

הפרוגטיבה של המעביד ודיני החוזים:

בעקבות פרשות נהרי וגרינשפן

מאת

גיא דוידובי

על-פי הפסיקה, היחסים בין מעביד לעובד נתפסים כיחסים חוזיים, שהמעביד אינו רשאי לשנות באופן חד-צדדי; ובאותה עת, מוכרת קיומה של "פרוגטיבה" (זכות-יתר) למעביד לקבל החלטות ניהוליות – גם כאלה שמשליכות על העובדים – כרצונו. כיצד מיישבים בין הדוקטרינות המנוגדות? לשון אחר: מהו קו הגבול המבחין בין הדוקטרינות, וקובע אילו שינויים בעבודה מחייבים הסכמה של העובד? בעניין זה חל שינוי דרמטי בדין בעקבות הפסיקה בעניין נהרי ובעניין גרינשפן. באותם מקרים קבע בית הדין הארצי לעבודה כי גם כאשר המעביד רשאי להכניס שינוי ללא קבלת הסכמה מהעובד, הוא עשוי להיות חייב בפיצוי העובד על נזקיו כתוצאה מאותו שינוי. בהערת-פסיקה זו אטען, כי הרעיון הבסיסי של חיוב המעביד להפנים את עלות השינוי (במידה מסוימת) הוא ראוי. אציע דרך המיישבת פתרון זה עם דיני החוזים, וכן השלמה בסוגיות שטרם הוכרעו בפסיקה, הן בנוגע לשאלה מהם סוגי השינויים עליהם תחול ההלכה החדשה, והן בנוגע לקביעת שיעור הפיצוי.

א. מבוא. ב. פרשת נהרי. ג. פרשת גרינשפן. ד. היקפה של פרוגטיבת המעביד.
1. מהחצנת עלויות להפנמתן; 2. האמנם הפרת החוזה?; 3. ארבעה סוגים של החלטות ניהוליות; 4. האיוון המוצע; ה. סיכום.

א. מבוא

היחסים בין עובד למעביד נתפסים בפסיקה כיחסים חוזיים. חוזה העבודה הוא חוזה מיוחד המוגדר בפסיקה כ"חוזה יחס",¹ ותוכנו מעוצב במידה יוצאת-דופן על ידי המחוקק ועל ידי גורמים "חיצוניים" אחרים (כמו הסכמים קיבוציים). עם זאת, ברירת

* הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תורות לאיל זמיר, לטל זירסקי, לגיא מונדלק, למשתתפי השתלמות שופטי בתי הדין לעבודה (ינואר 2007) ולמערכת משפטים על הערות מועילות, ולשרון סביון על העזרה במחקר.

1 ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 300053/96 נתאי – בית התפוצות, פד"ע לו 311 (2002); ע"ע (ארצי) 189/03 גירית בע"מ – אביב, פסקה 19 לפסק הדין (טרם פורסם, 18.12.2003).

המחדל היא שחווה עבודה – כמו כל חוזה אחר – כפוף לדיני החוזים הכלליים.² בהתאם לכך נקבע בהלכת מילפלדר³ הוותיקה כי מעביד אינו רשאי לשנות את החוזה או "לקרוע" מעליו תניות באופן חד-צדדי.

במקביל, עקרון עתיק-יומין בפסיקה הוא כי ביחסי עבודה נתונה למעביד "פרדוגטיבה" ניהולית, המאפשרת לו לקבל החלטות ניהוליות – גם כאלה אשר משפיעות על העובדים – כרצונו, כלומר: באופן חד-צדדי. כיצד ניתן ליישב בין שתי הדוקטרינות המנוגדות? פתרון אפשרי הוא לראות את הצדדים כמי שהסכימו במשתמע להעניק למעביד את הכוח לקבל בעצמו החלטות בעניינים ניהוליים, ואז העובר נתפס למעשה כמי שהסכים בעת כניסתו לחוזה העבודה לקבל עליו את מרות המעביד, ובכלל זה לקבל כל שינוי ניהולי שיבצע המעביד לפי שיקול דעתו.⁴

על כן, שאלה מרכזית בדיני העבודה היא מיקומו של קו הגבול בין הפרדוגטיבה לבין תניות אחרות של החוזה; בין התחום שבו מתקבלות החלטות על ידי המעביד בלבד לבין התחום שבו כל שינוי מחייב הסכמה של העובד. לעתים קו הגבול ברור: שיעוד השכר הבסיסי, למשל, נקבע כמעט תמיד בהסכם מפורש בין הצדדים (בכתב או בעל פה), והמעביד אינו רשאי להפחית את השכר באופן חד-צדדי. לעומת זאת, זהות המנהלים או סוג אמצעי הייצור נמצאים במסגרת סמכותו הבלעדית של המעביד, ולא תתקבל טענה של העובד כי החלפת מנהל או שינוי במיכונן מחייבים את הסכמתו (בהנחה שאין הוראה מפורשת בחוזה הקובעת כך). מקרים אחרים – כמו העברת עובד מתפקיד נתון לתפקיד אחר, פחות-ערך לדעתו, או העברת מקום העבודה כמקום נתון למקום מרוחק יותר ממקום מגוריו של העובד – קשים יותר להכרעה.

שאלה נלווית נוגעת להשלכותיו של שינוי שבוצע במסגרת הפרדוגטיבה אך כרוך בפגיעה מסוימת בעובד. האם העובד זכאי לפיצוי כלשהו בגין פגיעה זו? לכאורה, אם כל שינוי במסגרת הפרדוגטיבה הוא בתחום זכויותיו של המעביד בהתאם לחוזה, הרי שהחוזה לא הופר ואין כל עילה לפיצוי. זו אכן הייתה התפיסה הבלתי-מעורערת עד לשנים האחרונות, אולם לאחרונה הועלתה האפשרות להפריד בין סדרי העבודה, שאותם המעביד יכול לשנות חד-צדדית, לבין תנאי העבודה שנכנעו כתוצאה מאותו שינוי. לפי גישה זו, אף שהמעביד רשאי לשנות את סדרי העבודה, הוא אינו רשאי לפגוע כתוצאה

2 דב"ע (ארצי) נג/40-3 חברת איסטרוניקס – גרפונקל, פד"ע כה 456, 462 (1993).

3 בג"ץ 239/83 מילפלדר נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(2) 210 (1987).

4 וראו שם, בפסקה 10 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק; וכן בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החרשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481, 508 (השופט מצא), 547 (השופט אור) (2004). זהו גם הפתרון המקובל באנגליה; ראו SIMON DEAKIN & GILLIAN S. MORRIS, LABOUR LAW par. 4.3 (4th ed. 2005). ודוק: כפי שיובהר בהמשך, גם לפי התפיסה הרואה את הפרדוגטיבה כזכות קניינית של המעביד, קו הגבול בין שינוי שניתן לבצע חד-צדדית לשינוי שמחייב הסכמה נקבע על פי ההחלטה בין הצדדים.

מכך בתנאי העבודה, ופגיעה כזו תהווה הפרה של החוזה. המשמעות המעשית של גישה זו היא שלמעביד שמורה הפרוגטיבה לבצע החלטות ניהוליות אך עליו לפצות את העובדים כגין פגיעה בתנאי העבודה שלהם כתוצאה מאותן החלטות. רעיון זה הועלה לראשונה ויושם בפסק הדין בעניין נהרי⁵ אך לא נדון שם באופן מעמיק, ולמעשה כמעט שלא נדון מאז או יושם – עד לפסק הדין שניתן לאחרונה בעניין גרינשפן⁶, שבו שקלו שופטי בית הדין הארצי את הרעיון מחדש ואשררו את ההלכה החדשה, אם כי מצאו לנכון לצמצם במידה מסוימת את זכותו של העובד לפיצוי.

הערת פסיקה זו נועדה לסקור ולהסביר התפתחות חשובה זו בפסיקה בעניין הפרוגטיבה של המעביד – התפתחות שלא זכתה עד כה לתהודה ולהתייחסות המתבקשת, וכן לעמוד על קשייה מבחינת דיני החוזים ועל הפתרון הראוי, לדעתי, לקשיים אלה. בתמצית, אבקש לטעון כי הניסיון להבחין בין החלטה ניהולית (מותרת) לתוצאותיה (שינוי אסור בחוזה) הוא מאולץ ובעייתי. עם זאת, הרעיון הבסיסי – שלפיו ראוי כי המעביד יפנים במידה מסוימת את עלות השינוי – הוא ראוי. מאחר שדוקטרינת הפרוגטיבה הניהולית היא יציר הפסיקה, אין מניעה עקרונית לקבוע כי על פי אותו חוזה משתמע, זכותו של המעביד לבצע שינויים במסגרת הפרוגטיבה מותנית בפיצוי העובד על הנזקים שנגרמו לו כתוצאה מאותם שינויים. לדידי, השאלה המרכזית היא אלו החלטות ראוי כי יחייבו פיצוי כזה, וכיצד יש לקבוע את שיעורו. אטען כי יש להפריד בין ארבעה סוגים של החלטות ניהוליות: כאלה שהמעביד רשאי לקבל חד-צדדית; כאלה שהמעביד רשאי לקבל אך חייב לפצות את העובד (חלקית) על נזקיו; כאלה שהמעביד רשאי לקבל אך לעובר שמורה הזכות להתפטר בדין מפוטר בשל השינוי; וכאלה המחייבות הסכמה של העובד. אציע הצעה ראשונית בנוגע לאופן סיווגן של החלטות ניהוליות בין ארבעה סוגים אלה (או שילוב ביניהם), וכן בנוגע לקביעת שיעור הפיצוי במקרים שבהם הוא נדרש.

אלה, אם כן, בתמצית, הטענות שאבקש להציג בהערת פסיקה זו; אך תחילה יש לסקור את פסקי הדין בפרשות נהרי וגרינשפן – הן כדי להבין את ההלכה העומדת לביקורת והן כדי ליהנות מדוגמה קונקרטית כרקע לדיון בדין הראוי.

ב. פרשת נהרי

בשנת 1982 החל משה נהרי לעבוד כמטפל ב"מעון רוחמה", מעון לאנשים בעלי פיגור שכלי, המעסיק מטפלים בשלוש משמרות 24 שעות ביממה. תחילה עבד נהרי באופן קבוע במשמרת יום, אולם בשנת 1987 הועבר לעבודה במשמרת הלילה. הוא לא היה

5 ע"ע (ארצי) 300353/97 מדינת ישראל – משה נהרי, פד"ע לה 318 (2000).

6 ע"ע (ארצי) 350/03 מדינת ישראל – גרינשפן (טרם פורסם, 24.4.2006).

שבע-רצון משינוי זה וביקש לשוב ולעבוד בשעות היום, אך בקשותיו החוזרות ונשנות בעניין זה נדחו. כך הועסק נהרי במשך כתשע שנים, שבמהלכן למד להתרגל לעבודת הלילה, או לכל הפחות לתוספת השכר המשמעותית שהיא העניקה, ונהפך זקוק לתוספת זו. בתחילת שנת 1997 החליטה ההנהלה לערוך רוטציה במשמרות ולהביא לכך שעובדי משמרת הלילה יעבדו גם ביום ולהפך. נהרי סירב לשינוי זה בטענה שהדבר יפגע משמעותית בהכנסתו, ופנה לבית הדין לעבודה.

בפני בית הדין עמדו להכרעה שלוש שאלות. ראשית, האם ההחלטה בדבר שיבוץ למשמרות יום או לילה היא החלטה ניהולית גרידא, שהמעביד רשאי לקבל באופן חד-צדדי כחלק מה"פררוגטיבה" שלו – או שמא מדובר במרכיב משתמע בחוזה העבודה ששינויו מחייב את הסכמת העובד? שנית, האם האפשרות להמשך העסקה במשמרות לילה בלבד היא בכלל רלבנטית, בהתחשב בכך שהיא מנוגדת לסעיף 22 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951?⁷ שלישית, בהנחה שאין מקום או שלא ניתן להתערב בהחלטת המעביד בדבר סידור המשמרות של נהרי – האם עליו לשאת במחיר השינוי בעצמו או שמא הוא זכאי לפיצוי כלשהו?

כל אחת מהשאלות מעוררת דיון מרתק ביחסי הגומלין בין דיני העבודה לבין דיני החוזים ובשאלת ייחודו של חוזה העבודה ואופן פרשנותו. בבית הדין הארצי⁸ פסקו כל השופטים לטובתו של נהרי, אולם בשאלות המשפטיות נחלקו הדעות. הנשיא אדלר, בשם רוב השופטים,⁹ סבר כי החלטה בעניין שיבוץ במשמרות נמצאת במסגרת הפררוגטיבה הניהולית, ועל כן אין מניעה לבצע את השינוי באופן חד-צדדי – ובמיוחד בהתחשב בכך שההסדר הקודם ממילא היה בלתי-חוקי. עם זאת, ובמפתיע, הוסיף הנשיא אדלר וקבע כי לנהרי נוצרה זכות לקבל את תוספת השכר בגין משמרת הלילה כחלק מחוזה העבודה שלו, ולא ניתן לשנות מרכיב זה בחוזה באופן חד-צדדי.¹⁰ משמע,

7 סעיף 22(א) לחוק קובע: "מפעל שעובדים בו במשמרות, לא יועברו בו עובדי בעבודת לילה יותר משבוע אחד בתוך שלושה שבועות". לא ברור אם המעביד היה מודע לאי-חוקיות, שכן מפסק הדין עולה שלא זו הייתה הסיבה לשינוי.

8 עניין נהרי, לעיל ה"ש 5.

9 עם פסק דינו של הנשיא הסכימו במפורש שני נציגי הציבור. השופט רבינוביץ' הסכים לדחות את הערעור "מטעמיו של בית הדין האזורי", הדומים למעשה לטעמיו של הנשיא. מעניין לציין כי בפסק דין מאוחר יותר ציין השופט רבינוביץ' שיש לו "הרהורים לגבי נכונות המסקנה" שאליה הגיע בעניין נהרי (ראו ע"ע (ארצי) 200/03 שלמה גרמא – המועצה הדתית אזור (טרם פורסם, 14.10.2004)).

10 זאת בניגוד לפסיקה העקבית שלפיה תוספות מעין אלה הן תוספות "מותנות", המשתלמות רק בהתקיים תנאי מסוים (במקרה זה: עבודה בפועל במשמרת הלילה), ואין זכות לקבלן בנסיבות שבהן לא התקיים התנאי. ראו, למשל, דב"ע (ארצי) מח/153-3 עיריית תל-אביב-יפו – חממי, פר"ע כ 232 (1989); ע"ע (ארצי) 300434/97 החברה למפעלי חינוך ותרבות באר-שבע – טופר, פר"ע לה 687 (2000).

שהמעביד רשאי להעביר את נהרי למשמרות יום, אך ייאלץ להמשיך לשלם לו כאילו עבר כלילה.¹¹ לעומתו סברה השופטת ברק (כתוארה אז) כי יש להגביל את הפרורוגטיבה הניהולית באמצעות עקרונות הסבירות והמידתיות, ובמקרה הנוכחי הפגיעה בעובד הייתה בלתי-מידתית ולכן אסורה. בהתייחס לשאלת האיסור החוקי סברה השופטת ברק כי ניתן להחיל את סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ובהתאם לקיים את החוזה באופן חלקי על אף אי-חוקיותו. היא הציעה לפסוק כי נהרי יעבוד מחצית החודש במשמרות בוקר ומחציתו במשמרות לילה.¹²

פסק הדין כלל פוטנציאל למהפכה של ממש. במשך השנים גרס בית הדין לעבודה כי למעביד נתונה פרורוגטיבה ניהולית רחבה, מבלי שתוטל עליו חובה כלשהי לשאת ב"נזק" שנגרם לעובדיו כתוצאה מהחלטות ניהוליות.¹³ לראשונה קבעה דעת הרוב בעניין נהרי – גם אם הדבר לא נאמר במפורש – כי מעביד חייב להפגים את עלויות השינוי.¹⁴ ברמה התאורטית הדגיש בית הדין כי מרחב הפעולה של המעביד עודנו רחב, אולם ברמה המעשית מובן שמרחב זה מצטמצם משמעותית, ככל שהמעביד נדרש לפצות את העובדים על כל פגיעה בהם. כך, למשל, בעניין נהרי, התועלת שביקש המעביד להשיג כתוצאה מהרוטציה במשמרות הייתה שיפור באיכותם של המטפלים הליליים (שקודם לכן לא היו כלל בקשר עם הצוות המקצועי, שעבד רק בשעות היום), וכן יצירת הזדמנויות שוות לכלל המטפלים.¹⁵ תועלת זו עלולה להתבטל לחלוטין אם תעמוד מולה חובה לשאת בתשלומים נוספים (ומשמעותיים) לכלל המטפלים שנפגעו

11 למעשה, הנשיא אדלר הבחין – כפי שעשה בפסיקה בהקשר דומה במישור הקיבוצי – בין שינויים בסדרי העבודה לשינויים בתנאי העבודה; ראו ע"ס"ק (ארצי) 400005/98 ההסתדרות הכללית והועד הארצי של עובדי מינהל ומשק בבתי החולים הממשלתיים – מדינת ישראל, פד"ע לה 103 (2000).

12 בפסק דין מאוחר יותר ציינה סגנית הנשיא כי במחשבה שנייה ניתן היה להפעיל את סעיף 31 לחוק החוזים כדי להגיע לתוצאה של דעת הרוב (עניין גרמה, לעיל ה"ש 9).

13 ראו, למשל, דב"ע (ארצי) מח/2-3 אורי גנני – אמירים, פד"ע יט 419 (1988).

14 למען הדיוק יצוין שניתן למצוא יישום של רעיון זה גם בפסיקה קודמת; בדב"ע (ארצי) נה/126-3 נצר ישי – האגודה למען החייל, עבודה ארצי ל(3) 280 (1996), הועבר עובד ממקום עבודה בחדרה לנתניה, ובשל אבדן זמני הנסיעות הורה בית הדין האזורי לפצותו בחשלוש של שעת עבודה נוספת לכל יום. החלטה זו אוזכרה על ידי בית הדין הארצי אך לא עמדה כשלעצמה לערעור (שם). בפסקה 29 לפסק הדין. כמו כן, בדב"ע (ארצי) 3-7/98 מועדים – משרד הביטחון, פד"ע לג 441 (1999) נפסק כי במקרה של הפרטה המדינה חייבת לפצות את העובדים על הפגיעה הצפויה בזכויותיהם, בשיעור שייקבע במשא ומתן קיבוצי. אלא, שקביעה זו נעשתה אגב אורחא, שכן באותו מקרה הסכימו הצדדים על פיצוי מיוזמתם, ללא התערבות בית הדין. כמו כן, לא ניתן להחיל את הנימוקים שניתנו שם לקיומה של חובת פיצוי במקרה של הפרטה על כל מקרה של שינוי במסגרת הפרורוגטיבה.

15 עניין נהרי, לעיל ה"ש 5, בפסקה 2 לפסק הדין.

מההחלטה בשל אבדן חלקי של תוספת השכר עבור משמרות הלילה. ובפשטות: אם יצטרך המעביד לשלם תוספת משמרות לילה לחלק מהמטפלים גם בגין עבודתם במשמרות יום, ספק אם כל השינוי כדאי ואפשרי.¹⁶

אכן, לכאורה מהפכה – אך משום מה הפוטנציאל לא מומש. במשך השנים שחלפו מאז ניתן פסק הדין בעניין נהרי כמעט לא ניתן למצוא מקרה שבו יושמה ההלכה באופן האמור לעיל (חובת המעביד להפנים עלויות השינוי).¹⁷ ייתכן שההלכה לא הייתה ברורה דיה, ייתכן שפסק הדין פורש במקרה מיוחד ויוצא-דופן שאינו מקים הלכה כללית, ויתכן שבתי הדין "נבהלו" מההשלכות של ההלכה והיססו בדבר מידת הצדקתה. כך או אחרת, המרכיב המהפכני בפסק הדין בעניין נהרי לא מומש, ובמשך שנים מספר גם לא זכה לדיון או להתייחסות בפסיקה.

ג. פרשת גרינשפן

לאחרונה הודמן לבית הדין הארצי לבחון מחדש את אותן שאלות ממש, במסגרת הליך שעסק בשלושה מטפלים נוספים – אברהם גרינשפן ואח' – שהועסקו באותו מעון והגישו תביעה זהה לחלוטין לזו של נהרי, ובאותו מועד. בתיקים אלה ביקשו הצדדים להמתין עד לאחר ההכרעה בעניינו של נהרי. משהכריע בית הדין הארצי כמפורט לעיל, סירבה המדינה (המעבידה) לקבל את הדין והתעקשה לנהל דיון גם בתביעותיהם של המטפלים הנוספים. משפסק בית הדין האזורי בהתאם להלכת נהרי – והורה למדינה להמשיך לשלם גם למטפלים האחרים את תוספת הלילה, אף אם החליט המעון להעבירם למשמרות יום – הוגש ערעור שבמסגרתו התבקש בית הדין הארצי לבחון את ההלכה מחדש.

במקרה או שלא במקרה התגלגלה ההכרעה לידי אותם שלושה שופטים שישבו בהרכב בעניין נהרי. במפתיע, כל השלושה מצאו לנכון לסטות, במידה כזו או אחרת, מעמדתם הקודמת.¹⁸ הנשיא אדלר (ועמו הסכימו שני נציגי הציבור) עמד על דעתו כי

16 אמנם, במקרה הספציפי השינוי התחייב בכל מקרה, בשל אי-החוקיות, אולם הקביעות שהופיעו בפסק הדין בסוגיית הפרוגנוזיבה לא הוגבלו להחלטות שבאות לתקן ליקויים של אי-חוקיות.

17 למיטב ידיעתי רק בשני מקרים נפסק – בדומה לעניין נהרי, לעיל ה"ש 5 – כי יש להמשיך לשלם תוספת מותנית לאחר ששולמה באופן קבוע משך שנים רבות: עניין גרמה, לעיל ה"ש 9, שאליו אחיינס להלן; וכן עב' (אזורי ת"א) 32520/97 שאבי – רשית השידור (לא פורסם, 14.11.2002) (ביטול של שעות נוספות שהעובד ביצע באופן קבוע הוא שינוי חד-צדדי אסור). בכמה מקרים נוספים אזכרו בתי הדין האזוריים את הלכת נהרי וביססו עליה לכאורה את פסיקתם, אולם למיטב ידיעתי באף אחד מאותם מקרים לא דובר למעשה בפסיקה המחייבת מעביד להפנים עלויות של שינוי אמיתי.

18 עניין גרינשפן, לעיל ה"ש 6.

לאחר שנים של עבודה במשמרות לילה זכאותם של המטפלים לתשלום התוספת בגין משמרות אלה נהפכה לחלק מחוזה העבודה שלהם; כלומר: אף שהמעבידה רשאית לשנות את סידור המשמרות, אין היא רשאית להפחית באופן חד-צדדי את מרכיב משמרות הלילה משכרם (כלומר: מחוזה העבודה) של המטפלים. עם זאת מצא הנשיא אדלר לנכון לשקול מחדש את הסעד המתאים בגין הפרה זו של החוזה, והגיע למסקנה שאין מקום להורות על המשך תשלום התוספת ללא הגבלת זמן. תחת זאת קבע כי הסעד המתאים הוא פיצוי חד-פעמי, שיאפשר למטפלים להסתגל למציאות החדשה (שבה שכרם נמוך יותר). בנסיבות העניין, הפיצוי שנפסק לכל אחד מהמטפלים הוא בשיעור של הפיחות בשכרם החדשי כפול 12, כלומר: למעשה ניתנה להם "תקופת הסתגלות" בת שנה, שבה ימשיכו לקבל את שכרם כמו לפני השינוי.¹⁹

סגנית הנשיא ברק-אוסוסקין חזרה על עמדתה כי יש להפעיל את סעיף 31 לחוק החוזים ובאמצעותו למצוא את האיזון המתאים. לגישתה, יש לבחור בסעד "שיהווה את האמצעי הפוגע הקטן ביותר הן ברשות המנהלית והן בעובדים". עם זאת היא הסכימה עם הנשיא כי הסעד המתאים בנסיבות העניין הוא פיצוי חד-פעמי, ולא המשך העסקתם של המטפלים במשמרות לילה כפי שסברה בעניין נהרי.²⁰ יצוין, כי את הרעיון הבסיסי של חלוקת ה"מחיר" בין הצדדים יישמה סגנית הנשיא כבר במקרה קודם – בעניין גרמה – כשהורתה למעביד להמשיך לשלם לעובד שני-שלישים מתוספת שהופסקה. את ההנמקה לכך ביססה על היקש מסעיף 31 לחוק החוזים.²¹

השופט רבינוביץ' סבר שניתן להפריד בין שני חלקים בחוזה העבודה: החלק שעניינו העבודה במשמרות לילה בלבד – שהוא בלתי-חוקי בהיותו מנוגד לחוק שעות עבודה ומנוחה, והחלק שעניינו תוספת השכר כתוצאה מכך. לגישתו, אמנם אין מניעה חוקית להמשיך לשלם את התוספת, אבל גם אין חובה כזו משום שתוספת זו צמודה לביצוע העבודה בלילה בפועל. במילים אחרות, השופט רבינוביץ' לא קיבל את עמדת הרוב שלפיה הפסקת תשלום התוספת היוותה הפרה של החוזה. לדבריו, הגיע למסקנה כי טעה כשהסכים לעמדה זו בעניין נהרי. על אף דברים אלה הסכים גם השופט רבינוביץ'.

19 שלושת העובדים שענינם נדון בפסק דין גרינשפן קיבלו את אותו פיצוי, אף שתקופות העבודה שלהם במשמרת לילה לא היו זהות ונעו בין שבע ל-30 שנים (שם, בסעיף 7(ו) לפסק דינו של הנשיא אדלר).

20 נושא אי-החוקיות מעורר שאלות החורגות מהיקפה של הערת פסיקה זו; הדיון להלן יוגבל לנושא הפררוגטיבה.

21 עניין גרמה, לעיל ה"ש 9 (התובע ביצע כחלק מעבודתו, במשך חשע שנים, הסעות של רב משגיח עירובין, ובהתאם קיבל כל אותה תקופה "תוספת עירובין". כאשר בוטל מרכיב זה בעבודתו הופסק גם תשלום התוספת. סגנית הנשיא פסקה, בהסכמתם של שני נציגי הציבור ובניגוד לעמדתם של השופטים רבינוביץ' ופליטכן, כי על המעבידה להמשיך ולשלם שני-שלישים מהתוספת. יצוין כי סגנית הנשיא הסתמכה בין השאר על קביעתה שכאשר התעורר צורך מתודש באותו תפקיד הוא הוטל על עובד אחר ולא על התובע, כפי שלרעתה ראוי היה לעשות).

לפסיקה של פיצויי חד-פעמי, ככל הנראה מן הטעם שחובת תום הלב מחייבת את ביצוע השינוי בהדרגה.²²

פסק הדין בעניין גרינשפן קובע תוצאה הנראית אינטיאיטיבית צודקת, וכפי שיובהר להלן גם ניתן להצדיקה; אולם בהיעדר הנמקה ברורה והשתית דוקטרינרית לפסיקה, ובהיעדר הנחיות ברורות באשר לקביעת המקרים הנכנסים לגדר ההלכה החדשה, ניתן להניח כי הבלבול או ההתעלמות מצד בתי הדין האזוריים יימשכו. את החסר הזה אבקש לנסות ולהשלים להלן.

ד. היקפה של פררוגטיבת המעביד

הבסיס הדוקטרינרי לקיומה של "פררוגטיבת המעביד" אינו כהיר לחלוטין. לעתים ניתוח גבולות הפררוגטיבה נעשה בפסיקה במשקפיים חזויות. כך בפרשות נהרי וגרינשפן וכך גם בהלכות המנחות של בית הדין הארצי בעניין גנני ושל בית המשפט העליון בעניין מילפלדר ובעניין רמת"א.²³ מנגד, תכופות נאמר בפסיקה כי הפררוגטיבה נובעת – ומקבלת משנה-תוקף – מזכות הקניין של המעביד בעסק או במפעל.²⁴ לכאורה ניתן לטעון כי הגדרת הפררוגטיבה כזכות קניינית תכתיב תוצאות שונות מאלה הנובעות – או מתאפשרות – מניתוח חווי, אולם למעשה אין סתירה בין שתי התפיסות. ראשית, בשנים האחרונות מתחזקת ההכרה כי זכות הקניין אינה מקנה יחסיטה מוחלטת וחסרת-סייגים, וכי לצד הזכויות הנובעות מבעלות על קניין מוטלות גם חובות.²⁵ הכרה זו בשדה

22 אלה הדברים בלשונו של השופט רבינוביץ' (עניין גרינשפן, לעיל ה"ש 6, בסעיף 8 פסקאות ט'-י' לפסק דינו): "איני סובר, כדעת חברי הנשיא, שיש לראות במקרה זה את הפסקת התשלום כהפרה של חוזה העבודה. הפסקת התשלום היא פועל יוצא מהפסקת העסקה במתכונת לא חוקית... חברי הנשיא, הציע פיצויי חד פעמי על הפסקת התשלום. לא מצאתי לכך אסמכתא משפטית מוצקה. ניתן למצוא לכך בסיס מסוים בדרך הקש למתן הודעה כוודקמת לגבי כל פעולה המהווה שינוי מצב קודם העלול לגרום נזק לצד אליו מתייחס השינוי, או על פי הכלל של שימוש בזכות בדרך מקובלת ובתום לב המצדיק במקרה זה ביצוע הורגתי של השינוי תוך תקופת הסתגלות למצב החדש. בנסיבות אלה, סבורני שפיצויי מקסימאלי של שנה אחת הוא סביר בנסיבות העניין".

23 לעיל ה"ש 5, 6, 13, 3, 27.

24 ראו, למשל, עס"ק (ארצי) 400024/98 הסתדרות העובדים החדשה – צים חברת השייט הישראלית בע"מ, פ"ד לו 97, 123 (2000); בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481, 546 (2004). ראו גם אלישבע ברק "אילוצים כלכליים של המעביד מול זכות העובד לעבוד – האיוון הראוי" ספר מנחם גולדברג 210, 216, 222 (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן-ישראל, יצחק אליאסיף ונחום פינברג עורכים, 2001).

25 ראו, למשל, דנ"א 1333/02 הועדה המקומית לתכנון ובנייה רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289 (2004); חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 51-65 (2003). ראו גם רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון,

המשפט הכללי מתיישבת היטב עם אמירות קודמות בפסיקת בית הדין לעבודה, שלפיהן "לא מדובר בקניין בו יש למעביד שליטה בלעדית. למעביד יש מעין 'שותף' נוסף לקניינו. אלו העובדים, להם זכות מעין קניינית במפעל".²⁶ אכן, מהותה של זכות הקניין בכל הקשר והקשר פתוחה לעיצוב שלנו כחברה, ואין כל מניעה להגביל את פרוגטיבת המעביד גם אם היא מוגדרת כזכות קניינית. שנית, וחשוב יותר: הניתוח הקנייני רלבנטי (אם בכלל) רק במתחם שנשאר בשליטתו הבלעדית של המעביד, ואין בו כדי להועיל בהכרעה אלו החלטות נופלות למתחם זה או אחר. העובדה שהמעביד הוא הבעלים של מכונת הייצור (למשל) מקנה לו ברמה המופשטת (כלפי כולי עלמא) את הזכות לקבוע כיצד היא תופעל, אולם ביחסים הקונקרטיים מול עובד שממנו הוא מבקש להפעיל את המכונה, השאלה מי יקבע כיצד תופעל המכונה תוכרע בהתאם לחוזה בין הצדדים. למה הדבר דומה? לבעלים של דירה המשכיר אותה, ומתעוררת שאלה ביחסים כינו לבין השוכר בנוגע לאופן השימוש בדירה. לזכותו הקניינית של בעל הדירה יש כמובן רלבנטיות ברקע, אולם הסוגיה תוכרע בהתאם לחוזה בין הצדדים, הקובע (במפורש או במשתמע) באיזו מידה ויתר הבעלים על זכויותיו הקנייניות.²⁷

אם כן, בהקשר הפעלתם של אמצעי הייצור שבבעלות המעביד, אין מחלוקת בדבר זכותו הקניינית של המעביד – אולם אין בניתוח "קנייני" כדי להועיל בקביעת קווי הגבול בין שינוי שניתן לביצוע חד-צדדי לבין שינוי המחייב הסכמה של העובד. בסוגיות מעין

פ"ד נה(1) 199, 278 (1999) (הנשיא ברק) ("זכות הקניין ככל זכות אחרת אינה מוחלטת... זכות הקניין אינה הזכות לנהוג שלא בתום-לב").

26 דב"ע נז/3-7 לבון – מ.ת.מ. מבני תעשייה ומלאכה בע"מ, פר"ע לב 584, 609 (1997). ההתייחסות לזכות "מעין-קניינית" של העובדים במקום העבודה מופיעה כבר בדב"ע נז/3-9 "צרי" חברה לתעשייה פרמצבטית וכימית בע"מ – ריקס, פר"ע ד 477 (1973), וחוזרת מעת לעת בפסיקה שלאחר מכן, בדרך כלל בצמוד לאמירות בדבר זכותו הקניינית של המעביד (דאו, למשל, עניין הוצע הארצי של עובדי מינהל ומשק בבתי החולים הממשלתיים, לעיל ה"ש 11, בעמ' 122; עניין צים, לעיל ה"ש 24, בעמ' 123). אכן, גם כשציננה אלישבע ברק כי "הפרוגטיבה הניהולית לא נחשבה כתנאי מכללא. זו נחשבה תמיד כעצם זכות הקניין" (לעיל ה"ש 24, בעמ' 222) – לדעתי בטעות – היא מיהרה להוסיף כי "על מעביד להפעיל את זכותו זו בצורה סבירה ותוך איזון עם זכויות העובדים" (שם, בעמ' 223). מאוחר יותר ציינה ברק בעצמה בפסיקה כי "אין לראות את הזכות הניהולית כזכות קניינית" (עס"ק (ארצי) 72/05 הסתדרות העובדים הכללית – ידיעות אחרונות (טרם פורסם, 11.8.2005); ע"ע (ארצי) 1465/02 קיפר – איגוד ערים לכבאות והצלה טבריה (טרם פורסם, 10.3.2004)).

27 אכן, מעין בפסיקה עולה שגם השופטת ברק – שלכאורה הביעה, לפחות בחקופה מסוימת, גישה נוגדת בקשר למהותה של הפרוגטיבה – מנתחת באופן דומה שאלות של גבולות אותה פרוגטיבה: "למעביד זכות לנהל את עסקו לפי מיטב הבנתו. בעשותו כן... הוא משנה את תנאי העבודה על מנת לשפר את תפקוד מפעלו. אלא שזכותו זו של המעביד אינה מוחלטת... כאשר השינויים סבירים, או אף מקדמים את העובד ניתן לראות בעובד כמסכים לשינוי עם המשכת העבודה" (דב"ע נז/1-4 הסתדרות הכללית – רמת"א בע"מ, פר"ע כט 601, 635 (1996) [ההדגשה אינה במקור]).

אלה ה"פריזמה" החוזית היא שמסייעת להכרעה בין הצדדים. קל וחומר כאשר מדובר בסדרי עבודה שאינם קשורים לבעלות פיזית על מכונות או על ציוד; במקרים אלה דומה כי סיווג הפרווגטיבה כזכות קניינית כלל אינו ראוי. כך, למשל, אם נניח (בהתאמה עם הפסיקה) כי למעביד שמורה הפרווגטיבה להחליט על סדרי המשמרות במפעל – כלומר: להחליט אם עובד מסוים ישובץ למשמרות יום או לילה – כיצד ניתן להסביר את סמכותו זו על בסיס קנייני? הסבר כזה אינו אפשרי אלא אם נתפוס את המעביד כבעל זכויות קניין בעובד עצמו, דבר שאינו ראוי בעליל. אכן, דומה כי דרך הניתוח החוזית היא המקובלת בפסיקה כשמדובר בקביעת גבולות הפרווגטיבה,²⁸ וזו גם התפיסה המקובלת בספרות.²⁹

אם כן, הבחירה ב"פריזמה" החוזית לשם קביעה של גבולות הפרווגטיבה הניהולית נראית בלתי-נמנעת, אך גם היא אינה נקייה מקשיים. הרעיון של "פרווגטיבה" לקבל הכרעות חד-צדדיות הוא אנומליה במסגרת דיני החוזים, שהרי חוזה בנוי על הסכמה. כאשר משתנות הנסיבות והחוזה מחייב שינוי, הצדדים נדרשים להסכים על שינוי, אולם לא כך בהכרח בחוזה עבודה שהוא מטבעו ארוך-טווח ודינמי, ובמידה רבה "פתוח". בספרות הלא-משפטית חוזה העבודה מכונה לעתים "חוזה בלתי-גמור".³⁰ מבחינה

28 ראו לעיל ה"ש 23.

29 ראו, למשל, DEAKIN & MORRIS, לעיל ה"ש 4, בפסקה 4.3. רות בן-ישראל ציינה שלושה הסברים אפשריים לפרווגטיבה הניהולית: קנייני, הסכמי וארגוני (רות בן-ישראל "זכות היתר (הפרווגטיבה) הניהולית של המעביד: תכנית עיצובה בעידן הבת-העשייתי" עיוני משפט כה 706, 714–715 (2002)). אתמקד בשניים הראשונים, שכן לדעתי ההסבר האחרון – שלפיו "המבנה ההיררכי של המפעל מכתוב את יחסי השליטה והכפיפות" (בעמ' 715) – ניבע אף הוא מההסבר ההסכמי. קולנס, שאליז הפנתה בן-ישראל בהקשר זה, הבחין אמנם בין חוזה העבודה לבין ספרה-נהלים הפנימי במקום העבודה (שהוא מכנה code או rule-book), וטען שאת האחרון יש להבין כמסגרת להפעלת כוח ביורוקרטי ולא כחוזה, ואת פעולות המעביד בתחום זה יש לבחון בכלים של המשפט הציבורי (Hugh Collins, *Market Power, Bureaucratic Power, and the Contract of Employment*, 15 (INDUS. L. J. 1 (1986)). אולם, גם הוא הבהיר (שם, בעמ' 4) כי בעת הכניסה ליחסים שני הצדדים מסכימים כי אותו ספרה-נהלים יסדיר את היחסים ביניהם, כלומר: ביסודו של דבר אף הוא אימץ גישה חוזית. בהתייחס לשני ההסברים הראשונים אהגם ציינה בן-ישראל כי "פסיקת בית-הדין לעבודה השתייכה את ההכרה בזכות-היתר הניהולית של המעביד על היסוד הקנייני" (בעמ' 714), אולם דומה כי שאלת ההכרה בפרווגטיבה נפרדת משאלת דביעת גבולות אותה פרווגטיבה (הגבול בין שינוי מותר לאסור). בהקשר זה גם בן-ישראל התמקדה למעשה בניתוח חווי (שם, בעמ' 718 ואילך).

30 ראו, למשל, OLIVER E. WILLIAMSON, *THE ECONOMIC INSTITUTIONS OF CAPITALISM* (1985); IAN R. MACNEIL, *THE NEW SOCIAL CONTRACT: AN INQUIRY INTO MODERN CONTRACTUAL RELATIONS* 50 (1980); CLAUD OFFE, *DISORGANIZED CAPITALISM: CONTEMPORARY TRANSFORMATIONS OF WORK AND POLITICS* 20-25 (1985); Samuel Bowles & Herbert Gintis, *Is the Demand for Workplace Democracy Redundant in a*

משפטית תיאור זה אינו מדויק, שהרי לפי הקונסטרוקציה המשפטית החוזה "גמור" בכך שהוא כולל סעיף משתמע המאפשר למעביד לתת הוראות ולהכניס שינויים מעת לעת; אולם מבחינה סוציולוגית אין ספק שזהו תיאור מועיל של המציאות. לעתים קרובות אדם מתקבל לעבודה על בסיס הסכמה ברבר שכן העבודה, שעות העבודה וידיעה כללית של תחום העיסוק בלבד, וכל הפרטים האחרים – אופי העבודה, הכפפות לממונים ולהוראות, נהלי המשמעת, תנאי העבודה המלאים וכיוצא בזה – נסגרים מאוחר יותר ומשתנים מעת לעת.

אכן, יחסי העבודה נמשכים בדרך כלל תקופה ארוכה יחסית, שאינה קבועה מראש, ולא ניתן לצפות מראש כל שינוי שיידרש ביחסים. שינויים במשק המקומי והעולמי, שינויים בטכנולוגיה, ברגולציה ועוד – כולם מחייבים שינויים מעת לעת בדרישות מהעובד, באופן ביצוע העבודה, באופן הפיקוח על העובד וכיוצא בזה. אם הדין ידרוש מהמעביד לקבל את הסכמת העובד לכל שינוי קטן, עלויות העסקה (transaction costs) יהיו אדירות וחוסר-היעילות יהיה קיצוני.³¹ בעידן של תחרות גלובלית, טכנולוגיה מתקדמת ושינויים תכופים בדרישות הצרכנים, הצורך בגמישות ניהולית – בין השאר בהקשר של סדרי העבודה (functional flexibility) – הוא קריטי מתמיד.³² דומה, אם כן, ש"פררוגטיבה" ניהולית היא בלתי-נמנעת ביחסי העבודה.³³ ייתכן כי מבחינה עיונית קשה ליישב את הפררוגטיבה עם דיני החוזים, אבל ברמה המעשית ברור שיחסי העבודה מחייבים אותה.

לשון אחר: אין בכוונתי לחלוק על התפיסה הבסיסית שלפיה יש לפרש את חוזה העבודה באופן הכולל מרחב ("פררוגטיבה") שבו המעביד יכול לקבל החלטות ניהוליות כרצונו; אולם עדיין נשאלת שאלת היקפה של הפררוגטיבה, כלומר: מה צריך להיחשב החלטה ניהולית ומה צריך להיתפס כמרכיב קונקרטי של החוזה. שאלה נוספת היא האם – ובאיזו מידה – יש לחייב את המעביד לפצות את העובד על נזקיו כתוצאה מאותם שינויים מותרים. מובן, כי שאלות אלה כרוכות זו בזו, שהרי כאמור קביעה כי על המעביד לשאת בנזקיו של העובד כתוצאה מהשינוי תשפיע משמעותית גם על הכדאיות של ביצוע השינוי – ולמעשה על עצם יכולתו לבצעו מלכתחילה.

Liberal Economy?, in DEMOCRACY AND EFFICIENCY IN THE ECONOMIC ENTERPRISE 64, 69 (Pagano & Rowthorn eds., 1996).

31 אכן, ניתן להסביר אפילו את הצורך בפירמה עצמה על ידי הצורך בצמצום עלויות העסקה על ידי קיומם של עובדים "פנימיים" הכפופים להוראות; ראו Ronald H. Coase, *The Nature of the Firm*, 4 ECONOMICA 386 (1937).

32 להצגת הפררוגטיבה כגמישות פונקציונלית – להבדיל, למשל, מגמישות מספרית (הנוגעת לקביעת מספר העובדים) – ראו Mia Rönnmar, *The Managerial Prerogative and the Employee's Obligation to Work: Comparative Perspectives on Functional Flexibility*, 35 INDUS. L. J. 56 (2006).

33 להצדקות לקיומה של פררוגטיבה ניהולית ראו גם בן-ישראל, לעיל ה"ש 29, בעמ' 714-722.

1. מהחצנת עלויות להפנמות

הקושי העיקרי בפסיקה הקודמת – שלפיה המעביד כלל אינו נושא בעלויות השינוי עבור העובד – הוא בהחצנה של עלויות אלה. למעביד ניתן הכוח לגרום נזק לאדם אחר מבלי שיישא בעלות של אותו נזק. אמנם, לעתים ישכיל המעביד להבין בעצמו כי שינוי שלא יתחשב בזכויות העובדים יביא לפגיעה במוטיבציה שלהם וביחסי האמון בין הצדדים, ובכך עשוי השינוי לפגוע גם בו; אולם קיומן של עלויות מעין אלה והיקפן תלוי בסוג העבודה ובמאפיינים של עובד ומעביד נתונים. סביר להניח כי לא תמיד יהיה למעביד אינטרס להתאמץ ולצמצם את הנזק, או שלא תמיד הוא יכיר באינטרס זה ובחשיבותו. ההחצנה הנובעת מכך גורמת לחוסר יעילות; היא מביאה לכך שהנזק כתוצאה מהשינוי (לעובד) עשוי להיות גבוה מהתועלת (למעביד). היא גם גורמת לחוסר-הגינות; לכך שלעתים הפגיעה בעובד תהיה גדולה מהדרוש או במידה שאינה סבירה בהשוואה לתועלת. לפי הפסיקה הקודמת אין בכך כל פסול: הבחינה היא של סוג השינוי ותו לא. כך, למשל, שינוי בתפקידים המוטלים על העובד נתפס כעניין ניהולי – כלומר: במסגרת הפרווגטיבה – ובית הדין לא התערב בכך. רק במקרים קיצוניים, שבהם הוכח רצון לפגוע במכוון בעובד, ניתן היה לדרוש התערבות שיפוטית בטענה של חוסר תום-לב מצד המעביד; אבל העובדה שניתן היה לצמצם את הפגיעה בעובד – בהנחה שניתן – אינה נשקלת.³⁴

ניתן לטעון, כי אל מול כוחו של המעביד להכניס שינויים חד-צדדית עומדת זכותו של העובד להתפטור אם אינו מרוצה מהשינוי, אולם בכך אין כדי לבטל את נזקו כתוצאה מפעולת המעביד. במקרים רבים אין לעובד חלופות אחרות, והתפטרות תהיה כרוכה כמובן באבדן פרנסה או לפחות באבדן הטבות שונות שרכש בזכות הוותק במקום העבודה הנוכחי. לכן, הלכה למעשה, במקרים רבים הפסיקה הקודמת לא השאירה לעובד כל ברירה אלא לספוג את המחיר, מבלי שהמעביד נדרש להתחשב במחיר זה. במובן הזה, החידוש העקרוני בהלכת נהרי-גריןשפן בהחלט מבורך. עצם הכוונה לחייב את המעביד להפנים במידה כזו או אחרת את עלויות השינוי שהוא מבקש ליצור בעבודה נראית ראויה. הפנמת העלות תבטיח שהמעביד יחשוב פעמיים טרם ביצוע השינוי, ויבצע רק שינויים יעילים (מצרפית) – כלומר: שהתועלת מהם גבוהה מהמחיר – תוך מאמץ לצמצם את הנזק לעובדים למינימום.³⁵ בכך גם תובטח ההגינות ביחסי

34 לשם הדיוק יובהר כי לפי הפסיקה מעביד אינו רשאי להעביר עובד לתפקיד נחות בהגדרה. העובדה שאדם מועסק בדרג ניהולי ולא כפועל, למשל, נתפסת כחלק מחוזה העבודה שאינו ניתן לשינוי חד-צדדי. ראו, למשל, עב' (אזורי ת"א) 32100/95 רוזנברג – עיריית תל אביב יפו, תק-עב 5479 (2)99 (1999); עב' (אזורי ב"ש) 1397/99 גוטמן – קירט אבטחה רשמית בע"מ (טרם פורסם, 4.3.2002). עם זאת, העברה מניהול מחלקה אחת לניהול מחלקה אחרת וכיוצא באלה נתפסת כמותרת, והשאלה אם העובד נפגע מהשינוי אינה רלבנטית.

35 ודוק: במצבים שבהם העובד יכול להשיג עבודה חלופית באותם תנאים ניתן לטעון כי פיטור

העבודה. עם זאת, הפתרון שנקבע בעניין נהרי – הפנמה מלאה של העלות – אינו סביר. הטלת כל עלות השינוי על המעביד, מבלי שהעובד נדרש לתרום דבר, ולמעשה באופן שמאפשר לו "להטיל וטו" על שינויים רבים, תביא לחוסרי-יעילות וחוסר-הגינות כלפי המעביד. הפתרון הראוי יותר הוא לחלק את העלות (או הסיכון) בין הצדדים.³⁶ בנסיבות שבהן אף אחד מהצדדים לא "אשם" בעלות שנוצרה, גישה זו מעדיפה חלוקה של העלות (כלומר: פתרון מסוג של "split the difference") במקום פתרון שמטיל את העלות כולה על צד אחד בלבד (פתרון מסוג של "winner takes all").³⁷ אכן, כך ניתן להבין את התיקון שבוצע בהלכת נהרי בפסק הדין בעניין גרינשפן (ואולי עוד קודם לכן, בעניין גרמה³⁸). מחד גיסא אשרר בית הדין את ההלכה שלפיה מעביד שחפץ בשינוי אינו יכול להתעלם מהעלות של אותו שינוי מבחינתו של העובד, וצריך לשאת במידה מסוימת באותו נזק; מאידך גיסא הבהיר בית הדין כי אין מקום לדרוש מהמעביד לשאת באותה עלות לבדו.

אין ספק כי מבחינת הדוקטרינה המשפטית של הפרוגטיבה מדובר בהלכה מהפכנית; גם מבחינת השלכותיה של ההלכה החדשה – לפחות ההשלכות הפוטנציאליות – מדובר בשינוי משמעותי. עם זאת, חשוב להבהיר כי גם ללא קשר להלכה החדשה, ברמה הקיבוצית ממילא מקובל לפצות את העובדים בגין שינויים של

העובד (או התפטרותו בדין מפורט) יעילים יותר מהפנמת עלות השינוי, שכן העובד (לכאורה) לא ייפגע ואילו המעביד יוכל להתקשר עם עובד אחר, שלגביו התנאי החדש יעוגן בתווה מלכתחילה. אולם, ההסתברות לקיום הנחות אלה במציאות נמוכה מאוד. בדרך כלל החלפת עובד ותיק בעובד חדש כרוכה בעלויות משמעותיות למעביד (חיפוש, הכשרה וכו'), ומעבר למקום עבודה חדש כרוך בעלויות לעובד, גם כשהשכר והתנאים שווים (אבדן הטבות עקיפות תלויות-ותק, פורמליות ובלתי-פורמליות, עלויות הסתגלות למקום החדש וכו'). מנגד, הצעתי, כפי שתפורט להלן, היא להפנמה חלקית בלבד של העלויות. סביר להניח כי הפנמה מעין זו תקדם את היעילות גם במקרים שבהם מדובר בעובד שיוכל להשיג עבודה חלופית בתנאים דומים.

36 וראו פרנסס ודאי "שינוי חד צדדי של תנאי עבודה – היתר, איסור, או שביל החלב?" משפטים יט 47, 76 (1989) ("המדיניות החברתית מדריכה אותנו לאפשר שינויים הדרושים להסתגלותו של מקום העבודה לסביבה דינמית. מאידך גיסא... במקרה של שינוי הפוגע בתנאי-יסוד, צריך להכיר בזכותו של העובד לתרופה"). השוו גם לכלל שנקבע במשפט הגרמני, שלפיו את הפרוגטיבה הניהולית יש להפעיל בהתאם לטטנדרטים אובייקטיביים, ובהתאם המעביד חייב לשקול ולאזן את האינטרסים של העובד מול האינטרסים שלו עצמו (Rönnmar, לעיל ה"ש 32, בעמ' 64).

37 לטיעון בזכותם של פתרונות ביניים, המחלקים את העלות (או הרווח) בין הצדדים בהקשרים שונים במשפט הפרטי, ולטענה כי הם עשויים להיות יעילים והוגנים יותר, ראו Gideon Parchomovsky, Peter Siegelman & Steve Thel, *Of Equal Wrongs and Half Rights*, 82 N.Y.U.L. REV. 738 (2007). לעניין זה ניתן גם להקיש מדיני חוזה קבלנות, שלפיהם גם כששמורה למזמין בתווה ארוך-טווח הזכות לשנות את חיובי הקבלן, הוא חייב בתשלום נוסף בשל כך (איל זמיר חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 416-408 (1994)).

38 ראו לעיל ה"ש 9.

ממש במקום העבודה הפוגעים בהם. שיעור הפיצוי הלוי בכוח המיקוח היחסי של הצדדים, אולם העיקרון הבסיסי אינו זר לדיני העבודה בישראל. הסכמים קיבוציים המעניקים לעובדים פיצוי בעקבות שינוי ניהולי בהחלט מוכרים במציאות הישראלית.³⁹ לפיכך ניתן להבין את ההלכה החדשה כחלק ממכלול של הלכות המבקשות להתמודד עם הירידה בשיעור ההתאגדות. בשנים האחרונות הלך ופחת מספר העובדים הנהנים מהסכמים קיבוציים, בישראל כמו במרבית העולם המערבי.⁴⁰ בהתאמה, הלכה והצטמצמה ההגנה על עובדים. את הפער מנסים בתי הדין למלא על ידי הרחבת ההגנה על העובד ברמה האינדיבידואלית. כך, למשל, בהקשר של יצירת הזכות לשימוע בטרם פיטורים,⁴¹ או האיסור על פיטורים בעקבות הגשת הביעה,⁴² או חובת ההיוועצות בנציגות העובדים בטרם ביצוע שינויים⁴³ וכיוצא בזה. את הלכת נהרי-גרינשפן ניתן להבין באופן דומה, כבאה לספק לעובדים הגנה שבעבר רובם היו משיגים באמצעות ארגוני עובדים.⁴⁴

39 ראו, לדוגמה, את ההסכם הקיבוצי המיוחד מיום 23.2.2006 בין בנק דיסקונט לישראל בע"מ לבין הסתדרות העובדים הכללית החדשה, בעניין מענק הפרשה, www.moital.gov.il/cmsTamat/Agreements.aspx. בהקשר זה ניתן להזכיר גם את פסק הדין בעניין ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 26, שם התעוררה מחלוקת אם המעביד רשאי לבצע שינויים מסוימים ללא הסכמת ארגון העובדים. נפסק, במסגרת הליך זמני, כי המעביד יהיה רשאי להכניס שינויים במקום העבודה אולם שכרם של העובדים לא יפחת מ-90% משכרם לפני השינוי.

40 לנתונים על הירידה בשיעור ההתאגדות בישראל ראו ינון כהן, יצחק הברפלד, גיא מונדלק ויצחק ספורטא "שיעור המאורגנים בארגוני עובדים וכיסוי הסכמים קיבוציים: עבר, הווה ועתיד" עבודה, חברה ומשפט י 15 (2004). לסקירה השוואתית עדכנית ראו Jelle Visser, *Union Membership Statistics in 24 Countries*, 129 MONTHLY LAB. REV. 38 (2006).

41 ע"ע (ארצי) 300353/98 הרמן – סונול ישראל בע"מ, תק-אר 02 (4) 86 (2002).

42 ע"ע (ארצי) 1503/02 יחיאלי – חברת השמירה בע"מ, תק-אר 04 (2) 203 (2004).

43 דב"ע (ארצי) נב/4-2 תרככות ברום בע"מ – ההסתדרות הכללית, פר"ע כג 456 (1991); ע"ע (ארצי) 359/99 לאה לוי – רשות השידור, פר"ע לו 400 (2001).

44 והשוו Simon Deakin, *The Many Futures of the Contract of Employment*, in LABOUR LAW IN AN ERA OF GLOBALIZATION: TRANSFORMATIVE PRACTICES AND POSSIBILITIES 177, 194 (Joanne Conaghan et al. eds., 2002). למעשה, את הירידה בכוחם של ארגוני העובדים, ואת הניסיון של בתי הדין למלא את החסר, ניתן לראות כחלק מהתפתחות רחבה יותר של מעבר ממודל קורפורטיסטי של יחסי עבודה למודל פלורליסטי. ראו GUY MUNDLAK, *FADING CORPORATISM*: ISRAEL'S LABOR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS IN TRANSITION (2007). מעניין לציין כי בשבדיה, שם שיעור ההתאגדות גבוה במיוחד, קיימת חובה חוקית לנהל משא ומתן עם ארגון העובדים לפני הכנסת שינוי משמעותי כלשהו בסדר או תנאי העבודה; ראו Employment (Co-Determination in the Workplace Act) 1976, as amended, s. 11, available at www.sweden.gov.se/content/1/c6/10/49/88/646b76f6.pdf. אולם התועלת של סעיף מעין זה פוחתת כשיעור ההתאגדות יורד.

הרעיון של חיוב המעביד להפנים חלק מעלות השינוי תואם גם את המגמה הכללית בדיני החוזים. מעבר למגמה הגוברת לפרש חוזים באופן שישגי פתרון צודק ככל שניתן – מגמה שנויה במחלוקת, אך דומה שניתן להצדיקה אם מדובר בהתקשרות בין צדדים שאינם במעמד שווה⁴⁵ – הנטייה בפסיקה היא להטיל מגבלות חמורות על הפעלת שיקול הדעת כשהחווה משאיר נושא מסוים לשיקול דעתו של צד אחד בלבד.⁴⁶ בנסיבות כאלה, הפעלת שיקול הדעת נתפסת ככפופה הן לחובת תום הלב והן לדרישת הסבירות, ו"בהקשר הנוכחי מחייבות דרישות אלה, שהצד בעל שיקול הדעת יתחשב לא רק באינטרס שלו, אלא יפעל בצורה מאוזנת המייחסת משקל ראוי גם לאינטרס של הצד השני".⁴⁷ במקביל ניתן גם להשוות את דרישת הפיצוי לחובה שנקבעה בפסיקה לתת הודעה מוקדמת סבירה בטרם הבאתו של חוזה ארוך-טווח לכדי סיום.⁴⁸ למעשה, מדובר בחובה לפצות זכיינים או מפיצים בלעדיים או אחרים שהיו צד להתקשרות מסחרית ארוכת-טווח, בשל ההסתמכות שלהם, שנבנתה במשך השנים, על המשכיות היחסים. מאותם טעמים ראוי גם לפצות עובדים על פגיעה בהם כתוצאה משינוי חד-צדדי שהכתיב המעביד.

ניתן לשאול אם יש בכלל משמעות לקביעה שיפוטית שלפיה מעביד חייב לפצות את עובדיו על הפגיעה בהם כתוצאה מהחלטות ניהוליות: הרי במשטר של העסקה מרצון (Employment at Will), שבו המעביד רשאי לפטר את העובד בכל עת, אפשר לשער כי במרבית המקרים יסכים העובד בליח ברירה לקבל את השינוי ולוותר על הפיצוי תחת האיום המשתמע בפיטורים. אולם, המחקר הערכני בדיני החוזים מלמד כי לדין הדיספוזיטיבי יש דווקא כוח לא מבוטל, והצדדים אינם פונים להסכמות נוגדות במהירות ובקלות.⁴⁹ זאת ועוד: גם כשהמעביד נחוש לדרוש שינוי כאמור, עדיין יש משמעות לכלל

45 דניאל פרידמן "פרשנות התווה" חוזים כרך ג' 227, 237-238 (דניאל פרידמן וגילי כהן עורכים, 2003).

46 ראו שם, בעמ' 269-272.

47 שם, בעמ' 272. ראו גם רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עובדי המנוחה מילגורם הירנה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145 (1998); עניין רוקר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 279 (הנשיא ברק) ("עקרון תום-הלב קובע כי הסמירה על האינטרס העצמי צריכה להיות הוגנת ותוך התחשבות בציפיות מוצדקות ובהסתמכות ראויה של הצד האחר"). להצדקה מפורטת למגמה העכשווית לתת משקל מרכזי למטרות חברתיות – לעתים משקל רב אף יותר מאשר לכוונת הצדדים – ראו איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 129-79 (1996).

48 ראו, למשל, ע"א 442/85 משה זוהר ושות' נ' מעבדות טרבנול (ישראל) בע"מ, פ"ד מד(3) 661 (1990).

49 ראו זמיר, לעיל ה"ש 47, בעמ' 61-78, המונה את הסיבות הבאות: הדין הדיספוזיטיבי משקף בדרך כלל את התפיסה הרווחת בציבור לגבי תוכנו של ההסדר ההוגן והיעיל; עלויות ההתניה ניכרות; ההשפעה החינוכית של הדין הדיספוזיטיבי (עיצוב הציפיות הטיפוסיות של הצדדים); הנטייה לצפות

המשפטי בכמה מצבים. ראשית, במקרים שבהם העובד יסרב לקבל את השינוי, גם במחיר של פיטורים, הוא יהיה זכאי לפיצויי פיטורים; שנית, כאשר העובד נהנה מביטחון תעסוקתי ("קביעות"), בין מכוח חקיקה ובין מכוח הסכם קיבוצי, האיום בפיטורים אינו אפשרי והעובד יוכל להתנגד לשינוי ללא פיצוי; ושלישית, כאשר מדובר בעובד בעל כישורים מיוחדים, שהמעביד אינו מעוניין לאיים עליו בפיטורים, קיומה של חובת פיצוי כברירת מחדל (כלל רקע) עשויה להשפיע על המשא ומתן בין הצדדים בקשר לשינוי.⁵⁰ יצוין עוד כי במצבים שבהם הכלל המשפטי לא יועיל אין סיבה לחשוש שיהיה בו כדי להזיק.

אם כן, עמדת הביסוסית היא עמדה של תמיכה בהלכה החדשה. עם זאת, הלכה זו מותירה שאלות רבות פתוחות: לא ברור כיצד מתיישבת הלכה זו עם דיני החוזים הכלליים, ולגופו של עניין לא ברור היכן גבולותיה של אותה הלכה, כלומר: באלו מצבים יידרש המעביד לפצות עובד בגין שינוי במקום העבודה, וכיצד יחושב הפיצוי. בסוגיות אלה אדון להלן.

2. האמנם הפרת החוזה?

דיני החוזים בנויים בעיקרם ל"חוזי עסקה": חוזים נקודתיים, כלכליים וקצרי-טווח יחסית.⁵¹ התאמתם ליחסים ארוכי-טווח, אישיים ומורכבים, כאלה המחייבים שינויים מעת לעת, שנויה במחלוקת.⁵² אכן, דעתי היא כי במקרים רבים דיני החוזים אינם מספקים פתרונות מתאימים ליחסי העבודה, ויש צורך בפיתוח דין מיוחד; עם זאת, בהקשר של הסוגיה הנדונה כאן ניתן בהחלט למצוא פתרונות ראויים במסגרת דיני החוזים. את דבריי להלן אבסס על הנחת המוצא המקובלת שלפיה חלים על חוזה עבודה, כברירת מחדל, דיני החוזים הכלליים.⁵³

למחיר גבוה יותר בתמורה לויתור על זכות קיימת (endowment effect); והחשש מפני אי-הבנות ואי-ודאות.

50 לכאורה, בשוק שבו המידע מלא ואין עלויות עסקה לא אמורה להיות השפעה כזו, אולם בהינתן חוסר במידע וכן עלויות לעסקה מתקנת, לכללי הרקע בהחלט יש משמעות. זאת ועוד: למעשה, מהסיבות שפורטו בה"ש 49 לעיל, גם בשוק משוכלל תהיה לכללי הרקע השפעה.

51 Ian R. Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. REV. 691 (1974).

52 David Beatty, *Labour is not a Commodity*, in *STUDIES IN CONTRACT LAW* 313 (B. Reiter and J. Swan eds., 1980). לדעה מעט שונה ראו: Guy Mundlak, *Generic or Sui-Generis Law of Employment Contracts?*, 16 INT. J. COMP. LAB. L. & IND. REL. 309 (2000) (טוען כי אין מקום ליצור דיני חוזים מיוחדים לחוזה העבודה; הוא אינו חולק על כך שלא תמיד דיני החוזים הרגילים מתאימים, אך לדעתו במקרים אלה יש לקבוע את התוצאות המיוחדות בחקיקה).

53 שאלה נפרדת היא אם כדי שאדם ייחשב "עובד" חייבים להקרים יחסים חוזיים מול "מעביד". לפי הפסיקה הערכנית – שנועדה להבטיח הגנה על כבצעי עבודה בנסיבות שבהן יש ספק בקיומו של

בעניין גרינשפן סברו כל השופטים כי המעביד רשאי לשנות את סדרי המשמרות במקום העבודה, אך הוא חייב במקביל לפצות את העובדים ששכרם נפגע בשל כך (לפחות כשהשכר הגבוה יותר שולם בקביעות במשך תקופה ממושכת). הנשיא אדלר פירש את הפגיעה בשכר כהפרת חוזה המזכה בפיצוי.⁵⁴ תפיסה זו בעייתית, מכמה סיבות. ראשית, היא מתקשה להתיישב עם פסיקה קודמת שלא הייתה כוונה לשנותה. תוספות מותנות, המשולמות רק בהתקיים תנאי מסוים (כמו עבודה במשמרת לילה), אינן נחשבות לחלק מהשכר הרגיל. עובד לא אמור לקבל תוספת עבור משמרות לילה בימים שבהם הוא לא עובד בלילה. על רקע זה קשה להבין את הפסיקה שלפיה המעביד רשאי לשנות את סדרי המשמרות לפי שיקול דעתו הבלעדי, אך מנגד הוא אינו רשאי להפסיק את תשלום תוספת המשמרות. לפי הפסיקה הקיימת – שכאמור, לא נראה שהייתה כוונה לשנותה – תשלום תוספת מותנית קשור באופן בלתינתק לקיום התנאי (בענייננו: העבודה במשמרת לילה). אם אין חובה להעסיק אדם במשמרת לילה, גם לא יכולה להיות חובה לשלם לו תוספת עבור משמרות לילה. לשון אחר: לא ניתן להפריד בין שאלת העבודה במשמרות לילה לשאלת התשלום בגינה. הראשונה מכתוב את השנייה ולא מדובר בנושאים נפרדים; ההבחנה בין סדרי עבודה לתנאי עבודה פשוט אינה אפשרית במקרה זה.⁵⁵ שנית, אם נקבל את ההפרדה ואת גישתו של הנשיא אדלר, שלפיה

קשר חוזי – אין חובה כיחסים חוזיים (דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817 (1998); בג"ץ 1163/98 שדות נ' שרות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817 (2001)). עם זאת, אין בכך כדי לפגוע בעובדה שבירוב המקרים של המקרים יחסי העבודה עדיין נתפסים כיחסים חוזיים הכפופים לדיני החוזים (ראו סטיב אדלר "היקף תחולת משפט העבודה – מכפיפות לתכלית" ספר מנחם גולדברג 17, 36 (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן-ישראל, יצחק אליאסיף ונחום פינברג עורכים, 2001)).

54 לשם הדיוק יצוין כי בפסק דינו של הנשיא אדלר ניתן למצוא אמירות שמהן עולה לכאורה כי הוא תופס גם את עצם השינוי בסדרי העבודה כהפרה של החוזה (ראו, למשל, עניין גרינשפן, לעיל ה"ש 6, בפסקה 6 לפסק דינו: "אכן, לגבי העובד השינוי בשיבוץ העבודה הוא בבחינת הפרת חוזה העבודה"). אולם, מקריאת פסק הדין בכללותו ניתן להבין שהנשיא אדלר לא שינה את גישתו כפי שהובעה במפורש בעניין נהרי, לעיל ה"ש 5, שלפיה השינוי בסדרי המשמרות מותר במסגרת הפררוגטיבה, ורק הפגיעה בשכר כתוצאה מכך היא הפרה של החוזה.

55 ההבחנה בין סדרי עבודה לתנאי עבודה שימשה את הנשיא אדלר בהקשר היחסים הקיבוציים בעת שבית הדין נדרש להכריע אם נושא מסוים פתוח למשא ומתן קיבוצי אם לאו. הסוגיה התעוררה כאשר ההסתדרות דרשה לנהל משא ומתן בעניין הגדלת מספר התקנים לעובדי מנהל ומשק בבתי החולים הממשלתיים (עניין הועד הארצי של עובדי מנהל ומשק בבתי החולים הממשלתיים, לעיל ה"ש 11). המדינה טענה כי מדובר בנושא הנכנס לגדר הפררוגטיבה הניהולית ואינו בין הנושאים הפתוחים להסכם קיבוצי לפי סעיף 1 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957. בית הדין הארצי, מפי הנשיא אדלר, פסק כי מספר התקנים עצמו אינו נושא למשא ומתן קיבוצי, אולם ההשלכות הנובעות מכך (למשל: דרישה לתוספת מאמץ בשל מחסור בכוח-אדם) הן כן נושא למשא ומתן. ייתכן שהבחנה מעין זו נדרשת בשים לב לקיומה של הגדרה בחוק המגבילה את הנושאים המתאימים

הפסקת התשלום בגין המשמרות היוותה הפרה של החוזה, אזי התרופה המתאימה היא אכיפה של החוזה ותשלום התוספת במלואה ללא הגבלת זמן (כל עוד העובר מועסק):⁵⁶ אם קיים בין הצדדים חוזה שאינו מוגבל בזמן, ולפיו המעביד מתחייב לשלם סכום נתון – כי אז במקרה של הפרת החוזה הצד הנפגע (העובר) זכאי לסעד שיכפה על המעביד לקיים את החוזה, או לשלם פיצויים שיעמידו את העובר במצב שבו היה אילו קיום החוזה.⁵⁷ אכן, זה היה הסעד שנפסק בעניין נהרי, אולם בצדק הגיעו השופטים בעניין גרינשפן למסקנה כי תוצאה זו אינה סבירה. שלישית, כיצד ינהג מעביד המבקש לקיים את חוזה העבודה כדין? הרי לפי הפסיקה הוא אינו מנוע משינוי של סדרי המשמרות כרצונו; לאור הלכת גרינשפן, הוא גם לא חייב להמשיך לשלם את תוספת המשמרות ללא הגבלת זמן. אם כן, לא ברור כיצד המעביד צריך לנהוג כדי להימנע מהפרת החוזה. אמנם אפשר להניח כי אם יפצה את העובדים ברוח הלכת גרינשפן הוא לא ייתפס כמי שהפר את החוזה – אך במקרה כזה, אם החוזה כלל לא הופר, כיצד ניתן להסביר את חובת הפיצוי?

השופט רבינוביץ' הביע עמדה שונה בשאלת ההפרה החוזית.⁵⁸ לגישתו אכן לא ניתן להפריד בין העבודה במשמרות לבין התשלום בגינה, ומאחר שהסכים עם הנשיא כי סדרי העבודה במשמרות מהווים חלק מהפרוטוקול – כלומר: נתונים להחלטתו הבלעדית של המעביד – הרי לא הייתה הפרה של החוזה מצד המעביד. בנסיבות אלה התקשה השופט רבינוביץ' להסביר מדוע יש לחייב את המעביד בפיצוי העובר. ההסבר שנתן בסופו של דבר מתבסס, כפי הנראה,⁵⁹ על חובת תום הלב המכתובה ביצוע הדרגתי של השינוי. הסבר זה מצביע בכל זאת על הפרה של החוזה (בשל קיום בחוסר תום לב).⁶⁰

להסכם קיבוצי, אולם מבחינה מעשית קשה לראות כיצד ניתן להבחין בין הנושאים: הרי אם העובדים סבורים כי העומס עליהם כבר מדי, ממילא ברור כי מושא וכתן בנושא תוספת שכר כתוצאה מכך יפתח לדיון (אם לא במפורש אז בעקיפין) גם את נושא מספר התקנים. מכל מקום, גם אם ניתן לקבל את ההבחנה בהקשר של הנושאים המתאימים להסכם קיבוצי, קשה לקבלה, כאמור, בהקשר של תוספות שכר מותנות.

56 סעיף 2 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ס"ח 16.

57 ראו ע"א 355/80 נתן אניסימוב בע"מ נ' מלך טירת בת שבי בע"מ, פ"ד לה(2) 800 (1981). ודוק: חוזה לחקופה בלתי-קצובה ניתן אמנם להביא לכדי סיום בדורעה מוקדמת סבירה, אך אין פירוש הדבר שניתן להפסיק לקיים חלק ממנו. עם זאת, יש לציין כי הפיצוי כפוף לחובת הקטנת הנזק.

58 השופטת השלישית בהרכב, סגנית הנשיא ברק-אוסובסקין, התמקדה בפן של אי-החזקת זלכך לא נדרשה כלל לסוגיית ההפרה.

59 ראו לעיל ה"ש 22.

60 פעולה בחוסר תום-לב מהווה הפרה של החוזה; ראו, למשל, ע"א 3912/90 Eximin S.A, תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטיל פראורי בע"מ, פ"ד מז(4) 64, 78 (1993). ראו גם גבריאלה שלו דיני חוזים 77 (מהדורה שנייה, התשנ"ה); מנחם מאיטנר "תום לב ותנאים מכללא" חוזים כרך ג 364, 313 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003).

ניתן ליישב קשיים אלה על ידי תפיסה של חובת הפיצוי כחלק (משתמע) מהחובה עצמו. במקום לראות את הפררוגטיבה כמתחם פעולות שהעובד, במסגרת החוזה, מסכים כי המעביד יוכל לבצע באופן חד-צדדי, ניתן להבין את אותה הסכמה כמורכבת יותר ומחייבת פיצוי של העובד בנסיבות מסוימות. במילים אחרות, לפחות לגבי חלק מהפעולות הנחשבות בגדר הפררוגטיבה ניתן לומר כי העובד מסכים בחוזה כי החלטות יתקבלו על ידי המעביד בתנאי שהעובד יפוצה (במידה כזו או אחרת) על הפגיעה בו כתוצאה מאותן החלטות. לפי גישה זו לא נדרשת הפרדה מאולצת בין נושא סידור המשמורת לבין נושא תוספת המשמורת. המגבלה על המעביד אינה מתייחסת רק לתוספת בנפרד, אלא נוגעת לפררוגטיבה עצמה: זוהי מגבלה על זכותו לקבל החלטות באופן חד-צדדי.⁶¹ זכות זו עצמה כפופה במקרים מסוימים לחובת פיצוי העובד. לפיכך, אם המעביד יפצה את העובד בהתאם לכללים שנקבעו או שייקבעו בפסיקה, ייחשב כמי שקיים את החוזה כדין ולא כמי שהפר אותו. לעומת זאת, אם בוצע שינוי ניהולי המחייב פיצוי והפיצוי לא שולם, הרי שהפרת החוזה היא בעצם אי-תשלום הפיצוי, והתרופה היא חיוב המעביד בתשלום אותו פיצוי (בהתאם לחוזה המשתמע). לדעתו, באופן כזה ניתן ליישב את הלכת נהרייגרינשפן עם דיני החוזים באופן הקוהרנטי והמועיל ביותר.

אם חובת הפיצוי של העובד אכן תיתפס כחלק משתמע של חוזה העבודה, נשאלת השאלה אם יש להתיר את ביטולו של מרכיב זה בסעיף מפורש. ניתן להניח שמעבידים רבים יבקשו להתחמק מחובת הפיצוי על ידי הכללת סעיף מפורש בחוזה שלפיו העובד מוותר על זכות זו, וניתן להניח כי מרבית העובדים ייאלצו להסכים לכך. לדעתי יש לראות סעיפים מעין אלה כמנוגדים לתקנת הציבור. ניתן להבין את חובת הפיצוי כנובעת מחובת תום הלב (בדומה לחובות אחרות שפותחו בפסיקת בתי הדין לעבודה, כמו חובת השימוע במגזר הפרטי), ולפיכך לראותה כמרכיב בחוזה העבודה שאינו ניתן לוותר.⁶² לשון אחר: את התפיסה שלפיה חובת הפיצוי מהווה חלק מחוזה העבודה ראוי לתפוס כקביעה המתחייבת מחובת תום הלב של המעביד, ולא כניסיון לאמוד את כוונתם של הצדדים במועד כריתת החוזה. המבנה הבסיסי של קיום הפררוגטיבה הניהולית נתפס

61 ניתן להשוות זאת למגבלה – מרחיקת-לכת יותר – שלפיה החלטות מכוח הפררוגטיבה חייבות לעמוד בדרישות של סבירות ומידתיות, כדעתה של סגנית-הנשיא ברק-אוסוסקין בלבד; ראו, למשל, את פסק דינה בעניין נהרי, לעיל ה"ש 5. לדיון ולעמדת ביניים ראו גיא דוידוב "עיקרון המידתיות בדיני העבודה" עיוני משפט לא 5 (2008).

62 השוו לע"א 148/77 רוט נ' ישיפה (בניה), פ"ד לג(1) 617 (1979), בפסק דינו של השופט שמגר. אפשרות חלופית, שאותה העדיפה דעת הרוב באותו מקרה, היא למנוע שימוש לא ראוי בסעיף מעין זה כאמצעות עקרון תום הלב. ליישום ולפיתוח של הדוקטרינה המונעת שימוש בזכות שלא בתום-לב ראו עניין רוקר, לעיל ה"ש 25, והשוו לתוכה לנהוג במידתיות אצל דוידוב, לעיל ה"ש 61.

עדיין כמרכיב משתמע של החוזה – אבל הפעלת הכוח במסגרת אותה פרודוגטיבה מוגבלת על ידי עקרון תום הלב, שעל פי המוצע כאן מחייב לעתים פיצוי בגין שינויים. ודוק: מובן שאין במחן מעמד קוגנטי לחובה זו כדי למנוע ממעבידים ללחוץ על עובדיהם להסכים (במפורש) לשינוי החוזה עצמו, כשצורך בשינוי כזה מתעורר, ובכך לוותר למעשה על הפיצוי (כמוסבר לעיל); אולם הסכמה גורפת מראש ראוי כי לא תתקבל. קחו, לדוגמה, את סוגיית סידור המשמרות. הניחו עובד שעבד במשמרות לילה ומועבר למשמרות יום. אם העובד מסכים לשינוי ואינו דורש פיצוי, אינני סבור כי יש מקום לחייב פיצוי כזה. אף שלעיתים ההסכמה נכפית על העובד (ולכן כוחה של ההלכה החדשה מוגבל),⁶³ מניעת שינוי נקודתי של החוזה בהסכמה חבטל לחלוטין את הבסיס החוזי של יחסי העבודה, ויש לזכור שלא מדובר בויתור על זכויות מכוח חוק או הסכם קיבוצי. לעומת זאת, אין מקום לתת תוקף להסכמה מראש בחוזה שלפיה המעביד יהיה רשאי להעביר עובד ממשמרת למשמרת בכל עת (או לבצע כל פעולה אחרת שנחפסת כחלק מהפרודוגטיבה שלו) ללא חובת פיצוי. ויתור גורף ומראש של העובד על זכותו לפיצוי במקרה של שינויים כמוהו בויתור גורף על זכותו שהמעביד ינהג בו בתום לב, וזאת אין לאפשר.

לאחר שעמדנו על המבנה המשפטי היכול לתמוך בהלכת נהרייגרנישפן, ניתן לפנות לדיון בגבולותיה של אותה הלכה ובדרך הראויה ליישמה.

3. ארבעה סוגים של החלטות ניהוליות

על רקע הדיון דלעיל, ניתן לחלק החלטות ניהוליות לארבע קבוצות אפשריות, מבחינת ההשלכות של ההחלטה ביחסים מול העובדים:

(א) הקבוצה הראשונה כוללת החלטות שהמעביד רשאי לקבל באופן חד-צדדי ללא כל חובה לפצות את העובד. זהו תחום הפרודוגטיבה במובנו הקלאסי: הוא כולל החלטות שניתן להבין את החוזה (במשתמע) כמתיר למעביד לקבל באופן חד-צדדי ללא מגבלות של חובת פיצוי.

(ב) הקבוצה השנייה כוללת החלטות שהמעביד יכול לקבל באופן חד-צדדי, אך בכפוף לחובת פיצוי (כאמור, חלקי בלבד) של העובד על נזקיו. כאמור, מבחינת דיני החוזים ניתן להבין החלטות אלה כנופלות במסגרת הסכמה משתמעת של הצדדים להתיר למעביד קבלת החלטות ללא שיתוף העובד, אך בכפוף להפנמה – לפחות חלקית – של הנזק.

(ג) קבוצה אפשרית שלישית כוללת החלטות שהמעביד רשאי לקבל באופן חד-צדדי, כאשר לעובד אין זכות לפיצוי ככל שהוא מעוניין להמשיך בעבודתו, ועם זאת תוקנה לו זכות להתפטר בדין מפוטרי אם יבחר בכך. מבחינת דיני החוזים, במקרים

63 ראו בטקסט שליד ה"ש 49-50 לעיל.

אלה המעביד פועל בתחומי הפרורוגטיבה שלו, כלומר: בתחום ההסכמה המשתמעת לקבלת החלטות חד-צדדית. עם זאת, אף שהמעביד פועל בגדרי זכויותיו, מבחינתו של העובד מדובר בשינוי המגיע לכדי "הרעה מוחשית בתנאי העבודה" המאפשר לו לסיים את היחסים, אם ירצה בכך, תוך קבלת פיצויי פיטורים כאילו פוטר.⁶⁴ וריאציה נוספת במסגרת אותה קבוצה היא כי השינוי ייתפס כ"פיטורים בפועל" (מה שמכונה במספר מדינות "constructive dismissals") והעובד ייחשב כאילו פוטר לכל דבר ועניין, ולא רק לעניין חוק פיצויי פיטורים.⁶⁵ בדרך כלל לא יהיה הכדל בין שתי החלופות, אבל לעתים יקנה הדבר לעובד זכויות נוספות.

ייתכנו וריאציות שישלבו בין שני פתרונות הביניים; כלומר: ייתכן מצב שבו העובד יוכל לבחור בין פתרון (ב) לפתרון (ג) (כלומר: בין המשך העבודה וקבלת פיצוי לבין התפטרות בדין מפורט), וייתכן גם מצב שבו העובד זכאי לשני סעדים אלה בצוותא (כלומר: יוכל להתפטר בדין מפורט ועדיין יהיה זכאי גם לפיצוי כאמור בפתרון (ב), נוסף על פיצויי הפיטורים).

(ד) לבסוף, הקבוצה הרביעית כוללת החלטות שהמעביד אינו יכול לקבל חד-צדדית, כלומר: שינויים במקום העבודה המחייבים הסכמה של העובד. במקרים אלו, ניסיון של המעביד לבצע את השינוי באופן חד-צדדי ייתפס כהפרה של חוזה העבודה, וזו תזכה את העובד כפיצוי מלא לפי דיני החוזים.

אלו החלטות ניהוליות ראויות להיכנס בגדרם של הסוגים השונים? לעתים הנושא מוסדר בהסכם קיבוצי, ואז מובן שיש לפעול בהתאם לקבוע בהסכם. השאלה העומדת לדיון היא כיצד יפורש חוזה העבודה בהיעדר הסדרה כזו. תחילה אתיחס לדין הקיים, ובפרק הבא אציע הסדר המשלים אותו.

הדין הקיים ברור יחסית במקרי הקיצוץ: כך, למשל, שמורה למעביד הזכות לקבל באופן חד-צדדי החלטות בדבר שינויים מבניים או ארגון מחדש, גם אם הדבר כרוך בשינוי בתפקידיו של העובד.⁶⁶ או שינוי באופי הלקוחות שבהם הוא מטפל או בתנאים הפיזיים במקום העבודה.⁶⁷ מקרים אלה נכנסים בגדר קבוצת ההחלטות הראשונה. מנגד, המעביד אינו רשאי להפחית באופן חד-צדדי את בסיס השכר,⁶⁸ לרבות כדרך של

64 סעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963.

65 רדאי, לעיל ה"ש 36.

66 ראו, למשל, עניין גנני, לעיל ה"ש 13; דב"ע (ארצי) נד/71-3 אילת – שרת העבודה והרווחה, פר"ע כז 169 (1993); ב"ש"א (אזורי-י) 2191/05 שטרית – רשות השידור, חק-עב (4) 2000 (2005); עב' (אזורי ת"א) 6768/05 כהן – עיריית הרצליה (טרם פורסם, 17.7.2006).

67 ראו, למשל, ד"מ (אזורי ת"א) 4624/00 שידרנסקי – חיון מחשבים בע"מ (לא פורסם, 13.9.2001).

68 ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 1495/02 טרודי – מועצה מקומית חורפיש, חק-אר (1) 808 (2006); עב' (אזורי-י) 1200/02 אורבך – נווה הרים מושב זקנים וקנות המאוחד (טרם פורסם, 20.6.2006).

הפחתת שיעור העמלות,⁶⁹ ביטול תוספות בלתי-מוותנות⁷⁰ או הפחתת היקף המשרה.⁷¹ מקרים אלה נכנסים בגדר הקבוצה הרביעית. עם זאת, לעתים תביעה בשל הפחתות מעין אלה מוגשת לאחר סיום יחסי העבודה ומוגבלת לפיצויי פיטורים בלבד, ללא דרישה לפיצויי חוזי נוסף. בכך יש כדי להעיד על אי-בהירות של הדין או אולי על חוסר-הנכונות של בתי הדין לפסוק פיצוי בגין הפרת החוזה – מעבר לפיצויי הפיטורים – גם כשפיצוי כזה מתבקש לאור הלכת נהרי-גרינשפן.

הדין ברור עוד פחות כאשר בוחנים שינויים בסדרי העבודה הפוגעים בעקיפין בתנאי ההעסקה. כך, למשל, שינוי מקום העבודה למקום מרוחק יותר ממקום מגוריו של העובד נתפס בדרך כלל כהרעה מוחשית של תנאי העבודה, המזכה בפיצויי פיטורים (הקבוצה השלישית)⁷² – אולם יש יוצאי-דופן;⁷³ ואולי חשוב מכך: מאחר שהעובדים עצמם לא נוהגים לתבוע במקרים אלה אלא פיצויי פיטורים, טרם הועמדה למבחן של ממש

- 69 ע"ע (ארצי) 197/03 אסיג – חנה גורן הפקות בע"מ, תק-אר 289 (2) 2005).
- 70 ראו, למשל, עב' (אזורי חי') 1682/00 בן חמו – איגוד ערים אזור גליל מערבי (לא פורסם, 1.10.2002) (התובע קיבל "הוצאות אחזקת רכב" באופן בלתי-מוותנה, אף שהיה לו רכב צמוד; משנלקח הרכב הצמוד ולתובע נגרמו הוצאות נסיעה בפועל. נפגע הלכה למעשה שכרו ובית הדין הורה לפצותו על כך).
- 71 ראו, למשל, עב' (אזורי חי') 2908/03 צריבק – ביקור רובא בע"מ (לא פורסם, 31.12.2003); עב' (אזורי חי') 291/04 זינובי – חברת השמירה בע"מ, תק-עב 6935 (2) 06 (2006); עב' (אזורי ים) 1305/05 לייזר – בי"ח גריאטרי הדר רמתיים בע"מ, תק-עב 1096 (3) 06 (2006); עב' (אזורי נצ') 1366/04 אבו ריא ג'ומאנה – מועצה מקומית בועיינה-נוג'ידאת, תק-עב 306 (3) 06 5799 (2006).
- 72 דב"ע (ארצי) ל/12-3 חברת לקונסטרוקציות ואינסטלציה כבדה בע"מ – אדרי, פר"ע ב 12 (1970); דב"ע (ארצי) נ/288-3 רשת מעונות מרגלית – כחן, תק-אר 96 (4) 15 (1996); עב' (אזורי ב"ש) 616/99 לוי – ג'אפה גולד אינטרנשיונל בע"מ (לא פורסם, 3.12.2001); עב' (אזורי חי') 602/01 דומנגנו – מרגוע לקשיש בע"מ (לא פורסם, 30.12.2002); עב' (אזורי ים) 1216/00 גנן – מאיר ובניו בע"מ (לא פורסם, 18.9.2002); ד"מ (אזורי ים) 2830/02 ברהום – פרמייר ים המלח מעבדות קוסמטיקה בע"מ (לא פורסם, 8.10.2003); עב' (אזורי ת"א) 3264/06 ליאני – פרוביוור (טרם פורסם, 30.3.2006). יצוין כי הכלל האמור לעיל אינו חל כשהמעבר הוא למקום קרוב ואינו כרוך באבדן זמן משמעותי לעובד; ראו, למשל, בש"א (אזורי חי') 2923/04 פרידמן-אוחנה – מועצה מקומית בסמ"ה, תק-עב 105 (1) 05 609 (2005).
- 73 ד"מ (אזורי ת"א) 360017/99 פייבוסוביץ – חברת אי.אס.אס. אשמרת בע"מ (לא פורסם, 20.12.2001) (עבודה של שלוש שנים במקום מסוים אינה ממושכת דיה כדי להקנות לעובדת זכות שלא להיות מועברת למקום מרוחק יותר). לעיון מוקדם בסוגיה – עוד קודם להקמתם של בתי הדין לעבודה – ראו ע"א 89/68 מרכז החינוך העצמאי לת"ת נ' לב, פ"מ כב(1) 648 (1968) (במקרה של העברת מקום העבודה באופן שהאריך את נסיעתה של העובדת בשעה ו-40 דקות כל יום פסקו השופטים וילבר ומני, בניגוד לדעתו של השופט לגורי, כי אין בכך "הרעה מוחשית בתנאי העבודה" המצדיקה תשלום פיצויים).

האפשרות של המשך העבודה וקבלת פיצוי.⁷⁴ המצב מעורפל אף יותר בנוגע להחלטות הנוגעות להעברת עובד מתפקיד לתפקיד. בפסיקה נוהגים להדגיש כי ההחלטה בדבר תפקידיו וסמכויותיו של כל עובד מהווה חלק מהפרורוגטיבה הניהולית.⁷⁵ אף שההחלטה כפופה לחובת תום הלב,⁷⁶ ובמגזר הציבורי חלים גם כללי המשפט המנהלי (לרבות סבירות, מידתיות ומתן זכות טיעון),⁷⁷ הסמכות שמורה למעביד. כלומר: לכאורה החלטות בעניין העברה מתפקיד לתפקיד מסוגלות במסגרת הקבוצה הראשונה; אולם אם נניח בצד מקרים של העברת עובד מתפקידו משיקולים משמעותיים⁷⁸ או בשל אי-התאמה מקצועית⁷⁹ – היינו משיקולים הקשורים בו – ונתמקד בהעברה משיקולים ניהוליים שאינם פרסונליים, לא ברור אם העובד הוא שאמור לספוג לבדו את מחיר השינוי. לעתים נפסק שכן; כך, למשל, עוברת במפעל לייצור סלטים שהועברה מעמדה אחת לעמדה אחרת, הכרוכה בעבודה פחות מקצועית ופחות נעימה, לא קיבלה כל סעד.⁸⁰ בעקבות הלכת נהרי-גרינשפן, ספק אם זהו יישום נכון של הדין. ייתכן שהאשם הוא במתדיינים – ובעורכיהם – שלא גילו את הפוטנציאל הטמון בהלכה החדשה ולכן לא העמידו אותה למבחן. כך או אחרת, בהיעדר פירוש ויישום נוספים בפסיקה, קשה להבין אלו החלטות ניהוליות מחייבות פיצוי לאור הלכת נהרי-גרינשפן ומהו סוג הפגיעות בעובד שיזכה בפיצוי. אתמקד על כן להלן בשאלת הדין הראוי.⁸¹

74 וראו עב' (אזורי ת"א) 7327/06 טאלאמה – בנק מסד בע"מ (טרם פורסם, 21.11.06) (העברת עובדת מסניף הבנק בנתניה לסניף בפתח-תקוה, שנעשתה בהתאם לחוקת העבודה, אושרה על ידי בית הדין, אולם פסק הדין עומד על הקושי בכך שעל בית הדין "להכריע בשיטת 'הכל או כלום'" (שם), בפסקה 51.2 לפסק הדין). העובדת לא תבעה פיצוי אלא אך צו כנגד העברתה). לחריג שקדם אף לפסק הדין בעניין נהרי ראו עניין נצר ישי, לעיל ה"ש 14.

75 ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 300248/98 אבן שושן – מדינת ישראל (טרם פורסם, 13.6.01).

76 ראו, למשל, עניין אילת, לעיל ה"ש 66; דב"ע (ארצי) נ/127-3 אורינט קולור יצור והפקה (1989) בע"מ – מזרחי, תק-אר 154 (1)99 (1999).

77 ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 300258/97 חנן – המועצה המקומית מנחמיה, פר"ע לז 645 (2002); עב' (אזורי ת"א) 3488/00 חרד – מדינת ישראל (לא פורסם, 19.6.2001); עב' (אזורי חי') 2371/99 שמש – המוסד לבטוח לאומי (לא פורסם, 15.8.2002); עב' (אזורי י-ם) 2335/01 לנדאו – עיריית ירושלים, תק-עב 161 (2)04 (2004); עב' (אזורי ת"א) 6653/00 בר דוד – מדינת ישראל, תק-עב 1455 (4)04 (2004).

78 ראו, למשל, דב"ע (ארצי) מח/76-3 זבידה – בנק לאומי לישראל בע"מ, פר"ע יט 346 (1988).

79 ראו, למשל, דב"ע (ארצי) נ/3-3 שגב – מדינת ישראל, עבודה ארצי כח(1) 285 (1995); עב' (אזורי ת"א) 200119/99 אשתר – משרד העבודה והרווחה, תק-עב 2295 (2)99 (1999).

80 עב' (אזורי חי') 4043/98 עפאף – סלטי שדה בע"מ (לא פורסם, 3.10.2003).

81 שתי הערות בשולי הדברים בנושא הדין הקיים. ראשית ראוי לציין כי חוות הדעת של הנשיא ארלר בעניין גרינשפן מתייחסת רק למקרים של הפרת החוזה, כך שלכאורה השאלה הרוקטריגרית היא אלו שינויים במקום העבודה מהווים הפרה של חוזה העבודה – ורק באותם מקרים קמה זכות לפיצוי.

4. האיזון המוצע

במאמר שנכתב שנים לפני פסק הדין בעניין נהרי הציעה פרנסס רדאי להבחין בין שינויים קלים, שאינם פוגעים בעובד באופן מהותי, לבין שינויים הכרוכים בפגיעה כזו, ובין שינויים הנובעים מצורך ניהולי אמיתי לשינויים שאינם כאלה (כלומר חסרים הצדקה עניינית).⁸² גם רות בן-ישראל הציעה להבחין בין שינוי מהותי לשינוי טפל.⁸³ אכן, נראה לי כי הבחנות אלה מועילות כנקודת מוצא: תחילה ניתן "לסנן" את ההחלטות שאינן נובעות מצורך ניהולי אמיתי. אמנם, בית הדין אינו מומחה בניהול ואין הוא צריך להעריך את עבודת המנהלים, ועל כן הנטל על העובד יהיה כבד למדי; ברם במקרים שבהם יוכח כי ההחלטה לא נבעה מצורך ניהולי אלא משיקולים שאינם ענייניים, הרי מדובר בחוסר תום לב ומטעם זה ההחלטה פסולה. ניתן לומר כי שינוי בחוזה משיקולים שאינם ניהוליים אינו חלק מהפרורוגטיבה, והמעביד אינו רשאי לקבלו אלא בהסכמת העובד – ומכאן שהחלטות מעין אלה נופלות לקבוצה הרביעית ל"זל". בשלב הבא ניתן "לסנן" את ההחלטות הנובעות מצורך ניהולי אמיתי אך אינן כרוכות בפגיעה של ממש בעובד: החלטות מעין אלה מתרחשות כמעט מדי יום, וברור כי אין מקום – ואין אפשרות – לפצות את העובד על כל פגיעה או אי-נוחות קלה. אם כן, החלטות אלה נכנסות לגדר הקבוצה הראשונה (הפרורוגטיבה במובנה הקלאסי).

נותרנו עם המקרים שבהם השינוי שהמעביד מבקש להכניס נובע מצורך ניהולי אמיתי ועם זאת הוא כרוך בפגיעה משמעותית בעובד.⁸⁴ הפתרון שהציעה בזמנו רדאי למצבים אלה הוא לאפשר לעובד לסרב לקבל את השינוי, ואז יראו אותו כאילו פוטר

כאמור, לדעתי זו אינה הצגה נכונה של הרעיון בבסיס ההלכה החדשה. שנית, ניתן לתהות אם יש להבין את ההלכה כמגבלת למצבים של פגיעה בשכר בלבד. בית הדין לא התייחס לכך במפורש, אולם לדעתי אין סיבה למגבלה כזו. הרעיון הבסיסי של הצורך להפנים עלויות חל באותה מידה גם כשמדובר בנוזקים אחרים. כך, למשל, אין הבדל עקרוני בין החלטה להעביר אדם ממשמרות לילה למשמרות יום – שפוגעת בשכר הכולל שלו – לבין החלטה על העברת מקום העבודה לעיר אחרת. שמשמעה אבדן זמן בנסיעות עבור אותו אדם. בשני המקרים אפשר לצאת מהנחה שההחלטה מוצדקת מבחינה עסקית – ועדיין יש היגיון בחיוב המעביד להפנים במידה מסוימת את נזקי ההחלטה עבור העובד. בהתאם, נראה לי שיש להבין את ההלכה באופן כללי יותר.

82 רדאי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 71-73.

83 בן-ישראל, לעיל ה"ש 29, בעמ' 734-736.

84 שאלה היא, כמובן, כיצד נבחין בין פגיעה משמעותית לפגיעה קלה-ערך. אכן, תמיד קשה לשרטט קווי גבול, אולם נראה לי שלא ניתן לקבוע מראש כי סוג כסוים של פגיעות תמיד ייחשב משמעותי או בלתי-משמעותי. כך, למשל, האם ניתן לומר מראש כי כל העברת עובד מתפקיד לתפקיד אינה כרוכה בפגיעה של ממש ולכן מותרת חריצורית? או שכל שינוי סגור עמו בעקיפין הפחתת שכר מהווה פגיעה משמעותית ולכן לא ייכנס לגדר הקבוצה הראשונה? לדעתי התשובה שלילית בשני המקרים. יש לבחון מהי ההשפעה של השינוי על העובד בכל מקרה לגופו.

(“פיטורים קונסטרוקטיביים”)⁸⁵; כלומר: להכניס את כל אותן החלטות לגדרי הקבוצה השלישית. הפתרון שאומץ מאוחר יותר בהלכת נהרי-גרינשפן – לפחות בהתייחס לחלק מההחלטות (לא ברור איזה) – העדיף את הפנמת הנוקים על ידי המעביד ופיצוי העובד, כלומר: הפתרון שאומץ סיווג החלטות כאלה לקבוצה השנייה. לכאורה פתרון זה עדיף לעובד, על בסיס ההנחה שהוא מעוניין להמשיך בעבודתו, והלכת נהרי-גרינשפן מבטיחה לו פיצוי. עם זאת, על פי גישה זו נראה לכאורה (הנושא לא הובהר במפורש בפסיקה) כי לעובד לא שמורה הזכות להתפטר בדין מפוטר, ועל כן פתרון זה בעייתי בשני מובנים. ראשית, למרות ההרעה בתנאי העבודה (שכן הפיצוי הוא, כאמור, חלקי בלבד), עובד שיסרב לקבל את הפגיעה לא יוכל לקבל פיצויי פיטורים. שנית, פתרון זה מתייחס להשלכות הכלכליות של השינוי בלבד; פיצוי כלכלי נתפס לכאורה כעונה על כל שינוי. אולם מאחר שהעבודה אינה רק צורך כלכלי עבור העובדים, אלא משרתת גם צרכים אישיים, פסיכולוגיים וחברתיים,⁸⁶ לא תמיד יהיה בכך משום פתרון מספק. לעתים השינוי יביא לפגיעה לא-כלכלית בעובד, שבגללה הוא יבקש לסיים את העבודה על אף פיצוי כלכלי נאות. לכן ראוי במצבים אלה לאפשר לעובד להתפטר בדין מפוטר.

הצעתי מבקשת לשלב בין הפתרונות האפשריים, תוך השגת מידה גבוהה ככל האפשר של ודאות, באופן הבא (וכאמור, הנחת המוצא היא שמדובר בהחלטה הנובעת מצורך ניהולי אמיתי, הכרוכה בפגיעה של ממש בעובד):

(א) לעובד תעמוד הבחירה אם להתפטר בדין מפוטר או להמשיך בעבודתו. החליט העובד להמשיך בעבודתו – יהיה זכאי לפיצוי בגין שינוי הגורר עמו פגיעה כלכלית. יובהר, כי הכוונה היא לשינוי בסדרי העבודה המביא בעקיפין לפגיעה כלכלית בעובד. ניסיון להפחית משכרו של העובד במישרין אינו חלק מהפררונטיבה, שהרי כאמור שיעור השכר הוא חלק מפורש בחוזה העבודה, ולא ניתן לשנותו באופן חד-צדדי (כלומר: נכנס לגדר הקבוצה הרביעית לעיל). עוד יובהר, כי העובד לא יהיה זכאי לפיצוי בגין פגיעות שאינן כלכליות (כמו עגמת נפש הנובעת מהעברה מתפקיד אהוב לתפקיד אהוב פחות). התרופה לפגיעות כאלה היא באפשרות להתפטר בדין מפוטר: החליט העובד להמשיך בעבודתו – לא יובאו פגיעות מעין אלה בחשבון בעת קביעת הפיצוי כמפורט להלן.

(ב) שיעור הפיצוי ייקבע כמכפלה של שיעור ההפסד החודשי במספר שנות העבודה, כלומר: באופן המעניק “תקופת הסתגלות” שבה ימשיך העובד לקבל את שכרו הקודם למשך מספר חודשים כמספר שנות עבודתו. הצעה זו מאמצת את עקרונות הלכת גרינשפן, שלפיהם יינתן פיצוי – אך כזה שאינו מלא, שייקבע בשיעור התואם

85 רדאי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 76-77.

86 ראו גיא דוידוב “הזכות לעבוד כזכות קהילתית ואישית והפוטנציאל החוקתי שלה” זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות בישראל 533 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

את תקופת העבודה שבה שולמה התוספת שנשללה. זאת, תוך הוספת מנגנון מוגדר וצפוי יותר לשיעור הפיצוי, שניתן לראותו כהיקש מההסדר הקבוע בחוק פיצויי פיטורים.⁸⁷ ראוי להוסיף כי המעביד יהיה רשאי לשלם את הפיצוי בתשלומים חודשיים, באופן שבמהלך התקופה האמורה לעיל – תקופה של כמה חודשים, כמספר שנות העבודה – יקבל העובד את השכר שממנו נהנה לפני השינוי. זכות זו של העובד תפוג עם סיום עבודתו.⁸⁸

(ג) שיעור ההפסד החודשי ברור למדי כשהשינוי הניהולי גורר עמו בעקיפין פגיעה בשכר (כמו במקרה של נהרי וגרינשפן, או במקרה של העברה מתפקיד לתפקיד הגוררת אבדן חלק מהשכר הכולל). שיעור זה ברור פחות כשהשינוי הניהולי גורר עמו פגיעה כלכלית שאינה בשכר ואינה קצובה (למשל: הוצאות נסיעה גבוהות יותר או אבדן זמן נסיעה). אם מדובר, למשל, בהרחקת מקום העבודה מביתו של העובד, באופן שמחייב אותו לזמן נסיעה ארוך יותר משמעותית לעבודה ובחזרה, צפויה להתעורר מחלוקת בדבר זמן הנסיעה המדויק, וכן בדבר הפיצוי הראוי בגין זמן זה (שמבטא אבדן זמן בשל העבודה, אך מכלי שמבוצעת עבודה שהמעביד נהנה ממנה בזמן זה). עם זאת, למרות השוני בין שני סוגי המקרים, אינני רואה צורך בקביעת כלל שונה. הסכימו הצדדים על שיעור הפיצוי בהסכם קיבוצי או אינדיבידואלי – ישולם הפיצוי על פי המוסכם; לא הגיעו להסכמה – פתוחות בפני העובד שתי חלופות: להמשיך בעבודתו ולהבוע פיצוי בהתאם לשיעור ההפסד החודשי שנראה לו או להתפטר בדין מפוטר. במקרה של תביעה, יקבע בית הדין את הפיצוי לפי מבחן אובייקטיבי-סובייקטיבי משולב, כלומר: על בסיס ההפסד החודשי הסובייקטיבי (בפועל), ובלבד שזה אינו חורג ממה שמעביר סביר יכול היה לצפות.⁸⁹ ודוק: מאחר שהפיצוי הוא למעשה חלק מהשכר, מעביד שנמנע

87 תודתי לאורך גול, שהרעיון של היקש מחוק פיצויי פיטורים גובש בעקבות שיחה עמו. ודוק: מדובר בהיקש בלבד, שכן במקרים כמו של נהרי וגרינשפן (למשל) מרכיב השכר שבוטל (תוספת משמרות לילה) אינו חלק מהשכר הקובע לפיצויי פיטורים, לפחות לפי ההלכה הנוכחית; ראו לעיל ה"ש 10.

88 מטרתו של הסייג האחרון היא למנוע מצב אבסורדי, שבו ציבר הועסק במתכונת מסוימת במשך 30 שנה (למשל), המעביד – מסיבות ניהוליות לגיטימיות – מבצע שינוי כלשהו שנה לפני פרישתו (או פיטוריו או התפטרותו) – ואז העובד מקבל פיצוי ל"תקופת הסתגלות" בת 30 חודש. די בכך שהעובד ימשיך הלכה למעשה לקבל את השכר הקודם עד סיום עבודתו, ואין כל הצדקה לפיצוי מעבר לכך. אכן, לפי המודל המוצע, הפיצוי יחושב לפי תקופת ההעסקה בעבר, אולם סייג זה נועד להתחשב גם באופק השירות בתפקיד בעתיד.

89 מבחן כזה נובע כהיקש מסעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), הקובע את זכאותו של הנפגע "לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה"; ראו עניין נתן אניסימוב בע"מ, לעיל ה"ש 57.

מתשלמו נחשף בכך לסיכון של חיוב בפיצויי הלנה.⁹⁰ עובדה זו אמורה ליצור חמריץ משמעותי למעבידים להגיע להסכמות בקשר לשיעור הפיצוי ולשלמו הלכה למעשה.

דומני כי הצעה זו יוצרת איזון מיטבי בין האינטרסים המתנגשים. היא מבטיחה מידה גבוהה יחסית של ודאות, ובה בעת היא מציעה פתרון הרגיש לנסיבותיו של כל עניין; היא דורשת מהמעביד לשאת במידה מסוימת במחיר השינוי שהוא מבקש להכניס במקום העבודה, אך מטילה חלק מהעלות גם על העובד; היא מבקשת למנוע (במידת האפשר) מצבים של סחטנות וניצול לרעה מצד עובד שמבקש ממילא לעזוב, ומנגד להבטיח סעד לכל עובד שבאמת ובכנות נפגע מהשינוי. ההצעה גם תואמת את העקרונות שעוצבו בפסיקה וכן את עקרונותיו של חוק פיצויי פיטורים; היא לא מבקשת להביא לשינוי משמעותי של הדין אלא אך לקבוע הסדרים מפורטים וברורים יותר.

ה. סיכום

בפסק הדין בעניין נהרי, שניתן בשנת 2000, שינה בית הדין הארצי את הלכותיו בנושא הפררוגטיבה של המעביד באורח דרמטי, אולם שינוי זה לא זכה להתייחסות המתבקשת ולא נתן את אותותיו בפסיקה מאז. דומה כי בשל הגסיבות המיוחדות של אותו מקרה – שינוי בסדרי העבודה ובתנאי העבודה, שהתבקש כדי ליישב את סדרי העבודה עם הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה – נתפסה ההלכה החדשה בבתי הדין האזוריים כמקרה שבו "hard cases make bad law". אכן, בפסק הדין שניתן לאחרונה בעניין גרינשפן שקל בית הדין מחדש את ההלכה ותיקן אותה. בהלכה המתוקנת הופחת הפיצוי שנקבע לעובד בשל השינוי שהכניס המעביד בסדרי העבודה. עם זאת, בית הדין אישר מחדש את ההלכה הבסיסית והמהפכנית, שלפיה יש לחייב את המעביד להפנים במידה מסוימת את עלויות השינוי.

ייתכן שכית הדין לא היה נדרש לשינוי ההלכה ללא מקרה מיוחד כמו זה של נהרי וגרינשפן, אולם אין זה אומר שההלכה שנוצרה כתוצאה מאותו מקרה מיוחד אינה ראויה. בהערת פסיקה קצרה זו ביקשתי לבחון את ההלכה החדשה ולהצדיק אותה לגופה. טענתי כי היא יעילה והוגנת יותר ממצב שבו המעביד יכול לקבל כל החלטה באופן חד-צדדי, תוך התעלמות מוחלטת ממחירה עבור העובד. הוספתי כמה הסתייגויות: ראשית, אין מקום לראות את הפיצוי לעובד כפיצוי בגין הפרת החוזה אלא כתשלום שנעשה בהתאם לחוזה – כחלק ממבנה ערכני של דוקטרינת הפררוגטיבה. שנית, ביקשתי להציע כללים ברורים ככל שניתן לשאלה מתי יהיה העובד זכאי לפיצוי בגין שינויים במקום העבודה, ואלו שינויים לא יחייבו זאת. הרי מעצם טבעם של יחסי העבודה, מעבידים מקבלים החלטות שיש בהן כדי להשפיע על העובדים באופן יומיומי.

90 סעיף 17 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958.

אינני סבור שיש מקום או אפשרות לפצות עוכר בגין כל שינוי כזה. מצד שני, אינני רואה מרוע מעביד המבצע שינוי דרמטי – כמו העברת מקום העבודה, או ביטול משמרת לילה (והתוספות הנלוות לה) – לא יידרש לפצות את העובדים בגינו. על כן, כדי שניתן יהיה ליישם את ההלכה החדשה יש הכרח לקבוע לה גבולות ברורים. שלישית, הצעתי מנגנון ברור יותר לקביעת שיעור הפיצוי, מנגנון התואם את רוחו של חוק פיצויי פיטורים. יש לקוות כי על בסיס הצעות אלה הלכת נהד"ג-גרנשפן תהיה ישימה ואטרקטיבית יותר, והמהפכה (הראויה) הטמונה בה – תתממש.