בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 478-09

יצחק חסידים — **המערער**

-

1. עיריית ירושלים
2. החברה לאוטומציה במינהל השלטון המקומי בע"מ — **המשיבות**

לפני: הנשיא סטיב אדלר, השופט יגאל פליטמן, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה
נציג עובדים מר אלי ויץ, נציג מעבידים מר דוד בלומברג

בשם המערער - עו"ד אלי בן טובים
בשם המשיבה 1 - עו"ד מאירה סלומון
בשם המשיבה 2 - עו"ד חיים כהן

פסק דין

השופטת סיגל דוידוב-מוטולה

1. עניינו העיקרי של ערעור זה בסוגיית זהות המעסיק, בסיטואציה של מיקור חוץ. הנושא הובא בפנינו במסגרת ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בירושלים (עב' 1994/04; השופטת שרה שדיאור ונציגי הציבור מר אילן לוי וגב' שולמית שמש), אשר דחה את תביעת המערער להכרה ביחסי עובד ומעביד בינו לבין המשיבה 1 ולחלופין לקבלת זכויות כספיות שונות מהמשיבה 2.

תמצית העובדות

2. ביום 15.8.1975 נחתם הסכם בין המשיבה 1 – עיריית ירושלים (להלן – **העירייה**) לבין המשיבה 2 – החברה לאוטומציה במינהל השלטון המקומי בע"מ (להלן – **החברה**). בהסכם התחייבה החברה, שהוגדרה כ"חברה ארצית יחידה המתמחה בעיבוד נתונים לרשויות מקומיות", "**להקים, לנהל ולהפעיל**

מרכז למתן שירותי מחשב בירושלים" ובמסגרתו ליתן שירותי מחשב לעירייה (להלן – **ההסכם הראשון**).

לצורך ביצוע ההסכם הראשון ובהתאם להוראותיו הקימו הצדדים "**הנהלה מקומית, אשר תורכב על בסיס פריטטי מנציגי העירייה והחברה**". ההסכם הראשון קבע עוד כי עובדי יחידת המיכון של העירייה יועברו לחברה, תוך שמירת זכויות כמפורט בהסכם.

3. ביום 1.2.1977 החל המערער, מר יצחק חסידים, לעבוד בחברה, במסגרת סניף ירושלים, כמתכנת וכמנהל מרכז התמיכה במערכות המחשוב של העירייה. לפי העובדות שנקבעו על ידי בית הדין האזורי, המערער עבד בתקופה זו כעובד שכיר, כנגד קבלת תלושי שכר, ובסיומה - יום 31.5.1982 - ביקש לסיים את עבודתו בחברה וקיבל סך של 189,411 שקלים ישנים כפיצויי פיטורים מוגדלים (להלן – **התקופה הראשונה**).

4. ביום 4.7.1982 נחתם הסכם בין העירייה לבין חברת א.ש.ד מהנדסים יועצים בע"מ (להלן - **אשד**), במסגרתו התחייבה אשד ליתן לעירייה שירותים "**בתחומי עיבוד נתונים, ניתוח מערכות מינהל ותכנון פרויקטים**", וזאת במקביל לחברה אשר המשיכה ליתן לעירייה שירותי מחשוב בתחומים נוספים.

בהסכם בין העירייה לאשד התחייבה אשד "**לקלוט במסגרתה את עובדי התכנון והתכנות המועסקים ערב חתימת הסכם זה בחברה לאוטומציה (סניף ירושלים) ואת עובדי האגף לתכנון וניתוח מערכות המועסקים ערב חתימת הסכם זה בעירייה**". בהתאם, המשיך המערער לבצע את תפקידיו עבור העירייה במסגרת אשד, וזאת החל מיום 1.6.1982 ועד ליום 31.5.1988 (להלן – **התקופה השנייה**). במהלך כל התקופה השנייה קיבל לפיכך המערער את התמורה בגין שירותיו מאשד, כנגד חשבוניות מס כדין.

5. עם סיום ההתקשרות בין העירייה לבין אשד המשיך המערער את מתן השירותים לעירייה באותו תפקיד, אך את התמורה בגין שירותיו קיבל

בתקופה זו מהחברה, כנגד חשבונית מס שהוציא לה מדי חודש. ההתקשרות נמשכה בדרך זו החל מיום 1.6.1988 ועד ליום 31.7.1993 (להלן – **התקופה השלישית**). בסיום תקופה זו, ולאחר משא ומתן בין הצדדים בקשר לכך, הועבר המערער למעמד של עובד שכיר של החברה, והמשיך בביצוע תפקידיו במסגרת זו, תוך קבלת תלושי שכר, החל מיום 1.8.1993 ועד לסיום עבודתו כפי שיפורט להלן (להלן – **התקופה הרביעית**).

6. במהלך שנת 1995 נחתם בין העירייה לבין החברה הסכם נוסף (להלן – **ההסכם השני**), בו נקבע כי החברה תבצע עבור העירייה "**טיפול כולל במערכות המיחשוב של העירייה**", ולצורך כך תמשיך לנהל ולהפעיל את "סניף ירושלים". במאמר מוסגר יצוין כי מהוראות ההסכם השני ניתן ללמוד על קיומו של הסכם נוסף בין הצדדים, שנחתם ביום 9.12.1991, אך הסכם זה לא הוצג בפנינו או בפני בית הדין האזורי.

ההסכם השני קבע כי סניף ירושלים יפעל במסגרת "מערכת ירושלים", אשר תורכב מהנהלה משותפת על בסיס פריטטי של העירייה והחברה. בהסכם הודגש כי עובדי "מערכת ירושלים" הם עובדי החברה, אשר "**תנאי העסקתם, קידומם ופיטוריהם יבוצעו עפ"י נהלי החברה והסכמי העבודה התקפים בחברה**", וכי "**עובדי מערכת ירושלים אינם עובדי העירייה ואין ולא יהיו בינם לבין העירייה יחסים שבין עובד למעביד**". עם זאת ניתנה לעירייה זכות "**לדרוש הפסקת העסקתו של עובד במערכת ירושלים, והחברה מתחייבת להפסיק את העסקת העובד עפ"י דרישה בכתב**", למעט בהתייחס לעובדי העירייה שהועברו לחברה לפי ההסכם הראשון. ההסכם קבע עוד כי העירייה תשלם לחברה "**את עלות שכר העובדים (עלות למעביד), על פי נתוני השכר ששולם על ידי החברה בפועל בגין כל עובד ועובד**", וכן "הוצאות מנהליות" ו"תקורה".

7. החל ממועד תחילת עבודתו של המערער בחברה כעובד שכיר בתקופה הרביעית, שולמה לו תוספת שכר שכונתה "שנר"ק" (שעות נוספות רגילות קבועות), בערך של 35 שעות נוספות מדי חודש (להלן – **רכיב השנר"ק**).

המערער קיבל את רכיב השנר"ק באופן קבוע החל מחודש 8/93, ועד יום 28.2.2002 בו נשלחה אליו הודעה על הפסקת התשלום. המערער ניסה לשנות את רוע הגזירה בקשר לכך באמצעות תכתובות שונות, לרבות בעזרת יועמ"ש ועד העובדים של החברה, אך ללא הצלחה.

8. ביום 22.7.2003 קיבל המערער הודעת פיטורים מהחברה, לפיה עבודתו תבוא לידי סיום ביום 31.10.2003 שכן "**עיריית ירושלים הודיעה לנו, עפ"י החוזה החתום עימה, כי לא תוכל להמשיך ולממן את העסקתך**". בהתאם לסיכום עם ועד העובדים של החברה, הוארכה תקופת ההודעה המוקדמת עד ליום 30.11.2003. המערער אמנם טען כי המשיך לעבוד עד סוף חודש דצמבר 2003, אך טענתו נדחתה עובדתית על ידי בית הדין האזורי.

9. סמוך טרם סיום עבודתו של המערער, ביום 22.6.2003, פרסמה החברה תוכנית פרישה מרצון לעובדי "מערכת ירושלים" (להלן – **תוכנית הפרישה מרצון**)– אשר קבעה תנאי פרישה מיטיבים לכל מי שיודיע על רצונו להיכלל בה עד ליום 14.7.2003. הגם שהמערער לא הודיע כאמור, קיבל בפועל - בהתאם לסיכום בין הנהלת החברה לבין ועד העובדים - את תנאי הפרישה המיטיבים מכוח התוכנית על בסיס ותקו כעובד שכיר החל מיום 1.8.1993. תנאי פרישה אלה כללו ארבעה חודשי הסתגלות, 170% פיצויי פיטורים וחצי דרגת פרישה.

המערער קיבל לפיכך עם סיום עבודתו סך כולל של 461,117 ש"ח – בגין פיצויי פיטורים מוגדלים, חודשי הסתגלות וזכויות סוציאליות על בסיס תקופת עבודה של עשר שנים, היינו בגין התקופה הרביעית בלבד.

10. המערער הגיש תביעה לבית הדין האזורי לעבודה בירושלים כנגד העירייה והחברה, במסגרתה דרש להכיר בו כעובד העירייה בין השנים 1977 – 2003, או לחלופין כ"עובד במשותף" של העירייה והחברה, ולקבל זכויות כספיות שונות כתוצאה מכך. בשלביה הראשונים של התביעה נעשה ניסיון לצרף את אשד כנתבעת נוספת, אך הסתבר כי הנה בתהליכי פירוק, ולא התקבל אישורו של בית המשפט המחוזי לכך.

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 478-09

פסק דינו של בית הדין האזורי

11. בית הדין האזורי, לאחר שמיעת הראיות, קבע כי "**מדובר... במיקור חוץ אותנטי ולגיטימי של כלל פונקציות המחשוב**" ולכן לא הוכרו יחסי עובד – מעביד בין המערער לבין העירייה, בהתייחס לכל תקופות העסקתו, והתביעה נגדה נדחתה במלואה.

בית הדין האזורי הדגיש כי המערער לא התקבל לעבודתו על ידי העירייה; ניהל משא ומתן על תנאי עבודתו מול החברה בלבד; קיבל תנאי שכר כמקובל בחברה; היה כפוף מנהלית ומקצועית לחברה; כלל לא ראה עצמו בזמן אמת כעובד העירייה; כאשר נתקל בקשיים בנושא שכרו ותנאי פרישתו פנה לוועד העובדים של החברה – ולא של העירייה; ובסופו של דבר פוטר על ידי החברה – הגם שהסיבה לכך הייתה דרישה של העירייה לצמצום עלויות.

12. באשר לתביעה כנגד החברה – בית הדין האזורי קבע כי בתום התקופה הראשונה קיבל המערער תנאי פרישה מועדפים ובכך מיצה את זכויותיו בגין תקופה זו, וכי בתקופה השנייה ביצע עבודתו כקבלן עצמאי של חברת אשד וממילא לא ניתן להטיל אחריות בגין תקופה זו על החברה. באשר לתקופה השלישית – נקבע כי חתם במהלכה על הסכם מול החברה לפיו לא חלים בינו לבינה יחסי עובד – מעביד, מבלי שהחתימה נכפתה עליו וכאשר בהתאם לכך הוציא לחברה חשבוניות וביצע בעצמו את התשלומים לרשויות המס. לאור זאת, סבר בית הדין האזורי כי יש להכיר בתקופה זו במערער כקבלן עצמאי, כפי שהוסכם בין הצדדים.

13. באשר לרכיב השנר"ק קבע בית הדין האזורי כי רכיב זה שולם למערער החל מתחילת התקופה הרביעית, כאשר הובטח מלכתחילה לתקופה של ששה חודשים בלבד וכאשר מדובר ב"**תשלום מותנה המהווה תחליף לתשלום שעות נוספות רגילות, כאשר ההנהלה רשאית על פי צרכי העבודה להקצות לעובדים**

הנדרשים למאמץ מיוחד שעות נוספות במכסות קבועות ללא דיווח והעובד מחויב לעבוד בפועל 50% ממכסת השעות שהוקצבה לו".

בפועל לא עמד המערער במכסה המותנית ולכן רשאית הייתה החברה להפסיק את תשלומו של הרכיב כפי שעשתה, כחלק מהפרוגטיבה הניהולית שלה. זאת, הגם שהסיבה להפסקת התשלום הייתה שיקולים כלכליים – הפחתת תקציב המחשוב של העירייה.

14. לאור קביעותיו לעיל של בית הדין האזורי, נדחתה דרישת המערער להפרש פיצויי פיטורים על בסיס מכלול תקופת עבודתו עבור העירייה ותוך לקיחה בחשבון של רכיב השנר"ק. כן נדחו שאר תביעותיו, והוא חויב בתשלום שכ"ט עו"ד לכל אחת מהמשיבות בסך של 4,000 ש"ח בצירוף מע"מ. בית הדין האזורי הוסיף כי תביעת המערער נגועה בחוסר תום לב.

הערעור

טענות הצדדים

15. המערער סבור כי כל המבחנים המקובלים בפסיקה לקביעת יחסי עובד – מעביד, לרבות "**בחינת הסכם העבודה, מושא העבודה, בלעדיות העבודה, מקום ביצוע העבודה, אספקת הציוד והכלים לעבודה, הפיקוח והשליטה, התמשכות הקשר בין הצדדים, מבחן ההשתלבות וקיום קשר אישי**" – מביאים למסקנה כי יש להכיר בו כעובד העירייה משך כל התקופה החל משנת 1977, על אף קביעת בית הדין האזורי אשר הסתמכה על סממנים פורמאליים בלבד. לחלופין, יש לראות בעירייה ובחברה כמעסיקות במשותף. בהתאם לכך, דורש המערער זכויות פרישה על מלוא תקופת העבודה – הן לפי חוק והן בהתאם לתוכנית הפרישה מרצון.

16. המערער מלין עוד על אי הכללת רכיב השנר"ק בשכרו הקובע לצורך חישוב פיצויי הפיטורים. לחלופין ולכל הפחות, נובע לגישתו מקביעת בית הדין

האזורי כי מחצית מרכיב זה לא הייתה מותנית בביצוע שעות נוספות בפועל, ולכן לפחות בה יש להכיר כרכיב שכר קבוע. המערער דורש עוד את רכיב השנר"ק עבור חודשי עבודתו האחרונים, בהם לא שולם.

17. העירייה תומכת בפסק דינו של בית הדין האזורי, מטעמיו, ומדגישה כי הוא מבוסס על קביעות עובדתיות אשר ערכאת הערעור אינה אמורה להתערב בהן. העירייה מדגישה כי משך כל ארבע התקופות הרלוונטיות לעבודתו של המערער – הפריטה היא את פונקצית המחשוב לגופים חיצוניים בעלי ידע מקצועי וייחודי בתחום, כאשר בפסיקתו של בית דין זה הוכרה זה מכבר הלגיטימיות של מיקור חוץ אותנטי.

18. החברה תומכת אף היא בפסק דינו של בית הדין האזורי. החברה פירטה כי הוקמה מלכתחילה עקב הצורך הגובר של רשויות מקומיות בשירותי מחשוב ברמה מקצועית גבוהה, ונוכח העדר האפשרות של הרשויות המקומיות לשלם שכר הולם עבור סוג זה של עבודה. בהתאם, נחתם בין העירייה לבין החברה הסכם למתן שירותים עוד בשנת 1975, ובהמשך נחתם הסכם נוסף בשנת 1995, כאשר מדובר בהסכמי מיקור חוץ אותנטיים ולגיטימיים.

במהלך הדיון הוסיפה החברה, כי המערער כלל לא ניסה לטעון בבית הדין האזורי כי יש להכיר ביחסי עובד – מעביד בינו לבינה בהתייחס לתקופה השלישית במהלכה התקשר עימה כקבלן עצמאי, ומטעם זה לא הובאו ראיות כלשהן לגבי השוני בתמורה שקיבל בתקופה זו לעומת התקופה הרביעית.

19. באשר לרכיב השנר"ק – טוענת החברה כי שולם, כפי שאף קבע בית הדין האזורי, כרכיב מותנה ולא קבוע. לאור זאת, "**עקב הפחתת תקציב המחשוב בעירייה... נאלצה החברה לצמצם בהוצאותיה, לרבות בהוצאות תשלום השנר"ק, על כן החל מיום 1.3.2002 היא ביטלה את תשלום השנר"ק לשישה עובדים בחברה**". בהתאם, ממועד זה ואילך קיבלו עובדים אלה – לרבות המערער – רק תשלום עבור שעות נוספות מדווחות, ככל שבוצעו על ידם.

דיון והכרעה

זהות המעסיק במערכת יחסי עבודה משולשים

20. שאלת זהות המעסיק במערכת יחסי עבודה משולשים הינה סוגיה המגיעה לפתחו של בית דין זה לעיתים מזומנות. הדבר נובע משורת סיבות שאין זה המקום להיכנס אליהן, לרבות תפיסות ניהוליות הקוראות למיקור חוץ של פונקציות שאינן מהוות את ליבת העסק; בעיות תקינה ותקציב של השירות הציבורי; הצורך הכלכלי בתבניות העסקה גמישות; ובמקרים מסוימים גם ניסיונות להתחמק ממחויבויותיו לפי דין של מעסיק, על ידי הסטה מלאכותית של יחסי העבודה לקבלן כוח אדם או קבלן שירותים.

על הסיבות לתופעה ודרכים להתמודדות עימה ראו, למשל: רות בן ישראל, מיקור חוץ (outsourcing) – 'מתמקרים' החוצה: העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם – פרשנות אחרת – המרת העסקה הפורמאלית בעסקה האותנטית, **שנתון משפט העבודה** ז' 5 (1999); להלן – **בן ישראל;** אמירה גלין, על התיקון לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם: האם יצא שכרנו בהפסדנו, **שנתון משפט העבודה** ח' 103 (2001); שרון רבין-מרגליות, חברות השירותים, מזמיני השירותים ובעיקר מה שביניהם: על מעמדם ועל אכיפת זכויותיהם של עובדי חברות השירותים, **מחקרי משפט** כה 525 (2009); רונית נדיב ויובל פלדמן, היבטים פוזיטיביים ונורמטיביים של שוויון (או אי שוויון) ביחסי העסקה משולשים בישראל, **עבודה חברה ומשפט** י"ב 153 (2010) (להלן – **נדיב ופלדמן**).

21. מערכת יחסי עבודה משולשים כתוצאה ממיקור חוץ נוצרת בשל שני סוגים שונים של התקשרויות – "מיקור חוץ" של כוח אדם, בו מספק קבלן משנה כוח אדם הפועל בחצריו של המשתמש, ונועד במקורו למשימות זמניות; ומיקור 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 (ראו בקשר להבחנה זו את פסק דינה של השופטת רונית רוזנפלד בעב' 11/07 **אל אור אילת תפעול**

ואחזקות בע"מ – מדינת ישראל, מיום 11.8.08; פסק דינו של הנשיא סטיב אדלר בע"ע 410/06 **המוסד לביטוח לאומי – ראיד פאהום**, מיום 2.11.2008; להלן – עניין **פאהום**; וכן אמירה גלין, מיקור חוץ (outsourcing) 'מתמקרים' החוצה: ההיבט הניהולי והארגוני, **שנתון משפט העבודה** ז' 43 (1999)).

השימוש במושג "מיקור חוץ" במסגרת פסק דין זה יתייחס מטעמי נוחות לשני הסוגים לעיל, על אף שהינו מתאים פחות בהקשר של אספקה אותנטית של כוח אדם.

22. להבחנה בין שני סוגיה השונים של תופעת "מיקור החוץ" חשיבות משפטית לא מבוטלת, בין היתר לצורך חלותו של חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו – 1996 (וראו את סעיף 10א' לחוק זה, המחיל את הוראות החוק באופן חלקי גם על העסקת עובדים באמצעות קבלני שירותים, אך רק בהתייחס לענפים המנויים בתוספת לחוק). על אף חשיבות ההבחנה, היא אינה תמיד פשוטה, ותלויה בין היתר בשאלה האם אכן מדובר במיקור חוץ של פונקציות או שמא במיקור חוץ מוסווה של כוח אדם.

בהמשך דיוננו להלן נתייחס למבחנים המשפטיים החלים לטעמנו על שני סוגיו של מיקור החוץ, תוך שנבהיר כבר כעת כי בעת **יישום** המבחנים יש לשים לב **לסוג** ההתקשרות שבין המשתמש לקבלן – והאם הינה מתייחסת לשירות/ מוצר או שמא לאספקת כוח אדם.

23. נקודת המוצא העקרונית שנקבעה בפסיקה בעבר - ביחס לשני סוגיו של מיקור החוץ - היא כי המשתמש הוא המעסיק, אלא אם יוכח כי קיימת התקשרות אותנטית בינו לבין הצד השלישי ובין הצד השלישי לעובד, וכי מטרת התקשרויות אלה אינה מנוגדת לתקנת הציבור או לחובת תום הלב ולא נועדה להתחמק מחובותיו של המשתמש כמעסיק (דב"ע נב/142-3 **חסן אלהרינאת – כפר רות**, פד"ע כד 535 (1992); להלן – **עניין כפר רות**).

24. בית הדין האזורי יצא מנקודת הנחה כי החזקה שנקבעה בעניין **כפר רות** אינה קיימת עוד. על אף שימוש נרחב שנעשה בחזקה במהלך השנים, ועל אף חשיבותה בתקופה בה ניתנה, מקובלת עלינו עמדתו של בית הדין האזורי כי לחזקה אין עוד תוקף במצב המשפטי הנוכחי (ראו בהקשר זה את פסק דינה של סגנית הנשיא (כתוארה אז) נילי ארד בע"ע 472/09 **זוהר גולן – או.אר.אס. משאבי אנוש בע"מ**, מיום 12.9.10; להלן – **עניין גולן**; גישת השופט שמואל צור בעניין **פאהום**; ע"ע 237/09 **מדינת ישראל, הטלוויזיה החינוכית הישראלית – אסתר קדם**, מיום 14.9.10; כמו גם רע"א 4381/03 **ש.כ. מאגרי אנוש בע"מ נ. ז.מ. מותגי אופנה בע"מ**, מיום 14.4.05; רות בן ישראל, העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם והבטחת זכויות עובדים לעת חדלות פירעון של מעסיק בפועל, **הפרקליט** מ"ז 9 (2005)).

אלא, שגם אם אין עוד תוקף לחזקה – אין משמעות הדבר כי קיימת חזקה **הפוכה** (למעט במצבים של העסקה אותנטית באמצעות קבלן כוח אדם לתקופה שאינה עולה על תשעה חודשים, כפי שהובהר בעניין **גולן**). לאור זאת קביעתו של בית הדין האזורי, בהתבסס על גישת השופט צור בעניין **פאהום**, לפיה "**הכרה במשתמש כמעסיק האמיתי אינה דבר המובן מאליו אלא החריג ועל כן זקוקה למטען רב של אינדיקציות עובדתיות ומשפטיות אשר יטו את הכף**" – אינה מקובלת עלינו. אף איננו סבורים כי ניתן להסיקה מדעת **הרוב** בעניין **פאהום**.

25. בנוסף, גם אם אין עוד תוקף לחזקה, עדיין נותרה על כנה דרך הבדיקה - המהותית והזהירה – שהותוותה על ידי בית הדין בעניין **כפר רות**. דרך בדיקה מהותית זו מובילה למסקנה כי יש ליתן תוקף להתקשרות אותנטית שעניינה מיקור חוץ של פונקציה או של כוח אדם, ולקבוע לאור זאת כי המועסקים הינם עובדיו של קבלן המשנה ולא של המשתמש (ע"ע 116/03 **מדינת ישראל, משרד החינוך - משה חג'בי**, מיום 2.2.2006; ע"ע 328/07 **ישראל אטיאס – רשות שדות התעופה**, מיום 10.8.2009). מאידך ככל שלפנינו הסדר פיקטיבי, שמטרתו התחמקות ממחויבויות המעסיק, הגם שמרבית המבחנים הרלוונטיים מצביעים על המשתמש כמעסיק – יש לקלף את קליפתה של

ההעסקה העקיפה, ולהכיר ביחסי עובד – מעביד בין המשתמש לבין עובדיו (ע"ע 300245/97 **משה אסולין – רשות השידור**, פד"ע לו 689 (2001); ע"ע 1189/00 **אילנה לוינגר – מדינת ישראל**, מיום 2.10.2000; להלן – **עניין לוינגר**; ע"ע 326/03 **מדינת ישראל, משרד הבריאות – ילנה צ'פקוב**, מיום 20.2.2006).

זהות המעסיק לא תיקבע אם כך בהתאם להגדרות הצדדים עצמם או על בסיס מבחנים פורמליסטים, כי אם על בסיס הבחנה בין התקשרות אותנטית ולגיטימית עם קבלן משנה, לבין ניסיון להסוות את יחסי העבודה המתקיימים בין העובד לבין המשתמש תוך פגיעה בזכויותיו.

26. ההבחנה בין מיקור חוץ אותנטי לבין הסדר פיקטיבי תיעשה בהתבסס על כלל נסיבות העניין, ותוך העמדת תכליתם של דיני העבודה מול עינינו – וביתר ספציפיות, התכלית של הכרה ב"מעסיק" ככזה (דב"ע נד/96-3 **מ.ב. מחלקת הבנייה של הקיבוץ הארצי בע"מ – חליל עבד אלרחמן עאבד**, פד"ע כט 151 (1995)). מנקודת המבט של התכלית, לא די להבטיח את תשלום השכר וזכויות המגן הבסיסיות, אלא השאלה הינה "**האם העסקת העובד נגועה ב"פיקציה" והאם מתכונת העסקתו, כפי שהייתה בפועל, פוגעת בדרך כלשהי בזכויותיו או גורעת מהן**" (פסק דינה של השופטת ורדה וירט-ליבנה בע"ע 467/08 **פימה פאק פרימוזה טריידינג בע"מ – הרבנות הראשית לישראל**, מיום 12.7.2010; להלן – עניין **פימה פאק**; וראו גם את המבחן שנקבע על ידי השופט צור בעניין **פאהום**, לפיו יש לשאול אם העסקת העובד באמצעות הצד השלישי אינה נגועה בניצולו או בפגיעה בלתי סבירה בתנאי העסקתו).

<u>מבחני העזר לקביעת זהות המעסיק ודרך יישומם</u>

27. בעניין **כפר רות** נקבעה שורת מבחני עזר לקביעת זהות המעסיק, אשר נועדו לסייע לבית הדין להגיע למהותה של ההתקשרות בהתחשב בכלל הנסיבות. מבחני עזר אלה עדיין עומדים על כנם בפסיקה הנוכחית, וביניהם השאלות מי קיבל את העובד לעבודה ומי הסדיר את תנאי קבלתו אליה; מי משבץ את

העובד במקום העבודה; מי קובע את מכלול תנאי עבודתו לרבות תנאי שכרו והתנאים הנלווים; מי חייב לשאת בתשלום שכרו של העובד; בידי מי הכוח לפטרו; ועוד.

עם זאת בעת **יישום** המבחנים יש לזכור כי בדומה למושגי משפט אחרים, המושג "מעסיק" מהווה הגדרה משפטית, שיש לצקת בה תוכן בהתאם לתכלית בה אנו עוסקים (דנג"צ 4601/95 **סרוסי נ. בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נב(4) 817 (1998); דב"ע נה/2-109 **אסנת דפנה לוין – המוסד לביטוח לאומי**, פד"ע כט 326 (1996)).

28. מבחני העזר אינם עומדים לפיכך בפני עצמם, ואין ליישמם באופן טכני, אלא מטרתם לחשוף את זהותו האמיתית של המעסיק על מנת לממש את תכליתם של דיני העבודה, תוך התחשבות במאפייניהם הייחודיים של יחסי עבודה מורכבים (**בן ישראל**; Judy Fudge, The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers and Labour Protection, in Boundaries and Frontiers of Labour Law (Hart 2006) 295; Simon Deakin, The Changing Concept of the Employer in Labour Law, 30 Industrial Law Journal 72 (2001);
לבחינה ביקורתית של מבחני העזר והצעות למבחנים חלופיים ראו את **נדיב ופלדמן**, לעיל; גיא דוידוב, העסקה עקיפה, **עבודה, חברה ומשפט** י"ב 191 (2010); וכן מוטי מירוני, מיהו המעביד – הגדרת יחסי עובד מעביד בתבניות העסקה מודולאריות, **עיוני משפט** ט' 505 (1984)).

29. מבחני עזר נוספים שעשויים לסייע בקביעת זהות המעסיק הינם האם העובד מפסיד ייצוג ארגוני כתוצאה ממיקור החוץ; האם משמעותו של מיקור החוץ היא הדרה של העובד מתחולת צווי הרחבה או הסכמים קיבוציים; האם מיקור החוץ פוגע בכבודו של העובד על ידי בידודו ופגיעה בתחושת השייכות שלו; האם מיקור החוץ פוגע באפשרויות קידומו והתפתחותו המקצועית של

העובד; והאם מיקור החוץ פוגע באפשרות העובד לקיים מערכת יחסים אישית ואנושית מול מעסיקו, באופן סביר בהתאם לסוג העיסוק בו מדובר.

30. המבחן האחרון שצוין – מערכת יחסים אישית ואנושית, באופן סביר בהתאם לסוג העיסוק - מתבסס על הכרה בחשיבות העבודה לפרט מבחינה אישית, חברתית ופסיכולוגית, ועל כך שבמערכת יחסי עבודה - עובד אינו אמור להיחשב כ"אמצעי" גרידא (התייחסות לכך ראו, למשל, אצל גיא דוידוב, הזכות לעבוד כזכות קהילתית ואישית והפוטנציאל החוקתי שלה, **זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות בישראל** 533 (2005); שלומית יניסקי-רביד, היגור זאב עם כבש? יחסים פסיכולוגיים במקום העבודה, צפוי להתפרסם ב**ספר אלישבע ברק-אוסוסקין** (2011)).

הדבר נובע הן מעצם זכותו של כל עובד לכבוד אנושי; הן כמאפיין של הדמוקרטיה במקום העבודה – ממנה צומחת זכותו של עובד כי קולו יישמע, מובן באופן סביר ומבלי לפגוע בפרוגטיבת המעסיק; הן מעצם אפיונו של הסכם העבודה כחוזה יחס המושתת על ציפייה להגינות ואמון; והן מעצם היותם של יחסי עבודה - מכוח חובות תום הלב החלות עליהם - "**מערכת יחסים בינאישיים שבין העובד למעבידו שהיא כנה וישירה ונעדרת את הניכור המתחייב אם מתייחסים אליו כאל אמצעי בלבד**" (**בן ישראל**; כן ראו את עניין **גולן**, בסעיף 13 לפסק הדין – ביחס למדיניות החברתית הסוציאלית העומדת בבסיס החקיקה, וזכויות העובד במערכת יחסי עבודה משולשים כנובעות ממנה).

31. לא לכל המבחנים אותו משקל, ולא לכל מבחן רלוונטיות בכל סוגי ההתקשרות. יישומם של חלק מהמבחנים אף תלוי במשכה של ההעסקה המשולשת. כדוגמא, בהעסקה לתקופה קצרה ייתכן שיינתן משקל נמוך לבדיקת אפשרויות הקידום ותחושת השייכות, בעוד שבהעסקה ממושכת מצופה כי המעסיק האמיתי יעמיד מול עיניו את הצורך בהם.

כפי שהובהר בפסיקה פעמים רבות, אף אחד ממבחני העזר אינו מכריע, אלא החשיבות היא לשקלולם הזהיר, בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. התשובה לעולם אינה תלויה לפיכך בהתקיימות מבחן ספציפי זה או אחר, אלא במכלול התמונה.

32. להשלמת התשתית המשפטית נוסיף כי במקרים המתאימים ניתן לקבוע כי המשתמש וקבלן המשנה אחראים יחד ולחוד כלפי העובדים, כמעסיקים במשותף (ע"ע 1218/02 **Xue Bin ואח' – א. דורי בע"מ**, פד"ע לח 650 (2003); ע"ע 1363/02 **דינה חזין - תנופה שירותים כ"א ואחזקות בע"מ**, מיום 5.11.2006; גישת הנשיא אדלר בעניין **פאהום**; Guy Davidov, Joint Employer Status in Triangular Employment Relationship, 42 British Journal of Industrial Relations 727 (2004)).

לפי גישתו של הנשיא אדלר, לקביעה כאמור בדבר העסקה במשותף תיתכן – בתלות בנסיבות – גם משמעות של אחריות שיורית בלבד (ע"ע 273/03 **דברת שוואב – מדינת ישראל, משרד החקלאות**, מיום 2.11.2006; כן ראו את סעיף 1 ז'1 לחוק עובדים זרים, התשנ"א – 1991; סעיף 6 א' לחוק שכר מינימום, התשמ"ז – 1987; סעיף 14 לחוק הגנת השכר (עיצום כספי), התשס"ט - 2009). דיון בכך אינו דרוש להכרעה בתיק זה ולפיכך יושאר להליכים המתאימים.

<u>מן הכלל אל הפרט – מיקור חוץ שירותי המחשוב של העירייה</u>

33. בנסיבותיו של מקרה זה, וכפי שעולה מהעובדות שנקבעו על ידי בית הדין האזורי, שירותי המחשוב של העירייה עברו "מיקור חוץ" עוד בשנת 1975. משמעות הדברים היא כי במקום מחלקת מחשוב פנימית המורכבת מעובדי עירייה, ביצעה העירייה התקשרות עם החברה - כגורם חיצוני המתמחה בתחום המחשוב - אשר לקחה על עצמה "**אחריות כוללת לצד התכנוני והביצועי של כל מערכות המחשב ומערכות המידע של העירייה**" (בלשונו של מר יהונתן לוירר, אשר העיד מטעם העירייה).

העירייה הסבירה את היתרונות הלגיטימיים שהושגו על ידה כתוצאה ממיקור החוץ האמור, לרבות מומחיות גבוהה מצד החברה שזהו עיסוקה, ואפשרות ליהנות משירותיהם של מומחים בתחום שלא ניתן היה להעסיקם בתנאי השכר האפשריים בשירות הציבורי.

34. המערער בטיעוניו, מלבד אמירות בודדות, לא ניסה לתקוף את האותנטיות של מיקור החוץ שנעשה על ידי העירייה – ובמקום זאת הפנה למבחן המעורב, ולמבחן ההשתלבות, המשמשים בפסיקה לקביעתם של יחסי עובד – מעביד. אלא, שכאשר עסקינן במערכת יחסי עבודה משולשים, בהם אין מחלוקת כי המועסק הנו "עובד" והספק היחידי הוא בדבר זהות המעסיק – מבחן ההשתלבות כמעט ואינו יכול לסייע (עניין **פאהום**; עניין **פימה פאק**).

לאור זאת, נותרות על כנן קביעותיו העובדתיות של בית הדין האזורי, המבוססות כדבעי על הראיות שהובאו בפניו, לפיהן ההתקשרות בין העירייה לבין החברה לא היוותה מיקור חוץ מוסווה של עובדים אלא מיקור חוץ של פונקצית שירותי המחשוב בכללותה, אשר נועדה להשגת מטרות ניהוליות לגיטימיות ושלא על מנת לפגוע בזכויות העובדים.

35. בית הדין האזורי יישם בקביעותיו העובדתיות את מבחני העזר שנקבעו בעניין **כפר רות**, המלמדים כי יחסי העבודה במקרה זה התקיימו בין המערער לבין החברה. כך, ולמשל, החברה היא שקיבלה את המערער לעבודה; היא שנשאה בתשלום שכרו (גם אם במסגרת תקציב שהועבר אליה על ידי העירייה); היא שפיקחה על עבודת המערער (יחד עם העירייה – במסגרת "מערכת ירושלים" אשר הוקמה לצורך תפעול מערך המחשוב); היא שסיכמה מולו את תנאי השכר – בהתאם לתנאים המקובלים בחברה; היא שאישרה את חופשותיו ואת דו"חות הנוכחות שלו; והיא שפיטרה אותו בסופו של דבר (גם אם כתוצאה מהליך קיצוצים כולל עליו החליטה העירייה), תוך ניהול משא ומתן לגבי תנאי הפרישה.

המערער אף ישב פיזית, לפי קביעת בית הדין האזורי, ב"סניף ירושלים" של החברה, שהיווה מתחם נפרד לעובדי המחשוב ולא חלק ממשרדי העירייה הרגילים. המערער אף לא ראה עצמו, במשך השנים, כעובד העירייה; כדוגמא - כאשר הופסק תשלומו של רכיב השנר"ק, פנה אך ורק לבעלי תפקידים בחברה ולוועד העובדים של החברה, ולא לעירייה.

36. גם מבחני העזר הנוספים שצוינו על ידינו כמפורט לעיל - אינם מצדיקים בנסיבותיו של מקרה זה הכרה ביחסי עובד – מעביד בין המערער לבין העירייה. מחומר הראיות עלה כי המערער נהנה משכר גבוה, מתנאים נלווים מכוח הסכמים והסדרים קיבוציים שחלו על עובדי החברה, מתנאי פרישה מיטיבים, ואף מייצוג ארגוני של ועד העובדים של החברה. המערער אף לא נפגע באפשרויות הקידום שלו; קיים קשר ישיר ובלתי אמצעי עם הממונה הישיר עליו - מנהל "מערכת ירושלים" - אשר היה עובד החברה; ניהל משא ומתן לגבי זכויותיו במהלך השנים; והיה חלק בלתי נפרד ממקום העבודה ומהסביבה הארגונית של "מערכת ירושלים", אשר נוהלה על ידי החברה. גם נסיבות אלו מצדיקות להכיר במיקור החוץ האותנטי שבוצע על ידי העירייה.

37. המערער שם דגש בטיעוניו על התקופה השנייה, במהלכה המשיך לבצע את אותו תפקיד אך במסגרת חברת אשד. אכן, "העברת" עובדים מקבלן לקבלן מעלה חשד בדבר אותנטיות העסקת העובדים באמצעות הצד השלישי (עניין **לוינגר**). עם זאת בנסיבותיו הייחודיות של עניין זה - בהן הועסק המערער באמצעות חברת אשד לתקופה קצרה יחסית אשר בסיומה חזר לעבוד בחברה - לא מצאנו כי בכך בלבד יש כדי לנתק את הקשר האותנטי שבין העובד לחברה.

המערער הפנה עוד להוראות ההסכם השני שבין העירייה לחברה, אשר אפשרו לעירייה "**לדרוש הפסקת העסקתו של עובד במערכת ירושלים**". עם זאת עצם מתן האפשרות למקבל השירות לבקש הפסקת מתן שירות על ידי עובד זה או אחר היא לגיטימית, ואינה מצביעה כשלעצמה על יחסי עובד – מעביד בין מקבל השירות לבין אותו עובד. ממילא, במקרה זה נקבע עובדתית כי העירייה

לא ביקשה את הפסקת עבודתו של המערער כי אם צמצום עלויות – כאשר החברה היא שבחרה אילו עובדים יפוטרו כתוצאה מכך.

38. נוכח כל האמור לעיל, שוכנענו כי אין הצדקה להתערב בקביעת בית הדין האזורי, לפיה יש לתת תוקף למיקור החוץ של שירותי המחשוב שביצעה העירייה ולקבוע לאור זאת כי לא התקיימו יחסי עובד – מעביד בין המערער לבין העירייה.

קיומם של יחסי עובד – מעביד בתקופה השלישית

39. בית הדין האזורי דחה את טענת המערער ליחסי עובד – מעביד מול החברה בתקופה השלישית (1988 – 1993) על יסוד שלוש עובדות מרכזיות: עצם קיומו של הסכם קבלנות בין הצדדים בתקופה זו; ניהול תיק עצמאי על ידי המערער ברשויות המס; והעובדה כי מעמדו של המערער כקבלן עצמאי בתקופה זו לא נכפה עליו, ואף הוצע לו במהלכה לעבור למעמד של עובד שכיר.

לאחר שקילת טענות הצדדים ועיון בכל חומר הראיות, הגענו למסקנה כי קביעה זו אינה מקובלת עלינו. הטעם לכך הוא כי שאלת קיומם של יחסי עובד – מעביד היא שאלה משפטית מהותית, שאמורה להיות מוכרעת בהתבסס על כלל הנסיבות העובדתיות הרלוונטיות, תוך שימת דגש על התכלית שבהכרה במועסק כעובד. בהתחשב בכך, לסממנים הפרוצדוראליים שהוזכרו בהחלטת בית הדין האזורי משמעות שולית בלבד בקביעה אם התקיימו יחסי עובד – מעביד, ולא ניתן לבסס עליהם הכרעה.

40. מושכלות ראשונים הן, כי מעמדו של מועסק כ"עובד" אינו נקבע על פי התיאור שניתן לו על ידי הצדדים, אלא על סמך מהות היחסים שנוצרו הלכה למעשה (ע"ע 300274/96 **שאול צדקא – מדינת ישראל, גלי צה"ל**, פד"ע לו 625 (2001); ע"ע 1076/04 **מדינת ישראל – אדם שוב**, מיום 11.7.2005; ע"ע 548/09 **ישראל לוי – מוסך עלית לוי 93 בע"מ**, מיום 22.11.2009). בחינה זו של מהות היחסים נעשית בהתבסס על כלל נסיבות העניין, על פי המבחן המעורב אשר במרכזו

עומד מבחן ההשתלבות (ס' אדלר, "היקף תחולת משפט העבודה – מכפיפות לתכלית", **ספר גולדברג** 17 (2001)).

41. במקרה שלפנינו, החברה התייחסה אל המערער כאל עובד שכיר הן במהלך תקופת העבודה הראשונה (בין השנים 1977 – 1982) והן במהלך תקופת העבודה הרביעית (בין השנים 1993 – 2003). החברה לא ניסתה לטעון כי העסקה זו של המערער כשכיר לא תאמה את מעמדו בפועל, ואף לא ניסתה לטעון כי חל שינוי כלשהו במאפייני ההעסקה במהלך התקופה השלישית (בין השנים 1988 – 1993). נהפוך הוא – החברה הדגישה כי גם במהלך התקופה השלישית פנתה למערער על מנת לנסות ולהעבירו למעמד פורמאלי של עובד שכיר.

42. העובדות העולות מתיק בית הדין האזורי מלמדות כי בתקופה השלישית, בדומה לתקופה הרביעית, היה המערער חלק בלתי נפרד מהמערך הארגוני של החברה; ביצע עבודתו ממשרדי החברה ותוך שימוש בציוד שניתן לו על ידה; עבד בחברה באופן רציף ומתמשך כמשרה מלאה; ולא נטען או הוכח כי ניהל עסק עצמאי משלו. המערער הדגיש בתצהירו כי לא היה כל שוני ממשי בעבודתו במהלך התקופה השלישית, מלבד העובדה הטכנית כי שכרו שולם כנגד חשבוניות מס; החברה בתצהיריה ובחקירות הנגדיות שניהלה לא סתרה זאת, אלא שמה דגש על עצם ההגדרה **הפורמאלית** של המערער כ"קבלן עצמאי" בתקופה זו ועל כך שהייתה זו, לפי הנטען, בחירה שלו.

43. כבר נקבע כי גם אם מועסק מסכים להגדרתו כ"קבלן עצמאי", מאשר זאת בהסכם, ומנהל בהתחשב בכך תיק עצמאי ברשויות המס תוך הוצאת חשבוניות מס למעסיקתו – אין בכך כדי לסתור קיומם של יחסי עובד – מעביד כאשר אלה מתקיימים לפי אמות המידה המהותיות של המבחן המשולב (ע"ע 1162/01 **סמי בן חמו – המכון לפריון העבודה והייצור**, פד"ע לח 433 (2002); ע"ע 176/09 **ז'וז'ט מואב – תפנית וינד** בע"מ, מיום 9.11.2010).

בהתחשב בכך; נוכח העדרו של שוני **מהותי** כלשהו במאפייני העסקתו של המערער בין התקופה השלישית לבין התקופה הרביעית; ולאור מכלול התשתית העובדתית שנפרשה בבית הדין האזורי - מוצדק לקבוע כי התקיימו בין המערער לבין החברה יחסי עובד – מעביד גם בתקופה השלישית.

44. נוכח הטענה להרחבת חזית שהועלתה על ידי החברה במהלך הדיון, נבהיר כי הטענה לקיום יחסי עובד – מעביד בין המערער לבין החברה בתקופה השלישית הועלתה בכתב התביעה כחלק מהדרישה להכיר ביחסי עובד – מעביד בין המערער למשיבות בכל תקופת ההתקשרות (סעיף 3), והחברה אף התייחסה לכך במפורש בכתב הגנתה (סעיפים 8.6 ו – 22.3). לטענה התייחסות מפורשת אף בחקירות הנגדיות, בסיכומי הצדדים ובפסק דינו של בית הדין האזורי (סעיף 29).

החברה טענה עוד כי לא היה דיון כלשהו בבית הדין האזורי לגבי הפער בתמורה ששולמה למערער עם המעבר מהתקופה השלישית לתקופה הרביעית, אך דיון בפער כאמור אינו נדרש לצורך הכרעה בעצם קיומם של יחסי עובד – מעביד, ולכן לא ראינו לנכון להחזיר את הדיון לבית הדין האזורי כפי שהציעה החברה או לאפשר לה הגשת סיכומים נוספים בקשר לכך. נעיר, כי ככל שסברה החברה כי מדובר בנתון רלוונטי – אמורה הייתה היא עצמה להוכיח זאת בבית הדין האזורי, דבר שלא עשתה. להסרת ספק נדגיש כי לא לקחנו בחשבון, לצורך הכרעתנו, את טענת המערער במהלך הדיון בנוגע להעדרו של פער בתמורה – שכן גם עובדה זו לא נטענה, ולא הוכחה, בבית הדין האזורי.

45. נוכח קיומם של יחסי עובד – מעביד בין המערער לחברה בתקופה השלישית, המערער זכאי להפרש פיצויי פיטורים בגין תקופה זו, החל מיום 1.6.1988 ועד ליום 31.7.1993. המערער אף זכאי לזכויות מכוח תוכנית הפרישה מרצון בהתחשב בותק עבודתו בחברה כפי שנקבע על ידינו, היינו לפיצויי פיטורים בשיעור 180% (במקום 170% שקיבל בפועל) ולחמישה חודשי הסתגלות (במקום ארבעה חודשים שקיבל בפועל).

נציין בהקשר זה כי לא נשמטה מעינינו קביעת בית הדין האזורי כי תוכנית הפרישה מרצון אינה חלה על המערער כיוון שפוטר ימים ספורים לאחר המועד האחרון הקבוע בה. עם זאת, אין מחלוקת כי תנאי התוכנית הוחלו על המערער בפועל במלואם, בהתאם לסיכום בין החברה לוועד העובדים – ולכן יש לזכות את המערער גם בהפרש הזכויות מכוח התוכנית בהתחשב בוותק עבודתו בחברה החל משנת 1988.

46. שכרו הקובע של המערער, לפי קביעת בית הדין האזורי, עמד על 21,383 ש"ח. לא שוכנענו כי יש להכליל בשכרו הקובע את רכיב השנר"ק, משמקובלת עלינו בהקשר זה קביעת בית הדין האזורי כי מדובר היה ברכיב מותנה (ראו דיון בקשר לכך להלן וכן את דב"ע נו/3-244 **ינקו רושו – כרמל מערכות מיכלים בע"מ**, מיום 12.12.1996). בהתחשב בתקופת עבודתו החל מיום 1.6.1988, פיצויי הפיטורים המוגדלים להם זכאי היה המערער עמדו על 596,585 ש"ח, כאשר מהם קיבל סך של 375,593 ש"ח. היתרה המגיעה לו הינה לפיכך 220,992 ש"ח. בנוסף הנו זכאי לחודש הסתגלות נוסף, סך של 21,383 ש"ח.

47. לסיום פרק זה נבהיר, כי איננו שותפים לקביעת בית הדין האזורי כי תביעתו של המערער נגועה בחוסר תום לב, מעצם העלאת דרישותיו לאחר שנים רבות בהן הועסק במתכונת מסוימת מבלי להלין על כך. כאשר אנו דנים בתביעת מועסק להכרה ביחסי עובד – מעביד – לעיתים נדירות בלבד נגיע למסקנה כי עצם הגשת התביעה בדיעבד מהווה פעולה בחוסר תום לב, ואיננו סבורים כי המקרה שבפנינו הינו מקרה חריג המצדיק קביעה כאמור.

<u>הפסקת תשלומן של ה"שעות נוספות רגילות קבועות" (שנר"ק)</u>

48. בית הדין האזורי, לאחר שמיעת הראיות, קבע עובדתית כי רכיב השנר"ק שולם למערער כרכיב מותנה, וכי המערער היה מודע לכך וכן ידע כי הרכיב מוגבל בזמן. בית הדין האזורי הסתמך, בקביעה זו, על המסמכים הבאים:

א. מכתבו של מר שמואל שטינמץ, מנהל מערכת ירושלים, מיום 12.8.1993, למר דניאל קמחי, מנהל אגף מינהל וכספים בחברה, לפיו

המערער יהא זכאי, החל ממועד העברתו למעמד עובד שכיר, ל"מכסת שעות נוספות קבועות – 35 שעות חודשיות, בחלוקה של 18 שעות לפי 137.5% ו – 17 שעות לפי 150%".

ב. מכתב תשובה של מר קמחי מיום 17.8.1993, לפיו "ש.נ.ר קבועות ישולמו עפ"י מכתבך. **על העובד לדעת כי מכסה זו הינה לתקופה של ששה חודשים ועליו לעבוד לפחות 50% מההקצבה לש.נ.ר.** בהמלצת מנהל מערכת ירושלים תחודש ההקצבה, אם עמד בתנאים האמורים, בכל מקרה לא ישולמו לעובד ש.נ. עפ"י כרטיס השעון".

ג. טיוטת מכתב של מר קמחי ומר יואל מרינוב, מיום 11.10.1993, בו נרשם כי "אנו מוכנים לנקוט בגישה חריגה ולאפשר לך היקף חודשי של 35 שעות נוספות במכסה קבועה (18 שעות לפי 137.5% ו – 17 שעות לפי 150%), דהיינו ללא צורך בדיווח ביצוע שעות נוספות בפועל. מכסה זו תהיה קבועה ולא תהיה מותנית באישור תקופתי כלשהו". יחד עם זאת צוין כי "**מצופה ממך לעבוד מעבר לשעות העבודה הרגילות לפי הצורך**" וכי "**מעבר למכסת השעות האמורה לעיל, לא ישולמו לך תשלומים כלשהם בגין שעות נוספות עפ"י ביצוע בפועל, פרט למקרים חריגים...**". יש להדגיש כי מכתב זה אינו חתום – ואינו ממוען למערער או לכל גורם אחר, ולכן יש להניח כי מדובר בטיוטה.

ד. מזכר של גב' חנה לב, רכזת כוח אדם, מיום 15.3.1994, בו ציינה לגבי רכיב השנר"ק כי "ההקצאה הינה לתקופה של 6 חודשים **ועליו לעבוד לפחות 50% מההקצבה**".

ה. מכתבו של מר קמחי למערער מיום 6.6.1994, בו הודיע על הסתייגות מהאמור במכתבו של מר שטיינמץ שצוין בסעיף א' לעיל בהתייחס לרכיב השנר"ק, תוך הבהרה כי "תשלום 35 ש"נ קבועות לחודש ישולמו בהקצאה לששה חודשים. **על העובד לעבוד בפועל לפחות 50% מההקצבה החודשית**. אי עמידה בתנאים אלו תבטל הזכאות להקצאת ש"נ קבועות לתקופה נוספת...".

ו. נספח, מיום 14.4.1993, להסדר קיבוצי בין החברה לבין נציגות העובדים, במסגרתו הובהר כי "**החברה רשאית עפ"י צרכי העבודה להקצות לעובדים הנדרשים למאמץ מיוחד שעות נוספות במכסות**

קבועות ללא דיווח. אין הרשאה זו באה לפטור העובד מחובתו לרשום בשעון הנוכחות את שעת הכניסה והיציאה ובלבד שהעובדים יעבדו בפועל לפחות 50% ממכסת השעות שהוקצו להם" (ההדגשות אינן במקור).

49. קביעתו העובדתית של בית הדין האזורי עולה מחומר הראיות ולא מצאנו לנכון להתערב בה. אכן, מהמסמכים עולה כי רכיב השנר"ק לא היווה תוספת לשכרו הרגיל של המערער, אלא תשלום מוסכם של גמול שעות נוספות גלובאלי, ללא התחשבנות מדוקדקת או צורך בדיווח, כל עוד המערער יעבוד לפחות 50% מההיקף שנקבע לו. זאת, כאשר הודגש במסמכים כי מצופה מהמערער לעבוד שעות נוספות, וכי לא יהא זכאי לגמול שעות נוספות מעבר לסכום הגלובאלי למעט במקרים חריגים.

כיוון שרכיב השנר"ק היווה תשלום עבור עבודה אמיתית של שעות נוספות (גם אם לא בהכרח במלוא ההיקף ששולם) – החברה רשאית הייתה להפסיק את תשלומו כאשר החליטה שאין לה עוד צורך בעבודת שעות נוספות מצד המערער, כפוף כמובן לכך שהחלטה זו התקבלה בתום לב ומשיקולים עניינים (ע"ע 300353/97 **מדינת ישראל – משה נהרי**, פד"ע לה 318 (2000)) – ובמקרה זה לא נטען אחרת. נזכיר, כי לעובד אין זכות קנויה לשעות נוספות, וכי למעסיק פררוגטיבה ניהולית להחליט אם דרושה לו עבודת שעות נוספות אם לאו (ע"ע 367/03 **רונית סעדיה – שירות התעסוקה**, מיום 20.5.2004). כלל זה לא יחול ככל שאין מדובר בשעות נוספות בפועל אלא ברכיב פיקטיבי המהווה חלק משכרו הרגיל של העובד, אך כאמור במקרה זה נקבע כי לא כך הוא.

50. לסיכומו של פרק זה – לא מצאנו הצדקה להתערב בקביעת בית הדין האזורי כי רכיב השנר"ק היווה תוספת שכר מותנית, וכי החברה רשאית הייתה להפסיק את תשלומו כאשר החליטה – מחמת קיצוץ תקציבי – שאין עוד צורך בעבודת שעות נוספות על ידי המערער. אף לא שוכנענו מטענתו החלופית של המערער כי 50% מהרכיב הפך לרכיב קבוע; החברה והמערער רשאים היו

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 478-09

להסכים על הסדר גלובאלי לפיו משולמת מכסת שעות נוספות מסוימת גם אם לא בכל חודש מבצע העובד את כולן, מתוך הנחה כי לאורך זמן – המכסה תשקף את העבודה המבוצעת על ידו בפועל. העובדה כי המערער לא חייב היה לבצע את כל מכסת השעות הנוספות במלואה מדי חודש אינה הופכת את הרכיב לחלק משכרו הרגיל.

סיכום

51. **סוף דבר** – הערעור כנגד העירייה נדחה. הערעור כנגד החברה מתקבל באופן חלקי. המשיבה 2 - החברה לאוטומציה במינהל השלטון המקומי בע"מ - תשלם למערער הפרש פיצויי פיטורים בסך של 220,992 ש"ח וחודש הסתגלות נוסף בסך של 21,383 ש"ח. לשני הסכומים יתווספו הפרשי הצמדה וריבית כדין החל מיום 1.12.2003 ועד התשלום בפועל. בהתחשב בתוצאה, אין צו להוצאות בערעור ועם זאת בטלות ההוצאות שנפסקו לזכות החברה בבית הדין האזורי.

ניתן היום, ח' שבט תשע"א (13 ינואר 2011), בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

סטפן אדלר, **נשיא, אב"ד**	**יגאל פליטמן,** **שופט**	**סיגל דוידוב-מוטולה,** **שופטת**
נציג העובדים, מר אלי וייץ		**נציג המעבידים, מר דוד בלומברג**