

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8111/96

בג"ץ 922/97

בפני :

כבוד המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור
כבוד המשנה לנשיא א' מצא
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופטת (בדימ') ד' דורנר
כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת מ' נאור

העותרת בבג"ץ 8111/96 : הסתדרות העובדים החדשה

העותרות בבג"ץ 922/97 : 1. התעשייה האווירית לישראל בע"מ
2. רמת"א בע"מ

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 8111/96 : 1. התעשייה האווירית לישראל בע"מ
2. רמת"א בע"מ
3. בית-הדין הארצי לעבודה
4. היועץ המשפטי לממשלה

המשיבים בבג"ץ 922/97 : 1. הסתדרות העובדים החדשה
2. בית-הדין האזורי לעבודה
3. בית-הדין הארצי לעבודה
4. היועץ המשפטי לממשלה

עתירות למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה : א' בסיון תשנ"ט (16.5.99)

בשם העותרת בבג"ץ 8111/96 והמשיבה 1 בבג"ץ 922/97 : עו"ד ד' ישראלי, עו"ד ג' ישראלי ועו"ד פ' רדאי
בשם העותרות בבג"ץ 922/97 והמשיבות 1-2 בבג"ץ 8111/96 : עו"ד ח' ברנזון
בשם המשיב 4 : עו"ד נ' אלשטיין

פסק-דין

המשנה לנשיא א' מצא :

מה מעמדם וזכויותיהם של עובדים, אשר המפעל בו הם מועסקים מופרד מיתר מפעלי מעבידם ונמכר למעביד חדש? זו השאלה העיקרית, שעליה סב פסק-דינו של בית-הדין הארצי לעבודה ואשר כנגדו הופנו העתירות שלפנינו.

רקע עובדתי

2. התעשייה האווירית לישראל בע"מ (המשיבה 1 בבג"ץ 8111/96 והעותרת 1 בבג"ץ 922/97; להלן - התעשייה האווירית) היא חברה ממשלתית. בבעלותה מפעלים שונים בהם מועסקים אלפי עובדים. אחד ממפעליה הוא מפעל רמת"א שבבאר-שבע. בזמן הרלוונטי הועסקו ברמת"א כ-400 עובדים. עובדי המפעל הם עובדי התעשייה האווירית. בשנת 1989 הודיעה התעשייה האווירית לעובדיה המועסקים ברמת"א כי ככוונתה להעביר את המפעל לבעלות חברה נפרדת, שתירשם לצורך זה אך תהיה בשליטתה. במסגרת תכנית זו נרשמה החברה רמת"א בע"מ (המשיבה 2 בבג"ץ 8111/96 והעותרת 2 בבג"ץ 922/97), שעד כה נותרה ועודנה בבחינת "חברה על הנייר" בלבד. בהודעותיה לעובדים, וכן לוועד העובדים, אודות כוונתה להעביר את המפעל לחברת רמת"א, ציינה התעשייה האווירית, בין היתר, כי "בטרם ינקטו צעדים מעשיים תבוא ההנהלה בדברים עם ועד העובדים", וכן כי "לא יחול שינוי בזכויות של עובדי רמת"א עקב השינוי האמור בסטאטוס המשפטי של המפעל". מזכיר הארגון הארצי של עובדי התעשייה האווירית הודיע בתגובה, כי עד שלא תושג הסכמה עם הארגון בדבר פרטי השינוי, רואה הארגון בהודעת התעשייה האווירית משום הפרה של ההסכם הקיבוצי המיוחד המסדיר את יחסי התעשייה האווירית עם עובדיה. בין הצדדים התקיים משא-ומתן שהתארך והלך. מקץ כשלוש שנים נודע לעובדי רמת"א, כי ככוונת התעשייה האווירית לא רק להפריד את המפעל אלא גם להפריטו; היינו, כי לאחר שתשלים את העברתו לחברת רמת"א, ככוונתה למכור את מניותיה של חברת רמת"א לגורמים פרטיים.

בית-הדין האזורי לעבודה

3. הסתדרות העובדים החדשה (העותרת בבג"ץ 8111/96 והמשיבה 1 בבג"ץ 922/97; להלן - ההסתדרות) - כארגונם היציג של עובדי מפעל רמת"א - עתרה לבית-הדין האזורי לעבודה בבקשת צד לדיון בסכסוך קיבוצי. עתירתה העיקרית הייתה למתן פסק-דין המצהיר ומצווה, שכל עוד לא יוסכם אחרת עימה, הרי שכל עובדי מפעל רמת"א, בהווה ובעתיד, יוסיפו להיחשב - לכל דבר ועניין - כעובדי התעשייה האווירית. לחלופין נתבקש בית-הדין לקבוע, כי אף אם עובדי המפעל ייחשבו כעובדי חברת רמת"א, הרי שזכויותיהם תהיינה שוות ושקולות לחלוטין לזכויותיהם של עובדי התעשייה האווירית; ולחלופי חלופין - כי התעשייה האווירית תהיה מנועה מלסיים את יחסי העבודה שלה עם עובדי מפעל רמת"א בטרם ייכרת הסכם קיבוצי חדש. התעשייה האווירית וחברת רמת"א הגישו לבית-הדין תגובה בכתב לבקשת ההסתדרות. בתגובתן ביקשו מבית-הדין לדחות את הבקשה ולפסוק, כי זכויותיהם של עובדי רמת"א, לאחר

הפרדתו או הפרטתו של המפעל, יוסיפו להיות מעוגנות בהסכם הקיבוצי הקיים, אך זאת כלפי חברת רמת"א בלבד (ולא כלפי התעשייה האווירית).

ביום 25.2.1993 הוציא בית-הדין האזורי צו-מניעה זמני האוסר על התעשייה האווירית לבצע פעולות בלתי הפיכות ביחס למעמד המפעל ומעמד עובדיו. לאחר דיון פסק בית-הדין, ביום 25.8.1993, לדחות את בקשת ההסתדרות. עם זאת קבע - וזאת בניגוד לעמדתן של התעשייה האווירית וחברת רמת"א - כי בכל הסכם הפרדה או הפרטה עתידי, בו תתקשר ביחס למפעל רמת"א, מוטל על התעשייה האווירית לכלול התחייבויות, הן שלה והן של הצד השלישי אשר עימו תתקשר, לשמירת זכויות עובדי המפעל הנתונות להם בהתאם להסכם הקיבוצי.

בית-הדין הארצי לעבודה

4. שני הצדדים ערערו לבית-הדין הארצי לעבודה. ההסתדרות השיגה על דחיית בקשתה, ואילו התעשייה האווירית וחברת רמת"א השיגו על קביעת בית-הדין האזורי, כי החבות לשמירת זכויות העובדים - שהאחריות להכללתה בכל הסכם עתידי להפרדתו או להפרטתו של מפעל רמת"א הוטלה על התעשייה האווירית - צריך שתוטל, לא רק על הצד השלישי אשר עימו תתקשר התעשייה האווירית, אלא גם על התעשייה האווירית עצמה. ביום 28.10.1993 האריך בית-הדין הארצי את תוקף צו המניעה הזמני שניתן בבית-הדין האזורי. בפסק-דינו (מיום 22.4.1996) פסק בית-הדין הארצי, פה אחד, לקבל את ערעורן של התעשייה האווירית ורמת"א. כן פסק, וזאת על דעת ארבעה מחמשת שופטי ההרכב, לדחות את ערעור ההסתדרות.

5. בפסק-דינם של שופטי הרוב (מפי השופט י' אליאסוף) הוסבר ההבדל בין הפרדתו של מפעל המצוי בבעלותה של חברה ממשלתית לבין הפרדתו של המפעל: שתי הסיטואציות כרוכות בחילופי המעביד, ויש בכך שינוי המשפיע על עובדי המפעל. אך בעוד שהפרדת המפעל מתבטאת בהעברת הקניין על המפעל, על הזכויות והחיובים הכרוכים בכך, לתאגיד שנועד להישאר בשליטתה הישירה או העקיפה של הממשלה, הרי שהפרטת המפעל משמעה העברת השליטה בו - כולה או חלקה - לגורמים חיצוניים. גם בדרכי היישום יש שוני בין הפרדה לבין הפרטה: הפרדה עשויה להתבסס על החלטת החברה הממשלתית, שכוחה לנקוט מהלך כזה כפוף לחובתה לנהוג בתום לב ובהגינות, ועשוי להיות כפוף גם למגבלות מסייגות הנובעות מחוק או מהסכם (ככל שהללו קיימות). ואילו הפרטתו של המפעל יכולה להיעשות רק על-פי הוראות חוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975. ביחס לפרשתנו צוין, כי אף שבטיעוניהם התייחסו הצדדים הן להפרדתו והן להפרטתו של מפעל רמת"א, הרי שהסעדים

שנתבקשו מלפני בית-הדין האזורי, על-פי מהותם, התייחסו רק למצב של הפרדת מפעל רמת"א, ולא לאפשרות שהמפעל יופרט.

על רקע הבהרה זו נדרשו שופטי הרוב בפסק-דינם לשתי שאלות המתעוררות במצב של חילופי מעבידים, על רקע הפרדתו של מפעל רמת"א מכלל מפעליה האחרים של התעשייה האווירית: האחת, מהן התוצאות המשפטיות הנובעות מחילופי מעבידים? והשנייה, מהם ההסדרים הנורמאטיוויים וההסכמיים החלים על התעשייה האווירית במקרה של חילופי מעבידים?

6. ביחס לשאלה הראשונה ציינו שופטי הרוב, כי אין מחלוקת בין הצדדים, שכאשר עובד במפעל בוחר להמשיך ולעבוד גם לאחר שמעבידו הוחלף במעביד חדש, נוצרים יחסי עובד-מעביד בינו לבין המעביד החדש, וכן נשמרות לו כל הזכויות הנתונות לו על-פי כללי משפט העבודה המגן ועל-פי ההסכמים הקיבוציים שחלו בתקופת העסקתו על-ידי מעבידו הקודם. המחלוקת מצטמצמת, אפוא, לשאלה, אם עובד כזה זכאי לתבוע להמשיך ולהיות עובדו גם של מעבידו הקודם (בהנחה שזה ממשיך להתקיים ולפעול); זאת, חרף חילופי המעבידים במפעל, ולמרות שהמעביד החדש מוכן לקיים את כל ההתחייבויות של קודמו. לשאלה זו השיבו שופטי הרוב בשלילה. לביסוס עמדתם בנקודה זו נדרשו, בין היתר, למעמד המרכזי הנודע בישראל לזיקת העובד למקום עבודתו, להבדיל מאשר למעביד הספציפי שעזמו נכרת חוזה העבודה. בהקשר זה הוטעם בפסק-הדין, כי "תוצאה אחרת היתה יכולה להביא למצב של חוסר יציבות ביחסי העבודה, הן מנקודת המבט והאינטרס של העובדים והן מנקודת המבט והאינטרס של המעביד". תשובה זו - הוסיפו שופטי הרוב - "אינה באה למנוע כמובן את אפשרות סיום היחסים החוזיים עם חילופי מעבידים בעקבות העברת הבעלות במפעל, בדרך של פיטורים ביזמת המעביד, או בדרך של התפטרות ביזמת העובד, בכפוף למגבלות חוזיות או חוקיות". בקשר לכך, הטעימו שופטי הרוב, רואים הם לנכון אף לקבוע ש"ככלל" - ולא רק "בנסיבות מסוימות", כפי שנקבע בפסיקה קודמת - ניתן לראות בהתפטרות עובד עקב חילופי מעבידו משום התפטרות שדינה כפיטורים, במשמעות האמורה בסעיף 11(א) לחוק פיצויי-פיטורים, תשכ"ג-1963; משמע, שחרף התפטרותו מיוזמתו יזכה העובד לתשלום פיצויי-פיטורים. עם זאת ציינו, כי התפטרות עובד, שבאה בעקבות העברת מקום העבודה למעביד חדש, לא תיחשב כ"פיטורי צמצום" כמשמעם בהסכם הקיבוצי, שתנאיו מקנים לעובד התעשייה האווירית (אשר פוטר בשל צמצום בהיקף הפעילות) הטבות ייחודיות נוספות.

בהתייחסם לשאלה השנייה ציינו שופטי הרוב, כי העברת הבעלות במפעל, ממעביד קיים למעביד חדש, אינה טעונה קבלת הסכמתם של העובדים. מסקנה זו ביססו, בעיקר, על הוראת סעיף 18 לחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957, וכן על הוראת סעיף 4 להסכם הקיבוצי המיוחד המסדיר את יחסי התעשייה האווירית עם עובדיה. סעיף 18 לחוק קובע, כי אם "עבר מפעל מיד ליד או חולק או מוזג, יראו את המעביד החדש כמעביד שעליו חל ההסכם הקיבוצי". ואילו סעיף 4 להסכם הקיבוצי הנדון מורה, כי "במקרה של העברת הבעלות על החברה לידי רשות אחרת, ... או במקרה של העברת עסקי החברה, במלואם או בחלקם ... למוסד אחר, תבטיח החברה המשך שמירת זכויות העובדים לפי ההסכם". מהוראות שני הסעיפים העלו שופטי הרוב, שעם חילופי המעבידים עתיד ההסכם הקיבוצי הקיים לחול על המעביד החדש (חברת רמת"א) אך יחדל לחול על התעשייה האווירית. בדחותם שתי טענות מרכזיות, שהועלו על-ידי ההסתדרות ואשר עוררו מחלוקת בין הצדדים, קבעו שופטי הרוב: ראשית, כי הוראות סעיף 18 לחוק הסכמים קיבוציים וסעיף 4 להסכם הקיבוצי - שלפי פשוטן נועדו להחיל על מעביד חדש את ההסכם הקיבוצי הקיים - אינן ראויות להתפרש כמטילות על המעביד החדש, כלפי העובדים, חבויות נוספות מעבר לאלו שנקבעו בהסכם הקיבוצי עצמו, כגון חבויות הנובעות מ"הסדר קיבוצי" או מנוהג. ושנית, כי אף אם מהודעותיה של התעשייה האווירית אפשר וניתן היה להבין, כי היא מתכוונת להעניק לעובדי חברת רמת"א זכויות נוספות מעבר לאלו שהוקנו להם בהסכם הקיבוצי (עניין אשר כשלעצמו היווה נושא למחלוקת), הרי ש"הודעות הרגעה" אלה היו, לכל היותר, בבחינת "הסדר קיבוצי" בלבד, וככאלו אין הן אכיפות. בנוסף קבעו שופטי הרוב, כי סעיף 6 לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969, שלפיו נדרשת הסכמת הנושה להמחאת החבות כלפיו מחייב אחד למשנהו, אינו רלוונטי לענייננו, שכן ענייננו מוסדר על-ידי עקרונות משפט העבודה ולא על-ידי דיני המחאת החיובים. על יסוד נימוקים עיקריים אלה פסקו שופטי הרוב לקבל את ערעורי התעשייה האווירית וחברת רמת"א ולדחות את ערעורה של ההסתדרות.

7. השופטת א' ברק הסכימה לקבלת ערעוריהן של התעשייה האווירית וחברת רמת"א, אך סברה, בדעת מיעוט, כי יש לקבל גם את ערעורה של ההסתדרות. לגישתה, מן הדין היה לקבוע "שבעת הפרדה או הפרטה של מפעל, אין לראות בעובדים כחייבים לעבור למעביד החדש, הפרטי, ללא הסכמתם". אשר לדינה של התפטרות בעת חילופי מעבידים ציינה, כי "מקובלת עלי דעת הרוב לפיה יש לראות ב[התפטרות] עובדים, שהמפעל בו עבדו עבר לידיים אחרות והם לא הסכימו לעבור לבעלים החדש, פיטורים על פי האמור בסעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים". עם זאת העירה, כי "לא נהיר לי כיצד מתיישבת העובדה שלפי דעת הרוב מוטלת על העובדים חובה לעבור למעביד

החדש באותם תנאים לפיהם עבדו אצל המעביד הקודם, עם הזכות לפיצויי פיטורים לפי סעיף 11(א). אשר לשאלה אם נדרשת הסכמתם של העובדים לחילופי המעבידים ציינה, כי המעביד הינו בעל הקניין במפעל, אך העובדים וכוח העבודה שלהם אינם קניינו. על כן, יכול המעביד להעביר את המפעל לבעלותו של מעביד אחר, אך אין הוא יכול להעביר לו את העובדים, משל היו חפץ עובר לסוחר. העובדים הם צד לחוזה עם המעביד - במישור האישי ולעיתים גם במישור הקיבוצי - וככאלה זכאים הם כי ייכרת עימם חוזה חדש בעת חילופי מעבידים, וכי ינוהל עימם משא-ומתן לפני כריתתו. העברת מפעל מיד ליד היא שינוי דרסטי מבחינת העובדים, אשר אינו יכול להיחשב כחלק מפררוגטיבת הניהול של המעביד. על כן זהו שינוי חד-צדדי, בלתי סביר, של תניה בחוזה, וככזה הריהו נעדר תוקף כל עוד לא הסכימו לו העובדים. משום כך הוא גם מהווה שינוי נסיבות מהותי, המאפשר לעובד להתפטר ולהיחשב כמפוטר. שינוי כזה פוגע באוטונומיית הרצון הפרטי של העובד, המהווה חלק מכבוד האדם שלו ופוגע גם בחופש העיסוק שלו. העובדים יכולים, כמובן, להסכים לכריתת חוזה חדש (או חוזה שחלק מתניותיו תהיינה חדשות) בדרך של התנהגות, בכך שימשיכו לעבוד תחת המעביד החדש. במקרה כזה זכויותיהם הקודמות - במישור האישי והקיבוצי - שמורות להם. אך אם הם מסרבים לעשות כן, מוסיפים הם להיות עובדיו של מעבידם הקודם, שאם ירצה לפטרם כי אז עליו לעשות זאת בדרך של "פיטורי צמצום", כקבוע בהסכם הקיבוצי. בכך, לדעתה, יושג האיזון הראוי בין זכויותיו של המעביד וזכויותיהם של העובדים.

יתרה מזאת: לדעת השופטת ברק, כשקיים הסכם קיבוצי, נדרשת לא רק הסכמתו של כל אחד מהעובדים לחילופי המעבידים, אלא גם הסכמתו של ארגון העובדים היציג. כך, למשל, עשוי ארגון העובדים לטעון, כי המעביד החדש קטן יותר מקודמו, ועל כן כוח המיקוח של ארגון העובדים נחלש, באופן המצדיק את שינויו של ההסכם הקיבוצי הקודם. כזה הוא, לדעתה, המצב בעניינם של עובדי רמת"א. היא לא חלקה על דעת שופטי הרוב, בדבר חשיבות הזיקה של העובד למקום עבודתו. ואולם, לשיטתה, "אין בכך כדי לשלול את הקשר בין העובד למעבידו. המטרה היא להגן על העובד במקום העבודה, לא לשלול מהעובד את זכות הבחירה עם מי הוא מוכן להיות קשור בחוזה עבודה". כן ציינה, כי גם סעיף 1(א) וסעיף 6 לחוק המחאת חיובים תומכים במסקנה שלא ניתן להעביר עובדים למעביד חדש ללא הסכמתם. היא הדגישה, כי כל הצדדים - העובדים, ארגון העובדים, המעביד הקודם והמעביד החדש - כפופים לחובת תום הלב בעת חילופי מעבידים. על כן, למשל, אסור לארגון העובדים להכשיל ללא סיבה את המשא-ומתן שינוהל עימו לקראת ביצוע השינוי. באותו אופן, יומרתו של מעביד להעביר את עובדיו למעביד אחר ללא הסכמתם מהווה התנהגות שלא בתום

לב. להלן הותירה בצריך עיון את השאלה, מה הדין אם בחברת מניות מתחלפת השליטה, דהיינו מבלי שנעשה שינוי באישיותו המשפטית של המעביד. מכל מקום, לדבריה, "ברי שגם כאן יש לפעול בתום לב על פי הנסיבות".

העתירות

8. שני הצדדים הגישו עתירות כנגד פסק-דינו של בית-הדין הארצי. בבג"ץ 8111/96 עתרה ההסתדרות לביטול פסק-דינם של שופטי הרוב ולאילו דעתה של שופטת המיעוט. עתירת התעשייה האווירית וחברת רמת"א, בבג"ץ 922/97, הופנתה נגד הקביעה שנכללה בפסק-דינם של שופטי הרוב, ולפיה התפטרות עובד עקב חילופי מעבידים תיחשב "ככלל" כפיטורים. לטענתן, יש לבחון כל התפטרות כזו לגופה. ביום 6.11.1997 הודיע היועץ המשפטי לממשלה על הצטרפותו להליך בשל העניין הציבורי שהוא מעורר. בנייר העמדה שהוגש מטעמו חיווה היועץ המשפטי לממשלה את דעתו, כי פסק-דינו של בית-הדין הארצי לעבודה הוא מאוזן וכי יש להותירו על כנו כמות שהוא. בעלות הדין הגיבו בכתב, בהרחבה, על העתירות ההדדיות וכן על עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה.

ביום 11.11.1997 ניתן על-ידי השופט זמיר, בהסכמת הצדדים, צו ביניים למניעת פעולות בלתי הפיכות על-ידי המעבידות, שתוקפו הוגבל עד ליום 31.12.1998. ביום 25.2.1999 ניתן על-ידי המשנה לנשיא ש' לוין תוקף של החלטה להסדר דיוני בין הצדדים, בגדרו הוסכם, בין היתר, כי הדיון בשתי העתירות יתנהל כאילו הוצאו בהן צווים על-תנאי. כן הסכימו הצדדים, שכל אחד מהם יוכל לפנות לבית-המשפט בבקשה לחידוש צו הביניים, אם יראה בכך צורך. ואולם, איש מהצדדים לא פנה בבקשה כזו. ביום 16.5.1999 החליט ההרכב שלפניו נקבעו העתירות לדיון, כי העתירות תידונה לפני הרכב מורחב של שופטים, אשר יחליט אם להסתפק לצורך הכרעתו בסיכומי הטענות שבכתב שהוגשו על-ידי פרקליטי הצדדים או לבקש השלמת טיעון על-פה. ביום 18.5.1999 החליט המשנה לנשיא לוין כי העתירה תידון לפני הרכב של שבעה אשר יכלול את השופטים ששמותיהם פורטו בהחלטה; וביום 18.7.2001 - בעקבות פרישתם מכס השיפוט של השופטים י' זמיר ומ' אילן, אשר נמנו עם ההרכב המורחב המקורי - החליט המשנה לנשיא לוין לצרף להרכב המורחב, במקום השופטים זמיר ואילן, את השופטת ט' שטרסברג-כהן ואת השופט א' ריבלין.

באמצע שנת 2002 ביקש המשנה לנשיא לוין לברר, בעזרת באי-כוח הצדדים, אם העתירות עודן אקטואליות, ואם התקיימו או עשויים להתקיים הליכי חקיקה להסדרת הסוגיות הכלליות שהעותרות, מזה ומזה, ביקשו להעמידן לבירור. בהחלטתו

מיום 1.8.2002 - משהתעורר קושי להועיד את העתירות לתזכורת בפניו - ביקש המשנה לנשיא מפרקליטי הצדדים להשיב בכתב לשתי השאלות. ביום 1.9.2002 הגישו באי-כוח הצדדים לבית-המשפט את תשובותיהם לשתי השאלות שהוצגו. באי-כוח התעשייה האווירית וחברת רמת"א הודיעו, כי קיימות תכניות להפרטת מפעלי התעשייה האווירית, ובכללם מפעל רמת"א, אך המתכונת והתנאים לכך טרם גובשו ואף טרם נקבע מועד לביצוען של תכניות אלו. עם זאת ציינו, כי עותרות אלו נכונות למשוך את עתירתן, אם תסכים ההסתדרות למשוך את עתירתה. אלא שבאי-כוח ההסתדרות הודיעו, כי ההסתדרות עומדת על עתירתה. מתשובות באי-כוח הצדדים והיועץ המשפטי לשאלה השנייה עלה, כי לעת הזאת אין הליך חקיקה פעיל, הנתמך על-ידי הממשלה, והעשוי להסדיר את נושא המחלוקת.

משהוברר כי העתירות עודן טעונות הכרעה, בדקנו ומצאנו כי בידנו להסתפק בסיכומי הטענות שבכתב שהוגשו, ביחס לשתי העתירות, מטעם בעלות הדין ומטעם היועץ המשפטי לממשלה, ואיננו נדרשים לשמיעת השלמות טיעון על-פה. בשלב זה נתבקשתי לכתוב חוות-דעת ראשונה, אך בשל חילוקי-דעות שנתגלעו בין שופטי ההרכב התעכבה הכרעתנו. פרישתו מכס השיפוט של המשנה לנשיא לזון, בפברואר 2003, הציבה בראש ההרכב את חברי הנכבד, המשנה לנשיא ת' אור; ועם פרישתה מכס השיפוט של השופטת ט' שטרסברג-כהן, במאי 2003, נגרע מספר שופטי ההרכב משבעה לחמישה. לאחר שלפני שופטי ההרכב נמצאו חוות-דעת דעתי וחוות-דעתו החולקת של המשנה לנשיא אור - ובמטרה ליתן פסק-דין בעתירות בטרם תפוג סמכותם השיפוטית של השופטת ד' דורנר ושל המשנה לנשיא אור, שפרשו מכס השיפוט במהלך מארס 2004 - התבקשתי על-ידי הנשיא לקבוע את שני השופטים שיצורפו להרכב במקום השופטים שפרשו. בעקבות זאת החלטתי (ביום 22.4.04) לצרף להרכב את חברינו השופט א' גרוניס והשופטת מ' נאור. אף משחזרנו ובדקנו את הדבר בהרכבנו החדש הגענו לכלל מסקנה, כי ניתן וראוי להכריע בעתירות על יסוד החומר המצוי לפנינו ומבלי להיזקק לשמיעת טיעונים משלימים של פרקליטי הצדדים.

מצאתי לנכון לפרט בקצרה את קורות ההליך. עתירות אלו, שהוגשו לבית-המשפט האחת בשנת 1996 והשנייה בשנת 1997, זוכות להכרעת בית-המשפט בהן רק כשבע שנים לאחר הגשתן. מתיאור קורות ההליך אמנם עולה, כי העתירות בשלו להכרעה זמן בלתי מבוטל ממועד הגשתן. אך גם לנוכח הנחה זו נראה, כי בעלי הדין המתינו לפסק-דיננו יותר מזמן סביר. על העיכוב במתן פסק-דיננו, שבחלקו נבע מחילופים תכופים בהרכב השופטים ומחילוקי-דעות בדבר ההכרעה הראויה בעתירות לגופן, הננו מביעים את צערנו.

טענות הצדדים

9. בעתירתה, בבג"ץ 8111/96, מעלה ההסתדרות את הטענות העיקריות הבאות: פסק-דינם של שופטי הרוב פוגע בזכויות יסוד של העובדים, וביניהן הזכות לכבוד, לחירות ולחופש עיסוק, בכך שהוא שולל מהעובדים את האוטונומיה החוזית לבחור עם מי לא להתקשר ועבור מי לא לעבוד, ולמעשה כופה עליהם - בהיעדר אפשרות להישאר עובדי המעביד הקודם ובשל הפגיעה הרבה הכרוכה בהתפטרות - לתת שירות אישי מאונס, באופן שניתן להגדירו כ"עבדות מודרנית". להלן נטען, כי פסק-הדין סוטה מעקרונות דיני החוזים הכלליים ודיני המחאת חיובים, המחייבים כי החלפתו של צד להסכם תיעשה בהסכמת הצד השני. כן הוא פוגע בעקרונות משפט העבודה האינדיווידואלי והקיבוצי, בין היתר בכך שהוא מעוות את רעיון "הזיקה למקום העבודה", שנועד לפעול לטובת העובד ולא לרעתו, וכן את עקרון ההדדיות ביחסי העבודה, את עקרון ההגנה על העובד ואת רעיון פררוגטיבת הניהול של המעביד. פסק-הדין מאפשר למעביד "להיפטר" בקלות מעובדיו ומכל חיוביו כלפיהם באופן חד-צדדי; אין הוא מתיישב עם המשפט ההשוואתי; וכן הוא פוגע במנהג קיים בין הצדדים, שלפיו ביצועם של שינויים מבניים הותנה בהסכמה מוקדמת על תנאי העסקתם של העובדים. כן ביטל פסק-הדין את תוקפן של ההבטחות המרגיעות, שהנהלת התעשייה האווירית נתנה לוועד עובדי המפעל ואשר עליהן הסתמכו העובדים כאשר שבו לעבודה סדירה. בכל אלה, טענה ההסתדרות, מערער פסק-דינם של שופטי הרוב את מאזן הכוחות הקיים בין עובדים למעבידים, ואשר בטווח הארוך עלולה הפרתו לפגוע בסיכויי הפרטתם המתוכננת של גופים אחרים.

בטיעוני ההסתדרות הוטעמו גם היתרונות המעשיים שיצמחו לעובדים, אם יאמץ בית-המשפט את גישתה של שופטת המיעוט בבית-הדין הארצי לעבודה, באופן שבמצב של חילופי מעבידים תינתן לכל עובד הברירה להוסיף ולהיחשב כעובדו של המעביד המקורי. כך, למשל, אם ייגזר על עובד לסיים את עבודתו בשל סירובו לעבור למעביד החדש, עדיף לו שיפוטר (על-ידי מעבידו הישן) מאשר להתפטר; וכך, אף אם התפטרותו תיחשב בוודאות כפיטורים על-פי סעיף 11(א) לחוק פיצויי-פיטורים. זאת, משום שכעובד מתפטר שדינו כדין מפוטר יוכל לזכות רק בפיצויים בשיעור הסטטוטורי, בעוד שבהסכמים קיבוציים ובחוזי עבודה נהוג להקנות תנאי פרישה טובים יותר לעובדים שפוטרו בנסיבות מיוחדות. כך, למשל, בענייננו, פיטוריהם של עובדי מפעל רמת"א על-ידי התעשייה האווירית יחשבו, קרוב לוודאי, כ"פיטורי צמצום" על-פי ההסכם הקיבוצי, המקנים פנסיה מוקדמת, פיצויי פיטורים מוגדלים והטבות נוספות. יתרה מזאת: יש שעל-פי תנאי ההסכם הקיבוצי או חוזה העבודה, אין

המעביד מורשה לפטר עובד שתפקידו התייתר; בין עקב הוראה המחייבת אותו לבדוק תחילה אם ניתן להסב את העובד למילוי תפקיד אחר בשירותו, ובין עקב הוראה המחייבת את המעביד להעביר את ההכרעה בדבר צדקת הפיטורים לגוף מוסכם, שבו יש ייצוג גם לעובדים. מאידך, חיובו של העובד להמשיך לעבוד במפעל שהועבר לבעלותו של מעביד חדש, עלול להרע את תנאי העסקתו. כך, לדוגמה, נובע מהכרעת שופטי הרוב, שכלפי מעבידו החדש תעמודנה לעובד רק הזכויות שהוענקו לו בהסכם הקיבוצי, בעוד שזכויות נוספות שהוענקו לו בתקופת העסקתו אצל מעבידו הקודם לא תחייבנה את מעבידו החדש. חילופי מעבידים - בעיקר כאשר המעביד החדש הוא קטן מקודמו - טומנים לעובדים גם סיכונים מיוחדים העשויים להתבטא, בין היתר, בצמצום כוח המיקוח שלהם, בהגבלת הניידות בין תפקידים והגברת החשש למחסור בעבודה.

10. בתשובת התעשייה האווירית וחברת רמת"א לעתירת ההסתדרות נטען, כי עתירת ההסתדרות איננה מקיימת את התנאים שנקבעו בפסיקתנו להתערבות בית-המשפט הגבוה לצדק בפסק-דינו של בית-הדין הארצי לעבודה, שכן בפסק-הדין לא נפלה טעות משפטית מהותית ואף בנסיבותיו של העניין הקונקרטי אין הוא גורם לפגיעה שהצדק מחייב את תיקונה. לדבריהן, פסק-הדין תואם (בכפוף לתיקונו, כמוצע בעתירתן שלהן) את הדין המצוי ואף נתמך על-ידי המשפט המשווה. הוא עולה בקנה אחד עם כיבוד זכות הקניין של המעביד על מפעלו ועם חירות הניהול שלו, הכוללת את הזכות לשנות את המבנה המשפטי של העסק או חלק ממנו, מבלי שיכולתו לנקוט מהלך כזה תותנה בהסכמת עובדיו. זכותו האמורה של המעביד כפופה רק להגבלות המוטלות עליו מכוח הדין הכללי - כמו החובה לנהוג בתום לב ובהגינות, החובה להיוועץ עם נציגות העובדים והאיסור לשנות באופן חד-צדדי את תנאי העבודה הקיימים - וכן להגבלות ספציפיות המוטלות עליו מכוח הוראות חוק או הסכם. ההוראות הרלוונטיות העיקריות הנוגעות לענייננו הן אלה שבסעיף 18 לחוק הסכמים קיבוציים ובסעיף 4 להסכם הקיבוצי המיוחד: סעיף 18 לחוק מעניק היתר מפורש להעברה "אוטומטית" של חיובים חוזיים - קיבוציים ואישיים כאחד - בין מעבידים, אף ללא הסכמת העובדים; ואילו סעיף 4 להסכם הקיבוצי מעיד, כי הצדדים להסכם זה נתנו את דעתם לאפשרות שהתעשייה האווירית תבקש להפריד או להפריט איזה ממפעליה וקבעו בהסכמה את ההסדרים שיחולו על הצדדים עם נקיטתם של מהלכים כאלה. כן נטען, כי פסק-הדין תואם את עקרונות משפט העבודה, ובהם עקרון הזיקה של העובד למקום עבודתו ורציפות יחסי העבודה בחילופי מעבידים, העולה מדברי חקיקה רבים. חילופי המעבידים, כשלעצמם, אינם מביאים אפוא לניתוק חוזה העבודה או לשינוי תוכנו, אלא רק להמחאתו ממעביד למעביד. פסק-הדין מאפשר לעובדים להתפטר - ככלל בדין מפורטים - ומכאן שאינו כופה עליהם לעבוד עבור המעביד

החדש, וממילא אינו פוגע בזכויות היסוד שלהם. כמו כן אין הוא סותר את דיני החוזים ודיני המחאת חיובים, ואיננו סוטה ממנהג קיים כלשהו. התעשייה האווירית כפרה בטענת ההסתדרות, כאילו נתנה "הבטחות מרגיעות" לעובדי מפעל רמת"א. לטענתה, הבטחות כאלה כלל לא ניתנו על-ידה; ומכל מקום - כפי שקבע בית-הדין לעבודה בשתי הערכאות - להבטחות מן הסוג שיוחס לה אין תוקף משפטי מחייב. לדבריה, קבלת גישת ההסתדרות תיצור חוסר איזון חמור בין המעביד לעובדיו, תאפשר סחטנות של העובדים, ועלולה היא לשתק את תהליכי ההפרדה וההפרטה של החברות הממשלתיות, שמבחינת האינטרס הציבורי הם תהליכים חשובים ורצויים.

בתשובתן לעתירת ההסתדרות התייחסו התעשייה האווירית וחברת רמת"א גם להשלכות המעשיות שתהיינה לפסק-דינו של בית-הדין הארצי על זכויות עובדי מפעל רמת"א עם חילופי מעבידיהם. תיאור ההסתדרות, בדבר ההבדלים המעשיים שבין גישת שופטי הרוב לבין גישתה של שופטת המיעוט, הוא, לטענתן, מוגזם ומוקצן. כך, למשל, לפי המערכת ההסכמית הקיימת בענייננו, הזכות לקבלת פיצויי-פיטורים, גם במקרה של "פיטורי צמצום", היא בגובה הפיצויים הסטטוטוריים בלבד. הווי אומר: המפוטרים, שמספרם ממילא נקבע על-ידי התעשייה האווירית לפי שיקוליה, אינם זכאים להטבות משמעותיות מיוחדות. עוד נטען, כי בציון החסרונות הכרוכים בעבודה אצל מעביד קטן, התעלמה ההסתדרות מהיתרונות העשויים להתלוות לכך: אפשרויות להגברת היעילות ולפיתוחו הדינמי של המפעל, וכפועל-יוצא מכך, סיכוי לשיפור בתנאי שכרם של העובדים כתמורה אמיתית למאמציהם. התעשייה האווירית וחברת רמת"א מסכימות, כי גם זכויות שהוענקו לעובדים ואשר אינן מעוגנות בהסכם קיבוצי, צריכות להישמר להם כלפי המעביד החדש. מאידך, דוחות הן כ"ספקולציות חסרות בסיס" את החשש מפני ביטולן על-ידי המעביד החדש של זכויות קיבוציות שהוענקו לעובדים, ואת החשש כי העברה "אוטומטית" של עובדי המפעל למעביד חדש תפגע בסיכויי העובדים להשיג "הסכם העברה" מאוזן, המתחשב באינטרסים שלהם. לדבריהן, "הפרקטיקה מובילה פעמים רבות להסכמים כאלה באמצעות הכוח הארגוני של שני הצדדים ... אולם אין ללמוד מכך כי קיימת חובה משפטית על המעביד להגיע להסכם כזה טרם ההעברה". הטלת חובה משפטית כזו תביא, לדעתן, "להעלאת רף דרישות העובדים ונציגותם ללא כל הצדקה לזכויות משפטיות חדשות ומרחיקות לכת". על כל פנים, כוח המיקוח של עובדי רמת"א איננו צפוי להיפגע, באשר ארגון העובדים היציג שלהם איננו ועד עובדי התעשייה האווירית אלא ההסתדרות, שבידה היכולת לנקוט מהלכים ארגוניים מתאימים.

11. בעתירתן, בבג"ץ 922/97, טוענות התעשייה האווירית וחברת רמת"א, כי בית-הדין הארצי טעה בקביעתו כי התפטרות עובד בעת חילופי מעבידים ראויה "ככלל" להיחשב כהתפטרות בדין מפוטר, המצמיחה לעובד, "אוטומטית", זכות לפיצויי-פיטורים מהמעביד הישן. לטענתן, את שאלת זכותו של עובד שהתפטר לזכות בפיצויים כדין מפוטר, יש לבחון על יסוד נסיבותיו של כל מקרה נתון. כך נקבע בפסיקת בית-הדין הארצי בעבר, וכך לכאורה אף מתחייב מלשונו של סעיף 11(א) לחוק פיצויי-פיטורים. קביעת כלל הלכתי גורף, המזכה עובד מתפטר בפיצויי-פיטורים על רקע סירובו להמשיך בעבודתו עקב התחלפות מעבידו, אינה ראויה. כך, למשל, ייתכנו מצבים שבהם חילופי המעבידים רק ייטיבו עם העובדים מכל הבחינות, ועל כן לא תהיה הצדקה להפעלת הכלל האמור. הוא הדין במצבים שבהם העובד הסכים מראש לקבל על עצמו חילופי מעבידים, כפי שלטענת התעשייה האווירית המצב בענייננו (מכוחו של סעיף 4 להסכם הקיבוצי). כן נטען, שלקביעתו האמורה הגיע בית-הדין הארצי מיוזמתו, מבלי שמי מהצדדים העלה לפניו טענות בעניין זה. קביעה זו אף מנוגדת לעקרון הזיקה למקום העבודה, שבית-הדין עצמו העלה כנימוק לדחיית ערעור ההסתדרות, והיא מפירה את האיזון בין הצדדים לרעת המעביד, באופן העלול לפגוע בחירותו להפריד ולהפריט את מפעלו ולפתוח פתח לסחטנות מצד העובדים. השפעתה של קביעה זו, נטען, חורגת בהרבה מגדרו של המקרה הקונקרטי הנדון, ובכך מקימה היא עילה להתערבות בית-המשפט הגבוה לצדק בפסק-דינו של בית-הדין הארצי לעבודה.

ההסתדרות דוחה טענות אלה. לדעתה, קביעתו האמורה של בית-הדין הארצי נועדה לרכז, במידת-מה, את תוצאותיה הקשות של הכרעתו. היא מספקת לעובדים מעין פתח מילוט מפני עבודה כפויה בשירות המעביד החדש, ועל-כן יש לראות בה חלק אינהרנטי מפסק-הדין, שלא ניתן לנתקה ממנו. כן עולה קביעה זו בקנה אחד עם תכלית החוק ועם לשונו. בבחינת השאלה אם חילופי מעבידים מהווים "נסיבות אחרות", כמשמען בסעיף 11(א) לחוק פיצויי-פיטורים - שבהתקיימן זכאי העובד להתפטר בדין מפוטר, באשר אין לדרוש ממנו להמשיך בעבודתו - אין כל רלוונטיות לשאלה מהם תנאי העבודה החדשים המוצעים לו. כן אין רלוונטיות לשאלה אם הדבר יקשה על מעבידים לבצע שינויים מבניים, מה גם שהפרקטיקה בארץ ובעולם אינה תומכת בטענה כי אמנם ייווצר קושי מעין זה.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

12. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי פסק-דינם של שופטי הרוב מאזן היטב בין כלל האינטרסים והשיקולים הרלוונטיים. על-כן, אין עילה מוצדקת להתערב בו ומן

הדין לדחות את שתי העתירות. בניגוד לסברתן המשותפת של בעלות הדין, גורס היועץ המשפטי, כי בקבעו ש"ככלל" יש לראות בהתפטרות עובד עקב חילופי מעבידים משום התפטרות שדינה כפיטורים, לא התכוון בית-הדין הארצי לקביעת כלל "אוטומטי", שבכל מקרה יזכה את העובד המתפטר בפיצויי-פיטורים. לכל היותר, נאמר, יש בקביעה האמורה משום יצירת חזקה לטובת העובד, המטילה על המעביד את הנטל לסתור בדרך של הוכחת נסיבות המצדיקות את שלילת הכלל. נמצא שעתירת התעשייה האווירית וחברת רמת"א, שהופנתה רק נגד קביעתו האמורה של פסק-הדין, אינה מקימה בסיס להתערבות בית-המשפט.

בהתייחסו לעתירת ההסתדרות עומד היועץ המשפטי על כך שבמשפט ההשוואתי ניתן למצוא תימוכין לכל אחת מגישותיהן המנוגדות של בעלות הדין. הדין בישראל אינו מכיר בפגיעה אוטומטית של חוזה העבודה כתוצאה מחילופי מעבידים, אף שאחד מבעלי החוזה המקורי (המעביד הישן) "יוצא מן התמונה". עמדה זו של הדין, שנועדה להגן על העובד, מבוססת על עקרון "הזיקה למקום העבודה", המשקף את האינטרס המוגן העיקרי במשפט העבודה. על-פי עיקרון זה, כל עוד נשמר מקום העבודה, הרי שככלל אין קמות לעובד זכויות לפיצוי על שינויים בתנאי העבודה. לשם סיום החוזה נדרש מעשה נוסף, מצד העובד או מצד המעביד. בידי העובד להתפטר ממקום העבודה - ככלל, "בדין מפוטר" - או להישאר בעבודה. התפטרותו מפגיעה את תוקף חוזה העבודה שהיה לו עם מעבידו המקורי; אך אם בוחר הוא להישאר בעבודה, רואים אותו כמסכים לעבוד עבור המעביד החדש תוך שמירת הרציפות של זכויותיו.

ביסוס נוסף לפסק-דינם של שופטי הרוב מוצא היועץ המשפטי בפררוגטיבת הניהול של המעביד. מכוח פררוגטיבה זו, הנובעת מזכות הקניין של המעביד על מפעלו, רשאי המעביד לשנות את מבנהו המשפטי של המפעל, ובכלל זה אף למכרו כ"עסק חי". זכותו לעשות כן מהווה תניה מכללא בחוזה העבודה האישי, שבהיעדר ראייה לסתור יש לראות את העובד כמי שהסכים לה. זכות מיוחדת זו הנתונה למעביד מאוזנת, בין היתר, על-ידי חובות תום הלב, ההגינות וההיוועצות המוטלות עליו, מחד, ועל-ידי זכות ההתפטרות, שככלל דינה כדין פיטורים, הנתונה לעובד, מאידך. אופיו המיוחד של חוזה העבודה, כחוזה מתמשך המשתנה כל העת, מצדיק מתן תוקף רחב לתניות מכללא כטכניקה פרשנית להשלמת חסרים בחוזה ובחוק, וזאת בניגוד לחוזה רגיל, שבו ככלל נמנעים מכך. תוכנו של תניות אלה נשאב, בראש ובראשונה, מעקרונות משפט העבודה ולא מדין החוזים או מדין המחאת החיובים הכללי. על-פי עקרונות אלה, אין להסתפק בבירור רצונם הסובייקטיבי של הצדדים במועד ההתקשרות, אלא יש מקום להתחשב גם בשיקולים חברתיים ומערכתיים; בכללם שיקולי התייעלות

והבראה באמצעות שינויים מבניים. התניית שינויים כאלה בפיטורי העובדים או בקיום משא-ומתן מוקדם עימם, תקשה מאוד על ביצוע השינויים. בכך אפשר שייפגעו, לצד זכויות הקניין של המעביד, גם אינטרסים אחרים, בכללם צורכי ההגנה על העובדים החלשים, העלולים למצוא עצמם מפורטים בשל דרישות מוגזמות של חבריהם.

צדקת ההתערבות בפסק-דינו של בית-הדין הארצי לעבודה
 13. בפסק-דינו המנחה בבג"ץ 525/84 חטיב נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד מ(1) 673, עמד הנשיא שמגר על אמות המידה להתערבותו של בית-המשפט הגבוה לצדק בהחלטות בית-הדין הארצי לעבודה:

לאור העובדה, שהמחוקק ייחד לבתי הדין לעבודה תחום משפטי מוגדר ומופרד, והפקיד בתי-דין אלו במידה רבה על מלאכת העיצוב של דיני העבודה, בית המשפט הזה צריך לנהוג בריסון, ורצוי שלא ימהר להתערב בנושאים, שנדונו בפני בית-הדין לעבודה בתחום סמכותו הייחודית, אלא אם כן מתקיימים שני התנאים המצטברים הבאים:

(1) נתגלתה טעות משפטית מהותית... וכן, יחד עם זאת

(2) הצדק מחייב התערבותו של בית-משפט זה, לאור נסיבותיו של העניין (שם, בעמ' 693).

להלן הוסיף הנשיא והסביר, כי בבחינת התקיימות התנאי של "טעות משפטית מהותית", נודעת חשיבות לשאלה אם לנושא המשפטי שבמחלוקת יש יותר מפתרון משפטי אפשרי אחד; "שהרי עצם קיומם של פירושים משפטיים חלופיים או של מיגוון של דרכים משפטיות אפשריות אינו מתיישב עם המסקנה, כי נפלה טעות משפטית מהותית". לכן, לדבריו:

אם קיימים מבחר או מספר של אפשרויות לפתרון המשפטי הנכון של הבעיה, או אם יכולות להיות גישות סבירות חלופיות לאותה סוגיה, רצוי שבית המשפט ייטה לכיוון אי ההתערבות. מטרת ההתערבות אינה העדפתו של פתרון משפטי חלופי, כדי שתינקט הדרך, שבה היה בוחר בית-משפט זה ואשר שונה מזו ששימשה את בית הדין לעבודה, שגם היא דרך שאין לשללה לחלוטין (שם, בעמ' 693-694).

בהתייחסי לדברים אלה, בפסק-דין שיצא מלפנינו זה מקרוב, כתבתי:

דברים אלה היו ועודם בגדר הלכה פסוקה; ולטעמי, בכל הכבוד, הלכה ראויה. ער אני לכך שברבות השנים נשמעו דעות התומכות בהרחבת התערבותו של בית-המשפט הגבוה לצדק בפסיקתו של בית-הדין הארצי לעבודה (ראו למשל: א' ברק "ביקורת שיפוטית ואחריות ממלכתית - היקף הביקורת של בית המשפט העליון על פסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה" הפרקליט לח (1989) 245). על גישה מרחיבה זו נמתחה ביקורת (מ' לנדוי "פיקוח בית-המשפט העליון על בית הדין הארצי לעבודה - דיון נוסף" ספר יצחק כהן (1989) 274; מ' גולדברג "על היקף הביקורת של בית המשפט העליון על פסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה" הפרקליט לח (1989) 263). מכל מקום, גם אלה מביין השופטים שציידו בהרחבת ההתערבות, לא התיימרו - לפחות לא במפורש - להפוך את הילכת חטיב (ראו למשל את דברי השופט חשין בבג"ץ 1262/94 זילברשטיין נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מח(4) 867, 837 ואילך; ואת דברי השופט ד' לוי בבג"ץ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מט(2) 485, 504). אליבא דידי, כשהמדובר בנושא המצוי בליבם של דיני העבודה, ואשר לא רק מסור לסמכותו הייחודית של בית-הדין אלא גם משתייך לתחום מומחיותו המיוחדת, יש לייחס להילכת חטיב משנה תוקף (בג"ץ 840/03 ארגון הכבאים המקצועיים בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד נז(6) 810, 814-815).

חשוב להטעים, כי תוקפו של כלל אי-ההתערבות במקרים שבהם ייתכנו מספר פתרונות אפשריים אינו נגרע - וכאמור, עד כה לא נקבע אחרת - אף אם הסוגיה המשפטית העומדת לדיון הינה בעלת חשיבות כללית. בהקשר זה ציין הנשיא שמגר בפרשת חטיב:

המקרים בהם אפשרית פרשנות משפטית לכאן או לכאן הם בדרך כלל בגדר דוגמה לנסיבות בהן אין להסיק על דבר קיומה של טעות משפטית מהותית - - - . אולם כאמור, הדוגמה הנ"ל של הבעיה המשפטית אשר לה פנים לכאן או לכאן, גם איננה ממצה את סוגי המקרים שבהם ייטה בית-המשפט שלא להתערב; עיקרו של דבר, השיקול המנחה מן הראוי שיופנה לאופיה של הבעיה, היינו, לחשיבותה הציבורית הכללית או למשקלה המשפטי הסגולי או לכלליותה ונפוצותה כתופעה במסגרת יחסי העבודה או להשפעתה הכללית על הליכים חברתיים ולשיקולים כיוצא באלה (שס, בעמ' 693-694; ההדגש הוסף - א' מ').

ובמילים אחרות, לא רק כאשר לבעיה המשפטית יש פנים לכאן או לכאן ייטה בית- המשפט להימנע מהתערבות בפסק-דינו של בית-הדין לעבודה, כי אם גם במקרה שבו אף שאין לה פנים לכאן או לכאן אין היא בעלת חשיבות כללית. בצדק אפוא ציין הנשיא מ' לנדוי, בביקורתו על הגישה המרחיבה, כי דבריו האמורים של הנשיא שמגד "באו לצמצם את היקף ההתערבות דווקא, שהרי שני התנאים שהוא הציב להתערבות הם מצטברים, ולכן יכול לקרות, לפי גירסתו, שפסיקת בית הדין הארצי לוקה בטעות מהותית ובכל זאת לא יתערב בג"צ, מפני שהסוגיה העומדת לדיון נעדרת חשיבות ציבורית כללית" (מ' לנדוי "פיקוח בית-המשפט העליון על בית הדין הארצי לעבודה - דיון נוסף" 199 יצחק כהן (1989) 274, 276). ודוק: אין חולק כי חשיבותה הכללית של הסוגיה היא בגדר שיקול חשוב ואף מרכזי להתערבותנו. כך קבענו בשורה של פסקי-דין שניתנו מאז פרשת חטיב. ניתן אף להניח, כי ככל שהסוגיה חשובה ועקרונית יותר כך ניטה פחות לומר שיש לה פנים לכאן או לכאן. ואולם, גם לפי אמת-מידה זו, עדיין עשויות להימצא סוגיות חשובות שלגביהן מן ההכרח יהיה להכיר ב"מתחם סבירות שיפוטי", שבגדרו מוסמך בית-הדין להכריע כפי הבנתו. במצבים אלה מצווים אנו, בהתאם להילכת חטיב, לגזור על עצמנו ריסון ולהימנע מלהתערב בהכרעה הלגיטימית של הערכאה המוסמכת.

14. נראה לי כי פסק-דינו של בית-הדין הארצי לעבודה, שהוא נשוא הדיון בפרשתנו, מהווה דוגמה טובה למצב מן הסוג המתואר. ניתן אמנם להסכים, כי הסוגיה שעמדה לדיון הינה בעלת חשיבות כללית; ואולם הן בהכרעת שופטי הרוב והן בחוות-דעת הנפרדת של שופטת המיעוט הוצעו לה פתרונות אפשריים וסבירים, וברי כי ביחס לאף אחת מן הגישות החלוקות לא ניתן לומר כי היא לוקה ב"טעות משפטית מהותית" או כי יש "לשללה לחלוטין". בנסיבות אלו, אין בחשיבותה של הסוגיה, כשהיא לעצמה, כדי להצדיק סטייה מהילכת אי-ההתערבות שנקבעה בפרשת חטיב. כך מתחייב, וביתר שאת, מן העובדה שההכרעה במקרה זה מצויה בליבם של דיני העבודה. משמע כי אינה רק מסורה לסמכותו הייחודית של בית-הדין אלא גם משתייכת לתחום מומחיותו המיוחדת.

הנה כי כן, לשאלות המועלות בעתירות אין תשובה חד-משמעית בחקיקה או במערכת ההסכמית החלה על הצדדים. במוקד המחלוקת המשפטית בין הצדדים ניצבה השאלה כיצד יש לפרש את סעיף 18 לחוק הסכמים קיבוציים ואת סעיף 4 להסכם הקיבוצי המיוחד המסדיר את יחסי התעשייה האווירית עם עובדיה. התעשייה האווירית

וחברת רמת"א ביקשו להעלות מסעיף 18 לחוק, כי המחוקק הניח כמובן מאליו שהעברת המפעל מיד ליד כ"עסק חי" היא מעשה מותר, שאיננו טעון הסכמת העובדים ומותנה רק בהבטחת זכויותיהם עקב המעבר ממעבידם המקורי למעבידם החדש. לעומתן טוענת ההסתדרות, כי סעיף 18 נועד אך להבטיח את זכויות העובדים, אם וכאשר הללו יסכימו לעבור למעביד החדש, אולם אין להסיק ממנו, אף לא במשתמע, כי הסכמתם אינה נדרשת. דעתי היא, כי שני הפירושים סבירים, וכי הבחירה באיזה משניהם אמורה, לאמיתו של דבר, להיגזר משיקולי מדיניות שיפוטית ומאיזון בין ערכים, הנוגעים להסדרת יחסיהם של מעבידים ועובדים. את קביעתם של אלה יש, ככלל, להניח לבית-הדין לעבודה, שסמכות השיפוט הייחודית להכריע בסוגיות אלו הופקדה בידי. כך מתחייב, כאמור, מהילכת חטיב ומהרציונל הניצב ביסודה, שעניינו הצורך לכבד את החלטת המחוקק בנושא זה (ראו פרשת ארגון הכבאים המקצועיים בישראל הנ"ל, בעמ' 815-816). הוא הדין ביחס לפירושו של סעיף 4 להסכם הקיבוצי נשוא הדיון, וכך הדבר גם באשר ליתר ההוראות בחקיקת המגן, המתייחסות למצב של חילופי מעבידים (ראו, למשל: סעיף 30 לחוק הגנת השכר, תשי"ח-1958; סעיף 3(א) לחוק חופשה שנתית, תשי"א-1951; סעיף 4(א) לחוק דמי מחלה, תשל"ו-1976; סעיף 1 לחוק פיצויי-פיטורים); ואפילו באשר להצעת חוק חוזה עבודה, התשמ"ה-1985, הקובעת בסעיף 8 כי "חל שינוי בבעלות על מקום העבודה ... יבוא המעביד החדש במקום המעביד הקודם בכל הנוגע לחוזה העבודה".

גם העובדה שלשתי הגישות נמצאו תימוכין רבים במשפט ההשוואתי - כפי שפורט באריכות בפסק-הדין ובטיעוני הצדדים - תומכת במסקנה כי שתיהן אפשריות וסבירות. אכן, כל אחת מהגישות מעוררת מספר שאלות הטעונות ליבון והכרעה. אולם אלה יוכלו להיעשות על-ידי ערכאות בית-הדין לעבודה בבוא העת, בדרך של התפתחות פסיקתית הדרגתית. על-כל-פנים, אין די בכך שלא לכל הבעיות התיאורטיות המועלות בעתירות ניתן פיתרון בפסק-הדין, כדי להצדיק את התערבותנו בפסק-דינו של בית-הדין הארצי לעבודה. ולמותר לציין, כי בית-הדין הארצי עצמו רשאי, אם ימצא זאת לנכון בחלוף העיתים, לשנות מההלכה שפסק ולהעדיף על-פניה גישה פרשנית סבירה אחרת.

לפיכך, מתוך כיבוד הסמכות הייחודית שהקנה המחוקק לבית-הדין לעבודה לדון ולעצב את המדיניות השיפוטית בנושא העתירות, ומאחר שאיננו יושבים כערכאות ערעור על בית-הדין, אינני רואה יסוד להתערבותנו בפסק-הדין.

15. נראה שגם התנאי המצטבר השני שנקבע בהילכת חטיב להתערבות בית- המשפט הגבוה לצדק בפסיקת בית-הדין הארצי לעבודה - היינו, כי בנסיבות העניין ראוי לבית-המשפט להתערב בפסק-הדין על-פי שיקולי צדק - איננו מתקיים בפרשתנו. מטיעוני הצדדים, ביחס להשלכותיה הפרקטיות של המחלוקת, ניתן להסיק כי הפער המעשי שבין גישותיהם איננו כה גדול. ההסתדרות, כאמור, טענה, כי מי שיישאו עובדי התעשייה האווירית ייהנו מהטבות משמעותיות, בהן לא יזכו העובדים שיהפכו להיות עובדי חברת רמת"א. גם אם נניח - מבלי לפסוק - שכך אמנם הדבר, נתקשה לחלוק על צדקת טענתן של התעשייה האווירית וחברת רמת"א, שכארגון היציג של שתי קבוצות העובדים תוכל ההסתדרות לפעול במישור הארגוני לצמצום הפער בין תנאי העסקתן. על-כל-פנים, קביעת שופטי הרוב, כי העובדים שיבחרו להתפטר ייחשבו, ככלל, כמפוטרים לעניין חוק פיזוי-פיטורים, מסייעת באופן משמעותי להקטנת הפער המעשי שבין הגישות ולהפחתת הפגיעה בעובדים. זאת ועוד: ההסתדרות טענה לפנינו, כי הרציונל שבבסיס הכרת שופטי הרוב בהתפטרות כפיטורים, צריך לפעול לא רק לעניין חוק פיזוי-פיטורים אלא גם לעניין של הוראות חוזיות שונות החלות על הצדדים, במישור האישי והקיבוצי, והעוסקות בפיטורים. למיטב הבנתי, אפשרות זו לא נשללה על-ידי שופטי הרוב. מפסק-דינם אמנם עולה, כי התפטרותם של עובדי רמת"א לא תיחשב ל"פיטורי צמצום", כמשמעם בסעיף 61(ג) להסכם הקיבוצי המיוחד. אולם בכך אין רבותא, שהרי באמת בענייננו אין המדובר באובדן מקום העבודה בשל צמצום פעילותה של התעשייה האווירית, אלא בסירובו של העובד להמשיך ולעבוד באותו מקום ובאותם תנאים, עקב העברתו של המפעל לחברת רמת"א. סירוב זה - לגיטימי ככל שיהיה - איננו שקול לכל דבר ועניין להודעת פיטורין אמיתית, הניחת על ראשו של עובד וכורתת את מטה-לחמו. הניסיון לזהות בין שני אלה עלול להביא לזילות מושג ה"פיטורים", וכתוצאה מכך לפגוע במי שפוטרו על-ידי מעבידם להבדיל ממי שהתפטר בודין מפוטרים. ההבחנה בין אלה לאלה אינה בלתי-מוצדקת ושופטי הרוב ראו להבחין בין הקבוצות לעניין תחולתו של סעיף 61(ג) להסכם הקיבוצי. אך בכך אין כדי למנוע מהעובדים לטעון לחלותן של הוראות חוזיות ספציפיות אחרות שעניינן פיטורין, במישור האישי או הקיבוצי. כל הוראה כזו צריכה להיבחן לגופה, על רקע תכליתה ועל רקע כלל נסיבות ההתפטרות. ובקיומה של אפשרות זו יש משום מזעור פוטנציאלי נוסף של הפער המעשי בין שתי הגישות.

ולבסוף, גם ההצהרה על כפיפותם של שני המעבידים - הישן והחדש - לחובות תום הלב, ההגינות וההיוועצות עם העובדים - מרככת במידה רבה מאוד את השלכותיה המעשיות של גישת הרוב, שמפניהן חוששת ההסתדרות. לכך יש להוסיף, כי אף שהדבר אינו לחלוטין ברור מפסק-הדין, לא יכול להיות ספק כי לא רק זכויותיהם

הקיבוציות של העובדים עוברות עימם למעביד החדש, אלא גם כל זכויותיהם במישור האישי, דהיינו כל "תנאי עבודתם". על כך הסכימו כל הצדדים לפנינו. יוצא, שמלבד השינוי המשפטי אשר יחול בזהות מעבידם של עובדי מפעל רמת"א, בעקבות הפרדתו של המפעל, ספק רב אם עובדי המפעל יחוושי בשינוי ממשי כלשהו בתנאי העסקתם. זאת, לפחות בשלבים שעד לביצוע ההפרטה המתוכננת, אשר איננה מעניינתנו כעת. נראה, אפוא, כי קבלת גישת שופטי הרוב אינה עלולה לגרום ל"אי-צדק" מהסוג העשוי להצדיק את התערבותנו בפסיקתו של בית-הדין הארצי לעבודה.

16. גם בהשגה נגד פסק-הדין המועלית בעתירת התעשייה האווירית, אין כדי להקים עילה להתערבותנו. המדובר, למעשה, בשאלת פרשנותה הנכונה של דעת הרוב. דומה כי את המונח "ככלל", בו עשתה היא שימוש, יש להבין כפשוטו, דהיינו ככלל שבצידו חריגים. אין מדובר בהכרה "אוטומטית" במתפטרים כמי שדין התפטרותם כדין פיטורים, כפי שסברו בעלות הדין. הכלל העולה מדעת הרוב הוא, כי חילופי מעבידים במקום העבודה מהווים, באופן רגיל, "נסיבות אחרות שביחסי עבודה לגבי אותו העובד שבהן אין לדרוש ממנו כי ימשיך בעבודתו", כאמור בסעיף 11(א) לחוק פיצויי-פיטורים. ואילו עם החריג - שעל מהותו והיקפו המדויקים לא היה צורך לעמוד בפסק-הדין - נמנים אותם מקרים שבהם אין לראות בחילופי המעבידים משום "נסיבות אחרות" מעין אלו. דומה כי פרשנות פשוטה זו של דברי בית-הדין מאפשרת להשיג, בכל מקרה נתון, את האיזון המיטבי בין כלל האינטרסים והשיקולים המעורבים, ובהם זכויות העובדים, זכויות המעבידים, והצורך הציבורי בהקלה על פעולות התייעלות, של מעסיקים בכלל ושל חברות ממשלתיות בפרט. כן ראוייה להתקבל השקפת היועץ המשפטי לממשלה, כי על המעביד מוטל להוכיח התקיימות נסיבות חריגות, המצדיקות סטייה מהכלל מהאמור. ואולם, גם שאלה זו היא עניין לבית-הדין לעבודה לענות בו, כשהדבר יעלה לפניו במסגרתו של סכסוך קונקרטי.

עבדות מודרנית?

17. לא נותר אלא להתייחס לטענת ההסתדרות, כי פסק-דינם של שופטי הרוב מוביל כביכול ליצירת "עבדות מודרנית". על-פי הטענה, במכירת המפעל על-ידי המעביד כ"עסק חי", ללא קבלת הסכמתם המוקדמת של העובדים, יש משום מסחר בגופם של עובדי המפעל, אשר אינם קניינו של המעביד, ובכפיית חוזה עבודה חדש עליהם, עם מעביד שלא בחרו בו, למתן שירות אישי נגד רצונם. טענות אלו יש לדחות. ראשית, מן הטעם שלעובדים ניתנה אפשרות אמיתית והוגנת להתפטר. ושנית, משום שהעובדים לכאורה הסכימו, בעת כריתת חוזה העבודה, לשינויים מעין אלה במעמדם.

בבג"ץ 239/83 מילפלדר נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(2) 210, עמד השופט ברק על הכלל, שלפיו "צד לחוזה עבודה אישי אינו רשאי ואינו יכול, על-ידי מעשה חד-צדדי, להביא לשינוי בתניה (מפורשת או משתמעת), בלא להביא את החוזה עצמו לידי סיום" (שם, בעמ' 216). עם זאת הוסיף הוא וקבע, כי "לעמדה עקרונית זו ישנם מספר 'חריגים' - שאינם למעשה חריגים אלא מצבים שאינם נופלים מראש למסגרת הכלל". אחד ה"חריגים" שנמנו על-ידו היה כי -

ייתכן שבחוזה העבודה האישי ישנה הוראה (מפורשת או משתמעת), לפיה נתון לאחד הצדדים הכוח לשנות תניה זו או אחרת, בתקופת חיי החוזה. ... מקום שהוראה זו קיימת, ניתן מכוחה לשנות תניה זו או אחרת, בין תניה מקורית בחוזה האישי ובין תניה שנצטרפה אליו - במפורש או במשתמע - לאחר מכן (שם).

זאת בדיוק היא משמעותה של פררוגטיבת הניהול של המעביד. בצדק ציין היועץ המשפטי לממשלה, כי פררוגטיבת הניהול של המעביד מהווה תניה מכללא בחוזה העבודה. כל עובד מקבל על עצמו מרצון, עם כניסתו למערכת יחסי העבודה, את עולה של פררוגטיבה זו. ניתן כמובן להתווכח על גבולותיה והיקפה, אולם לא ניתן להכחיש את עצם קיומה, כתניה מוסכמת מראש, הכלולה - גם אם לא נכתבה במפורש - בכל חוזה עבודה (ראו: ר' בן ישראל "זכות היתר (הפררוגטיבה) הניהולית של המעביד: תבנית עיצובה בעידן הבתר-תעשייתי" עיוני משפט כה (2002) 705, 714-715, 719-718). תוכנה של תניה מכללא זו הוא, בין היתר, כי למעביד נתון הכוח לשנות תניות מסוימות בחוזה באופן חד-צדדי. כך, לדוגמה, רשאי המעביד (בכפוף למגבלות שונות) להורות לעובד לעבור מתפקיד לתפקיד במפעל. בכך הוא משנה, באופן חד-צדדי, תניה חשובה שהתגבשה עם הזמן בחוזה העבודה של העובד. פררוגטיבת הניהול של המעביד נופלת, אפוא, לגדר החריג שנקבע בעניין מילפלדר, שלפיו תיתכן בחוזה העבודה הוראה המקנה לצד כוח לשנות תניות שונות באופן חד-צדדי. ודוק: אין המדובר, בהקשר זה, ב"חסר" בחוזה שיש למלאו ממקור כלשהו, אלא בתניה פוזיטיבית מוסכמת הקבועה בחוזה - גם אם לא במפורש - ואשר תוקפה אינו נופל מזה של כל תניה אחרת. יוצא, אפוא, כי למעשה אין סתירה בין פררוגטיבת הניהול של המעביד לבין חופש הרצון של העובד. תוקפה הנורמטיווי של הפררוגטיבה נובע לא רק מזכות הקניין של המעביד (ראו: אלישבע ברק "אילו ציפים כלכליים של המעביד מול זכות העובד לעבוד - האיזון הראוי" ספר מנחם גולדברג (2001) 209, 216), אלא גם מהסכמתו המוקדמת של העובד. עקרון פררוגטיבת הניהול הינו כה יסודי בכל חוזה

עבודה, עד שניתן לומר כי כל עובד מוחזק - בהיעדר ראיה משכנעת לסתור - כמי שהסכים לו בעת כריתת החוזה.

חלק חשוב מפררוגטיבת הניהול הוא כוחו של המעביד למכור את מפעלו, כולו או חלקו, או לבצע בו שינויים מבניים אחרים, ללא צורך בקבלת הסכמת העובדים למהלך. קשה לקבל, כי עובד אשר הסכים מכללא לכך שלמעבידו יהיה נתון כוח מעין זה, לא הסכים כי כוח זה יחול גם על מכירתו של המפעל כ"עסק חי". אכן, מעטים הקונים שיבקשו לרכוש "מפעל רפאים" ריק מעובדים, וחזקה על כל עובד כי הוא מודע לכך. העסקה הטיפוסית המוכרת לכול מתייחסת לרכישת המפעל על כוח העבודה המיומן שבו. לכן, בהיעדר ראיה ברורה לסתור, יש להניח כי העובד הסכים מכללא, בעת כריתת חוזה העבודה, כי למעביד יהיה נתון הכוח למכור את המפעל כ"עסק חי".

אכן, מכירת המפעל כ"עסק חי" משמעה שינוי זהותו של צד לחוזה עבודה (המעביד) באופן חד-צדדי. שינוי כזה איננו רק בגדר המחאה חד-צדדית של החוזה כולו לצד חדש, אלא גם בבחינת שינוי חד-צדדי של תניה חשובה בחוזה גופו, הלוא היא התניה הקובעת את זהותו של המעביד המתקשר. ואולם, כאמור, פעולה זו מצויה בגדר הפררוגטיבה של המעביד למכור את מפעלו, שלה הסכים העובד מכללא בחוזה העבודה. המדובר בהוראה משתמעת בחוזה, המקנה למעביד את הכוח לשנות הוראה אחרת - היא ההוראה בדבר זהות המעביד - באורח חד-צדדי. בכך יש כדי להתגבר על הכלל הקבוע בהילכת מילפלד, כמו גם על הדין הכללי, הדיספוזיטיווי, הבא לידי ביטוי בחוק המחאת חיובים, האוסר על חייב להמחות את חיובו ללא הסכמת נושהו. כמו כן, מאחר שהמדובר בפעולה שקיבלה את הסכמתו המוקדמת של העובד, קשה לומר כי כרוכה בה פגיעה אינהרנטית באוטונומיה החוזית שלו, בכבודו, בחירותו או בחופש עיסוקו. ממילא לא ניתן לדבר על סממנים של "עבדות" הכרוכים בה.

כפי שכבר הראיתי לעיל בהרחבה, מצבו של עובד לפי גישת הרוב לא יהיה שונה משמעותית, מבחינה מעשית, ממצבו של עובד לפי גישת המיעוט. גם אם יבחר שלא להתפטר (וככלל, לזכות עקב כך בפיצויי-פיטורים), אין הוא צפוי לחוות בפועל זעזועים של ממש: מקום עבודתו יישאר כשהיה, וכך גם כל תנאי עבודתו, שלהם נתן את הסכמתו החוזית בעבר. שינוי זהות המעביד, אף שעשויה להיות לו משמעות, איננו בבחינת זעזוע גדול יותר מזעזועים אחרים שהעובד עלול לחוותם כחלק משגרת העבודה - כגון חילופי הממונה הישיר, או העברתו למילוי תפקיד אחר במפעל - שלגביהם (בכפוף לנסיבות חריגות) לא ניתן להעלות על הדעת לטעון כי אינם בגדר הפררוגטיבה הניהולית של המעביד. כאשר מוסיפים לכל אלה את חובות תום הלב,

ההגינות וההיוועצות המוטלות על המעביד בעת הפעלת הפררוגטיבה שלו, מקבלים סיטואציה "ידידותית" למדי מבחינתו של העובד, אשר לה ולתיאורי "מכירת העבדים" המופיעים בעתירת ההסתדרות אין ולא כלום.

פסק-דינו של המשנה לנשיא אור

18. חברי, המשנה לנשיא אור, חולק על עמדתי, הן בדבר היקפה הראוי של הילכת אי ההתערבות בפסיקת בית-הדין הארצי לעבודה והן בדבר תחולתה של ההלכה על ענייננו. במישור הכללי קובע חברי, "שהגורם הדומיננטי שיש להתחשב בו הנו חשיבותה של הסוגיה העומדת במוקד המחלוקת". כאמור, גם לדידי חשיבותה של הסוגיה מהווה גורם בעל משקל מרכזי בגיבוש עמדת בית-המשפט בדבר צדקת התערבותו בפסיקת בית-הדין הארצי לעבודה. אלא שעל-פי הילכת חטיב, במקרים שבהם קיים יותר מפיתרון משפטי סביר אחד, חשיבות הסוגיה כשלעצמה אינה מהווה גורם מכריע להצדקת ההתערבות. פסקי-הדין שאליהם הפנה חברי (בפסקה 4 לפסק-דינו) לא שינו הלכה זו; ולוא מפני שבאף אחד מהם לא נקבע כי לסוגיה החשובה שהועמדה לפני בית-המשפט קיימים מספר פתרונות אפשריים. חוששני כי אם נסטה מחלק זה של הילכת חטיב נביא בכך לביטולה של ההלכה האמורה מכול וכול, ועד מהרה יהפוך בית-המשפט הגבוה לצדק, הלכה למעשה, למעין "ערכאת ערעור-ברשות" על פסיקותיו של בית-הדין הארצי לעבודה בעניינים אזרחיים (השוו למבחן המקובל למתן רשות ערעור לבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים: ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123). התפתחות כזאת, לבד מהיותה בלתי-רצויה, תעמוד בסתירה להכרעתו המפורשת של המחוקק, שכידוע דחה הצעות מעין אלו שהועלו לפניו קודם לחקיקת חוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969. כדברי הנשיא לנדוי במאמרו הנ"ל:

ערעור מבית הדין הארצי היה מעמיד את בית המשפט העליון בראש ההירארכיה של בתי הדין לעבודה, ואילו סמכות זו הוענקה לבית המשפט העליון, הוא היה יכול לחלוק על בית הדין הארצי גם בבעיה שיש לה פנים לכאן ולכאן. סמכות בג"צית מוגבלת יותר בהיקפה ובעילותיה ..., ואין להכניס דרך חלון הבג"צ סמכות ערעורית שהוצאה על ידי המחוקק דרך הדלת (שם, בעמ' 278).

יצוין, כי גם הנשיא ברק, שבחיבוריו נתן ביטוי לגישה המצדדת בהרחבת ההתערבות בפסיקת בית-הדין הארצי לעבודה, ציין, כי בשוקלו אם להתערב בפתרון חוקי אפשרי

שנבחר על-ידי בית-הדין, על בית-המשפט העליון "ליתן משקל נכבד לעבודה שענין לו בפסק-דין של בית-משפט מומחה, שהמחוקק העניק לו את המשימה של פיתוח משפט העבודה, שהוא ענף משפטי מיוחד" (א' ברק "ביקורת שיפוטית ואחריות ממלכתית - היקף הביקורת של בית המשפט העליון על פסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה" הפרקליט לח (1989) 245, 258).

19. ביחס לעניין שלפנינו סבור חברי, כי על-פי שני מבחניה של הילכת חטיב מוצדק וראוי להתערב בפסק-דינו של בית-הדין הארצי לעבודה. אשר לתחולת מבחן "הטעות המהותית": ניכר מפסק-דינו של חברי, כי, לדעתו, במקרה שלפנינו אין פתרונות חוקיים סבירים אחרים זולת הפיתרון המועדף בעיניו. עם זאת מסכים חברי, כי "בישראל אין בחקיקה תשובה ישירה ומפורשת למחלוקת בה אנו עוסקים" (פסקה 16 לפסק-דינו), והוא הדין גם ביחס למערכת ההסכמית - האישית והקיבוצית - החלה על הצדדים. בנסיבות אלו, שבהן על ההכרעה להיגזר בהכרח משיקולים החיצוניים לטקסט, ניתן היה לסבור כי נימוקים של דין וצווי הם אלה המחייבים, לדעת חברי, לראות את מסקנתו שלו כמסקנה היחידה האפשרית. ואולם מדבריו, בפסקה 43 לפסק-דינו, עולה, כי מבחינת הדין הרצוי ייתכנו פתרונות משפטיים סבירים אחרים לסוגיה שבפנינו, אלא שלדעתו שינוי המצב המשפטי ובחירת הסדר מתאים שונה עניין הוא למחוקק לענות בו. עמדה זו מוקשית בעיניי. הדעת והניסיון השיפוטי מחייבים, כי מקום שבו הסוגיה העומדת לבירור אינה נשלטת על-ידי טקסט משפטי מפורש, לא יתקשה הפרשן להגיע לדין הרצוי בעיניו גם ללא התערבותו של המחוקק; וכשלעצמי לא שוכנעתי, כי ענייננו חורג מגדרו של כלל זה.

בשולי הדברים מוצא אני טעם להוסיף, כי מסקנתי שאין יסוד להתערבותנו בפסק-דינם של שופטי הרוב מבוססת בעיקרה על הכרעתם, ואין משמעה בהכרח כי אני מסכים לכל פרט ופרט של הנמקתם. הווי אומר: פגמים לא מהותיים בהנמקה אינם עשויים להצדיק את התערבותנו בפסק-הדין, אם בסופו-של-דבר ניתנת התוצאה להצדקה מטעמים נכוחים. כך מתחייב, לטעמי, הן מדרישתה של הילכת חטיב, כי רק טעות משפטית מהותית עשויה להקים עילה להתערבות, והן מכיבוד מעמדו של בית-הדין הארצי לעבודה, שככל בית-משפט אף הוא עלול להוציא מתחת ידיו גם פסקי-דין שאינם מושלמים.

אשר לתחולת מבחנה השני של הילכת חטיב - מבחן ה"צדק" - עולה מפסק-דינו של חברי (בפסקה 5) כי הוא מאמץ, למעשה, את כל טענותיה של ההסתדרות בדבר הפגיעה הקשה שפסק-דינם של שופטי הרוב גורם לעובדים. אשוב ואפנה, אפוא,

לטענותיהן הנגדיות של התעשייה האווירית ורמת"א בעניין זה, שפורטו בפסקה 10 לעיל, ומהן עולה כי תיאורה של ההסתדרות, בדבר חומרת הפגיעה שתיגרם לעובדים, הוא מוגזם ומוקצן. יצוין כי טענותיהם החלוקות של הצדדים, גבי השאלה אם ועד כמה צפויים העובדים להיפגע, לא לובנו בפסקי-הדין של ערכאות בית-הדין לעבודה, ואף בפנינו פורטו הן בקיצור רב. בנסיבות אלו, אינני סבור כי מצויים בידינו הכלים המאפשרים להגיע למסקנותיו של חברי בנושא זה. כן אציין, כי שיקולי הצדק שבהם דן חברי אינם מתייחסים לפגיעה האפשרית בעובדים החלשים ובמפוטרים ה"אמיתיים", העלולה להתלוות לקבלת עמדת ההסתדרות, ושאף היא ראויה להילקח בחשבון בהקשר זה (ראו פסקה 12 סיפא ופסקה 15 לעיל).

20. במישור הטיעונים הנוגעים לגופה של עתירת ההסתדרות, חולק עליי חברי במספר נקודות. לשתיים מאלו רואה אני מקום להתייחס. הנקודה הראשונה - והיא כמדומה העיקרית - עניינה בשאלה מהו התנאי מכללא שיש לקרוא לחוזי העבודה האישיים, בהיעדר ראיות פוזיטיוויות בדבר אומד דעתם של הצדדים ביחס לאפשרות של חילופי מעבידים. חברי מסכים (בפסקה 32 לפסק-דינו), כי "יש לראות את העובד כמסכים מראש לכל הפעולות המצויות בגדר הפררוגטיבה הניהולית של המעביד". כן הוא מסכים, כי "הפרדתה של חטיבה עסקית ממפעל קיים באמצעות תאגוד שלה, היא פעולה המצויה בגדר הפררוגטיבה הניהולית". ואולם, חברי איננו מקבל את הנחת הנוספת, המבוססת על שתי הקביעות הקודמות, כי (בהיעדר ראיות לסתור) יש לראות את העובד כמסכים מראש גם למכירת המפעל כ"עסק חי". מעמדת חברי משתמע, כי ההנחה בדבר הסכמתם המוקדמת של עובדים, למכירת המפעל של מעבידם, ראויה להתפרש כמתייחסת רק למכירתו כ"מפעל רפאים", היינו ריק מעובדים. דעתי, כאמור, היא, כי עמדה זו אינה מתיישבת עם משמעותו המקובלת של המונח "מכירת מפעל". אני מתקשה להעלות על הדעת מקרה, שעובד יתנה מראש את העסקתו במפעל בכך שמעבידו לא יהיה רשאי למכור את המפעל כ"עסק חי", אף תוך שמירת כל זכויותיהם האישיות והקיבוציות של עובדיו. חוששני כי גם הצעת חברי (בפסקאות 34-35 לפסק-דינו), שלפיה יש להבחין בין שינוי "רגיל" של חוזה העבודה לבין שינוי המתייחס לבסיס ההסכמה המונח ביסוד החוזה, אינה עשויה ליישב (או ליתר) את המחלוקת בסוגיה זו. הלוא מחלוקתנו מתמקדת בשאלה זו ממש, היינו, אם מכירת מפעל כ"עסק חי" היא בגדר שינוי של בסיס ההסכמה החוזי, באופן היוצר למעשה חוזה חדש.

הנקודה השנייה, שעליה מצאתי טעם להתעכב, עניינה בקביעת חברי (בפסקה 17 לפסק-דינו), כי דעת הרוב בבית-הדין הארצי מותירה מספר שאלות בלתי פתורות, כגון מה יהיה הדין ב"שלב התפר", שבו המפעל נמכר אך העובדים מסרבים להתייצב

לעבודתם בו תחת המעביד החדש. אכן, כפי שציינתי (בפסקה 14 לעיל), כל אחת מהגישות המנוגדות שהוצגו לפנינו מעוררת שאלות שבהמשך הדרך אפשר ותהיינה טעונות ליבון והכרעה. גם גישתו של חברי אינה נקייה משאלות כאלו. כך, למשל, ניתן לשאול, מה הדין - לשיטת חברי - אם ב"שלב התפר" מחליט העובד להתייצב לעבודה במפעל, אך מצהיר כי הוא רואה את עצמו כעובדו של מעבידו המקורי. כלום גם במקרה כזה יראו את הסכמתו להמשיך ולעבוד במפעל כהסכמה משתמעת לכריתת חוזה עם המעביד החדש? זו אינה אלא דוגמה לשאלות העשויות להתעורר, אלא שבענייננו, אלו עודן בגדר שאלות תיאורטיות. הלוא התעשייה האווירית טרם הפרידה את מפעל רמת"א, ועובדי המפעל טרם נדרשו להחליט אם הם מוכנים להמשיך את עבודתם במפעל כעובדיה של חברת רמת"א, אם לאו. ככל שבעקבות הפרדתו של מפעל רמת"א אמנם תתעוררנה שאלות כאלה ואחרות, במסגרת סכסוך קונקרטי, יהיה בידי הנוגעים בדבר להביאן להכרעתו של בית-הדין לעבודה. על-כל-פנים, הערעורים שנדונו לפני בית-הדין הארצי לעבודה לא העמידו צורך מעשי לדון ולהכריע בשאלות כאלה, ולדידי, היטיב בית-הדין הארצי לעבודה לעשות משנמנע מלעסוק בהן.

סוף דבר

21. מסקנתי מכל האמור היא, כי יש לדחות את שתי העתירות. על-פי מה שכבר נאמר, משמעות הדבר אינה, בהכרח, כי ההתדיינות המשפטית בין הצדדים אינה עשויה להתחדש. אם וכאשר תחליט התעשייה האווירית ליישם בפועל את תכניתיה להפרדת מפעל רמת"א, יהיה עליה, כאמור, לוודא מבעוד מועד שתישמר רציפות זכויותיהם האישיות והקיבוציות של עובדי המפעל שיבחרו להמשיך בעבודתם אצל חברת רמת"א. אם יהיה לעובדים או להסתדרות יסוד לחשוש כי התעשייה האווירית מתכוונת להפר חובתה זו, יהיה בידיהם לשוב ולפנות לבית-הדין לעבודה בבקשה למנוע את ההפרה הצפויה. הוא הדין באשר ליתר החובות המוטלות על התעשייה האווירית, ובראשן חובות תום הלב, ההגנות וההיוועצות עם העובדים, שאת כולן מוטל על התעשייה האווירית לקיים כחלק בלתי נפרד מתכנון ההפרדה ומהוצאתה אל הפועל.

בנסיבות העניין הייתי נמנע מעשיית צו להוצאות.

המשנה לנשיא

המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור:

1. שתי העתירות שבפנינו עוסקות במעמדם ובזכויותיהם של עובדים אשר כתוצאה משינוי מבני במקום עבודתם מתחלף מעבידם. הרקע לעתירות הוא כוונת התעשייה האווירית לישראל בע"מ (להלן: תע"א) להעביר את אחד ממפעליה, מפעל רמת"א, לבעלות חברת רמת"א בע"מ (להלן: חברת רמת"א) אשר נוסדה לצורך זה. הפרדת המפעל המיועדת הנה חלק ממגמה לשינוי המבנה הארגוני של תע"א מניהול צנטרליסטי לניהול מבוזר וכן כהכנה להליך מתוכנן של הפרטה. העתירות מופנות כנגד פסק דינו, בדעת רוב, של בית הדין הארצי לעבודה (להלן: בית הדין הארצי) בדב"ע נד/1-4 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פד"ע כ"ט 601. העותרת בבג"ץ 8111/96 היא הסתדרות העובדים החדשה (להלן: ההסתדרות) והמשיבות הן תע"א וחברת רמת"א (להלן ביחד: המשיבות). הסוגיה העקרונית המתעוררת בעתירה זו היא, האם בעת העברת בעלות במפעל בו הם מועסקים, זכאים עובדים, המתנגדים להיות מועסקים על ידי המעביד החדש, לתבוע את המשך העסקתם על ידי מעבידם הקודם או - אם האחרון יסרב לכך - לתבוע ממנו את המגיע להם עקב הפסקת העסקתם על ידו? העותרות בבג"ץ 922/97 הן תע"א וחברת רמת"א והמשיבה היא ההסתדרות. הסוגיה העולה בעתירה זו היא, האם התפטרות עובדים על רקע של חילופי מעבידים דינה, ככלל, כדין פיטורים לפי סעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג-1963 (להלן: חוק פיצויי פיטורים או החוק)?

2. חברי, המשנה לנשיא השופט מצא, סובר כי העתירות שלפנינו אינן מעלות לדיון שאלות אשר בית משפט זה נזקק להן בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק המקיים ביקורת שיפוטית על פסקי דין של בית הדין הארצי. דעתי שונה. לפיכך אציג תחילה את עמדתי בעניין זה. לאחר מכן אדרש לגופן של הסוגיות הדורשות הכרעה. גם בפתרון של סוגיות אלה דעתי שונה מזו של חברי, המשנה לנשיא השופט מצא.

העובדות וההליכים פורטו בפסק דינו של חברי (בעיקר בפסקות 2 ו-8 לפסק דינו), ועל כן אמנע מלחזור עליהם. כפי שאפרט להלן, לאור ההכרעה אליה הגעתי בפסק דיני, מתייתר הדיון בבג"ץ 922/97. לכן אתמקד בשאלת זכותם של עובדים להתנגד למעבר למעביד חדש ולעמוד על זכותם להמשך קשרי עבודתם עם מעבידם הקודם, אלא אם האחרון יפטרם בהתאם להסכמי העבודה החל על הצדדים. מהלך הדברים יהיה כזה, שתחילה אציג את גדר המחלוקת בין הצדדים בסוגיה זו. לאחר מכן, אתאר את העמדות השונות שהובעו בסוגיות הנדונות בבית הדין האזורי לעבודה (להלן:

בית הדין האזורי) ובבית הדין הארצי, ואציג בתמצית את טענות הצדדים בנוגע לפסק דינו של בית הדין הארצי. בשלב הבא, אבחן את הנפקות שיש לייחס לסירוב עובד להעסקתו על ידי מעביד חדש בעת חילופי מעבידים במקום עבודתו, על כל המשתמע והנובע מכך. במסגרת זאת, אסקור משפט השוואתי, אציג את הדין הכללי החל בעניין בשיטת משפטנו, את העקרונות הקיימים בסוגיה במשפט העבודה וכן אתייחס לזכויות יסוד חוקתיות המוקנות לצדדים בהקשר זה. אקדים ואומר, כי סקירת העקרונות החלים בסוגיה הנדונה בשיטת המשפט הישראלית מלמדת כי נדרשת הסכמתם של העובדים לחילופי מעבידים. בשלב הבא, אבחן אם הסכימו העובדים, במפורש או במשתמע, לחילופי מעבידים. מסקנתי היא שהעובדים לא הסכימו לכך. נפקותה של אי הסכמה זו היא, שהעובדים רשאים להמשיך את התקשרותם עם מעבידם הקודם, אלא אם האחרון ישים לה קץ, על כל המשתמע והנובע מכך. לבסוף אבחן את מסקנתי זו לאור השלכותיה על מערכת היחסים בין עובדים למעבידים ועל הוצאתם לפועל של שינויים מבניים במשק.

התערבות בג"צ בפסיקת בית הדין הארצי

3. התערבות מטעם בית משפט זה בפסיקת בית הדין הארצי נעשית בהתקיים שני תנאים מצטברים; האחד, קיומה של טעות משפטית מהותית בפסק הדין, והשני שהצדק מחייב התערבות כאמור (ראו בבג"ץ 525/84 חטיב ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מ(1) 673 (להלן: פרשת חטיב)). לדעתי, מתקיימים שני התנאים בענייננו.

4. אשר לתנאי הראשון, התנאי של קיום "טעות מהותית", הרי שהגורם הדומיננטי שיש להתחשב בו הינו חשיבותה של הסוגיה העומדת במוקד המחלוקת. בפרשת חטיב, ניסח הנשיא שמגר את הכלל המנחה לעניין בחינת אותה "טעות משפטית מהותית" המצדיקה את התערבות בג"צ באופן הבא:

"עיקרו של דבר, השיקול המנחה מן הראוי שיופנה לאופיה של הבעיה, היינו, לחשיבותה הציבורית הכללית או למשקלה המשפטי הסגולי או לכלליותה ונפוצותה כתופעה במסגרת יחסי העבודה או להשפעתה הכללית על הליכים חברתיים ולשיקולים כיוצא באלה" (בעמודים 682-683).

אמת מידה זו לקיומה של טעות משפטית מהותית, אומצה במספר רב של פסקי דין והיא הגישה המקובלת כיום. המקרים בהם מצא בית משפט זה לנכון להתערב

בפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה היו מקרים בהם התעוררה שאלה משפטית שהיתה לה חשיבות משפטית כללית, או שאלה עקרונית אשר חייבה קביעת הלכה, או מקרים בהם היתה לנושא השלכה משמעותית על ציבור גדול של עובדים וכיוצ"ב (ראו בג"צ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 767; בג"צ 608/88 פינקלשטיין נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מג(2) 395; בג"צ 932/91 קרן הגמלאות המרכזית של עובדי ההסתדרות בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מו(2) 430; בג"צ 1199/92 לוסקי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(5) 734; בג"צ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין לעבודה, פ"ד מט(2) 485; בג"צ 2933/94 רשות שדות התעופה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(3) 837; בג"צ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(2) 63; דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817; בג"צ 8382/96 המוסד לביטוח לאומי נ' בית הדין הארצי לעבודה, דינים עליון, כרך נג, 230).

אשר לעתירות שבפנינו, אין בעיני ספק כי הן מעלות סוגיות בעלות חשיבות ציבורית כללית. ההכרעה בהן עשויה להשפיע, באופן ממשי ובמקרים רבים, על קשת רחבה של עובדים ועל זכויות יסוד שלהם ועל פעילות המשק בתחום הכלכלה. קביעת האיזון הראוי בין זכויות העובדים והמעבידים בעת ביצועם של שינויים מבניים הכרוכים בחילופי מעבידים, היא אפוא סוגיה בעלת השלכות כלכליות מהותיות, בעלת השלכות כספיות ניכרות וכן השלכות על כלל המשק. אף חברי המשנה לנשיא השופט מצא מסכים, כי הסוגיה שעומדת בפנינו הינה בעלת חשיבות כללית. אולם, לגישתו, ייתכנו כמה פתרונות סבירים למקרה דנן. בית הדין הארצי בחר במסגרת סמכותו את הפתרון האחד מביניהם, ובמקרה כזה אין על בית משפט זה להתערב בהחלטתו. כפי שאבהיר בהמשך, דעתי היא כי במשפטנו הנוהג קיים פתרון משפטי אחד לסוגיה שבפנינו, ולא מספר פתרונות סבירים אשר על הערכאה השיפוטית לבחור ביניהם את הפיתרון הנראה לה.

אוסף, כי הסוגיות המועלות בעתירות קשורות לא רק בסוגיות מדיניות עבודה, אלא גם בסוגיות מן הדין הכללי - דיני חוזים ודיני המחאת חיובים - ובמידת תחולתן והשפעתן של סוגיות אלה על פתרון המחלוקת שבין בעלי הדין. וגם זאת, פסק הדין שניתן בדעת הרוב הינו חדשני ותקדימי והוא מעורר קושיות לא מעטות. דומה שגם חברי, המשנה לנשיא השופט מצא, אשר מציע שלא להתערב במסקנת בית הדין הארצי, מבסס את תמיכתו במסקנה זו על אדנים שונים מאלו עליהם התבסס בית הדין הארצי. על רקע כל אלה ראוי כי בית משפט זה ייתן דעתו לסוגיה וכריע בה.

5. בנסיבות ענייננו, מתמלא, לדעתי, גם התנאי המצטבר הנוסף להתערבות בית משפט זה בפסיקת בית הדין הארצי. ההסתדרות מפרטת בעתירתה כיצד דעת הרוב פוגעת בזכויות העובדים בנסיבות העניין. בין היתר, טוענת ההסתדרות כי לעובד המסרב לעבור למעביד חדש, עדיף להיות מפוטר על ידי המעביד הקודם מאשר להתפטר, אף אם התפטרותו תיחשב לפיטורים על פי סעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים. זאת, משום שמתפטר שדינו כמפוטר זכאי רק לפיצויים סטטוטוריים, המהווים רף תחתון, בעוד שבפועל מקובל לקבוע בחוזי עבודה ובהסכמים קיבוציים תנאי פרישה טובים יותר למפוטרים "אמיתיים". כך למשל, בענייננו, פיטוריהם של עובדי המפעל על ידי המעביד הקודם ייחשבו, קרוב לוודאי, כ"פיטורי צמצום" על פי ההסכם הקיבוצי, המקנים פנסיה מוקדמת, פיצויי פיטורים מוגדלים והטבות נוספות. כמו כן, לטענת ההסתדרות, כאשר המעביד הקודם מעסיק מספר רב של עובדים והמעביד החדש אינו כזה, נלווים לחילופי המעבידים החסרונות הטיפוסיים לעבודה עבור מעביד המעסיק מספר קטן של עובדים, כמו נידות מוגבלת בין תפקידים, סכנה מוגברת למחסור בעבודה, ויציבות כלכלית נמוכה יותר. בנוסף, החילופים במצב זה מחלישים משמעותית את כוח המיקוח הארגוני של העובדים. הדבר בולט בענייננו, שבו עובדי המפעל מהווים רק כ-3% מעובדי תע"א. ההסתדרות מדגישה, כי העברתם האוטומטית של העובדים למעביד החדש, שוללת מהם, למעשה, את יכולתם להתנגד למעבר, שכן הברירה שבידם היא או להסכים למעבר או להתפטר ולהסכין עם כך שזכויותיהם ייגרעו לעומת המצב אם היו מפוטרים. במצב דברים זה, חילופי המעבידים מתבצע על בסיס שיקולים מסחריים-עסקיים של המעבידים בלבד, מבלי שיובאו כלל בחשבון האינטרסים של העובדים. בכך נמנעת כריתת הסכם העברה מאוזן המתחשב באינטרסים של כל הגורמים המושפעים מהשינוי המבני, וביניהם העובדים.

אשר לטענה שנטענה על ידי המשיבות, כי הארגון היציג של העובדים יכול להיאבק על מנת להשוות את תנאי העסקתם לאלו של עובדי תע"א, ברור שאין דומות זכויות המצויות בידי העובדים בפועל לזכויות שיש להיאבק להשגתן. כמו כן, אני מתקשה להסכים לגישה לפיה העובדה שהעובדים שיבחרו להתפטר ייחשבו, ככלל, כמפוטרים לעניין חוק פיצויי פיטורים, כאילו מאיינת את הפגיעה בעובדים. כפי שטענה ההסתדרות, קיים הבדל ממשי, מבחינת היקף הפיצוי ומבחינת היבטים נוספים, בין פיטורים לבין התפטרות שדינה כפיטורים. גם אם עומדת לעובדים הזכות להתפטרות שדינה כפיטורים, זכויותיהם על פי חוזה העבודה נפגמות. בנוסף, גם אם חלה על המעביד החובה לנהוג בתום לב, בהגינות ותוך היוועצות עם העובדים, חובה זו אינה שקולה כנגד מצב בו זכאים העובדים מלכתחילה לזכויות מוגדרות המוקנות

להם כעניין שבזכות ולא כתוצאה אפשרית, אך לא ודאית, מהפעלת חובות משפטיות כלליות החלות על המעביד.

במבט כולל, ברי שזכויות העובדים נגרעות עם "העברתם" לבעלים החדש מבלי שתעמוד להם הזכות להמשיך את עבודתם אצל המעביד הקודם. גם חברי המשנה לנשיא השופט מצא אינו שולל זאת, אלא שהוא סבור שהפגיעה אינה חמורה. לדעתי, די בהצטברות הפגיעה במוכנים אותם הזכרתי, ובוודאי כך כשחוברת אליה הפגיעה בזכויות יסוד של העובדים, אליה עוד אתייחס, כדי שיתקיים התנאי השני בדבר ההצדקה של התערבות של בית משפט זה בפסיקתו של בית הדין הארצי.

6. בבג"ץ 922/97 משיגות המשיבות על ההלכה שנקבעה בפסק דינו של בית הדין הארצי, לפיה דין עובד המתפטר בנסיבות של חילופי מעבידים כדין עובד שפוטר לפי סעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים, וזאת כחלק אינטגרלי של ההסדר שנקבע על ידי בית הדין במצב של חילופי מעבידים. הלכה זו מרחיבה את ההלכה הקיימת לעניין התפטרות שדינה פיטורים והיא בעלת חשיבות המצדיקה, כשלעצמה, את התערבותנו. ההלכה בפסק דינו של בית הדין הארצי גם אינה בהירה דיה, ונדרש לה פירוש על ידי חברי המשנה לנשיא השופט מצא (ראו בפסקה 16 לפסק דינו), והיא אף משאירה קושיות לא מעטות ללא מענה. אך נוכח מסקנותי, כפי שיובהרו בהמשך, מתייטר הצורך המעשי לדון בה בנסיבות העניין. לפיכך, ניתן להותיר את ההכרעה בשאלת מעמדו של עובד אשר מתפטר מיוזמתו בעת חילופי מעבידים למקרה בו הדבר יידרש.

אם לסכם בנקודה זו, דעתי היא כי בבג"ץ 8111/96 מתקיימים התנאים להתערבותנו בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה. לפיכך, אפנה לבחון את השאלות העולות במסגרתו לגופן.

חילופי מעבידים - המחלוקת וטענות הצדדים

7. במהלך חייו של עסק, עשוי המעביד לבקש לערוך שינוי מבני בו, כגון למזגו עם עסק אחר, למכור את כולו או חלק ממנו, לפצלו וכיוצא באלו שינויים המשנים את מבנה העסק. במקרה שלפנינו, מבקש המעביד להפריד את מפעלו, כך שחלק ממנו ימשיך להיות מנוהל במתכונת המקורית וחלק יתאגד כחברה נפרדת. בשינוי מבני זה, מתחלפת זהות מעבידו של העובד. אין מחלוקת בין הצדדים שכאשר עובד במפעל בוחר להמשיך ולעבוד במקום עבודתו גם לאחר שמעבידו הוחלף במעביד חדש, יש לפרש זאת כהסכמה מצידו ליצירת יחסי עובד-מעביד בינו לבין המעביד החדש, וכן

נשמרות לו כל הזכויות הנתונות לו על פי דיני העבודה ועל פי ההסכמים הקיבוציים שנכרתו בתקופת העסקתו על ידי מעבידו הקודם. השאלה השנויה במחלוקת בין הצדדים היא מה קורה במצב של הפרדת מפעל, כאשר המעביד מבקש לתאגד חלק מעסקו בעוד חלקו האחר נותר במתכונתו המקורית, והעובד מודיע למעבידו הנוכחי כי אין הוא מסכים לעבור ולהיות עובדו של המעביד החדש, אלא רצונו הוא להמשיך ולעבוד עבור המעביד המקורי: האם בנסיבות אלה, ממשיך העובד להיות עובדו של מעבידו הקודם כאשר בידי האחרון הבחירה להמשיך להעסיקו, לפטרו או להגיע עמו להסכם על העברתו למעביד החדש; או שמא עם חילופי המעבידים יהפוך כל אחד מעובדיו של המעביד המקורי לעובדו של המעביד החדש, ואם הוא מסרב להיות לעובדו של המעביד החדש, הבחירה העומדת בפניו מצומצמת לאפשרות להתפטר ממקום עבודתו?

8. בבתי הדין לעבודה שדנו בסוגיות אלה נתגלעה מחלוקת בין דעת בית הדין האזורי ודעת הרוב בבית הדין הארצי, מצד אחד, לבין דעת המיעוט בבית הדין הארצי, מצד שני. בית הדין האזורי קבע בפסק דינו, כי העברת בעלות במפעל כשלעצמה, אין פרושה פיטורים. כדי שמכירה של מפעל כאמור תתפרש כפיטורים של עובדיו, על המעביד (מעביר הבעלות) לבצע אקט מפורש של פיטורים. בית הדין האזורי הוסיף וקבע כי עובד שאינו חפץ לעבוד בשירותיו של המעביד החדש, רשאי להתפטר ואפשר גם שהתפטרותו תזכהו בפיצויי פיטורים, אך אין מניעה מן הדין למכור מפעל לאחר, והעובדים יהיו לעובדיו של המעביד החדש, חרף התנגדותם לכך, אם אין הגבלה בהסכם המונעת זאת.

בבית הדין הארצי הוסכם על דעת כל השופטים כי עובד המתפטר מיוזמתו בנסיבות של חילופי מעבידים דינו, ככלל, כדין מפוטר על פי הוראת סעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים. לעומת זאת, התפלגו דעות השופטים בשאלה מה דינם של עובדים המבקשים להמשיך להיות עובדיו של המעביד הקודם. דעת הרוב (מפי השופט אליאסוף) הייתה, כי העובד אינו יכול לבחור להמשיך להיות עובדו של מעסיקו הקודם, אם גם עומדת לו הזכות להתפטר והתפטרות זו דינה יהיה, ככלל, כדין פיטורים. עמדה זו התבססה בעיקרה על העיקרון של זיקת העובד אל מקום העבודה. בית הדין הארצי קובע בעניין זה, בדעת רוב, כדלקמן:

"41. נראה לנו, כי הזיקה ההדוקה של עובד למפעל ולמקום עבודתו ... יש בה משום מגמה חיובית כלפי כל הצדדים ליחסי העבודה. מגמה זו מביאה, בדרך כלל, בראש ובראשונה, להגנה על העובד, ליציבות בעבודתו

ולהמשך עבודתו ללא שינוי, ובאותם תנאי עבודה אישיים וקיבוציים, כדבר ברור מאליו ומחייב. מגמה זו היא חיובית אף מנקודת המבט של המעביד החדש, השואף, בדרך כלל, להמשך פעילותו ותיפקודו הסדיר של המפעל אשר רכש, באמצעות העובדים המיומנים ובעלי הנסיון של המפעל.

תוצאה אחרת היתה יכולה להביא למצב של חוסר יציבות ביחסי העבודה, הן מנקודת המבט והאינטרס של העובדים והן מנקודת המבט והאינטרס של המעביד, ועל כן יש למנעה.

מתן זכות לעובד או לעובדים, לתבוע המשך היותם עובדי המעביד הקודם, תוך ניתוק הזיקה למפעל ולמקום העבודה בו עבדו, עשויה, על כן, להביא לאפשרות של "הדדיות" בתביעה של המעביד החדש שלא להמשיך ולהעסיק את העובד המסוים או את העובדים אשר היו מועסקים במפעל, בעת חילופי המעבידים.

42. המגמה הנזכרת בפסקה 41 לעיל, שהיא מגמה רצויה מבחינת יחסי העבודה, אינה באה למנוע כמובן את אפשרות סיום היחסים החוזיים עם חילופי מעבידים בעקבות העברת הבעלות במפעל, בדרך של פיטורים ביזמת המעביד, או בדרך של התפטרות ביזמת העובד, בכפוף למגבלות חוזיות או חוקיות (ר' דב"ע מא/127-3 הנ"ל). ב-דב"ע שם/67-3 (ר' פסקה 34 לעיל), נפסק כי התפטרות של עובד או של עובדים, עקב חילופי מעבידים, יכול ובנסיבות מסוימות תיראה כפיטורים לעניין פיצויי פיטורים, תשכ"ג-1963. רואים אנו לנכון להרחיב פסקה זו ולקבוע כי ככלל ניתן לראות התפטרות עקב חילופי מעבידים, "נסיבות" הבאות במסגרת סעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג-1963.

43. לאור זאת, התשובה לשאלה המצומצמת שלפנינו - האם זכאי העובד, מטעמים שלו, לתבוע המשך העסקתו על ידי מעבידו הקודם, על אף העברת הבעלות על המפעל ובעקבות זאת העברת מקום עבודתו אל המפעל החדש, המוכן להמשיך ולהעסיקו, כאמור בפסקה 40 לעיל, על מנת שהיוזמה לסיום עבודתו תבוא מאת המעביד, בדרך של פיטורים לפי הכללים הקיימים במפעל - היא בשלילה.

פועל יוצא מכך הוא, כי משעבר מקום העבודה של העובד לבעלות של מעביד אחר, והעובד אינו רוצה להמשיך בעבודתו באותו מפעל, למרות שהמעביד החדש מוכן להמשיך להעסיקו, באותם תנאים, על העובד לנקוט בצעד של ניתוק יחסי עובד מעביד בינו לבין מעבידו, ולעניין זה יחול האמור בפסקה 42 לעיל" (ההדגשות במקור - ת"א).

מעבר לכך, בית הדין הארצי קיבל את ערעור תע"א על החלטת בית הדין האזורי שלא לתקן את קביעתו, בסעיף 12(ב) לפסק דינו, לפיה:

"על המשיבה (הכוונה לתע"א - ת"א) לכלול בכל הסכם הפרדה, או הפרטה שיערך התחייבות שלה ושל צד ג' לשמור על זכויות העובדים שבהסכם הקיבוצי בהתאם להוראת סעיף 4 להסכם הקיבוצי" (ההדגשה הוספה - ת"א).

בית הדין הארצי קבע, כי המילה "שלה" תימחק. בכך נקבע בעצם כי תע"א אינה חייבת בעתיד לשמור על זכויות העובדים שבהסכם הקיבוצי וחובה זו תחול על צד ג' בלבד.

בשונה מדעת הרוב, השופטת א' ברק סברה כי בעת הפרדה או הפרטה של מפעל זכאים העובדים לעמוד על זכותם להמשיך את ההתקשרות עם מעבידם הקודם. ובלשונה:

"העובדים וכוח העבודה שלהם אינם קניינו של המעביד, אין למעביד הכוח ליטול את עובדיו ולהעבירם לאחר כהעבר קניין. הם אינם חפץ עובר לסוחר. העובדים הם צד לחוזה אובליגטורי עמו, מי לחוזה עבודה אישי בלבד ומי גם כחלק מקיבוץ שכרת הסכם קיבוצי עם בעל המפעל".

ובהמשך:

"... התנהגות כזו של העברת עובדים למעביד חדש ללא הסכמתם אינה אפקטיבית. העובדים אינם "מועברים" והעסקתם על ידי המעביד החדש ללא הסכמתם היא התנהגות שאינה בתום לב, שכן היא מתימרת לכפות על העובדים הסכם שאינם מסכימים לו ובכך פוגעת באוטונומיה של הרצון הפרטי שלהם, הנובעת מכבוד האדם, ובחופש העיסוק שלהם.

מקובלת עלי, אם כן דעת הרוב שחל על העניין סעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים, אך נראה לי שאם המעביד החדש קיים, והעובדים אינם עוברים למעביד החדש, לאחר משא ומתן בתום לב, יש לראות אותם כעובדי המעביד הקודם ובאם המעביד הקודם מבקש לצמצם את מפעלו בגלל העברת חלק ממנו למעביד אחר, עליו לפטרם בדרך של פיטורי צמצום. בכך ניתן המשקל הראוי לזכויות האדם השונות - לזכות הקניין של המעביד, לזכותו לחופש העיסוק באופן שיוכל לנהל את עסקו כראוי ולאוטונומיה של הרצון הפרטי של המעביד

לעומת זכותם של העובדים והארגון היציג למשא ומתן
 הגון במסגרת האוטונומיה של הרצון הפרטי שלהם
 ולחופש העיסוק של העובדים".

9. אין אפוא מחלוקת בין דעת הרוב לדעת המיעוט שלעובד עומדת זכות לסרב לעבוד בשירותו של המעביד החדש. סלע המחלוקת ביניהם מתמקד בנפקות שיש לסירוב כאמור. דעת הרוב גורסת כי במצב דברים זה על העובד לנקוט מיוזמתו צעד של ניתוק יחסי עובד-מעביד, כאשר ככלל הוא יהיה זכאי לפיצויי פיטורים כמתפטר שדינו כמפוטל לפי סעיף 11(א) לחוק. יחד עם זאת, במקרה כזה לא תעמוד לעובד הזכות לקבל סעדים רחבים יותר העשויים לעמוד לזכות מי שפוטל על ידי מעבידו, מכוח חוזה עבודה אישי או קיבוצי. דעת הרוב סתמה ולא אמרה מפורשות מה יהיה דינו של עובד אשר מסרב לעבור לעבוד אצל המעביד החדש אך אינו יוזם התפטרות. האם יש לראותו, למרות התנגדותו למעבר, כעובד של המעביד החדש? האם יפרשו את התנהגותו כהתפטרות דה-פקטו מהעבודה (אצל המעביד הקודם או המעביד החדש?), למרות שאין הוא מעוניין להתפטר? מכל מקום, עולה מעמדת הרוב, כי לא עומדת לעובד האופציה להישאר עובדו של מעבידו הקודם, וכי בעת חילופי מעבידים מסתיימים יחסי העבודה וההתקשרות החוזית של העובד עם מעבידו הקודם, מבלי שיש לראות בכך מעשה פיטורים מטעם המעביד הקודם. התוצאה היא, שעם העברת הזכויות במפעל אל המעביד החדש, על פי הסכם בין המעביד המקורי למעביד החדש, חדלו זכויותיו של העובד כלפי המעביד המקורי. לעומת זאת, דעת המיעוט גורסת כי מצב של העברת בעלות במפעל ממעביד למעביד אינו קוטע, כשלעצמו, את יחסי העבודה בין העובד למעביד המקורי. אם העובד אינו מסכים להיות מועסק על ידי המעביד החדש, ימשיכו יחסי העבודה עם מעבידו הקודם. המעביד הקודם יכול להמשיך להעסיק את העובד או לפטרו או להגיע עמו להסכם בדבר המעבר להיות עובדו של המעביד החדש. אם בחר המעביד לפטר את העובד, אזי העובד יהיה זכאי לקבל את כל הסעדים העומדים לזכותו של מי שפוטל מעבודתו. סעדים אלה כוללים, במקרים רבים, הטבות חוזיות מעבר לזכות הסטטוטורית לפיצויים על פי חוק פיצויי פיטורים.

10. ההסתדרות עותרת לביטול פסק דינו של הרוב ולא ימוץ פסק הדין של דעת המיעוט ממגוון נימוקים. ראשית, לטענתה, דעת הרוב פוגעת בזכויות יסוד של העובדים; חסימת האפשרות לבחור שלא לנתק את הקשר עם המעביד המקורי, ולא להסכים להתקשר בחוזה עבודה עם המעביד החדש, פוגעת באוטונומיה שלהם הכוללת את חופש ההתקשרות החוזית, ומכאן שהיא פוגעת בכבודם ובחירותם וכן בחופש העיסוק שלהם. שנית, לטענתה, דעת הרוב מהווה סטייה, שאין להצדיקה, מעקרונות

הדין הכללי, וביתר פירוט מדיני החוזים ודיני המחאת חיובים. שלישית, טענתה היא, כי דעת הרוב פוגעת גם בעקרונות שונים בדיני העבודה האינדיווידואליים והקיבוציים וכן כי היא מיישמת באופן מוטעה מושגים ורעיונות בתחום זה כגון "הזיקה למקום העבודה" ו"פררוגטיבת הניהול". כמו כן מעלה ההסתדרות טענות בנוגע לקיומו של מנהג לפיו העברת עובדים לבעלות חדשה נעשית רק לאחר ניהול משא ומתן עם ארגון העובדים וקבלת הסכמתו לכך וכן בנוגע להבטחות שנתנו לעובדים בהקשר זה.

המשיבות טוענות מצדן, כי פסיקת הרוב מאזנת בין זכויות המעביד לזכויות העובדים ואין בה פגיעה בזכויות יסוד של העובדים. לטענתן, פסיקת הרוב עולה בקנה אחד עם דיני החוזים ודיני המחאת חיובים. כמו כן, לטענתן, סעיף 18 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957 (להלן: חוק הסכמים קיבוציים) הנו דין מיוחד שעניינו רציפות ההסכם הקיבוצי ללא צורך בהסכמה מוקדמת של העובדים הן במישור האישי והן במישור הקיבוצי. אשר להלכות משפט העבודה, אף בעניין זה טוענות המשיבות כי פסק דינו של הרוב תואם את הלכות משפט זה ומיישם אותן כהלכה. בנוסף, המשיבות שוללות קיומו של מנהג בעניין מעבר עובדים כנטען על ידי ההסתדרות וכן שוללות הן את קיומה של הבטחה כלשהי לעובדים או לנציגותם בעניין זה.

11. היועץ המשפטי התייצב לדיון וחיווה את דעתו בנושאים אשר במחלוקת בין הצדדים. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי פסק דינו של בית הדין הארצי מעוגן היטב בעקרונות משפט העבודה ובראשם עקרון הזיקה למקום העבודה. לדעתו, במקרה של הפרדת מפעל, אין העובד "מועבר" ממעבידו בעל כורחו, אלא קיימת הסכמה משתמעת של העובד לעבור למעביד חדש. טענה זו בדבר "הסכמה משתמעת", שניתנה על ידי העובד בעת ההתקשרות עם מעבידו המקורי, מתבססת על שני אדנים. האחד, הסכמה זו עולה, לדעתו, מתוך העדפת הזיקה של העובד למקום העבודה שלו ולא למעביד ספציפי. השני, הסכמה זו מתבססת - כך הטענה - על הפררוגטיבה הניהולית של המעביד, הכוללת בענייננו את זכותו לבצע שינוי מבני במפעל, כולל שינוי הבעלות בו, זכות המהווה תנאי משתמע בכל חוזה עבודה. הזכות לבצע שינוי מבני כזה, כורכת עמה את הזכות ל"העברת" עובדי המעביד קודם השינוי המבני לזה המקבל את הבעלות במפעל בעקבותיו.

נפקות סירוב עובד להעסקתו על ידי מעביד חדש בעת חילופי מעבידים במקום עבודתו

12. במצב המשפטי הקיים כיום בישראל אין חקיקה המסדירה ישירות את גורלו של חוזה עבודה בין העובד למעביד הקודם בעת חילופי מעבידים. בהצעת חוק חוזה

עבודה, תשכ"ח-1968 (ה"ח תשכ"ח, עמ' 384) הוצע העיקרון לפיו נאסרה העברת חוזה עבודה על ידי אחד הצדדים לזולתו, ללא הסכמתו המפורשת של הצד השני (סעיף 4(א) להצעת החוק). גישה שונה בתכלית הוצעה בהצעת חוק חוזה עבודה, התשמ"ה-1985 (ה"ח התשמ"ה, עמ' 129). בסעיף 8 להצעת החוק נקבע כי בעת שינוי בעלות על מקום העבודה יבוא המעביד החדש במקום המעביד הקודם בכל הנוגע לחוזה העבודה (ראו את דברי ההסבר לסעיף 8 לחוק וכן ביקורת עליו: Frances Raday, Status and (contract in the Employment Relationship Is.L.R. Vol. 23 p.77 (1989)). גישה זו, לפיה חוזה העבודה מומחה למעביד החדש, אומצה גם בהצעת חוק פרטיות נוספות: הצעת חוק חוזה עבודה, התשנ"ה-1994, וכן הצעת חוק חוזה עבודה, תשנ"ה-1995 המושתתות על הצעת חוק חוזה עבודה, התשמ"ה-1985. הצעות החוק האמורות לא הבשילו כדי חקיקה. לאור היעדרו של הסדר חקיקתי בסוגיה, אציג תחילה גישות מספר הקיימות בעניין זה במשפט המשווה ולאחר מכן, אציג את העקרונות והכללים הקיימים בשיטת משפטנו בסוגיה זו בדין הכללי, במשפט העבודה ובמשפט החוקתי.

א. המשפט המשווה

13. סקירת המשפט המשווה בסוגיות הנדונות מעלה כי קיימות גישות שונות בנוגע לזכותם של עובדים, המתנגדים לעבור לעבוד אצל מעביד חדש, להמשיך לעבוד אצל מעבידם הקודם. מכאן, שניתן למצוא במשפט משווה תמיכה הן לגישת ההסתדרות והן לגישת המשיבות והיועץ המשפטי לממשלה.

דירקטבה מס' 2001/23/EC (אשר החליפה, בשינויים קלים לענייננו, את דירקטבה מס' 77/187 והתיקון לה של האיחוד הלאומי האירופאי אשר כותרתה On the Approximation of the Laws of the Member States Relating to the Safeguarding of Employees' Rights in the Event of Transfers of Undertakings, Businesses or Parts of undertakings or Businesses (להלן: הדירקטיבה) דנה בהבטחת זכויות עובדים במקרה של העברת מפעלים, עסקים או חלקים של עסקים למעביד אחר כתוצאה מהעברה משפטית או מיזוג. סעיף 3 לדירקטיבה קובע:

"1. The transferor's rights and obligations arising from a contract of employment or from an employment relationship existing on the date of a transfer shall, by reason of such transfer, be transferred to the transferee.

Member States may provide that, after the date of transfer, the transferor and the transferees shall be before the date of transfer liable in respect of obligations which arose from a contract of

employment or an employment relationship existing on the date of the transfer ...

3. Following the transfer, the transferee shall continue to observe the terms and conditions agreed in any collective agreement on the same terms applicable to the transferor under that agreement, until the date of termination or expiry of the collective agreement or the entry into force or application of another collective agreement..."

סעיף 4 לדירקטיבה קובע כי העברת עסק או חלקו לא יהווה, כשלעצמו, עילה לפיטורין על ידי המעביר או הנעבר. כמו כן קובע הסעיף:

"2. If the contract of employment or the employment relationship terminated because the transfer involves a substantial change in working conditions to the detriment of the employee, the employer shall be regarded as having been responsible for termination of the contract of employment or of the employment relationship".

כמו כן, סעיף 7 לדירקטיבה מטיל חובה על המעביד הקודם והמעביד החדש ליידע את נציגי העובדים העשויים להיפגע מן העברה ולקיים עימם היוועצות.

בפסק דין *Kastikas v. Konstantinidis* (European Court of Justice) [1993] 1C.M.L.R 845, שנדון בפני בית הדין האירופאי, עלתה השאלה האם לאור ניסוחו של סעיף 3(1) לדירקטיבה רשאי עובד להתנגד להעברתו למעביד חדש ולהמשיך את העסקתו אצל מעבידו הקודם. המקרה שנדון בפני בית הדין עסק בסכסוך בין עובד למעביד בגרמניה. העובד - קאסטיקאס, עבד במסעדה של המעביד - קונסטנטינידיס. האחרון השכיר את המסעדה לאדם אחר. בתביעה שהגיש קאסטיקאס נגד קונסטנטינידיס בהקשר לזכויות המגיעות לו כעובד טען קונסטנטינידיס כי בתאריכים הנדונים הוא כלל לא היה המעביד של קאסטיקאס שכן המסעדה כבר הועברה לאחר. לפי הדין הגרמני הפנימי, במקרה שעובד מתנגד לעבור למעביד חדש אשר אליו הועבר העסק בו הוא עובד, נמשכת ההתקשרות בינו לבין המעביד הקודם. בית הדין האירופאי התבקש לחוות דעה האם דין זה עולה בקנה אחד עם הוראות הדירקטיבה. במסגרת זאת, נדרש בית הדין האירופאי לפרש את סעיף 3(1) לדירקטיבה. בית הדין קבע כדלקמן:

"Although the directive...permits an employee to stay with the new employer on the same conditions as those agreed upon with the transferor, it cannot be interpreted as compelling the employee to continue the employment relationship with the transferee.

Such an obligation would call into question the employee's basic rights: he must be free to choose his employer and cannot be compelled to work for an employer whom he has not voluntarily chosen.

It follows that Article 3(1) of the directive does not prevent an employee from deciding to object to the transfer of his contract or protection given by the directive.

However ... it is not the purpose of the directive to ensure that the contract of employment relationship with the transferor is continued if the employee does not wish to remain in the transferee's employ.

It follows that, if the employee decides voluntarily not to continue the contract of employment or employment relationship with the transferee, the directive does not compel the member-States to provide that the contract or relationship shall be continued with the transferor. In such a situation, it is for the member-States to decide what is to become of the contract or employment relationship" (p. 865-66).

מכאן, שעל פי פסיקת בית הדין האירופאי, קיומה של הוראה מפורשת בדירקטיבה לפיה זכויותיו וחובותיו של העובד כלפי מעבידו הקודם עוברים למעביד החדש אינה משליכה על שאלת קיומם של יחסי עובד-מעביד או קיומו של חוזה עבודה בין העובד למעביד הקודם בעת חילופי מעבידים. את ההכרעה בנוגע למעמד העובד במצב דברים זה הותיר בית הדין להכרעת המשפט הפנימי של המדינות החברות.

14. סקירת ההסדרים הקיימים בעניין זה במדינות השונות מעלה שתי השקפות מנוגדות. המשפט הגרמני קובע, כי לעובד יש זכות להישאר עובדו של המעביד הקודם ולהתנגד להעברתו למעביד חדש (International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations, Vol. 5, p. 101-102). בדומה למצב המשפטי בישראל, סוגיה זו לא הוסדרה בגרמניה בחקיקה, אלא בפסיקת בית המשפט הפדרלי אשר קבע, בהסתמכו על עקרונות של המחאת חיובים, אופים האישי של יחסי העבודה וזכות היחיד לבחור

את עיסוקו, כי לעובד זכות להיוותר עובדו של מעסיקו הקודם (ראו פסק דין קאסטיקאס הנ"ל). באיטליה ובשבדיה נקבע בחקיקה עקרון ההמשכיות החוזית אך בד בבד נשמרת לעובד הזכות לסרב לכינון יחסי עבודה עם המעביד החדש, תוך שמירת היחסים החוזיים עם המעביד הקודם (International Labour Law Reports p. 232,303).

עמדת המשפט האנגלי שונה. בעבר, על פי המשפט המקובל, עצם מכירתו או העברתו של עסק למעביד חדש סיימה את חוזה העבודה בין המעביד (המעביר) לעובדיו. רוכש העסק (הנעבר) לא יכול היה לבוא בנעליו של המעביר כצד לחוזה העבודה ללא הסכמת המעביר והסכמת העובדים. עקרונות אלה נבעו מהבסיס החוזי עליו מושתתים דיני העבודה. בדרך זו נשמרה זכותו של העובד שלא לעבוד אצל מעביד אשר לא הוא בחר בו. אולם בד בבד אפקט זה הניב תוצאה בלתי רצויה לפיה לעובד לא נתנה זכות להמשיך את עבודתו באותו מקום עבודה והנעבר היה רשאי להחליף את כוח העבודה בעסק שנמכר לו. תוצאת לוואי שלילית זו, אשר פגעה בביטחון התעסוקתי, טופלה בתקנות משנת 1981 (Transfer of Undertakings (Protection of employment) Regulations) כפי שתוקנו על ידי Trade Union Reform and Employment Rights Act בשנת 1993. בתקנות נקבע כדלקמן:

"5.(1) [Except where objection is made under paragraph (4A) below,] a relevant transfer shall not operate so as to terminate the contract of employment of any person employed by the transferor in the undertaking or part transferred but any such contract which would otherwise have been terminated by the transfer shall have effect after the transfer as if originally made between the person so employed and the transferee.

(2) Without prejudice to paragraph (1) above, [but subject to paragraph (4A) below,] on the completion of a relevant transfer –

(a) all the transferor's rights, powers, duties and liabilities under or in connection with any such contract shall be transferred by virtue of this Regulation to the transferee; and

...

[4(A) Paragraphs (1) and (2) above shall not operate to transfer his contract of employment and the rights, powers, duties and liabilities under or in connection with it if the employee informs the transferor or the transferee that he objects to becoming employed by the transferee.

(4B) Where an employee so objects the transfer of the undertaking or part in which he is employed

shall operate so as to terminate his contract of employment with the transferor but he shall not be treated, for any purpose, as having been dismissed by the transferor.]

(5) [Paragraphs (1) and (4A) above are] without prejudice to any right of an employee arising apart from these regulations to terminate his contract of employment without notice if a substantial change is made in his working conditions to his detriment; but no such right shall arise by reason only that, under that paragraph, the identity of his employer changes unless the employee shows that, in all the circumstances, the change is a significant change and it is to his detriment".

התקנות אף קובעות, כי ההסכמים הקיבוציים שהיו בתוקף ערב ההעברה, יישארו בתוקף לאחר ההעברה, ורואים את המעביד החדש כאילו היה צד להם (סעיף 6 לתקנות).

הוראותיו של הדין האנגלי בנוגע למעמדם וזכויותיהם של עובדים המתנגדים למעבר למעביד חדש הן אפוא ברורות; התנגדות של עובד לעבור למעביד החדש מסיימת את חוזה העבודה שלו עם מעבידו הקודם אך אינה נחשבת לפיטורים אלא להתפטרות. כמו כן, התפטרות של העובד על רקע זהות המעביד החדש לא תזכה אותו בפיצויי פיטורים אלא אם כן הוא מוכיח כי נוצר שינוי לרעה בתנאי עבודתו. דין דומה קיים, מכוח חקיקה מפורשת, גם במשפט הדני (International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relation, ed. Blanpain Vol. 4, at pp 152-153).

15. אשר לדין בארצות הברית, על פי המשפט הפדרלי לא מוקנית לעובדים הזכות לרציפות בהעסקתם במקרים של מיזוגים והשתלטויות. על פי כלל זה, מאבדים העובדים את הזכויות שצברו אצל המעביד המקורי, כגון וותק וחופשות. עם זאת, בתי המשפט נוטים לרכך תוצאה זו באמצעות פרשנות תכליתית לחוק, בין היתר, על ידי אבחנה בין סוגי השינויים שהתרחשו במפעל ובאמצעות אבחון מיהותו של המעביד החדש וקרבתו הרעיונית למעביד הקודם. כך למשל נקבע כי העברת שליטה בחברה על ידי רכישת מניותיה הנה לרוב חסרת השפעה מהותית על אישיותה המשפטית של החברה, ועל כן ימשיכו חוזי העבודה הקיימים ללא שינוי (ראו: Phillip M. Schreiber "Potential Liability of New Employers to Pre-Existing Collective Bargaining Agreements and Pre-existing Unions: A Comparison of Labor Law Successorship Doctrines in the United States and Canada" 12 NW.J. Int'l L.

(571, 586) 1992 Bus. &. לעומת הפסיקה הפדרלית, מרבית המדינות אימצו הסדרים המעניקים הגנה לעובדים והמבטיחים, ללא תלות בסוג השינוי המבני, רציפות של חוזה עבודה במישור הקיבוצי בלבד. לביקורת על כך ראו: Marcus P. Eftimou, "Note: State Legislative Attempts to Mandate Continuation of Collective Bargaining Agreements During Business Change: The Unfulfilled Expectation and the Pre-empted Results", 77 Cornell L. Rev. 47 (1992)) מכל מקום, הן בדין הפדרלי והן בדין המדינתי אין התייחסות לזכות העובדים להתנגד לחילופי המעבידים ומהי נפקותה של התנגדות כאמור (להשוואה בין המצב המשפטי בארצות הברית לאנגליה בנוגע לחילופי מעבידים ראו: Leslie Braginski, Comment: How Changes in Employer Identity Affect Employment Continuity: A Comparison of the United States and the United Kingdom, 16 Comp. Lab. L. 231(1995)).

16. דעת הרוב בבית הדין הארצי ניסתה לפלס דרך משלה בסוגיות המורכבות שבפנינו. מצד אחד, בשונה מהמודל הגרמני ודומיו, לא הוענקה לעובד האופציה להמשיך את קשרי עבודתו עם מעבידו הקודם. בכך דומה הפתרון שהציע בית הדין הארצי לדין האנגלי. מצד שני, בית הדין הארצי ביקש לרכז את נוקשותו של המודל האנגלי בכך שפסק כי ככלל, עובד המתפטר בנסיבות כאלה יהיה זכאי לפיצויי פיטורים על פי חוק. כמתואר לעיל, ברוב שיטות המשפט שנסקרו מוסדרת הסוגיה שלפנינו בחקיקה. בישראל אין בחקיקה תשובה ישירה ומפורשת למחלוקת בה אנו עוסקים. עלינו לברר ולקבוע אם על פי המשפט החוקתי, הדין הכללי ומשפט העבודה במשפטנו, יש לאמץ את מסקנתו של בית הדין הארצי, או שמא את דעת המיעוט. לכך אפנה עתה.

ב. הדין הכללי

17. דיני חוזים. באספקלריה חוזית, עיסקת הפרדת המפעל, הכוללת בחובה חילופי מעבידים, כוללת עבור העובדים שני שלבים; הראשון, הצעת המעביד המקורי להמחות את החוזה למעביד החדש, ובכך לסיים את הקשר החוזי עמו, והשני, הסכמת העובדים לכריתת הסכם חדש בינם לבין המעביד החדש. בשלב ראשון, על המעביד המקורי להציע לעובדים לשנות את תוכן החוזה ביניהם, קרי להחליף את זהות הצד המתקשר, והעובדים רשאים לקבל הצעות אלה או לדחותן. בשלב השני, אם בחרו העובדים לדחותן, כפי שעשו בענייננו, ימשיך חוזה העבודה במתכונתו המקורית, אלא אם המעביד נקט צעדים הנדרשים על פי הדין לביטול הקשר החוזי ובמקרה כזה עליו יהיה לשאת בתוצאות המשפטיות של מעשהו. אלה מושכלות יסוד בדיני חוזים, ואין נורמה בדיני החוזים הפוטרת צד לחוזה המבקש לסיימו מלפעול בדרך זו. במקרה הספציפי

שלפנינו, השאלה הראשונה המתעוררת היא, אם רשאי המעביד לבטל את החוזה. בהנחה שהתשובה לכך חיובית, הרי בהתאם למוסכם בינו לבין עובדיו בחוזה העבודה ובהסכמים הקיבוציים החולשים על ההתקשרות ביניהם, יהיה עליו לשלם לעובדיו פיצויי פיטורין לפי המוסכם בחוזים ובהסכמים הנ"ל. מכל מקום, ביטולו לא יביא, כשלעצמו, לקשר חוזה בין העובד למעביד החדש.

לאור האמור, נקל לראות כי דעת הרוב בבית הדין הארצי מוקשית על רקע הנורמות הקיימות בדיני חוזים. היא גם מותירה שאלות בלתי פתורות. לדוגמא, אין בה תשובה ברורה לשאלה מה יהיה הדין - בשלב התפר, כשהעובדים טרם החלו לעבוד עבור המעביד החדש - מקום בו העובדים מסרבים לקבל את הצעות המעביד המקורי, ומודיעים לו שאין ברצונם להיות עובדיו של המעביד החדש, המעביד המקורי אינו מספק להם עבודה והם אינם נוקטים מיוזמתם צעד של התפטרות. האם יראו בהם בשלב זה עובדיו של המעביד החדש או המעביד המקורי, או מי מהם? האם יחשבו כמי שהתפטרו מעבודתם, ואם כן - מהעבודה אצל המעביד החדש או אצל המעביד המקורי?

18. דיני המחאת חיובים. בכל חוזה עבודה יש למעביד מצד אחד זכויות לשירות אישי של העובד ומצד שני חבויים כלפיו. חוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המחאת חיובים) קובע את הנורמות הכלליות החלות בעניין המחאת זכויות וחובות. סעיף 1(א) לחוק, הדין בהמחאת זכויות קובע:

"זכותו של נושה, לרבות זכות מותנית או עתידה לבוא, ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב, זולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה לפי דין, לפי מהות הזכות או לפי הסכם בין החייב לנושה".

הזכות לשירותי עובד היא דוגמא קלאסית למקרה שבו זהות הנושה חשובה לחייב. לפיכך, זוהי זכות שמעצם טיבה וטבעה אינה ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב (ראו: מ' בן פורת חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969 (1972) 14, ש' לרנר דיני החיובים: חלק כללי (העורך ד' פרידמן, 1994), 93-94).

אשר להמחאת חוב, סעיף 6 לחוק קובע:

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

חייב אינו רשאי להמחות את חבותו ללא הסכמת הנושה. מכאן, שמעביד אינו רשאי להמחות את חבויותיו לפי חוזה עבודה אישי או הסכם קיבוצי למעביד חדש ללא הסכמת העובדים.

19. המשיבות מודעות לדין זה, אך הן טוענות כי בענייננו חל סעיף 10 לחוק הקובע כי:

”הוראות חוק זה יחולו כשאינן בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון...”.

בדומה לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (ראו סעיף 61(א) לחוק), גם הוראות חוק המחאת חיובים יחולו כשאינן הוראות מיוחדות בדין אחר.

לטענת המשיבות, בסעיף 18 לחוק ההסכמים הקיבוציים נמצא היתר מפורש בחוק להמחאת חיוביו של המעביד. בסעיף 18 לחוק ההסכמים קיבוציים שכותרתו ”שינוי מעבידים”, נקבע כדלקמן:

”עבר מפעל מיד ליד או חולק או מוזג, יראו את המעביד החדש כמעביד שעליו חל ההסכם הקיבוצי”.

על פי האמור בסעיף זה, המעביד החדש בא בנעליו של המעביד הקודם לעניין ההסכם הקיבוצי. לדעתי, לא ניתן לבסס על סמך הוראה זו את המסקנה אותה מבקשות להסיק ממנו המשיבות. אין ללמוד מלשון ההוראה מהו הדין באשר למעמד עובדים בעת חילופי מעבידים, וביתר דיוק, האם נדרשת לכך הסכמתם אם לאו. בהנחה שהבעלים החדש יהיה המעביד של עובדי המעביד הקודם, יחול עליו ההסכם הקיבוצי, אך אין ללמוד מן הסעיף חובה של העובדים להסכים להיות עובדיו. זאת היתה גם עמדת בית הדין האזורי לעבודה ובית הדין הארצי. בבית הדין האזורי נקבע בנוגע לסעיף 18 הנ"ל כדלקמן:

”(א) סעיף 18 לחוק ההסכמים הקיבוציים וסעיף 4 להסכם הקיבוצי, אין להם התייחסות ישירה לדיני איסור והתר של ”העברת” עובדים למעביד אחר ע”י חילופי מעבידים במפעל.

(ב) סעיף 18 לחוק ההסכמים הקיבוציים מבטיח במקרה של חילופי בעלים במפעל את זכויות העובדים על פי ההסכם הקיבוצי לא פחות, אך גם לא יותר. הוא שומר על זכויות העובדים על פי ההסכם הקיבוצי בדיוק כשם שהיו אצל מעבידם הקודם” (הדגשה שלי - ת”א).

בית הדין הארצי אישר את קביעתו זו של בית הדין האזורי, על פיה אין להסיק מהסעיפים הנדונים היתר או הסכמה להעברת עובדים למעביד אחר, וכל שהם עוסקים בו הוא שמירה על זכויות העובדים (ראו פסקה 50 לפסק דינו). בעניין זה, דעתם כדעתם. על פי לשונו הברורה של סעיף 18 לחוק ההסכמים הקיבוציים לא עולה ממנו כי אין העובד יכול להמשיך להיות מועסק על ידי מעבידו הקודם, או כאילו יש בו הסכמה מראש של העובדים למעבר לעבוד אצל המעביד החדש. סעיף 18 דן ברציפות תנאי עבודה קיבוציים, כשההנחה היא כי העובד מסכים להמשך העבודה במקום העבודה אצל המעביד החדש. כך גם יושם סעיף זה בפסיקת בית הדין הארצי (ראו לדוגמא: דב"ע 3-7/98 מנשה מועדים נ' משרד הבטחון, פד"ע לג 441 פסקה 11), ואין בפסיקתו תקדים התומך בעמדת המשיבות. לשון אחר, סעיף 18 כלל אינו דן בשאלה האם העובדים רשאים לסרב להעברה ולהיות עובדיו של מעבידם הקודם (השוו לפרשנות בית הדין האירופאי לסעיף 3(1) לדירקטיבה בפסקה 17 לעיל). אין הוא דן כלל בתנאים הדרושים לשם מתן תוקף להתחלפות מעבידים. עניינו הוא בהיקף חובות המעבידים במקרה שההתחלפות תקפה. לפיכך, אין לראות בו "הוראה מיוחדת" לעניין סעיף 10 לחוק המחאת חיובים.

במסגרת זאת, ברצוני להתייחס גם לגישת חברי, לפיה בנסיבות העניין אין עילה להתערבות בית משפט זה בפרשנותו של סעיף 18 לחוק ההסכמים קיבוציים, שכן יתכנו לגביו שני פירושים סבירים. לפי הפירוש האחד, פירוש תע"א, ניתן לפרשו באופן שהמחוקק הניח כמובן מאליו שהעברת מפעל "עסק חי" הוא מעשה מותר שאיננו טעון הסכמת העובדים. לפי הפירוש השני, פירוש ההסתדרות, אין להסיק ממנו כי הסכמת העובדים אינה נדרשת. לגישת חברי, במקרה כזה יש להניח את הבחירה בין שתי הפרשנויות לבית הדין לעבודה שסמכות השיפוט הייחודית להכריע בסוגיות אלו הופקדה בידיו. אולם, כפי שהבהרתי לעיל, בית הדין הארצי מאמץ בסוגיה זו את גישת בית הדין האזורי, לפיה סעיף 18 אינו דן כלל בשאלה מהן התוצאות המשפטיות הנובעות מחילופי מעבידים, קרי, האם ניתן לחייב עובד לעבור לעבוד אצל מעביד חדש (או להתפטר מיוזמתו), או שמא זכותו להמשיך את העסקתו על ידי מעבידו הקודם. מכאן, שאף לדעת בית הדין הארצי, לא קיימים שני פירושים "סבירים" בהקשר זה לסעיף 18 לחוק ההסכמים קיבוציים.

לסיכום, הדין הכללי אינו תומך בעמדת המשיבות. לפי הדין הכללי, הן דיני החוזים והן דיני המחאת חיובים, בהעדר הסכמה מצידם של העובדים למעבר למעביד חדש, או לחילופין, בהיעדר אקט של פיטורים מטעם המעביד המקורי, עובדים

ממשיכים להיות קשורים בקשר חוזי עם מעבידם המקורי. המשיבות טוענות, שניתן למצוא אחיזה לפסק דינו של הרוב בבית הדין הארצי באופיו המיוחד של משפט העבודה ומכוח דינים הנוגעים למשפט זה. להלן אבחן אם אמנם קיימת במשפט העבודה תשתית נורמטיבית עליה ניתן להשתית את דעת הרוב ואת עמדת המשיבות.

ג. משפט העבודה

20. דעת הרוב בבית הדין הארצי התבססה על זיקת העובד למקום עבודתו, במסקנתה לפיה עובד אינו זכאי לתבוע את המשך העסקתו על ידי מעבידו הקודם, כשזה העביר את הבעלות במפעל למעביד חדש. בית הדין הארצי הדגיש את חשיבותו של מרכיב מקום העבודה כמרכיב ביחסי העבודה בין העובד למעביד אשר דומה בחשיבותו לזהותו ואישיותו של המעביד. בית הדין מוסיף, כי ניתן על כן לומר כי "ביחסי עובד ומעביד קיימת, במפורש או מכללא, זיקה משולשת בין המעביד העובד ומקום העבודה. נפקותה של זיקה משולשת זו היא בקשר המתקיים בין העובד לבין מקום העבודה הנמשך, כברור מאליו, אף כאשר המעבידים מתחלפים". אם הכוונה בדברים אלה לכך שנוצרים ונמשכים יחסי העבודה עם המעביד החדש, שעה שהעובד ממשיך לעבוד באותו מקום עבודה על אף שהמעביד הוחלף - הרי שזו תוצאה מתבקשת. בעצם עבודתו אצל המעביד החדש, מביע העובד את דעתו שהוא מסכים להיות מועסק על ידו במקום על ידי המעביד הקודם. למסקנה זו יש גם עיגון בפסיקה (ראו האסמכתאות בפסקאות 22 ו-23 להלן). אך אם הכוונה היא שהעובדים הופכים לעובדיו של המעביד החדש, גם כאשר הדבר הוא נגד רצונו של העובד ואין להסיק מהתנהגותו הסכמה לכך, אני מבקש לחלוק על מסקנה זו. חוששני שאין במשפט העבודה, לרבות בקשר של העובד אל מקום העבודה, כדי להצדיק קביעה בדבר העברת החובות והזכויות של עובדים כלפי מעבידם אל מעביד חדש בו בחר המעביד הקודם, כשהדבר נעשה שלא בהסכמת העובדים. כך עולה מהחקיקה והפסיקה אותה אסקור להלן.

21. במישור משפט העבודה האינדיבידואלי המגן מצויות מגוון הוראות חוק הכוללות התייחסות למצב של חילופי מעבידים. סעיף 1(א) לחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג-1963, קובע:

"מי שעבד שנה אחת ברציפות - ובעובד עונתי שתי עונות בשתי שנים רצופות - אצל מעביד אחד או במקום עבודה אחד ופוטר, זכאי לקבל ממעבידו שפיטרו פיצויי-פיטורים" (הדגשה שלי - ת"א).

סעיף 3(א) לחוק חופשה שנתית, תשי"א-1951, קובע:

"אורך החופשה לכל שנת עבודה אצל מעביד אחד או במקום עבודה אחד הוא: ... (הדגשה שלי - ת"א).

סעיף 7(ד)(1) לחוק עבודת נשים, תשי"ד-1954, קובע:

"עובדת שעבדה עד תחילת חופשת הלידה אצל אותו מעביד או באותו מקום עבודה לפחות עשרים וארבעה חדשים רצופים, רשאית להיעדר מהעבודה, מראשית השבוע השביעי שאחרי הלידה, מספר חדשים כרבע מספר החודשים שבהם עבדה כאמור, אך לא יותר משנים עשר חדשים וחלק של חודש לא יבוא במניין" (הדגשה שלי - ת"א).

סעיף 30(א) לחוק הגנת השכר, תשי"ח-1958, קובע:

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

סעיף 4 לחוק דמי מחלה, תשל"ו-1976, קובע:

"תקופת הזכאות לדמי מחלה לא תעלה על תקופה מצטברת של יום וחצי לכל חודש עבודה מלא שהעובד עבד אצל אותו מעביד או באותו מקום עבודה..." (הדגשה שלי - ת"א).

הוראות אלה מושתתות על זיקה השוררת בין העובד למקום עבודתו, זיקה שהמחוקק מייחס לה חשיבות רבה כתשתית לרציפות זכויות העובד. תכליתן של ההוראות היא להגן על זכויות מסוימות של עובדים בעת חילופי מעבידים. כשהעובדים ממשיכים לעבוד במקום העבודה גם לאחר חילופים אלה, אין צורך להסכים בנושא רציפות זכויות העובד עם המעביד החדש. רציפות זו מוכתבת מכוח הוראות חוק מפורשות. אך הוראות חוק אלה אינן עוסקות בשאלה מהם התנאים הדרושים כדי ליתן תוקף לחילופי מעבידים ביחסיהם עם העובדים, ובודאי לא בשאלה האם החילופים

מקבלים תוקף על אף סירוב העובדים לכך. הן עוסקות רק בזכויות העובדים כלפי מעבידם החדש אחרי שנוצר הקשר החוזי ביניהם, בלי להיכנס לשאלה מה נדרש ליצירת הקשר הזה. אין להסיק מזכויות חוקיות שהוענקו לעובדים, אשר מטרתן היא להבטיח להם רציפות בזכויות אשר נצברו בתקופת מעבידים אחדים באותו מקום עבודה, שלילה של זכות העובדים לחופש ההתקשרות ולחופש העיסוק. זו גם דעתה של חנה הרדוף בספרה זכויות עובדים בחלופי מעבידים בפירוק חברה ובכינוס נכסים (תשמ"ח) 37:

"אין למצוא בסעיף 1 לחוק פיצויי פיטורים - או ביתר סעיפיו - הוראה למקרה שעובד מסרב לעבור לשירותו של מעביד חדש. דרושות מילים מפורשות לשם סטייה מהעיקרון שחווה העבודה הוא חוזה אישי שאינו ניתן להעברה בלא הסכמת העובד. מכאן מסקנתנו, כי זכאי לפיצויי פיטורים אף עובד שהוצע לו לעבור לשירותו של מעביד חדש באותו מקום עבודה, באותו תפקיד ובאותם תנאי עבודה כמקודם".

כאמור לעיל, אותה תכלית של שמירת רציפות זכויות עובדים היא זו העומדת גם ביסודו של סעיף 18 לחוק ההסכמים הקיבוציים.

אוסף, כי איני מתעלם מכך שזיקת עובד למקום עבודתו אינה מצומצמת לאותן הוראות חוק הדנות ברציפות זכויות עובדים. ברור כי הקשר של עובד למקום עבודתו הוא קשר שהינו בעל חשיבות כשלעצמו. אולם כך גם הקשר של עובד לזהות מעבידו. בנסיבות מסוימות ייחסו עובדים משמעות חזקה יותר למקום עבודתם מאשר לזהות מעבידם ובנסיבות אחרות - להיפך. דעתי היא, כי חשיבות כל אחד מאלה - מקום העבודה וזהות המעביד - תלויה בנסיבות כל מקרה, ובהתחשב בנסיבות אלה, רשאי העובד להחליט איזו זיקה היא בעלת חשיבות גדולה יותר עבורו.

22. השאלה מה גורלם של הסכם עבודה אישי בין מעביד לעובד או של קשרי העבודה ביניהם בעת חילופי מעבידים, נדונה בעקיפין בפסיקתו של בית הדין הארצי. בדב"ע שם/67-3 יעל נוסבאום נ' עירית גבעתיים, פד"ע יב 194, נדון עניינה של מורה לריתמיקה אשר עבדה בגן ילדים השייך לעיריית גבעתיים. בתחילה שולמה משכורתה על ידי העירייה ובהמשך, בידיעתה, היא קיבלה את משכורתה ישירות ממשרד החינוך והתרבות. לאחר שינוי זה, היא המשיכה בעבודתה עוד מספר שנים. לאחר מכן, היא תבעה את עיריית גבעתיים בטענה כי חילופי הבעלות בגן או, לחילופין, חילופי

המעבידים מזכים אותה בפיצויי פיטורים. בית הדין הארצי קבע בעניין חילופי מעבידים כדלקמן:

"השאלה היא, איפוא, אם עיריית גבעתיים, פיטרה את המערערת. את מעשה הפיטורים בקשו לראות במכתב נובמבר 1957 ... ובקשו לראותו כתופס מיום 1 בספטמבר 1957, הוא ראשית שנת לימודים. בית הדין האזורי לא מצא באותו מכתב "אקט של פיטורים" ואף אנו כך. אין למצוא באותו מכתב אלא הודעה על שנוי מעמד ומעבר ממעמד של עובד עיריית גבעתיים למעמד של עובד המדינה. מבחינת העובד שנוי כזה יכול לבוא רק בהסכמתו מראש או בדיעבד ובשניהם לא יראו את השנוי כפיטורים. בעניננו ברור שבדיעבד, לפחות, לא ראתה את עצמה המורה, ביום שקבלה את המכתב, כמפוטרת ... ואם טוענת המערערת כי פוטרה, צריך שהדבר יעלה ברורות מכלל התנהגותה" (ההדגשה שלי - ת"א).

מפסק דין זה עולה, כי לצורך התקשרות חוזית או יצירת יחסי עבודה בין העובד למעביד החדש נדרשת הסכמה, מראש או בדיעבד, של העובד. הסכמה זו, יכול כמובן שתהא משתמעת, כפי שהייתה במקרה הנדון. מפסק דין זה ניתן להסיק, כי לו הייתה המורה מתנגדת באופן אקטיבי למעבר, ניתן היה לראות בחילופי המעבידים פיטורים.

בדב"ע מא/127-3 נפתלי ווהל נ' אבשלום אנצלב'ץ, פד"ע יג 248, נדון מקרה בו עבד עובד במקום עבודה תקופה ארוכה כאשר הבעלות במקום העבודה התחלפה מספר פעמים. כל אימת שהתחלפו הבעלים הסתיימו היחסים החוזיים בין הצדדים ושולמו לו פיצויי פיטורים. העובד התפטר בהגיעו לגיל 65 והוא תבע ממעבידו האחרון תשלום פיצויי פיטורים בעד כל תקופת עבודתו. בבית הדין הארצי לעבודה נאמר כדלקמן, לעניין סעיף 18 הנ"ל:

"9. בקובעו את אשר קבע לענין זיקת עובד - מקום עבודה ורציפות זכויות מתחום משפט העבודה המסדיר או המגן, לא קבע המחוקק, כאמור, דבר לענין המשכיות יחסים חוזיים. מכאן שאין כל מניעה לכך שעם חילופי הבעלים או עובר לחילופי בעלים, יביאו הצדדים ליחסי העבודה האינדיווידואליים את היחסים החוזיים לידי סיום, בין בדרך פיטורין ובין בדרך התפטרות, הכל בכפוף כמובן, להסכמים קיבוציים או לחוק מיוחד (חוק עבודת נכים, תשי"ד-1954, ס' 9) או תקנות הנכים (תגמולים ושיקום) (תקנה 5), עת לפיטורים זקוקים להיתר השר או לאישור, עפ"י אותם חוקים" (ההדגשה שלי - ת"א).

מפסק דין זה עולה, כי הוראות החוק שעניינן רציפות בעבודה, העומדות בבסיס העיקרון בדבר זיקת העובד למקום העבודה, עליהן עמדנו לעיל, אינן מסדירות את שאלת גורלו של הסכם העבודה האישי או את יחסי העבודה בין העובד למעביד בעת חילופי מעבידים.

23. קביעות אלה, אושרו בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 415/90 חיים (ויטאלי) מזרחי ואח' נ' יהודה פלפלי, עו"ד הנאמן על נכסי אריה שטנדר פושר, פ"ד מו(4) 601. באותו מקרה נדון ערעורם של עובדים אשר עבדו במפעל מתכת שניהל אדם בשם אריה שטנדר ולאחר מכן בחברה שהקים ושפורקה. לאחר הפירוק המשיכו העובדים בעבודתם במפעל עד אשר אריה שטנדר עצמו הוכרז כפושט רגל. המערערים טענו כי מעסיקם האחרון היה שטנדר עצמו ולא החברה, ולכן הוא חייב לשלם להם פיצויי פיטורים ופדיון חופשה שנתית. השופט ברק קבע כדלקמן:

"הזכויות בהן מדובר בענייננו הינן הזכות לפיצויי פיטורין והזכות לפדיון חופשה. בשני החוקים העוסקים בכך קבע המחוקק עקרון של שמירת זכויות העובד בעת חילופי מעבידים, כך שהנטל לקיום הזכויות לפיצויי פיטורין ודמי חופשה עובר אל כתפי המעביד החדש עבור תקופת העבודה אצל המעביד הקודם והחדש כאחד ...

הרעיון העומד מאחורי הוראות אלה וכן הוראות דומות נוספות ... הוא שקיימת זיקה בין העובד לבין "מקום העבודה". זיקה זו היא מרכזית ומשמעותית ביחסי העבודה ומחייבת הגנה. המחוקק הבטיח כי זכויותיו על-פי חוק של עובד יישמרו גם כאשר הוא עובר ממעביד למעביד באותו מקום עבודה (ח' הרדוף, זכויות עובדים בחילופי מעבידים, בפירוק חברה ובכינוס נכסים (תל-אביב, 1988), עמ' 22, 25). על עקרון זה עמד גם בית-הדין לעבודה בשורה של פסקי-דין ... חוקים אלו נועדו להגן על זכויות מסוימות ולפיכך עקרון זה של הבטחת המשכיות הזכויות חל רק לגבי אותן זכויות. על כן, אין להבין הוראות אלו כאילו הן קובעות כי בעת חילופי מעבידים הופך באופן אוטומטי המעביד החדש לשמש כצד לחוזה העבודה שבין המעביד הקודם לבין כל אחד מעובדיו. מאותה סיבה אין בהוראות אלה כדי לתת פתרון לשאלת גורלן של זכויות נוספות של העובד המבוטסות על חוזה אישי (סעיף 18 לחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957 קובע כלל רחב יותר במקרה של חילופי מעבידים במקום בו קיים הסכם קיבוצי, אך הוראה זו אינה נוגעת לעניין הנדון כאן). כאמור, הוראות החוק בדבר רציפות הזכויות אינן נשענות על קיומו של חוזה עבודה בין העובד לבין המעביד החדש אלא על המשכה של

העבודה באותו מקום עבודה, למרות חילופי המעבידים. במידה והמשיך העובד לעבוד באותו מקום עבודה נשמרות זכויותיו ואין הוא צריך להוכיח לשם כך כי נוצר חוזה עבודה חדש בינו לבין המעביד החדש או שהוסכם במפורש על שמירת הזכויות. כמובן שאין בכך כדי למנוע מהעובד מלטעון כי למרות שהעסק עבר מיד ליד, הוא נותר עובדו של המעביד המקורי וכי קיים הסכם מפורש בנדון. עם זאת, נדמה כי מקום בו העובד מודע לכך שהעסק הועבר לידי מעביד אחר והוא ממשיך לעבוד באותו מקום עבודה במשך תקופה ארוכה, יש להניח כי בכך הוא הביע את הסכמתו לקיום יחסי עובד מעביד בינו לבין הבעלים החדש של העסק. מקובלים עלינו בנקודה זו הדברים שנאמרו על-ידי הרדוף בספרה הנ"ל (בעמ' 38):

'עובד העובר ביודעין למעביד חדש, רואים אותו כמי שהסכים לעבור, גם אם לא נתן את הסכמתו המפורשת לכך; בהתנהגותו קיבל העובד את הצעת המעביד החדש להעסיקו, וכך נכרת חוזה עבודה בין השניים'" (פסקה 4 לפסק דינו) (הדגשה שלי - ת"א).

האמור בפסק דין זה עולה בקנה אחד עם דברים שנאמרו בפסקה 20 לעיל.

24. כאמור לעיל, דעת הרוב בבית הדין הארצי שמה דגש על זיקת העובד למקום עבודתו. על זיקה זו, ביססה את מסקנתה כי לעובד המסרב להחלפת מעבידים לא עומדת הזכות להמשיך את עבודתו אצל המעביד הקודם, והדרך הפתוחה בפניו, אם אינו רוצה לעבוד אצל המעביד החדש, היא ליזום ניתוק של יחסי עובד-מעביד, קרי להתפטר. עיון בחקיקה ובפסיקה שהוצגו לעיל, מקשה על קבלת המסקנה האמורה. הראינו לעיל, כי מסקנה זו אינה עולה מהחקיקה הרלבנטית. עוד הראינו, כי בדונה בהוראות החוק שעניינן חילופי מעבידים, מבחינה הפסיקה הבחן היטב בין תכליתן של הוראות אלה לבין השאלה הנפרדת בדבר השפעת חילופי מעבידים על חוזה העבודה האישי או יחסי העבודה בין המעביד המקורי לעובד. מדובר בשני מישורים שונים: מישור אחד, עניינו מערכת היחסים בין העובד למעבידו החדש הנשלטת על ידי הוראות החוק שעניינן שמירת זכויות מסוימות של העובד הממשיך לעבוד במקום עבודתו. מישור אחר, והקודם מבחינת הזמן, עניינו מערכת היחסים בין העובד למעבידו הקודם בשלב ה"תפר", כאשר הועברו זכויות המעביד המקורי למעביד החדש והעובד טרם "קיבל עליו את הדין", ולא עבר לעבוד אצל המעביד החדש. העברת הבעלות במקום העבודה אינה מנתקת מאליה את הקשר החוזי בין העובד למעבידו הקודם. לפיכך, אין היא פוסלת את האפשרות כי העובד, המסרב להיות עובדו של המעביד החדש, ימשיך להיות עובד של מעבידו הקודם.

יתרה מכך, אין בידי לקבל את עמדת הרוב בבית הדין הארצי כאילו התוצאה אליה הגיע על סמך זיקת העובד למקום עבודתו היא תוצאה חיובית גם מנקודת מבטו של העובד. עמדנו על כך שתכלית העיקרון של "הזיקה אל מקום העבודה" היא להגן על העובד, במובן זה שרציפות זכויותיו תימשך חרף אי רציפות הבעלות על מקום עבודתו. הרעיון הוא, לקשור אל מקום העבודה את זכויות העובד אך לא את העובד עצמו. העיקרון נועד להיטיב עם העובד. בפסק דינו של הרוב, שימש עקרון זה באופן סותר - כדי להעניק למעביד זכויות שאינן מוענקות לו בדין הכללי, ובעקיפין לאפשר פגיעה בזכויות העובד.

ניתן לסכם: מהחקיקה ומהפסיקה שנדונו לעיל, עולה כי הוראות המגן בדיני העבודה האינדיבידואליים אינן יוצרות המחאה של חוזה העבודה למעביד החדש. העברת עובד למעביד אחר דורשת את הסכמתו המפורשת או המשתמעת של העובד, אם מראש בעת כריתת חוזה ההעסקה או קשירת יחסי העבודה ואם בעת חילופי המעבידים.

25. דעת הרוב בבית הדין הארצי מעוררת קושי גם משני היבטים מרכזיים נוספים. ראשית, לפי דעת הרוב, על עובד המסרב לעבור למעביד החדש, והמבקש שלא להפסיד את פיצויי הפיטורים הסטטוטוריים, להתפטר, וזאת, למרות רצונו להמשיך לעבוד אצל מעבידו המקורי. כיצד ניתן לכפות "התפטרות" למי שאינו מעוניין להפסיק את עבודתו? באותה רוח, כיצד ניתן שלא לייחס מעשה פיטורים למעביד המסרב להמשיך להעסיק את עובדיו? ההבחנה בין התפטרות ופיטורים למעביד המסרב להמשיך תלויה בתשובה לשאלה מי הצד שפעל והתכוון לשים קץ לחוזה העבודה. אם זה העובד, מדובר בהתפטרות, ואם המעביד - בפיטורים (ראו: בג"ץ 566/76 אלנו בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לא(2) 197). בענייננו, לא היה כל מעשה רצוני מצד העובדים לשים קץ לחוזה העבודה. להיפך, הם ביקשו להמשיך לעבוד אצל מעבידם הקודם. לעומת זה, בהעברת הזכויות במפעלו (מקום העבודה) לבעלים אחרים, ובאי נכונותו להמשיך ולהעסיק את העובדים, המעביד המקורי הוא אשר גורם לניתוק יחסי העבודה בינו לבין עובדיו. על רקע האמור לעיל, ניתן היה לצפות לתוצאה בה ייקבע כי דין התנהגות המעביד אם לא יגיע להסכם עם עובדיו, כדין פיטוריהם על ידו, ולא לתוצאה על פיה יהיו זכאים העובדים לפיצויים רק אם יתפטרו.

שנית, בהקשר להסכמת העובדים לחילופי מעבידים, חשובה העובדה כי הפרדת מפעל רמת"א מיתר מפעלי תע"א והעברת עובדיו לחברת רמת"א משנה תנאי בחוזה העבודה האישי של תע"א עם כל אחד מעובדיה. תנאי זה, עניינו זהות המעביד.

על פי ההלכה שנקבעה בבג"צ 239/83 מילפלדר נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(2) 210 (להלן: פרשת מילפלדר), למעביד לא עומד הכוח לשנות באופן חד צדדי תניה מתניותיו של חוזה העבודה מבלי להפסיק את החוזה כולו. מבהיר השופט ברק בפסק הדין בפרשת מילפלדר:

"האין לומר כי משניתן לצד לחוזה הכוח להפסיק את החוזה כולו, פשיטה שניתן לו הכוח להפסיק תניה מתניותיו? לדעתי, התשובה על כך היא בשלילה. לא הרי הפסקת החוזה כהרי הפסקה (או שינוי) בתניה שבו. חוזה שלא נקבע מועד לסיומו, ההנחה היא כי הוא מתקיים כל עוד לא הופסק על ידי אחד הצדדים. לעומת זאת, תניה בחוזה, ההנחה היא כי היא מתקיימת כל עוד מתקיים החוזה. אכן, כל עוד החוזה כולו לא בא לסיומו, והוא ממשיך לעמוד בתוקפו, ממשיכים לעמוד בתוקפן תניותיו השונות (המפורשות או המשתמעות). צד לחוזה אינו רשאי (אין לו זכות) ואינו יכול (אין לו כוח) לקרוע מעל החוזה תניות אלו או אחרות, ולהביא בהן שינוי על ידי מעשה חד צדדי. החוזה הוא יחידה אחת, המאגדת בתוכה מכלול של הסדרים. צד לחוזה אינו רשאי ואינו יכול להפריד כרצונו בין חלקי החוזה, ולהכניס בו שינויים חד צדדיים כרצונו. אכן, אם צד לחוזה עומד על רצונו להכניס שינוי בתניות החוזה, עליו להביא תחילה את החוזה כולו לסיומו – כפי שהוא רשאי לעשות. משעשה כן, עליו לכרות חוזה חדש, תוך שעליו לשכנע את בעל דברו להסכים לתוכנו של החוזה החדש, שלא יכלול בחובו את התניות אותן מבקשים להשמיט" (פיסקה 8 לפסק דינו) (ההדגשה שלי - ת"א).

מכאן, המסקנה היא כי מעביד אינו יכול לשנות תנאי בחוזה העבודה, כולל תנאי בדבר זהותו של המעביד, ללא הסכמת עובדו. נפקות סירוב כאמור ברורה: אם מסרב העובד לשינוי, תנאיו של החוזה המקורי ימשיכו לחייב את הצדדים. הברירה העומדת בפני המעביד במקרה כזה היא להמשיך את החוזה המקורי או להביא את כל חוזה העבודה לידי סיום, קרי, לפטר את העובד (לביקורת על תוצאה זו ראו: פרופ' פ' רדאי "שינוי חד צדדי של תנאי-עבודה - היתר, איסור, או שביל הזהב?", משפטים י"ט תשמ"ט, 47). תוצאה זו אף תואמת את הדין הכללי - דיני החוזים ודיני המחאת חיובים, אשר אינם מאפשרים לצד לשנות תנאי בחוזה ללא הסכמת הצד שכנגד, וכן אינם מאפשרים להמחות חיוב ללא הסכמת הנושה.

26. פרט לדין הכללי ולמשפט העבודה עליהם עמדנו, חשוב להדגיש כי חולשות על הסוגיה שבפנינו גם זכויות יסוד של הצדדים המעורבים אותן ראוי להזכיר. אשר למעביד, מוקנית לו זכות קניינית בעסקו המעוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. פררוגטיבת הניהול של המעביד, הנובעת מזכות יסוד זו, מקנה לו חופש פעולה בניהול עסקיו ובביצוע פעולות שונות הנוגעות לו, כולל שינויים מבניים כגון הפרדה, הפרטה, מיזוגים, רכישות, מכירות וכיוצא באלה. זכות הקניין מאפשרת לו לעשות בקניינו כרצונו, בכפוף כמובן להגבלות מכוח הדין ומכוח הסכמים. להפעלת הזכות יכולה להיות השלכה על זכויות וחובות של עובדים, אולם למותר לומר, כי העובדים אינם בגדר "קניינו" של המעביד. הם צד לחוזה עמו, ולכל צד לחוזה זכויות וחובות כלפי משנהו.

יש לזכור גם, שנגד זכות המעביד לקניין וכנגד פררוגטיבת הניהול העומדת לו, יש להתחשב בזכויות יסוד של העובדים (ראו: דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 פסקה 29). לעובדים הזכות לבחור את זהות המתקשר, שהוא הצד לחוזה עמם. זכות זו היא זכות יסוד חוקתית (ראו: דנ"א 22/82 בית יולט בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441 פסקה 26) והיא מעוגנת כיום בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות יסוד זו כוללת בחובה גם את חירות העובד לבחור את מעסיקו. האופי המיוחד של השירות האישי אותו מעניק העובד למעביד מצריך הגנה יתרה על האוטונומיה של העובד ועל זכותו לבחור, בחירה אמיתית, עם מי יתקשר בחוזה, לרבות בחוזה עבודה, ועם מי לאו. בהקשר זה, אני מתקשה לקבל את עמדת חברי, המשנה לנשיא השופט מצא, לפיה האפשרות שניתנת לעובד להתפטר, מאיינת את הטענה לפיה, מעשית, תוצאת פסק דין הרוב כופה על העובד חוזה עבודה חדש עם מעביד שהוא לא בחר בו. נראה לי, שחלופת ההתפטרות, הגודעת את מקור פרנסתו של העובד, אינה יכולה להיחשב כמאפשרת לו בחירה אמיתית. אכן המציאות הכלכלית היא, לא אחת, כזו אשר שוללת אפשרות מעשית לבחור בחלופה זו. ניתן לומר בהקשר זה, שדעת הרוב בבית הדין הארצי כופה על העובד ברירה בין שתי אפשרויות - אם לעבור לעבוד אצל מעביד חדש או להתפטר - וזאת כאשר קיימת אפשרות נוספת. אפשרות זו היא, להותיר בתוקפו את החוזה עם המעביד המקורי (כל עוד החוזה לא הגיע לסיומו, בהתאם לתנאיו, עקב פיטורים, וכל עוד לא נכרת הסכם, על דעת העובדים, על פיו יהיו לעובדיו של המעביד החדש).

הזכות לבחור את מעבידם מוקנית לעובדים גם בחוק יסוד: חופש העיסוק. הזכות לחופש עיסוק מאפשרת לאדם לבחור היכן ישקיע את הונו האנושי. בחירה זו מושפעת משיקולים מגוונים וביניהם גם זהות המעביד. למותר לציין, כי לא כל

המעבידים עשויים מקשה אחת והם נבדלים זה מזה בהיבטים רבים, כגון מצבם הכלכלי, אפשרויות הקידום במסגרת עסקם, יחסי העבודה הקיימים בעסקם ועוד. אילוץ עובד לבחור בין מעבר למעביד החדש לבין התפטרות (גם אם דינה כפיטורים), כאשר קיימת החלופה להיוותר עובדו של מעבידו המקורי, יש עמה פגיעה בחופש העיסוק שלו. פגיעה בחופש העיסוק מתקיימת, לא רק כאשר נמנעת מהעובד לחלוטין הזכות לבחור את מעבידו, אלא גם כאשר זכות הבחירה שלו נפגעת, ואפילו בעקיפין. ברוח זו נפסק בבג"ץ 5936/97 ד"ר לם נ' משרד החינוך התרבות והספורט, פ"ד מג(4)

: 673

"נראה לי כי עקרונית, חופש העיסוק נפגע לא רק בפגיעה ישירה (כגון איסור על אדם לשמש כעורך דין או רופא בלא לקיים נתונים מסויימים), אלא גם בפגיעה עקיפה. חופש העיסוק נפגע כאשר החלטה שלטונית פוגעת בעקיפין במימוש חופש העיסוק הלכה למעשה. הפגיעה העקיפה בחופש העיסוק של פלוני עשויה להתבטא בכך, שההחלטה השלטונית תשפיע על רצונם של פרטים להתקשר עם פלוני. כך, למשל, חופש העיסוק של אדם נפגע אם הממשלה מעניקה סובסידיה למתחרה לו (ראו בג"ץ 1703/92 ק.א.ל נ' ראש המחשלה (טרם פורסם)). החלטה הפוגעת בחופש התחרות פוגעת בחופש העיסוק (ראו בג"ץ 878/94 כלל בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 471). ודוק: מטרת ההחלטה לא היתה לפגוע בחופש העיסוק. מטרת ההחלטה היא שונה (כגון, צמצום התחרות בתחום פלוני או מתן סובסידות לתחום אלמוני). עם זאת, האפקט על ההחלטה עשוי להיות כזה שהוא פוגע בחופש העיסוק. אכן, חופש העיסוק הוא החירות של הפרט להגשים את אישיותו ולתרום את תרומתו לחברה על ידיה שקעת מאמציו בעיסוק, במלאכה או במשלח יד. חירות זו נפגעת אם הסדרים (נורמטיביים או פיזיים) מונעים ממנו - במישרין או בעקיפין - מלפעול על פי רצונו ויכולתו" (פיסקה 4 לפסק דינו של הנשיא ברק).

יוצא, שגם מזווית הראיה של זכויות היסוד, מוצדק טיעון העובדים כי עומדת

להם הזכות לבחור את מעבידם.

27. מהמקובץ עולה, כי עמדת הרוב בבית הדין הארצי סותרת את הוראות הדין הכללי לפיהן יש לקבל את הסכמת העובדים לשינוי זהות מעבידם. כפי שבקשתי להראות, גם במשפט העבודה לא קיימת נורמה, על פיה יהפכו עובדים לעובדיו של מי שרכש את המפעל המהווה את מקום עבודתם, בניגוד לרצונם המפורש, ומבלי שניתן לפרש את התנהגותם כהסכמה לכך.

הסכמה מפורשת או משתמעת של עובדים לחילופי מעבידים

28. שונים הדברים כאשר יש הסכמה בין המעביד לעובדיו. כך הוא אם קיימת הוראה, מפורשת או משתמעת, בחוזה העבודה האישי, המאפשרת את השינוי בזהות המעביד. כך אומר השופט ברק בפרשת מילפלדר:

“... יתכן ובחווה העבודה האישי ישנה הוראה (מפורשת או משתמעת), לפיה נתון לאחד הצדדים הכוח לשנות תניה זו או אחרת, בתקופת חיי החוזה. (ראה לח/102-3 צים חברת השיט הישראלית נ' נעמן, פד"ע י' 225, 242). מקום שהוראה זו קיימת, ניתן מכוחה לשנות תניה זו או אחרת, בין תניה מקורית בחוזה האישי, ובין תניה שנצטרפה אליו - במפורש או במשתמע - לאחר מכן” (פיסקה 10 לפסק דינו).

אכן, המשיבות טוענות כי עובדי מפעל רמת"א הסכימו מפורשות מראש למעבר עתידי למעביד חדש. הסכמה זו גלומה, לטענתן, בסעיף 4 להסכם הקיבוצי המיוחד. היועץ המשפטי לממשלה מוסיף וטוען, כי קיימת הסכמה משתמעת של העובדים למעבר למעביד החדש מכוח תנאי משתמע בחוזה העבודה האישי שלהם, הנובע מעיקרון הפרוגטיבה הניהולית של המעביד. חברי, המשנה לנשיא השופט מצא, תומך בעמדה אחרונה זו, והיא העומדת ביסוד מסקנתו בשאלה המהותית אשר במחלוקת בענייננו. יושם אל לב, כי מכאן עולה לכאורה שאף לשיטת חברי, בשונה מעמדת בית הדין הארצי, נדרשת על פי הדין הסכמת העובדים לניתוק היחסים בינם לבין מעבידם המקורי ולמעברם למעביד החדש.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי ניתן להסיק על הסכמתו המשתמעת של העובד לשנוי זהות המעביד, גם מזיקת העובד למקום עבודתו. הוא מבסס טיעון זה על ההנחה, כי עובד מעדיף את הזיקה למקום עבודתו על פני הזיקה למעבידו. לדעתי, אין בסיס לקביעה קטגורית כזו, לפיה עובד מעדיף את המרכיב של מקום עבודתו על פני המרכיב של זהות מעבידו. בית הדין הארצי גם אינו קובע כך (ראו בפסקה 38 לפסק דינו של הרוב). מדובר, למעשה, בשני מרכיבים שהם מרכזיים לעובד, ובהיעדר ראיות מוצקות המבססות קביעה זו, אין לקבוע כי העובד מעדיף את האחד על פני השני, אם בכלל ואם בנסיבות ענייננו. מכל מקום, עניין זה של קשר של עובד למקום עבודתו והסכמתו להמשיך לעבוד בו אצל מעביד אחר, יוכרע בנסיבותיו של כל מקרה, מבלי שניתן לקבוע, ככלל, שקיימת הסכמה מוקדמת של העובד להמשיך לעבוד באותו

מקום, גם במקרה חילופי בעלים-מעביד בו. אפנה אפוא לבחון את שתי הקונסטרוקציות המרכזיות הנוספות, על פיהן נטען כי ניתן לבסס את הסכמת העובדים למעברם למעביד חדש: הסכמה מפורשת מכוח הוראותיו של ההסכם הקיבוצי המיוחד על ענייננו והסכמה משתמעת מכוח עיקרון הפררוגטיבה הניהולית של המעביד.

א. הסכמה מפורשת למעבר למעביד חדש מכוח הוראות בהסכמים קיבוציים

29. כאמור, המשיבות טוענות כי בענייננו קיימת בהסכם הקיבוצי המפעלי הוראה חוזית מפורשת אשר מהווה הסכמה מראש של ההסתדרות לכל מקרה של חילופי מעבידים. כוונה היא לסעיף 4 להסכם הקיבוצי המיוחד של התעשייה האווירית (להלן: ההסכם הקיבוצי המיוחד), החל על כל עובדי התעשייה האווירית, אשר זה נוסחו:

”במקרה של העברת הבעלות על החברה לידי רשות אחרת, או מיזוג החברה עם גורם אחר, או במקרה של העברת עסקי החברה, במלואם או בחלקם ו/או המנגנון הקשור אליה למוסד אחר, תבטיח החברה המשך שמירת זכויות העובדים לפי ההסכם”.

בדומה לנאמר בפסקה 19 לעיל בנוגע לסעיף 18 לחוק הסכמים קיבוציים, אין סעיף זה דן כלל בשאלה האם נדרשת הסכמת עובדים למעבר לעבודה למעביד החדש. סעיף זה, כמו סעיף 18 הנ”ל, דן ברציפות תנאי העבודה הקיבוציים והוא חל רק במקרה שהתחלפות הבעלים-המעבידים תקפה. הוא בא להיטיב עם העובד ולא לגרוע מזכויותיו. זו היתה גם עמדת בית הדין האזורי ובית הדין הארצי. לפיכך, אין להסיק מסעיף 4 הנ”ל הסכמה חוזית מוקדמת לחילופי מעבידים.

ב. הסכמה משתמעת לשינויי מעבידים מכוח עיקרון הפררוגטיבה הניהולית

30. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי העובדים הסכימו, במשתמע, בחוזה העבודה שלהם עם התע”א לשינוי זהותו של מעבידם, בעל המפעל, באופן חד-צדדי וללא הסכמתם. ביסוד טענה זו עומדת ההנמקה, שהפעולה של מכירת המפעל היא בגדר הפררוגטיבה הניהולית של המעביד, והעובד מוחזק כמסכים מראש, במשתמע, לכל הפעולות המצויות בגדרה של פררוגטיבה זו. מכאן שהוא הסכים מראש גם להשלכותיהן של פעולות אלה על זכויותיו ומעמדו, ובענייננו, להיווצרותו של קשר חוזי אוטומטי בין כלל העובדים במפעל לבין המעביד החדש. חברי, המשנה לנשיא השופט מצא, מאמץ בפסק דינו עמדה זו. דעתי שונה. המחלוקת ביני לבין חברי היא

בשאלה, מה נכלל באותה פררוגטיבה ניהולית של המעביד אשר למעביד מותר להפעילה על פי שיקול דעתו, והעובדים, כצד לחוזה, מודעים לקיומה ונחשבים כמסכימים לה. לדעתי, הפררוגטיבה של המעביד אינה כוללת את הזכות לחייב את עובדיו להיות עובדיו של הבעלים החדש של המפעל. אבהיר את דברי.

31. אין חולק על כך כי אחד מעקרונות הבסיס של דיני העבודה הוא הפררוגטיבה של המעביד לנהל את מקום העבודה על פי ראות עיניו. זכות זו נובעת, כאמור, גם מזכות היסוד החוקתית שלו לקניין, המעוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. התועלת אשר ביסוד זכות יסוד זו ברורה: הכוח לבצע שינויים עסקיים וניהוליים בעסק מוקצה לאותו גוף שהוא בעל העסק - לו הזכות הקניינית בו וכנגזרת מזכות זו הזכות לעשות בעסק כעושה בשלו. זה גם הגוף אשר יש לו את התמריץ המתאים לנהל את העסק באופן מיטבי. גוף זה הוא המעביד שכן אחדות האינטרסים השוררת בין המעביד לעסקו יוצרת הנחה כי יהיו לו התמריצים הנאותים להבטיח את הצלחת העסק ושגשוגו. בכך ייטב הן למעביד, והן לכל הקבוצות שיש להן עניין בשגשוגו של העסק והצלחתו כגון עובדיו, נושיו, צרכנים הזקוקים לתוצרת שלו והמשק בכללותו. פררוגטיבה זו משתרעת הן על שינויים הנוגעים למבנה הפנימי של העסק, כגון שינויים בשיטות העבודה ובנוהלי העבודה, והן על שינויים מבניים. בנושא זה נאמר כבר על ידי בית הדין הארצי לעבודה:

”דוגמאות לנושאים שלגביהם יש למעסיק “פררוגטיבה ניהולית” הם, בין היתר: ההחלטה איזה מוצר לייצר; קביעת מחיר המוצר; הרכב חברי הנהלת המפעל; תכניות השיווק של המפעל; תכניות המחקר והפיתוח של המפעל; מקורות מימון המפעל וכדומה. המאחד נושאים אלה, הוא היותם חלק ממערך ניהול המפעל, המוטל על הנהלתו והמצוי בסמכותה” (עס”ק 400005/98 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ’ מדינת ישראל, פד”ע לה 103).

ובעניין שינויים מבניים בעסק נאמר:

”זיקתו של מעביד למפעלו, בין אם היא מכוח בעלות ובין אם היא על פי זכות החזקה ותיפעול, היא זיקה קניינית, המוכרת כזכות יסוד ... (סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; א’ ברק פרשנות במשפט (כרך ב’, 1993) 467). במסגרת זו, מוסמך המעביד לבחור, בכפוף להוראות החוק, את המבנה המשפטי של מפעלו אשר יוקם ואת דרך ניהול המפעל ... זיקתו של המעביד

למפעלו כוללת את כוחו לשנות את המבנה המשפטי של המפעל או חלקים ממנו, אם רצונו בכך, בכפוף למגבלות משפטיות מסייגות, חוקיות או הסכמיות, ככל שהן קיימות. כמו כן, מוסמך מעביד להעביר את המפעל מיד ליד, לחלקו או למזגו ולעניין זה יחולו הוראות סעיף 18 לחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957, סעיף 30 לחוק הגנת שכר תשי"ח-1958 וסעיף 1 לחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג-1963. (דב"ע נב/17-4 מדינת ישראל נ' ההסתדרות הכללית (לא פורסם, סעיף 17 לפסק הדין).

אולם, כאמור בדב"ע נב/17-4 הנ"ל, הפררוגטיבה של המעביד אינה בלתי מוגבלת. היא כפופה למגבלות מכוח החוק. כמו כן, היא כפופה למגבלות מכוח הסכמים קיבוציים החלים על המעביד וכן מכוח הסכמי עבודה שלו עם עובדיו. בתב"ע שן (י-ם) גו'אנה יחיאל נ' פלשתיין פוסט בע"מ, עבודה אזורי, כרך ה, 663, נאמר בעניין זה:

"הפררוגטיבה הזו נובעת מזכותו של מעביד לדאוג ליעול מקום עבודתו. אנו רואים בה אחת מזכויות היסוד של המעביד. כשם שלעובד יש זכות על מקום עבודתו, ממנה נובע, בין השאר, כי יש לו זכות לתנאי עבודה אופטימליים, כך יש למעביד זכות לדאוג לכך שמקום עבודתו יהיה במצב אופטימלי. אך זכותו זו של המנהל אינה זכות מוחלטת. זוהי זכות יסוד, חרות, דוגמאת החרות לעבוד, דוגמת חריות אחרות - חופש ביטוי, האוטונומיה של הרצון החופשי ממנה נגזרת זכותו של אדם להתקשר בחוזים כרצונו, הזכות לחופש העיסוק וכיוצא בהן. יש ועל הזכות של מעביד לפררוגטיבה ניהולית, לסגת מפני זכויות אחרות, זכויות של העובד או הציבור".

32. אני מצטרף לחברי, המשנה לנשיא השופט מצא, בכל הנוגע לעמדתו לפיה יש לראות את העובד כמסכים מראש לכל הפעולות המצויות בגדר הפררוגטיבה הניהולית של המעביד. בענייננו, הכול מסכימים, כולל ההסתדרות, כי הפרדתה של חטיבה עסקית ממפעל קיים באמצעות תאגוד שלה, היא פעולה המצויה בגדר הפררוגטיבה הניהולית. מכאן, שמסכים אני גם לעמדתו של חברי, לפיה בהעדר הוראה חוקית או חוזית הקובעת במפורש אחרת, נתון למעביד הכוח למכור את מפעלו או להפרידו. אכן, מעביד המבקש למכור את מפעלו או את עסקו לאחר או להפרידו, אינו נדרש להסכמת עובדיו לכך, בכפוף לחובות המוטלות עליו מכוח חוק או הסכם.

עם זאת, איני מקבל את המסקנה הנוספת אליה מגיע חברי, הנבנית על גב נדבך זה, לפיה בהעדר ראיות ברורות לסתור, יש לראות את העובדים כמסכימים במשתמע, בעת כריתת חוזה העבודה, גם לכך שלמעביד יהיה נתון גם הכוח למכור את המפעל "כעסק חי", דהיינו כשהוא כולל את עובדיו, על זכויותיהם וחובותיהם כלפיו. לדעתי, פררוגטיבת המעביד אינה משתרעת על העברה כזו של זכויות וחובות העובדים. דבר אחד הוא להעניק כוח למעביד לבצע שינויים - כולל שינויים מבניים - בעסקו, לרבות מכירתו, ללא הסכמת עובדיו. דבר אחר הוא לראות את העובדים כמסכימים מראש להעברת מכלול היחסים החוזיים בינם לבין מעבידם למעביד אחר, על פי שיקול דעתו הבלעדי של מעבידם. המחלוקת ביני ובין חברי, המשנה לנשיא השופט מצא, מתמקדת איפוא בשאלת היקף התפרשותה ותיחום גבולותיה של הפררוגטיבה הניהולית.

33. אכן, מעצם טיבם של יחסי עבודה וטיבו של ניהול עסק, הפררוגטיבה הניהולית משתרעת גם על נושאים מסוימים המשליכים על מעמד העובדים. במהלך השנים נדרשים שינויים רבים על מנת להתאים עסק לנסיבות החיים המשתנות, יהיו אלה נסיבות טכנולוגיות, תחרות בשוק, מדיניות כלכלית משתנה וגורמים רבים אחרים. כל אלה, מחייבים את המעביד ואת עובדיו לעבוד בסביבת עבודה חשופה לשינויים. מצב דברים זה בא לידי ביטוי בהתקשרות החוזית ביניהם. בהיותו חוזה עבודה ארוך טווח בסביבה המשתנה ללא הרף, מתאפיין ומתייחד החוזה בתכונות המתאימות לחוזה מסוג זה. חוזה העבודה הוא חוזה חי, דינמי, המשתנה מעת לעת ומתאים עצמו לצרכים ולנסיבות המשתנות. מטבע הדברים, הצדדים לחוזה זה נדרשים לסגל לעצמם גישה גמישה לשינויים השונים אותם עובר מקום העבודה. בית הדין הארצי תיאר זאת בדרך הקולעת הבאה:

"ממהותו של חוזה כזה הוא, שעיקרו יציב ופרטיו נתונים לשינויים ולהשלמות באופן מתמיד, בבחינת ענפים חדשים של אותו גזע. כל שינוי ושינוי וכל השלמה והשלמה יש להם נפקות חוזית, אך יש לראותם, ליישם ולפרשם בהקשר לחוזה שבמסגרתו באו. בפירוש שינוי והשלמה כאמור ניתן להיעזר בדיני החוזים, ובלבד שלא יתעלמו מהעיקר. העיקר הוא שאין מדובר בחוזה חדש אלא בחוזה קיים ונמשך, המתמלא לפרקים תוכן מחודש, בין על ידי הסכמים קיבוציים ובין בהסכמה הדדית - אינדיבידואלית - תופעה שהיא כמעט מיוחדת לחוזה העבודה ונוהגים לכנותה - REVISION" (לה/30-30 זהר-גלבולום נ' נאמנות התיאטרון הלאומי "הבימה", פד"ע ו', 309).

אכן, בשל אופיים המיוחד של חוזי העבודה, ניתן במסגרתם מקום מיוחד לתנאים משתמעים, והאחרונים ממלאים בתחום חוזי העבודה תפקיד משמעותי בהרבה מאשר בחוזים אחרים (ראו: נא/4-21 ההסתדרות הכללית ואח' נ' תכנון המים לישראל בע"מ ואח', פד"ע כ"ג 3, 7).

34. לאור טיבם המיוחד של חוזי העבודה ולאור עיקרון הפררוגטיבה הניהולית, ניתן לראות עובדים כמסכימים לשינויים המתבצעים תדיר במקום העבודה, שינויים הנדרשים לצורך תפעולו השוטף והיומיומי של העסק כעסק חי ומתפקד בסביבה דינמית ומשתנה. דוגמאות לכך הם שינוי שיטות העבודה על מנת לשפרה ולייעלה, רה-ארגון פיזי של מיקום העובדים במפעל, עדכון שיטת דיווח על שעות עבודה וכיוצא באלה שינויים. בעת כריתת החוזה או ההתקשרות ביחסי עבודה, נוטל העובד על עצמו את "הסיכון" לשינויים מעין אלה. לפיכך, זכותו של העובד לשמור על תנאי עבודתו המקוריים נסוגה, בהסכמתו המשתמעת, בפני הפררוגטיבה הניהולית של המעביד, קרי, זכותו של המעביד ליישם את השינויים הדרושים לתפעולו השוטף והתקין של מקום עסקו. בנסיבות אלה, בהעדר תניה חוזית הקובעת אחרת, יראו את העובד כמי שהסכים במשתמע לביצועם של שינויים אלה. לשון אחר, כאשר עסקינן בשינויים מסוג זה, נקודת המוצא תהייה כי העובד הסכים להם במשתמע בעת כריתת חוזה העבודה או קשירת יחסי עבודה.

יחד עם זאת, אין לראות את העובדים כמסכימים מראש, מכוח עיקרון הפררוגטיבה הניהולית של המעביד, לכל שינוי בזכויותיהם, יהיו השלכותיו עליהם אשר יהיו. קיימים שינויים, אשר לצורך ענייננו אכנה אותם "שינויים אורגניים", הפוגעים בזכויות מהותיות של העובדים המוקנות להם על פי חוזה העבודה והמשנים את בסיס ההסכמה בין הצדדים לו, עד שלא ניתן עוד לראות בהם הגמשה של החוזה המקורי, אלא חוזה חדש. פררוגטיבת הניהול אינה משתרעת על שינויים אלה.

חשוב להבהיר, כי הרעת תנאים במקום העבודה עקב ביצוע שינוי כלשהו אינו מעיד, בהכרח, על היותו של השינוי שינוי אורגני. טול לדוגמא מקרה בו משתנה הממונה הישיר של העובד כאשר, לטענת העובד, שינוי באישיותו של הממונה השפיע באופן קיצוני לרעה על סביבת עבודתו. בנסיבות אלה, יכול העובד לטעון כי שינוי זה הרע באופן מוחשי את תנאי עבודתו, ולכן עזיבת מקום העבודה עקב כך מזכה אותו בפיצויי פיטורים על פי סעיף 11(א) לחוק הפיצויים (ראו: דב"ע לב/27-3 פרל נ' מדינת ישראל, פד"ע ד 60). אולם בהעדר תנאי בעניין זה בחוזה העבודה, או אינדיקציות

עובדתיות ברורות המורות אחרת, אין לומר, בדרך כלל, ששינוי זהות הממונה הישיר הינו בבחינת שינוי אורגני בחוזה העבודה.

יודגש, כי עצם סיווגם של שינויים במקום העבודה כשינויים אורגניים, אין בו כדי לסתום את הגולל על האפשרות כי יוסק בנסיבותיו של מקרה ספציפי, מתוך חוזה העבודה או מתוך הנסיבות, שהצדדים הסכימו גם לשינויים אלה. דעתי היא, כי במצבים אלה, בהם מדובר בשינויים אורגניים, יש לנקוט משנה זהירות כבואנו להסיק הסכמה משתמעת כאמור. אין לצאת מהנחה לפיה העובד הסכים במשתמע לשינוי הפוגע בבסיס ההסכמה המקורית אשר היוותה תשתית להתקשרות בינו לבין המעביד. נדרשות ראיות ברורות המצביעות על הסכמה בכיוון זה. נקודת המוצא במקרים אלה תהא אפוא, כי בהעדר ראיות ברורות המורות אחרת, אין לייחס לעובד הסכמה בעת כריתת חוזה העבודה לשינוי כאמור בתנאי עבודתו.

35. לדעתי, העברת הזכויות החוזיות של המעביד כלפי צוות העובדים, במסגרת מכירת העסק כ"עסק חי", באה בגדר אותם שינויים אורגניים אשר פררוגיטיבת המעביד אינה משתרעת עליהם. הובהר לעיל, כי על פי הדין הכללי, לא ניתן להמחות הסכמי עבודה ללא הסכמת העובד. אכן, הסכמה זו עשויה להיות הסכמה משתמעת. אך הסכמה משתמעת כזו, הנוגדת את הקבוע בדין הדיספוזיטיבי, צריכה להסתמך על תשתית איתנה. בהעדר תשתית - אין להסיק הסכמה כזו.

חברי המשנה לנשיא מצא, סבור כי ניתן להסיק הסכמה כזו בהסתמך על עיקרון הפררוגיטיבה הניהולית. לדעתי, אין בפררוגיטיבה האמורה כדי לבסס הסכמה מראש של העובד לשינוי מעבידו.

ראשית, אף חברי, המשנה לנשיא השופט מצא, סובר כי שינוי זהות צד לחוזה עבודה, הוא בבחינת שינוי של תניה חשובה בחוזה גופו. לדעתי, מדובר בשינוי העלול להיות בעל חשיבות מפליגה. שינוי כזה משנה בעיני את בסיס ההסכמה עליו מושתת חוזה העבודה והוא מהווה בעצם הצעה לכריתת חוזה חדש. אין חולק כי זהות המעביד היא תניה בעלת חשיבות משמעותית בחוזה עבודה, שהוא, מעצם טיבו, חוזה הכולל בחובו חבות של העובד למתן שירות אישי. היא עומדת בבסיס הסכמתו של העובד להתקשר בחוזה המסויים עם המעביד המסויים. כבר הוזכר, כי מעבידים עשויים להיבדל אלה מאלה בהיבטים כבדי משקל, כגון יציבות פיננסית, גודל העסק, מדיניות ניהול העסק, כוונה להתמיד בעסק או לחסלו וכיוצא באלה. פעמים רבות עשויות להיות לשוני זה השלכות מהותיות על מצבו של העובד. כדוגמא בולטת ניתן להביא מקרה של

מכירת עסק ממעביד מבוסס ויציב פיננסית למעביד המצוי בקשיים כלכליים. דוגמא נוספת בולטת הנו מצב של הפרטת מפעל כאשר המעביד הממשלתי מתחלף במעביד פרטי (ראו: דב"ע 3-7/98 מנשה מועדים ואח' נ' משרד הביטחון ואח', פד"ע לג 441 פסקה 12). קשה עלי הקביעה, ולא אוכל להסכים לה, כי עובד מסכים מראש להיות עובדו של מעביד חדש, בו יבחר מעבידו, מבלי שהוא יודע כלל מהי זהותו של מעביד חדש זה, ומבלי שיש עיגון עובדתי כלשהו להסכמה כזו, לא בתנאי החוזה המחייב אשר בין העובד למעביד ולא בדרך אחרת.

אכן, עובדים חשופים לסיכונים מהותיים דומים של פגיעה בזכויותיהם גם במצבים בהם לא מתחלפים מעבידים: חברה איתנה יכולה להיקלע לקשיים פיננסיים; מדיניות חברה כלפי עובדיה עלולה להשתנות, ועוד. אך בייתכנות מצבים אלה, אין כדי לחתור תחת סיווגו של שינוי זהות המעביד כשינוי אורגני. עובד לא יישמע בטיעון כי עצם כניסתה של חברה בה הוא עובד לקשיים כלכליים מהווה שינוי אורגני בחוזה העסקה שלו, הואיל וכשהתקשר לעבוד בה היא היתה חברה יציבה ומשגשגת. שינוי זה אינו משנה את בסיס ההסכמה עליו הושתת חוזה העבודה שלו. זהו סיכון שהעובד היה מודע לו בעת כריתת חוזה העבודה עם המעביד. כך הוא גם לגבי שינויים במדיניות החברה. לעומת זאת, שינוי של החלפת המעביד, שלא על דעת העובד, אינו נכלל בגדר הסיכונים שעובד נוטל על עצמו. זהות המעביד מהווה תנאי בסיסי בהסכם העבודה שלו.

כאמור לעיל, לפי המצב המשפטי הקיים כיום, עובד אינו יכול, בדרך כלל, למנוע ממעבידו לבצע שינוי מבני בעסקו. אולם מכאן אין דרך כלשהי להסיק כי הוא מסכים "להימכר", באופן עיוור, יחד עם קווי הייצור, הציוד המשרדי והמבנה של העסק, לידי מעביד חדש שזהותו לא היתה ידועה לו כלל בעת שכרת את הסכם העבודה שלו. לפי מה שהצלחתי לברר, אין תקדים לגישה לפיה העברת הזכויות והחובות החוזיות של מעביד כלפי עובדי העסק הינה פעולה הנכללת במסגרת הפררוגטיבה של המעביד בעת שהוא מוכר את עסקו.

36. כאמור, עמדתו של חברי, המשנה לנשיא מצא, שונה. לדבריו, "קשה לקבל כי עובד אשר הסכים מכללא לכך שלמעבידו יהיה נתון כוח מעין זה (למכור את מפעלו - ת"א), לא הסכים כי כוח זה יחול גם על מכירתו של המפעל כ'עסק חי'. אכן, מעטים הקונים שיבקשו לרכוש 'מפעל רפאים' ריק מעובדים, וחזקה על כל עובד כי הוא מודע לכך. העיסקה הטיפוסית המוכרת לכול מתייחסת לרכישת המפעל על כוח העבודה המיומן שבו. לכן, בהיעדר ראייה ברורה לסתור, יש להניח כי העובד הסכים מכללא,

בעת כריתת חוזה העבודה, כי למעביד יהיה נתון הכוח למכור את המפעל כ'עסק חי' (בפיסקה 17 לפסק דינו, וכן ראו בפיסקה 20).

דעתי שונה. ההנחה היא, שעובד היודע על האפשרות שמעבידו ירצה למכור את עסקו כ'עסק חי' גם יודע שזכותו היא שלא להיות 'נמכר' יחד עם העסק. הנחתו של העובד היא, שכשיבקשו 'להעבירו' למעביד החדש, יבואו עימו בדברים כדי לקבל את הסכמתו. הנחה זו מבוססת לא רק על זכויותיו המשפטיות של העובד, אשר אין הנחה שאין הוא יודע אותן. היא מבוססת גם על כך שבדרך זו מתנהלים הדברים דרך כלל. מה שקורה בפועל הוא שהמעביד בא בדברים עם עובדיו, או עם נציגיו, כדי לברר עימם את הסכמתם לעבוד עבור המעביד החדש, ומה תנאיהם, אם יש כאלה, למעבר. גם המעביד החדש אינו יוצא מתוך הנחה שעם העסק שהוא קונה הוא בא, מבחינה משפטית, בנעליו של המעביד הקודם כלפי עובדיו לכל דבר ועניין. הוא יברר תחילה אם העובדים או חלקם יישארו לעבוד במפעל אותו רכש. הוא יברר זאת גם עם המעביד הקודם ועם העובדים או נציגיהם. אכן, אף אחד מהצדדים לעסקת העברת המפעל אינו יכול לצאת מתוך הנחה שקיימת הסכמת העובדים לכך שהעברת הזכויות והחובות כלפי העובדים מהמעביד הקודם למעביד החדש 'מונחת בכיס'. זאת גם הפרקטיקה, ואין להניח שהעובדים או נציגיהם אינם מודעים לה. מכאן, שאין לייחס להם שהסכימו מראש, כפי שסבור חברי.

לסיכום הנקודה, מהזכות של המעביד, מכוח הפררוגטיבה שלו, להעביר את הבעלות במפעלו לאחרים, אפילו כ'מפעל חי', לא נגזרת המסקנה שקיימת הסכמה מראש, בין המעביד הקודם ועובדיו, שעם מכירת המפעל כל הזכויות והחובות כלפי העובדים יועברו למעביד החדש, אשר זהותו כלל אינה ידועה.

בשולי דברים אלה, ברצוני להעיר מספר הערות. א. גם לשיטת חברי המשנה לנשיא, השופט מצא, רשאים העובדים להתפטר בעת חילופי מעבידים, ובמקרה כזה דינם יהיה כדין מפורטים על פי חוק. לאור מצב דברים זה, מי ערב לכך, שאף לפי שיטתו של חברי לא ימצא עצמו מעביד מוכר 'מפעל רפאים'? לא ניתן למנוע תוצאה זו, מבלי לקבוע כי עובדים חייבים לעבור לעבוד עבור המעביד החדש, ללא שיש להם האופציה להתפטר. אף חברי אינו מבקש להגיע לתוצאה קיצונית כזו; ב. בפיסקה 16 לפסק דינו, מבהיר חברי שאין להתערב בדעת הרוב בבית הדין הארצי, על פיה ככלל 'חילופי מעבידים במקום העבודה מהווים, באופן רגיל, נסיבות אחרות שביחסי עבודה לגבי אותו העובד שבהן אין לדרוש ממנו כי ימשיך בעבודתו, כאמור בסעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורין'. נשאלת השאלה, אם אכן חולש סעיף זה על מצב של חילופי

מעבידים, ואין לדרוש מעובד בנסיבות אלה להמשיך את עבודתו, כיצד ניתן לומר כי הוא הסכים מראש במשתמע לעבור לעבוד עבור מעביד חדש? האין זה ברור, שבנסיבות אלה הוא לא הסכים מראש לחילופי מעבידים? ג. חברי סובר, כי אין להתערב בפסיקת בית הדין הארצי, לפיה עובד המתפטר בעת חילופי מעבידים זכאי, ככלל, לפיצוי פיטורים על פי חוק. גישתו זו מוקשית בעיני, לאור עמדתו כי בהסתמך על הפרוגטיבה הניהולית עובד מסכים במשתמע מראש לחילופי מעבידים. אם אכן עובד מסכים לכך במשתמע, על מה ולמה יש לפצותו כאשר הוא מחליט להתפטר בנסיבות כאלה? מה הבסיס המשפטי להענקת פיצויים אלו?

37. שנית, פרוגטיבת המעביד מוגבלת על ידי עקרונות יסוד של שיטתנו המשפטית. בדנג"צ 4191/97 רקנט אפרים נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, בו נדון עיקרון השוויון במקום העבודה נאמר בהקשר זה:

"אכן, דיני העבודה מבוססים על הפרוגטיבה של המעביד... אך פרוגטיבה זו אינה בלתי מוגבלת. בענייננו, הפרוגטיבה של המעביד מוגבלת על ידי עיקרון השוויון. עם חקיקתו של חוק שוויון ההזדמנויות - וכפי שנראה בהמשך, גם לפני כן - חייב כל מעביד לנהל את עסקו כך שזכותם של עובדיו לשוויון בינם לבין עצמם לא תיפגע. זוהי "המטריה הנורמטיבית" שתחתיה עליו לפעול. אלה הן הדרישות הנורמטיביות שעליו למלא. שוב אין הוא יכול לומר: "זה עסקי שלי, ובגדריו אני קובע את גיל הפרישה". מדינת ישראל משיבה לאותו מעביד: "את עסקך שלך עליך לנהל באופן שלא יפלה בין העובדים מחמת גילם ...

על כן, המעביד אינו רשאי, בגדר הפרוגטיבה שלו, להעדיף צעירים על פני מבוגרים, מבלי שהעדפה זו תהיה רלבנטית לתפקיד ... הוא (הכוונה למעביד - ת"א) המחליט להתעסק בעסקי טיסה ולא בעסקי דגים מלוחים. הוא גם המחליט אלו מחלקות יהיו בעסקו, ומה תעשה כל מחלקה. על כן, יהא זה המעביד - הוא ולא אחר - אשר יחליט אם יהיו דיילי אוויר ומה יהיה תפקידם. אך בגדר החלטתו שלו, כאשר למהות העסק ולתפקידם של דיילי האוויר, אין לו הכוח להחליט כי התפקיד של דיילי האוויר יבוצע בידי אנשים צעירים ולא מבוגרים שכן בכך הוא סותר את עיקרון השוויון" (פסקה 29 לפסק דינו של הנשיא).

ובהשלכה לענייננו: כמובהר לעיל (בפסקה 26), הזכות לבחור את זהות המתקשר שהוא הצד השני לחוזה היא זכות יסוד חוקתית. היא נובעת הן מזכות העובד

לאוטונומיה חוזית והן מחופש העיסוק שלו. הפררוגטיבה הניהולית מוגבלת על ידי זכויות יסוד אלה. בהעדר הוראות דין, או ראיות ברורות בדבר הסכמה להיות עובדיו של המעביד החדש, אין להסיק מכוח עיקרון הפררוגטיבה הניהולית כי העובד מסכים מראש לפגיעה בזכויות יסוד שלו, על פיהן נדרשת הסכמתו כדי להיות עובדו של מעביד חדש.

38. לסיכום, דעתי היא, כי עובדי מפעל רמת"א לא הסכימו בעת כריתת חוזה העבודה עמם, ואף לא בשלב כלשהו לאחר מכן - לא במפורש ולא במשתמע - לשינוי זהות מעבידם. ראינו לעיל גם, שאין הוראה בדין הכללי, ואף לא במשפט העבודה, ממנה ניתן להסיק על העדר הצורך בהסכמתו של עובד, קודם הפיכתו לעובדו של מעביד אחר אליו העביר מעבידו את זכויותיו במפעל. לפיכך, רשאים עובדי המפעל לסרב להחליף את מעבידתם הנוכחית - התע"א - ולסרב לעבוד עבור חברת רמת"א. המסקנה היא, כי מבחינה משפטית לתע"א עומדת הברירה להמשיך את העסקתם של עובדי מפעל רמת"א או לפטרם בהתאם להוראות ההסכמים האישיים והקיבוציים החלים עליהם בעניין זה, או להגיע עמם להסכם אשר יסדיר את מעברם להיות עובדי חברת רמת"א. התוצאה אליה הגעתי היא כדעת שופטת המיעוט בבית הדין הארצי לעבודה, השופטת א' ברק.

על האיזון ביחסי עובד מעביד בביצועם של שינויים מבניים-אורגניים

39. נטענו טענות כנגד התוצאה אליה הגעתי כאמור, על פיהן תהייה לה השלכה קשה על אפשרות לשינויים מבניים במשק. על רקע זה, אבקש להעיר הערות אחדות ביחס להשלכות שיש למסקנתי הנ"ל על כוח המיקוח של העובד אל מול המעביד. האם הקביעה לפיה שינוי זהות המעביד הוא שינוי אורגני בזכויות העובד המקנה לו זכות שלא להסכים לו ולהיות עובדו של המעביד הקודם, יוצרת, בפועל, תמריץ שלילי העלול להניע את העובד להתנהג באופן אופורטוניסטי או בלתי סביר כלפי המעביד? האם מצב דברים זה ישפיע לרעה על ביצועם של שינויים מבניים במשק? בהקשר זה, מביע היועץ המשפטי לממשלה את החשש כי קבלת העמדה לפיה עובדים המסרבים להמשיך את עבודתם אצל המעביד החדש יהיו זכאים אוטומטית להתפטרות שדינה כפיטורים על פי סעיף 11(א) לחוק - וכל שכן, קבלת עמדת ההסתדרות על פיה העובדים זכאים להישאר עובדיו של המעביד הקודם - עלולה להוביל לסיכול שינויים מבניים הדרושים לפיתוח משק יעיל ורווחי וזאת משני טעמים. ראשית, יוצר חוסר וודאות כלכלית בשאלה האם המפעל, על עובדיו, יהיה מסוגל עוד לבצע את הפעילות שבוצעה במסגרת הבעלות הקודמת. שנית, גובה הוצאות פיצויי הפיטורין עשוי

להעמיד את המעביד אל מול מחויבות כספית גדולה ביותר שתפגע בכדאיות העסקה אותה ביקש לבצע, עד כדי טרפודה.

את נושא האיזון של יחסי הכוחות בין הצדדים, יש לבחון על פי ההשפעה של הפיתרון המשפטי על יצירת סביבה מתאימה לניהול משא ומתן הוגן בין הצדדים המעורבים - העובדים, המעביד הקודם ואף המעביד החדש - על אודות שינוי זכויות העובדים, על רקע שינוי מבני שמבצע המעביד. ביצירת סביבה הוגנת, הכוונה היא גם לכך, שלא ייווצר חוסר איזון בלתי ראוי בכוח המיקוח של הצדדים. שלא יהיה, מצד אחד, עידוד לעובדים להתנהג באופן אופורטוניסטי או בלתי סביר על חשבון המעביד, ומצד שני, שלא ייווצר עידוד למעבידים לנצל את כוחם לבצע שינויים מבניים, תוך התעלמות מפגיעה אפשרית בזכויותיהם של עובדים.

בהמשך אדון בשאלה הנוגעת להשלכות של התוצאה המשפטית על פי פסק דיני. מטרת הצגת עמדתי אינה כדי לקבוע העדפות כאלה או אחרות להסדר כזה או אחר. כוונתי היא, אך להראות שההסדר על פי הדין הקיים אינו בעל השלכות קשות, כנטען על ידי המשיבות.

40. על מנת לנתח את יחסי הכוחות הנוצרים בעקבות המסקנה אליה הגעתי, יש לשרטט תחילה את הבלמים והאיזונים שהיא יוצרת. מנקודת מבטו של המעביד הקודם, הפתרון המוצע רצוי במובן זה, שכמובהר לעיל, בהיעדר הוראה סותרת מפורשת בחוק או בהסכם, הוא חופשי לבצע את כל השינויים הנדרשים להפעלתו השוטפת של מקום עסקו או להתאמתו לתנאי הסביבה המשתנים. זאת, מבלי שהוא יידרש להסכמת עובדיו לעצם ביצוע השינויים. יחד עם זאת, על המעביד לקחת בחשבון כי התנגדות של עובדיו לשינוי אורגני בזכויותיהם, בעקבות שינוי מבני, עלולה לייקר באופן מהותי את ביצועו (במידה ויווצר צורך לשלם לעובדים, או לחלקם, פיצויי פיטורים). כמו כן, הוא חשוף לסיכון כי עזיבה המונית של עובדים תפגע במכירת עסקו כ"עסק חי". בכך מאזנת המסקנה אליה הגעתי את הכוח שניתן למעביד לבצע שינויים מבניים המשפיעים באופן מהותי על זכויות עובדים ללא הסכמתם. הפתרון מאלץ את המעביד להתחשב באינטרסים של העובדים ולשמור על זכויותיהם המקוריות (השווה לאיזון בין עובד למעביד בהקשר להפרטת חברה המתואר בדב"ע 3-7/98 הנ"ל פסקה 13), כולל בחירת מעביד חדש, יחיד או תאגיד, שיוכל להבטיח את שמירתן.

מנקודת מבטם של העובדים, הפתרון רצוי מהיבט זה שנדרשת הסכמתם לשינויים אורגניים, קרי שינויים המשנים באופן בסיסי את ההסכמה המקורית עליה

הושתתה מערכת היחסים בינם לבין מעבידם. אולם, כוחם זה מתאזן בכך שהעדר הסכמה מצידם אינו מונע את ביצוע השינוי. נפקותה של אי הסכמה זו היא, כי על המעביד להימנע מלשנות את זכויותיהם על ידי כך שימשיך בהעסקתם אצלו, או שיביא את יחסי העבודה עמם לידי גמר באמצעות פיתורים בהתאם לחוק ולהסכמים החלים על הצדדים בעניין זה. בכך יוצר הפתרון בלם כלפי התנהגות אופורטוניסטית אפשרית של העובדים. אי הסכמת עובדים למעבר למעביד החדש, עלולה לעלות להם ב"מחיר" יקר וזאת בשני היבטים: ראשית, הם מוותרים על מעבר מוגן למעביד החדש (באמצעות חוקי המגן המסדירים חילופי עובדים והסכמים קיבוציים הממשיכים לחול על המעביד החדש). שנית, הם מסתכנים באופן מהותי באובדן מקום עבודתם. עליהם לשקול האם ברצונם לוותר על מעבר מוגן למעביד החדש תוך הסתכנות כי המעביד הקודם יפטר אותם ובכך ייכרת מטה לחמם.

מנקודת מבטו של המעביד החדש, אין בפיתרון המוצע כדי לפגוע במעמדו. בעניין זה, אין לי אלא לחזור על הדברים שנאמרו בדעת המיעוט של השופטת ברק בבית הדין הארצי:

"עשויה להטען הטענה, כי פירוש זה גורם לאי שוויון בין המעביד לעובדים. טענה מעין זו דינה להדחות. המעביד החדש רוכש מפעל חדש מרצונו, מתוך בחירה חופשית. הוא רוכש את המפעל בידיעה שהוא הופך גם צד להסכם הקיבוצי עם המעביד הקודם. המעביד רוכש מפעל עם מכשור, מוניטין, וכך הסכם קיבוצי, ועובדים עם זכויות סוציאליות. יש לו האופציה לבחון את ההסכם הקיבוצי הקודם ולא לרכוש את המפעל אם אינו רוצה בהסכם. יש לו האופציה לשאת ולתת עם העובדים או הארגון היציג על הסכם החדש. לעובדים לא נתונה אופציה זו. לא הם מחליטים על העברת המפעל, אלא מעמידים אותם בפני עובדה מוגמרת".

בתמצית, בנסיבות של שינויים אורגניים בדרך של העברת בעלות במפעל, המעביד חופשי לבצע את השינויים הנדרשים, אולם עליו לשאת בנטל השלכת שינוי זה על זכויות עובדיו. מנגד, העובד יכול לבחור לשמור על התקשרותו החוזית עם מעבידו הקודם אך עליו לשאת בנטל החלטה זו, שמשמעותה יכולה להיות אובדן פרנסתו. למעביד החדש יש חופש בחירה מוחלט להתקשר או שלא להתקשר בעסקה לפי התנאים אליה הגיעו הצדדים.

דעתי היא, אם כן, כי האיזונים והבלמים המתוארים יוצרים סביבה הוגנת לניהול משא ומתן על ביצועו של שינוי מבני. חשוב להדגיש, כי על מגעים אלה מרחפת החובה של כל הצדדים המעוניינים לנהוג בתום לב ועליהם לנהל את המשא ומתן ביניהם לאורו של עיקרון זה. כך גם לגבי דרישות ותנאים שיוצגו על ידי העובדים או ארגונם היציג, אם יוצגו כאלה במהלך המשא ומתן.

41. לאור האמור, דעתי היא שבסופו של חשבון, התוצאה המשפטית שאליה הגעתי אינה משליכה באופן בלתי רצוי על ביצועם של שינויים מבניים במשק. אכן, לביצועם של שינויים מבניים יש חשיבות רבה להתנהלותו התקינה של המשק. בדרך כלל מתבצעים שינויים אלה על מנת לייעל את התנהלותם של גופים כלכליים. יחד עם זאת, אין בידי לקבל את העמדה בעניין ההשלכה הקשה, כביכול, שיש לדרישה להסכמת עובדים לשינוי בזהות מעבידם על ביצועם של שינויים אלה. כפי שהובהר לעיל, קיימים בלמים מהותיים להתנהגות אופורטוניסטית או בלתי סבירה של עובדים. ההיגיון מורה כי רוב רובם של העובדים אינם מעוניינים לכרות את מקור פרנסתם, גם אם נלווים לכך פיצויי פיטורים. לאור האמור, יש יסוד סביר להניח, כי אם להערכת העובדים רוכש העסק הינו מעביד ראוי מבחינת יציבותו, מדיניות העבודה שלו וכיוצא באלה איפיונים, הם יבחרו להמשיך את עבודתם אצל המעביד החדש. ניתן להעריך כי, בדרך כלל, עובדים יעדיפו שלא לעבור למעביד החדש רק במצבים בהם השינוי טומן בחובו הרעת תנאים ממשית במעמדם או בזכויותיהם. במצבים כאלה, ממילא אין לדרוש מהם לשאת בתוצאות קשות אלה הכרוכות בשינוי המבני. לאור האמור, המסקנה אליה הגעתי ראויה להתקבל מנקודת ראות של טובת כלל המשק.

42. דעתי זו נתמכת בשני שיקולים נוספים. ראשית, עלות תשלום פיצויי פיטורים עלולה אמנם ליצור עלות עסקה גבוהה, במקרים מסויימים של העברת בעלות ממעביד למעביד. אולם, בדרך כלל, המעביד ממילא מגלם אפשרות זו בהפרשות מתאימות לקרנות המיועדות לצורך כך. שנית, החשש מפני טרפור שינויים מבניים עקב הדרישה להסכמת העובדים לחילופי מעבידים, אינה נתמכת בנתונים אמפיריים. באי כוח ההסתדרות מבהירים בטיעוניהם כי פרקטיקה מקובלת היא שהעברת מפעלים לבעלות חדשה נעשית אחרי ניהול משא ומתן עם ארגון העובדים היציג וקבלת הסכמתו לחילופי המעביד, וכי כך גם נוהגות חברות שמניותיהן מוחזקות על ידי המדינה. המשיבות אינן חולקות על קיומה של פרקטיקה כזו. ההסתדרות ציינה בהקשר זה את ההסכמים שנכרתו לקראת שינוי בעלות במספנות ישראל, התעשייה הצבאית, שכון ופתוח, בתכנון המים בישראל, ברפא"ל. כמו כן, גם תע"א נהגה להיזקק להסכמת עובדיה לחילופי מעבידים. כך נהגה כשהעבירה את מפעל אל"א לחברת בת שלה, כך

נהגה בעניין מפעל מגל, בעניין מפעל שה"ל, בעניין מכירת תחום המעגלים המודפסים במפעל מב"ת וכך נהגה בהסכם ההבראה הידוע בשם הסכם רותם 2. תע"א וחברת רמת"א אינן מתכחשות לעובדות אלה, אולם הן טוענות, בניגוד לטענת ההסתדרות, כי אין במקרים אלה כדי לבסס מנהג. אני מוכן לצאת מהנחה, מבלי להכריע בדבר, שלא הוכח בענייננו מנהג. אך ברור, שיש בדוגמאות שהוזכרו כדי ללמד כי הצורך בהסכמה עם העובדים או ארגונם היציג בעת חילופי מעבידים, אינו חוסם עריכת שינויים מבניים. על פי הדוגמאות שהובאו לעיל, המציאות מוכיחה זאת.

אין בדברי הנ"ל כדי להעלים עין מכך שהצורך לקבל את הסכמת העובדים ל"המלכת" מעביד חדש עליהם, יכולה לעכב או להקשות, במקרים מסויימים, על ביצוע שינוי מבני. אך, מנגד, התעלמות מהצורך בהסכמת העובדים לאקט כזה עלולה לפגוע בזכויות יסוד שלהם, כמו גם לגרום להם פגיעה כלכלית ממשית.

43. לבסוף, שתי הערות. התוצאה אליה הגעתי היא התוצאה האחת הנגזרת, לדעתי, מן הדין ומן העקרונות המשפטיים של משפטנו ומהעדרן של הוראות בדין אשר יתירו חילוף מעבידיו של העובד ללא הסכמת העובד. למחלוקת בשאלה מהו הדין הרצוי בענייננו, יש, בין היתר, היבטים אידיאולוגיים והיבטים הקשורים במדיניות הכלכלית הרצויה. אני מצידי הגעתי למסקנה על פי הדין הנוהג, מבלי להתעלם מההשלכה שיש למסקנה משפטית כזו או אחרת מבחינה כלכלית. בחירת הסדר שונה עניין הוא למחוקק לענות בו - אם ימצא זאת לנכון. לאור העובדה שמדובר בסוגיה בה מעורבות זכויות יסוד חוקתיות של הצדדים, מן ההכרח שיהיה זה הסדר העומד בדרישת החוקתיות.

יודגש עוד, שבפסק דיני דנתי במקרה ספציפי - חילופי מעבידים בעת הפרדת מפעל, כאשר חלק מהמפעל נותר במתכונתו הקודמת. כמובן, שייתכנו שינויים מבניים מסוגים שונים, כגון מיזוגים, רכישות ועוד, בעלי אופי דומה של החלפת מעבידים. שאלת מעמדם של העובדים בעת ביצוע השינויים המבניים השונים היא שאלה בעלת חשיבות עליונה לעובדים ולמעבידים בפרט ולמשק בכלל. אכן, ראוי כי המחוקק ייתן דעתו לסוגיה הכללית של מעמד עובדים בעת התרחשות שינויים מבניים הקשורים בהעברת בעלות או שינוי בה, על מנת להבטיח הסדר כולל, קוהרנטי ועקבי בתחום זה.

הערה שנייה. כמובהר לעיל, לא הייתה מחלוקת בין הצדדים בענייננו על כך שהחלטה לבצע שינויים מבניים בעסק היא החלטה המצויה במסגרת הפרווגטיבה הניהולית של המעביד, ולעובדים לא היתה זכות למנעה. זה הכלל הנוהג בשיטת המשפט שלנו. אולם ראוי להזכיר, כי אין זו הגישה היחידה האפשרית. לדוגמא, ניתן

לסבור כי בהחלטות מסוימות, המשפיעות באופן משמעותי על עובדי העסק, ראוי למצוא דרך לשתפם. מגמה ראשונית ברוח זו, בנוגע לנושאים, ניתן לראות בחוק החברות, התשנ"ט-1999, המקנה להם, בנסיבות מסוימות, כאשר יש חשש כי הדבר ישפיע על מצבם לרעה, את האפשרות להתערב בעריכת עסקת מיזוג (ראו סעיפים 318-319 לחוק). כאמור, שאלה זו אינה מתעוררת במקרה שלפנינו, אולם ראוי כי בעריכת הסדר חקיקתי בנוגע למעמדם של עובדים בעת שינויים מבניים ישקל מגוון האפשרויות בהקשר זה, מבלי שאני מחווה דעה לגופם של דברים.

44. לאור המסקנה אליה הגעתי, איני נדרש לדון בטענות נוספות שהעלתה ההסתדרות, כגון קיומו של מינהג או נוהג לערוך הסכם העברה למעביד חדש עם עובדים, וכן בדבר מהותן של ההבטחות אשר ניתנו לעובדים בקשר לאפשרות המעבר מתע"א לחברת רמת"א.

45. לאחר כתיבת פסק דיני, הייתה לי ההזדמנות לעיין בפסקי הדין של חברי להרכב, כולל התייחסותו של חברי השופט מצא לפסק דיני. פסקי דין אלה מציגים גישות שונות לפתרון המחלוקת. קיים שוני בתוצאה המוצעת על ידי חברי למחלוקת בין בעלי הדין וכן בהנמקת התוצאה. למרבית, אם לא לכל הסוגיות המועלות בפסקי דין אלה, ניתן למצוא התייחסות בפסק דיני. עם זאת, בשל חשיבות הנושא ובשל החדשנות אשר בחלק מדברי חברי, אני מבקש להעיר, בקיצור, מספר הערות לכמה מקביעותיהם והנמקותיהם של חברי, השופטים מצא וחשין.

הערות לדברי המשנה לנשיא, השופט מצא

46. חברי, המשנה לנשיא מצא, ואנוכי חלוקים בינינו הן בעניין קיום עילה להתערבותנו בפסק דינו של בית הדין הארצי והן בנוגע לדין המהותי החל בסוגיה שלפנינו. הדברים משתקפים גם בתוספת לפסק דינו של חברי, בה הוא מבהיר את עיקרי נימוקיו לכך. בעקבות הערותיו לפסק דיני, אבקש להתייחס במספר הערות לדבריו בנושא היקף התערבות בית משפט זה בפסיקתו של בית הדין הארצי. בטרם אעשה כן, אבקש להעיר כי עיון בפסק דינו של חברי מלמד שהוא עצמו מתערב בפסיקת בית הדין הארצי. אבהיר את דברי.

ראשית, חברי מבסס את הכרעתו בסוגיה המהותית שלפנינו על אדנים שונים מאלה של בית הדין הארצי. בית הדין הארצי נימק את מסקנתו בעיקרון זיקת העובד אל מקום עבודתו. לעומת זאת, חברי עיגן את הכרעתו בעקרון של הפררוגטיבה הניהולית,

עיקרון אשר לא נזכר כלל בפסק הדין של בית הדין הארצי. חברי מודע לפער שבין ההנמקות, והוא אומר בהקשר זה כך:

”מסקנתי שאין יסוד להתערבותנו בפסק דינם של שופטי הרוב מבוססת בעיקרה על הכרעתם, ואין משמעה בהכרח כי אני מסכים לכל פרט ופרט של הנמקות. הווי אומר: פגמים לא מהותיים בהנמקה אינם עשויים להצדיק את התערבותנו בפסק הדין, אם בסופו של דבר ניתנת התוצאה להצדקה מטעמים נכוחים” (ההדגשות במקור).

אני מסכים כי פגמים של מה בכך בהנמקת פסיקתו של בית הדין הארצי אינם עילה להתערבות בית משפט זה. אך לא זה המצב בענייננו. כאמור, בית הדין הארצי אינו מעלה כלל את ההנמקה עליה מסתמך חברי, וכמובן שאין הוא דן בה ואין הוא מכריע בה. זאת, למרות שדומה כי אין חולק על כך ששאלת תיחום גבולות הפרוגטיבה הניהולית במקרה שלפנינו הינה שאלה כבדת משקל ומורכבת, והיא גם השאלה שבמוקד המחלוקת ביני לבין חברי. בנוסף, אין תקדים המעגן את התפיסה לפיה שינוי זהות המעביד בא בגדרה של פרוגטיבה זו. הנני סבור, על כן, שהנמקת בית הדין הארצי, למעשה, אינה מקובלת על חברי, ובפסק דינו הוא מתבסס על הנמקה שונה, ובכך הוא ”מתערב”, למעשה, בפסק הדין.

שנית, לא רק שחברי משנה את ההנמקה המשפטית לפסק דינו של בית הדין הארצי, הוא אף מוסיף עליו, מבהיר אותו ומפרשו. כך, למשל, בנוגע לסעיף 18 לחוק הסכמים קיבוציים קובע חברי כי:

”אף שהדבר אינו לחלוטין ברור מפסק הדין, לא יכול להיות ספק כי לא רק זכויותיהם הקיבוציות של העובדים עוברות עימם למעביד החדש, אלא גם כל זכויותיהם במישור האישי, דהיינו כל 'תנאי עבודתם'” (פסקה 15 לפסק דינו).

קביעה זו, המבהירה אלו זכויות ”עוברות” עם העובדים, מכוח סעיף 18 לחוק הסכמים קיבוציים, למעביד החדש, היא בעלת חשיבות מעשית רבה. אולם, כפי שמבהיר חברי, היא אינה עולה מפסק דינו של בית הדין הארצי. יוצא, שאם ייקבע כי אין עילה להתערבות בפסיקת בית הדין הארצי, והוא עומד בעינו כפי שהוא, ההשלמה-

הבהרה של חברי לא תהיה בת תוקף מחייב. האם סוגיה זו אינה מצדיקה גם היא שבית משפט זה יבחן את ההלכה העולה מפסק הדין של בית הדין הארצי ויאמר את דברו?

דוגמה נוספת להתערבות דה פקטו שמתערב חברי בפסיקת הרוב בבית הדין הארצי, נוגעת לתחולת סעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים על עובדים המבכרים להתפטר במצב של חילופי מעבידים. כאמור, בית הדין הארצי ביקש לאזן את הכרעתו לפיה בעת חילופי מעבידים עובדים אינם רשאים להיוותר עובדיו של מעבידם המקורי, באמצעות קביעה כי אם יבחרו להתפטר במצב כזה, דינם יהיה כדין מפוטרים לפי חוק הפיצויים. הלכה זו מרחיבה את פרשנות סעיף זה, ומעלה שאלות בדבר היקף פרישתו, שבית הדין הארצי אינו מתמודד עימן. אף כאן, נדרש חברי המשנה לנשיא להשלים את דעת הרוב, ולקבוע מהו הכלל הנובע ממנה ומהו החריג לכלל (ראו פסקה 16 לפסק דינו).

מהמקובץ עולה, שעל אף שדעת חברי היא שאין להתערב בפסק דינו של בית הדין הארצי, בפועל הוא מרגיש צורך להתערב בו. יש גם בכך להצביע בכיוון ההצדקה שבית משפט זה יתערב בפסק הדין ויאמר את דברו.

47. חברי המשנה לנשיא מצא כותב בפסק דינו, כי גם בעיניו "חשיבותה של הסוגיה מהווה גורם בעל משקל מרכזי בגיבוש עמדת בית המשפט בדבר צדקת התערבותו בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה, אלא שעל פי הילכת חטיב, במקרים שבהם קיים יותר מפתרון משפטי סביר אחד, חשיבות הסוגיה כשלעצמה אינה מהווה גורם מכריע להצדקת ההתערבות" (במקרה שבית הדין הארצי בחר באחד מפתרונות אלה; בפסקה 18 לפסק דינו). עוד מוסיף חברי, כי קיומם של הסדרים שונים בשיטות משפט שונות תומך בכך ששתי האפשרויות המוצגות בפסיקת בית הדין הארצי הן סבירות.

בהקשר זה אבקש להדגיש, כי עוסקים אנו בקביעת הפתרון המשפטי במחלוקת אשר בין הצדדים, בהתאם לדין הקיים בשיטת משפט נתונה - שיטת המשפט שלנו. איננו עוסקים במודלים משפטיים תיאורטיים אפשריים שונים או במודלים שונים שאומצו בשיטות משפט שונות. מבקשים אנו לקבוע את התוצאה המשפטית האחת החלה בענייננו. זוהי מלאכתה של הערכאה השיפוטית - לקבוע מה הדין החל. אין שני פתרונות משפטיים סותרים, אשר שניהם אפשריים מבחינת הדין החל. לפיכך, אם לדעת בית משפט זה טעה בית הדין הארצי בקביעת הדין, אין בעובדה שקודם הקביעה עמדו להכרעה שתי אופציות, אותן צריך היה לשקול, כדי למנוע את התערבותנו, רק משום

שעמדו קודם ההכרעה אופציות כאמור. כפי שבקשתי להבהיר בפסק דיני, במשפט הישראלי במתכונתו הנוכחית, קיים רק פתרון משפטי אחד בסוגיה שלפנינו והוא שונה מהפתרון אליו הגיע דעת הרוב בבית הדין הארצי. לפיכך, לשיטתי, התערבות בפסק דינו של הרוב בבית הדין הארצי במקרה דנן אינה מהווה סטייה מהלכת חטיב.

48. מפסק דינו של חברי עולה, כאילו פסק דיני מבוסס על אחד משני פתרונות סבירים שהוא הראוי בעיני. על רקע זה מוסיף חברי ואומר:

“הדעת והנסיון השיפוטי מחייבים, כי מקום שבו הסוגיה העומדת לבירור אינה נשלטת על ידי טקסט משפטי מפורש, לא יתקשה הפרשן להגיע לדין הרצוי בעיניו גם ללא התערבותו של המחוקק. כשלעצמי, לא שוכנעתי, כי ענייננו חורג מגדרו של כלל זה.”

על כך מבקש אני לענות, כי למרות שהסוגיה שבפנינו אינה מוסדרת בחקיקה ספציפית מפורשת במסגרת דיני העבודה, הרי שהיא מוסדרת אף מוסדרת בדין הישראלי. בהעדר קביעה חוקית מפורשת או עקרונית משפטיים ספציפיים של דיני העבודה הקובעים אחרת - חולש הדין הכללי גם על סוגיות מדיני העבודה. כפי שהובהר בהרחבה בפסק דיני, הן הדין הכללי - דיני חוזים ודיני המחאת חיובים - והן הוראות בחוקי היסוד מצביעים על התוצאה המשפטית המתחייבת בנסיבות העניין ואין בדין משפט העבודה דבר הסותר או משנה זאת.

49. הכרעת הרוב בבית הדין הארצי מותירה שאלות רבות בלתי פתורות. על חלקן עמדתי לעיל (למעמד העובדים בתקופת “התפר”, ראו פסקה 9 לעיל). החלת סעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים פותחת אף היא פתח לשאלות רבות אשר בית הדין הארצי אינו נותן להן כל מענה, למרות שהלכה זו מהווה נדבך חיוני בהכרעתו. על העדר דיון והכרעה בסוגיות רבות בפסק דינו של הרוב בבית הדין הארצי מתגבר חברי, המשנה לנשיא מצא, באומרו כי:

“... אין די בכך שלא לכל הבעיות התיאורטיות המועלות בעתירות ניתן פיתרון בפסק הדין, כדי להצדיק את התערבותנו בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה.”

אולם התשובות לשאלות רבות העולות מפסק דינו של הרוב בבית הדין הארצי ואשר הותרו כאמור ללא מענה, אינן שאלות עיוניות גרידא. המדובר בשאלות בעלות השלכות מעשיות חשובות ביותר. טול, לדוגמה, את המקרה שבפנינו - כיצד ידעו עובדי מפעל רמת"א והתע"א לכלכל את צעדיהם בעתיד, כאשר לא ברורות להם לבטח,

על פי פסקו של בית הדין הארצי, ההשלכות המעשיות המידיות של כל פעולה שיבחרו לנקוט בה?

הערות לפסק דינו של השופט חשין

50. חברי מגיע לתוצאה שונה משל חברי המשנה לנשיא מצא ומזו שלי. הוא מסכים עם מסקנתי בכל הנוגע להסדרים הקיימים בדין הכללי החולשים על המקרה שלפנינו. בלשונו:

“... על פי הדין הכללי - עיקרי היסוד, הדוקטרינות והכללים הספציפיים - אין מעסיק רשאי ומוסמך 'להעביר' את עובדיו למעסיק אחר. כך על פי דיני חוזים, כך על פי דיני המחאת חיובים - משפט חרות והלכה - וכך כמשתמע מזכויות היסוד של היחיד” (פיסקה 10 לפסק דינו).

אולם, משום שהסוגיה בה עסקינן חוסה תחת מטריית “משפט העבודה”, נפרד חברי מהוראות חוק אלה. לדעתו, בסוגיה שלפנינו עניין לנו ביצירתו של דין, ועל בית המשפט לקבוע את הדין - החדש - שיחול. הוא אף מציע את הדין אשר לדעתו יש להחיל על ענייננו (ראו בפיסקה 24 לפסק דינו). אין בידי להסכים לגישתו זו. כפי שהובהר בפסק דיני, בסוגיה שלפנינו לא קיים חסר בדין. דיני החוזים ודיני המחאת חיובים חולשים על הסוגיה ונותנים לה מענה ישיר. הדין הדיספוזיטיבי, סעיף 6 לחוק המחאת חיובים, קובע כי נדרשת הסכמת הנושה להעברת חוב מחייב לחייב. מכאן, שהמעביד אינו יכול להעביר את חיוביו כלפי העובדים לאחר ללא הסכמתם. הגיונה של הוראה זו בצידה. הואיל ולזהותו של החייב יש, ככלל, חשיבות, והואיל וייתכנו חילוקי דעות בשאלה אם החייב ה“חדש” ימלא את החיוב כנדרש, שאם לא כן יפגע הנושה, השאיר החוק את ההחלטה בדבר זהות החייב בידי הנושה. חברי מדגיש במבחן המוצע על ידו את נושא הפגיעה האפשרית בעובדים עקב העברת המפעל למעביד חדש. והנה, רואים אנו שהחוק נתן לכך את דעתו, וקבע הסדר על פיו הנושה הוא שיחליט בכך ולא זולתו. כך נשמרת גם זכותו של כל פרט לבחור לו עם מי להתקשר בחוזה ועם מי לאו. ירצה - יסכים להעברת החוב; לא ירצה - יסרב. עמדת הנושה לגבי הסיכון הכרוך בהעברת החוב לחייב אחר היא שתכריע, וגם שאלה זו של העברת החוב תוכרע קודם ביצועה: באין הסכמה של הנושה - אין העברת חוב.

בהעדר הוראות ספציפיות בדיני העבודה הקובעות אחרת - ההסדרים הדיספוזיטיביים בדין הכללי חלים גם בתחום משפט העבודה (ראו, לדוגמה, בפרשת

מילפלדר). יתירה מכך, בענייננו מדובר בצדדים להסכמים הקיבוציים - המדינה כמעביד מזה וארגון עובדים מזה - אשר יש להניח שהם היו מודעים לדין הקיים ולהשלכתו על הסוגיה שבפנינו, ובחרו שלא להתנות עליו.

51. חברי מנמק את ההתנערות מהדין הדיספוזיטיבי הקיים, בכך שיחסי עובד ומעביד אינם כחוזה מסחרי רגיל, אלא חוזה מסוג מיוחד. אין מחלוקת, כי חוזה עבודה הוא חוזה בעל מאפיינים המייחדים אותו מחוזה מסחרי רגיל. כמו כן, אין חולק כי המחוקק מוסמך לאמץ הסדרים חקיקתיים אשר ישקפו איפיונים מיוחדים אלה. אולם לא אלה הם פני הדברים בפרשתנו. בענייננו קיים דין כללי החולש על הסוגיה שבפנינו ואין הוראות מיוחדות בדיני עבודה הקובעות אחרת. בנסיבות אלה, אין זה ראוי, לדעתי, כי בית משפט יתעלם מן הדין הדיספוזיטיבי ויצור דין חדש רק מכיוון שלפי השקפתו אין זה רצוי שהדין הדיספוזיטיבי הקיים יחול על הסוגיה. וזאת, במיוחד, כפי שצויין לעיל (בפיסקאות 13-15), שהשאלה אם יש צורך בקבלת הסכמת העובדים במקרה של חילופי מעבידים שנויה במחלוקת בשיטות משפט שונות, ויש כאלה הדוגלות בצורך בקבלת הסכמה כזו.

חברי מזכיר את הצורך בחקיקה במיגוון נושאים הקשורים לנושא דיוננו, ואף מזכיר את הצורך שבית המשפט ינהג ב"מערכת כוללת וסבוכה זו" בזהירות יתרה (בפיסקאות 21 ו-22 לפסק דינו). עם זאת, או אולי נאמר על אף זאת, אין הוא מהסס להתערב בדין הקיים ולקבוע דין חדש תחתיו. לטעמי, כל עוד לא קבע המחוקק אחרת, ההנחה היא - וזהו הדין - שיש להחיל את הדין הדיספוזיטיבי ולא להתעלם ממנו כלא היה. אכן, הנני גם סבור שבמחלוקת רגישה כמו זו שבענייננו, בין מעבידים לעובדים על בית המשפט להחיל את הדין הנוהג, ואת הפרקטיקה הנהוגה על פיו. עליו לדבוק בדין הקיים, ולהשאיר למחוקק, אם ימצא זאת לנכון - ומבלי שאחווה דעה בעניין זה - לשנות את הדין.

מעבר לנדרש אוסיף, כי לא מצאתי בפסק דינו של חברי מאפיינים בנושא דיוננו במערכת יחסי עובד-מעביד, המבדילים מערכת יחסים זו ממערכות יחסים הסכמיות אחרות כגון זו של נושים מסחריים, אשר יצדיקו את הגבלת זכות העובד המוקנית לו בדין הכללי ומכוח זכויות יסוד שלו, לבחור את המתקשר השני לחוזה העבודה שלו. יגעתיו ולא מצאתי, מדוע יופלה לרעה עובד מכל נושה אחר בעניין זה? כשם שאין לקרוא אל תוך חוזה בין נושים רגילים לבין חייבים, תנאי מכללאל לפיו כל עוד שינוי זהות החייב אינו משפיע עליהם לרעה, יש לראותם כמסכימים להמחאת

החיוב, כן אין לעשות זאת גם לגבי עובדים. מדוע ייגרע חלקם של העובדים מזה של נושים אחרים?

לא התעלמתי מכך שחברי השופט חשין מוטרד מאותם מקרים בהם הכללים הדיספוזיטיביים הקבועים בדין הקיים ינוצלו לרעה על ידי עובדים, כך שעובדים, אפילו שלא נפגעו כתוצאה משינוי מעבידם, יבקשו להמשיך את עבודתם אצל מעבידם הקודם. גם לסיטואציה זאת יש מענה בדין הקיים. כמו בכל מערכת יחסים הסכמית, על העובדים לממש את הזכויות המוקנות להם בחוזה ובדין בדרך מקובלת ובתום לב. ככל שהתנהגותם בקשר למעבר למעביד חדש תהיה שלא בתום לב - יוכל המעביד לעתור לערכאה המתאימה לקבלת הסעדים המתאימים.

52. חברי השופט חשין מבקר את המבחן שהצעתי בפסק דיני. לדעתו, השימוש במושג "שינויים אורגניים":

"מעורפל ורב משמעי הוא מכדי שיוכל לשמש בידנו כמבחן הבלעדי. יתר על כן: אין בו במבחן השינויים האורגניים תשובה מספקת למערכי עובדה שונים ומשונים שהדמיון ביניהם דמיון קלוש הוא" (פיסקה 20 לפסק דינו).

אכן, המונח "שינויים אורגניים" לא תוחם והוגדר באופן ממצה בפסק דיני, במובן זה שלא ערכתי רשימה ממצה של כל השינויים אשר ייכללו בגדרו של מונח זה אלא הסתפקתי בבחינת המקרה שבא לפני. אולם, הגדרתי את מהותו של המבחן: הוא יחול במצבים בהם השינוי המבני שמחולל המעביד משנה את בסיס הסכמה בין הצדדים לחוזה העבודה עד שיש לראותו כחוזה חדש. מכאן, שהשאלה האם תנאי זה או אחר עומד בבסיס ההסכמה בין הצדדים תוכרע כפי שמוכרעת כל שאלה אחרת הנוגעת לפרשנות חוזה. לגבי ענייננו שלנו, אין ספק בעיני ששינוי צד לחוזה עומד בבסיס ההסכמה.

אשר לשאלת התאמת המבחן למערכים עובדתיים שונים של שינויים מבניים בעסק, כבר הבהרתי בפסק דיני כי אני דן בסיטואציה ספציפית - מקרים בהם מחולל המעביד שינוי מבני בעסקו אשר כרוך בהחלפת זהות המעביד. המבחן אותו הצעתי נועד ליתן מענה רק למקרים אלה. הדגשתי, כי איני דן בהחלת מבחן זה על סיטואציות אחרות, שלא תמיד ניתן לישמו לגביהן, דוגמת מיזוג (ב"חברה הקולטת" כהגדרתה בחוק החברות, התשנ"ט-1999), או העברת השליטה במניות החברה. כבר הערתי, שעל המחוקק להסדיר את הסוגיה של השלכת שינויים מבניים בעסק על מעבידים באופן

כולל וקוהרנטי. כפי שאבהיר להלן, אף המבחן המשולב אותו מציע חברי, השופט חשין, לאמץ, אינו עונה על כל הסיטואציות האפשריות של שינוי מבנה או העברת בעלות במפעל ממעביד למעביד.

53. אבקש גם להעיר, לגופו של עניין, על מצבים אשר חברי העלה בפסק דינו, אשר עוררו אצלו קושי בהפעלת המבחן שהצעת. בפסקה 19 לפסק דינו, גורס חברי שאין זה ראוי כי אותה מערכת כללים תחול על עסק קטן, כגון חנות לממכר פרחים ובה שני עובדים ועל מפעל, המאוגד כאישיות משפטית ערטילאית, המעסיק אלפי עובדים. במקרה הראשון, הוא סובר שהכל יסכימו שלא עומדת למעסיק זכות למכור את עסקו כעסק חי. לא כך במקרה השני. אודה, שאני מתקשה לרדת לסוף דעתו של חברי. האם עצם הדבר שהמעביד הינו אישיות משפטית ושהוא מעסיק מספר רב של עובדים, מלמד כי העובד אינו מייחס חשיבות, ואפילו חשיבות רבה, לזהות המעביד? האם זהותם של מעבידים מסוג זה אחת היא? ברי שהם נבדלים זה מזה במאפיינים המשליכים, או העלולים להשליך, בצורה ממשית על מצב עובדיהם. כך, למשל, הם יכולים להיבדל זה מזה במבנה ההון שלהם, במצבם הכלכלי והפיננסי, במוניטין שיש להם, במספר העובדים שהם מעסיקים, במדיניות שלהם כלפי עובדים ועוד.

54. בפסקה 20 לפסק דינו מתייחס חברי השופט חשין לדוגמה נוספת, הבאה להדגים כי מבחן השינויים האורגניים יחול על מקרים שהדמיון ביניהם קלוש. ובלשונו:

"... הנה היא חברה שצמחה והפכה חברת ענק השולחת ידה בענפי שירותים, מסחר ותעשייה שונים, ולייעול פעולתה מבקשים מנהליה להופכה לחברת החזקה שבשליטתה אשכול של חברות בנות המתמחות, כל אחת מהן, בתחום ספציפי. בצד חברה זו יציג עצמו לפנינו מודל של מכירת מיפעל מחברה אחת למישנה. בשני מערכים אלה נתחוללו "שינויים אורגניים", אך דומני שלא אטעה אם אומר כי לענייננו שלנו המפריד בין המערכים רב על הדומה בהם".

חברי אינו מבהיר מדוע לגישתו מדובר במקרים כה שונים עד כי אין זה ראוי שיחול עליהם אותו כלל. לשיטתי, אין הבדל מהותי בין שני המקרים. במכירת מפעל מחברה אחת לשניה, פשיטא שמדובר בחילופי מעבידים ויש לאפשר לעובדים את הבחירה האם לעבור לעבוד עם המעסיק החדש. אשר לדוגמה השניה, דוגמה בה עסק מתנהל כקונגלומרט ומנהליו מחליטים לפצלו לחברות המוחזקות כולן על ידי חברת החזקות - האם מבחינת העובד, אין כל חשיבות לשינוי בזהות המעביד הכרוכה בשינוי

מבני כזה? קונגלומרט מנוהל כמרכז רווח אחד, כאשר המפעלים השונים המופעלים במסגרתו תומכים זה בזה מבחינה כלכלית. פיצול קונגלומרט לחברות משמעותו היא כי כל מפעל הופך ליחידה משפטית נפרדת ולמרכז רווח נפרד. כל יחידה משפטית כזו היא בעלת מבנה הון משלה, מוניטין משלה, ומצבה הפיננסי אינו, בהכרח, מושפע מחברות אחרות באשכול החברות. מבחינה זאת דומה מצב זה למכירת מפעל לידיים אחרות. גם במקרה זה, זהות המעביד משתנה ולשינוי זה עשויות להיות השלכות מפליגות על מצב העובדים.

55. דוגמה נוספת אותה מעלה חברי היא מצב של מכירת חברה בדרך של מכירת מניותיה. במצב דברים זה, זהות המעסיקה נותרת כשהיתה. חברי מקשה ושואל, מדוע מהותית אין להחיל במקרה כזה את הכלל החל בעת חילופי מעסיקים. ואם אכן מחילים כלל זה, לדבריו, "אין צורך בדימיון מפליג כדי להבין ולידע לאיזו מערבולת עשויים אנו לקלוע את המערכת" (שם).

אכן הכלל בדבר "שינויים אורגניים" אינו חל בסיטואציה זו. כאמור, כלל זה בנוי על בדיקת בסיס ההסכמה בין צדדים לחוזה. בעלי המניות אינם המעסיקים של העובדים ואין הם הצד השני לחוזה העבודה עימם. הם מחזיקים מניות בחברה. לאור השוני המשפטי המהותי בין מקרה של חילופי מעבידים למקרה של חילוף בעל מניות, לא ניתן להחיל על סיטואציות אלה אותו כלל משפטי. אולם, גם הפתרון אותו מציע חברי, האמור להחיל עצמו על מגוון גדול של מקרים שונים, אינו רלבנטי לסיטואציה כזו. גם המבחן המשולב אותו מציע חברי, מבוסס, ברובד הראשון שלו, על מיבחן השינויים האורגניים, מבחן אשר אינו רלבנטי בהקשר למצב של חילופי בעלי מניות. הוזה אומר, מבחן משולב אינו תורם יותר ליצירת הסדר כולל החולש על מגוון המקרים העשויים להתרחש במציאות מאשר מבחן חד שלבי של שינויים אורגניים.

אשר לטענת חברי כי מהותית, מבחינת העובדים, מצב של מכירת מניות וחילופי מעבידים משפיע עליהם באופן דומה. איני מקל ראש בטענה זו. עסקה של מכירת מניות שליטה בתאגיד עשויים להיות לה השפעות ניכרות על עובדים. הדבר ניכר, לדוגמא, במצב של הפרטת חברה. אך איני סבור שכאן המקום לבחון מקרה של מכירת מניות ויש להותיר את הדיון בו למקרה בו הדבר יידרש. אעיר רק זאת. בניגוד לדעת חברי, איני סבור כי התחשבות במצב העובדים בעת חילופיו של בעל שליטה תוביל בהכרח את השוק למערבולת כלשהי. לאור העובדה כי הדין הכללי אינו מחיל בעניין זה הסדר דיספוזיטיבי, כמו בסוגיה שלפנינו, ואין הסדר ספציפי בחוק המטפל במצב זה, הרי שמקרה כזה ייבחן בכלים של דיני התאגידים (לחובת אמון החלה על

בעל מניות שליטה בחברה בעת מכירת מניותיהם ראו ע"א 817/79 קוטורי נ' בנק י' ל' פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253 פסקות 55-58, וכן ראו סעיף 193 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, המחיל חובת הגינות על בעל מניות שליטה כלפי החברה).

56. חברי, השופט חשין סובר כי מבחן "השינויים האורגניים" אותו הצבתי בפסק דיני הוא מבחן פורמלי - שינוי זהות המעביד - ועל כן הוא מציע להוסיף לו יסוד פונקציונלי. בלשונו:

"המבחן הקובע לדעתי מיבחן משולב הוא ובו יסוד אירגוני (שינויים אורגניים) ויסוד פונקציונלי. היסוד האירגוני מסב עצמו על שינוי זהותו של המעסיק והיסוד הפונקציונלי נדרש לשינויים שחלו, או שלא חלו, בזכויותיו ובציפיותיו הלגטימיות של העובד, ב'סביבתו', בשאלה אם חל שינוי לרעה - או עלול להיווצר שינוי לרעה - במצבו וכו'" (פסקה 24 לפסק דינו).

על דברים אלה ברצוני להגיב. ראשית, מבחן "השינויים האורגניים" אותו הצעתי בפסק דיני אינו מבחן פורמלי כלל ועיקר. הוא בוחן, באופן מהותי, האם השתנה תנאי העומד בבסיס ההסכמה שבין הצדדים עד כדי כך שיש לראותו כיוצר חוזה חדש ביניהם. שנית, "המבחן הפונקציונלי" אותו מציע חברי, השופט חשין, יותר מאשר הוא מגמיש הוא זורה חוסר וודאות. אין בו תשובה ברורה לשאלה מה ייחשב בפועל לשינוי המצדיק את התנגדות העובד לעבור למעביד החדש. מהן "זכויות וצפיות לגיטימיות" של עובד בהקשר זה? האם שוני במצב הכלכלי של המעביד החדש ייכנס בגדר זה? שינוי במוניטין שלו? במבנה ההון? במצבת הנושים? במספר העובדים? שלישית, לא רק חוסר ודאות יש כאן, אלא שגם צפוי שהשאלה אם יש במעבר למעביד החדש פגיעה בעובדים אם לאו, תהיה, ככלל, שנויה במחלוקת בין המעביד לעובדים. עניין זה ידרוש ליבון. לעיתים קשה יהיה לצפות בקלות את השינויים הצפויים. התוצאה תהיה, שבכל מקרה יהיה על העובדים להשקיע משאבים כדי לבדוק את מצב המעביד החדש ומעמדו, שמא המעבר יפגע בהם. וזאת, במקום שתעמוד להם הזכות של כל נושה או צד לחוזה להתקשר עם מי שיבחר. וגם זאת, השאלה אם סרובם לעבור למעביד החדש מוצדק אם לאו, תוכרע רק כעבור זמן, ולעיתים זמן ניכר. ומה בינתיים? חוששני, שפועלו העיקרי של המבחן אותו מציע חברי השופט חשין יהיה, בסופו של דבר, בהעברת הנטל להוכיח מי אינו מקיים את חיוביו כדין - האם המעביד או העובד? בעוד שלפי מצב הדין היום, אין חובה על העובד להסכים למעביד חדש שמעבידו

המקורי "יבחר" לו, ניתן אולי להבין מפסק דינו של חברי (בפיסקאות 27 ו-31), שעצם העברת הזכויות במפעל למעביד החדש, אין בו הפרה של זכויות העובדים, אלא אם אלה יוכיחו שיש בכך פגיעה בהם (אם כי מהאמור בפיסקה 26 אפשר אולי להבין אחרת).

57. לצורך השלמת התמונה אוסיף, שלדעתי בענייננו אכן הוכחה פגיעה בעובדים אם יועבר מפעל רמת"א מתע"א לחברת רמת"א. גם לדעת חברי, השופט חשין, יש לקחת בחשבון לא רק פגיעה ממשית בפועל, אלא גם שינויים צפויים לרעה. מעבר לעבוד אצל מעביד "קטן" יותר, כשהבעלות במפעל אינה של המדינה אלא של תאגיד, יש עמה פוטנציאל של הרעה בתנאים, ועיקרי עמדתי כבר נזכרו לעיל. גם לא אוכל לקבל את עמדת חברי, על פיה אין שוני מהותי בין מצב בו תע"א הינה המעסיקה לבין מצב בו היא בעל המניות בחברה שהיא המעסיקה. שוני מהותי כזה עולה מעצם השוני שבין להיות עובד של גוף כמו תע"א לבין להיות עובד של חברה בעלת מפעל אחד, ולא נחזור על דברים שאמרנו. דעתי היא, על כן, שגם לשיטת חברי השופט חשין, לא הייתי רואה הצדקה להחזרת הדיון לבית הדין האזורי, והייתי מקבל את העתירה. זאת במיוחד לאור העובדה כי ההליכים בענייננו נמשכים מזה שנים ארוכות. פסק הדין בבית הדין האזורי ניתן בשנת 1993 וקדמו לו הליכים משפטיים וכן משא ומתן ממושך בין הצדדים שראשיתו בשנת 1989. המחלוקת בה עסקינן עלתה גם בבית הדין האזורי, שם ביקשה ההסתדרות במפורש, בין היתר, להמשיך את יחסי עובד ומעביד בין עובדי מפעל רמת"א לתע"א ולא להעבירם למעסיק החדש - חברת רמת"א - בטרם ייכרת לעניין זה הסכם קיבוצי בין ההסתדרות לתע"א וחברת רמת"א (ראו פירוט של הסעדים המבוקשים על ידי ההסתדרות בפסקה 5 לפסק דינו של בית הדין האזורי). בנסיבות אלה, אין, לדעתי, מקום להותיר את המחלוקת המעשית בין הצדדים ללא הכרעה ולהחזיר את הדיון לבית הדין האזורי.

נדגיש בהקשר זה, שההסתדרות ביקשה בעתירתה מפורשות את הסעד שיבוטל פסק דינו של בית הדין הארצי. כן עתרה לכך, שבמקומו ינתן פסק דין המורה כי משסירבו העובדים לעבור למעביד חדש או להתפטר, יישאר בתוקפו הקשר החוזי בינם לבין תע"א, כל עוד לא יושם לו קץ על ידי מעשי פיטורים על פי המוסכם בהסכם החל על הצדדים או על ידי הסכם חדש שיחתם עם העובדים. פסק דינו של חברי, השופט חשין, אינו מכריע בעתירה לסעד מפורש זה. הלכה למעשה, פסק דינו הינו הצהרתי בלבד, בעוד שהמחלוקת הקונקרטיית בין הצדדים נותרת, גם לאחר התדיינות של למעלה מעשור, ללא מענה.

58. עוד אוסיף כי חברי, השופט חשין, מציג את עמדתו כעמדת ביניים בין זו של חברי המשנה לנשיא מצא לבין זו שלי. חוששני שלא כך הדבר. ראשית, מבחינת הדין החל בנדון. חברי המשנה לנשיא מצא אינו מתנער מן הדין הדיספוזיטיבי. לצורך ענייננו, די לו בכך שהוא מסיק קיום של תנאי מכללא, עובדתי, מכוח הפררוגטיבה העומדת למעביד. לעומתו, חברי השופט חשין סבור כי הדין הדיספוזיטיבי אינו ישם לענייננו. מכך יכולות לנבוע מסקנות מרחיקות לכת בנושאים קרובים לנושא בו עסקינן, וכן ביחס למעמדו של הדין הדיספוזיטיבי בכלל. שנית, בשונה מהשופט מצא, חברי השופט חשין נמנע מלקבוע, שככלל, עובדים שהתפטרו בנסיבות של חילופי מעבידים בעת שינויים מבניים יהיו זכאים לפיצויים על פי חוק. מכך ניתן להסיק כי לגישתו הכלל הוא שחילופי מעבידים אינם מזכים, כשלעצמם, ככלל, את העובדים בפיצויי פיטורים על פי חוק. מתבקש מכך, שחברי אינו מקבל את האיזון אותו ביקש בית הדין הארצי ליצור בפסיקתו ואשר התקבל על דעת חברי השופט מצא. יודגש, כי מסקנה זו משתמעת מפסק דינו של חברי על נימוקיו, למרות שאין היא נאמרת בו במפורש. בכך נוצרת אי בהירות לגבי תחולת כלל זה בנסיבות של חילופי מעבידים על רקע שינויים מבניים. אי בהירות זו קשה במיוחד על רקע קיומה של עתירה מטעם תע"א בבג"ץ 922/97, שגם בה התבקשנו להכריע בהליך זה, הסבה על החלטת בית הדין הארצי, לפיה, ככלל, זכאים עובדים המתפטרים בעת חילופי מעבידים לפיצויי פיטורים על פי חוק.

59. לסיום, דעתי היא, שיש לקבל את עתירת ההסתדרות, ולעשות את הצו על תנאי למוחלט, במובן זה שפסק דינו של בית הדין הארצי מבוטל, וכן מוחלט בזה שעובדי תע"א רשאים לסרב להיות עובדי חברת רמת"א. תע"א, מצידה, רשאית לפעול ביחס לעובדי רמת"א באחת הדרכים הבאות: להמשיך להעסיקם או לפטרם על פי החוק וההסכמים החלים על הצדדים בעניין זה, או, כמובן, להגיע עמם להסכמה בדבר מעברם להיות עובדי חברת רמת"א. כל עוד לא פעלה באחת מדרכים אלה, יעמדו יחסי העבודה בין תע"א ועובדי רמת"א בעינם, בכפוף להוראת ההסכמים והחוק המחייבים. נוכח מסקנה זו, הייתי דוחה את העתירה בתיק בג"ץ 922/97. כן הייתי מחייב את המשיבים, תע"ע וחברת רמת"א, לשאת בהוצאות העותרת (ההסתדרות) בסכום כולל של 50,000 ש"ח ומע"מ.

המשנה לנשיא (בדימ')

השופט מ' חשין:

קראתי את חוות-דעתו של חברי המישנה לנשיא, השופט אליהו מצא. קראתי את חוות-דעתו של חברי המישנה לנשיא (בדימ'), השופט תאודור אור. הנה הם טורא וטורא מזה ומזה, ואני בתווך ביניהם. כך החילותי את מסע השיקול והתהייה - מסע קשה ומפרך - ולסופה של יגיעה מצאתי עצמי במקום שבו יצאתי למסע. אך מה לי שאוסיף ואקדים דברים, הבה נדבר בגופו של עניין.

2. מבחינה אופרטיווית ולעניינם של בעלי הדין שלפנינו, דומה כי חילוקי הדעות בין חבריי אינם כה חריפים כפי שנחזים הם במבט ראשון. חברי השופט מצא מסכים, כעיקרון, להכרעת בית-הדין הארצי לעבודה, ולפיה זכאים הם העובדים "ככלל" להתפטר מעבודתם בדין מפורטים ולזכות בפיצויי פיטורין. חברי השופט אור סובר כי העובדים ממשיכים לעבוד בשירותה של התעשייה האווירית (תע"א) אלא שניתן לפטרם מעבודתם (וזו הנחת העבודה) ולשלם להם פיצויי פיטורין. כך וכך אין העובדים חייבים לעבוד בשירותו של מעסיק חדש, וזכאים הם לזכויות עובדים שפורטו מעבודתם. בה-בעת, על-פי הנטען, פיטורי העובדים בפועל - כשיטתו של השופט אור - עשויים להקנות לעובדים זכויות יתרות על-פי ההסכם הקיבוצי החל, בעוד אשר ההתפטרות בדין פיטורין תקנה לעובד אך זכויות שעל-פי חוק פיצויי פיטורין, תשכ"ג-1963. ואולם גם על הטענה כי זכויות המפורטים בפועל רבות מזכויות המתפטרים בדין פיטורין, קמו חולקים, אלא ששאלה זו לא נבדקה לעומקה ולא הוכרע בה בבית-הדין לעבודה.

3. אם כך באשר לחלקן האופרטיווי של חוות-הדעת, לא כן הוא באשר לתשתית הנורמטיבית. במקום זה נחלקו דעותיהם של חברי: אם זה במזרח זה במערב ואם זה בצפון זה בדרום. חוות הדעת צהובות זו לזו ואין גשר למעבר. ומתוך שאין ענייננו בפירושה של הוראת-חוק - פירוש כהוראתו הרגילה והמצומצמת: פירוש מילים וביטויים ואופני-לשון ומידות שבהן נדרשים חוקים חרותים; ובiodענו מה עמוקה ועקרונית היא הסוגיה שהוטל עלינו לפצחה; מוצאים אנו עצמנו במעבה המשפט, ככיבשון היצירה של משפט העבודה, במקום שבו מתרכבים האטומים והמולקולות ליצירה גנטית חדשה, להולדתן של זכויות וחובות חדשות. חילוקי-הדעות בין חברי אין הם, אפוא, חילוקי-דעות מן-המניין, מסוג אותם חילוקי-דעות שאנו נתקלים בהם דרך-שיגרה ומעשה יום-יום. חילוקי-הדעות בין חבריי נסבים הם על עיקר-שבעיקר, על הגרעין שבגרעין המשפט, על אותו גרעין ועל אותם עיקרים שהמשפט בנוי עליהם והם

עצמם אין הם משפט. חילוקי-הדעות הם על "נורמת הבסיס", על נורמה שהיא ספק משפטית ספק אקסטר-משפטית, נורמה המצויה על גבול המשפט ועיקרה הוא להזין את עץ המשפט בגיזעו ובכל ענפיו ועליו. שני חבריי מצביעים - כל אחד מהם לעצמו - על "נורמת בסיס" אחרת ועליה בונים הם, בנפרד, נורמות מישנה ומסיקים מסקנות האמורות להכריע בדין. אלה הם חילוקי-הדעות בין חברי, זה עיקרו של הדיון שלפנינו.

לסוגיית התערבותו של הבג"ץ בהכרעות בית-הדין הארצי לעבודה

4. עד שניכנס למבוך הסוגיה שהונחה לפיתחנו, ביקשתי לומר דברים אחדים באשר לסוגיית התערבותו של בית-המשפט הגבוה לצדק בהכרעותיו של בית-הדין הארצי לעבודה.

5. בפיסקאות 13 ואילך לחוות-דעתו נדרש חברי [השופט מצא] לסוגיה המלווה אותנו כצל שנים רבות: מה אמות-מידה תוקינה אותנו הדרך לעת החלטה בשאלה אם נתערב - ואם לא נתערב - בהכרעת-דין של בית הדין הארצי לעבודה? בפסק-הדין המנחה בפרשת חטיב (בג"ץ 525/84 חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מ(1) 673) קבע הנשיא שמגר שני תנאים מוקדמים ומצטברים להתערבות בית-המשפט הגבוה לצדק בהחלטות בית הדין הארצי לעבודה (שם, 693). הראשון מביין השניים - ואם יותר לי להוסיף: הנכבד מאָחיו - עניינו בשאלה אם נתגלתה בפסק-דינו של בית הדין לעבודה "טעות משפטית מהותית". בפרשה שלפנינו - כמפורט בחוות-דעתו של חברי - נתגלעו חילוקי-דעות בבית הדין הארצי לעבודה בין רוב לבין מיעוט, והשאלה הנשאלת היא, כיצד אוצלים חילוקי דעות אלה על דוקטרינת "הטעות המשפטית המהותית"? בהלכו בנתיב שכבש הנשיא שמגר - כי "עצם קיומם של פירושים משפטיים חלופיים או של מיגוון של דרכים משפטיות אפשריות אינו מתיישב עם המסקנה, כי נפלה טעות משפטית מהותית" (פרשת חטיב, שם, 693; ההדגשה במקור) - מוסיף חברי וקובע לענייננו-שלנו (בפיסקה 14 לחוות דעתו) כי "הן בהכרעת שופטי הרוב והן בחוות-דעתה הנפרדת של שופטת המיעוט הוצעו פתרונות אפשריים וסבירים, וברי כי לאף אחת מן הגישות החלוקות לא ניתן לומר כי היא לוקה ב'טעות משפטית מהותית' או כי יש 'לשללה לחלוטין'". ובהמשך: "דעתי היא, כי שני הפירושים סבירים, וכי הבחירה באיזה משניהם אמורה, לאמיתו של דבר, להיגזר משיקולי מדיניות שיפוטית ומאיזון בין ערכים, הנוגעים להסדרת יחסיהם של מעבידים ועובדים...". מסקנתו של חברי נדרשה כמו-מאליה (שם, שם): "לפיכך, מתוך כיבוד הסמכות הייחודית שהקנה המחוקק לבית-הדין לעבודה לדון ולעצב את המדיניות השיפוטית

בנושא העתירות, ומאחר שאיננו יושבים כערכאת ערעור על בית-הדין, אינני רואה יסוד להתערבותנו בפסק-הדין.

6. דרכי בסוגיה זו של התערבות הבג"ץ בהכרעות בית הדין לעבודה - דרך שונה היא, וחיוויתי דעתי כמה וכמה פעמים. למשל: בג"ץ 1520/91 וילנסקי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מו(5) 502, 518 ואילך; בג"ץ 1262/94 זילברשטיין נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מח(4) 837, 867 ואילך; בג"ץ 3679/94 אגודה ארצית של מנהלים מורשי חתימה של הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב-יפו, פ"ד מט(1) 573, 591 ואילך; בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 744-746. ראו עוד: דברי השופט דב לוין בבג"ץ 1074/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מט(2) 485, 504. השוו גם: ע"א 8797/99 אנדרמן נ' ועדת הערר המחוזית, פ"ד נו(2) 466, 474-475 (מפי השופט נאור).

קיצור הדברים הוא, כי "לדידי שאלת פירושו של דין חרות, וכמוה קביעת תחום התפרשותה של הלכה פלונית, כזו כן זו, השתיים - באשר הן - תבואנה בגדירת השאלות המשפטיות המהותיות: '... שאלת פירוש חוק היא - על דרך העיקרון - שאלה 'משפטית מהותית', והיא שאלה המצדיקה אף מחייבת התערבות בהכרעתו של בית-הדין הארצי לעבודה' (בג"צ 1262/94 זילברשטיין נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח' בעמ' 870). " (פרשת הבנק הבינלאומי הראשון, 592). כך אף בעניינינו-שלנו, שאין אנו מורשים להתנצל את סמכותנו אך באשר שני פירושים שלחוק שווי-דרגה הם, כביכול. חובה היא המוטלת עלינו לבור את פירושו ה"נכון" של חוק, ולא נקיים חובתנו זו אלא אם נכריע בדין לגופו. לעת החיפוש והתהייה אפשר יהיו לו לחוק פירושים אחדים, כולם חכמים, כולם נבונים, כולם יפים, כולם מן התורה. אפשר אף שההתלבטות בין הפירושים החלופיים לא תהא קלה; לעיתים נדלג מפירוש לפירוש ולא נדע בחיקו של איזה מן הפירושים נמצא מנוח; ואולם חייבים אנו ללמד לשוננו לומר: זה הפירוש ועליו נעמוד. רק פירוש אחד פירוש "נכון" הוא, ובפירוש זה - הבכיר מאִתָּיו - נבחר. ואם בחר בית-הדין לעבודה דווקא בפירוש האחר - פירוש שבתחילה היה, אמנם, מועמד ראוי לזכייה בתחרות הפרשנות אלא שלעת הסיום פֶּשֶׁל וחברו הפירוש האחר גבר עליו - כי אז נפלה בהחלטתו של בית-הדין לעבודה "טעות מהותית", ונטל הוא המוטל עלינו להעמיד דברים על תיקונם. טעם הדבר: "בית-משפט זה שאנו בו על מושבו, הוא הוא הנושא בנטל ובאחריות, ואם לא נאמר את דברינו צלול וברור, לא נוכל להינקות בהטלת האחריות על זולתנו תוך שאנו ניתלים בכוונת המחוקק. אנו הם הערבים - ומידנו יבקשו חוק." (פרשת זילברשטיין, 870).

והדברים פשוטים. נשווה בנפשנו מקרה בו נמצא כי יש לו לחוק שני פירושים המצויים במיתחם הסבירות הפרשני, פירוש א' ופירוש ב'. בית-הדין הארצי לעבודה בחר בפירוש א' כפירוש העדיף, ועל-פי דוקטרינת אי-ההתערבות המוצגת לנו לא יתערב הבג"ץ בהכרעת הפירוש שנפלה. והנה, לימים עולה אותה שאלה ממש להכרעת הבג"ץ - או להכרעתו של בית-המשפט העליון כשיבתו לדין כבית-המשפט לערעורים אזרחיים - ובית-המשפט מבכר את פירוש ב' על-פני פירוש א'. נוכח דרכי פרשנות סותרות אלו, יהא בית-המשפט העליון ככול בהחלטתו של בית-הדין לעבודה או הַיִלְךְ בית-המשפט בדרכו-שלו? גם פתרון אחד גם פתרון אחר קשים בעיניי. פתרון אחד פירושו הוא שהכרעת בית-הדין הארצי לעבודה מהווה תקדים מחייב לבית-המשפט העליון. פתרון אחר ישמיענו כי בשיטת המשפט בישראל יש שני פירושים מחייבים - אך סותרים - לאותו דבר חוק. כמו אמרנו: הדין ילך אחרי הדיין. האמנם?

אכן-כן: בית-הדין לעבודה, כשמו-כן-הוא: בית-דין הוא המתמחה ביחסי עבודה. אלא שהתמחות זו עיקרה הוא בהחלתו של דין על יחסי עבודה. וכפי שאמרנו בפרשת הבנק הבינלאומי הראשון: פירושו של דין חרות והתוויית גבוליה של הלכה משפטית, עניין הם להכרעתו של בית-המשפט העליון. הוספנו על-כך ואמרנו דברים אלה (שם, 591-592): "כל-כך באשר לחוק ולהלכה. שונים פני הדברים באשר להווי יחסי העבודה ככל שאוצל הוא על יישומם של דין ושל הלכה...". ובהביאנו מפרשת וילנסקי (שם, 519) הוספנו: "... הווי יחסי העבודה - במובנו הרחב של המושג - והרוחות המנשבות ביחסי העבודה מעת לעת מוכרים לבית הדין לעבודה יותר משהם מוכרים לאחרים; והכרת ה'מאקרו' וה'מיקרו' ביחסי העבודה נודע לה מישקל בהכרעת הדין בחיי היום-יום. כך במשפט העבודה האינדיווידואלי וכך במשפט העבודה הקיבוצי". ולבסוף: אין בכוונתנו לומר, חלילה, כי בית הדין לעבודה אינו מעסיק עצמו בפירושו של דין חרות ובקביעת תחום פרישתה של הלכה. והרי בית הדין עוסק בכך מעשה יום-יום. כל שנתכוונו לומר אינו אלא זה, שלעניינם של דין ושל הלכה יתערב בית-המשפט העליון בהכרעות בית הדין לעבודה אם לדעתו נתפש בית-הדין לשגגה.

7. אשר לעניינינו-שלנו, מדברים אנו ביצירתה של הלכה השולחת שורשיה אל-למרחוק והשפעתה על יחסי העבודה בארץ השפעה היא מן המעלה העליונה. יתר-על-כן: אימוצה של דעה זו או אחרת גורר אחריו השפעות-רוחב על מיגזרי-חיים וחברה לבר-יחסי עבודה, וקשה להגזים בחשיבותן של אלו. מטעמים אלה, ולעניין התערבות בית-המשפט בהכרעות בית-הדין הארצי לעבודה, לא נמצא לי כי יש מקום - או הצדק -

להבחנה בין פירושו של חוק חרות לבין הסוגיה שלפנינו, ובדרך זו נלך. אשר לגופם של דברים, אכן ניכרים דברי-טעם הן בחוות-דעתו של רוב הן בחוות-דעתו של מיעוט בבית-הדין הארצי לעבודה - אלה ואלה דברי אלוהים חיים הם - אלא שלא דעה אחת אף לא דעה אחרת מקובלת עלינו. ואת דברינו נפרש להלן.

8. ועל כל אלה נוסיף עוד ונאמר זאת: גם לו אימצנו את ההשקפה המצרה להתערבותנו בהחלטות בית הדין הארצי לעבודה, גם אז סבורים אנו כי אמות-המידה של הילכת חטיב נתמלאו בענייננו במלואן: הן מבחינת מהותה המשפטית העמוקה של השאלה העומדת לפנינו להכרעה; הן מבחינת השלכות-הרוחב המרחיקות של ההכרעה לגופה; והן מבחינת הצורך הדוחק, מן הצדק, כי נאמר את דברינו צלול וברור. במובנים אלה אין לי אלא לצרף דעתי לדעתו של חברי השופט אור.

9. עד כאן - לסוגיית התערבותו של בית-המשפט הגבוה לצדק בהכרעותיו של בית-הדין הארצי לעבודה. ומכאן - לגופם של דברים.

לגופם של דברים - חילוקי הדעות שלעניין

10. דומני שלא ניתן לחלוק על מסקנתו של חברי השופט אור כי על-פי הדין הכללי - עיקרי היסוד, הדוקטרינות והכללים הספציפיים - אין מעסיק רשאי ומוסמך "להעביר" את עובדיו למעסיק אחר. כך על-פי דיני חוזים, כך על-פי דיני המחאת חיובים - משפט חרות והלכה - וכך כמשתמע מזכויות היסוד של היחיד. ראו פסקאות 17 עד 27 לחוות דעתו של חברי. זו אף, כמסתבר, דעתו של חברי השופט מצא. חפץ דומם - וכמותו בעל-חי - רשאי הבעלים לטלטלו כרצונו ממקום למקום, להעבירו מיד-אל-יד ואין מכהים בו. לא כן הוא האדם, שאין עושים בו ואין הוא עובר ממעסיק למעסיק אלא לרצונו. על-כך - דומה - יסכימו הכל אין יוצא.

11. אלא שדימויה של מכירת עסק חי ל"העברתו" של עובד ממעסיק למעסיק - כמו היה העובד נכס שניתן לטלטלו לרצון בעליו - דומני שעושה הוא עוול למערכת מכירתו של עסק מבעליו לזולתו. יתר-על-כן: החלת משפט החוזים ודיני המחאת חיובים - כמות שהם - על יחסי עובד ומעביד, חורקת מעט באוזנינו. בסוף-כל-הסופות, יחסי עובד ומעביד אינם כחווה מסחרי רגיל, דהיינו, כאותו חוזה המהווה דגם לחוק החוזים. הגם שהמיסגרת החוזית הכללית עשויה לקלוט אל-תוכה גם יחסי עובד ומעביד, יחסים אלה מהווים קטיגוריה חברתית לעצמה הראויה לדין משלה: דין

שיסודו הוא, אמנם, במשפט הכללי - ובו דיני חוזים - אך חי הוא חיים לעצמו כאיפיוניו.

הנה זה נתפרסמה אך לאחרונה הצעה מונומנטלית של "הקודקס האזרחי - חוק דיני ממונות", ובצד הדוקטרינות החלות על משפט החוזים ("הוראות מיוחדות לחוזים", סעיפים 163 עד 206) מוצאים אנו בהצעה הוראות מיוחדות החלות על "חוזים מיוחדים" (סעיפים 207 עד 435), בהם חוזה מכר, חוזה מתנה, חוזה קבלנות וחווה שירות, חוזה תיווך, חוזה שכירות, חוזה שאילה ועוד ועוד. כך הוא במשפטיהן של מדינות אחרות אף-הן.

12. החוזה הכללי והחוזים הספציפיים נדמים לקרני-אור היוצאות כולן ממקור אור אחד, אלא שבדרךן אלינו נמשכות הקרניים - כל אחת מהן לעצמה - על-ידי גרמי-שמים שונים, ובהגיען אלינו נוחתות הן בסמוך אלו-אל-אלו אך לא במקום אחד. כך הוא בנסותנו למסגר יחסיהם של מעסיק ועובד במשפט החוזים הכללי. ביסודם, יחסים אלה יחסי חוזים הם, אך בה-בעת - ובשים-לב למהותו המיוחדת של חוזה העבודה ולהיותו חוזה נמשך והולך - ניתן לתת בהם סימנים נוספים כגון סימנים של מעין-סטטוס. לא נוכל ולא יהא זה ראוי להחיל את משפט החוזים הרגיל על יחסי מעסיק עובד. ואם כך במשפט החוזים, קל-וחומר בדין המחאת חיובים. אכן, חוק המחאת חיובים לא נבנה, מעיקרו, להחלתו על יחסי מעסיק ועובדיו, וכך ראוי שנראה את פני הדברים. שומה עלינו אפוא לעשות כיכולתנו לאיבחון האיפיונים המיוחדים שביחסי מעסיק ועובדיו, ועל-פי מוטציה זו (ממשפט החוזים) נוסף ונבנה את המודל המשפטי הראוי להם.

13. על מה אפוא נתגלעו חילוקי הדעות בענייננו? חילוקי הדעות נתגלעו על הסכמתו - או אי הסכמתו - המשתמעת של עובד כי מותר הוא המעסיק למכור את העסק לזולתו ועל דרך זו להביא לחילופי מעסיקים שלא בהסכמתם המפורשת והספציפית של העובדים. המחנה האחד - עימו נמנה השופט מצא - גורס, כי זכות (פרורוגטיבה) היא העומדת למעסיק למכור לזולתו את העסק שהוא בעליו (ועל כך מסכימים הכל); וכי חזקה על העובדים בעסק - בהיעדר אינדיקציה המורה אחרת - כי הסכימו במשתמע - ומראש - להעברת הבעלות בעסק מיד-אל-יד. לשון אחר: ככלל קיימת הסכמה מכללא של העובדים כי רשאי הוא המעסיק להעביר לזולתו בעלות בעסק כעסק חי, דהיינו, העובדים הסכימו מראש, מכללא ובמשתמע, כי תשתנה זהות מעסיקם. אליבא דדעה זו, זיקתם של העובדים היא למקום עבודתם - לא בהכרח למעסיקם - ומכאן יימצא ההצדק הרעיוני להסקת הסכמתם מכללא להעברת הבעלות בעסק ממעסיק אחד לזולתו. המחנה

האחר - עימו נמנה השופט אור - סבור, כי אין להסיק הסכמה מכללא של העובדים להעברת הבעלות בעסק. ובלשונו של השופט אור: "אינני מקבל את המסקנה ... לפיה בהעדר ראיות ברורות לסתור יש לראות בעובדים כמסכימים במשתמע, בעת כריתת חוזה העבודה, גם לכך שלמעביד יהיה נתון גם הכוח למכור את המפעל כ'עסק חי', דהיינו כשהוא כולל את עובדיו, על זכויותיהם וחובותיהם כלפיו. לדעתי, פרוגטיבית המעביד אינה משתרעת על העברה כזו של זכויות וחובות העובדים." (בפיסקה 32 לחוות-הדעת).

14. הנה-הינו שורש חילוקי-הדעות בין חבריי: הניתן להסיק - או אין ניתן להסיק - הסכמה משתמעת מצד עובדיו של מפעל כי יותר לו לבעלים להעביר לזולתו את הבעלות במפעל כ"עסק חי", דהיינו, כי עד ההעברה יהיו הם עובדיו של פלוני ולאחר ההעברה יהיו הם עובדיו של אלמוני? וניתן דעתנו לדבר: שתי הדוקטרינות המוצעות לנו - והסותרות זו-את-זו - תולדות עצמם בהסכמתם מכללא של העובדים, אלא שדוקטרינה אחת גורסת כי יש להכיר בהסכמה מכללא לחילופי מעסיקים ואילו הדוקטרינה האחרת גורסת כי אין להכיר בהסכמה מכללא מעין-זו. בחילוקי דעות אלה, היכן נימצא אנו? לשאלה זו נוסיף ונידרש בהמשך דברינו להלן, אך קודם לכן ביקשנו להעיר הערה מושגית לעניינה של אותה הסכמה מכללא.

הסכמה מכללא והסכמה משתמעת

15. במשפט העבודה מקובל לדבר על "הסכמה משתמעת" - או "הסכמה מכללא" - ביחסים בין מעסיק ועובד, והיא הסכמה שנועדה להשלים הסכם עבודה מפורש - לרבות הסכם קיבוצי - או אף ליצור הסכם עבודה מראשיתו. ראו, למשל: פרופ' רות בן-ישראל, דיני עבודה (הוצאת האוניברסיטה הפתוחה, תשס"ב-2002), 559 ואילך ("חוזה עבודה אישי; תוכנו והמקורות לעיצובו"); בג"ץ 239/83 מילפלדר נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד מא(2) 210; והשוו: ד' פרידמן, נ' כהן, חוזים (כרך א', תשנ"א-1991), § 2.28 (עמ' 37), § 8.8 ואילך (עמ' 273 ואילך) ועוד. מושג זה של הסכמה משתמעת ממלא תפקיד ראשון במעלה במשפט העבודה לעניין חלוקת הזכויות והחובות בין המעסיק לבין העובדים. אלא שעלינו להבחין הבחן-היטב בין הסכמה המשתמעת מנסיבות העניין, הסכמה שהיא implied in fact - אם תרצו: presumed intention של בעל-הדבר - לבין הסכמה שאינה אלא פיקציה, הסכמה שהיא implied in law (ולעניינה של כוונה: imputed intention). הסכמה מן הסוג האחרון אינה אלא דין שיצרו בתי-המשפט - דין המשקף איזון סביר, ראוי, הוגן ומאוזן בין האינטרסים של

המעסיק לבין האינטרסים של העובד - וייחוסו של אותו דין להסכמת הנוגע בדבר - "הסכמה משתמעת" או "הסכמה מכללא", כביכול - מקורה בדוקטרינה כי בנושא של הסכמים ובחלוקת הזכויות והחובות בין בעלי-הסכם, אין בתי-המשפט נדרשים אלא לְאָשֵׁר הסכימו בעלי-ההסכם ביניהם, הואיל ובתי-המשפט אין זה מתפקידם ליצור לא דין ולא הסכם בין בעלי-דין. לשון אחר: בתי-המשפט משווים נגד עיניהם שני בעלי-הסכם הפועלים איש כלפי רעהו בתבונה ובהגינות, ועל-פי דגם זה בונים הם תניות מכללא והסכמים מכללא. הנה-כי-כן, המג'לה הטובה והוותיקה התירה לעצמה לקבוע דין בלא לנסות ולתלות אותו בהסכמת בעלי-הדבר, ואילו אנו נדרשים אנו לפיקציה כדי לעשות דין וצדק בין בעלי-הדין. אמרתי על כך בפרשת נפיסי נ' נפיסי (דנ"א 1558/94, פ"ד נ(3) 573, 615, 616):

הסכם מכללא הוא כהסכם מפורש - הגם שנכרת הוא בהתנהגות ובמעשה ולא בדיבור ובמלה ... קרויים הם "הסכמים מכללא" - להבדילם מהסכמים מפורשים - אך הבחנה זו שבין הסכמים מסוג אחד לבין הסכמים מסוג אחר אינה אלא הבחנה המתארת את דרכי התהוותו של ההסכם. אין לה להבחנה כל פועל-משפטי באשר לעצם קיומו של ההסכם אלא באשר לדרכי הוכחתו בלבד. ההסכם הוא implied in-fact, בנסיבותיו של כל עניין ועניין.

בצידו של החוזה מכללא ה"אמיתי" - אותו חוזה שהוא implied in fact - מצאנו את החוזה מכללא הלא-אמיתי: שקרוי הוא חוזה מכללא וחוזה מכללא אין הוא: לא חוזה הוא ולא מכללא הוא. תופעה ידועה היא לכל, שבהתפתחותו של המשפט עשו בתי-המשפט שימוש בטכניקה של חוזה מכללא, כדי לקדם יצירתן של נורמות וכדי לעשות צדק למתדיינים. כך, למשל, נתפתח במשפט האנגלי ענף המשפט הקרוי עשיית-עושר-ולא-במשפט, ענף-משפט שתלה עצמו שנים רבות בטכניקה של חוזים מכללא שהיו קרויים "מעין חוזים" (quasi-contracts) ... על דבר אחד הסכימו הכל: יהא-אשר-יהא תחום התפרשותו של ה"מעין-חוזה", מכל-מקום: חוזה אין הוא ... אותו "מעין חוזה" היה "חוזה" implied in law, לאמור, תבנית משפטית פורמלית שבתי-המשפט נעזרו בה כדי ליצוק אל-תוכה תוכן (חדש) של משפט. לא היה זה חוזה "אמיתי", חוזה ככל-החוזים, לאמור, נורמה או קובץ נורמות שראובן ושמעון ביקשו ליצור לעצמם - מרצונם - להסדר היחסים ביניהם; לא היה זה כלל חוזה; היתה זו כסות משפטית פורמלית למערכת עובדות שצרכה פתרון מהותי ראוי.

ואכן, במקרים אלה לא בחנו בתי-המשפט כלל את מערכת העובדות שהוצגה לפנייהם, כדי לנסות ולהסיק הסכמה בין ראובן ושמעון, כדרכם של בתי-המשפט

במקום שמבקשים הם לבחון ולמצוא אם נכרת - ואם לא נכרת - הסכם מכללא בין ראובן לבין שמעון. העובדות היו נהירות, והכל ידעו כי לא נכרת הסכם בין בעלי-הדין, לא הסכם מפורש ולא הסכם מכללא. השאלה שבת-המשפט העסיקו עצמם בה, היתה: על יסוד הנחה מוסכמת על הכל כי לא נכרת חוזה בין בעלי-הדין, האם ראוי הוא להעניק לראובן סעד נגד שמעון? האם ראוי הוא ליצור מהות חדשה במשפט, זכות, שתעטה על גופה אדרת שכינוייה הוא חוזה (או "מעין חוזה")? במקום זה אין בית-המשפט מסיק מתוך נסיבות העניין כוונה לכרות חוזה, שכן אין הוא מעוניין כלל למצוא כוונת-אמת לכרות חוזה. ואולם, מתוך שהתבנית היא תבנית של חוזה (או מעין-חוזה) מייחס בית-המשפט לבעלי-הדין (בלע"ז: to impute) כוונה לכרות הסכם, כוונה שהכל יודעים כי אין היא כלל בנמצא וכל-כולה לא נוצרה היא אלא לתבנית המשפטית הפורמלית. חוזה מכללא אמיתי עולה מתוך נסיבות העניין, ואילו חוזה מכללא שאינו-אמיתי מדביקים אנו אותו על נסיבות-העניין "לתפארת המשפט".

החוזה מכללא הלא-אמיתי - אם תרצה: הפיקציה של החוזה מכללא - שימש כלי-עזר רב-ערך בהתפתחותו של המשפט, כמוהו ככל פיקציה אחרת שנועדה להיטיב ולקדם את מערכת המשפט. ואולם, כל פיקציה - טובה ויפה וכבודה ככל-שתהיה - כשמה-כן-היא: פיקציה היא ואין היא אמת. וכל פיקציה תגיע עיתה לרדת מעל בימת המשפט. חוכמת-המשפט היא, שנדע לאתר את השעה הראויה בה נבקש מפיקציה פלונית כי תפנה את מקומה. ופיקציה שתהלך בינותינו לאחר ששלמה מלאכתה, לא זו בלבד שלא תביא עימה תועלת אלא שעלולה היא אף להזיק. (ההדגשות במקור - מ' ח')

ראו עוד: שם, 618-620; כן השוו: ע"א 3666/90, 4012 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4), 45 68; דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 95-96. השוו: ג' שלו, דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה-1995), 294-297. ומהתם - להכא.

16. ענייננו הוא, אפוא, לא בגילויה כביכול של הסכמה משתמעת - הסכמה מכללא - לחילופי מעסיקים, אלא ביצירתו של דין. על כל אלה נאמר אפוא כך: אם הסכימו העובדים במפורש להחלפת המעסיק - מראש או בשלב כלשהו של תהליך העברת העסק ממעסיק למעסיק - אין מתעוררת כל שאלה. הוא הדין אם ניתן להצביע על אירועים ספציפיים המתפרשים כגילוי הסכמה מצידם של העובדים להחלפת המעסיק. כך גם

במקרה ההפוך, בו ניתן להצביע על היעדר הסכמה לחילופי המעסיק. בכל מקרים אלה אין מתעוררת כל שאלה בענייננו. השאלה מתייצבת לפנינו בכל עוצמתה במקום שבו אין גילויים לא של הסכמה ולא של אי-הסכמה, והוא המקרה הרגיל. במקום זה הדין הוא המורה אותנו הדרך, ובהיעדר דין חרות תתפוש ההלכה את מקומו. בית-משפט - כדרכו של בית-משפט - הוא שיקבע את הדין החל: על-פי עקרונות היסוד והדוקטרינות במשפט, על דרך יישומם של דינים שלעניין, בהיעזרות בהיקש ובשכל הישר, ותוך נתינת הדעת למקובל בחברה בזמן נתון. בהליך מורכב זה ראוי לנו כי נתרחק מפיקציות, בהן הפיקציה של ההסכמה המשתמעת. אין אנו נדרשים לפיקציה, ופיקציה שלא במקומה לא תביא עימה טובה. חילוקי הדעות בין חבריי אין הם נסבים אפוא על "הסכמה משתמעת" במובנו האמיתי של המושג, קרא: הסכמה המשתמעת מן הנסיבות הקונקרטיות שבמקרה פלוני או אלמוני. חילוקי הדעות ביניהם נסבים הם על הדין - על הדין הרצוי והמצוי. ואם אלה פניי הדברים - ואלה הם אמנם פניהם - ראויים הם כי נסיר את המסכה מעליהם ונשיח באורח מפורש ובלשון ברורה. אכן, עצם השקלא-והטריא בחוות הדעת של חבריי לעניין יצירתו של "איזון" אינטרסים בין מעסיק לבין עובדיו - וברמה של קביעת נורמה עקרונית - מלמדים על דרכי יצירתו של דין והרי זו דרכו של המחוקק ביצירתו של דין.

פררוגטיבת-ניהול ושינויים אורגניים

17. הכל מסכימים כי קנויה לו למעסיק "פררוגטיבת ניהול" במיפעל שבבעלותו, וכי העובדים כופפים עצמם (ב"הסכמה משתמעת") לפררוגטיבה זו. השאלה שבענייננו אינה אלא אם אותה פררוגטיבה פורשת עצמה גם על שינויים מיבניים שהמעסיק מבקש לערוך במפעל, בהם מיזוג ופיצול, הקמתן של חברות בנות לפעילויות שונות וכו'. לשון אחר: האם שינויים מיבניים מעין-אלה באים בגידרי הפררוגטיבה של המעסיק, או שמא יש בהם, או במיקצתם, כדי להקנות לעובד זכויות כלשהן כלפי המעסיק. חברי השופט מצא סובר - כמוהו כבית הדין הארצי לעבודה - כי קנויה לו למעסיק זכות לחולל שינויי מיבנה בעסק וכי מעשה השינויים אינו מקנה זכות לעובדים. ובלשונו של חברי (בפיסקה 17 לחוות דעתו):

חלק חשוב מפררוגטיבת הניהול הוא כוחו של המעביד למכור את מפעלו, כולו את חלקו, או לבצע בו שינויים מבניים אחרים, ללא קבלת הסכמת העובדים למהלך... בהיעדר ראיה ברורה לסתור, יש להניח כי העובד הסכים מכללא, בעת כריתת חוזה העבודה, כי למעביד יהיה

נתון הכוח למכור את המפעל כ"עסק חי" ... פעולה זו מצויה בגדר הפרוגטיבה של המעביד למכור את מפעלו, שלה הסכים העובד מכללא בחוזה העבודה. המדובר בהוראה משתמעת בחוזה, המקנה למעביד את הכוח לשנות הוראה אחרת - היא ההוראה בדבר זהות המעביד - באורח חד-צדדי.

חברי השופט אור דעתו היא אחרת. להשקפתו, יש לאתר בחייו של עסק שינויים שהוא מכנה אותם "שינויים אורגניים", והם: שינויים בעסק "הפוגעים בזכויות מהותיות של העובדים המוקנות להם על פי חוזה העבודה והמשנים את בסיס ההסכמה בין הצדדים לו, עד שלא ניתן עוד לראות בהם הגמשה של החוזה המקורי, אלא חוזה חדש" (בפיסקה 34 לחוות-הדעת). אשר לשינויים אלה, חברי סבור כי אין הם באים בגדר הפרוגטיבה של המעסיק. כן כופר הוא בקיומה של הסכמה משתמעת מצד העובדים לביצועם של שינויים אורגניים במיפעל שהם מועסקים בו. הבאנו לעיל מדברי חברי, ונוסיף עליהם דברים ממקומות אחרים בחוות-דעתו (בפיסקאות 34 ו-35):

... בהעדר ראיות ברורות המורות אחרת, אין ליחס לעובד הסכמה בעת כריתת חוזה העבודה לשינוי כאמור בתנאי עבודתו.

לדעתי העברת הזכויות החוזיות של המעביד כלפי צוות העובדים, במסגרת מכירת העסק כ"עסק חי", באה בגדר אותם שינויים אורגניים אשר פרוגטיבת המעביד אינה משתרעת עליהם ... קשה עליה הקביעה, ולא אוכל להסכים לה, כי עובד מסכים מראש להיות עובדו של מעביד חדש, בו יבחר מעבידו, מבלי שהוא יודע כלל מהי זהותו של מעביד חדש זה, ומבלי שיש עיגון עובדתי כלשהו להסכמה כזו, לא בתנאי החוזה המחייב אשר בין העובד למעביד ולא בדרך אחרת ... לפי המצב המשפטי הקיים כיום, עובד אינו יכול, בדרך כלל, למנוע ממעבידו לבצע שינוי מבני בעסקו. אולם מכאן אין דרך כלשהי להסיק כי הוא מסכים "להימכר", באופן עיוור, יחד עם קווי הייצור, הציוד המשרדי והמבנה של העסק, לידי מעביד חדש שזהותו לא היתה ידועה לו כלל בעת שכרת את הסכם העבודה שלו.

הנה-הם המחנות הניצבים ערוכים זה אל-מול זה ואיש מהם לא יעשה ולו צעד אחד לפנים לשלום.

18. כשאני לעצמי, דומני כי המיבחנים שהציבו חבריי, כל אחד מהם בדרכו, מיבחנים נוקשים הם יתר-על-המידה. מיבחנים נוקשים יכול ורשאי מחוקק ראשי

להחזיק בהם, ודברו דבר. נוכח גיוונם הרב של החיים, עושר הציורופים שבהם, והשינויים התדירים והמהירים בחברה ובטכנולוגיה - בעיקר בימינו - אין זה ראוי שהמחוקק, אף-הוא, ירבה לקבוע בחיי החברה נורמות נחרצות מסוג של "לא תרצח" ו"לא תענה ברעך עד שקר". וכפי שנאמר על קביעתה של מדיניות בידי רשות מוסמכת: "מדיניות נעדרת חריגים כמוה כמכונת-מספּים בלא שמן לְהַסִיכָה. מה זו האחרונה לא תפעל ותישרף במהרה, כן דין המדיניות" (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 794). גמישות, במידה זו או אחרת, תכונה ראויה וטובה היא בנורמה, ולעיתים לא תיכון ולא תחיה נורמה אלא אם גמישה היא ולו בשוליה. אם אלה דברים ייאמרו על מחוקק ראשי קל-וחומר בקביעתה של הלכה. אכן, דרך קביעתם של כללים נוקשים אינה דרכה של ההלכה, שמיבחינה מיבחינים גמישים הם - מיבחינים העשויים להתאים עצמם לנסיבות המשתנות של החיים והטכנולוגיה. אם כך ביצירתה של הלכה על דרך הכלל, קל-וחומר בהלכה הנסבה על יחסי עבודה שעל-פי טיבם דינמיים הם, בין לעצמם בין ביחס למיגזרים אחרים במשפט.

19. המיבחן שהציג חברי השופט מצא, ולפיו באים "שינויים אורגניים" בגידרי הפרווגטיבה של המעסיק; כמותו המיבחן שהציב חברי השופט אור, כי "שינויים אורגניים" מותרים אמנם למעסיק אלא ש"בהיעדר ראיות ברורות המורות אחרת, אין ליחס לעובד הסכמה בעת כריתת חוזה העבודה לשינוי כאמור בתנאי עבודתו" (השופט אור בפסקה 34 לחוות דעתו); שני המיבחינים גם יחד מיבחינים נוקשים הם לטעמי יתר-על-המידה כמיבחיני הלכה. כך, למשל, אינני סבור כי אותה מערכת כללים ראוי שתחול על עסק קטן (חנות למימכר פרחים ובה שני עובדים) ועל מיפעל-רבא כתע"א. שני אלה, גם זה גם זה, "עסקים" הם, ואולם אתקשה להחיל על השניים אותה מערכת כללים, אותן חזקות ואותה "הסכמה משתמעת". יתר-על-כן: ההסכמה המשתמעת שחברי השופט מצא מדבר בה, הסכמה משתמעת היא לכל שינויי מיבנה בעסק, ודומני כי "הסכמה" מעין-זו גורפת היא יתר-על-המידה. במקום שהמדובר הוא בעסק קטן - עסק בו מועסק מספר זעום של עובדים - ומטבע הדברים ניתן אף להצביע על מערכת יחסים אישית בין העובד לבין המעסיק - דומה שהכל יסכימו כי אין עומדת לו למעסיק זכות למכור את העסק כעסק חי, קרא: אין להסיק הסכמה משתמעת של העובדים (בכפופות לזכותם להתפטר בדין פיטורים) לאותה מכירה. ראו והשוו: פרשת *Katsikas v. Konstantinidis* המובאת בפסקה 13 לחוות-דעתו של השופט אור. ועל מישקל לשון חז"ל נאמר, כי יכול זכאי הוא העובד לטעון: הראשון נוח לי - השני קשה הימנו (השוו: כתובות, פרק י"ג משנה ו', בבא-בתרא דף ל ע"ב). במערכי עובדות כגון אלה בא לידי ביטוי בולט מושג השירות האישי - על ההלכות המיוחדות שהוא גורר אחריו - ולא נתקשה להסיק כי העברת העסק מיד-אל-יד לא תחייב את העובד להמשיך ולהיות

מועסק על-ידי הבעלים החדש. לא כן הוא במיפעלים גדולים בהם מועסקים עשרות רבות, מאות ואף אלפים של עובדים. מיפעלים מאוגדים דרך כלל כחברות, המעסיק הוא לא אדם בשר-ודם אלא אישיות משפטית ערטילאה, ובמקרים מעין אלה מתעוררות השאלות הקשות. וכן הוא ענייננו-שלנו.

20. בה-בעת, המושג "שינויים אורגניים" שחברי השופט אור מדבר בהם, הגם שמושג ראוי וטוב הוא לענייננו, מעורפל ורב-משמעי הוא מכדי שיוכל לשמש בידינו כמיבחן בלעדי. יתר-על-כן: אין בו במיבחן השינויים האורגניים תשובה מספקת למערכי עובדה שונים ומשונים שהדמיון ביניהם דמיון קלוש הוא. הנה היא חברה שצמחה והפכה חברת-ענק השולחת ידה בענפי שירותים, מסחר ותעשייה שונים, ולייעול פעולתה מבקשים מנהליה להופכה לחברת-החזקה שבשליטתה אשכול של חברות בנות המתמחות, כל אחת מהן, בתחום ספציפי. בצד חברה זו יציג עצמו לפנינו מודל של מכירת מיפעל מחברה אחת למישנה. בשני מערכים אלה נתחוללו "שינויים אורגניים", אך דומני שלא אטעה אם אומר כי לענייננו-שלנו המפריד בין המערכים רב על הדומה בהם. ומה הדין במקרה בו נמכרת חברה על מיפעליה בדרך של מכירת מניות? באורח פורמלי אין זהותה של המעסיקה משתנה - המעסיקה היתה ונותרה אותה חברה - אך האם אמנם המעסיקה אותה מעסיקה היא ובכל מערכת של העברת מניות מיד-אל-יד? אם נאמר, אפוא, כי מערכת מעין זו של העברת מניות אינה מציגה לפנינו מקרה של חילופי מעסיק, עשוייה להישאל שאלה מה בין מכירת מניות לבין מכירת העסק כעסק חי בלא מכירת המניות. ואילו אם נפסוק כי מכירת מניות כמוה כחילופי מעסיק, אין צורך בדימיון מפליג כדי להבין ולידע לאיזו מערבולת עשויים אנו לקלוע את המערכת. למותר לומר כי אין בכוונתנו להציע פתרונות לדוגמת המניות וכמותה לשאר מערכים של "שינויים אורגניים", לרבות שינויים שאינם אורגניים אך דומים הם במאוד לשינויים אורגניים. נהפוך הוא: תכלית דברינו היא להצביע על הצורך הדחוק שלא לקבוע כלל נוקשה הנסוב אך על "שינויים אורגניים" או כלל כלל נוקשה אחר.

21. אין ספק, לדעתנו, שראוי לו למחוקק כי יידרש לסוגיה סבוכה זו של שינויים מיבניים במיפעלים ובעסקים, בייחוד נוכח הגיוון הרב של סוגי המקרים שניתן לסווגם כשינויים מיבניים. קביעת הכללים במקרים אלה צורכת מלאכת איזונים נורמטיבית קשה ועדינה. ובדפּרְנו באיזונים כוונתנו הוא לאיזונים במובנם הרחב ביותר: איזונים הנקבעים לאחר חקירה ודרישה בסוגי המערכים השונים האפשריים והשפעותיהם המשוערות על העובדים, על המעסיקים ועל המשק בכללו. מלאכה זו מלאכתו של המחוקק היא. ואולם עד אם יבוא המחוקק ויאמר את דברו, הנטל לפיתחו של בית-

המשפט רובץ הוא כי יאמר את דברו. זאת יעשה בית-המשפט בנווטו בזהירות בין המהמורות והמיכשולים הניצבים על דרך ותוך ניסיון שלא לשרוט יתר-על-המידה, לא את העובדים ולא את המעסיק.

22. עוד נעיר באותו הקשר, שראוי לנו כי נזכור שענייננו טובל עד לשפתו בכוחות לבר-משפטיים, בהם כוחות השוק ומצבו הכללי של השוק (שוק של אבטלה, שוק של תעסוקה מלאה וכו'), כוחות המעסיקים וכוחות אירגוני העובדים, מצבה הכללי של המדינה וכו', וכי כל אלה יוצרים מעין "מאזן אימה" כלכלי שהשפעתו - על דרך ההמעטה - אינה פחותה מהשפעת נורמות המשפט. מערכת כוללת וסבוכה זו מחייבת את בית-המשפט - ואת המחוקק - לזהירות יתירה, בייחוד בזוכרנו כי המשפט, ביצירת זכויות וחובות, פועלו הוא על דרך הגיליוטינה. ספק אם במערכת של יחסי עבודה קיבוציים הגיליוטינה היא כלי מועיל. אכן, ראוי להם לבתי המשפט - וכמותם למחוקק - להניח גם לכוחות השוק ולהסכמים הקיבוציים לעשות את שלהם. בית-המשפט, מכל מקום, ראוי לו כי לא יקבע נורמות התנהגות במערכים כגון זה המונח לפנינו, אלא כנדרש מעיקרי-יסוד של השיטה, תוך צימצום תחומי פרישתן של הנורמות ככל הניתן. מכל מקום, בית-המשפט יעשה כמיטבו לקביעתן של נורמות גמישות אשר תוכלנה להתאים עצמן, ככל הניתן, למצבים המשתנים שהנורמות מבקשות להחיל עצמן עליהם.

פרוגטיבת ניהול מתוחמת

23. בתיתנו דעתנו לכל מרכיבי המערכת ולשיקולים שהצבענו עליהם בדברינו למעלה, נתקשה לצרף דעתנו לדעתו של חברנו השופט מצא על-אודות סמכותו הכללית והכוללת של בעלים להעביר את עיסקו לזולתו כעסק חי (ולו תוך שמירת זכותם של העובדים, "ככלל", להתפטר בדין פיטורין). מיבחן זה, לטעמנו, מיבחן נוקשה הוא יתר-על-המידה ולו משום שמבקש הוא לפרוש עצמו על סוגי מקרים שאינם דומים זה-לזה בהיבטים חשובים שלעניין. יתר-על-כן: מיבחן זה, לדעתנו, יש בו כדי לפגוע מעבר למידה באיזון הראוי בין זכויות המעסיק לבין זכויות העובדים. בה-בעת, נתקשה לצרף דעתנו גם לדעתו של השופט אור, שלסברתנו אין זה ראוי לנו כי נבחן את יחסי המעסיק והעובדים בענייננו על-פי המיבחן הבלעדי של שינויי מיבנה בעסק. לא הרי שינויי מיבנה כהרי שינויי מיבנה, וממילא לא הרי דין שינויי מיבנה במקרה אחד כהרי דין שינויי מיבנה במקרה אחר. לא נספק עצמנו אך במיבחן של שינויי מיבנה אורגניים. שומה עלינו להוסיף ולבחון אותם שינויי מיבנה לגופם, ורק בסיומה של בחינה זו נדע אם אכן חל שינויי אופרטיווי (לענייננו) ביחסי המעסיק והעובד ביניהם לבין עצמם.

24. המיבחן הקובע לדעתי מיבחן משולב הוא ובו יסוד אירגוני ("שינויים אורגניים") ויסוד פונקציונלי. היסוד האירגוני מסב עצמו על שינוי זהותו של המעסיק, והיסוד הפונקציונלי נדרש לשינויים שחלו, או שלא חלו, בזכויותיו ובציפיותיו הלגיטימיות של העובד, ב"סביבתו", בשאלה אם חל שינוי לרעה - או עלול להיווצר שינוי לרעה - במצבו וכו'. המיבחן הקובע, אפוא, אין הוא תמיד, ולעולם, מיבחן פורמלי בלבד - שינוי זהותו של המעסיק; שומה עלינו להוסיף ולבדוק מהותו של אותו שינוי זהות, תוך זיקה ליסוד הפונקציונלי. דומני כי בשילובם של שני יסודות אלה האחד-אל-רעהו ייווצר איזון אופטימלי ביחסי הזכויות והחובות של המעסיק והעובדים, וראוי לנו אפוא כי נחזיק במיבחן זה המשולב.

25. אינני סבור כי נכון וראוי הוא לפגוע בזכותו של מעסיק לארגן מחדש את מיפעלו - מטעמים כלכליים, מטעמי מיסוי, מטעמי אירגון פנימיים, מטעמים טכניים או מכל טעם לגיטימי אחר - מחשש שמא אירגון מחדש כך של המיפעל יהא כרוך בתשלומים שאפשר אף ימנעו את המעשה. אכן, דעתי היא כי לא נוכל לספק עצמנו בשינוי הפורמלי שנתחולל בבעלות על העסק. שומה עלינו להוסיף ולבחון מהותו של השינוי לגופו. השאלה ששומה עלינו לשאול עצמנו שאלה מהותית היא בנסיבותיו של כל עניין ועניין: מהותו של השינוי - מהי? אין זה ראוי כי נידרש אך לשינוי האורגני וכי על-פיו בלבד נכריע בדין. אכן כן: יהיו מקרים שבהם יכריע השינוי האורגני, אך זאת לא מפאת השינוי הפורמלי בזהות הבעלים אלא בתיתנו דעתנו לטיבו של אותו שינוי. כך, למשל, יכול הטוען לטעון - ואנו אין אנו טוענים לא כך ולא אחרת - כי מכירת מיפעל אל-החוץ יש בה שינוי זהות בעלים המקנה לעובדים זכויות כלפי המעסיק. אלא ששאלה זו לא הוצבה לפנינו ועל-כן ניזהר שלא להכריע בה. איזון הזכויות, כפי שאמרנו למעלה, כורך פעילות עדינה ביותר, ואנו לא נכריע אלא במה שהונח לפנינו.

26. אשר לעומקו ולמידתו של השינוי המזכה את העובדים, ניתן, אפשר, להידרש להוראת סעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורין, ולפיה אמת-המידה הקובעת היא "הרעה מוחשית בתנאי העבודה" או "נסיבות אחרות שביחסי עבודה לגבי אותו העובד שבהן אין לדרוש ממנו כי ימשיך בעבודתו". על-פי הלוח מחשבה זה, ההוראה שבחוק פיצויי פיטורין לא הקימה אך כלל ספציפי ופרטני בתחומה. מהווה היא דוקטרינה או מעין-דוקטרינה במשפט-העבודה, וכוחה פורץ אל-מעבר לבית שבו שפְּנָה. ראו והשוו: ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199, 260 ואילך; בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 662-663. לעניין זה מקובלת עלי עמדתה של דעת הרוב בבית-הדין הארצי לעבודה כפי שנסקרה בפיסקה

16 לחוות-דעתו של חברי השופט מצא, ולפיה: "הכלל ... הוא, כי חילופי מעבידים במקום העבודה מהווים, באופן רגיל, 'נסיבות אחרות שביחסי עבודה לגבי אותו העובד שבהן אין לדרוש ממנו כי ימשיך בעבודתו', כאמור בסעיף 11(א) לחוק פיצויי-פיטורים. ואילו עם החריג ... נמנים אותם מקרים שבהם אין לראות בחילופי המעבידים משום 'נסיבות אחרות' מעין אלו." ואולם, לא אתיימר לקבוע מסמרות בשאלה שלא עמדה לפנינו במלוא חריפותה.

27. לשון אחר: בהלכנו בתוואי ה"תנאי מכללא" - אשר על תוכנו נחלקו חבריי - עמדתי עמדת-ביניים היא. בדומה לחברי השופט מצא, סבור אני כי בנסיבות מתאימות ניתן אמנם לייחס לעובד הסכמה משתמעת לזכותו של המעסיק לבצע שינויים אורגניים במיפעלו. אלא שבשונה מחברי השופט מצא, ובדומה במיקצת לחברי השופט אור, סבור אני כי אותה "הסכמה משתמעת" "הסכמה" מורכבת היא. וכך, הסכמתו זו המשתמעת של העובד ניתנת עד לגבול מסויים, דהיינו, כל עוד לא נתחוללו שינויים ביחסי עבודה שבהם אין לדרוש ממנו כי ימשיך בעבודתו.

28. דומני כי כלל משולב זה - כלל פורמלי המשולב בכלל מהותי - עולה בקנה אחד עם הוראות הדין הכללי ועם הוראות משפט העבודה; מאזן הוא כראוי בין זכויות העובדים לבין זכויות המעבידים; מאפשר הוא יישום גמיש לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה; ועולה הוא בקנה אחד עם אופיים הדינמי והמשתנה של יחסי העבודה. נזכור עוד, כפי שאמרנו בדברינו למעלה: החיים מקרים על דרכנו מערכות-עובדה שונות זו מזו, ולעיתים די בשינוי גנטי קל כדי שנחיל על מערכת אחת דין שונה מן הדין שנחיל על מערכת אחרת. טוב נעשה, אפוא, אם נצמצם דברינו למערכת העובדות שהוצבה לפנינו - אם תרצו: לסוג מערכת זו - וכך נכריע בדין. למיצער נקבע מיבחר גמיש ונרחיק עצמנו ממיבחר נוקשה העלול לעמוד לנו למיכשול בהחלתו על מערכות עובדה בלתי נחזות שתעלינה בעתיד.

ומן הכלל אל הפרט

29. בענייננו מדברים אנו בכוונתה של תע"א להפריד מגופה את מיפעל רמת"א, ולהעביר מיפעל זה לבעלות חברה (חברת רמת"א) אשר תישלט במלואה ע"י תע"א. מעשה הפרדה בא כחלק משינוי המיבנה האירגוני של תע"א, להעברתה מניהול צנטרליסטי לניהול מבוזר, וכן כהכנה להליך של הפרטה. נדע מכאן, כי השינוי המיועד הוא החלפתו של המעסיק: שעד עתה היתה תע"א המעסיק; מעתה תהא חברת רמת"א

המעסיק; ואילו רמת"א עצמה תישלט על-ידי תע"א. אם נתעלם לרגע מן התכנון המיועד להפרטה - כפי שבית-הדין הארצי לעבודה התעלם ממנה - השאלה הנשאלת היא, אם אירגונה מחדש של תע"א ("רה-אירגון" כברכריזם הכילאיימי הלשוני המקובל) על דרך העברת מיפעל ממיפעליה לחברה-בת הנשלטת במלואה על-ידי תע"א, יש בה - באשר היא - "שינוי אורגני" המזכה את העובדים לראות עצמם כממשיכים להיות מועסקים על-ידי תע"א במישרין ולא על-ידי חברת-הבת? האם נפסוק כי זהותו של המעסיק נשתנתה - תחת תע"א כמעסיק באה חברת-הבת הנשלטת בידי תע"א - וכמסקנה נדרשת מכך יכולים וזכאים הם העובדים לטעון כי אין הם מסכימים למעשה; כי אין לחייבם לעבוד בשירותו של מעסיק שלא הסכימו לשרתו; וכי רואים הם עצמם כממשיכים לעבוד בשירותה של תע"א? תשובתי לשאלה היא בשלילה.

30. אכן, אם אלה הם הנתונים היחידים הניתנים לנו, דומני שאין הצדק לקבוע כי נפגעו זכויות יסוד של העובדים וכי זכאים הם העובדים לטעון שרואים הם עצמם כממשיכים לעבוד בתע"א. טעם הדבר הוא זה, שהמעסיק ה"אמיתי" של העובדים לא נשתנה באורח מהותי. בענייננו שלנו, כאמור - ובהתעלם משאלת ההפרטה - המדובר אינו אלא באירגון מחדש - אירגון שיגרתי - בתוככי תע"א. וכך, בהעברת מיפעל רמת"א אל חברה בת הנמצאת בשליטה מלאה של תע"א - העברה באשר היא - אינני מוצא הצדק לטענה כי נפגעו זכויות יסוד של העובדים, כי נתחולל שינוי דרמטי במעמדם, כי נעשה מעשה בניגוד להסכמתם מכללא (כביכול). אתקשה, למשל, למצוא הבחנה של-ממש בין ענייננו לבין מערכת בה מלכתחילה היתה תע"א בנויה כחברת החזקה השולטת באשכול חברות ובהן רמת"א. האמירה כי עם העברת מיפעל רמת"א לחברת רמת"א נתחולל שינוי בזהות הבעלים, נדמית בעיניי כאמירה פורמלית שאין בה - ואין זה ראוי כי תהא בה - עוצמה שבכוחה להקנות זכויות ולהטיל חובות.

31. ואולם בכך לא הוגד לנו אלא החצי. משנמצא לנו כי המיבחן האורגני אין די בו, כשהוא לעצמו, להקניית זכויות ולהטלת חובות, שומה עלינו לצרף לבלייל את המיבחן הפונקציונלי, לבחינת מהות העברתו של מיפעל רמת"א לחברה בת של תע"א. העברה זו - מה השפעה תהא נודעת לה על זכויותיהם של העובדים? האם נגרע מזכויותיהם? האם נשתנה מצבם לרעה? מה סיכונים נוטלים הם על עצמם באותה העברה? מהי השפעתה המשוערת של ההפרטה המיועדת על זכויות העובדים? שאלות אלו ושאלות אחרות כיוצא בהן - שאלות שכל כולן מתמקדות הן בהשוואה בין מעמדם הכללי והספציפי של העובדים כעובדי תע"א מזה וכעובדי רמת"א מזה - שאלות של מהות הן, והתשובה המשוקללת להן תודיענו אם אמנם אמורות להיפגע זכויות

העובדים במעבר מתע"א לרמת"א כדי-כך שרשאים הם לומר: אי אפשר לנו בהעברה כגון זו; אנו רואים עצמנו כממשיכים להיות עובדים בתע"א. אכן, בשאלות אלו מוחזק בית-הדין לעבודה מומחה-מכל, שהרי "אווירת" יחסי העבודה בארץ נהירה לו מחיי היום-יום ומפגישותיו התדירות עם עובדים ומעסיקים ועם אנשים ובעלי סמכויות המשוקעים ביחסי העבודה. אלא ששאלות אלו לא הוכרע בהן בבית-הדין לעבודה, ואנו נותרנו וחילוקי הדעות שבין הצדדים רובצים לפיתחנו. ראו, למשל: השופט מצא בפסקה 19 לחוות-דעתו, ומנגד השופט אור בפסקה 5 לחוות-דעתו שלו.

32. נשוב ונדגיש: מדברים אנו, ומבקשים אנו להכריע, אך במערכת העובדות שהונחה לפנינו, מערכת של אירגון מחדש בתוככי תע"א על דרך העברת מיפעל של תע"א לחברה בת הנתונה לשליטתה. גם כאן תקפו עלינו קשיים למכביר ואין צורך שנכריע במה שלא הוסמכנו להכריע בו.

33. בכפיות לדברים שאמרתי לעיל, אני מסכים להלכות האחרות שנקבעו בחוות דעתו של השופט אור, ולא אוסיף. אם דעתי תישמע, אפוא, ועל אף ההשהיה בהכרעתנו, נורה על החזרת הדיון לבית-הדין האזורי לעבודה: לבחינת המיכלול כפי שהיצגנו לעיל, ולאחר בחינה זו - להכרעה בחילוקי הדעות בין בעלי-הדין.

אחר הדברים האלה

34. אחר הדברים האלה קראתי את חוות-דעתם של חבריי, השופטים ריבלין וגרוניס. בשניים נחלקנו חבריי ואנוכי, ואומר עתה מילים אחדות על כל אחד מן השניים.

35. אשר למיבחנים הקובעים את מידת התערבותו ועומק התערבותו של בית-המשפט הגבוה לצדק בפסקי-הדין של בית הדין הארצי לעבודה. חבריי - כל אחד מהם בדרכו - מבקשים לצמצם את פרישתה ואת עומקה של ההתערבות, ולהשקפתם - אם ירדתי לסוף דעתם - אפשר כי בפסק-דינו של בית-הדין הארצי לעבודה תיפול טעות בפירושו של חוק או בקביעת תחום פרישתה של הלכה משפטית, ובכל-זאת יִחָשֶׁה הבג"ץ ולא יעשה דבר. אסכים, כמובן, כי לא בכל מקרה בו נפלה שגגה יתערב הבג"ץ בפסק-דין של בית-הדין הארצי לעבודה; והרי הלכה היא המקובלת מימים ימימה, כי גם במקום בו נפלה טעות משפטית בהחלטתה של רשות מוסמכת כלשהי, לא בהכרח

יתערב בג"ץ בהחלטה. ואולם, אם נפלה טעות משפטית בפירושו של חוק - או בפירושה של הלכה - ולולא אותו פירוש היה בית הדין לעבודה פוסק אחרת משפסק, על-דרך-הכלל יתערב-גם-יתערב הבג"ץ. הייתי מוסיף ואומר: הבג"ץ יתערב מחובת הצדק (ex debito justitiae). בית-המשפט הגבוה לצדק - כמוהו ככל בית-משפט - ייעודו הראשון והעיקרי הוא לעשות צדק בין המתדיינים לפניו. ובית-משפט לא יעשה כחובתו אם יעלים עין מטעות בפירושו של חוק - טעות אשר הביאה לחיוב הזכאי ולזיכוי החייב. מכל מקום, לא מצאתי בדברי חבריי תשובה לקושיה שהעליתי באשר לאפשרות יצירתם של שני זירמי-מחשבה שונים וסותרים בגידרי המשפט בישראל. וכי ילך הדין אחר הדיין? ראו פסקה 6 לעיל.

מוסיף ואומר חברי השופט ריבלין (בפסקה 5 לחוות-דעתו): "אין זה בלתי מתקבל על דעתי, כי בית-משפט זה יותיר את ההכרעה בשאלות משפטיות הנטועות בתחום דיני העבודה - גם אם הן שאלות חשובות - בידי הערכאה המוסמכת, וימקד את ביקורתו למקרים שבהם נגרם אי-צדק גלוי או שהסוגיה חורגת מתחום המומחיות של בית הדין לעבודה." והנה, ענייננו-שלנו - למיטב הבנתי - נטוע עמוק-עמוק בתחום דיני העבודה; מלפני דיני העבודה הוא. לא עוד, אלא שמצוי הוא בתחום ה"מומחיות" של בית הדין לעבודה. חרף זאת רואה חברי הצדק להתערב בהכרעתו של בית הדין הארצי הואיל ומדובר בשאלות עקרוניות ובשאלת עיצובן של זכויות יסוד. ואני לא ידעתי: וכי בסוגיות הנטועות בגדירת דיני עבודה אין שאלות עקרוניות ואין זכויות יסוד, ולו בתחום ה"מומחיות"?

36. אשר לגופם של דברים: עד שקראתי בדברי חבריי השופטים ריבלין וגרוניס, סברתי כי ראשונים - חבריי המישנה לנשיא השופט מצא והמישנה לנשיא (בדימ') השופט אור - תקעו יתדם במיבחנים נוקשים יתר-על-המידה - נוקשים וסותרים - למסכת יחסיהם של עובדים ומעסיקים במערכת של חילופי מעסיקים. עתה, שקראתי דברי אחרונים, והרוח המנשבת מן השורות ומביניהן סטרה על פניי משמאל ומימין, ידעתי כי ראשונים נטעו אך מיבחנים נוקשים-למחצה.

37. חברי השופט ריבלין מייסד מישנתו כולה על כבוד האדם, על רוחו החופשית של האדם, על חירותו של האדם. "חירותו של העובד לבחור את המעביד", כך שונה חברי "הורתה בחופש האדם ובכבודו" (פסקה 9 לחוות-הדעת). ועוד (בפסקה 10): "חירותו של העובד לבור לו את מעבידו נגזרת מן הזכות לחירות, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומן הערך של כבוד האדם". אמירות מגביהות-עוף אלו, איש לא יחלוק עליהן. הן היו עימנו עוד לפני היות חוקי היסוד. יתר-על-כן: הצופן הגנטי של

כל עיקרי-היסוד במשפט - הם ועימהם הדוקטרינות והכללים הפרטיקולריים - יימצאו בו כבוד האדם, רוחו החופשית של האדם, חירותו של האדם. כל אלה היו, להבדיל, כרוח אלוהים מרחפת על פני המים. גם מי שלא ניחן בדמיון מפליג יבין ויידע כי כל אלה - הם וצאצאיהם - שוכנים ביסודם של דיני חוזים, כי עליהם מושתתים דיני נזיקין, דיני עשיית עושר ולא במשפט, וכך הלאה. הם אגם המים הטהורים שכללי המשפט צפים עליו כאותן נימפיות. ראו והשוו: ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133, 182. ואחרי כל אלה, שאלה היא אם ראוי כי נעמיד אבני-יסוד אלו כמקור עיקרי לפיתרון הסוגיה שלפנינו.

כשאני לעצמי, דומני שראוי לנו כי נזעיק את המערך הגנטי לעזרנו רק ככלות כל הקיצין, בהיעדר כל פיתרון סביר וראוי אחר בעיקרי-היסוד, בדוקטרינות ובכללים המשרתים אותנו נאמנה בחיי היומיום של המשפט. קריאה לעזרה של המערך הגנטי בענייננו קָשָׁל למה הוא דומה, לרופא המבקש לרפוא להצטננות קלה באנטיביוטיקה חריפה שנועדה למחלות קשות.

יתר-על-כן: המושג חילופי מעסיקים מושג כל-כולל הוא. דבריו של חברי - דברים היוצאים מן הלב - יפים וראויים הם לאירועים מספריו של צ'רלס דיקנס, על-אודות עובד שמבקשים להעבירו למעסיק רע-מעללים, מעסיק העולב בעובדיו ומשפילים כל העת, מבוקר עד ערב. על אלה ייאמר: הראשון נוח לי - השני קשה הימנו. ואולם אתקשה להחיל אותו דין על מעסיקים שהם תאגידיים, בלא שאבדוק תחילה מי ומה ולמה. החלת המושג "חירות הבחירה" - על הַחֶלֶק - על מעסיק שהוא אישיות משפטית, אינה נראית ראויה בעיניי. קביעת הלכה כך נוטה בעיניי יתר-על-המידה לאחד מן הכוחות המושכים לצדדים.

38. אשר לחוות-דעתו של חברי השופט גרוניס: מיבחן שהעמדתי בחוות-דעתי, חברי השופט גרוניס חושש מאי-ודאות בהחלתו. על כך אשיב, שיפה אי-ודאות פונקציונלית וראויה - משל עוולת הרשלנות - מהכרעה אפריורית וחותכת לטובתו של אחד מן הצדדים המעורבים. בסוף-כל-הסופות, נזכור, הכרעה משפטית שנכריע לא תהווה אלא רכיב אחד במסכת היחסים הסבוכה והמורכבת שבין מעסיקים לבין עובדים. ויפה לו לבית-המשפט שבמערכת מעין-זו ינקוט גישה מאוזנת ומתונה. זו היתה הצעתי ואני אוחו בה בחוזקה.

השופטת ד' דורנר:

אני מסכימה לפסק-דינו של חברי, המשנה-לנשיא (בדימ') תאודור אור על נימוקיו.

חשיבות הסוגיה העומדת לדיון בפנינו מודגמת היטב בימים אלה, בהם נוהגת מדיניות של הפרטה וחברות ממשלתיות נמכרות לגופים פרטיים. ברי, כי שינוי זה משפיע על חיי היומיום של העובד, ובהתאם, כפי שהראה חברי, אין הדין מאפשר "למכור" את העובדים יחד עם מקום עבודתם.

במשטר של שוק חופשי, לאינטרס הכלכלי למכירת המפעל כעסק חי חייב להיות מחיר. התערבות פסיקתית מעקרת את זכויות העובדים על כוח עבודתם שהוא נכסם האישי, ופוגעת באיזון הנוצר על-ידי כוחות השוק בין האינטרסים הכלכליים של שני הצדדים. אין לחשוש כי קיום משא ומתן בין העובדים למעביד יוביל לדרישת מחיר מופרז שתסכל את המכירה, וזאת לאור אינטרס העובדים לשמור על מקום עבודתם.

אשר-על-כן, אני מצרפת דעתי לדעת חברי המשנה-לנשיא בדימ' כי יש לקבל את עתירת ההסתדרות ולדחות את עתירת התעשייה האווירית וחברת רמתא.

ש ו פ ט ת (בדימ')

השופט א' ריבלין:

1. העובדות העומדות ביסוד העתירות שבפנינו פורטו בהרחבה ובבהירות על-ידי חברי, ופטור אני מלחזור עליהן. בתיק זה, ניצבת בפנינו שאלת מעמדם וזכויותיהם של עובדים, מקום בו המפעל בו הם מועסקים מופרד מיתר מפעלי מעבידם, ונרכש על-ידי מעביד חדש. בהצגה רחבה יותר של הדברים, נוגעת השאלה לכל מצב דברים של חילופי מעבידים: האם, במקום בו משתנה זהותו של המעביד, תנתן לעובדיו הזכות לדרוש להיוותר עובדיו שלו, חרף העברת המפעל לאחר – שאז תנתן בידי המעביד

המקורי הברירה להמשיך להעסיקם, לפטרם על-פי הוראות הסכמי העבודה החלים עליהם או להגיע עמם להסכם. ברקע הדברים עומדת הסכמת הכלל, כי התפטרותם של עובדים, על רקע חילופי מעבידים, דינה, ככלל, כדין פיטורים לפי סעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורין, תשכ"ג-1963. מדובר, למעשה, בשאלה "חלוקתית" באופייה, שההכרעה בה משליכה בעיקר על עמדות-המיקוח במשא-ומתן לקראת שינויים מבניים בעסק, ועל הזכויות וההטבות להן יזכו העובדים מקום בו הם חפצים לחדול מעבודתם בשל חילופי המעסיק.

בבית הדין הארצי לעבודה נחלקו הדעות. דעת הרוב פסקה, בקליפת אגוז, כי בידי העובד לא נתון הכוח לבחור בהמשך העבודה אצל מעבידו המקורי; דעת המיעוט סברה, כי לא ניתן להעביר את העובדים למעביד החדש ללא הסכמתם.

2. בשני עניינים עיקריים חלוקים חברי. העניין הראשון נוגע לשאלה הנוגעת לעצם התערבותו של בית משפט זה בפסק-דין של בית הדין הארצי לעבודה. חברי המשנה לנשיא א' מצא שב ומאמץ את המבחן שנקבע, לעניין זה, עוד בבג"צ 525/84 חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מ(1) 673. גם כאשר הסוגיה המשפטית העומדת לדיון הינה בעלת חשיבות כללית – וכזו היא השאלה שבפנינו גם לדעתו של חברי – סבור הוא כי נשמר תוקפו של הכלל לפיו ייטה בית משפט זה שלא להתערב בפסיקתו של בית הדין לעבודה באותם מקרים בהם ייתכנו מספר פתרונות אפשריים לשאלה. קל וחומר כך, לדעת חברי המשנה לנשיא א' מצא, מקום בו הנושא הנדון משתייך לתחום מומחיותו המיוחדת של בית הדין לעבודה. הפרשה שלפנינו, לדעת חברי, היא מסוג המקרים שבהם קיים "מתחם סבירות שיפוטי". דברי החוק שלעניין, והמערכת ההסכמית החלה על הצדדים, אינם מצמיחים לדעת חברי המשנה לנשיא תשובה חד-משמעית לשאלה שבפנינו, וגם במשפט המשווה נמצאו תימוכין לגישות השונות. מדובר, בסופו של דבר, בשאלה של מדיניות שיפוטית ושל איזון בין ערכים. בנסיבות אלה, סבור חברי המשנה לנשיא א' מצא, כי הן עמדת הרוב בבית הדין הארצי לעבודה והן עמדת המיעוט, משקפות – שתיהן – פתרונות אפשריים וסבירים, וכי באף אחת מהן לא נתגלתה טעות משפטית מהותית. חברי המשנה לנשיא חותם את דבריו בעניין זה בקבעו, כי לנוכח הפער המעשי הלא רב שבין עמדות הצדדים, אין זה המקרה בו התערבות בית משפט זה דרושה משיקולי צדק.

3. חברי המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור גם הוא אינו מבקש לסטות מהלכת חטיב, אולם סבור הוא כי מתקיימים בענייננו אותם התנאים, כפי שהותוו באותה הלכה, המצדיקים התערבות בפסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה.

באשר לתנאי בדבר קיומה של "טעות מהותית", סבור חברי המשנה לנשיא ת' אור כי יש ליתן משקל רב לחשיבות הכללית של הסוגיה שבמחלוקת, וכי בענייננו אכן מתקיים תנאי זה, בין היתר לנוכח ההשלכות, הכלכליות והאחרות, של ההכרעה, על זכויות העובדים והמעבידים ועל המשק בכללותו. חברי המשנה לנשיא ת' אור מדגיש, כי לשיטתו קיים במשפטנו פתרון משפטי אחד ויחיד לסוגיה שבפנינו, ולמעשה – כך הוא מבהיר – "אין שני פתרונות משפטיים סותרים, אשר שניהם אפשריים מבחינת הדין החל". פסק-דינו של בית הדין לעבודה – מטעים חברי – הינו חדשני, תקדימי ומעורר קושיות לא מעטות, עד שנדרשת הכרעה שתצא מבית משפט זה. חברי מוסיף ומציין, כי לנוכח טענות ההסתדרות בדבר הפגיעה בזכויות העובדים, פגיעה הטמונה לשיטתה בפסק-הדין של בית הדין לעבודה, מתקיים גם התנאי הנוסף להתערבות, לאמור – הצדק מחייבה.

4. עמדתו של חברי השופט מ' חשין היא, כי שאלת פירושו של דין, כמו-גם קביעת תחום התפרשותה של הלכה, זו וגם זו מהוות שאלה משפטית מהותית, המצדיקה התערבות של בית משפט זה בהכרעת בית הדין לעבודה. לדעת חברי, על בית משפט זה לחתור לגלות את התשובה "הנכונה", ומשזו נמצאה, ומתברר כי היא איננה התשובה שנתן בית הדין לעבודה – על בית המשפט לומר את דברו. חברי השופט מ' חשין מטעים, כי עיקר התמחותו של בית הדין לעבודה היא בהחלת הדין על יחסי העבודה, ואילו בפירוש הדין וקביעת גבולות ההלכה, בית המשפט העליון הוא המכריע. בעברו מן הכלל אל הפרט, קובע חברי כי לנוכח חשיבותה, השלכותיה ומשמעותה של השאלה העומדת בפנינו, על בית המשפט העליון להכריע בה. לבסוף כותב חברי, כי לשיטתו נתקיימו אמות המידה שנקבעו בהלכת חטיב גם לפי הגישה המצרה.

5. נראה הדבר, כי איש מבין חברי אינו מבקש לסטות – למצער לא במפורש – מהדרך שנכבשה בפרשת חטיב. אלא שההבדלים בין גישות חברי, בבואם ליישם את ההלכה, הם המלמדים כי שאלה זו, בדבר רוחבו של פתח ההתערבות של בג"צ בפסקי הדין של בית הדין לעבודה – לא טכנית היא. היא נטועה בתפיסת-עולם מוגדרת בכל הנוגע ליחסים שבין ערכאות שיפוט אלה.

נקודת המוצא המנחה אותי מקרבת עצמה לזו של חברי, המשנה לנשיא א' מצא. איני סבור כי בידי בית המשפט העליון כלים טובים יותר להגיע למציאת התשובה "הנכונה" מאשר אלה הנתונים בידי בית הדין לעבודה. יתרה מכך, בשאלות מסוימות –

שאלות שבמומחיות דיני העבודה – הכלים הטובים יותר נתונים בידי בית הדין לעבודה דווקא. סבור אני, כי ביסודו של דבר יש לכבד את הבחירה, המעוגנת בדין, להותיר את הסמכות להכריע בענייני עבודה לערכאה מיוחדת – היא בית הדין לעבודה. מסגרת ההתערבות של בית משפט זה, ביושבו כבית דין גבוה לצדק, אינה יכולה – על-פי הדין הקיים – להישען על אמות מידה הדומות לאלה הננקטות בערעורים אזרחיים או בבקשות רשות ערעור. אין זה בלתי מתקבל על דעתי, כי בית משפט זה יותיר את ההכרעה בשאלות משפטיות הנטועות בתחום דיני העבודה – גם אם הן שאלות חשובות – בידי הערכאה המוסמכת, וימקד את ביקורתו למקרים שבהם נגרם אי-צדק גלוי או שהסוגיה חורגת מתחום המומחיות של בית הדין לעבודה. אלא שבמקרה שבפנינו נראה כי אין מנוס מלדון בשאלה שבמחלוקת – שהיא אכן שאלה בעלת חשיבות כללית רבה – לגופה. הרכב השופטים הורחב, השקפות שונות הושמעו בסוגיה שבמחלוקת – לרבות השקפתו של חברי המשנה לנשיא א' מצא – והסוגיה נוגעת לשאלות עקרוניות ולשאלת עיצובן של זכויות יסוד. שאלות אלה חורגות הרחק מעבר לשאלות המיוחדות לדיני העבודה.

6. כפי שעולה מחוות הדעת של חברי כולם – כל אחד מהם בדרכו שלו ובלשונו – מקפלת בתוכה הסוגיה שבפנינו שיקולי מדיניות רחבים. הדין "הרצוי" משליך, באופן בלתי-נמנע, על תפיסת הדין "המצוי". חברי המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור מצביע על הצורך – השאוב מן הדין הכללי (דיני החוזים, דיני המחאת חיובים) – לקבל את הסכמתם של העובדים לעבוד בשירות המעביד החדש. בהיעדר הסכמה כזו, נותרים הם, כך הוא מאמין, קשורים בטבורם אל מעבידם הקודם (זאת, כמובן, מבלי לגרוע מן האפשרות הנתונה בידי האחרון לפטרם בהתאם להוראות הדין וההסכמים). גם משפט העבודה, מוסיף חברי ומסביר, אין בו כדי לבסס קביעה בדבר העברת חובותיהם וזכויותיהם של העובדים אל המעביד החדש – בלא הסכמתם. לאחר שקילתם של הדינים האלה, ותוך התייחסות גם למשפט המשווה ולזכויות היסוד המעורבות בעניין, מגיע חברי, המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור, למסקנה כי המעביד אינו יכול לשנות את התנאי בחוזה העבודה, בדבר זהות המעביד, ללא הסכמת עובדו. אלא שרק בסופה של הדרך הזו, שעושה חברי המשנה לנשיא ת' אור, מתגלה העימות החזיתי בינו לבין חברי המשנה לנשיא א' מצא, לאמור – בשאלה האם ניתן לגזור הסכמה שכזו, מניה וביה, מכוח עקרון הפררוגטיבה הניהולית של המעביד.

7. במילים אחרות: השאלה בה חלוקים חברי היא האם ניתן לקבוע, כתנאי מכללא בחוזה העבודה – תנאי השואב כוחו מפררוגטיבת הניהול של המעביד – את הסכמתו של העובד כי מעבידו יהא רשאי למכור את המפעל על עובדיו. זאת – כנקודת

מוצא להגדרת זכויות הצדדים לחוזה העבודה. חברי המשנה לנשיא א' מצא סבור כי בהיעדר ראיות סותרות – התשובה לכך היא בחיוב. כדבריו:

"חלק חשוב מפררוגטיבת הניהול הוא כוחו של המעביד למכור את מפעלו, כולו או חלקו, או לבצע בו שינויים מבניים אחרים, ללא צורך בקבלת הסכמת העובדים למהלך. קשה לקבל, כי עובד אשר הסכים מכללא לכך שלמעבידו יהיה נתון כוח מעין זה, לא הסכים כי כוח זה יחול גם על מכירתו של המפעל כ'עסק חי'. אכן, מעטים הקונים שיבקשו לרכוש 'מפעל רפאים' ריק מעובדים, וחזקה על כל עובד כי הוא מודע לכך. העסקה הטיפוסית המוכרת לכול מתייחסת לרכישת המפעל על כוח העבודה המיומן שבו. לכן, בהיעדר ראיה ברורה לסתור, יש להניח כי העובד הסכים מכללא, בעת כריתת חוזה העבודה, כי למעביד יהיה נתון הכוח למכור את המפעל כ'עסק חי'".

עמדתו של חברי המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור הפוכה:

"... אין לראות את העובדים כמסכימים מראש, מכוח עיקרון הפררוגטיבה הניהולית של המעביד, לכל שינוי בזכויותיהם, יהיו השלכותיו עליהם אשר יהיו. קיימים שינויים, אשר לצורך ענייננו אכנה אותם 'שינויים אורגניים', הפוגעים בזכויות מהותיות של העובדים המוקנות להם על פי חוזה העבודה והמשנים את בסיס ההסכמה בין הצדדים לו, עד שלא ניתן עוד לראות בהן הגמשה של החוזה המקורי, אלא חוזה חדש. פררוגטיבת הניהול אינה משתרעת על שינויים אלה.

...

לדעתי, העברת הזכויות החוזיות של המעביד כלפי צוות העובדים, במסגרת מכירת העסק כ'עסק חי', באה בגדר אותם שינויים אורגניים אשר פררוגטיבת המעביד אינה משתרעת עליהם...

...ההנחה היא, שעובד היודע על האפשרות שמעבידו ירצה למכור את עסקו כ'עסק חי' גם יודע שזכותו היא שלא להיות 'נמכר' יחד עם העסק. הנחתו של העובד היא, שכשיבקשו 'להעבירו' למעביד החדש, יבואו עמו בדברים כדי לקבל את הסכמתו. הנחה זו מבוססת לא רק על זכויותיו המשפטיות של העובד, אשר אין הנחה שאין הוא יודע אותן. היא מבוססת גם על כך שבדרך זו מתנהלים הדברים דרך כלל..."

8. אם בפסק-דינם של חברי המשנה לנשיא א' מצא והמשנה לנשיא (בדימ') ת' אור, ניתן אולי לגלות ניסיון להעריך מה היה עונה עובד "טיפוסי", בנסיבות "טיפוסיות", לו נשאל מראש האם מסכים הוא לשינוי עתידי של זהות המעביד אם לאו, הרי שחברי השופט מ' חשין סבור, כי דוברים אנו כאן לא בהסכמה משתמעת לחילופי

מעבידים, כי אם ביצירתו של דין. לדעתו של חברי השופט מ' חשין, מבחנו של המשנה לנשיא א' מצא, לפיו "שינויים אורגניים" נכנסים למסגרת פרוגטיבית הניהול, כמו-גם מבחנו של המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור לפיו בהיעדר ראיות ברורות המורות אחרת אין לייחס לעובד הסכמה לשינוי אורגני בתנאי עבודתו – זה וגם זה, מבחנים נוקשים הם יתר על המידה. לפיכך מציע חברי השופט מ' חשין מבחן משולב, הכולל "יסוד אירגוני" ו"יסוד פונקציונלי". משמעות המבחן הזה, היא כי שינוי "פורמלי" בבעלות על העסק אין בו די כדי להקנות לעובד את זכות הסירוב. רק במקום בו מתקיימת אמת המידה הקבועה בסעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורין, לאמור – "הרעה מוחשית בתנאי העבודה" או "נסיבות אחרות שביחסי עבודה לגבי אותו העובד שבהן אין לדרוש ממנו כי ימשיך בעבודתו" – יראה העובד כמי שלא הסכים מכלל לשינוי המעביד. התוצאה אליה מגיע השופט מ' חשין היא, כי יש להחזיר את הדיון לבית הדין האזורי לעבודה, על-מנת שיבחן את המקרה שבפנינו לאור המבחן הפונקציונלי.

9. במחלוקת שנפלה בין חברי השופטים, מצטרף אני למסקנתו של חברי המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור, כי יש לקבל את עתירת ההסתדרות, ולדחות את העתירה בבג"צ 922/97. עם זאת, בנקודות מסוימות שונה עמדתי לא רק מעמדתם של חברי השופטים האחרים, כי אם גם מדברים הכתובים בפסק-דינו של חברי השופט אור.

השאלות הצריכות תשובה במחלוקת שנפלה בין חברי נטועות, כל כולן, בזכויות היסוד של האדם. אלה דוחקות לשוליים את הדין הפרטי הכללי ואת דיני העבודה המיוחדים – אף כי אינן גורעות מאומה מתוקפם. נקודת המוצא היא במישור זכויות האדם, ואל מול אלה מתגמדים ההסדרים הפרטניים. כפי שהבהירו היטב חברי, קיומה של פרוגטיבית ניהול בידי המעביד אינו שנוי במחלוקת. אלא שפררוגטיבה זו, ככל שתהא חשובה, נסוגה מפני החירות – הלוא היא הפררוגטיבה של העובד. חירותו של העובד לבחור את המעביד הורתה אינה בחופש העיסוק במובן המצומצם שלו. הורתה בחופש של האדם ובכבודו. אכן, הזכות לקניין היא זכות יסוד, ואין מחלוקת בדבר זכותו של המעביד לקניין. אלא שאין להביא בגדר הזכות החשובה הזו גם את הכוח להחזיק בעובד, ולו רק כנקודת מוצא. כנקודת מוצא אמרתי – שהרי אין חולקים כי בידי העובד נתון תמיד הכוח להיפרד ממעבידו החדש, כמו הכוח להיפרד ממעבידו הקודם. אולם לא הרי פרידה זו מקום בו נקודת המוצא היא חירות העובד, כהרי פרידה מן המעביד מקום בו נקודת המוצא היא הפררוגטיבה של האחרון. נקודת המוצא יכולה להיות רק אחת – זו הראשונה – אם נסכים כי זכות הקניין של המעביד לעולם לא תכלול גם שליטה על חירותו של העובד. זאת ועוד, גם הזכות הקניינית למכור עסק

כ"עסק חי", אינה כוללת את הזכות להעביר את העובדים החיים והנושמים המועסקים בו.

10. חירותו של העובד לבור לו את מעבידו נגזרת מן הזכות לחירות, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומן הערך של כבוד האדם, המונח ביסוד חוק היסוד האמור. כך אצלנו, וכך גם במשפט הגרמני, המעמיד בראש סולם הערכים החוקתיים את כבודו של האדם ואת חירותו. אכן, כפי שכותב חברי המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור, הפסיקה בגרמניה הכירה בזכותו של העובד להתנגד להעברתו למעביד חדש. זכות זו נגזרת מהזכות לפיתוח האישיות, המעוגנת בסעיף 2 לחוק היסוד הגרמני (Grundgesetz) – הוא סעיף "החירות". כדברי אחד המלומדים:

"According to the Federal Labour Court's long standing jurisdiction the employee, whose employment relationship is supposed to be transferred automatically to the new owner or leaseholder, may contradict the transfer and opt to remain employed by the old employer. This right, which has been derived from the employee's right of personality as guaranteed in Article 2 para. 1 of the Constitution, is important especially in cases in which only a part of an establishment is transferred (M. Weiss & M. Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany* (3rd Revised Ed., 2000) 116).

חירות זו של העובד נגזרת באופן ישיר מתפיסת האדם כמטרה ולא כאמצעי. היא מהווה בסיס לחופש הבחירה של העובד, לאוטונומית הרצון שלו ולחירותו לעצב את חייו ולפתח את אישיותו כרצונו (לעניין משמעותו של כבוד האדם, ראו א' ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית" מבחר כתבים (בעריכת ח' ה' כהן וי' זמיר, כרך א, תש"ס) 417). חיוב העובד לעבור למעביד החדש – ולו כהנחת עבודה – אינו עולה בקנה אחד עם זכות היסוד של העובד לבחור את מעבידו ולא להיות מועסק על-ידי מעביד שאותו לא בחר באופן חופשי (דברי בית הדין האירופי בפסק-דין *Kastikas*, המוזכר בפסק-דינו של חברי השופט אור). אכן, בין אם ננקוט בגישה המרחיבה את "גבולות ההקרנה" של כבוד האדם ובין אם נצמצמם – החירות של האדם שלא להיות כקניין זה המועבר מיד ליד מצויה בגרעין של הערך הזה. וגם אילו סברנו כי החירות הזו גורעת משהו מזכות הקניין של המעביד – וספק רב בליבנו אם כך הוא הדבר – הרי שבהתנגשות בין שתי הזכויות האלה, יד החירות על העליונה. אכן, במשטרנו החוקתי שמור לכבוד האדם גם התפקיד של ערך מאזן. המשמעות היא, כי באיזון הפנימי בין זכויות אדם מתנגשות, יש לשאוף להגשמת התכלית המשותפת להן, קרי – השמירה על כבוד

האדם. "חוק-היסוד אינו מסתפק בסיווג כבוד האדם כאחת מזכויות האדם... חוק היסוד מעניק לכבוד האדם, בפסקת המטרה, מעמד חוקתי מיוחד, בכך שהוא רואה בהגנה עליו ועל החירות את מטרתו של חוק היסוד כולו..." (ברק, שם). עמדתי על כך באחת הפרשות:

"כבוד האדם הוא גם ערך מאזן. באיזון הפנימי בין זכויות אדם מתנגשות, נוכל להעמיד לנגד עינינו את התכלית המשותפת להן, של הגשמת השמירה על כבוד האדם. עלינו לשאוף לאיזון אשר יקדם, באופן מרבי, את ערך כבוד האדם. נקודת האיזון בין הערכים המתחרים תמצא במקום בו מצויה ההגנה המרבית על כבוד האדם... בפרשת סנש הנ"ל כותב השופט מ' חשין, כי בבחינת עוצמתן הפנימית של זכויות אדם מתנגשות - בעת שאנו באים לערוך איזון ביניהן - מחזיקים אנו בידינו 'מונה-עוצמה - מעין מונה גייגר למדידת עוצמתן של זכויות'. סבורני כי, תכופות, אותו 'מונה גייגר' - כבוד האדם ייקרא לו..." (ע"א 6871/99 משה רינת נ' משה רוס, תק-על 2002(2) 214).

כבוד האדם הוא ערך עמום, ולו רבדים שונים, אולם דווקא בשל כך ניתן להפיק ממנו, לא אחת, אבני-בוחרן לאיזון הראוי בין זכויות היסוד. כבוד האדם מותח סקאלה, שעליה מונחות זכויות היסוד. אלה כולן אוחזות בו, והוא מסמן את נקודת האיזון ביניהן. ברי בעיני, כי ככל שקיימת כאן התנגשות בין חירותו של העובד מזה לבין זכות הקניין של המעביד מזה – הרי שהחירות מצויה, במקרה זה, "קרוב" יותר לגרעין ערך כבוד האדם, ומגשימה אותו ביתר. לפיכך, יש ליתן לה עדיפות. כל נקודת מוצא אחרת לא תתיישב עם המשטר החוקתי במדינת ישראל.

11. הדין הכללי אליו מפנה חברי המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור, ובכלל זה דיני החוזים ודיני המחאת חיובים, מתוקפו אין אנו גורעים – נהפוך הוא, הוא משתלב עם כללי הברזל החוקתיים, והם מיושם כנדרש וכראוי לאורה של נקודת המוצא בה בחרנו – זכות היסוד לחירות. ומכאן מסקנתנו למקרה שבפנינו: דיני העבודה יראו בעובד, הממאן לקבל עליו עולו של מעביד חדש – מעביד אחר מזה שעמו התקשר מלכתחילה – כמי שפוטר על-ידי מעבידו (אם זה יסרב להמשיך ולהעסיקו), ולא כמי שהתפטר מרצונו – המפורש או המשתמע – בתנאים המקנים לו זכות לפיצויים במסגרת סעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים.

משזו נקודת המוצא, אינני יכול לאמץ את מבחנו של חברי המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור, וקל וחומר לא את מבחנו של חברי השופט מ' חשין, בכל הנוגע

להגדרת גבולות החירות. חברי השופט ת' אור מעגן את מבחן השינויים האורגניים באותם שינויים "הפוגעים בזכויות מהותיות של העובדים המוקנות להם על פי חוזה העבודה והמשנים את בסיס ההסכמה בין הצדדים לו, עד שלא ניתן עוד לראות בהן הגמשה של החוזה המקורי, אלא חוזה חדש". חברי השופט מ' חשין מציע להוסיף על מבחן "השינויים האורגניים" את היסוד הפונקציונלי, אותו הוא תולה בשאלה האם חל שינוי לרעה, או עלול להיווצר שינוי לרעה, במצבו של העובד, והאם חלו שינויים בזכויותיו או בציפיותיו הלגיטימיות. לדידי, כאמור, נקודת המוצא, כאשר מדובר בחילופי מעבידים, היא עצם חירות הבחירה, בין אם נאמר כי נשתנה בסיס ההסכמה ובין אם לאו, בין אם חלו או עלולים לחול שינויים לרעה במצב העובד ובין אם לאו. הדין עשוי להיות שונה מקום בו מדובר בשינוי מבני אחר, שם נקודת המוצא החוקתית יכול שתהא אחרת. בפועל, יתכן כי גם במקרים אחרים תהא התוצאה הנובעת מן המבחן שמתווה חברי המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור דומה לזו העולה מפסק-דיני. כך או כך, במקרה זה מצטרף אני כאמור לעמדתו של חברי השופט אור, כי לאור זכויות היסוד ויישום דיני העבודה לאורם, יש לקבוע כי אם יסרב המעביד המקורי להמשיך ולהעסיק את עובדו, אזי יראו בכך פיטורין ולא התפטרות, ולו גם התפטרות המזכה בפיצויי פיטורין על-פי החוק. מתוקפם של דיני העבודה – לא יגרע. יישומם יהא מלא – אולם זאת כמתבקש מעקרונות היסוד של שיטתנו.

12. בכך לא תמה החקירה. נותר עוד להשיב לשאלה מהם חילופי מעבידים לענייננו. חברי הצביעו על המצבים השונים שהמציאות יוצרת בכל הנוגע לחילופי מעסיקים ועל ההבחנות שהדין עושה, בכל הקשור בשינוי הבעלות. נראה כי ההבחנה הראשונית תהא בין שינוי פרסונאלי של המעביד (ויהא הוא אישיות משפטית טבעית או מלאכותית) לבין שינוי בהחזקה במעביד (כאשר מדובר בתאגיד). מקום בו פוגש העובד באישיות משפטית, טבעית או מלאכותית, אחרת, כמעבידו החדש, כפי שהדבר אכן בענייננו, לא נוכל לייחס לו הסכמה משתמעת לשינוי בזהות המעביד.

שאלה אחרת היא, מה הדין מקום בו האישיות המשפטית אינה משתנה, אך הבעלות במניות, המשקפות את ההשתתפות בה, עוברת מיד ליד. אין זה המקרה שבפנינו, וכל שנאמר עתה, מעבר לדרוש יאמר. הסוגיה של העברת מניות מוסדרת, בראש ובראשונה, במסגרת דיני התאגידים. בדינים אלה עצמם, כך ראוי לציין, ניכרת הגמשה בתפיסה הקניינית הדווקנית של הבעלות במניות, ואת מקומה תופסת הסתכלות מרחיבה יותר על חובותיו של בעל המניות, על תכלית החברה ועל הצורך או האפשרות להתחשב באינטרסים נוספים לבד מאלה של בעלי המניות. זאת וגם זאת, בהקשרים מסוימים, ניתן למצוא בפסיקת בית הדין לעבודה תפיסה המדגישה את צמצום הפער

בין חילופי מעביד לבין מכירת מניות. באחת הפרשות, שם נדונו שאלות הנוגעות בזכות השביתה ובחובת ההיוועצות עם ארגון העובדים, נפסק כי "כאשר המעביד הוא חברה – אישיות משפטית 'מלאכותית' – גם מכירת מניות, תוך שהלכה למעשה עוברת השליטה לחברה אחרת, תיחשב כהחלפת מעביד מנקודת ראותם של העובדים ויחסי העבודה". ועוד נאמר שם: "אמת, מכירת מניות אינה העברת בעלות במפעל אלא אך העברת בעלות במניות. אלא שכשמדובר ביחסי עבודה וחברת הגג מוכרת את כל מניותיה באחד ממפעליה, יש להרים את המסך. מנקודת המבט של יחסי העבודה יש בכך החלפת מעביד" (דברי השופטת א' ברק בעס"ק 17/99, 18 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' כור תעשיות בע"מ, פד"ע לד 510). לא באנו לחוות כאן דעה על מגמה זו ועל היקפה הרצוי, אלא אך להצביע עליה.

בטרם אסיים, אבקש להתייחס לפסיקתו של חברי, השופט מ' חשין, הסבור כי אין זה ראוי לבסס את ההכרעה בענייננו על "המערך הגנטי" ועל אבני-היסוד הכוללים את כבודו של האדם ואת חירותו. הטעם לכך, סבור חברי, הוא כי את אלה ראוי להזעיק רק "ככלות כל הקיצין, בהיעדר כל פיתרון סביר וראוי אחר בעיקרי-היסוד, בדוקטרינות ובכללים המשרתים אותנו נאמנה בחיי היומיום של המשפט". אלא שנתקשיתי לקבל דברי ביקורת אלה, דווקא כאשר באים הם מפי חברי, השופט חשין, אשר בפסק-דינו מטעים, ובצדק, כי הדינים "הרגילים" מתקשים להחיל עצמם על ענייננו, כמות שהם. אכן, חברי בונה את המודל הראוי בעיניו תוך יצירת דין, הנשען על איזון בין השיקולים השונים שלעניין תוך התחשבות בזכויות, בחובות ובאינטרסים של הצדדים. ומדגיש חברי, בין היתר, כי "ענייננו טובל עד לשפתו בכוחות לבר-משפטיים, בהם כוחות השוק ומצבו הכללי של השוק... כוחות המעסיקים וכוחות אירגוני העובדים, מצבה הכללי של המדינה וכו'", וכי "חילוקי-הדעות הם על 'נורמת הבסיס', על נורמה שהיא ספק משפטית ספק אקסטר-משפטית, נורמה המצויה על גבול המשפט ועיקרה הוא להזין את עץ המשפט בגיזעו ובכל ענפיו ועליו". ואם כל אלה אינם מצדיקים פנייה לערכים החוקתיים העומדים ביסוד שיטתנו, כהנחת מוצא להבנת הדין וליישומו – לא ידעתי מתי נזעיק לעזרנו ערכים אלה.

סוף דבר: יש לקבל, לדעתי, את עתירת ההסתדרות, ולעשות את הצו-על-תנאי למוחלט, במובן האמור בפסק-דינו של חברי, המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור. דין העתירה בבג"צ 922/97, לדעתי, להידחות. מסכים אני גם להוראתו של חברי המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור, בדבר החיוב בהוצאות.

השופטת מ' נאור:

1. בשאלת ה"התערבות" דעתי היא כדעת חברי המשנה-לנשיא (בדימוס) ת' אור והשופט מ' חשין, כי ראוי הוא שבית משפט זה יאמר דברו בשאלה מהו הדין החל בסוגיית חילופי מעבידים.

2. הכל מסכימים כי המעביד אינו רשאי לכפות על עובדו לעבור למעביד אחר: לעובדים נתונה החירות שלא להיות "מועברים" למעביד אחר. עוד מסכימים הכל, כי למעביד פרוגטיבה ניהולית לבצע את השינוי שהוא מבקש לבצע: למעביד קניין במפעלו. המעביד מבקש לבצע שינוי ארגוני כפי זכותו, והעובדים מסרבים לעבור למעביד החדש כפי זכותם-הם. הצדדים לא הגיעו, למרכה הצער, לעמק השווה ונוצר מבוי סתום. הצדדים הניחו את המחלוקת לפתחם של בתי המשפט. המחלוקת היא בשאלת התוצאות הכספיות הנובעות מהשינוי האמור. האם זכאי העובד במקרה זה לפיצויי פיטורים ולכל הזכויות המוקנות לו בהסכם הקיבוצי כיוון שהמעביד חייב לפטרו (אם אין ברצונו להמשיך ולהעסיקו במפעלו); האם יזכה העובד בפיצויי פיטורים סטטוטוריים; או שמא נאמר כי אפילו לפיצויי פיטורים אין הוא זכאי?

3. מקובל עלי שאת הפתרון למחלוקת על בית המשפט למצוא בדין הפוזיטיבי. דעתי היא כדעת השופט חשין, ולפיה הפתרון למחלוקת נעוץ בסעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963. אמת המידה הקובעת היא "הרעה מוחשית בתנאי העבודה" או "נסיבות אחרות שביחסי עבודה לגבי אותו העובד שבהן אין לדרוש ממנו כי ימשיך בעבודתו". גם אנוכי סבורה שהכלל האמור מהווה, כלשונו של חברי השופט חשין, "דוקטרינה או מעין-דוקטרינה במשפט-העבודה, וכוחה פורץ אל מעבר לבית שבו שפנה". מקובל עלי ש"הכלל . . . הוא, כי חילופי מעבידים במקום העבודה מהווים, באופן רגיל, 'נסיבות אחרות שביחסי עבודה לגבי אותו העובד שבהן אין לדרוש ממנו כי ימשיך בעבודתו', כאמור בסעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים, ואילו עם החרג . . . נמנים אותם מקרים שבהם אין לראות בחילופי המעבידים משום 'נסיבות אחרות' מעין אלו". חברי השופט חשין אינו מכריע בשאלה על מי מוטל הנטל. לדעתי, ונוכח הכלל האמור, הנטל על המעביד להראות שאין בחילופי המעבידים הרעה מוחשית בתנאי העבודה. או "נסיבות אחרות" בהן אין לדרוש מהעובד כי ימשיך בעבודתו. בכך זהה עמדתי לעמדת חברי המשנה-לנשיא א' מצא (פיסקה 16 סיפא). בדעת המיעוט בבית הדין הארצי לעבודה (השופטת א' ברק) מובאת דוגמא לנסיבות כאלה: המעביד, בעל מכולת, נפטר והעסק עבר לאלמנתו. בדרך כלל רשאי העובד לאמר שלא עם האלמנה נחתם ההסכם. אך אם, הלכה למעשה, עוד קודם לפטירת המעביד ניהלה האלמנה את החנות, העובד לא יהיה רשאי לטעון,

לשיטתה של השופטת ברק, שאינו מסוגל לעבוד עם האלמנה. לדעתי, זוהי דוגמא יפה למה שלכאורה הוא בגדר שימוש בזכות שלא בתום לב. "לכאורה" משום שיש צורך בבירור עובדתי: כמה זמן ניהלה האלמנה בפועל את העסק לפני מות בעלה – זמן קצר או ארוך; האם הלכה למעשה, כשהפכה האלמנה עצמה למעביד, חלה הרעה מוחשית בתנאי העבודה או שהיא הודיעה כי מהיום הדברים יהיו אחרת, וכיוצא באלו שאלות.

4. אכן, מבחנו של סעיף 11(א) הוא מבחן גמיש, שלעתים תוצאותיו מתבררות רק לאחר מעשה. זהו מבחן שבתי הדין לעבודה יכלו לו במאות פסקי דין שיצאו מתחת ידם. זהו מבחן המשלב בתוכו את עקרון תום הלב. באמצעותו ניתן לבחון – במקרה של מחלוקת – את הנסיבות הקונקרטיות של כל עניין ועניין. למבחן זה יש, לדעתי, גם רווח משני: מאזן האימה הכרוך בו, עשוי לקרב בין עמדות הצדדים. דומה שהכל מסכימים שעדיף היה למצוא פתרון המוסכם על הצדדים.

5. האם ענייננו נופל בגדר הכלל או בגדר החריג?

שופטת המיעוט בבית הדין הארצי, השופטת ברק, ציינה:

"בעניין הנדון בפנינו, דעתי היא, הצדק עם ההסתדרות – העברה ללא הסכמה לחברת רמת"א בע"מ עשויה לפגוע בעובדים, מאחר ומדובר בחברה קטנה יותר מהתעשייה האווירית, כך שכוח המיקוח של הארגון קטן בהרבה."

אך ניתן להקשות: נניח שהתעשייה האווירית רוכשת מפעל קטן. האם גם במקרה זה נקבע – אם אין העובדים מסכימים לעבור לתעשייה האווירית – שהעובדים עשויים להיפגע מהמעבר? הרי כוח המיקוח שלהם דווקא גובר, לכאורה.

בית הדין (בדעת הרוב) לא דן ולא הכריע בשאלה הטעונה הכרעה כיצד יש לראות את העניין בכללותו בגדרי הדוקטרינה שבסעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים. לדעתי, ועל יסוד טענות הצדדים לפניו, בית הדין גם לא צריך היה לערוך מאזן כזה.

חברי השופט חשין סבור כי האמירה שעם העברת מפעל רמת"א לחברת רמת"א נתחולל שינוי בזהות הבעלים היא אמירה פורמלית שאין זה ראוי שתקנה זכויות ותטיל חובות. עם זאת, מציין חברי כי יש לבחון גם שאלות המתמקדות בהשוואה בין מעמדם של העובדים כעובדי תע"א מזה ועובדי רמת"א מזה. על כן מציע הוא להחזיר

את הדיון לבית הדין האזורי לעבודה. אף דעתי היא כי אין מנוס מכך. בית הדין הארצי לעבודה לא ערך, כאמור, בחינה כוללת של כל הנתונים (לרבות עובדת העברת הבעלות) כדי לקבוע אם בנסיבות העניין ישנה "הרעה מוחשית בתנאי העבודה" או שנוצרו נסיבות בהן אין לדרוש מהעובד להמשיך בעבודתו. לשאלה מה זכויות העובדים בעת חילופי מעבידים, גם לדעתי, כמו לדעת חברי השופט חשין, אין לתת תשובה כל-כוללת היפה לכל מקרה ומקרה. התשובה לשאלה האמורה תלויה-נסיבות היא. מבחינה אופרטיבית לא הונחו לפני בית הדין ובית המשפט נתונים המאפשרים להכריע במחלוקות הקונקרטיות שבין הצדדים, ועל כן, גם לדעתי יש להחזיר את הדיון בשאלה זו לבית-הדין האזורי להכרעה. על בית הדין האזורי לעבודה לבחון את כל נסיבות העניין; את הכלל האמור לעיל; את נסיבות העניין המיוחדות בדבר חילופי המעבידים; האם מדובר בעניין "פורמלי" אם לאו. בסופו של יום יכריע על פי הדוקטרינה שבסעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים. כאמור, דוקטרינה זו דוקטרינה גמישה היא, העשויה להציע פתרונות שונים וגמישים למערכות שונות של עובדות.

6. ודבר אחרון: מבקשת אני להשאיר את דינם של "מפעלים קטנים" בצריך עיון. שאלה זו אינה עומדת להכרעתנו בתיק זה, ולא אקבע בה מסמרות. אין אני משוכנעת כי ל"מפעלים קטנים" דין שונה מ"מפעלים גדולים" (וראו דוגמת המכולת בפיסקה 3 לעיל). לעתים קשה למתוח קו גבול בין מפעלים "קטנים" לבין מפעלים "גדולים".

ש ו פ ט ת

השופט א' גרונניס:

1. שתי סוגיות טעונות התייחסות: האחת, עוסקת בשאלה מתי יפעיל בית המשפט הגבוה לצדק את ביקורתו על בית הדין הארצי לעבודה. האחרת, נוגעת לזכויות עובדים מקום שמשנתנה זהותו של מעבידם. הדעות השונות של חברי פרושות הן בהרחבה. אוסיף עתה את עמדתי שלי בקצרה לגבי כל אחת משתי הסוגיות.

2. בשאלה הראשונה – היקף הביקורת של בית המשפט הגבוה לצדק לגבי בית הדין הארצי לעבודה – מסכים אני עם חברי, המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור. אינני מסכים עם דעתו של חברי המשנה לנשיא א' מצא. אף שחברי השופט מ' חשין מצרף דעתו, בסופו של דבר, לזו של המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור, הרי איני יכול להסכים

להגדרתו הרחבה של היקף הביקורת של בית המשפט הגבוה לצדק ביחס לבית הדין לעבודה.

איני רואה מקום וצורך להידרש לבחינה מדוקדקת של ההלכה שנפסקה בענין חטיב (בג"ץ 525/84 חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מ(1) 673), אשר חברי חלוקים, כך נראה, באשר להיקף פרישתה. בענייננו מדובר בסוגיה מהותית החורגת מעבר לתחום הצר של דיני העבודה. להכרעה יש השלכות כלכליות וחברתיות רחבות. על כן קיימת הצדקה להתערבות של בית משפט זה, על מנת להעמיד הלכה על מכונה, והכל במסגרת המבחנים שנקבעו בפסק דין חטיב. לפיכך, לא אוכל להסכים לגישתו של חברי המשנה לנשיא א' מצא. אף אינני מסכים עם עמדתו של חברי השופט מ' חשין הסובר, כך נראה, כי די בכך שמתעוררת שאלה בדבר פירושו של חוק או באשר לפרישתה של הלכה משפטית על מנת שייפתחו שערי בית המשפט הגבוה לצדק בפני עותר התוקף פסק דין של בית הדין הארצי לעבודה. אילו כך נקבע, היה בית משפט זה הופך עצמו לערכאת ערעור הניצבת מעל בית הדין הארצי לעבודה. בכל מקרה המבחן שמשמש אותנו באשר להיקף הביקורת חייב להיות מצומצם מן המבחן המקובל למתן רשות ערעור בגלגול שלישי (כאמור בבר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (להלן – עניין חניון חיפה)). להשקפתי, אין די בכך שקיימת מחלוקת באשר לפירושו של חוק או בעניין הלכה משפטית. תנאי זה הכרחי הוא אך אין הוא מספיק. לכך חייב להצטרף תנאי נוסף והוא שמדובר בסוגיה בעלת חשיבות כללית או עקרונית. אכן, קיים דמיון, אולי אף רב, למבחן שבעניין חניון חיפה. עם זאת נראה לי, כי יישום המבחן חייב לבטא גישה מצמצמת יותר כאשר עסקינן בביקורת של בית המשפט הגבוה לצדק לעומת הגישה שבמתן רשות ערעור. מאחר שבמקרה דנא מתקיימים שני התנאים, ראוי לו לבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק שידון בשאלה המהותית שהונחה לפתחו.

3. אם נבחן את פסקי הדין השונים שניתנו בהליך שנפתח בבית הדין האזורי לעבודה כולל דברי חברי נמצא ארבע דעות שונות:

א. בית הדין האזורי חיווה דעתו, כי למעביד זכות מוחלטת למכור את עסקו ויחד עם זאת להעביר את עובדיו למעביד החדש. לגישתו, לעובדים לא קמה זכות כלשהי במקרה כזה.

ב. עמדת הרוב בבית הדין הארצי הייתה כי במקרה הנזכר זכאי העובד לומר, כי אינו מוכן להמשיך ולעבוד אצל המעביד החדש וכי אם מתפטר הוא דין התפטרותו

כדין פיטורים לפי סעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורין, תשכ"ג-1963 (להלן – החוק).
עמדתו זו נתקבלה ונתמכת על ידי חברי המשנה לנשיא א' מצא.

ג. על פי השקפתו של חברי המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור, רשאי העובד לומר למעסיקו המקורי כי אינו מוכן להמשיך ולעבוד אצל המעסיק החדש ובמקרה כזה חייב המעביד המקורי להמשיך ולהעסיקו (בכפוף לאפשרות שהמעביד יפטר את העובד). זו הייתה עמדת המיעוט של השופטת א' ברק בבית הדין הארצי לעבודה.

ד. דעתו של חברי השופט מ' חשין שונה היא. אין הוא מוכן להכניס עצמו לסדר של אחת מבין שלוש העמדות שצוינו, אלא מציע הוא מבחן גמיש. מבחן זה משלב שני מבחני משנה, זה האורגני וזה הפונקציונלי. המבחן המוצע אמור ליתן תשובה, על רקע מקרה קונקרטי, לשאלה האם שינוי המעביד בא בגדר האמור בסעיף 11(א) לחוק. היינו, האם מדובר ב"הרעה מוחשית בתנאי העבודה או... נסיבות אחרות שביחסי עבודה לגבי אותו העובד שבהן אין לדרוש ממנו כי ימשיך בעבודתו", שאז רואים את התפטרותו של העובד כפיטורים. בעוד ששלוש הגישות הראשונות נמצאות על רצף אחד מבחינת יחסי עובד-מעביד במקרה של שינוי מעסיק, כפי שיוסבר בהמשך, השקפתו של השופט מ' חשין נותנת תשובה מסוג שונה. תחילה אתייחס להשקפה זו ולאחר מכן אביע את עמדתי שלי.

4. המוצע על ידי חברי השופט מ' חשין מושך את הלב. חרף זאת, לא אוכל להסכים לגישתו. הגישה הגמישה של השופט חשין עדיפה לכאורה, שכן אינה קטגורית וקשיחה, אלא מתחשבת היא בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. אין צורך בדמיון מפותח במיוחד כדי להבין כי תחת הכותרת של שינוי מעביד יכולים לבוא מקרים רבים ושונים, והמגוון רחב הוא ביותר. נסתפק בשתיים מן הסיטואציות שנזכרו, בצד המקרה הקונקרטי של התעשייה האוירית ורמת"א. המקרה האחד הוא של בעל מכולת המעסיק עובד אחד. המעביד נפטר והעסק ממשיך להיות מופעל על ידי האלמנה (דוגמה זו נזכרת בחוות דעתה של חברתי השופטת מ' נאור; במקור היא מובאת בפסק דין המיעוט של השופטת א' ברק בבית הדין הארצי לעבודה). מקרה אחר, שונה לחלוטין, הוא של חברה המעסיקה אלפי עובדים. מניותיה של החברה מוחזקות בידי אדם אחד. הוא מוכר את כל מניותיו לאדם אחר. הייחוד במבחן הכפול המוצע על ידי חברי השופט מ' חשין – האורגני והפונקציונלי – הוא בגמישותו ובמרחב התמרון הרחב שהוא נותן הן למעורבים והן לבית הדין לעבודה, אם לא מושג הסדר בין הגורמים הניצים. החיסרון הגדול של המבחן הוא בעמימותו ובחוסר הוודאות שהוא יוצר.

5. יצירת סביבה של אי-ודאות בכל הנוגע לחילופי מעבידים עלולה להוות מכשול משמעותי בפני עסקות מסחריות ושינויים ארגוניים. במקרה השכיח מדובר בשלושה שחקנים, אשר האינטרסים שלהם שונים: המעביד הקיים, המעביד הפוטנציאלי והעובדים. ברור כי לשני הראשונים יש אינטרס מובהק לדעת ברמת ודאות סבירה מה משמעות תהא לעסקה ביניהם מבחינת יחס העובדים והמשך תפקודם ומהן העלויות הכרוכות בעסקה בכל הנוגע לתשלום פיצויים לעובדים. האפשרות שהכרעה בנושא תבוא רק לאחר הליך משפטי, אשר מטבע הדברים עלול להימשך זמן לא קצר, עלולה להביא לכך שהעסקה לא תצא אל הפועל. בעוד שאלמנט הזמן הוא בעל חשיבות פחותה לגבי העובדים, הרי לגבי שני המעורבים האחרים – המעביד הנוכחי וזה העתידי – יש לו משקל וערך רב. נתון זה עלול לתרום למה שמכנה חברי המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור התנהגות אופורטוניסטית של העובדים.

כנגד טיעון זה, בעניין אי הוודאות שעלולה להיווצר בשל הצורך לחכות לתוצאותיו של הליך משפטי, ניתן להעלות טיעון הפוך שאבחן אותו עתה. הטיעון הנגדי הוא שדווקא אי הוודאות או העמימות באשר למצב המשפטי יכולים להביא את שלושת השחקנים במשחק האסטרטגי להשגת הסדר מוסכם. חברתי השופטת מ' נאור מדברת על כך באומרה כי למבחן הגמיש יש יתרון אותו היא מכנה רווח משני, שכן "מאזן האימה הכרוך בו, עשוי לקרב בין עמדות הצדדים". מוכן אני להסכים, כי במקרים מסוימים "מאזן האימה", או מה שאני מעדיף לכנות מרחב אי הוודאות, עשוי לתרום להשגתו של הסדר. אך נראה לי שבמקרים בהם אנו עוסקים קיים סיכוי רב יותר שהעובדים יימנעו מלהסכים להסדר.

אי ודאות עשויה בהחלט לתרום להשגתו של הסדר מוסכם כאשר כל אחד מן השחקנים מעריך כי שיעורו של הסיכון בפניו הוא מצוי דומה לסיכון של הצד האחר. אולם, כאשר קיים פער משמעותי בהערכת הסיכונים ההדדיים קטן הסיכוי להשגתו של הסדר (ראו B. Korobkin & T.S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 CALIF L. REV. 1093-1094, 1051 (1999) וההפניות שם). צד המעריך כי בעל דברו נתון בלחץ בשל הצורך למצוא פתרון תוך זמן קצר ינצל נתון זה. כפי שצויין, העברה של עסק חייבת להתבצע תוך זמן קצר יחסית. קשה להניח שרוכש פוטנציאלי יהא מוכן לחכות תקופה ארוכה, עד להכרעתו של בית הדין לעבודה (אולי על שתי דרגותיו). עניין נוסף שיש לתת עליו את הדעת הוא שאין עסקינן בסיטואציה בה קיימים שני שחקנים בלבד. שלושה גורמים מעורבים במשחק האסטרטגי והם המעביד הקיים, המעביד הפוטנציאלי והעובדים. ככל שמספר השחקנים גדול יותר וככל שרמת אי הוודאות גדולה יותר, מבחינת הערכתו של

כל אחד מן השחקנים באשר לסיכוי שלו ושל האחרים, קטן הסיכוי שיושג הסדר בלא הכרעה שיפוטית. בין היתר, מטעמים אלה הגעתי לכלל דעה, כי לא אוכל לצרף דעתי לזו של חברי השופט מ' חשין.

6. משהבעתי דעתי כי איני מסכים לעמדתו של חברי השופט מ' חשין עלי להתייחס לשלוש האפשרויות כפי שהגדרתי אותן. אינני מסתפק בשתי העמדות המנוגדות של חברי, המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור והמשנה לנשיא א' מצא. עמדותיהם אינן ממצות את האפשרויות. יש להזכיר את עמדתו של בית הדין האזורי לעבודה, אשר קבע כי בעת חילופי מעבידים חייב העובד להמשיך לעבוד אצל המעביד החדש. משבוחנים את שלוש האפשרויות מגלים אנו כי בקוטב האחד מצויה גישתו של חברי המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור ובקוטב האחר נמצאת עמדתו של בית הדין האזורי. השופט אור קובע כי לעובד עומדת הזכות לומר למעבידו המקורי כי אין הוא מוכן לעבוד בשירותו של המעביד החדש וכי ממשיך הוא לעבוד אצל הראשון. לפי העמדה שבקוטב האחר, זו של בית הדין האזורי, חייב העובד לקבל את הכרעתו של המעביד ולהמשיך לעבוד אצל המעביד החדש. עמדתו של המשנה לנשיא השופט א' מצא הינה עמדת ביניים. על פיו רשאי העובד לומר למעבידו המקורי כי אין הוא מוכן לעבור לעבוד אצל המעביד החדש ובמקרה כזה רואים אותו כאילו התפטר בדין פיתורים. משמע, זכאי הוא לפיצויי פיתורים.

7. כפי שמציין המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור, אין חוק ספציפי העוסק בנושא של חילופי מעבידים ואף אין הוראת חוק מסוימת בחוקי העבודה המתייחסת ישירות לנושא. מסכים אני עם הניתוח שמובא בפסק דינו של השופט אור בכל הנוגע לדין החוזים הכללי ולדין המחאת חיובים. אולם משבאים אנו לבחון הוראות בדיני העבודה מוצאים אנו סטייה מן הדין הכללי. בהוראות חוק שונות המוזכרות על ידי המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור מוצאים אנו התייחסות למקום העבודה ולא דווקא למעביד (סעיף 1(א) לחוק פיצויי פיתורים; סעיף 3(א) לחוק חופשה שנתית, תשי"א-1951; סעיף 7(ד)(1) לחוק עבודת נשים, תשי"ד-1954; סעיף 4 לחוק דמי מחלה, תשל"ו-1976). מהוראות אלו ניתן ללמוד כי בכל הנוגע לחוזה עבודה קיים דין מיוחד, שאינו תואם הדין הכללי. אומנם אין בהוראות אלו תשובה ספציפית לסוגיה שעל הפרק, אך אין להתעלם מהן ככלי עזר פרשני. זאת ועוד, שיקולים חוקתיים מובילים אף הם לעמדת התווך, קרי שלעובד נתונה האופציה להתפטר במקרה של שינוי מעביד ודינו יהיה כדין מי שפוטר, לעניין סעיף 11(א) לחוק פיצויי פיתורים.

8. אין ספק שאף אחד משבעת השופטים היושבים בדין בהליך זה אינו רואה את העובד כחפץ או כנכס של המעביד. מוכן אני לקבל כי זכותו של עובד לבחור את מעבידו ולא להמשיך ולעבוד אצל מעביד חדש הינה נגזרת של כבוד האדם. אולם אין בכך כדי ליתן תשובה לשאלה מה הנפקות של אי הסכמתו של העובד לחילופי מעבידיו. יתרה מזו, לא ניתן להתעלם טוטלית מזכות הקניין של המעביד בעסקו או במפעלו. כמובן, שזכות זו אינה מקנה למעביד שליטה בעובד. אילו הכרנו בזכות כאמור של המעביד היינו חוזרים לימי העבדות ודינו של העובד היה כדין עבד. האיזון הראוי נמצא להשקפתי בזכותו של העובד להתפטר, כך שהתפטרותו תחשב כפיטורים. איני רואה צידוק להסטתה של נקודת האיזון באופן שלעובד תעמוד הזכות לדרוש כי מעבידו המקורי ימשיך להעסיקו.

9. על כן, אילו נשמעה דעתי היינו דוחים את שתי העתירות.

ט ו ר ט

תוצאת פסק הדין

מכל האמור לעיל עולה, כי תוצאות פסקי הדין של חברי ההרכב שונות זו מזו, באופן שלא ניתן להגיע לעמדת רוב של ארבעה מחברי ההרכב. בתוצאה אחת תומכים המשנה לנשיא (בדימ') אור והשופטים דורנר וריבלין, בתוצאה שנייה תומכים המשנה לנשיא מצא והשופט גרוניס ובתוצאה שלישית - השופטים חשין ונאור.

בנסיבות מיוחדות אלו, תכריע הדעה הנתמכת על ידי יותר שופטים מאשר הדעות האחרות. בייחוד כך, שדעה זו, הנתמכת על ידי שלושה שופטים, היא דעת אב בית הדין, המשנה לנשיא (בדימ') השופט אור (ראו סעיף 80(ב) של חוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984).

המסקנה המתקבלת היא, שתוצאת הדיון היא כאמור בפסק דינו של המשנה
לנשיא (בדימ') השופט אור.

ניתן היום, י"ג בסיון תשס"ד (2.6.04).

המשנה לנשיא

המשנה לנשיא (בדימ')

שופט

שופט (בדימ')

שופט

שופט

שופט