ, 1, 6-5 (2020).

³⁵ שם, בעמ' 7-13.

³⁶ ע"ע (ארצי) 410/06 המוסד לביטוח לאומי נ' ראיד פאהום, 1, 19 (2008).

³⁷ הרשקוביץ נ' מדינת ישראל, דב"ע 129-3, פד"ע י"ב 255 (להלן: "עניין הרשקוביץ").

בעובד, שכן השופט לא חישב את עלויות העמלה שגובה הקבלן ממקום העבודה של העובד, עמלות שיכולות להגיע עד 50% ומשולמות על חשבון נגיסה בשכרו ופגיעה בזכויותיו של העובד.³⁸

על פי המבחן השני אם שני מעסיקים דורשים "בעלות" על אותו עובד יכריע בית המשפט למי העובד "שיידך" לפי התשובות לשתי שאלות משנה:

1. מי רשאי לפטר את העובד?

2. כיצד ראו הצדדים (העובד והמעסיק) את היחסים ביניהם?

במשך עשר שנים שלטו המבחנים של פסק דין זה בכיפה, ונתנו לגיטימציה להכרה בחברות קבלן כמעסיקות ישירות. עד שהגיע פסק דין חדש, המייצג רוח חדשה, וערער על הנחה זו. השופטת בן פורת בפסק דין כפר רות יצרה זרם פסיקה חדש שמטרתו לנטרל את הבעלות על העובד ככלי לדיכוי זכויותיו וכרסום בשכרו.³⁹ זרם פסיקה זה מושתת על שני היסודות הבאים:

1. כאשר מתעוררת השאלה בדבר זהות המעסיק, וכאשר מעורב ביחסי העבודה צד שלישי, ההכרעה תהיה לפי התשובה לשאלה בין מי למי התקיימו יחסים משפטיים שעניינם מתן עבודה בתמורה (כלומר דה פקטו, לאיזה חברה נתן העובד שירות?).

2. הנחת המוצא היא שהמעסיק הוא המשתמש בשירות, ואם רוצה קבלן העסקה לטעון שדווקא הוא המעסיק הוא צריך להרים את נטל ההוכחה, בעזרת שלושה מבחני משנה: (1) קיימת התקשרות משפטית למתן עבודה בתמורה בשני מישורים: בין הקבלן לעובד, ובין הקבלן למשתמש (החברה המעסיקה). (2) מטרתו של חוזה העסקה היא לא התחמקות מחובות מעסיק, אשר קמות מכוח הסכם קיבוצי או חוק. (3) מטרת החוזה עומדת בתנאי סעיף 30 לחוק החוזים ואינה נוגדת את תקנת הציבור, ואת חובת תום הלב.⁴⁰ נראה שהמבחנים שנקבעו בפסק דין בעניין כפר רות מקשים על החברה הקבלנית להרים את נטל ההוכחה באשר לשאלת זהותו של המעסיק וכך מסייעים לשמירה על זכויותיהם של העובדים.

יתר על כן, הנשיא אדלר קבע כי מוטלת אחריות על המעסיק בפועל, קבלן כוח האדם ועל קבלן המשנה לדאוג לכך שהעובדים אינם מנוצלים על ידי קבלן כוח האדם, שתנאי העסקתם אינם נפגעים ושהם מקבלים את שכרם כראוי.⁴¹ בנוסף, בית המשפט הכיר בכך שגם קבלן כוח האדם וגם המעסיק בפועל אחראים לתשלום זכויות לפי דיני העבודה שמגינים על העובד.⁴² עצם העובדה שהמעסיק בפועל נהנה מעבודתו של עובד קבלן כוח האדם, מאפשרת להטיל עליו חובות שונות כלפי העובד, גם אם רשמית לא מתקיימים ביניהם יחסי עבודה.⁴³ חובות אלו אינן מתמקדות רק בזכויות כספיות המגיעות לעובד קבלן כוח האדם, אלא עשויות לכלול גם חובות אחרות כמו מתן זכויות טיעון וחובת שימוע.⁴⁴

3. ב. מימוש חוק העסקה במגזר הציבורי

³⁸ בתכנית פופוליטיקה שהתקיימה בתאריך 19/01/1998 התקיים דיון על העסקת עובדים באמצעות קבלני כוח אדם. במסגרת הדיון הסבירה ד"ר לעדה עפרוני כי פער התיווך הוא כחמישים אחוז בקירוב.

³⁹ עליאה אלהרינאט - כפר רות (להלן: "עניין כפר רות")

⁴⁰ ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

⁴¹ ע"ע Xue Bin 1218/02 נ' חברת א. דורי, חברה לעבודות הנדסיים בע"מ, פ"ד לח, 650, 702 (2003).

⁴² ע"ע (ארצי) 47271-06-18 התאמה השמה ומידע (1995) בע"מ נ' סמי הפוטה, 1, 25 (2020).

⁴³ שם, בעמ' 32.

⁴⁴ שם.

בפסיקה ישנם מקרים בהם עובדים מהמגזר הציבורי פונים לבית המשפט בבקשה שיכריע מיהו הגורם שעליו לממש את ההסכם הקיבוצי. לדוגמה, בית המשפט קבע כי החובה לעדכן את הסכמי ההתקשרות בהתאם לתנאי העבודה בדמות המענק היא על מזמין השירות, ומשכך עליו גם לממן את המענק.⁴⁵ בנוסף, ישנם מקרים בהם פועלים העובדים לממש את זכויותיהם הנובעות מכוח החוק והצו. לדוגמה, מאבטחי מוזיאון תבעו את מעסיקהם על כך שלא הפרישו להם קרן השתלמות, ובית המשפט קבע כי הזכות לקרן השתלמות היא בלתי מסויגת וכי יש להפריש לעובדים את קרן השתלמות רטרואקטיבית.⁴⁶

4.ב פסיקה בנושא חוזה הפסד

בית המשפט התייחס גם לתופעה המכונה "חוזה הפסד". לפיה, כאשר מעסיק בפועל מתקשר עם קבלן כוח אדם ומזמין את שירותו, קבלן כוח האדם מציע לו מחיר התקשרות נמוך שאינו מכסה את הערך השעתי המינימלי שמגיע לעובד לפי דין. לעיתים קרובות המעסיק שמזמין את השירות מתעלם מכך שהקבלן מפר את זכויות העובדים שמועסקים אצלו. בשוק כזה, קבלן כוח אדם שומר חוק יתקשה לזכות בהתקשרות מול מעסיק בפועל. השופטת יפה שטיין קבעה כי מזמין השירות אינו משוחרר מאחריות, הוא אינו יכול לעצום עיניים ביחס לתנאי ההעסקה של קבלן כוח האדם כלפי העובדים שעובדים אצלו בחברה והוא אינו יכול להתעלם מפיקוח על תנאי העסקתם.⁴⁷

5.ב פסיקה בנושא תנאי קבלת/שלילת רישיון חברת כוח אדם

השופטת רוזנפלד בעניין אל אור מציגה כי המחוקק בעזרת החוק מסדיר את שוק קבלני כוח האדם, על ידי הטלת חובת רישוי לפיה נקבעים גבולות האחריות כלפי העובדים. מטרת החוק היא להבטיח את זכויות העובד המועסק בצורת העסקה משולשת ולמנוע פגיעה בביטחון הסוציאלי שלו. ברקע לקביעת ההסדר בחוק עומד הצורך החברתי החיוני בהסדרת העיסוק כקבלן כוח אדם על מנת להגן על הציבור החלש.⁴⁸ במסגרת משטר הרישוי שקובע החוק ולצורך השגת תכליתו, נבחנת היציבות הכלכלית של מבקש הרישיון לעסוק כקבלן כוח אדם. השופטת מציגה כי יש לפרש את התנאים לקבלת הרישיון בצורה דווקנית, לפי התכלית המוצהרת והמפורשת של החוק, על מנת להבטיח את הזכויות של העובדים ולמנוע את ניצולם במסגרת העסקתם.⁴⁹

בפסיקה נוספת של השופטת רוזנפלד היא מסבירה כי החוק ברור ומפורש.⁵⁰ קבלת הרישיון תלויה בקיום של מספר תנאים שונים. במידה ומבקש הרישיון הינו אישיות משפטית מאוגדת אזי הוא יידרש בבחינת התקיימות התנאים אצל מנהליו ואצל כל מי שממלא תפקיד בכיר באישיות משפטית זו. הצורך בהסדר רישוי קפדני הוא הכרחי למניעת הפגיעה המתמשכת בזכויותיהם של קבוצות עובדים חלשות, ולא תישמע טענה המסתתרת מאחורי אישיותה המשפטית הנפרדת של החברה. כמו כן, לא ניתן להעביר את רישיון קבלן כוח האדם לאחר, כיוון שפעולה זו אינה תואמת את תכליתו הברורה של החוק.⁵¹

⁴⁵ ס"ק (אזורי ת"א) 24718-07-16 הסתדרות העובדים הכללית החדשה - איגוד עובדי השמירה והניקיון - עיריית ראשון לציון (פורסם בנבו, 01.01.2017).

⁴⁶ ס"ק (אזורי י-ם) 43570-10-14 הסתדרות העובדים הכללית החדשה - איגוד השמירה והניקיון - קבוצת מודיעין אזרחי בע"מ (פורסם בנבו, 01.06.2015).

⁴⁷ שם, בעמ' 19.

⁴⁸ ע"ב (ארצי) 11/07 אל אור אילת תפעול ואחזקות בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד התעשייה המסחר והתעסוקה, 1, 10-9 (2008). (להלן: "עניין אל אור").

⁴⁹ שם בעמ' 10.

⁵⁰ עשר (ארצי) 6277-06-13 טופ קוואליטי סולושנס (טי.קיו.אס.) בע"מ נ' מדינת ישראל משרד הכלכלה מנהל ההסדרה והאכיפה, 1 (2013).

⁵¹ שם, בעמ' 12-15.

יתר על כן, בעניין סופר סקיוריטי קבע השופט סופר כי כאשר הרשות שוקלת שלא לתת רישיון מכוח סמכותה החוקית, עליה לעשות זאת רק אחרי שאספה את כל הנתונים הרלוונטיים, אשר אדם סביר היה סומך עליהם בשביל לקבל את החלטתו.⁵² בית הדין יבחן את ההחלטה שהתקבלה בהתאם לאמות מידה אלו ובדרך כלל ימנע מלהמיר את שיקול דעת הממונה בשיקול דעתו.⁵³ הרשות צריכה לאזן בין סוג האינטרס שייפגע כאשר לא יינתן רישיון או היתר (המדובר בזכות יסוד – חופש העיסוק) ומידת הפגיעה בחברה, בעובדיה, במוניטין שלה ובלקוחות שלה, לבין האינטרס הציבורי שמוגן על ידי החוק – הגנה על זכויות עובדים מוחלשים, מניעת תופעות של ניצול והעסקת עובדים בתנאים פחותים וכדומה. במסגרת קבלת ההחלטה, הרשות מחויבת לשקול את התנאים שנקבעו בחוק לגבי קבלן כוח האדם כמו ניסיון בתחום, המצאת ערבות בנקאית, היעדר הרשעה, מתן מידע כוזב, ניסיון קודם ניהולי ועסקי בתחום זכויות העובדים וכו'.⁵⁴

3. ספרות

כאמור לעיל, מטרת חוק העסקת עובדי קבלן היא להסדיר את פעילותן של חברות הקבלן במספר תחומים. בין השאר אחראי החוק על אסדרת שכרם של עובדי קבלן,⁵⁵ איסור חיוב העובדים בתשלום לחברה עבור שירותים שונים,⁵⁶ וכן על השוואת תנאי עובדי קבלן לעובדי החברה לאחר פרק זמן מסוים (בין 9 ל-15 חודשים).

פרופ' גלין במאמרה סוקרת מספר בעיות שעלולות להתעורר במהלך בחינה של החוק.⁵⁷ אחת הבעיות היא שעצם קיומו של החוק יוצר סביבה מבנית המאפשרת ואף מצדיקה העסקה של עובדים בחברות קבלן.⁵⁸ בנוסף גלין טוענת כי התיקון לחוק אינו מבחין בין שיטות שונות להעסקת עובדי קבלן, כאשר חלקן דווקא טובות למשק ולעובדים ופגיעה בשיטה זו איננה רצויה. הכוונה היא לשיטת העסקה האוטנטית בה החברה מכשירה את העובדים, מפקחת על ביצועיהם ונותנת להם משכורת, כך שההתקשרות המהותית היא בין חברת ההשמה לעובדים. גלין מלינה על כך שבפועל בתי המשפט לא שמים ליבם אל ההבדל בין שיטות העסקה השונות⁵⁹ ובפסיקתם גורמים לכך שהעסקת עובדים בשיטה האוטנטית תהיה חסרת כדאיות כלכלית. את הוואקום שנוצר ממלאות דווקא חברות הקבלן העובדות בשיטה של ניצול ופגיעה בזכויות עובדים כאשר שיטת העסקה העיקרית בהקשר זה היא שיטת ה-payrolling. שיטה זאת אמנם טובה ומועילה לחברות הקבלניות ולמעסיקים, אך העובד יוצא כשידו על התחתונה, וזכויות רבות נשללות ממנו בתהליך זה.

ניתן למצוא ביקורות על החוק גם בתקשורת ובעיתונות. כך למשל אביבה רוזן-גנוט במאמרה מלינה על יחס המגזר הציבורי בכלל ומשרדי הממשלה בפרט לעובדי הקבלן, ומאשימה אותם בהחלת פרקטיקות פוגעניות כלפי עובדים אלו. גנוט מדגישה שדווקא המגזר הציבורי צריך להוות דוגמה למגזר הפרטי בכל הקשור לזכויות עובדים, ולכן יחסו הנוכחי אליהם חמור שבעתיים.⁶⁰

⁵² עשר (ארצי) 57737-11-11 סופר סקיוריטי בע"מ נ' מדינת ישראל, 12 (2012). (להלן: "עניין סופר סקיוריטי")

⁵³ שם, בעמ' 12.

⁵⁴ שם, עמ' 14-12.

⁵⁵ פרק ג' לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

⁵⁶ ס' 12 לחוק.

⁵⁷ אמירה גלין "על התיקון לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם: האם יצא שכרנו בהפסדנו?" עבודה, חברה ומשפט 103 (תשס"א).

⁵⁸ פ' רדאי מדיניות העסקת עובדים באמצעות חברות כוח אדם - המחוקק, בתי המשפט וההסתדרות (1998) 28.

⁵⁹ הרשקוביץ נ' מדינת ישראל, דב"ע 3-129, פד"ע י"ב 255.

⁶⁰ ראה: א. רוזנגנוט "עבודה בעיניים" גלובס 28/02/2007.

יצוין כי כאשר חוקק חוק העסקת עובדי קבלן הוא לא הבדיל בין שתי הגישות שפורטו לעיל, על אף שהפער ביניהן תהומי. בעוד שבדגם האוטנטי צריכה החברה למיין ולהכשיר עובדים ולדאוג להם למקום תעסוקה ראוי תוך שהיא שומרת איתם על קשר ודואגת לצרכיהם, בשיטת ה-payrolling לא נדרשת התארגנות מורכבת, כך שלמעשה כל אדם יכול לפתוח חברה שכל עבודתה היא תשלום משכורות לעובדים תוך הגדרתה כמעסיקה ישירה, מה שמאפשר לה לגזור עמלה על העסקה זו. לאופי העסקה בשיטה האוטנטית יש משמעות קרדינלית כלפי עובדי הקבלן. בעוד שיטה זאת מספקת פתרון לאלו אשר לא רוצים מסיבות שונות להיות מועסקים בחוזה ארוך טווח ועדיין מעוניינים לשמור על רמת שכר הוגנת ועל תנאים טובים בעבודה, לשיטת ה-payrolling אין כל ערך מוסף, שכן כל עניינה הוא דאגה לכיס המעסיקים.

טענה רווחת נוספת היא שעובדי קבלן מרוויחים פחות מאשר מקביליהם אשר מועסקים דרך חוזה העסקה ישיר.⁶¹ במחקר שנעשה, נמצא כי רוב מוחלט (88%) מעובדי הקבלן הן בשיטה האוטנטית והן בשיטת ה-payrolling אינם מרוצים משכרם, וסבורים שהם משתכרים פחות ממקביליהם.⁶² ואולם יש לסייג ולומר שפערי השכר תלויי מקצוע וישנם מקצועות בהם עובדים זמניים מקבלים סכום זהה או אף יותר ממקביליהם המועסקים בחוזה ישיר.

עם זאת, גלין מדגישה כי בעת תיקון החוק יש לשים לב שהמחוקק מבחין בין שני הדגמים (האוטנטי וה-payrolling) משום שאם יציע המחוקק תיקון שיכלול למשל השוואת תנאים בין עובדי החברה לבין העובדים הזמניים כבר אחרי תקופה קצרה, יפגע המחוקק בכדאיות הכלכלית של חברות אוטנטיות, הנתפסות כטובות ומוסריות יותר, אך לא יפגע בכדאיות של חברות מסוג payrolling שדווקא הן נתפסות כפוגעניות כלפי זכויות עובדי הקבלן.⁶³ אדרבה, חברות אלה העובדות בשיטת payrolling יגדילו את נפח הפעילות שלהן על חשבון החלל שיווצר כאשר תיפולנה החברות המעסיקות בצורה האוטנטית. כלומר, יש לשים לב שלא יבוא המחוקק לתקן וייצא מקלקל. **יש לקבל החלטה בנוגע לתיקון החוק לאחר דיון מעמיק והידברות עם חברות כוח האדם מצד אחד (בייחוד עם אלו המפעילות מודל אוטנטי) ועם המעסיקים מהצד השני, על מנת לייצר מתווה שיצמצם את הניצול של העובדים הזמניים, אך שיהיה כדאי להפעלה על ידי חברות כוח האדם ומשתלם להעסקה על ידי המעסיקים.**

קיימת מגמה בעולם של הגמשת דפוס העבודה ביחס לדפוס העבודה שהיו מקובלים בעבר, בעיקר ביחס לקריטריונים כמו היקף השתרעות תחומי עבודתו של העובד, היקף השעות של העובד והיקף העובדים הקבועים, ניתן לחלק את המגמה לשלושה דפוסים עיקריים. הדפוס הראשון הוא **הגמשה תפקודית**, השני הוא **הגמשה בתנאי העבודה** והשלישי הוא **הגמשה מספרית**.⁶⁴

את הגידול במספר חברות כוח האדם ניתן להבין על רקע הגידול בדרישה לדפוס העבודה השלישי, ההגמשה המספרית. מדובר בפרקטיקה המשתלמת למעסיקים, שכן היא מאפשרת להם להתאים את מספר העובדים להיקף התעסוקה. שיטה זו תורמת גם לעובדים, שכן הם מרוויחים גמישות בעבודה, דבר שמפנה להם יותר זמן לפעילות פנאי. הבעיה מתחילה כאשר המעסיקים מבכרים שיטת העסקה של עובדים זמניים על מנת

⁶¹ כך, לדוגמה, בדברי ההסבר של הצעת החוק של תברי הכנסת עמיר פרץ וחיים כץ נאמר: "המצב החוקי כיום הנו שעובדי קבלן כוח אדם רבים זוכים לתנאי עבודה מופחתים ביחס לתנאי העבודה של עובדי המעסיק בפועל, תוך שימוש במכשיר העסקה זה לצרכים להם לא נועד, ותוך יצירת דור חדש של עובדים בלתי קבועים המועסקים תחת תחושת ניצול, קיפוח ו"עבודות". הכנסת החמש- עשרה: הצעת חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ט-1999. חברי הכנסת: עמיר פרץ, חיים כץ.

⁶² ח' נחשון "אוכלוסיית כוח אדם זמני - גורמים המשפיעים על עזיבה", עבודת גמר לקראת התואר "מוסמך אוניברסיטה במדעי הניהול" אוניברסיטת תל-אביב, הפקולטה לניהול, עמ' 30-31.

⁶³ פרק ו' למאמרה של אמירה גלין "על התיקון לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם: האם יצא שכרנו בהפסדנו?" **עבודה, חברה ומשפט** 103 (תשס"א).

⁶⁴ הגדלה וצמצום מספר העובדים בארגון בהתאם לצרכי הארגון.

להתגבר על הסדרים והסכמים קיבוציים, וכן להימנע מהתחייבויות כלפי העובדים. כמו כן הפרופיל של מבקשי העבודה בסקטור העובדים הזמניים כולל בעיקר קבוצות חלשות, אשר החברים בהן אינם בעלי הכשרה מספיקה לעבודה ארוכת טווח. צעירים, כמו גם מפוטרים טריים, נוטים להיות מועסקים כעובדים זמניים בחברות כוח אדם.⁶⁵ המשותף לכלל הקבוצות הנ"ל הוא שהעובדים היוצאים מהן חשופים עוד יותר לניצול עקב פערי מידע ופערי כוחות בין הצדדים. כל זאת מחזק את ההצדקות לאי הכרה בחברות הקבלן כמעסיקות ישירות.

ישנן שלוש הנמקות נוספות לאי הכרה בחברת הקבלן כמעסיקה ישירה. ההנמקה הראשונה נוגעת למעמד העובד, השנייה להכרה בקבלן כמעסיק, והשלישית לדרישת המידתיות הרלוונטית.

1. מעמד העובד מגלם בתוכו סל נרחב של זכויות המגיעות לו מעצם הגדרתו כעובד חברה. זכויות אלה משתקפות מחוקי המגן, ממשפט העבודה האוטונומי (הסדרים והסכמים קיבוציים), מהזכות להיות מיוצג על ידי ארגון עובדים ועוד. לעומתו, הכרה בקבלן כמעסיק גורעת מהעובד את הרוב המוחלט של הזכויות, ובהן את הזכות ליהנות מההסכם הקיבוצי, ואת הזכות להיות מיוצג על ידי ארגון העובדים של החברה.

2. הכרה בקבלן כמעסיק משמעותה הכרה בויתור העובד על זכויות מוגנות המעוגנות בהסכמים קיבוציים ובצווי הרחבה, זאת חרף עמדתו של בית הדין לעבודה, כפי שהביע אותה בפסק הדין בעניין צ'יבוטרו.⁶⁶ בעניין זה נאמר שעובד לא יכול לוותר על זכויותיו הניתנות לו מכוח חוק. התפיסה הישנה בדיני עבודה לפיה חופש ההתקשרות בחוזים הנגזר מהזכות לחירות, הוא עליון ואין בלתו, וכי התניות מצד המדינה ביחס לחוזי עבודה מצמצמות את רצון הצדדים, היא תפיסה שאינה מקובלת עוד, שכן היא פותחת פתח להתעמרות מעסיקים בעובדיהם. לא ניתן לאפשר מצב בו העובד מוותר על זכויותיו.

3. דרישת המידתיות הרלוונטית- ישנה התנגשות בין הרצון החופשי של המועסק להתקשר בחוזה, והשאפה לקבלת זכויות המוקנות לו מכוח חוקים, לבין הרצון של המשתמש בשירותיו להסתפק בחיובים העולים מתוך חוזה ההעסקה הפורמלי. היצמדות לחוזה הפורמלי, מהווה פגיעה שאינה מידתית בעובד, שכן זכויות רבות כפי שפורטו לעיל לא ניתנות לו במסגרת חוזה לפיו המעסיקה הישירה הינה חברת הקבלן. כיום, במהלך אכיפת חוזה בין צדדים ניתן משקל יתר לכיבוד אוטונומית הרצון של המשתמש (המעסיק בפועל) ומשקל חסר לרצון של המועסק (אף שאינו משתקף בחוזה).

לסיכום, בפרק זה הוצגו שיטות ההעסקה השונות של עובדי הקבלן, תוך שימת דגש על היתרונות והחסרונות של כל אחת משיטות ההעסקה. הובעה הטענה לפיה בתי המשפט לא מבחינים בין שיטות ההעסקה ובכך גורמים עוול לחברות המעסיקות בשיטה האוטונומית, הנתפסת כאמור כטובה יותר. כמו כן, הוצגה המגמה של שינוי דפוסי העבודה בעולם והקשר שלה לגידול הדרישה לעובדי קבלן, בעיקר ביחס להגמשה המספרית. בקשר לזה תוארו הסכנות במודל ההעסקה של עובדי קבלן בייחוד שלילת זכויות בסיסיות על ידי המעסיקים בפועל. לבסוף, הובאו הנמקות נוספות לאי הכרה בחברות הקבלן כמעסיקות ישירות, והושם דגש על מעמד העובד העלול להיפגע ועל המידתיות שצריך להחיל בין זכויות המעסיק מכוח חוזה לבין כיבוד האוטונומיה של העובד שאינה משתקפת בחוזה ההעסקה.

⁶⁵ C. Handy The Age of Paradox (Boston, 1994) 217,216-220 (עבודה ארצי) 12-3/לג איליה צ'יבוטרו - אטלקה אברהם, ד(1) 173 (1972) (להלן: "עניין צ'יבוטרו")
⁶⁶ (עבודה ארצי) 12-3/לג איליה צ'יבוטרו - אטלקה אברהם, ד(1) 173 (1972) (להלן: "עניין צ'יבוטרו")

4. סקירת משפט משווה

כאמור לעיל, הגדרת קבלן כוח האדם, כפי שמנוסחת בחוק, מחולקת לשני סוגים: קבלני כוח אדם וקבלני שירות. **קבלן כוח אדם**, מספק עובדים (כוח אדם) למעסיק כלשהו לצורך ביצוע עבודה שהיא חלק מהפעילות הרגילה של המעסיק. לעומתו **קבלן שירות**, מספק עובדים למעסיק כלשהו לצורך ביצוע שירות מוגדר (אבטחה, שמירה או ניקיון) שהוא מובחן מהפעילות של המעסיק.

להגדרות הללו קיימות מקבילות בעולם, אם כי ההקבלות אינן מדויקות לחלוטין וישנם לא מעט הבדלים – המונח "עובדי קבלן כוח אדם" מקביל למונח "Agency Workers" שמשמעותו העסקה דרך חברת כוח אדם, כאשר העבודה מתבצעת אצל הלקוח ובפיקוחו. למונח "עובדי קבלן שירות" מתאים יותר המונח "Subcontracting" שמשמעותו סיטואציה בה הלקוח רוכש שירותים, אך אינו מפקח על העבודה ישירות. קבלנות משנה נפוצה בעולם במיוחד במצבים של פרויקטים מורכבים, כגון פרויקט בנייה וטכנולוגיית מידע. קבלני משנה נשכרים על ידי הקבלן הכללי של הפרויקט, אשר ממשך להיות באחריות הכוללת לסיום וביצוע הפרויקט במסגרת הפרמטרים והמועדים שנקבעו, והקבלן הכללי אינו צריך לקחת אחריות על העובדים באופן ישיר ולוודא כי מבצעים את עבודתם.

ההבחנה בין הגדרות אלו חשובה, שכן יש לה השלכות משמעותיות בכל הנוגע ליחס המצופה בין המעסיק לעובד. במסגרת העסקה אצל קבלן כוח אדם, העובד נמצא בפועל תחת פיקוחו של המעסיק, והמעסיק מתעסק הוא בנייה ובהכוונת העובד. על כן יש לצפות ליחס הדומה לזה הקיים בהעסקה ישירה. לעומת זאת במסגרת העסקה באמצעות קבלן שירות, הקבלן עוסק במתן שירות מוגמר, הוא המספק את הציוד וחומרי הגלם הנחוצים למתן השירות, והוא העוסק בנייה ובהכוונת מתן השירות. מדובר במיקור חוץ בלבד – כלומר העבודה נעשית עבור הלקוח ללא פיקוחו, ועל כן מצב זה אינו דומה להעסקה ישירה מלכתחילה.

היקף תחומי העסקת קבלני השירות בעולם רחבה יותר מזו הנהוגה בארץ, ואינה כוללת בתוכה רק את תחומי השמירה, האבטחה והניקיון, אלא שתחת הגדרה זו נכללים גם עובדי שירותי הסעדה, שירות לקוחות ומנהלי חשבונות.

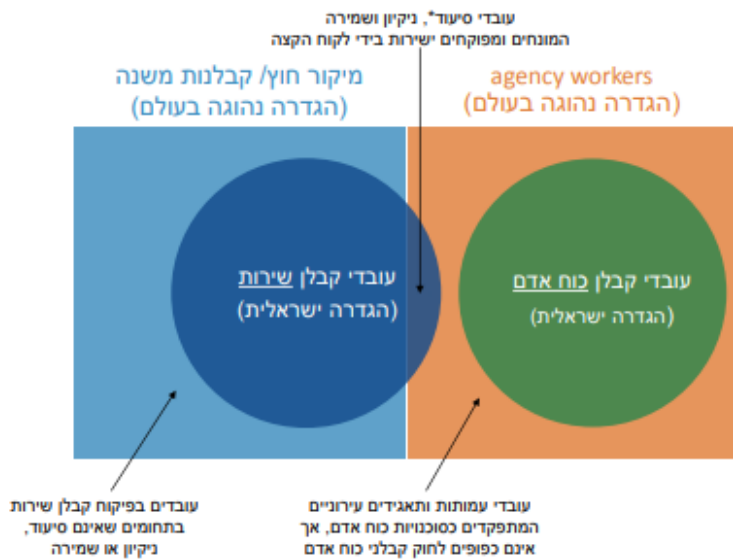
הנה כי כן, עובדי ניקיון המועסקים דרך חברת קבלן ועובדים בפיקוחה ייחשבו לעובדי קבלן שירות בישראל, ולעובדי חברת מיקור חוץ או קבלנות משנה באיחוד האירופי למשל. עם זאת, חשוב להבהיר כי בניגוד למצב בישראל, גם עבודה בניקיון או בשמירה תיחשב בעולם לwork agency, כל עוד ההנחיה והפיקוח הישירים על העובד הם באחריות הלקוח.

הבדל נוסף הוא שבאיחוד האירופי עמותה או גוף ציבורי המספקים שירותי כוח אדם יהיו כפופים לחוקים זהים לסוכנות כוח אדם פרטית, בעוד שבשראל מגוון עמותות, מוסדות ללא מטרת רווח ותאגידים עירוניים משמשים כסוכנויות כוח אדם בלא שיהיו כפופים לחוק קבלני כוח אדם.

ברור אפוא כי אין זהות בין ההגדרה של כלל עבודת הקבלן בישראל, הכוללת גם את קבלני השירות, ובין ההגדרה של work agency בעולם, שאינה כוללת פעילות מיקור חוץ או קבלנות משנה. למרות השוני המהותי השרשה בישראל ההשוואה בין היקף עובדי הקבלן במדינה לבין היקף ה-work agency בעולם. התוצאה היא הפרזה משמעותית בממדי התופעה בישראל ביחס לעולם, ותפיסה מוטעית שלפיה שיעור עובדי הקבלן בישראל הוא הגבוה בעולם, ובהפרש גדול.

התרשים שמובא להלן ממחיש את החפיפה ואת השוני בין הגדרות עובדי הקבלן השונים בישראל ובעולם:

סוגי העסקה עקיפה בישראל ובעולם



מהשוואה זו עולות שלוש תובנות עיקריות. ראשית, בישראל ענף שירותי מטפלי הבית (סיעוד) מוחרג בחוק מקטגוריית קבלני כוח אדם, כדי לא לחייב יחידים המעסיקים מטפלים דרך חברות כוח אדם להעסיק אותם ישירות לאחר 9 חודשים. למעשה, ניתן לטעון כי עובדי הסיעוד משתייכים לקטגוריה זו מבחינת מאפייני ההעסקה, מכיוון שהמטפלים עובדים בפיקוח ישיר של הלקוחות. לצד זאת, במקרים רבים הלקוח משלם למטפל ישירות נוסף לתשלום דרך חברת הסיעוד, והזכאים לגמלת שירותי סיעוד מהביטוח הלאומי אף זכאים לקבלת מענק לשם תשלום ישיר למטפל – כלומר חלק מהם מועסקים ישירות, ללא תיווך של חברה. לפיכך, אין זה נראה מוצדק לשייך את כל העובדים בענף שירותי מטפלי הבית לקטגוריית עובדי קבלן כוח אדם באופן גורף, לצורכי השוואה בין-לאומית של התופעה.

שנית, עובדי עמותות המשמשות כסוכנויות כוח אדם (למשל תאגידים עירוניים המאפשרים העסקה עקיפה של מורים) אינם נחשבים בחוק לעובדי קבלן כוח אדם, אך שייכים לקבוצת ה-*workers agency* מבחינת מאפייני העסקתם. כמו כן, נכללים בקטגוריה זו גם עובדי הניקיון, השמירה והסיעוד העובדים בהנחייתו ובפיקוחו של לקוח הקצה, אך נחשבים לעובדי קבלן שירות מכוח החוק בישראל.

שלישית, כאמור, החוק בישראל כולל בהגדרת "עובדי קבלן שירות" עובדים בתחומי השמירה, האבטחה והניקיון בלבד. עם זאת, ההגדרה הבין-לאומית של עובדי מיקור חוץ (קבלנות משנה) רחבה יותר מההגדרה הישראלית וכוללת גם תחומים נוספים – למשל עובדי הסעדה, או עובדים המספקים שירותים ללקוח הקצה ללא נוכחות פיזית במקום העבודה.

במרביתן המוחלט של מדינות העולם המערבי, במסגרת זכויות העובדים בחברות כוח אדם, יש חובה להשוות את משכורות עובדי הקבלן לאלו של העובדים בחברה בה הם נותנים שירות. להלן נציג דוגמאות ממספר מדינות שונות.

א. איטליה

באיטליה נאסרה שיטת העסקה של מיקור חוץ, שכן ההנחה של המשפט האיטלקי היא שכל תכלית הפרקטיקה של שיטת העסקה זו היא עקיפת הגנת משפט העבודה על ידי יצירת פיקציה מלאכותית של הכרה בקבלן העבודה כמעסיק רשמי (באופן דומה לשיטת ה-*payrolling*). כתוצאה מכך באיטליה עובדי הקבלן

נחשבים עובדים של המעסיק הישיר, ונהנים מכל הזכויות הנוהגות בחברה.⁶⁷ אולם, חרף עמדה נחושה זאת, נחתם בשנת 1993 הסכם קיבוצי שמתיר להעסיק עובדים באמצעות קבלני כוח אדם כשהאחרונים מוכרים כמעסיקים, בתנאי שמדובר על תקופת העסקה בת שישה חודשים, הניתנת להארכה אחת נוספת בלבד. כלומר, האיסור המוחלט של המשפט האיטלקי בדבר מיקור החוץ של המשאב האנושי התגמש, דווקא במסגרת המשא ומתן הקיבוצי, אם כי לפרק זמן מוגבל בלבד. למעשה, ההבדל היחיד שנותר בין המודל האיטלקי לבין זה הישראלי הוא משך זמן התעסוקה האפשרי תחת מיקור חוץ.

ב. אנגליה

באנגליה העסקה על-ידי חברות מגשרות מכונה Agency workers. העובדים מועסקים על-ידי חברות העסקה אשר שולחות אותם לבצע עבודות והיא זאת שמשלמת להם. על-פי החוק, חברות אלו צריכות לוודא כי המשכורת שהעובד מקבל לא תהיה נמוכה מזאת שמקבלים עובדים בתפקיד זהה בחברה. תקנות ה-AWR קובעות כי לאחר 12 שבועות באותו חוזה ומקום עבודה, העובדים זכאים לקבל תנאים זהים.⁶⁸ כמו כן חברת העסקה אינה יכולה להחליף את מקום העסקה כל פעם כשהעובד מתקרב ל-12 שבועות עבודה באותו מקום על מנת למנוע את השוואת השכר, וככל שעובד מרגיש שהסוכנות פועלת כך באפשרותו לדווח לרשויות והתלונה תיבדק.⁶⁹

ג. גרמניה

בשנת 2017 נכנס לתוקף חוק אשר קבע כי לאחר 9 חודשי העסקה במקום אחד, עובד קבלן זכאי לקבל משכורת זהה לזאת של עובדים קבועים בחברה. יתרה מזאת, לאחר 18 חודשי העסקה העובד לא יכול להמשיך לעבוד באותו מקום כעובד בחברת כוח אדם, והחברה אשר מקבלת שירות מאת העובד נדרשת להחליט האם להעסיק אותו בעצמה באופן ישיר וכך לנתק את חברת כוח האדם מהחוזה, או לחלופין להפסיק את החוזה עם חברת כוח האדם כך שהעובד לא יספק שירות לחברה יותר.⁷⁰

מדינות נוספות בהן חל חוק השוואת משכורות הן אוסטרליה, בלגיה, צ'כיה, צרפת, דנמרק, הונגריה, הולנד ועוד.⁷¹

לעומת מדינות אלה, ישנן מדינות אשר אינן מחייבות השוואת שכר, להלן שתי דוגמאות.

א. קנדה

קנדה היא בין המדינות הבודדות אשר אינה מחייבת השוואת משכורות של עובדי קבלן בחברות כוח האדם עם שאר העובדים בחברה. אמנם חוק כזה היה קיים, אך במסגרת תיקון לחוק בשנת 2018 חובה זאת בוטלה.⁷² החוק כיום אוסר על חברות כוח אדם לגבות כסף מהעובד לאחר ששובץ במשרה מסוימת או לאחר הכנתו לראיון עבודה במסגרת הכשרה של חברת כוח-האדם. בנוסף יש איסור להחתים את עובד הקבלן על חוזה המונע ממנו לעבוד באופן ישיר עבור החברה בה הוא מועסק מטעם חברת כוח האדם.⁷³ לצד זאת, החוק

⁶⁷ Law 23 October 1960, n. 1369 - 58.6.47 §

⁶⁸ Agency Workers Regulations, תקנות באנגליה אשר נכנסו לתוקף בשנת 2011.

⁶⁹ The Agency Workers Regulations 2010

⁷⁰ DETAILED DESCRIPTION OF EMPLOYMENT PROTECTION LEGISLATION, OECD COUNTRIES, 2012-2013.

⁷¹ שם.

⁷² Bill 47, Making Ontario Open for Business Act, 2018

⁷³ The Employment Standards Act, 2000

הקנדי קובע כי בהעסקת עובדים מהגרים לעבודה זמנית, חובה על המעסיק לתת משכורת זהה לזו שעובד קנדי ממוצע מרוויח במשרה דומה.⁷⁴

ב. ניו זילנד

מדינה נוספת אשר נמנעה מלחייב השוואת תנאים היא **ניו-זילנד**.⁷⁵ כיום החוק מחייב חברות כוח אדם בתנאי העסקה הרגילים של דיני העבודה אשר באים לידי ביטוי בשכר מינימום, ימי חופשה ומחלה והשתלמויות בלבד. אין כל חובה להשוואת תנאי העסקה בקרב עובדי קבלן.⁷⁶

עובדי קבלן בארה"ב

בארה"ב יש שתי מערכות ממשל - פדרלית (Federal) ומדינתית (State), מאחר וארה"ב היא פדרציה. יש לשים לב לכך כשבוחנים את הדין הנוהג, שכן החוקים הפדרליים, בניהם אלו העוסקים בהעסקה תחת חוזים פדרליים, אינם מחייבים את המערכת המדינתית, כלומר את המדינות עצמן (אלא אם כן צוין אחרת). בנוסף, ישנם פערים בין המדינות מאחר וכל אחת מהן מתפקדת כמערכת בפני עצמה.

ברמה הפדרלית, בארה"ב קיים צו מנהלי (Executive Order) העוסק באי-אפליה בהעסקה על-ידי קבלנים וקבלני משנה ממשלתיים. הצו כולל סמכויות, הנחיות וסנקציות שניתן להטיל על מי שמפר אותו. בין היתר, קובע הצו שעל הקבלן לאפשר גישה לספריו, רשמיו, וחשבונותיו לשם חקירה ו-וידוא ציות לחוקים, לרגולציות, ולהנחיות המוגדרים בצו זה; קבלן שהפר או פעל שלא בהתאם, החוזה עמו ניתן לביטול/סיום/השעיה, כולו או חלקו, ויתכן שיוכרז כלא כשיר לחוזה ממשל נוספים, ויהיה צפוי לסנקציות נוספות; ההנחיות הקבועות בצו יכללו על-ידי הקבלן בכל חוזה משנה, כך שיחייבו גם את קבלן המשנה, כאמצעי אכיפה. עם זאת, קובע הצו שבמקרה בו הקבלן מעורב או מאוים בתביעה על-ידי קבלן משנה, כתוצאה מההנחיות המנויות בצו, הוא רשאי לדרוש/ לבקש מהממשל להצטרף להליך על מנת לשמור על האינטרסים של ארה"ב. בנוסף, על כל קבלן להגיש, ועליו לדאוג לכך שגם קבלן המשנה שלו מגיש, דוחות התאמה / עמידה בתנאים וציות לרשות המתקשרת או לשר העבודה, הכוללים מידע בנוגע לפרקטיקות, מדיניות, וסטטיסטיקות העסקה.⁷⁷

לעניין הסמכויות, שר העבודה רשאי להחריג רשות מהחובה לכלול את כל/ חלק מההנחיות בחוזה משנה, אם לשיטתו מדובר בנסיבות מיוחדות ובאינטרס לאומי. הוא אף רשאי להחריג, בחוק או בתקנה, סוגים של חוזי משנה, כאשר מדובר בחוזה בסכום נמוך או במס' עובדים מועט. השר רשאי לחקור את פרקטיקות ההעסקה של כל קבלן משנה ממשלתי, על מנת לקבוע האם הייתה הפרה של ההנחיות. בנוסף, הוא רשאי לקבל ולחקור תלונות של עובדים של קבלני משנה ממשלתיים בעניין אפליה (לפי צו זה). השר, רשות, נושא משרה, או עובד בכיר כקבוע בחוק, בתקנה או בהתאם להנחיית השר, רשאים לערוך שימוע פומבי או פרטי לשם ציות, אכיפה או חינוך.⁷⁸ תשומת לב לכך שהחוק חל גם על קבלני משנה (Subcontractor) - אין הבחנה בין "קבלן כוח אדם" ל"קבלן שירות", להבדיל מהחוק הישראלי שמתייחס לעובדי קבלן כוח אדם בנפרד.⁷⁹

74 Fact Sheet: Temporary Foreign Worker Program". Employment and Social Development Canada. " Government of Canada. 9 August 2018. Retrieved 16 November 2020

75 OECD COUNTRIES, לעיל ה"ש 43.

76 Employment Relations (Triangular Employment) Amendment Act 2019

77 Exec. Order No. 11246, 3 C.F.R. 339, Sec. 202-203 (1965) <https://www.dol.gov/agencies/ofccp/executive-order-11246/as-amended>

78 Exec. Order (Footnote 1), Sec. 204, 206, 208

79 ס' 2(1א) לחוק שיוויין הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1998.

מינהל הרכש הפדרלי (Federal Acquisition Regulations System) (להלן: "FAR") מגדיר מה נכלל תחת הגדרת "קבלן משנה": כל ספק, מפיץ, או חברה, המספקים אספקה או שירותים ל / עבור קבלן ראשי (Prime Contractor) או קבלן משנה אחר. המינהל אחראי על תהליכי הרכש של כל רשויות הביצוע הפדרליות, ותפקידו לקבוע מדיניות אחידה ותהליכים לביצוע רכש ממשלתי.⁸⁰

באופן כללי (פדרלי, מדינתי, פרטי), בארה"ב ישנו "חוק סטנדרטים להעסקה הוגנת" (Fair Labor Standards Act), המכונה בקיצור "FLSA". חוק זה מסדיר חובות כמו שכר מינימום, תשלום בגין שעות נוספות, שמירת תיעוד רלוונטי (כגון: דוחות נוכחות ותלושי שכר), וכללים להעסקת נוער. החוק חל הן לגבי עובדים במגזר הפרטי והן לגבי עובדים במגזר הציבורי (הפדרלי והמקומי).⁸¹ החוק חל על שני מגזרי ההעסקה, אך עם זאת, חל רק על מי שמוגדר כ"עובד". יחסיו של עובד הקבלן עם מעסיקו, הם יחסים חוזיים, לא יחסי עבודה. המשמעות היא שהיחסים ביניהם חוסים תחת דיני החוזים (במקום דיני העבודה), כך שאותו עובד זכאי לשכר רק על בסיס החוזה שלו. מעבר לכך, מאחר והחוק חל רק על מי שמוגדר כ"עובד", עובדי הקבלן אינם זוכים להגנות הקבועות בו. אותם עובדים אף נאלצים לשאת בנטל המס (Tax Liability) ובדרך כלל גם באחריות מבחינת הדין האזרחי (Civil liability), כלומר אחריות נזיקית בגין עוולות או מחדלים, ובאחריות בגין הפרות חוזה. הסיבה לכך היא שהמעסיקים, להבדיל ממצבים בהם מדובר בעובד, אינם נושאים באחריות זו. יתרה מכך, המעסיק אינו נושא באחריות על התעללות המופנית כלפי עובד הקבלן מצד הגורם המקשר (קבלן/מתווך).⁸²

יש לציין שעל מנת להיחשב "קבלן משנה", על הפרט להיות חופשי לקבל החלטות בעצמו ועליו לספק לעצמו את משאביו. לאור זאת, בחלק מהמקרים קבלן משנה עשוי להיחשב ל"עובד", כלומר שהיחסים בינו לבין המעסיק יהוו יחסי עובד-מעסיק, על כל המשתמע מכך. באותם מקרים למעסיק תהיה שליטה על פעולותיו של קבלן המשנה, והוא יספק לו הכוונה כיצד לבצע את העבודה; או שהוא יספק לקבלן המשנה הטבות כגון ביטוח רפואי או תוכנית פרישה.⁸³

הערה בעניין קליפורניה, במאמר שנכתב על-ידי המרכז לחקר עבודה וחינוך באוניברסיטת קליפורניה העוסק בקבלני שירות בקליפורניה, נטען כי ישנה עלייה במספר עובדי קבלני שירותים, ואותם עובדים אינם זוכים להגנות ולמעשה מועסקים בתנאים ירודים (משכורת מתחת לשכר מינימום וללא הטבות).⁸⁴

לסיכום, מרבית החוקים בארה"ב בעניין עובדי קבלן, עוסקים בעובדי קבלן המועסקים תחת חוזים פדרליים, כלומר במגזר הציבורי ברמה העל-מדינתית.⁸⁵

5. דין והמלצות

⁸⁰ Federal Acquisition Regulations System https://www.acquisition.gov/far/part-1#FAR_Subpart_1_1

⁸¹ "Wages and the Fair Labor Standards Act" WHD (Wage and Hour Division), U.S Department of Labor <https://www.dol.gov/agencies/whd/flsa>; Leanes Lowrie "Subcontracting Labor Law" Chron <https://smallbusiness.chron.com/subcontracting-labor-law-75734.html>

⁸² Leanes Lowrie "Subcontracting Labor Law" Chron <https://smallbusiness.chron.com/subcontracting-labor-law-75734.html>

⁸³ Luke Arthur "Taxes on Subcontractors" Chron <https://smallbusiness.chron.com/taxes-subcontractors-21899.html>

⁸⁴ Sara Hinkley, Annette Bernhardt & Sarah Thomason "Race to the Bottom: How Low-Road Subcontracting Affects Working Conditions in California's Property Services Industry" UC Berkeley Labor Center March 8 2016 <https://laborcenter.berkeley.edu/pdf/2016/Race-to-the-Bottom.pdf>

⁸⁵ Renee Greene "Laws of Employment" Chron <https://smallbusiness.chron.com/laws-employment-16794.html>

לאחר העמקה בדין הנוהג בארץ ובעולם בעניין סוגיית עובדי הקבלן, נראה כי עולה צורך ממשי להפרדת סוגי חברות הקבלן השונות בעת הטיפול בבעיית חברות כוח האדם. חברות המעסיקות בשיטת העסקה אותנטית הן חברות אשר מועילות לשוק, ומאפשרות לרכז עובדים בתחום מסוים תחת מעטפת של גיוס, ניהול והכשרה באופן מרוכז ובכך לחסוך מכל חברה לבצע גיוס והכשרות באופן אישי בכל תחום ומבלי שיש להם ניסיון בכך. מנגד, חברות payrolling הן חברות אשר אינן תורמות דבר למשק מלבד פגיעה בזכויות עובדי הקבלן. מטרת הדיון היא למצוא איזון בין השאיפה לאפשר לחברות כוח האדם החיוביות להמשיך להתקיים ולהקל על החברות השונות במשק, לבין הצורך להוקיע ולמנוע עד כמה שניתן את קיומם של חברות ה-payrolling. את הדיון נפריד לשני חלקים, החלק הראשון יתמקד בעובדי קבלן במגזר הציבורי, אשר לאור היותו מנוהל על ידי גופים ציבוריים מצופה ממנו לאמות מידה של הוגנות יתרה וכבוד כלפי עובדיו ועל כן צריך להתנגד באופן נחרץ בנוגע לפגיעה האפשרית בעובדיו. החלק השני יתמקד בחברות כוח האדם בשוק הפרטי, שם יש לפעול במטרה למנוע עד כמה שניתן את הפגיעה בזכויות העובדים, אך באמצעות כמה שפחות התערבות רגולטורית בשוק עצמו על מנת שלא לפגוע בחופש העיסוק של אזרחי ישראל.

א. מגזר ציבורי

- (1) יש צורך להגדיר מהי חברת payrolling על מנת שניתן יהיה לזהות ולפעול כנגדה באופן שונה מאשר חברות העסקה אותנטיות. כך, ככל שנראה כי פעילות של חברת כ"א מתבטאת בעיקר בהענקת תלוש משכורות, ללא שום פעילות מעבר ניתן יהיה להגדירה כחברת payrolling. לאחר הגדרה זאת, ניתן לקבוע כי חברה מסוג payrolling לא תוכל להתקשר בחוזה עם המגזר הציבורי בכללותו (משרדי ממשלה, רשויות מקומיות וחברות ממשלתיות).
- (2) חברת כוח אדם שתצעה לעבוד עם המגזר הציבורי, תחויב להגיש אחת לתקופה דו"ח שקוף ומלא, הכולל את נתוני ההעסקה ותידרש להוכיח שאינה פוגעת בזכויות עובדיה.
- (3) יש לגבש מדיניות של "אפס סובלנות" כלפי חברות כוח אדם המפרות את זכויות העובדים. ככל שיתגלה שהחברה מפרה באופן בוטה ומתמשך את החוק בעניין, היא לא תוכל להמשיך להתקשר עם המגזר הציבורי. ניתן לתת אזהרה בהפרה הראשונה, ובפעם הבאה להטיל את הסנקציה וככל שההפרה תהיה יותר משמעותית כך משך הזמן של איסור ההתקשרות עם המגזר הציבורי יהיה גבוה יותר. בנוסף, תנוהל רשימה של כלל החברות האסורות בהתקשרות וזו תופץ לכלל הגורמים הרלוונטיים במגזר הציבורי ותפורסם ברבים (אתר הכנסת/ משרד העבודה). יודגש כי החוק כיום מסמך את שר התעסוקה מסחר ותעשייה להסמך מפקחים, לדרוש שיתוף פעולה מאת חברות כוח האדם הכולל העברת מסמכים ונתונים ועד. על כן יש צורך להשתמש בסמכויות אלו בצורה אשר תאפשר להוקיע את חברות ה-payrolling.
- (4) יש להרחיב את חוק העסקת עובדים על ידי קבלני שירות בענפי השמירה והניקיון בגופים ציבוריים, כך שיכלול את כלל עובדי הקבלן במגזר הציבורי, ולא יסתפק בתחומי השמירה והניקיון, למרות היותם התחומים העיקריים הזקוקים להגנה.
- (5) יש לשקול הקמה של משרד אשר מטרתו לרכז את העסקת העובדים מטעם המדינה במקום אחד (ניתן לחלק זאת לחברות בת קטנות יותר בכל רשות מקומית, כאשר חברה אחת/ משרד ממשלתי ירכז את כלל הנתונים). יודגש כי משרד זה אינו אחראי על העסקת אותם עובדים, אלא אמון על קביעה והפצה של המכרזים, ואכיפה כי לא מתקיימות הפרות חוק במהלך ההעסקה. בצורה זו ניתן יהיה לאסוף ולנהל את כל המידע על כלל התנאים של העובדים השונים תחת קורת גג אחת, ובהתאם לבצע שינויים רוחביים בצורה הרבה יותר נוחה ויעילה. את המכרזים ניתן לנהל תוך תשומת דגש על תנאי העובדים המועסקים כפקטור מרכזי להכרעה מי יזכה במכרז. כך, המטרה

היא שחברות המציעות תנאים עדיפים לעובדים, לצד גביית מחיר סביר מאת המדינה יזכו במכרזים אלו. כמוכן שעל חברות אלו להתנהל באופן שקוף ומלא למול המשרד המרכז כן שהמדינה תקבל את כל המידע באשר לתנאי העובדים בזמן אמת.

(6) בעניין שקיפות, יש לדאוג לשקף הן לעובדים והן לחברות עצמן את סכום המשכורות של עובד הקבלן למול המצב במשק באמצעות הוצאת דוחות כל שנה החושפים את ממוצע השכר של עובד בתחום מסוים. במקביל חובת השקיפות תחול גם כלפי המדינה כפי שהזכרנו בסעיף הקודם, כל חברת כוח אדם תחויב להעביר דוחות המשקפים את המשכורות והיקף ההעסקה של כלל העובדים למשרד המרכז נושא זה על מנת שזאת תוכל לבחון האם יש פגיעה בתנאי העובדים.

ב. מגזר פרטי

(1) כפי שפורט לעיל לתפיסתנו, יש לפעול באמצעות חקיקה, להסדרת העסקת עובדים בשיטה האוטנטית וצמצום ההעסקה בשיטת ה-payrolling. הבחנה בין שתי שיטות ההעסקה יכולה שתיעשה על פי מבחנים שונים כמו אופן הכשרת העובדים, והתפקיד המהותי של החברה הקבלנית. לדוגמה, אם חברה מכשירה את עובדיה באופן מקצועי, כלומר מעבירה להם קורסים, הכשרות וכדומה, הדבר יעיד על היותה אותנטית, כלומר שברצונה לספק עובדים מקצועיים. לעומת זאת, אם תפקיד החברה מסתכם בהעברת משכורת לחשבון העובדים ותו לא, זוהי אינדיקציה לכך שמדובר בחברת payrolling.

(2) יש לשנות את הגדרת חברת כוח האדם בחוק, ולהגדיר כי חברת כוח אדם היא חברה המעבירה סדנאות והכשרות לעובדיה בתחום מסוים. חברה אותנטית אשר אמורה להשקיע בעובדיה ולהעניק להם פלטפורמה ראויה לשילוב בשוק, אמורה לבצע הכשרה במסגרת פעילותה בלאו הכי. לעומת זאת חברת payrolling לא תרצה לפעול כך משום שהדבר יוסיף עלויות לחברה ויקשה על פעילותה. הדבר יעניק יתרון משמעותי לחברות האוטנטיות למול חברות ה-payrolling.

(3) יש לקבוע "תו תקן" חיובי כלפי חברות אשר אינן מעסיקות עובדים מחברות כוח אדם הפוגעות בזכויות (בדומה למדבקות אדומות באוכל, לקבוע מדבקות אדומות וירוקות על חברות ומפעלים). כך הדבר יתמרץ את החברות המעסיקות להעסיק עובדים אשר זכויותיהם אינם נפגעות. לחלופין ניתן לפרסם רשימה שחורה של חברות המעסיקות עובדים תוך פגיעה בתנאים, כך שהמוניטין של החברה יפגע והדבר יעודד לשפר את תנאי העובדים המועסקים על ידי חברות קבלניות.

(4) בעניין אכיפה, ככל שיש הפרה של זכויות העובדים, תאכוף המדינה את ההפרה ותוכל לגרום לסגירת חברת כוח האדם. כך לדוגמה ניתן לקבוע קנס קבוע על הפרות מסוימות של חברות כוח אדם, שלילת רישיון עסק ועוד. כפי שפורט לעיל, לשר התמ"ת נתונה הסמכות בלאו הכי לאכוף חוק זה ועל כן יש להפעיל סמכות זאת ביד קשה כנגד אלו המבקשים לנצל את המצב החקיקתי לשם פגיעה בזכויות העובדים.

(5) חיוב החברות בהעברת הדרכות שנתיות לעובדים בנוגע לזכויותיהם כך שהמודעות לזכויות תעלה ובמידה ויש הפרת זכויות יש סיכוי רב יותר שיהיו מודעים לכך. החוק יחייב את החברה בהעברת תכנים ספציפיים כך שהחברה לא תוכל להתחמק מלהעביר מידע אשר הלכה למעשה משקף לעובדים כי זכויותיהם נפגעות.

(6) הגברת המודעות מטעם המדינה, באמצעות כלי תקשורת ופרסומות, בעיקר בקרב אוכלוסיות מוחלשות באשר לזכויותיהם בעבודה. כחלק מהפרסום יש להפנות לאתר המרכז את זכויות

האזרח באופן ברור (ואף בשפות נפוצות בקרב אוכלוסיות מוחלשות כגון: אמהרית, רוסית, ערבית), תוך הוספת טלפון ומייל אשר אליו ניתן לפנות במקרה של פגיעה בזכויות. (7) חוזה הפסד (קבלן כוח האדם המציע מחיר התקשרות נמוך שאינו מכסה את הערך השעתי המינימלי שמגיע לעובד לפי דין) יחשב כחוזה לא חוקי ויגרור עמו סנקציות הן כנגד חברת כוח האדם והן כנגד החברה המעסיקה בפועל.

לסיכום, להלצתנו יש לפעול על מנת להפריד בחקיקה ובתקנות בין סוגי החברות הקבלניות השונות בצורה המאפשרת להטיל סנקציות אשר מטרתן לשמש כחברות קש לחלוקת משכורות ותו לא. בנוסף, ניתן להשתמש בסמכויותיו של שר התמ"ת המאפשרות לו לבצע אכיפה יעילה ואף להטיל סנקציות במידת הצורך. כמו כן, ניתן לפעול בפן ההסברתי ולוודא כי כלל העובדים יהיו מודעים עד כמה שניתן לזכויות השונות שלהם ולעודדם להתלונן במידה ומזהים הפרה. לצד זאת, במגזר הציבורי ניתן להפעיל אכיפה באופן נוקשה ולוודא כי כלל החברות הקבלניות המועסקות במגזר הציבורי עומדות בכלל התנאים הנדרשים, פועלות בשקיפות מלאה, זאת באמצעות הפעלת מערך אשר בודק את הנתונים ויודע לזהות הפרות. ככל שמתגלות הפרות מצד חברות מסוימות, החברות לא יהיו זכאיות להמשך התקשרות עם חברות ציבוריות.