

בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

תע"א 6309-08 עזבון המנוח שמואל בוטה ז"ל נ' עיריית רחובות ואח'

בפני כב' השופט שמואל טננבוים, סגן נשיא
נ.צ (ע) שושי הורביץ
נ.צ (מ) יאיר כהן-פריווה

התובעים:
1. עזבון המנוח שמואל בוטה ז"ל.
2. כרמלה בוטה
3. יוגב בוטה
4. ירין בוטה
כולם על ידי ב"כ עוה"ד אייל לוי וליאור בונר

נגד

הנתבעות:
1. עיריית רחובות
על ידי ב"כ עו"ד דרור גל ורעות שגיב-גרטלר
2. גלאל אחזקות בע"מ
על ידי ב"כ עו"ד עמיר ליבוביץ

מיני-רציו:

* ביה"ד פסק כי, לפי כל מבחני הפסיקה המקובלים לקביעת זהות המעסיק, ולאבחנה בין חברת שירותים לקבלן כוח אדם, יש לראות בנתבעת 1 בלבד כמעסיקתו של המנוח משך כל תקופת עבודתו אצלה, ולחייבה בגין אובדן הזכאות לפנסיית נכות ושאיירים ובגין פדיון חופשה שנתית.

* עבודה – מעביד – מיהו המעביד

* עבודה – מעביד – מעביד במשותף

* עבודה – יחסי עובד-מעביד – מבחנים לקביעתם

* עבודה – יחסי עובד-מעביד – קבלן כוח אדם

* עבודה – יחסי עובד-מעביד – קיומם

* עבודה – עובדי קבלן – מעסיק

* עבודה – תגמולים – קרן פנסיה

עסקינן בתביעה לתשלום פנסיית נכות ופנסיית שאירים ולתשלום זכויות סוציאליות בגין תקופת עבודתו של המנוח אצל הנתבעות כעובד תברואה (מיום 3.7.05 ועד לפטירתו ביום 15.10.07 ממחלה). עיקר הדיון הינו בשאלה מי מהנתבעות הייתה מעסיקתו של המנוח והאם מי מהנתבעות אחראית לתשלום בגין אובדן זכויות פנסיה של המנוח ושאייריו.

בית הדין האזורי לעבודה קיבל את התביעה נגד נתבעת 1, דחה את התביעה נגד נתבעת 2 ופסק כי:

אשר לזהות המעסיק מחודש 7/05 ועד לחודש 8/06 (מחודש 9/06 נקלט כעובד נתבעת 1 (להלן: העירייה)), שכן עסקינן במערכת יחסי עבודה משולשים, בפסיקה אובחנו 3 תבניות העסקה במסגרת כזו: מיקור חוץ של פונקציות (שירותים); העסקה 'אותנטית' של עובדים באמצעות חברות כוח אדם; העסקת עובדים באמצעות חברת כוח אדם המשמשות "צינור לתשלום שכר". נקודת המוצא שנקבעה בפסיקה ביחס למערכת יחסי עבודה משולשת 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 מחובות המשתמש כמעסיק. בעניין כפר רות נקבעו מבחני עזר לקביעת זהות המעסיק, שנועדו לסייע לביה"ד להגיע לפשר ההתקשרות בהתחשב כלל הנסיבות. בענייננו, הוכח שבין המנוח לעירייה התקיימו כל הזיקות המקובלות לפי המאפיינים המקובלים לזיהוי המעסיק שנקבעו בעניין כפר רות, לקביעת קיומם של יחסי עובד-מעביד כבר מתחילת העסקתו.

לפי כל מבחני הפסיקה המקובלים לאבחנה בין חברת שירותים לקבלן כוח אדם, לא ניתן להגדיר את גלאל כחברה למתן שירות של פינוי אשפה: השירות הנדרש לא היה בתחום הליבה העסקית של גלאל; לגלאל לא הייתה מומחיות בתחום זה; לגלאל לא היה הציוד הנדרש לביצוע העבודה; התמורה שולמה לפי ימי עבודה ולא לפי שירות או יחידות תפוקה; גלאל לא גייסה ולא הכשירה עובדים, לא העמידה מפקחים ולא הייתה לה כל נגיעה לעובדים פרט לתשלום שכרם. גלאל לא פעלה כחברה לגיטימית לאספקת כוח אדם. אופן העסקת המנוח באמצעות חברת גלאל היה מלאכותי, בבחינת "צינור תשלום בלבד".

בפסיקה נקבעו מספר כללים הנוגעים להעסקת עובדים באמצעות חברת כוח אדם שלפיהם תיבחן השאלה מיהו מעסיקן של העובד: בחינת מאפייני יחסי עובד-מעביד לפי מבחני כפר רות; עמידה בחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כח אדם, התשנ"ו-1996; זמניות; יציבות מול תחלופה; טיב התפקיד; יכולתו הכלכלית של קבלן כוח האדם; הסדר אמיתי או מראית עין. בחינת כל הכללים מצביעה כי יש לראות בעירייה כאחראית הישירה להעסקת המנוח וכמעסיקתו מתחילת העסקתו ועד ליום פטירתו. אין לקבוע כי מדובר במקרה חריג של מעסיקים במשותף.

נוכח אי ביצוע ההפרשות לקרן הפנסיה במועד ונוכח העובדה שלא ניתן לקבל את זכויות הפנסיה מהקרן באמצעות תשלום דמי גמולים מאוחר לקרן, ולפי הפסיקה, חבה העירייה בתשלום מהוון של פנסיית הנכות ופנסיית שאירים לתובעים. כן זכאים לתובעים לפדיון חופשה שנתית של המנוח. כן זכאים לתובעים להשלמת פיצויי פיטורים, דמי חגים ודמי הבראה אלא שסכום זה שולם לתובעים לאחר פטירת המנוח; הודעות צד ג' נדחו.

פסק דין

זוהי תביעה לתשלום פנסיית נכות ופנסיית שאירים וכן לתשלום זכויות סוציאליות בגין תקופת עבודתו של המנוח אצל הנתבעות. במסגרת הכרעתינו נדרש לשאלה מי היתה מעסיקתו של המנוח והאם מי מהנתבעות אחראית לתשלום בגין אובדן זכויות פנסיה של המנוח ושאיריו.

רקע עובדתי

1. התובעים הינם אשתו וילדיו (יורשיו החוקיים) של המנוח שמואל בוטה ז"ל (להלן – המנוח), כמפורט בצו ירושה שניתן בביה"ד הרבני האזורי ברחובות ביום 4.12.07.

2. המנוח הועסק כעובד תברואה (שירותי פינוי אשפה) בעיריית רחובות החל מיום 3.7.05 ועד לפטירתו ביום 15.10.07.
- מראשית העסקתו ועד לחודש אוגוסט 2006 שולם שכרו של המנוח באמצעות הנתבעת 2 (להלן – גלאל). מנהל גלאל ובעל המניות בה מר גדי ורד הינו גם הבעלים והמנהל של חברת רקטל בע"מ. ההתקשרות הראשונית בין העירייה לבין מר ורד נעשתה לכאורה באמצעות חברת רקטל, אולם תלושי השכר הונפקו על ידי חברת גלאל.
- ביום 10.9.06 נקלט המנוח באופן רשמי כעובד עיריית רחובות (להלן – העירייה) וממועד זה ואילך שולם שכרו ישירות על ידי העירייה.
3. ביום 23.10.06 התגלתה אצל המנוח לראשונה מחלת הסרטן והוא יצא לחופשת מחלה. מצבו של המנוח התדרדר וכשנה לאחר מכן, ביום 15.10.07, הלך המנוח לעולמו. המנוח הותיר אחריו את התובעים – אשתו וילדיו.
4. בתקופה בה שולם שכרו של המנוח באמצעות גלאל, לא שולמו לו כל תשלומים פרט לתשלום שכר שעתי וכן תשלום החזר נסיעות. לא שולמו ולא ניתנו למנוח, ימי חופשה, דמי חגים, דמי הבראה, פיצויי פיטורים והפרשות פנסיוניות.
5. העירייה העבירה לקרן הפנסיה מקפת תשלום ראשון של דמי גמולים בגין המנוח, רק במהלך חודש דצמבר 2006. מאחר ותשלום דמי הגמולים הראשון לקרן הפנסיה היה מאוחר למועד גילוי המחלה, סירבה הקרן לשלם למנוח פנסיית נכות בגין התקופה שממועד גילוי המחלה ועד למותו, וכן סירבה לשלם פנסיית שאירים לתובעים לאחר מותו. (ראה מכתב קרן הפנסיה מיום 15.1.08, צורף כנספח ה' לתצהיר התובעים).

הערות דיוניות

6. לבקשת העירייה צורפה תחילה קרן מקפת כנתבעת נוספת בתיק. בשלב מאוחר יותר נענה ביה"ד לבקשת קרן מקפת למחיקת התביעה כנגדה על הסף.
7. הנתבעות ביקשו להתיר להן הגשת הודעת צד ג' האחת כנגד האחרת. בית דין זה דחה את הבקשות. במסגרת דיון בערעור שהגישו הנתבעות, הגיעו הצדדים להסדר דיוני ולפיו הודעות צדדי ג' של העירייה נגד גלאל ושל גלאל נגד העירייה, תישארנה בעינן.
8. מטעם התובעים הוגש תצהירה של התובעת 2 הגב' כרמלה בוטה. מטעם העירייה הוגש תצהירו של מר נדב יגאל – המשמש כמנהל משאבי אנוש בעירייה. מטעם גלאל הוגש תצהירו של מר גדי ורד- מנהל ובעל מניות בחברת גלאל.

טיעוני התובעים

9. לטענת התובעים על פי כל מבחני הפסיקה, גם בתקופה בה שולם שכרו של המנוח באמצעות גלאל, הייתה העירייה מעסיקתו והתקיימו יחסי עובד – מעביד בינו לבין העירייה. המנוח עבד בשירות העירייה, נוהל על ידה, השתמש בציוד של העירייה, דיווח לעירייה וכיו"ב.
- התובעים טוענים שהעסקת המנוח באמצעות גלאל, הייתה פיקטיבית ומנוגדת לדין, משום שכל מטרתה הייתה התחמקות העירייה מקיום חובותיה כמעביד ותוצאתה היא פגיעה קשה בזכויותיו של המנוח ושל התובעים.
- לפיכך מבקשים התובעים להצהיר על הנתבעות כמעסיקותיו במשותף של המנוח, ולחייבן ביחד ולחוד בזכויות הנתבעות. לחילופין אף אם לא תוכר העירייה כמעסיקה במשותף של המנוח יש להטיל עליה אחריות לתשלום הזכויות הנתבעות, מכוח דוקטרינת "עצימת העיניים".
10. לטענת התובעים היה על הנתבעות, מכוח ההסכמים הקיבוציים החלים עליהן, לבטח את המנוח בקרן פנסיה מקפת, הכוללת ביטוח נכות ושארים, למן היום הראשון להעסקתו. הנתבעות לא עשו כן ובמחדלן מנעו מהתובע זכאות לפנסיית נכות עד ליום מותו, ומהתובעים זכאותם לפנסיית שאירים.
- לפיכך עליהן לפצות את התובעים בגין אובדן זכויות הפנסיה בסכום של 194,060 כמפורט בחוות דעת אקטוארית שהוגשה מטעמם.
11. בנוסף טוענים התובעים כי על פי הסכם הפנסיה, מחויב המעסיק בתשלום 28% מפיצויי הפיטורים בנוסף לגמלה המשולמת מקרן הפנסיה. לפיכך היה על העירייה לשלם לתובעים הפרשי פיצויי פיטורים בשיעור 28% מפיצויים מלאים כחוק, כבר במועד פטירת המנוח בגובה 1,259 ₪.
12. כמו כן לטענת התובעים לא שולמו למנוח בגין תקופת עבודתו זכויותיו הסוציאליות, לרבות פדיון חופשה, דמי הבראה ודמי חגים.

טיעוני העירייה

13. העירייה טוענת כי בתקופה שעד ליום 10.9.06 הועסק המנוח על ידי גלאל ועל ידה בלבד במסגרת חוזה למתן שירותי פינוי אשפה שניתנו על ידה לעירייה. לפיכך על העירייה לא הייתה מוטלת כל חובה לבטח את המנוח ו/או לשלם לו זכויות סוציאליות בהתייחס לתקופה שקדמה למועד קליטתו כעובד עירייה בספטמבר 2006.

- העירייה מוסיפה כי ההתקשרות עם גלאל הייתה התקשרות אותנטית למתן שירותים כאשר שולמה לגלאל תמורה גבוהה המכסה בין היתר עלויות את עובדי גלאל על כל נגזרותיהן.
14. לטענת העירייה היא העבירה דמי גמולים לקרן הפנסיה במועד האפשרי הראשון ובו טרם ידעה על מחלת המנוח, אלא שקרן מקפת היא שסירבה לקבל את ההפרשות.
15. מעבר לכך טוענת העירייה, לא הוכיחו התובעים זכאות המנוח לפנסיית נכות וזכאותם לפנסיית שארים. התובע לא עמד בפניי ועדה רפואית לקביעת "נכותו" בהתאם להוראות תקנון קרן הפנסיה.
- כמו כן לא צבר המנוח את תקופת ההכשרה הנדרשת מאחר ופטירתו הינה תוצאה של מחלה קודמת ממנה סבל טרם הצטרפותו לקרן הפנסיה.

טיעוני גלאל

16. גלאל טוענת כי במישור יחסי העבודה שבין הצדדים, יש לראות בעירייה כמעסיקתו היחידה של המנוח והיא האחראית לתשלום כל זכויותיו, לרבות ביטוחו בקרן פנסיה.
17. לטענת גלאל, במסגרת התקשרותה עם העירייה, שימשה כ"צינור" בלבד להעברת השכר לעובדי העירייה ובכללם המנוח, כאשר על פי מכלול המבחנים והזיקות יחסי עובד- מעביד התקיימו בין העירייה- המשתמש לבין המנוח.
18. גלאל מוסיפה כי התמורה אשר קיבלה מהעירייה בגין תשלום שכר לעובדים לרבות המנוח לא הביאה בחשבון תשלום עבור תנאים סוציאליים.
19. באשר להוכחת התביעה לפנסיית נכות ופנסיית שארים, מצטרפת גלאל לטענות העירייה באשר לאי עמידת המנוח בתנאים הקבועים בתקנון קרן הפנסיה.

דיון והכרעה

זהות המעסיק במערכת יחסי עבודה משולשים

20. הסוגיה המרכזית העומדת להכרעתנו בתביעה זו עניינה בזהות מעסיקתו או מעסיקותיו של התובע, מחודש יולי 2005 ועד לחודש אוגוסט 2006, שכן עסקינן במערכת יחסי עבודה משולשים.

בפסק דינו של ביה"ד הארצי לעבודה שניתן לאחרונה, עמד כב' הנשיא (בדימוס) אדלר על האבחנה בין שלוש צורות-משנה להן שלוש תבניות של ההעסקה במסגרת כזו, תוך שהוא מסכם את הפסיקה בשאלה זו ([עע 766/07 לימור בן חיים נ' המל"ל ומנפאוור בע"מ](#), פס"ד מיום 13.2.11) (להלן – עניין לימור בן חיים):

התבנית הראשונה - מיקור חוץ של פונקציות (שירותים): מיקור חוץ של פונקציות נוגע למקרים בהם מפעל אחד, המפעל המזמין, מעביר ביצוע פונקציה מסוימת בהליך הייצור שלו למפעל אחר, הוא המפעל מספק השירותים. המפעל מספק השירותים (קבלן המשנה), עובד בעצמו או מעסיק עובדים משלו ואמור לספק למשתמש מוצר או שירות מוגמר בהתאם להנחיותיו.

התבנית השניה – העסקה אמיתית, 'אותנטית', של עובדים באמצעות חברות כוח אדם. בתבנית זו יחסים משולשים בין עובד, חברת כוח אדם, ומשתמש. היא כוללת שתי מערכות חוזיות: חוזה העסקה בין העובד לבין חברת כוח אדם וחוזה התקשרות להזמנת עובד בין חברת כוח האדם לבין המשתמש.

התבנית השלישית – העסקת עובדים באמצעות חברת כוח אדם המשמשות "צינור לתשלום שכר" גרידא. במקרים אלה, המשתמש קולט או מגייס את העובד למפעלו באופן בו מתקבלים עובדיו שלו לעבודה והעובד מבצע עבודה זהה לעובדי המשתמש ולצידם, אלא ששכרו משולם על ידי חברת כוח האדם ועל פי המבחנים "הרשמיים" - "הפורמאליים" הוא נחשב לעובד חברת כוח האדם, המדווחת עליו לרשויות כעובדה שלה.

(ראו בקשר להבחנה זו גם פסקי הדין הבאים: עע 172/08 **יצחק תורג'מן נ' רפא"ל**, פס"ד מיום 10.1.11; [ע"ע 410/06 המוסד לביטוח לאומי נ' 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)**).

21. להבחנה בין סוגי "תבניות ההעסקה" השונות חשיבות משפטית לא מבוטלת, בין היתר לצורך חלוקתו 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 ([ע"ע 478/09 יצחק חסידים נ' עיריית ירושלים](#), פס"ד מיום 13.1.11 (להלן – **עניין חסידים**)).

22. נקודת המוצא העקרונית שנקבעה בפסיקה בעבר - ביחס למערכת יחסי עבודה משולשת - 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/3-142 חסן אלהרינאת נ' כפר רות](#), פד"ע כד' 535 (להלן – **עניין כפר רות**)).

בעניין חסידים נקבע כי במצב המשפטי הנוכחי אין עוד תוקף לחזקה זו, אך אין משמעות הדבר כי קיימת חזקה הפוכה, ועדיין נותרה על כנה דרך הבדיקה, שהותוותה על ידי בית הדין בעניין **כפר רות**. בדיקה אשר בסופה, ינתן תוקף להתקשרות אותנטית שעניינה מיקור חוץ של פונקציה או של כוח אדם, ובהתאם ייקבע כי המועסקים הינם עובדיו של קבלן המשנה ולא של המשתמש. ([ע"ע 116/03 מדינת ישראל, משרד החינוך נ' משה חגיבי, מיום 2.2.2006](#); [ע"ע 328/07 ישראל אטיאס נ' רשות שדות התעופה, מיום 10.8.2009](#)). מאידך, ככל שיימצא כי מדובר בהסדר 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 (ראו גם [ע"ע 300245/97 משה אסולין נ' רשות השידור, פד"ע לוי 689](#); [ע"ע 1189/00 אילנה לוינגר נ' מדינת ישראל, מיום 2.10.2000](#); [ע"ע 326/03 מדינת ישראל, משרד הבריאות נ' ילנה צ'פקוב, מיום 20.2.2006](#)).

23. 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 של העובד.

מבחני העזר לקביעת זהות המעסיק ודרך יישומם

24. בעניין **כפר רות** נקבעה שורת מבחני עזר לקביעת זהות המעסיק, אשר נועדו לסייע לבית הדין להגיע לפשרה של ההתקשרות בהתחשב בכלל הנסיבות. מבחני עזר אלו נותרו עומדים על כנם גם לפי הפסיקה 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.

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 כשלעצמו אינו מכריע, אלא החשיבות היא לשקלולם, בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. התשובה לעולם אינה תלויה לפיכך בהתקיימות מבחן ספציפי זה או אחר, אלא במכלול התמונה ובהתחשבות במבחן מירב הסימנים. (להרחבה בעניין מבחני העזר ומבחנים נוספים ראו **עניין חסידים**, פסקאות 29-30 לפסק הדין).

25. יוער עוד, כי במקרים המתאימים ניתן לקבוע שהמשתמש וקבלן המשנה אחראים יחד ולחוד כלפי העובדים, כמעסיקים במשותף (ע"ע [Xue Bin 1218/02](#) ואח' נ' א. דורי בע"מ, פד"ע לח' 650; ע"ע [1363/02](#) דינה חזין נ' 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 (2004) 727).

לפי גישתו של כב' הנשיא (בדימוס) אדלר, לקביעה כאמור בדבר העסקה במשותף תיתכן – בתלות בנסיבות – גם משמעות של אחריות שיורית בלבד (ע"ע [273/03](#) זברת שוואב נ' מדינת ישראל, משרד החקלאות, מיום 2.11.2006. כאשר הוא סבור כי ראוי בדרך כלל להכריע מי הוא המעסיק של העובד תוך הצבעה על מעסיק אחד. (עניין חסידיים).

מן הכלל אל הפרט

27. כאמור, תנאי מוקדם לבחינת השאלה האם נרקמו יחסי עובד-מעביד בין העובד למשתמש בניגוד להסכם המשולש הוא האם, במקרה הנתון, מתקיימים המאפיינים המקובלים לזיהוי המעסיק כפי שנקבעו בפסיקה (עניין **כפר רות**). אנו סבורים כי במקרה הנדון מכלול הראיות והעדויות מצביע על קיומם של יחסי עובד-מעביד בין המנוח לבין העירייה כבר למן תחילת עבודתו ביום 3.7.05:

א. קבלה לעבודה – מר ורד העיד כי המנוח התקבל לעבודה על ידי עיריית רחובות אשר העבירה לגלאל את פרטיו. מר ורד ציין כי לא הוא ולא אף עובד אחר בחברתו קלט את המנוח לעבודה בחברה וכי לא היה מזהה את תמונת המנוח (עדותו בעמ' 13 ש' 17-19 לפרוט').

מר ורד צירף לתצהירו מסמכים המוכיחים כי העירייה שלטה במצבת כוח האדם שהעסיק לכאורה. כך הוצגו מסמכים ובהם פנתה אליו העירייה וציינה שמות העובדים שנשארים בחברתו (**נספח א' 1** לתצהירו) ומסמכים בהם העבירה העירייה הוראות בדבר פיטורי עובדים (**נספח ב' 1** לתצהירו).

העירייה מנגד לא הביאה כל עדות הסותרת את עדותו של מר ורד בעניין זה.

מר נדב, מטעם העירייה, העיד כי אגף שפ"ע בעירייה היה מי שניהל את פינוי האשפה בעיר (עמ' 10 ש' 7). באשר לנסיבות המקרה הספציפי וקבלת התובע לעבודה לא ידע מר נדב להשיב כיצד הגיע המנוח לעבוד במחלקת פינוי אשפה, מי ראיין את התובע עם קבלתו לעבודה, מי הודיע לו על קבלתו לעבודה, ואם היה גורם כלשהו בעירייה באגף שפ"ע שנפגש עם המועמד.

משהעירייה נמנעה מלהביא לעדות מי ממנהלי אגף שפ"ע שישתור גרסתו של מר ורד, הרי שיש לקבל את גרסתו, בהתאם להלכה הפסוקה ולפיה:

"אי הבאת עד רלוונטי מעוררת, מדרך הטבע, את החשד, כי יש דברים בגו וכי בעל הדין, שנמנע מהבאתו, חושש מעדותו מחשיפתו לחקירה שכנגד". וכן: "... אי העדת עד רלוונטי יוצרת הנחה לרעת הצד שאמור היה להזמין...". (ע"א 641/87 קלוגר נ' החברה הישראלית לטרקטורים וציון בע"מ, פ"ד מדי (1) 239 בעמ' 245).

ב. טיב העבודה וביצועה – הוכח כי המנוח עבד לצד עובדי העירייה ועבודתו הייתה זהה לחלוטין לעבודתם. הגב' בוטה העידה כי ביחד עם המנוח עבדו בתקופת עבודתו מספר עובדי עירייה שעשו את אותה עבודה בדיוק, בין היתר ציינה הגב' בוטה את מר מישאל מדלה ומר רחמים יפת (עמ' 4 ש' 19-21).

גרסת העדה לא נסתרה ואף קיבלה חיזוק בעדות מר נדב שציין במפורש כי חוליות איסוף האשפה היו חוליות מעורבות שכללו את עובדי העירייה ואת עובדי גלאל וכל העובדים ביצעו אותה עבודה. (עמ' 10 ש' 31-32).

מר ורד אף העיד כי הוא לא יודע במה עסקו העובדים שהועסקו על ידו בחצרות העירייה, והעירייה היא זו שהחליטה " מי יהיה עובד ניקיון ומי יהיה עובד משאית" (עדותו בעמ' 16 ש' 31-32).

ג. כפיפות ופיקוח – ממכלול העדויות עולה כי אין מחלוקת באשר לעובדה שהמנוח שובץ לעבודה על ידי עובדי העירייה, היה כפוף להם והשתמש בציוד שהעירייה סיפקה לו.

לעניין זה העיד מר נדב:

"מי שניהל את פינוי האשפה היו מנהלי העיריות. לא ידוע לי מי קלט את מי אבל השיבוצים נעשו על ידי אגף שפע בעירייה. זו החלטה של אגף שפע" (עמ' 10 ש' 7-8).

ובהמשך -

"משאית פינוי האשפה שבאמצעותה עבד התובע הייתה של העירייה. אם העובד היה צריך להודיע על יום חופש או איחור בהגעה לעבודה הוא צריך להודיע למנהל האזור שלו הוא עובד העירייה. מי שקבע את סידור העבודה ואת המשמרות של המנוח היו מנהלי האזורים של העירייה. הם קבעו היכן יעבוד העובד במהלך יום העבודה.

המנוח דיווח על נוכחותו לנתבעת, הוא היה חותם על דוח נוכחות והממונים בעירייה אישרו שהעבודה נעשתה". (עמ' 11 ש' 5-12; ראה גם עדות הגב' בוטה בעמ' 4 ש' 24-29).

ד. הסמכות לפטר עובדים – בסעיף 7 לתצהירו טען מר ורד כי החלטות בדבר קליטת עובדים וסיום עבודתם נתקבלו על ידי עיריית רחובות וטענתו זו לא נסתרה את (נספחים א' ו-ב' לתצהירו).

בסעיף 14 לתצהירו טען מר ורד, כי בתחילת חודש אוגוסט 2006 או בסמוך לכך, התבקש על ידי מר קובי יהושע סגן מנהל אגף שפ"ע, להוציא למנוח מכתב בנוגע להפסקת עבודתו וגלאל מילאה אחר הדרישה. מר ורד הוסיף כי אין לו או לכל גורם אחר בחברה כל מידע בנוגע להחלטת העירייה לסיים את העסקתו של המנוח בגלאל ולקלטו לעבודה כעובד מן המניין. גם גרסה זו של מר ורד לא נסתרה.

27. הנה כי כן, הוכח שבין המנוח לבין העירייה התקיימו כל הזיקות המקובלות על פי מבחני הפסיקה, לקביעת קיומם של יחסי עובד – מעביד.

בשלב זה נבחן מה היה תפקידה של גלאל במערכת ההעסקה המשולשת, דהיינו האם מדובר בתבנית העסקה אותנטית במסגרת מיקור חוץ של שירותים או כוח אדם, שהינה לגיטימית או שמא מדובר רק ב"חברת קש" המהווה מסווה להעסקת המנוח על ידי העירייה תוך ניסיון לפגוע בזכויותיו כעובד העירייה.

האם גלאל עונה להגדרה של ספקית שירותים ?

28. מר נדב טען בתצהירו כי בתקופה הרלוונטית לתביעה ביקשה העירייה להעביר את משימת פינוי האשפה בעיר (לפחות בחלקה) למיקור חוץ ולפיכך התקשרה עם גלאל בחוזה למתן שירותי פינוי אשפה ושילמה והעבירה תמורה מספקת ומוסכמת בעד השירותים הללו. (סעיף 9 לתצהירו וכן עדותו בעמ' 5 ש' 27-28).

29. גרסתו של מר נדב הופרכה בעדויות ובמסמכים ולא נמצא לה כל בסיס. הוכח כי גלאל ורקטל אינן ולא היו, חברות למתן שירותי ניקיון או למתן "שירותי איסוף אשפה".

מנתוני מאגר רשם החברות עולה כי המדובר בחברות בניה ייזום ופיתוח (ראה תדפיס רשם החברות- 1/ת), כאשר מר ורד מנהלן, הינו קבלן בניין בהכשרתו (ראה עדות מר נדב בעמ' 8 ש' 32). מר ורד העיד לעניין זה:

"הנתבעת 2 עוסקת בקניית נכסים ובניה והשבחה שלהם. זה התחום העיקרי שהיה לה עד שהעסיקה את העובדים בעיריית רחובות. חוץ מהנתבעת 1 לא סיפקנו עובדים בתחום הניקיון לאף גורם אחר ולא בתחום אחר. לא היה לנו רשיון לעסוק בחברת כח אדם". (עמ' 13 ש' 12-15).

30. גרסתו של מר ורד בעניין זה לא נסתרה. כשנשאל מר נדב בחקירתו האם העירייה בדקה מיהי חברת גלאל ומה מהותה לפני ההתקשרות עמה, השיב:

" לפני שהתקשרנו עם הנתבעת 2 או עם רקטל לא עשינו בדיקות". (עמ' 6 ש' 13).

עוד הוכח כי ההתקשרות הראשונית בין העירייה לרקטל נעשתה בשנת 2002, מבלי שנכרת חוזה בכתב ולתקופה זמנית. מר ורד העיד כי למעשה תשלום השכר לעובדי הניקיון בעירייה

באמצעות גלאל, היה כביכול במסגרת "טובה" שעשה לעירייה לאחר שהופסקה התקשרות קודמת של העירייה עם חברת ה.ל.ר, וכך ציין מר ורד בעדותו:

"מכיוון שפנה אלי מנכ"ל העירייה להעסיק את העובדים במשך שלושה ארבעה חודשים וזו הייתה טובה שעשיתי לעירייה". (עמ' 16 ש' 9-8).

31. עדותו של מר ורד נתמכה בעדותו של מר נדב אשר העיד בחקירתו הנגדית כי לפני שנת 2002, הכיר את מר ורד בתוקף היותו קבלן בניין והתקשרות העירייה עמו במסגרת עבודה בתחום הבניה. בנוסף ציין מר נדב כי ההתקשרות עם ורד נעשתה מלכתחילה לתקופה זמנית עד שיצא מכרז נוכח הפסקת ההתקשרות הפתאומית עם חברת ה.ל.ר. (עמ' 8 ש' 28-29, עמ' 9 ש' 2-3 וכן ש' 17-18).

32. בפועל נמשכה ההתקשרות בין העירייה לגלאל משך תקופה של שנתיים ללא מכרז ומבלי שנכרת חוזה בכתב, וזאת בניגוד לדין ולהוראות [תקנות העיריות \(מכרזים\)](#), התשמ"ח-1987 ו**חוק חובת מכרזים**, התשנ"ב – 1992, הקובעים את חובתן של עיריות, כרשויות ציבוריות, להתקשר בחוזה לביצוע עבודה על פי מכרז.

33. זאת ועוד, הוכח שהאחריות והניהול של תחום איסוף האשפה בו הועסק המנוח, נותר כל העת בידי אגף שפ"ע בעירייה. לא נעשה מיקור חוץ של פונקציה שלמה בכל הנוגע לאיסוף אשפה והעבודה בוצעה הן על ידי עובדי העירייה והן על ידי עובדים דוגמת המנוח, ששכרם שולם בידי גלאל (עדות נדב בעמ' 5 ש' 16-28).

בניגוד למצופה מחברה להספקת שירותים ובמקרה זה חברה המספקת "שירותי איסוף אשפה", גלאל לא הייתה בעלת מומחיות בתחום. היא לא החזיקה מפקחים או מנהלי עבודה מטעמה. עובדי העירייה ניהלו גם את העובדים שקיבלו שכרם מגלאל ובכלל זה המנוח, שאת כל הדיווחים וההנחיות קיבל והעביר למנהלי אגף שפ"ע (עדות הגב' בוטה בעמ' 4 ש' 23-29 וכן עדות מר נדב עמ' 7 ש' 12-13, עמ' 10 ש' 7-8, עמ' 11 ש' 6-12).

כך גם כל הציוד הדרוש לפינוי האשפה היה שייך לעירייה ולא לגלאל, כאשר תמחור ההתקשרות בין השתיים, לא נעשה על בסיס שירות קבלני כולל, אלא על בסיס תשלום שכר עבודה פרטני לכל עובד, לפי ימי עבודה מדווחים בפועל. (עדות מר נדב בעמ' 7 ש' 23 וכן סעיף 20 לתצהיר מר ורד).

34. מן המקובץ עולה כי על פי כל מבחני הפסיקה המקובלים לאבחנה בין חברת שירותים לקבלן כוח אדם, לא ניתן להגדיר את גלאל כחברה למתן שירות של פינוי אשפה, כפי שמנסה העירייה לטעון. השירות הנדרש לא היה בתחום הליבה העסקית של גלאל (בעוד שניתן לומר שתחום שירותי הניקיון בעיר כלול בגרעין העשייה של העירייה שמחובתה לספק שירותים לתושביה ובכללם שירותי ניקיון); לגלאל לא הייתה שום מומחיות או התמחות בתחום זה; לגלאל לא היה הציוד הנדרש לביצוע העבודה; התמורה שולמה לפי

ימי עבודה ולא לפי שירות או יחידות תפוקה; גלאל לא גייסה ולא הכשירה עובדים, לא העמידה מפקחים מטעמה ובפועל לא הייתה לה כל נגיעה לעובדים פרט לתשלום שכרם.

האם גלאל פעלה כחברה לגיטימית לאספקת כוח אדם ?

35. כאמור לעיל, העירייה טענה כי ההתקשרות עם גלאל הייתה כספקית שירותים (שירותי פינוי אשפה) ולא כחברה המספקת כוח אדם. בכתב התביעה התייחסו התובעים אל גלאל כאל חברת כוח אדם (ראה סעיף 1 לכתב התביעה המתוקן), אולם גם התובעים בתום שלב הראיות חזרו בהם מטענה זו (פרק ב.4 לסיכומים סעיפים 37-42).

36. ואכן מן הראיות עולה כי גלאל מעולם לא פעלה כחברת כוח אדם, ולא היה לה רישיון לעסוק בתחום כנדרש על פי חוק העסקת עובדים באמצעות קבלני כוח אדם.

בסעיף 6 לתצהירו טען מר ורד כי:

" העירייה גייסה את העובדים, ראינה אותם והחליטה אם לקבלם לעבודה. לאחר המיון והקליטה הופנו העובדים לגל אל לצורך קבלת שכרם בלבד".

טענות אלו של מר ורד לא נסתרו.

37. בנוסף העיד מר ורד כי חוץ מלעיריית רחובות, לא סיפקה לכאורה, גלאל עובדים בתחום הניקיון לאף גורם אחר ולא בתחום אחר. (עמ' 13 ש' 14-15)

38. עוד הוכח שגלאל לא ראתה במנוח כעובד שלה, לא שילמה לו את זכויותיו הבסיסיות כעובד, לרבות חופשה, הבראה, פנסיה, דמי חגים וכיו"ב. בנסיבות אלו אין לקבל את האפשרות שהמנוח הועסק באמצעות חברת כוח אדם בתבנית העסקה לגיטימית.

מסקנה – מעמדה של גלאל

39. מתמונת המצב, כפי שתוארה עד עתה, עולה כי אופן העסקת המנוח באמצעות חברת גלאל היה מלאכותי, בבחינת "צינור תשלום בלבד": מדובר בעובד שהגיע לעבוד בעירייה בעבודות רגילות אותן ממלאים עובדי עירייה רגילים, וקליטתו כעובד גלאל הייתה אדמיניסטרטיבית בלבד. כל מערכת היחסים של גלאל עם המנוח, הסתכמה בתשלום שכרו באמצעות הכספים שהעבירה אליה העירייה, ובכך - עפ"י מבחני הפסיקה - אין די על מנת לקבוע כי גלאל היא שהייתה מעסיקתו של המנוח. חובת תשלום השכר, או תשלומו בשלמות, אינה חזות הכל. ובנוסף, גם בהתקיים מבחן חובת התשלום, המשקל המכריע אינו מבצע טכנית את התשלום - בבחינת "צינור לתשלום" - אלא מי הנושא בחובה המשפטית לשלם לעובד את שכרו.

40. אף בעובדה כי בשנת 2004 הוציאה העירייה מכרז שבעקבותיו נחתם הסכם ההתקשרות בינה לבין רקטל (נספח א' לתצהיר ורד), אין בכדי להעיד על מסגרת העסקה לגיטימית. במסגרת ההסכם התחייבה רקטל לספק ציוד ואמצעים מתאימים לכל עובד לביצוע

ההתחייבות נשוא ההסכם, כן התחייבה לדאוג לכל תיקון שיידרש לכלי הרכב או הציוד. כפי שראינו בפועל לא פעלו הצדדים בהתאם להוראות ההסכם. גלאל לא סיפקה כל ציוד, אמצעים וודאי שלא כלי רכב לעובדים.

מר ורד הסביר בעדותו כי הגיש מועמדותו למכרז "בגלל שהיה בפנים" והוסיף כי "היו לי את הכישורים למכרז נספח א' הואיל ושנתיים קודם העובדים היו אצלי במשך שנתיים". בהמשך עדותו הבהיר כי "הניסיון שלי הוא בתשלום השכר כפי שצינתי קודם" (עמ' 16 ש' 25-32).

המסקנה המתבקשת הינה כי ההסכם האמור, שנחתם רק לאחר כשנתיים של התקשרות ללא מכרז, נחתם במסווה של הסכם למתן שירותי ניקיון ואיסוף אשפה, אולם בפועל לא היו דברים מעולם. (במסגרת זו יצוין כי העתק ההסכם שצורף כמוצג נ(א)1 שבין העירייה לרקטל, הוכח כלא רלוונטי באשר הינו נוגע למכרז אחר 3/2004 למתן שירותי ניקיון למספר מוסדות העירייה המנויים בהסכם).

41. **בעניין פאהום**, מאפיין ביה"ד הארצי מספר "כללי משחק" הנוגעים להעסקת עובדים באמצעות חברת כוח אדם אשר על פיהם תיבחן השאלה מיהו מעסיקו של העובד – האם הוא קבלן כח האדם או המשתמש. להלן נעמוד על כללים אלו, תוך יישומם למקרה דנן.

א. בחינת מאפייני יחסי עובד – מעביד על מבחני כפר רות – ראה לעיל.

ב. עמידה במסגרת החוק – חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כח אדם, התשנ"ו-1996 קובע הוראות בדבר רישוי קבלן כוח אדם, תנאי עבודתו של העובד, הסדרי פיקוח, סנקציות ועוד. הוראות החוק מחייבות וכל בחינה של הסדר העסקת עובדים באמצעות קבלן כוח אדם חייבת להתייחס לקיומם של התנאים הקבועים בחוק. ככל שבמקרה מסוים מועסק עובד חברת כוח אדם אצל משתמש בלא שהתקיימו התנאים הקבועים בחוק, כך תיטה הכף אל עבר המסקנה כי, בפועל, מועסק העובד על ידי המשתמש – בענייננו כפי שהוכח, פעלה גלאל ללא רישיון והעסקת המנוח באמצעותה לא עמדה בתנאים הקבועים בחוק.

ג. זמניות - ביסוד השיטה של העסקת עובדים באמצעות קבלני כוח אדם ניצבת המטרה הבסיסית של העמדת כוח אדם לרשות המשתמש באופן זמני. בענייננו הוכח כי העירייה העסיקה עובדים באמצעות חברת גלאל החל משנת 2002 ועד לחודש אוקטובר 2006, עת נקלטו העובדים כעובדי עירייה מן המניין.

ד. יצירות מול תחלופה –

"עקרון הזמניות המונח ביסוד העסקת עובדים באמצעות קבלני כוח אדם משרטט מודל לפיו חברת כוח האדם היא המעסיק הקבוע והיציב בעוד המשתמש הוא הגורם המתחלף. כך, עובד של חברת כוח אדם יכול למצוא עצמו מועסק פרק זמן אצל משתמש אחד ולאחר מכן אצל משתמש אחר ולאחר מכן אצל

משתמש שלישי ורביעי. זה המצב הטבעי והנכון היכול להצביע על חברת כוח אדם כמעסיק האמיתי". (סעיף 36 לחוות דעתו של כב' השופט צור).

בענייננו הוכח כי לפני שנת 2002 הועסקו העובדים באמצעות חברת ה.ל.ר. בשנת 2002 הועברו העובדים לגלאל ובשנת 2006 התקבלו לעבוד בעירייה.

ה. טיב התפקיד – ההנחה היא שהעסקת עובדים באמצעות קבלני כוח אדם לא נועדה למלא את מקומם של עובדים שתפקידם במקום העבודה נושא אופי קבוע. כפי שהוכח מערך איסוף האשפה נותר, תחת ניהולה ואחריותה של העירייה ובוצע גם באמצעות עובדיה.

ו. יכולתו הכלכלית של קבלן כוח האדם – לטענת מר ורד התמורה הכספית ששילמה לו העירייה ליום עבודה, בסך 187 ₪ לא הספיקה לתשלום הזכויות הסוציאליות (סעיף 19-20 לתצהיר ורד וכן ראה נספחים ו'1 ו- ו'2 לתצהיר). ראה לעניין זה גם את פסיקת בית המשפט העליון בפרשת שלג לבן. שם פסל בית המשפט מכרז להספקת שירותי ניקיון לעיריית אשקלון, כאשר התברר שהעירייה שילמה 28.64 ₪ לשעת עבודה לחברה הזוכה, בטענה שתשלום זה לא יכול להספיק לתשלום שכר מינימום, זכויות סוציאליות ורווח לחברה הקבלנית. (עע"ם 9241/09 שלג לבן 1986 בע"מ נ' עיריית אשקלון, פס"ד מיום 8.7.10).

ז. אמת או מראית עין – ביה"ד הארצי קבע כי:

"הסדר של העסקת עובד על ידי משתמש באמצעות חברת כוח אדם חייב להיות אמיתי, היינו – לשם השגת המטרה האמתית לשמה נועדה ההעסקה. כל הסדר שאינו אמיתי אך נושא מראית עין חיצונית של הסדר אמיתי יכול להוביל למסקנה כי המשתמש הוא המעסיק של העובד". (סעיף 39 לחוות דעתו של כב' השופט צור).

כמו כן נקבע כי ההגינות ועקרון תום הלב הנמצאים בליבת יחסי עבודה – כמו גם השמירה על תקנת הציבור – מחייבים שהעסקת עובד על ידי חברת כוח אדם לא תהא נגועה בניצול של העובד או בפגיעה בלתי סבירה בשכרו ובתנאי העסקתו. כפי שהוכח גלאל לא שילמה למנוח ולעובדיה האחרים את זכויותיהם הבסיסיות כגון: ימי חופשה, דמי הבראה, דמי חגים, פנסיה וכיו"ב. כשנשאל מר נדב מדוע המשיכה העירייה להעסיק עובדים באמצעות גלאל בידיעה שלא משולמים זכויותיהם השיב כך:

"אין לי תשובה מדוע לא הפסקנו את ההתקשרות עם הנתבעת 2 כשהם לא שילמו בגלל שהיינו זקוקים לעובדים" (עמ' 12 ש' 21-22 לפרוט').

42. הנה כי כן, בחינת כל הכללים שנקבעו בפסיקה, מצביעה על כך שיש לראות בעירייה כאחראית הישירה להעסקת המנוח וכמעסיקתו למן תחילת העסקתו ביום 3.7.05 באמצעות גלאל ועד ליום פטירתו, לאחר קליטתו כעובד עירייה.

במקרה דנן, אין מדובר במעסיקים במשותף. **בענין לימור בן חיים** קבע כב' הנשיא (בדימוס) אדלר:

"עמדתי היא, כי ראוי בדרך כלל להכריע מי הוא המעסיק של העובד תוך הצבעה על מעסיק אחד, וזאת לאור העקרונות שנקבעו לעיל. ההכרה במצב של העסקה משותפת שמורה למקרים חריגים, בהם מוכח כי חברת כח אדם או הקבלן הם חלשים מאוד, נעלמו, או במקרים דומים אחרים כך שהעובד לא יוכל להיפרע מהם בהתייחס לזכויותיו האישיות או הקיבוציות".

בענייננו, אין מדובר באותם מקרים חריגים ועל כן, אין מקום לקבוע, כי העירייה וגלאל הינם מעסיקים במשותף.

התביעה לפנסיית נכות ופנסיית שאירים

43. אין חולק כי על העירייה חלים ההסכמים הקיבוציים בשירות הציבורי. בכלל זה, חל על העירייה הסכם קיבוצי בדבר מעבר מפנסיה תקציבית לפנסיה צוברת בשירות הציבורי, שנחתם ביום 3.3.99 בין ההסתדרות לבין מרכז השלטון המקומי ומדינת ישראל (להלן – **הסכם הפנסיה – נספח יב'** לתצהיר התובעים). קרן הפנסיה שנבחרה על ידי ההסתדרות כבירת מחדל לביצוע הפרשות בהתאם להסכם הפנסיה, היא קרן מקפת החדשה (**נספח יג'** לתצהיר התובעים).

44. מכוח הסכם הפנסיה וכמי שהייתה מעסיקתו של המנוח בכל תקופת עבודתו, היה על העירייה לבטח את המנוח בקרן פנסיה מקיפה, הכוללת ביטוח של פנסיית נכות ושאירים, החל מיום עבודתו הראשון, דהיינו מיום 3.7.05.

45. סעיף 38.1 לתקנון קרן הפנסיה מקפת החדשה קובע את הזכאות לפנסיית שאירים כדלקמן:

"במות מבוטח פעיל (להלן בפרק זה- "הנפטר" או "המבוטח") יהיו שאיריו זכאים לפנסיית שאירים, על פי הוראות פרק זה, אם שולם לקרן בגין הנפטר, לפני פטירתו, תשלום דמי גמולים אחד לפחות, למעט אם חלה תקנת משנה 12.5 לעיל."

סעיף 38.4 קובע:

"מבלי לגרוע מן האמור לעיל, הייתה הפטירה תוצאה של מחלה, תאונה או מום שלקה בהם הנפטר בכל עת לפני הצטרפותו לאחרונה לקרן,

תהא הזכאות לפנסיית שאירים רק אם מועד הזכאות לפנסיית שאירים חל לאחר שהנפטר היה מבוטח פעיל בקרן תקופה רצופה של שישים חודשים ממועד הצטרפותו לאחרונה לקרן ועד למועד פטירתו, בכפוף לאמור בתקנות אלה....".

"נכה" הוגדר בתקנון הקרן כדלקמן :

"מבוטח שלפחות 25% מכושרו לעבוד נפגע מחמת מצב בריאותו, וכתוצאה מכך אינו מסוגל לעבוד בעבודתו או בכל עבודה אחרת המתאימה לו לפי השכלתו, הכשרתו או ניסיונו במשך תקופה של למעלה מ- 90 ימים רצופים, הכל כפי שייקבע על ידי רופא הקרן ו/או ועדה רפואית....".

סעיף 53.1.1 לתקנון הקרן קובע את זכאות המבוטח לפנסיית נכות :

"שולם בגינו לקרן, עובר למועד הנכות, תשלום דמי גמולים אחד לפחות....".

תקנה 53.2 קובעת :

"מבלי לגרוע מן האמור לעיל, הייתה הנכות תוצאה של מחלה... שלקה בהם המבוטח לפני הצטרפותו לאחרונה לקרן, תהא הזכאות לפנסיית נכות רק אם מועד הנכות חל לאחר שהיה המבוטח פעיל בקרן תקופה רצופה של שישים חודשים ממועד הצטרפותו לאחרונה לקרן ועד למועד הנכות. הקביעה בעניין זה תהייה בסמכות הקרן או הוועדה הרפואית או ועדה רפואית לעררים....".

46. הוכח כי בכל תקופת עבודתו של התובע באמצעות גלאל לא הועברו כלל תשלומים לקרן הפנסיה ואף לאחר קליטתו, לכאורה, של התובע כעובד עירייה מן המניין בחודש ספטמבר 2006, הועברו דמי הגמולים לראשונה רק בחודש דצמבר 2006, דהיינו שלושה חודשים לאחר קליטתו וכחודשיים לאחר גילוי המחלה. (עדות מר נדב בעמ' 8 ש' 4).

47. הנתבעות טענו כי התובעים אינם זכאים לפנסיית נכות ופנסיית שאירים מאחר שהמנוח לא עמד בפני ועדה רפואית ובכל מקרה אף אם דמי הגמולים היו מועברים במועד, לא היה המנוח צובר תקופת אכשרה בת 60 חודשים כמבוטח פעיל בקרן, שכן כפי שעולה מן התייעוד הרפואי הסימפטומים למחלתו של המנוח החלו עוד קודם לקליטתו בעירייה.

עוד לטענת העירייה, הרי שבשים לב למועד תחילת עבודתו של המנוח בעירייה ב- 10.9.06, המועד הראשון להעברת דמי הגמולים בגינו היה במהלך חודש אוקטובר 2006, אותו חודש בו החל המנוח להעדר לראשונה מעבודתו, כאשר ממילא במועד ההיעדרות הראשון ואף במועד בו אובחנה המחלה (20.10.06), טרם חלף המועד להעברת הגמולים בגינו לקרן.

טענה זו נדחית כבר בשלב זה בהתאם לקביעתנו לעיל באשר לקיומם של יחסי עבודה בין המנוח לבין העירייה החל מחודש יולי 2005, הרי שהיה על העירייה להפריש דמי גמולים בגין המנוח עוד בשנה זו.

48. יש אם כן להתייחס לשתי טענות שמעלה העירייה: האחת - אי עמידתו של המנוח בפני ועדה רפואית; השנייה - המנוח לקה במחלה טרם הצטרפותו לקרן ולפיכך לא צבר תקופת אכשרה בת 60 חודשים.

49. בכתב ההגנה שהגישה קרן מקפת (בשלב בו צורפה כנתבעת נוספת בתיק), הבהירה מקפת כי בעת פטירתו היה המנוח עמית בסטאטוס "לא פעיל" שכן פרט לתשלום יחיד בחודש דצמבר 2006, הרי שבכל רשימות הגבייה שהעבירה העירייה לקרן, לפני חודש זה ובחודש ינואר 2007 ואילך לא נכלל שמו של המנוח בין העובדים הרבים המפורטים בהם וכן לא התקבלו בעדו דמי גמולים (סעיף 20 לכתב ההגנה). אין למעשה מחלוקת באשר לנכונות נתונים אלו.

מהאמור עולה כי התובע לא עמד בפני ועדה רפואית, שכן לשיטת הקרן כלל לא היה מבוטח, בשל מחדלה של העירייה בכך שלא העבירה את דמי הגמולים בגין המנוח במועד. לאור העובדה כי העירייה היא זו שגרמה לכך שעניינו של המנוח כלל לא יוכל להגיע לפתחה של הקרן, אין לה להלין אלא על עצמה ואין היא יכולה להיבנות ממחדליה שלה, בכך תשובה לטענתה הראשונה של העירייה.

50. באשר לטענה השנייה - טוענת העירייה כי מהמסמכים הרפואיים מצטיירת תמונה המלמדת כי הסימפטומים למחלתו של המנוח החלו עוד בשנת 2004, ועל כן נוכח ההיסטוריה הרפואית של המנוח לא מן הנמנע כי היה חל החרוג הקבוע בתקנות 38.4 בנוגע לפנסיית שארים ובתקנה 53.2 באשר לפנסיית נכות והיה נקבע שלכאורה פטירתו של המנוח הייתה תוצאה של מחלה שלקה בה המנוח עוד לפני שהחל את עבודתו בעירייה.

קרן מקפת, שכאמור צורפה לתביעה נוכח טענות העירייה ונמחקה ממנה לאחר מכן, הביעה עמדתה המפורשת בסוגיה זו כדלקמן:

"... לעניין זה למותר לציין כי לגבי הטענה כי לעיריית רחובות לא הייתה כל ידיעה על כך שהמנוח חולה במחלה קודמת, הרי שמעבר לכך שטענה זו לא נתמכה בתצהיר... הרי שטענה זו כלל אינה רלבנטית, שהרי אין לטענה זו כל משמעות לעניין זכאותו של המנוח לפנסיית נכות ו/או זכאותם של השארים לפנסיית שאירים מקרן הפנסיה. השאלה היחידה שיש לשאול לצורך בדיקת זכאותו של המנוח לפנסיית נכות ו/או לפנסיית שאירים היא השאלה העובדתית - מתי התגלתה לראשונה מחלת המנוח". (ראה סעיף 25 לתשובת מקפת לתגובה לבקשה למחיקתה מכתב התביעה מיום 21.5.09).

במענה לפניית התובעים כתבה הקרן:

"במענה לפנייתך והודעתך על פטירתו של המנוח, הרינו להודיעך כי על פי תקנון קרן הפנסיה והמסמכים הרפואיים, אין זכאות לפנסיית

שארם מאחר ומועד תחילת הנכות ב- 10/06 קדם למועד תשלום דמי הגמולים לקרן.
בהתאם לתקנות קרן הפנסיה מבוטח יהיה זכאי לפנסיית נכות, אם במועד הנכות, שולם בגינו, עובר למועד הנכות, תשלום דמי גמולים אחד לפחות". (נספח ה' לתצהיר התובעים).

51. נוכח האמור עומדת להכרעה שאלת פרשנות המונח "מחלה שלקה בה המבוטח לפני הצטרפותו". בפסק דינו של ביה"ד האזורי לעבודה בעב' [עב 7141/06](#) דרוד כספי נ' מנורה מבטחים, (מיום 12.8.09), התבקש בית הדין ליתן פרשנותו למונח "נקבעה" שבתקנה 36(ב) לתקנון קרן הפנסיה מבטחים, הדומה לתקנות הרלוונטיות לענייננו (תקנה 38.4 ו- 53.2) הקובעת כדלקמן:

"אם הנכות היא כתוצאה ממחלה או תאונה או מום שנקבעו לפני הצטרפות החבר לקרן או חידוש החברות בקרן, תידרש תקופת אכשרה של 60 חודשי חברות לפחות מיום ההצטרפות או חידוש החברות לפי המאוחר ועד היותו לנכה".

לאחר שעמדה על תכלית החקיקה הסוציאלית, אמות המידה לפרשנות תקנון קרן פנסיה וקביעת נטלי השכנוע, הגיעה כב' השופטת דוידוב – מוטולה למסקנה הבאה:

"אנו סבורים כי מחלה "שנקבעה" טרם הצטרפות התובע לקרן (או ש"החלה" טרם ההצטרפות לקרן, לפי הפרשנות שניתנה על ידי בית הדין הארצי) – צריכה להיות מחלה שאובחנה בתובע טרם המועד האמור, להבדיל ממחלה שקיננה בו, ו/או שהוא סבל מסימפטומים שונים שלה".

אנו מצטרפים לעמדה זו ולקביעה, כי מועד אבחון המחלה הוא המועד הקובע לצורך תחולת החריג הקבוע בתקנות 38.4 ו- 53.2.

52. לאור האמור, הגענו למסקנה כי אילו הייתה העירייה מעבירה דמי גמולים לקרן הפנסיה בגין המנוח, לפני המועד הראשון של גילוי מחלתו בחודש אוקטובר 2006, היה המנוח מבוטח בפנסיית נכות ובפנסיית שאירים.

במסגרת זו יוער כי אף אם היינו מקבלים את גרסת העירייה ולפיה יחסי עובד- מעביד בינה לבין המנוח החלו רק בחודש ספטמבר 2006, הרי שלא היה כל צידוק לעיכוב בתשלום דמי הגמולים הראשון לקרן, פרט להתנהלות לקויה של העירייה אשר תוקנה לאחר המקרה המצער נשוא תיק זה. (ראה לעניין זה עדות מר נדב בעמ' 8 ש' 4-11).

53. לאור האמור, נוכח אי ביצוע ההפרשות לקרן הפנסיה במועד ונוכח העובדה שלא ניתן לקבל את זכויות הפנסיה מהקרן באמצעות תשלום דמי גמולים מאוחר לקרן, ועל פי פסיקת בית הדין הארצי (ע"ע [1137/02](#) יוליוס אדיב נ' החברה לפיתוח ולמלונאות בע"מ, מיום 19.1.03), חבה העירייה בתשלום מהוון של פנסיית הנכות ופנסיית השאירים באופן ישיר לתובעים.

54. התובעים הוכיחו את סכום התביעה לתשלום פנסיית נכות ופנסיית שאירים מהוונת בגובה 194,060 ₪ (נכון ליום 2.1.08) כמפורט בחוות דעת אקטוארית של מר אייל בוכבינדר (נספח ט' לתצהיר התובעים). מר בוכבינדר נחקר על חוות דעתו וזו לא נסתרה.

אשר על כן תשלם העירייה לתובעים פנסיית נכות ופנסיית שאירים מהוונת בסך 194,060 ₪ ובתוספת הפרשי הצמדה וריבית מיום 2.1.08 ועד למועד התשלום בפועל.

השלמת פיצויי פיטורים, דמי חגים ודמי הבראה

55. פרק ח' להסכם הפנסיה קובע שהפרשות המעביד בשיעור 6% לפיצויים יבואו במקום 72% מפיצויי הפיטורים לעובד וכי בקרות אירוע המזכה בתשלום גמלה מקרן הפנסיה, כגון נכות, מחויב המעסיק בתשלום 28% מפיצויי הפיטורים בנוסף לגמלה המשולמת מקרן הפנסיה.

מכוח ההוראות האמורות, טוענים התובעים כי היה על העירייה לשלם להם הפרשי פיצויי פיטורים בשיעור של 28% מפיצויים מלאים כחוק וזאת כבר במועד פטירת המנוח ובסך 1,259 ₪.

56. בנוסף טוענים התובעים כי למנוח לא שולמו בתקופת עבודתו דמי הבראה ודמי חגים בניגוד להוראות צווי ההרחבה וחוקת העבודה לעובדים ברשויות המקומיות. כאשר לשיטתם זכאים התובעים לדמי הבראה בסך 4,230 ₪ ולדמי חגים בשיעור של 1,483 ₪.

57. לעניין פיצויי הפיטורים, טוענת העירייה כי לאחר פטירתו של המנוח הועבר ליורשיו, לפני משורת הדין, סכום המגלם תשלום בגין פיצויי פיטורים מלאים כשנלקחה בחשבון אף תקופת העסקתו של המנוח באמצעות גלאל.

באשר לדמי חגים טוענת העירייה כי לא הוכחה זכאותו של המנוח לתשלום דמי חגים, וממילא דין תביעה זו להידחות בשים לב לעובדה כי המנוח היה עובד חודשי וצו ההרחבה בדבר תשלום דמי חגים כלל אינו חל עליו. כמו כן לטענתה, בשים לב לתקופת עבודתו הקצרה בעירייה אין המנוח זכאי לדמי הבראה ומכל מקום, שולמו ליורשים לפני משורת הדין, דמי הבראה יחסיים לתקופה שמחודש ספטמבר 2006 ועד חודש נובמבר 2006.

58. לדעתנו, זכאי היה המנוח להשלמת פיצויי פיטורים, דמי הבראה ודמי חגים כמפורט לעיל בסכום כולל של 6,972 ₪. בהתאם להכרעתנו לעיל, יחסי העבודה בין הצדדים התקיימו כבר מיום 3.7.05 ולמעלה משנה כך שהינו זכאי לדמי הבראה בגין כל תקופת עבודתו. כמו כן מתלושי השכר עולה כי המנוח עבד משרה מלאה, אולם שכרו שולם לפי ימי עבודה בפועל ועל כן הינו זכאי לדמי חגים אשר לא שולמו לו מעולם.

אלא שבחקירתה הנגדית אישרה אלמנת המנוח הגב' בוטה כי כשנתיים לאחר פטירתו העבירה לידיה העירייה סכום של 7,400 ₪, וכדבריה:

" שילמו לי סכומים לפני שנה סכום של 7,000 ₪. אמרו לי זה על חופש מחלה וחגים שלא שילמו לו. אני יודעת שקיבלתי 7,400 ₪ ואני לא יודעת על מה. זה היה שנה או שנתיים אחרי שהוא נפטר". (עמ' 4 ש' 2-3).

לפיכך מוצאים אנו כי סכום זה ששולם ליורשים לאחר פטירתו של המנוח, מגלם בחובו את רכיבי התביעה האמורים, כך שהעירייה פטורה מתשלום כל סכום נוסף בעד רכיבים אלו.

פדיון חופשה שנתית

59. כמפורט בתלושי השכר של המנוח, עד לחודש ספטמבר 2006, מעולם לא ניתנה לו חופשה בתשלום. מר ורד העיד במפורש כי בתקופת העסקת המנוח באמצעות גלאל, לא שולמה למנוח חופשה (עמ' 14 ש' 14-16).

60. לטענת העירייה מיצה המנוח את ימי החופשה שלו, זאת באשר העירייה הוסיפה לשלם לו משכורת גם בעת מחלתו ועל אף שלא עמדו לזכותו ימי מחלה, וזאת על חשבון חופשה שנתית עתידית. העירייה מוסיפה כי אין לה כל ידיעה בכל הנוגע לניצול חופשה על ידי המנוח בתקופה בה הועסק לכאורה על ידי גלאל.

61. משקבענו כי העירייה היא שהייתה מעסיקתו בפועל של המנוח גם בתקופה בה קיבל שכרו מגלאל, הרי שהינה חייבת בתשלום דמי חופשה גם בגין תקופה זו. יתרה מכך, בעדותו אישר מר נדב כי התנהלות המנוח בכל הנוגע לניצול ימי חופשה הייתה אל מול מנהל האזור שלו שהוא עובד עירייה וזאת בכל תקופת עבודתו, לרבות התקופה בה קיבל את שכרו מגלאל (עמ' 11 ש' 6-7), כך שאין ממש בטענה ל"אי ידיעה".

62. באשר לשלושת החודשים בהם עבד המנוח כעובד עירייה. לתצהירו של מר נדב צורפו תלושי השכר לחודשים 06/11-9. באף לא אחד מהתלושים, צוין כי משולמים למנוח דמי חופשה או מחלה וממילא לא צוין גם מה שיעור התשלום בגין רכיב זה. יש לזכור כי אילו היו משולמות זכויותיו הסוציאליות של המנוח כדין למן תחילת העסקתו בחודש יולי 2005, כבר אז היה צובר ימי מחלה וימי חופשה שהיו עומדים לרשותו עת חלה ונזקק לחופשת מחלה.

המנוח עבד 6 ימים בשבוע ובהתאם לפרק ט' של חוקת העבודה לעובדי הרשויות המקומיות, היה זכאי ל- 19 ימי חופשה בשנה. שכרו הממוצע של המנוח ב- 12 החודשים האחרונים לעבודתו עמד ע"ס 3,371 ₪. במהלך תקופת עבודתו צבר המנוח 25.33 ימי חופשה בתשלום ובסך 3,416 ₪ (19 X 16/12 X 3371/25).

63. אשר על כן תשלם העירייה לתובעים פדיון חופשה שנתית בסך 3,146 ₪. סכום זה יישא הפרשי הצמדה וריבית החל מיום 15.10.07 (מועד פטירת המנוח) ועד התשלום המלא בפועל.

הודעת צד ג' של העירייה כנגד גלאל

64. העירייה טענה כי יש להטיל את האחריות לנזקים שנגרמו למנוח בשל אי ביטוחו בקרן הפנסיה ואי תשלום זכויותיו הסוציאליות על גלאל והגישה בהתאם הודעת צד ג' במסגרתה ביקשה כי גלאל תפצה ותשפה אותה על מלוא נזקה, באם תחויב בתשלום כלשהו.

לטענת העירייה, עת התקשרה עם גלאל, התחייבה האחרונה כי היא הינה בגדר קבלן עצמאי וכי אין בינה ובין עובדיה לבין העירייה יחסי עובד מעביד. כן התחייבה גלאל לשלם לעובדיה את כל התשלומים וההטבות הסוציאליות המגיעים לעובדים על פי דין.

65. בכתב ההגנה שהגישה כנגד הודעת צד ג', חזרה גלאל על הטענה לפיה שמשה כ"צינור" בלבד לתשלום שכרו של המנוח, וכי בפועל ועל פי כל המבחנים והזיקות העירייה והיא בלבד הייתה מעסיקתו. כמו כן טענה גלאל כי הסכם ההתקשרות שנחתם בין רקטל לבין העירייה נוצר למטרה אחת בלבד - לסייע בידי העירייה לשלם את שכרם החודשי של עובדיה, לרבות המנוח. לא כל שכן, ההסכם היחיד שנחתם ביניהן בעקבות זכיית החברה במכרז 4/2004, תוקפו היה לשמונה חודשים בלבד, החל מיום 1.6.04 ועד ליום 31.1.05 כאשר בתקופה שקדמה לו וכן לאחריו לא נחתם כל הסכם בכתב בין העירייה לבין או רקטל.

עוד מוסיפה גלאל כי התמורה שהתקבלה מידי העירייה, בגין תשלום השכר לעובדים, לא הביאה בחשבון ולא היה בה לשלם תשלום תנאים סוציאליים למיניהם.

66. נוכח קביעתנו ולפיה, מעסיקתו היחידה של המנוח היתה העירייה אנו דוחים את הודעת צד ג' שהגישה העירייה. לא מצאנו מקור לחיובה של גלאל לבטח את המנוח בביטוח פנסיוני, גם אם היא היתה מעסיקתו. בנוסף, אין כל ראיה כי העירייה העבירה לגלאל סכומים עבור הפרשות פנסיוניות. משזוהי עיקרה של התביעה, אין מקום להודעת צד ג' נגדה.

סיכום

67. העירייה תשלם לתובעים סך של 197,476 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה וריבית מיום 2.1.08 ועד לתשלום בפועל בגין אובדן הזכאות לפנסיה נכות ושאיירים ובגין פדיון חופשה שנתית כמפורט בפסקאות 54 ו-63 לפסק דין זה.

התביעה נגד גלאל נדחית.

הודעות צד ג' ההדדיות נדחות.

העירייה תישא בהוצאות התובעים ובשכ"ט עו"ד בסכום כולל של 20,000 ₪ תוך 30 יום מקבלת פסה"ד.

אין צו להוצאות בתביעה התובעים נגד גלאל ובהודעות צד ג' ההדדיות.

שמואל טננבוים 54678313-6309/08

ניתן היום, כ' תמוז תשע"א, 28 ביולי 2011, בהעדר הצדדים.

נ.צ. מר יאיר כהן פריווה
(מ)

שמואל טננבוים, שופט
סגן נשיא

נ.צ. גב' שושי הורוביץ (ע)

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)