

# יגאל ארנון ושות'

עורכי-דין

ידיעון יגאל ארנון – מאי 2012

## עדכונים בדיני עבודה

איך לתת המלצה לעובד

מעבידים רבים לא ערים למורכבות ולסכנה המשפטית הטמונה בסוגית ההמלצה על עובדים לשעבר. פרקטיקה מקובלת היא שמעבידים השוקלים להעסיק עובד מבקשים לשוחח עם מעבידיו הקודמים כדי לקבל מהם חוות דעת לגביו. מצד אחד, המעסיק הפוטנציאלי אשר בחר לבקש את חוות הדעת מסתמך עליה, ומצפה לשמוע את האמת. מצד שני, המעסיק הממליץ לא רוצה לחשוף את עצמו לטענות של לשון הרע מצד העובד.

בתי המשפט הכירו בכך שיש ענין ציבורי במתן אפשרות שמעסיק יוכל ליתן חוות דעת אמיתית על עובד לשעבר, ולא לאלץ אותו להלל, לשבח, לפאר ולרומם כל עובד לשעבר שלו רק מחשש שיתבע בתביעת לשון הרע. האינטרס הציבורי והעיסקי מחייב כי המעסיק יאמר את חוות דעתו הכנה והאמיתית על העובד לשעבר. מטרת מסירת המידע בעניין זה נועדה למנוע קבלת אדם לעבודה ללא שקילת כל המידע הנכון בעניינו. לציבור אינטרס כי יימסר מידע אמיתי לגבי עובדים לשעבר כדי למנוע תקלות של קבלת עובדים בלתי מתאימים. קבלת עובד בלתי מתאים לעבודה בשל הסתרת מידע לגביו הינו עניין רציני הגורם תקלה, נזק כלכלי וביטול זמן עבור המעביד.

כאשר מבקשים חוות דעת בעל פה או בשיחה טלפונית על עובד לשעבר ממעסיק לשעבר, יש לצפות שהוא יאמר את האמת ולא יחשוש מתביעת לשון הרע ועל כן יפליג ויגזים בשבחו של העובד לשעבר ללא קשר לתחושותיו האמיתיות. חשוב שהמעסיק יאמין במה שהוא אומר, כדי שהוא יוכל להנות מההגנה הקבועה בחוק לשון הרע, הגנת ה"אמת דיברתי".

חשוב גם שהדברים יאמרו בקונטקסט הנכון כדי שהמעביד יחשב כפועל בתום לב, וכדי שנוכל להבחין בין חוות דעת מקצועית עניינית לבין אמירה רכילותית. היינו, יש הבדל בין מעביד הפונה מיוזמתו למעבידים אחרים ומשמיץ את העובד לשעבר, לבין מעביד הנענה לפניה שנעשתה אליו על ידי מעביד פוטנציאלי המבקש לקבל חוות דעת מקצועית עניינית על העובד לשעבר.

כדי להגן על עצמם, כדאי למעסיקים לקבוע נוהל מסודר או קוים מנחים בארגון לגבי עצם ואופן מתן המלצות בכתב ובעל פה לעובדים לשעבר. כך למשל, כדאי להגדיר אילו בעלי תפקידים מוסמכים לתת המלצות, כדאי להגדיר כיצד יראו המלצות בכתב ומה ייכלל בהן, וכדאי להנחות מה ניתן ולא ניתן לומר בהמלצה בעל פה.

כאמור, חשוב שההמלצה תהיה כנה ואמיתית אך לא משמיצה, וכדאי שההמלצה גם תתאם את מה שנאמר לעובד שפוטר. מובן כי עובד שפוטר בגלל חוסר שביעות רצון מקצועי לא יכול לקבל המלצה המהללת את כישוריו המקצועיים, או כי עובד שלא מילא את הוראות מנהליו לא יכול לקבל להיות מוצג כעובד ממושמע. מצד שני, חשוב להתייחס בהמלצה רק לתחומים ענייניים ורלבנטיים לעבודתו של העובד אצלנו ולתפקיד הפוטנציאלי ביחס אליו נבחנת התאמתו ולא כדאי לעסוק בנושאים שבמחלוקת או שהינם בגדר

# יגאל ארנון ושות'

עורכי-דין

- 2 -

חשדות שלא הוכחו. למשל, אין להתייחס לעניינים אישיים של העובד ולהפר את צנעת הפרט שלו. אין להתייחס גם לעניינים שאינם רלבנטיים ואשר התייחסות אליהם עלולה להיחשב כאפליה אסורה. למשל, לא כדאי לספר שהעובדת נעדרה רבות מעבודתה בגלל שירות מילואים או שהעובד מפסיד ימי עבודה רבים בגלל שהוא אב חד הורי, ולא כדאי לפרט לגבי מצבו הבריאותי של העובד או לגבי שכרו של העובד.

צריך לזכור גם את הצד השני של ההמלצה, הצד של מקבל ההמלצה. הוא מסתמך על הנאמר לו בהחלטה האם לקבל את העובד לעבודה או לא. בבתי המשפט נדונו מקרים של עובדים שטענו כי דבריהם של המעבידים הקודמים מנעו מהם קבלת עבודה, אבל טרם נדונו מקרים של מעבידים אשר ביקשו מממליץ לשאת באחריות לתוצאותיה של החלטה שהתקבלה על סמך המלצה מוטעית שניתנה על ידו.

בעת מתן המלצה, כדאי לנהוג כפי שהייתם מצפים שינהגו בכם, בין כעובדים העוזבים מקום עבודה ומבקשים לנסות את מזלכם במקום אחר, ובין כמעסיקים פוטנציאלים המבקשים לקבל חוות דעת כנה על מועמד לעבודה.

## עובדי מיחשוב שהועסקו באמצעות חברות כח אדם הוכרו כעובדים של מקבל השירותים

בפני בית הדין הארצי לעבודה<sup>1</sup> נדונה טענתם של עובדי מיחשוב אשר במשך מספר שנים הועסקו במוסד לביטוח לאומי באמצעות חברות כח אדם שונות. העובדים טענו כי הם למעשה עובדים של המוסד לביטוח לאומי, על כל המשתמע מכך. הביטוח הלאומי טען כי חברות כח האדם הן מעסיקותיהם האמיתיות והיחידות של התובעים. בין היתר, טען הביטוח הלאומי, כי העובדים לא עברו את הליכי ומבחני הקבלה המחויבים מעובדי מדינה, ועל כן לא ניתן לראות בהם ככאלה.

בית הדין קבע כי הקביעה השיפוטית בדבר זהות המעסיק, תיעשה בהתבסס על בחינה מהותית של כלל מאפייני ההתקשרות, וללא תלות בהגדרות שקבעו הצדדים. מעמדו של מועסק כ"עובד" אינו עומד בפני עצמו; דיני העבודה אינם עוסקים בהקניית מעמד גרידא, אלא במערכת החובות והזכויות ההדדית הנוצרת במסגרת של יחסי עובד ומעביד.

בהתבסס על נסיבות המקרה הספציפיות, ביה"ד הגיע למסקנה כי מעסיקם האותנטי של המשיבים הנו הביטוח הלאומי. מסקנה זו התקבלה בין היתר לאור כך שהמוסד ערך למשיבים מבחני קבלה לעבודה; החליט על הצבתם בתפקיד וניודם; קבע את תנאי השכר ונלווים; הנחה אותם מבחינה מקצועית באופן יומיומי; אישר את חופשותיהם; דאג לעובדים לציווד לצורך ביצוע עבודתם; העובדים ישבו פיזית במשרדי הביטוח הלאומי, בדומה לעובדי הביטוח הלאומי בתפקידים דומים; הקשר בין המשיבים לביטוח הלאומי התקיים ברציפות גם כאשר התחלפו חברות כוח האדם; כתוצאה מהעסקתם באמצעות חברת כוח אדם העובדים הפסידו הגנה ארגונית ולא יכולים היו להציג מועמדותם לתפקידים בכירים יותר במסגרת מכרזים פנימיים.

בית הדין לקח בחשבון, במסגרת שקלול הנסיבות, גם את המאפיינים הייחודיים הרלוונטיים להעסקת המשיבים כעובדים בענף המחשוב, ושוכנע כי אין בהם כדי לשנות

<sup>1</sup> ע"ע 6818-10-10 המוסד לביטוח לאומי- אליהו משה דיין ואח'

# יגאל ארנון ושות'

עורכי-דין

- 3 -

מקביעתו במקרה זה. בית הדין גם התייחס לטענה שהועלתה לפיה "עובדי מיחשוב" אינם אוכלוסיה חלשה המצדיקה את הגנת דיני העבודה, וכי יש לתת להם מעמד מיוחד. בית הדין השיב לטענה זו באומרו כי אין כל בסיס לטענה כי דיני העבודה חלים רק על עובדים "חלשים". כשם ש"עובד" יוכר ככזה גם אם אינו "חלש", וכשם שיזכה להחלת חוקי המגן עליו ללא תלות ב"חוזקו", כך מוצדק לזהות את המעסיק האותנטי גם כאשר לפנינו אוכלוסיה שאינה "חלשה". בית הדין אף מוסיף כי ההיתר שיש בחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כח אדם להעסיק עובדים בתפקידי מיחשוב תקופות העולות על תשעה חודשים אינו שולל את האפשרות לבחון את זהות מעסיקם האמיתי.

## תשלומי עמלות כחלק מהשכר לחישוב פיצויי פיטורים

עובד<sup>2</sup> אשר הועסק בשיווק ומכירה של מיטות ושכרו הורכב משכר בסיס + עמלות בגין כל מכירה, טען כי בעת חישוב פיצויי הפיטורים שלו, יש להביא בחשבון גם את העמלות אשר שולמו, כחלק משכרו. בית הדין קבע כי באשר לפיצויי הפיטורים, תקנה 9 לתקנות פיצויי פיטורים מתייחסת לתשלומים ששיעורם נגזר מהפדיון, בין אם מדובר במחזור ובין אם מדובר ברווחים. לעומת זאת, תשלום בונוס, פרמיה או שכר עידוד בסכום קבוע או מדורג, המשולם בגין עמידה ביעדי המכירות, אינו מהווה חלק מהשכר לצורך תשלום פיצויי פיטורים. במקרה דנן, תשלום העמלות לעובד נגזר במדויק מכמות המיטות שמכר. נוכח זאת, יש לראות את התשלומים ששולמו לעובד לפי תקנה 9 הנ"ל כחלק מהשכר הקובע לתשלום פיצויי פיטורים, וכך גם לגבי תשלום דמי הודעה מוקדמת.

## מעביד חויב בפיצויי הלנה בסך 50,000 ₪ בגין אי תשלום פיצויי פיטורים במועד

ביה"ד לעבודה בתל אביב<sup>3</sup> קיבל את גרסת העובד כי המעביד ניסה לטפול עליו אשמת גניבה, ותוך כך להתחמק מתשלום פיצויי פיטורים והודעה מוקדמת. מעבר לפסיקת פיצויי הפיטורים, התעוררה גם שאלת זכאותו של העובד לפיצויי הלנת פיצויי פיטורים, בשל אי תשלום הפיצויים במועד (מיד לאחר סיום עבודתו).

החוק מאפשר לבית הדין להפחית את פיצויי ההלנה אם הוא שוכנע כי ישנה מחלוקת של ממש בין העובד והמעביד בדבר עצם זכאותו של העובד לפיצויי הפיטורים. במקרה זה ביה"ד העדיף את גרסתו העובדתית של העובד באשר לנסיבות סיום יחסי העבודה על פני גרסת המעביד ברמת הסתברות גבוהה ביותר וראה במובהק בגרסת המעביד גרסת בדים שמטרתה לחמוק מתשלום פיצויי פיטורים. כך במיוחד שעה שביה"ד אף קובע ברמת הסתברות גבוהה כי גרסת המעביד מקפלת בחובה לא רק טענות שקריות ביחס לזהות הגורם שהביא להפסקת יחסי העבודה, אלא גם טענות חמורות שיש בהן לפגוע בשמו הטוב או בכבודו של העובד. במקרה דנן נקבע כי העובד פוטר בשל כך שדבק בהליך המשפטי שזים כנגד המעביד וכי המעביד ביקש לייחס לו ביודעין עבירה שלא עבר במטרה לחמוק מתשלום פיצויי פיטורים וחלף הודעה מוקדמת. גורמים אלה צריכים לשמש כטעם המצדיק החמרה עם המעביד לצורך פסיקת פיצויי ההלנה.

<sup>2</sup> תע"א 10761/08 טל משה אזרי - סרגם ישראל בע"מ

<sup>3</sup> תע"א 11635/07, 2736/08 גולדמן מיכאל - ג'נרל בילדינג בע"מ

# יגאל ארנון ושות'

עורכי-דין

- 4 -

בית הדין מסכם כי בבוא בית הדין לפסוק את שיעור פיצויי ההלנה עליו לשקול לחומרה לא רק את סוג הטענות שמעלה המעביד על מנת לחמוק מתשלום פיצויי פיטורים, את מידת אי ההגינות וחוסר תום הלב הטמונה בהן, את רמת הוודאות (הגבוהה) בה הוא דוחה אותן ואת אופן התנהלותו הפגום של המעביד במהלך ניהול ההליכים, אלא שיקולים נוספים הקשורים לפערי הכוחות שבין העובד למעביד, ועל בית הדין להפעיל את השיקולים ההרתעתיים-ענישתיים ביתר תוקף. מנגד, על בית הדין להימנע מלקבוע סנקציה העלולה לפגוע ביציבות הכלכלית של המעביד. יישום השיקולים הנ"ל מוביל למסקנה כי בענייננו יש לחייב את המעביד בפיצויי הלנה משמעותיים בסך 50,000 ₪.

\* \* \*

אנו עומדים לרשותכם בשל שאלה או הבהרה: **שירה להט** [shiral@arnon.co.il](mailto:shiral@arnon.co.il)