



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 52621-06-15

ניתן ביום 21 מאי 2017

המערערת

לימור שולמן

-

המשיבה

חברת דואר ישראל בע"מ

לפני: השופט אילן איטח, השופט רועי פוליאק, השופטת חני אופק גנדלר
נציג ציבור (עובדים) מר אמיר ירון, נציג ציבור (מעסיקים) מר אמנון גדעון

פסק דין

השופטת חני אופק-גנדלר

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי בתל אביב (תע"א 10913-08; השופטת שרה מאירי) מיום 14.5.15, בו נדחתה – לגופה ומטעמי התיישנות – תביעת הגב' לימור שולמן (להלן: **המערערת**) להצהיר כי הועסקה כעובדת – להבדיל מקבלנית עצמאית – קודם ליום 1.4.95 אצל המשיבה, היא חברת דואר ישראל בע"מ (להלן: **החברה או המשיבה**).

הרקע העובדתי

2. המשיבה הינה חברה ממשלתית אשר הוקמה בשנת 2006 ואחראית על אספקת שירותי דואר במדינת ישראל. החברה קיבלה על עצמה את פעילותה של רשות הדואר, תאגיד סטטוטורי שהוקם בשנת 1986 (להלן: **רשות הדואר**), וכן קבלה את עובדי הרשות לשורותיה. זאת, בהתאם לסעיף 111א לחוק הדואר, תשמ"ו-1986 (להלן: **החוק**); הסכם קיבוצי מיום 7.12.05; ותקנות רשות הדואר (היום שבו יחל עובד הרשות להיות עובד החברה), התשס"ו-2006. מכוח מארג נורמטיבי זה עברה המערערת להיות עובדת של החברה.

3. המערערת הועסקה אצל רשות הדואר בתפקיד מחלקת דואר, ובהמשך הועסקה על ידי החברה החל מחודש ספטמבר 1989, וזאת בתבניות ההעסקה הבאות:

(א) בין החודשים ספטמבר 1989 לחודש מרץ 1995 (למעט תקופה בת חודשים ספורים) הוגדרה המערערת על ידי רשות הדואר, שקדמה לחברה (ראו



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 52621-06-15

להלן, כ"קבלנית עצמאית" למתן שירותי חלוקת דואר, וזאת במשרה חלקית הנמוכה מחצי משרה.

(ב) ביום 1.4.95 התקבלה המערערת לשורות רשות הדואר במעמד עובדת ארעית.

(ג) ביום 1.5.99 מונתה התובעת כעובדת קבועה ברשות הדואר. ביחס להיקף המשרה בתקופה זו נקבע בסעיף 4 לפסק הדין נשוא הערעור כי:

"לפי תלוש השכר מחודש מרץ 2008 (נספח ז' לתצהיר התובעת, תלוש השכר היחיד שהוגש), נמצא כי התובעת מועסקת ע"י הנתבעת בדרוג מינהלי בתפקיד "ממין תאי דואר", כשהוותק של התובעת הוא מיום 1/5/1999 והיא מועסקת במשרה בהיקף של 50%...".

(ד) למען שלמות התמונה נציין כי ביחס לתקופת העסקה קודמת לשנת 1989 מסר ב"כ המערער כי אינו עומד על טענותיו (עמ' 1 לפרוטוקול הדיון). הערעור מתמקד אפוא בתקופה שלאחר ספטמבר 1989.

4. בשנת 2008 הגישה המערערת לבית הדין קמא תביעתה לסעד הצהרתי לפיו שימשה עובדת הרשות, וכפועל יוצא מכך גם עובדת החברה, החל מספטמבר 1989. תביעה זו נדחתה, וזאת משלושה נימוקים:

ראשית, בית הדין קובע כי התביעה – אשר הוגשה בשנת 2008 - התיישנה, באשר היא מתייחסת לעבודה שנעבדה בשנים 1989-1995. וכך נאמר:

"נוסיף ונבהיר כי שוכנענו כי ודאי נכון היה לדחות התביעה בגין התיישנותה, למצער, החל מ- 1.4.95 (אחורה), ודאי ודאי מעת שקיבלה קביעות (1.5.99) – שהרי מאותה עת גם יכלה בנקל להוכיח טענותיה (עובדתית), ודאי ידעה על "השינוי במעמדה". כך הוא גם בהתייחס לבג"צ נקש (25.10.99) – והנה "נמצא" לתובעת להגיש תביעתה רק בסוף 2008. לאור הראיות שבפנינו, ולאור ההלכות בבית-הדין ובבית המשפט העליון, נמצא כי תביעתה הכספית ככל הנוגע לתקופה שקדמה





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 52621-06-15

ליום 27.10.2001 (שבע שנים לפני מועד הגשת התביעה בתיק זה)

– התיישנה”.

שנית, בית הדין קובע כממצא כי היקף משרתה היה נמוך ממחצית משרה. וכך נאמר:

”נמצא כי התובעת לא הצליחה להרים את נטל הראיה כי עבדה חצי משרה ולמעלה מזה בתקופה שקדמה לקליטתה כעובדת. עדותו של מר שומלי לא היה בה כדי לסייע לתובעת, הואיל והתבסס על השערות ולא על מסמכים או על עובדות ברורות ומשכנעות להוכחת היקף השירותים של התובעת”.

לצד זאת, נאמר בפסק הדין כי:

”אין יכול להיות חולק כי לא ”אויינה” סמכות בית-הדין לעבודה, בסעיף 46 אלא שלטעמנו, עסקינן בבחינת העובדות הספציפיות להליך דנא והראיות שהובאו לכך, בפנינו. סעיף 46 קבע את סמכותה של הרשות (הנתבעת, כיום) לבצע תפקידה באמצעות מחלקי דואר, שאינם עובדיה, בהיקף של עד 50% משרה (של עובד). והנה – בשונה מהעובדות בפרשת נקש – התובעת החלה ליתן שירותיה רק לאחר החוק ובהעדר ראיות לעובדות שיכולות להוכיח את היותה עובדת של הרשות – משכזו לא הוכח – לא שוכנענו כי יש לקבוע, כעתירתה, בין היתר בהתאמה לסעיף 46. כך או כך, לא הוכח בפנינו הקף משרה רלוונטי לעיתוי הרלוונטי” (סעיף 7.5 לפסק הדין).

שלישית, בית הדין קובע כי לא שוכנע בקיומם של יחסי עובד-מעסיק, וגם מטעם זה נדחתה התובענה. כך נאמר בסיכום פסק הדין:

- א. לא שוכנענו ולא הוכח בפנינו כי התובעת הייתה עובדת הנתבעת קודם ל- 1.4.95. משכך, נדחית עתירת התובעת לסעד הצהרתי כאמור.
- ב. נדחית העתירה להצהיר על התובעת כעובדת ”דור א” הואיל ובמועד שבו נחתם ההסכם הקיבוצי לא היתה עובדת של הנתבעת ולא היתה זכאית להקלט כעובדת של הנתבעת מאחר והיקף השירותים שנתנה לנתבעת לא הגיע לכלל חצי משרה, ומכל מקום לא הוכח בפנינו היקף נטען!
- ג. בהתאם, אין זכאית התובעת לזכויות הנגזרות מתקופה קודמת ל- 1.4.95.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 52621-06-15

ד. למצער, אף לו הוכח בפנינו כנטען, לא הוכיחה התובעת את תביעתה הכספית ולא ביססה חישוביה. אף לו נעתרנו לתביעה, היה מקום לזכותה במירב לפי "ותק" מ- 9/89 (וסה"כ כחישובי נחמיה, 6 שנים ו-4 חודשים, סעיף 11.4), ולפי חישוב שיבוצע עפ"י נתונים מדויקים (כולל ניכויים/קיצוזים/הפחתות כחישובי נחמיה, בהם שוכנענו)".

5. הנה כי כן, משנדחתה בקשת המערערת לסעד הצהרתי בדבר קיומם של יחסי עבודה טרם 1.4.95 נדחתה גם תביעתה להצהיר כי הינה עובדת "דור א" בהתאם להגדרתו של עובד ותיק בסעיף 2 להסכם הקיבוצי משנת 2005, שנחתם בהקשר למעבר עובדים מרשות הדואר למשיבה, וכן תביעתה לזכויות כספיות בדמות הפרשי שכר, תנאים סוציאליים על בסיס הוותק כעובדת שלטענתה אמור היה להצטבר בגין תקופה זו. על פסק דין זה הוגש הערעור בפנינו.

המסגרת המשפטית

6. סעיף 46 לחוק הדואר בנוסחו המקורי קבע כך:

- "(א) הרשות רשאית לבצע תפקיד מתפקידיה באמצעות סוכני דואר או מחלקי דואר.
(ב) היחסים שבין הרשות ובין סוכני הדואר ומחלקי הדואר לא ייראו, לכל דבר ועניין, כיחסי עובד ומעביד".

פרשנותו של סעיף זה נבחנה על ידי בית הדין הארצי לעבודה בדב"ע (ארצי) נו-3/13 שלמה נקש - מדינת ישראל, פד"ע לג 18 (1997)) ובהמשך בבג"ץ 6194/97 נקש - בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נג(5) 433 (1999) (להלן: ענין נקש). בית המשפט העליון קבע כי סעיף 46 נועד להסמיך את רשות הדואר לבצע את תפקידיה באמצעות מחלקי דואר שאינם עובדים, ואולם "לא נמצא לי ולו רמז קל לכוח-על שניתן לה, כביכול, להפוך 'עובד' ל'לא-עובד'... השאלה אם מחלק דואר פלוני הוא מעובדי הרשות או שמא אין הוא מעובדי הרשות מחייבת בדיקה נוספת... הכול על פי משפט העבודה המורה אותנו מי הוא 'עובד' ומי הוא שאין הוא 'עובד'...". בעניין נקש נקבע כי חרף הכסות של חוזה קבלנות שנתנו הצדדים ליחסים הרי שמבחינה נורמטיבית יחסיהם היו יחסיהם יחסי עובד ומעסיק.





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 52621-06-15

7. במהלך ההתדיינות בעניין נקש תוקן סעיף 46 לחוק במסגרת חוק רשות הדואר (תיקון מס' 6), התשנ"ד-1993 (ס"ח 1444 התשנ"ד 39), ובנוסחו העדכני כיום הוא קובע כך:

- (א) החברה רשאית לבצע תפקיד מתפקידיה באמצעות סוכני דואר; היחסים שבין החברה לבין סוכני הדואר לא ייראו, לכל דבר ועניין, כיחסי עובד ומעביד.
- (ב) היחסים שבין החברה לבין מחלקי דואר המועסקים בהיקף של פחות מחצי משרה של דוור שהוא עובד החברה, לא ייראו, לכל דבר ועניין, כיחסי עובד ומעביד."

להשלמת הרקע הנורמטיבי נציין כי ביום 26.9.16 – וזאת לאחר מתן פסק הדין נשוא ערעור זה – ניתן פסק הדין בע"ע 34362-11-15 שלמי – חברת דואר ישראל בע"מ (26.9.16) (להלן: ענין שלמי), ושם פורש סעיף 46(ב) לחוק המתוקן. וכך נאמר שם על ידי חברתי השופטת דוידוב מוטולה:

"אנו קובעים לפיכך, בהתאם לפירוש שניתן להוראות החוק בבג"צ נקש; בהתאם להבהרתו המפורשת של השופט חשין כי אין בחוק המתקן כדי לפגוע בפרשנות שניתנה על ידו והוראות התיקון משתלבות עם פרשנותו; בהתאם לתכליתו הברורה של המחוקק כפי שעולה מהיוזמה לתיקון החוק, מדברי ההסבר ומדברי הכנסת שצוטטו לעיל; וכן מכל הטעמים שפורטו בהרחבה בבג"צ נקש ולפיהם אין להניח כי המחוקק התכוון להתיר לרשות (או לחברה) לשלול מעמד קוגנטי של עובד ממי שהוא כזה תוך פגיעה מהותית בזכויותיו, בתקנת הציבור ובעקרונות דיני העבודה - כי הוראת סעיף 46(ב) לחוק הדואר אינה קובעת חזקה חלוטה בדבר העדר יחסי עובד - מעסיק בין החברה לבין מחלקי דואר המועסקים על ידה בהיקף חלקי, ושאלת מעמדו של כל אחד ממחלקי הדואר כ"עובד" או "קבלן עצמאי" תוכרע על פי המבחנים הרגילים שנקבעו לצורך כך בהלכה הפסוקה.

...

לאור זאת, בין ביחס למועסק המבצע חלוקת דואר בהיקף מלא ובין ביחס למועסק המבצע חלוקת דואר בהיקף חלקי - אין בהוראת הסעיף כדי ליצור סטטוס של "עובד" או לשלול אותו, ומעמדו של המועסק ייקבע בהתאם לדיני העבודה והמבחנים שנקבעו לצורך כך בפסיקה - כפי שנקבע במפורש בבג"צ נקש ולא שונה במסגרת החוק המתקן. ההבדל הוא כי ביחס להיקפי חלוקה של חצי משרה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 52621-06-15

ומעלה - אין עוד סמכות לחברה מכוח החוק לבצעם באמצעות קבלנים חיצוניים, וככל שתעשה כן תפעל בניגוד להרשאה שניתנה לה על ידי המחוקק".

הטענות בערעור

8. המערערת טענה לקיומם של יחסי עובד-מעסיק על יסוד פסק דין נקש, ובסיכומי התשובה לאחר מתן פסק הדין בעניין שלמי גם על יסודו. לטענתה סעיף 46 אינו יכול להפוך "עובד" ל"לא עובד". המערערת טענה כי אין בסעיף 46 לאסור על רשות הדואר להעסיק עובדים בפחות מחצי משרה. עוד נטען כי פסק הדין שניתן נוגד את עקרון השוויון כלפי עובדים במשרה חלקית, שכן לטענתה חלקיות משרה אינה שיקול לקביעת אי קיומם של יחסי עבודה. המערערת טענה כי מתקיימים בה המבחנים ליחסי עובד-מעסיק וכי תביעתה לא התיישנה, שכן עילות מתיישנות אך לא עובדות. בנוסף, הקשתה איזה נזק ראייתי נגרם למשיבה וכי הקביעה שהיה מקום להגיש את התובענה קודם לכן מקוממת, לשיטתה, ערכית. לבסוף, טענה המערערת כי עבדה מעל חצי משרה.
9. המשיבה טענה כי התקשרה עם המערערת כקבלנית עצמאית למתן שירותי חלוקה בין השנים 1989-1995. נוכח מתן פסק הדין בעניין שלמי טענה המשיבה שאין צורך להיזקק לטענות המערערת ככל שהן מושתתות על חלקיות משרתה. המשיבה טענה כי לא מתקיימים חריגים המצדיקים התערבות בפסק דינה של הערכאה הדיונית. לטענתה עומדת לה טענת התיישנות, שיהוי מהותי, ויתור, נזק ראייתי מניעות וחוסר תום לב, וזאת נוכח הזמן הרב שחלף בין תקופת ההעסקה נשוא התובענה לבין מועד הגשתה. המשיבה טענה כי בינה לבין המערערת לא התקיימו יחסי עובד-מעסיק, וכי הנטל על העובד להוכיח מעמד זה בדיעבד בחלוף השנים הינו כפול ומכופל. עוד נטען כי המדובר בקביעות עובדתיות על יסוד ממצאי מהימנות, ועל כן אין מקום להתערבות בהן. המשיבה הוסיפה וטענה כי המערערת לא עבדה במשרה מלאה ואף לא בהיקף העולה על חצי משרה. כמו כן, נטען להיות המערערת קבלנית בשל העדר קשר אישי (שכן המערערת הודתה שבחופשת הלידה שלה העמידה מחליף); העדר בלעדיות הקשר (הבא לידי ביטוי שהמערערת לא נדרשה לקבל אישור לביצוע עבודה נוספת); והעדר פיקוח (המערערת הדגישה כי לא הוכח שהמערערת נדרשה לדווח



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 52621-06-15

על היעדרויותיה למר פטאל). ולבסוף, כי המערערת חתמה על חוזה העסקתה כקבלנית לאחר שידעה והכירה את אופי ההתקשרות וזאת לאור התקשרות קודמת. לבסוף, נטען שאין לתת אימון בעדותם של המערערת והעד מטעמה.

10. בסיכומי התשובה הדגישה המערערת את הדמיון בין המקרה דנן לעניין שלמי. בנוסף, טענה כי היה מקום ליתן משקל לכך שהמערערת נקלטה בסופו של דבר כעובדת מבלי שחל שינוי במהות עבודתה, כשלטענתה היא עשתה בדיוק אותה העבודה משנת 1989 מבלי שהתרחש כל שינוי מהותי בעבודתה.

דיון והכרעה

11. נקודת המוצא היא כי לאור ההלכה שנפסקה בעניין שלמי – אשר ניתנה לאחר שבית הדין קמא נתן את פסק דינו – הרי שהנתון בדבר העסקת אדם בהיקף משרה הנמוך ממחציתה אינו חורף לשבט או לחסד את סוגית מעמדו כעובד אם לאו. גם אדם המועסק כמחלק דואר בהיקף משרה הנמוך ממחצית המשרה, עשוי להיחשב לעובד אם מתקיימים יתר המבחנים והסממנים שנקבעו בפסיקה לזיהוי יחסי עובד-מעסיק. משכך, ובהמשך לפרשנות שאומצה בעניין שלמי, היקף משרתה החלקית של המערערת, הגם שהוא נמוך ממחצית המשרה – אינו מצדיק דחיית התובענה מטעם זה, אלא יש לבחון התקיימותם של יחסי עובד-מעסיק בהתאם למבחן המעורב, אשר במרכזו מונח מבחן ההשתלבות.

12. האם התקיימו יחסי עובד-מעסיק בין המערערת ורשות הדואר בשנים 1989-1995? המענה לשאלה זו מצריך בחינת הסממנים השונים לזיהוי יחסים אלה, אלא שבמקרה זה הונחה תשתית ראייתית מצומצמת לשם הכרעה בשאלה זו. יחד עם זאת, גם המשיבה בפנינו לא חלקה באופן ממשי על התקיימות הפן החיובי מבחן ההשתלבות, ואת טענותיה מיקדה בהיזק הראייתי שנגרם לה מחמת חלוף הזמן, כשלטענתה זו נתייחס בהמשך (עמ' 3 שורות 6-7 בפרוטוקול). נוכח הסתייגות זו נביא בקצרה את עיקר טעמינו למסקנה בדבר קיומם של יחסי עובד-מעסיק בין המערערת למשיבה גם בין השנים 1989-1995.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 52621-06-15

כאמור, בשנת 1995 התקבלה המערערת לשורות רשות הדואר כעובדת ארעית, וזאת בתפקיד מחלקת דואר, ובהמשך אף קבלה כתב מינוי כעובדת קבועה. עיסוק המערערת כ"קבלנית" היה בחלוקת דואר, שהינו חלק מליבת עיסוקה של רשות הדואר. תקופת העסקתה כ"קבלנית" היתה משמעותית ונפרשה על פני כשש שנים, ולאחריה ברצף הועסקה המערערת כעובדת של רשות הדואר באותו תפקיד. על פני הדברים נראה שאין מחלוקת כי בתקופת העסקתה כ"קבלנית" הועסקה המערערת מדי חודש בעשרות שעות רבות, כך שאין המדובר בהעסקה מעטה וזניחה. לטענת המערערת נתנה את שירותיה לרשות הדואר באופן סדיר ויומיומי. בנוסף, הגם שאזורי חלוקת הדואר של המערערת שונו מעת לעת לאורך השנים, הרי משנקבע אזור החלוקה שעל פני הדברים התאפיינה העסקתה בו ברציפות וסדירות, המבססת את הפן החיובי של מבחן ההשתלבות. כאמור, גם ב"כ המשיבה לא חלקה על כך בפה מלא, אלא טענה לקיומו של היזק ראייתי מחמת חלוף הזמן, כשלכך נתייחס בהמשך.

13. אשר לפן השלילי של מבחן ההשתלבות הרי שלא נטען כי המערערת במקביל למתן שירותי דורות לרשות הדואר סיפקה שירותי דורות גם לגופים אחרים כחלק מעסק שברשותה. אפשרות כזו, על פניה, דחוקה ביותר. אמנם, לא מן הנמנע כי כפועל יוצא מהעסקתה במשרה חלקית הועסקה המערערת במקומות נוספים על ידי מעסיקים אחרים, ואולם עובדה זו כשלעצמה אינה מלמדת על קיומו של עסק, וזאת משני טעמים: ראשית, אדם יכול להיות באותה תקופה עובד של מספר מעסיקים, ומכאן כי היותו מועסק ביותר ממקום אחד, כשלעצמה, אינה שוללת קיומם של יחסי עבודה בו זמנית עם מעסיקים שונים ואף אינה שוללת היותו עובד של מעסיק אלמוני ובגדר נותן שירותים לפלוני (ראו בהקשר זה הדברים שנאמרו בע"ע 300256/98 אייזיק נ' תכנון המים לישראל, פ"ד לו 817). שנית, הפן השלילי של מבחן ההשתלבות נועד לשלול מצב בו השירות למעסיק ניתן מכוח "עסק" של המועסק. מטבע הדברים על מנת לבסס טענת קיומו של עסק נדרש דמיון בטיב השירות הניתן על ידי המועסק למעסיקו השונים. ודוק, לא נדרשת זהות מלאה בשירותים הניתנים, ואולם נדרשים קווי דמיון בתחום נתינתם כך שניתן יהא להכלילם תחת אותו עסק ואותו עיסוק גם





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 52621-06-15

אם ברמת הפשטה גבוהה. ככל שגדל השוני בסוג השירותים הניתן על ידי המועסק למעסיקיו השונים בה במידה פוחתת הסבירות כי השירות ניתן במסגרת "עסק" של המועסק כמשמעו בפן השלילי של מבחן ההשתלבות. ולענייננו, גם אם המערערת עבדה למחייתה במקום עבודה נוסף שאינו חלוקת דואר – ואין בענייננו טענה לעיסוקה בדורות נוספת - במהלך העסקתה בחוזה קבלנות חלוקת דואר הרי שאין בכך ללמד על התקיימות המבחן השלילי בנסיבות העניין.

14. לצד יישום הפן החיובי והשלילי של מבחן ההשתלבות נבקש לציין כי בנסיבות העניין יש ליתן משקל גם לעובדה שהמערערת הועסקה כעובדת קבועה החל משנת 1995 וזאת ברצף להעסקתה כעובדת ארעית. גם לעובדה זו יש ליתן משקל בבחינת מכלול נסיבות העניין. אמנם, נתון זה, כשלעצמו, אינו מקרין בהכרח לאחור על התקופה שקדמה לקבלת המערערת כעובדת, היינו טרם שנת 1995. זאת, כיוון שיש לתת את הדעת לנסיבות נוספות, ובכללן – ומבלי להתיימר למצות - משך תקופת ההעסקה הקודמת; באיזו מידה העיסוק משתלב בליבת עיסוקו של המעסיק; מידת סמיכות הזמנים בין תקופות ההעסקה השונות, היינו אם זו היתה ברצף או חל נתק משמעותי בין התקופות; האם קיים שוני בדפוסי העסקתה של המערערת בין תקופות ההעסקה השונות באופן המשליך על יישום מבחני ההשתלבות ובמיוחד בהיבט רציפות וסדירות; ועוד. ככל שהתקיימו הנסיבות האמורות כי אז תגבר הנטייה להניח קיומם של יחסי עבודה, אלא אם כן יעלה בידי המעסיקה להניח תשתית המצדיקה סטייה מהנחה זו. ההיגיון המונח ביסוד נקודת מוצא זו הוא כי בהצטבר הנסיבות המתוארות, ובפרט העדר שוני מהותי בין התקופות התעסוקתיות השונות, מקרינה תבנית ההעסקה המאוחרת (כעובדת) על קודמתה (כקבלנית), ולכאורה מתבקשת מסקנה משפטית דומה ביחס לתקופות ההעסקה הדומות במאפייניהן. ברוח זו נאמר בעניין שלמי:

"החברה אישרה אם כך כי מבחינה מהותית, לא חל שינוי במאפייני העסקתו של המערער בשלוש תקופות העסקתו, ויש בכך כדי לתמוך בכך שגם בתקופה הראשונה והשלישית - לא היה "קבלן עצמאי" אלא "עובד" (ע"ע (ארצי) 478/09 יצחק חסידים - עיריית ירושלים (13.1.11))."



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 52621-06-15

בענייננו, עיסוק המערערת היה בחלוקת דואר, שהינו חלק מליבת עיסוקה של רשות הדואר; תקופת העסקתה כ"קבלנית" היתה משמעותית, הן מבחינת משכה הכולל (שש שנים) והן מדי חודש (עשרות שעות); העסקתה התאפיינה בסדירות ורציפות (למעט היעדרות בת מספר חודשים לרגל לידה) יחסיים.

אין לכחד כי בין השנים 1989-1995 קיים שוני בין תנאי וסדרי העסקתה של המערערת לבין תנאי וסדרי העסקתו של עובד מן המניין, שהרי אין לצפות לדמיון מוחלט בתנאים ובסדרי העבודה שמצמיח חוזה קבלנות ביחס לחוזה עבודה. ואולם, בקיומו של שוני לא די, שכן מוקד הבחינה הוא אם שוני זה – מבחינת מהותו, היקפו המצטבר והשלכותיו – הוא מהותי אם לאו. לעניין זה פים הדברים שנאמרו על ידי חברתי השופטת דוידוב מוטולה בעניין שלמי:

"הסממנים להם טענה החברה בבית הדין האזורי כמצדיקים הכרה במערער כ"קבלן עצמאי" הם העובדה שנחתם עמו הסכם התקשרות כ"קבלן"; העובדה שלא נדרש להחתים כרטיס נוכחות; לא קיבל תג של החברה; אינו מקבל תשלומים בגין ימים בהם אינו עובד; לא נדרש להעביר אישורים בגין ימים בהם לא נתן שירותים בשל מחלה או חופשה; לא נדרש לבצע משימות נוספות פרט לחלוקת דואר; לא נדרש לקבל אישורים לביצוע עבודה פרטית; לא היה פיקוח על שעות עבודתו אלא על ביצוע העבודה בלבד; לא חלו עליו דיני המשמעת של עובדי החברה והוא לא נדרש לעבור בדיקות רפואיות טרם קליטתו; הוא לא שילם מסי ועד ולא הוזמן לאירועים שמארגן ועד העובדים; ואף לא קיבל תלושי שכר אלא "הודעות זיכוי" (סעיף 21 לתצהיר מר איציק אודאי מטעם החברה וסעיף 3ב' לסיכומיה בבית הדין האזורי).

אלא, שכבר נקבע כי גם אם מועסק מסכים להגדרתו כ"קבלן עצמאי", מאשר זאת בהסכם, ופועל מבחינה חשבונאית ופורמאלית כ"עצמאי" - אין בכך כדי לסתור קיומם של יחסי עובד - מעסיק כאשר אלה מתקיימים לפי אמות המידה המהותיות של המבחן המשולב... רובם ככולם של הסממנים עליהם הצביעה החברה הם תוצאה ישירה של החלטתה לראות במערער "קבלן עצמאי" ולנהוג מולו ככזה, ולפיכך אינם מלמדים על מהות מעמדו - ובחלקם אף משקפים את הפגיעה בו עקב העסקתו בדרך זו (דוגמת הדרתו מחסות ועד העובדים, אי קבלת תשלום בגין ימי היעדרות מוצדקים וכיו"ב)".



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 52621-06-15

מימדי השוני המצוינים בסיכומי המשיבה, אשר אותם פרסה גם בטיעון בעל פה – אינם מגיעים כדי שוני מהותי, והם דומים בעיקרם לאלה שנטענו בעניין שלמי ונקבע כי אינם שוללים יחסי עובד-מעסיק. בתוך כך, נבקש להתעכב על היבט מציאת עובד חלופי על ידי המערערת עת נעדרה מעבודתה (כגון, מחמת חופשת לידה). לטעמינו, שוני זה בנסיבות העניין אינו מהותי. טעם הדבר הוא כי הפסקת תעסוקה לרגל לידה לפרק זמן מסוים הוא חובה מכוח חוקי המגן המוטלת על יולדת, בלי תלות בתבנית העסקתה, והיא תנאי לקבלת תשלומים סוציאליים מהמוסד לביטוח לאומי. משכך, היעדרות מטעם זה אינה מלמדת על העדר סדירות קשר ההעסקה של המערערת או העדר רציפותו. גם העובדה שהמערערת דאגה למציאת מחליף תחתיה אינה בעלת משקל מהותי, ונראה הדבר נעשה עקב רצונה לשמר את מקום העסקתה לאחר תום חופשת הלידה. משכך, בהתחשב בטיבה של ההיעדרות, משקל נתון זה פוחת, ואינו מגיע כדי שוני מהותי. שוני נוסף הוא בהיקף משרתה החלקית של המערערת, כשעובר לכינון יחסי עובד-מעסיק בשנת 1995 עלה זה על מחצית משרה. לטעמינו גם שוני זה אינו יכול להיחשב מבחינה נורמטיבית כמהותי, שכן בפרשת שלמי נקבע כי סעיף 46 המתוקן אינו פוטר את המעסיקה מהצורך לבחון את הסממנים והמבחנים קיומם של יחסי עובד-מעסיק גם אם היקף ההעסקה נמוך מחצי משרה. משכך, היקף ההעסקה אינו יכול להיות חזות הכל, ויש צורך בבחינת המבחנים לקיומם של יחסי עובד-מעסיק. בעת בחינה זו ניתן לתת את הדעת, לצד מבחני העזר שפותחו בפסיקה, גם לבחינת מכלול תקופת העסקתו של התובע. מעבר לכך, אעיר כי בנסיבות הענין חלק משמעותי מתקופת ההעסקה נשוא ערעור זה (1989-1995) היה טרם תוקן סעיף 46 לחוק בשנת 1994, ובנסיבות אלה אין לייחס לתיקון זה משקל רב. משכך, חרף השוני הקיים במימדים מסוימים בין העסקת המערערת בחוזה קבלנות (1989-1995) ובין העסקתה כעובדת (החל משנת 1995 ואילך) – סברנו כי שוני זה אינו מהותי, ולכן מוצדק בנסיבות העניין כי העסקתה כעובדת קבועה החל משנת 1995 תקרין על תבנית העסקתה עד שנה זו.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 52621-06-15

15. לבסוף, המשיבה טענה בפנינו לקיומו של היזק ראייתי עקב כך שהתביעה הוגשה בחלוף של כעשרים שנה (עמ' 3 שורות 5-6). טענת ההיזק הראייתי נטענה במובחן מטענת ההתיישנות, אשר אליה נתייחס בהמשך, והיא רלבנטית ככל שייקבע כי התביעה טרם התיישנה. מבלי להידרש למשמעות סעיף 27(ב) לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958 – שכן הצדדים לא טענו בפנינו על יסודו - נציין כי שיהוי ניכר וממושך עלול לפגוע באינטרסים דיוניים לגיטימיים של בעל דין, אשר מחמת ההיזק הראייתי עשויה להיפגע יכולתו להתחקות אחר נסיבות המקרה או לבסס את טענותיו. לרוב, נטענת טענת ההיזק הראייתי מצד התובע על מנת להעביר את נטל השכנוע משכמו. בענייננו, נשמעת הטענה מפי הנתבעת, אשר נטל השכנוע מלכתחילה אינו מוטל על שכמה, וזאת על מנת שתינתן הדעת להשלכות חלוף הזמן על יכולותיה הדיוניות. אכן, ייתכנו מקרים בהם יהא מוצדק להקל בנטל המוטל על נתבע כאשר חלפו שנים רבות מאז התקופה המצויה במוקד התובענה ומחמת חלוף הזמן לא נשתמרו בידי הראיות הרלבנטיות לתובענה. התוצאה המעשית של הקלה מעין זו עשויה להיות משמעותית, וזאת במיוחד במקרים בהם מחמת חלוף הזמן רב לא ניתן להתחקות אחר התמונה הכוללת, כך שרב הנסתר על הגלוי, ועל כן עשויה התובענה להידחות מחמת חללים עובדתיים מהותיים אלה. ואילו, במקרים אחרים, בהם ניתן לפרוס את עיקרי התמונה הכוללת, עשויה להתבטא ההקלה הראייתית בכך שלא נזקפת לחובת נתבע הימנעותו מלהביא ראיה אשר מחמת חלוף הזמן לא נשתמרה תחת ידו. על פני הדברים בנסיבות מקרה זה עיקרי התמונה הכוללת ניתנים לשרטוט אף בחלוף הזמן. למעשה, העוגנים המרכזיים עליהם בוססה הקביעה בדבר התקיימות יחסי עובד-מעסיק אינם שנויים במחלוקת, וגם המשיבה לא חלקה על כך בטיעונה בפנינו, ולכן לא מצאנו בנסיבות העניין כי חלוף הזמן פגע באינטרסים דיוניים של המשיבה. זאת ועוד. משניתנת התמונה הכוללת לשרטוט אף בחלוף הזמן אזי טענה להיזק ראייתי מצריכה פירוט, קרי איזו טענה בקשה המשיבה לטעון, וזו לא נתמכה על ידה בתשתית הראייתית הנדרשת לביסוסה מחמת חלוף הזמן. בהעדר פירוט טענת ההיזק הראייתי אין בידינו לבחון באופן קונקרטי אם נדרשת הקלה או הגמשה של הנטל בהיבט זה. לבסוף, דומה כי בענייננו המחלוקת היא בעיקרה על תהליך הסקת המסקנה מן התשתית





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 52621-06-15

העובדתית שנפרשה, ואולם תהליך היסק זה הוא בעיקרו מחשבתי וככזה חשיפתו לפגעי הזמן – נמוכה. משכך, אין סיבה להימנע מעריכתו מחמת חלוף הזמן.

16. **סיכום ביניים:** לאחר בחינת מכלול הנסיבות, התקיימות מבחן ההשתלבות על כפל פניו; משמעות הרצף התעסוקתי של המערערת, ובהעדר שוני מהותי בנסיבות העניין בין תקופת העסקת כעובדת לתקופה שקדמה לה כקבלנית - אנו קובעים כי נתקיימו יחסי עובד-מעסיק בין המערערת לבין רשות הדואר גם בשנים 1989-1995. הלבוש החוזי שניתן להעסקה זו כחוויה קבלנות אינו מבטא, בנסיבותיו המיוחדות של המקרה, את טיב הקשר בין המערערת לרשות הדואר בשנים הללו.

17. קביעתנו לעיל מצויה במישור ההצהרתי, ואולם מימושה לסעד קונקרטי כספי או אחר כפוף לתוצאות בחינת טענת התיישנות כטענת הגנה העומדת לנתבע בהליך אזרחי, ואשר המשיבה העלתה אותה. בחינת יסודות ההתיישנות צריכה להיעשות גם בראי עילת התובענה, ולכן מושפעת היא ממאפייני המקור הנורמטיבי שנטען לגביו כי הוא מקים את הזכאות לסעד תוך מתן הדעת להבחנה בין עילה נקודתית ועילה מתחדשת (ובענין זה ראו בהיקש ע"א 9292/07 **חברת שדמות הדרון בע"מ נ' ועדת מקומית לתכנון ובניה "שמעונים"** (6.1.10) תוך יישומן בעילות הנובעות מיחסי ההעסקה (ראו ע"ע 1616/04 **טיברמן נ' מקורות**) (8.1.06).

18. משכך, גם במקרה זה – כפי שנפסק בעניין שלמי – מוחזר העניין לבית הדין האזורי "לצורך בחינת השלכותיה הכספיות והמעשיות של קביעתנו בהתחשב בין היתר בשאלת ההתיישנות (ככל שנטענה ובהיקף בו נטענה), ולצורך בירור הסעדים ההצהרתיים והכספיים שנתבעו על ידו (לרבות בנוגע לבחינת מעמדו, זכויות פנסיוניות, הפרשי שכר וזכויות סוציאליות, חלות ההסכמים הקיבוציים ומשמעותם, טענתו בדבר רציפות זכויות והחבות שנטלה על עצמה החברה ביחס לתקופת העבודה ברשות (בין היתר מכוח סעיף 5 להסכם הקיבוצי מיום 7.12.05), דרישתו לפיצוי לא ממוני וכיו"ב)" (ענין שלמי, פסקה 37).





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 52621-06-15

19. **סוף דבר** – הערעור מתקבל כמפורט בסעיף 17 לעיל. המשיבה תישא בהוצאות המערערת בשתי הערכאות בסך של 25,000 לתשלום תוך 30 יום (ללא קשר להמשך ההתדיינות בבית הדין האזורי) שאם לא כן יישא הסכום ריבית כדין והפרשי הצמדה מהיום ועד התשלום בפועל.

ניתן והודע היום, כ"ב באייר תשע"ז (18 במאי 2017) בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

חני אופק גנדלר,
שופטת

רועי פוליאק,
שופט

אילן איטח,
שופט, אב"ד

מר אמנון גדעון,
נציג ציבור (מעסיקים)

מר אמיר ירון,
נציג ציבור (עובדים)

