



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

ניתן ביום 05 יולי 2020

המעוררת

התאמה השמה ומידע (1995) בע"מ

-

1. סמי הפוטה

המשיבים

2. חברת החשמל לישראל בע"מ

לפני: הנשיאה ורדה וירט ליבנה, השופטת לאה גליקסמן, השופטת חני אופק
נציגת ציבור (עובדים) גב' יעל רון, נציג ציבור (מעסיקים) מר דורון קמפלר

פסק דין

השופטת לאה גליקסמן:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי חיפה (השופטת איריס רש ונציגי הציבור מר אריה גור ומר אהוד בוך ; פ"ה 13-04-13533), שבו נתקבלה בחלקה תביעתו של המשיב 1 (להלן – **העובד**), כך שהמשיבה 1 (להלן – **חברת התאמה**) והמשיבה 2 (להלן – **חברת החשמל**) חויבו לשלם לעובד, יחד ולחוד, פיצוי בגין העדר שימוע בסך של 30,000 ₪. כמו כן, חויבה חברת התאמה לשלם לעובד גמול שעות נוספות כחוק בסך של 36,745 ₪.

רקע עובדתי

2. חברת התאמה היא חברה פרטית העוסקת, בין היתר, באספקת שירותי ניקיון ללקוחות שונים ברחבי הארץ.
3. מזה שנים רבות, חברת החשמל מוציאה למיקור חוץ את עבודות הניקיון בחצריה. עבודות הניקיון מבוצעות על ידי קבלנים חיצוניים, שנבחרים במכרזים לאספקת שירותי ניקיון המתפרסמים מעת לעת על ידי חברת חשמל.
4. העובד הוצב לעבודה בחברת חשמל מטעם קבלני הניקיון החיצוניים מאז שנת 1990 ועד לסיום הצבתו בחודש מרץ 2013.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

5. העובד שימש כממונה על עובדי הניקיון שהוצבו לעבודה בחצרי חברת החשמל בתחנת הכוח בחיפה מטעם קבלן הניקיון. העובד הועסק על ידי קבלני הניקיון שהתחלפו מעת לעת, בהתאם לתוצאות המכרזים שפרסמה חברת החשמל. בעת חילופי קבלני הניקיון, העובד קיבל פיצויי פיטורים מקבלן הניקיון שסיים את ההתקשרות עם חברת החשמל.
6. העובד החל את הצבתו בחברת החשמל בתפקיד של מפקח ניקיון מטעם חברת הניקיון משמר בע"מ. במועד תחילת הצבתו נערך לעובד ראיון קבלה על ידי גבי עזה שלו, ששימשה באותה עת כמנהלת העבודה מטעם חברת משמר בע"מ, וכן על ידי נציג חברת החשמל מר אשר כהן ז"ל, מנהל המשק בחברת החשמל בתקופה הרלוונטית.
7. אחיו של העובד מר לוי הפוטה הוא עובד קבוע של חברת החשמל, מועסק באגף התפעול והלוגיסטיקה במשרד הראשי ומשמש, בין היתר, כאחראי על שירותי הניקיון שמקבלת חברת החשמל. בשנת 2001 בחנה חברת החשמל את האפשרות לקלוט את העובד כעובד מן המניין של חברת החשמל, אולם בסופו של יום לנוכח הקרבה המשפחתית בין העובד לבין מר לוי הפוטה הוחלט כי לא ניתן לקלוט את העובד כעובד של חברת החשמל. על פי חוות דעת משפטית משנת 2007 אושרה הצבתו של העובד באתר חברת החשמל, בכפוף לכך שאחיו לא יהיה אחראי על עבודת קבלן הניקיון המשמש כמעסיק של העובד.
8. בחודש אוקטובר 2011 נחתם הסכם התקשרות בין חברת החשמל לבין חברת התאמה, שלפיו חברת התאמה תספק לחברת החשמל שירותי ניקיון במספר אתרים באזור חיפה והצפון, ובכללם תחנת הכוח בחיפה. בהתאם, החל מחודש אוקטובר 2011 העובד הועסק על ידי חברת התאמה, שזכתה במכרז לאספקת שירותי ניקיון באזור חיפה והצפון. יצוין, כי גם לפני חודש אוקטובר 2011, בתקופות שונות, חברת התאמה סיפקה לחברת החשמל שירותי ניקיון.
9. אשר למתכונת עבודתו של העובד נקבע כך: העובד קיבל שכר מקבלני הניקיון, ובכלל זה מחברת התאמה; חומרי הניקיון והציוד הנדרש לצורך ביצוע עבודות הניקיון סופקו על ידי קבלני הניקיון, לרבות חברת התאמה, וזאת בהתאם להזמנות שהעובד היה מעביר לקבלן הניקיון, מעת לעת; העובד החתים כרטיס נוכחות באמצעות שני כרטיסי נוכחות, כרטיס מגנטי של חברת החשמל המיועד לעובד קבלן שהיה מעביר בשעון הנוכחות של חברת החשמל וכרטיס נוכחות



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

מקרטון שהיה מעביר בשעון הנוכחות של חברת התאמה; לעובד היה משרד שהוקצה על ידי חברת החשמל למפקח מטעם חברת הניקיון, וכן עשה שימוש במשרד נוסף בבניין IPC; העובד קיבל הנחיות עבודה מעובדי חברת החשמל, ובפרט ממר אמנון נזרי, מנהל המשק באתר תחנת הכח בחיפה. לעיתים, העובד גם סייע למר נזרי בעבודת ניירת הקשורה לאחזקה ולהתקשרויות של חברת החשמל אל מול קבלנים אחרים ובטיפול בפינוי אשפה ופסולת נייר.

10. לעובד שולמה משכורת חודשית במונחי נטו. שכרו האחרון עמד על 7,000 ₪, ובנוסף שולמה לו תוספת שעות נוספות גלובליות בסך של 1,000 ₪.

11. העובד עבד חמישה ימים בשבוע, משעה 6:30 עד השעה 18:30. על פי קביעתו של בית הדין האזורי במהלך שעות העבודה הייתה הפסקה בת שעה.

12. הצבתו של העובד בחברת החשמל הגיעה לסיומה בחודש מרץ 2013, בנסיבות אותן נפרט בהמשך (ראו סעיף 22 ואילך להלן).

13. נציין, כי תחילתו של ההליך הייתה בבקשה לסעד זמני לאכוף את המשך העסקתו של העובד בחצרי חברת החשמל, והוסכם בין הצדדים על איחוד הדיון בבקשה לסעדים זמניים ובתובענה העיקרית. לאחר מכן, ביקש העובד לחדש את הדיון בבקשה לסעד זמני, ובהחלטה מיום 19.5.2013 נדחתה בקשתו, תוך שנקבע כי הוצאות הבקשה יובאו בחשבון בעת פסיקת הוצאות בפסק הדין הסופי בהליך.

פסק דינו של בית הדין האזורי

14. בית הדין האזורי בחן בפסק דינו שאלות אלה:
- 14.1. זהות המעסיק של העובד – האם התקיימו יחסי עבודה בין העובד לבין חברת החשמל?
- 14.2. נסיבות סיום הצבתו של העובד בחברת החשמל וסיום עבודתו בחברת התאמה, וזכויותיו של העובד הנובעות מסיום עבודתו.
- 14.3. זכאות העובד לגמול שעות נוספות.
- 14.4. זכאות העובד לפיצוי בגין לשון הרע.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

זהות המעסיק של העובד – האם התקיימו יחסי עבודה בין העובד לבין חברת החשמל?

15. בית הדין האזורי סקר בפסק דינו את הפסיקה המבחינה בין מיקור חוץ של כוח אדם לבין מיקור חוץ של פונקציות, ואת פסיקתו של בית דין זה בעניין זהות המעסיק עת מדובר במערכת העסקה משולשת.

16. בית הדין האזורי דחה את טענתו של העובד כי יש לראות בחברת החשמל מעסיקתו של העובד, בין באופן בלעדי ובין במשותף עם חברת התאמה, וקבע כי העובד היה עובד של קבלן השירותים המבצע את שירותי הניקיון באתרים של מרחב הצפון, ונכון למועד הגשת התביעה היתה זו חברת התאמה. זאת, מנימוקים המפורטים להלן.

17. ליבת העיסוק של חברת החשמל היא ייצור, הולכה וחלוקה של חשמל, ומזה שנים רבות חברת החשמל מוציאה למיקור חוץ את כל עבודות הניקיון בחצריה, והן מבוצעות על ידי קבלני ניקיון. זאת, על בסיס התקשרות באמצעות מכרזים לאספקת שירותי ניקיון שנערכים על ידי החברה מעת לעת. כמו כן, חברת התאמה היא חברת ניקיון המספקת שירותי ניקיון ללקוחות שונים ברחבי הארץ.

18. בנסיבות העניין, ההתקשרות בין חברת החשמל לבין חברת התאמה היא מיקור חוץ אותנטי של שירותי ניקיון, ועל כך ניתן ללמוד, בין היתר, מהעובדות הבאות: חברת התאמה סיפקה את מכלול השירותים שנדרשו לניקיון האתרים של חברת החשמל במרחב הצפון, כנגד תמורה שהשתלמה בהתאם לביצוע משימות הניקיון; אספקת שירותי הניקיון בוצעה באמצעות עובדים של חברת התאמה, כאשר הקצאת העובדים שהוצבו נקבעה על ידי חברת התאמה בתיאום ובאישור של נציג חברת החשמל בהתאם למפרט; חומרי הניקוי ובגדי העבודה של עובדי הניקיון סופקו על ידי חברת התאמה; חברת התאמה נדרשה להציב מנהל עבודה מטעמה אשר יהיה אחראי על עובדי הניקיון המוצבים באתר, ונהל את עבודתם ויפקח עליהם. בהתאם לפסיקה, כאשר מדובר במיקור חוץ אותנטי של פונקציה, עובד קבלן השירותים אינו עובד של המזמין.





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

19. בית הדין האזורי דחה את טענתו של העובד כי מתקיימות בעניינו נסיבות מיוחדות, המצדיקות קביעה שונה שלפיה חברת החשמל היא המעסיקה האמיתית שלו, כמפורט להלן:

19.1. אשר למעורבות חברת החשמל בקבלתו לעבודה - קבע בית הדין האזורי כי נערך לו ראיון עבודה על ידי גבי' שלו ששימשה אותה עת כמנהלת העבודה מטעם קבלן הניקיון (חברת משמר בע"מ) ומנהל המשק בחברת חשמל דאז. מכאן, כי אין מדובר במצב שבו המעסיק קיבל את העובד לעבודה ואז "שלח" אותו לחברת כוח האדם או לקבלן השירות על מנת שיעסיק אותו באופן פורמאלי, אלא שמלכתחילה העובד התקבל לעבודה אצל קבלן הניקיון שנתן אותה עת שירותים לחברת החשמל.

19.2. אשר למעורבות חברת החשמל בכך שהעובד הועסק ברציפות מאז שנת 1990 על ידי חברות הניקיון השונות שהתחלפו מעת לעת - קבע בית הדין האזורי כי לא שוכנע בגרסת העובד כי חברת החשמל דרשה מחברות הניקיון שזכו במכרזים לרבות מחברת התאמה להמשיך ולהעסיק את העובד כמנהל עבודה מטעמים; התכתובת בין מר כהן ישי מנהל המשק לבין המחלקה המשפטית בעניין סיום העסקתו של העובד בחברת ISS והמשך העסקתו בחברת פלוטל (נספח 2 לכתב ההגנה של חברת החשמל) עניינה אינו הסדר היחסים בין העובד לבין חברת החשמל אלא הסדר ניגוד העניינים נוכח העובדה שאחיו של העובד מועסק בחברת החשמל. זאת ועוד. כאשר מדובר בהעסקת קבלן שירותים להבדיל מהעסקה באמצעות חברת כוח האדם, העובדה שהעובד נשאר לעבוד באותו מקום עבודה תקופה ממושכת אינה יוצרת יחסי עבודה בינו לבין המשתמש, כל עוד מבחינה מהותית העובד מועסק בתפקיד שנעשה לגביו מיקור חוץ אותנטי. מטבע הדברים, עובדי קבלן שירותים מעדיפים להישאר במקום העבודה המוכר להם, שבו יצרו קשרים אישיים וחברתיים. קביעה כי גם אם מדובר במיקור חוץ אותנטי תקופת עבודה ממושכת באותו מקום עבודה יוצרת יחסי עבודה, עלולה להביא לתוצאה שלפיה הן המשתמשים והן קבלני השירותים יסרבו להיענות לבקשה של עובד להמשיך באותו מקום עבודה נוכח החשש כי העובד יוכר כעובד של המשתמש [תע"א 10632/09 קלודט צגיר – בנק לאומי לישראל בע"מ (7.4.2014);



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

אושר בבית דין הארצי לעבודה בע"ע (ארצי) 25509-05-14 קלודט צגיר –
בנק לאומי לישראל בע"מ (17.9.2015).

19.3. בהתייחס לטענתו של העובד כי עבודתו לא הסתכמה רק באחריות על עובדי הניקיון שהוצבו לעבודה באתר תחנת הכוח חיפה על ידי חברות הניקיון, אלא הוא שימש כעוזרו של מר נזרי וביצע מטלות נוספות - קבע בית הדין האזורי כי תפקידו של העובד היה ממונה מטעם חברת הניקיון על עובדי חברת הניקיון שהוצבו לעבודה באתר חברת החשמל, אך לנוכח היחסים החבריים בינו לבין מר נזרי ומר אשר כהן ז"ל עובדי חברת החשמל הוא ביצע גם מעט מטלות נוספות. אולם, מטלות אלו לא היו חלק מתפקידו, והוא אף הוזהר על ידי מר ישי כהן, מנהל מחלקת תפעול ולוגיסטיקה בחברת החשמל, שעובד קבלן אינו רשאי לבצע את המטלות הנוספות אותן לקח על עצמו.

19.4. עצם הפיקוח של גורמים בחברת חשמל על עבודתו של העובד ו/או מתן הוראות והנחיות מקצועיות על ידם הוא חלק בלתי נפרד מהפיקוח של חברת החשמל על טיב השירותים המסופקים על ידי קבלן הניקיון. הדבר גם התחייב מתפקידו של העובד כמנהל העבודה באתר מטעם חברת הניקיון ומכך ששימש כגורם המקשר בין עובדי הקבלן לבין חברת החשמל.

20. בית הדין הוסיף וקבע כי העובד היה מודע לכך שהוא אינו עובד של חברת החשמל, שכן בשנת 2001 נדונה האפשרות לקלוט את העובד כעובד מן המניין בחברת חשמל, כשהתחלפו קבלני הניקיון באתר שבו הועסק.

21. **כללו של דבר** : על יסוד כל האמור לעיל קבע בית הדין האזורי כי אין לראות בחברת החשמל מעסיקה של העובד, בין באופן בלעדי ובין במשותף עם חברת התאמה, והוא היה עובד של קבלן השירותים המבצע את שירותי הניקיון באתרים של חברת החשמל בלבד. נכון למועד הגשת התביעה הייתה זו חברת התאמה.





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

נסיבות סיום עבודתו של העובד וזכאותו לפיצוי על פיטורים שלא הדין:

22. בכל הנוגע לנסיבות סיום הצבתו של העובד בחברת חשמל וסיום עבודתו בחברת התאמה, על פי קביעתו של בית הדין האזורי, השתלשלות האירועים הייתה כמפורט להלן:

22.1. בעקבות פניה שהועברה למחלקת הביטחון של חברת החשמל אודות התנהלותו של אחד מעובדי החברה, מר אפי אזולאי (להלן – **אזולאי**), יחידת הביטחון החלה לבדוק את נוכחותו של אזולאי בעבודה במהלך חודש מרץ 2013. בבדיקה התברר, כי כרטיס הנוכחות של אזולאי הוחתם על ידי גב' עזה שלו (להלן – **שלו**). בפגישה עם מר ישי כהן, מנהל מחלקת תפעול ולוגיסטיקה בחברת החשמל (להלן – **כהן**), סיפרה שלו כי היא החתימה את כרטיס הנוכחות של אזולאי לפי בקשת העובד. עוד נמסר על ידה כי במהלך מספר חודשים הוחתם כרטיסו של אזולאי על ידי עובדת ניקיון של חברת התאמה (גב' מרישנסקי), וכשאותה עובדת שהתה בחופשת מחלה פנה אליה העובד וביקש ממנה שתחתים את כרטיס הנוכחות של אזולאי במקום אותה עובדת, ומסר לה באופן אישי את כרטיס הנוכחות של אזולאי.

22.2. מנהל משאבי אנוש בחברת החשמל הורה לכהן להפסיק לאלתר את הצבתו של העובד באתרי החברה עד לבירור הטענות כלפיו. כהן פנה לחברת התאמה וביקש להפסיק את הצבתו של העובד באתרי חברת החשמל.

22.3. בהמשך לכך, ביום 27.3.2013 העובד זומן טלפונית לשיחה עם מר יואב בן יהודה, מנכ"ל חברת התאמה (להלן – **המנכ"ל** או **מנכ"ל חברת התאמה**), שנקבעה ליום המחרת. לעובד לא נמסרו פרטים אודות תוכן או מטרת השיחה היעודה. בשיחה שהתקיימה בין העובד לבין המנכ"ל נמסר לעובד כי חברת החשמל מבקשת את סיום הצבתו בחצריה וזאת לנוכח טענתה של שלו כי העובד הוא זה שביקש ממנה להחתים את כרטיס הנוכחות של אזולאי. העובד הכחיש את טענותיה של חברת החשמל כלפיו, אולם המנכ"ל מסר לו כי נוכח הוראת חברת החשמל לא ניתן להמשיך בהצבתו באתר של חברת החשמל, והוא ישובץ במקום עבודה אחר.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

22.4. ביום 28.3.2013 שלח המנכ"ל לכהן מכתב שבו נמסר כי נערך לעובד שימוע, העובד הכחיש את הטענות, וכי **"למען הסר ספק ולבקשתכם העובד פוטר מעבודתו. אנו נדאג למחליף תוך זמן קצר"**.

22.5. ביום 2.4.2013 פנה העובד, באמצעות בא כוחו, לחברת התאמה ולחברת החשמל בטענה כי הושעה שלא כדין ובדרישה להורות על ביטול ההשעיה לאלתר והחזרתו לעבודה בחברת החשמל. במכתב זה העלה העובד את הטענה כי הוא עובד חברת החשמל, או למצער כי חברת החשמל היא מעסיקתו במשותף יחד עם חברת התאמה.

22.6. חברת התאמה השיבה לעובד באותו יום כי הוא מועסק על ידה בפרויקט ניקיון באתר של חברת החשמל; כי הוא לא הושעה אלא הוצא לחופשה עד לבירור טענותיה של חברת החשמל; כי בשלב זה חברת החשמל מתנגדת להחזירו לעבודה בחצריה, ועל כן חברת התאמה מחפשת עבורו שיבוץ חלופי באותם תנאים. העובד התבקש להתייצב במשרדי החברה ביום 7.4.2013 לצורך שיבוץ באתר חלופי.

23. בכל הנוגע לסיום הצבתו של העובד בחברת החשמל ולסיום עבודתו העובד עתר בכתב התביעה **"להחזרתו לעבודתו ותפקידו שנגזלו הימנו בטענות כזב, על לא עוול בכפו, ומבלי שמישהו בכלל מנסה לקבל ממנו גרסה לאירועים הנטענים"**, וכן טען כי **"פוטר בחוסר תום לב, ללא שימוע כדין, וללא שניתנה לו הזדמנות לשטוח טענותיו וגירסתו. בשל כך יעתור לפיצוי בסך 30,000 ₪"**. במסגרת טענותיו בכתב התביעה טען העובד, בין היתר, כי **"...זכויותיו כאדם ועובד, עליהן חייבת הנתבעת 1 [חברת החשמל – ל.ג.] לשמור אינן תלויות כלל וכלל במעמדו כעובד המשיבות יחדיו או מי מהן"**; **"... הנתבעת 1 כשלה בחובתה כלפיו גם במעמדה כמזמין השירות מהנתבעת 2 [חברת התאמה – ל.ג.]"**; **"... לא נערך לו צל צלו של שימוע"**; **"... כללי הצדק הטבעי, חלים על כל אדם, והמשיבות שחררו עצמן מכך"**.

24. בית הדין האזורי דחה את עיקר תביעתו של העובד וקבע כי אין מקום להשבתו לעבודה בחברת החשמל, אולם חייב את חברת החשמל וחברת התאמה, יחד ולחוד, לשלם לעובד פיצוי בסך של 30,000 ₪, כמפורט להלן.

25. בית הדין קבע כי מהעדויות שלפניו שוכנע כי במסגרת החקירה שערכה חברת החשמל התבררו ממצאים שלפיהם העובד היה מעורב בהחתמת כרטיס



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

הנוכחות של אזולאי. על יסוד התרשמותו מעדותם של שלו, של מר מרום, מנהל תחום מודיעין וחקירות ביחידת הביטחון הארצית של חברת החשמל, אשר העיד על תשאול שערך לעובדת גב' מרישנסקי (שלא ניתן היה לזמנה לעדות עקב מצבה הרפואי) ושל אזולאי, קבע כי הוכח שהעובד היה מעורב בהחתמת כרטיסו של אזולאי על ידי שלו.

בית הדין האזורי הוסיף וקבע כי גם אם שלו אינה דוברת אמת (והוא אינו סבור כך), הרי שכהן העיד כי השתכנע מכנות דבריה. העדפת גרסתה של שלו ששמשה כעובדת חברת החשמל על פני גרסתו של העובד מצויה במתחם הסבירות ובמסגרת השיקולים הלגיטימיים של המעסיק. כמו כן, לא הוכח כי עמדו שיקולים זרים מאחורי ההחלטה על סיום ההצבה של העובד בחברת החשמל ו/או הבדיקה שנערכה בעניינו בקשר למעורבותו בפרשת החתמת הכרטיס של אזולאי. בהקשר זה נקבע כי טענות העובד **"כי מישאו עלום בחברת חשמל מחפש אותו.. או חומד את משרתו .. או מתנכל לו באופן אישי לא הוכחו כלל"**. טענות אלה נטענו באופן כללי וכוללני, ומעבר לכך בית הדין התרשם כי כל הגורמים בחברת החשמל שהיו מעורבים בסיום הצבתו של העובד בחברת החשמל היו ביחסים קרובים עמו, ולא היה להם אינטרס לפגוע בעובד או לסיים את הצבתו בחברת החשמל. זאת ועוד. כל המעורבים בפרשה על פי ממצאי החקירה סיימו את עבודתם בחברת החשמל.

על יסוד האמור, קבע בית הדין האזורי כי במועד סיום הצבתו של העובד בחברת החשמל עמדו בפניה חששות מבוססים לפיהם העובד היה מעורב בהחתמת כרטיס הנוכחות של אזולאי.

26. עם זאת, בית הדין האזורי קיבל את טענתו של העובד כי לא נערך לו שימוע כדין טרם סיום הצבתו בחברת החשמל. אמנם, חברת החשמל לא הייתה המעסיקה של העובד, אולם בהתחשב בנסיבות סיום העבודה, שיש בהן כדי להטיל רבב בעובד, כמו גם בעובדה שלחברת התאמה לא היו פרטים מספיקים על החקירה שהתנהלה בנוגע להחתמת הכרטיס של אזולאי והממצאים שעלו בחקירה בנוגע למעורבות של העובד בפרשה, ולנוכח תקופת ההצבה הממושכת של העובד בחברת החשמל, כללי הצדק הטבעי והתכליתי של השימוע מחייבים שימוע משותף של חברת התאמה (המעסיק) ושל חברת החשמל (המזמין). זאת, על מנת שמלוא המידע הרלוונטי שבגיניו המזמין שוקל את סיום ההצבה יעמוד



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

בפני העובד ויתאפשר לו להפריך את טענות חברת החשמל כלפיו ולנסות לשכנע את הגורמים הרלוונטיים בחברת החשמל מדוע אין הצדקה לסיום הצבתו באתרים של חברת החשמל. בהקשר זה הפנה בית הדין האזורי לפסיקה בעניין **שפר** [סע"ש 37410-09-16 **יהודה שפר – מדינת ישראל** (15.3.2017)]; בר"ע (ארצי) 5914-04-17 **מדינת ישראל ואח' – יהודה שפר** (17.5.2017)] ובעניין **נאידורף** [ע"ע (ארצי) 37078-11-13 **חברת החשמל לישראל בע"מ – ליה נאידורף** (13.2.2018)]; להלן – **עניין נאידורף**].

במקרה הנדון, לא נערך לעובד שימוע אמיתי טרם סיום ההצבה. ראשית, ההחלטה על סיום הצבתו בחברת החשמל התקבלה עוד בטרם נערך לעובד שימוע. שנית, גם במסגרת השימוע לא התאפשר לעובד להשפיע על מקבלי ההחלטה בחברת החשמל לשנות את החלטתם בדבר סיום הצבתו בחברה, אלא נמסר לעובד לאלתר בתום השיחה בינו לבין מנכ"ל חברת התאמה כי נוכח דרישת חברת החשמל חברת התאמה נאלצת להפסיק את עבודתו באתר של חברת החשמל. זאת ועוד. השימוע שנערך לעובד על ידי מנכ"ל חברת התאמה, היה חסר ערך, נוכח העובדה שהמנכ"ל לא ידע על איזה מידע היה מבוסס החשד של חברת החשמל כלפי העובד. בנסיבות אלה, לא נערך לעובד שימוע כדין. בשים לב לתקופת ההצבה הממושכת של העובד בחברת החשמל וחומרת המעשים שיוחסו לו, מבלי שניתנה לו הזדמנות להשמיע את טענותיו באופן סדור וראוי על מנת לנסות ולשנות את החלטת חברת החשמל בדבר סיום הצבתו בחצריה, הוא זכאי לפיצוי במלוא הסכום שנתבע על ידו – 30,000 ₪. חיוב זה הטיל בית הדין האזורי על חברת החשמל ועל חברת התאמה יחד ולחוד.

27. באשר לטענות העובד בדבר הצבתו החלופית בטכניון דחה בית הדין האזורי את טענותיו של העובד כי בניגוד להסכמות עם חברת התאמה הוא שובץ לעבודת ניקיון ולא לעבודת פיקוח או ניהול. בית הדין האזורי קבע כי מטיבו של מעבר למקום עבודה חדש שנדרשת תקופת הסתגלות הדדית של העובד ושל העובדים והמנהלים במקום, על מנת ללמוד את תנאי העבודה, להכיר את מטלות העבודה ולברר אם קיימת התאמה של העובד למקום העבודה. בהתחשב בעובדה שהעובד עבד יום אחד בלבד בטכניון, הוא לא אפשר בדיקה זו והחליט כי אתר העבודה בטכניון אינו מתאים עבורו, מבלי לאפשר לחברת התאמה לתקן את



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

הטעון תיקון לשיטתו ולבצע התאמה של תנאי העבודה. נוכח האמור, נדחתה טענתו של העובד כי חברת התאמה פיטרה את המערער או כי תנאי עבודתו הורעו ביחס לתנאי עבודתו באתר חברת החשמל.

28. בית הדין האזורי גם דחה את טענת העובד כי חברת החשמל שיבשה את ההליך המשפטי ומנעה את חקר האמת.

29. **כללו של דבר** : בכל הקשור לנסיבות סיום עבודתו קיבל בית הדין האזורי טענה אחת של העובד – כי לא נערך לו שימוע כדין – וחייב את חברת החשמל ואת חברת התאמה לשלם לו, יחד ולחוד, פיצוי בגין העדר שימוע בסך של 30,000 ₪, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום 28.3.2013 עד למועד התשלום בפועל.

גמול שעות נוספות:

30. העובד תבע גמול שעות נוספות, על יסוד הטענה כי עבד בימים א' עד ה' במתכונת קבועה בת 11.67 שעות עבודה (משעה 6:20 עד השעה 18:30 לאחר ניכוי של חצי שעה הפסקה). כמו כן טען כי יש לכלול את תוספת שעות נוספות גלובליות בשכרו הרגיל. ותביעתו בעד פרק זמן של 120 חודשים עומדת על סך של 600,540 ₪, עת חברת התאמה חייבת בחלקה היחסי בגין תקופת עבודתו בשורותיה ביחד ולחוד עם חברת חשמל.

31. בית הדין האזורי דחה את התביעה כנגד חברת החשמל נוכח העובדה שלא הייתה מעסיקתו של העובד, וכן קבע כי בכל מקרה העובד אינו יכול לתבוע גמול שעות נוספות בעד תקופה החורגת מתקופת ההתיישנות.

32. אשר לתביעה נגד חברת התאמה נפסק כך :

32.1. נדחתה טענת חברת התאמה כי חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"ז – 1957 (להלן – **חוק שעות עבודה ומנוחה**) לא חל על העובד בהתחשב בתפקידו הניהולי הבכיר ובהעדר יכולת לפקח על שעות עבודתו. נציין, כי חברת התאמה לא עמדה על טענה זו בשלב הערעור.

32.2. אשר לתחשיב הסכום המגיע לעובד : בית הדין האזורי העדיף את גרסת החברה שלפיה ניתנה לעובד הפסקה בת שעה במהלך יום העבודה. על פי דו"חות הנוכחות העובד עבד משעה 6:20 עד השעה 18:30, ועל כן לאחר ניכוי שעת הפסקה ליום שעות עבודתו של העובד עמדו על 11.166 ליום ;



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

על פי תלושי השכר מסגרת שעות עבודתו החודשית של המערער למשרה מלאה עמדה על 176 שעות, כך שיש לחשב ערך שעה על בסיס 176 שעות בחודש; תוספת שעות נוספות גלובלית ששולמה לעובד לא הייתה תוספת פיקטיבית, ועל כן יש להפחית אותה מגמול שעות נוספות המגיע לעובד. על יסוד האמור, לאחר בחינת דו"חות הנוכחות של העובד, ולאחר ניכוי תוספת שעות גלובלית ששולמה מידי חודש בסך של 1,000 ₪, זכאי העובד להפרשי גמול שעות נוספות בסך של 36,745 ₪, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום 1.8.2012 ועד למועד התשלום בפועל.

פיצוי בגין לשון הרע:

33. בית הדין האזורי דחה את תביעתו של העובד כנגד חברת החשמל לפיצוי על פי חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה – 1965 (להלן – **חוק איסור לשון הרע**), הן בשל כך שהתביעה לא פורטה כראוי הן בשל כך שעמדו לחברת החשמל הגנות על פי סעיפים 14, 15(2) ו- 15(8) לחוק איסור לשון הרע.

סיכומו של דבר:

34. בית הדין האזורי קיבל את תביעתו של העובד באופן חלקי בלבד, כמפורט להלן:
- 34.1. **פיצוי בגין העדר שימוע** בסך של 30,000 ₪, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום 28.3.2013 עד למועד התשלום בפועל. סכום זה חויבו חברת החשמל וחברת התאמה לשלם לעובד יחד ולחוד.
- 34.2. **גמול שעות נוספות** בסך של 36,745 ₪, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום 1.8.2012 עד למועד התשלום בפועל. סכום זה חויבה חברת התאמה בלבד לשלם לעובד.
35. **הוצאות משפט** – הן חברת החשמל והן חברת התאמה חויבו לשלם לעובד הוצאות משפט בסך של 500 ₪ ושכ"ט עו"ד בסך של 5,000 ₪.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

הערעור:

36. חברת התאמה ערערה על פסיקתו של בית הדין האזורי בענין פסיקת פיצוי בגין אי עריכת שימוע; בענין פסיקת גמול שעות נוספות; בענין שיעור הוצאות משפט. להלן, נדון בכל אחד מרכיבי הערעור שהגישה חברת התאמה.

פיצוי בגין אי עריכת שימוע

37. **לטענת חברת התאמה**, הסעד שנתבע בכתב התביעה היה פיצוי על פיטורים שלא כדין ובחוסר תום לב; הן בהחלטה בבקשה לסעד זמני מיום 19.5.2013 והן בפסק הדין נקבע כי חברת התאמה לא פיטרה את העובד, ונדחתה טענתו של העובד כי תנאי עבודתו הורעו ביחס לתנאי עבודתו באתר של חברת החשמל. נוכח האמור, משאין חולק כי העובד לא פוטר מעבודתו, הוא אינו יכול להיות זכאי לסעד של **"פיצוי בין פיטורים שלא כדין ובחוסר תום לב"**; בית הדין האזורי פסק לעובד סעד בגין אי עריכת שימוע טרם סיום ההצבה בחברת החשמל, אולם סעד כזה לא נתבע, ובית הדין לא היה מוסמך לפסוק לעובד סעד שלא נתבע.

לגופו של ענין נטען כי אין מקום לפסיקת פיצוי, שכן הטעם בקיומה של שיחת שימוע אינו מתקיים, נוכח ההוראה בהסכם התקשרות בין חברת החשמל לבין חברת התאמה, שלפיה חברת החשמל רשאית למנוע את כניסתו של מי מעובדי קבלן השירותים לחברה על פי שיקול דעתה הבלעדי, ובמקרה כזה יפסיק קבלן השירותים את עבודתו של אותו עובד לאלתר, ולחברת התאמה אין כל שיקול דעת בנדון; במקרה הנדון, חברת החשמל הכתיבה לחברת התאמה שאין לשבץ עוד את העובד לעבודה באתרי חברת החשמל, ולא מתקיים הטעם בקיומו של השימוע, ועל כן אין מקום לפסוק לעובד פיצוי בגין אי עריכת שימוע.

חברת התאמה הוסיפה וטענה כי מנכ"ל החברה ערך לעובד שימוע/בירור במסגרתו העביר לו את החלטת חברת החשמל בעניינו, הבהיר לו כי חברת התאמה שוקלת לנייד אותו לאתר חלופי ואף הקנה לו זכות טיעון. על כן, העובד לא היה זכאי לתשלום כלשהו.

לחלופין, טענה חברת התאמה כי היה על בית הדין לחייב את חברת החשמל **לבדה** ולא יחד ולחוד עם חברת התאמה בתשלום הפיצוי לעובד, מנימוקים אלה: **ראשית**, תכלית השימוע היא לאפשר לעובד **"להפריך את טענות חברת**



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

החשמל כלפיו ולנסות לשכנע את הגורמים הרלוונטיים בחברת החשמל מדוע אין הצדקה לסיום הצבתו באתרים של חברת החשמל", אולם על פי קביעתו של בית הדין האזורי חברת החשמל החליטה על סיום הצבתו של העובד בחצריה עוד בטרם נערך לעובד שימוע; **שנית**, חברת החשמל "הנחיתה" על חברת התאמה את סיום הצבתו של העובד בחצריה מתוקף הסכם ההתקשרות בין הצדדים, ולא העבירה למנכ"ל חברת התאמה את הנתונים הרלוונטיים בטרם ערך שימוע לעובד אלא הסתפקה במתן הנחיה חד משמעית לחברת התאמה מבלי שהיה לחברת התאמה כל שיקול דעת; **שלישית**, העובד היה בקשר מתמיד וקבוע עם נציגי חברת החשמל לאורך כל התקופה שבה הועסק בחברת התאמה וזאת במשך תקופת העסקתו הממושכת.

לחלופי חלופין נטען כי יש להפחית באופן ניכר את שיעור הפיצוי למינימום הנדרש.

38. **העובד טען** כי בחר שלא להגיש ערעור כיוון שהיה מותש פיזית וכלכלית מההליך בבית הדין האזורי, אולם עתר לכך שבית הדין יפעל על פי תקנה 110 לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין), תשנ"ב – 1991 (להלן – **תקנה 110**) ויקבע כי חברת החשמל בעצמה או במשותף עם צינור התשלום חברת התאמה הייתה מעסיקתו. זאת, על פי מבחני הפסיקה בעניין זהות המעסיק, שלפיהם המסקנה המתחייבת מהתשתית העובדתית היא שחברת החשמל הייתה מעסיקתו.

אשר להשתלשלות האירועים שהובילה לסיום הצבתו בחברת החשמל הכחיש העובד את מעורבותו בהחתמת כרטיסו של אזולאי, וטען כי לא נערכה בדיקה ראויה, וזאת בניגוד להצהרתה של חברת החשמל בדיון בבקשה לסעד זמני כי תיערך בדיקה, ואם בתום הבדיקה יתברר שהחשד נגד העובד היה חשד שווא תבוא בדברים עם חברת התאמה לבחון את הצבתו מחדש של העובד בחצריה; בפועל לא נערכה בדיקה ראויה ולא היה סיכום חקירה בעניינו של העובד; חברת החשמל אף שיבשה את ההליך המשפטי ומנעה את חקר האמת; העובד נפל קורבן לעוול נוראי, כיוון שלא היה מעורב במעשים שיוחסו לו.

אשר לחיוב חברת התאמה בתשלום פיצוי טען כי עת זומן לשיחה עם מנכ"ל חברת התאמה (יום לאחר שקם מ"שבעה" על אחיו) לא נמסרו לו פרטים כלשהם, ולמרות שהכחיש את מעורבותו בו ביום כתב המנכ"ל לחברת החשמל כי פוטר מעבודתו; מנכ"ל חברת התאמה לא ערך בירור כלשהו ביחס לחשדות,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

אלא זימן אותו לשיחה על מנת להודיע לו שחברת החשמל ביקשה את סילוקו מאתריה; המנכ"ל גם לא קיבל ואף לא ביקש לקבל תוצאות חקירה, ועל פי עדותו אינו יודע אם העובד אכן עשה את המיוחס לו, וחברת התאמה לא עשתה דבר כדי לנקות אותו מההאשמות נגדו; חברת התאמה פעלה בחוסר תום לב ולמראית עין בלבד בניסיונה המלאכותי להציב את העובד בעבודה אחרת, ולמעשה פוטר מעבודתו כפי שנכתב לחברת החשמל כבר ביום 28.3.2013.

אשר לחיוב חברת החשמל בתשלום הפיצוי טען העובד כי חברת החשמל הייתה צריכה ליטול חלק בשימוע, אם לא לנהלו בעצמה, הואיל וכל הנתונים היו בידה; אין לראות בתשאול שנערך לו על ידי קצין הביטחון של חברת החשמל שימוע; חברת החשמל לא ערכה בירור ראוי בעניינו, ואף שיבשה את הליכי המשפט ומנעה בירור האמת בבית הדין.

לעניין שיעור הפיצוי שנפסק לזכותו טען העובד כי חברת התאמה וחברת החשמל הביאו לפיטוריו ולאובדן מטה לחמו לאחר 23 שנות עבודה מסורות עבור חברת החשמל, באמצעות חברות קבלנות שונות, וכי הוא פוטר "על פי שמועה ולא על פי שימוע", ועל כן אין להפחית את שיעור הפיצוי שנפסק בבית הדין האזורי.

39. **חברת החשמל תמכה** בטענת חברת התאמה כי יש לבטל את החיוב בתשלום פיצוי בסך של 30,000 ₪, שבו חויבו חברת התאמה וחברת החשמל יחד ולחוד, וכן הבהירה כי היא מתנגדת לדרישתה החלופית של חברת התאמה – לקבוע כי הפיצוי שנפסק יושת כולו על חברת החשמל.

חברת החשמל הדגישה כי הקביעה שמעסיקתו של העובד הייתה חברת התאמה בלבד היא קביעה חלוטה שאין עליה ערעור, וכי ההתקשרות בין חברת החשמל לבין חברת התאמה הייתה מיקור חוץ אותנטי; העובד תבע פיצוי בגין "פיטורים שלא כדין". אולם, חברת החשמל לא הייתה מעסיקתו של העובד, וממילא לא פוטר מעבודתו בחברת החשמל, שבה לא הועסק. כמו כן, על פי פסיקתו של בית הדין האזורי, חברת התאמה לא פיטרה את העובד. משנפסק כי העובד לא פוטר, לא ניתן לפסוק לזכותו סעד של פיצוי על "פיטורים שלא כדין"; במסגרת כתב התביעה לא נתבע סעד בגין הפרת זכות הטיעון, ואין לפסוק לטובת העובד סעד שכלל לא נתבע.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

בכל מקרה, לא היה מקום לחייב את חברת החשמל בתשלום פיצוי לעובד בגין אי עריכת שימוע; בנסיבות שבהן היו חשדות מבוססים כנגד העובד, חברת החשמל הייתה מוסמכת לפנות לחברת התאמה, מעסיקתו של העובד, ולדרוש ממנה את הפסקת הצבתו באתרי חברת החשמל; משחברת החשמל לא העסיקה את העובד, היא לא נדרשה לערוך לעובד שימוע בעניין הפסקת הצבתו בחצריה, ואף לא הייתה חייבת להשתתף בשימוע שערכה חברת התאמה לעובד; בעניין **נאידורף** עליו הסתמך בית הדין האזורי בוטל (פה אחד) חיוב חברת החשמל בתשלום פיצוי בגין אי עריכת שימוע לעובדת חברת אבטחה, וכן נפסק ש"אין זה ברור מאליו כי ניתן לחייב את מזמין השירותים בפיצוי בגין 'פיטורים שלא כדין'". בעניין **שפר**, שגם עליו הסתמך בית הדין האזורי, השאלות שעמדו להכרעה היו שונות, ובית הדין כלל לא נדרש לשאלת החבות של מזמין שירותים לפצות עובד קבלן פיצוי כספי בגין אי קיום שימוע טרם קבלת ההחלטה בדבר הפסקת הצבתו.

לחלופין, גם אם חלה חובה בהקשר האמור, החובה הראשונית הייתה ונותרה חובתו של המעסיק, וחברת התאמה אינה מתכחשת לה. חברת התאמה מילאה את חובתה, ושמעה את טענותיו של העובד טרם קיבלה החלטה בעניין המשך הצבתו באתרי חברת החשמל; ככל שלחברת התאמה היו חסרים מידע ונתונים טרם קיומו של השימוע לעובד, היה באפשרותה לפנות לחברת החשמל, אולם היא לא עשתה כן; לפיכך, אם וככל שנפל פגם בהליך השימוע, הרי שפיצוי זה צריך להיות משולם על ידי חברת התאמה; חברת החשמל פעלה להפסקת הצבתו של העובד בחצריה רק לאחר שהיו בפניה חשדות מבוססים היטב בדבר מעורבותו של העובד בהחתמת הכרטיס של אזולאי, והיא פעלה בהתאם לסמכותה ולזכותה על פי הסכם ההתקשרות בינה לבין חברת התאמה, להפסיק לאלתר את הצבתו של עובד חברת התאמה בחצריה.

חברת החשמל הוסיפה, "הרבה למעלה מן הנדרש", שהמסקנה שלפיה לעובד ולחברת התאמה לא היו יודעים הפרטים הנדרשים היא מסקנה שגויה, שכן מר מרום הציג לעובד את כל החשדות בעניינו במסגרת החקירה שערך.

40. **במענה לטענות העובד וחברת החשמל** טענה חברת התאמה כי הקביעה שחברת החשמל לא הייתה מעסיקתו של העובד היא קביעה חלוטה; גם ההחלטה מיום 19.5.2013 בבקשה לחידוש הדיון בבקשה לסעדים זמניים שבה נקבע כי העובד



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

לא פוטר מעבודתו היא החלטה חלוטה, נוכח העובדה שהעובד לא הגיש עליה בקשת רשות ערעור, וכך גם נקבע בפסק הדין; נוכח האמור, אין חולק כי העובד אינו יכול להיות זכאי לתשלום "פיצוי בגין פיטורים שלא כדין ובחוסר תום לב".

41. לאחר בחינת טענות הצדדים אנו קובעים כי דין הערעור להידחות, ויש להותיר על כנה את קביעתו של בית הדין האזורי שלפיה העובד זכאי לפיצוי בשל אי עריכת שימוע קודם לסיום הצבתו בחברת החשמל, וכי על חברת החשמל וחברת התאמה לשאת יחד ולחוד בתשלום הפיצוי.

ההיבטים הדיוניים:

42. בטרם דיון בטענות הצדדים לגופן, יש להתייחס לטענות במישור הדיוני שהעלו הצדדים.

43. אנו סבורים, כי יש לדחות את טענת העובד כי במקרה הנדון, למרות שהעובד לא הגיש ערעור על פסק הדין יש לקבוע כי חברת החשמל הייתה מעסיקתו, לבד או במשותף עם חברת התאמה, וזאת על יסוד תקנה 110, הקובעת כי –

"בית הדין שלערעור מוסמך ליתן כל החלטה שצריך היה לתיתה או לאשר או לבטל את ההחלטה שניתנה ולהורות על דיון חדש או ליתן החלטה נוספת או אחרת, ככל שיחייב העניין; בית הדין רשאי להשתמש בסמכותו זו אף אם הערעור נוגע רק לחלק מן ההחלטה ורשאי הוא להשתמש בה לטובת המשיבים או בעלי הדין האחרים, כולם או מקצתם, אף אם לא הגישו ערעור או ערעור שכנגד".

תקנה 110 זהה בנוסחה לתקנה 462 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד – 1984, וכפי שהוסבר בהרחבה בבע"מ 9518/08 פלוני נ' פלוני (20.1.2010) "השימוש בה (כמו בתקנה 423 קודמתה) ייעשה במשורה ובמקרים נדירים". אין מקום לעשות שימוש בתקנה זו במקרה הנדון, שבו העובד השלים עם פסק הדין ולא הגיש ערעור על קביעותיו של בית הדין האזורי בעניין זהות המעסיקה ונסיבות סיום העסקתו, דהיינו כי התפטר מעבודתו ולא פוטר.

לפיכך, נקודת המוצא לדיון בערעור היא קביעתו של בית הדין האזורי כי חברת החשמל לא הייתה מעסיקתו של העובד, בין מעסיקה במשותף ובין מעסיקה בלעדית, וכי מעסיקתו במועד סיום עבודתו הייתה חברת התאמה בלבד, וכי העובד לא פוטר על ידי חברת התאמה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

44. לטענת המשיבות, נוכח קביעתו של בית הדין האזורי כי העובד לא פוטר מעבודתו על ידי חברת התאמה, הרי שבית הדין האזורי פסק לעובד סעד שלא נתבע על ידו, נוכח העובדה כי נתבע על ידי העובד סעד בגין "פיטורים בחוסר תום לב, ללא שימוע כדין, וללא שניתנה לו הזדמנות סבירה לשטוח טענותיו וגרסתו" (סעיף 71 לכתב התביעה). אין בדינו לקבל טענה זו. לטעמנו, אין לקרוא את סעיף 71 לכתב התביעה במנותק מההקשר הכולל של כתב התביעה, שממנו עולה (נוכח גרסתו של העובד כי מעסיקתו הייתה חברת החשמל) כי תביעתו של העובד סבה על אי עריכת שימוע בקשר לסיום הצבתו בתפקידו בחברת החשמל, אותו ראה כפיטורים. כך, בכל הנוגע לסיום הצבתו של העובד בחברת החשמל ולסיום עבודתו העובד עתר בכתב התביעה "להחזרתו לעבודתו ותפקידו שנגזלו הימנו בטענות כזב, על לא עוול בכפו, ומבלי שמישהו בכלל מנסה לקבל ממנו גרסה לאירועים הנתענים", וכן טען כי "פוטר בחוסר תום לב, ללא שימוע כדין, וללא שניתנה לו הזדמנות לשטוח טענותיו וגרסתו. בשל כך יעתור לפיצוי בסך 30,000 ₪". במסגרת טענותיו בכתב התביעה טען העובד, בין היתר, כי "...זכויותיו כאדם וכעובד, עליהן חייבת הנתבעת 1 [חברת החשמל – ל.ג.] לשמור אינן תלויות כלל וכלל במעמדו כעובד המשיבות יחדיו או מי מהן"; "... הנתבעת 1 כשלה בחובתה כלפיו גם במעמדה כמזמין השירות מהנתבעת 2 [חברת התאמה – ל.ג.]"; "... לא נערך לו צל צלו של שימוע"; "... כללי הצדק הטבעי, חלים על כל אדם, והמשיבות שחררו עצמן מכך". נוכח האמור, ברור כי טענתו של העובד בכתב התביעה בעניין אי עריכת שימוע סבה על כך שסיום הצבתו בחברת החשמל נעשה ללא שנערך לו שימוע כדין, והוא אף טען במפורש כי חובתה של חברת החשמל לערוך לו שימוע אינה תלויה במעמדו כעובד של חברת החשמל. בכתב ההגנה מטעם חברת החשמל התייחסה חברת החשמל במפורש לטענתו של העובד כי הופרה זכותו לשימוע, וטענה כי נוכח העובדה שלא הייתה המעסיקה של העובד "לא חלה עליה חובת שימוע כלפי התובע. חובה זו, מקום בו היא קיימת, מוטלת על מעסיקתו של התובע, חברת התאמה" (סעיף 24 לכתב ההגנה), וכי זכויותיו של העובד, "שזכות הטיעון מביניהן, חלות במערך היחסים מול המעסיק, ואינן חלות על צד שאמנם נהנה משירותי החברה המעסיקה, אך אינו נמצא ביחסי עובד ומעביד מול אותו העובד" (סעיף 25 לכתב ההגנה). בהמשך, טענה חברת החשמל



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

כי "בקשת חברת החשמל שלא להציב את התובע באתריה הייתה לגיטימית ומוצדקת, כחלק מהפררוגטיבה הניהולית שלה" (הכותרת לסעיפים 27 – 20 לכתב ההגנה). זאת ועוד. בסעיף 59 לכתב ההגנה, שבו בין היתר ניתן מענה לסעיפים 70 ו-71 לכתב התביעה, מעבר לטענתה כי העובד לא פוטר על ידי חברת התאמה ועל ידה טענה חברת החשמל כי "מכל מקום, בכל הנוגע לסיום הצבת התובע באתריה, לא חלה על חברת החשמל חובת שימוע, וחובה זו כלל לא הופרה".

נוסיף, כי בתצהירו המשלים (סעיף 17) טען העובד במפורש לעניין חובת חברת החשמל לערוך לו שימוע, והצהיר כי "לפי הצדק ולפי ייעוץ משפטי שקיבלתי – גם הדין מחייב שחברת החשמל היתה צריכה לזמן אותי, להראות לי מה יש לה נגדי, ולתת לי זכות להראות שהכל עלילה, וגם להביא עו"ד". לא הועלתה על ידי חברת החשמל טענה לשינוי חזית.

בסיכומי הטענות מטעם חברת החשמל התייחסה במפורש חברת החשמל גם לעניין חובתה לערוך שימוע לעובד, וטענה כי נוכח העובדה שלא הייתה המעסיקה של העובד לא חלה עליה חובת שימוע כלפי העובד (סעיפים 18 – 22 לסיכומי הטענות של חברת החשמל בבית הדין האזורי).

מכל האמור לעיל עולה כי לשאלה בדבר חובת המשיבות ובמיוחד חובת חברת החשמל לערוך לעובד שימוע בטרם סיום הצבתו באתר חברת החשמל וזכאותו לפיצוי ככל שחובה זו הופרה היה מקום מרכזי בחזית המחלוקת ובחזית הדיון בבית הדין האזורי, והיא אף זכתה להתייחסות נרחבת של הצדדים בכתבי בית דין שהוגשו על ידם. נוכח האמור, יש לדחות את טענת המשיבות כי נפסק לעובד סעד שלא נתבע על ידו, כיוון שנתבע סעד של "פיצוי בגין פיטורים שלא כדין" ונפסק כי העובד לא פוטר מעבודתו. כמוכח, העובד תבע במפורש סעד של פיצוי על אי עריכת שימוע טרם קבלת החלטה על הפסקת הצבתו באתר חברת החשמל.

45. **כללו של דבר**: נדחות טענות הצדדים במישור הדיוני. לפיכך, נקודת המוצא לדיון בערעור היא קביעתו של בית הדין האזורי כי חברת החשמל לא הייתה מעסיקתו של העובד, בין מעסיקה במשותף ובין מעסיקה בלעדית, כי מעסיקתו במועד סיום עבודתו הייתה חברת התאמה בלבד, וכי העובד לא פוטר על ידי חברת התאמה. כמוכח, העובד טען במפורש לאי עריכת שימוע כדין קודם



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

לקבלת ההחלטה על סיום הצבתו לעבודה בחברת החשמל, ועניין זה היה בחזית המחלוקת בבית הדין האזורי, ועל כן נדחתה הטענה כי בית הדין האזורי לא היה מוסמך לפסוק סעד בשל אי עריכת שימוע כדין.

נוכח האמור, יש לבחון את טענות הצדדים לגופן, ובכלל זאת להכריע בשאלת חבותו של מזמין שירות לערוך שימוע לעובד קבלן שירות קודם לקבלת ההחלטה על הפסקת הצבתו בחצרי המזמין, לבדו או ביחד עם קבלן השירות.

46. טרם דיון בטענות הצדדים לגופן נבהיר כי לטעמנו, השאלה העומדת להכרעה היא זכות הטיעון של עובד המועסק בתבנית העסקה מורכבת, בין אם מדובר במיקור חוץ של כוח אדם, בו מספק קבלן משנה כוח אדם הפועל בחצרו של המשתמש, ובין אם מדובר במיקור חוץ של פונקציות, בו מעביר המשתמש את האחריות לביצוע תפקידים מסוימים לקבלן משנה, העובד בעצמו או מעסיק עובדים משלו. נוכח קווי הדמיון בין שני סוגי מיקור החוץ, אנו סבורים כי **במישור העקרוני** יש לדון במאוחד בזכויות עובד בתבנית העסקה מורכבת בשני הסוגים. עם זאת, **במישור היישומי**, עשוי להיות הבדל, שכן היקף החובה של המעסיק בפועל של עובד קבלן כוח האדם או מזמין השירות (להלן יחד – **המשתמש**) נגזר גם ממידת המעורבות של המשתמש בהחלטות הנוגעות להעסקתו של עובד בתבנית ההעסקה המורכבת, ובעניין זה עשוי להיות שוני בין עובד קבלן כוח האדם לבין עובד קבלן שירות.

זכות הטיעון של עובד קבלן כוח אדם או עובד קבלן שירות – כלפי הקבלן, המשתמש או שניהם?

47. מזה כמה עשורים משפט העבודה מתמודד עם התופעה של העסקת עובדים בתבנית העסקה מורכבת, או בתבנית העסקה משולשת, או בכינוי אחר שניתן לה, "העסקה עקיפה", כך שהעובד אינו מועסק על ידי מי שבחצרו הוא מבצע את עבודתו אלא מועסק על ידי קבלן כוח אדם או קבלן שירותים. הן הפסיקה והן הספרות עמדו על האתגרים שמציבה מתכונת העסקה זו לשמירה על זכויותיהם של העובדים. עמד על כך בית דין זה בעניין **רשות העתיקות** [ע"ע (ארצי) 203/10 **רשות העתיקות – עבדלה חגאזי ו- 21 אח' (17.3.2013)**] בהתייחסו לסעיף 12א לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, תשנ"ו – 1996:



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

"...החוק ובעיקר סעיף 12א' בו, אשר הגבילו את משך הזמן בו ניתן לבצע מיקור חוץ של כוח עבודה, מניחים, כנקודת מוצא יסודית במשפט העבודה, כי הפגיעה הפחותה בעובדים תתכן מקום בו קיימת חפיפה בין המשתמש לבין המעסיק. חפיפה שכזו תקטין את הסכנה בהתייחסות אל כוח העבודה כאל מצרך, על כל המשתמע מכך. לא בכדי משפט העבודה נדרש, חדשות לבקרים – הן בחקיקה והן בפסיקה, להתמודד עם ההשלכות של העסקה בתבניות העסקה מורכבות".

וראו גם :

ע"ע (ארצי) 33542-11-12 אוניברסיטת בן גוריון – פרופ' דינה פלפל (4.3.2017) (להלן – עניין פלפל).

ע"ע (ארצי) 326/03 מדינת ישראל – ילנה צ'פקוב (20.3.2006).

רות בן ישראל, מיקור חוץ (outsourcing) – 'מתמקרים' החוצה: העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם – פרשנות אחרת – המרת העסקה הפורמאלית בעסקה האוטנטית, **שנתון משפט העבודה** ז' 5 (1999);

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 "שוויון (או אי שוויון) ביחסי העסקה משולשים בישראל", **עבודה חברה ומשפט** י"ב 153 (2010).

גיא דוידוב, "העסקה עקיפה", **עבודה חברה ומשפט**, יב' 191 (2010).

48. הן החקיקה והן הפסיקה נדרשו למצוא דרכים להתמודד עם ההשלכות של העסקה בתבניות העסקה מורכבות. במישור החקיקה, פעל המחוקק להסדרת היבטים שונים של העסקה בתבניות מורכבות. כך, נקבעו **בחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, תשנ"ו-1996** משטר רישוי והסדרים שונים (כגון – חיוב בהפקדת ערובה) הן ביחס לקבלני כוח אדם והן ביחס לקבלני שירות בענפי הניקיון והשמירה, שתכליתם להבטיח את תשלום זכויות העובדים, וכן הוגבל משך ההעסקה של עובד באמצעות חברת כוח אדם (סעיף 12א לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם; ראו לעניין סעיף 12א לחוק ע"ע (ארצי) 472/09 **זוהר גולן – או אר אס משאבי אנוש בע"מ** (12.9.2010); עניין **רשות העתיקות**). **החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, תשע"ב – 2011** הטיל על מזמין שירות חבויות החלות על מעסיק שהוא קבלן כלפי עובדיו, בהתקיים התנאים



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

שנקבעו בחוק, וזאת במטרה להבטיח כי מזמיני השירות ידרשו ויבדקו את קיומן של החובות החלות על קבלן כלפי עובדיו. הסדרים נוספים המטילים חבות על מעסיק בפועל כלפי עובד קבלן כוח אדם ואף אחריות פלילית נקבעו גם בסעיף 6א(א) ובסעיף 14א(א) **לחוק שכר מינימום, התשמ"ז – 1987** ובסעיף 111, **לחוק עובדים זרים, תשנ"א – 1991**; סעיף 20א(ד) **לחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א – 1951**, שהטיל את החובה לפעול על פי סעיף 20א לחוק גם על מעסיק בפועל של עובד חברת כוח אדם ועל מזמין שירות, וזאת כלפי עובד חברת כוח אדם או עובד קבלן שירות; סעיף 9 **לחוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח – 1998**, שהחיל את הוראות החוק גם על מעסיק בפועל אדם באמצעות קבלן כוח אדם, ועל אדם המועסק כאמור; סעיף 2א(1) **לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח – 1988** (להלן – **חוק השוויון**), שהרחיב את תחולת איסור ההפליה על פי החוק גם על מעסיק בפועל כלפי עובדי קבלן כוח אדם; סעיף 9(ב1) **לחוק עבודת נשים, תשי"ד – 1954**, שהחיל על מעסיק בפועל מגבלות בכל הנוגע לפיטוריה של עובדת קבלן כוח אדם בהיותה הרה, עת על פי סעיף 9(ב) לחוק רואים כפיטורים גם "**הפסקה זמנית של העסקתה**" של עובדת קבלן כוח האדם.

49. במישור הפסיקה, נפסק כי תכליתו של משפט העבודה, "**להבטיח קיום כלכלי (חומרי) וחברתי (רוחני) בכבוד של העובד, ובקליפת אגוז – את כבודו החברתי**" הוא אחד השיקולים בקביעת זהות המעסיק, עת הכלל הוא כי "**במשפט העבודה, המעביד של עובד יהא זה שבינו לבין העובד קיימת התקשרות אותנטית ולגיטימית**" [עניין **פלפל**; וראו גם ע"ע (ארצי) 24256-06-17 **מנרב הנדסה ובניין בע"מ - GOITOM TWELDE** (9.6.2020) והאסמכתאות שם; ע"ע (ארצי) 4995-06-11 **מלי בירן – מדינת ישראל** (14.6.2017) והאסמכתאות שם].

דרך נוספת שהתוותה הפסיקה היא הכרה במשתמש (המעסיק בפועל) והקבלן **כמעסיקים במשותף**, האחראים יחד ולחוד לתשלום זכויות העובדים [דב"ע (ארצי) נד/96-3 **מחלקת הבנייה של הקיבוץ הארצי בע"מ - ח'ליל עבד אל רחמן עאבד**, פד"ע כט 151 (1996); ע"ע (ארצי) Xue Bin 1218/02 - א. דורי בע"מ, פד"ע לח 650 (2003); ע"ע (ארצי) 1363/02 **דינה חזין - תנופה שירותים כ"א ואחזקות בע"מ**] (5.11.06).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

כמו כן הוכרה בפסיקה (קודם 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, הוכרה 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 קבלן השירותים או כוח האדם אינו מסוגל בפועל לשאת במחויבויותיו".

(עניין מנרב, סעיף 37 לפסק הדין).

וראו גם :

ע"ע (ארצי) 410/06 המוסד לביטוח לאומי - פאהום (2.11.2008) (חוות דעתו של הנשיא (בדימוס) אדלר).

עב (ת"א) 3054/04 שמואלוב – משה פונס שירותי ניקיון ואחזקה בע"מ (10.12.2006).

להשלכות החוק להגברת האכיפה על האפשרות להכיר ב"משתמש" כמעסיק במשותף האחראי לתשלום זכויות משפט העבודה המגן ראו דיון בעניין מנרב, סעיף 40 לפסק הדין.

50. בענין נאידורף התעוררה השאלה אם ניתן לראות במזמין שירות כ"מעסיק" על פי חוק השוויון, באופן שיאפשר להחיל את הוראותיו, בנסיבות המתאימות, גם על מזמין שירות ביחסיו עם עובדיו של קבלן שירותים. שאלה זו התעוררה נוכח העובדה כי בחוק השוויון הוטלה אחריות על מעסיק בפועל של עובד קבלן כוח אדם, ולא הוסדרה אחריותו של מזמין שירות כלפי עובדי קבלן שירות. נפסק, כי יש מקום לראות את מזמין השירות כ"מעסיק" על פי חוק השוויון, ונאמר כך :

"ההכרעה בשאלה מהן הנסיבות המתאימות כאמור מותנית בתשובה שתינתן לשאלה מקדימה אחרת והיא לשם מה מתבקשת החלה כאמור והאם ראוי להכיר בנסיבות המקרה במזמין השירות כ-מעסיק' לצורך קידום התכליות של חוק שוויון ההזדמנויות, כמפורט לעיל. זאת בהתאם להלכה המוכרת שלפיה הכרה בקיומם של יחסי עובד ומעסיק הינה תלויה הקשר ומשכך יכול ויקבע כי יש להכיר בקיומם של יחסים שכאלה לצורך חוק מסוים בלבד ואף לצורך סעיף מסוים באותו חוק (ר' דנג"ץ



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

4601/95 חי יוסף סרוסי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, נב(4) 817 (1998); בג"ץ 1163/98 עפר שדות נ' שירות בתי הסוהר, נה(4) 817 (2001); בג"ץ 5168/93 שמואל מור נ' בית הדין הארצי לעבודה, נ(4) 628 (1996); דב"ע (ארצי) נה/02-109 אסנת דפנה לוי נ' המוסד לביטוח לאומי, כט (1) 326 (10.1.96).

התשובה שתינתן לשאלה המקדימה כאמור (האם ראוי להכיר במזמין השירות כמעסיק לעניין חוק השוויון) מותנית, בין היתר, במידת הפגיעה בשוויון וחומרתה וכן, במידת התרומה או פוטנציאל התרומה של מזמין השירות לפגיעה זו, במעשה או במחדל. משמע – ככל שמידת הפגיעה בשוויון חמורה יותר וככל שעולה מן הנסיבות כי התרומה או פוטנציאל התרומה של מזמין השירות לפגיעה זו הייתה גדולה יותר – כך תגדל הנטייה להכיר בו כמעסיק לצורך חוק שוויון ההזדמנויות. בהקשר זה יש להעיר כי בנסיבות מסוימות ובשים לב לפערי הכוחות המאפיינים לעיתים את היחסים שבין קבלן השירותים לבין מזמין השירות ניתן יהיה ללמוד על תרומה מכרעת להתנהלות המפלה של מזמין השירות 'כבעל המאה שהוא גם בעל הדעה'. תרומה העשויה לעלות לעיתים בהרבה על זו של קבלן השירותים, כפי שאף היה במקרה הנוכחי. בנוסף יש להעיר כי הבחינה של מידת התרומה או של פוטנציאל התרומה של מזמין השירות לפגיעה בשוויון, באופן ישיר או עקיף, במעשה או במחדל, תיבחן בקפידה רבה בשים לב לעובדה שחלק לא מבוטל מן העובדים המועסקים במתכונת עבודה מורכבת – שבה מעורב קבלן שירותים ומזמין שירות – נמנה על האוכלוסיות המוגנות על פי חוק השוויון. כך שצורת העסקה זו לכשעצמה ובמיוחד על רקע פערי כוחות שבין מזמין השירות לבין קבלן השירותים – עשויה להגדיל את פוטנציאל החשיפה של האוכלוסיות המוגנות לצורות שונות של אפליה. לכל אלה יינתן כאמור ביטוי לצורך ההכרעה בשאלת האחריות של מזמין השירות לקיומה של אפליה, דהיינו – לצורך ההכרעה בשאלה האם ראוי לראות בו כמעסיק לעניין חוק השוויון."

בעניין נאידורף, לאחר בחינת מכלול הנסיבות, נפסק כי –

"על רקע האמור, לנוכח חומרת האפליה מחד והתרומה המכרעת של חברת החשמל להתרחשותה מאידך – יש להכיר בחברת החשמל כ-'מעסיק' לצורך חוק שוויון ההזדמנויות. עוד יוער כי הפרשנות המצמצמת לה טוענת חברת החשמל באשר לגבולות המושג 'מעסיק' שבחוק השוויון – לו הייתה מתקבלת – עלולה הייתה להוביל להעצמת אותם מנגנונים סמויים ומורכבים המחזקים את אי השוויון. במיוחד בנסיבות שבהן מי שנושא בעיקר האחריות לה, כמו במקרה כאן, הוא מזמין השירות."

51. **סיכום ביניים:** בהתאם לפסיקה, בנסיבות המתאימות, עת הדבר נדרש

להגשמת תכלית משפט העבודה, הכירו המחוקק והפסיקה במעסיק בפועל או



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

מזמין השירות, (או בכינויים האחר "המשתמש"), שבחצרו הועסק עובד קבלן כוח אדם או הועסק עובד קבלן שירות, כמעסיק של העובד, בין לבדו ובין כמעסיק במשותף עם קבלן כוח האדם או קבלן השירות. עוד הכירה הפסיקה באפשרות להכיר במשתמש כמעסיק של עובד קבלן כוח האדם או עובד קבלן שירות לעניין ספציפי, וזאת **בהתאם לתכליתו של אותו עניין במשפט העבודה**.
52. על רקע האמור, יש לבחון את השאלה העומדת להכרעה בהליך זה – האם יש מקום להכיר במשתמש שבחצרו מועסק עובד קבלן כוח האדם או עובד קבלן השירות (להלן יחד – **עובד הקבלן**) כמעסיק במשותף, וזאת לעניין החובה לערוך שימוע, עת המשתמש מקבל החלטה שיש לה השלכה על זכויותיו של עובד הקבלן, ובמיוחד עת הוא מחליט להפסיק את הצבתו של העובד בחצרו. על מנת ליתן מענה לשאלה זו, יש לעמוד תחילה על מהות הזכות לשימוע ותכליתה, ולאורן לבחון את השאלה האם יש לחייב את המשתמש במתן זכות טיעון לעובד הקבלן.

53. זכות הטיעון המוקנית לעובד, שמולה עומדת חובתו של המעסיק לערוך שימוע, נשענת על מספר אדנים נורמטיביים: חוקתיים – זכותו של העובד לכבוד כעובד וכאדם, זכות הקניין מקום בו החלטת המעסיק עלולה לפגוע בקניינו, וזכות הנפגע מהחלטה להליך הוגן; כללי הצדק הטבעי – העיקרון עתיק היומין "ישמע הצד השני"; עת מדובר במעסיק ציבורי או דו מהותי – חובת ההגינות המוטלת על רשות שלטונית עת היא פועלת במסגרת המשפט הפרטי; עקרון תום הלב וחובת ההגינות – החלה על המעסיק מכל מגזר כלפי העובד.

ראו בהרחבה חיים ברנזון "היקף חובת ההשמעה וזכות העיון בהליך שימוע מינהלי הוגן ביחסי עבודה", **ספר אליקה ברק – אוסוסקין** 327 (2012).

54. במאמרה של רעות שמר בגס "צדק פרוצדוראלי וכבוד העובד בהליך הפיטורים – עיונים בהלכת השימוע" (**עבודה, חברה ומשפט** י"ג, 175 (2012)) הוצע לעגן את זכות הטיעון של העובד, שמשמעותה היא "זכות העובד להגן על מקום עבודתו" כנגזרת מזכותו של העובד לכבוד במקום העבודה. זאת ועוד. לגישה, הליך פיטורים שבו יישמרו כללי הצדק הפרוצדוראלי, ובכללם מתן זכות הטיעון לעובד, יש בו כדי לצמצם את עצמת הפגיעה בעובד כתוצאה מהפיטורים, ואף למנוע נזקים נפשיים הקשורים לפיטורים.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

לגישה דומה, שלפיה יש חשיבות לחובת השימוע כדי לצמצם את המשבר שחוזה העובד כתוצאה מהפיטורים ראו שלומית יניסקי רביד, "היגור זאב עם כבש? יחסים פסיכולוגיים במקום העבודה", **ספר אליקה ברק אוסוסקין** 233 (2012). וראו גם: גיא מונדלק, נטע לי בן יהודה, "על חובת השימוע: הגישה ההליכית להגנה מפני פיטורים לא צודקים", **משפט חברה ותרבות** פרוצדורות 177 (2014).

55. על מהותה ותכליתה של זכות הטיעון לעובד עמד בית דין זה בעניין **גוטרמן** [ע"ע (ארצי) 1027/01 **גוטרמן – המכללה האקדמית עמק יזרעאל**, פד"ע לח 448 (7.1.2003)], באומרו:

"הלכה פסוקה היא, מימים ימימה, כי זכות הטיעון הינה מזכויות היסוד הראשוניות בשיטתנו המשפטית, ומקום של כבוד שמור לה ביחסי העבודה בכלל, קל וחומר עת נשקלת אפשרות לסיום העסקתו של עובד, בין בדרך של פיטורים ובין בדרך של אי-חידוש חוזה עבודה.

ודוק. זכות הטיעון איננה מטבע לשון, אין לראות בה "טקס" גרדא שיש לקיימו, מצוות אנשים מלומדה, כדי לצאת ידי חובה. זכות הטיעון נמנית על זכויות היסוד של שיטתנו המשפטית ומטרתה להביא לידי כך שתתקבל החלטה עניינית, מושכלת ומבוררת, תוך מתן תשומת לב מלאה ומשקל ראוי לעמדותיו ולענייניו של מי שעלול להיפגע מן ההחלטה. זוהי זכותו הראשונית של העובד לדעת מה הן הטענות המועלות נגדו או בעניינו ובהתאם ליתן תגובתו להן, להציג את האידך גיסא מנקודת ראותו, ולנסות לשכנע את בעל הסמכות לשנות מדעתו ככל שיש בה לפגוע בזכויותיו (לעניין זה ראו דב"ע מח/148 – **3 שקם בע"מ – גרינברג** [1], בעמ' 143).

עד כאן הזכות וממנה נובעת החובה המוטלת על המעביד – להציג בפני העובד את הטענות המופנות כלפיו, את השאלות שעלו בעניינו אשר יש בהן כדי להשפיע על מקבל ההחלטה. כל זאת בפתיחות, בהגינות ובתום-לב מבלי לכחד דבר מן העובד. דרכי קיומו של השימוע נקבעו זה מכבר. יכול שיעשה בכתובים ויכול שיתקיים בפני מי שהוסמך לכך. עיקרו של דבר בחובתו של המעביד ליתן דעתו לטיעונו של העובד ולשמוע אותם בלא פניות, בלב נקי ובנפש חפצה, קודם שתיפול ההחלטה הסופית העשויה, לא אחת, להיות בלתי הדירה ומכרעת לגביו".

וראו גם:

ע"ע (ארצי) 1349/01 **וופא אסחאק – מדינת ישראל** (16.2.2004)

ע"ע (ארצי) 1290/02 **מדינת ישראל – אלי שדה** (6.3.2003).

ע"ע (ארצי) 1403/01 **סוהייר סרוג'י – המוסד לביטוח לאומי** (3.5.2004).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

ע"ע (ארצי) 848/07 אלמונית – פלוני (17.3.2009) סעיפים 25 – 28 לפסק הדין.
 ע"ע (ארצי) 21781-10-10 לולו ראשד – הוועדה המרחבית לתכנון ובנייה גבעות
 אלונים (13.7.2012).
 ע"ע (ארצי) 44309-05-11 שירי להב – מדינת ישראל (22.1.2013) (להלן – עניין
 שירי להב).
 ע"ע (ארצי) 14039-07-11 חנה סולטני – מדינת ישראל (19.12.2013) (להלן –
 עניין סולטני).
 ע"ע (ארצי) 55550-09-14 שמעון בן אלי – קומבה בע"מ (24.9.2017).
 ע"ע (ארצי) 22305-02-15 טל חזון – קיבוץ נען (8.6.2017).

עוד נפסק, כי למתן זכות טיעון לעובד חשיבות רבה עת מועלות כנגד העובד
 טענות כי ביצע עבירת משמעת או מעשה חמור אחר :

"כך דרך כלל. על אחת כמה וכמה כאשר המעסיק מייחס לעובד
 עבירת משמעת חמורה, או עבירה של גניבה. במקרים כגון אלה,
 עלולות להיגזר על העובד סנקציות חמורות ביותר, עד כדי שלילת
 זכותו לפיצויי פיטורים, בנוסף לפגיעה בשמו הטוב ובעתידו
 התעסוקתי. על כן, לא יכסה המעסיק מפני העובד את החשדות
 המיוחסים לו, אלא ישטח אותם בפני העובד, באופן שיהא בידיו
 להפריכן, או לשכנע את מעסיקו, כי אין ממש באותם חשדות,
 כולם או מקצתם. וכבר פסקנו בפרשת לינדר : 'ככל שטענותיו של
 המעסיק כלפי עובדו גוברות בחומרתן, כן מתעצמת זכות הטיעון
 של העובד למצות את ההזדמנות הקנויה לו להזים אותן טענות,
 או לפחות לנסות ולשכנע את מעסיקו לחזור בו מן ההחלטה' [ע"ע
 355/99 לורה לינדר – ארגון נכי תאונות עבודה, פד"ע לו 846]."

ע"ע (ארצי) 415/06 דני מלכה - שופרסל בע"מ (15.7.2007).

56. יודגש, כי זכות הטיעון מוקנית לעובד לא רק במקרה של פיטורים, אלא גם
 במקרים שבהם מבקש המעסיק לשנות את תנאי ההעסקה כגון – העברה
 לתפקיד אחר, שינוי היקף המשרה, וכיו"ב.
 ראו :

ע"ע (ארצי) 1465/02 בנימין משה – איגוד ערים לכבאות והצלה טבריה, פד"ע
 לט 646 (2004).

ע"ע (ארצי) 173/06 מירה גרינשפן – האוניברסיטה העברית בירושלים
 (8.11.2007).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

ע"ע (ארצי) 39172-11-16 מדינת ישראל – דניאל שדה (3.6.2018).

57. כמובהר, תכליתה של מתן זכות טיעון לעובד היא לאפשר לעובד להציג את עמדתו טרם קבלת החלטה בעניינו, עת מדובר בהחלטה שהוא עלול להיפגע ממנה. זכות זו נגזרת מכבודו של העובד – כאדם וכעובד. אכן, זכות זו מגבילה במידה מסוימת את הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק, אולם כבר נפסק כי -

"...הפררוגטיבה הניהולית אינה ערך העומד לעצמו ולעולם תהא כפופה לדרישת הסבירות, המידתיות, תום הלב וההגינות [ע"ע 1159/01 ד"ר אבנר כרמי – מדינת ישראל-מינהל המחקר החקלאי, 5.11.02; עניין ויזנר] כאשר אל מול הפררוגטיבה הניהולית עומד האינטרס של העובד אותו יש להביא בחשבון. בתוך כך, על הפררוגטיבה הניהולית 'להתאזן לעומת הזכות לעבוד' הכוללת את זכות העובד 'שחווה העבודה לא ישונה בצורה לא סבירה תוך פגיעה חד צדדית בעובד' [עניין עבדאלגאני; ע"ע 300019/98 דב אורן – דניה סיבוס חברה לבנייה בע"מ, 7.7.04; עניין ויזנר; אלישבע ברק אוסוסקין, "אילוצים כלכליים של המעביד מול זכות העובד לעבוד – האיזון הראוי", ספר מנחם גולדברג, ירושלים, התשס"ב - 2002 עמוד 224]."

ע"ע (ארצי) 491/08 סוהא סארג'י - קופת חולים לאומית (10.05.2009)

זאת ועוד. גם במימוש הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק, חובה עליו לשמור על כבוד האדם של העובד. וכך נפסק בעניין סולטני (הערות השוליים הושמטו):

"הלכה היא ואין חולק, כי למעסיק זכות הקניין והזכות הניהולית בעסקו. אלא שבכך אין די לגרוע מעקרון היסוד לפיו העובד הוא בראש וראשונה אדם ויש להקפיד על כבוד האדם שלו, שהרי 'עניין לנו בעובדים. עניין לנו בבני אדם'.

ודוק. בהצהרת פילדלפיה משנת 1944 קבעו אומות העולם את עקרון היסוד לפיו "עבודה אינה מצרך" *labour is not a commodity*. בית דין זה בפסיקתו חזר וקבע, כי העובד אינו 'חפץ' ואינו קניינו של המעסיק. העובד, הבכיר והזוטר כאחד, אינו 'פיון' על לוח האשקוקי ואינו פיגורת משחק על לוח השחמט'. עובד הוא אדם, בשר ודם.

(ההדגשה במקור – ל.ג.)

ובעניין היחס בין הפררוגטיבה הניהולית לבין זכות הטיעון נפסק בעניין שירי להב כי –

"... זכות הטיעון לא תיסוג מפני הפררוגטיבה הניהולית המיוחדת שניתנה בידי השרים וסגניהם בכל הקשור ל'משרות אמון', וההסדר המפורט כפי שנקבע לגביהן בתקשי"ר".



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

58. **כללו של דבר** : מכוח עקרונות היסוד של השיטה המשפטית, כללי הצדק הטבעי וזכותו של העובד לכבוד מוקנית לעובד זכות הטיעון בטרם יקבל המעסיק החלטה בעניינו, בין אם מדובר בהחלטה על סיום קשר העבודה ובין אם מדובר בהחלטה אחרת בנוגע לעבודתו. זכותו הראשונית של העובד היא לדעת מה הן הטענות המועלות נגדו או בעניינו ובהתאם ליתן תגובתו להן, להציג את האידך גיסא מנקודת ראותו, ולנסות לשכנע את בעל הסמכות לשנות מדעתו ככל שיש בה לפגוע בזכויותיו. תכליתה של זכות הטיעון להביא לידי כך שתתקבל החלטה עניינית, מושכלת ומבוררת, תוך מתן תשומת לב מלאה ומשקל ראוי לעמדותיו ולעניינו של מי שעלול להיפגע מן ההחלטה. זכות זו אכן מגבילה במידה מסוימת את הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק, אולם כאמור היא מתחייבת מעקרונות היסוד של השיטה ומחובת המעסיק להפעיל את הפררוגטיבה הניהולית שלו בתום לב ובהגינות, תוך שמירה על כבוד האדם של העובד.

59. על רקע מהותה ותכליתה של זכות הטיעון יש לבחון את השאלה - האם יש לראות במשתמש שבחצרי מועסק עובד הקבלן מעסיק במשותף לענין זכות הטיעון של העובד, ובמלים אחרות – האם מוטלת על המשתמש שבחצרי מוצב עובד הקבלן חובה לערוך שימוע לעובד הקבלן בטרם קבלת החלטה בעניינו של העובד, ובעיקר בטרם קבלת החלטה על הפסקת הצבתו של אותו עובד בחצרי המשתמש.

כאמור, הן המחוקק והן הפסיקה קבעו כי בנסיבות מסוימות יש לראות במשתמש כמעסיק במשותף של עובד הקבלן, האחראי ביחד ולחוד עם הקבלן לזכויותיו של עובד הקבלן. אנו סבורים, כי ממהות זכות השימוע ותכליתה מתחייבת המסקנה כי יש להטיל על המשתמש חובה לערוך שימוע לעובד הקבלן, כיוון שבהיעדר חובה שכזו זכות הטיעון של עובד הקבלן נפגעת ולעתים אף מתאיינת לחלוטין. נוכח האמור, יש להטיל הן על המשתמש והן על קבלן כוח האדם או קבלן השירות חובה לערוך שימוע לעובד הקבלן קודם לקבלת ההחלטה בעניינו, ובמיוחד החלטה על סיום הצבתו בחצרי המשתמש. את היקפה של החובה יש לגזור ממכלול נסיבות המקרה, ובין היתר מבלי למצות – תפקידו של עובד הקבלן, משך הצבתו של עובד הקבלן בחצרי המשתמש, הסיבות לסיום הצבתו של עובד הקבלן אצל המשתמש והשלכותיהן, כגון הטלת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

דופי ביושרו של עובד הקבלן, והאפשרות כי נוכח סיום ההצבה גם יסיים עובד הקבלן את עבודתו. ונרחיב.

60. כאמור, זכות הטיעון נועדה לאפשר לעובד "לדעת מה הן הטענות המועלות נגדו או בעניינו ובהתאם ליתן תגובתו להן, להציג את האידך גיסא מנקודת ראותו, ולנסות לשכנע את בעל הסמכות לשנות מדעתו ככל שיש בה לפגוע בזכויותיו". אם, כנטען על ידי חברת החשמל, לא חלה על המשתמש חובה לנמק את החלטתו בקשר לעובד הקבלן, והוא רשאי כזכותו על פי הסכם ההתקשרות להודיע לקבלן כי הוא מבקש להפסיק את הצבתו של עובד הקבלן בחצריו, מבלי ליתן לעובד הקבלן זכות טיעון, משמעות הדבר היא אינן זכות הטיעון של העובד. זאת, נוכח העובדה שההחלטה נתונה בידי המשתמש, כך שגם אם ייערך שימוע על ידי הקבלן, הוא לא יוכל להשיג את תכליתו – מתן אפשרות לעובד לנסות לשכנע את בעל הסמכות לשנות את החלטתו.

61. יתר על כן. קביעה כי המשתמש רשאי להודיע לקבלן על סיום הצבתו של עובד הקבלן בחצריו ללא הנמקה וללא הסבר, כזכותו על פי הסכם ההתקשרות מהווה פגיעה בכבודו של עובד הקבלן. מטבע הדברים, במהלך תקופת הצבתו במקום העבודה עובד הקבלן מפתח תחושת שייכות ברמה זו או אחרת למקום העבודה שבו הוא מוצב, ויוצר בו קשרים אישיים וחברתיים. יתר על כן. במקרים רבים, הפסקת הצבתו של עובד הקבלן במקום העבודה עלולה אף להביא לפיטוריו מעבודתו אצל הקבלן. גם עובד הקבלן, כמטבע הלשון שטבע בית הדין, אינו "פיון על לוח השחמט", וככלל אין לקבל את הגישה כי ניתן להזיזו ממקום עבודה אחד למשנהו ללא מתן הסבר או הנמקה וללא מתן אפשרות לפעול לשינוי ההחלטה. כפי שנקבע בחקיקה ובפסיקה, עצם העובדה שהמשתמש נהנה מעבודתו של עובד הקבלן עשויה להטיל עליו חובות שונות כלפיו, גם אם לא מתקיימים יחסי עבודה בין המשתמש לבין עובד הקבלן, ובראש וראשונה מוטלת גם עליו החובה לשמור על כבודו של עובד הקבלן. חבות המשתמש כלפי עובד הקבלן אינה מתמצית בזכויות הכספיות המגיעות לו בקשר לעבודתו, אלא עשויה לכלול אף חובות אחרות, ובענייננו - נוכח מהותה ותכליתה של זכות הטיעון גם חובת השימוע.

62. על זכותו של עובד הקבלן כי המשתמש ינמק את החלטתו להפסיק את הצבתו בחצריו עמד בית דין זה בעניין **חירות גטה** [ע"ע (ארצי) 71801-09-16 **חירות**



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

גטה – עמישב שירותים בע"מ ומדינת ישראל (21.1.2019). בעניין גטה, המדינה דרשה מחברת עמישב להפסיק את הצבתה של העובדת במקום העבודה שבו הועסקה כארבע וחצי שנים. בית הדין האזורי חייב את המדינה לשלם לעובדת בשל אי מתן הנמקה לדרישתה פיצוי בסך של 5,000 ₪. ערעורה של העובדת בעניין זה התקבל, ובהתייחס לחובתה של המדינה לשלם פיצוי לעובדת נפסק כי –

"מבלי להידרש לשאלת אופן עריכת השימוע ועל ידי מי, בשים לב למתכונת העסקתה של המערערת, די בכך שלא ניתנה למערערת סיבת פיטוריה בזמן אמת כדי לבסס זכאות לפיצוי מהמדינה. גם אם על פי הסכם ההתקשרות בין המדינה לבין עמישב רשאית הייתה הראשונה להודיע לאחרונה על סיום הצבתו של עובד ללא נימוק, הרי שבמיוחד בהתחשב במשך תקופת עבודתה של המערערת, היתה המדינה חייבת לתת הסבר ונימוק לבקשתה לסיים את הצבת המערערת אצלה, כדי שיתאפשר למערערת להתמודד עם ההסבר והנימוק לבקשה. לאור הקביעות העובדתיות של בית הדין האזורי שלפיה המדינה לא נתנה בזמן אמת הסבר והנמקה לבקשתה להפסקת הצבת המערערת אצלה, להבדיל מהסבר שניתן במהלך ההתדיינות, דבר שללא ספק גרם עגמת נפש למערערת, מצאנו לנכון להגדיל את הפיצוי שאותו חויבה המדינה לשלם למערערת ולפסוק סכום נוסף של 20,000 ₪, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק ממועד הגשת התביעה ועד למועד התשלום בפועל".

63. בעניין נאידורף עמדתי על טעמים נוספים להטלת חובת שימוע על המשתמש :

"התופעה של העסקה במתכונת מורכבת, שבה העובד מועסק שלא בהעסקה ישירה אלא באמצעות קבלן כוח אדם או קבלן שירות היא תופעה נפוצה, עת חלק לא מבוטל מהאוכלוסיות המועסקות על ידי קבלן כוח אדם או קבלן שירות נמנות עם קבוצות העובדים המוחלשות במשק. כמו כן, לא פעם קיימים פערי כוחות בין המעסיק בפועל/המזמין לבין קבלן כוח האדם או קבלן השירות, עת הראשונים מכתיבים את תנאי ההתקשרות, קבלה או המשך העסקה של עובד הקבלן ועוד. לטעמי, באותן נסיבות שבהן המעסיק בפועל/המזמין הוא זה המקבל החלטות משמעותיות בעניינו של העובד, כגון ההחלטה להפסיק את הצבתו במקום העבודה, עשויות לקום לו חובות שונות כלפי העובד, ובכלל זאת חובת תום הלב, החובה לערוך שימוע בטרם קבלת ההחלטה וכיו"ב".

64. נדגיש, כי הטלת חובת השימוע על הקבלן המעסיק את העובד לבדו כגרסת חברת החשמל לא תביא להגשמת תכליתה של זכות הטיעון. ראשית, בכל



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

מקרה, ניתן להניח שברוב המקרים של הסכמי השירות סמכות ההחלטה נתונה למשתמש, כך ששימוע לפני הקבלן לבדו לא יוכל להועיל לשינוי ההחלטה; **שנית**, בחלק משמעותי מהמקרים לא יהיה בידי הקבלן המידע הדרוש למתן זכות הטיעון לעובד; **שלישית**, יש להניח כי ברוב המקרים יעדיף הקבלן שלא להתעמת עם המשתמש בעניינו של עובד זה או אחר, נוכח רצונו בהמשך ההתקשרות בינו לבין המשתמש, ונוכח העובדה שבמקרים רבים, במיוחד עת מדובר באספקת שירותים שאין בהם מומחיות כגון שירותי ניקיון ושמירה, הקבלן מצוי בתחרות עם קבלנים רבים המספקים אותם שירותים וקיים פער כוחות מובנה בינו לבין המשתמש.

65. אין בידינו לקבל גם את טענת חברת התאמה, כי החובה לערוך שימוע מוטלת על המשתמש לבדו. אין בהטלת חובת השימוע על המשתמש כדי לפטור את הקבלן המעסיק את העובד. כחלק מחובותיו של הקבלן המעסיק את העובד עליו לסייע לעובד למצות את זכות הטיעון מול המשתמש. על כן, נראה כי הדרך הנכונה היא שהשימוע ייערך במשותף על ידי המשתמש והקבלן. זאת ועוד. ככל שבסופו של יום נותרת על כנה החלטת המשתמש לסיים את הצבתו של עובד הקבלן, מובן כי על הקבלן המעסיק את העובד ליתן לעובד זכות טיעון בנוגע להשלכות הנובעות מכך, ובכלל זאת לשמוע את טענותיו של העובד בנוגע לאפשרות הצבתו במקומות עבודה אחרים או סיום עבודתו כתוצאה מהחלטת המשתמש.

66. **סיכומו של דבר:** נוכח מהותה ותכליתה של זכות הטיעון של העובד, שמולה עומדת חובת עריכת השימוע, אנו סבורים כי יש להטיל גם על המשתמש את החובה לערוך שימוע לעובד קבלן, וזאת טרם קבלת החלטה שיש לה השלכה מהותית על זכויותיו על ידי המשתמש, ובמיוחד החלטה להפסיק את הצבתו של עובד הקבלן בחצרו של המשתמש. מובהר, כי אין בהטלת חובה זו על המשתמש כדי לפטור את הקבלן המעסיק, ועליו לסייע לעובד הקבלן למצות את זכות הטיעון מול המשתמש, וכן לערוך שימוע בהיבטים הרלוונטיים למערכת יחסי העבודה בינו לבין העובד, כגון הצבה במקום עבודה חלופי.

67. יודגש, כי אין משמעות הטלת החובה על המשתמש לערוך שימוע כאמור משום קביעה כי המשתמש הוא מעסיק במשותף של עובד הקבלן לכל דבר ועניין או אחראי גם לזכויותיו האחרות של עובד הקבלן - עניין שייקבע בכל מקרה לגופו



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

על יסוד התשתית העובדתית הקונקרטית והמבחנים שנקבעו בפסיקה. משמעות הטלת החובה כאמור היא שרואים במשתמש כמעסיק במשותף של העובד לעניין זכות הטיעון, וזאת גם באותם מקרים, כבמקרה הנדון, שבהם נקבע כי לא התקיימו יחסי עבודה בינו לבין עובד הקבלן.

68. היקפה של החובה המוטלת על המשתמש **תלוי במכלול נסיבות המקרה**, ובין היתר מבלי למצות – תפקידו של עובד הקבלן, משך הצבתו של עובד הקבלן בחצרי המשתמש, הסיבות לסיום הצבתו של עובד הקבלן אצל המשתמש והשלכותיהן, כגון הטלת דופי ביושרו של עובד הקבלן, והאפשרות כי נוכח סיום ההצבה גם יסיים עובד הקבלן את עבודתו. כך, אין דומה מקרה שבו תפקידו של עובד הקבלן לשמש כממלא מקום לתקופות קצרות, או שעבד תקופה קצרה אצל המשתמש, שבמהותה היא תקופת ניסיון, למקרה שבו עובד הקבלן הוצב במשך תקופה ממושכת אצל המשתמש; אין דומה מקרה שבו עניינה של ההחלטה היא שינוי לא מהותי בתנאי העסקתו של העובד, לבין החלטה שמשנה באופן מהותי את תנאי ההעסקה; אין דומה מקרה שבו ההחלטה על הפסקת הצבה מתקבלת עקב רה-ארגון או צמצום פעילות הקבלן במקום העבודה, לבין מקרה שבו נדרשת הפסקת הצבתו של עובד הקבלן מטעמים הקשורים להתנהלותו של עובד הקבלן, ובמיוחד עת מיוחסים לו מעשים חמורים. בכל מקרה, עובד הקבלן זכאי לקבל הסבר להחלטתו של המשתמש, ולהגיב לה.

69. **ומן הכלל אל הפרט :**

69.1. בענייננו, מדובר בעובד שהועסק במשך תקופה ממושכת ביותר, 23 שנה, בחצרי חברת החשמל. מהעובדות שנקבעו על ידי בית הדין האזורי לא יכולה להיות מחלוקת על עומק הזיקה שנוצרה בין העובד לבין חברת החשמל ובינו לבין עובדים אחרים בחברת החשמל, ואף נשקלה האפשרות להעסקה ישירה בחברת החשמל, שנשללה בשל העובדה שאחיו הועסק בחברת החשמל. הסיבה לסיום הצבתו של העובד הייתה חשד במעורבותו במעשה חמור – סיוע לעובד חברת החשמל להחתים שלא כדין כרטיס נוכחות. בנסיבות אלה, בשל משך ההעסקה הממושך של העובד בחברת החשמל כמו גם הסיבה להפסקת הצבתו, שיש בה כדי לפגוע בשמו הטוב, היה על חברת החשמל לערוך שימוע לעובד,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

להציג לו את החשדות כלפיו, ולאפשר לו להתייחס אליהם ולנסות לשנות את החלטתה להפסיק את הצבתו בעבודה בחצריה. בהקשר זה, יש לדחות את טענת חברת החשמל כי הצגת החשדות בתשואל שערך לו מר גיל מרום, מנהל תחום מודיעין וחקירות ביחידת הביטחון הארצית של חברת החשמל מהווה למעשה שימוע. חקירה או תשואל אינם שימוע, ובכל מקרה מר מרום אינו הגורם המוסמך לקבל החלטה בעניינו של העובד בחברת החשמל. נוכח האמור, צדק בית הדין האזורי בקביעתו כי על חברת החשמל היה לערוך שימוע לעובד, **בטרם** קבלת ההחלטה על הפסקת הצבתו לעבודה בחצרי חברת החשמל, וכי הפרה חובה זו. כמובהר, אין בקביעה זו כדי לשנות את קביעתו של בית הדין כי חברת החשמל לא הייתה מעסיקה במשותף של העובד, קביעה שלא נדרשנו אליה בהעדר ערעור עליה.

69.2. אשר לחיובה של חברת התאמה בפיצוי על אי עריכת שימוע, הרי שמעבר לכך כי הטלת החובה על המשתמש אינה פוטרת אותה מחובת עריכת שימוע, מהשתלשלות האירועים עולה כי גם לאחר שהעובד הכחיש בשיחה בינו לבין מנכ"ל החברה את האשמות המיוחסות לו, חברת התאמה לא פעלה מול חברת החשמל בעניינו, ובכלל זאת לא ביקשה מידע על החשדות המיוחסים לעובד ולא ניסתה לסייע לו בבירור החשדות מול חברת החשמל, אלא פעלה מידית על פי הוראת חברת החשמל לסיום הצבתו בחצריה. זאת ועוד. מקביעותיו של בית הדין האזורי עולה כי נפלו פגמים משמעותיים בהתנהלותה של חברת התאמה כלפי העובד. כך, העובד זומן טלפונית לשיחה עם מנכ"ל החברה ביום 27.3.2013 (יום לאחר שקם משבעה) **ללא** שנמסרו לו פרטים אודות תוכן או מטרת השיחה היעודה. נציין, כי גם לא ברור אם במועד זה כבר הוצע לעובד שיבוץ חלופי, נוכח העובדה כי במכתבו של מר בן יהודה לכהן מיום 28.3.2013 נאמר כי **"לבקשתה של חברת החשמל העובד פוטר מעבודתו"**, אולם משהעובד לא ערער על הקביעה כי לא פוטר מעבודתו בחברת התאמה אין צורך כי נידרש לעניין זה. נוכח האמור, אנו דוחים את טענת חברת התאמה כי היה על בית הדין האזורי לחייב את חברת החשמל בלבד בתשלום פיצוי לעובד בשל אי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

עריכת שימוע, ומאשרים את קביעתו כי יש להטיל את החיוב בתשלום הפיצוי על חברת החשמל וחברת התאמה יחד ולחוד.

69.3. **אשר לשיעור הפיצוי:** בית הדין האזורי פסק לעובד פיצוי בסך של 30,000 ₪, הסכום המלא שנתבע על ידי העובד בכתב התביעה. לטענת חברת התאמה, שיעור הפיצוי מופרז ויש להפחיתו. כידוע, ככלל ערכאת הערעור אינה מתערבת בשיקול דעתו של בית הדין האזורי בקביעת שיעור הפיצוי אלא במקרים חריגים, ונסיבות המקרה הנדון אינן מצדיקות התערבות בשיעור הפיצוי [ע"ע (ארצי) 11260-10-13 מרכז הפורמיקה אברבוך בע"מ - יפית פרבר גאלי (14.11.2016)]. זאת ועוד. נוכח תקופת עבודתו הממושכת של העובד, חומרת ההאשמות שיוחסו לו, העובדה שלמעשה לא נערך לו שימוע כלל טרם סיום הצבתו לעבודה בחברת חשמל והתנהלות חברת התאמה כמפורט לעיל – שיעור הפיצוי שנפסק כלל אינו מופרז בהתייחס לחומרת הפגמים בהתנהלות כלפי העובד.

70. **סיכומו של דבר:** ערעורה של חברת התאמה לעניין חיובה בתשלום פיצוי בגין אי עריכת שימוע לעובד נדחה.

גמול שעות נוספות

71. **חברת התאמה טענה** כי בית הדין האזורי שגה בחישוב ערך שעה של השכר הרגיל של העובד, בכך שקבע יש לחשב את השכר לשעה על בסיס 176 שעות עבודה לחודש, על יסוד תלושי שכר בודדים שצורפו לבקשה לסעד זמני; בית הדין בחר להתבסס על רישום שגוי שהופיע על גבי תלושי שכר בודדים, במקום להסתמך על דו"חות הנוכחות שצורפו לכתב ההגנה, מהם עולה כי העובד הועסק בהיקף העולה על משרה מלאה, כך שיש לחשב את השכר לשעה על בסיס 186 שעות לחודש, כאמור בצו הרחבה "הסכם מסגרת 2000". נוכח האמור, ערך שעה רגילה עומד על 34.95 ₪ לתקופה אוקטובר 2011 עד אוקטובר 2012, ועל 37.6 ₪ החל לתקופה נובמבר 2012 עד דצמבר 2012. נוכח האמור, הסכום המגיע לעובד (מבלי להודות בעצם הזכאות) עומד על סך של 33,802 ₪, לכל היותר.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

אשר לשעות עבודתו של העובד, היה על בית הדין להתחשב בכך שבחלק מיום עבודתו העובד לא עסק בעבודה השגרתית כמפקח על פועלי הניקיון אלא ביצע כשעתיים שלוש שעות ביום מטלות שונות עבור חברת החשמל, מבלי שחברת התאמה בכלל מודעת למעשיו, ועל כן יש להפחית לפחות שעתיים עבודה בכל יום שבהן הועסק המשיב על ידי חברת החשמל. נוכח האמור, לכל היותר, ובהפחתה מינימאלית, זכאי העובד לגמול שעות נוספות בסך של 13 ש"ח בלבד.

72. **העובד טען** כי טענת חברת התאמה שלא ניתן לפקח על עבודתו קורסת נוכח העובדה שהחתיים פעמיים שעון נוכחות – פעם לחברת החשמל ופעם לחברת התאמה; נוכח העובדה כי העובד הועסק על ידי חברת החשמל, הוא זכאי לגמול שעות נוספות גם לתקופה שקדמה לשנת 2011.

73. **בתשובתה לטענות העובד חברת התאמה טענה** כי בשל העדר התייחסות של העובד לטענותיה בעניין גמול שעות נוספות יש לקבל את הערעור.

74. **לאחר בחינת טענות הצדדים וכלל חומר התיק אנו קובעים כי דין ערעורה של חברת התאמה בעניין גמול שעות נוספות להידחות.**

75. אשר לטענה בדבר ערך שעה של השכר הרגיל ששולם לעובד: **ראשית**, עיון בסיכומים שהגישה חברת התאמה בבית הדין האזורי מעלה כי טענה זו לא הועלתה על ידה, ואין לאפשר העלאת טענה חדשה בשלב הערעור. **שנית**, כפי שנטען בסיכומי חברת התאמה, בית הדין ביסס את התחשיב שערך על יסוד ערך שעה כמפורט בתלושי השכר של העובד, שצורפו לבקשה לסעד זמני. יודגש, כי בתלושי השכר שצירף העובד לא צוין רק היקף משרה מלאה (176 שעות), אלא **צוין במפורש ערך שעת עבודה רגילה** בתקופה הרלוונטית. כידוע, בהתאם לפסיקה, תלושי השכר מהווים ראיה לכאורה לנתונים המפורטים בהם [ע"ע (ארצי) 2635-01-15 **מחמוד מוחמד – אליהו שורי** (23.1.2018) והאסמכתאות שם], ובענייננו עד לשלב הערעור לא נטען, לא כל שכן לא הוכח, כי הנתונים בתלושי השכר אינם משקפים את היקף המשרה המלאה וערך שעת עבודה רגילה של העובד. מעבר לכך שהטענה כי מדובר בתלושים בודדים שאינם משקפים את שכרו של העובד נטענה רק בשלב הערעור, הרי שטענה זו נטענה בעלמא, ללא שהונחה לה תשתית ראייתית כלשהיא. דו"חות הנוכחות עליהם ביקשה חברת התאמה להסתמך משקפים את שעות העבודה של העובד, אולם לא ניתן ללמוד מהם דבר על ערך שעה של השכר הרגיל של העובד. העובדה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18



שהעובד עבד מעבר ל- 186 שעות בחודש אין בה כדי לתמוך במסקנה כי יש לחשב ערך שעת עבודה רגילה של העובד על יסוד היקף משרה בת 186 שעות לחודש, בניגוד לנתונים המפורשים בתלושי השכר של העובד.

76. אשר לטענת חברת התאמה כי בחלק מיום עבודתו עסק העובד בעבודות עבור חברת החשמל, וזאת על יסוד טענותיו של העובד בתצהירו ובעדותו, הרי שמקביעותיו של בית הדין האזורי (סעיף 33 לפסק הדין) עולה כי חלק מהמטלות שלטענת העובד היו "מטלות של חברת החשמל" היו חלק מהמטלות שהיה עליו לבצע במסגרת עבודתו בחברת התאמה, על פי הסכם ההתקשרות בין חברת החשמל לבין חברת התאמה. עוד עולה כי העובד, נוכח רצונו לחזק את טיעונו כי חברת החשמל הייתה מעסיקתו, האדיר את היקף את היקף המטלות הנטענות, וכי בפועל "ביצע מעט מטלות נוספות". עוד ציין בית הדין האזורי כי המסמכים שהציג העובד להוכחת טענה זו היו מהשנים 2003 – 2007, שנים שאינן רלוונטיות לתביעה לגמול שעות נוספות כנגד חברת התאמה, המתייחסת לתקופה שמשנת 2011 ואילך בלבד. נוכח האמור, היקף שעות העבודה שבהן עסק העובד במטלות החורגות ממסגרת תפקידו בחברת התאמה לא הוכח, ובוודאי לא הוכח כי מדובר בהיקף משמעותי, ועל כן אין לנכות סכום כלשהו מהסכום שפסק בית הדין האזורי ברכיב זה.

77. **סיכומו של דבר** : ערעורה של חברת התאמה בעניין חיובה בתשלום גמול שעות נוספות נדחה.

הוצאות משפט

78. **חברת התאמה טענה** כי נוכח הפער בין הסכום שנפסק לבין הסכום שנתבע על ידי העובד, כמו גם התעלמות בית הדין האזורי בפסק דינו מההוצאות שבהן יש לחייב את העובד נוכח דחיית בקשתו לחדש את הדיון בבקשה לסעד זמני - לא היה מקום לפסוק לזכות העובד הוצאות בסכום כלשהו, אלא היה מקום לחייבו בהוצאות לטובת חברת התאמה.

79. כידוע, פסיקת הוצאות משפט נתונה לשיקול דעתו של בית הדין האזורי, ואין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בשיעור הוצאות משפט שנפסק על ידי בית הדין האזורי [ע"ע (ארצי) 48431-02-11 **משה חננאל - אינטרפייס פרטנרס**].



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47271-06-18

אינטרנשיונל, לימיטד (15.09.2014) והאסמכתאות שם]. לא מצאנו מקום לחרוג מהכלל בנסיבות המקרה הנדון.

סוף דבר

80. ערעורה של חברת התאמה בכל הרכיבים נדחה.

81. חברת התאמה תשלם לכל אחד המשיבים – העובד וחברת החשמל - שכ"ט עו"ד בסך של 7,500 ₪, וזאת בתוך 30 יום מהמועד שבו יומצא לה פסק הדין, שאם לא כן ישא הסכום הפרשי הצמדה וריבית כחוק מהיום עד למועד התשלום בפועל.

ניתן היום, י"ג תמוז תש"פ (05 יולי 2020), בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

חני אופק גנדלר,
שופטת

לאה גליקסמן,
שופטת

ורדה וירט-ליבנה,
נשיאה, אב"ד

מר דורון קמפלר,
נציג ציבור (מעסיקים)

גברת יעל רון,
נציגת ציבור (עובדים)

