

ניהול זמן בסביבת-עבודה מודרנית

דוד א' פרנקל, * יצחק לובוצקי**

המעבר לשיטה של ניהול גמיש ועבודה מרחוק הוא תופעה הולכת וגוברת בעולם העסקים. תופעה זו מעלה קושי בדבר השתלבותה עם הוראות של חוקי-מגן בדיני העבודה. העסקתם של עובדים בצורה גמישה מקטינה את עלויות המעביד, מגדילה את מעגל העובדים ומאפשרת לעובד אורח חיים גמיש יותר. עם זאת, צורות עבודה אלה מערערות את יכולת הפיקוח של המעביד על העובד, ועלולות לפגוע בזכויותיהם של עובדים ובדרכי התארגנותם. השאלה הנשאלת במאמר זה היא כיצד ניתן להתמודד עם בעיית ההתנגשות בין המציאות של "עבודה מרחוק", שהיא אחת מצורות הניהול החדשות, לבין חוקי שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951. במאמר זה נציע פתרון לבעיה, שיביא לידי איזון בין הוראות החוק לבין המציאות המשתנה. לצורך זה נשתמש בשני מבחנים עיקריים: מבחן רמת האחראיות ומבחן פונקציונלי. נעשה זאת על-ידי סקירה של ניהול זמן העבודה בסביבה עסקית משתנה, ומציאת איזון בין זכות העובד לשכר בגין שעות עבודה לבין מגבלותיו הניהוליות של המעביד, תוך השוואה לדין הנהוג במדינות האיחוד האירופי, לרבות בריטניה.

* LL.D., פרופסור מן המניין, ראש תחום המשפט, המחלקה למינהל עסקים, בית-ספר גלור לניהול, אוניברסיטת בן-גוריון בנגב, באר-שבע.

** Ph.D. במדעי הניהול, שופט בית-דין אזורי לעבודה, מורה (מן החוק) בבית-ספר גלור לניהול של אוניברסיטת בן-גוריון בנגב ובפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר-אילן. תודת המחברים נתונה לחברי מערכת משפט ועסקים, ובמיוחד לעורך הראשי ד"ר גיא זיידמן ולעורך עו"ד ארוז שחם, על עצותיהם והערותיהם המועילות.

מבוא

פרק א: ניהול זמן עבודה בסביבה גמישה ומשתנה

פרק ב: זמני עבודה ותמורתם במשפט האנגלי

פרק ג: קביעת זמני עבודה במדינות האיחוד האירופי

פרק ד: הצעה לפתרון הבעיה של ניהול זמני עבודה במצב של "עבודה מרחוק" ושדרוג אחריותו של העובד

פרק ה: סיכום

מבוא

על-פי סעיף 1 לחוק שעות עבודה ומנוחה,¹ "שעות עבודה" הן "הזמן שבו עומד העובד לרשות העבודה", למעט הפסקות למנוחה ולסעודה שנקבעו לפי סעיף 20 לאותו חוק. זה המבחן שהמחוקק הישראלי מעמיד לקביעת שעות העבודה. "הזמן שבו עומד העובד לרשות העבודה" נאמר, ולא הזמן שבו העובד מצוי במקום העבודה או הזמן שבו העובד מועסק בפועל.² נקודת המוצא "המסורתית" של המשפט הישראלי הייתה שמקום שאין המעביד יכול לפקח על עבודת העובד, הוא גם לא יזכה אותו בתמורה מלאה על שעות עבודתו.³ סעיף 30 לחוק שעות עבודה ומנוחה הוציא מועסקים שונים מתחולתו ומהחובים לפיו. רשימת המועסקים שעל העסקתם לא יחול החוק כוללת גם את "עובדי המדינה שתפקידם מחייבם לעמוד לרשות העבודה גם מחוץ לשעות העבודה הרגילות", "עובדים בתפקידי הנהלה או בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי" וכן "עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעביד כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם". לא בכדי פסק בית-הדין הארצי לעבודה כי חוק שעות עבודה ומנוחה אינו חל על

1 חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, ס"ח 76 (להלן: חוק שעות עבודה ומנוחה).

2 יש הבדל בין נוסח ההגדרה של "שעות עבודה" בחוק שעות עבודה ומנוחה הישראלי לבין ההגדרה של "working time" בהנחיה של האיחוד האירופי. ההנחיה האירופית מגדירה "working time" כ-"any period during which the worker is working, at the employer's disposal and carrying out his activity or duties, in accordance with national laws and/or practice"; והגדרת "rest time" היא "any period which is not working time". ראו ס' 2 להנחיה (EC) 9 (2003 O.J. (L 299), Council Directive 2003/88. הדגש כאן הוא בביצוע עבודה למעשה או בביצוע דרישותיו של המעביד, ולא דווקא פרק-הזמן שבו העובד מעמיד את עצמו לרשות העבודה. ראו: CATHERINE BARNARD, EC EMPLOYMENT LAW (3rd ed., 2006), 587-589. עם זאת, מבחינה מעשית, גם באירופה ההתייחסות היא בדרך-כלל לזמן שבו העובד עמד בפועל לרשות העבודה. ראו: MALCOLM SARGEANT & DAVID LEWIS, EMPLOYMENT LAW §9.4.1 (3rd ed., 2006).

3 דב"ע (ארצי) לב/2-10 אלישע הכהן - חברת יוסף כהן בע"מ, פד"ע ג 478, 482 (1972).

מטפלת סיעודית שעבודתה היא השגחה תמידית על חולה המחוברת למכונת הנשמה, מאחר שאין מי שישגיח או יכול לפקח על המטפלת.⁴ אולם בית הדין הארצי לעבודה פסק גם כי אם הוכחה "מתכונת עבודה" של מטפל סיעודי, יחול עליו חוק שעות עבודה ומנוחה.⁵ בית הדין היה מודע אפוא לצורות ההעסקה החדשות המכונות "ניהול זמן גמיש" וכן "עבודה מרחוק", שמשמעותן יישום תבנית העסקה בלתי-שגרתית. בדרך כזו של העסקה המעביד מוותר מראש על מפגשים תכופים עם העובד, ומנסה לשלוט בעבודתו באמצעים טכנולוגיים, תוך שימת דגש ב"איכות הזמן", ולא ב"משך הזמן".

נושא ה"עבודה מרחוק" (teleworking) או ה"עבודה מהבית" (homeworking) מעסיק את העוסקים בדיני התעסוקה וביחסי העבודה בעולם כולו. ארגון העבודה הבינ-לאומי הקדיש לכך אף אמנה מיוחדת בשנת 1996 - Home Work Convention.⁶ מטרתה של האמנה, שנכנסה לתוקף ב-22.4.2000, היא להשוות את תנאי העבודה הכלליים של ה"עובדים מהבית" לאלה של העובדים במפעלו של המעביד.⁷ בצד האמנה פורסמה גם המלצה מס' 184 של ארגון העבודה הבינ-לאומי,⁸ המתייחסת אומנם לשעות העבודה של "עובדים מהבית", אך באופן כללי בלבד. ההמלצה קובעת כי המדינות השונות ידאגו לכך ש"עובד מהבית" יהיה זכאי ליהנות ממנוחה כמו עובדים רגילים.⁹ קשה לראות כיצד ניתן להקפיד על שעות עבודה מסודרות ומבוררות במשך היום. הדרך האפשרית הנראית לנו היא הערכה של מספר השעות שעל העובד להקדיש לאותה עבודה מביתו, אך השאלה כמה שעות יעבוד בכל יום אינה ניתנת לפיקוח מעשי.¹⁰

- 4 ע"ע (ארצי) 157/03 יולנדה גלוטן - לאה יעקב, דינים ארצי לג(23) 84, פס' 1 לפסק-דינו של השופט פליטמן (2007).
- 5 ע"ע (ארצי) 1267/04 אלנה זכריה - עזבון קימלמן, דינים ארצי לג(20) 84, פס' 7 לפסק-דינה של השופטת ארד (2006). ראו גם ע"ע (ארצי) 395/03 יון צ'יריק - עו"ד יהונתן דירוביץ, דינים ארצי לג(15) 89, פס' 12 לפסק-דינו של השופט רבינוביץ (2006).
- 6 C177 Home Work Convention, 1996, available at www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C177 (להלן: האמנה).
- 7 האמנה אינה עוסקת בנושא של שעות עבודה כנושא עצמאי, אלא עיקרה הוא זכויותיהם של ה"עובדים מהבית", כגון זכות ההתארגנות, קביעת שכר במסגרת הסכמים, תשלומים בגין חופשות ומחלה וכיוצא באלה. עם זאת, הצורך באמנה זו מעיד על חשיבות הנושא וחדשנותו.
- 8 R184 Home Work Recommendation, 1996, available at www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R184 (להלן: ההמלצה).
- 9 ס' 23 להמלצה קובע: "A deadline to complete a work assignment should not deprive a homeworker of the possibility to have daily and weekly rest comparable to that enjoyed by other workers".
- 10 לדיון באמנה ובהמלצה ראו: Decent Work and the Informal Economy, Report VI (6th item on the Agenda of the International Labour Conference, 90th session 2002). International Labour Office, Geneva, 2002, p. 46, available at www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc90/pdf/rep-vi.pdf. מעניין שחמש מדינות בלבד אשררו את

בימינו, שבהם התופעות של "ניהול זמן גמיש" ו"עבודה מרחוק" הן צורות ניהול ועבודה מקובלות, הגדרת "שעות עבודה" נעשית מסובכת ולעיתים מיותרת. תוצרת ותפוקה (ממשית ורעיונית) מחליפות לעיתים את מדידת "שעות העבודה", והדגש הניהולי מוסט מ"זמן כמותי" ל"זמן איכותי". במאמר זה ננסה לבדוק כיצד הוראותיו של חוק שעות עבודה ומנוחה מתיישבות עם צורות הניהול השונות – הן המסורתיות והן החדשות – שהדגש בהן מכון לאיכות ולתוצאה, ולא דווקא ליחידות הזמן, ועד כמה ניתן לאזן בין האינטרסים הנוגדים של המעסיק ושל המועסק. ננסה לגלות את שבילי הזהב למימוש הזכות הניהולית, באופן שלא יעמוד בסתירה למטריית ההגנה המוענקת לעובד מכוח חוק שעות עבודה ומנוחה. למשל, אם עובד חברת היי-טק מעוניין לפתח תוכנה מביתו, ולשם כך נדרשות לו כעשר שעות מדי יום והוא מעוניין לעשות זאת בשעות הלילה, ייתכן שמקרה כזה סותר את הוראות סעיפים 2, 6 ו-22 של חוק שעות עבודה ומנוחה, העוסקים בהגדרת יום עבודה, באיסור העבדה בשעות נוספות ובעבודת לילה, בהתאמה.

צורות העבודה החדשות שעניינן "עבודה מרחוק" ו"ניהול זמן גמיש" מכתיבות התייחסות חדשה בכל הנוגע להגדרת "שעות עבודה" לפי חוק שעות עבודה ומנוחה. התייחסות חדשה זו צריכה לנבוע מזו המוכתבת על-ידי הוראות המשפט הקיים בישראל, תוך השוואה לארצות אחרות. בהמשך המאמר נסקור את אופן הניהול של זמן העבודה בסביבה גמישה ומשתנה במשפט הישראלי ובדין של מדינות האיחוד האירופי, לרבות בריטניה. מתוך כך נגיע לשכלול רעיוני של הגדרת "שעות עבודה", כך שתתאים, יש לקוות, למציאות החדשה בנושא זה גם בישראל.

ננסה לבדוק מהי מסגרת שעות אחריותו של העובד לביצוע עבודתו בעידן שבו הפיקוח הניהולי נהפך למסובך, אם לא לבלתי-אפשרי לעיתים. נציג גם את השאלה אם לא הגיעה העת להחליף את המבחן המסורתי של "יכולת הפיקוח", שהוא תנאי לתחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה, במבחן פיקוח אחר שבו הדגש הוא בתוצאות העבודה – מבחן המטיל על העובד אחריות נוספת.

פרק א: ניהול זמן עבודה בסביבה גמישה ומשתנה

חוק שעות עבודה ומנוחה בא לקבוע מסגרת מרבית לזמני עבודתו של העובד, ולהטיל סנקציה עונשית ותרופה כספית על העסקת עובד באופן החורג ממסגרת הזמן הקבועה בחוק. אולם ניהול זמן עבודתו של העובד בצורה גמישה ומשתנה נהפך לכורח המציאות של ניהול חברה עסקית בסביבה תחרותית.¹¹ ניהול זמן העבודה מתחייב לשם השגת מטרת

האמנה עד לסוף שנת 2006: פינלנד (1998), אירלנד (1999), אלבניה (2002), הולנד (2002)

וארגנטינה (2006). ראו: www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratific.pl?C177%20.

11 אמירה גלין "ניהול גמיש – כורח המציאות" ניהול 2000 ניהול גמיש 11 (אמירה גלין ועוזר כרמי עורכים, 1990).

תפעוליות של הארגון. מדובר בשאיפה להשגת יעדים מוגדרים עד למועד שנקבע מראש.¹² כדי להכריע בשאלת תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה, יש להכריע תחילה בשאלה מתי שעות עיסוקו של העובד לטובת מעבידו ייחשבו בכלל ל"שעות עבודה". הצורך בהכרעה בשאלה זו מתעורר בעסק מודרני כבר בשלב של מיון העובדים לקראת קבלתם לעבודה. דוגמה לכך היא מעמדן של שעות השתתפות בקורס המכשיר לעבודה. בית הדין לעבודה התבקש להכריע בשאלה אם שעות נוכחות בקורס המכשיר לעבודה, או בקורס שמטרתו מיון מועמדים, הן "שעות עבודה" המזכות את המשתתף בהן בשכר. בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב, שנדרש לסוגיה, ערך "מבחן תכליתי", וקבע שאם מדובר בקורס בעל "פן הכשרתי", המשתתפים בו זכאים לשכר עבודה. לעומת זאת, אם מדובר בקורס שהוא "מבחן מיון" בלבד לקראת קבלת עבודה, המשתתפים בו אינם זכאים לשכר עבודה, ובלבד שמשכו ואופיו של הקורס תואמים מיון לקראת המשרה שאליה הציגו העובד או דורש העבודה את מועמדותם.¹³ מדובר אפוא ב"נקודת איוון" שלפיה כוחו של המנהל להשתמש במשאב האנושי של המועמד לעבודה לצורך הכשרתו לקראת קבלת העבודה הינו מוגבל, אלא אם כן יזכה המועמד בתגמול בעד מאמציו.¹⁴

הבעייתיות של זיהוי "שעות עבודה" ושאלת תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה נמשכות גם לאחר שהעובד התקבל בפועל לעבודתו. כורח המציאות המפעלית והעסקית מכתוב לעיתים "שעות עבודה" בלתי-שגרתיות. לדוגמה, בענפי עבודה ובתחומי פעולה שאינם סובלים הפסקת מעש מוחלטת במהלך היממה נעשים הסדרים שונים הנוגעים בניהול זמן עבודתו של העובד¹⁵ אשר מקשים את קביעת התגמול שישולם בגינם. כך,

12 על החיוניות של הצבת מטרת תפעוליות בארגון לשם הבטחת פעולתו התקינה ראו יצחק סמואל ארגונים – מאפיינים, מבנים, תהליכים 52-53 (1990).

13 תב"ע (אזורי ת"א) נ/35-3633 ערן ארקוש – לאופר תעופה בע"מ, דינים אזורי יא 341 (1999); ס"ק (אזורי ת"א) 1148/02 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ, דינים אזורי כב 117 (2005). ראו גם י' לובוצקי חוזה עבודה וזכויות העובד פרק 13, עמ' 4 (2006).

14 מניתוח הפסיקה שהבאנו עולה כי נקודת האיוון מוכרעת על-פי מבחן מהותי, ולא על-פי מבחן פרוצדורלי. להגדרת האדם כ"עובד" או כ"מועמד לעבודה" אין משמעות. המבחן יהיה בדיקת המטלות שהוטלו עליו קודם לקבלתו לעבודה. אם המטלות בעלות גוון הכשרתי, יראו בהן עבודה לכל דבר, שיש לתת תגמול בעדה. לעומת זאת, אם למטלות יש אופי של "בחינת מיון", לא יוכרו השעות שהקדיש המועמד לעבודה כזמן עבודה. "מבחן תכליתי" זה שקבע בית הדין כדי להבחין בין הכשרה למיון מושפע מאמות-מידה של סבירות אובייקטיבית. יש לבחון את מהות המשרה על-מנת לקבוע אם מדובר במבחן שממיון מועמדים לקבלתה או בעבודה שמכשירה אותם לקראת ביצועה. ככל שהמשרה המוצעת מחייבת מיומנות רבה יותר, כן הסבירות להימשכותו של "המבחן הממיון" (מבחנת הזמן) רבה יותר. השאלה שיש לבחון היא שאלה של משקלות: במסגרת הזמן שהוקדש ל"מיון", מה חלקו של הזמן ה"ממיון" ומה חלקו של הזמן ה"מכשיר". שאלת זכאותו של העובד ל"שכר עבודה" תיקבע לפי מידת מרכזיותם של המרכיבים בתקופה הנתונה במחלוקת.

15 בהתייחס לביצוע עבודה ב"שעות נוספות", הלכה פסוקה היא כי עבודה בשעות כאלה אינה

למשל, נעשו הסדרים מיוחדים בענפי הלולנות, הרפתנות והשמירה,¹⁶ כדי לעמוד במציאות החיים.

תחום אחר שבו התעוררה השאלה של הגדרת "שעות עבודה" הוא תחום הרפואה. משימות הכוננות של רופאים (להבדיל משעות התורנות שלהם, שבהן הם נמצאים בפועל במתחם בית-החולים) אינן מוכרות כ"שעות עבודה". מדובר אומנם בשעות שהתמורה המשתלמת בעדן היא שכר עבודה, אך אין הן נחשבות שעות עבודה לצורך חוק שעות עבודה ומנוחה, כולל מנייתן במסגרת ההגבלה המוטלת בדבר מספר שעות העבודה המותר ביום עבודה. כך, רופא בית-חולים שסיים את יום עבודתו ונמצא בכוננות לא ייחשב כמי שעובד במשמרת שנייה או שעות עבודה נוספות. זוהי משימה בעלת אופי משלה, העומדת בפני עצמה, חרף היותה חלק בלתי-נפרד מתפקידו.¹⁷

בית-המשפט האירופי נקט אותה גישה, וקבע שרק השעות שבהן רופא נמצא בפועל במרכז הרפואי לצורכי מתן שירותי רפואה ייחשבו שעות עבודה. לעומת זאת, השעות שבהן יימצא הרופא מחוץ למרפאה או למרכז הרפואי, במקום שבו יבחר להימצא, לא ייחשבו שעות עבודה. כשעות עבודה ייחשבו רק אותן שעות שבהן הוא נקרא למתן שירות רפואי בפועל.¹⁸ התוצאה המעשית היא שאף-על-פי שבאותן שעות של "כוננות מרחוק" הרופא כפוף להוראות מעסיקו וחייב להיות זמין ולהתפנות לכל קריאה למתן שירות רפואי – כלומר, אותו פרק-זמן אינו זמן פנוי שלו, אלא זמן שבו הוא מוגבל לפי הוראות המעסיק – שעות אלה אינן נחשבות שעות עבודה. קיימת כאן, הלכה למעשה, הוצאת

בגדר זכות המגיעה לעובד וההופכת במשך הזמן לחלק מתנאי העבודה שהעובד יכול לכפות על מעבידו" – ראו ע"ע (ארצי) 367/03 רונית סעדיה – שרות התעסוקה, דינים ארצי לג(18) 46 (2004).

16 תקנות שעות עבודה בלולנות, התשי"א-1951, ק"ת 206; תקנות שעות עבודה ברפתנות, התשי"א-1951, ק"ת 206; תקנות שעות עבודה בשמירה, התשי"א-1951, ק"ת 206 (אם כי הללו בוטלו בתקנות שעות עבודה בשמירה (ביטול), התשס"ו-2006, ק"ת 6457).

17 דב"ע (ארצי) לה/9-59 ד"ר מיטראני – מדינת ישראל, פד"ע ז 302, 308 (1976).

18 Case C-303/98, Sindicato de Medicos de Asistencia Publica (SIMAP) v. Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, 2000 E.C.R. I-7963. החוק בגרמניה מבחין בין שלושה מצבים: נכונות לבצע עבודה (Arbeitsbereitschaft), המתנה לביצוע עבודה לפי קריאה (Bereitschaftsdienst) ושירות עבודה לפי קריאה (Rufbereitschaft). המצב הראשון מקביל למצב של תורנות שבה הרופא מעמיד את עצמו לרשות העבודה; המצב השני הוא כוננות שבה המעביד קובע היכן יימצא הרופא – למשל, בהדרי מנוחה מיוחדים לרופאים בבית-החולים או בסביבתו – והרופא ייתן את שירותו כאשר ייקרא; והמצב השלישי הוא כוננות שבה הרופא מחליט היכן יימצא. בהתאם לחוק הגרמני, רק המצב הראשון נחשב "זמן עבודה". בית-המשפט האירופי החליט שגם המצב השני נחשב "זמן עבודה", מאחר שבמצב זה המעסיק הוא שקובע את מקום הימצאו של העובד, ובכך הופך את שהייתו באותו מקום ל"זמן עבודה", ולא ל"זמן מנוחה" (גם אם בפועל הרופא רק נח באותו מקום, ולא נקרא לתת שירות כלל). ראו: Case C-151/02, Landeshauptstadt Kiel v. Norbert Jaeger, 2003 E.C.R. I-838.

שעות עבודה מסוימות הן ממסגרת המחייבת את המעביד בתשלום ישיר תמורתן והן ממכסת השעות שמוותר להעביד בהן עובד.

כך גם פסק בית-הדין הארצי לעבודה כאשר דן בהגדרת שעות עבודה של עובדי תחזוקה של החברה להגנת הטבע. עובדים אלה נדרשו לשהות במתחם בית-ספר שדה של החברה למקרה שיצטרכו את שירותיהם. בית-הדין פסק שהעובדים לא היו צריכים להוכיח את מספר השעות שבהן ביצעו עבודה בפועל, מפני שאת כל שעות שהייתם בבית-הספר בזמן התורנות, למעט שעות שינה בפועל, יש לראות כשעות עבודה.¹⁹

תחום אחר שקיים בו קושי ביישום חוק שעות עבודה ומנוחה הוא תחום הסיעוד הטיפול הצמוד. בשל התפשטות התופעה של טיפול בקשישים ומוגבלים במסגרת הקהילה, מצד אחד, וייבוא כוח-אדם זר לטיפול בהם, מצד אחר, נהפכה ההעסקה הסיעודית לנושא שבאופיו נוגע בניהול עובדים ב"סביבה גמישה ומשתנה". בית-הדין הארצי לעבודה קבע כי הפרשנות של חוק שעות עבודה ומנוחה חייבת "להתאים למציאות החיים". לפיכך החלת החוק על עובדת שהיא מטפלת סיעודית צמודה תהא תוך הענקת "פיצוי גלובלי" לעובדת, ללא מדידה אמיתית של זמן עבודתה.²⁰ כך, לדוגמה, החליט בית-הדין הארצי לעבודה לזכות עובדת זרה (מטפלת סיעודית) בגמול בעבור שעות של עבודה נוספת בכל יום, מבלי שהעובדת נדרשה לכימות מדויק של תביעתה. בית-הדין פסק כי הוכחת מסגרת של עבודה קשיחה המלמדת על עמידה לרשות העבודה מעבר לשעות העבודה הרגילות – די בה לזכות את העובדת בגמול בעבור שעות נוספות.²¹

סביבה "גמישה ומשתנה" מתפתחת במהירות כתוצאה מהתפתחות טכנולוגית מואצת, במיוחד זו של האינטרנט. התפתחות זו יוצרת אפשרות של קשר אישי בין העובד למעביד ללא מפגש פנים אל פנים. אפשרות זו מקובלת מאוד בענף ההיי-טק. שני הצדדים המעורבים – העובד והמעביד – מעוניינים בהתקשרות כזאת: העובד מעוניין בעצמאות בקביעת שעות עבודתו וסביבתה; והמעביד מעוניין בחיסכון בעלויות, בהיותו פטור מלהעמיד לרשות העובד אכסניית עבודה במפעל עצמו. הפסיקה בישראל טרם ליבנה סוגיה

19 ע"ע (ארצי) 305/05 אשר מאיר – החברה להגנת הטבע, דינים ארצי לג' (68) 85 (2007). פסק-הדין אושר בבג"ץ 3291/07 החברה להגנת הטבע נ' בית הדין הארצי לעבודה. (טרם פורסם, 16.5.2007).

20 ע"ע (ארצי) 113/02 יוהאנה טודוראנג'אן – מעיין משה, פד"ע לט' 409, פס' 21 לפסק-דינו של הנשיא אדלר (2004). ראו גם ע"ע (ארצי) 1511/02 ארמלנדה לאחאטו – עזבון בן-בנימין, דינים ארצי לג' (77) 77 (2005). בתי-הדין מסתפקים כיום בכך שהעובד הוכיח "מתכונת עבודה" המלמדת על ביצוע עבודה ב"שעות נוספות". ראו ע"ע (ארצי) 1247/04 איליה דאמשה – יהונתן דוידוביץ, דינים ארצי לג' (8) 65, פס' 8 לפסק-דינו של השופט רבינוביץ (2006); ע"ע (ארצי) Baloyo Teresita 1333/04 – יוסף לוגסי, דינים ארצי לג' (10) 65, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת ארד (2006).

21 פסק-דין Baloyo Teresita, שם. במקרה זה חויבה העובדת לחלוק את חדרה עם המטופל, ובכך למעשה נפגעו פרטיותה ושעות המנוחה שהוקצו לה לפי החוזה, מכיוון שבאופן זה היא לא הייתה חופשית לעשות כרצונה. לפיכך יש לראות שעות אלה כשעות שבהן עמדה העובדת לרשות המעסיק, כלומר, כ"שעות עבודה".

זו לעומקה. ייתכן שהסיבה למיעוט המקרים שנוקקו להכרעה שיפוטית נובעת מאופיים של עובדי היי-טק ומיחסי האמון השוררים בענף זה בין העובדים למעסיקיהם.²² משנדרש בית-הדין לעבודה להכריע בסכסוך בין מעביד לבין עובד היי-טק שעבד מהבית, החליט בית-הדין "לשדרג" את אחריותו של העובד לעמידה ביעדים שנקבעו מראש, שבעבורם הובטחה לו תמורה.²³ במקרה אחר, כאשר הוצגה לפני בית-הדין לעבודה השאלה אם "מנהל פיתוח" בענף טכנולוגי הוא "עובד בעל תפקיד הנהלה" אף שהוא אינו ממונה על עובדים, השיב על כך בית-הדין בחיוב. בית-הדין האזורי בתל-אביב פסק:

"כאשר מדובר בתפקיד טכנולוגי... ניתן לראות בתפקיד האחראי על האינטגרציה בין הגורמים השונים האחראים על פיתוח מרכיבי המוצר השונים, כתפקיד ניהולי."²⁴

בית-הדין יישם את המושג "סביבת-עבודה גמישה ומשתנה", והחליט כי אף-על-פי שבדרך-כלל מי שאינו ממונה על עובדים אינו בתפקיד הנהלה,²⁵ בענף היי-טק תוגמש ההגדרה של "עובד בתפקיד הנהלה", כך שעובד בדרג ניהולי בענף היי-טק יוצא מתחולתו של חוק שעות העבודה והמנוחה. בית-הדין חרג כאן גם מהגדרת "מנהל" שנקבעה בפסיקה, שלפיה התואר "מנהל" כולל בתוכו גם מתן סמכות ארגונית וקביעת מדיניות. בפסיקות קודמות נקבע כי עובד אשר מיישם את מדיניות המפעל ללא הפעלת שיקול-דעת עצמאי, ואינו פועל מחוץ למסגרת המדיניות הקבועה, אינו ממלא תפקיד ניהולי, וכי יש להבדיל בין עבודה אחראית וקשה לבין עבודת ניהול.²⁶ מקרים אלה ממחישים את המתח שבין הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה לבין ההתפתחות המואצת של הטכנולוגיה ואמצעי התקשורת המאפשרים העסקת עובדים מרחוק.

האם ניתן לקבוע כי קיימת "נקודת איזון חיובית" שבה זכותו של העובד לשכר עבודה בגין "שעות עבודה" ניגפת מפני מגבלותיו הניהוליות של המנהל, המתקשה לפקח על זמן העבודה, ולכן אותן שעות אינן "שעות עבודה"? לשם כך יש לבחון את טיב העסק שמדובר בו. ההלכה הנוגעת בדין לינה במקום העבודה יכולה לסייע במציאת "נקודת האיזון החיובית". לינה במקום העבודה אינה נחשבת כשלעצמה כ"עבודה" לעניין חוק שעות עבודה

22 חוק שעות עבודה ומנוחה חל גם על עובדי מחשוב. כאשר רצה המחוקק להוציא עובדים אלה מתחולתם של חוקי-מגן, הוא עשה זאת במפורש - למשל, בס' 13 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996, ס"ח 1578, כפי שתוקן בשנת תשס"ב, ס"ח 1831. העובדה שהמחוקק לא קבע סעיף כזה בחוק שעות עבודה ומנוחה משמעותה היא שהמחוקק לא התכוון להוציא את עובדי המחשוב והיי-טק ממסגרת החוק.

23 ד"מ (אזורי ת"א) 5682/00 ישי שכטר - אבנר פופר, פד"ע לו, ט (2001).

24 ע"ב (אזורי ת"א) 911943/99 אלון ציגלר - מערכות טלוקיישן מערבות בע"מ, דינים אזורי כו 313, פס' 29 לפסק-דינה של השופטת גליקסמן (2005).

25 דב"ע (ארצי) מט/2-7 מישל רבות - הורמון שירותי אחזקה (אילת) בע"מ, פד"ע כא 117 (1989).

26 פסק-דין הורמון, שם. ראו גם: Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass [1971] 2 All E.R. 127 (H.L.), וכן דוד א' פרנקל דיני עמותות בישראל 106 (2000).

ומנוחה.²⁷ המבחן הקובע הוא אם הלינה במקום העבודה דרושה מעצם מהותה של העבודה, דהיינו, אם מדובר בלינה המחייבת פעילות של העובד בשעות הלילה. עצם הימצאותו של העובד במקום העבודה – למשל, מדריכים הלנים במעון – אינה הופכת את הנוכחות ל"שעות עבודה".²⁸ גם התאכסנות של עובד במלון שאליו הגיע לצורך עבודתו אינה הופכת את שעות השהייה במלון ל"שעות עבודה".²⁹ המסקנה היא, אפוא, שלא "יכולת הפיקוח" היא אמת המידה המרכזית בשאלת יישומו של חוק שעות עבודה ומנוחה, אלא הדגש מוסט לתוצאות העבודה. נקודת האיזון מצויה אפוא במבחן פונקציונלי מתמיד. העובד יהיה זכאי ל"שכר עבודה" אם יצליח להוכיח לא רק שעמד לרשות עבודתו, אלא גם שבאותה עת נדרשה עמידתו לצורך עבודתו. נטל ההוכחה מוטל על העובד יהיה אם כן נטל כפול.³⁰

נראה כי מבחן פונקציונלי כזה אינו זר לפסיקתם של בתי-הדין לעבודה. הוא אינו מבחן חדש, וניתן להתאימו להקשר של תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה בסביבת עבודה גמישה ומשתנה. הוא ניתן ליישום גם במקרה של עובד בענף היי-טק הנדרש לפתח תוכנה בביתו. מבחן פונקציונלי למציאת האיזון הראוי בין זכותו של העובד לשכר לבין כוחו של המנהל לקבוע שעות עבודה גמישות שימש כבר במקרים שונים שהתעוררו בפסיקתם של בתי-הדין לעבודה. במקרה של עובד ששעות נסיעתו לעבודה התארכו בשל הצורך לאסוף עובדים אחרים בדרכו, פסק בית-הדין הארצי לעבודה כי העובד יהא זכאי לתשלום שכר בעד שעת עבודה נוספת.³¹ במקרה אחר, של עובדת שערכה עם מעבידה הסכם שלפיו היא מנהלת את זמני עבודתה על-פי יעדים שנקבעו מראש, אישר בית-הדין את ההסכם, לרבות זכותו של המעביד לקזז בדיעבד שכר בקשר לשעות עבודה שנרשמו בחסר.³² בית-הדין

27 דב"ע (ארצי) לד/3-4 רוברט יקואל – אליהו פלד, פד"ע ה' 328, 334 (1974); ע"ב (אזורי ת"א) 2564/03 לסקנו קריסלדה – רוזנפלד שרה, פס' 4 לפסק-דין של השופט טנגבוים (טרם פורסם, 27.11.2003).

28 דב"ע (ארצי) שנ/84-3 מדינת ישראל – רון ראובן, פד"ע כב 433, 437 (1990).

29 דב"ע (ארצי) נא/36-3 מישל רבות – פנורמה בע"מ, עבודה ארצי א(1) 971, פס' 6-7 לפסק-הדין (1991).

30 גישה זו דומה להגדרה של "זמן עבודה" בהנחיה האירופית, וראו על כך: BARNARD, לעיל ה"ש 2, בעמ' 588. בישראל מקובלת הלכה פשוטית שלפיה "על העובד מוטל הנטל להוכיח אותן שעות וימים שעבד". ראו ע"ע (ארצי) 1355/01 המועצה המקומית מגיאר – שוקי עזאם, דינים ארצי לג(5) 49, פס' 5 לפסק-הדין (2004). לאחרונה רוככה במעט ההלכה הנוקשה, והדרישה כעת היא להוכחת "מתכונת עבודה". ראו פסק-דין לאחאטו, לעיל ה"ש 20, בפס' 13 לפסק-דינה של השופטת ארד; פסק-דין דאמשה, לעיל ה"ש 20; פסק-דין Baloyo Teresita, לעיל ה"ש 20 והטקסט הסמוך לה; וכן פסק-דין מאיר, לעיל ה"ש 19.

31 דב"ע (ארצי) מד/143-3 קיסר – דחן בע"מ, פד"ע טז 269 (1985).

32 דב"ע (ארצי) נו/3-91 לבנה פילוסוף – ב. שור ושות' מהנדסים ויועצים, פד"ע לג 49 (1997). מדובר בקיוזו אפשרי של שעות עבודה ביום אחד כנגד שעות כאלה ביום אחר, אולם אין פירוש הדבר שניתן לקזז "שעות נוספות" משעות עבודה חסרות כאילו היו "השעות הנוספות" שעות עבודה רגילות. ראו ע"ע (ארצי) 300087/96 משה רייכנטל – ראדא בע"מ, דינים ארצי לג(32) 70, פסק-דין של השופט פליטמן (2006).

לעבודה נכון אפוא לקבל צורות ניהול שונות כלגיטימיות, דוגמת "ניהול על-פי יעדים" (Management by Objectives),³³ ולהתחשב בהן בעת קביעת זכויותיו של העובד לגמול בגין עבודתו. כלומר, קיימת נכונות רעיונית מצד בית-הדין לעבודה להגמיש את תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה ולהתאימו למציאות העבודה המודרנית. בית-הדין לעבודה עשה זאת, כאמור, כאשר קבע כי "מנהל" בענף ההיי-טק אינו חייב להיות ממונה על צוות עובדים כדי שיוצא מתחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה.³⁴

לקביעה מה הן "שעות עבודה" יש חשיבות רבה גם לנוכח הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה הקובעות תקרה למספר שעות העבודה ביום ובשבוע שמותר להעסיק בהן עובד. עבודה מעבר למכסת השעות המותרת נחשבת עבודה ב"שעות אסורות", שהיתר להעסיק בהן עובד כפוף להגבלות המפורטות בחוק ובהיתרים שניתנו מכוחו. זאת, הן לגבי מכסה מרבית של שעות עבודה נוספות ביום והן לגבי מכסה מרבית של שעות עבודה נוספות בשבוע. הוראות אלה הן קוגנטיות במסגרת חוקי-המגן הבאים להגן על זכויות העובד, ואין להתנות עליהן או לסטות מהן. סטייה מהן תיחשב עברה פלילית. מעביד שסטה מהן יהיה חייב לשנות את תנאי עבודתו של העובד. שינוי של מסגרת שעות עבודתו של העובד אינו קל בדרך-כלל לביצוע, שהרי אין מעביד רשאי לכפות שינוי חד-צדדי מהותי בתנאי עבודתו של העובד ללא הסכמתו של האחרון.³⁵ אם נמצא כי המעביד חייב לשנות את זמני עבודתו של העובד על-מנת להתאימם לחוק שעות עבודה ומנוחה, השינוי עלול לגרום חיוב לפצות את העובד על הצורך לשנות דרכי חיים שהורגל בהן. דוגמה לכך היא מקרה שבו נאלץ מעביד להפחית את העסקתם של עובדיו ב"משמרות לילה", לאחר שנמצא כי העסקתם בלילות בלבד נוגדת את החוק.³⁶

פרק ב: זמני עבודה ותמורתם במשפט האנגלי

החקיקה האנגלית העוסקת בשעות עבודה חלה לא רק על employee, אלא גם על worker, שמוכנו כאן הוא כל מי שמבצע עבודה לפי חוזה, גם אם אין מדובר בחוזה עבודה, אלא במתן שירות במקום עסקו של מקבל השירות.³⁷ באופן זה נכללים בו גם "קבלנים" המעניקים

33 על יעדיה ויתרונותיה של שיטת "ניהול על-פי יעדים" ראו כפיר אהרון ארגון וניהול: עיצוב ושינוי 127-128 (2000).

34 ראו פסק-דין נקוס, לעיל ה"ש 24 והטקסט הסמוך לה.

35 ע"ע (ארצי) 348/03 יהודה סולימני - מרכז קהילתי על שם פולק, דינים ארצי לג (76) 70 (2006).

36 ע"ע (ארצי) 350/03 מדינת ישראל - אברהם גרינשפן, דינים ארצי לג (77) 70, פס' 8 לפסק-דינו של הנשיא אדלר (2006).

37 החוק החרות האנגלי מבהין בין שני סוגים של "עובדים" - "מועסקים" (employees) ו"עובדים" (workers). המונח האנגלי "עובד" כולל גם את המועסקים וגם את כל מי שנותן

שירות במקום העסק – לאו דווקא באופן אישי, אלא גם באמצעות מועסקים שלהם או אחרים.³⁸ עם זאת, מונח זה אינו כולל "קבלנים" או עצמאים המעסיקים את עצמם או את עובדיהם לא במקום העסק המקבל את השירות.³⁹

גלגולה של הזכות לשכר עבודה במשפט בבריטניה שונה מזה שהתרחש בישראל. במשפט המקובל האנגלי הייתה הבחנה בין עובד במשכורת לבין עובד בשכר לפי שעות. בעוד שעובד במשכורת היה זכאי לקבל את שכרו לא רק אם עבד בפועל, אלא גם אם בסופו של דבר לא עבד בפועל מחמת מחלה או הפסקת עבודה זמנית כתוצאה מאי-יכולתו של המעביד לספק עבודה, מי ששכרו שולם לפי שעות עבודה לא היה זכאי לקבל שכר אם לא עבד בפועל.⁴⁰

במהלך השנים השתנתה המגמה, והבחנה זו בוטלה למעשה על-ידי בית-הלורדים בעניין Miles,⁴¹ שם נקבע כי שני סוגי עובדים אלה – עובדים במשכורת ועובדים בשכר – יהיו זכאים לשכרם אם יוכלו להוכיח כי העמידו את עצמם לרשות המעביד כדי לבצע את העבודה בהתאם לחוזה העבודה. הרקע למקרה של Miles היה סירובו של

שירות או ממלא תפקיד במקום עסקו של מזמין השירות. ראו: JOHN BOWERS, EMPLOYMENT: Employment Regulations Act, 1999, c.26, §§3(5), 13. כן ראו: Law 27 (6th ed., 2002). הבחנה זו מאפשרת במשפט האנגלי לקבוע מערכת של חוקים והסדרים משפטיים (Eng.) הנוגעים ב"מועסקים", ולהחיל חלק מההוראות של דיני המועסקים גם על "עובדים" שאינם בבחינת "מועסקים". בישראל המונח "עובד" תואם יותר את המונח "מועסק" בריטניה. 38 ראו: Working Time Regulations 1998, S.I. 1998/1833 (כפי שתוקנו במהלך השנים, כשהתיקון המרכזי לענייננו נעשה בשנת 2002), המחילות את הנחיות האיחוד האירופי בנושא זה, ובעיקר את ההנחיה בדבר זמן עבודה – Council Directive 1993/104, 1993 O.J. (L-307) 18 (EC).

39 אילו הייתה הבחנה כזו בחקיקה הישראלית, היה קל יותר לפתור את הסוגיות השונות המתעוררות לגבי בעלי תפקידים, לגבי נבחרים ועוד. ראו על כך את עמדתו של בית-המשפט העליון בבג"ץ 6651/05 שפירא נ' ראש אגף כח אדם במטה הכללי, פס' ד(4)(ב) לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (טרם פורסם, 26.1.06). מבלי להכיר במעמדם כ"מועסקים", ניתן לזפות אותם בזכויות ולהטיל עליהם גם חובות, מאחר שהם "עובדים" במובן הרחב של המילה – מובן שאינו מתייחס למעמד משפטי, אלא למצב עובדתי בלבד. על הצורך לשנות את המצב הקיים לעניין הגדרתם של יחסי עובד-מעביד עמד בית-המשפט העליון גם בבג"ץ 1375/06 גדרה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פס' 4 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (טרם פורסם 24.10.06).

40 ראו: Browning v. Crumlin Valley Collieries [1926] 1 KB 522, 528; Automatic Fire Sprinklers Pty Ltd. v. Watson (1946) CLR 435, 465 (Dixon CJ). זכותו של עובד לשכר עבודה נגזרת אף היא מהגדרת "שעות עבודה". העובד בישראל זכאי לשכרו אם אכן עמד לרשות העבודה, גם אם לא עבד בפועל מסיבות שאינן תלויות בו – למשל, כאשר למעביד לא הייתה אפשרות לספק לו עבודה – למעט במקרה שבו הכריז המעסיק בשירות ציבורי על "השבתה מוגנת" בהתאם לפרק הרביעי של חוק יישוב סכסוכי עבודה, התשי"ז-1957, ס"ח 221.

41 Miles v. Wakefield Metropolitan District Council [1987] AC 539

רשם לידות, פטירות ונישואים, שהוא פקיד של הרשות המקומית, לערוך טקסי נישואים בשבתות. שבוע עבודתו היה בן 37 שעות. במהלך סכסוך קיבוצי, הוא אומנם בא לעבודה בימי השבת ועבד את שלוש השעות שאותן היה עליו לעבוד בשבתות, אולם הוא סירב לערוך טקסי נישואים בשעות אלה, והעסיק את עצמו בעבודות אחרות, שגם הן היו במסגרת תפקידו. הרשות הפחיתה משכרו 3/37 לגבי התקופה שבה סירב לערוך את טקסי הנישואים בשבתות. Miles תבע מהרשות את שכרו המלא, אך בית-המשפט של בית-הלורדים דחה בסופו של דבר את תביעתו. בית-המשפט (מפי הלורד טמפלמן) קבע שהעובד היה זכאי לשכר רק אילו היה מוכן לעבוד בהתאם לחוזה העבודה. אם כן, לא רק מספר השעות שבהן העמיד העובד את עצמו לרשות העבודה הוא הגורם שיובא בחשבון, אלא מספר השעות שבהן העמיד העובד את עצמו לרשות העבודה וביצע בפועל את העבודה בהתאם לדרישות המעביד. בית-המשפט לא נכנס כאן לשאלה אם העובד זכאי לתשלום כלשהו בעבור העבודה שביצע בפועל.

השלכותיה של פסיקה זו באו לידי ביטוי בעניין Wiluszynski.⁴² כלל זה הופעל באנגליה גם מאוחר יותר בעניין British Telecommunications plc.⁴³ מכאן ניתן ללמוד כי בתי-הדין באנגליה רואים חשיבות רבה בתשלום שכר לעובד רק כאשר עבודתו תרמה באופן אפקטיבי למפעלו של המעביד. שעות העבודה שבעבורן העובד זכאי לשכר אינן השעות שבהן הוא העמיד את עצמו לרשות העבודה, אלא השעות שבהן הוא העמיד את עצמו לרשות העבודה וביצע את העבודה בהתאם לדרישות המעביד. הגישה האנגלית היא גישה "פונקציונלית". לא "הפיקוח" ו"המרות" שולטים בה, אלא "מבחן התוצאה" – מידת תרומתו של העובד למפעלו של המעביד.

42 Wiluszynski v. London Borough of Tower Hamlets [1989] I.R.L.R. 259. עובדי רשות מקומית שנטלו חלק בעיצומים, במסגרת סכסוך קיבוצי, סירבו לטפל בסוג מסוים של בקשות במשך שבועות אחדים, אף שמבחינת מספר השעות הם עבדו את כל מכסתה. לאחר תום הסכסוך הם טיפלו באותן בקשות והתגברו על הפיגור במשך שעות אחדות. הרשות סירבה לשלם את שכרם בגין כל תקופת העיצומים. בית-הדין לעבודה באנגליה קבע כי העובדים אכן אינם זכאים לשכר, מאחר שאין תשלום בעבור עבודה חלקית.

43 British Telecommunications plc v. Ticehurst [1992] I.R.L.R. 219. במקרה זה דובר בעובדת שהייתה אחראית לניהול ארבעים עובדים בקולג' שהופעל על-ידי שירותי התקשורת הבריטיים. העובדת יזמה עיצומים במסגרת סכסוך קיבוצי בקולג', שהגיעו עד כדי שביתות של יום אחד מדי פעם. לאחר שלוש שביתות כאלה היא התבקשה להדול מכך ולהתוודע על התחייבות לעבוד בהתאם לחוזה העבודה. העובדת סירבה לחתום על מסמך כזה ולפיכך התבקשה לצאת ממקום העבודה. בתום הסכסוך סירבו שירותי התקשורת הבריטיים לשלם את שכרה בגין אותם ימים. העובדת דרשה את תשלום השכר המלא, בטענה שהמעסיק הוא שהורה לה לצאת ממקום העבודה. תביעתה נדחתה, ובית-המשפט לערעורים אף קבע כי התנהגותה, שפגעה במוניטין של הקולג', היא הפרת אמון כלפי המעביד. לביקורת בעניין ההשלכות של פסק-דין זה ראו: §4.5.3, 11.11.2 SIMON DEAKIN & GILLIAN S. MORRIS, LABOUR LAW (3rd ed., 2001).

פרק ג: קביעת זמני עבודה במדינות האיחוד האירופי

המצב המשפטי והמעשי לגבי מספר השעות המרבי שמותר להעסיק בהן עובד בארצות החברות באיחוד האירופי שונה במקצת מהמצב בישראל, והמצב בממלכה המאוחדת שונה מאוד מזה שבישראל. החקיקה האירופית בנושא של זמני עבודה עברה תהליך ארוך של שינויים והתאמות שהטילו הגבלות על המעסיק, מצד אחד, אך אפשרו גמישות מסוימת הנובעת מאופיו של המפעל ומשיטות העבודה בו, מן הצד האחר.⁴⁴

המוסדות המחוקקים של האיחוד האירופי הגיעו למסקנה שבשנים האחרונות נוצר פער הולך וגובר בין שעות העבודה האישיות של העובד לבין שעות הפעילות של המפעל, כלומר, העובד מועסק מספר שעות קטן יותר והמפעל פועל מספר שעות גדול יותר. מגמה זאת אפשרה למעבידים לנקוט מדיניות גמישה יותר, להגדיל את כושר הניצול של הציוד, להסתגל ביתר קלות לתנאים החדשים, להשיג רווחים נוספים מהעלאת הפריזון ולהגביר את כושר התחרות שלהם. נוסף על כך, הארכת שעות הפעילות של המפעל אפשרה להשקיע במודרניזציה של המפעל ולקבל תפוקה גבוהה יותר ליחידת הון. מגמות אלה תואמות גם את שאיפותיהם של העובדים, שכן זמני עבודה גמישים יותר מאפשרים ביתר קלות לשלב בהצלחה עבודה והתחייבויות משפחתיות. נוסף על כך, זמני עבודה גמישים מאפשרים לקלוט עובדים רבים יותר למעגל הפעילות הכלכלית, ועל-ידי כך להרחיב את שוק העבודה.

במקביל להתפתחויות אלה, קבעו מוסדותיו המחוקקים של האיחוד האירופי, כבר בתחילת קיומו, הנחיות המחייבות את המדינות החברות להגן על העובדים על-ידי קביעת מספר מרבי של שעות עבודה. זאת, במסגרת הדינים העוסקים בבטיחות ובגיהות של העובד. כך, בשנת 1975 פרסמה קהיליית השוק האירופי (שכעבור זמן-מה שונה שמה לאיחוד האירופי) המלצה לגבי מספר שעות העבודה הבנויה על העיקרון של ארבעים ושמונה שעות עבודה בשבוע וארבעה שבועות חופשה שנתית בתשלום;⁴⁵ ובשנת 1982 היא פרסמה החלטה בדבר אימוץ העיקרון של שעות העבודה,⁴⁶ במגמה להפחית את שעות העבודה השבועיות כדי לאפשר יצירת מקומות תעסוקה נוספים. אך המסמך העיקרי הוא הנחיה 93/104 של מועצת האיחוד האירופי מ-23 בנובמבר 1993.⁴⁷ להנחיה זו קדם פרסום של מחקרים שתמכו בצורך להגביל את מספר שעות העבודה לא כדי ליצור מקומות עבודה נוספים, אלא משיקולים של בריאות וגיהות של העובד. כך, לדוגמה, נמצא במחקרים כי שבוע עבודה של יותר מחמישים שעות עלול להזיק בטווח הארוך לבריאותו ולבטיחותו של העובד, כי שבוע עבודה של יותר משישה ימים (כלומר, שבוע שלם ללא יום מנוחה) עלול

44 לסקירה נרחבת בנושא ראו: ROGER BLANPAIN, EUROPEAN LABOUR LAW 533 (10th ed., 2005); JEAN MICHEL SERVAIS, INTERNATIONAL LABOUR LAW 184–194 (2006).

45 Council Recommendation 75/457, 1975 O.J. (L 199) 32 (EEC).

46 Council Recommendation 82/857, 1982 O.J. (L 357) 27 (EEC).

47 ראו: Council Directive 1993/104, לעיל ה"ש 38.

לגרום בעיות של עייפות מוגברת והפרעות בשינה, וכי שעות עבודה רבות ביום מגבירות את האפשרות של תאונות בעבודה.⁴⁸

הנחיה זו קובעת הגבלות בנוגע למשך עבודתו של העובד במשך יום ובמשך שבוע, ומתייחסת גם לרציפות עבודתו ולשעות עבודתו בלילה. ההנחיה מטילה חובה על המדינות השונות לאמץ את תוכנה ולקבוע בחקיקתן הפנימית את הוראותיה כחלק מהחוק המחייב בכל מדינה. סעיף 3 של ההנחיה קובע זכות מנוחה לעובד במשך אחת-עשרה שעות רצופות לפחות בכל עשרים וארבע שעות. סעיף 5 של ההנחיה קובע כי נוסף על אותן אחת-עשרה שעות בכל יממה, כל עובד זכאי לעשרים וארבע שעות מנוחה רצופות לפחות בכל תקופה של שבעה ימים. סעיפים אלה אינם מאפשרים גמישות או פרישה שונה של שעות המנוחה. לעומתם, סעיף 6 להנחיה הוא סעיף הגמישות. סעיף זה קובע שעל כל מדינה לקבוע בחקיקתה הפנימית כי מספר השעות המרבי השבועי שמותר להעסיק בהן עובד, כולל שעות נוספות, הוא ארבעים ושמונה שעות בממוצע לאורך תקופה של עד ארבעה חודשים. סעיף 7 להנחיה מעניק לכל עובד חופשה שנתית של ארבעה שבועות בתשלום.

ההנחיה מתירה לקבוע כי הוראות סעיפים 3 ו-5 (מנוחה יומית ומנוחה שבועית) לא יחולו על סוגים שונים של עיסוקים ומקומות עבודה, כגון בתי-חולים, מוסדות מחקר, תקשורת, נמלי-תעופה ונמלי-ים, חקלאות, תיירות, שירותי דואר ואחרים. לגבי סעיף 6, סעיף 17 של ההנחיה (כפי שתוקן ב-2000)⁴⁹ קובע תקופת מעבר, עד 1 באוגוסט 2009, שבה לכל מדינה מותר לקבוע בחוקיה הפנימיים את החלת הוראותיו של סעיף 6 בהדרגה: כל מדינה תהיה רשאית בתקופה זו להתיר ממוצע של חמישים ושמונה שעות בשבוע (כולל שעות נוספות), אך עד לסוף תקופת המעבר יהא עליה לרדת בהדרגה לממוצע של ארבעים ושמונה שעות.

ההנחיה לא התקבלה פה אחד. בריטניה התנגדה לה, ומשלא התקבלה פה אחד, טענה ממשלת בריטניה שההנחיה חסרת תוקף ובטלה. לפי אמנת רומא, שבבסיס האיחוד האירופי, הנחיות בנושא של יחסי עבודה הנוגעות ביצירת מקומות עבודה וכדומה צריכות להתקבל פה אחד. טענתה זו של ממשלת בריטניה נדחתה בבית-המשפט האירופי, שקבע כי ההנחיה אינה עוסקת במגמות ליצירת מקומות עבודה או תחרות בעבודה, אלא בענייני בריאות ובטיחות, שבהם מספיק רוב לפי האמנה, ואין צורך בקבלת החלטה פה אחד.⁵⁰ לאחר שדחה בית-המשפט האירופי את טענתה של בריטניה, הודיעה בריטניה כי היא מסתייגת מסעיף 6 של ההנחיה, וכי למרות האמור בו יהיו העובדים רשאים להסכים במפורש לעבוד מספר רב יותר של שעות בשבוע, והסכם מפורש כזה יגבר על ההגבלה המרבית שנקבעה בהנחיה.

48 Proposal for a Council Directive Concerning Certain Aspects of the Organisation of Working Time COM/90/317FINAL — SYN 295 OJ C 254. ראו גם: BARNARD, לעיל ה"ש 2, בעמ' 574. להשגות על מחקרים אלה ראו: BRIAN BERCUSSON, WORKING TIME IN

BRITAIN: TOWARDS A EUROPEAN MODEL part I, 4 (1993)

49 Council Directive 2000/34, 2000 O.J. (L 195) 41 (EC)

50 Case C-84/94, United Kingdom v. Council, 1996 E.C.R. I-5755

לנוכח זה הותקנו בבריטניה בשנת 1998 תקנות זמן עבודה,⁵¹ ובהתאם לאותה הסתייגות נקבע בתקנה 5 לתקנות אלה כי עובדים רשאים להסכים במפורש לעבוד מספר רב יותר של שעות עבודה בשבוע – מבלי שנקבעה הגבלה כלשהי של מספר השעות שניתן להסכים לו – אך שמורה להם תמיד הזכות לחזור בהם מהסכם כזה.⁵²

במקרים שבהם העובדים אינם נותנים את הסכמתם לעבוד מעבר למוצע שנקבע בהנחיה, תקנה 4 לתקנות בבריטניה קובעת שאת הממוצע של ארבעים ושמונה שעות בשבוע יש לחשב לאורך תקופה של שבעה-עשר שבועות (ובמקרים המפורטים בתקנות – לאורך תקופה ארוכה אף יותר). באופן זה אפשר להעסיק עובדים יותר מארבעים ושמונה שעות עבודה בשבוע לתקופה ארוכה יחסית, ולאפשר למעביד שליטה גמישה בזמנם של העובדים במפעלו. במקרים שבהם העובדים מסכימים לעבוד בממוצע מספר רב יותר של שעות בשבוע, יחושב הממוצע המוסכם גם הוא לאורך תקופה של שבעה-עשר שבועות (ובמקרים המפורטים בתקנות – לאורך תקופה ארוכה אף יותר).⁵³ תקנה 20 ל-Working Time Regulations 1998 בבריטניה, כפי שתוקנו בשנת 2002, דנה בעבודה שאי-אפשר להעריכה בשעות. תקנה זו קובעת שהגבלת הזמן המרבי אינה חלה על עובדים שאופי עבודתם הוא כזה שאי-אפשר למודדו בזמן עבודה או שסוכם איתם כי עבודתם לא תימדד בזמן עבודה, על עובדים בתפקידי ניהול או שיש להם סמכות לקבל החלטות באופן עצמאי, על עובדים שהם בני משפחה של המעסיק וכן על עובדים הממלאים תפקידים טקסיים בכנסיות ובקהילות דתיות.

בחודש מאי 2005 החליט הפרלמנט האירופי לבטל את האפשרות להסתייג מהוראות ההנחיה, וכתוצאה מכך הורה לבטל את האפשרות שעובדים יהיו רשאים להסכים למוצע שבועי גבוה יותר מארבעים ושמונה שעות (כולל שעות נוספות) לאחר תום תקופת המעבר, דהיינו, לאחר 1 באוגוסט 2009. לאחר אישור החלטת הפרלמנט האירופי, תיאלץ

51 ראו: Working Time Regulations 1998, לעיל ה"ש 38.

52 כתוצאה מתקנה זו הועסקו בשנים 2004-2005 כארבעה מיליון עובדים בבריטניה, שהם כ-16% מכוח העבודה במשק, יותר מארבעים ושמונה שעות עבודה בשבוע. 65% מביניהם הועסקו יותר מחמישים שעות בשבוע, 54% הועסקו יותר מחמישים ושתיים שעות בשבוע, ו-38% הועסקו יותר מחמישים וחמש שעות בשבוע. החוק הצרפתי מאפשר חריגה ממסגרת ארבעים ושמונה השעות רק במסגרת המגזר של נותני שירותי בריאות; ובלוקסמבורג, שבה נקבע כי שבוע העבודה לא יעלה על ארבעים שעות, הותרה בחקיקה חריגה מכך רק במסגרת שירותי מלונאות ומוזון. ראו: Joined Cases C-397 to 403/01, Bernhard Pfeiffer v. Deutsches Rotes Kreuz Kreisverband Waldshut eV, 2004 E.C.R. I-8835.

53 לגבי עבודת נוער (בין הגילים חמש-עשרה עד שמונה-עשרה) המצב שונה. תקנה 5A ל-Working Time Regulations 1998, לעיל ה"ש 38, בעקבות ההנחיה האירופית בנושא זה: Council Directive 1994/33, 1994 O.J. (L 216) 12 (EC), קובעת שיום עבודה של נוער לא יעלה על שמונה שעות, וכי שבוע עבודה לא יעלה על ארבעים שעות. התקנות אינן מאפשרות עריכת ממוצע לתקופה כלשהי כאשר מדובר בעבודת נוער.

גם בריטניה לעבור למוצע מרבי של ארבעים ושמונה שעות בשבוע כולל שעות נוספות.⁵⁴

ניתן להסיק, אפוא, שהשיטה האירופית מבוססת, בדומה לחוק שעות עבודה ומנוחה הישראלי, על מסגרת של שעות עבודה ומנוחה. עם זאת, ההנחה מתירה חריגים ופטורים בהתאם לחקיקה הלאומית של כל מדינה החברה באיחוד האירופי. החריגים שההנחה מתירה מתייחסים לפעילויות בתחומים כגון שירותי אוויר, רכבות, דיג, רפואה, תיירות, חקלאות ועיתונות, נוסף על פעילויות שזמן ביצוען אינו ניתן לקביעה מראש, וניתן לכלול בהם מקרים של העסקה שאינה ניתנת למדידה בזמן או כזו הנתונה להחלטה עצמאית של המועסק.⁵⁵ האיוון לפי השיטה האירופית נעשה אפוא באמצעות מסגרת נוקשה של הגבלות המוטלות על זמני עבודה על-ידי ההנחה של מועצת אירופה, מצד אחד, וגמישות המושגת באמצעות חקיקה לאומית נפרדת, לפי צרכיה של כל מדינה החברה באיחוד, מן הצד האחר. החקיקה הלאומית קובעת תחומי עיסוק מסוימים המוציאים את העובד בהם מהגנת זמני עבודתו, אך כפי שראינו במקרה של בריטניה, החריגה היא לא רק בקביעת תחומי עיסוק המוצאים ממסגרת ההנחה, אלא אפילו בקביעת מסגרת שעות שונה בהסכמת העובד.

בשיטה האירופית – שלפיה קיימת מסגרת ברורה של קביעת זמני עבודה והחריגים לה נקבעים במפורש בחוקים הלאומיים – טמון יתרון גדול. אך חסרונה הוא בכך שהיא אינה מאפשרת תמיד גמישות ניהולית ואינה נותנת תשובה להתפתחויות האחרונות בתחום זמני העבודה ומקום העבודה, כגון "עבודה מהבית" ו"עבודה מרחוק". היא עלולה גם ליצור אי-הבנה ואפילו בלבול כאשר העובד מועסק אצל מעביד "רב-תחומי", באשר מעביד כזה מעסיק עובדים בתחומים שונים ואפילו במקצועות שונים. חלקם נדרשים לעבוד במתכונת עבודה "שגרתית" – שעות קבועות שניתן לפקח עליהן; וחלקם נדרשים לעבוד במתכונת עבודה "גמישה" – שעות משתנות עם שליטה או פיקוח רופפים מצד המעביד. זה המצב, לדוגמה, במפעל העוסק בייצור, בשירות ובפיתוח המצאות: לגבי תהליך הייצור ניתן לשלוט ב"שעות העבודה" ולכמתן; השירות ניתן בדרך-כלל מחוץ למפעל ומחייב עבודה "בשעות גמישות", ללא פיקוח ממשי של המעביד על הגדרת השעות; ואילו פיתוח המצאות והרעיונות יכול להיעשות הן במפעל בשעות העבודה הקבועות והן מחוץ לו "בשעות גמישות". השיטה האירופית של קביעת שעות עבודה "קשיחות" נותנת מענה ברור לתהליך הייצור, אך אינה מעניקה מענה ברור לעבודות השירות או לפיתוח המצאות

54 ממשלת בריטניה מתחה ביקורת חריפה על החלטת הפרלמנט האירופי, בטענה כי בדרך זו לא תוכל התעשייה הבריטית לעמוד בתחרות כנגד התעשייה של מזרח אסיה ודרום-מזרח אסיה, מה שיגרום לקריסה תעשייתית-כלכלית של ארצות המערב. ראו: Joe Murphy, *48-hour Limit on the Working Week*, EVENING STANDARD, May 11, 2005. באוגוסט 2007 קרא יו"ר המפלגה השמרנית לביטול תקנות שונות שבריטניה נאלצה לקבל כתוצאה מההנחיות של האיחוד האירופי, לרבות התקנות בדבר שעות עבודה. במקביל יזמו קבוצת חברי פרלמנט קריאה שלא להפעיל (disapply) אותן תקנות אירופיות שהן בניגוד לאינטרס הלאומי של בריטניה, וביניהן תקנות שעות העבודה. ראו: Philip Webster, *Tories Reopen EU Divisions*, With Attack on Red Tape, The Times, August 13, 2007.

55 ס' 17(1) להנחיה Council Directive 1993/104, לעיל ה"ש 38.

והרעיונות. הגדרת חריגים לכלל – כפי שנהוג בשיטה האירופית – בהקשר של שעות ה"שירות" או הפיתוח הרעיוני טומנת בחובה סכנה של ערפול, חוסר בהירות וכר נרחב למחלוקות ולסכסוכי עבודה, ובוה חולשתה.

על בסיס המצב המשפטי בישראל, ובשים לב למשפט באנגליה ולחסרונותיה של השיטה האירופית, נציע פתרון לבעיה של ניהול זמני עבודה אשר יתאים להוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, מצד אחד, ויענה על הצרכים של העסקה במפעל מודרני, מצד אחר.

פרק ד: הצעה לפתרון הבעיה של ניהול זמני עבודה במצב של "עבודה מרחוק" ושדרוג אחריותו של העובד

חוק שעות עבודה ומנוחה הוא חוק-מגן שבא למנוע את ניצולו של העובד על-ידי העבדתו שעות ארוכות ובלתי-סבירות. לפיכך, גם כאשר נקבעו חריגים לתחולת החוק אשר שחררו את המעביד מהסנקציה העונשית ומהתרופה האורחית שבצידי החוק, פורשו חריגים אלה בצמצום. מטרתו של הפירוש המצמצם הייתה להביא לידי כך שעובדים רבים יותר ייהנו מההגנות שחוק שעות עבודה ומנוחה מעניק.⁵⁶ אלא שפירוש זה עלול ליצור מתח עם צורות העסקה שהן בעיקרן "עבודה מרחוק" (teleworking), כפי שנראה בהמשכו של פרק זה.

המצב המשפטי כיום, על-פי סעיף 30 לחוק שעות עבודה ומנוחה, הוא שהחוק לא יחול על עובדים מסוימים או על סוגים מסוימים של מועסקים. כך, הוא לא יחול על שוטרים, על סוהרים ועל עובדי מדינה, שתפקידיהם מחייבים אותם לעמוד לרשות העבודה מחוץ לשעות העבודה הרגילות; על יורדי ים, על עובדי דיג ועל אנשי צוות אוויר; על עובדים בתפקידי הנהלה או בתפקידי הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי; וכן על עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעביד כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם. לפי סעיף 44 לחוק עבודת הנוער,⁵⁷ לא יחול חוק שעות עבודה ומנוחה על העבדת נוער. כאשר אנו מדברים על פתרון לניהול זמני עבודה, יש לבדוק מתי בתי-הדין לעבודה מוכנים לשחרר את המעסיק מתחולתו המגבילה של חוק שעות עבודה ומנוחה. בתי-הדין לעבודה מוכנים לשחררו מהגבלה זו במצבים שבהם הוא אינו יכול לפקח באופן רצוף ויעיל על שעות עבודתו של העובד. כך היה במקרה של נהג אוטובוס שלא היה אפשר לפקח על תנועותיו מחוץ לחצרי המעביד.⁵⁸ מדובר בחוסר אפשרות של המעביד לפקח על שעות העבודה והמנוחה של העובד, ולא בחוסר פיקוח בפועל על אותן שעות.⁵⁹ אולם אין לך

56 ע"ע (ארצי) 300271/98 טפקן בע"מ – מנחם טל, פד"ע לה 703, 709–712 (2000).

57 חוק עבודת נוער, תשי"ג-1953, ס"ח 128.

58 דב"ע (ארצי) נה/3-230 מסייעי ירושלים בע"מ – אברהם יעקב, דינים ארצי כט(2) 353, פס' 8–10 לפסק-הדין (1996).

59 דב"ע (ארצי) נד/152-3 מרגלית גמליאל – הנגב בע"מ, דינים ארצי כח(2) 94, פס' 23 לפסק-הדין (1995).

עבודה ונסיבות שבהן נשללת מהמעביד כל אפשרות פיקוח. לפיכך נראה לנו כי יש לאמץ מבחן של סבירות לגבי אפשרות הפיקוח, כפי שפסק בית-הדין הארצי לעבודה:

"אפילו ידע המעביד שעת תחילת עבודתו של העובד, שעת הגיעו לבית המכס, ואפילו יכול היה לדעת את השעה שבה סיים את עבודתו שם, ואפילו יכול היה להתקשר טלפונית בכל עת ולברר אם נמצא העובד בנמל התעופה, לא היתה לו כל אפשרות לפקח על כך אם שעה מסוימת עשה בעבודתו או שמה ישב במזנון ושוחה, קרא או סתם נח... שלילת אפשרות פיקוח על שעות המנוחה מוציאה את העבדתו של עובד מכלל תחולת החוק."⁶⁰

בתי-הדין לעבודה – בעקבות הוראות סעיף 30 בחוק שעות עבודה ומנוחה – הוציאו מתחולת החוק גם בעלי תפקידים שנושאייהם נדרשים למידה מיוחדת של אמון אישי. כך, צלם עיתונות ברשת טלוויזיה בין-לאומית, שהוגדרה בפסק-הדין כבעלת מוניטין, הוכר כמי שזכה באמון מיוחד.⁶¹ גם מפקח בחברת שמירה וניקיון הנושא בתפקיד ניהולי הוכר כעובד שהמעביד רוחש לו מידה מיוחדת של אמון אישי, ונקבע כי מכוח זה לא יחול עליו חוק שעות עבודה ומנוחה.⁶² לעומת זאת, תפקיד של מרכז עבודות תחזוקה בבית דירות-נופש לא הוכר כתפקיד ניהולי הדורש מידה מיוחדת של אמון אישי.⁶³ צורה חדשה של העסקה מכונה "עבודה מרחוק", שמשמעותה יישום של תבנית העסקה בלתי-שגרתית שבה המעביד מותר מראש על מפגשים תכופים עם העובד, ושליטתו בעבודת העובד נעשית מרחוק. תבנית כזו מקובלת כיום מאוד, והסבר לכך ניתן למצוא בדברי מלומדים:

"העניין בעבודה מרחוק ובעבודה מן הבית גבר עקב התפתחויות בתחומי התקשורת והמחשב. המחשב האישי, הקשר הטלפוני, הפקסימיליה והדואר האלקטרוני מאפשרים כיום קשר אישי בין העובד ומעסיקו אף ללא מפגשים שוטפים ביניהם. נוצר מפגש אינטרסים מעניין: עובדים החלו לגלות עניין בצורות העסקה אלו, בעיקר בזכות העצמאות היחסית שהן מקנות; מעבידים קיוו להתייעל, הן במישור הכספי והן במישור ארגון העבודה ויחסי העבודה."⁶⁴

60 פסק-דין אלישע הכהן, לעיל ה"ש 3.

61 ע"ע (ארצי) נג/188-3 אי.בי.סי ניוז אינטרקונטיננטל אינק. – בנימין מור, פד"ע כח 284, 290 (1995).

62 דב"ע (ארצי) מו/20-2 פניאל מושקוביץ – חברת השמירה בע"מ, פד"ע יח 193 (1986).

63 פסק-דין הורמון, לעיל ה"ש 25.

64 מיכאל אטלן "העבודה מן הבית במשפט העבודה" ספר גולדברג 90 (2001). ראו גם פסק-דין שכטר, לעיל ה"ש 23. על משמעותה והתפתחותה של ה"עבודה מרחוק" כחלק מארגון העבודה ראו: TELEWORKING: INTERNATIONAL PERSPECTIVES – FROM TELECOMMUTING TO THE VIRTUAL ORGANIZATION (Paul J. Jackson & Jos M. van der Wielen eds., 1998). ראו גם ב"ל (אזורי ת"א) 4248/05 דדוש – המוסד לביטוח לאומי, דינים אזורי מא 80 (2007).

התופעה של "עבודה מרחוק" נעשתה מקובלת ונרחבת במערכת העבודה ובארגונה. סוג זה של העסקה עתיד להיות נפוץ ביותר בקרב המועסקים בתפקידי מנהלה, ניהול, עובדי שיווק, מכירות ופיתוח, וכן בקרב עובדים מקצועיים שיכולים לעשות את מרבית עבודתם מביתם בעזרת כלי תקשורת כגון אינטרנט, טלפון ופקס. בשנת 2001, 21% מכוח העבודה בארצות-הברית היו "עובדים מרחוק"; בפיןלנד - קרוב ל-17%; בשוודיה ובהולנד - כ-15%; בדנמרק ובשווייץ - כ-10%; באנגליה - 8%; בגרמניה - 6%; באירלנד - כ-4.5%; ובאיטליה, צרפת וספרד - כ-3.3%⁶⁵. שכיחותה של התופעה מתגברת באופן מואץ. כך, כעבור שלוש שנים בלבד, בשנת 2004, הגיע בבריטניה מספרם של ה"עובדים מרחוק", המכונים גם "עובדים מהבית" (Homeworkers), לשני מיליון, שהם כ-10% מכוח העבודה בבריטניה, כלומר, עלייה של 25% במשך שלוש שנים בלבד.⁶⁶

בעבר הועסקו ה"עובדים מהבית" בעבודות מזדמנות, בשכר נמוך המחושב לפי כמות התוצרת שהם מספקים, ונאלצו להתמודד מדי פעם עם השאלה בדבר מעמדם כ"מועסקים"⁶⁷. אולם כתוצאה מהתפתחות האינטרנט ב"עידן המידע", החלה צורת עבודה זו לקסום לרבים - הן מעסיקים הן מועסקים. המעסיקים חוסכים בכך הוצאות על שכירות או שימוש במרחב עבודה ובציוד, והמועסקים נהנים משעות עבודה גמישות, מעצמאות רבה בתכנון זמנם ומנוחות הקשורה לעבודה מביתם, כולל השגחה על ילדים קטנים במקום לשלחם להשגחת אחרים. המחוקקים השונים צריכים להתמודד עם מציאות חדשה זו. בבריטניה אף הכתיב מצב חדש זה הוראה מפורשת בחוק שכר-המינימום משנת 1998, שלפיה הוראותיו חלות גם על "עובדים מהבית", והגדרת "עובד" הורחבה כך שתכלול גם את מי שמקבל על עצמו לבצע עבודה מביתו "whether personally or otherwise", וזאת מאחר שאין אפשרות לקיים פיקוח לא רק על שעות העבודה, אלא גם על מבצעי העבודה בפועל.⁶⁸ נושא ה"עבודה מרחוק" מעסיק את ארגוני המעבידים וארגוני העובדים במדינות השונות. כך, ב-26 באפריל 2001 נחתם הסכם בין EuroCommerce for the employers לבין UNI-

65 ראו: Ulrike Hotopp, *Teleworking in the UK*, LABOUR MARKET TRENDS 311 (2002).

66 ראו: HUGH COLLINS, KEITH D. EWING & AILEEN MCCOLGAN, LABOUR LAW TEXT AND MATERIALS 170 (2nd ed., 2005).

67 ראו, למשל: Nethermere (St. Neots) Ltd. v. Gardiner [1984] I.R.L.R 240. התובעים במקרה זה היו חייטים שעסקו מבייתם בתפירת מכנסי בנים בעבור החברה הנתבעת במשך שנים אחדות. הם לא עבדו במסגרת קבועה של שעות עבודה, אלא קיבלו את שכרם בהתאם למספר זוגות המכנסיים שתפרו. לאחר שפסקה החברה להעסיקם, הם פנו לבית-הדין התעשייתי באנגליה בתביעה בגין פיטורים בלתי-הוגנים. החברה טענה כי החייטים לא היו "עובדים" רגילים, אלא עצמאים שביצעו את משימותיהם בביתם, ולכן אין לדבר על פיטורים. בית-הדין וכן בית-המשפט לערעורים קבעו שהחייטים אכן היו במעמד של "עובדים", לאחר שהוכח כי הייתה התחייבות מצד החברה לספק לחייטים עבודה. לא נקבעה אומנם כל מכסה תקופתית לתפירת זוגות המכנסיים, אך על החייטים היה להודיע לחברה מראש כאשר התברר להם כי לא יוכלו לספק את העבודה בשבוע כלשהו, כדי שהחברה תוכל לחלק את העבודה בין "עובדים מהבית" אחרים.

68 ראו: National Minimum Wage Act 1998, c.39, §35 (Eng.).

ה־EuroCommerce for trade union, שבא לקבוע הנחיות בדבר עבודה מרחוק של עובדי ה־EuroCommerce. זהו המגזר הגדול ביותר באיחוד האירופי, והוא כולל עשרים ושלושה מיליון עובדים (שהם כ־16% מכלל כוח העבודה באיחוד האירופי). להסכם זה קדם הסכם מפברואר 2001 שנעשה לגבי ה־Telecommunications sector. הצדדים להסכם, בהכירם בעובדה שצורות העבודה משתנות, קבעו כי יש צורך בארגון צורות העבודה לנוכח התנאים החדשים שנוצרים. הסכמים אלה מתייחסים רק ל"עבודה מרחוק" במשמיות שהן –

"comparable to those which could be carried out by an employee at the workplace but which may be also done at a distance, using computer technology, normally connected to the information network of the company."

ההסכמים אינם חלים על "עבודה מרחוק" הנעשית לא על בסיס קבוע. לנוכח זה נקבע בהסכמים כי כאשר "עובד מרחוק" רוצה לחזור ולעבוד במפעל עצמו, על המעסיק לעשות את כל המאמצים כדי לאפשר לו זאת.⁶⁹

באשר לשעות עבודה ומנוחה, הנחיות האיחוד האירופי קובעות בצורה כללית בלבד כי את החקיקה בכל מדינה בדבר שעות עבודה, לרבות הסכמים קיבוציים, יש ליישם בדרך שתביא בחשבון את הנסיבות המיוחדות של כל מקרה.⁷⁰

מכיוון ש"עובדים מהבית" נחשבים מועסקים של המעסיק, עלולה להתעורר שאלה בדבר תנאי הבטיחות והגיהות בביתו של העובד.⁷¹ המעסיק אחראי לתנאי הבטיחות והגיהות במקום העבודה, אך יקשה עליו להיות אחראי לכך כאשר מקום העבודה של המועסק הוא בביתו, ולא במשרדו או במפעלו של המעסיק. כן עלולה השאלה אם כל שטח דירתו של "העובד מהבית" ייחשב כמקום עבודתו או שמא עליו לתחום בביתו אותו מקום שייחשב כמקום העבודה.⁷²

ההסכם משנת 2001 שנעשה עם EuroCommerce קובע כי למעביד תהיה זכות כניסה למקומות שבהם ה"עובדים מרחוק" מבצעים את עבודתם, שהם בדרך־כלל מקומות מגוריהם, וזאת כדי לבדוק את מקום העבודה לנוכח הוראות הבטיחות והגיהות החלות על מקומות העבודה השונים.⁷³ האיין בכך משום הטלת אחריות על המעביד לתקינותו של

69 ראו: BLANPAIN, לעיל ה"ש 44, בעמ' 653-655.

70 ראו: SERVAIS, לעיל ה"ש 44.

71 בית־המשפט האירופי קבע שההוראות בדבר שעות עבודה ומנוחה הן חלק מדיני הבטיחות והגיהות. ראו עניין: *United Kingdom v. Council of the European Union*, לעיל ה"ש 50 והטקסט הסמוך לה.

72 השו"ס' 80 ו־82 לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), התשנ"ה-1995, ס"ח 1552. בדבר גישתו המרחיבה של בית־הדין הארצי לעבודה ביחס לסביבת־עבודה שאינה בחצרי המפעל, וביחס לאפשרות של הכרה בפגיעה תוך כדי עבודה שם כ"תאונת־עבודה", ראו עב"ל (ארצי) 376/03 יפה אלגריסי – המוסד לביטוח לאומי, דינים ארצי לג' (100) 54 (2005).

73 ראו: BLANPAIN, לעיל ה"ש 44, בעמ' 655.

מקום העבודה? האם לתדירות הביקורים של המעביד (או של נציגו) תהיה השלכה על מידת אחריותו לתנאי הגיהות והבטיחות? אין לכך תשובה בהסכם, ולמיטב ידיעתנו, שאלה זו טרם נידונה בערכאות כלשהן.

כאשר חושבים על פתרון שיתאים לתבניות העסקה משתנות, כגון "עבודה מרחוק" או "ניהול זמן גמיש"⁷⁴, חייבים להביא בחשבון שעבודה כזו מתבססת מטבעה על יחסי אמון בין הצדדים. עם זאת, באמצעים הטכנולוגיים של היום, קיימת במקרים רבים אפשרות של פיקוח חלקי על עבודת העובד, ובלבד שהפיקוח אינו פוגע בזכות לפרטיות⁷⁵, מה שעלול לשלול את אפשרות הפיקוח בכלל.

בויתור על העסקת העובד בחצרי המעביד טמון ויתור על הכוח המוחשי הנראה לעין שבכוח הניהולי של המעביד. שיטת עבודה כזאת, המבוססת למעשה על "ניהול על-פי יעדים" (Management by Objectives), מהווה ויתור מצד המעביד על כוח הפיקוח המתמיד על עבודת העובד. ויתור כזה מחייב, לטעמנו, "שדרוג" של אחריות העובד לתוצאות עבודתו ולרמתה. כאשר רמת האחריות עולה, רמת הפיקוח יורדת. כאשר רמת הפיקוח יורדת, מטבע הדברים ההגנה שחוק שעות עבודה ומנוחה מעניק לעובד פוחתת. יחסי עבודה במסגרת של "עבודה מרחוק" בנויים על אמון הדדי. אלה יחסים מתמשכים, המחויבים בחובת תום-לב מוגברת, מה גם שאין למעביד אפשרות מעשית לפקח על שעות עבודתם ומנוחתם של עובדים אלה.⁷⁶ הטלת אחריות גבוהה יותר על העובד תתבטא בהכרח בעצמאות ניהולית, שתוציא את העובד מתחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה. הפתרון לניהול "זמני עבודה" וסימון הדרך המאוזנת בשאלת תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה בתבניות של העסקה גמישה ומרחוק חייבים להתבסס, לטעמנו, על רמת האחריות המוטלת על העובד.

לדעתנו, המבחן של "רמת האחריות", שהוא למעשה בדיקה פונקציונלית של תוצאת העבודה, מתאים יותר ממבחן "אפשרות הפיקוח", אשר איבד מקסמו עם התפתחותם של אמצעי התקשורת. המבחן של "אפשרות הפיקוח על שעות עבודתו של העובד", הנמצא ביסודו של אחד הפטורים בסעיף 30 לחוק שעות עבודה ומנוחה, איבד אולי חלק מקסמו משום שההתפתחות הטכנולוגית גרמה לכך שעל עיסוקים רבים ניתן לפקח, בכפוף למגבלות של הגנת הפרטיות. אם בעבר דובר על "סבירות הפיקוח"⁷⁷ כיום סוגים רבים של פיקוח יכולים להיחשב סבירים, שכן באמצעות מכשירי התקשורת המודרניים והאינטרנט – המאפשרים העברת תמונות, קולות ומסרים ללא הגבלת גבולות ומרחקים גיאוגרפיים – נהפכה פעולת הפיקוח לפעולה פשוטה וקלה, כאשר מתקיים שיתוף-פעולה

74 על גמישות תפקודית וניהול זמן גמיש ראו אמיתי קרן ניהול מתקדם: מבחר גישות ניהוליות 135-153 (2000).

75 חרף העובדה שאמצעים טכנולוגיים מאפשרים פיקוח חלקי על עבודת העובד בבית, ספק אם פיקוח כזה מתיישב עם זכותו של העובד לפרטיות. ראו אטלן, לעיל ה"ש 64, בעמ' 105.

76 באנגליה כ-55% מן "עובדים מרחוק" מועסקים בתנאי מעסיק-מועסק, ואילו היתר נחשבים עובדים עצמאיים. ראו: Hotopp, לעיל ה"ש 65, בעמ' 313.

77 פסק-דין אלישע הכהן, לעיל ה"ש 3; דב"ע (ארצי) לט/30-3 וייס – המועצה לייצור ושיווק של ירקות, פד"ע י 281 (1979).

מלא בין שני הצדדים. לפיכך ייתכן שגם "עובדים מרחוק" רבים ייכנסו מחדש תחת כנפי החוק – תוצאה הנוגדת לפחות אחת מתכליותיה של ההתקשרות הזאת, דהיינו: שאיפה ל"סביבת-עבודה עצמאית" בד בבד עם שמירה על קיום יחסי עובד-מעביד. הפתרון שאנו מציעים בא לערוך "איזון פנימי" בין האינטרסים המנוגדים, כדי לא לשחק את הרצון ההדדי של העובדים והמעבידים כאחד לאפשר, לדוגמה, לעובד הייטק למצות את כשרונו באמצעות פיתוח תוכנה חדשה לא במשרדו של המעביד, אלא במקום ובזמן שהוא יבחר לעצמו במסגרת הזמן הכוללת שתועמד לרשותו. הפתרון המוצע מתאים גם לעובד המועסק אצל מעביד "רב-תחומי", שלא תמיד קל להגדירו.

הפתרון שאנו מציעים הוא אם כן הפעלה של מבחן "רמת האחריות", שהוא מבחן שונה ומובדל בעיקרון ממבחן "האמון האישי" המצוי בסעיף 30 לחוק שעות עבודה ומנוחה. מבחן "האמון האישי" מתייחס בעיקרו למידת האמון שהמעביד רוחש לעובד. לעומת זאת, מבחן "רמת האחריות" מדגיש דווקא את חלקו של העובד בהוצאתו ממסגרת חוק שעות עבודה ומנוחה.

לפי הצעתנו, חוק שעות עבודה ומנוחה במתכונתו הקיימת ימשיך לחול על העובדים ה"משרדיים" – דהיינו, על העובדים המבצעים את עבודתם בחצריו של המעביד בהתאם לשעות הפעילות של המשרד – ותחולתו תצומצם לגבי עובדים שיעברו לשיטת ה"עבודה מהבית". מצד אחד, ניתן לראות בתוצאה זו הטבה למעביד, שהרי הוצאותיו יפחתו מאחר שלא יהיה צורך להחזיק מערכת משרדים גדולה שבה יועסקו העובדים, ובמקביל גלומה בה הרעה לכאורה לעובד, אשר לא יהיה זכאי להגנות שחוק שעות עבודה ומנוחה מעניק, לרבות פיצוי כספי מוגבר בגין שעות נוספות. אך מצד אחר, יש בכך הטבה לעובד, שיוכל לעבוד בשעות הנוחות לו ובמקום הנוח לו, וכך יוכל גם לעסוק במקביל בעיסוקים נוספים, מה שהוא אינו יכול לעשות כאשר הוא עובד במשרדו של המעביד.

"שדרוג" אחריותו של העובד, כפי שאנו מציעים, יביא לידי הוצאת חלק מהעובדים מתחום הגנתו של חוק שעות עבודה ומנוחה. תוצאה כזאת עומדת בסתירה למדיניות הדוגלת בצמצום חריגי החוק כדי לתת ביטוי למדיניות סוציאלית ראויה.⁷⁸ אולם כפי שהצבענו, יש יתרון מהותי הן לעובד והן למעביד, ובעיקר למשק בכללותו, בקיומן של שיטות העסקה גמישות, מה גם שהמציאות מכתובה שיטות אלה. "עקרון האוניורסליות" בחוקי-המגן כבר נפרץ בפסיקה של בית-המשפט העליון ושל בית-הדין הארצי לעבודה.⁷⁹ פריצת עקרון האוניורסליות בדיני העבודה אינה יכולה לשמש רק לטובת העובד; היא חייבת להיות דו-סטרית.⁸⁰

78 פסק-דין טפקו, לעיל ה"ש 56.

79 ראו דנג"ץ 4601/95 סרוסי חי יוסף נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817 (1998); ע"ע (ארצי) 300274/96 צדקא – גלי צה"ל, פד"ע לו 625 (2001).

80 בית-הדין הארצי לעבודה קבע כי כאשר בית-דין לעבודה משנה את מעמדו של אדם והופך אותו, למשל, מ"קבלן עצמאי" מוצהר ל"עובד שכיר", השינוי הוא דו-סטרית. בית-הדין הדגיש כי אין להתיר מצב שבו עובד כזה ייחנה משני העולמות – גם שכר גבוה המגלם זכויות סוציאליות וגם תוספות שיוענקו לו בדיעבד עקב שינוי מעמדו ל"עובד". ראו ע"ע (ארצי) 545/05 עו"ד מאיר חיון – מדינת ישראל, דינים ארצי לג(24) 73, פס' 14 לפסק-דינה של השופטת ארד (2006).

צא ולמד לענייננו – אם המעביד יהיה רשאי להעסיק עובד ב"צורה גמישה" מביתו של העובד, ובמקביל יוטלו על המעביד חיובים קשים לפי חוק שעות עבודה ומנוחה, נמצא שהעובד יינה משני העולמות, ואילו המעסיק יימצא בהפסד מרובה. התוצאה תהיה שהמעביד יימנע מהעסקת העובד מרחוק, וידרוש ממנו להתייצב במפעל לשם ביצוע עבודתו. באופן זה כוח עבודה רב (בעיקר של נשים נשואות או אימהות לילדים) יימנע מלהצטרף למעגל העבודה וילך לאיבוד. לכך יהיו השלכות כלכליות וחברתיות קשות, ושכרו של חוק-המגן יצא בהפסדו.

מכאן שמן הראוי למצוא דרך שתאזן בין האינטרסים המתנגשים. ראוי לקבוע, כתנאי להחלת האחריות ה"משודרגת", כי אותו עובד שיוסכם לגביו כי יש להוציאו מתחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה ישתכר מעבר לשכר-המינימום או מעבר לשכר המקובל בענפו וברמתו, ובכך יפוצה במשהו על כך שהוא עובד מעבר למכסת השעות הנקובה בחוק שעות עבודה ומנוחה. אין זו גישה קיצונית ובלתי-ישימה. בית-הדין הארצי לעבודה לא היסס לקבוע בקביעה שרירותית-משהו – כלומר, בדרך של הערכה כללית שאינה ניתנת למדידה פרטנית – כי עובדים יזכו בתוספת שכר בגין "שעות נוספות" לפי הערכה בלבד.⁸¹ באותה מידה של הצלחה ניתן לקבוע, למשל, כי עובד היי-טק העובד בביתו בפיתוח תוכנה יצא מתחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה, אך במקביל יעלה שכרו הכולל באופן משמעותי על השכר המקובל בענפו לעובד ברמתו המועסק במשרדו של המעביד בהתאם לחוק שעות עבודה ומנוחה.

פרק ה: סיכום

בעידן הנוכחי, שבו התופעות של "ניהול זמן גמיש" ו"עבודה מרחוק" הינן צורות מקובלות של ניהול ועבודה, נהפכה שליטתו של המעביד בזמני עבודתו ובסדרי עבודתו של העובד לקשה. וכאשר שליטת המעביד בזמני העבודה נהפכה לקשה, שליטתו בנעשה במקום העבודה נהפכה למסובכת. במצב כזה מבחן "יכולת הפיקוח", כמבחן השליט בשאלת תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה, אינו יכול לשמש עוד כמבחן בלעדי.

במאמר זה ניסינו למצוא נקודת איזון בין זכותו הקניינית של המעביד לנהל את עסקו לבין זכותו הקניינית של העובד לעבוד ולהשתכר בכבוד. מול הפררוגטיבה הניהולית, המאפשרת למעביד להיות אדון על סדרי מפעלו, ניצבת חובתו להתחשב בצורכיהם הסבירים של העובדים.

ניסינו להציע פתרון שייתן למנהל המפעל כלי "מאוזן חוקית" שישמש אותו בניהול

81 ראו פסק-דין טודוראנג'אן, לעיל ה"ש 20, ופסק-דין זכריה, לעיל ה"ש 5. בית-הדין הארצי קבע שעובדי הסיעוד במקרים אלה, שטיפלו בחולים בבית המטופלים, יזכו בתוספת שכר בגין שעות נוספות לפי הערכה של 30% עד 40% משכר-המינימום ששולם להם.

זמן העבודה במפעל. אנו מציעים כי בתבניות העסקה גמישות, המבחן של "רמת האחריות" שתוטל על העובד ישרים את מבחן הפסיקה של "אפשרות הפיקוח" בעת ההחלטה בשאלת החלת הוראותיו של חוק שעות עבודה ומנוחה. הצענו "מבחן פונקציונלי מתמיד", שבו העובד יהיה זכאי ל"שכר עבודה" אם יוכיח לא רק את עמידתו לרשות העבודה, אלא גם שבאותה עת אכן נדרשה באמת ובתמים עמידתו לרשות העבודה. כלומר, שאלת "הפיקוח" תיבחן בצמוד לשאלה בדבר מידת חובתו של העובד לעמוד בסטנדרטים של "אחריות משודרגת".

לאחר השוואת הנעשה במדינות שמעבר לים, מצאנו שניתן להצביע על אפשרות לפתרון הבעיה של מימוש הפררוגטיבה של המעביד לנהל זמן בסביבת-עבודה משתנה. לדעתנו, בהצעת "האחריות המשודרגת" יש כדי להקל על המעביד את ניהול כוח-האדם שלו. הדבר יכניס אחידות במערכת המורכבת, אשר הצלחתה תלויה במידה רבה ביכולתה לממש גם ציפיות רגשיות של העובדים המועסקים בה.

שאלה היא אם בתי-הדין לעבודה בישראל יראו עצמם חופשיים ויסקימו לצורך למבחן המסורתי והפשטני של "אפשרות הפיקוח" גם "מבחן פונקציונלי מתמיד" שיש בו העלאת רמת אחריותו של העובד והתחשבות בתוצאות התנהגותו. במקרה כזה יש לבדוק אם קיים פיצוי לעובד על זכויות שניטלו ממנו עקב הוצאתו מתחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה. פיצוי כזה צריך להביא בחשבון גם את ההטבות שנוספו הן למעביד והן לעובד, כפי שהצבענו לעיל. הדרך לקביעת הפיצוי, תוכנו ואופיו, יכולה להיות לא רק באמצעות פסיקה, אלא גם במסגרת חקיקה מתאימה או בהסכמי שכר.⁸²

82 בית-הדין הארצי לעבודה חש את הצורך בפיצוי כזה לנוכח השינוי בצורת העבודה, ופסק "פיצוי גלובלי" לעובדת. ראו פסק-דין Baloyo Teresita, לעיל ה"ש 20. לא הייתה זו סנונית אחת בלבד, אלא סנונית ראשונה, כי מאוחר יותר המשיך בית-הדין הארצי לדבוק בשיטתו ל"פיצוי גלובלי". ראו פסק-דין זכריה, לעיל ה"ש 5.