

אורית זילוני-קליינמן, שותפה
ישיר: (03) 608-9853
פקס: (03) 608-9810
orit.zilony-klinman@goldfarb.com

17 בספטמבר 2015

ד' תשרי תשע"ו

תיק: 8907/1

לכבוד

מר יוסי פתאל, מנכ"ל

לשכת מארגני תיירות נכנס לישראל

מר פתאל הנכבד,

הנדון: בחינת שאלת יחסי עובד-מעביד בין מורי דרך לבין סוכנויות נסיעות

נתבקשנו על-ידי לשכת מארגני תיירות נכנסת לישראל לחוות דעתנו אודות השאלה האם מערכת ההתקשרות שבין סוכנות נסיעות לבין מורי דרך הינה מערכת יחסי עובד-מעביד החוסה תחת דיני העבודה, או שמא ניתן להגדיר מערכת יחסים זאת כיחסי מזמין שירותים – ספק שירותים, אשר התמורה בגינה משולמת כנגד חשבונית.

חוות דעתנו מתבססת על העובדות וההנחות כפי שנמסרו לנו על-ידיכם, ועל מיטב הבנתנו את הוראות הדין הישראלי בעניין הנדון בעת מסירת חוות הדעת בלבד. אין וודאות כי בית המשפט ו/או רשות מוסמכת אחרת, אם עניין זה יבוא לפניו, יגיעו למסקנות דומות לאלו שאנו הגענו אליהן בחוות הדעת. כמו כן, אין אנו מחויבים להודיעכם על שינויים שבדין ו/או על השלכות אפשריות של שינויים אלה או של התפתחויות עובדתיות על חוות דעת זו, אם וככל שיהיו. יודגש, כי חוות דעתנו מוגבלת לנושאים הנדונים בה בלבד ואינה מתייחסת, במשמע או באופן אחר, לנושאים אשר אינם מאוזכרים במפורש להלן.

א. הנחות

1. כיוון שחוות דעתנו אינה עוסקת במקרה קונקרטי אלא בשאלה כללית, אין מקום לניתוח מצב עובדתי כזה או אחר. יחד עם זאת, לצורך חוות הדעת, נניח את ההנחות העובדתיות הבאות (מובן כי אם הנחות אלה אינן נכונות הרי תוצאת חוות דעתנו עשויה להיות שונה):

- 1.1 מורי הדרך בהם אנו עוסקים, אינם מספקים לסוכנות הנסיעות שירותי הסעות והם אינם מגיעים עם רכב הסעות השייך להם.
- 1.2 סוכנות הנסיעות מבקשת ומקבלת את שירותי מורי הדרך במסגרת עסקה בתיירות נכנסת, במסגרתה מספקת סוכנות הנסיעות לתיירים שירות כולל (הסעות, לינה וכד') לרבות שירותיו של מורה הדרך.
- 1.3 השירות אותו מספקים מורי הדרך לסוכנות הנסיעות הינו אישי, ואין מורי הדרך רשאים על דעת עצמם להחליט כי מישהו מטעמם יספק את השירות במקום.

ב. המסגרת הנורמטיבית ודיון בשאלה כיצד נקבעים יחסי עובד ומעביד

2. בטרם נפנה לדון בשאלת טיב מערכת היחסים בין מורה הדרך לבין סוכנות הנסיעות, עלינו לבחון את המבחנים הכלליים אשר נקבעו על ידי בתי הדין לעבודה בהקשר זה.
3. נקודת המוצא לדיון, אשר נקבעה בפסיקת בתי הדין לעבודה¹, הינה ששאלת קיומם של יחסי עובד-מעביד הינה שאלה של מעמד (סטטוס), אשר נלמד ונגזר ממסכת היחסים בין הצדדים כפי שנרקמה בפועל על פי מבחנים

¹ דב"ע נה/3-145 מדינת ישראל, משרד השיכון – יעקב בוכריס, פד"ע לוי' 1; עע (ארצלי) 231/05 חיים קרן נ' הדסים חברה לפיתוח חקלאי בע"מ ועוד.

אובייקטיבים שפותחו על ידי בתי הדין לעבודה. משמעותה של נקודת מוצא זאת הינה שאין חשיבות ממשית לשאלה כיצד הגדירו הצדדים את היחסים שביניהם לרבות לשאלה מה כתוב בהסכם ההתקשרות ונסיבות חתימתו.²

4. בהקשר זה חשוב להדגיש כי המבחן לקביעת מעמדו של אדם כ"עובד" או כ"ספק שירותים עצמאי" אינו תלוי במקצועו או בעיסוקו של אותו אדם. כך לא ניתן לקבוע קביעה גורפת, כי מי שעוסק במקצוע מסוים (ולעניינו מורה דרך) הינו ספק שירותים עצמאי או עובד, ובכל מקרה תיבחן מערכת היחסים בהתאם לנסיבות העניין ולאור אותם מבחנים.³

5. בבואם להכריע בשאלה האם פלוני הוא "עובד" או לא, נוקטים בתי הדין לעבודה במבחן המכונה "המבחן המעורב", אשר המרכיב הדומיננטי בו הוא "מבחן ההשתלבות", אשר אומץ כמבחן המועדף. למבחן ההשתלבות שני פנים: הפן החיובי והפן השלילי.

5.1 הפן החיובי – השאלה האם קיים "מפעל" שניתן להשתלב בו, שהפעולה המבוצעת נדרשת לפעילותו הרגילה של המפעל ושמבצע העבודה מהווה חלק מהמערך הארגוני הרגיל של המפעל ועל כן אינו גורם חיצוני.

5.2 הפן השלילי – מספק השירות בו מדובר אינו בעל עסק משלו המשרת את המפעל כגורם חיצוני. מבחני המשנה לבחינת הפן השלילי הינם בעיקר סיכויי רווח וסכנת ההפסד, והשאלה מי השקיע באמצעי הייצור.

6. לאור הדומיננטיות של מבחן ההשתלבות, הרי בהתקיים באדם סימני ההיכר, החיובי והשלילי של מבחן ההשתלבות, מוכרים יחסי עובד ואין צורך לבדוק סממנים ומבחנים נוספים כדוגמת מבחן הקשר האישי.

7. בטרם נסיים חלק כללי זה, נדגיש כי בשנים האחרונות גברה המגמה בפסיקת בתי הדין לעבודה להכיר במערכות יחסים למתן שירותים כמערכות יחסים של עובד-מעביד, וזאת מתוך שיקולי מדיניות רחבים והגנה על אוכלוסיות שלמות המספקות שירותי עבודה אך אינן נהנות מהמטריה ומההגנה של דיני העבודה.

ג. יישום עקרוני של המבחנים הכלליים על מורי הדרך ובחינת פסיקת בתי הדין לעבודה בסוגיה זאת

8. כאמור לעיל אין אנו עוסקים בנייתוח של מקרה קונקרטי, ואולם, ניתן לבחון באופן עקרוני את החלתם של מבחני הפסיקה על מורי דרך, תוך הצמדות להנחות שהנחנו לעיל, ותוך בחינת המצב המשפטי הקיים.

8.1 בחינת הפן החיובי של מבחן ההשתלבות במסגרת התקשרות בין מורי דרך לבין סוכני נסיעות מעלה, כי באופן עקרוני הוא אכן מתקיים. סוכנויות נסיעות עוסקות בארגון וביצוע של טיולים ומדריך טיולים הוא גורם מרכזי בביצוע טיולים אליהם נלווה מורה דרך כחלק משירותי סוכנות הנסיעות לתיירות נכנסת. ללא מורי הדרך לא ניתן לקיים את עסקם של סוכנויות הנסיעות לתיירות נכנסת כפי שהוא כיום. בהקשר זה נציין, כי עוד בשנת 2002 פסק בית הדין הארצי לעבודה, כי התקיימו יחסי עובד-מעביד בין מדריך טיולים לבין חברת דן יונייטד, חברה שעסקה בתכנון וארגון טיולים.⁴

8.2 בחינת הפן השלילי של מבחן ההשתלבות מצריכה בדיקת נקודתית של הנסיבות הספציפיות, ואולם, בהנחה שהנחנו לפיה מורי הדרך אינם מספקים לסוכנות הנסיעות שירותי הסעות והם אינם מגיעים עם רכב הסעות השייך להם, וכי אין הם יכולים להעמיד מישהו מטעמם לצורך אספקת השירות, נראה כי גם הפן השלילי מתקיים. חשוב לומר, כי בפסיקת בתי הדין לעבודה אשר הכריעה כי קיימים יחסי עובד-מעביד בין מורי הדרך לסוכנויות, נקבע שעצם היכולת לעבוד במקומות אחרים לדוגמה, או היכולת לסרב לתת את השירותים בגין עיסוקים אחרים אין בה די כדי לעמוד במבחן השלילי.

9. יישומו של מבחן ההשתלבות כמו גם בחינת פסיקת בתי הדין לעבודה בנושא זה, מובילים למסקנה, לפיה באופן עקרוני ההתקשרות בין מורה דרך לבין סוכנות הנסיעות הינה התקשרות במסגרת יחסי עובד-מעביד ולא במסגרת נותן שירותים עצמאי.

² אמנם לשאלה כיצד הוגדרו היחסים עשויה להיות חשיבות בהקשר של העברת נטל ההוכחה, ולשאלה של נסיבות חתימת ההסכם עשויה להיות חשיבות בהקשר של החשיפה הכלכלית וטענות קיזוז מסוימות, ואולם עצם השאלה האם התקיימו יחסי עובד-מעביד או יחסי מזמין – ספק שירותים תוכרע לא לאורן של שאלות אלה.

³ דב"ע נב/158-3 רות יאיר נ' אהרון גליברמן, פד"ע כה 31 בעמ' 34 (1992).

⁴ ע"ע 300229/96 כהן – "דן" אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית בע"מ, פד"ע לו, 817 (2002). כמו כן ראו ע"ע (ארצי) 300014/98 ירח בורגרני' לה קלוב מידיטרנה ישראל בע"מ (פורסם בנבו 14.4.2002).

ד. בחינת ההקשר התעשייתי

10. בבחינת הסוגיה לא ניתן להתעלם גם מההקשר התעשייתי, ובמילים אחרות – כיצד מוסדרת באופן עקרוני ההתקשרות של מורי הדרך עם סוכנויות הנסיעות.

11. הסכמים קיבוציים :

11.1 מעיון באתר רשם ההסכמים הקיבוציים מצאנו כי עוד משנת 1989 קיים הסכם עבודה קיבוצי כללי למורי דרך מוסמכים לתיירות בישראל⁵. עיון בהסכם זה מעלה כי הוא קובע תנאי עבודה למורי דרך המועסקים אצל סוכנויות נסיעות, משרדים לתיור, חברת נסיעות וטיולים וכל עסק אחר המעסיק מורי דרך לתיירות בישראל. חשוב לציין, כי בהתאם להסכם הקיבוצי האמור, העובדים עליהם הוחל ההסכם הוגדרו כמורי דרך בעלי רשיון הדרכה תקף המועסקים בהדרכה תמורת שכר יומי ושאילים רשומים כעוסקים מורשים ו/או קבלנים עצמאיים.

11.2 לאחר כעשר שנים ומספר הסכמים קיבוציים נוספים, נחתם בשנת 2000 הסכם עבודה קיבוצי כללי נוסף⁶. באותו הסכם תוקנה ההגדרה והושמטו ההתייחסות למי שרשום כעוסק מורשה ו/או קבלן עצמאי.

11.3 גם בהסכמים קיבוציים אשר נחתמו לאחר מכן לא חזרו הצדדים על אותה החרגה לגבי מי שרשום כעוסק מורשה ו/או קבלן עצמאי. (יוער כי ההסכמים משנת 2007 נחתמו מול "אגודת מורי הדרך בישראל" – ההסכם משנת 2007 מתיימר לבטל את ההסכמים הקודמים והוא גם ההסכם אשר הורחב בצו... כמו כן קיים הסכם משנת 2014 מול "התאחדות משרדי הנסיעות ויועצי התיירות בישראל").

11.4 אנו רואים איפוא, כי הצדדים ליחסי העבודה בענף מורי הדרך, כן ראו בשירות זה כשירות אשר יכול וצריך להתקיים במסגרת יחסי עובד-מעביד, ובמהלך רבע המאה האחרונה אף נחתמו הסכמים קיבוציים לא מעטים המסדירים את הסוגיות הספציפיות הנוגעות למיוחדות של אופי ההתקשרות מול מורי הדרך. עוד אנו רואים, כי הגם שבעבר החרווגו הצדדים ליחסי העבודה בענף באופן מפורש את מורי הדרך המספקים שירותים "כנגד חשבונית" מתחולת ההסכמים, הרי שכבר בשנת 2000 הושמטה החרגה זאת.

12. צו ההרחבה :

12.1 לא רק הצדדים ליחסי העבודה הכירו באופן עקרוני במורי הדרך כעובדים, אלא גם ממשלת ישראל. ביום 26 במרץ 2009 התפרסם צו הרחבה בענף מורי הדרך אשר הרחיב את הוראות ההסכם הקיבוצי הכללי שנחתם ביום 1 ביולי 2007 בין לשכת מארגני תיירות נכנסת לישראל לבין אגודת מורי הדרך בישראל⁷.

12.2 עיון בהוראות צו ההרחבה מעלה, כי הוא מגדיר "מורה דרך" בזו הלשון: "מורה דרך מוסמך על ידי משרד התיירות המועסק בשכר יומי"; "במילים אחרות, אותה החרגה שהיתה נהוגה עד לשנת 2000 בנוגע למורי דרך המספקים שירותים "כנגד חשבונית", לא באה לידי ביטוי בלשון הצו.

ה. סיכום

13. בחינת פסיקות בתי הדין לעבודה, ויישום המבחנים אשר נקבעו בהן, וזאת לאור ההנחות שהנחנו בראשית דברינו, מובילה למסקנה לפיה, באופן עקרוני, ההתקשרות בין מורה דרך לבין סוכנות הנסיעות הינה התקשרות במסגרת יחסי עובד-מעביד ולא במסגרת נותן שירותים עצמאי. בחינת ההקשר התעשייתי רק מחזקת מסקנה זאת.

14. מובן, כי במקרה בו חלים יחסי עובד-מעביד בין מורה דרך לבין הסוכנות, חלות על ההתקשרות כל הוראות הדין, הן מכוח חוקי העבודה והן מכוח ההסכמים הקיבוציים החלים, במידה וחלים. לא למותר לציין, כי

⁵ הסכם 897029 מיום 13 באפריל 1989, בין לשכת מארגני תיירות לישראל לבין ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י ואגודת מורי הדרך לתיירות בישראל.

⁶ הסכם 20007014 מיום 26 בינואר 2000, בין לשכת מארגני תיירות נכנסת לישראל לבין הסתדרות העובדים הכללית החדשה ואגודת מורי הדרך בתיירות לישראל.

⁷ י"פ 5935, 3080 (26.3.2009).

במקרה זה, קיימת חובה על כל סוכנות (כעל כל מעביד אחר), לנהל פנקס שכר ולמסור לכל עובד בכתב תלוש שכר⁸.

בכבוד רב,

אורית זילוני-קליינמן, עו"ד