

המרכז לצדק חברתי ודמוקרטיה ע"ש יעקב חזן במכון ון ליר בירושלים

- טיוטה לדיון -

צעדים ראשוניים לקראת רגולציה של מיקור חוץ של המשאב האנושי

הילה שור*, אוקטובר 2015

תקציר

בחלק זה ייבחן הסדר הרישוי הקבוע בחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, תשנ"ו-1996, כמנגנון שנועד להבטיח את זכויות העובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים. ניתוח המצב המשפטי שקדם לחקיקת הסדר הרישוי וניתוח מקרה בוחן בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה מראה כי דרך מנגנון הרישוי הועמקה אחריות קבלן השירותים כלפי עובדיו, להבדיל מאחריות הארגון בו מועסקים העובדים בחצרו. עם זאת, ובהתחשב במשך הזמן הקצר שחלף מאז הפעלת מנגנון הרישוי, נראה כי הוא אינו מגשים את מטרתו באופן מיטבי. ניתוח הסדרים רגולטוריים חלופיים ומשלימים שחוקקו לאחר מנגנון הרישוי שמטרתם העמקת הפיקוח על דפוס העסקת עובדים על ידי קבלני שירותים מלמד כי אף הם לוקים בחסר. לאור זאת ייבחנו חלופות והמלצות שמטרתן לחזק את מנגנון הרישוי, ולשמור את ההסדרים שנחקקו אחריו למקרים קשים ובולטים בהם הופרו זכויות עובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים. ההצעה בחלק זה היא כי יש לנקוט בתמהיל של טכניקות רגולטוריות שיסודן רגולציה עצמית המשתפת את כלל השחקנים במארג הרגולטורי, והכוללת מימד אכיף, בתמורה לתמריצים כלכליים לסקטור המפוקח. התמהיל עשוי לסייע לעגן את נורמות במשפט העבודה המגן גם בשוק העבודה ה"מתמקר-החוצה" ולהבטיח, כי העובדים יקבלו את הזכויות המגיעות להם מראש ואלה לא ייאכפו בדיעבד.

מבוא

המטרה בחלק זה היא לבחון את הסדר הרישוי הקבוע בחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, תשנ"ו-1996, כמנגנון להבטחת זכויות עובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים. הסדר רישוי זה מהווה ניצן ראשון להתמודדות עם שינויים בדפוס העסקת עובדים, שנוצרו כתוצאה משימוש הולך וגובר באסטרטגיית מיקור חוץ, באמצעות רגולציה.¹

* עורכת דין. עוזרת משפטית בבית הדין הארצי לעבודה. תלמידת מחקר, המחלקה למדע המדינה, האוניברסיטה העברית בירושלים; חוקרת במרכז לצדק חברתי ודמוקרטיה ע"ש יעקב חזן במכון ון ליר בירושלים

¹ רגולציה היא פיקוח ושליטה ממושך וממוקד המבוצע על-ידי סוכנות ציבורית על פעילויות המוערכות ונצרכות על-ידי הקהילה (Selznick (1985), "Focusing Organizational Research on Regulation", Noll (ed.) *Regulatory Policy and the Social Sciences*. Berkeley: University of California Press, 363 הוראות; כללים הנקבעים בחוק, בתקנות ובהוראות מנהל, המגובות בסנקציות. הסנקציות נאכפות על ידי מנגנוני אכיפה המשמשים בדרך כלל לאכיפת החוק. משכך, תפקיד הרגולטור, כפי שנקבע בחוק המכונן אותו, מורכב מפיקוח ממושך וממוקד על פעילות הסקטור המפוקח וניטור פעולותיו באמצעות טכניקות שונות (כגון רישוי, מסירת מידע) כדי לבחון האם הופרו הכללים אם לאו. כאשר הופרו אותם כללים, תפקידו של הרגולטור הוא לאוכפם - להפעיל את הכללים בהתאם לסנקציות הצמודות להם (Doern and Johnson (eds.) (2006), *Rules, Rules, Rules: Multilevel Regulatory Governance*. Toronto: University of Toronto Press). על ההגדרות והתפיסות השונות בבסיס המושג 'רגולציה' והגדרה מרחיבה למושג ראו Levi-Faur (2011), "Regulation and Regulatory Governance", *Handbook on the politics of regulation*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

מיקור חוץ הוא אסטרטגיה לשינוי מבני. מטרתו היא להוציא מן הארגון תחומים פריפריאליים לליבת העיסוק לידי קבלנים חיצוניים. בשנים האחרונות פונים גופים בסקטור הפרטי והציבורי כאחד באופן גובר למיקור חוץ. הדבר שינה את דפוסי ההעסקה במשק, והרע את תנאי העסקתם של עובדים רבים אשר נהפכו לעובדי קבלני שירותים. עיקר תחלואי דפוס העסקה זה ניכרו בכרסום בתנאי העסקתם של עובדים בתחומי השמירה, האבטחה והניקיון, המהווים פלח ניכר מפעילותם של קבלני שירותים. במטרה להתמודד עם מצב דברים זה, התקבל בחודש יולי 2009 סעיף 10א במסגרת תיקון מס' 6 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, תשנ"ו-1996 (להלן: **החוק**). מטרת התיקון, כפי שהובאה בדברי ההסבר, היא "לחזק את הפיקוח על קבלני שירות כדי לשמור על זכויותיהם של עובדים חלשים במשק". התיקון החיל את הוראות החוק העוסקות בעיקרן בחובת רישוי לקבלני כוח אדם, גם לגבי קבלן שירות. קבלן שירות, כהוראת התיקון, הינו "מי שעיסוקו במתן שירות באחד מתחומי העבודה המפורטים בתוספת השנייה באמצעות עובדיו אצל זולתו". כרגע נמנים בתוספת לחוק ענפי השמירה, האבטחה והניקיון. לאור מטרת התיקון לחוק, עולה השאלה **האם ההסדר הקבוע בחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, תשנ"ו-1996 ממלא את תפקידו כמנגנון לשמירה על זכויות עובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים, ואם כן, כיצד**. שאלה זו תיבחן להלן באמצעות פרישת המצב המשפטי שקדם לתיקון, ולאחר מכן באמצעות ניתוח עומק של פסיקת של בית הדין הארצי לעבודה במקרה בוחן אחד העוסק בתיקון בו נבחן לראשונה הסדר הרישוי, התכלית העומדת בבסיסו ומטרותיו.² מקרה זה הוא עש"ר 11-01-34410 **כוח עצמה בע"מ ואח' – מדינת ישראל משרד המסחר התעשייה והתעסוקה**. לאור סקירה זו, יערך הדיון בשאלה שהוצבה בבסיס החיבור כמעין "סיכום ביניים", בהתחשב במשך הזמן שחלף מיום כניסת התיקון לחוק לתוקף. לאחר מכן תיבחן השאלה האם יש צורך בחיזוק המנגנון החדש הקבוע בחוק, כדי להגשים את תכליתו. בהתאם ייבחנו הסדרים נוספים שחוקקו לאחר תיקון מס' 6: תיקון מס' 8 לחוק והחוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, תשע"ב-2011, המהווים מנגנונים משלימים או חלופיים המיועדים לפקח על מיקור החוץ של המשאב האנושי, ובמקרה דנן, על העסקת עובדים באמצעות קבלני שירותים. כיוצא מכך ייבחנו חלופות והמלצות לשיפור מנגנון הרישוי הקבוע בחוק באמצעות שילוב של תמריצים וטכניקות רגולטוריות נוספות. לאור כל זאת יערך ניסיון לענות על שאלות נורמטיביות רחבות מכך: האם ניתן לערוך רגולאציה על מיקור חוץ של המשאב האנושי, האם צריך רגולאציה כזו, מי אמור להיות אחראי ליישומה ושיקולי העלות הנלווים לה. לסיכום, יועלו תהיות האם רגולאציה היא "תרופה מועילה" לתוצאות השליליות הנובעות ממיקור חוץ.

א. מיקור חוץ: הגדרה, תכלית ותוצאות

מיקור חוץ (Outsourcing) היא אסטרטגיה ניהולית ליצירת שינוי מבני ארגוני. מטרתה היא להתמקד בליבת העיסוק של הארגון, באמצעות הוצאת חלק מהפונקציות הביצועיות אותן הוא ממלא לביצוע ולניהול על ידי ארגון אחר. בדרך כלל, יוצאו למיקור חוץ פונקציות שוליות לליבת העיסוק של הארגון ושהינן אוטונומיות, קרי, כדי להפעילן אין צורך באינטראקציה עם פונקציות אחרות בארגון, אך יש בהן צורך באופן שגרתי. עם זאת, האחריות לביצוע אותן פונקציות כלפי גורמים שלישיים אינה מועברת במלואה ונותרת גם בידי הארגון המעביר.³

² הניתוח אשר יוצע להלן אודות נסיבות חקיקתו של מנגנון הרישוי הוא ניתוח היסטורי-מוסדי, המאפשר לסקור את התהליכים שקדמו לחקיקת מנגנון הרישוי ואת הפסיקה המפרשת אותו. התמקדות במקרה בוחן יחיד, המהווה פסיקה מנחה, מאפשרת לבחון את המצב המשפטי לעומקו ולהסיק מסקנות אודות תפקידו של מנגנון הרישוי ואודות המנגנונים שנחקקו בעקבותיו.

³ יש להבחין בין שתי תופעות של מיקור החוץ (Outsourcing): הראשון הוא Offshoring - התקשרויות לצרכי מיקור חוץ בין ארגונים שונים המצויים במדינות שונות. השני הוא Contracting-out - מיקור חוץ בין ארגונים באותה מדינה. Prahald and Hamel (1990), "The Core Competence of the Corporation", *Harvard Business Review*, 2-14; גלן, "מיקור חוץ

אסטרטגיית 'מיקור החוץ' לובשת שני אופני התקשרות אופייניים. הראשון הוא מיקור חוץ של פונקציות, משמע, הוצאת תחום פונקציונאלי שלם מחוץ למסגרת הארגונית. באופן זה, הארגון מתקשר בהסכם עם קבלן משנה בנוגע לאספקת שירות או מוצר. קבלן המשנה ממלא את ההתחייבויות שנטל על עצמו בהסכם בחצרו ובאמצעות עובדים מטעמו, והוא האחראי לספק לארגון שירות מלא או מוצר מוגמר. לעובדי קבלן המשנה אין קשר ישיר עם הארגון, על אף שהם מבצעים את עבודתם למענו. השני הוא מיקור חוץ של המשאב האנושי, דהיינו, ניהול כוח אדם באמצעות קבלן שירותים. כמו במיקור חוץ של פונקציות, השירות עצמו מוצא מחוץ לארגון, ומסופק באופן מלא על ידי קבלן חיצוני. הקבלן נושא באחריות לגבי אספקת השירות כלפי הארגון המזמין, לרבות העלויות הנובעות מהעסקת עובדים. עם זאת, אותו שירות אינו מוצר מוגמר. השירות ניתן לארגון המזמין באופן שגרתי ואף יומיומי, באמצעות עובדים המועסקים בחצרי הארגון המזמין. נוכח זאת, על אף שהעובדים נחשבים באופן פורמאלי לעובדי קבלן החיצוני, המזמין הוא זה שנמצא עם העובדים בקשר ישיר, ולמעשה, הם כפופים למרותו. 'מרות' הארגון המזמין היא חלקית ומתבטאת בפיקוח על **תוצאות ותפוקות** עבודת העובדים גרידא. המזמין מעורב בפיקוח על תהליך העבודה ועל העובדים במידה מועטה, אם בכלל.⁴ לפיכך, אם השירות שנותנים אותם עובדים אינו לרוחו של המזמין, או שהוא אינו מרוצה מתוצאות עבודתם או מתפוקותיהם, הוא יכול לדרוש לא רק את החלפת הקבלן (שהיא, בשל ההתקשרות החוזית, אינה אוטומטית ועלולה לארוך זמן), אלא גם את החלפתם של עובדים מסוימים, ללא עלויות הנובעות מפטורייהם.

תכליתו של מיקור החוץ, כאסטרטגיה לשינוי ארגוני, היא לאפשר לארגון לשמור על **גמישות ניהולית**. גמישות ניהולית מורכבת מגמישות פונקציונאלית שנועדה להתאים את מספר המשימות שמבצע הארגון והיקפן לנסיבות המשתנות של היצע וביקוש, וכן מגמישות מספרית שנועדה לצמצם או להרחיב את מספר העובדים ושעות העבודה כדי להתאים לנפח העבודה. הגמישות הניהולית מסייעת לפירמה להסתגל במהירות לתנודות בשוק הכלכלי באמצעות הרחבה (התקשרות עם קבלן חיצוני) וצמצום (הפסקת ההתקשרות) של הפעילות הארגונית. אילו היה הארגון בוחר להתרחב דרך העסקת עובדים ישירה, היה צורך בגיוס, מיון והכשרת עובדים לתפקיד. פעולות אלה דורשות זמן עבודה יקר. התקשרות עם קבלן חיצוני מאפשרת לארגון ליהנות באופן מיידי מאספקת מוצר או שירות על ידי עובדים מיומנים ומוכשרים לתפקיד, כאשר הקבלן החיצוני גייס, מיון והכשיר עובדים למטרה זו על חשבונו עוד קודם להתקשרות.⁵ הארגון נהנה גם מה**מומחיות** שצבר הקבלן בנוגע לאספקת אותו שירות. רכישת מומחיות **יעילה** עבור הארגון בשל ה**ורדת סך ההוצאות**, ובהתאם, מקסום הרווח. הארגון אינו צריך לעמול על למידת תחום ויצור ידע שוליים, להדריך ולתגמל עובדים המועסקים בתחום זה. כך, הארגון מבטיח את אספקת אותו שירות או מוצר בעלות נמוכה בהשוואה לעלות שהיה נושא בה אילו היה מבצע את אותה פונקציה

(outsourcing) "מתמקרים" החוצה: ההיבט הארגוני והניהולי " **שנתון משפט העבודה ז'** 45 (1999); Kakabadse and Kakabadse (2002), "Trends in Outsourcing: Contrasting USA and Europe", *European Management Journal* 20(2), 189-191; בן ישראל "מיקור חוץ (outsourcing) 'מתמקרים' החוצה: העסקת עובדים על-ידי קבלני כוח אדם – פרשנות אחרת המרת העיסקה הפורמאלית בעיסקה האותנטית", **ספר ברנזון** (1997), 561-601. יודגש כי הדברים אמורים בפרספקטיבה תיאורטית. בפועל, בחינה אמפירית בתחומים שונים עשויה ללמד על מיקור חוץ של פונקציות ליבה לכל דבר ועניין. שאלה היא האם העברה מעין זו עודנה מהווה "מיקור חוץ", או שמא יש לכנותה בשם אחר, מתאים יותר למצב הנצפה.

⁴ Cooke et. al. (2005), "Outsourcing HR as a Competitive Strategy? A Literature Review and an Assessment of Implications", *Human Resource Management* 44(4), 414-415; רבין מרגליות, "חברות השירותים, מזמיני השירותים ובעיקר מה שביניהם: על מעמדם ועל אכיפת זכויותיהם של עובדי חברות השירותים", **מחקרי משפט** כה, 525, 533-534 (2009).

⁵ Pinfield and Atkinson (1998), "The Flexible Firm", *Canadian Business Review* 15(4), 17-19; Procter et. al. (1994), "Firm Flexibility, Politics & Strategy: In Defense of the Model of the Flexible Firm", *Work, Employment and Society* 8(2), 221-242; Hunter et. al. (1993), "The 'Flexible Firm': Strategy and Segmentation", *British Journal of Industrial Relations* 31(3), 383-407; Kalleberg (2001), "Organizing Flexibility: The Flexible Firm in a New Century", *British Journal of Industrial Relations* 39(4), 479-504; Cappelli and Neumark (2004), "External Churning and Internal Flexibility: Evidence on the Functional Flexibility and Core-Periphery Hypotheses", *Industrial Relations* 43(1), 148-182.

בעצמו. כך גם צידו השני של המטבע. אם הארגון שואף לצמצם את טווח פעילויותיו, הוא משתחרר מהסכסוך ההתקשרות שנערך בינו ובין צד נוסף אחד בלבד. הארגון אינו צריך להעריך את תרומתו של העובד הספציפי לכל מחלקה ומחלקה, ולנקוט בהליך פיטורים לכל עובד ועובד שנמצא לא יעיל עבורו; בצד הליך כזה שעשוי לארוך זמן רב, ישנן עלויות נוספות ובהן אובדן זמן של עובדים אחרים בארגון וירידת מוטיבציה, המתבטאת בירידה בתפוקה.⁶ יתרון נוסף הוא **צמצום נטל האחריות, החשיפה לסיכון ואי הוודאות** הגלומים בהפעלת הפונקציה או בניהול כוח האדם על ידי הארגון, באמצעות העברתם לקבלן החיצוני. יתרון זה מתבטא באופן מיידי עם העברת האחריות לקבלן, וכן בחסכון בעלויות עלויות משפטיות וביטוחיות בהן נושא הארגון לטווח ארוך.⁷ כתוצאה מכל אלה, קטנות כלל העלויות הכרוכות בהפעלת אותן פונקציות שהוצאו למיקור חוץ. ליתרונות אלה מתווסף יתרון של רכישת ידע חדש בתחומי הליבה: מיקור חוץ של שירותים בתחומים פריפריאליים לליבת העיסוק 'מפנה' את הפירמה לרכישת ידע בתחום ליבת העיסוק במהירות יחסית, המאפשר לה בתורו ליצור שיתופי פעולה וקשרי למידה עם ארגונים אחרים בעלי פרופיל מגוון, כך שנוצרת ביניהם 'רשת ארגונית' בתחום הידע המיוחד להם. חברות ברשת ארגונית זו יוצרת אף היא, בתורה, יתרונות ידע לפירמה בדרך של היזון חוזר.⁸

למיקור חוץ יתרונות גם **בסקטור הציבורי**. הגוף הציבורי מעביר את הביצוע לשוק הפרטי, ובכך מתפנה להתמקד בעיצוב המדיניות וניווטה. העברה זו נערכת באמצעות הסכמים נקודתיים בהם נקבעים תנאים מיוחדים לתחום שהוצא למיקור חוץ. תנאי מתן השירות מעוגנים בהסדרים משיקים או משלימים, כגון, חקיקה בתחום דיני העבודה. המסגרת הגמישה מאפשרת לתפור את ההסכמים במדויק למידות הצורך הציבורי, ולהתאימם מעת לעת למציאות המשתנה. כך שולט הגוף הציבורי הרלוונטי באספקת השירות שניתן לו ובאיכותו. נוסף על היתרונות שנמנו לעיל בקשר לסקטור הפרטי, מיקור חוץ מאפשר לגוף הציבורי לענות על צרכי הציבור ולבצע פרויקטים חדשים במהירות יחסית באמצעות גוף אחר, ללא תלות במכרזים ותקנים ותוך עקיפת ההגבלות החלות בהליכי פיטורים, כגון היוועצות בוועד העובדים או באיגוד המקצועי, וללא תשלום זכויות וזכויות עודפות בהתאם להסכמים קיבוציים. מיקור חוץ מאפשר גם "רענון של המשאב האנושי" בשירות המדינה, דרך זרימת רעיונות ומיומנויות לסקטור בו תחלופת העובדים היא נמוכה באופן יחסי לסקטור הפרטי.⁹

⁶ Purcell and Purcell (1998), "In-sourcing, Outsourcing, and the Growth of Contingent Labour as Evidence of Flexible Employment Strategies", *European Journal of Work and Organizational Psychology* 7(1), 41-42; Batra and Beladi (2010), "Outsourcing and the Heckscher-Ohlin Model", *Review of International Economics* 18(2), 277-279 (2010a); Kalleberg (2000), "Nonstandard Employment Relations: Part-Time, Temporary and Contract Work", *Annual Review of Sociology* 26, 356-357; Cooke et al., *Op. Cit.*, 415-417; Klaas et. al. (1999), "HR outsourcing and its impact: The role of transaction costs", *Personnel Psychology* 52, 113-136; Klaas et. al. (2001), "Outsourcing HR: The Impact of Organizational Characteristics", *Human Resource Management* 40(2), 125-138.

⁷ כפי שיפורט להלן, במיקור חוץ של המשאב האנושי הארגון המעביר נושא באחריות מסוימת כלפי עובדי הקבלן והוא עדיין חשוף לתביעות כמעסיק במשותף; Chalos and Sung (1998), "Outsourcing Decisions and Managerial Incentives", *Decision Sciences* 29(4), 911-914; Logan (2000), "Using Agency Theory to Design Successful Outsourcing Relationships", *International Journal of Logistics Management* 11(2), 25-27.

⁸ חברות ברשת בין-ארגונית מקנה לפירמה יתרונות ידע בולטים, הכוללים מידע על הזדמנויות ומכשולים מוסדיים, אותם היא יכולה להפנות לטיפוח הכישורים והידע הפנימי שנצבר בה. כאשר פירמה משתפת פעולה עם פירמות אחרות היא מפתחת מיומנויות למידה של אינטראקציה בין-ארגונית חוזרת ונשנית ומוניטין "כפרטנרית". כך נוצר מעגל למידה תלוי נתיב (Path-dependent learning cycle): תחזוק וחינוך מתמיד של הידע שנצבר באמצעות יצירת קשרים נוספים נוכח המוניטין שרכשה הפירמה, המוביל לשיפור מעמדה ברשת. הדבר מחזק את יכולתה של הפירמה להתחרות בשוק ומסייע לגדילתה: Powell et. al. (1996), "Interorganizational Collaboration and the Locus of Innovation: Networks of Learning in Biotechnology" *Administrative Science Quarterly* 41(1), 116-145.

⁹ השוק הפרטי נתפס כבעל יתרון יחסי במתן שירותים יעיל עקב התמריצים אליהם הוא חשוף. ראו Purcell and Purcell, *Op. Cit.*; Coyle-Shapiro et. al. (2002), "Contingent and Non-Contingent Working in Local Government: A Contrast", *Public Administration* 80(1), 78-79; *Contrasting Psychological Contracts*, *Public Administration* 80(1), 78-79; בניש "מיקור חוץ בראי המשפט הציבורי: הפרטת תוכניות מרווחה לעבודה ובעיית כשלי הפיקוח", *משפטים* לח(2) (2008), 287-288.

מכאן, שהתייעלות בדרך מיקור חוץ מבטיחה שהארגון יידרש רק לפעילויות קריטיות הנמצאות בליבת העיסוק שלו ויפנה לקידומן באופן ליניארי, דהיינו, על ידי השקעת מירב המשאבים הארגוניים בפעילויות אלה בלבד. מיקור חוץ אף שומר על הארגון מפני 'גדילתו לרוחב': הפניית משאבים היקפית לפעילויות שוליות ותומכות, שאינן תורמות לפיתוחו ושכלולו של הארגון במישרין. כאשר מדובר בארגונים בסקטור הפרטי, מיקור חוץ משמעו יישום של הפררוגטיבה הניהולית של המעביד לנהל את עסקו כראות עיניו ובצורה מיטבית. זהו ביטוי לזכותו הקניינית של המעביד בארגון. בסקטור הציבורי, נקיטה באסטרטגיה זו מהווה פן יישומי של הפרדיגמה הניאו-ליברלית בדרך של הפרטה חלקית. תפקיד המדינה בתחומים השונים מצומצם לעמדת פיקוח ואחריות למוצר המוגמר, בלבד, מבלי להידרש לביצוע.¹⁰

עם יתרונותיו, מיקור חוץ גורם לשינויים ארגוניים נוספים: בשל יצירת הקשרים החוזיים הרוחביים ושיתופי הפעולה ההדדיים עם ארגונים אחרים, המעניקים לו פונקציות תומכות בליבת העיסוק, עובר הארגון מתפיסה ארגונית אנכית, ריכוזית והיררכית המבחינה בין הארגון ובין ארגונים חיצוניים, לתפיסה אופקית, 'רשתית' וא-היררכית. כתוצאה מההתקשרות הרצופה והמתמדת ונשיאת הסיכונים המשותפת, עלולה להיווצר בין הארגונים תלות הדדית הגורמת ל"גבולות" הארגוניים להתגמש, להתרופף ולהיטשטש.¹¹ במקביל, מתרופף הקשר בין הארגונים ובין עובדיהם, ובהתאם, מטשטשים מושגים השאובים משוק העבודה: מעביד ועובד, יחסי עבודה, מרות ופיקוח. טשטוש זה רווח במיוחד כאשר מדובר במיקור חוץ של המשאב האנושי.¹² חרף זאת, קיימים חילוקי דעות בשאלה האם מיקור חוץ של המשאב האנושי מוביל בהכרח לפגיעה בעובדים.¹³ אובחן, כי הדבר הוא תלוי בחינה אמפירית של מיקור חוץ בתנאי השוק המקומי, דהיינו, בחינת תנאי העסקת עובדים בכל מדינה בתחום שהוצא למיקור חוץ ובחינת המארג המשפטי והסוציו-אקונומי של אותו תחום: מבנה וצפיפות הרשת המדינית בה משתתפים השחקנים השונים; אופיו של משפט העבודה המגן וחוזקו של הנורמות המותוות על-ידו; רמת הרגולאציה הקיימת, כמות הרגולאטורים, המנדט שהוקצה להם ואפשרויות האכיפה שניתנו בידם; ההיסטוריה והתרבות הארגונית הרווחת; תפיסות דעת קהל בנוגע לתחום שהוצא למיקור חוץ, לחצים כלכליים ומשקיים היקפיים ועוד. לפיכך, הרשת הבין-ארגונית המתפרשת על מארג משפטי-מדיני מסוים היא יחידת המחקר המתאימה ביותר לניתוח הסיבות ולבחינת התוצאות של מיקור חוץ. נוכח אבחנות אלה, יתמקד החיבור בהשפעתו של מיקור חוץ של המשאב האנושי על תנאי העסקתם של העובדים בתחומי השמירה, האבטחה והניקיון בתנאי השוק הישראלי.¹⁴

¹⁰ Purcell and Purcell, *Op. Cit.*, 41-42; Vining and Weimer (2005), "Economic Perspective on Public Organizations", Ferlie et al. (eds.) *The Oxford Handbook of Public Management*, Oxford: Oxford University Press, 217-221; ברק ארז, "משפט פרטי ומשפט ציבורי – תחומי גבול והשפעות גומלין", *משפט וממשל* ה' (2000), 114-115; בניש, 2008, 285, 290-291; רבין מרגליות 2002, 537-539.

¹¹ Osborn and Hagedoorn (1997) "The Institutionalization and Evolutionary Dynamics of Interorganizational Alliances and Networks" *The Academy of Management Journal* 40(2), 264, 269-273; Klaas et al, 1999, 115-116, 131; Kalleberg, 2001, 492, 497-498.

¹² Börzel (1998), "Organizing Babylon – on the Different Conceptions of Policy Networks", *Public Administration* 76, 253-273; Levi-Faur (2011), "Regulatory Networks and Regulatory Agencification: towards a Single European Regulatory Space", *Journal of European Public Policy* 18(6), 811.

¹³ Rubery et al. (2002), "Changing Organizational Forms and the Employment Relationship", *Journal of Management Studies* 39(5); Rubery et al (2003), "Inter-organizational Relations and Employment in a Multi-employer Environment", *British Journal of Industrial Relations* 42(2), 269-271; Kalleberg, 2000, 351-352.

¹⁴ לא יפורטו השפעות נוספות כתוצאה ממיקור חוץ, כגון אבדן שליטה במידע, כישורים ומומחיות או פגיעה בשירות הניתן לאזרח, שכן אלה שוליות בנוגע לתחומי השמירה והניקיון, או בסוגיית הפרטה והעסקה פיקטיבית, מאחר שההנחה היא שבתחומים אלה מיקור החוץ אותנטי. יצוין שמחקרים שונים מצביעים על פער ניכר בין הכדאיות והיתרונות הנתפסים של מיקור חוץ של המשאב האנושי ובין המציאות הרווחת בתחומים כגון רווחה, חינוך ובריאות, והדבר תלוי בחינה אמפירית.

¹⁴ החיבור לא יעסוק בהשלכות של מיקור חוץ בינלאומי על תנאי העסקת עובדים בשוק הישראלי. לסקירה השוואתית: Batra and Beladi (2010), "A Simple Two-Sector Model of Outsourcing", *Review of Development Economics* 14(1), 65; Horgos (2009), "Labor market effects of international outsourcing: How measurement matters", *International Review of Economics and Finance* 18, 612, 620; Cooke et al, *Op. Cit.*, 427.

ב. העסקת עובדים על ידי קבלני שירותים בישראל לפני תיקון 6 לחוק קבלני כוח אדם בישראל, ישנם קווי דמיון בין מאפייני ההעסקה של עובדים אצל קבלני שירותים ובין מאפייני ההעסקה של עובדים אצל קבלני כוח אדם, בהשוואה למועסקים אצל מעביד באופן ישיר. בהעסקה עקיפה על ידי קבלן כוח אדם או קבלן שירותים העובדים אינם מזוהים כחלק מהארגון שהם מועסקים בחצריו, למרות שעל פי רוב, הם מספקים עבורו שירות חיוני. בשני סוגי ההעסקה הגורם המרכזי הוא הרווח הצומח לארגון המשתמש ולקבלן מעצם ההתקשרות ביניהם. טובת העובד ורווחתו הכוללת אינו גורם לכך, ואף ספק אם שיקולים אלה הם גורם בהערכת כדאיות ההתקשרות בין הארגון לקבלן. בשני סוגי ההתקשרות קיים מרכיב של העסקה ארעית. מרכיב זה הכתיב מחד ירידת ביקוש לעובדים 'קבועים', ומאידך, נייודת גוברת של עובדים מארגון לארגון. מרכיב זה משפיע באופן שלילי הן על פרוץ עבודתו של העובד והן על תפיסת המעביד את העובד כחלק מהארגון.¹⁵

העסקת עובדים ארעית דרך קבלן אפשרה גם לעקוף הסכמים קיבוציים ענפיים או כלליים, כך שאותם עובדים הועסקו ללא הגנת האיגוד המקצועי וללא ביטחון תעסוקתי. הדבר הוביל, בדרך כלל, לכך שעובד קבלן זכאי לתנאי שכר ולהטבות פחותים באופן ניכר מאלה שמקבל עובד קבוע באותו ארגון. כמו כן, הערים דפוס העסקה זה קשיים על כושר התארגנותם של עובדי קבלן עקב פיצול יחידות המיקוח. כתוצאה ממאפייני העסקה אלה נוצרה התחמקות הדדית של הקבלן ושל הארגון המשתמש מדאגה לתשלום זכויות העובדים, כאשר העובד עצמו נותר מבולבל ואובד עצות בבואו לבקש את המגיע לו, ולעיתים מזומנות, נותר עומד מול שוקת שבורה.¹⁶

על אף הדמיון בין שני דפוסי ההעסקה, החלוקה הפנימית של העובדים בין קבלני כוח אדם ובין קבלני שירותים אינה שווה. על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, נכון לשנת 2011, קיבלו 29,200 שכירים את שכר עבודתם באמצעות חברות כח אדם. לעומת זאת, 121,000 עובדים הועסקו באמצעות קבלן משנה, מתוכם 73,100 עובדים בענפי השמירה, האבטחה והניקיון. עוד עולה מנתונים אלה, כי בעוד שישנה ירידה במספר העובדים המועסקים באמצעות קבלני כוח אדם קיימת עליה במספר המועסקים באמצעות קבלני שירותים בענף השמירה, האבטחה והניקיון.¹⁷ הסיבות לכך הן דווקא הסדרת התחום האחרון בחוק

¹⁵ גליון, "על התיקון לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם: האם יצא שכרנו בהפסדנו?" **עבודה חברה ומשפט ח'** (2001); Pearce (1993), "Toward an Organizational Behavior of Contract Laborers: Their Psychological Involvement and Rubery et al, 2003, ; Effects on Employee Co-Workers", *Academy of Management Journal* 36(5), 1090, 1094 270-272; Rubery et al, 2002, 649-651, 653-654; Kalleberg, 2001, 493; Coyle-Shapiro and Kessler, 2001; Logan et al (2004), "Outsourcing a satisfied and Committed Workforce: a Trucking Industry Case Study", *International Journal of Human Resource Management* 15(1), 149-151, 160-161

¹⁶ בג"ץ 450/97 **תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ ואח' נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(2) 433, 442-445 (1998), וההפניות שם; ע"ב (ארצי) 11/07 **אל אור אילת תפעול ואחזקות בע"מ - מדינת ישראל - משרד התעשייה המסחר והתעסוקה** (11.8.2008), בפסקה 18; בן ישראל, 1997, 565-566; רונית נדיב ויובל פלדמן, "היבטים פוזיטיביים ונורמטיביים של שוויון (או אי-שוויון) ביחסי העסקה משולשים בישראל". **עבודה חברה ומשפט יב** (2009), 159-160; גליון, 1999, 59, 60-61. לעניין הדמיון בין דפוסי העסקה ראו Kalleberg, 2000, 354-355; Purcell et al. (2004), "Temporary Work Agencies: Here Today, Gone Tomorrow?", *British Journal of Industrial Relations* 42(4), 705-725; Koskela and Stenbacka (2009), "Equilibrium unemployment with outsourcing under labour market imperfections", *Labour Economics* 16(3), 288-289.

¹⁷ נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מבחינים בין עובדי קבלני כוח אדם לעובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים רק משנת 2007 ואילך. נכון לשנת 2010, קיבלו 36,100 שכירים את שכר עבודתם באמצעות חברות כח אדם. לעומת זאת, 80,700 עובדים הועסקו באמצעות קבלן משנה בענפי השמירה, האבטחה והניקיון. סך המועסקים במשק לשנת 2011 עמד על 3,024,700 איש, מתוכם 87.4% (2,643,588) שכירים. בשנת 2010 עמד סך המועסקים במשק על 2,938,200 איש, מתוכם 87% (2,556,234) שכירים. בחישוב פשוט, בשנת 2011 היוו עובדי קבלני כוח אדם 1.1% מסך המועסקים במשק, ואילו עובדים המועסקים בענף השמירה והניקיון על ידי קבלני שירותים היוו 2.76% מסך המועסקים במשק. בשנת 2010 עמדו הנתונים על 1.41% ו-3.16% בהתאמה. סקרי כוח אדם לשנת 2011 פרסום 1504 (16.1.2013), 218; http://www.cbs.gov.il/publications13/1504/pdf/h_print.pdf; "ממצאים עיקריים תכונות כוח העבודה האזרחי 2010" (28.3.13); http://www.cbs.gov.il/publications11/1460/pdf/intro01_h.pdf; ודו"ח "מועסקים לפי ענפי כלכלה נבחרים": http://www.cbs.gov.il/publications11/1460/pdf/t02_02.pdf. לעניין נתוני העסקת עובדי קבלני כוח אדם וקבלני שירותים משנים מוקדמות יותר, אך ללא הבחנה בין שתי צורות ההעסקה, ראו סקרי כוח האדם משנת 2005, 2004 ו-2003. סקרים אלה מראים

העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, תשנ"ו-1996 והגברת ניטור, הפיקוח והאכיפה על העסקה באמצעות קבלני כוח אדם, הן מבחינת משך זמן ההעסקה והן מבחינת השוואת תנאי ההעסקה לתנאי ההעסקה של עובד קבוע בארגון.¹⁸ אף מבחינת פסיקת בתי הדין לעבודה ביישום הוראות חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם ניתן ללמוד על נכונות גוברת להתערב במסגרות העסקה על ידי קבלן כח אדם, כדי להבטיח שהעובדים יקבלו את זכויותיהם מן המעביד האותנטי.¹⁹

לעומת זאת ועד לאחרונה, תחום קבלני השירותים נותר חף מהתערבות המחוקק. קיימת עמימות בשאלה האם אי-הידרשות המחוקק בעבר לתיקון חוק קבלני כח אדם כך שיענה גם על הקשיים המתגלעים בנוגע לעובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים היא לקונה, או שמא בזמנו ביקש המחוקק ליצור הסדר שלילי שמטרתו לא להתערב בהעסקת עובדים על ידי קבלני שירותים. שהרי, מיקור חוץ כאסטרטגיה עסקית נחשב ליישום הפררוגטיבה הניהולית של המעביד בעסקו, משמע, לזכותו הקניינית של המעביד. לעובדים המועסקים על ידי קבלן שירותים קיים מעביד אותנטי, שאמור לדאוג לזכויותיהם, והארגון המשתמש לא נתפס כצד באותה התקשרות.

מראי גישה זו, אם צומחת לעובדים עילת תביעה יש להפנותה למעביד, קרי, לקבלן השירותים. מסיבה זו, מיעטו בתי הדין לעבודה להתערב בנסיבות בהן ההתקשרות עם קבלן שירותים היא מסוג רכישת שירותים מוגדרים, בחזקת הוצאת פונקציה ארגונית שלמה לידי אחר, ולהטיל חבות גם על הארגון המשתמש בשירותי קבלן השירותים.²⁰ מכאן נלמד לקח שהופנם היטב בשוק העבודה: תכנון חוזי מדויק ושמירה על רמת התערבות המתבטאת בפיקוח בלבד מאפשרים לארגון המזמין ליהנות מרמת וודאות משפטית גבוהה באופן יחסי להתקשרות עם קבלן כוח אדם, כי הוא לא יוכר כמעביד האותנטי של עובדי קבלן השירותים.²¹

לפיכך, במקום לשפר את תנאי העסקתם של עובדים באמצעות ניסיונות פיקוח שנועדו לצמצם את מימדי העסקתם לפרק זמן ממושך דרך קבלני כוח אדם כ"מתווכים", נוצר סחף (Drift) לכיוון דפוס העסקה חלופי באמצעות קבלני שירותים.²² מכאן, שבעוד שתחום קבלני כוח האדם הוסדר בצורה נוקשה,

ירידה במספר המועסקים על ידי קבלני כוח האדם ועליה במספר המועסקים בענף השמירה, האבטחה והניקיון משנת 1999 (ענף 750). יש לציין כי בשנת 2011 חלה **ירידה** במספר המועסקים בענף השמירה והניקיון על ידי קבלני שירותים לעומת עליה הדרגתית עד לשנת 2010. לסיבה אפשרית לירידה זו אתייחס בהמשך. מספר פעמים צוין שבישראל אין בנמצא סדרות נתונים כמותיות ואובייקטיביות המפרטות כמה עובדים מועסקים על ידי קבלני כח אדם וקבלני שירותים עבור ארגונים בסקטור הפרטי ובסקטור הציבורי: פז פוקס וכוכבי, "בין הציבורי לפרטי: הפרטות והלאמות בישראל", דו"ח שנתי 2010, ירושלים: המרכז לצדק חברתי ודמוקרטיה במכון ון ליר, 36-35 וההפניות שם. נדיב ופלדמן (2009, 159) מציינים כי אין בנמצא נתונים אובייקטיביים, אך מנתונים עקיפים נלמד כי שיעור המועסקים באמצעות קבלני כוח אדם בישראל עומד על 5%, שיעור גבוה לאין ערוך מן הממוצע במדינות מפותחות אחרות. לעומתם, טוענת רבין מרגליות כי שיעור זה עומד על 10% (2009, 525). על פי דו"ח מבקר המדינה לשנת 1999, אין נתונים מרוכזים על היקף ההעסקה של עובדים אלה, ועל ההוצאה הכוללת של המדינה עקב העסקתם. דו"ח מבקר המדינה 550' לשנת 1999, פרק רביעי: תקציב המדינה לשנת 1998 וביצועו – שיא כוח אדם והוצאות שכו, 738, 745-744: http://80.70.129.40/docs/50b/pdf/50b_P.pdf

¹⁸ חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כח אדם, תשנ"ו-1996 להלן: **חוק קבלני כוח אדם**. רבין מרגליות, 2009, 530-529; דוידוב, "העסקה עקיפה", **עבודה חברה ומשפט יב** (2009), 198-196. בנתוני הלמ"ס לעיל ניתן למצוא תמיכה בממצאיהם של רבין-מרגליות ודוידוב. מהנתונים עולה כי בשנת 2008 קיבלו 51,700 איש את שכרם באמצעות חברות כח אדם, ובשנת 2009 – 40,900 איש. לעומת זאת, מספר המועסקים על ידי קבלני שירותים עולה באופן מתמיד משנת 2006, כאשר בשנת 2008 הועסקו 77,200 איש במסגרת זו, ובשנת 2009 – כ-79,000.

¹⁹ פרשת **אל אור אילת**, הערה 16 לעיל בפסקאות 7-8; ע"ע (ארצי) 472/09 **זוהר גולן - או. אר. אס משאבי אנוש בע"מ** (12.9.2010); ע"ע (ארצי) 237/09 **מדינת ישראל - הטלוויזיה החינוכית הישראלית - אסתר קדם** (14.9.2010), בפסקאות 16-19. יש להוסיף כי במקרים מסוימים יוכרו הן הארגון המשתמש והן קבלן השירותים כמעבידים במשותף. במקרים כאלה תשלום זכויותיו של העובד יתחלק בין שני המעסיקים, אך העובד לא יקבל כפול תשלום עבור אותן זכויות.

²⁰ למשל ע"ע (ארצי) 116/03 **מדינת ישראל, משרד החינוך - משה חגיבי** (2.2.2006); ע"ע 273/03 **דברת שוואב - מדינת ישראל, משרד החקלאות** (2.11.2006); ע"ע (ארצי) 328/07 **ישראל אטיאס - רשות שדות התעופה** (10.8.2009); ע"ע (ארצי) 172/08 **יצחק תורג'מן - רפא"ל רשות לפיתוח אמצעי לחימה** (10.1.2011).

²¹ רבין מרגליות, 2009, 530-527.

²² 'סחף מדיניות' הוא מנגנון לשינוי מדיניות, הופכי לשינוי מדיניות מתוכנן ומושכל. שינויים חברתיים ונסיבתיים עשויים לגרום לפער הולך וגדל בין מדיניות יציבה המופעלת על ידי הרשות המבצעת ובין מצבים חדשים המתרחשים ב'שטח' - בסביבת המדיניות. במקרה כזה, המדיניות הקיימת אינה עונה על הצרכים או הסיכונים החדשים הקיימים בשטח. המדיניות נסחפת, קרי, נשחקת ומתנתקת מן המציאות עליה נועדה לתת מענה, עד שאינה רלוונטית עוד וניתן להגשים את תכליתה, אם בכלל, בצורה מצומצמת. בתנאים אלה מתעוררת השאלה האם על המחוקק להגיב לפער זה על ידי התאמת המדיניות המסוימת למצב ב'שטח' וכיצד: Hacker (2004), "Privatizing Risk without Privatizing the Welfare State: The Hidden Politics of

החסר בחוק קבלני כוח אדם הוביל למעשה ליצירת "וואקום רגולטורי" (Regulatory Vacuum) בכל הקשור להעסקת עובדים על ידי קבלני השירותים ולפריחת דפוס העסקה זה, שראשיתו, כאמור, באסטרטגיית מיקור חוץ. פריחה זו הביאה עימה תחלואים חדשים לעולם העבודה. תחומי העסקה הנשלטים על ידי קבלני שירותים נוטים להתאפיין בחלופת עובדים גבוהה ובמספר רב של עובדים המועסקים במשרה חלקית.

נוסף על כך, התמורה הקבועה והכוללת בהסכם ההתקשרות בין הארגון המשתמש בשירותי העובדים לבין הקבלן השירותים החיצוני אינה משתנה עקב הספק, עמידה ביעדים או באיכות השירות. הדבר מתמרץ את קבלן השירותים להעסיק עובדים בעלות נמוכה ככל האפשר במטרה למקסם את רווחיו, גם אם משמעות הדבר היא לא לשלם לעובדים את זכויותיהם הבסיסיות המעוגנות בחקיקת מגן. כך, למרות שגוברת התלות ההדדית בין הארגון המשתמש לבין קבלן השירותים, וזו עלולה לגרור גם עליית התמורה הקבועה בהסכם עבור מתן השירותים, עובדי קבלן השירותים לא ייהנו מתנאי העסקה בסיסיים, ואם אלה משולמים להם, אזי זהו המינימום ההכרחי.²³

עיקר תחלואי דפוס העסקה זה ניכרים בכרסום בתנאי העסקתם של **אוכלוסיות עובדים מוחלשות**, עליהן נמנים בעיקר **עובדים בתחום השמירה, האבטחה והניקיון**; תחומים אלה מהווים פלח ניכר מפעילותם של קבלני השירותים במשק.²⁴ מצב דברים זה לא נעלם מעיני מערכת בתי הדין לעבודה. בפסיקתו, עמד בית הדין הארצי לא אחת על מאפייני ההעסקה בתחומי השמירה, האבטחה והניקיון, ועל פגיעותן וחולשתן של אוכלוסיית העובדים בתחומים אלה.²⁵ בפסיקות אלה, הודגש הצורך בשינוי מדיניות כדי לכונן פיקוח הדוק על התנהלותם של קבלני שירותים, ובכך, להגשים את תכליותיו של משפט העבודה המגן. שמירה על זכויות עובדים הנמנים על אותן אוכלוסיות, כך נפסק, "יכולה להיות מושגת רק בידי גוף רציני, מסודר, המתנהל כחוק, בשקיפות מלאה ותוך גילוי של אחריות ואמינות כלפי עובדיו, כמו גם כלפי גורמי הפיקוח עליו".²⁶

ג. תיקון 6 לחוק קבלני כוח אדם ופרשנותו בפסיקה: פרשת 'כח עצמה'

סיבות אלה הובילו את המחוקק, כשלוש עשרה שנים לאחר שנקבע בחוק הסדר רישוי לקבלני כוח אדם, להחיל את אותו ההסדר על קבלני שירות בתחומי השמירה, האבטחה והניקיון. לאחר מספר הצעות חוק פרטיות שמטרתן המשותפת הייתה להגביר את אכיפתן של זכויות עובדים במסגרות העסקה עקיפות,²⁷ חוקק בחודש יולי 2009 תיקון 6 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם. במסגרת התיקון הוחל הסדר של רישוי ופיקוח, כפי שנקבע לקבלני כוח אדם, על העוסקים בקבלני שירות בתחומים הנמנים

Social Policy Retrenchment in the United States", *American Political Science Review* 98(2), 243-249; Béland and Shinkawa (2007), "Public and Private Policy Change: Pension Reform in Four Countries", *The Policy Studies Journal* 35(3), 351-352.

²³ הדבר נושא להשפעות רחב ובהן, פיצול שוק העבודה לשוק עבודה ראשוני בו העובדים נהנים מתנאי העסקה עדיפים ולשוק עבודה משני, אשר מצבם של העובדים בו הולך ומחמיר למצב 'עניים-עובדים', ולהעמקת הפערים בחברה והנצחתם. בן ישראל, 1997, 602-603; גולן, "שינוי חברתי בצל תרבות המכרזים, מסחור העבודה והחסר השיפוטי". **מעשי משפט ג'** (2010), 203, 210; פז פוקס, "עובדים בעידן של הפרטה". **אחריות המדינה, גבולות ההפרטה וסוגיית הרגולאציה** (2012).

²⁴ תקציר נתוני הלמ"ם בהערה 17 לעיל, בו מתוך פלח שוק המונה כ-128,000 עובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים, מועסקים בתחומי האבטחה, השמירה והניקיון כ-80,700 עובדים, משמע, 63% מהמועסקים במסגרת העסקה זו.

²⁵ ע"ע (ארצי) 629/07 **יגאל וירון- תבל אבטחה ניקיון ושירותים בע"מ** (3.1.2011), בפסקה 42; ע"ע (ארצי) 454/09 **ב.ג. מוקד אבטחה בע"מ - סיגל בן שלמה** (29.3.2011), בפסקה 16. מנגד גולן, 2010, 217. יש לציין כי כאשר מדובר בקבוצות עובדים אחרות קיימת נכונות פחותה יותר להתערב במסגרת ההעסקה שנוצרה - הרחבה להלן.

²⁶ ע"ב (ארצי) 1002/02 **קבוצת יו.אס.ג'י.די. בע"מ - מדינת ישראל, משרד העבודה והרווחה**, פד"ע לח 529, 555 (2003).

²⁷ הצעת חוק אחריות מזמין שירותי קבלן לזכויות העובדים, תשס"ו-2005, פ/4120/16 שמציעה להטיל את החובה לדאוג לזכויות העובדים גם על מי שמזמין שירותים או עבודה מאת קבלן מבצע, שהוא המעסיק הפורמאלי; הצעת חוק אחריות מזמין לזכויות עובדים של קבלן שירותים, תשס"ז-2007, הצעות חוק - הכנסת 153. הצעה זו מאגדת בתוכה שלוש הצעות חוק פרטיות נוספות באותו נושא (פ/647/17; פ/1187/17; פ/1483/17), ולפיה לזמין תהיה אחריות משנית לאחריותו של קבלן השירותים לדאוג לתשלום זכויות העובדים; הצעת חוק עסקאות גופים ציבוריים (תיקון-אכיפת דיני העבודה), תשס"ה-2005 פ/3273/15, לפיה גוף ציבורי לא יתקשר עם קבלן שירותים או קבלן כוח אדם שהפר זכויות עובדים.

בתוספת השנייה לחוק: שמירה, אבטחה ניקיון. בהסתמכו על פסיקתו של בית הדין הארצי²⁸ הבהיר המחוקק בדברי ההסבר לתיקון, כי התכלית שעמדה בשעתו לפניו בעת שחוקק ההסדר הנוקשה, הקפדני והמפורט לרישוי קבלני כוח אדם נמצאה דרושה וראויה לקבלני השירות באותם תחומים. הצורך בקביעת ההסדר התעורר נוכח פגיעה מתמשכת בזכויותיהם של העובדים בענפי תעסוקה אלה, ומטרת החלתו היא לשמור על זכויותיהם באמצעות חיזוק הפיקוח על קבלני השירות.²⁹

הסעיפים הרלוונטיים בחוק שהוחלו על קבלני שירותים קובעים כי לא יעסוק אדם כקבלן כוח אדם אלא אם ניתן לו רישיון לכך, לאחר שיתמלאו בו התנאים המצטברים שנקבעו בסעיף 3 לחוק, כדלקמן:

א. ניסיון ניהולי או עסקי וכן ידע בתחום זכויות עובדים;

ב. המצאת ערבות בנקאית או ערובה מתאימה אחרת למילוי חובות הקבלן כלפי עובדיו, בסכום שייקבע בהתחשב בהיקף עסקו של מבקש הרישיון;

ג. בחמש השנים שקדמו לבקשת הרישיון לא הורשע מבקש הרישיון או ממלא תפקיד בכיר בעסקו בעבירה שיש עימה קלון או בעבירה שמאת חומריתה או נסיבותיה אין הוא ראוי לעסוק כקבלן שירותים.

נוסף על תנאים אלה רשאי השר להתנות את מתן הרישיון בקיומם של תנאים נוספים לשם הסדרת פעילות תקינה של מבקש הרישיון לפי שיקול דעתו, ובין היתר בקיומם של תנאים פסיים וסביבתיים נאותים.³⁰ על קבלן שקיבל רישיון הוטלה חובת דיווח והודעה על שינוי בפרטים, לפיה הוא מחויב למסור לשר דו"ח מאושר על ידי רואה חשבון, שיכלול נתונים על מספר העובדים שהוא מעסיק לפי ענף עבודה, מקומות עבודתם, תקופות עבודתם, שכרם ותשלומים נלווים.³¹

כניסתו של התיקון לחוק נקבעה ליום 1.1.2010.³² כדי לאפשר לקבלני שירותים להיערך למשטר ההסדרה החדש, הודיע משרד הכלכלה כי החל מיום 1.3.2010 ועד ליום 1.6.2010, ינקוט אגף האכיפה במדיניות של התראות לקבלנים שלא הגישו בקשה לרישיון, ומתום מועד זה תחל אכיפה פלילית של הוראות החוק.³³ על רקע זה הגישו החברות כוח עוצמה בע"מ - העוסקת בתחום השמירה והאבטחה, והחברות תנופה שירותי כוח אדם בע"מ ותנופה שירותי עבודה 1997 בע"מ - העוסקות בתחום הניקיון, את בקשתן לקבלת רישיון קבלן שירות למנהלת ההסדרה במשרד הכלכלה. לאחר בחינת הבקשות הודיעה המנהלת לשלוש החברות על כוונתה שלא להיעתר לבקשתן למתן רישיון קבלן שירות, ולאחר שנערך להן שימוע בכתב, החליטה המנהלת לדחות את הבקשה.³⁴ בהחלטתה פירטה המנהלת, כי בבקשות שהגישו החברות לרישיון מופיעים כמנהלים ובעלי מניות בחברות שלושה בני משפחה אחת, ואולם, לפי מקבץ ראיות שהוצגו לפניו, החברות מנוהלות בפועל על ידי אב המשפחה. אי הצגת עובדה זו מהווה הצגת מידע כוזב המצדיק סירוב מתן רישיון. כמו כן, החברות ומנהלן בפועל הורשעו במהלך חמש השנים שקדמו לבקשת הרישיון בעבירות מס ובעבירות הקבועות בחוקים מתחום דיני העבודה, ואת ההליכים השונים

²⁸ ע"ד"מ (ארצי) 1011/04 א. דינמיקה שירותים 1990 בע"מ - טטיאנה ורונין ואח' (21.8.2005); ע"ע (ארצי) 203/07 בועז קוסובסקי - א.א. ארזי שמירה בע"מ (28.5.2007).

²⁹ סעיף 122 להצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), תשס"ט-2009 ה"ח הממשלה 436.

³⁰ השר האחראי לפי החוק הוא שר התמ"ת (כיום - שר הכלכלה); שם המשרד שונה למשרד הכלכלה עם מינויו של השר נפתלי בנט ביום 18.3.2013. סמכות השר לפי סעיפים שונים בחוק קבלני כוח אדם, לרבות סמכות השר ליתן רישיון לקבלן כוח אדם לפי סעיף 2(א) לחוק, הואצלה למנהל אגף הרישוי במינהל ההסדרה והאכיפה במשרד התמ"ת בהודעה על אצילת סמכויות לפי חוק יסוד: הממשלה, מאת שר התמ"ת מר אליהו ישי מיום 13.11.2006, ילקוט הפרסומים 5604, 852 מיום 12.12.06.

³¹ סעיף 9 לחוק. על בעל הרישיון להודיע לשר בכתב על כל שינוי בפרט מסר, ככלל, בתוך 30 ימים מיום השינוי.

³² סעיף 137 לחוק ההתייעלות הכלכלית.

³³ הודעת מינהל הסדרה ואכיפה במשרד הכלכלה "ב-01.01.10 תיכנס לתוקפה חובת רישוי על קבלני שירות בתחומי השמירה,

האבטחה והניקיון" (30.12.2009) - http://www.industry-trade.gov.il/NR/exeres/121689F2-83F8-4205-9152-9EFF988446DE.htm?wbc_purpose=basic&WBCMODE=p

³⁴ ע"ש"ר (ארצי) 34410-01-11 כוח עוצמה בע"מ ואח' - מדינת ישראל משרד התמ"ת (2.5.2011), בפסקה 4.

שהתנהלו כנגדם. העבירות מושא ההליכים השונים הן כאלה שחומרתן ונסיבותיהן, בהצטברותן, מלמדות כי החברות אינן ראויות לעסוק כקבלני שירות.³⁵

על החלטת המנהלת הגישו החברות ערעור לבית הדין הארצי לעבודה.³⁶ בערעוריהן טענו החברות כי הסדר הרישוי משנה מיסודו את המצב הקיים בתחומי עיסוקן. בהסדר לא הובהר כיצד יש לבחון את עניינן כחברות העוסקות בתחומי השמירה, האבטחה והניקיון מזה שנים, אשר יצרו מערך שלם של התחייבויות לעובדים, ספקים וצדדים שלישיים, והשקיעו משאבים רבים ברכישת ציוד ובהכשרת עובדים. לפיכך, ההחלטה הדוחה את בקשתן לרישיון גרמה להן נזק כבד.³⁷

בפסק דין ראשון מאז נכנס משטר ההסדרה החדש בחוק לתוקפו, בחן בית הדין הארצי את הסדר הרישוי וכפועל יוצא ממנו, את החלטת מנהלת ההסדרה בנוגע למתן רישיון לקבלני שירותים.³⁸ בית הדין בחן את תכליתו של תיקון 6 לחוק קבלני כוח אדם וקבע כי הסדר הרישוי נועד להבטיח שקבלן השירות יפעל על בסיס כלכלי איתן, תוך דאגה לזכויות עובדיו. מכאן, שיש לבחון כל בקשה למתן רישיון תוך הקפדה מיוחדת על היבטים הקשורים בהגנה על זכויות עובדים המועסקים על ידי הקבלן, בדומה לבקשותיהם של קבלני כוח אדם.

בבחינת החלטת המנהלת שלא להעניק רישיון לחברות הבהיר בית הדין הארצי את תכליתו של משטר הרישוי הנוקשה הקבוע בחוק, ומשכך, את החשיבות באכיפתו המלאה. בית הדין ציין כי למרות שמדובר בחברות העוסקות כקבלני כוח אדם וכקבלני שירותים בשוק העבודה שנים רבות, אשר חוקי העבודה אמורים להיות ידועים ונהירים להן, עולה מהתנהלותן תמונה קשה של הפרות חוזרות ונשנות של חוקים אלה. בראיות עליהן הסתמכה המנהלת כדין, יש די והותר על מנת לבסס את החלטתה לדחות את בקשת החברות, ובחינתה את הבקשה עולה בקנה אחד עם התכלית שביסוד הסדר הרישוי. לפיכך אישר בית הדין את החלטת המנהלת.³⁹ עם זאת פסק בית הדין, כי החברות תהיינה רשאיות להמשיך ולהעסיק את עובדיהן עד להשלמת הליכי המכרז להחלפתן אצל הגופים להם הן מספקות שירותי שמירה ואבטחה או ניקיון, לפי העניין.

את הסיבה מדוע יש להמשיך ולתת יד להמשך פעילותן של החברות, נימק בית הדין בכך, שלמרות שניתן לחברות העוסקות בתחום פרק זמן ארוך דיו להתארגנות, קבלני שירותים הינם עסקים פעילים, שלראשונה מופעל לגביהם הסדר רישוי. משכך, על המנהלת הדנה בבקשה למתן רישיון ראשון, בחידושו, התלייתו או בביטולו, להפעיל שיקול דעתה בזהירות יתרה, שמא עם סירוב מתן רישיון 'יעלם' קבלן השירותים מעל פני השטח. נוכח תוצאה אפשרית זו על המנהלת "ליתן דעתה להשלכות האפשריות של החלטתה על עובדי קבלן השירותים מבקש הרישיון, שמא חלילה, מרוב עניין ורצון לפרוש את הגנת הרגולאטור עליהם, ימצאו עצמם עובדים חסרי פרנסה ובטחון תעסוקתי, וללא כל הכנה מוקדמת".⁴⁰ בבקשתו ליישב בין הוראות החוק ובין תכליתו להגן על זכויות העובדים בכל אחד משלבי הרישוי של הקבלן, פירש בית הדין את הוראות סעיף 7 לחוק באופן רחב וקבע כי סירוב מתן רישיון ראשון כאשר מדובר בחברה הפועלת כקבלן שירותים, משמעו במובן המעשי הוא דחיית בקשה לחידוש רישיון. בהתאם, אין הבדל בין ההגנה הנדרשת לעובדי הקבלן שבקשתו הראשונה לרישיון נדחית ובין עובדיו של מי שבקשתו לחידוש הרישיון נדחית.⁴¹

³⁵ כל זאת בהתאם להוראת סעיפים 6(א)(1); 3(א)(3); 6(א)(6) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם.

³⁶ לפי סעיף 8 לחוק, על החלטת ניתן לערער לבית הדין הארצי לעבודה, תוך 45 מיום שהגיעה החלטה לידיעת הקבלן.

³⁷ עש"ר כוח עצמה, שם, בפסקאות 4, 6.

³⁸ יש לציין כי הביקורת השיפוטית על החלטת המנהלת נערכת על פי כללי המשפט המנהלי, דהיינו, האם היא מגשימה את התכלית שלשמה ניתנה הסמכות, האם היא מצויה במתחם הסבירות, האם היא מידתית והאם אינה מונעת משיקולים זרים.

³⁹ שם, בפסקאות 14-12; 21-20.

⁴⁰ שם, בפסקאות 24-23.

⁴¹ שם, בפסקאות 26-25.

ממקרה הבורח ניתן ללמוד על דרך פרשנותו ומשמעותו של מנגנון הרישוי לעת עתה, ומהי הנפקות המשפטית של אסטרטגיית מיקור החוץ לאחר חקיקת הסדר הרישוי עבור קבלן השירותים ועבור הארגון המשתמש בשירותיו. על אף תכלית החוק, בית הדין הארצי אינו נכון לקבל את תוצאות החלטת המנהלת ולהפסיק את פעולת קבלן השירותים באחת, גם כאשר הוא מתנהל ללא רישיון. זאת, כאמור, כדי למנוע את גדיעת מטה לחמם של עובדי קבלן השירותים, ובמטרה למנוע מצב בו העובדים נותרים ללא מעביד, ללא אפשרות להסדיר את העברת זכויותיהם, ככל ששולמו, למעביד חדש וללא אפשרות להיפרע מן הקבלן. מתוצאה זו ניתן להסיק, שהאחריות לדאוג לעובדי הקבלן מוטלת בראש ובראשונה על הקבלן עצמו. דרך החלת אחריות ברורה לכל היבטי העסקת העובדים, והסבר כי אין להפסיק באופן פתאומי את פעילותו של קבלן השירותים, מבהיר בית הדין הארצי כי משמעותו של התיקון היא חיזוק אחריותו של קבלן השירותים כלפי עובדיו, ולא חיזוק אחריותו של הארגון המשתמש כלפי העובדים המועסקים בחצרו.

ניתן ללמוד עוד מפסיקה זו, כי הלקונה שנמצאה בחוק, ואשר כתוצאה ממנה התפתח דפוס ההעסקה באמצעות קבלן שירותים, מולאה למעשה על ידי המחוקק בתחומי השמירה, האבטחה והניקיון, שבהם, כאמור, מועסקים רוב רובם של עובדי קבלני השירותים. קבלני השירותים בתחומים אלה לא פועלים עוד בתוך 'יאקום רגולטורי', אלא בתוך תחום מוסדר, גם אם באופן חלקי. מתוך הסדרה זו יש להגן על זכויותיהם של העובדים מתוך העמקת תפיסת האחריות שחלה על קבלן השירותים, ובדרך כלל, לא להרחיבה אל עבר הארגון המשתמש.

כפועל יוצא מכך ניתן עוד להסיק, שמנגנון הרישוי מהווה נדבך נוסף לבחינת השאלה מיהו המעסיק של העובדים. עצם חקיקתו של מנגנון הרישוי מלמדת כי דפוס ההעסקה על ידי קבלני שירותים הוא דפוס העסקה לגיטימי שבצידו זכויות וחובות, ועל קבלן השירותים המקבל רישיון לפעול ככזה לעמוד בחובותיו כלפי העובדים המועסקים על ידו. מנגנון הרישוי מציב חובות לקבלן השירותים, ולפיכך, על פניו, משקיבל הקבלן רישיון לעסוק כקבלן שירות, הוא המעסיק הישיר והיחיד של העובדים. אמנם, מטרת הסדר הרישוי אינה לאפשר לארגון המשתמש להתנער מאחריות לעובדי הקבלן בחצרו, אך מנגד, לא מעוגנת בו אחריות כלשהי מצד הארגון המשתמש לעובדים כמעביד, בדרך של העסקה עקיפה או במשותף עם קבלן השירותים, או חובות אחרות כלפיהם, כגון פיקוח. לפיכך, נראה שמנגנון הרישוי יכול לסייע לצמצם את מספר המקרים בהם יהיה ניתן להשתמש בקונסטרוקציה משפטית של העסקה במשותף או העסקה עקיפה, ולהגביר את הוודאות בתשובה לשאלה מיהו המעסיק האוטנטי. מכאן, שמנגנון הרישוי ופרשנותו סייעו לחיזוק התפיסה שרווחה בפסיקה לפיה מיקור חוץ היא החלטה כלכלית, המהווה חלק מהפררוגטיבה של הארגון המשתמש בעסקו, ובדרך כלל, אין מקום להתערב בה.⁴² ארגון הבורח במיקור חוץ ובהתקשרות חוזית אותנטית עם קבלן שירותים נהנה מוודאות גבוהה שהוא לא יוכר כמעביד - על כל המשתמע מכך. הלכה למעשה, מנגנון הרישוי צמצם את החשיפה של הארגון המשתמש לסיכונים כלכליים, משפטיים וביטוחיים, ונתן הכשר למיקור החוץ כאסטרטגיה עסקית לגיטימית בתחומי האבטחה, השמירה והניקיון.

⁴² יש לציין כי זהות המעסיק בכל מקרה נתון תיקבע על סמך בדיקה מהותית של כלל הנסיבות, בשים לב למבחני העזר שנקבעו בפסיקה ושקלולם. לפיכך, ישנה אפשרות לפיה יוטלו על הארגון המשתמש חובות כמעסיק, אם יוכח כי מתקיימים בעניין עובד קבלן השירותים המבחינים שנקבעו בפסיקה, הדרושים להכיר במעמדו כעובד בארגון המשתמש. מבחינים אלה נקבעו בפסיקת המנחה של בית הדין הארצי בעניין דב"ע (ארצי) נב/142-3 חסן אלהרינאת – כפר רות, פד"ע כד 535 (1992). דהיינו, לא די לוודא כי העובד קיבל את שכרו וזכויות מגן בסיסיות, אלא השאלה הינה האם העסקת העובד נגועה בפיקציה והאם מתכונת העסקתו, כפי שהייתה בפועל, פוגעת בדרך כלשהי בזכויותיו או גורעת מהן: ע"ע (ארצי) 6818-10-10 אליהו משה דיין – המוסד לביטוח לאומי (24.4.2012); ע"ע (ארצי) 604/09, 602/09 מדינת ישראל- משרד החינוך - חנה אלוני (24.1.2012); ע"ע (ארצי) 766/07 לימור בן חיים - המוסד לביטוח לאומי (13.2.2011); ע"ע (ארצי) 478/09 יצחק חסידים - עיריית ירושלים (13.1.2011); ע"ע (ארצי) 467/08 פימה פאק פרימוזה טריידינג בע"מ - ש.י.ל.ה. שירותי קירור ואחסנה בע"מ (12.7.2010); ע"ע (ארצי) 410/06 המוסד לביטוח לאומי - ראיד פאהום (2.11.2008); עב (י-ם) 2388/03 אליהו משה דיין - המוסד לביטוח לאומי (22.8.2010); עב (ת"א) 3954/04 שמואלוב איילת (נטליה) - משה פונס שירותי ניקיון ואחזקה בע"מ (10.12.2006). ראו דיין וביקורת אצל דוידוב 2010, 207-210, לפיו יש להטיל אחריות ישירה, ולא רק שירותית, על המזמין כשמדובר במתכונת העסקה פיקטיבית.

ד. דיון: האם מנגנון הרישוי מגן על זכויות עובדים? או - האם האמצעי מגשים את מטרתו?

לאור תכלית מנגנון הרישוי כפי שהובאה בדברי ההסבר לתיקון, ולאור פרשנות תפקידו של מנגנון הרישוי בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה, נשאלת השאלה האם מנגנון זה ממלא את תפקידו כמנגנון לשמירה על זכויות עובדים בתחומים עליהם הוא מתפרש. כאמור, מיקור חוץ היא אסטרטגיה המיושמת בשוק העבודה היום באופן תדיר. מספר המועסקים בדרך זו הינו גבוה, ובענף השמירה, האבטחה והניקיון זהו דפוס ההעסקה הרווח. ניסיונות שונים להתמודד עם התחלואים שנובעים ממיקור חוץ שלא באמצעות חקיקה, כגון הוראות שעה שהוצאו על ידי משרד האוצר⁴³ או החלת קונסטרוקציות משפטיות של העסקה במשותף על ידי הארגון המזמין וקבלן השירותים בפסיקת בתי הדין לעבודה, לא הועילו בשל הכדאיות הכלכלית הנתפסת שבמיקור חוץ, ובשל הגמישות הניהולית המושגת כתוצאה מיישומו. בנסיבות שנפרשו בחלק ב' לעיל, בהן קבלן השירותים מתנער באופן תדיר מקיום חובותיו כלפי העובדים המועסקים על ידו, ככל הנראה אין די בתביעות אישיות, תובענות ייצוגיות או בפסיקת בתי הדין לעבודה כדי למגר את התחלואים הנלווים להעסקת עובדים בענפים אלה.⁴⁴

בהקשר זה, מנגנון הרישוי נראה כצעד קטן שמטרתו היא בסיסית: לשמור על כך שעובדים בתחומים נקודתיים יקבלו את זכויותיהם הבסיסיות המעוגנות בחוקי משפט העבודה המגן ותו לא. ואולם, **חקיקת מנגנון הרישוי סימנה מפנה בתחום מיקור החוץ של שירותים**. עד לחקיקתו, העסקת עובדים על ידי קבלני שירותים היה תחום נעדר הסדרה בשוק הפרטי. בסקטור הציבורי נשלט תחום זה על ידי הסכמים, שהיא טכניקה רגולטורית ללא חקיקה ובעלת עלויות נמוכות באופן יחסי לטכניקות אחרות. עם חקיקת תיקון 6 לחוק חווה התחום מעבר לרגולאציה על כלל ההיבטים של העסקת עובדים על ידי קבלני שירותים בתחומים עליהם נפרש התיקון, באמצעות מתן רישיון בהתאם לתנאים הקבועים בחוק. דהיינו, העומדים בתנאי הרישיון יימצאו זכאים לקבלו. מנגנון הרישוי מאפשר למדינה לפקח על תנאי עבודתם של רוב רובם של עובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים ולנטרם באמצעות מנהלת ההסדרה במשרד הכלכלה. מנהלת ההסדרה אחראית על קביעת נהלים, הנחיות וסטנדרטים פנימיים אחידים ליישום החוק, מפקחת על ביצועם והיא אף האחראית לאכיפתם באמצעות זרוע אכיפה. קביעת מנגנון הרישוי נחשבת לטכניקה מתערבת בסקטור המפוקח, כופה וחמורה יחסית לטכניקות אחרות, מאחר שהיא מהווה מסננת המגבילה מראש את מספר הקבלנים הפועלים בשוק לאלה שעומדים בסטנדרטים הקבועים בדין. הדבר מחייב את הרגולאטור לבדוק באופן פרטני ומדוקדק את נתוניו של כל קבלן מבקש רישיון, טרם הנפקתו. כמו כן, מחייבת טכניקה זו עריכת בדיקות עיתיות עם הבקשה לחידוש רישיון או כאשר קיימת עילה לשלילתו. לפיכך מדובר גם בטכניקה יקרה באופן יחסי לטכניקות אחרות, שאינן דורשות משאבים כה רבים ביישום הרגולאציה.⁴⁵ עם זאת, בחירה בה מהווה יתרון משמעותי עבור הרשות המבצעת בהשגת יעדי מדיניות חברתית הכוללים שמירה על נורמות וערכים ציבוריים.⁴⁶ שמירה על חוקי העבודה במדינת ישראל,

⁴³ הוראת שעה משקי – הגנה על זכויות עובדים המועסקים בידי קבלני שירותים (21.3.2007): http://www.moin.gov.il/ChozreiMancal/200706_07.pdf

⁴⁴ לעניין תביעות אישיות - רבין מרגליות 2009 וכן גולן 2010. אשר לתובענות ייצוגיות ראו התמונה העגומה המתוארת באשר לציבור השומרים בפרשת ורון, בהערת שוליים 25; ראו גם ע"ע (ארצי) 454/09 ב.ג. מוקד אבטחה בע"מ - סיגל בן שלמה (29.3.2011); ע"ע (ארצי) 67/10 יבטח בע"מ - ארז חבושה (14.3.2012); ע"ע (ארצי) 132/10, ע"ע 53083-10-10 אילן בוסקילה - סער בטחון בע"מ (3.9.2012) (הוגשה עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ בהליך 9325/12 עמישב שירותים בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה). כמו כן ראו ע"ע (ארצי) 52248-01-12 גרמן ישייב - חשש מערכות (29.8.2013), בפסקה 36, המסכם את ההלכות הללו, ולפיו הותר לעובדים לפעול למימוש זכויותיהם וזכויות עובדים אחרים כמותם באמצעות כלי התובענה הייצוגית במקרים שבהם ההסכם הקיבוצי נותר אות מתה מבחינת העובדים ובמקרים שבהם הצטרפו החברות המעסיקות לארגון הארצי בדיעבד ולצורך התגוננות מפני התובענות הייצוגיות שהוגשו נגדן.

⁴⁵ Baldwin and Cave (1999), *Understanding Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 34-62; בניש, 2008, 315-316 בהקשר של הצברת תאגידי תעסוקה באמצעות רגולאטור.

⁴⁶ על רגולאציה חברתית: Sunstein (1990), "Paradoxes of the Regulatory State", *University of Chicago Law Review*; Sunstein (1990), *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, 32-46, 55-64. 407-441; Sunstein (1990), 57.

ובנסיבות חקיקתו של מנגנון הרישוי, הגנה על אוכלוסיית עובדים מוחלשת. יש להוסיף כי סינון הקבלנים הנכנסים לשוק וניטור פעילותם מעת לעת לצורך חידוש הרישיון אכן דורש פיקוח וניטור איכותיים, אך מומחיות זו כבר גובשה ביחידותיו השונות של משרד הכלכלה. ניתן לשער שמסיבה זו הועדפה טכניקת מתן הרישיון על פני כינונו של רגולאטור נפרד מחוץ למשרד הכלכלה שזהו ייעודו, פעולה הגוררת עלויות כספיות ניכרות בהשוואה להוספת תקנים ייעודיים במשרד הכלכלה.⁴⁷

בעקבות לקחי הפיקוח הדומה שהוחל לגבי קבלני כוח האדם, ישנה אפשרות שהמעבר לטכניקה של רגולציה על ידי רישיון עלול לסמל גם צמצום עתידי והדרגתי בנקיטת דפוס העסקת עובדים על ידי קבלני שירותים. צמצום זה צפוי הן בשל ההגבלות שהוטלו על **הפן החיצוני** של התופעה, דהיינו, הגבלת מספר בעלי הרישיון באמצעות התנאים הקבועים בחוק הדרושים לקבלת רישיון, והן בשל ההגבלות שהוטלו על **הפן הפנימי**, משמע, בקרה על תנאי ההעסקה של העובדים המועסקים על ידי קבלן שירותים.⁴⁸

נוסף על כך, מושכלות ראשונים הן שהחוק הינו מערך כלי משחק המהווה בסיס לאינטראקציה כלכלית בשוק חופשי. אי ציות לחוקי עבודה משמעה כשל שוק, משום שכך מפר החוק מתעשר שלא כדין על חשבון היתר ויכול להציע את המוצר אותו הוא מספק או את כוח עבודתו במחיר נמוך יותר מהמתחרים האחרים. לכאורה, בדרך של התערבות באמצעות חקיקת משפט העבודה המגן, המבטיחה מינימום בלבד, יכול השוק לאזן את עצמו ללא התערבות נוספת. אך זאת רק מתוך חשיבה תיאורטית. נסיבות העסקתם של עובדים על ידי קבלני שירותים מראות, כי מתקיים מרוץ לתחתית בהזלת עלויות, כדי לשמור על יכולתם של תאגידי להתחרות זה בזה; הן תאגידי המוציאים שירותים החוצה, והן תאגידי שירות המציעים מרכולתם למזמין. במרוץ זה נוצר תמריץ דווקא להפר את חקיקת המגן בצורה רחבה.⁴⁹ המפסידים העיקריים מכך הם לא רק העובדים המוחלשים, אלא ציבור המועסקים כולם; הפרת זכויותיהן של אוכלוסיית העובדים המוחלשים עשויה להשתרש כנורמה פסולה ולפגוע בכלל המועסקים. לפיכך, ולמרות שהכלים לעולם לא יוכלו להכיל את שפע הדרכים היצרניות לקצץ בחקיקת המגן ולעקפה, הצורך במנגנון הרישוי, כרשת בטחון נוספת להבטחת אותו מינימום עבור האוכלוסיות המוחלשות, אינו מוטל בספק. עצם קיומו של מנגנון הרישוי והפיקוח בצידו הוא משמעותי לחיזוק הנורמות הקיימות. כמו כן, המנגנון מאפשר למזער את הבעייתיות העולה משימוש בקונסטרוקציות משפטיות של העסקה במשותף: המרוויח העיקרי מהטלת חובות על המשתמש הוא קבלן השירותים עצמו, אשר ביחד עם המשתמש חייב בתשלום מופחת בהשוואה לתשלום המלא אותו היה משלם לעובד, אילו היה מחויב לשלם לו לחוד; העובד לעולם לא יקבל תשלום כפול מן הארגון המשתמש ומן הקבלן עבור אותה עילה. נוסף לאלה, המנגנון במהותו קובע תנאי סף, ואינו מתערב באופן חודרני מידי בנעשה בשוק, למשל, באמצעות הכתבת תחומי העסקה בהם ניתן להעסיק עובדים על ידי קבלני שירותים, תנאי העסקתם, משך ההעסקה וכדומה.

הצגה זו של הדברים מלמדת, על פניו, כי כעת מדובר בשלבים ראשונים של הפעלת המנגנון. אכן, המנגנון הוא אמצעי חדש, אך בסביבת הנתונים הקיימת אין לדון אותו מראש לכישלון. לאור הנימוקים שנמנו לעיל ניתן לשער, כי המנגנון הינו כלי ראוי להתמודדות עם האתגרים בשלם חוקק מלכתחילה, כי יש

⁴⁷ אמדן עלות להגברת מספר התקנים אצל אילן ביטון, "הגברת הפיקוח על חוקי העבודה בישראל - אמדן עלות", מסמך מרכז המחקר והמידע - המחלקה לפיקוח תקציבי בכנסת (13.6.2011). (כניסה אחרונה 28.3.2013): <http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03006.pdf>. בישראל מרבית הרגולאטורים מצויים באחריות שר ומשרד ממשלתי מסוים, ומיעוטם הינו עצמאי; כך אחראי משרד ראש הממשלה על הערכת השפעות הרגולאטורים בישראל, ואין משרד ממשלתי מיוחד לעניין או 'רגולאטור על' עצמאי ומומחה בנושא. למשל "תורת הערכת השפעת הרגולאציה" מדרך ממשלתי על פי החלטת ממשלה 4027 (25.12.2011), מהדורה להערות מחודש מרץ 2013. <http://www.pmo.gov.il/policyplanning/mimshal/Documents/hashpaotregulatzya.pdf>. כפי שמצוין באתר משרד ראש הממשלה, מדובר בתורה ממשלתית להערכה של השפעות הרגולאציה ומתווה למיסודה. לפיכך ניתן להעלות השערה הטעונה מחקר, לפיה הרגולאציה בישראל אינה חלק מתפיסה של ממשליות אלא מתפיסה ריכוזית ממשלתית. עוד על ההבדל בין השתיים: Levi-Faur (2012), "From 'Big Government' to 'Big Governance'", *The Oxford Handbook of Governance*, 3-19.

⁴⁸ סעיף 3(1) לחוק.

⁴⁹ רבין מרגליות, 2009, 556.

בו רק לסייע לשמירה על זכויות עובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים, וכי הוא מהווה חגורת חיזוק נוספת לאכיפת הוראות משפט העבודה המגן בישראל.

עם זאת, לעניות דעתי, בחינה ביקורתית של מנגנון הרישוי מניבה כמה סימני שאלה המכרסמים בהשערה זו. ראשית, הסדרת התחום לא עשויה לפגוע בפן החיצוני של העסקת עובדים על ידי קבלני שירותים, דהיינו, לצמצם באופן ישיר את מספר קבלני השירותים. זאת מאחר שחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם לא הוחל במלואו על קבלני שירותים, אלא רק חלק מסוים ממנו, דהיינו, חלק מהסדר הרישוי בשינויים מסוימים, חובת הדיווח, פיקוח ואכיפה וסעיפי העונשין. ההסדר המלא שהוחל על קבלני כוח אדם כולל חובות משמעותיות פרט לרישוי בנוגע לתנאי העסקת העובדים, בהן לא חייבים קבלני שירותים.⁵⁰ אף לצורך קבלת הרישיון, החובות שהוחלו על קבלני שירותים הן מקלות לעומת אלה שהוטלו במקור על קבלני כוח אדם. כך, לא חייבים קבלני שירותים בהוכחת שלוש שנות ניסיון בניהול כח אדם, אלא בהוכחת ידע ניהולי או עסקי וכן ידע בתחום זכויות העובדים, בלבד.⁵¹ כמו כן, קבלני השירותים אינם חייבים להוכיח יציבות כלכלית כתנאי למתן רישיון. יש להדגיש כי פער חובות זה במרכיביו של מנגנון הרישוי לא הוביל לדיון ביקורתי בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה. הלכה למעשה, משמר פער החובות את התמריצים שנוצרו מלכתחילה למעבר לדפוס העסקה על ידי קבלני שירותים במקום קבלני כוח אדם, דהיינו, מנציח את 'סחף המדיניות' שנוצר,⁵² והוא מסייע דווקא להמשך צמצום מספר קבלני כוח האדם, ולעליית מספרם של קבלני השירותים, גם אם באופן מבוקר. מפרספקטיבה זו, מנגנון הרישוי אמנם מילא את הלקונה הקיימת בחוק. עם זאת, המנגנון מאפשר רמת פיקוח מינימאלית ורופפת בלבד על קבלני שירותים, על אף הבחירה בטכניקה רגולטורית מתערבת בסקטור המפוקח באופן יחסי לטכניקות אחרות, כגון רגולאציה באמצעות חוזים, רגולציה על ידי מידע, תמרוץ או קביעת סטנדרטים.

מבחינת הפן הפנימי, דהיינו, הבקרה על תנאי העסקתם של העסקת עובדים על ידי קבלני שירותים. כאמור, מטרת ההגבלות הקיימות בחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם היא לצמצם את התמריץ הכלכלי בהעסקת עובדים בדפוס 'העסקה עקיפה'. כך נקבעו בחוק חובות יידוע העובד על הסכם העבודה ותנאיו, איסור העסקה בשביתה או בהשבתה, וחובת השוואת תנאיו של עובד כוח האדם לתנאיו של עובד הארגון, כאשר השניים מועסקים באותו תפקיד ובהיקף משרה זהה, בחלוף זמן קצוב בן תשעה חודשים. עם זאת, דברים אלה נכונים בנוגע לקבלני כוח אדם, בלבד, ולא ניתן ליישםם כאשר מדובר בעובדים המועסקים על ידי קבלן השירותים. שהרי, מטרתה הראשונית של אסטרטגיית מיקור החוץ היא לבטל את אותה פונקציה כיחידה תוך ארגונית ולהוציאה לידי קבלן השירותים. עם הוצאת הפונקציה מהארגון וביטולה לא מועסקים בנישה זאת עובדים, ולכן, אין למעשה אפשרות להשוות תנאים של עובד קבלן שירותים ועובד קבוע. אם כך, הבקרה על תנאי העסקתם של עובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים אינה מיועדת לצמצם את מספרם ובכך לצמצם את התופעה כולה, אלא רק לוודא שהעובדים מקבלים את

⁵⁰ קבלני שירותים אינם חייבים בחובות לפי פרק ג' לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, שעניינו תנאי עבודה.
⁵¹ עש"ר (ארצי) 57737-11-11 סופר סקיריטי בע"מ – מדינת ישראל, (10.1.12), בפסקה 32. ידע זה נבדק במבחן וראיון.
⁵² 'סחף מדיניות' אינו רק כשל בצפיית שינוי חברתי נסיבתי והתאמתו לצוק העתים. 'סחף מדיניות' עשוי לנבוע ממאמץ ממוסד ומכוון מצד הרשות האחראית ליישומה למנוע עדכון והתאמה של המדיניות הקיימת למצבים חדשים. מאמץ זה מתבטא, למשל, בהפעלת המדיניות הקיימת בצמצום באופן שאינו מאפשר לעדכנה, למשל דרך קביעת הנחיות פנימיות או קריטריונים המצמצמים שיקול דעת של הפקיד המיישם; ביצוע 'פעולות חוסמות' כגון הקפאה משיקולי תקציב או הצפת שיקולי דעת קהל המתנגדים לאותה מדיניות; שינויים ברמה ההסדרתית: צמצום הפיקוח, הניטור והאכיפה הקיימים בתחום המדיניות בשל פרשנות מצמצמת של המנדט הרגולטורי. צמצום זה יכול להתפרש כמדיניות נוהגת על פני זמן ארוך באופן סיסטמטי, או עשוי להיות מיושם באופן מיידי. זאת, גם כאשר מטרת המדיניות היא להגן על אוכלוסייה או סקטור מסוים מפני סיכונים צפויים או מפני סקטור אחר. כך גם ניתן לתקן, להתאים או לשנות מדיניות מסוימת ללא רפורמה פורמאלית, כאשר שינוי חקיקה עשוי לעורר מאבק קשה בספירה הפוליטית והחברתית כאחד. 'סחף מדיניות' משפיע באופן מיידי על השחקנים בסביבת המדיניות. תגובותיהם יכולות ליצור היוזר חוזר של אינטרסים שישמר את המצב הקיים בו המדיניות אינה מעודכנת, ואף יחריף את הסחף בעתיד. הדבר תלוי בזיהויו של השחקן המושפע; האם הוא מאורגן; האם כתוצאה מסחף המדיניות אותו שחקן יצר התקשרויות או התחייבויות ארוכות טווח, ושינוי מדיניות בדרך של רפורמה עשוי להעמידו מול סיכונים משפטיים, כלכליים, ארגוניים או תדמיתיים (סיכוני מוניטין) בעתיד. ההפניות בה"ש 22 לעיל.

זכויותיהם, שהן תנאי המינימום הקבועים בחוק. בקרה זו מבטאת את מטרתו הבסיסית של מנגנון הרישוי, שהיא למעשה, להוות חגורת הגנה נוספת על העובדים מפני הפרת זכויותיהם ותו לא. הבקרה והפיקוח על תנאי העסקתם של עובדי קבלן השירותים לאחר קבלת הרישיון מתבטאים בחובת דיווח שנתית של קבלן השירותים למנהלת ההסדרה, על עיסוקו כקבלן, על מספר עובדיו לפי ענף עבודה, מקומות עבודתם, תקופות עבודתם, שכרם ותשלומים בקשר אליהם על פי חוק, וכן עדכון בשינוי פרטים אלה.⁵³ לאור מאפייני ענפי השמירה, האבטחה והניקיון שנפרשו לעיל, בהם סובלים עובדים מהפרות חוזרות ונשנות של זכויותיהם, ספק אם חובת דיווח עיתי זו הינה מספקת כדי לפקח על קבלני שירותים ולוודא שבפועל העובדים מקבלים את זכויותיהם. יישום חובה זו מצריך היערכות רבה מצד הרגולטור, מנהלת ההסדרה והאכיפה במשרד הכלכלה, לרבות הכשרת כוח אדם גדול ומיומן לבחינת הדיווחים ולטיפול בהתאם לממצאים הנובעים מהם.

חרף זאת ולמרות שלכאורה גדל באחת פי כמה תחום העיסוק של הרגולטור, לא ברור האם יוקצו למשרד הכלכלה תקני פקחים נוספים. לאור מספר הפקחים הפועל במשרד נכון לשנת 2011, העומד על 64 פקחים בתקן, לא ברור כיצד יערך האחרון לפקח על ביצוע הוראות החוק ואכיפתן;⁵⁴ האם כך ייעלמו מעיני מנהלת ההסדרה הפרות רבות של חובת הדיווח השנתית, ומה יהיה משך זמן התגובה על בקשה למתן רישיון או לחידושו. יש עוד לציין כי מטרת מנגנון הרישוי היא להגן על אוכלוסיות העובדים המוחלשות יותר בלבד, דהיינו, ענף השמירה, האבטחה והניקיון. אוכלוסיות חזקות מעט יותר, כגון מתן שירותי הסעדה, בריאות או הוראה אינן נכללות בתוספת לחוק ולפיכך אינן מוגנות כלל על ידי הסדר הרישוי הקבוע בו, אף שגם זכויותיהן לא תמיד משולמות במלואן. כך, שלמרות שרוב המועסקים על ידי קבלני שירותים נכללים תחת מנגנון הרישוי הנועד להגן על זכויותיהם נותרת אוכלוסיית עובדים מיוחדת לגדר, ומעמדה מדרדר ונשחק. כמו כן, מנגנון הרישוי מפקח ומנטר סקטור המורכב מקבלני השירותים.

רגולציה זו אינה מתייחסת למקומם של הארגונים המשתמשים במארג ההתקשרויות הקיים. כאמור, רצונו של הארגון המשתמש לשמור על עלויות שירות נמוכות ככל האפשר מוליד קביעת סכומי תמורה נמוכים בהסכמים למתן שירותים, שמתרגמים לתנאי העסקה מינימאליים לעובדי קבלן. בכך תורמים ארגונים משתמשים תרומה עקיפה אך משמעותית לתנאי העסקתם של אותם עובדים. בדרך זו אף נוצר לקבלן השירותים תמריץ להפר את זכויותיהם של עובדי קבלן, משום שהוא גורף לכיסו את הפער. מנגנון הרישוי שותק בנוגע ליחסים אלה. כל מטרתו היא הסדרת מתן כרטיס כניסה לקבלן להעסיק עובדים בתחומים ממוקדים: אבטחה, שמירה וניקיון, ולוודא מעת לעת שהעובדים המועסקים על ידו מקבלים את זכויותיהם הבסיסיות ממנו, כמעסיקים הישיר, כחלק ממערך האכיפה של דיני העבודה.

לסיכום, ושלא בדומה לדפוס העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, המנגנון אינו מתערב ביחסי קבלן ועובדיו כל עוד הוא ממלא את חובותיו או במערכת היחסים בינו ובין מזמין השירות. המנגנון נועד לוודא כי קבלן השירותים עומד מעת לעת בתנאים בבסיס הרישיון שניתן לו, ושהוא משלם לעובדיו את זכויותיהם הבסיסיות; זכויות אשר הן מנת חלקם בלאו הכי. זוהי חובה שהיה על קבלן השירותים למלאה אף ללא כל הסדרה נוספת פרט לחוקי העבודה הקיימים. משכך, מאפשר מנגנון הרישוי רמת פיקוח מינימאלית ורופפת בלבד על קבלני שירותים. מבחינה זו ניתן לשער כי תקצר ידו של מנגנון הרישוי מלוודא שהעובדים אכן יזכו לקבל את זכויותיהם. המנגנון אינו פותר מן השורש את התחלואים החברתיים הניצבים בבסיס דפוס העסקה זה כפי שנפרשו לעיל, אלא מעניק לו לגיטימציה כדפוס העסקה שחדל להיות פוגעני. עם זאת ולמרות שבשנת 2011 חלה ירידה של מספר המועסקים בענפי האבטחה, השמירה והניקיון ביחס לשנים קודמות, בהתחשב במשך הזמן הקצר שחלף מיום כניסת התיקון לחוק לתוקף, אין נתונים

⁵³ סעיף 9 לחוק.

⁵⁴ מספר הפקחים אצל ביטון, הערה 47 לעיל; הצי"ח 2330/18/פ אחריות מזמין שירותי קבלן לזכויות העובדים, התש"ע-2010, 3.

מהם ניתן ללמוד כי עצם החלת מנגנון הרישוי במנותק מגורמים אחרים, הובילה לכך שעובדי קבלני השירותים קיבלו את זכויותיהם, ובכך, השתפר מצבם בהשוואה לשנים עברו.⁵⁵ נוכח זאת יש לציין, כי כלל לא ברור האם המטרה הבלבדית של המנגנון היא הגנה על זכויות העובדים. אמנם, זוהי המטרה המוצהרת הניצבת בבסיס התיקון לחוק. לעומת זאת, לעניות דעתי, מניתוח מנגנון החוק והפסיקה שקדמה לו ניתן להעלות השערה הטעונה מחקר נקודתי, כי מטרת המחוקק בהחלת מנגנון הרישוי הייתה מעשה 'טלאי על טלאי' שנועדה לענות על מטרות מגוונות וצרכים סותרים: מחד, נועד המנגנון לענות על צרכי דעת הקהל, לפיה העסקת עובדים מוחלשים באמצעות קבלני שירותים הינה "העסקה פוגענית" ויש לוודא כי עובדים אלה מקבלים את זכויותיהם.

מאידך, ניתן לפרש את חקיקת המנגנון על רקע סחף המדיניות שנוצר: כתוצאה מאי-הסדרת תחום העסקת עובדים על ידי קבלני שירותים החלו להנץ ניצני פסיקה המלמדים על נכונות של בתי הדין לעבודה להכיר במסגרות של העסקה במשותף, גם במקרים בהם מעורב קבלן שירותים ולא רק קבלן כוח אדם.⁵⁶ תגובותיהם של ארגונים משתמשים לאותם ניצנים הובילו ליוזמת פתרון חקיקתי שאינו פוגע בהתחייבויות חוזיות ארוכות טווח שיצרו אותם ארגונים, אינו מטיל עליהם חובות כלכליות או משפטיות נוספות ואף מבהיר מיהו המעסיק. בכך עונה המנגנון על צרכיו של פלח מן הסקטור המפוקח, הארגונים המשתמשים, ומשיג את הוודאות לה קיוו. כל זאת, באמצעות מינימום חקיקתי: החלת חלק מהסדר קיים על דפוס העסקה נוסף, מבלי להידרש באופן פרטני לבעיות הכרוכות בהחלת ההסדר באופן חלקי על אותו דפוס וללא מענה מלא לתחלואים הנובעים ממנו, או לתחלואים העתידיים העשויים לנבוע מיישומו. משכך, ישנה אפשרות שחקיקת המנגנון היא תוצאה של השפעות והיזון חוזר של אינטרסים, המיועדת לתת מענה סדור לתגובות ולצרכי הארגונים המשתמשים, לרבות מוסדות המדינה עצמה, כי הם לא יוכרו כמעסיקי אותם עובדים ולא יצטרכו לשאת בעלות תשלום זכויותיהם, או אף לקלוט אותם לשירותיהם.

ה. בחינת מנגנונים משלימים למנגנון הרישוי

כאמור, מן הבחינה הביקורתית שנפרשה לעיל עולה ספק האם המנגנון, המצוי עדיין בשלבי ינקות, אכן ימלא את תפקידו בשנים הבאות כמנגנון המיועד לשמור על זכויות עובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים. כפי שפורט לעיל, חולשתו של המנגנון מתבטאת בהחלה חלקית של ההסדר הקבוע בחוק קבלני כוח אדם על קבלני שירותים, בהחלת רף סטנדרטים נמוך יותר בהשוואה לזה שהוחל על קבלני כוח אדם ובעיות אכיפה צפויות עקב העומס שהוטל על מנהלת ההסדרה והאכיפה במשרד הכלכלה.

חסרונות אלה קיבלו מענה חלקי בניסיונות נוספים שנערכו על ידי המחוקק במטרה להביא להגברת האכיפה של דיני העבודה.⁵⁷ ראשון בהם הוא **תיקון מס' 8 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כח אדם**, שהתקבל בשנת 2011. במסגרת התיקון התווסף לחוק סעיף 10ב, הקובע איסור על התקשרות לקבלת שירות או על קבלת שירות בפועל מקבלן שירותים, אלא אם אותו קבלן הוא בעל רישיון, והמציא העתק ממנו לארגון המשתמש.⁵⁸ מטרת התיקון, כפי שפורטה בדברי ההסבר, היא "להרתיע מפני התקשרות עם קבלני כוח אדם וקבלני שירות שפועלים באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הוראות החוק ואינו מבטיח את זכויות העובדים, ולעודד התקשרות עם קבלנים כאמור שפועלים כדין, וכך להגביר את הפיקוח על קיום

⁵⁵ לאור הסכסוך הקיבוצי עליו הכריזה ההסתדרות הכללית החדשה בחודש אוקטובר 2011 והמאמצים שנערכו לקלוט את עובדי קבלני השירותים, כמו עובדי קבלני כוח אדם, כעובדי מדינה, כלל לא בטוח כי מנגנון הרישוי מבטיח את כי אכן קבלני השירותים דואגים לתשלום זכויות עובדיהם. ראו עמדת ההסתדרות בסק"כ (ארצי) 11-11-8375 **לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים ואח'** – **ההסתדרות הכללית החדשה ואח'** (10.1.2012) בפסקה 1 ובפסקה 10.

⁵⁶ ההפניות בהערת שוליים 42 לעיל.

⁵⁷ עמדת המדינה בעניין **לשכת התיאום** הערה 55 לעיל בפסקה 11.

⁵⁸ בסעיף 10ב(ב) קבוע סייג, לפיו "הוראות סעיף זה לא יחולו על יחיד שמקבל את שירות כוח האדם או את השירות שלא לצורך עסק, משלח יד או שירות ציבורי."

זכויות העובדים". הסנקציה הקבועה בגין הפרת הוראת הסעיף היא תשלום קנס.⁵⁹ מאחר שעלויות מנגנון הרישוי הוטלו ברובן על קבלני השירותים, ולפיכך, קבלן אשר פועל ללא רישיון וקושר קשר שתיקה עם הארגון המשתמש יכול להציע את שירותיו במחיר נמוך יותר מקבלן הפועל עם רישיון כדין, נועד תיקון זה לבטל את הכדאיות הכלכלית בהפרת החוק עבור שני הצדדים. התיקון מתחשב בתרומתם העקיפה של הארגונים המשתמשים לתנאי העסקתם של העובדים, ובכך הוא עונה במידה מסוימת על החסר הקיים בהסדר הרישוי ומחזק את הרגולציה הקיימת על קבלני השירותים במסגרתו.

כמו כן בחודש יוני 2012 נכנס לתוקפו **החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, תשע"ב-2011**. החוק נחקק על רקע תופעה הולכת ומתרחבת של אי-ציות להוראות חוקי העבודה וצווי ההרחבה במשק, ומטרתו היא "להגביר ולייעל את האכיפה של חוקי העבודה על ידי הנהגת הליך מנהלי להטלת עיצום כספי על מעבידים, הם קבלני השירותים, ועל מזמיני שירות. החוק מיועד להתמודד בצורה נקודתית עם מיקור חוץ של המשאב האנושי, דרך התערבות בחוזה ההתקשרות בין קבלן השירותים ובין הארגון המשתמש בשירותיו. הקשר החוזי מאפשר לארגון המשתמש להפעיל מנגנונים חוזיים לפיקוח מתמיד וקבוע על פעולות הקבלן, לרבות קיום תנאי העבודה של עובדי הקבלן. התערבות בקשר זה באמצעות הטלת חובות פיקוח על הארגון המשתמש, מאפשרת תיקון הפרות של חוקי העבודה בתוך פרק זמן קצר, והפנמת הנורמות הקבועות בחוקים אלה. אכיפת חובות הפיקוח מושגת דרך הליך מנהלי להטלת עיצום כספי על הארגונים המשתמשים, לרבות רשויות ציבוריות, ובאמצעות תיחום אחריותם האזרחית והפלילית.

ההנחות העומדות ביסוד החוק הן שההתקשרות לצורך מיקור חוץ היא **התקשרות לגיטימית** וכי רצונו של הארגון המשתמש הוא להימנע מהעסקה ישירה של עובדים, ומכאן בחירתו להתקשר עם קבלן שירות; כי סכום התמורה הנקוב בהסכם, המשולם בעד מתן השירות, הוא נתון המשליך על תשלום זכויות העובדים.⁶⁰ בתמצית, קובע החוק כי חובת מעביד שהוא קבלן, כלפי עובדו, שנוצרה מכוח משפט העבודה המגן, תחול גם על מזמין שירות בעד פרק הזמן שהעובד הועסק במתן השירות אצלו. זאת, בתנאי שמדובר בשירות שניתן אצל המזמין באמצעות ארבעה עובדים לפחות, במשך תקופה רצופה בת שישה חודשים, ושהעובד מסר למזמין השירות הודעה, כי דרש בכתב מהקבלן למלא את החובה והיא לא מולאה תוך 30 יום מיום דרישתה.⁶¹

כמו כן, מזמין שירות חייב לנקוט באמצעים סבירים כדי למנוע פגיעה בזכויות עובדי הקבלן המועסקים בחצרו. לשם כך עליו לקבוע דרך יעילה במקום העבודה למסירת הודעות על הפרת זכויות העובדים, ולבירור המידע באותן הודעות. אי פיקוח על התנהלות קבלן השירותים כלפי העובדים עשויה לגרור הטלת עיצום כספי על הארגון המשתמש, שהיא סנקציה אזרחית שאין בצידה רישום פלילי, ובמקרים מסוימים גם סנקציה פלילית בדמות תשלום קנס.⁶² לפיכך, האפשרות להטיל סנקציות על הארגון המשתמש תוביל

⁵⁹ סעיף 20(ד) לחוק.

⁶⁰ דברי ההסבר להצעת חוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, התשס"ח-2008, 376-377, 382, 385. לעניין הנחות היסוד ראו מצגת מאת עו"ד דבי ספיר אליעזר, הלשכה המשפטית של משרד הכלכלה: <http://www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/92369048-> http://www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/1452BC2D-4BE6-4EDF-8FFB-999BAEDF3A21/0/law_ag_achifa.pdf ובין היתר: http://www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/1452BC2D-4BE6-4EDF-8FFB-999BAEDF3A21/0/law_ag_achifa.pdf (24.6.14).

⁶¹ סעיף 25 לחוק הגברת האכיפה של דיני העבודה, תשע"ב-2011. הודעה יכולה להימסר גם על ידי מפקח עבודה בהתאם להוראות סעיף 25(ב). ראו סייג לכך בהוראות סעיף 28 לחוק, לפיו תחול על מזמין השירות אחריות אזרחית כלפי עובד קבלן השירותים גם אם לא מתקיימים התנאים המפורטים בסעיף 25 לחוק, אם בהסכם ההתקשרות בין מזמין שירות ובין קבלן שירותים לא פורטו מרכיבי השכר שישלם הקבלן לעובדיו וכן עלות השכר המינימאלית, הצהרת הקבלן על עלויות נוספות כולל רווח והתחייבות מזמין השירות לתשלום בסכום שלא יפחת מעלות השכר המינימאלית והעלויות הנוספות של הקבלן; אם עלות השכר המינימאלית פחותה מערך שעת העבודה כפי שקבוע בחוק; מזמין השירות משלם לקבלן בפועל סכום הנמוך מערך שעת עבודה כאמור. על מזמין שירותים המתקשר בהסכם כזה לא יחולו ההגנות הקבועות בסעיף 27 לחוק.

⁶² כך עשויה התקשרות עם קבלן שירותים בניגוד להוראות פרק ד' לחוק (סעיפים 33-31) גוררת אחריות תשלום קנס; אי פיקוח על הקבלן מצד מנהל כללי של הארגון מזמין השירות; אי פיקוח ו"לעשות ככל שניתן" למניעת עבירות מסוימות: אי מסירת תלוש שכר בהתאם להוראות סעיף 25 לחוק הגנת השכר, תשי"ח-1958; העבדת נוער בניגוד לסעיף 33א(2) לחוק עבודת נוער, תשי"ג-1953; אי מתן חופשה שנתית בהתאם להוראות סעיף 28א(א) לחוק חופשה שנתית, תשי"א-1951; אי תשלום שכר מינימום לפי הוראת סעיף 14 לחוק שכר מינימום, תשמ"ז-1987; העבדה בניגוד להוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951.

לכך שהאחרון ידרוש כי יישמרו זכויות עובדי הקבלן במסגרת הסכם ההתקשרות בין הצדדים, ויבדוק את קיומן באמצעות בודק שכר עצמאי בזמן אמת.⁶³ ככל שנמצאו הפרות על הארגון המשתמש לפנות אל קבלן השירותים ולדרוש ממנו לתקן את ההפרה, ואם זו אינה מתוקנת בתוך זמן סביר, עליו לבטל את ההסכם. הוכחת ביצוע אותן פעולות תהא הגנה טובה על ארגון משתמש בעת הליך של תביעה אזרחית כלפיו.⁶⁴ על אף שהוראות חוק אינן קובעות מסמרות בשאלת יחסי עובד ומעביד בין הארגון המשתמש ובין העובד המועסק בחצרו,⁶⁵ הן מטילות על הארגון המשתמש חובות שמטרתן להבטיח כי העובדים מקבלים את הזכויות המוקנות להם מכוח חקיקת משפט העבודה המגן. בדרך זאת, הופך הארגון המשתמש לגורם מפקח נוסף על קבלן השירותים.⁶⁶ לפיכך הסדר זה משלים את הסדרי המסגרת, ומנגנון הרישוי בתוכם, הקבועים בחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, וממלא אותם בתוכן של חובות ממשיות המתערבות בהסכם למתן שירותים בין שני הצדדים.

בעקבות החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה יצאו מלפני החשב הכללי במשרד האוצר הוראות שעניינן הוא פיקוח הדוק על התקשרויות עם קבלני שירותים במטרה לשמור על זכויות העובדים.⁶⁷ בד בבד עם הליכי חקיקת החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה וכפועל יוצא ממאבקה של הסתדרות העובדים הכללית החדשה למען עובדי קבלני שירותים, נחתם ביום 4.12.2012 הסכם קיבוצי מיוחד, שעניינו קביעת תנאי מינימום להעסקת עובדי ניקיון ושמירה בהתקשרויות קבלניות של המדינה בתחומים אלה.⁶⁸ כפועל יוצא מהסכם זה, התווסף בחודש אוגוסט 2013 לספר החוקים **חוק העסקת עובדים על ידי קבלני שירות בתחומי השמירה והניקיון בגופים ציבוריים, תשע"ג-2013**, שמטרתו החלת תנאי עבודה מוסכמים הנמנים בתוספת לחוק על עובדי קבלני שירותים בגופים ציבוריים.⁶⁹ ביום 1.9.2013 אף הוציא מלפניו שר האוצר צו העסקת עובדים על ידי קבלני שירות בתחומי השמירה והניקיון בגופים ציבוריים, התשע"ג-2013, המפרט את רכיבי תנאי העבודה המוסכמים הקבועים בתוספת.⁷⁰

נוכח הוראות החוק להגברת האכיפה והמארג המשפטי הענף בעקבותיו הוגדל מספר תקני הפקחים במשרד הכלכלה. ואולם, עדיין אין זה ברור כיצד יתמודדו אגף ההסדרה ואגף האכיפה במשרד עם הצפת המידע, הנתונים והדיווחים שיתקבלו מארגונים משתמשים שיהיו מעוניינים להימנע מן הסנקציות

⁶³ בהתאם להוראות פרק ו' לחוק: בודק שכר עבודה מוסמך.

⁶⁴ הוראות סעיף 27 לחוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, תשע"ב-2011.

⁶⁵ סעיף 46 לחוק.

⁶⁶ על חלק זה של החוק הוגשה עתירה שהוגשה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ על ידי איגוד לשכות המסחר (בג"ץ 7626/12). בעתירה נטען כי החוק הופך את הארגון המשתמש למעין מפקח ולרשות אכיפה כלפי קבלן השירותים וגורם למעסיק אחד לשאת באחריות על הנעשה במסגרת יחסי העבודה אצל מעסיק אחר. על כן ביקשו העותרים לבטל את הוראות פרק ג' ו-ד' לחוק העוסקים באחריות אזרחית ופלילית של מזמין שירות. העתירה נדחתה ביום 11.12.2013, לאחר שהעותרים קיבלו את המלצת בג"ץ לחזור בהם מן העתירה. דחיית העתירה מלמדת כי אין פסול בהטלת חלק מן האחריות לאכיפת דיני העבודה על ארגונים המשתמשים בשירותיו של קבלן שירותים באמצעות חוק, וכי החוק בצורתו הנוכחית אינו מצדיק דיון בעתירה לגופה וביטול הוראות הפרקים כמבוקש. ראו עוד - שי ניב, "לשכות המסחר נגד חוק הגברת האכיפה: יזו מחאה חברתית". **גלובס**, 7.11.2012; משה גורלי, "חיוב המעסיק לאכוף דיני עבודה על ספקים אינו חוקתי", **כלכליסט**, 30.10.2012.

⁶⁷ הוראת תכ"מ 7.11.3 "הגנה על זכויות עובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים בתחומי השמירה, האבטחה והניקיון", בתוקף מיום 24.6.2013. ההוראה מסדירה היבטים שונים בהתקשרות משרדי ממשלה ויחידות סמך עם קבלני שירותים כדי לאתר ולמנוע תופעות של הפרת זכויות עובדים, וכוללת הנחיות לתנאי סף להשתתפות במכרזים למתן שירותים ותנאים לפסילת הצעה, מכתביה סעיפים בהסכם ההתקשרות והוראות לניהול ההתקשרות מול הקבלן: <http://hozrim.mof.gov.il/doc/hashkal/horaot.nsf/ByNum/7.11.3>; הוראת תכ"מ 7.11.4 "מערכת מרכזי לביקורת על זכויות עובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים בתחומי השמירה, האבטחה, הניקיון וההסעדה", בתוקף מיום 17.6.2013, המגדירה את תפקידי יחידת הביקורת של אגף החשב הכללי במשרד האוצר - לוודא שאכיפת זכויותיהם של עובדים בתחומים אלה מתבצעת בהתאם לחוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, להסדיר העברת מידע שוטף ממשלתי ליחידות הביקורת בנוגע להתקשרויות עם קבלני שירותים ולהגדיר ציון מבדק זכויות עובדים שיינתן על ידי המשרד הרלוונטי לכל קבלן בסיומה: <http://takam.mof.gov.il/doc/hashkal/horaot.nsf/ae80f9b88a5f96d0c225770c003a075d/72711d11fc0af757c2257b8d003d6530>. [?OpenDocument](#)

⁶⁸ הסכם קיבוצי מיוחד בין מדינת ישראל ובין הסתדרות העובדים הכללית החדשה מיום 4.12.2012 (הסכם קיבוצי 7690-2012). בהתאם לסעיפים 2 ו-6 לחוק, מונה התוספת את התנאים הבאים: שכר עובד ניקיון ואחראי ניקיון ושכר עובד שמירה ואחראי שמירה; מענק מצוינות; הפרשות לקופת גמל לקצבה; קרן השתלמות; דמי הבראה; סבסוד ארוחות במזון במקום העבודה; שי לחגים ומתנה בטובין.

⁷⁰ צו העסקת עובדים על ידי קבלני שירות בתחומי השמירה והניקיון בגופים ציבוריים, התשע"ג-2013, מיום 1.9.2013 פורסם בק"ת 7286, ע' 1642.

הקבועות בחוק. בהתבסס על כמות התקנים, ואף בהנחה שפעילות האכיפה הפלילית תפחת נוכח המעבר למסלול מנהלי של נקיטת עיצום כספי ותצומצם בהתאם, ניתן לשער כי הרגולאטור יתקשה להתמודד עם כלל היבטי החוק, ואף אולי לא יישומו חלקים ממנו ויהפכו ל'אות מתה' נוכח 'מתיחת' המנדט שהוקצה לו וחוסר ההתאמה למשאבים העומדים לרשותו.

כמו כן, החוק טרם נבחן בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה, ועדיין חסרים נתונים סטטיסטיים, וכל שכן, מחקר אמפירי מקיף, המלמדים האם הוא אכן מגביר ומייעל את האכיפה של חוקי העבודה, ובכך מגשים את תכליתו בהגנה על זכויות עובדים. ימים יגידו האם החלת משטר רגולטורי נוקשה עוד יותר על גב מנגנון הרישוי, המעמיס פיקוח על סקטור הארגונים המשתמשים, דהיינו, היכן שלא היה קיים בעבר כלל, אכן ימלא את מטרתו להגן על זכויות העובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים.

לכך יש להוסיף כי מארג משפטי זה, אף שהוא מניח שהתקשרות לצורך מיקור חוץ של המשאב האנושי היא לגיטימית ואף מוצדקת כלכלית, מבקש לשמור על זכויות עובדים מתוך הנחה סותרת - הכדאיות הכלכלית הגלומה במיקור חוץ עבור המגזר הפרטי, או הקטנת העלויות עבור המגזר הציבורי, עשויה לעודד הפרות של הוראות משפט העבודה המגן למען רווח כלכלי נוסף על גב העובדים, אותן יש למנוע באמצעות רגולציה נוקשה.

ואולם, מארג זה אינו מועיל בהכרח בשילוב עם מנגנון הרישוי, וכלל לא בטוח כי זה יסייע להגשים את התכלית הקבועה בבסיסם. הניסיון לשפר את מערך האכיפה של דיני העבודה באמצעות ההסדרים הרגולטוריים החדשים יוצר "עודף רגולציה", המעמיס עלויות כבדות על הסקטור המפוקח ללא תמריצים מספיקים בצידו, עשוי לעודד את הסקטור המפוקח לחמוק מן ההסדרים הרגולטוריים, במקום לציית להם. הדבר עלול דווקא לעורר תחלואים אחרים בכל הקשור להעסקת עובדים בתחומי השמירה, האבטחה והניקיון, לעודד 'סחף' למציאת דפוס העסקה שאינו מוגדר בחקיקה וליצור ספירה בשוק העבודה הפועלת בתוך 'ואקום רגולטורי' חדש, אליה תתנקז העסקת העובדים המוחלשים. זאת בדומה למצב שנוצר לאחר הסדרת תחום העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם. כך, ייתכן שגופים רבים בסקטור הפרטי והציבורי כאחד יעדיפו לבנות מערכת חוזית מסועפת יותר לצורך מיקור חוץ של המשאב האנושי, שמטרתה היא ניהול מיקור חוץ. משמע, התקשרות בהסכם עם גורם מתווך אחר, כגון חברות אחזקה וניהול, אליו תואצל ניהול כל ההתקשרויות עם קבלני שירותים, כמו גם האחריות החלה על "מזמין שירות" לפי החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה.⁷¹ חברת הניהול והאחזקה היא זו שתתקשר עם קבלן שירותים ותהא אחראית לביצוע הסכם ההתקשרות עימו, מבלי שלארגון שבחצריו מבוצעת העבודה יש קשר לכך או אף ידיעה מי הקבלן המבצע, ומדוע הוא מוחלף מפעם לפעם.

יתרה מכך, עשויים ארגונים משתמשים לחפש אחר פתרונות 'ותיקים' ולהעדיף חתימת חוזים אישיים עם עובדי קבלן השירותים כמשתתפים חופשיים בארגון, דהיינו, כ'פירילנסרים'. כך למשל, ניתן יהיה לשכור את שירותי העובדים ל'פרויקט ניקיון' בחוזה קצר טווח, שבועי או חודשי, ולמנוע כל אפשרות של צבירת ותק. בחלוף התקופה יועסקו עובדים אחרים. פתרונות יצירתיים אלה לעקיפת ההסדרים הקיימים מעודדים ניידות ותחלופה גבוהה מאוד של עובדים, שיועסקו פרקי זמן קצר ביותר אצל כל קבלן שירותים ובחצרי כל ארגון, ועשויים להוביל לפגיעה משמעותית במצבם.

מתרחישים אלה עולה כי הטכניקה הבסיסית שננקטה, והיא מנגנון הרישוי, היא הכרחית לצורך זיהוי מיהו מעסיקם של העובדים, וכדי לנטר ולפקח על תשלום זכויותיהם. עם זאת, אין כל וודאות שההסדרים שננקטו בעקבות מנגנון הרישוי הם אכן הכרחיים להגשמת התכלית העומדת בבסיס כלל המארג המשפטי

⁷¹ לדוגמה ראו חוק העסקת עובדים על ידי קבלני שירות בתחומי השמירה והניקיון בגופים ציבוריים, תשע"ג-2013 המותיר עמימות בנוגע להתקשרויות של גופים ציבוריים עם גופים שלישיים מתווכים, כגון חברות אחזקה וניהול וכיוצא ב, אשר יכולות בתורן להתקשר עם קבלני שירות. בכך ניתן לעקוף את הוראות החוק, כמו גם את הוראות החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, מאחר שאחריות המזמין חלה על הגורם המתווך ולא על מזמין השירות.

שהתווה, שהיא שמירה על זכויות עובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים. עודף רגולאציה של כוח העבודה אף עשוי לגרור להשפעות שליליות שלא נצפו עם חקיקת החוק, כגון הגדלה בשיעור האבטלה במשק.⁷² בכך עלול המחוקק, שביקש לתקן את המצב הנורמטיבי הלקוי בו אין ציות לחקיקת המגן, לגרום דווקא להרעת תנאי העסקתם של עובדים בתחומי האבטחה, השמירה והניקיון, בהשוואה למצבם לפני חקיקת ההסדרים המשלימים.

ו. בחינת חלופות והמלצות למדיניות

מן הניתוח לעיל ניתן להסיק כי חיזוק חגורת המנגנון הקיים באמצעות החוק להגברת האכיפה של דיני עבודה עלול להרע את מצבם של עובדי קבלני השירותים, ולמצער, לא לשפרו. לדעתנו, האמצעים הרגולטוריים שנקטו לאחר חקיקת מנגנון הרישוי מתערבים בהתקשרויות חוזיות בין קבלן השירותים ובין הארגון המשתמש באופן העולה על הנחוץ, ומטילים על הארגונים המשתמשים חובות שעשויות ליצור חסמים ביורוקרטים ניכרים ואף 'אפקט מקפיא' בשוק. זאת, למרות שממקרה הבוחן שנפרש בחלק ג' לעיל ניתן ללמוד על כך שככלל, האחריות לעובדי הקבלן מוטלת על קבלן השירותים ולא על הארגון המשתמש בשירותיו. אמצעים אלה אינם עולים בקנה אחד עם הפרדיגמה הניאו-ליברלית המכוונת להסיר את אותם חסמים מתוך אמונה בפעולת כוחות השוק. נשאלת השאלה אפוא, האם ניתן למצוא חלופות שעשויות להבטיח שמירה על זכויות עובדיהם של קבלני שירותים באופן שאינו מייצר חסמים ואף יעיל יותר מן הקיים.

1. חזרה ל'ביצוע עצמי'

פתרון ראשון הוא לצמצם את היקף מיקור החוץ של המשאב האנושי, ולשוב להעסקה ישירה של עובדים. פתרון זה אינו מופרך נוכח מארג החקיקה שנפרש לעיל. היקף החובות שהוטלו על ארגונים משתמשים במצב הנוכחי ועלותם מעלה את השאלה האם לא יעיל יותר כלכלית לסגת ל'ביצוע עצמי'. דהיינו, האם עלויות הפיקוח על קבלני השירות שהתגלגלו לארגון המשתמש אינן שוות לעלויות קליטת העובדים בתחומי השמירה, האבטחה והניקיון בשורות המזמין, או גבוהות מהן. בקשר לכך יש לתת את הדעת לכך שעלויות מיקור החוץ מתחלקות לשלוש: עלויות הפקת השירות או המוצר (production costs); עלויות מיקוח (bargaining costs) הכוללות הן משא ומתן בתקופה הטרם חוזית ובמהלך תקופת ההתקשרות על סוגיות שעלו בניסיונות שלא הוסדרו בחוזה, עלויות ניטור ופיקוח הבוחנות האם השירות ניתן בהתאם לחוזה בין הצדדים ועלויות ניהול סכסוך במקרה של הפרת חוזה; עלויות אופורטוניזם (Opportunism), קרי, עלויות שינוי כללי המשחק של צד הפועל בכוונה רעה במהלך תקופת ההתקשרות החוזית כדי למקסם את רווחיו ביחס לאחר, בניגוד לאמור בחוזה. בעוד שניתן לשער כי עלות השירות ירדה וצומצמה, במצב המשפטי החדש שנוצר עלויות המיקוח יחד עם עלויות האופורטוניזם עלולות לנסוק, והן מקבלות משקל משמעותי יותר במענה לשאלה האם מיקור חוץ הוא כדאי בהשוואה להעסקה ישירה ולביצוע עצמי. אין להוציא מכלל אפשרות, כי מארג הרגולאציה הנוכחי יצר 'דחיפה' (Nudge)⁷³ לכיוון זה, ואף שאינו כופה העסקה ישירה, הוא עלול להימצא מעודדים מזמיני שירות רבים לעשות כן, וזוהי תהיה אחת מהשלכותיו. כאשר המזמין הוא ארגון מן הסקטור הפרטי יש לזכור, כי עד לחקיקת החוק להגברת האכיפה של דיני עבודה לא הוטלו עליו חובות. להיפך: מניתוח מקרה הבוחן בחלק ג' לעיל עולה, כי מצבו של המזמין דווקא השתפר בשל עליה ברמת הוודאות המשפטית שהוא לא יוכר כמעביד עובדי קבלן השירותים. עם זאת

⁷² ולמשל: Botero et al (2004), "The Regulation of Labor", *The Quarterly Journal of Economics* 1339-1382.
⁷³ לניתוח המונח 'דחיפה' (Nudge): Thaler and Sunstein (2008), *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press.

ולאור החובות שהוטלו גם על המזמין בחוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, תשע"ב-2011, הכוללות אחריות אזרחית ופלילית וכן הטלת אחריות אישית אף על מנהלו הכללי של תאגיד בנוגע להסכם שכרתו עם קבלן השירותים, יש לשקול שנית האם לא יעיל יותר עבור התאגיד לקלוט את אותם עובדים לשורותיו, במיוחד כאשר מדובר במעסיק קטן לו דרושים קומץ עובדים. עלות העסקתם של אלה עשויה להיות נמוכה בהשוואה לעלות הרגולאציה המושתתת על אותו ארגון, או לחלופין, בהשוואה לקנס, העיצום הכספי או הפגיעה במוניטין הצפויה לאותו מעסיק אם יתויג כמעסיק מפר חוק. נוכח כל זאת, הבעיות הכרוכות בהעסקת עובדים על ידי קבלני שירותים עשויות לבוא על פתרון דווקא בדרך של העסקה ישירה של העובדים על ידי המזמין, שהונעה כתוצאה מהמאמץ החקיקתי להגן עליהם כעובדים המועסקים בדרך של מיקור חוץ, ולא כעובדים המועסקים בדפוס העסקה 'רגיל'.

בסקטור הציבורי הדברים מורכבים אף יותר. במצב המשפטי החדש המדינה פועלת בשני 'כובעים': בכובעה כרגולאטור ובכובעה כארגון משתמש. בהתאם, העלויות הנלוות למיקור חוץ אינן כוללות רק את עלויות הפיקוח והניטור שעליה ליישם בנוגע לקבלן השירותים ככל ארגון משתמש אחר, אלא גם את עלויות הרגולאציה עצמה, דהיינו, את עלויות יישום מנגנון הרישוי וההסדרים המשלימים לו, שאותה מבצעת מנהלת ההסדרה במשרד הכלכלה. בעלויות אלה נכללות עלויות תקנים לעובדים נוספים במנהלת ההסדרה וזרוע האכיפה וכן את התוספת התקציבית הנובעת משינויי החקיקה. הוספת נטל עלויות אלה מעלה ביתר שאת את השאלה האם עלויות התקנים לעובדים נוספים במנהלת ההסדרה וזרוע האכיפה, הכוללים תקני משפטים, חוקרים, פקחים ומנהלה והתוספת התקציבית הנובעת משינויי החקיקה אכן פחותות מעלות קליטת השומרים בכניסה או המנקים במסדרון, בכל מוסדות המדינה, כעובדי מדינה? מפרספקטיבה זו כלל לא בטוח כי מיקור חוץ של המשאב האנושי, אליו נלווים ההסדרים הרגולאטורים שנבחנו לעיל, משתלם כלכלית בהשוואה להעסקה ישירה.⁷⁴

עם זאת, חזרה לביצוע עצמי מעלה קשיים נכרים. מלבד ביטול היתרונות הנובעים ממיקור חוץ עבור הארגון הבודד, ובראשם גמישות ניהולית, עולה קושי בנוגע למשמעויות הכלכליות הכלל-משקיות העולות מפתרון זה. בהנחה שמיקור חוץ מאפשר לארגונים משתמשים להתחרות בצורה מיטבית, הן ברמה המקומית והן ברמה הבינלאומית, ובהנחה שהמדינה מעודדת התקשרויות בדרך של מיקור חוץ,⁷⁵ נשאלת השאלה מהי המשמעות הכלכלית של תנועת המטוטלת לכיוון העסקה ישירה של עובדים: האם עלות העסקתם הישירה של עובדים אלה תגולם במחיר לצרכן או במחיר השירות לציבור; מהן המשמעויות הכלכליות של העסקה ישירה לגבי חברות קטנות או בינוניות, כל שכן בתחומים בהן קיים ערך לעודד תחרות; האם עידוד להעסקה ישירה מייצר העדפה לטובת חברות גדולות במשק, בעוד שהאחרות לא יוכלו לעמוד כלכלית בעומס הרגולאציה המוטל עליהן מחד, ובעלות הכלכלית של העסקה ישירה, מאידך. מבחינה זו, ניתן לומר כי ההסדרים הרגולטוריים הנוכחיים הנוגעים למיקור חוץ של המשאב האנושי עלולים לעודד שינויים מבניים משקיים ולמעשה ליצור "היפוך הפרטה", דהיינו, חזרה להעסקה ישירה ולספיגת עלויות גבוהות בגינה.⁷⁶

קושי נוסף הוא המציאות המשקית עצמה. אמנם, ממארג ההסדרים הרגולטוריים שנפרש לעיל ניתן להסיק כי עלויות הפיקוח במצב המשפטי הקיים הופכות את העסקת עובדי קבלני שירותים לדפוס העסקה שאינו כדאי כלכלית, אולי אף במיוחד בגופים ציבוריים. ואף על פי כן, מיקור חוץ של המשאב האנושי השתרש כדפוס העסקה רווח בתחומים מסוימים כשמירה, אבטחה וניקיון במגזר הציבורי והפרטי כאחד מתוך תפיסתו ככדאי כלכלית ומתוך ההנחה שהסקטור הפרטי יודע לבצע טוב יותר מן המגזר הציבורי.

⁷⁴ Vining and Weimer, *Ibid*, 220.

⁷⁵ עמדת המדינה בפרשת לשכת התיאום (החלטה מיום 2.2.2012) בפסקה 25.

⁷⁶ שם, שם.

חרף העלות הגבוהה הקיימת מכוח המצב המשפטי הנוכחי, גורמים רבים בשוק הישראלי עדיין סוברים כי ישנה כדאיות כלכלית במיקור חוץ של המשאב האנושי וכי יש להימנע מהעסקה ישירה. מכאן, שקיומו של מיקור חוץ של המשאב האנושי הוא עובדה מוגמרת וכמעט מובנת מאליה, וזאת גם אם נטען כי מדובר בהתנהגות לא רציונאלית אשר קנתה לעצמה שבייתה עקב השתרשות הרגל או אילוצי תקנים, שאינם רלוונטיים בכל הקשור לענף השמירה, האבטחה והניקיון. במיוחד לאחר מאמץ כינון המארג המשפטי-רגולטורי שנפרש לעיל, ספק אם ניתן לסטות מנתיב זה ולפנות תפנית חדה לביצוע עצמי ולהעסקה ישירה, מבלי שיתרחש אירוע חיצוני מיוחד שיגרום לכך.⁷⁷

משכך ולעת זו, הניסיון להשיב עטרה ליושנה ולבכר העסקה ישירה וביצוע עצמי על פני מיקור חוץ של המשאב האנושי בשירות הציבורי ובגופים דו-מהותיים אינו מעשי. בהתאם, פתרונות המיועדים להגביל ולצמצם באופן אקטיבי את מיקור החוץ של המשאב האנושי כדי לבכר העסקה ישירה של עובדים⁷⁸ אינם מעשיים מאותם נימוקים.

2. תמריצים לעידוד שיתוף פעולה מצד הסקטור המפוקח

בניגוד לעידוד העסקה ישירה, ובהנחה שנוכח יתרונותיו, מיקור חוץ הוא תופעה שרירה וקיימת, ניתן להציע תמריצים שמטרתם להוביל לשיתוף פעולה מצד הסקטור המפוקח - קבלני השירותים והארגונים המשתמשים בשירותיהם על מנת לשמור על זכויות העובדים, ולמצער, לצמצם בהדרגה את היקף תופעת הפרת זכויותיהם. כאמור, עם חקיקת מנגנון הרישוי נעלם הארגון המשתמש ממשוואת יחסי העבודה בין קבלן השירותים לבין עובדים המועסקים על ידו בחצרי הארגון. עם חקיקת החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, הוכנס הארגון המשתמש לאותה משוואה גם כחלק מהסקטור המפוקח וגם כסקטור המפקח. שילוב זה הטיל על הארגונים המשתמשים חובות בהיקף נרחב שעשויים לגרום דווקא לצמצום ההתקשרות עם קבלני שירותים או אף להפסקתן, כדי להימנע מן הסנקציות הקבועות בחוק. כדי לחזק את מנגנון הרישוי וההסדרים הנלווים לו, ניתן 'להוציא' את הארגון המשתמש מן הסקטור המפוקח ולשלבו כסיוע משלים לפעולת הפיקוח של הרגולאטור, וכחלק מפעולות הניטור והאכיפה שיינקטו כנגד קבלן השירותים, בתמורה לתמריצים ראויים.

כך למשל, ניתן להציע נקודות זיכוי או הקלות מס אחרות לארגון משתמש אשר יפנה למנהלת ההסדרה עם מידע תקופתי, רבעוני או חצי שנתי, שאסף לפי סעיף 27 לחוק הגברת האכיפה של דיני העבודה, ערוך ומאושר על ידי בודק שכר מטעמו, לגבי עובדי קבלן שירותים המועסקים בחצרו, לרבות מספרם, היקף משרתם, משכורתם וכיו"ב. כחיזוק נוסף ניתן לקבוע תמריץ שאינו נושא תמורה כספית ישירה אלא דווקא תמורה ציבורית: מתן תעודות הוקרה בנוסח אחיד לארגון משתמש, כי תאגיד פלוני מסייע לאכיפת דיני העבודה במדינת ישראל. תרומת תעודות מעין אלה למוניטין התאגיד ותפיסת ציבור הלקוחות את פעולתו אינה מבוטלת, ויש להניח שתאגידי רבים ישתמשו בתעודה זאת כאמצעי פרסומי ושיווקי כדי לקדם את מטרותיהם.

במקביל ניתן לקדם העסקה ישירה של עובדים באמצעות הקלות במיסוי ומתן נקודות זיכוי לתאגידי פרטיים הבוחרים להעסיק עובדים בתחומי השמירה, האבטחה והניקיון כעובדים מן המניין, פרט לניכוי הוצאת שכר אותם עובדים מסך ההכנסות של התאגיד. תמריצי 'גזר' אלה עשויים לגרור שיתוף פעולה והיענות בהיקף גדול יותר מן הארגונים המשתמשים, להבדיל מיישום הוראות חוק הגברת האכיפה של דיני העבודה הנחוצות על ידי סקטור זה ובשלב זה, כהוראות דרקוניות.

⁷⁷ ראו למשל Pierson (2000), "Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics", *The American Political Science Review* 94(2), 251-267

⁷⁸ לפתרון מערכתי שהוצע כדי להתמודד עם האתגרים שמציבה הפרטה לזכויות עובדים במגזר הציבורי, ראו פז פוקס 2012.

הצעה זו אינה הצעה חדשנית. קודמת לה הצעתה של רבין מרגליות, המיועדת להתמודד עם הפרות חוזרות ונשנות של זכויות עובדי קבלן השירותים, ללא קשר לחקיקת מנגנון הרישוי. לפי הצעה זו, ארגונים משתמשים יפקחו בפועל עבור משרד הכלכלה על העסקת עובדים בחצריהם על ידי קבלני השירותים בתמורה לתמריץ: מתן 'חסינות' מפני תביעה עתידית של העובדים. התמריץ יינתן לאחר שימלא הארגון המשתמש את חובתו לבדוק טרם ההתקשרות שלא מדובר בחוזה הפסד, כלומר, התמורה שנקבעה בהסכם 'מכסה' את עלויות העסקת העובדים; עריכת בדיקות תקופתיות מדגמיות; חיוב קבלן השירותים לבדוק תלונות פרטניות על הפרת זכויות; פרסום רשימת מפריס סדרתיים וקביעת סנקציה למתקשרים עימן. לדעת רבין מרגליות, הצעה זו עשויה להבטיח מתן דיווחים מקיף יותר לרגולטור על ידי כל ארגון משתמש ולהוביל לאכיפה יעילה יותר על ידי הרגולטור.⁷⁹

על אף שהצעה זו באה לידי ביטוי בשינויים מסוימים בהוראות חוק הגברת האכיפה של דיני העבודה, היא אינה עונה על קושי מרכזי: מטרת מיקור חוץ של המשאב האנושי היא חיסכון בעלויות השירות, ופתרון זה מבטלו הלכה למעשה בשל החלפת עלות העסקת העובדים ישירות בעלות פיקוח. גם בשקלול חסינות מפני תביעות אי פיקוח משתלם לארגון המשתמש, מפני שהסיכוי לתביעה מצידו של יחיד וסכומה הוא נמוך מסך עלות הפיקוח של הארגון על כלל העובדים שמעסיק קבלן השירותים בחצריהם. לפיכך, הצעה זו אינה סותמת את הגולל על הצעות אחרות.

3. רגולציה עקיפה

פתרון שונה מפתרונות אלה, היוצא מאותה הנחה שמיקור חוץ הוא תופעה שרירה וקיימת, הוא נקיטה ברגולציה "עקיפה" באמצעות העברת מידע על העסקת עובדים על ידי קבלני שירותים. מטרתה של הצעה זו היא לנטר את הסקטור המפוקח, הכולל קבלני שירות וארגונים משתמשים, באמצעות העברת מידע ודיווחים מגופים שלישיים לרגולטור. לפי הוראת החשב הכללי מועבר מידע על התקשרויות משרדי ממשלה ויחידות סמך עם קבלני שירותים למערך המרכזי לביקורת על זכויות עובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים במשרד האוצר.

ניתן לקבוע הנחיה נוספת, לפיה במקרה של הפרות וביטול ההתקשרות בעקבותיהם יועבר המידע לביקורת מנהלת ההסדרה במשרד הכלכלה, אשר תתחשב במידע בבואה לשקול האם לחדש את הרישיון שניתן לקבלן או לבטלו. עוד ניתן לקבוע חובה בחוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, כי ועדת מכרזים בגוף ציבורי שמתכנסת כדי לבחור קבלן שירותים לצורך מתן שירותי אבטחה, שמירה או ניקיון, תעביר את המידע שכלל הקבלן בהצעותיו למנהלת ההסדרה אם אותו מידע מלמד על הצעה גירעונית.

בהקשר זה יש גם להזכיר את הצעתו של פז פוקס, לפיה יש לעגן בחוק את חובתם של משרדי ממשלה להעביר לנציבות שירות המדינה מידע בדבר העסקת עובדים באמצעות קבלני שירותים, לרבות פירוט הצורך להעסיק בדרך זו, כישורי העובד ומשך זמן העסקתו המשוער. בהמשך לכך ניתן לקבוע חובה כי על נציבות שירות המדינה יש להעביר מידע זה לידי מנהלת ההסדרה, על מנת שתוכל לנטר את מספר ההתקשרויות בשירות הציבורי, ולוודא שתנאי הרישיון שניתנו לקבלן מקוימים הלכה למעשה וכי מאחורי התאגיד לו ניתן הרישיון לא פועל אדם או תאגיד אחר, שממנו נשלל הרישיון.⁸⁰ יתרונה של הצעה כזו היא בקלות אכיפתה. מאחר שמידע נמסר מן הסקטור המפוקח אל גופים ציבוריים, החשש כי האחרונים לא יצייתו לחובה חקוקה להעביר מידע הינו נמוך. חסרונותיה של הצעה זו היא בשטף המידע שיועבר למנהלת ההסדרה. נוכח מספר התקנים הקיים במנהלת כיום סביר להניח כי תתקשה להתמודד עם כמות המידע הרב שיועבר אליה, ובהתאם, לנקוט בפעולות בעקבות זאת כנגד קבלני שירותים מפריס.

⁷⁹ רבין מרגליות, 2009, 548-562.

⁸⁰ פרשת כוח עוצמה ובעש"ר (ארצי) 6277-06-13 טופ קוואליטי סולושנס (טי.קיו.אס.) בע"מ - מדינת ישראל (21.7.2013).

4. הצעת פתרון: תמהיל רגולטורי

הפתרון המעשי, לדעתי, הינו פתרון הרואה לנגד עיניו את כלל השחקנים ברשת המדינית, בהנחה שלכל הפחות חלקם מעוניינים להמשיך ולנקוט במיקור חוץ של המשאב האנושי נוכח יתרונותיו. פתרון זה יושג דרך שילוב של מנגנון הרישוי עם רגולציה עצמית וולונטארית, המיועדת להוביל לשיתוף פעולה עם הסקטור המפוקח על שני ראשיו, על ידי יצירת סטנדרטים משותפים בקוד אתי, ניטור פעולת הקבלן, העדה והעברת מידע, ואף דרך עידוד רגולציה אזורית באמצעות שיתוף ארגוני עובדים. אסטרטגיה רגולטורית זו מתייחסת אל הסקטור המפוקח כמורכב משני ראשים: ארגונים משתמשים וקבלני שירותים, שלהם אינטרסים שונים. לפיכך, יש מקום 'לתפור' ולהתאים את התמריצים הכלכליים הניכרים שבתמהיל הרגולטורי לצרכי כל אחד מהם, על מנת לעודדם לשמור על זכויות עובדים ומבלי להסתמך על "רצונם הטוב". הצעה זו מאפשרת לשמור את יישומו של החוק להגברת האכיפה של דיני עבודה למקרים קשים ובולטים, וביתר המקרים לטפל באופן 'רך', משמע, בדרך מנהלית שאינה כרוכה בהפעלת סנקציות.

א. התמהיל הרגולטורי וארגונים משתמשים

הצעה זו ראשיתה בהבנה שמיקור חוץ מניע את הארגון לעבר תפיסה ארגונית אופקית ו'רשתית' הכוללת יצירת קשרים ושיתופי פעולה הדדיים וחוזרים עם ארגונים אחרים. מבחינת מהותו של מיקור חוץ של המשאב האנושי עולה כי יש לראות את הפירמה כחלק משוק תחרותי מקומי ואף כחלק משוק תחרותי בינלאומי. בנסיבות אלה, "דאגתו" של הארגון הבודד אינה האם או כיצד לשמור על זכויות עובדים, אלא כיצד להמשיך ולהתחרות בשוק, דהיינו, כיצד להישאר חלק ממארג דינאמי, מעין-אורגני, שהוא חלק ממנו. לפיכך, שמירה על זכויות עובדים לא תושג אם מבטא של הרגולציה יתמקד בארגון הבודד. יש לתור אחר פתרון שאינו רק תמריץ אלא 'יישור קו' בין הארגונים המשתמשים, אשר מציב את שמירת זכויות העובדים ככלל משחק נתון וברור לכלל חברי הקבוצה, וכיתרון שחבריה רוכשים לעומת ארגונים שאינם חלק ממנה.

לפי הניתוח לעיל, ביקורת ציבורית ופעילות במישור הקיבוצי של ארגון עובדים שעניינה דאגה לזכויות עובדים מוחלשים בענפי השמירה, האבטחה והניקיון, הובילה לשינוי המצב המשפטי הקיים בדרך שעשויה לשבש (ויש הטוענים שאכן שיבשה) את פעולת השוק. שיבוש זה נוצר על ידי חסם שוק בדמות עודפי ביורוקרטיה ורגולציה המוטלים על הארגונים המשתמשים. חסם זה יוצר "דאגות" משותפות לפירמות הבוחרות 'להתמקד החוצה', דהיינו, לארגונים משתמשים בשירותיהם של קבלני שירותים. דאגות אלה ניתנות לפתרון באמצעות שיתופי פעולה ליצירת רגולציה עצמית⁸¹ וולונטרית, שתחול על ארגונים משתמשים החפצים בכך. שיתוף פעולה כזה מושג על ידי קביעת סטנדרטים משותפים שינוסחו בקוד התנהגות אתי (Code of Conduct) על ידי ארגונים משתמשים, מנהלת ההסדרה כרגולטור, ארגוני עובדים וארגוני מעבידים. קוד ההתנהגות האתי יכתיב התקשרות עם קבלנים שאינם מפרי זכויות עובדים, ויכול

⁸¹ משמעותה רגולציה עצמית (self-regulation) היא שהגוף עצמו מפקח ומפוקח כאחד, וקובע לעצמו סטנדרטים של התנהגות. סטנדרטיזציה פרטית, כגון קוד התנהגות, העדה (certification), דירוג והסכמים וולונטאריים הם כולם כלים לרגולציה עצמית ולרגולציה משותפת (co-regulation) שאינם נובעים מאקט חוקי. לדעת איירס ובירת'ווית, רגולציה עצמית שמשולבת עם אכיפה מהווה שלב ביניים בין רגולציה עצמית ובין פיקוח-מעל, דהיינו, רגולציה במובנה 'הרגילי' (enforced self-regulation). רגולציה עצמית מסוג זה קובעת סטנדרט מינימאלי, אך מאפשרת לשחקנים בסקטור המפוקח לקבוע לעצמם את הסטנדרטים ותקני איכות על גבו. כל אחד מחברי הסקטור יאלץ לקבל אישור לכך, או לפחות ליידע את הרגולטור על התקנים. באמצעות רגולציה עצמית ניתנת למפוקחים אחריות מתוך ניסיון 'לחנכם', ותוך כך להותיר סמכויות פיקוח, ניטור ואכיפה מסוימות בידי הרגולטור. Ayres and Braithwaite (1992), *Responsive Regulation: Transcending*. *the Deregulation Debate*, New York: Oxford University Press. Van Waarden (2011), "varieties of private market regulation: problems and prospects". Levi-Faur (ed.) *Handbook on the politics of regulation*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 469-485.

לכלול הוראות בנוסף לאלה הקבועות בדין, שעניינן איסור התקשרות עם קבלן שאין לו רישיון או עם קבלן שנחשב ל'מפר סדרתי'.

כך למשל, ניתן לכלול בקוד, הוראות לעניין מרכיבי השכר שיש לכלול בהסכם התקשרות עם קבלן שירותים; הוראות כי התקשרות עם קבלן שירותים תיערך רק לאחר שימציא אישור מאת בודק שכר מטעמו, שהוא משלם את כלל זכויות העובדים המועסקים על ידו; הוראות לפיהן על קבלן השירותים להמציא לארגון המשתמש דו"ח עיתי על תשלום אותן זכויות לעובדים. קוד התנהגות זה עשוי להגשים את האינטרס הציבורי באופן מיטבי, בתנאי שכל השחקנים המעורבים בגיבושו מסכימים ומחויבים לנורמות העומדות מאחוריו ולסטנדרטים שהוא מתווה, כלפי השחקנים האחרים וכולם כלפי הציבור.

על מנת שלקוד ההתנהגות יהיה בעל תוקף שאינו רק נורמטיבי, ניתן לשלב אותו עם מימד אכיף המקנה לו אופי היברידי, בין הציבורי לפרטי.⁸² המימד האכיף יושג באמצעות העברת הקוד לאישור מנהלת ההסדרה במשרד הכלכלה. ציות לקוד ינוטר מעת לעת באמצעות דיווח שנתי למנהלת ההסדרה, וביקורת מדגמית שתערוך מעת לעת. ארגונים שיצטרפו לקוד יהפכו להיות חברים ברשת ארגונית מקוונת. ארגון משתמש שהתקשר עם קבלן שירותים שאינו דואג לזכויות עובדים, יפרסם את המידע ליתר הארגונים החברים ברשת לאחר שביטל את ההסכם עימו, בהתאם להוראות החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, ובצירוף הסבר מדוע בוטלה ההתקשרות ומה הייתה ההפרה.

בהמשך לכך, כל ארגון יכול למנות מתוכו עובד שיהיה 'נאמן זכויות', אשר יהיה אחראי להעברת המידע הרלוונטי לנאמני הזכויות בארגונים אחרים, אשר יכולים להגיב לגביו ברשת מקוונת הפתוחה לתגובות הציבור. באמצעות רשת זו יכולה מנהלת ההסדרה לעודד תהליך של העדה (Certification)⁸³ חיובית או שלילית (העדה 'הפוכה') וגינוי פומבי של קבלני שירותים מפרי זכויות. תהליך זה, כטכניקה נוספת של רגולציה עצמית, מתווסף על גב קוד ההתנהגות ומחזק את אכיפתו הן מן הפן הנורמטיבי והן מן הפן המעשי.

כדי לחזק את הפעילות ברשת והיתרונות הגלומים בה, ניתן לשתף במסגרתה ארגוני עובדים המעוניינים לדווח על הפרות זכויות עובדים בארגון משתמש מסוים, בדרך של רגולציה אזרחית (Civil Regulation). הארגון המשתמש יוכל לבדוק את המידע שכוון אליו, להגיב ולפעול בהתאם. ארגוני עובדים ומעבידים שולבו כחלק ממנגנוני ההיוועצות בחוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, ובאופן חלקי, כחלק ממנגנוני האכיפה הקבועים בו. כמו כן, הסתדרות העובדים הכללית החדשה שולבה במארג הרגולטורי כמפקחת, מנטרת וכחלק ממנגנוני האכיפה המיועדים לשמור על זכויות עובדים בתחום השמירה, כמעין רגולציה "מהשטח" (grassroots regulation), עם חתימת ההסכם הקיבוצי הכללי בענף השמירה והאבטחה עם הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל.⁸⁴ כך, ששילובם כחלק מן התמהיל הרגולטורי

⁸² ראו Vrieland et al (2011), "Codes as Hybrid Regulation.. Levi-Faur (ed.) *Handbook on the politics of regulation*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 486-495.

⁸³ סרטיפיקציה (certification), או העדה, היא תהליך של רגולציה עצמית, בו גוף שלישי קובע סטנדרטים, דורש ניטור חיצוני (בדרך כלל על ידי מבקר ממונה) ומוודא ציות לאותם סטנדרטים. בסיום התהליך מוענק השימוש בסימן או תווית המסמלים לצרכן כי היצרן מייצר מוצר מתוך אחריות חברתית, סביבתית וכיוצ"ב. לא מדובר על כלי שיווקי כי אם צורה של רגולציה עצמית וולונטארית המיושמת בעיקר על ידי גופים מסחריים וארגונים לא-ממשלתיים, בשיתוף פעולה עם גופים מדינתיים שונים. Bartley (2011), "Certification as a mode of social regulation". Levi-Faur (ed.) *Handbook on the politics of regulation*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 441-450.

⁸⁴ ראו הסכם הקיבוצי הכללי בענף השמירה והאבטחה מיום 27.6.2011, שעניינו כינון "מנגנון מוסכם לאכיפת זכויות עובדים בענף השמירה והאבטחה" (הסכם קיבוצי 7038/2011). ההסכם מיועד לטפל באכיפת חוקי העבודה בענף השמירה והאבטחה, וזאת על כל המעסיקים החברים בארגון בעת חתימת ההסכם, או שיצטרפו אליו לאחר חתימתו. עיקרי ההסכם סוכמו בפרשת ישיב, ה"ש 44 לעיל בפסקה 40: על כל מעסיק שחבר בארגון הארצי להמציא לצדדים להסכם, ב-31 בינואר כל שנה, אישור על עמידה בכלל חובותיו על פי דיני העבודה, לרבות הסכמים קיבוציים וצווי ההרחבה, החתום גם על ידי רואה חשבון חיצוני. כמו כן על המעסיק לצרף לתלושי השכר של העובדים, פעמיים בשנה, חוזר המפרט את זכויותיהם. ההסכם כונן ועדת אכיפה פריטטית, בה יישבו נציג הארגון הארצי, נציג ההסתדרות ורואה חשבון חיצוני; על כל מעסיק החבר בארגון הארצי חלה חובה לשתף פעולה באופן מלא עם ועדת האכיפה, לרבות המצאת מסמכים נדרשים. ועדת האכיפה תקיים ביקורת מדגמית מדי שנה אצל מספר מעסיקים, לרבות לגבי תקופת העבר, בסיומה תמסור לצדדים להסכם ולמעסיק דו"ח המפרט את ממצאי הביקורת.

אינו זר לפעילותם, ופעילותם ברשת כמוצע עשויה לתת בידיהם כלי חשוב להתמודדות נגד הפרת זכויות עובדים.

פעילות ברשת כזו עשויה להיות יעילה יותר עבור הארגונים הללו בהשוואה לנקיטת הליך משפטי בשם עובד יחיד. זאת, בעיקר משום שהתגובות ברשת כזו הן מהירות בהשוואה להליך משפטי או להליך הפריטטי הקבוע בהסכם האכיפה בענף השמירה, יעילות ומטפלות בסוגיה מן השורש לא רק באופן נקודתי ובאשר לעובד היחיד. פעילות זו מראה התייחסות מערכתית, קבועה ושגרתית של ארגון העובדים לסוגיית הפרת זכויות של עובדים מוחלשים, ומונעת טענות לפיהן הארגון אינו פועל למענם.⁸⁵

לפיכך, הצעה זו מאפשרת רגולציה של התקשרויות עתידיות באמצעות מעבר מידע נחוץ ואמין בין כלל השחקנים ברשת, מבלי שייתפס כ'מוטה' או שגוי, ובין הציבור. מידע אמין זה מעניק גושפנקא לטענות ארגון משתמש או של קבלן שירותים, שהוא אינו נותן יד להפרות זכויות עובדים. באמצעות תהליך זה משיגים המשתתפים ברשת יתרון ברור בדרך של מידע חופשי, זמין וללא עלויות, המאפשר להם להימנע מטעויות יקרות בהתקשרות עם קבלן שירותים מפר חוק. הזדמנות זו מהווה, כשלעצמה, תמריץ להצטרף לרשת ארגונים מסוג זה.⁸⁶

רגולציה עצמית על ידי יצירת סטנדרטים משותפים, ניטור פעולת הקבלן, העדה והעברת מידע מביטחה גם שמוניטין הארגון הבודד כמו גם מוניטין של ארגונים דומים לא יפגע עקב התקשרות עם קבלן מפר ותיוגו כארגון מפר חוק. הדבר משמעותי במיוחד לפירמות שהבסיס התדמיתי שלהן מקושר למוצר שהן מייצרות,⁸⁷ אך לא רק. גם רשויות ציבוריות, חברות ממשלתיות, חברות לתועלת הציבור, עמותות וגופים דו-מהותיים נוספים כגון אוניברסיטאות ובתי חולים, עלולים לסבול מנזקי מוניטין אם תיקשר פרשיית ניצול עובדים לשמם, במיוחד אם הם נתמכים על ידי הציבור באופן ישיר על ידי תרומות. ארגונים אלה אינם רוצים להיות מתויגים כארגונים שבחסות ההתקשרות עימם מופרים חוקי עבודה. המכנה המשותף שנוצר: הוצאת תחומי השמירה, האבטחה והניקיון למיקור חוץ יחד עם החשש מנזק למוניטין והרצון להימנע מסיכון, הינו תמריץ לא מבוטל לשיתוף פעולה בין ארגונים.

לתמריץ זה מצטרפת אסטרטגיה עסקית למשוך צרכנים או לקוחות בעלי מודעות חברתית, וכן רצון לקבל הטבות המקושרות להתנהגות "חברתית-אחרתית". על גב כל אלה מתווסף יתרון משמעותי נוסף: נקיטת פעולה מרצון מצד הארגונים המשתמשים עשויה למנוע העמסת רגולציה נוספת למארג הקיים,

המעסיק שלגביו נערכה הביקורת מחויב להגיש תוך 30 יום תצהיר שחתום גם על ידי רואה חשבון חיצוני ובו יפרט תיקון מלוא הליקויים שנמצאו, כולל ביצוע תשלום רטרואקטיבי לכלל העובדים, לרבות עובדים לשעבר. ועדת האכיפה מוסמכת להורות למעסיק לתקן ליקויים גם לגבי תקופה החורגת מתקופת ההתיישנות. כל עובד שטוען שנפגעו זכויותיו יוכל לפנות באמצעות נציג האיגוד הארצי למנגנון יישוב חילוקי הדעות הקבוע בהסכם הקיבוצי משנת 2008. כמו כן, הצדדים רשאים להפנות את פניית העובד לוועדת האכיפה. ראו דברים דומים בנוגע לענף הניקיון, בהסכם האכיפה שצורף להסכם הקיבוצי הכללי בענף הניקיון והתחזוקה שנחתם בין ארגון חברות הניקיון בישראל ובין הסתדרות העובדים הכללית החדשה האגף לאיגוד מקצועי-האיגוד הארצי של עובדי הניקיון, מיום 11.7.2013 (הסכם קיבוצי 7035/2013).

⁸⁵ אשר לתחום השמירה יצוין, כי אף לאחר שביום 2.11.2008 נחתם הסכם קיבוצי כללי חדש בענף השמירה בין הסתדרות העובדים הכללית החדשה ובין הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל (הסכם קיבוצי 7041/2008) וניתן צו ההרחבה על הוראותיו ביום 21.6.2009, לא הוטב בפועל מצבם של העובדים מאחר שההסתדרות, אשר מאגדת תחתיה את מרבית העובדים בענף, לא עמדה על הזכויות שעליהן הוסכם ולא פעלה לאכיפתן באמצעים שעמדו לפניה. ראו פרשת **ישיב**, בפסקה 38. התייחסות זו אף עשויה לצמצם את מספר הבקשות המוגשות על ידי עובדים בענפי השמירה, האבטחה והניקיון לאישור תובענות ייצוגיות חרף סעיף 10(3) בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006.

⁸⁶ Marx (2008), "Limits to non-state market regulation: a qualitative comparative analysis of the international sport footwear industry and the Fair Labor Association", *Regulation and Governance* 2, 266-269. הטוענים, כי כדי להניע שינוי ומחויבות לשינוי תנאי העסקה של עובדים בשרשראות ייצור (Global Supply Chains) מצד מעסיקים יש לנקוט מודל המבוסס על מידע המגיע משחקנים בשרשרת ותמריצים, ולא רק על מידע מדוחות מבוקרים על ידי רואי חשבון: Locke et al. (2009), "Virtue out of Necessity? Compliance, Commitment, and the Improvement of Labor Conditions in Global Supply Chains", *Politics Society* 37(3), 319-351.

⁸⁷ דיון דומה בנוגע לרגולציה על-לאומית של שרשרות ייצור: Bartley (2007), "institutional Emergence in an Era of Globalization: The Rise of Transnational Private Regulation of Labor and Environmental Conditions", *American Journal of Sociology* 113(2), 333-334.

ובכל מקרה, עדיפה רגולאציה עצמית שהארגונים הם אלה שמקבלים על עצמם את הוראותיה, מאשר רגולאציה כופה שמקורותיה עלי ספר החוקים, תקנות והנחיות.⁸⁸

יתרון נוסף הוא מיתון התחרות בין ארגונים במשק בכל הקשור לעלויות מיקור חוץ של המשאב האנושי. מאחר שכל הארגונים מחויבים אחד כלפי השני וכולם כלפי הציבור לאותם סטנדרטים, ובענייננו, שמירה על זכויות העובדים, ממתנת רגולציה עצמית 'מרוץ לתחתית' בכל מה שקשור להפרת זכויות עובדים, ודוחפת דווקא למכנה המשותף הגבוה: להתקשרות עם קבלנים שאינם מפרי חוק.

מאחר שארגונים משתמשים מחויבים זה כלפי זה לוודא שזכויות העובדים משולמות להם, מוצא הרווח הכלכלי הגלום באי פיקוח על תשלום הזכויות מן המשוואה.⁸⁹ למעשה, עלות פיקוח זו, שהושתה על הארגונים המשתמשים כפועל יוצא מהחוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, מגולגלת בחזרה אל הקבלן: קבלן השירותים יהיה זה שאמור להוכיח לארגונים שהוא עומד בתנאים שהם מציבים לו כדי להתקשר עימם, דהיינו, תשלום זכויות לעובדים, והארגונים לא יאלצו לפקח שהוא אכן עושה זאת. כך, הארגונים המשתמשים מייצרים בסיס משותף על ידי הבניית כללי משחק משותפים ומחייבים, 'מיישרים קו' זה עם זה (leveling the playing field) ואלמנט הרווח היחסי כתוצאה מאי ציות לחוק, אי חברות ברשת או 'תופעת הטרמפיסט' (free rider) פוחתים.

ומה בין חובות הארגונים המשתמשים על פי החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה ובין רגולציה עצמית? על מנת ליישב בין השניים וכתמריץ לחברות ברשת הארגונים ניתן להציע, שארגונים משתמשים שיפעלו לגיבוש קוד אתי וישתפו פעולה עם ארגונים אחרים בתהליכי העדה, יהיו פטורים מחובתם לנקוט באמצעים סבירים כדי למנוע פגיעה בזכויות עובדי קבלן השירותים, הקבועה בסעיף 26 לחוק ואף יקבלו הגנה נוספת על ההגנות הקבועות בסעיף 27 לחוק להגברת האכיפה של דיני העבודה בעת תובענה אזרחית נגדם.

מכאן, שתמורת החברות ברשת משיגים הארגונים מספר יתרונות: צמצום פגיעה במוניטין ומינוף הפעילות החברתית למען עובדי קבלן השירותים כאסטרטגיה עסקית; הימנעות מסיכון; יתרונות מידע; יתרונות כלכליים כתוצאה מגלגול העלות לקבלן השירותים ומהפחתת הפיקוח על עובדי הקבלן; פטור מהוראות מסוימות בחוק להגברת האכיפה של דיני העבודה והפחתת הרגולציה העתידית. מנקודת מבט זו, לארגונים משתמשים ישנו אינטרס כלכלי משמעותי לכבול את עצמם לסט סטנדרטים שהם עצמם התוו ולהיות חברים ברשת ארגונים כזו. ניתן אף לשער, שכשם שאימצו ארגונים רבים ומגוונים את עולם הרשתות החברתיות המקוונות, גם יישומה והטמעתה של הצעה זו אינו מופרך, ויאפשר שקיפות ונראות לציבור אודות מחויבותם של ארגונים רבים לשמור על זכויות עובדים.

ב. התמהיל הרגולטורי וקבלני שירותים

שילוב של רגולציה עצמית יחד עם הוראות הדין הקיימות עשוי גם למנוע הפרות חוזרות ונשנות של זכויות עובדים על ידי מעסיקהם הישירים: **קבלני השירותים**. רבות נכתב על אזלת ידן של שלוש רשויות השלטון בבואן להתמודד עם ההפרות המתמשכות, חוזרות ונשנות, של זכויות מתחום משפט העבודה המגן על ידי קבלני שירותים, ועל הצעות לשיפור המצב. על כל אלה יש להוסיף את ההצעה הבאה. כדי להקהות את הרווח הכלכלי הגלום בהפרת זכויות עובדים ובשילוב עם הסנקציות הקיימות בדין, ובדומה לארגונים המשתמשים, ניתן לעודד את קבלני השירותים לגבש לעצמם קוד אתי, הדוגל בשמירה על חקיקת המגן ובהתאם לכך, שומר על כבוד העובד, אשר יוגש לאישור מנהלת ההסדרה ויפורסם לעובדים. מעבר

⁸⁸ כהשוואה והיקש משיתוף פעולה גלובאלי בין ארגונים עסקיים, ארגונים לא-ממשלתיים וסוכנים ממשלתיים לצורך רגולאציה עצמית באמצעות קודים של התנהגות. *Annual Review of Political Science* 11, 268-271 (2008), Vogel. ⁸⁹ Marx, *Op. Cit.*, *ibid.*

למחויבות הנורמטיבית הכלולה בקוד אתי כזה, קבלן שירותים אשר יעשה כן יזכה להטבות ולתמריצים. כך, קבלן שיוכיח כי פעל בהתאם לקוד האתי ושילם לעובדיו את מלוא זכויותיהם בהתאם לחקיקת המגן במשך שלוש שנים רצופות יקבל ניקוד נוסף לסעיף איכות השירות המסופק בבואו להתמודד על מכרז לאספקת שירותים על ידי ועדת המכרזים. הדבר עשוי לאזן את התופעה להציע הצעות גירעוניות כדי לזכות במכרזים, ולעגן נורמה כי זכויות עובדים אינן רק עלות לקבלן, אלא יש להן ערך מוסף המשוקלל בניקוד במכרז באופן שמשלם לו לשאת באותה עלות.

בשל המרוץ לתחתית עליו עמדתי לעיל, המשולב עם אישור ההצעה שעלותה הנמוכה ביותר בוועדות מכרזים, הצעה זו מציאותית יותר לדעתי מפסילת אותן הצעות גירעוניות על הסף ובחירת הקבלן שהצעתו היא גבולית.⁹⁰ כמו כן, ניתן להציע תמריץ בדמות הקלות מס לקבלן שירותים אשר יגיש אישור ממנהלת ההסדרה לרשות המסים כי הוא פועל בהתאם לדין ובהתאם לקוד האתי שגיבש. בדומה לארגונים המשתמשים, רגולציה עצמית זו עשויה למתן את 'המרוץ לתחתית' ולהוביל לכך שקבלני שירותים יתומצו לא רק לשמור על זכויות עובדיהם, אלא גם לשפר את תנאי העסקתם כך שאלה יעלו על המינימום הנדרש.

מבחינת המצב הנתון נראה שיישום ההצעה אינו מופרך: מהוראת החשב הכללי 17.11.4⁹¹ ניתן ללמוד כי משרדי הממשלה ויחידות הסמך השונות מעבירים מידע למערך המרכזי לביקורת על זכויות עובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים במשרד האוצר ומדרגים את קבלן השירותים לפי קריטריונים שונים. במסגרת השיקולים להארכת התקשרות עם קבלן שירותים מתוקף אופציה הקיימת בהסכם או במסגרת מכרז חדש, מביאה ועדת המכרזים בחשבון גם את ציון הדירוג שניתן לקבלן. בכל משרד ישנו גורם מקצועי האמון על ביצוע המכרז, אשר יכול לשמש בכוח גם כנאמן זכויות. כך, שהעדה (Certification) מבוצעת באופן חלקי בקרב חלקים אלה מהמגזר הציבורי, גם אם היא אינה מכונה בשם זה, ויותר לחבר לה את יתר הטכניקות הרגולטוריות יחדיו כדי להניע את קבלני השירותים לשמירה על תנאי עובדיהם.

ג. היתרונות הנצפים לרגולטור: מנהלת ההסדרה והאכיפה במשרד הכלכלה

מנקודת מבטו של הרגולטור, מאפשרת ההצעה למקד את האמצעים הפיקוח, הניטור והאכיפה המוגבלים הנתונים בידיו, ולשמור את יישום הסנקציות הקבועות בחוק להתמודדות עם הפרות קשות ובוטות, הן מצד קבלני שירותים והן מצד ארגונים משתמשים. הצעה זו מחזקת את מנגנון הרישוי, שהוא הטכניקה הרגולטורית הבסיסית שנקטה במטרה לשמור על זכויות עובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים. הרישיון שמקבל קבלן הוא כרטיס הכניסה שלו לא רק לפעילות בשוק העבודה, אלא גם כרטיס לרשת ארגונים, שעשויה להיות רווחית ויעילה כאחד.

פרט לכך שהצעה זו מאפשרת להפיס את דעתם של הארגונים המשתמשים בנוגע להוראותיו הנוקשות של החוק להגברת האכיפה, מבלי לבטל אף אחת מהוראותיו, היא ממתנת את התערבות הרגולטור בנעשה בשוק ומאפשרת להפעיל מנגנונים של רגולציה עצמית רכים יותר מאלה הקבועים בחוק, כגון מנגנון בודק שגר עבודה מוסמך, בצד תמריצים משמעותיים יותר מאלה הקבועים בו. ההצעה משתפת את כל השחקנים במטרה להגשים את התכלית הגלומה לא רק בחקיקת מנגנון הרישוי ובחקיקת המנגנונים המשלימים שבאו בעקבותיו, אלא גם בחוקי משפט העבודה המגן בכלל.

הצעה זו היא גם בעלת ערך חינוכי לא מבוטל. על ידי חינוך הסקטור המפוקח להתמודד ולדחות מקרבו הפרות של זכויות עובדים, מעבירה הצעה זו מעבירה מסר לסקטור המפוקח, לציבור עובדי קבלני

⁹⁰ בניש אבישי ורועי צרפתי, "כאשר העבודה חוזרת להיות מצרך: בחינה ביקורתית של מכרזי הפסד ברכישת שירותים עתירי כוח אדם". מעשי משפט א' (2008), 93-108.

⁹¹ ה"ש 67 לעיל.

השירותים ולציבור כולו את החשיבות הנורמטיבית בציות להוראות חוקי העבודה. כמו כן מאפשרת ההצעה לקוד התנהגות פורום נרחב לשיתוף פעולה של כלל השחקנים ברשת למיגור בעיית הפרתן של זכויות עובדים, היכן שלא היה קיים בעבר, ועשויה אף להוביל לשיפור תנאי העסקה של עובדים, ביחד עם התשתית החזקה של חקיקת מגן והרגולציה הקיימת כיום.⁹² כך מאפשרת הצעת התמהיל הרגולטורי להפנים ערכים חברתיים בסקטור המפוקח, המונע על ידי עקרונות קפיטליסטים וניאו-ליברליים, ללא כפייה או סנקציות קשות, אלא דרך שימוש בטכניקות רגולטוריות 'רכות' המבוססות על פעולה וולונטרית ותמריצים. הצעות אלה, לדעתי, מאפשרות ליישם, הלכה למעשה, את העיקרון לפיו "העבודה אינה מצרף", ולקדם נורמות של שמירה על זכויות עובדים על ידי מעסיקהם, גם בשוק תחרותי.

סיכום

האם רגולציה היא 'תרופה מועילה' לשמירה על זכויות עובדים? התשובה אינה חד משמעית, אך בצידה הצעה לשיפור המצב הקיים. מנגנון רישוי קבלני שירות, שנבחן בחלק זה, נועד להגביר את הפיקוח על העסקת עובדים על ידי קבלני שירותים בתחומי השמירה, האבטחה והניקיון ולחזק את האחריות של קבלן השירותים כלפיהם, ובכך, לשמור על זכויותיהם. זאת, מתוך הנחה שמיקור חוץ של המשאב האנושי הוא תופעה קיימת, ואף לגיטימית כאשר נשמרות זכויות העובדים. ממקרה הבוחן שנפרש בחלק זה אף עולה, כי מנגנון הרישוי סייע להבהיר את חלוקת האחריות הקיימת בין קבלן השירותים ובין הארגון המשתמש בשירותיו.

על אף שלצורך הגשמת מטרה חברתית נעלה זו נבחרה טכניקת הרישוי, שהיא טכניקה רגולטורית נוקשה באופן יחסי לטכניקות אחרות, הועלו בחלק זה ספקות האם תושג המטרה אך ורק בהסתמך על מנגנון הרישוי כפי שהוא קיים כיום. מנגנונים משלימים שנחקקו לאחר מנגנון הרישוי, כגון החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, ביקשו להוסיף ולתקן את המצב, והטילו על הארגון המשתמש בשירותי הקבלן חובות שמטרתן להבטיח כי העובדים מקבלים את זכויותיהם. כך שלמעשה, הוכנס הארגון המשתמש לסקטור המפוקח. על אף מטרתו, עשוי משטר רגולטורי זה לעורר דווקא תחלואים חדשים-ישנים במאבק על שמירת על זכויות עובדים, ולהוביל להרעת מצב העובדים, במקום לפתור את הבעיה ולהגן על זכויות העובדים. נסיגה מן הרגולציה ובחינת חלופות על פניה מלמדת כי העסקה ישירה או "ביצוע עצמי" אינן בגדר אפשרויות מעשיות. כך גם ציפייה כי השוק החופשי יגיע לאיזון עצמי ללא התערבות רגולטורית. לפיכך, ספק אם המארג המשפטי הקיים כיום יסייע לשמור על זכויות העובדים בתחומי האבטחה, השמירה והניקיון, המופרות תדיר.

רגולציה, כמו מיקור חוץ, אינה 'פתרון קסם' או תרופה מיידית לתחלואים שונים. זהו כלי בידי המשתמש, שניתן לתעלו בהתאם ללשון החוק שעליו אמון הרגולטור. השאלה היא כיצד ליישם את הרגולציה בצורה מאוזנת. דהיינו, כיצד לבנות וליישם את המערך הרגולטורי כך שלא יזיק בהתערבותו היתירה לנעשה בשוק העבודה, ובו בעת, יכוון את הסקטור המפוקח להתנהגות הנורמטיבית עליה הצביע המחוקק. כדי להגשים את המטרה הראויה המונחת ביסוד מארג המשפטי-הרגולטורי הענף, שהיא להגן על זכויות עובדים בתחומי השמירה, האבטחה והניקיון, וליישמו באופן מיטיבי, הוצע בחלק זה לנקוט ב'תמהיל רגולטורי' שביסודו מונחת רגולציה עצמית. התמהיל מחזק את יעילותו הפנימית של מנגנון הרישוי ומעודד את הסקטור המפוקח לשתף פעולה עם הרגולטור, תוך שימת לב לצרכים של כל משתתף

⁹² Locke (2007) "Does Monitoring Improve Labor Standards? Lessons from Nike" *Industrial and Labor Relations Review* 61(1), 3-31
O'rouke (2003), "Outsourcing Regulation: Analyzing Nongovernmental Systems of Labor Standards and Monitoring", *The Policy Studies Journal* 31(1), 1-29.

ברשת המדיניות: הרגולטור, קבלני שירותים, מזמיני שירות, העובדים ואפילו ארגוני העובדים. בבסיסו עומדת ההנחה היסודית, לפיה מיקור חוץ של המשאב האנושי הוא דפוס העסקה לגיטימי. לצד הנחה זו, ובמקום ההנחה הסותרת שיש לקצץ את תנאי העסקת העובדים ואף להפר את הוראות משפט העבודה המגן כדי לקצור רווח כלכלי, מוצבת בבסיס התמהיל הרגולטורי הנחה אחרת: לכל השחקנים ברשת המדיניות יכול לצמוח אינטרס ורווח כלכלי ניכר דווקא משיתוף פעולה למען שמירה על זכויות עובדים, ואולי אף להוביל לשיפור תנאי העסקתם בעתיד. תמהיל זה עשוי למתן את ההתערבות הרגולטורית בשוק כפועל יוצא מחקיקת החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה. תמהיל זה מאפשר למקד את אמצעי הפיקוח, הניטור והאכיפה המוגבלים הנתונים בידי הרגולטור, מנהלת ההסדרה והאכיפה במשרד הכלכלה, להתמודדות עם הפרות קשות ובוטות, וליישם את הסנקציות הקבועות בו לאותם מקרים, שיהיו דוגמה לכך ייעשה. שינוי תפיסתי לגבי מטרת הרגולציה, הבלטת הרווח הכלכלי הנובע מציות לה ולא מהפרתה, הפנמת התועלות הכלכליות הנובעות משמירה על זכויות עובדים ותיעול הרגולציה בדרך זו עשויים להוביל לרווח לא רק לשחקנים ברשת המדיניות, אלא גם לציבור כולו: עיגון נורמות ראויות גם בשוק העבודה ה"מתמקר-החוצה", והבטחה כי זכויות העובדים יישמרו מראש, ולא יאכפו בדיעבד.

רשימת המקורות

חקיקה

- חוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969.
- חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, תשנ"ו-1996.
- חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006.
- חוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, תשע"ב-2011.
- חוק העסקת עובדים על ידי קבלני שירות בתחומי השמירה והניקיון בגופים ציבוריים, תשע"ג-2013.

הצעות חוק

- הצעת חוק אחריות מזמין שירותי קבלן לזכויות העובדים, התש"ע-2010, פ/18/2330.
- הצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), תשס"ט-2009 ה"ח הממשלה 436.
- הצעת חוק אחריות מזמין לזכויות עובדים של קבלן שירותים, תשס"ז-2007, הצעות חוק – הכנסת 153.
- הצעת חוק אחריות מזמין שירותי קבלן לזכויות העובדים, תשס"ו-2005, פ/16/4120.
- הצעת חוק עסקאות גופים ציבוריים (תיקון- אכיפת דיני העבודה), תשס"ה-2005, פ/15/3273.

הסכמים קיבוציים

- הסכם קיבוצי מיוחד בין מדינת ישראל ובין הסתדרות העובדים הכללית החדשה מיום 4.12.2012 (הסכם קיבוצי 2012-7690).
- הסכם קיבוצי כללי בענף השמירה מיום 2.11.2008 (הסכם קיבוצי 2008/7041).
- הסכם קיבוצי כללי בענף הניקיון והתחזוקה מיום 11.7.2013 (הסכם קיבוצי 2013/7035).

צווים וצווי הרחבה

- צו הרחבה בענף השמירה מיום 21.6.2009.

- צו הרחבה בענף הניקיון מיום 5.2.2014.
- צו העסקת עובדים על ידי קבלני שירות בתחומי השמירה והניקיון בגופים ציבוריים, התשע"ג-2013.

נתונים סטטיסטיים

- הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, דו"ח "ממצאים עיקריים תכונות כוח העבודה האזרחי 2010".
http://www.cbs.gov.il/publications11/1460/pdf/intro01_h.pdf
- הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, דו"ח "מועסקים לפי ענפי כלכלה נבחרים".
http://www.cbs.gov.il/publications11/1460/pdf/t02_02.pdf
- **הוראות שעה, הודעות, הנחיות פנימיות ודו"חות**
- הוראת שעה משקי – הגנה על זכויות עובדים המועסקים בידי קבלני שירותים, מיום 21.3.2007.
http://www.moin.gov.il/ChozreiMancal/200706_07.pdf
- הודעה על אצילת סמכויות לפי חוק יסוד: הממשלה, מאת שר התעשייה המסחר והתעסוקה מר אליהו ישי מיום 13 בנובמבר 2006, פורסמה ברשומות - ילקוט הפרסומים 5604 ביום 12.12.06, 852.
<http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/617D6C1B-E0D0-4A0B-9F56-FA9BB613D95C/6591/5604.pdf>
- הודעת מינהל הסדרה ואכיפה במשרד הכלכלה "ב-01.01.10 תיכנס לתוקפה חובת רישוי על קבלני שירות בתחומי השמירה, האבטחה והניקיון" (30.12.09).
http://www.industry-trade.gov.il/NR/exeres/121689F2-83F8-4205-9152-9EFF988446DE.htm?wbc_purpose=basic&WBCMODE=p
- הוראת תכ"מ 7.11.3 "הגנה על זכויות עובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים בתחומי השמירה, האבטחה והניקיון", בתוקף מיום 24.6.2013.
<http://hozrim.mof.gov.il/doc/hashkal/horaot.nsf/ByNum/7.11.3>
- הוראת תכ"מ 7.11.4 "מערך מרכזי לביקורת על זכויות עובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים בתחומי השמירה, האבטחה, הניקיון וההסעדה", בתוקף מיום 17.6.2013.
<http://takam.mof.gov.il/doc/hashkal/horaot.nsf/ae80f9b88a5f96d0c225770c003a075d/72711d11fc0af757c2257b8d003d6530?OpenDocument>
- דו"ח מבקר המדינה 50' לשנת 1999, "פרק רביעי: תקציב המדינה לשנת 1998 וביצועו – שיא כוח אדם והוצאות שכר", ע' 738, 744.
http://80.70.129.40/docs/50b/pdf/50b_P.pdf
- אמיר פז פוקס וזהר כוכבי, "בין הציבורי לפרטי: הפרטות והלאמות בישראל", דו"ח שנתי 2010 במסגרת הפרויקט אחריות המדינה, גבולות הפרטה וסוגיית הרגולציה, ירושלים: המרכז לצדק חברתי ודמוקרטיה במכון ון ליר.

פסיקה

- בג"ץ 450/97 תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ ואח' נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 433 (1998).
- סק"כ (ארצי) 8375-11-11 לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים ואח' – ההסתדרות הכללית החדשה, (החלטות מיום 10.1.2012 ומיום 2.2.2012).
- עש"ר (ארצי) 6277-06-13 טופ קוואליטי סולושנס (טי.קיו.אס.) בע"מ - מדינת ישראל (21.7.2013).

- עש"ר (ארצי) 57737-11-11 סופר סקיוריטי בע"מ – מדינת ישראל (10.1.2012).
- עש"ר (ארצי) 34410-01-11 כוח עצמה בע"מ ואח' – מדינת ישראל משרד התמ"ת (2.5.2011).
- עי"ע (ארצי) 52248-01-12 גרמן ישייב – חשש מערכות (29.8.2013).
- עי"ע (ארצי) 132/10, עי"ע 53083-10-10 אילן בוסקילה - סער בטחון בע"מ (3.9.2012).
- עי"ע (ארצי) 67/10 יבטח בע"מ - ארז חבושה (14.3.2012).
- עי"ע (ארצי) 6818-10-10 אליהו משה דיין ואח' – המוסד לביטוח לאומי (24.4.2012).
- עי"ע (ארצי) 604/09, 602/09 מדינת ישראל - משרד החינוך - חנה אלוני (24.1.2012).
- עי"ע (ארצי) 454/09 ב.ג. מוקד אבטחה בע"מ - סיגל בן שלמה (29.3.2011).
- עי"ע (ארצי) 766/07 לימור בן חיים - המוסד לביטוח לאומי (13.2.2011).
- עי"ע (ארצי) 478/09 יצחק חסידים - עיריית ירושלים (13.1.2011).
- עי"ע (ארצי) 172/08 יצחק תורג'מן - רפא"ל רשות לפיתוח אמצעי לחימה מדינת ישראל (10.1.2011).
- עי"ע (ארצי) 629/07 יגאל וירון- תבל אבטחה ניקיון ושירותים בע"מ (3.1.2011).
- עי"ע (ארצי) 237/09 מדינת ישראל- הטלוויזיה החינוכית הישראלית - אסתר קדם (14.9.2010).
- עי"ע (ארצי) 472/09 זוהר גולן - או. אר. אס משאבי אנוש בע"מ (12.9.2010).
- עי"ע (ארצי) 467/08 פימה פאק פרימוזה טריידינג בע"מ - ש.י.ל.ה. שירותי קירור ואחסנה בע"מ (12.7.2010).
- עי"ע (ארצי) 328/07 ישראל אטיאס – רשות שדות התעופה (10.8.2009).
- עי"ע (ארצי) 410/06 המוסד לביטוח לאומי - ראיד פאהום (2.11.2008).
- עב (ארצי) 11/07 אל אור אילת תפעול ואחזקה בע"מ - מדינת ישראל - משרד התמ"ת (11.8.2008).
- עי"ע 203/07 בועז קוסובסקי - א.א. ארזי שמירה בע"מ (28.5.2007).
- עי"ע 273/03 דברת שוואב – מדינת ישראל- משרד החקלאות (2.11.2006).
- עי"ע 116/03 מדינת ישראל, משרד החינוך - משה חג'בי (2.2.2006).
- עדי"מ (ארצי) 1011/04 א. דינמיקה שירותים 1990 בע"מ- טטיאנה ורונין ואח' (21.8.2005).
- עי"ב (ארצי) 1002/02 קבוצת יו.אס.ג'י.די. בע"מ - מדינת ישראל, פד"ע לח 529, 555 (2003).
- עב (י-ם) 2388/03 אליהו משה דיין - המוסד לביטוח לאומי (22.8.2010).
- עב (ת"א) 3954/04 שמואלוב איילת (נטליה) – משה פונס שירותי ניקיון ואחזקה בע"מ (10.12.2006).

ספרות: ישראל

- בניש אבישי, "מיקור חוץ בראי המשפט הציבורי: הפרטת תוכניות מרווחה לעבודה ובעיית כשלי הפיקוח", משפטים לח(2) (2008), 283-349.
- בניש אבישי ורועי צרפתי, "כאשר העבודה חוזרת להיות מצרך: בחינה ביקורתית של מכרזי הפסד ברכישת שירותים עתירי כוח אדם". מעשי משפט א' (2008), 93-108.
- בן ישראל, רות "מיקור חוץ (outsourcing) 'מתמקרים' החוצה: העסקת עובדים על-ידי קבלני כוח אדם – פרשנות אחרת המרת העיסקה הפורמאלית בעיסקה האותנטית", ספר ברנזון (1997), 561-601.
- ברק ארז, דפנה. "משפט פרטי ומשפט ציבורי – תחומי גבול והשפעות גומלין", משפט וממשל ה (2000), 95-115.
- גולן, ערן. "שינוי חברתי בצל תרבות המכרזים, מסחור העבודה והחסר השיפוטי", מעשי משפט ג' (2010), 201-228.
- גלין, אמירה. "מיקור חוץ (outsourcing) 'מתמקרים' החוצה: ההיבט הארגוני והניהולי", שנתון משפט העבודה ז', 43-63.

- גלין אמירה, "על התיקון לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם: האם יצא שכרנו בהפסדנו?" *עבודה חברה ומשפט ח'*, 103-126.
- דוידוב, גיא. "העסקה עקיפה", *עבודה חברה ומשפט יב* (2009), 191-216.
- נדיב, רונית ויובל פלדמן. "היבטים פוזיטיביים ונורמטיביים של שוויון (או אי-שוויון) ביחסי העסקה משולשים בישראל". *עבודה חברה ומשפט יב* (2009), 153-190.
- פו פוקס, אמיר. "עובדים בעידן של הפרטה". פרק מתוך מחקר בנושא *אחריות המדינה, גבולות ההפרטה וסוגיית הרגולאציה*, המרכז לצדק חברתי ודמוקרטיה ע"ש יעקב חזן במכון ון ליר בירושלים (2012).
- רבין-מרגליות, שרון. "חברות השירותים, מזמיני השירותים ובעיקר מה שביניהם: על מעמדם ועל אכיפת זכויותיהם של עובדי חברות השירותים". *מחקרי משפט כה* (2009), 525-562.

ספרות: היבטים תיאורטיים והשוואתיים

- Tim Bartley (2007), "Institutional Emergence in an Era of Globalization: The Rise of Transnational Private Regulation of Labor and Environmental Conditions", *American Journal of Sociology* 113(2) (2007), 297-351.
- Ravi Batra & Hamid Beladi (2010), "Outsourcing and the Heckscher-Ohlin Model", *Review of International Economics* 18(2), 277-288.
- Juan C. Botero, Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-De-Silanes and Andrei Shleifer (2004), "The Regulation of Labor", *The Quarterly Journal of Economics*, 1339-1382.
- Peter Cappelli and David Neumark (2004), "External Churning and Internal Flexibility: Evidence on the Functional Flexibility and Core-Periphery Hypotheses", *Industrial Relations* 43(1), 148-182.
- Peter Chalos and Jaeyoung Sung (1998), "Outsourcing Decisions and Managerial Incentives", *Decision Sciences* 29(4), 901-919.
- Fang Lee Cooke, Jie Shen and Anne McBride (2005), "Outsourcing HR as a Competitive Strategy? A Literature Review and an Assessment of Implications", *Human Resource Management* 44(4), 413-432.
- Jacqueline A-M. Coyle-Shapiro and Ian Kessler (2002), "Contingent and Non-Contingent Working in Local Government: Contrasting Psychological Contracts", *Public Administration* 80(1), 77-101.
- Laurie Hunter, Alan McGregor, John MacInnes and Alan Sproull (1993), "The 'Flexible Firm': Strategy and Segmentation", *British Journal of Industrial Relations* 31(3), 383-407.
- Daniel Horgos (2009), "Labor market effects of international outsourcing: How measurement matters", *International Review of Economics and Finance* 18, 611-623.

- Andrew Kakabadse and Nada Kakabadse (2002), "Trends in Outsourcing: Contrasting USA and Europe", *European Management Journal* 20(2), 189–198.
- Arne L. Kalleberg (2000), "Nonstandard Employment Relations: Part-Time, Temporary and Contract Work", *Annual Review of Sociology* 26, 341-365.
- Arne L. Kalleberg (2001), "Organizing Flexibility: The Flexible Firm in a New Century", *British Journal of Industrial Relations*, 39(4), 479-504.
- Brian S. Klaas, John A. McClendon, and Thomas W. Gainey, (1999), "HR outsourcing and its impact: The role of transaction costs", *Personnel Psychology* 52, 113–136.
- Brian S. Klaas, John A. McClendon, and Thomas W. Gainey (2001), "Outsourcing HR: The Impact of Organizational Characteristics", *Human Resource Management* 40(2), 125-138.
- Erkki Koskela and Rune Stenbacka (2009), "Equilibrium unemployment with outsourcing under labour market imperfections", *Labour Economics* 16(3), 284-290.
- Richard Locke, Matthew Amengual and Akshay Mangla (2009), "Virtue out of Necessity? Compliance, Commitment, and the Improvement of Labor Conditions in Global Supply Chains", *Politics Society* 37(3), 319-351.
- Richard M. Locke, Fei Qin, Alberto Brause (2007), "Does Monitoring Improve Labor Standards? Lessons from Nike" *Industrial and Labor Relations Review*, 61(1), 3-31.
- Mary S. Logan (2000), "Using agency theory to design successful outsourcing relationships", *International Journal of Logistics Management* 11(2), 21-32.
- Mary S. Logan, Kent Faught and Daniel C. Ganster (2004), "Outsourcing a satisfied and Committed Workforce: a Trucking Industry Case Study", *International Journal of Human Resource Management* 15(1), 147-162.
- Axel Marx (2008), "Limits to non-state market regulation: a qualitative comparative analysis of the international sport footwear industry and the Fair Labor Association", *Regulation and Governance* 2, 253-273.
- Dara O'Rourke (2003), "Outsourcing Regulation: Analyzing Nongovernmental Systems of Labor Standards and Monitoring", *The Policy Studies Journal*, 31(1), 1-29.
- Jone L. Pearce (1993), "Toward an Organizational Behavior of Contract Laborers: Their Psychological Involvement and Effects on Employee Co-Workers", *Academy of Management Journal*, 36(5), 1082-1096.
- Lawrence T. Pinfield and John S. Atkinson (1988), "The Flexible Firm", *Canadian Business Review* 15(4), 17-19.

- Walter W. Powell, Kenneth W. Koput and Laurel Smith-Doerr (1996), "Interorganizational Collaboration and the Locus of Innovation: Networks of Learning in Biotechnology" *Administrative Science Quarterly*, 41(1), 116-145.
 - C.K. Prahalad and Gary Hamel (1990), "The Core Competence of the Corporation" *Harvard Business Review*, 1-15.
 - Stephen J. Procter, Michael Rowlinson, Louise McArdle, John Hassard and Paul Forrester (1994), "Firm Flexibility, Politics & Strategy: In Defense of the Model of the Flexible Firm", *Work, Employment and Society* 8(2), 221-242.
 - Kate Purcell and John Purcell (1998), "In-sourcing, Outsourcing, and the Growth of Contingent Labour as Evidence of Flexible Employment Strategies", *European Journal of Work and Organizational Psychology* 7(1), 39-59.
 - John Purcell, Kate Purcell and Stephanie Tailby (2004), "Temporary Work Agencies: Here Today, Gone Tomorrow?", *British Journal of Industrial Relations* 42(4), 705-725.
 - Jill Rubery, Fang Lee Cooke, Jill Earnshaw and Mick Marchington (2003), "Inter-organizational Relations and Employment in a Multi-employer Environment", *British Journal of Industrial Relations*, 42(2), 265-289.
 - Jill Rubery, Jill Earnshaw, Mick Marchington, Fang Lee Cooke and Steven Vincent (2002), "Changing Organizational Forms and the Employment Relationship", *Journal of Management Studies* 39(5), 645-672.
 - Aiden R. Vining and David L. Weimer (2005), "Economic Perspective on Public Organizations", in: Ewan Ferlie, Laurence E. Lynn Jr. and Christopher Pollitt (Eds.) *The Oxford Handbook of Public Management*, Oxford: Oxford University Press .
- Institutional Design, Networks, Policy Drift and Regulation:
- Robert Baldwin and Martin Cave (1999), *Understanding Regulation*. Oxford: Oxford University Press.
 - Tim Bartley (2011) "Certification as a mode of social regulation". In: David Levi-Faur (ed.) *Handbook on the politics of regulation*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 441-450.
 - Daniel Béland and Toshimitsu Shinkawa (2007), "Public and Private Policy Change: Pension Reform in Four Countries", *The Policy Studies Journal*, 35(3), 349-371.
 - Tanja A. Börzel (1998), "Organizing Babylon – on the Different Conceptions of Policy Networks", *Public Administration* 76, 253-273.
 - Bruce Doern and Robert Johnson (2006) (eds.), *Rules, Rules, Rules: Multilevel Regulatory Governance*. Toronto: University of Toronto Press.

- Jacob S. Hacker (2004), "Privatizing Risk without Privatizing the Welfare State: The Hidden Politics of Social Policy Retrenchment in the United States", *American Political Science Review* 98(2), 243-260.
- David Levi-Faur (2011), "Regulatory Networks and Regulatory Agencification: towards a Single European Regulatory Space", *Journal of European Public Policy* 18(6), 810-829.
- David Levi-Faur (2011), "Regulation and Regulatory Governance", *Handbook on the politics of regulation*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 3-21.
- Paul Pierson (2000), "Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics", *The American Political Science Review* 94(2), 251-267.
- Mirijan Oude Vrielink, Cor Montfort and Meike Bokhorst (2011), "Codes as Hybrid Regulation". David Levi-Faur (ed.) *Handbook on the politics of regulation*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 486-495.
- Richard N. Osborn and John Hagedoorn (1997), "The Institutionalization and Evolutionary Dynamics of Interorganizational Alliances and Networks" *The Academy of Management Journal* 40(2), 261-278.
- Philip Selznick (1985), "Focusing Organizational Research on Regulation." In Roger Q. Noll (ed.) *Regulatory Policy and the Social Sciences*. Berkeley: University of California Press.
- Cass Sunstein (1990), "Paradoxes of the Regulatory State", *University of Chicago Law Review* 57, 407-441.
- Cass Sunstein (1990), *After the Rights Revolution: Preconceiving the Regulatory State*.
- Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein (2008), *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press.
- David Vogel (2008), "Private Global Business Regulation", *Annual Review of Political Science* 11, 261-282.
- Frans van Waarden (2011), "varieties of private market regulation: problems and prospects". In: David Levi-Faur (ed.) *Handbook on the politics of regulation*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 469-485.