



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

ניתן ביום 09 יוני 2020

המערערת בע"ע 24256-06-17
והמשיבה בערעורים הנוספים

מנרב הנדסה ובניין בע"מ

המערערים בע"ע 2440-07-17
והמשיבים בערעורים הנוספים

1. דוד משה בוסקילה
2. שלום בוסקילה

-

1. GOITOM TWELDE
2. BERIHA KIROS WELDEGABRIEL
3. ABERA BERHE WOLDESALASIE
4. TKHLEAB GEBREMIKAEEL
5. AMANUEL AGHEBRESLASIE
6. KIDANE ZIGTA
7. ARAYA SOLOMON
8. BELTSOM ZEIKTA
9. YABIO DAWIT
10. ASEFA TESFALEM

המשיבים בע"ע 24256-06-17
ובע"ע 2440-06-17
והמערערים בע"ע 58239-07-17

11. חן מחזור פסולת בניין בע"מ (חברה בפירוק) משיבה פורמאלית בכל הערעורים

בפני סגן הנשיאה אילן איטח, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, השופט מיכאל שפיצר
נציגת ציבור (עובדים) גב' יעל רון, נציגת ציבור (מעסיקים) גב' ברכה סמו

בשם מנרב: עו"ד יאיר דוד, עו"ד הילי לויט-מאיר, עו"ד אפרת גרינברג-יוסף
בשם דוד בוסקילה ושלום בוסקילה: עו"ד יוסי בן חמו
בשם העובדים: עו"ד דוד בר-חיה ועו"ד שלמה בכור

פסק דין

השופטת סיגל דוידוב-מוטולה

1. לפנינו שלושה ערעורים על פסק דינו של בית הדין האזורי באר שבע (סגן הנשיאה
(כתוארו אז) אילן סופר ונציגי הציבור גב' פסה מרקוביץ ומר חיים נוסן הנגבי;
סע"ש 7989-10-14 ואח"י). בפסק הדין התקבלו בעיקרון תביעותיהם של עשרה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

עובדים אזרחי אריתריאה לזכויות סוציאליות שונות בגין עבודתם וסיום עבודתם בחברת חן מחזור פסולת בניין בע"מ (להלן: **חן מחזור או החברה**).

התביעות התקבלו הן כלפי חן מחזור (שהוגשה לגביה בקשת פירוק תוך כדי ניהול ההליך בבית הדין האזורי); הן כלפי מי שנטען כי הם בעלי המניות בחברת חן מחזור; והן כלפי מנרב הנדסה ובניין בע"מ (להלן: **מנרב**) אשר בחצריה הועסקו העובדים. הערעורים שבפנינו הוגשו מטעם העובדים (ע"ע 58239-07-17), מטעם מנרב (ע"ע 24256-06-17) ומטעם בעלי המניות הנטענים בחברת חן מחזור - מר שלום בוסקילה ומר דוד בוסקילה (ע"ע 2440-07-17).

התשתית העובדתית ופסק דינו של בית הדין האזורי

2. המערערים בע"ע 58239-07-17 הם עשרה עובדים נתיני אריתריאה (להלן: **העובדים** או **התובעים**), אשר הועסקו על ידי חברת חן מחזור במועדים שונים בשנים 2009-2013, בייצור לוחות טרומיים במפעל הממוקם בנתיבות ושייך למנרב (להלן: **המפעל**). במאמר מוסגר יצוין כי התביעה הוגשה במקורה על ידי אחד-עשר עובדים, אך תביעתו של התובע 11 נדחתה ולא הוגש מטעמו ערעור.

3. חן מחזור הוקמה ונוהלה על ידי המערער 2 בתיק ע"ע 2440-07-17, מר שלום בוסקילה (להלן: **שלום**), אשר היה - כך לפי פסק הדין וגם לפי גרסתו שלו - "**הרוח החיה בחברה**". לניהול החברה בתקופה הרלוונטית היה שותף גם בנו, המערער 1, מר דוד משה בוסקילה (להלן: **דוד**), ששימש כבעל המניות הרשום היחיד בחברה וכן כדירקטור יחיד בה (כך לפי טיעוני הצדדים, הגם שלא הוגש לתיק בית הדין תדפיס של רשם החברות). לא נמסרו פרטים על פעילות נוספת של חן מחזור מלבד פעילותה במפעל האמור של חברת מנרב, וגם לא ברור מה היה היקף העסקת העובדים על ידה פרט ל- 11 התובעים.

4. בין חן מחזור למנרב נכרת "הסכם למתן שירותים", במסגרתו התחייבה חן מחזור לספק למנרב שירותי "ייצור אלמנטים טרומיים" במפעל. כפי שיפורט להלן, לתיק בית הדין הוגש הסכם אחד בין שתי החברות - מיום 1.6.12 (להלן: **הסכם 2012**) - הגם שאין חולק כי ההתקשרות הייתה בתוקף גם קודם לכן. ביום 6.10.13 שלחה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

מנרב לחן מחזור הודעה על סיום ההסכם ביניהן, בתוקף ליום 6.11.13, ובמועד זה הגיעה ההתקשרות בין שתי החברות לידי סיום. יצוין כי לא הובאו פרטים מדויקים על משך ההתקשרות הכולל בין שתי החברות; בעדותו של שלום הוזכרה תקופה של 16 שנים, אשר בתחילתה עבד ככל הנראה כ"עוסק מורשה" ולא במסגרת של חברה בע"מ (וכן ייתכן כי בתחילה עבד במפעל טרם שהבעלות בו הייתה בידי מנרב).

5. בית הדין האזורי שמע את עדויותיהם של תשעה מהעובדים, של שלום ושל מר אמיר הינדי (מנהל המפעל מטעם מנרב), וקבע - לגבי תקופות עבודתם של העובדים - את הדברים הבאים:

א. העובדים הגישו תלושי שכר, וכן דו"חות נוכחות המתייחסים לחלק מתקופת עבודתם. דו"חות אלה - על גביהם פורטו שמות העובדים - נחזים להיות אותנטיים ומרביתם חתומים על ידי שלום ודוד. משכך, **"מצאנו לקבלם כראיה להוכחת קיומם של יחסי עבודה בין הצדדים, במועדים הרלוונטיים"**.

ב. בעדותו אישר שלום כי הנפיק תלוש שכר רק לעובד שהציג בפניו אישור עבודה או דרכון בתוקף, ובמקרה בו לעובד לא היו את המסמכים האמורים - העסיקו מבלי שהנפיק לו תלוש שכר, תוך ששילם לו שכר העולה ב - 20% על השכר הרגיל. בית הדין ראה בכך הודאה כי מועד תחילת העבודה המפורט בתלושי השכר אינו משקף בהכרח את מועד תחילת העבודה בפועל.

ג. דו"חות הנוכחות מלמדים כי מועד תחילת העבודה שפורט בתלושי השכר אינו משקף נכונה את מועד תחילת העבודה, אך אין בהם כדי לתמוך במועד לו טען כל עובד כמועד תחילת עבודתו, שכן לא הוצגו דו"חות נוכחות לחודשים הרלוונטיים לתחילת העבודה של כל עובד. משכך, **"מועד התחלת עבודתם של התובעים יקבע בהתאם לדוח הנוכחות המוקדם ביותר שהוצג על ידי כל אחד מהם"** (אלא אם המועד הנקוב בתלוש השכר מוקדם יותר). אשר למועד סיום העבודה - בהתאם לדו"חות הנוכחות, ומשלא הוצג דו"ח נוכחות לחודש נובמבר 2013 (במהלכו באה לידי סיום ההתקשרות בין חן מחזור למנרב), נקבע כי רוב העובדים עבדו עד סוף חודש אוקטובר 2013 (מלבד שלושה שסיימו כבר בספטמבר 2013). עוד נקבע כי חלו הפסקות בעבודת העובדים, בהתאם לפירוט



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

- המופיע בטפסי 106 שהוגשו על ידם (ומשלא הוצגו דו"חות נוכחות לחודשים בהם עולה מהטפסים כי לא עבדו).
- ד. בהתאם, נקבע כי תקופות העבודה של העובדים הן כדלקמן: תובע 1: נובמבר 2012 - אוקטובר 2013; תובע 2: דצמבר 2009 - אוקטובר 2013 (מלבד החודשים מרץ, אפריל ואוקטובר 2012); תובע 3: יולי 2010 - ספטמבר 2013; תובע 4: ספטמבר 2011 - אוקטובר 2013; תובע 5: יוני 2010 - אוקטובר 2013; תובע 6: נובמבר 2012 - אוקטובר 2013; תובע 7: אוקטובר 2010 - ספטמבר 2013 (מלבד החודשים נובמבר 2011 וכן ינואר - אפריל 2012); תובע 8: ספטמבר 2011 - אוקטובר 2013 (מלבד מרץ, אפריל ויוני 2012); תובע 9: ספטמבר 2010 - אוקטובר 2013 (מלבד החודשים מרץ, אפריל, אוגוסט וספטמבר 2012 וכן מרץ ואוגוסט 2013); ותובע 10: אוגוסט 2012 - ספטמבר 2013.
6. לתובעים 1 ו- 11 לא הונפקו תלושי שכר. עם זאת ביחס לתובע 1 הוגשו דו"חות נוכחות, ומשכך התקבלה טענתו כי עבד אף הוא בחן מחזור, ותקופת עבודתו נקבעה לפי דו"חות הנוכחות שהוגשו על ידו. אשר לתובע 11 - הלה הגיש דו"חות נוכחות על גביהם נרשם שם שאינו שלו, ועדותו בקשר לכך לא הייתה עקבית. משכך, וכאשר לא הוכיח שעבד בחן מחזור ולכל הפחות לא הוכיח את תקופת עבודתו בה - תביעתו נדחתה במלואה (מבלי שהוגש על כך ערעור).
7. תובע 10 הגיש תצהיר אך לא העיד ולא נחקר עליו, שכן לא הציג מסמך מזהה בדיון ההוכחות. למרות זאת, קבע בית הדין שלא ניתן להתעלם מתלושי השכר ודו"חות הנוכחות המלמדים כי הועסק בחן מחזור, ובהתאם ניתן לדון בתביעתו בהתבסס על המסמכים שהוגשו לתיק ובהתייחס לרכיבי התביעה שהנטל לגביהם מוטל על המעסיק (ע"ע (ארצי) 664/09 איליה גורסים - סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ (13.10.10); להלן: עניין גורסים). בית הדין שוכנע שניתן לדון גם בתביעתו לפיצויי פיטורים לגביה הנטל עליו, שכן עבודתו הגיעה לסיומה בנסיבות דומות ליתר התובעים, בסמוך להפסקת ההתקשרות בין מנרב לחן מחזור, ועדויותיהם של שאר העובדים יכולות להוכיח גם את נסיבות סיום עבודתו.





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

8. אשר לשכרם של העובדים, נקבע כי בתקופה האחרונה לעבודתם עמד על 27 ₪ לשעה, ושולם להם בגין שעות העבודה שדווחו על ידם. השכר שולם חלקו בהמחאה וחלקו במזומן, כאשר בתלושי השכר נרשם שכר שעתי לפי שכר מינימום בלבד ומשכך "רק חלק מהסכום ששולם לתובעים קיבל ביטוי בתלושי השכר שהועברו לידם", וגם הרכיבים שפורטו בתלושים (דוגמת גמול שעות נוספות) אינם משקפים את המציאות.

9. לגבי נסיבות סיום העבודה - קיבל בית הדין את עדות העובדים, שהוגדרה על ידו כ"עקבית וסדורה", לפיה עבודתם באה לידי סיום בעקבות סיום ההתקשרות בין חן מחזור למנרב, כאשר רק לאחר כחודש הציע להם שלום עבודה חלופית. בנסיבות אלה, יש לראות את כל התובעים כמי שפוטר מעבודתם וזכאים לפיצויי פיטורים (לפי שכר קובע שחושב לפי 186 שעות במכפלת 27 ₪ לשעה, וסה"כ 5,022 ₪ לחודש; פירוט הסכומים לכל תובע מופיע בסעיף 26 לפסק דינו של בית הדין האזורי). טענות הקיזוז שהעלתה חן מחזור - ביחס לחלף הודעה מוקדמת כמו גם נזק שנגרם לה לפי הנטען עקב נטישת התובעים - נדחו.

10. אשר לטיב ההתקשרות בין חן מחזור למנרב - נקבע כי הסכם 2012 הוא הסכם אותנטי, ומדובר בהסכם נמשך, זהה להסכמים קודמים שנחתמו בין הצדדים. ההסכם אינו מלמד על אספקת עובדים אלא על "הסכם בו התחייבה חן מחזור לבצע עבודה - ייצור אלמנטים טרומיים... בהסכם אין כל התייחסות לזכויות העובדים או לתמורה כלשהיא הנגזרת משעות העבודה של העובדים. נקבע כי התמורה לה תהא זכאית חן מחזור היא קבלנית, בגין ביצוע עבודה בפועל. כך אף עולה מחשבוניות שהנפיקה חן מחזור למנרב".

לכך יש להוסיף כי נציגי חן מחזור - שלום או דוד - נכחו במפעל, פיקחו על טיב העבודה שביצעו העובדים ברמה הטכנית, ואף ניהלו את דיווחי הנוכחות שלהם. מכאן שחן מחזור לא סיפקה עובדים אלא "ניהלה את תהליך הייצור ופיקחה באופן ישיר על עובדיה", כך שאין לראות בה חברת כוח אדם כטענת העובדים.

11. אשר לזכויות הסוציאליות, קבע בית הדין כדלקמן:



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

- א. פדיון חופשה - חן מחזור לא הציגה פנקס חופשות, וגם בתלושי השכר אין מעקב בקשר לכך. פירוט ימי העבודה בתלושים אף אינו משקף את ימי העבודה בפועל. גם אם התובעים נעדרו מעבודתם מפעם לפעם, לא הוכח כי קיבלו שכר על ימי היעדרות; נהפוך הוא, התובעים העידו כי קיבלו שכר לפי שעות עבודה שביצעו בפועל בלבד. משכך, התובעים זכאים לפדיון חופשה לפי ותקם, לפי שבוע עבודה של שישה ימים בשבוע כגרסתם (פירוט הסכומים לכל תובע מופיע בסעיף 28 לפסק הדין).
- ב. דמי הבראה - לא שולמו לפי החוק ומשכך נפסקו לזכות התובעים דמי הבראה בהתאם לתקופות עבודתם (פירוט הסכומים מופיע בסעיף 29 לפסק הדין).
- ג. דמי חגים - על אף שבתלושים נרשם תשלום בגין דמי חגים, השכר ששולם בפועל היה עבור שעות עבודה בפועל בלבד. משכך, העובדים זכאים לדמי חגים, בהתאם לחגים שחלו בתקופת עבודתם, לאחר שלושה חודשי עבודה ראשוניים וככל שעבדו יום לפני החג ויום אחריו (פירוט הסכומים לכל תובע מופיע בסעיף 32 לפסק הדין).
- ד. הפקדות לפנסיה - לא בוצעו בפועל. צו ההרחבה לפנסיה בענף התעשייה חל על עבודת התובעים, שכן חן מחזור עסקה בייצור אלמנטים טרומיים - ייצור הנופל בגדר "תעשייה" לפי הסיווג האחיד של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה - ולא הוכח כי עסקה בתחומים נוספים החורגים מהעבודות הקבלניות שסיפקה למנרב. משכך, העובדים זכאים היו להפקדות לפנסיה ממועד תחילת עבודתם, וזכאים לפיצוי בהתאם לפי 6% משכרם (הסכום לכל תובע מפורט בסעיף 42 לפסק הדין).
- ה. גמול שעות נוספות - ראשית נקבע כי הסכומים שפורטו כ"גמול שעות נוספות" בתלושי השכר הם פיקטיביים, ובפועל לא שולם גמול שעות נוספות כלשהו אלא רק תשלום רגיל בגין שעות עבודה שבוצעו בפועל. אשר להיקף השעות הנוספות - קיים קושי להסתמך על הדו"חות שהציגו העובדים שכן לעיתים הוצגו דו"חות כפולים לאותו חודש, כשקיים שוני בדיווחי השעות. מאידך לא הוצגו דו"חות נוכחות מצד חן מחזור, על אף שהנטל בקשר לכך מוטל עליה. בנוסף, שלום אישר במכתבו למנרב מיום 27.10.11 (שיפורט להלן) כי העובדים



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

מועסקים על ידו "עד שעות מאוחרות בלילה", ובחקירתו ציין כי "כיבוי האורות" במפעל נעשה בסביבות 17:30-18:00 ובכך הודאה כי התובעים הועסקו לפחות עד שעה זו.

1. בהתחשב בכל זאת, יש לפסוק לתובעים גמול שעות נוספות לפי החזקה הקבועה בסעיף 26ב' לחוק הגנת השכר, התשי"ח - 1958 (להלן: **חוק הגנת השכר**), לפי 60 שעות נוספות בכל אחד מחודשי עבודתם (52 שעות בתעריף 25% ו- 8 שעות בתעריף 50%, שכן אין חולק שקיבלו שכר בשיעור 100% על שעות אלה; פירוט הסכומים לכל תובע מופיע בסעיף 48 לפסק הדין). הטענה לקיזוז זמני הפסקות (שעה וחצי מדי יום) נדחתה, שכן לא הובאה לה ולו ראשית ראיה; לא ניתן לפי הפסיקה לקזוז זמני הפסקות ששולמו בזמן אמת רק כיוון שהוגשה תביעה; והעובדים אמנם אישרו כי ניתנה להם הפסקת צהרים בת חצי שעה, אך לא הוכח כי היו חופשיים לעשות כרצונם במהלכה.

12. אשר לאחריותה של מנרב - נדחתה הטענה כי יש לראותה כמעסיקה במשותף יחד עם חן מחזור. העובדים טענו בהקשר זה כי הועסקו בחצריה של מנרב; קיבלו הוראות ממנהל הייצור מטעם מנרב ("יהודה"); סעדו בחדר האוכל של מנרב; ומנרב היא שסיפקה להם את כלי העבודה וחומרי הגלם. עם זאת חן מחזור היא שקלטה את העובדים לעבודה; ניהלה את דו"חות הנוכחות שלהם (שלום ודוד אף חתומים עליהם); אישרה היעדרויות במקרה הצורך; שילמה את שכרם; פיקחה מבחינה מקצועית על עבודתם (בשיתוף פעולה עם מנהל הייצור מטעם מנרב); היוותה את "הכתובת לכל פנייה מצד העובדים"; ואף הייתה מוסמכת לפטרם (וראיה טובה לכך היא שלאחר סיום ההתקשרות בין חן מחזור למנרב, ציפו העובדים לקבל שיבוץ חלופי מחן מחזור).

מעדויות העובדים אף עלה כי ראו בחן מחזור (ובעיקר בשלום מטעמה) כמעסיקתם. המסקנה היא כי מדובר בהעסקה אותנטית על ידי חן מחזור, שלא שימשה כ"צינור" להעברת שכר ותו לא, כך שאין לראות במנרב כמעסיקה במשותף.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

13. על אף קביעה זו, שוכנע בית הדין כי יש לחייב גם את מנרב בחובותיה של חן מחזור כלפי העובדים. הטעם לכך שהוא שבהסכם שנערך בין שתי החברות אמנם צוין כי לא יתקיימו יחסי עובד-מעסיק בין מנרב לבין עובדיה של חן מחזור, אך לא צוין דבר לגבי זכויותיהם של העובדים ולא נכללה בו התחייבות של חן מחזור לשלם לעובדיה את זכויותיהם לפי דין, ובכך נהגה מנרב "בהתעלמות ושוויון נפש מול זכויות העובדים מהם היא קיבלה שירות".

מנהל המפעל מטעם מנרב אף אישר כי לא פיקח על תשלום זכויותיהם של העובדים שעבדו בחצריו, ולא היה כל מעקב מצדו על תלושי שכרם (לטענתו העובדים לא פנו אליו בטענה כי זכויותיהם מקופחות), הגם שנהג לערוך פיקוח במקרה של התקשרות עם חברת כוח אדם. בית הדין ציין כי "אין כל הצדקה להבחין בין עובדי חברת כוח אדם ובין עובדי קבלן שירות בכל הנוגע לחובת הפיקוח של מנרב, כטענתה".

14. בית הדין שוכנע לפיכך כי מנרב צריכה הייתה לפקח על תשלום זכויות העובדים המועסקים בחצריה ולכלל הפחות לדאוג כי תיכלל התחייבות מטעם חן מחזור בקשר לכך בהסכם ההתקשרות בין החברות. ביום 27.10.11 חן מחזור אף פנתה למנרב והתריעה בפניה כי היא מצויה בהפסדים תפעוליים כיוון שהיא נאלצת להעסיק את עובדיה שעות רבות לאורך היום, בעוד שהתמורה הקבלנית אינה מספיקה על מנת לכסות את עלויות השכר. התעלמות מנרב מכך מהווה "עצימת עיניים"; חוסר תום לב; וכן הפרה של "חובת הפיקוח המוטלת עליה כמקבלת שירות" (תוך הפניה לע"ע (ארצי) 273/03 דברת שוואב - מדינת ישראל (2.11.06), להלן: עניין שוואב; עב' (אזורי ת"א) 3054/04 נטליה שמואלוב - משה פונס שרותי ניקיון ואחזקה בע"מ (10.12.06), להלן: עניין שמואלוב; עב' (אזורי ב"ש) 2883/07 יענקל טרופ - שטרית ובניו חברה לעבודות ניקוי חול ופיתוח בע"מ (6.1.10)).

בית הדין הפנה גם להוראות החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, התשע"ב - 2011 (להלן: חוק הגברת האכיפה), כאשר "אף שענייננו אינו נכנס בגדר הוראות החוק, הרי שהעקרונות העומדים בבסיסו יפים גם למקרה שלפנינו, עת מדובר





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

בהפרת זכויותיהם של עובדי ייצור בתעשייה, מבקשי מקלט מוחלשים". הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר חן מחזור לא טרחה להנפיק תלושי שכר לחלק מהעובדים; קיפחה את זכויותיהם באופן בוטה ומתמשך לאורך כל תקופת ההתקשרות עם מנרב; ו"נכון להיום, חן מחזור הפסיקה את פעילותה, כך שהתובעים נותרו בפני שוקת שבורה".

15. אשר לאחריותם האישית של שלום ודוד - ציין בית הדין כי חן מחזור קיפחה כאמור את זכויות העובדים באופן עקבי ומתמשך; שילמה להם שכר יסוד בלבד ונמנעה מלשלם להם זכויות נלוות כלשהן; לא הנפיקה תלושי שכר לכל תקופת עבודתם; ואף שילמה חלק משכרם במזומן, מבלי לדווח על כך לרשויות ומבלי שחלק זה קיבל ביטוי בתלושי השכר. החברה אף נקלעה לקשיים תזרימיים כבר במהלך עבודתם של העובדים בה, ומכאן שהייתה מודעת לכך שהיא אינה יכולה לעמוד בהתחייבויותיה כלפי העובדים וחרף זאת המשיכה להעסיקם. במצב זה, וכאשר כיום כאמור לא ניתן להיפרע מהחברה, מוצדק לבצע הרמת מסך כלפי בעלי מניותיה.

16. בית הדין הבהיר כי שלום הוא שניהל את חן מחזור ובמסגרת זו היו לו קשרי עבודה יומיומיים עם העובדים; היה הרוח החיה בחברה; הקים את החברה; ועובר להקמתה ניהל עסק דומה כעוסק מורשה. שלום הוא אף זה שחתם על המחאות בשם החברה, הוציא חשבוניות בשמה, חתם על דו"חות נוכחות ומסמכים שונים שהנפיקה החברה, והסדיר ביטוח רפואי לעובדים. מנהל המפעל מטעם מנרב זיהה את חן מחזור עם שלום, ושלוס אף הגיש יחד עם החברה תביעה שכנגד נגד העובדים ובכך הראה כי הוא רואה עצמו כאורגן מרכזי בה (נציין בקשר לכך במאמר מוסגר כי קיים ספק אם שלום אכן היה אחד התובעים בתביעה שכנגד, אך אין צורך להרחיב בקשר לכך). בנסיבות אלה, גם אם שלום לא נרשם פורמאלית כבעל מניות בשל חובות שהיו לו לרשויות המס, יש לבצע כלפיו הרמת מסך ולהטיל עליו חיוב אישי.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

17. אשר לדוד - לא הייתה מחלוקת כי שימש בעל מניות ודירקטור. גם אם תתקבל הגרסה לפיה דוד היה באותה עת סטודנט ונרשם כבעל מניות באופן פורמאלי בלבד נוכח מצבו הרפואי של שלום או מניעה חוקית - אין בכך כדי להסיר מעליו אחריות, שכן "היותו של אדם כבעל מניות טומן בחובו אחריות גם אם מלכתחילה, רישומו כבעל מניות נעשה באופן פורמלי בלבד". ממילא, הוכח כי דוד לקח חלק בניהול החברה; חתם על חלק מדו"חות הנוכחות של העובדים; העובדים התייחסו אליו בעדויותיהם כגורם אחראי מטעם חן מחזור; וגם מנהל המפעל מטעם מנרב העיד כי דוד נכח במפעל וניהל את חן מחזור מבחינה תפעולית יחד עם אביו. לאור כל זאת, גם דוד חויב אישית בחובותיה של חן מחזור כלפי העובדים.

18. לסיום, נדחתה במלואה תביעה שכנגד שהגישו חן מחזור ודוד כנגד העובדים - לחלף הודעה מוקדמת, פיצוי בגין נזקים שגרמו בנטישת עבודתם כמו גם החזר שכר עבודה ששולם בגין זמני הפסקות ודיווחי נוכחות כוזבים. סך הסכומים בהם חויבו כלל הנתבעים - חן מחזור, שלום בוסקילה, דוד בוסקילה ומנרב - לשלם לעובדים יחד ולחוד הועמד על 453,510 ₪ (קרן) וכן 45,000 ₪ כהוצאות.

יצוין כי ביצעו של פסק הדין עוכב, כנגד הפקדת ערבויות בנקאיות מתאימות, ואף צוין במסגרת החלטת עיכוב הביצוע כי "יהא זה מועיל אם העובדים יפעלו במקביל ולטובת כל הנוגעים בדבר למצוי זכויותיהם מהמוסד לביטוח לאומי. בית הדין ער לערעור העובדים שאולי יש בו כדי להצדיק השתייה במיצוי אפיק זה, זאת ככל שלא ניתן לשוב למוסד ולתבוע הפרשים אם יתקבל ערעור העובדים" (החלטת חברי השופט (כתוארו אז) אילן איטח מיום 16.8.17). עם זאת בפועל, לא בוצעה פנייה כלשהי מטעם העובדים על מנת למצות את זכויותיהם האפשריות מכוח חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה - 1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי), ונושא זה יידון אף הוא להלן.

19. טרם סיום הפרק העובדתי תפורטנה הוראות הסכם 2012, שהוא כאמור ההסכם היחיד בין שתי החברות שהוגש לתיק בית הדין. בהסכם 2012 נקבע כי חן מחזור תעניק למנרב "שירותים כמפורט בנספח א' להסכם זה" לפי צרכי החברה מעת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

לעת ובהתאם להנחיותיה, כאשר "השירותים יבוצעו על ידי הקבלן במפעל הבטון של החברה בנתיבות" (סעיף 2). השירותים המפורטים בנספח א' להסכם הם "ייצור אלמנטים טרומיים לחזיתות או קורות דרוכות וביצוע כל הטיפול בהם בהתאם לדרישות החברה", החל מניקוי התבניות, דרך פריסת אבני החיפוי ועד קיבוע האביזרים, יציקת האלמנט ועבודות גמר בעמדת התיקונים, "על פי דרישות המפרט וגורמי הבקרה של החברה". בנספח ב' - שכותרתו לוח הזמנים לביצוע השירותים - נרשם כי לוח הזמנים יהא "כפי שתורה החברה לקבלן מעת לעת לצורך בצוע משימות" וכי "הקבלן ידאג לספק לצורך מילוי כל משימה צוות עובדים מספק לצורך עמידה בלוחות הזמנים שהחברה העמידה לכל משימה". התמורה הקבועה בנספח ג' להסכם היא 500 ₪ למ"ק בגין "אלמנט בנפח שמעל מ"ק אחד, עם חיפוי אבן" ו - 400 ₪ למ"ק בגין "קורות דרוכות" (נספח ג').

עוד נרשם (בנספח א') כי "במידה וייגרם עיכוב באספקת שיש, קלקול מנוף, אספקת בטון או כל תקלה אחרת שמקורה במחדל של החברה בעקבותיה ולצורך עמידה בלוח הזמנים יידרש הקבלן להעסיק עובדיו מעבר לשעות העבודה תשלם החברה לקבלן השתתפות בהוצאות תשלום שעות העבודה הנוספות כאמור לעובדים בסך של 33.5 ₪ לשעת עבודה של עובד בלתי מקצועי ו - 40.5 ₪ לשעת עבודה של עובד מקצועי". בסעיף 7 להסכם נקבע כי הקבלן (היינו חן מחזור) הוא במעמד של קבלן עצמאי, וכי "לא יתקיימו בין הקבלן או מי מטעמו לבין החברה או מי מטעמה יחסי עובד-מעביד מכל סוג שהוא".

20. עוד ראוי להפנות, להשלמת התשתית העובדתית ונוכח הסתמכות בית הדין האזורי על המכתב ששלח שלום למנרב ביום 27.10.11, לעיקרי תוכנו כדלקמן:

"הנידון: עדכון מחירים עבור ייצור אלמנטים

בתקופה האחרונה התחלנו בייצור אלמנטים טרומיים עבור פרויקטים 105 (הוד השרון) ו - 104 (כפר סבא). לצורך הייצור אנו מעסיקים 48 עובדים.





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

בפרויקטים אלו, זמן הייצור, הכולל הנחת שיש, קשירת ברזל, יציקה, פירוק סטופרים בשני שלבים... ארוך משמעותית בהשוואה לפרויקטים קודמים אותם ביצענו ולכן העובדים מחויבים בעבודה עד שעות מאוחרות בלילה...

בנוסף, בתקופה זו, התחלנו בייצור קורות ברוחב 100 ס"מ בעזרת חישוקים כפולים לאורך כל הקו (ללא רשת) דבר הדורש הגדלת כח האדם בצורה משמעותית בהשוואה לקורות קודמות...

מזה שלושה חודשים (מאז המעבר לפרויקטים החדשים והקורות החדשות) עברנו להפסדים תפעוליים משמעותיים מדי יום ביומו.

לאור האמור לעיל, אנו מבקשים להוסיף 100 ע"ע עבור כל קוב בטון יצוק..."

21. כיוון שכל אחד מהערעורים מציף בעיקרו של דבר סוגיות אחרות, להלן יידון כל אחד מהערעורים בנפרד - תחילה יוצגו לגבי טענות הצדדים, ולאחר מכן ההכרעה.

ערעורה של מנרב (ע"ע 24256-06-17)

טענות הצדדים

22. **מנרב** טוענת כי בנסיבות המקרה, בהן התנהלה באחריות, לפי הדין, לא הפרה אף הוראה חוקית, לא הגיעה אליה אף פנייה או תלונה מהעובדים בדבר אי תשלום זכויותיהם על ידי מעסיקתם, ואף נקבע במפורש כי ההסכם בינה לבין חן מחזור היה אותנטי וכן מחזור בלבד הייתה מעסיקתם של העובדים - לא היה כל יסוד להשתת אחריות שיורית מוחלטת עליה, ולחייבה בתשלום זכויותיהם של העובדים שמשמעו מבחינתה תשלום כפל (שהרי שילמה לחן מחזור עבור השירות שנתנה את כל שסוכם ביניהן).

לשיטתה, בנסיבות של התקשרות אותנטית ולגיטימית עם קבלן משנה לאספקת שירותים; כאשר לא התקיימו סממנים ליחסי עובד-מעסיק בינה לבין העובדים;





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

ובהעדר ידיעה בנוגע לאי תשלום זכויות העובדים - הטלת האחריות עליה פוגעת באופן בלתי מידתי בזכויות יסוד שלה (זכות הקניין, חופש ההתקשרות והפררוגטיבה הניהולית), בניגוד לתכלית שעשויה להצדיק הטלת אחריות במקרים המתאימים (תמרוץ מזמיני שירותים לטפל בפגיעה בעובדי קבלן), והלכה למעשה בית הדין "קנס את מנרב בסך של כחצי מיליון ₪ ללא בסיס משפטי וללא בסיס עובדתי". מנרב סבורה כי כלל משפטי כזה מנוגד לתקנת הציבור, אינו רציונלי ואינו הוגן, ואף עלול להיות הרה אסון מבחינת ההשלכות הכלכליות על מזמיני שירותים בכלל ועליה עצמה בפרט. גם מבחינה חברתית השארת הפסיקה על כנה עלולה לפגוע באוכלוסיות מוחלשות, שכן יש בה משום תמריץ שלילי לקבלני השירותים שלא לדאוג לזכויות עובדיהם.

23. מנרב סבורה כי נקודת המוצא לפי הפסיקה היא כי עת מדובר במיקור חוץ אותנטי של פונקציה, גם אם בפועל מבוצעת היא בחצרי המזמין, מבצעי העבודה הם עובדיו של קבלן השירות ולא של המזמין (ע"ע (ארצי) 30139-06-12 **רחמים פורתי - מודיעין אזרחי בע"מ** (15.7.14); להלן: עניין **פורתי**; ע"ע (ארצי) 33542-11-12 **אוניברסיטת בן גוריון - פרופ' דינה פלפל** (4.3.14); להלן: עניין **פלפל**). במקרה זה נקבע עובדתית כי מיקור החוץ - כתופעה מקובלת בענף הבנייה - היה אותנטי ולגיטימי, ובהתאם ברור מאליו כי אין מדובר בהתקשרות שנועדה לקפח את העובדים או לפגוע בזכויותיהם. מנרב אף פעלה "מידית להפסקת ההתקשרות" ברגע שנודע לה על קשייה של חן מחזור בחודש אוקטובר 2013 ועל כך שההתקשרות אינה רווחית עבורה, על מנת למנוע מצב בו חן מחזור לא תוכל לעמוד במחויבויותיה כלפי העובדים. לטענתה, לא יכולה הייתה להיות לה כל מודעות או עצימת עיניים בדבר הפרת זכויות העובדים בשלב שקדם לכך, בהעדר תלונות שהופנו אליה בקשר לכך מהעובדים.

בנסיבות אלה, כאשר ההתקשרות בין מנרב לחן מחזור "אינה שייכת לתחומים בהם חלה חובה מוגברת, ובהיעדר כל אינדיקציה לחוזה הפסד" - לא הייתה הצדקה להטלת אחריות על מנרב. קל וחומר, כאשר לא התקיים אף סממן של מעסיק במנרב (להבדיל ממקרים אחרים שנדונו בפסיקה), לרבות מעורבות כלשהי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

בקביעת תנאי העבודה (כך שלא יכולה הייתה "לעצום את עיניה" ואף אין לה יכולת לדעת מה שולם ומה לא) ואף אין לה "ידע בדבר עובדי חן מחזור ולרבות אף אם בכלל היו בחצריה של מנרב". אף לא הוכח כי הסכום ששולם על ידי מנרב לא הספיק לתשלום זכויות קוגנטיות, ואין כל קביעה כזו.

24. מנרב טוענת כי חוק הגברת האכיפה מטיל חובות על מזמיני שירות בענפי הניקיון, השמירה וההסעדה בלבד, כך שאינו חל על ההתקשרות בינה לבין חן מחזור. לחלופין, גם אם יוחלו עקרונות החוק, הרי שאין הצדקה להטיל עליה אחריות בהתחשב בכך שלא נעשתה אליה כל פנייה או תלונה מצד מי מהעובדים ביחס לאי קבלת מלוא זכויותיהם (סעיף 25(א)(3) לחוק זה). התביעה הוגשה רק שנה לאחר סיום ההתקשרות, כאשר לא קדמה לכך כל תלונה או הודעה בדבר הפרת הזכויות, לא בתקופת העבודה ולא אחריה.

בסעיף 28 לחוק הגברת האכיפה אמנם נדרשים מזמיני השירות להכליל התייחסות לזכויות עובדי קבלני המשנה בהסכם ההתקשרות, אך חוק זה נכנס לתוקף ביום 19.6.12 בעוד שהסכם ההתקשרות - שהמשיך התקשרויות קודמות - נחתם ביום 1.6.12 וממילא לא אמור היה להתאים עצמו לסעיף החוק שטרם נכנס לתוקף ומהווה התערבות ישירה בתוכן החוזה. לכך יש להוסיף כי בהעדר פנייה או הודעה בכתב מצד העובדים על פגיעה בזכויותיהם - לא די בפגם בנוסח החוזה, גם אם נניח כי קיים כזה. קל וחומר, כאשר העובדים החלו לעבוד בשנים 2009-2011, בעוד שהחוק להגברת האכיפה נכנס לתוקף כאמור בשנת 2012.

25. מנרב מוסיפה כי נקודת המוצא בפסיקה היא כי בהתקשרות אותנטית, כאשר אין מדובר במעסיקים במשותף, תוטל אחריות על מזמין השירותים כלפי עובדי קבלן המשנה רק במקרים נדירים, ובוודאי לא אחריות גורפת (ע"ע (ארצי) 326/03 מדינת ישראל - ילנה צ'פקוב (20.2.06), להלן: עניין צ'פקוב; ע"ע (ארצי) 16612-10-11 קטילי פדוא - מדינת ישראל (20.8.15), להלן: עניין קטילי, בסעיף 20(ה) לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) איטח; בר"ע (ארצי) 67901-03-17 מלם מערכות



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

בע"מ - יהודה שפר (17.5.17). הדברים נכונים ביתר שאת כאשר היא מעסיק פרטי ולא ציבורי, וכאשר לא הועסקו עובדים שלה "כתף אל כתף" עם העובדים.

אשר למכתב שהפנתה אליה חן מחזור ביום 27.10.11 - טוענת מנרב כי אין מדובר במצב בו במשך שנתיים נגרמו לחן מחזור הפסדים תפעוליים, אלא מדובר בבקשה להעלאת התמורה כאשר "בוודאי שמכתב זה בנוגע לחילוקי דעות בעניין התמורה החוזית אינו מעביר את האחריות החוזית לתשלום זכויות עובדי חן מחזור אל מנרב". המכתב אינו מלמד על הפרת זכויות עובדים; לא הוכח כי לאחר המכתב האמור הופרו זכויות העובדים לפני חתימת הסכם 2012 (כאשר עצם חתימת הסכם חדש מלמדת כי חן מחזור לא הייתה אותה עת בקשיים או הפסדים); וממילא המכתב אינו רלוונטי כאשר "לנגד עיניו של בית הדין עמדה ההתקשרות לפי הסכם התקשרות 2012 בלבד". בסיכומי התשובה מטעמה הוסיפה מנרב כי לאחר קבלת המכתב "פעלה מנרב ללא דיחוי, הצדדים ישבו למו"מ ועודכן הסכם ההתקשרות בין הצדדים תוך התאמת התמורה - ולא הוכח על ידי המשיבים אחרת...", אך יצוין כבר כעת כי טענה זו לא הועלתה קודם לכן ואף לא הוכחה.

26. מנרב טוענת עוד כי על העובדים למצות תחילה את זכויותיהם מול חן מחזור, שלום ודוד כמו גם המוסד לביטוח לאומי, וחובה זו במיצוי הליכים טרם לחיובו של מזמין השירותים היא חלק מהרציונאלים של החוק להגברת האכיפה. אף אין רלוונטיות לכך שפעילותה של חן מחזור הופסקה, שכן העדר סולבנטיות של קבלן המשנה אינו יכול להצדיק בפני עצמו את חיובו של מזמין השירותים (ע"ע (ארצי) 410/06 המוסד לביטוח לאומי - ראיד פאהום (2.11.08)). משכך עותרת מנרב לביטול חיוביה, ולחלופין ולכל הפחות - להטלת חיוב שיורי עליה רק לאחר מיצוי ההליכים כנגד חן מחזור, שלום ודוד.

עוד נטען כי התובע 5 לא התייצב לדיוני ההוכחות ולא העמיד עצמו לחקירה נגדית, והתובע 10 התייצב ללא תעודה מזהה ומשכך לא נחקר. תובעים אלה לא הגישו הודעה בדבר הראיות שבכוונתם לסמוך עליהן את תביעתם, ואף אחד מהעובדים האחרים לא העיד כי הוא מכיר אותם. בנסיבות אלה היה על בית הדין למשוך את



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

תצהיריהם, ובהתחשב במחלוקת העובדתית לגבי זכאותם לכל הרכיבים שנתבעו על ידם (שכן המסמכים שהוגשו על ידם שנויים במחלוקת) - למחוק את תביעותיהם. בנוסף נטען כי לא ניתן היה לפסוק לזכות העובדים פיצוי בגין אי ביצוע הפקדות לפנסיה החל מהחודש הראשון, כאשר הסעד לו עתרו בכתב התביעה הוא פיצוי מהחודש התשיעי בלבד.

27. **העובדים** תומכים בפסק דינו של בית הדין האזורי בכל הנוגע להטלת האחריות על מנרב, מטעמיו ומטעמים נוספים, ומדגישים כי בהסכם 2012 לא הוטלה כל חובה על חן מחזור לדאוג לזכויות העובדים במפעלה של מנרב ולשלם את המגיע להם לפי חוק. מנהל המפעל מטעם מנרב אף אישר בעדותו כי לא פיקח על נושא זכויות העובדים של חן מחזור וכי לא היה כל מעקב מצדה של מנרב אחרי תלושי שכרם של העובדים ותשלום זכויותיהם. בנסיבות אלה, של התעלמות מוחלטת מצד מנרב מזכויות העובדים - שיקולי מדיניות משפטית מצדיקים להותיר את פסק הדין על כנו. הדבר אף עולה בקנה אחד עם החקיקה (הגשמת תכליתו של החוק להגברת האכיפה, גם אם לא חל ישירות) והפסיקה, וניתן לביצוע בין תוך ראיית מנרב כמעסיקה במשותף לצורך חוקי המגן; בין על יסוד קביעה כי ההתקשרות בין חן מחזור למנרב מנוגדת לתקנת הציבור; ובין בהתחשב בכך שחן מחזור שימשה הלכה למעשה כחברת כוח אדם ולא כקבלן שירותים (נימוק אחרון זה התווסף במהלך הדיון, תוך הפניה לטענות העובדים בבית הדין האזורי על כך שההסכם שהוצג הוא פיקטיבי ובפועל קיבלה חן מחזור תשלום לפי שעות עבודה).

העובדים מדגישים כי הועסקו כל התקופה בחצריה של מנרב, תוך הפרה בוטה של מרבית חוקי המגן (מעצם קבלת שכר שעותי בלבד ללא כל זכות סוציאלית), כך שהצלבה פשוטה של תלושי השכר (שלא פירטו את כל התשלומים שקיבלו) אל מול שעות העבודה בהן הועסקו בפועל הייתה מגלה בנקל כי אינם מקבלים את כל המגיע להם. עוד מדגישים הם כי לא יכולים היו לפנות למי מטעם מנרב בתלונה, שכן מנרב לא פעלה כלל על מנת להודיע לעובדים על אפשרות לעשות כך (בשפתם של העובדים או בכל שפה אחרת) ולא פרסמה שמות של אנשי קשר רלוונטיים אליהם ניתן לפנות. כתוצאה מהתעלמותה של מנרב מהם ומזכויותיהם נהנתה היא **"מעבודה בעלות**





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

מוזלת, תוך ניצול משאבים אלה של עובדים הנעדרים כל ידיעה בסיסית בזכויותיהם מכוח חוקי העבודה".

28. העובדים מוסיפים כי החוק להגברת האכיפה חל באופן אקטיבי גם על התקשרויות שהיו בתוקף בזמן חקיקתו, באופן המחייב עריכת תיקונים או פעולות נוספות לצורך הגשמת תכליתו. קל וחומר, כאשר ההסכם בין חן מחזור למנרב הוארך מעת לעת כך שלמנרב היו לא מעט "תחנות" בהן יכולה הייתה לתקן את ההסכם. אלא שבפועל, על אף המכתב מיום 27.10.11 המדבר בעד עצמו - לא נעשה כל שינוי ואף לא בוצעה כל בדיקה, אלא הוארך ההסכם לתקופה נוספת בלא לוודא כי התמורה המשולמת מספיקה על מנת לשלם את זכויות העובדים. בכך "עצימת עיניים" מובהקת, ביחס לזכויות עובדים שהועסקו שנים בחצריה של מנרב. התנהלות מעין זו עמדה בבסיס חקיקתו של החוק להגברת האכיפה, כמו גם בבסיס חקיקתו של סעיף 27 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א - 1951 (להלן: **חוק שעות עבודה ומנוחה**) הקובע אחריות פלילית על מנהל שלא נקט בכל האמצעים הדרושים להבטיח שהוראות החוק יקוימו. הוראות אלה מעידות על מדיניות המחוקק להגביר את החובות על מי שקשור בהפרת הזכויות כלפי העובדים.

העובדים סבורים כי לא ניתן לחייבם לצמצם את הנזק באמצעות הגשת תביעות למוסד לביטוח לאומי (להלן גם: **המוסד**), שכן זכות העובד לבחור ממי להיפרע (בר"ע (ארצי) 33690-10-14 **שופרסל בע"מ - Tesfai Habtu Takleghi**; 3.11.14; להלן: **עניין שופרסל**). בהסכם בין חן מחזור למנרב אף קיים סעיף שיפוי, ומשכך מנרב יכולה לשלם את המגיע לעובדים מכוח פסק הדין ולהגיש תביעת חוב למפרקה של חן מחזור על בסיס סעיף השיפוי (אך מנרב משיבה כנגד כך כי היא אינה נושה מובטח וממילא תביעת חוב כזו לא תועיל). טענות מנרב על הנזק הכלכלי שייגרם לה לאו טענות הן, שכן לה נתון היה הכוח המסחרי והכלכלי בעת עריכת ההתקשרות עם חן מחזור.

29. העובדים טוענים עוד כי פסיקת בית הדין האזורי מבוססת בעיקרה על ממצאים עובדתיים - לפיהם מנרב עצמה את עיניה והתנהלה כלפיהם בחוסר תום לב - ובהם



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

אין ערכאת הערעור נוהגת להתערב. אשר לרכיב ההפקדות לפנסיה - לא נפלה טעות בקשר לסכום שנפסק שכן הוא עדיין נמוך מסכום התביעה לכל אחד מהעובדים. אשר לתובעים 5 ו - 10 : מנרב לא השיגה בעת ניהול ההליך על אי חקירתם (אלא לראשונה בסיכומים מטעמה), ולא ביקשה לחקור אותם. משכך, בית הדין קבע את התשתית העובדתית גם ביחס לתובעים אלה בהתבסס על מכלול הראיות, לרבות **"תצהירים תלושי שכר ומתכונת העסקה זהה לכלל המשיבים"**.

30. נוכח טענותיה של מנרב לגבי חובת העובדים להקטין את הנזק ולפנות בתביעות חוב למפרק חברת חן מחזור לצורך קבלת זכויות מהמוסד, התבקשו העובדים להבהיר - בפתח הדיון שהתקיים בפנינו ביום 3.5.18 - אם פנו למוסד, ואם הם מסכימים לפנות אליו. תשובת בא כוחם הייתה כי לא הוגשה תביעה שכן **"לא ניתן לפנות לביטוח הלאומי אם אין אשרת שהייה בתוקף, או אם העובד לא נמצא בשטחי מדינת ישראל"** (תוך שהפנה לתשובות שקיבל מהמוסד בתיקים אחרים) וממילא **"התלושים גם לא מתייחסים לכל התקופה"** (ואף אין תלושים לכל התובעים) ו**"ביטוח לאומי לא מעביר כסף לחשבונות הבנק של העובדים"**. עוד טען, בהיבט המשפטי, כי אין חובה לפנות למוסד.

31. לאחר ששקלנו את טענות הצדדים בקשר לכך ניתנה החלטתנו מיום 18.4.19 במסגרתה התבקש המוסד להגיש עמדה מטעמו בהתייחס לשאלות הבאות:

א. האם מבקשי מקלט זכאים לקבל זכויות מכוח פרק ח' לחוק הביטוח הלאומי, בגין מעסיקתם הנמצאת בהליכי פירוק (במקרה זה - חן מחזור);

ב. האם לצורך הגשת התביעה ו/או אישורה ו/או קבלת הזכויות בפועל על מבקשי המקלט למלא אחר תנאים כלשהם, דוגמת אשרת שהייה כדין; היתר עבודה כדין; חשבון בנק בישראל; שהות פיזית בישראל (בשלב הגשת תביעת החוב או שלב ההכרעה או שלב קבלת הזכויות או כל שלב אחר)?

ג. מהו לוח הזמנים להגשת תביעת החוב, והאם הגשתה עודנה אפשרית?

ד. אם תוכר תביעת החוב - האם יש מניעה לשלם לעובדים את הכספים שיוכרעו לטובתם במסגרת תביעת החוב, בין באמצעות העברה לידי בא כוחם ובין באמצעות העברה ישירה לחשבון בנק של העובדים בחו"ל (ככל שקיים כזה)?



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

- האם יש תנאים כלשהם לצורך העברת כספים לחו"ל, בכלל ולמדינות מסוימות בפרט?
- ה. כיצד נוהג המוסד בנוגע לרכיבי החוב להם זכאי עובד, בנסיבות שבהן פסק בית הדין כי המדובר בתלושי שכר פיקטיביים והמוסד אינו צד לפסק הדין. האם תביעת החוב תוכרע על בסיס תלושי השכר בלבד, או שמא המוסד לביטוח לאומי יבצע את תחשיב זכויות העובד בהתאם לפסק הדין?
- ו. האם תקופת הזכאות לתביעה תקבע גם כן על בסיס תלושי שכר בלבד? על בסיס החודשים בגינם שולמו דמי ביטוח לאומי בלבד, או שמא בהתאם לתקופת העבודה שהוכרה בפועל על ידי בית הדין לעבודה?
- ז. האם העובדים דווחו למוסד לביטוח לאומי על ידי חן מחזור והאם שולמו בגינם דמי ביטוח.
32. המוסד הבהיר בעמדתו כי מטרתו של פרק ח' לחוק הביטוח הלאומי היא הגברת הביטחון הסוציאלי במצב בו אין בידי המעסיק (תאגיד או יחיד) לשלם את חובותיו לעובדים, כאשר הגמלה המשולמת על ידו כקופה ציבורית היא שירותית כרשת מגן אחרונה, רק לאחר מיצוי כל המקורות האחרים. עוד ציין כי חלו שינויים מסוימים לפרק ח' כתוצאה מחקיקת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח - 2018.
- במענה לשאלות בית הדין, ציין כדלקמן:
- א. גם עובד שאינו תושב, מבוטח במסגרת פרק ח' לחוק הביטוח הלאומי (נוכח ההגדרה בסעיף 180 לחוק, המפנה להגדרת "עובד" לצורך ביטוח נפגעי עבודה).
- ב. כל תובע גמלה נדרש למלא טופס תביעה לגמלה. על מבקש מקלט למלא גם "שאלון לרישום נפש" הכולל את פרטיו האישיים וצילום דרכון או מסמך רשמי אחר, "לצורך רישומו במערכות המוסד שכן פרטיו אינם מצויים במאגרי מרשם האוכלוסין".
- ג. לפי סעיף 324ב' לחוק הביטוח הלאומי, שוהה שלא כדין אינו זכאי לגמלה ולכן לצורך קבלת העברת כספי הגמלה יידרש תובע הגמלה להציג אשרת שהייה כדין. עם זאת, אשרה מכוח סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב - 1952 נחשבת לעניין מבקשי מקלט כאשרת שהייה כדין.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

- ד. לצורך קבלת הגמלה נדרש כל תובע להמציא פרטי חשבון בנק על שמו בלבד (סעיף 303 לחוק הביטוח הלאומי), ולא ניתן להעביר את הגמלה למורשה או בא כוח. חשבון הבנק יכול להימצא בישראל או בכל מדינה אחרת (בכפוף להוראות חוק המאבק בטרור, התשע"ו - 2016), וזאת בכפוף להמצאת המסמכים הנדרשים לצורך אימותו.
- ה. בכפוף להמצאת מלוא המסמכים והטפסים הנדרשים, אין צורך כי תובע הגמלה יימצא בישראל בכל שלב משלבי התביעה, אלא אם הדבר יידרש לצורך ההליך המשפטי הכרוך בפירוק החברה או ככל שיוגש ערעור על ידו.
- ו. תביעת חוב יש להגיש תוך ששה חודשים מיום מתן צו הפירוק (סעיף 71(ב) לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ס - 1980 החל גם על הליכי פירוק של חברות מכוח סעיף 353 לפקודת החברות [נוסח חדש]). ככל שתביעת החוב הוגשה לאחר מכן, ניתן להגיש בקשה להארכת מועד אשר תיבחן על ידי בעל התפקיד שמונה על ידי בית המשפט. בעניין חן מחזור כבר ניתן ביום 5.5.19 צו לחיסולה, שמבטל מבחינה משפטית את צו פירוק החברה, ולכן **"בשלב זה לעמדת המוסד לא ניתן להגיש תביעות חוב אף אם תוגש בקשה להארכת מועד"**. המוסד ציין כי הוגשו לו בעניין חן מחזור תביעות חוב של ארבעה עובדים שאינם תושבים, **"ואלו שולמו זה מכבר"**.
- ז. זכאות עובד לגמלה כפופה לחובות שכר העבודה (ב-12 החודשים שקדמו לסיום יחסי העבודה) ופיצויי פיטורים של החברה כלפיו, והיא בגין זכויות קוגנטיות בלבד (הנחשבות כ"שכר עבודה" כמשמעותו בסעיף 1 לחוק הגנת השכר). לכך מתווספת הצמדה למדד המחירים לצרכן, אך לא ריבית ולא פיצויי הלנה.
- ח. בהתאם להלכה הפסוקה, בעל התפקיד שמונה על ידי בית המשפט רשאי להציף מאחורי פרגוד פסק דין, באם ניתן בהעדר הגנה או בפשרה. עם זאת ככל שפסק הדין ניתן לאחר שהנתבעות נתנו גרסה ועמדו על הגנתן, יש לכבד את הכרעת בית הדין. כך למשל, **"ככל שנקבע על ידי כב' בית הדין קמא כי תלושי השכר שהועברו לעובדים הינם פיקטיביים, ונקבעו קביעות פוזיטיביות לעניין שכרם האמתי וזכויותיהם הסוציאליות, הרי שהמוסד יכבד הכרעה זו, וזאת בכפוף למכלול הראיות שיש בידי המוסד"**. הדבר נכון גם לגבי תקופות העבודה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

ט. ביחס לעובדים שאינם תושבים לא מבוצע דווח שמי למוסד, אלא דיווח על מספר העובדים בלבד. חן מחזור דיווחה על סיום העסקת עובדים בחודש אוקטובר 2013, ולא דיווחה על העסקת עובדים שאינם תושבים בחודש זה. עם זאת בחודשים הסמוכים לכך דווח על העסקת עובדים שאינם תושבים במספרים לא אחידים שנעו בין 14 עובדים ל - 24 עובדים.

י. לגופם של דברים: לאור מכלול הנסיבות בתיק וקביעות בית הדין האזורי ביחס לחבותם של מנרב ובעלי השליטה בחן מחזור, ובהתחשב בכך שמדובר בגמלה שיורית - סבור המוסד כי אין לעובדים זכאות לגמלה.

33. לאחר קבלת עמדת המוסד ניתנו החלטותינו לפיהן אין צורך לקיים דיון נוסף, וגם אין צורך בהפניית שאלות הבהרה למוסד בקשר לעמדתו (החלטות מיום 9.7.19 ו - 13.10.19).

הכרעה

זהות המעסיק במערכות יחסים משולשות

34. הסוגיה העיקרית המועלית בערעורה של מנרב נוגעת לזהות המעסיק בתבנית העסקה מורכבת, נושא שנדון בפסיקתו של בית דין זה פעמים רבות. עקרון בסיסי שנקבע בקשר לכך הוא כי זהות המעסיק לא תיקבע לפי האופן בו הגדירו הצדדים עצמם את מערכת היחסים, אלא תוך בחינה מהותית (ע"ע (ארצי) 6818-10-10 המוסד לביטוח לאומי - אליהו משה דיין (24.4.12); להלן: עניין דיין). בחינה מהותית זו נועדה לאתר את מי שבינו לבין העובד קיימת "התקשרות אותנטית ולגיטימית" של יחסי עבודה (עניין פלפל; עניין קטילי; ע"ע (ארצי) 478/09 יצחק חסידים - עיריית ירושלים (13.1.11), להלן: עניין חסידים; ע"ע (ארצי) 11441-10-10 13 אלכסנדר קגנובסקי - עיריית כפר סבא (19.10.14); ע"ע (ארצי) 4995-06-11 מלי בירן - מדינת ישראל (14.6.17); ע"ע (ארצי) 14403-10-16 Rong Gang - סוראל יישום שירותי בניה בע"מ (31.12.17)).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

35. בחינת האותנטיות נעשית לפי מבחני עזר שונים שנקבעו בפסיקה בהתבסס על התכלית של הכרה ב"מעסיק" ככזה, ונועדה לבחון "האם הלבוש הפורמלי בו הולבשה תבנית ההעסקה תואם את העסקה האמיתית שנקמה בין הצדדים" (עניין **פלפל**; המבחנים השונים פורטו בין היתר בדב"ע (ארצי) נב/142-3 חסן אלהרינאת - **כפר רות**, פד"ע כד 535 (1992), להלן: עניין **כפר רות**, ובעניין **חסידיים**).

דרישת הלגיטימיות נועדה לבחון "האם בתבנית ההעסקה 'אין כל דבר הנוגד יסודות משפט העבודה', ובכך להופכה למנוגדת ל'תקנת הציבור'" (עניין **פלפל**), ובכלל זאת האם מתכונת ההעסקה "פוגעת בדרך כלשהי בזכויותיו [של העובד] או גורעת מהן" (ע"ע (ארצי) 467/08 פימה פאק פרימוזה טריידינג בע"מ - הרבנות הראשית לישראל (12.7.10)). בלשונו של חברי השופט (כתוארו אז) אילן איטח - "לבחינת לגיטימיות התבנית יש הן היבטים סובייקטיביים... והן היבטים אובייקטיביים - רוצה לומר, אפילו לא התכוונו הצדדים לקפח את העובד ופעלו מתוך מטרה לגיטימית, יש לבחון האם העסקת העובד בתבנית הנבחנת פוגעת בהשגת תכליות משפט העבודה ובכללן העקרון כי העבודה אינה 'מצרף'" (עניין **פלפל**).

36. בעת יישום המבחנים יש להתחשב במאפייניה של תבנית ההעסקה הנבחנת, ובין היתר האם לפנינו מיקור חוץ של כוח אדם, או מיקור חוץ של פונקציות, "בו מעביר המשתמש את האחריות לביצוע תפקידים מסוימים לקבלן משנה, העובד בעצמו או מעסיק עובדים משלו ואמור לספק למשתמש מוצר או שירות מוגמר בהתאם להנחיותיו" (עניין **חסידיים**; כן ראו בעניין **פורתי**; עב' (ארצי) 11/07 אל אור אילת תפעול ואחזקות בע"מ - מדינת ישראל (11.8.08); להלן: עניין **אל אור**). להבחנה זו חשיבות גם לצורך חלותו של חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו - 1996 (להלן: **חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם**; אם כי סעיף 10א' לחוק זה מחיל את הוראות החוק באופן חלקי גם על העסקת עובדים באמצעות קבלני שירותים, בענפים המנויים בתוספת לחוק). בפסיקה הובהר כי "על אף חשיבות ההבחנה, היא אינה תמיד פשוטה, ותלויה בין היתר בשאלה האם אכן מדובר



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

במיקור חוץ של פונקציות או שמא במיקור חוץ מוסווה של כוח אדם" (עניין חסידיים).

עוד יש להדגיש כי בהתאם לפסיקה הקיימת אין עוד חזקה הקובעת כי יחסי העבודה הם בין העובד ל"משתמש" או "המפעיל", אך גם לא קיימת חזקה הפוכה (עניין **פלפל**; עניין **חסידיים**; ע"ע (ארצי) 602/09 **מדינת ישראל - חנה אלוני** (24.1.12)), אלא נערכת בחינה עניינית בהתאם למכלול הנסיבות (על הקשיים בתבניות ההעסקה המורכבות והדרכים האפשריות לפתרונם ראו גם אצל שרון רבין-מרגליות, חברות השירותים, מזמיני השירותים ובעיקר מה שביניהם: על מעמדם ועל אכיפת זכויותיהם של עובדי חברות השירותים, **מחקרי משפט** כ"ה 525 (2009); גיא דוידוב, העסקה עקיפה, **עבודה חברה ומשפט** י"ב 191 (2010)); רונית נדיב ויובל פלדמן, היבטים פוזיטיביים ונורמטיביים של שוויון (או אי-שוויון) ביחסי העסקה משולשים בישראל, **עבודה חברה ומשפט** י"ב 153 (2010)).

37. לאמור יש להוסיף כי "בתבניות העסקה מורכבת יתכנו תוצאות נוספות על פני התוצאה בדבר זהותו של מעביד יחיד" (עניין **פלפל**). כך למשל יכול ויוכרו המשתמש וקבלן המשנה כמעסיקים במשותף (דב"ע (ארצי) נד/96-3 **מחלקת הבנייה של הקיבוץ הארצי בע"מ - ח'ליל עבד אל רחמן עאבד**, פד"ע כט 151 (1996), להלן: **עניין מחלקת הבנייה**; ע"ע (ארצי) 1218/02 **Xue Bin - א. דורי בע"מ**, פד"ע לח 650 (2003), להלן: **עניין דורי**; ע"ע (ארצי) 1363/02 **דינה חזין - תנופה שירותים כ"א ואחזקות בע"מ** (5.11.06)).

כן הוכרה, טרם חקיקתו של החוק להגברת האכיפה, אפשרות לפיה "הגם שהמעביד הפורמלי הוא המעביד, יוכר גם המפעיל (המשתמש) כמעביד נוסף, שאחראי גם הוא לתשלום זכויות משפט העבודה המגן שלא שולמו לעובד" (עניין **פלפל**, תוך הפניה לחוות דעתו של הנשיא אדלר בעניין **שוואב**). היינו, הוזכרה גם אפשרות חריגה להכיר ב"משתמש", על אף שלא מתקיימים בו המבחנים המסורתיים לזיהוי המעסיק, כמעסיק נוסף במשותף לצרכים ספציפיים (דוגמת אחריות לזכויות סוציאליות בסיסיות), וזאת למשל - אך לא רק - במצבים בהם



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

קבלן השירותים או כוח האדם אינו מסוגל בפועל לשאת במחויבויותיו (להרחבה בעניין זה, לרבות אסמכתאות בספרות, ראו את פסק דיני בעניין **שמואלוב** בבית הדין האזורי, כאשר קיימת שאלה בדבר היתכנותה של אפשרות זו כיום, כפי שנבהיר בהמשך; להכרה ב"משתמש" כמעסיק לצורך ספציפי אחר - חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח - 1988 (להלן: **חוק השוויון**) - ראו למשל בע"ע (ארצי) 37078-11-13 **חברת החשמל לישראל בע"מ - ליה נאידורף** (13.2.18), להלן: עניין **נאידורף**).

38. אפשרות אחרונה זו של הטלת אחריות מעין-שירותית עומדת גם בבסיסו של החוק להגברת האכיפה, שחוקק בשנת 2011, וקובע (בין היתר) מנגנון המאפשר לחייב את ה"משתמש" - בהתקיים תנאים מסוימים - בזכויות מכוח חוקי המגן וצווי הרחבה שונים ככל שלא שולמו בפועל על ידי המעסיק (וראו בקשר לכך את דברי ההסבר בהצעת החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, ה"ח תשס"ח 363 (2008); מיכאל אטלן ודבורה ספיר-אליעזר, דגשים בחוק להגברת האכיפה של דיני העבודה - אסדרה מגיבה באמת, **חוקים ח' 119 (2016)**).

לצורך כך קובע החוק כי "**חובת מעסיק שהוא קבלן** [מי שעיסוקו במתן שירות, באמצעות עובדיו, אצל זולתו בתחומים של שמירה ואבטחה, ניקיון והסעדה - ס.ד.מ], **כלפי עובדו, לפי הוראת חיקוק המנויה בתוספת השלישית ולפי הוראות צווי הרחבה המנויות בסעיף קטן (ב) תחול גם על מזמין השירות בעד פרק הזמן שהעובד הועסק במתן השירות אצלו**" (סעיף 25(א)). זאת, בהתקיים התנאים המצטברים הנקובים בסעיף - והם קיומם של ארבעה עובדים לפחות הנותנים את השירות אצל מזמין השירות (סעיף-קטן 1); מתן השירות משך שישה חודשים לפחות באופן קבוע ורציף (סעיף-קטן 2); ומסירת הודעה למזמין השירות על כך שלא מקוימת כלפי העובד חובה כלשהי (בין על ידי העובד, בין על ידי מפקח עבודה ובין על ידי ארגון עובדים או ארגון העוסק בקידום זכויותיהם של עובדים, בתנאים המפורטים בסעיף) ואי תיקון ההפרה על ידי הקבלן תוך 30 יום מיום מסירת ההודעה (סעיף-קטן 3).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

39. עוד קובע החוק חובה על מזמין שירות לנקוט "אמצעים סבירים, בנסיבות העניין, כדי למנוע פגיעה בזכויות עובדים של הקבלן המועסקים אצלו, ולשם כך עליו לקבוע דרך יעילה במקום העבודה למסירת הודעה על פגיעה כאמור... ולבירור המידע שבהודעה, ויידע את עובדיו של הקבלן בדבר דרך זו" (סעיף 26), ואם לא עשה כן - תחול עליו אחריות גם אם לא התקיים התנאי שבסעיף 25(א)(3). החוק ממשיך וקובע הגנות שונות למזמין השירות (סעיף 27), וביניהן הסתמכות בתום לב על בדיקות תקופתיות שנערכו בידי בודק שכר מוסמך, בתנאים המפורטים בסעיף. עם זאת, הגנות אלה לא תחולנה, וכן לא יהא צורך בקיום התנאים הנקובים בסעיף 25(א)(1)-(2), ככל שבהסכם בין הקבלן למזמין השירות לא פורטה בכתב עלות השכר המינימאלית בהתאם לדרישות החוק; ככל שעלות השכר המינימאלית הקבועה בהסכם פחותה מערך שעת עבודה שייקבע על ידי שר הכלכלה; או ככל שמזמין השירות משלם בפועל לקבלן סכום נמוך מכך (סעיף 28 לחוק, בהתאם לפרטים המופיעים בו).

החוק אף קובע אחריות פלילית על מזמין שירות במצבים המפורטים בו, וכן אחריות במסגרת הליך מנהלי (עיצום כספי), ולא רק אחריות אזרחית.

40. מנרב לא ביקשה מאתנו לקבוע כי החוק להגברת האכיפה מונע מלבחון את היות המשתמש מעסיקו של העובד בהתאם למבחנים המסורתיים לזיהוי המעסיק בתבנית העסקה מורכבת, ובצדק לא ביקשה כך. מבלי לקבוע מסמרות (שכן הצדדים לא טענו בסוגיה זו) אנו סבורים כי החוק יצר "כלי" חדש ב"ארגז הכלים", שנועד להבטיח את יישומם של חוקי העבודה ואת הגשמת תכליתו של משפט העבודה, בכלל ובתבניות העסקה מורכבות בפרט. החוק יוצא מנקודת מוצא של הטלת אחריות אזרחית בתנאים הנקובים בו גם על מי שאינו מעסיק, וממילא אין בו כדי למנוע הכרה ב"משתמש" כמעסיק, או מעסיק במשותף, במקרים המתאימים ובהתאם למבחנים שנקבעו לצורך כך בפסיקה (וראו בקשר לכך, מבלי להרחיב, גם את סעיף 46 לחוק להגברת האכיפה, על שני סעיפיו הקטנים, כמו גם סעיפים 47-48). זאת, כשם שנקבע בעבר שחקיקת חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, ונקודת המוצא הכלולה בו לפיה קבלן כוח האדם הוא המעסיק,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

אינה שוללת את האפשרות להמשיך ולהכיר ב"משתמש" כמעסיק במקרים המתאימים (עניין צ'פקוב; עניין דייך; עניין קטילי), וכשם שסעיפי החוק המטילים אחריות ישירה לקיום מחויבויות מכוח חוקי המגן על המשתמש בעבודתו של עובד המועסק באמצעות קבלן כוח אדם - דוגמת סעיף 2(א1) לחוק השוויון - לא פורשו כהסדר שלילי ביחס לעובד המועסק באמצעות קבלן שירותים (עניין נאידורף).

לצד זאת, יש לבחון את השלכתו האפשרית של החוק להגברת האכיפה על האפשרות להטיל אחריות על ה"משתמש" כמעסיק נוסף במשותף לצרכים ספציפיים, כמו גם על דרך יישומה של אפשרות זו. סוגיה זו אינה נדרשת לצורך הכרעה בהליך שלפנינו ולפיכך תושאר ב"צריך עיון". עם זאת נדגיש כי הערה זו מתייחסת למצבים החריגים בהם הוכרה אחריות שהיא שיורית או חלקית במהותה, ולא למצבים בהם הוכר ה"משתמש" כ"מעסיק במשותף" לכל דבר ועניין. ההערה אף אינה רלוונטית, מטבע הדברים, למקרים דוגמת עניין נאידורף.

41. **כסיכום ביניים** - בהתאם להלכה הפסוקה, בעת שמועלית טענה להיותו של המשתמש מעסיקו של העובד, יש לבחון תחילה את שאלת זיהוי המעסיק בהתאם למבחנים המסורתיים, שעיקרם בחינה מהותית של השאלה מול מי מקיים העובד מערכת יחסי עבודה אותנטית ולגיטימית. היה וייקבע כי המשתמש אינו המעסיק לפי מבחנים אלה, יש לבחון את אחריותו בהתאם לחוק להגברת האכיפה ככל שרלוונטי, וכן מכוח חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם וחוקי מגן נוספים המטילים אחריות על המשתמש. במקביל ובכפוף לכך שאפשרות זו הותרה ב"צריך עיון", ניתן לבחון את האפשרות השיורית שנפסקה בעבר.

מן הכלל אל הפרט

42. במקרה שלפנינו, בית הדין האזורי קבע כאמור כי אין לראות במנרב "מעסיקה במשותף" של העובדים, ולמרות זאת הטיל עליה אחריות לתשלום זכויותיהם (זכויות סוציאליות מכוח חוקי המגן וצווי הרחבה) מהטעם שגילתה אדישות כלפי זכויותיהם של העובדים שהועסקו בחצריתה, ולא ביצעה את הפיקוח הדרוש על מנת לוודא שמעסיקם ממלא אחר הוראות משפט העבודה. על אף שהנמקת בית הדין





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

האזורי שובת לב, דעתנו שונה, שכן לטעמנו ככל שאין מדובר ב"מעסיק" (ולו במשותף או לצרכים ספציפיים) - לא ניתן להטיל עליו אחריות לתשלום זכויותיהם של עובדים שאינם שלו (אלא מכוח הוראות החוק להגברת האכיפה, שאין חולק כי אינן חלות על עובדי ייצור בתעשייה). להסרת ספק נבהיר כי אין בדברים אלה כדי לאיין את האפשרות שהוזכרה לעיל (ככל ובמידה ותקפה כיום, וכאמור לעיל הותרנו שאלה זו ב"צריך עיון") בדבר הכרה במעסיק נוסף במשותף לצרכים ספציפיים על אף שלא מתקיימים בו המבחנים המסורתיים לזיהוי מעסיק, אך לטעמנו גם אפשרות זו מחייבת הכרה בהיות המשתמש "מעסיק" - גם אם לצורך מסוים.

43. בחנו את השאלה האם על אף הקושי בהנמקה, קיימת הצדקה אחרת לחיובה של מנרב - בין תוך ראייתה כמעסיקה במשותף של העובדים לפי המבחנים המסורתיים לזיהוי המעסיק; בין תוך קביעה כי חן מחזור היא למעשה קבלן כוח אדם (ובמקרה כזה יש לראות בעובדים כעובדיה של מנרב לאחר תשעה חודשי עבודה בהתאם להוראות חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם); ובין תוך בחינת אפשרות הטלתה של אחריות שיוּרית, אפשרות אותה יש לבחון כאמור לעיל ככל שנגיע למסקנה כי מנרב אינה המעסיק לפי המבחנים המסורתיים. לבסוף שוכנענו כי לא הובאו די ראיות ביחס לאף אחת מהאפשרויות הללו ומשכך במסגרת ההליך שלפנינו, ועל בסיס חומר הראיות הדל המצוי בו, יש לקבל את ערעורה של מנרב ולקבוע כי לא הוכחה אחריותה לזכויות העובדים. להלן יפורטו טעמינו לקביעה זו, המבוססים כאמור בעיקרם על התשתית העובדתית המצויה בתיק.

44. **אשר לאפשרות ראייתה של מנרב כמעסיקה במשותף** (מבחני האותנטיות והלגיטימיות) - ראשית נציין כי בכתב התביעה הוזכרה אפשרות זו באופן כוללני בלבד; בהתבסס על ראיית חן מחזור כ"קבלן כוח אדם" שמנרב כשלה ב"פיקוח אפקטיבי" עליו בהתאם להוראות חוק הגברת האכיפה; ומבלי לטעון אילו מהמבחנים המסורתיים לזיהוי המעסיק מתקיים במנרב. כל שפורט בכתב התביעה ביחס למבחנים המסורתיים הוא כי "הנתבע 4" - היינו שלום מטעם חן מחזור - היה "מנהלם בפועל" של התובעים וכן "היה אחראי על גיוס התובעים לעבודתם, פיקח על עבודתם, שילם את שכרם", ללא כל אזכור למעורבות של מנרב בשלב



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

הקבלה לעבודה ואף העבודה בפועל (מלבד טענה כללית כי מנרב באמצעות מנהלים מטעמה "פיקחה על עבודתם של התובעים ואיכותה"). גם ביחס לנסיבות סיום העבודה, נטען כי חן מחזור היא שהפסיקה את העסקת העובדים ולא הציעה להם עבודה חלופית, תוך שחלקם עבר לעבוד באמצעות "קבלן אחר" לאחר שחן מחזור "פסקה מלהעסיקם", וגם זאת ללא כל אזכור של מנרב או מי מטעמה.

45. גם בתצהירי העובדים, כל שצוין ביחס לקשר בינם לבין מנרב הוא כי עבדו "בשורות הנתבעים, על פס הייצור במפעל החטיבה הטרומית... אשר מייצר בין היתר קירות טרומיים עבור אתרי הבנייה של הנתבעת ברחבי הארץ. הועסקתי בעבודות ברזל, הכנת חומרי בנייה, יציקות בטון, הדבקת אריחי שיש על הקירות הטרומיים, ולמעשה לקחתי חלק בכל תהליך הייצור" (סעיפים 2-3 לתצהירו של כל אחד מהעובדים), הא ותו לא. פרט לכך לא ציינו דבר על קשר כלשהו בינם לבין מנרב או מי מטעמה, לרבות מי קיבל אותם לעבודה, מי נתן להם הוראות עבודה ומי פיקח עליהם מקצועית, וגם לא סופקו פרטים על המפעל עצמו ושילובם בו ביחס לעובדים אחרים שהועסקו בו וביחס למכלול העבודה בו. ונזכיר, כי נטל השכנוע מוטל ככלל על התובע, ולכן מצופה היה מהעובדים לעשות מאמץ משמעותי יותר על מנת להוכיח את טענותיהם למערכת יחסי עבודה מול מנרב, לרבות פרטים מלאים על מאפייני עבודתם ולרבות בקשות לגילוי מסמכים על מנת לקבל מידע נוסף ככל שלא היה בידיעתם.

בחקירותיהם הנגדיות חלק מהעובדים אמנם הפנו ל"יהודה" (מנהל הייצור במפעל מטעם מנרב) כמי שנתן להם הוראות עבודה, וחלק קטן מהם ציינו שיהודה הוא גם זה שקיבל אותם לעבודה (התובעים 2, 4 ו-9), אך חלק הארי של העובדים הדגישו דווקא את חלקו של שלום כמי שגייס אותם לעבודה, סיכם עמם את שכרם ושילם אותם, ניהל את נוכחותם, נתן להם הוראות, ואליו פנו כאשר נזקקו לדבר-מה או כאשר הודיעו על היעדרות. חלק מהעובדים אף הדגישו כי הם רוצים כסף בן מ"בוסקילה" (התובעים 1, 6, 8 ו-11). אשר לסיום העבודה - מרבית העובדים ציינו כי שלום הודיע להם כי הוא "יצא מהמפעל" ולכן עליהם "לשבת בבית" עד שימצא להם עבודה, כאשר חלקם חזרו בהמשך לעבוד במפעל באמצעות "קבלן אחר".





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

מחקירות העובדים אף עולה בבירור כי שלום ובנו נכחו במפעל באופן קבוע; כי התקיימה מערכת יחסים יום-יומית ושוטפת בינם לבין העובדים, בפן המקצועי כמו גם האישי; וכי ציפיית העובדים (כך לפחות לפי החקירה הנגדית של מרביתם) הייתה להמשיך ולעבוד עם שלום במקום אחר, ולא להישאר במפעל.

46. גם העדויות מטעם מנרב וכן מחזור לא סייעו לשפוך אור בהתייחס לקיומם של סממני מעסיק במנרב. מר אמיר הינדי, מנהל המפעל שהעיד מטעם מנרב, הסתפק בסעיף כללי בתצהירו לפיו "בין הנתבעת 1 לבין הנתבעת 2 נחתמו הסכמים אשר עניינם ביצוע עבודות כגון ייצור אלמנטים טרומיים מבטון וייצור תבניות פלדה ליציקת הבטון. במסגרת הסכם זה התחייבה הנתבעת 2 כי שירותיה לנתבעת הינם קבלן עצמאי, ואין בהסכם כדי ליצור יחסי עובד מעביד שותפות או שליחות בין הצדדים...". בחקירתו הנגדית אישר כי "יהודה" הוא מנהל הייצור של המפעל; כאשר נשאל מדוע העובדים הזכירו אותו בחקירותיהם, השיב כי "הוא אישיות מוכרת במפעל, הוא איש קולני... יהודה כל הזמן פיקח על שלום ועל דודי ואני מניח שמתוך הצעקות הם מכירים אותו". כאשר נשאל מדוע מנרב הפסיקה את ההתקשרות עם חן מחזור, השיב כי "היו לו קשיים בביצוע ההתחייבויות שלו, עובדים הפסיקו להגיע אליו...". גם שלום בתצהירו לא פירט דבר לגבי מערכת היחסים בינו לבין מנרב, והסתפק באמירה כוללנית לפיה חן מחזור היא "חברה בע"מ המספקת אלמנטים טרומיים" (סעיף 17). בחקירתו הנגדית לא נשאל דבר שיכול להעיד על התקיימותם של מאפייני מעסיק במנרב.

בהתבסס על תשתית עובדתית זו כמו גם התרשמותו הבלתי-אמצעית מהראיות, שוכנע בית הדין האזורי כי אין לראות במנרב כמעסיקה במשותף של העובדים, ובנסיבות העניין - ומהטעמים שיפורטו להלן - לא שוכנענו שהובאה הצדקה להתערב בקביעה זו.

47. כאמור לעיל, השאלה המרכזית שעלינו לשאול את עצמנו לפי ההלכה הפסוקה היא השאלה מול מי קיימו העובדים מערכת יחסי עבודה שהיא אותנטית ולגיטימית. כפי שפורט לעיל, בעבר נקבעה חזקה לפיה ה"משתמש" הוא המעסיק, והמבקש



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

לסתור זאת נדרש להוכיח התקשרות אותנטית, שמטרתה לגיטימית, בין המשתמש לבין המעסיק בפועל (הלכת **כפר רות**). עם הזמן נקבע כי חזקה זו אינה רלוונטית עוד (עניין **חסידיים** בסעיף 24, על בסיס האסמכתאות שם), אך גם הודגש כי "**אין משמעות הדבר כי קיימת חזקה הפוכה**" לפיה המעסיק הפורמאלי הוא המעסיק, אלא נדרשת בחינה "**מהותית וזהירה**" של הנסיבות (שם). בחינה זו מתבצעת לפי מבחני העזר שנקבעו בפסיקה אך בראש ובראשונה בהתאם לתכליות דיני העבודה, שעיקרן "**להבטיח קיום כלכלי (חומרי) וחברתי (רוחני) בכבוד של העובד, ובקליפת אגוז - את כבודו החברתי**" (בלשונו של חברי השופט איטח בעניין **פלפל**). בהתאם, נעשה כיום שימוש במבחני ה"אותנטיות" וה"לגיטימיות" לצורך בחינת מערכת יחסי העבודה עצמה (שם), מתוך שאיפה לזהות מי הצד השני האמיתי העומד מול העובד. ונזכיר, כי מערכת יחסי עבודה אינה דבר שניתן לסחור בו או לאיין את קיומו באמצעות תניה חוזית כזו או אחרת, כך שלא די להציב "חיץ" פורמאלי בין העובדים לבין המעסיק לצורך העברה מלאכותית של מחויבויות המעסיק לצד שלישי. כשם שלא ניתן להגדיר עובד באופן פיקטיבי כ"קבלן" - ודיני העבודה ותקנת הציבור לא יתנו לכך תוקף - כך גם לא ניתן להחזין באופן פיקטיבי את המחויבויות שמטיל משפט העבודה על "מעסיק" באמצעות מינויו של גורם חיצוני-כביכול שיהא אחראי עליהן.

48. אלא, שבמקרה שלפנינו, גם אם "מלקטים" חלק מתשובותיהם של חלק מהעובדים, לא מגיעים לכדי מסה מספיקה של מאפיינים שיש בה להטות את הכף לעבר הקביעה כי מנרב היא מעסיקה במשותף של העובדים (לפי מבחני העזר המסורתיים לצורך בחינת האותנטיות שנקבעו בעניין **כפר רות**, וגם המבחנים הנוספים שפורטו בעניין **חסידיים**). התלבטנו אם יש ליתן משקל לאי הבאתן של ראיות מספיקות גם מצד מנרב בהקשר זה, אך בהתחשב בדלילותן של הראיות שהוצגו מטעם העובדים כמו גם בהעדר חידודה של הטענה המשפטית המדויקת בכתב התביעה - שוכנענו כי לא ניתן לזקוף לחובת מנרב בדיעבד את בחירתה להסתפק אף היא בראיות חלקיות בלבד. אף לא הוכח חוסר לגיטימיות של העסקת העובדים באמצעות חן מחזור (כאשר חוסר לגיטימיות עשוי היה כמפורט לעיל להוביל למסקנה בדבר היות ה"משתמש" מעסיק או מעסיק במשותף), ובמסגרת זו לא נטען ולא הוכח כי





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

העסקת העובדים נעשתה באמצעות חברת קש או מי שברור כי לא יוכל לקיים את מחויבויותיו; שמיקור החוץ נעשה על מנת לחמוק מאחריות לזכויות העובדים או לפגוע בהן; שהתובעים הועסקו כתף אל כתף עם עובדים של מנרב ללא הצדקה עניינית; או שמיקור החוץ שבוצע אינו לגיטימי או מנוגד לתקנת הציבור בדרך אחרת.

מאידך גם לא ניתן להתעלם מהעובדה שהעובדים הועסקו כפועלי ייצור במפעל תעשייתי ומשכך נותרו סימני שאלה לגבי טיבו המדויק של "מיקור החוץ" שנעשה והאם מוצדק לתת לו תוקף. נסיבות המקרה מחדדות אם כך את חשיבותה והשלכותיה של "נקודת המוצא" שנקבעה בעניין **כפר רות**, ומצדיקות לטעמנו לשקול שמא ראוי להחזיר על כנה את החזקה העובדתית שנקבעה שם, לפיה ה"משתמש" בכוח עבודתו של העובד (ודאי, אך לא רק, בעת ביצוע פעילות הנחזית כפעילות ליבה) הוא גם מעסיקו, אלא אם הוכיח אחרת. אין מקום לדון בשאלה זו במסגרת ההליך שלפנינו משהצדדים לא טענו לכך ולא ניתנה להם הזדמנות להתייחס לכך, ומשמנרב לא יכולה הייתה לכלכל צעדיה בהתאם ולהביא ראיות מתוך נקודת מוצא כי הנטל עליה. משכך, שאלה זו תיוותר לעתיד לבוא.

49. **אשר לאפשרות כי חן מחזור היוותה למעשה קבלן כוח אדם** - ראשית נציין כי טענות העובדים בהקשר זה לא הועלו בסיכומי תשובתם לערעור אלא רק במהלך הדיון לפנינו, ומנרב הבהירה מיד כי היא רואה בכך הרחבת חזית. לגופה של טענה נקבע על ידי בית הדין האזורי כי החברה אינה קבלן כוח אדם, וכי ההסכם בינה לבין מנרב הוא הסכם אותנטי המשקף גם את ההתקשרות שקדמה לו ומלמד על היותה "קבלן שירות", שסיפק מוצר מוגמר וקיבל תמורה בהתאם לתוצרת שסיפק.

העובדים הפנו לסימני שאלה מסוימים העולים מחומר הראיות בהתייחס לקביעה זו, ונוגעים לתיקון בכתב יד שבוצע בתאריך ההסכם (וכיצד ייתכן כי מי שחתום עליו מטעם מנרב בשנת 2012 הוא מר לאון ויישנקר, שסיים עבודתו במנרב בנובמבר 2011). כן הפנו לסתירות בתשובותיו של שלום בחקירתו הנגדית, שכן לצד תשובות בהן הדגיש כי קיבל תמורה "**לפי יצור**", ציין שהיה גם תשלום לפי "**שעות רג"י**".



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

(ביטוי מקצועי המלמד על תמורה לפי זמן עבודה). בשלב מסוים אף נשאל "מבחינת האמת, האם זה נכון שההסכם שחל בזמן עבודתם של התובעים היה הסכם לפי שעות?" והשיב - "נכון. אני מחויב להגיד את האמת", אך בהמשך חזר והדגיש כי "ביצור לא עובדים לפי שעה" וכי תשלום לפי שעות היה בתוקף רק "במידה ובייצור חלו תקלות".

מצדו השני של המטבע, מר הינדי הדגיש בחקירתו - ולא נסתר - כי התשלום לחן מחזור נעשה "לפי אלמנט", מלבד במקרה בו נגרמו עיכובים בשל תקלות במפעל שאינן באחריות קבלן המשנה, ואזי התווסף תשלום המפצה בגין השעות הנוספות שנדרשו העובדים לבצע (כפי שאף נכתב במפורש בהסכם). מנרב אף הציגה "העתק מדגמי של חשבוניות והזמנות רכש מחודשים 5/13, 6/13, 7/13 המלמדים על אופן ההתקשרות..." (סעיף 16 לתצהירו של מר הינדי), מהן עולה שהתשלום בוצע לפי מספר קוב ומחיר ליחידה. גם אם מדובר במספר בודד של חשבוניות מהתקופה האחרונה להתקשרות - חשבוניות נוספות שצורפו לכתב ההגנה של חן מחזור, משנת 2010, מלמדות אף הן על תשלום "פר אלמנט", ולא לפי מספר עובדים או שעות עבודה. כך גם המכתב שצוטט לעיל מיום 27.10.11 - מכתב אותנטי ממהלך ההתקשרות בין מנרב לחן מחזור וללא כל קשר להליך המשפטי - המלמד כי התמחור התבסס על התוצרת שסופקה (ובהתאם אף נטען להפסד תפעולי נוכח שינוי בדרישות המקצועיות), וכי חן מחזור הייתה אחראית לייצורו של מוצר מוגמר (קורות), להבדיל ממי שנדרש להעמיד כוח אדם בהיקף כזה או אחר ותו לא.

50. כפי שהובהר לעיל, ההבחנה בין קבלן כוח אדם לקבלן שירות אינה תמיד פשוטה, ויש להקפיד ולזהות אם אכן מדובר במיקור חוץ של פונקציות או במיקור חוץ מוסווה של כוח אדם. בהלכה הפסוקה הובהר כי "הנכון הוא שקבלן שירותים, מעצם שמו, הוא קבלן המספק מוצר מוגמר למזמין... אספקת שירותים בכלל, בהבחנה מאספקת שירותי כוח אדם, משמעה הוצאת פונקציות שלמות מתוך המערכת הארגונית. כרגיל, אם כי לא בהכרח, נמצא את קבלן השירותים מבצע את העבודה בחציו; הוא זה שיהיה אחראי לספק למערכת הארגונית את השירותים או את המוצרים המוגמרים עליהם סוכם. במיקור חוץ של פונקציות



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

יהיה זה הקבלן שיספק את חומרי הגלם ככל שקיימים כאלה לצורך קבלת המוצר או השירות המוגמר, והוא שיפעיל את עובדיו ויפקח עליהם עד להשלמת המוצר המוגמר" (השופטת רונית רוזנפלד בעניין אל אור; ההדגשה במקור). לא די לפיכך בעצם השימוש במונח "קבלן שירותים" כבמילת קסם, מבלי לצקת בו תוכן התואם את ההגדרה. אף יש לבחון אם התשלום "לפי יצור" אכן משקף אספקה של מוצר מוגמר, ואינו דרך מלאכותית ועקיפה של תשלום עבור כוח אדם.

במקרה שלפנינו אכן נותרו ספקות, בעיקר בשל כך שלא הוברר באופן מלא מהי הפונקציה השלמה (שניתן לאבחנה משאר הפעילות היצרנית במפעל) שהוציאה מנרב ל"מיקור חוץ" שנטען על ידה כי הוא אותנטי ולגיטימי (מלבד הגדרתו כ"ייצור אלמנטים טרומיים"), וגם בשל כך שקווי הייצור, כמו גם החומרים וכלי העבודה הדרושים לייצור האלמנטים, ניתנו לחברה - כך לפי הסכם 2012 - על ידי מנרב. אלא, שבית הדין האזורי - לאחר התרשמות מהעדויות באופן בלתי-אמצעי - שוכנע כי הסכם 2012 הוא הסכם אותנטי המשקף את ההתקשרות מראשיתה, וכי חן מחזור הייתה קבלן שירות אותנטי ולגיטימי שסיפק למנרב מוצר מוגמר והיה אחראי לו מבחינה מקצועית. בהתחשב בחומר הראיות הדל והחלקי המצוי בתיק, וכאשר נטל השכנוע מוטל כאמור על התובעים המבקשים להוכיח תביעתם - לא מצאנו כי קיימת הצדקה מספקת לצורך התערבות בקביעה עובדתית זו.

51. **אשר לאפשרות האחריות השירותית**, למשל בשל העדר פיקוח (כפי שנעשה בעניין שוואב) - מעבר לשאלה המשפטית לגבי עצם האפשרות להשתמש בה לאחר חקיקת החוק להגברת האכיפה (שאלה שהותרנו לעיל ב"צריך עיון"), שוכנענו כי העובדים לא סיפקו תשתית משפטית ועובדתית מספקת בטיעוניהם ובראיות מטעמם המצדיקה לראות במנרב כמעסיקה במשותף לצרכים ספציפיים (אפשרות שנועדה, גם בפסיקה שאימצה אותה וקדמה כאמור לחוק להגברת האכיפה, למקרים חריגים במיוחד). לא די לצורך כך באי תשלום זכויותיהם של העובדים בפועל, שאם לא כן כל אימת שהמעסיק לא ישלם זכויות לעובד ימצא המשתמש אחראי לכך, מבלי שהתקיימו התנאים שנקבעו לכך בחוק להגברת האכיפה ומבלי שהובאה הצדקה חריגה אחרת (כאשר יודגש להסרת ספק כי אין הכוונה למצבים בהם ייקבע כי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

המשתמש הוא מעסיק או מעסיק במשותף, שאזי יש לו אחריות מלאה לזכויות העובדים). גם לא די במכתב מיום 27.10.11 (שצוטט בסעיף 20 לעיל), שכן כל שעולה ממנו הוא כי במועד ספציפי ביקשה חן מחזור את העלאת התשלום החוזי. אף לא הוכחו נסיבות חריגות אחרות, והעובדים לא טענו כי הלינו בפני מנרב, או הביאו לידיעתה בדרך אחרת, כי אינם מקבלים את זכויותיהם.

52. בהתחשב בקבלת ערעורה של מנרב, אין צורך לדון בטענתה החלופית, לעניין חובת העובדים למצות תחילה את זכויותיהם מול המוסד ומול שלום דוד. עם זאת נוכח חשיבות הטענה מצאנו לנכון להבהיר כי ככל שמנרב הייתה מוכרת כמעסיקה במשותף - הרי שחבותה הייתה נקבעת יחד ולחוד עם חן מחזור, ובמקרה כזה העובדים רשאים היו לבחור ממי להיפרע, בהתאם לכל סיטואציה אחרת של חייבים "יחד ולחוד" (עניין **שופרסל**; עניין **אורכידאה**; בר"ע (ארצי) 34548-06-18 **Uri Mafson** - **מי רן כוח אדם בע"מ** (13.9.18)). אשר לטענה כי על העובדים למצות תחילה הליכים מול המוסד מכוח חובת הקטנת הנזק - ראשית נציין כי מעמדת המוסד כפי שהוגשה לתיק עולה כי קיימים קשיים פרקטיים לא מבוטלים במימוש הזכאות התיאורטית של מבקשי מקלט לזכויות מכוח פרק ח' לחוק הביטוח הלאומי, אך אין צורך להרחיב בקשר לכך בהליך שלפנינו. שנית, ככל שהיינו קובעים כי מנרב היא מעסיקה של העובדים (גם אם מעסיקה במשותף) - וככזו חבה בזכויותיהם באופן ישיר מכוח הוראות הדין - צודק המוסד כי אין כל סבירות לחייב את העובדים לפנות לקבלת זכויותיהם מהקופה הציבורית, כתנאי לקבלת זכויותיהם ממנרב. דברים אלה מובהרים מעבר לצורך, שכן שוכנענו כאמור שיש לקבל את ערעורה של מנרב לגבי עצם אחריותה לזכויות העובדים.

אין בכך כדי להביע עמדה לגבי סיטואציה בה מוטלת הייתה אחריות אחרת על "משתמש" מכוח הוראות הדין או הפסיקה. אף אין בכך כדי להביע עמדה לגבי אפשרות העובדים לפנות כעת למוסד לצורך קבלת זכויות מכוח פרק ח' לחוק הביטוח הלאומי, ככל שיבחרו לעשות זאת.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

נושאים נוספים בערעורה של מנרב

53. מנרב טענה בערעורה גם ביחס לגובה הפיצוי שנפסק לזכות העובדים בגין אי ביצוע הפקדות פנסיוניות, החל מהחודש הראשון לעבודתם. לטענתה, בכתב התביעה דרשו העובדים פיצוי מהחודש התשיעי בלבד. עם זאת, עיון בכתב התביעה מעלה כי העובדים טענו לזכאות ל"הפרשות לקופת פנסיה בשיעור 6% משכרם, החל מהחודש הראשון לעבודתם" בהתבסס על צו ההרחבה בענף הבניין או צו ההרחבה בענף התעשייה (סעיף 89), ורק לחלופין עתרו לקבלת הפקדות בתום תשעה חודשים לעבודתם מכוח צו ההרחבה בענף כוח האדם (סעיף 91). בית הדין האזורי קיבל את הטענה העיקרית (לפי צו ההרחבה בתעשייה) ובהתאם פסק את הסכומים באופן שאינו חורג מהסכומים שנתבעו על ידי העובדים ברכיב זה (מלבד ביחס לתובע 5, שנפסק לו ברכיב זה סך של 12,354 ₪ בעוד שתבע סך של 11,179 ₪). משכך, לא מצאנו בכך כל פגם, מלבד ביחס לתובע 5 (אך ממילא תיקון הסכום חסר משמעות מעשית נוכח קביעתנו בדבר אי אחריותה של מנרב לחיובים).

54. הנושא האחרון שהעלתה מנרב בערעורה נוגע לתובעים 5 ו-10, שלא נחקרו בבית הדין האזורי בחקירה נגדית על תצהירי העדות הראשית שהוגשו מטעמם. בהתחשב בקבלת ערעורה של מנרב וביטול אחריותה לזכויות העובדים, ממילא מתייתר הדיון בסוגיה זו. מעבר לצורך נציין כי ככלל צודקת מנרב כי מרגע שתובעים אלה לא התייצבו להיחקר בחקירה נגדית על תצהיריהם מבלי להודיע דבר (תובע 5 - לא התייצב כלל, ותובע 10 לא התייצב עם תעודה המאפשרת את זיהויו, ולא התבקש זיהוי שלו בדרך אחרת או בישיבה אחרת), המשמעות היא שתצהיריהם לא נחשבים כמוגשים גם אם לא התקבלה החלטה בקשר לכך (ע"ע (ארצי) 393/09 פרידמן חכשורי חברה להנדסה ולבניין בע"מ - קסקין זקי (18.11.10) וע"ע (ארצי) 633/09 אולג לונגו - אשרמים בע"מ (31.1.12)), שהדגישו אמנם כי קיימת אפשרות לחרוג מכך אך זאת בנסיבות חריגות ויוצאות דופן, שכלל לא נטענו על ידי ב"כ העובדים במקרה זה). בהעדר תצהירים היה על תובעים אלה להגיש הודעה מסודרת על הראיות שהם מבקשים להסתמך עליהן (עניין לונגו לעיל), אך גם דבר זה לא נעשה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

ערעורים של שלום ודוד בוסקילה

טענות הצדדים

55. **שלום ודוד** טוענים כי לא הובאה הצדקה מספקת להרמת מסך, ולא הוכחו התנאים החריגים הדרושים לצורך כך בהתאם לסעיף 6 לחוק החברות, התשנ"ט - 1999 (להלן: **חוק החברות**) והפסיקה (ע"ע (ארצי) 150/07 ח.א. **בוני חיפה - עאמר ח'ורי** (26.8.08); בר"ע (ארצי) 52353-08-16 **א.ב. טוקו שף בע"מ - Admariam Gavrengouse** (13.11.16); להלן: **עניין טוקו שף**). לטענתם, לא הובאה ולו ראייה אחת המלמדת כי פעלו לריקון החברה, עשו שימוש לרעה באישיות המשפטית הנפרדת של החברה, או ניהלו את החברה בחוסר תום לב, תוך נטילת סיכון בלתי סביר או בכוונה לפגוע במי מעובדיה, ו"לכל היותר מדובר בניהול כושל, תוך כדי תקווה שהדברים יסתדרו בעתיד".

כך גם בעניין זכויות העובדים, שכן גם אם לא הקפידו באופן דווקני על תשלום הזכויות הסוציאליות, לא ערכו רישומים כנדרש על פי חוק והנפיקו (לפי קביעות בית הדין האזורי) תלושי שכר פיקטיביים - עדיין שילמו לעובדים סך של 27 ₪ לשעה שהוא גבוה משכר המינימום, ולא הייתה טענה כי העובדים לא קיבלו שכר בגין כל שעות עבודתם. נהפוך הוא - ההתנהלות כלפיהם, בעיקר מצד שלום, "נעשתה בתום לב מתוך כוונה כנה לספק את דרישות וצרכי המשיבים 1-10 **כעובדים זרים**" אשר "רצו (את) כל הכסף בידי". משכך, אין מדובר במקרה חריג המצדיק נקיטת סנקציה חריפה וחמורה של הרמת מסך. שלום ודוד מבהירים בקשר לכך כי גם אם חלק מהשכר שולם במזומן, לא הוכח כי לא נעשה לגביו דיווח לרשויות ולחלק אחרון זה בקביעות בית הדין האזורי לא היה בסיס בראיות.

56. שלום ודוד טוענים עוד כי לא ניתן לזקוף לחובתם את הניסיונות לפעול להבראת החברה. עצם היקלעות החברה לקשיים כלכליים אינה מצדיקה כשלעצמה הרמת מסך, והיה על העובדים "לטעון ולהוכיח כי המערערים גרמו לקשיים אלה במוזע מתוך כוונה לריקון החברה מנכסיה כך שלא תוכל לעמוד בהתחייבויותיה או כי הם מקימים חברות חדשות לבקרים כדי להתחמק מקיום התחייבויותיה ומאיזך



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

להמשיך ולהעסיק את העובדים". דבר מעין זה לא הוכח, ושלוש הדגיש בעדותו כי הפסקת ההתקשרות עם מנרב היא שהובילה למעשה לסיום פעילותה של החברה. לא ייתכן כי בכל פעם שיש לחברה קשיים יפסיקו בעלי מניותיה את פעילותה, ובמקרה זה מאז המכתב מיום 27.10.11 בו צוינו קשיים כלכליים המשיכה החברה לעבוד משך כשנתיים נוספות. גם העובדה כי מדובר בחברה משפחתית אינה מצדיקה הרמת מסך, ולא נטען כלל לעירוב נכסים.

57. שלום ודוד מאשרים כי דוד הוא בעל המניות והדירקטור היחיד בחן מחזור, וכי שלום היה הרוח החיה מאחורי חן מחזור. עם זאת, טוענים הם כי לא ניתן היה להטיל אחריות על שלום בהתאם להוראות חוק החברות, שכן כלל לא היה בעל מניות בחברה ולא נטען כי יש להטיל עליו אחריות אישית מטעם אחר. בא כוחם נשאל במהלך הדיון אם שלום לא היה בעל המניות הלכה למעשה, והשיב כי עצם היותו מנהל דומיננטי לא הופך אותו לבעל מניות. עוד נטען כי לא ניתן היה להרים מסך כלפי דוד, שהיה לכל היותר בתפקיד ניהול פסיבי, ו"מעורבותו בניהול חן מחזור ובקבלת החלטות הנוגעות לעובדים לרבות עצם העסקתם וקביעת תנאי עבודתם, לא הוכחה כלל ועיקר". לא די לצורך כך בשהייה עם העובדים בפס הייצור, בעבודה תפעולית עם אביו או בחתימה על דו"חות נוכחות, ונדרש להוכיח כי עשה שימוש לרעה בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת על מנת לקפח את העובדים או שהיה מודע למעשים אלה.

58. שלום ודוד טוענים עוד כי לא הייתה הצדקה לקבל את תביעתו של התובע 5, שלא התייצב לדיון ההוכחות ולא נחקר על תצהירו בחקירה נגדית. אי ההתייצבות אמור היה להוביל למשיכת תצהירו כאילו לא הוגש כלל. ב"כ העובדים לא נימק את אי ההתייצבות, ולא הגיש הודעה ובה פירוט הראיות עליהן בכוונתו לסמוך את תביעתו של התובע 5. אף לא ניתן היה להסתפק במסמכים שהוגשו, שכן קיימת מחלוקת ממשית ועובדתית באשר לשאלת זכאותו לרכיבי התביעה השונים, והעובדים הנוספים כלל לא התייחסו אליו בעדויותיהם. לחלופין, יש להפחית את הסכומים שנפסקו לתובע 5 בסך כולל של 1,540 ₪ (בהתאם לפירוט בסעיף 28 לסיכומי שלום



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

ודוד) שכן נפסקו לו סכומים העולים על אלה שתבע (וכך גם ביחס לתובעים 2, 3, 5, 6, 8, כמפורט בסעיף 47 לכתב הערעור).

59. שלום ודוד טוענים עוד כי לא הייתה הצדקה לקבל את תביעתו של התובע 10, שהתייצב לדיון ההוכחות ללא תעודה מזהה (ולפחות התייצב מי שטען כי הוא התובע 10) ובהתאם לא נחקר (לאור התנגדות ב"כ מנרב). לשיטתם, זיהויו של אדם בהליך משפטי הוא חיוני ולכן משלא טרח התובע 10 להתייצב עם תעודה מזהה יש לראותו כמי שלא התייצב לדיון. בהתאם, ולאור הנימוקים שפורטו לעיל ביחס לתובע 5, היה על בית הדין לדחות לחלוטין את תביעתו. לחלופין, היה על בית הדין האזורי להסביר לשלום ודוד - שלא היו מיוצגים בדיון האמור - את משמעות העדר החקירה.

60. לסיום טוענים שלום ודוד כי טעה בית הדין האזורי בכך שלא קיזז מגמול השעות הנוספות שנפסק לזכות העובדים, או מכלל הסכומים שנפסקו לזכותם, את עלות ההפסקה שניתנה להם בכל יום. מששוכנע בית הדין כי ניתנה לעובדים (לפי עדותם) הפסקה של חצי שעה - הכלל אמור להיות כי היא אינה חלק משעות העבודה, והנטל מוטל היה על העובדים להוכיח כי נדרשו להישאר במקום העבודה. עם זאת העובדים לא הציגו ולו ראשית ראיה בקשר לכך; כלל לא טענו בתצהירים כי נאלצו להישאר בשטח המפעל; וברור גם בהתחשב בהיותם פועלי ייצור כי ניצלו את ההפסקה לצורך ארוחת צהרים ולא עמדו לרשות העבודה גם אם נשארו במקום העבודה. גם אם נפסק אחרת בקשר לנטלי ההוכחה, שלום ודוד סבורים כי ראוי לבחון זאת מחדש על בסיס ניתוח של סעיף 20 לחוק שעות עבודה ומנוחה.

61. **העובדים** תומכים בפסק דינו של בית הדין האזורי בנוגע להרמת המסך, מטעמיו, וסבורים כי מדובר בקביעה המבוססת על ממצאים עובדתיים שאין הצדקה להתערב בה. אשר לשלום - מעדותו עלה כי לא נרשם כבעל מניות פורמאלי בשל מניעה חוקית כתוצאה מחובות שחב לרשויות המס, אך מבחינה מהותית הוא שקיבל את החלטות בשם החברה על כל המשתמע מכך. לא בכדי, הגיש באופן אישי את התביעה שכנגד נגד העובדים, דבר המלמד כי הוא עצמו ביקש להרים את



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

המסך כלפיו (יצוין כי שלום השיב כנגד כך כי אמנם נרשם כתובע שכנגד אך הסעד שהתבקש התייחס לחן מחזור בלבד; עוד טען כי הטענה לא הועלתה מצד העובדים בבית הדין האזורי; ואנו נוסיף כי קיים ספק בשאלה אם שלום אכן היה חלק מכתב התביעה שכנגד). אשר לדוד - גם אם בתחילה נרשם כבעל מניות פורמאלי, עם השנים נטל חלק פעיל בניהול החברה, כפי שקבע בית הדין האזורי על בסיס הראיות שנשמעו בפניו.

העובדים מפנים בהקשר זה לסעיף 27 לחוק שעות עבודה ומנוחה המאפשר לחייב מנהל (שאינו דווקא בעל מניות) בהפרות של אותו חוק (אך יצוין כבר כעת כי מדובר בסעיף המטיל אחריות פלילית, ואינו רלוונטי לענייננו), וסבורים כי ניתן לחייב את שלום ודוד גם כמעסיקים במשותף של העובדים יחד עם החברה שבניהולם (אך גם כנגד כך נטען כי זו טענה חדשה המועלית בערכאת הערעור, וכבר מטעם זה אין להידרש לה).

62. העובדים טוענים עוד כי הוכח חוסר תום לב של שלום ודוד תוך קיפוח ממושך של העובדים בניגוד לדין ו"גזירת רווחים" על חשבונם, תוך שימוש לרעה במסך ההתאגדות כדי להונות ולקפח את העובדים והמשך העסקתם בידיעה כי החברה לא תוכל לקיים את התחייבויותיה כלפיהם (ע"ע (ארצי) 1201/00 **יהודית זילברשטיין - ערב חדש (עתונות) אילת בע"מ** (17.12.02); להלן: עניין **זילברשטיין**). שלום ודוד אף ביצעו שורה של הפרות בוטות של חוקי המגן כלפי העובדים, לרבות הנפקת תלושי שכר פיקטיביים, ודי בכך כדי להצדיק הרמת מסך לפי הפסיקה.

63. אשר לדרישה לקזז הפסקות נטען כי מדובר בקביעה עובדתית שניתנה על בסיס הראיות שהוצגו לבית הדין האזורי, ואין הצדקה להתערב בה. ממילא, **"במהלך כל תקופת העסקת המשיבים לא פעלו המערערים לקזז הפסקה למשיבים, ולכן המדובר בהסכמה שבהתנהגות לכל הפחות"**. לעניין עדויות התובעים 5 ו-10 - שלום ודוד לא ביקשו כלל לחקור אותם, ולא טענו דבר בהתייחס לאי עדותם תוך כדי ניהול ההליך בבית הדין האזורי, ובית הדין קבע את קביעותיו בהתייחס אליהם



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

בהתבסס על מכלול הראיות לרבות מתכונת העסקתם הזוהה של העובדים. העובדים מוסיפים מעבר לצורך כי גם דוד לא נחקר על תצהירו.

הכרעה

הרמת המסך - האם הוכחה עילה מספקת

64. העילה היחידה מכוחה ביקשו העובדים בבית הדין האזורי את חיובם האישי של שלום ודוד הייתה הרמת מסך, ולא יוחסה להם בסיכומיהם אחריות אישית מכוח עילה אחרת, לרבות טענה כי יש לראות מי מהם כמעסיק במשותף של העובדים באופן אישי. משכך, זו הטענה היחידה שנדון בה. נציין כבר כעת כי לא שוכנענו שהובאה עילה מספקת המצדיקה הרמת מסך, מטעמים שיפורטו להלן.

65. כלל בסיסי בדיני חברות הוא עקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה. לצד עקרון זה התפתחה הדוקטרינה של הרמת מסך ההתאגדות, המאפשרת לבתי המשפט ובתי הדין - במקרים החריגים המצדיקים זאת - להטיל אחריות ישירה על בעלי המניות. מאז חקיקתו של חוק החברות קבועה הדוקטרינה בסעיף 6(א) לחוק זה, הקובע (כפי שתוקן במסגרת תיקון מס' 3 לחוק החברות בשנת 2005) את הדברים הבאים:

”(1) בית משפט רשאי לייחס חוב של חברה לבעל מניה בה, אם מצא כי בנסיבות העניין צודק ונכון לעשות כן, במקרים החריגים שבהם השימוש באישיות המשפטית הנפרדת נעשה באחד מאלה: (א) באופן שיש בו כדי להונות אדם או לקפח נושה של החברה; (ב) באופן הפוגע בתכלית החברה ותוך נטילת סיכון בלתי סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה, ובלבד שבעל המניה היה מודע לשימוש כאמור, ובשים לב לאחזקותיו ולמילוי חובותיו כלפי החברה לפי סעיפים 192 ו- 193 ובשים לב ליכולת החברה לפרוע את חובותיה.

(2) לעניין סעיף קטן זה, יראו אדם כמודע לשימוש כאמור בפסקה (1)(א) או (ב) גם אם חשד בדבר טיב ההתנהגות או



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

**בדבר אפשרות קיום הנסיבות, שגרמו לשימוש כאמור, אך
נמנע מלבררן, למעט אם נהג ברשלנות בלבד".**

66. מדברים אלה, כמו גם מהספרות וההלכה הפסוקה, עולה כי הרמת מסך תבוצע באותם מקרים בהם נעשה שימוש לרעה בעקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה באופן שיש בו לקפח את נושיה או לקחת סיכון בלתי סביר ביחס ליכולתה לפרוע את חובותיה, כדוגמת מצבים של עירוב נכסים, תרמית/הונאה, הברחת נכסים וכיו"ב. עוד נקבע בהלכה הפסוקה כי לעובדי החברה מעמד מיוחד בקשר לכך, היוצר כלפיהם אחריות מוגברת (עניין **זילברשטיין**; בג"צ 132/15 ר-צ **פלסטק בע"מ נ' איפראימוב** (5.4.17); ע"ע (ארצי) 35231-02-19 **יד שירותי ליווי וייעוץ חברות בע"מ - אלעד סטפנסקי** (17.3.20)).

משמעות הדברים היא כי "יישום הוראות סעיף 6 לחוק בתחום משפט העבודה נעשה ב'שינויים המתחייבים' ממעמדו המיוחד של ה'עובד' כנושה של החברה. בהתאמה, גבולות הנסיבות החריגות שיצדיקו את 'הרמת המסך' הורחבו מעט" (ע"ע (ארצי) 15288-12-10 **אלון בוימל - חיים פלזן** (8.5.12)).

67. במקרה זה, התשתית העובדתית שנקבעה על ידי בית הדין האזורי מעלה כי העסקת העובדים בוצעה בניגוד מוחלט לחקיקת המגן, שכן הועסקו בלא לקבל זכויות סוציאליות כלשהן, תוך שהונפקו לגביהם תלושי שכר פיקטיביים, וכאשר הדיווח שבוצע לגביהם לרשויות (לרבות המוסד) בהכרח היה חלקי. אלא, שבהתאם לפסיקה לא די בעצם הפרת חוקי העבודה השונים ובעצם הנפקתם של תלושי שכר פיקטיביים על מנת להוות עילה להרמת מסך (עניין **טוקו שף**; ע"ע (ארצי) 26295-01-16 **Tesfalem Tekel - ר.ח. חיים מיארה שוק בשר ודגים** (1998) בע"מ (25.12.17); להלן: **עניין מיארה**).

68. בית הדין האזורי הסתמך גם על הפסיקה המאפשרת לבצע הרמת מסך מצב בו מעסיק ממשיך להעסיק את עובדיו בהיותו במצב כלכלי קשה, תוך שהוא לוקח על עצמו סיכון בלתי סביר בהמשך העסקתם (ע"ע (ארצי) 129/10 **אופיר זוננשיין** -



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

GSS ג'ניוס סאונד סיסטם בע"מ (31.10.11), להלן: עניין זוננשיין). אלא, שלטעמנו לא הוצגה תשתית עובדתית מספקת לצורך כך. המכתב מיום 27.10.11 - שנתיים טרם סיום העסקתם של העובדים - במסגרתו עתרה חן מחזור להעלאת התמורה המוסכמת שקיבלה ממנרב אינו מלמד בפני עצמו על קשיים תזרימיים שיש בהם משום נטילת סיכון בלתי סביר. גם העובדה כי חן מחזור חדלה לפעול, והוגשה בקשה לפירוקה, לאחר תום תקופת העסקתם של העובדים (לטענת שלום היה זה בשל סיום העסקתם והמשך עבודתם במנרב בדרך אחרת) - אינה מספקת לפי הפסיקה כדי להצדיק הרמת המסך (עניין מיארה).

ונזכיר, כי העובדים קיבלו את שכרם (כפי ששולם לאורך כל תקופת עבודתם, היינו מלוא השכר השעתי ללא זכויות סוציאליות) עד יום עבודתם האחרון בחן מחזור ללא פיגור כלשהו (ולפחות לא כללו כל רכיב תביעה בקשר לכך בתביעתם), כך שאין כל אינדיקציה למצב כלכלי קשה באותה עת שהשליך על יכולתה של חן מחזור למלא אחר מחויבויותיה (ובכך שונה ענייננו מהמצב שתואר בעניין זוננשיין). אף לא הוכחו נסיבות אחרות שעשויות להצדיק הרמת מסך דוגמת עירוב נכסים, הקמה של חברות מתחלפות, או ריקון החברה מתוכן תוך העברת פעילותה לעסק אחר הממשיך את אותה פעילות.

בנסיבות אלה, ועל אף חוסר הנוחות הממשי מהתנהלותם של שלום ודוד - במסגרתה של חן מחזור - כלפי העובדים, לא שוכנענו כי הוכח שימוש באישיותה המשפטית הנפרדת של החברה בחוסר תום לב, ותוך ניצול לרעה של עקרון האישיות המשפטית הנפרדת, באופן שיש בו כדי לקפח את זכויות העובדים כנושים ומצדיק את הרמת מסך ההתאגדות.

69. בהעדר עילה להרמת מסך, אין צורך כי נדון בסוגיות הנוספות המתעוררות, לרבות האפשרות להרים מסך כנגד שלום הגם שאינו בעל המניות הרשום אך נטען כי הוא בעל השליטה האמיתי. בהקשר זה כבר נקבע כי "רישום" אנשי קש" כבעלי מניות [ככל שהדבר מוכח עובדתית - ס.ד.מ.] אינו מהווה אמצעי לרכישת חסינות מפני הרמת מסך לבעל השליטה בחברה" (ע"ע (ארצי) 41428-01-13 מרדכי שחם - קובי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

ביטון (10.5.18); אך לזוויית שונה ראו בע"ע (ארצי) 30878-11-16 **אלכסנדר נורדשטיין - ויקטוריה קורבן** (6.9.18)). אשר להצדקה להרים מסך כנגד דוד בנסיבות בהן נטען כי מעורבותו בחברה הייתה שולית, די אם נפנה לעדותו של מר הינדי מטעם מנרב, לפיה שלום ודוד "ניהלו את העסק ביחד. מבחינתי, תפעולית הם עבדו יחד. עבדתי מולם" (עמ' 83). עם זאת כאמור שוכנענו שלא די בכך, בנסיבות בהן לא הובאה הצדקה להרמת מסך.

נושאים נוספים בערעורם של שלום ודוד

70. אשר לטענה כי יש לקזז זמני הפסקות מגמול השעות הנוספות שנפסק לזכות העובדים, שוכנענו כי אין בה ממש. בית הדין האזורי לא קיבל את דו"חות הנוכחות שהציגו העובדים וגם לא את טענתם לעבודה משך 11-16 שעות ביום, אלא קבע כי עבדו שעות נוספות וכי את היקפן יש לקבוע לפי החזקה הקבועה בסעיף 26' לחוק הגנת השכר. משכך, אין כל רלוונטיות לקיזוזם של זמני הפסקות. ככל ששלום ודוד מבקשים החזר של השכר (100%) ששולם לעובד בגין זמני ההפסקות - לא מצאנו לכך כל יסוד. חן מחזור בחרה לשלם לעובדים שכר גם עבור זמני ההפסקות, ומשכך לא ניתן לדרוש החזר בגין שכר זה בדיעבד רק בגלל שהעובדים הגישו תביעה (ע"ע (ארצי) 24946-09-14 **ריאן זינאת - איי אס אס אשמורת בע"מ** (4.8.16)).

71. אשר לתובעים 5 ו-10 - כפי שפורט לעיל במסגרת ערעורה של מנרב, אין עוד צורך לדון בכך נוכח העדר משמעות מעשית. אשר לטענה כי לגבי חלק מהרכיבים נפסקו סכומים העולים על כתב התביעה - הצדק עם שלום ודוד בקשר לכך, אך גם לכך אין עוד משמעות מעשית נוכח מסקנותינו לעיל.

ערעור העובדים (ע"ע 58239-07-17)

טענות הצדדים

72. העובדים טוענים כי טעה בית הדין בקבעו כי חלו הפסקות בעבודתם בהתבסס על טפסי 106, שהרי טפסים אלה מבוססים על תלושי השכר שנקבע במפורש בפסק הדין כי הם פיקטיביים, לרבות בנוגע למועד תחילת העבודה. אף לא הייתה הצדקה שלא לקבוע את מועדי תחילת עבודתם בהתבסס על תצהיריהם, גם אם לא עלה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17

בידם להציג דו"ח נוכחות מהחודש הראשון לעבודתם. העובדים טוענים כי בהעדר הודעה לעובד, נטל השכנוע לגבי מועד תחילת העבודה ותקופת העבודה מוטל על המעסיק (סעיפים 2(א)(2) ו- 5א' לחוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה (תנאי עבודה והליכי מיון וקבלה לעבודה), התשס"ב - 2002 (להלן: **חוק הודעה לעובד**), ולא יכולה להיות מחלוקת כי חן מחזור לא הציגה כל ראיה משכנעת בקשר לכך. קל וחומר, כאשר נקבע במפורש - גם על סמך הודאת שלום - שהיו חודשי עבודה בגינם לא הוצאו תלושי שכר, וכאשר לא עלה מהראיות שהייתה הפסקה כלשהי במתן השירותים למנרב. הפער הוא 111.5 חודשים לעשרת העובדים שתביעותיהם התקבלו, וסך כולל של 154,035 ₪ בגין הרכיבים שנפסקו.

73. שלום ודוד טוענים כי הסתמכות בית הדין האזורי על טפסי 106 התמצתה בקביעת הפסקות בעבודה ביחס לחמישה מהתובעים בלבד, בעוד שחישובי העובדים בערעורם יוצאים מנקודת מוצא לא רק של ביטול ההפסקות הללו אלא גם של שינוי מועדי תחילת וסיום העבודה בהתאם לגרסת העובדים. כל זאת בניגוד לקביעות עובדתיות מנומקות של בית הדין האזורי שהיטיבו עם העובדים, ובניגוד למסמכים (דוגמת דו"חות נוכחות) שהוצגו על ידי העובדים עצמם. שלום ודוד מדגישים כי לא הוצג ולו דו"ח נוכחות אחד הסותר את ההפסקות בעבודה שפורטו בטפסי 106, ומשכך רשאי היה בית הדין לקבוע את ההפסקות על בסיס הראיה האמורה ועל בסיס עדותו של שלום בדבר עצם קיומם של חודשי היעדרות מהעבודה. עוד נטען כי בעבר הוטל נטל ההוכחה לגבי תקופת העבודה על העובד (דב"ע (ארצי) נב/3-23 **חיים פרינץ - נתי גפן**, פד"ע כ"ו 547 (1994)), כאשר חוק הודעה לעובד אמנם שינה זאת, אך לא ביחס לחודשי הפסקה תוך כדי תקופת העבודה.

74. מנרב טוענת (לשם הזהירות ומבלי לפגוע בטענות בערעור מטעמה) כי ערעור העובדים מתייחס לקביעות עובדתיות מובהקות של הערכאה הדיונית, ומשכך אין כל הצדקה לקבלו. מנרב מדגישה כי מועד תחילת העבודה ומועד סיום העבודה נקבע ככלל בהתאם לדו"חות הנוכחות שהציגו העובדים, כך שהסתמכות על טפסי 106 נעשתה רק לעניין ההפסקות שחלו בעבודה, ובהעדר ראיות אחרות מצד



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17



העובדים לסתור את האמור בהם לעניין החודשים בהם נעדרו מעבודתם. ממילא, קביעת ההפסקות בעבודה רלוונטית רק לחלק מהעובדים.

מנרב מוסיפה וטוענת כי חוק הודעה לעובד מעביר את נטל השכנוע רק ביחס לפרטים שאמורים להיכלל בהודעה לעובד דוגמת מועד תחילת העבודה, אך לא ביחס להפסקות שחלו בתקופת העבודה.

דין והכרעה

75. בהתחשב במסקנותינו לעיל בדבר העדר אחריות למנרב כמו גם שלום ודוד, אין עוד משמעות מעשית לערעורם של העובדים. מעבר לצורך נציין כי הקביעה בדבר תקופת העבודה - הן מועד תחילתה, הן מועד סיומה והן חודשים בתוך תקופה זו בהם לא בוצעה עבודה - היא בסופו של דבר קביעה עובדתית, שהתקבלה במקרה זה על ידי בית הדין האזורי בהתחשב במכלול הראיות שהוצגו (ולא הוצגו) בפניו והתרשמותו מהעדויות שנשמעו. גם אם נצא מנקודת הנחה שנטל השכנוע מוטל היה על המעסיק - בית הדין האזורי שקל את כלל הראיות והעדויות שהובאו בפניו, והגיע לקביעה עובדתית, המהווה איזון סביר של הראיות השונות. משכך, וכאמור מעבר לצורך, לא שוכנענו כי הובאה הצדקה מספקת להתערבות ערכאת הערעור.

סיכום

76. סוף דבר - נוכח כל האמור לעיל, ערעור העובדים מתייתר ושני הערעורים הנוספים מתקבלים בעיקרם, כך שחיובה של מנרב כמו גם חיובם של שלום בוסקילה ודוד בוסקילה לשלם לעובדים את הסכומים שנפסקו לזכותם - מבוטל.

לעובדים אפשרות לפעול לצורך מימוש זכויותיהם מהמוסד לביטוח לאומי, וזאת מבלי שנביע עמדה בשאלה אם זכות זו עדיין עומדת להם בהתחשב בחלוף הזמן.

בהתחשב בכלל הנסיבות, לא ייעשה צו להוצאות.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24256-06-17

ע"ע 58239-07-17

ע"ע 2440-07-17



המזכירות תחזיר למערערים באמצעות באי כוחם את הערבויות הבנקאיות שהופקדו על ידם.

ניתן היום, י"ז סיוון תש"פ (09 יוני 2020), בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

מיכאל שפיצור,
שופט

סיגל דוידוב-מוטולה,
שופטת

אילן איטה,
סגן נשיאה, אב"ד

גברת ברכה סמו,
נציגת ציבור (מעסיקים)

גברת יעל רון,
נציגת ציבור (עובדים)