

המיזוג וההסכם הקיבוצי – "הילכו שניים יחדיו בלתי אם נועדו"¹? בעקבות עס"ק 70/05 ארגון עובדי בנק המזרחי המאוחד נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ²

נחום פינברג ועידו עשת*

- א. מבוא
- ב. המיזוג וההסכם הקיבוצי – המצב הנורמטיבי
- ג. פרשת בנק המזרחי
- ד. על עקרון רציפות הזכויות במקום העבודה
- ה. המיזוג וסעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים
 1. על היחס שבין סעיף 18 לסעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים
 2. סעיף 23 לחוק עוסק בהסכמים סותרים ובהסכמים סותרים בלבד
 3. על יישום במצטבר של הוראות סותרות
 4. על עקרון טובת העובד
 5. על כללי התיאום בעריכת מיזוג
- ו. על ההסכם הקיבוצי כנכס
- ז. יישום הקביעה הלכאורית על דפוס התארגנות שונה
- ח. על הענקת זכות וטו בעת שינוי מבני
- ט. סיכום

* עו"ד נחום פינברג הוא שותף במשרד עורכי דין פינברג ושות'; עו"ד עידו עשת הוא תלמיד התואר השלישי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, ועבד בעבר כעו"ד במשרד עורכי דין פינברג ושות'. המאמר זכה בפרס להנצחת זכרו של נשיא בית הדין הארצי לעבודה, השופט מנחם גולדברג ז"ל, לעבודות בנושאי משפט העבודה והביטחון הסוציאלי לשנת 2009. אנו מבקשים להודות לעו"ד סמדר קפלן, לעו"ד איריס רש ולעו"ד אלון נוי על סיוע בגיבוש הטענות לטיוטות הקודמות. כמו כן, אנו מבקשים להודות לד"ר גיא דוידוב ולמשתתפי הפורום למשפט העבודה באוניברסיטה העברית על הערותיהם ולמערכת "הפרקליט". האחראיות לטעויות היא כמובן של המחברים בלבד, הדגשות הוספו, אלא אם כן נאמר אחרת. משרד עורכי דין פינברג ושות' ייצג את בנק המזרחי בע"מ במסגרת הליכי המיזוג.

1 עמוס ג', 3 כפי שצוטט בס' כ' לפסק דינו של השופט רובינשטיין בע"א 10961/04 המוסד לביטוח לאומי נ' מתן גוטר, דינים עליון (50)06 1232 (2006).

2 עס"ק 70/05 ארגון עובדי בנק המזרחי המאוחד נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, דינים ארצי (67)05 477 (2005) (להלן: פרשת בנק המזרחי).

א. מבוא

חברה קולטת מתמזגת עם חברת יעד. בין הצדדים ליחסי העבודה בחברה הקולטת חל הסכם עבודה קיבוצי אלמוני. בין הצדדים בחברת היעד חל הסכם קיבוצי פלוני. מהו גורלם של ההסכמים הקיבוציים בעת התרחשותו של המיזוג ולאחריו? איזה הסכם קיבוצי יחול על היחסים שבין העובדים הממוזגים והחברה הקולטת – ההסכם הקיבוצי שחל על החברה הקולטת (אלמוני), ההסכם הקיבוצי שחל על חברת היעד המתחסלת (פלוני) או שילוב כלשהו בין הוראות ההסכמים האמורים?

בית הדין הארצי לעבודה טרם הכריע בשאלות האמורות, והשאירן בצריך עיון.³ נוסף על כך, קבע בית הדין הארצי קביעה לכאורית כי על היחסים שבין העובדים הממוזגים לבין החברה הקולטת חלים שני הסכמים קיבוציים (פלוני ואלמוני), והתוצאה היא שהמערכת הנורמטיבית החלה על העובדים הממוזגים הנה סוג של הסכם קיבוצי חדש המהווה תרכובת של ההוראות המיטיבות מכל הסכם והסכם בהתאם להוראות חוק ההסכמים הקיבוציים, התשי"ז-1957 (להלן: "חוק ההסכמים הקיבוציים" או "החוק").

משהשאר בית הדין הארצי לעבודה את השאלות האמורות בצריך עיון, נבקש אנו ברשימה זו, לענות על אותן השאלות, וזאת מפאת חשיבותן הרבה לכלכלה הישראלית.

ברשימה זו נבקש לשרטט את הדין החל על מערכת ההסכמים הקיבוציים בעת התרחשותו של מיזוג. נעמוד על הבעייתיות העולה מקביעתו הלכאורית של בית הדין הארצי לעבודה בנושא תחולת ההסכמים הקיבוציים בעת מיזוג, ונתבסס על שיקולים מתחום דיני העבודה ומתחום דיני התאגידים.

כבר בפתח הדברים חשוב להדגיש שתי נקודות עיקריות. ראשית, אין מדובר בשאלות תאורתיות בלבד (ומעניינות כלשעצמן), שכן התשובות לשאלות אלו הן בעלות השפעה מכרעת על יכולתן של חברות במשק הישראלי לבצע מיזוגים – הלכה למעשה. בעיתונות פורסם כי שנת 2006 הייתה שנת שיא במיזוגים בעולם, והתבצעו בה עסקאות בשווי של 3.5 טריליון דולר.⁴ שוק המיזוגים הישראלי צומח אף הוא, בעקבות השוק העולמי.⁵

³ ש.ם.

⁴ עפרה שליו "לך תוכיח שיש לך אבא עשיר" **הארץ** – 28.6.2006.

⁵ מסקירת עסקאות מיזוג ורכישות ברחבי העולם שנערכה על ידי פירמת רואי החשבון KPMG וסומך חייקין לסיכום שנת 2005 עולה כי היקף העסקאות שבהן היו חברות ישראליות יעד העסקה בשנת 2005 (11 חודשים) עמד על כ-8 מיליארד דולר, לעומת כ-2 מיליארד דולר בשנת 2004 – עלייה של כ-300%. שנת 2005 הציגה זינוק הן במספר העסקאות שבוצעו והן בהיקפן. הסקירה מציינת כי העלייה במהלך שנת 2005 בהיקף העסקאות ובמספרן ממשיכה את מגמת

שנית, מדובר בסוגיה מרתקת המהווה נקודת מפגש ייחודית בין שתי דיסציפלינות משפטיות נפרדות אשר להן תכליות שונות – דיני העבודה ודיני התאגידים. לדעת המחברים, יש לגזור את התשובות לשאלות הנזכרות לעיל מתוך עיון בתכליות ייחודיות אלו. לנקודות אלו נשוב, כמוכן, בהמשך הרשימה.

מהלך הדיון יובא כדלקמן: בפרק ב' נציג את הכללים הנורמטיביים המסדירים את זכויות העובדים בעת מיזוג. בפרק ג' נציג את פרשת **בנק המזרחי** ואת קביעתו הלכאורית של בית הדין הארצי בשאלה שהוצגה בפתח הדברים.⁶ בפרק ד' נעמוד על עקרון רציפות הזכויות במקום העבודה ונציג את הטענה כי עיקרון זה, שלו ביטוי במשפט הישראלי וגם במשפט המשווה, אינו תומך בקביעה הלכאורית. בפרק ה' נבחן מדוע יישומו של סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים, העוסק בכללי בררת הדין בעת תחולתם של שני הסכמים קיבוציים, אינו מוביל לתוצאה שאליה כיוון בית הדין הארצי לעבודה, ומדוע החלתו אף אינה מתיישבת עם עקרון הדמוקרטיה התעשייתית ועם עקרון השוויון. בפרק זה נקרא להגדרתם של כללי תיאום נדרשים. פרק ו' יתבסס על קביעה חדשנית שלפיה ניתן לראות בהסכם הקיבוצי סוג של נכס בלתי מוחשי. טענתנו היא כי ההתייחסות להסכם הקיבוצי כנכס דו-צדדי אינה מתיישבת עם הקביעה הלכאורית. פרק ז' יעסוק בשינוי דפוס ההתארגנות ובהשפעה של שינוי הדפוס האמור על הכלל שיש לאמץ בנוגע לתנאי העבודה בעת התרחשותו של מיזוג. בפרק ח' נטען כי הקביעה הלכאורית בפרשת **בנק המזרחי** מקידה בידי ארגון העובדים זכות וטו, הלכה למעשה, על שינויים מבניים מסוג מיזוג, זכות אשר נשללה במפורש בפסיקות קודמות של בית הדין הארצי לעבודה. בפרק ט' נסכם.

ב. המיזוג וההסכם הקיבוצי – המצב הנורמטיבי

ההסכם הקיבוצי הנו סוג ייחודי (sui generis) של חוזה. מטרת ההסכם הקיבוצי הנה להסדיר את היחסים בין הצדדים ליחסי העבודה הקיבוציים – המעביד (או ארגון המעבידים) וארגון העובדים – באשר למכלול תנאי העבודה. ההסכם הקיבוצי מעניק לצדדים ליחסי העבודה את האוטונומיה החוזית והמשפטית לקבוע את הכללים

העלייה אשר החלה בשנת 2003. עוד מציינת הסקירה כי בשנת 2005 נרשמה עלייה משמעותית בפעילות המיזוגים והרכישות בעולם. ניתן לצפייה בכתובת: www.kpmg.co.il/press%20room/dealwatch_Final.pdf (נבדק לאחרונה ב-12.6.2009); על מיזוגים בדין הישראלי מנקודת מבטם של דיני התאגידים ראו אירית חביב סגל **דיני חברות לאחר חוק החברות החדש** ב-466-522 (אוניברסיטת תל-אביב, 2004); ירידה צ' שטרן **רכישת חברות** 457-563 (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1996). ואולם, חשוב לזכור כי חיבור זה דן רק בסוגיה הצרה יותר בשוק המיזוגים – מיזוג חברות בעלות משטר יחסי עבודה קיבוצי המוסדר באמצעות הסכם קיבוצי. לעיל ה"ש 2.

הנהוגים במקום העבודה והנוגעים לתנאי העבודה, לשם שגשוגו של מקום העבודה. ההסכם הקיבוצי מוחזק ככלי למימוש עקרון הדמוקרטיה התעשייתית במקום העבודה. הדמוקרטיה התעשייתית רואה בצדדים ליחסי העבודה מקור עדיף ועליון לקביעת הנורמות במקום העבודה ואינה רואה בעין יפה התערבות חקיקתית או שלטונית במערך יחסי העבודה.⁷

אופיו הייחודי של ההסכם הקיבוצי נובע גם מהדואליות הנורמטיבית הנוצרת בו. חלק מהוראות ההסכם הקיבוצי מסווגות כהוראות אובליגטוריות, אשר כוחן יפה רק במישור היחסים החוזי שבין ארגון העובדים לבין המעביד או בין ארגון העובדים לבין ארגון המעבידים. ואולם חלק מהוראות ההסכם הקיבוצי הן הוראות נורמטיביות, אשר מחייבות ומזכות את העובד היחיד בדומה לדבר חקיקה, בדרך של קליטתן לחוזה העבודה האישי של העובד היחיד, בהתאם להוראת סעיף 19 לחוק ההסכמים הקיבוציים.⁸

חוק ההסכמים הקיבוציים הנו אחד משני דברי החקיקה היסודיים (לצד חוק יישוב סכסוכי עבודה, התש"ז-1957) המשרטטים ומסדירים את זירת הפעולה של יחסי העבודה הקיבוציים בישראל. סעיף 1 לחוק מגדיר את ההסכם הקיבוצי כהסכם בין מעביד או ארגון מעבידים לבין ארגון עובדים שנעשה והוגש לרישום, וקובע את הנושאים שניתן לכלול במסגרת ההסכם הקיבוצי ובהם: קבלת אדם לעבודה או סיום עבודתו, תנאי עבודה, יחסי עבודה, זכויות וחובות של הארגונים בעלי ההסכם או חלק מעניינים אלו.⁹ סעיף 2 לחוק ההסכמים הקיבוציים יוצר את סוגי ההסכם הקיבוצי.

הסוג הראשון הנו **הסכם קיבוצי מיוחד**. ההסכם הקיבוצי המיוחד הנו הסכם קיבוצי שנחתם בין מפעל מסוים או בין מעביד מסוים לבין ארגון העובדים היציג של העובדים.¹⁰ דרישת היציגות של ארגון העובדים קבועה בסעיפים 3 ו-4 לחוק

⁷ לביקורת על התערבות המחוקק ביחסי העבודה ראו מרדכי מירוני "השימוש בחקיקה לפגיעה בזכויות הסכמיות ולהשגת שינויים מבניים – היבטים של דיני יחסי עבודה" **עבודה חברה ומשפט** 269 (2004).

⁸ על ההבחנה בין החלק הנורמטיבי לבין החלק האובליגטורי של ההסכם ראו דב"ע לד/3-8 **לוסטמן נ' פול**, פד"ע ה' 184, 189 (1974); לצד החלוקה הדיכוטומית האמורה, קיימות גם הוראות מעורבות, כדוגמת הוראות העוסקות בפטורים, אשר מקימות זכות לארגון העובדים ולעובד כפרט, ראו עס"ק 52/05 **הסתדרות המעו"ף – הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' עיריית קריית גת**, דינים ארצי (20)06, 977, פס' 11 לדברי הנשיא (2005). ראו גם את ביקורתה של סגנית הנשיא, השופטת אלישבע ברק-אוסוסקין, על המיון ההיסטורי בין הזכויות (שם, ס' 16 לפסק דינה).

⁹ לפרשנות הנושאים אשר ניתן לכללם בהסכם הקיבוצי ראו עס"ק 1029/00 **ארגון הסגל האקדמי הבכיר נ' אוניברסיטת בר אילן**, תק-אר (3)02, 1058, 1065 (2002). עתירה כנגד פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה תלויה ועומדת בבג"ץ, ראו בג"ץ 1181/03 **אוניברסיטת בר אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה**, תק-על (2)05, 249 (2005).

¹⁰ על דרישת הייצוגיות בדיני העבודה ראו ס' 3, 4 לחוק ההסכמים הקיבוציים; כן ראו עס"ק

ההסכמים הקיבוציים. לענייננו כעת חשוב לציין כי רק ארגון עובדים הממלא אחר דרישת היציגות רשאי לחתום על הסכם קיבוצי, וכי תנאי לבחינת היציגות הוא היותם של העובדים יחידת מיקוח עצמאית ונפרדת במקום העבודה.¹¹

הסוג השני הנו **הסכם קיבוצי כללי**, אשר נחתם בין **ארגון העובדים** היציג לבין **ארגון מעבידים**. ההסכם הקיבוצי הכללי יכול לחול על כל שטח המדינה או על חלקה וכן על ענף מסוים או על כל ענפי העבודה. סעיף 5 לחוק מוסיף וקובע כי לאחר שנעשה הסכם קיבוצי, יראו את ההסכם הקיבוצי כבר-תוקף גם אם בתקופת חלותו של ההסכם הקיבוצי האמור איבד ארגון העובדים את התכונות העושות אותו ארגון עובדים יציג.

חוק ההסכמים הקיבוציים מתייחס ישירות לאירוע של מיזוג במסגרת הוראת סעיף 18 לחוק, שכותרתו "שינוי מעבידים". ההוראה קובעת כי אם מוזג מפעל, יראו את המעביד החדש כמעביד שעליו חל ההסכם הקיבוצי. סעיף נוסף בחוק ההסכמים הקיבוציים הרלוונטי לענייננו הנו סעיף 23 הקובע כי אם חלים על עובד יותר מהסכם קיבוצי אחד, הולכים אחר הוראה שהיא לטובת העובד.

חוק החברות, התשנ"ט-1999 קובע את ההוראות החלות על מיזוג בפרק הראשון בחלק השמיני העוסק ברכישת חברות. בהתאם להוראות הפרק, מיזוג בין חברות טעון אישור הדירקטוריון והאספה הכללית בכל אחת מהחברות המתמזגות. סעיף 323 קובע את תוצאות המיזוג אשר נכנס לתוקף רק לאחר הגשת הצעת מיזוג לרשם ואישורה של ההצעה על ידי רשם החברות. בין יתר התוצאות המפורטות בסעיף, חשוב להדגיש כי בהתאם להוראות הסעיף, כל הנכסים והחובים של חברת היעד, לרבות חיובים מותנים עתידיים ידועים ובלתי ידועים, יועברו ויוקנו לחברה הקולטת. תוצאה נוספת של המיזוג בין החברות הנה חיסולה ומחיקתה של חברת היעד ממרשם החברות. חוק החברות אינו נוגע מפורשות במעמדם של עובדי החברה בעת מיזוג, אולם בסעיף 3(ד) לתקנות החברות (מיזוג), התש"ס-2000 נקבע כי בחברה שלה חמישים עובדים ויותר, על החברה מוטל למסור לוועד העובדים או לפרסם במקום בולט במקום העבודה עותק מההודעה על הצעת המיזוג אשר הוגשה לרשם החברות.

ג. פרשת בנק המזרחי

1008/00 הורן את ליבוביץ' נ' הסתדרות העובדים הכללית, תק-אר (2)00 324, 342 (2000) (שאלת עיתוי בחינת היציגות); וכן ע"ע 1210/02 אמיר ביברינג נ' אל-על נתיבי אוויר לישראל, תק-אר (3)02 1685, 1696 (2002). נציין כי רשימה זאת, אין מטרתה לדון בסוגיה המורכבת של דרישת היציגות במקום העבודה.

¹¹ על דרישת יחידת המיקוח ראו דב"ע נה/4-28 ארגון סגל המחקר במערכת הבטחון – ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, תק-אר (3)96 211 (1996); דב"ע 41-96/97 תדיראן קשר בע"מ נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לב 306 (1998).

ביום 31.12.2004 נכנס לתוקפו מיזוגו של בנק המזרחי המאוחד בע"מ (להלן: "בנק המזרחי") עם טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ (להלן: "בנק טפחות"). ממועד זה חדל בנק טפחות להתקיים כישות משפטית נפרדת, ועובדיו הפכו לעובדי בנק המזרחי. אחת מהמחלוקות שהתגלעו בהליך זה עסקה בפיטורי עובדים שעבדו בבנק טפחות קודם למיזוגו עם בנק המזרחי.

חשוב לציין כי ארגון העובדים היציג בבנק המזרחי טרם המיזוג היה ארגון עובדי הפועל המזרחי, ואילו עובדי בנק טפחות היו מיוצגים על ידי ההסתדרות כארגון העובדים היציג בבנק. עוד נציין כי על היחסים שבין הנהלת בנק המזרחי לבין ארגון הפועל המזרחי חל הסכם קיבוצי מיוחד (חוקת העבודה לעובדי בנק המזרחי) הקובע הוראות בדבר פיטורים. על היחסים שבין הנהלת בנק טפחות לבין ההסתדרות חל הסכם קיבוצי מיוחד אחר (חוקת העבודה לעובדי בנק טפחות), אשר אף הוא קובע הוראות בדבר פיטורים. השאלה אשר עמדה לדיון בנושא זה הייתה – מהן ההוראות החלות על העובדים המועמדים לפיטורים, לאחר המיזוג?

בית הדין האזורי לעבודה לא מצא צורך להכריע בשאלה האמורה.¹² על פסק הדין הוגש ערעור מטעם ארגון עובדי בנק המזרחי לבית הדין הארצי. בשאלה הרלוונטית לענייננו חשובה קביעתו הלכאורית של בית הדין הארצי לעבודה, שלפיה חלות על עובדי בנק טפחות לשעבר, המועסקים כיום בבנק הממוזג, הן הוראות חוקת העבודה של עובדי בנק טפחות והן הוראות חוקת העבודה של עובדי בנק המזרחי. את קביעתו הלכאורית השית בית הדין הארצי לעבודה על מבנה דו-שלבי המבוסס על תחולת סעיף 18 וסעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים, ובלשונו:¹³

"המועמדים לפיטורים במקרה שבפנינו הם עובדים שעבדו בבנק טפחות קודם למיזוג עם בנק המזרחי. על עובדים אלה חל ההסכם הקיבוצי בין טפחות [...] לבין ההסתדרות הכללית, שנחתם בשנת 1964 [...] הסכם זה ממשיך לחול על העובדים גם לאחר המיזוג וזאת מכוח סעיף 18 לחוק ההסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957 [...]. בהתחשב בעמדות בעלי הדין נוכל להשאיר לעת מצוא את השאלות האם חלות על עובדי בנק טפחות לשעבר, המועסקים כיום בבנק הממוזג, הן הוראות חוקת העבודה של עובדי בנק טפחות והן חוקת העבודה של עובדי בנק המזרחי, והאם עובדים אלה זכאים לתנאים

¹² ראו ס"ק (י-ם) 59/04 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ארגון עובדי בנק המזרחי המאוחד**, תק-עב 05(2) 1704, 1723 (2005): "אין לנו אפוא צורך להכריע בטענה שהעלה הארגון בתשובתו כאמור, כאלו משחלים על העובדים שני הסכמים קיבוציים, תחול עליהם ההוראה המיטיבה עימם. הוראות חוקת המזרחי לעניין זה אינן מיטיבות דווקא עם העובדים הזמניים של בנק המזרחי לעומת עובדי בנק טפחות."

¹³ פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא אדלר.

הטובים מבין החוקות וזאת מכוח סעיף 23 לחוק הסכמים קיבוציים.
**לכאורה זהו המצב המשפטי לאחר המיזוג, וכל עוד לא נחתם הסכם
 קיבוצי חדש.** אולם מאחר ובית הדין קמא לא הכריע בשאלת תחולתו
 של סעיף 23 במקרה שכזה נשאר גם אנו שאלה זו בצריך עיון".

הנה כי כן, ראשית פוסק בית הדין הארצי לעבודה כי על עובדי בנק טפחות אשר מוזגו לבנק המזרחי חלה חוקת העבודה של עובדי בנק טפחות, וזאת, מכוח הוראת סעיף 18 לחוק ההסכמים הקיבוציים. ואולם בית הדין הארצי לעבודה אינו מסתפק בקביעה זו, ומניח לכאורה כי אף הוראות חוקת העבודה של בנק מזרחי חלות על העובדים הממוזגים. מכאן, מצא בית הדין הארצי כי מדובר על מצב של תחולת שני הסכמים קיבוציים על עובדים מסוימים. במקרה כזה, הלכה היא כי יש ליישם את הוראות סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים הקובע, כאמור, כי אם חלים על עובד יותר מהסכם קיבוצי אחד, הולכים אחר הוראה שהיא לטובת העובד.¹⁴ מהוראה זאת הסיק בית הדין הארצי כי לכאורה זכאים עובדי טפחות לשעבר לבחור להם את התנאים המיטיבים עמם משתי מערכות ההסכמים הללו אשר חלות עליהם, כל עוד לא נחתם הסכם קיבוצי חדש.

כאמור, השאיר בית הדין הארצי את הסוגיה האמורה ב"צריך עיון". ואולם הוודאות המשפטית הנה ערך חשוב בכל שיטת משפט. הדבר נכון בייחוד בתחומים עסקיים המערבים שיקולי עלות מדוקדקים. לעתים דווקא היעדר קביעה משפטית ברורה מעניק את הכוח לבלום עסקאות ושינויים מבניים במשק. "האפקט המצנן" הנו אפקט ידוע בתחום דיני הקניין הרוחני, כאשר כללים משפטיים (או היעדרם) מצננים את יכולת היצירה ופוגעים בנכונות הפרטים לעסוק בפעילות יוצרת, ex-ante.¹⁵ בדומה, ייתכן כי השארת השאלה בצריך עיון לצד קביעה לכאורית עלולה

¹⁴ על פרשנות ס' 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים ראו סטיב אדלר "הסכמים קיבוציים: מסגרת, תחולה ותיאום" ספר בר-ניב לקט מאמרים בדיני עבודה 17, 42-53 (אהרן ברק, מנחם גולדברג, יצחק זמיר, יצחק אליאסוף עורכים, 1987); עס"ק 28/99 הסתדרות העובדים הכללית נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, תק-אר (3)03 265, 252 (2003); דב"ע לה/4-1 רשות הנמלים – יהונתן ברקת, פד"ע ז 425 (1976); דב"ע שס/4-22 הסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל – חברת א.א.אל בע"מ, פד"ע יב 239 (1981) (להלן: פרשת א.א.אל).

¹⁵ על האפקט המצנן בדיני קניין רוחני ראו מיכאל בירנהק "לידתה של עוולה: הפרה תורמת בדיני פטנטים" טכנולוגיה של צדק: משפט, מדע וחברה 169, 189 (שי לביא עורך, 2003): "הנזק המרכזי של אי-ודאות הוא אפקט מצנן: צדדים רציונאליים מכלכלים את צעדיהם מראש ושוקלים שיקולים של עלות צפויה מול התועלת הצפויה. העלות כרוכה (גם) בהערכת העלויות הידועות ובהערכת הסיכונים – בין הידועים ובין אלה שאינם ידועים. מבחינת בעלי הזכויות העתידיים, בדרך כלל גופי מחקר ופיתוח, דיני הפטנטים מהווים מרכיב מרכזי בשיקוליהם הכלכליים. הקניין הרוחני הוא פעמים רבות הנכס העיקרי של תאגידים כאלה. לחברה המפתחת מוצר, למשל תרופה מבוקשת, חיוני לדעת אם תוכל להגן על המוצר שלה, או שתעמוד חסרת אונים מול יריבים שיגרפו את השמנת מבלי שהשקיעו מיליוני דולרים במחקר ופיתוח. משום

לשמש כ"גורם מצנן" בתחום המיזוגים הישראלי.¹⁶ ייתכן כי מנהלי חברות ובעלי המניות של חברות השוקלות ביצוע מיזוג יחששו להוציא לפועל את עסקת המיזוג עקב הסיכון כי עלויות המיזוג המוערכות יחרגו מהעלויות האמיתיות של ביצוע המיזוג בעקבות החלת סעיף 23 על העובדים הממוזגים. ואולם חשוב להדגיש כי המשפט הישראלי בכלל ודיני התאגידים בפרט מעודדים ביצוע של עסקאות מיזוג ורכישה, בהתבסס על הערך הסינרגי שנוצר עקב המיזוג.¹⁷

אנו מבקשים להגדיר כבלתי ממצה את הקביעה הלכאורית של בית הדין הארצי בפרשת **בנק המזרחי**, כאילו חלות על העובדים הממוזגים שתי מערכות הסכמים

16 כן, מסגרת משפטית עמומה עלולה לסכל פעילות רצויה".
 ובהשוואה, מתוך רצון להפחית באי-הוודאות המסחרית, ראו העקרונות אשר עמדו בבסיס החקיקה לפיקוח על מיזוגים בהתאם לחוק ההגבלים העסקיים, בע"א 4843/91 **אסם תעשיות מזון בע"מ נ' עלית תעשיות מזון**, פ"ד (מו"1) 876, 879-880 (1992): "אך מעבר לכך: הרצון להגיע להכרעה מהירה – הן במישור המינהלי והן במישור השיפוטי – עולה ממקורות נוספים. ראשית, הוועדה למיזוגים וקונגלומרטים, אשר המלצותיה שימשו בסיס לפרק על מיזוג חברות בחוק, ציינה בדין-וחשבון שלה, כי 'הפעלת הפיקוח על המיזוגים חייבת להיות כזו שלא תהווה מכשול ליצירת מיזוגים רצויים. לשם כך: (א) תוגבל חובת הדיווח לסוגים מועטים ומוגדרים של חברות; (ב) תחום הרשות במתן תשובה תוך זמן מוגדר יקצר ככל האפשר' ('דו"ח הוועדה למיזוגים וקונגלומרטים', הפרקליט לב' 1979 (578, 556)); שנית, בדברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983 (ה"ח 1647, התשמ"ד, עמ' 50, 39) צויין כי 'מיזוג חברות הוא תהליך יקר ומורכב, אשר קשה לחזור ממנו. הגישה שננקטה בפרק המוצע היא על כן, אישור המיזוג מראש כדי למנוע מהחברות המתמזגות הוצאות מיותרות. המגמה היא שאותם מיזוגים שאין לגביהם חשש של פגיעה בטובת הציבור ואשר על כן ניתן להניח שגלום בהם יתרון כלכלי למשק, יוכלו להגיע לכלל מימוש ללא עיכוב מיותר'. שלישית, בהביאו את הצעת החוק לקריאה ראשונה, ציין שר התעשייה והמסחר כי: 'בהליכי רישום ואישור מיזוג גם נקבע לוח זמנים מחייב ומטרתו למנוע עיכובים מיותרים בהליכים".

17 להיות המיזוג תופעה רצויה בנקודת המבט התאגידית ראו גיא בן ישי "מיזוגים ורכישות נוכח כשלי שוק: סקירת ספרות, מאפיינים ייחודיים למשק הישראלי" (עותק שמור במערכת) המציין כי "עסקאות מיזוג עשויות להביא לכדי שיפור בהקצאת המקורות שקדמה למיזוג. התייעלות זו עשויה להתממש בשלושה מישורים מרכזיים: התייעלות תפעולית (Corporate Restructuring), התייעלות הנהלה (Corporate Governance) והתייעלות פיננסית (Financial Restructuring)".
 עוד מציין המחקר כי הספרות הכלכלית מזהה בכלליות חמישה מניעים מרכזיים לקיומן של עסקאות מיזוג. מניעים אלו כוללים שיקולי יעילות – הפחתת עלויות הייצור; הפחתת עלויות השכר באמצעות חשיפת הסכמי עבודה למשא ומתן מחודש, שיקולי תחרות – חתירה להשגת כוח שוק, שיקולי פיקוח הנהלה – פתרון להחלפת הנהלה כושלת, שיקולי יעילות שוק ההון – פתרון לכשלי שוק ההון באמצעות יצירת שווקי הון פנימיים והפחתת עליות גיוס ההון על ידי יצירת שווקי הון פנימיים במסגרת גבולות התאגיד ושיקולי מס. המחבר דן במאפיינים הייחודיים של המשק הישראלי בנוגע למניעים אלו. גם מנקודת המבט של דיני ההגבלים העסקיים, הרי המיזוג אינו אסור כלשעצמו, אלא יש לבחון את השפעתו על התחרות החופשית ולאזן את יתרונותיו עם השפעתו על התחרות בשוק. לדיון בנושא ראו ע"א 2247/95 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז**, פ"ד (נב"5) 213, 234-235 (1998).

קיבוציים, ולכן רשאים העובדים לבחור להם את ההוראות המיטיבות מבין שתי המערכות ולעמוד על הבעייתיות הגלומה בקביעה לכאורית זאת. יתרה מזו, אנו קוראים לאימוץ כללי תיאום של דיני העבודה הקיבוציים, כדי להגביר את הוודאות המשפטית בעת עריכת מיזוג.

כמה טיעונים מועלים במסגרת הרשימה על מנת להצביע על הבעייתיות האמורה. תחילה נבקש לטעון כי עקרון רציפות הזכויות במקום העבודה, שהוא עקרון יסוד בתחום השינוי המבני בדיני העבודה בישראל ואף במשפט המשווה, מוביל דווקא למסקנה שאין לפרוץ את עקרון שימור תנאי העובדים בעת ביצוע שינוי מבני.

ד. על עקרון רציפות הזכויות במקום העבודה

משפט העבודה הישראלי כולל הוראות דומות העוסקות במצב של שינוי מבני במקום העבודה המשובצות בחוקים שונים. כך לדוגמה בתחום משפט העבודה האינדיבידואלי, נקבעו בסעיף 4 לחוק דמי מחלה, התשל"ו-1976, בסעיף 3(א) לחוק חופשה שנתית, התשי"א-1951 ובסעיף 1(א) לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963 הוראות דומות המבטיחות את רציפות הזכויות במקום העבודה ואת זיקת העובד למקום העבודה ולא רק למעביד. בסעיף 30(א) לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, נקבע במפורש כי "עבר מפעל מיד ליד או חולק או מוזג, אחראי גם המעביד החדש לתשלום שכר עבודה ולתשלומים לקופת גמל המגיעים מן המעביד הקודם". סעיף 3(ב) לחוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), התש"ט-1949 קובע במפורש כי "אם עבר המפעל מיד ליד או התמזג עם מפעל אחר או היה לחלק ממפעל אחר, רואים כבעל המפעל את מי שהוא בשעה הנידונה בעל המפעל או מי שהוא בעל המפעל אחרי ההתמזגות או בעל המפעל האחר". עוד יצוין כי סעיף 30(א) לחוק הגנת השכר קובע הוראה ייחודית בדבר "ערבות סטוטורית" של מעביד חדש לחוב קודמו לתשלום שכר עבודה ולתשלומים לקופת גמל ובכך, לדברי בית הדין הארצי לעבודה, "ניתן ביטוי חקיקתי לזיקת העובד למקום העבודה בנוגע לזכויותיו האישיות של העובד"¹⁸. במישור משפט העבודה הקיבוצי, ההתייחסות לשינוי המבני במקום העבודה קבועה כאמור בסעיף 18 לחוק ההסכמים הקיבוציים הקובע כי במקרה של מעבר מפעל מיד ליד או חלוקתו או מיזוגו, יראו את המעביד החדש כמעביד שעליו חל ההסכם הקיבוצי.

מהו המשותף לכלל ההוראות העוסקות בשינוי המבני במקום העבודה בחקיקת דיני העבודה בישראל? הנכון כי החקיקה האמורה, האישית והקיבוצית, באה לעגן

¹⁸ ראו ע"ע 1505/02 אטיה נ' מרחב מרכז חומרי בנין וקרימיקה בע"מ, תק-אר 06(3) 666, 670 (2006) (להלן: פרשת מרחב) שם עמד השופט צור על עקרון הרציפות וזיקת העובד אל מקום עבודתו גם לאחר שהעובד עזב את מקום העבודה בטרם חילופי המעבידים.

את עקרון היסוד בדבר רציפות זכויותיו של העובד בעת שינוי מבני המתרחש במקום העבודה. עיקרון זה משקף את גישת המחוקק הישראלי שלפיה קיימת זיקה הדוקה בין העובד למקום עבודתו. זיקה זו הנה זיקה חלופית לזיקה הקיימת בין העובד למעבידו, ולכן בעת שינוי מבני, הכולל שינוי כלשהו של מעבידים – לא נגרעת כל זכות מהעובד, וכל זכויותיו בנוגע למקום העבודה נשמרות על ידי המעביד החדש.¹⁹ אם תרצו, ניתן לראות בהוראות מסדירות אלו סוג של סוברוגציה בין מעבידים. מעביד יוצא – והמעביד החדש נכנס בנעליו של המעביד היוצא, ונוטל עליו את חיוביו של המעביד הישן בהקשר של יחסי העבודה האישיים והקיבוציים. כך נשמר הקשר של העובד למקום העבודה. עקרון יסוד זה מעוגן גם בפסיקה רבת-שנים של בית הדין הארצי לעבודה.²⁰ בית המשפט העליון עמד על עקרון רציפות הזכויות במקום העבודה ועל ביטוי של העקרון האמור במסגרת סעיף 18 לחוק ההסכמים הקיבוציים במסגרת פרשת רמת"א, שבה נדונו השלכותיהם של חילופי מעבידים על זכויות העובדים:²¹

"21. במישור משפט העבודה האינדיבידואלי המגן מצויות מגוון הוראות חוק הכוללות התייחסות למצב של חילופי מעבידים [...] ...".

¹⁹ לעניין זה ראו גם ס' 5א(1) (1) להצעת חוק פיצויי פיטורים (תיקון מס' 21) (חילופי מעבידים במפעל), התשס"ו-2005, ה"ח הממשלה 130, אשר מבקשת להסדיר בחקיקה את זכויותיו של העובד האינדיבידואלי בעת אירוע של חילופי מעבידים במפעל. הצעת החוק קובעת כי בעת חילופי מעבידים וכאשר העובד לא הודיע על התפטרותו עקב חילופי המעבידים: "רואים אותו כאילו הסכים לעבוד אצל המעביד החדש [...] ויחולו על המעביד החדש הוראות חוזה העבודה של העובד העובר, שנקבעו בהתאם להוראות כל דין ושחלו על המעביד הקודם". כאמור בדברי הסבר להצעת החוק הממשלתית, העיקרון הקבוע בהצעת החוק מטרתו לשמור על רציפות זכויות וחובות של העובד.

²⁰ לעקרון רציפות הזכויות במקום העבודה לעניין שינוי מבני ראו פרשת **מרחב**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 670: "משפט העבודה המגן שלנו כולל מערך של הוראות אשר נועדו ליצור רצף של זכויות לעובד במקום עבודתו, חרף חילופי מעבידים. בכך ביקש המחוקק ליצור לעובד תשתית של זכויות הנובעות לא רק מיחסיו עם מעביד מסוים, אלא גם ביחסיו עם מקום העבודה (דב"ע מב/3-132 'להבים' עבודות שרברבות בע"מ – משה פרנסה, פד"ע יד 264 (1983)). הוראה זו באה להבטיח שתשתית הזכויות ותנאי העבודה החלים במקום עבודה מסוים מכח משפט העבודה האוטונומי, לאמור – משפט העבודה המעוגן בהסכמים קיבוציים, ימשיכו לחול במפעל בו מועסק העובד אף אם חלו חילופי מעבידים ובעלות חדשה תפסה מקומה במקום הקודמת. זכויותיו של העובד במקום העבודה על פי הסכם קיבוצי מובטחות מכח החוק על ידי המעביד החדש למרות שמעביד זה אינו צד פורמלי להסכם הקיבוצי שנערך עם קודמו. הסדר חלוקת האחריות לזכויות העובדים בין המעביד הקודם לחדש הוא עניין הנוגע ליחסים שבין המעבידים לבין עצמם ואין הוא מעניינו של העובד."

²¹ בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481, פס' 21 לפסק דינו של השופט אור (2004) (להלן: פרשת רמת"א).

תכליתן של ההוראות היא להגן על זכויות מסוימות של עובדים בעת חילופי מעבידים. כשהעובדים ממשיכים לעבוד במקום העבודה גם לאחר חילופים אלה, אין צורך להסכים בנושא רציפות זכויות העובד עם המעביד החדש. רציפות זו מוכתבת מכוח הוראות חוק מפורשות [...]

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

הנה כי כן, תכליתו של סעיף 18 לחוק ההסכמים הקיבוציים הינה להבטיח רציפות זכויות של העובדים במקרה של שינוי מבני. ודוק, חשוב להדגיש – סעיף 18 לחוק ההסכמים הקיבוציים נועד לשמר את זכויות העובדים כפי שהיו בטרם השינוי המבני ולהגן עליהם מפני שינוי וגריעה. ככזה, סעיף 18 לחוק ההסכמים הקיבוציים נועד לשמור מפני פגיעה בזכויות העובדים הנגרמת עקב חילופי המעביד והשינויים המבניים במקום העבודה. נראה כי תכלית הסעיף הינה להפוך את השינוי המבני בתאגיד לאירוע מבודד המתרחש בתחום דיני התאגידים ולנתק את השפעתו במישור זכויות העובד במקום העבודה. והנה, התכלית הנה שמירה על זכויות ואבטחה מפני שינוי זכויות אפשרי, העלול להיגרם עקב חילופי המעבידים.

ודוק, אם נאמר כי בעת מיזוג, על העובד הממוזג יחולו שני הסכמים קיבוציים, ובהתאם להוראות סעיף 23 לחוק יהיה העובד רשאי לבחור לו את ההוראה המיטיבה מבין ההסכמים הקיבוציים החלים עליו, ניצור, הלכה למעשה, שינוי במערך הזכויות של העובדים עקב השינוי המבני, וזאת, בניגוד גמור לרוחו של סעיף 18 לחוק ההסכמים הקיבוציים. נכון הדבר כי על ידי החלת סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים, אותו השינוי במערך הזכויות של העובדים הנו שינוי לטובה בזכויות ולא שינוי לרעה. אך חשוב להדגיש כי דרך פרשנית זו פורצת את הסכר אשר עקרון רציפות מקום העבודה בא לשמר ולהגן עליה – היא קושרת בין מערך הזכויות במקום העבודה של העובד ובין השינוי המבני, באותו האופן שמערך הזכויות של העובד לאחר חילופי המעביד יהיה שונה ממערך הזכויות של העובד בטרם חילופי המעביד – וזאת עקב השינוי המבני. אנו טוענים כי לעניין זה אין משמעות שהפריצה האמורה מובילה במקרה הזה לשיפור בזכויות העובד. אם ניתן לפרוץ את הסכר הקבוע בשימור הזכויות ולקשר בין חילופי המעבידים במקום העבודה לבין שינוי מערך זכויות העובד, מדוע שלא ניתן יהיה בעתיד במקרים מסוימים מתאימים גם לגרוע מהזכויות האמורות עקב השינוי המבני?

פרשנות תכליתית של סעיף 18 לחוק ההסכמים הקיבוציים תומכת בתזה שלפיה יש לחזק את עקרון שימור זכויות במקום העבודה ולא להעניק תוקף לבריאתן של זכויות חדשות (במקרה זה מיטיבות) שלהן זכאי כביכול העובד באופן אוטומטי, אך ורק כפועל יוצא של השינוי המבני שהתרחש במקום העבודה.

בהקשר זה יש לציין כי עקרון רציפות הזכויות הנו עקרון יסודי מקובל גם במדינות שונות בעולם כעיקרון מסדיר בתחום השינויים המבניים במקום העבודה ואינו עיקרון ייחודי במשפט העבודה הישראלי. כך לדוגמה הדירקטיבה האירופית 2001\23\EC, אשר דנה בהבטחת זכויות עובדים במקרה של העברת מפעלים למעביד אחר בעקבות העברה משפטית או מיזוג (בתוך מדינות האיחוד) קובעת מפורשות כי זכויותיו וחויביו של העובד כלפי מעבידו הקודם עוברים למעביד החדש.²²

בית הדין האירופי לצדק פירש את סעיף 3 לדירקטיבה משנת 1977 בפרשת *Katsikas*²³ ובלשונו:

“[T]he purpose of the directive is to 'ensure, as far as possible, that the rights of employees are safeguarded in the event of a change of employer by allowing them to remain in employment with the new employer on the terms and conditions agreed with the transferor'

Consequently, the directive manifestly has a social aim: in the event of a transfer of an undertaking, it aims to safeguard, in the employee's interest, existing employment relationships and social rights acquired in the context of such relationships”.

²² ראו את הדירקטיבה האירופאית – Council Directive 2001/23/EC, art. 3.1, 3.3, 2001 O.J. – (להלן: “דירקטיבת 2001”) “הקובעת בס' 3.1: ‘The transferor's [the legal body who ceases to be the employer] rights and obligation arising from a contract of employment or from an employment relationship existing on the date of a transfer shall, by reason of such transfer, be transferred to the transferee [the legal body who becomes the employer]’” (ההסברים הוספו – נ.פ. וע.ע.). בס' 3.3 נקבע: “Following the transfer, the transferee shall continue to observe the terms and conditions agreed in any collective agreement on the same terms applicable to the transferor under that agreement, until the date of termination or expiry of the collective agreement or the entry into force or application of another agreement”²² של הדירקטיבות הקודמות, Council Directive 77/187/EEC on the Approximation of the Laws of the Member States Relating to the Safeguarding of Employee's Rights in the Event of Transfers of Undertaking, Businesses or Part of Business, 1977 O.J. (L61) 26 (להלן: “דירקטיבה 1977”), והתיקון לה שבוצע בשנת 1998 – Council Directive 98/50/EC, 1998 O.J. (L 201) 88. נציין כי לעניין ההוראות המצוטטות, אין שוני מהותי בין הדירקטיבות, ראו Case C-499/04 *Hans Werhof v. Freeway Traffic System gmbH & Co. KG*, 2006 ECR I-02397.

²³ הפרשה Case c-132/91, *katsikas v. konstantinidis*, 1992 ECJ CELEX LEXIS 465. האמורה אוזכרה גם בפרשת רמת”א, לעיל ה”ש 21, בעמ' 526.

מכאן, שגם על פי פסיקת בית הדין האירופי, העובד אשר עובר למעביד החדש נשאר עם זכויותיו ותנאיו ממעבידו הקודם, ותנאיו אינם משתנים עקב ההעברה האמורה.²⁴ האיחוד האירופי גיבש בשנת 2005 דירקטיבה אשר מסדירה את נושא המיזוגים חוצי הגבולות המדינתיים – מיזוגים בין חברות מסחריות שבין חברות שונות באיחוד.²⁵ במסגרת הצעת הדירקטיבה מטעם נציבות האיחוד²⁶ נכתב כי הדירקטיבה החדשה שומרת על העיקרון המופיע בדירקטיבה משנת 2001, ובדירקטיבות משלימות אחרות, כך שלשינוי המעביד שנגרם בעקבות המיזוג אין השפעה על היחסים החוזיים אשר הנם בתוקף בזמן המיזוג. הובהר שם כי יחסים אלו מועברים אוטומטית למעביד החדש, ומוענקת הגנה על הזכויות של העובדים המועברים אשר קבועות בהסכם הקיבוצי. יצוין כי הדירקטיבה העוסקת במיזוגים חוצי גבולות באירופה התפרסמה ביום 25.11.2005, ואימצה את העקרונות המופיעים בהצעת הדירקטיבה.²⁷ עקרון הרציפות בתנאי העבודה אומץ בסעיף 14(4) לדירקטיבה. על פי פסיקתו של בית המשפט העליון בארצות-הברית, בעת שינוי מבני, אין המעביד החדש ככול להוראות ההסכם הקיבוצי שחל על המעביד הקודם,²⁸ ובהתקיים

²⁴ וראו לאחרונה גם את פרשנותו של בית הדין האירופי לסעיף 3 לדירקטיבת 2001: Case C- 396/07 *Mirja Juuri v. Fazer Amica Oy*, 2008 ECJ EUR-lex LEXIS 2108 (Nov. 27, 2008).

²⁵ Council Directive 2005/56/EC, 2005 O.J. (L 310) 1

²⁶ ראו Proposal for a Directive of the European Parliament and of The Council on cross-border mergers of companies with share capital (Presented by the Commission), 2003/0277 (COD) Brussels, 18.11.2003

²⁷ לעיל ה"ש 25, ס' 14(4)–(12).

²⁸ *NLRB v. Burns Int'l Security Services, Inc.*, 406 U.S 272, 287 (1972); וראו גם פרשת

רמת"א, לעיל ה"ש 21, ס' 15 לפסק דינו של השופט אור. בעניין *NLRB* נאמר: "We also agree with the Court of Appeals that holding either the union or the new employer bound to the substantive terms of an old collective-bargaining contract may result in serious inequities. A potential employer may be willing to take over a moribund business only if he can make changes in corporate structure, composition of the labor force, work location, task assignment, and nature of supervision. Saddling such an employer with the terms and conditions of employment contained in the old collective-bargaining contract may make these changes impossible and may discourage and inhibit the transfer of capital. On the other hand, a union may have made concessions to a small or failing employer that it would be unwilling to make to a large or economically successful firm. The congressional policy manifest in the Act is to enable the parties to negotiate for any protection either deems appropriate, but to allow the balance of bargaining advantage to be set by economic power realities. Strife is bound to occur if the concessions that must be honored do not correspond to the relative economic strength of the parties"

תנאים מסוימים יחול על העובדים המועברים, רק ההסכם החל על המעביד החדש.²⁹ אולם מדינות שונות בארצות-הברית חוקקו חוקים אשר מבטיחים את המשכיות תנאי ההסכם הקיבוצי שחל על העובד טרם השינוי המבני.³⁰ חוקים אלו, בדומה להוראות הדירקטיבה האירופית, מבטיחים את המשך התחולה של ההסכמים שחלו על העובדים המועברים ואינם קובעים כי העובדים יהיו זכאים ליהנות מן המיטב שבכל העולמות.³¹

המצב החוקי במחוזות קנדה דומה. סעיף 44 לחוק העבודה הפדרלי, החל על עובדים פדרליים בלבד, קובע כי הרוכש יהיה כבול לכל הסכם קיבוצי החל על העובדים אשר מקום עבודתם נרכש.³² בחוק המסדיר את יחסי העבודה במחוז קוויבק אשר בקנדה, נקבע עקרון הרציפות בסעיף 45 לחוק, כך שבמקרה של שינוי מבני, יהיה המעביד החדש כבול להסכם הקיבוצי של העובדים המועברים.³³ בית המשפט העליון הקנדי פירש את תכלית הסעיף האמור כמגן על יציבות התעסוקה וזכויות העובדים באמצעות שימור ההסכם הקיבוצי במקרה של שינוי מבני.³⁴ הוראות חקיקה

²⁹ ראו John f. Fullerton & Paul Salvatore, *Bargaining Unit Consolidations: One Union .or Two?*, 20 LEB. LAW 291, 305 (2005).

³⁰ ראו Leslie Braginsky, *Comment: How Changes in Employer Identity Affect Employment Continuity: A Comparison of the United States and the United Kingdom*, John McMullen, *An Analysis of the Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006*, 35(2) INDUSTRIAL LAW JOURNAL 113 (2006).

³¹ ראו שם, בעמ' 246.
³² ראו Canada Labour Code, R.S.C., 1985 ch. L2 § 44(2)(C) (amended 2009): "The person to whom the business is sold is bound by any collective agreement that is, on the date on which the business is sold, applicable to the employees employed in the business. ניתן לצפייה בכתובת: www.canlii.org/en/ca/laws/stat/rsc-1985-c-1-2/latest/rsc-1985-c-1-2.html#43-1 (נבדק לאחרונה ב-24.12.2009).

³³ ראו Labour Code, R.S.Q., C. c-27. § 45 (2009): "The new employer, notwithstanding the division, amalgamation or changed legal structure of the undertaking, shall be bound by the certification or collective agreement as if he were named therein and shall become ipso facto a party to any proceeding relating thereto, in the place and stead of the former employer"

³⁴ ראו (Can.) U.E.S, Local 298 v. Bibeault, [1988] 2 S.C.R. 1048, s. 143 & 188 וראו גם: Lester (W.W)(1978) Ltd v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, local 740, [1990] 3 S.C.R. 644 (Can.) וראו גם: "The purpose of s.45 is to protect not only collective bargaining rights but also, where circumstances permit, the individual rights of employees to have their working conditions safeguarded" Ivanhoe Inc v. UFCW Local 500, [2001] 2 S.C.R 565, S.102 (Can.) שם נאמר:

דומות קיימות ברוב מחוזות קנדה.³⁵

לסיכום פרק זה, גם משפט העבודה האינדיבידואלי וגם המשפט ההשוואתי מלמדים כי עקרון הרציפות במקום העבודה, מבודד את מערך הזכויות והחובות של העובד במקום העבודה, על מנת שמערך זה לא ייפגע עקב חילופי המעבידים. קבלת פרשנות המחילה את סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים במקרה של מיזוג, יש בה כדי לפרוץ את עקרון הרציפות במקום העבודה וליצור קשר בין מערך הזכויות של העובד לבין השינוי המבני. נראה כי פריצה זו מנוגדת לתכליתו של סעיף 18 לחוק ההסכמים הקיבוציים.

ה. המיזוג וסעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים

החלתו של סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים לאחר החלתו של סעיף 18 לחוק, בהתאם לקביעה הלכאורית של בית הדין הארצי לעבודה, מעוררת קשיים רבים. בפרק זה נעסוק ביחס שבין סעיף 18 לסעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים ובתחולה הראויה שיש ליתן לסעיף 23 לחוק. בתמצית, נטען כי סעיף 23 עוסק בהסכמים סותרים בלבד, ולכן אין בו כדי לספק את התשובה לבעיה המוצגת ברשימה וכי משפט העבודה הישראלי נדרש להגדרתם של כללי תיאום חדשים לשם פתרון הסוגיה.

1. על היחס שבין סעיף 18 לסעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים

הטיעון הראשון בעניין זה גורס כי פרשנות תכליתית המתייחסת לעקרון הדמוקרטיה התעשייתית והשיוויון במקום העבודה אמורה להוביל לתוצאה כי במקרה של מיזוג והחלת ההסכם הקיבוצי מכוח סעיף 18 לחוק ההסכמים הקיבוציים אין חלים על העובדים הממוזגים שני הסכמים קיבוציים כלל, ולכן אין תחולה לסעיף 23 לחוק. ומכאן, כי העובדים המועברים אינם יכולים לבחור לעצמם את המיטיב מבין שני ההסכמים הקיבוציים.³⁶

³⁵ ראו Alberta Labour Relations Code, R.S.A, c. L1(2) § 46 (1988) ; Manitoba, The Labour Relations Act, R.S.M, c. L.10, § 59 (1987); Nova Scotia, Trade Union Act, S.N.S, c.19 § 29 (1972); Saskatchewan, The Trade Union Act, R.S.S, C.T-17 § 37 (1977); Newfoundland, The Newfoundland Labour Relation Act § 89 (1978).

³⁶ וראו תב"ע (י-ם) 4-27/97 **איגוד עובדי המחקר נ' מדינת ישראל**, תק-עב 98(2) 1312, 1316 (1998): "מטענה זו משתמע כי למעשה לא חלים על הצדדים ההסכמים משנת 74 ו-79, ועל כן אין המבקש בא כלל בגדר סעיף 23 הנ"ל, שכן לא חלים על עובדי המשיבה יותר מהסכם קיבוצי אחד". וראו גם את דעת המיעוט בדב"ע מג/4-8 **ההסתדרות הכללית נ' "אליאנס" מפעלי צמיגים וגומי בע"מ**, דינים ארצי 83(1) 24(1983) (להלן: פרשת **אליאנס**): "סעיף זה, שהוא למראית עין פשוט, קצר ולקוני, טומן בחובו שלושה תנאים קומולטיביים וצריך ששלושתם

ומדוע נטען כי אין חלים שני הסכמים קיבוציים על העובדים הממוזגים? ראשית, ניתן לראות בסעיף 18 לחוק ההסכמים הקיבוציים "חוק מיוחד" lex specialis) לעניין תחולת ההסכמים הקיבוציים בעת שינוי מבני, לרבות מיזוג, היוצר חריג לכלל הפרשני הקובע כי תחולת ההסכמים הקיבוציים נקבעת במסגרת ההסכמים הקיבוציים עצמם.³⁷ בהתאם לטיעון זה, סעיף 18 מבסס עדיפות להוראות ההסכם הקיבוצי שחל על עובדי בנק טפחות לשעבר קודם למיזוג על פני הוראות ההסכם הקיבוצי בבנק המזרחי, אשר בו נקבע כי הוא יחול על כלל עובדי בנק המזרחי. כפועל יוצא של כך, הטענה הנה כי יש לפרש את סעיף 18 לחוק ההסכמים הקיבוציים, המחיל באופן סטטוטורי את הוראות ההסכם הקיבוצי החלות על העובדים המועברים, כמסיג את ההוראות ההסכמיות שנקבעו בהסכמים הקיבוציים הנהוגים בבנק המזרחי.

בהתאם לטיעון זה, הרי עובדי בנק טפחות הועברו לבנק הממוזג כשהם מוגנים על ידי "בועה נורמטיבית", יצירת כפיו של סעיף 18 לחוק ההסכמים הקיבוציים. מחד גיסא, הבנק הממוזג אינו רשאי לגרוע או לשנות את המסגרת הנורמטיבית האמורה אלא באופן אשר נקבע בדין, ומאידך גיסא, המסגרת הנורמטיבית האמורה מונעת את תחולתם של ההסכמים הקיבוציים החלים על עובדי בנק מזרחי (קודם למיזוג ולאחריה). מדובר בקרום הגנה אטום, אשר מצד אחד אינו מאפשר לזכויות קיימות "לזלוג החוצה" או "להיקרע" ומן הצד האחר – אינו מאפשר לזכויות הסכמיות אחרות לחול, אלא על ידי כריתת הסכם חדש.³⁸ ואכן, אף בפרשת **בנק המזרחי**, לאחר סיום הליך המיזוג נכרת הסכם קיבוצי חדש אשר הסדיר את מכלול הזכויות של העובדים הנקלטים.³⁹

כאחד יתקיימו כדי שלסעיף תהיה נפקות. התנאי הראשון שעל העובד יחולו שניים או יותר הסכמים קיבוציים כמשמעם בחוק האמור".

³⁷ אדלר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 53. על הכלל הפרשני שבו עיקרון כללי נדחה בפני כלל פרטיקולרי ראו בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' **ננסת ישראל**, פ"ד נ(5) 15, 30–31 (1996); דניאל פרידמן **דיני עשיית עושר ולא במשפט** א 91 (מהדורה שנייה, 1998); ובדיני העבודה ראו: דב"ע לז/4-3 **ועד עובדי קצא"א – חברת קצא"א בע"מ**, פד"ע ח 421, 443–444 (1977); וראו גם רות בן-ישראל **השביטה** 201–202 (1987).

³⁸ ודוק, דימוי "הבועה הנורמטיבית" במאמר זה נוגע רק למעבר עובדים קבוצה מחברת היעד, שהיחסים בין העובדים למעביד באותה החברה מוסדרים באמצעות הסכם קיבוצי, לחברה הקולטת, שאף בה מוסדרים היחסים באמצעות הסכם קיבוצי. נדגיש כי דימוי זה אינו חל, לטעמינו, ואינו צריך לחול, במקרה של קליטת עובדים בחוזים אישיים לחברה הקולטת עקב המיזוג, שאז שיקולים אחרים, ובכללם מתן עדיפות לנורמות שהן יצירות משפט העבודה הקיבוצי, אמורים לחול.

³⁹ ראו הסכם קיבוצי מס' 20060093 "הסכם קיבוצי מיוחד בעניין המרת שכר לעובדים יוצאי טפחות" שנחתם בין בנק המזרחי המאוחד בע"מ לבין ארגון עובדי בנק המזרחי המאוחד (23.1.2006).

ודוק, פרשנות זאת, אשר מסיגה את הוראות סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים בעת תחולת סעיף 18 לחוק ההסכמים הקיבוציים, נתמכת גם על ידי עקרון יסוד נוסף במשפט העבודה הקיבוצי, והוא עקרון הדמוקרטיה התעשייתית במקום העבודה. כאמור לעיל, הצדדים לקשר העבודה הוסמכו לקבוע את הנורמות הקשורות לתנאי העבודה. ההסכם הקיבוצי מהווה את גולת הכותרת של העיקרון הדמוקרטי, אשר במסגרתו מתנהל משא ומתן בעל מאפיינים של מקח וממכר, על ידי הנציגים הנבחרים של קהיליית העובדים במקום העבודה מול המעביד (במקרה של הסכם קיבוצי מיוחד) או מול נציגים של קהיליית המעבידים – ארגון המעבידים (במקרה של הסכם קיבוצי כללי). במובן הזה, סעיף 18 לחוק ההסכמים הקיבוציים מהווה סטייה מעקרון הדמוקרטיה התעשייתית, שכן הוא קובע כי הסכם קיבוצי, שכל כולו תולדה של משא ומתן עם מעביד פלוני, יחול על מעביד אלמוני, שלא הייתה לו יד ורגל בניסוחו ובעיצובו של אותו ההסכם. סטייה זאת מעקרון הדמוקרטיה התעשייתית במקום העבודה מובנת עקב החשש מפגיעה בזכויות העובדים על רקע חילופי המעבידים ועל רקע ההכרה בקשר החזק שבין העובדים לבין מקום העבודה.

ואולם כל פרשנות אחרת, המחילה את סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים לאחור החלתו של סעיף 18 לחוק ונוסף על החלתו של סעיף 18 לחוק, מפרה את עקרון הדמוקרטיה התעשייתית במקום העבודה וגורמת לכך כי על עובדי החברה המועברת, יחול הסכם חדש לחלוטין, אשר מעולם לא נחתם ומעולם לא נוצר על ידי מי מהצדדים לקשר העבודה. ברי כי מעולם לא נוהל משא ומתן לחתימה על הסכם שכזה. לכאורה, ניתן לטעון כי העובדים המועברים אינם שונים מכל עובד אחר אשר מצטרף למקום עבודה שבו קיים הסכם קיבוצי. ואולם על עובדים מצטרפים חל הסכם שהוא פרי ההסכמות בין הארגון היציג במקום העבודה לבין המעביד, ואילו החלה כאמור מטילה על היחסים בין הצדדים במיזוג הסכם כלאיים שאינו פרי הסכמה.

הנכון הוא כי סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים חל על מקרים "רגילים", שבהם חלים על העובד כמה הסכמים קיבוציים שהנם תולדה של משא ומתן ושל הסכמות בין ארגון העובדים לבין המעביד או ארגון המעבידים. דהיינו, ציבור עובדים מסוים יכול שייחנה מתחולתו של סעיף 23 עקב הסכם קיבוצי כללי החל על היחסים שבין ציבור העובדים לבין המעביד לצד תחולה של הסכם קיבוצי מיוחד על היחסים שבין ציבור העובדים לבין המעביד. ואולם מערך הזכויות הקבוע בהסכם הקיבוצי הכללי ובהסכם הקיבוצי המיוחד, הוענקו לעובד בהסכמת המעביד או בהסכמת נציגו של המעביד, ארגון המעבידים. לעומת זאת, בהתאם לפרשנות המחילה את סעיף 23 גם במקרה של מיזוג, הרי לעובד מוענקות זכויות שהמעביד או נציגו לא הסכימו להם מעולם. פרשנות של בית הדין הארצי לעבודה יוצרת הסכם קיבוצי "אנדרוגני" חדש המעניק מכלול זכויות העולות על הזכויות הקבועות בכל אחד מן ההסכמים הקיבוציים הנפרדים ויוצרת מצב קשה שבו, ללא הסכמת המעביד או נציגו וללא כל

משא ומתן קיבוצי, מוענקות זכויות שונות לציבור העובדים, אך ורק מכוח השינוי המבני במקום העבודה.

ניתן ללמוד על תמיכה בפרשנות המוצעת על ידי עיון בהוראות הייחודיות הקבועות בחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996. החוק האמור יוצר אף הוא הסכם "אנדרוגני" בהקשר הייחודי של העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם. סעיף 13(א) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם קובע תחולה סטטוטורית של הוראות ההסכם קיבוצי החלות על עובדים במקום העבודה שבו עובדים גם עובדי קבלן, על עובדי הקבלן, אשר אינם מועסקים על ידי המעביד, המשתמש, החתום על ההסכם הקיבוצי.⁴⁰ והנה, סעיף 13(ב) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם חוזר על הוראת סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים וקובע במפורש כי אם חלים על עובד חברת כוח האדם שני הסכמים קיבוציים, ההסכם הקיבוצי אצל מעבידו – חברת כוח האדם – וההסכם הקיבוצי אצל המשתמש, הרי בוחרים את ההוראה שהיא לטובת העובד מכל הסכם והסכם ומרכיבים מעין הסכם חדש, "אנדרוגני" לעובד חברת כוח האדם. נתמה – על שום מה חזר המחוקק על הוראות סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים, שהרי תחולתו הנה כללית. התשובה היא כי ייתכן שהמחוקק לא השחית מילותיו לריק, שכן במקרה שבו תחולת ההסכם הקיבוצי היא סטטוטורית ולא הסכמית, לא ניתן להחיל את סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים באופן אוטומטי. יש לקבוע הוראה ייחודית ומפורשת הקובעת את הכלל, וזאת לנוכח ההיגיון העומד בבסיס החוק, ויחסי הכוחות בהעסקה באמצעות קבלני כוח אדם. כך אפוא ניתן להבין את הסטייה הנקודתית מעקרון הדמוקרטיה התעשייתית, ואת הרצון להיטיב עם עובד כוח האדם, באופן המרבי.

יתרה מכך, הפרשנות אשר מאפשרת לעובד הנקלט ללקט את הטוב שבהוראות ההסכמים הקבוציים ייתכן שעלולה ליצור הפליה בהתייחס לעובדים של החברה הקולטת. עובדי חברת היעד יוכלו ליהנות מהטוב שבשני העולמות, רק משום שמוזגו. לעומתם, עובדי החברה הקולטת אינם זכאים לקבל את הזכויות העודפות האמורות. כיצד ניתן לנמק את ההבחנה האמורה בין הקבוצות השונות, כאשר אין שוני רלוונטי ביניהן? הנכון הוא כי פרשנות הגורסת כי במקום העבודה חלים שני הסכמים קיבוציים מכוח סעיף 18 לחוק, ואולם על כל עובד חל רק הסכם קיבוצי אחד אשר אינו משנה את מערך זכויותיו – היא הפרשנות שתוכל להתמודד מול טענות הפליה

⁴⁰ ראו סעיף 13 לחוק העסקת עובדים באמצעות קבלני כוח אדם לפיו: "(א) תנאי העבודה, ובמקום שיש בו הסכם קיבוצי – הוראות ההסכם הקיבוצי, החלים על עובדים במקום העבודה שבו עובדים גם עובדי קבלן כוח אדם, יחולו, לפי הענין, על העובדים של קבלן כוח האדם המועסקים באותו מקום עבודה, בהתאמה, בין היתר, לסוג העבודה ולותק בעבודה אצל המעסיק בפועל. (ב) חלים על העובד של קבלן כוח אדם יותר מהסכם קיבוצי אחד, ינהגו לפי ההוראה שהיא לטובת העובד; לענין סעיף קטן זה, "הסכם קיבוצי" – לרבות הסכם קיבוצי החל על עובדים מכוח סעיף קטן (א) או הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי העבודה אצל קבלן כוח האדם".

במקום העבודה. בהתבסס על סעיף 18 לחוק ההסכמים הקיבוציים ועל עקרון רציפות הזכויות, ניתן להבין את ההבדל בין זכויות קבוצת העובדים המועברת לבין זכויות קבוצת העובדים הקולטת, באופן שכל אחת מקבוצות העובדים מהווה קבוצת שוויון נפרדת, המותרת להבחנה, שכן בטרם המיזוג היו אלו חברות שונות ומפעלים שונים. ואולם איזה עיקרון יוכל לבסס מתן זכויות עודפות, בניגוד לשמירה על הזכויות הקיימות במקום העבודה, לקבוצת העובדים המועברת בהשוואה לקבוצת העובדים הקיימת במקום העבודה?⁴¹

2. סעיף 23 לחוק עוסק בהסכמים סותרים ובהסכמים סותרים בלבד

אף אם נדחה את הטענה האמורה לעיל, ונקבע כי סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים חל גם על מקרים שבהם תחולתו של אחד ההסכמים הנה סטוטורית (ואינה הסכמית), לא נוכל להיות שותפים לקביעתו הלכאורית של בית הדין הארצי לעבודה. הטיעון שמעלה נשיא בית הדין הארצי לעבודה במאמרו הוא כי סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים עוסק, אף בהתאם לכותרתו, במקרים של סתירה בין הסכמים בלבד. ניתן לראות בסעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים כ"נציג" כללי ברת הדין במשפט העבודה הקיבוצי. מטרתו לפתור את סוגיית ההוראות הסותרות בהסכמים קיבוציים. הוראה סותרת בהסכם קיבוצי היא הוראה שלא ניתן ליישבה עם הוראה אחרת בהסכם קיבוצי הנוסף שחל על היחסים שבין העובדים למעביד. אם הסכם קיבוצי פלוני קובע כי לצורך פיטורי עובד נדרשת הסכמתו של ארגון העובדים, ואילו הסכם קיבוצי אלמוני קובע כי לצורך פיטורי עובד נדרשת רק הודעה לארגון העובדים, לפנינו הוראות סותרות, שלא ניתן ליישמן יחדיו. במקרה זה יש ליישם את סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים ולקבוע כי יש ליישם את ההוראה המיטיבה עם העובד. ואולם הוראות אחרות בהסכמים הקיבוציים, הדומות במהותן אך שונות בכמותן, אינן בגדר הוראות סותרות, אלא יש להגדירן כהוראות חופפות.⁴² לדוגמה, הסכם קיבוצי פלוני מעניק תוספת ביגוד בסכום שנתי נקוב, ואילו הסכם קיבוצי אלמוני מעניק בעין חליפת ביגוד פעם בשנה. ניתן ליישם את שתי ההוראות באופן מצטבר. ההוראות האמורות אינן סותרות. לכן סעיף 23 כלל אינו חל על ההוראות העוסקות בביגוד. והנה, כאשר מתרחש מיזוג בין חברות המשתייכות לאותו מגזר עבודה, כדוגמת המיזוג שהתרחש בין בנק המזרחי לבנק טפחות, קיימת הנחה כי

⁴¹ זאת בהנחה כמובן, כי קבוצות העובדים מבצעות אותה עבודה ומיוצגות על ידי אותה נציגות עובדים. לעניין הפליה בין קבוצות עובדים עקב קיומו של הסכם קיבוצי בעת פירוק חברה ראו גם ראו בש"א 26806/05 עובדי החברה (בחוזים אישיים) נ' רוח' גבי טרבלסי (לא פורסם, 1.1.2006) (להלן: פרשת קלאב-מרקט).

⁴² אדלר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 42.

ההסכמים הקיבוציים החלים על הצדדים ליחסי העבודה מכילים הוראות חופפות רבות, שכן מטרת שני ההסכמים היא להסדיר תנאי עבודה נפרדים של עובדי בנק על רקע ההקשר התעשייתי בענף הבנקאות בישראל.

אם נקבל את הגישה שסעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים אינו חל במקרה של הסכמים חופפים,⁴³ אזי תחולתו במקרה של מיזוג אינה יכולה לסייע אלא במקטע המצומצם של הנושאים המוסדרים בהסכמים השונים המוציאים זה את זה.⁴⁴

ואולם אף במקטע האמור קיימת בעייתיות כפולה ביישומו של סעיף 23 לחוק במקרה של מיזוג. לכאורה, באותם המקרים שבהם מדובר בהוראות סותרות, יש לקבוע כי ההוראה המיטיבה עם העובד מבין שני ההסכמים היא אשר תחול על העובדים הממוזגים. ואולם ישנם מקרים שבהם בית הדין לעבודה קבע כי אכן מדובר בהוראות סותרות, אולם העניק לעובדים את שתי הזכויות באופן מצטבר. נוסף על כך, מתעוררת שאלה פרשנית בנושא טובת העובד. בעייתיות כפולה זו תוצג להלן.

3. על יישום במצטבר של הוראות סותרות

פרופ' רות בן-ישראל מכנה את ההוראות הסותרות בשם "מקורות מתחרים" ואת ההוראות החופפות בשם "מקורות משלימים". לדידה, ההבחנה נעוצה במענה לשאלה אם הזכויות האמורות שונות בכמותן אך זהות באיכותן. כך, במקרים אשר מדובר על זכויות הקבועות בהסכמים קיבוציים, **אשר תכליתן זהה ורק כמותן שונה**, מדובר על מקורות מתחרים שעליהן יש להפעיל את הוראות סעיף 23 בהתאם לעקרון טובת העובד.⁴⁵

⁴³ הכלל האמור נקבע בדב"ע לה/4-1 **רשות הנמלים – ברקת**, פד"ע ז 425 (1976). ראו גם דעתו של הנשיא אדלר בעס"ק 28/99 **הסתדרות העובדים הכללית נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**, תק-אר 03(3) 252 (2003) (להלן: פרשת **בזק**). יש לציין כי הנשיא אדלר מציין במאמרו (לעיל ה"ש 14, בעמ' 44) כי מומחים לדיני עבודה בארץ חלוקים בשאלת הפעלתו של סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים. ואולם התזה המוצעת במאמרו של הנשיא גורסת כי סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים חל על הסכמים סותרים.

⁴⁴ בית הדין הארצי לעבודה קבע כי אף שלשון סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים עוסקת ב"הוראה" בהסכם קיבוצי, אין להשוות באופן מכני וטכני הוראה מול הוראה, אלא יש לפרש כי הסעיף מתייחס לנושא המוסדר בהסכם למול אותו נושא המוסדר בהסכם הנוסף. על כך ראו אדלר, שם, בעמ' 47.

⁴⁵ כך, לדוגמה, אם בהסכם קיבוצי פלוני נקבעו 30 ימי חופשה ובהסכם קיבוצי אלמוני נקבעו 50 ימי חופשה, מדובר על מקורות שונים בכמותם אך זהים בתכליתם ולכן הנם מקורות מתחרים. משכך, בהתאם לסעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים, העובד יהיה זכאי לקבל 50 ימי חופשה. אם היינו מגיעים למסקנה כי מדובר על מקורות משלימים, שכן המקורות אינם זהים בתכליתם, (כגון ש-50 ימי החופשה נועדו למטרה מיוחדת, שאינה מטרת ימי החופשה הרגילים) הרי לא הייתה תחולה לסעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים, והעובד היה זכאי גם לקבלת 30 ימי חופשה וגם לקבלת 50 ימי חופשה מיוחדת. על כך ראו רות בן-ישראל **דיני עבודה ג 1274**–

ואולם רות בן-ישראל מציינת כי הפסיקה בארץ קבעה בעבר כי גם במקרה של הסכמים סותרים (מתחרים), ניתן לסטות מהעיקרון הקבוע בסעיף 23 ולהעניק את ההוראות הקבועות בהסכמים באופן מצטבר. כך נפסק לדוגמה בפרשת **א.א.א.ל**,⁴⁶ שם נדונו שני הסכמים קיבוציים, כללי ומיוחד, אשר העניקו תוספת פריון בשיעור שונה. פסק הדין קבע כי הוראות ההסכמים הנן הוראות סותרות. לכאורה, קביעה זו צריכה הייתה להוביל את בית הדין ליישם את העיקרון הקבוע בסעיף 23 לחוק, ולהעניק לעובד את הטוב שבהוראות. ואולם בית הדין הארצי לעבודה קבע כי יש ליישם את ההוראות בהסכמים הקיבוציים באופן מצטבר, כך שהעובדים זכאים לשני התשלומים בגין הפריון בעבודה. הנה כי כן, גם במקרה שלכאורה מדובר על הוראות סותרות (מתחרות), ייתכנו מקרים שבהם יש להעדיף את הכלל של פרשנות הסכמים קיבוציים כשלמות, ומשכך סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים לא יחול, והזכויות תוענקה באופן מצטבר.⁴⁷

והנה, כיצד ידע מעביד המתכנן לערוך מיזוג, מראש, מהן ההוראות הסותרות שיש להעניק באופן מצטבר, ומהן ההוראות הסותרות אשר עליהן חל עקרון "טובת העובד"? דווקא על רקע עריכת מיזוג, פרשנות ההסכמים הקיבוציים "כשלמות" אינה יכולה להעניק תשובות לשאלות חשובות אלו. בוודאי, מידה מסוימת של חוסר ודאות קיימת תמיד. ואולם, בענייננו, מדובר על אי-ודאות מהותית, בנוגע למכלול הזכויות של העובדים המועברים בעת המיזוג.

4. על עקרון טובת העובד

סעיף 23 קובע כי יש להפעיל את כללי הבררה בהתאם לעקרון טובת העובד. העיקרון האמור נדמה כפשוט, אולם במקרים מסוימים, קשה ביותר לקבוע מהי טובת העובד.⁴⁸ האם הוראה בהסכם קיבוצי פלוני המעניקה ביטוח מנהלים טובה יותר מהוראה בהסכם קיבוצי המעניקה ביטוח פנסיוני? בנוסף, מהו הדין החל על הוראות שטובת

1286 (האוניברסיטה הפתוחה, 2002).

⁴⁶ ראו פרשת **א.א.א.ל**, לעיל ה"ש 14. ראו את ביקורתו של הנשיא אדלר על פסק הדין במסגרת פרשת **בזק**, לעיל ה"ש 43, ובמסגרת מאמרו, לעיל ה"ש 14, בעמ' 44.

⁴⁷ אמנם במקרים אלו אי-תחולתו של סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים גרם להחלת הזכויות הקבועות בהסכמים באופן מצטבר (משלים), דהיינו לקבלת זכויות גם מכוח ההסכם האחד וגם מכוח ההסכם השני, אך לענייננו, חשובה ביותר הקביעה העקרונית, כי בית הדין הארצי מתייחס להסכמים הקיבוציים כשלמות, ומכוח התייחסות זאת סירב בית הדין הארצי להחיל את סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים. כמו בפרשות אלו, גם בענייננו, טענתנו בחיבור זה היא כי אין להחיל את סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים במקרה של תחולה סטוטורית של ההסכם הקיבוצי בעת מיזוג, עקב הצורך בהתייחסות לכלל הסכם קיבוצי כשלמות.

⁴⁸ ראו אדלר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 48.

עובד פלוני יכולה לגרוע מטובתו של עובד אלמוני?

מקרים כגון אלו מתרחשים תדיר על רקע עריכת מיזוגים והרמוניזציה של ההסכמים הקיבוציים הנדרשת עקב המיזוג. כך לדוגמה הדין במחוז בריטיש קולמביה בקנדה מעניק סמכות לבתי הדין להתערב בהסכמים קיבוציים ולקבוע הסדרים מתאימים במקרה שעקב מיזוג שנערך, חל על היחסים שבין הצדדים יותר מהסכם קיבוצי אחד. ואכן, מקרים שונים מגיעים לדין בפני בית הדין, בשאלה כיצד יש למזג את ההסכמים הקיבוציים בנושא של "רשימת ותק".⁴⁹ רשימת הוותק רלוונטית לדוגמה בעת עריכת פיטורי צמצום. בפיטורים על רקע כלכלי, קיימת חשיבות גדולה לוותק של העובד ולמיקומו ברשימת הוותק. נניח כי בהסכם קיבוצי פלוני היה דני, עובד בחברת היעד מדורג במקום הארבעים לפיטורים בעת פיטורי צמצום. במפעל הקולט, נמצא יוסי במקום הארבעים לפיטורים בעת פיטורי צמצום. כיצד מיישמים את עקרון טובת העובד (דני) מבלי לפגוע בטובתו של עובד אחר (יוסי)? בית הדין בקנדה החליט כי במקרים כגון אלו מיושמת שיטת "Dovetail" לאיחוד רשימות הוותק בהסכמים קיבוציים בעת מיזוג.⁵⁰ הנה כי כן, ברור כי ישום עקרון טובת העובד אינו פשוט ויכול להוות כר נרחב להתייבנות משפטית, בהיעדר הוראות ליישומו בדין הישראלי במקרה של מיזוג. ניתן כמובן לטעון כי במקרים שקשה לקבוע מהי טובת העובד, על העובד לבחור. ואולם טיעון זה מתעלם מהעובדה שבחינת העלויות הכרוכות בשינוי מבני מתבצע בטרם השינוי, ואין זה מעשי להשאיר מקרים אלו לבחירה מאוחרת של העובד.

⁴⁹ ראו: Forest Industrial Relations and Others v. Western Forest Products Inc., 2006 CanLII 31707 (BC L.R.B.) שם נקבע: "Whenever a successorship occurs and seniority lists need to be merged, there is always tension in the workplace. This is understandable because the seniority provisions of collective agreements carry with them specific rights, especially when it comes to potential layoff [...] the board's practice has been to order the dovetailing of seniority lists, absent compelling reasons to do otherwise"

⁵⁰ שתי שיטות עיקריות מיושמות לצורך מיזוג רשימות הוותק לאחר עריכת מיזוג. הראשונה, המכונה Dovetail, מורכבת מכלל העובדים בחברה הממוזגת בהתאם לתאריך תחילת עבודתם. השנייה, Endtail, שבה מוצמדת רשימת הוותק של החברה הנקלטת לסוף רשימת הוותק של החברה הקולטת. ראו גם את דברי בית המשפט העליון בקנדה בפרשת *Ivanhoe*, לעיל ה"ש 34, ס' 107, 111 לפסק הדין בנוגע לסמכות בית הדין להתערב בהסכמים הקיבוציים:

"The Quebec court of appeal recognized that under s.46, the labour commissioner had the power to integrate the former employees of the transferred undertaking into the seniority list maintained by the new employer [...]. as these examples illustrate, the need to amend or to refuse to transfer collective agreements has arisen in various contexts, for example when the new employer was already bound by a collective agreement and a seniority list".

5. על כללי התיאום בעריכת מיזוג

אם נקבל את הפרשנות שלפיה סעיף 23 חל רק על הוראות סותרות, אזי מהם הכללים שעל המעביד ליישם בנוגע להוראות החופפות הקיימות בהסכמים הקיבוציים? התשובה לשאלה האמורה נעוצה בכללי התיאום. במאמרו מציג נשיא בית הדין הארצי לעבודה את הדרך לקביעתם של כללי התיאום החלים על הוראות חופפות:⁵¹

"במקרים שקיימות הוראות חופפות והצדדים לא התייחסו לבעיה, נראה לי שיש לפרש את ההוראות לאור מטרת הצדדים. אם מטרת ההוראות אינה ברורה מלשון ההסכמים, יש לפרשן לאור מה שנראה לבין הדין כתוצאה המבטאה את מטרת הצדדים. כבסיס עובדתי לפירוש הוראות חופפות, על הצדדים להגיש לבית הדין את כל ההסכמים הקיבוציים ואחרים שנחתמו ביניהם, ולהסביר את התפתחות יחסי העבודה ביניהם, את ההבדלים בין ההסכמים ואת הבעיות המיוחדות שההסכמים באו לפתור [...]. יש להבין את ההסכמים בשלימותם, לשקול את כל הנתונים המבהירים את מטרת ההסכמים ולהחליט על סמך ההקשר התעשייתי."

והנה, התחקות אחר מטרת הצדדים ואומד דעתם היא ראויה, במקום שבו הייתה מטרה לצדדים בעת כריתת ההסכמים הקיבוציים המכילים נושאים חופפים. ברור כי במקרה שנחתם הסכם קיבוצי כללי או מיוחד, על הצדדים להסכם להתחשב בקיומם של כלל ההסכמים הקיבוציים הקיימים. ההסכמים החדשים נכרתים על רקע ההסכמים הישנים, וניתן לחלץ את מטרת הצדדים להסכם החדש במקרים כגון אלו ואת אומד דעת הצדדים בעניין מערך הזכויות ביום שאחרי כריתת ההסכם החדש. ואולם בעת עריכת מיזוג בין חברות המצב הוא שונה בתכלית השינוי. האם קיימים צדדים למשא ומתן ארגוני שבעת עריכת ההסכם הקיבוצי מביאים בחשבון כי ביום מן הימים הם ימוזגו עם חברה אחרת? האם ניתן במקרים כגון אלו לאתר את מטרת הצדדים?

נראה כי במקרה של מיזוג לא ניתן לעסוק עוד במטרת הצדדים לשם גיבוש כללי התיאום. כל צד להסכם קיבוצי ומטרתו הוא. כל הסכם קיבוצי ופתרונו הוא. ההוראות החופפות בהסכמים הקיבוציים המיוחדים בכל אחד מהבנקים לא יוכלו להיפתר על ידי התחקות אחר אומד דעת הצדדים או על ידי התפתחות מערכת יחסי העבודה בכל

⁵¹ אדלר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 45-46.

אחד מהבנקים. במקרים כגון מיזוג, כללי התיאום יצטרכו להיקבע תחת ההנחה כי לא התקיימה ואין מתקיימת כלל מטרה משותפת לצדדים. נשיא בית הדין לעבודה עסק במאמרו⁵² גם במקרים שבהם לצדדים לא הייתה מטרה משותפת, כלהלן:

"כיצד יתאם בית דין הוראות כאשר לצדדים לא הייתה מטרה או לכל צד הייתה מטרה אחרת?
במקרים כאלה, כאשר אין מטרה ברורה על בית הדין לקבוע לאור הכללים שצויינו לעיל מה המטרה הסבירה שהצדדים מסכימים עליה. שיקולים חשובים במקרה זה יהיו ההקשר התעשייתי ומכלול ההסכמים הקיבוציים שנחתמו בעבר[...] שיקול נוסף הוא להעדיף את ההוראה המיטיבה עם העובד כאמור בסעיף 23 לחוק הסכמים קיבוציים. גישה כזו לבחירה בין הוראות חופפות עשויה להיות מדיניות ראויה, אבל לא מחייבת [...].
על השופט להבין שאין הוא מיישם את השקפתו הסוביקטיבית, אלא מקבל מצב של יחסי עבודה בארץ כפי שהצדדים קבעו אותו, ובמסגרת זו מפרש הסכמים וקובע נורמות".

הנה כי כן, במצב שבו לצדדים לא הייתה מטרה או לכל צד הייתה מטרה אחרת, בית הדין צריך להידרש לסבירות המטרה שהצדדים מסכימים עליה ולהקשר התעשייתי. סעיף 23 ועקרונ טובת העובד הופך לשיקול אחד במערכת השיקולים לבחירה בין הוראות חופפות.

והנה, ההקשר התעשייתי עצמו מונח בפני בית הדין בדמות שני הסכמים קיבוציים שנכרתו על ידי הצדדים ליחסי העבודה. מה יותר סביר ממתן המשכיות לתנאי העבודה של העובדים הממוזגים המוגנים על ידי ההסכם הקיבוצי? האם נוכל לטעון כי הענקת "הטוב שמבין שני ההסכמים" יכול לשמש ככלל תיאום העולה בקנה אחד עם ההקשר התעשייתי ועם מטרה סבירה שהצדדים מסכימים עליה? שהרי הצדדים הסכימו בעבר על מכלול תנאי עבודה המוסדר בהסכמים הקיבוציים. הנכון הוא כי הענקת הטוב שבין שני ההסכמים, משמעותה סטייה מההקשר התעשייתי ומהמטרה הסבירה שהצדדים הסכימו עליה.

ובכן, בין שנקבל את הטיעון שלפיו דרישת ההקשר התעשייתי ודרישת הסבירות אינם מובילים לבחירת ההוראות הטובות שבין שני ההסכמים ובין שלא, נסכים כי עצם היעדרם של כללי תיאום ברורים בנוגע להוראות חופפות מהווה פגיעה קשה בעקרונ הוודאות. מעביד אשר מעוניין לבחון את עלויות המיזוג יתקשה בהערכה כאמור. עורכי דין המתבקשים להעריך את זכויות העובדים לאחר המיזוג יתקשו במתן

⁵² אדלר, שם, בעמ' 46.

פתרונות. בהיעדר כללי תיאום, נראה כי בית הדין יידרש לסכסוכים רבים על רקע המיזוג, סכסוכים שיכלו להימנע לטובת הצדדים והמשק.

המשפט המשווה בסוגיה זו מלמד כי מדינות שונות מצאו פתרונות שונים לסוגיה. בקנדה הוענקה סמכות נרחבת לבתי הדין להתערב בהסכמים קיבוציים ולקבוע הסדרים לאחר מיזוג, כאשר חלים על הצדדים יותר מהסכם קיבוצי אחד.⁵³ הסמכות האמורה מיושמת על ידי המועצות ליחסי עבודה במקרים של מיזוג.⁵⁴ ביפן, במקרים שבהם המיזוג אינו מלווה בהסכם בין המעביד לארגון העובדים, קובע המשפט המקובל כי המעביד יכול באופן חד-צדדי לשנות את תנאי העבודה לשם התאמתם למקום העבודה החדש הממוזג, ולשם איחוד הההוראות בהסכמים הקיבוציים השונים, ובתנאי ששינויים אלו הם סבירים. קריטריונים מספר משמשים להערכת הסבירות האמורה: נחיצות השינויים האמורים; עצמת הפגיעה בעובדים

⁵³ ראו פרשת *Ivanhoe*, לעיל ה"ש 34, פס' 109 לפסק הדין וההפניות שם. ראו סמכויות שהוענקו לבתי הדין על רקע שינוי מבני בפרובנציית בריטיש קולמביה (British Columbia) לפי ה-
:Labour Relations Code, [RSBC 1996] c. 244 § 35(5) (BC.)

"The board, having made an inquiry or directed a vote under this section, may:
[...]

- (d) modify or restrict the operation or effect of a provision of a collective agreement in order to define the seniority rights under it of employees affected by the sale, lease, transfer or other disposition, and
- (e) give directions the board considers necessary or advisable as to the interpretation and application of a collective agreement affecting the employees in a unit determined under this section to be appropriate for collective bargaining".

וראו גם את הסמכויות שהוענקו בפרובינציית קוויבק (Quebec) לפי ה-
Quebec Labour Code, R.S.Q. c. C-27 § 46 (as was amended, 2009)

"Where two or more associations of employees are concerned by the application of sections 45 and 45.3, the Commission may also, to the same end [...]

- 4) merge bargaining units and, where two or more collective agreements apply to the employees of the new employer included in a bargaining unit resulting from the merger, determine the collective agreement that remains in force and make any modification or adaptation to the provisions of the collective agreement it considers necessary [...] The merger of bargaining units entails the merger, if any, of the employees' seniority lists to which they applied, according to the rules determined by the Commission governing the employees' integration".

ניתן לצפייה בכתובת: www.canlii.org/en/qc/laws/stat/rsq-c-c-27/latest/rsq-c-c-27: (נבדק
לאחרונה ב-24.12.2009).

⁵⁴ ראו Evergreen Saving Credit Unions & Others, 2005 CanLII 27140 (BC L.R.B.),
.Hayes Forest Services Lt,d. 2006 CanLII 14559 (BC L.R.B.)

עקב השינויים והצעדים שנעשו על מנת להפחית את עצמת הפגיעה; תנאי העבודה החדשים בהשוואה להקשר התעשייתי; מאמציו של המעביד להשיג בתום לב את ההסכמה של רוב העובדים לשינויים.⁵⁵

ו. על ההסכם הקיבוצי כנכס

בפרשת קלאב-מרקט נקבע על ידי בית המשפט המחוזי כי ההסכם הקיבוצי הנו סוג של נכס, אשר בגינו ניתן לבחין בין קבוצות נושים שונות לצורך דיני חדלות הפירעון. באחת מהחלטותיה במסגרת אותה פרשה, שבה עתרו העובדים בקלאב מרקט אשר הועסקו בחוזים אישיים כנגד כוונה לשלם לעובדים המאורגנים דיבידנד פירוק, קבעה השופטת אלשיך כי ניתן להתייחס להסכם הקיבוצי כנכס, ולכן ניתן להבחין בין העובדים המאורגנים לבין העובדים בחוזים אישיים לצורך חלוקת דיבידנד, וכלשונה:⁵⁶

"מן הכלל אל הפרט: ניתן בהחלט להתייחס להסכם הקיבוצי, בנסיבות העניין, כסוג של "נכס" בלתי-מוחשי העומד לזכות העובדים המאורגנים; ערכו של הנכס הינו בהבטחת זכויותיהם ובהסדרת יחסי העבודה, באופן המקנה להם וודאות ובטחון. אלא, שהצעת ההסדר היחידה אשר עמדה על הפרק, דרשה את ביטולו של אותו נכס רב-חשיבות בדמות הסדר. אי לכך, אין כל פסול אינהרנטי בעובדה כי הנאמנים נאלצו "לרוכשו" מן העובדים בעד תמורה כספית, אשר התבטאה בנסיבות המקרה בפיצויים מוגדלים וכיוצא באלו. אכן, קיים קשר הדוק בין התמורה דנן לבין הרעת תנאי העבודה העתידיים, אולם דבר זה אך הולם את טיבו של "הנכס שנרכש" מיד העובדים, שכל טיבו היה לספק בטחון ולמנוע הרעת תנאים חד-צדדית.

המסקנה מכל האמור לעיל הינה, כי נושים אחרים באותה קבוצה (במקרה זה – עובדים) אשר לא החזיקו בבעלות על "נכס" דומה, לא זכו לאותה תמורה שקיבלו העובדים המאוגדים בהסכם הקיבוצי. יוצא, כי אין עסקינן כלל ועיקר באפליה פסולה בין שווים, נהפוך הוא."

⁵⁵ Ryuichi Yamakawa, *Labor Law Issues Relating To Business Reorganization In Japan*, 40 JAPAN LABOUR BULLETIN (Feb, 2001) (עותק המאמר שמור במערכת) וראו גם Makoto Ishida, National Report: Japan 8-9 (International Society For Labor And Social Security Law, 8th Asian Regional Congress, 2005).

⁵⁶ פרשת קלאב-מרקט, לעיל ה"ש 41, ס' 3 לפסק דינה של השופטת אלשיך.

הנה כי כן, בהתאם לגישה העולה מפרשת **קלאב-מרקט**, ההסכם הקיבוצי הנו נכס בלתי מוחשי העומד לזכות העובדים המאורגנים, וערכו – בהבטחת זכויותיהם ובהסדרת יחסי העבודה במקום העבודה.

לטענתנו, ההסכם הקיבוצי הנו בבחינת נכס לא רק לעובדים המאורגנים, אלא גם למעביד המאורגן. בדומה לעובדים, גם למעביד ההסכם הקיבוצי מבטיח את הסדרת יחסי העבודה ואת העבודה הסדירה במקום העבודה. גם המעביד הנו צד להסכם הקיבוצי. כך לדוגמה מבטיח ההסכם הקיבוצי את הליך סיום יחסי העבודה והליכים אחרים, אשר מהווים נכס למעביד, כגון תקנון משמעת ועוד. על פי רוב כוללים ההסכמים הקיבוצים גם סעיפי שקט תעשייתי, המבטיחים למעביד גם שקט תעשייתי ואיסור לנקוט פעולות ארגוניות בנושאים אשר הוסכמו במסגרת ההסכם הקיבוצי ובזמן ההסכם הקיבוצי.

במובן הזה, ההסכם הקיבוצי אינו נכס חד-צדדי, אלא הנו נכס דו-צדדי – הן לעובדים והן למעביד. והנה, סעיף 323 לחוק החברות קובע כי תוצאת המיזוג הנה שכל הנכסים והחייבים של חברת היעד, לרבות חיובים מותנים עתידיים ידועים ובלתי ידועים, יועברו ויוקנו לחברה הקולטת.

הנה כי כן, בהתאם לחוק החברות, לחברת היעד המתחסלת, ולמעביד הרוכש, דהיינו לחברת המטרה מוקנים ומועברים כלל נכסי חברת היעד. אחד מהנכסים הבלתי מוחשיים המועברים, בדומה לקניין הרוחני, הנו ההסכם הקיבוצי. הסכם זה מועבר לחברה הקולטת כנכס, במובן של: "יחסי העבודה כבר מוסדרים בחברת היעד. כל מה שעליך לעשות הוא לקרוא את ההסכם הקיבוצי ולדאוג לביצועו. אין כל צורך בתוספת עלות כלשהי". ברי כי במסגרת בחינת הנאותות לרכישת חברת היעד, מבצעת החברה הקולטת גם את הערכת ההתחייבויות הכספיות מכוח ההסכם הקיבוצי. ואולם לאחר ההחלטה על רכישת החברה ומיזוגה, המשמעות של העברת הנכסים לאחר המיזוג מהבחינה התאגידית הנה כי כלל נכסי חברת היעד והתחייבויותיה מועברות לחברה הקולטת, באופן שהחברה הקולטת אינה צריכה להוסיף ולרכוש דבר, שכן כל שהיה לחברת היעד מועבר לחברה הקולטת כפועל יוצא של המיזוג.

והנה, הפרשנות שלפיה העובדים יכולים ליהנות מהטוב שבין שני ההסכמים הקיבוציים מנוגדת לסעיף 323 לחוק החברות. שכן, לכאורה, החברה הקולטת מאבדת את הנכס שהיה שייך לחברת היעד – נכס הסדרת יחסי העבודה. שכן בהתאם לפרשנות האמורה, החברה הקולטת אינה רוכשת את חברת היעד ואת ההסכם הקיבוצי שלה כנכס, אלא חייבת להוסיף ולהעניק זכויות חדשות, עדיפות על הנכס שנרכש עקב המיזוג, בהתאם לתחולתו של סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים. בכך נפגע העיקרון הקבוע בסעיף 323 לחוק החברות. מחירו של נכס לא יכול להשתנות רק משום שהוא נקנה על ידי החברה הקולטת.⁵⁷

⁵⁷ ניתן לטעון, כי בניגוד לנטען לעיל, יכול רכש פוטנציאלי לשכלל את עלות שילובם של

הנה כי כן, בהתאם לסעיף 323 לחוק החברות, יש לראות בהסכם הקיבוצי של חברת היעד כנכס אשר עובר בשלמותו לחברה הקולטת, מבלי שהחברה הקולטת תצטרך לרכוש נכסים נוספים (דהיינו, הסכם קיבוצי חדש המורכב מהטוב שבין הוראות ההסכמים הקיבוציים) כפועל יוצא של המיזוג. לכן הטענה הנה כי פרשנות אחרת, אשר מחייבת הוספת עלויות לרכישת הנכס אינה מתיישבת גם עם ההיגיון העומד בבסיס דיני החברות בנושא המיזוג.

ז. יישום הקביעה הלכאורית על דפוס התארגנות שונה

אימוץ הפרשנות שלפיה העובד רשאי לבחור לעצמו את הטוב שבהוראות שני ההסכמים קשה עד מאוד ליישום על דפוס התארגנות שונים מדפוס ההתארגנות הנהוג במערכת הבנקאית בישראל. הפרשנות האמורה אף עלולה להוביל לתוצאות אבסורדיות אשר אינן מתיישבות עם מערכת יחסי עבודה קיבוציים תקינה.

כך לדוגמה קיימים מקומות עבודה מאורגנים אשר יחסי העבודה שלהם מוסדרים במסגרת הסכמים קיבוציים מפעליים, דהיינו, הסכם קיבוצי מיוחד לכל מפעל ומפעל, אשר מתחשב בייחודיותו של המפעל עקב מיקומו הגאוגרפי ושאר מאפיינים אחרים. נניח כי התאגיד אשר שולט במפעלים אלו מיזג מפעל נוסף לעסקו. אם נרצה ליישם את קביעתו הלכאורית של בית הדין הארצי לעבודה, הרי שיחולו על העובדים הממוזגים ההסכמים הקיבוציים של התאגיד הקולט ושל המפעל הנקלט. ואולם, כאמור לעיל, אילו הסכמים קיבוציים מיוחדים החלים על התאגיד הממוזג יחולו על עובדי המפעל הנקלט? האם רשאים העובדים במפעל הנקלט ללקט את ההוראות הטובות ביותר מתוך מכלול ההסכמים הקיבוציים המיוחדים החלים על התאגיד הממוזג? ומה יהיה הדין בנוגע להוראות בהסכמים קיבוציים המיוחדים של התאגיד אשר מקורן בדפוס העבודה השונים עקב הבדלים השוררים בין המפעלים השונים של התאגיד, אם העובדים המועברים מחולקים למפעלים שונים בתאגיד? כך, לדוגמה, כאשר מדובר במעביד שחלים עליו כמה הסכמים קיבוציים מיוחדים, לאיזה מבין ההסכמים הקיבוציים המיוחדים תיערך ההשוואה עם זכויותיהם של עובדי המפעל הנקלט? ועוד – מה הדין במקרה של עובדים מועברים שחלים עליהם גם הסכמים קיבוציים כלליים ענפיים? האם במקרה כזה יש ללקט את הטוב שמבין שלושת ההסכמים הקיבוציים?

ההסכמים הקיבוציים בדרך של חישוב זכויות "הטוב מבין השניים". משכך, יכול הרוכש הפוטנציאלי לדעת בדיוק כמה רכישת החברה תעלה לו, מבחינת עלות רכישת ההסכמים הקיבוציים. ואולם הטענה האמורה מניחה כי מכלול הזכויות ידוע וניתן להשוואה מראש. לא זה המצב בפועל, והביצוע של הבחינה האמורה אינו מעשי, הלכה למעשה, שכן קשה ביותר לדעת מראש אם מדובר בזכויות שוות או בזכויות שלגביהן ייטען כי הן זכויות בלתי שוות ולכן צריכות להינתן באופן מצטבר.

הנקודה האמורה לא התעוררה בפרשת **בנק המזרחי**, משום שמאפייני העבודה במערכת הבנקאית בישראל אינם שונים כמעט בין סניף לסניף, ודפוס יחסי העבודה מוסדר בחוקת עבודה מרכזית ולא במערכת סבוכה של הסכמים קיבוציים מיוחדים. ואולם, כאמור לעיל, אימוץ הפרשנות האמורה, עלולה להוביל למקרים אבסורדיים, רק משום שדפוס ההתארגנות הנו שונה. גם מסיבה זו יש לאמץ את התזה הפרשנית המוצעת, אשר דפוס ההתארגנות אינו משפיע על אופן יישומה.

ח. על הענקת זכות וטו בעת שינוי מבני

הקביעה הלכאורית של בית הדין הארצי לעבודה אף אינה מתיישבת עם הרצון לקיים סביבה רצויה שהפתרון המשפטי נדרש לה בהקשר של יחסי הכוחות במשפט העבודה.⁵⁸ אימוץ הפרשנות שלפיה יכול עובד לבחור את הטוב שבהוראות ההסכמים הקיבוציים ואי-קביעתם של כללי תיאום, מעניקים, הלכה למעשה, זכות וטו לארגון העובדים על ביצוע השינויים המבניים, וזאת בניגוד להלכות קודמות שיצאו מתחת בית הדין הארצי לעבודה. בית המשפט העליון ראה באור חיובי את ביצועם של שינויים מבניים במשק. ובלשונו בפרשת **רמת"א**:⁵⁹

"אכן, לביצועם של שינויים מבניים יש חשיבות רבה להתנהלותו התקינה של המשק. בדרך כלל שינויים אלה מתבצעים על מנת לייעל את התנהלותם של גופים כלכליים".

בפסיקה עקבית סיווג בית הדין הארצי את ההחלטה על עריכת שינוי מבני כהחלטה השייכת לפרוגטיבת המעביד, וככזו – כמסורה לשיקול דעתו הבלעדי של המעביד, בכפוף לחובות המוטלות על המעביד בנוגע להשלכות החלטתו על ציבור העובדים.⁶⁰

⁵⁸ עמד על כך השופט אור, בפרשת **רמת"א**, לעיל ה"ש 21, פס' 39 לדבריו: "את נושא האיזון של יחסי הכוחות בין הצדדים, יש לבחון על פי ההשפעה של הפתרון המשפטי על יצירת סביבה מתאימה לניהול משא ומתן הוגן בין הצדדים המעורבים [...] ביצירת סביבה הוגנת, הכוונה היא גם לכך, שלא ייווצר חוסר איזון בלתי ראוי בכוח המיקוח של הצדדים. שלא יהיה, מצד אחד, עידוד לעובדים להתנהג באופן אופורטוניסטי או בלתי סביר על חשבון המעביד, ומצד שני, שלא ייווצר עידוד למעבידים לנצל את כוחם".

⁵⁹ פרשת **רמת"א**, שם, בעמ' 556–557.

⁶⁰ ראו עס"ק 400005/98 **הסתדרות העובדים הכללית נ' מדינת ישראל**, תק-אר 13893 (1)00, 13900 (2000) (להלן: **פרשת מנהל ומשק**), שם סווג בית הדין הארצי לעבודה את השינויים המבניים כנושאים מעורבים ולגביהם פסק כי: "האם מוטלת על המעסיק המאורגן חובה לנהל משא ומתן גם לגבי "נושאים מעורבים"? הכלל הוא, כי החלטות ב"נושאים מעורבים" יתקבלו על ידי המעסיק בלעדית. בידי המעסיק סמכות לקבוע מדיניות בנוגע לניהול רכושו ולהחליט על פיה, ואין הוא חייב להיוועץ בעובדים או לנהל משא ומתן קיבוצי לגבי עצם ההחלטה. עם

בית המשפט העליון קבע כי זכות הקניין של המעביד כוללת בחובה, בין השאר, את זכותו לבצע שינויים מבניים, על פי החלטתו, ובכלל זה, הליכי מיזוג:⁶¹

"אשר למעביד, מוקנית לו זכות קניינית בעסקו המעוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. פררוגטיבת הניהול של המעביד בעסקו, הנוגעת מזכות יסוד זה, מקנה לו חופש פעולה בניהול עסקו ובביצוע פעולות שונות הנוגעות לו, כולל שינויים מבניים כגון הפרדה, הפרטה, מיזוגים, רכישות, מכירות וכיוצא באלה [...]. התועלת אשר ביסוד זכות זו ברורה: הכוח לבצע שינויים עסקיים וניהוליים בעסק מוקצה לאותו גוף שהוא בעל העסק – לו הזכות הקניינית בו וכנגזרת מזכות זו, הזכות לעשות בעסק כעושה בשלו. זה גם הגוף אשר יש לו את התמריץ המתאים לנהל את העסק באופן מיטבי. גוף זה הוא המעביד שכן אחדות האינטרסים השוררת בין המעביד לעסק יוצרת הנחה כי יהיו לו התמריצים הנאותים להבטיח את הצלחת העסק ושגשוגו. בכך ייטב הן למעביד, והן לכל הקבוצות שיש להם עניין בשגשוגו של העסק והצלחתו כגון עובדיו, נושיו, צרכנים הזקוקים לתוצרת שלו והמשק בכללותו. פררוגטיבה זו משתרעת הן על שינויים הנוגעים למבנה הפנימי של המשק כגון שינויים בשיטות העבודה ובנהלי העבודה והן על שינויים מבניים" (ההדגשה הוספה – נ.פ. וע.ע.).

הנה, בפרשת **דיסקונט** דחה בית הדין הארצי לעבודה את התזה שלפיה יש לעובדים זכות וטו על שינויים מבניים במקום העבודה.⁶² בפועל, בפרשנות שמאפשרת לכל

זאת, מכיוון שהחלטות מן הסוג הנ"ל הן בעלות השלכה משמעותית על תנאי העבודה במפעל ועל יחסי העבודה בו, חייב המעסיק לנהל משא ומתן לגבי השלכות וההשפעות שיש להחלטות שהוא מקבל ומיישם. לדוגמה: בפרשת שק"ם נפסק, כי המדינה רשאית למכור את חנויות השק"ם לחברה פרטית וכן למסור באמצעות מכרז, את הזיכיון על השקמיות. אולם, בד בבד נקבע, כי לעובדים קמה הזכות לנהל משא ומתן קיבוצי לגבי הפיזיו והביטחון התעסוקתי לו יזכו בעקבות הליך ההפרטה. משא ומתן כאמור, התנהל בפועל".

ראו פרשת **רמת"א**, לעיל ה"ש 21, ס' 26 ו-31 לפסק דינו של השופט אור, בעמ' 541 ו-546. ראו עס"ק 1013/04 **בנק דיסקונט בע"מ נ' ההסתדרות הכללית החדשה**, תק-אר (3)04, 186, 194 (2004): "השאלות הנוגעות לאיזון בין חירות השביתה לבין הפגיעה באמינות שוק ההון הן כבדות משקל ובעלות השלכות רחבות. מלאכת האיזון בין הזכויות והאינטרסים המעורבים בעניין זה, מלאכה קשה היא גם מקום בו ננקטים עיצומים שלא בתקופה של העברת הבעלות במניות השליטה בבנק. מלאכת האיזון קשה שבעתיים כאשר תוצאת הפגיעה היא, בין השאר, מניעת מכירת הבעלות במניות המדינה בבנק. כפי שנאמר לעיל, אין אנו נדרשים להכריע בשאלה זו במסגרת הערעור שלפנינו. זאת מאחר שכפי שנרחיב בהמשך, סבורים אנו כי בנסיבותיו של הליך זה, יש ליתן צו המונע את העיצומים שנוקטים עובדי הבנק, מן הטעם שאין

61

62

עובד לבחור את ההוראות המיטיבות מכל הסכם קיבוצי, ובהיעדר כללי תיאום, יש משום יצירת זכות "וטו" דה-פקטו לנציגות העובדים בנוגע למהלך המיזוג וגלומה כאן התניית עצם המהלך בחתימת הסכם עם נציגות העובדים. ויובהר, בהיעדר הסכם כאמור, אין למעביד כל ודאות כלכלית בנוגע לעלויות הכספיות של השינוי המבני. בנושא זה ניתן לטעון כי אין מדובר בזכות "וטו" אלא בייקור העסקה בלבד. ואולם מכיוון שאין מדובר על זכויות חד-משמעיות, אלא על זכויות הנתונות לפרשנות, הרי הדרישה בפועל תהיה שארגון העובדים יסכים לביצוע המיזוג. נזכיר כי המעביד חשוף לקביעה כי הוראות סותרות יוענקו במצטבר, ואינו יכול להשתמש בכללי תיאום מוגדרים מראש.⁶³ מדובר במצב של חוסר ודאות כלכלית אשר עלול לסכל שינויים מבניים רצויים במשק. ודוק, בהתאם לתזה שאנו מצעים ועל פי המקובל בפסיקה, אין ארגון העובדים יכול להטיל זכות וטו על השינוי המבני ולהקשות על ביצוע המיזוג, שכן עלות המיזוג ידועה מראש ואינה נתונה לשיקול דעתו של כל עובד ועובד.

ט. סיכום

מטרתה של רשימה זו הייתה להצביע על הבעייתיות הנובעת מקביעתו הלכאורית של בית הדין לעבודה העוסקת בזכויות העובדים המאורגנים בעת מיזוג. טענתנו היא כי בקביעה שבעת מיזוג רשאי העובד ללקט את ההוראות המיטיבות מההסכמים הקיבוציים החלים על החברה הקולטת ועל חברת היעד יש משום פגיעה בעקרון הרציפות במקום העבודה, בעקרון הדמוקרטיה התעשייתית ובעקרון השוויון. עוד נטען כי החלתו של סעיף 23 לחוק ההסכמים הקיבוציים מתייחדת רק להסכמים סותרים. משכך, קיים צורך ברור בקיומם של כללי תיאום ידועים מראש לשם קביעת תנאי עבודתם של העובדים הממוזגים. כמו כן, נטען כי הפרשנות הרואה בהסכם הקיבוצי נכס דו-צדדי אינה מתיישבת אף היא עם הקביעה הלכאורית של בית הדין הארצי לעבודה. לבסוף, הוצגה הטענה שלפיה במקרים של דפוס התארגנות שונה תוביל הקביעה הלכאורית למצבים בעייתיים אף יותר, והיעדר הוודאות עשוי להוביל לזכות וטו, דה פקטו, על עריכת השינוי המבני.

⁶³ להעניק לעובדים זכות ווטו על מכירת מניות השליטה בבנק".

על כך ראו לעיל ה"ש 45.