



ע"פ 58448/05/16 - מ.ש. מגה שירותי אחזקה ויזום בע"מ, וסים ברהום נגד מדינת ישראל

בית הדין הארצי לעבודה

ע"פ 58448-05-16

06 ספטמבר 2018

המערערים

1. מ.ש. מגה שירותי אחזקה ויזום בע"מ
2. וסים ברהום

-

המשיבה

מדינת ישראל

לפני סגן הנשיאה אילן איטח, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, השופט רועי פוליאק
בשם המערערים - עו"ד עובדיה גבאי; עו"ד אלינור לוינגר
בשם המשיבה - עו"ד אנט שקורי פליישמן

פסק דין

השופט רועי פוליאק

ערעור על הכרעת הדין של בית הדין האזורי בירושלים (השופטת שרה שדיאור; ת"פ 39443-11-10) בגדרה הורשעה המערערת 1 בעבירות של עיסוק במתן שירותי כוח אדם, מבלי שקיבלה רישיון לכך בניגוד לסעיף 2(א) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, תשנ"ו-1996 (להלן - **החוק**) והמערער 2 הורשע בעבירה של אחריות נושא משרה לפי סעיף 21(א) לחוק. הערעור נסוב על הכרעת הדין בלבד.

כמצוות סעיף 218 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח חדש], התשמ"ב-1982, נקדים ונודיע כי החלטנו לזכות את הנאשמים מחמת הספק מהעבירות בהן הורשעו.

רקע

1. כנגד המערערים הוגש כתב אישום בגין עיסוק כקבלן כוח אדם ללא רישיון כנדרש בחוק. על פי כתב האישום, נכרת ביום 29.12.2007 בין המערערת 1 (להלן - **החברה**) לבין רמי לוי שיווק השקמה 2006 בע"מ (להלן - **המזמינה**) הסכם לאספקת שירותי כוח אדם (להלן - **ההסכם**). בהתאם להסכם הושמו עשרה עובדים, אשר שמותיהם נקובים בכתב האישום, בסניף של המזמינה הממוקם באזור התעשייה בשילת (להלן - **הסניף**), במהלך החודשים מאי, יוני ויולי 2008. החברה הואשמה, לפיכך, במתן שירותי כח אדם מבלי שקיבלה רישיון קבלן כח

עמוד 1



- אדם כדין, בניגוד לסעיף 2(א) ביחד עם סעיף 20(ב) לחוק, והמערער 2 (להלן - **המנהל**) הואשם באחריות מנהל לעיסוק ללא רישיון כאמור בניגוד לסעיפים 21(א) ו- 2(א) לחוק.
2. המערערים כפרו בכתב האישום, למעט היות המנהל מנהל החברה ובעליה. המערערים טענו כי ההסכם, אשר הוצג בהסכמה, היה לאספקת שירותי תחזוקה של מחלקת הירקות בסניף ולא הסכם לאספקת שירותי כוח אדם. החברה לא חלקה כי במועד הרלוונטי לכתב האישום לא היה לה רישיון כדין לפעול כקבלן כוח אדם. המחלוקת בין הצדדים היתה, אם כן, בשאלה האם העובדים הועסקו במסגרת עיסוק של קבלן כוח אדם ללא רישיון, או במסגרת עיסוק של קבלן למתן שירותי תחזוקה של מחלקת הירקות בסניף.
3. בפתח דיון ההוכחות בבית הדין האזורי הודיעו הצדדים כי הם מסכימים על העובדות הבאות:
- "1. הנאשמת 1 - לא היתה חב' כוח אדם במועד הרלבנטי לכתב האישום.**
- 2. הנאשמת 1 קיבלה את האישור [רישיון חברת כוח אדם - ר.פ.] בתחילת 2009.**
- 3. אין מחלוקת שהנאשמת 1 העסיקה את העובדים, במועדי כתב האישום, בצומת שילת, בסניף רמי לוי.**
- 4. אין מחלוקת שהנאשם 2 היה מנהל רשום ובעל מניות יחיד של החברה באותה תקופה."**
4. בכתב האישום צוינו כעדים מטעם המאשימה, גב' אתי אמזלג, מפקחת אכיפה והסדרה במאשימה, ועשרת העובדים. עם זאת, רק עובד אחד, מר מעין עביד (להלן - **עביד**) הגיע להעיד, בנוסף למפקחת, והמאשימה ויתרה על עדות העובדים הנוספים. מטעמים של המערערים העיד המנהל.
5. בהכרעת הדין עמד בית הדין האזורי על האבחנה בין מיקור חוץ אותנטי של פונקציות לבין "מיקור חוץ מוסווה של שירותי כוח אדם" (ע"ע (ארצי) 278/09 **חסידיים - עיריית ירושלים** (13.1.2011); להלן - עניין **חסידיים**) וקבע כי "**אומנם מתקיימים סממנים האופייניים לתבנית ההעסקה באמצעות קבלן למתן שירותים, אולם מתקיימים מספר לא מבוטל של סממנים האופייניים לתבנית העסקה באמצעות קבלן כוח אדם**". בית הדין האזורי בחן סממנים אלו על פי המבחנים שנקבעו בדב"ע (ארצי) נב/ 3-142 **חסן עליאה אלהרינאת - כפר רות ואח'**, כד (1) 535 (להלן - **הילכת כפר רות**) תוך בחינת הסכם ההתקשרות בין הצדדים; הפעלת העובדים והפיקוח עליהם; גיוס ופיטורי העובדים; האחריות לשיבוץ העובדים, סידור שעות עבודתם והעברתם מתפקיד לתפקיד; רישום שעות הנוכחות של העובדים; תנאי העבודה והשכר ועל מי חלה החובה בתשלום שכר העובדים; למי שייך הציוד והחומרים המשמשים לעבודה; דיווח היחסים לרשויות; אופן ביצוע התשלום בין החברה למזמינה; והאם החברה מתמחה בביצוע עבודה זו.
6. בית הדין האזורי דחה את עדות המנהל כי ההתקשרות היתה "פיילוט" להעברת ניהול מחלקה שלמה למיקור חוץ. בהתייחסו ליסוד הנפשי בביצוע העבירה על ידי המנהל, ניתן משקל לעובדה לפיה המנהל פנה לקבלת ייעוץ משפטי בדיעה כי עיסוק בשירותי כוח אדם כרוך בקבלת רישיון מתאים ולעובדה לפיה טרם ההתקשרות בהסכם נכלל המונח "כוח אדם" בשם החברה ונפסק כי "**הנאשמת לא הוכיחה כי פעלה באמצעות מנהלה, ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות לעניין עיסוקה כקבלן כוח אדם המספק שירותי כוח אדם לחברה**". בית הדין האזורי הוסיף ובחן את טענות המערערים על התנהלות המשיבה ואת טענתם למחדלי חקירה ולאכיפה בררנית ודחה טענות אלה לגופן.
7. לאחר בחינת מכלול העובדות והטענות הגיע בית הדין האזורי למסקנה לפיה "**העדויות והראיות שבפנינו, הביאונו למסקנה כי המאשימה עמדה בנטל להוכיח מעל לכל ספק סביר את היסוד העובדתי של העבירה לפי סעיף 2(א) וסעיף 20(ב) לחוק, דהיינו שהנאשמת פעלה כקבלן כוח אדם במועד הרלוונטי לכתב האישום בזמן שלא היה בידה רישיון כדין לכך**" (סעיף 93 להכרעת הדין).



8. בשולי הדברים נציין, על אף שהערעור הוא על הכרעת הדין בלבד, כי בגזר הדין הטיל בית הדין האזורי על החברה קנס בשיעור של 28,800 ₪. המנהל נשלח לשירות המבחן לשם עריכת תסקיר, שהמליץ על ביטול הרשעתו בדין. בית הדין האזורי קיבל את המלצת שירות המבחן, ביטל את הרשעת המנהל והשית עליו צו שירות לתועלת הציבור בהיקף של 250 שעות וקנס על תנאי במקרה של עבירה נוספת דומה.

הערעור ותמצית טיעוני הצדדים

9. המערערים הגישו ערעור על הכרעת הדין. בערעור טענו המערערים כי בחינת פני הדברים מעלה כי אין מדובר במתן שירותי כוח אדם, אלא עסקינן בקבלן משנה שסיפק שירותי תחזוקה לאחת המחלקות בסניף של המזמינה. המערערים ביקשו כי בית הדין יבחן את ההסכם שבגיניו הורשעה החברה ואת הראיות שעמדו בפני בית הדין האזורי ואלה יובילו להסקת מסקנות שונות מהממצאים העובדתיים. המערערים טענו כי לא הוכח שעברו את העבירות המנויות בכתב האישום ולמעשה לא הוכח כי החברה פעלה כחברת כוח אדם. המערערים הדגישו את העובדה לפיה בית הדין האזורי קבע כי המזמינה לא שלטה בעובדי החברה וטענו כי בממצא זה יש להביא לכלל מסקנה כי מדובר בחברה קבלנית למתן שירותים ולא בחברת כוח אדם. עוד טענו המערערים כי בית הדין התעלם מספקות שהוא העלה בעצמו בדבר קיום העבירה, ומשהועלה ספק סביר זה הרי שיש לזכות את הנאשמים. עוד טענו המערערים כי מדובר במקרה של אכיפה בדרגות משום שלצד השני להסכם, המזמינה, לא יוחסה כל עבירה והוא לא הועמד לדין.

10. המשיבה בסיכומיה ביקשה מבית הדין לדחות את הערעור, שנסוב כולו, לטענתה, על קביעות עובדתיות של בית הדין האזורי שאין מקום להתערב בהן. עוד טענה המשיבה, כי בית הדין האזורי פירט בהרחבה את מבחני העזר שנקבעו בפסיקה אשר על בסיסם הורשעה החברה. המשיבה דחתה את טענת המערערים לאכיפה בדרגות. באשר לספקות בפסק הדין נטען, כי הכרעת הדין מפורטת דיה ולא עולים ממנה ספקות ביחס לביצוע העבירות וכי בית הדין האזורי קבע כי המשיבה הוכיחה מעל לכל ספק סביר את יסודות העבירה אותה עברו המערערים.

דין והכרעה

11. לאחר שנתנו דעתנו לפסק הדין מושא הערעור, לטיעוני המערערים והמשיבה ולכלל חומר הראיות, הגענו למסקנה לפיה לא עלה בידי המאשימה להוכיח, מעבר לספק סביר, כי החברה פעלה כקבלן כוח אדם וכי מטעם זה דין הערעור להתקבל.

המסגרת הנורמטיבית

12. בסעיף 2(א) לחוק נקבע לאמור:

"לא יעסוק אדם כקבלן כח אדם אלא אם כן הוא בעל רשיון לכך מאת השר ועל פי תנאי הרשיון".

בסעיף 20(ב) לחוק נקבע, כי דינו של העובר על הוראת סעיף 2(א) לחוק הוא ששה חודשי מאסר.

13. המונח **"קבלן כוח אדם"**, העומד במוקד הערעור, מוגדר בחוק כ"**מי שעיסוקו במתן שירותי כוח אדם**", למעט יחיד המקבל שירותי סיעוד. בשנת 2009, לאחר מועד ביצוע העבירות המיוחסות למערערים, נוספה לחוק הגדרה של **"קבלן שירות"** שעניינה ב"**מי שעיסוקו במתן שירות באחד מתחומי העבודה המפורטים בתוספת השניה, באמצעות עובדיו, אצל זולתו**" (ראו: סעיפים 136 ו- 137 לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנים 2009 ו- 2010), התשס"ט-2009).

14. העובדות המהותיות להכרעה אינן שנויות, בעיקרן, במחלוקת בין בעלי הדין. החברה והמזמינה התקשרו בהסכם



לפיו נשכרו שירותי החברה ("הקבלן" כהגדרת החברה בהסכם) ל"ניהול מחלקת הירקות [בסניף - ר.פ.] הפעלתה ואחזקתה" (להלן - **מחלקת הירקות** או **המחלקה**). עובדי החברה, אשר התקבלו לעבודה על ידי החברה ללא כל מעורבות של המזמינה, היו מופקדים על סידור הסחורה במחסן, העלאתה, בעת הצורך, למחלקה וסידורה על המדפים וכן על תקינות הציוד במחלקה, כולל מקררים. הירקות עצמם נרכשו על ידי המזמינה, אשר שילמה לחברה תמורה המחושבת לפי שעות עבודתם של עובדי החברה, בתעריף אחיד לשעת עבודה. המזמינה היא שקבעה כמה עובדים נחוצים במהלך יום העבודה. עם זאת, זהות העובדים, חלוקתם למשמרות, תנאי העסקתם ומתכונת תשלום שכרם נקבעו באופן בלעדי על ידי החברה, אשר שילמה את שכרם של העובדים והנפיקה להם תלושי שכר. החברה מינתה, כמתחייב מהוראות ההסכם, אחראי למחלקה, מר אבו חסאן (להלן - **האחראי** או **אבו חסאן**), אשר שימש כמנהלם הישיר של עובדי החברה שהוצבו בסניף וכאיש הקשר בין מנהלי הסניף לבין המזמינה. חילוקי הדעות בהיבט העובדתי, אשר יבחנו להלן, הצטמצמו למעורבות של מנהלי הסניף במתן הנחיות ישירות לעובדי החברה ולסוגית מעורבות מנהלי הסניף בפיטורי עובדים.

15. בית הדין האזורי עמד על מאפייני מערכת היחסים המשולשת של מזמין, קבלן ועובדים, ובחן, כאמור בפתח הדברים, האם אכן מדובר במיקור חוץ של פונקציות או שמא ב"מיקור חוץ מוסווה של כוח אדם", כמונח שנטבע בעניין **חסידיים**, תוך שבית הדין בוחן את השאלה באמצעות המבחנים שהותוו בהלכת **כפר רות**. התוצאה אליה הגיע בית הדין האזורי היא, כי מתקיימים סממנים אופייניים לתבנית העסקה באמצעות קבלן שירותים, אך מכלול הסממנים ומשקלם מטילים את הכף לקביעה כי מדובר בשירותי כוח אדם (סעיפים 11 ו- 92 לפסק הדין).

16. לגישתנו, היה מקום להבחין בין הסוגיה השאובה מתחום המשפט האזרחי האם יש לראות במזמינה מעסיקה יחידה או מעסיקה משותפת עם החברה, בה דן החלק הארי של פסקי הדין שעמדו בבסיס הכרעת הדין, לבין הסוגיה הרגולטורית, הנבחנת במשקפי הדין הפלילי, האם הוכח, מעבר לספק סביר, כי פעילות החברה בסניף היא פעילות של "מתן שירותי כוח אדם" אשר חייבה ברישיון קבלן כוח אדם לפי החוק.

כך, למשל, פסק הדין בעניין **חסידיים**, המצוטט בהרחבה בפסק דינו של בית הדין האזורי, נפתח במילים "עניינו העיקרי של ערעור זה בסוגיית זהות המעסיק, בסיטואציה של מיקור חוץ". כך גם הילכת **כפר רות**, הדנה ב"זיהוי המעביד מבין מעבידים נטענים ... בנסיבות העסקה בלתי שגרתיות" (שם, בפסקה 13). ואכן, בסוגית זהות המעסיק והטלת האחריות המלאה או השירותית (ראו: דעת הרוב מפי הנשיא ס' אדלר בע"ע (ארצי) 273/03 **שוואב - מדינת ישראל** 2.11.2006)) על מזמין העבודה, קיימות דעות שונות (ראו: גיא דוידוב **העסקה עקיפה** עבודה חברה ומשפט יב 191 (2009)) וניתן להצביע על מגוון רב של שיקולים שונים, ובהם, בין היתר, הרצון לשמור על זכויותיו של העובד היחיד בעת חדלות פירעון של מעסיקו (דב"ע (ארצי) נג/96-3 **מ.ב. מחלקת הבניה של הקיבוץ הארצי בע"מ - עאבד**, פד"ע כט 151 (1995)) או לוודא כי מתכונת ההעסקה אינה פוגעת בדרך כלשהי בזכויות העובד (ע"ע (ארצי) 467/08 **פימה פאק פרימוזה טריידינג בע"מ - הרבנות הראשית לישראל** (12.7.2010)). לסוגיות אלה, אשר אינן מבחינות בין מעמדו של עובד כעובד קבלן כוח אדם או כעובד קבלן שירותים, אלא דנות בעצם הלגיטימיות של ההעסקה באמצעות מיקור חוץ, בנסיבות הפרטניות של כל הליך והליך, אין כל נפקות בענייננו, עת לא נטען כי לא התקיימו יחסי עבודה בין העובדים לבין החברה או כי התקיימו יחסי עבודה בין העובדים לבין המזמינה.

חובת הרישוי והאבחנה בין סוגי קבלנים

17. חובת הרישוי לפי החוק, הוטלה במועד הרלוונטי לביצוע העבירות מושא כתב האישום, על קבלני כח אדם בלבד ולא על קבלני שירותים (ראו: רות בן ישראל **העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם והבטחת זכויות עובדים לעת חדלות פירעון של מעסיק בפועל** הפרקליט מז ע' 24 ה"ש 36 (תשס"ד - תשס"ה)).

18. בית הדין הארצי עמד "על קצה המזלג" בהליך פלילי לפי חוק עובדים זרים, התשנ"א-1991, אשר התנהל ביחס להעסקה שלא כדין של עובדים זרים בענף הבניין, על האבחנה כפי שהיא עולה מהפסיקה ומהספרות



המשפטית בין קבלן שירותים (ובנסיבות אותו עניין: "קבלן משנה") לבין קבלן כוח אדם: **"קבלן שירותים, הוא קבלן המספק מוצר מוגמר למזמין. קבלן השירותים הוא זה שיספק את חומרי הגלם, ככל שקיימים כאלה לצורך קבלת השירות או המוצר המוגמר, והוא שיפעיל את עובדיו ויפקח עליהם עד להשלמת המוצר המוגמר. לעומת זאת, קבלני כוח האדם מספקים לארגון עובדים זמניים. באופן זה, העבודה נעשית על ידי הקבלן בחצרו של המזמין, והמזמין הוא זה שמפעיל את העובדים, נותן הוראותיו ומפקח על ביצוע העבודה (ראו: ...). ה'מזמין' לענייננו, ובקשר לחוק עובדים זרים וחוק קבלני כוח אדם הוא 'המעסיק בפועל' ההדגשות במקור - ר.פ.".**
(ע"פ (ארצי) 20422-01-11 גבריאלי אוזן - מדינת ישראל. פסקה 23 (4.8.2011); להלן - עניין גבריאלי אוזן).

הגדרה דומה, בנסיבות בהן לא קיים "מוצר" אלא ניתן "שירות", כבענייננו, תוך עריכת אבחנה בין סוגי קבלנים, ניתנה על ידי המלומדת פרופ' שרון רבין-מרגליות:

"חברות שירותים הן חברות המספקות שירות ללקוחותיהם, והעבודה מתבצעת בחצרי הלקוח. כאלה הן חברות הניקיון והשמירה וחברות ההסעות והמחשוב. הן מוכרות לנו גם בשם 'קבלני שירותים'. שלא כמו חברות כוח אדם, חברת השירותים מספקת ללקוחותיה שירות מוגדר ומוגמר שהלקוח בחר למקרה החוצה (outsourcing) כגון שירותי ניקיון או אבטחה. חברת כוח האדם, לעומת זאת, מספקת ללקוח פתרונות נקודתיים של כוח אדם, מעין 'כלבויניק' היכול לשלוח ללקוח מזכירה, עובד מחשב, עובד ניקיון ומאבטח בעת ובעונה אחת. מושא ההתקשרות שונה אפוא: בחוזה לאספקת השירותים מושא ההתקשרות הוא השירות, ואילו בחוזה לאספקת כוח אדם מושא ההתקשרות הוא כוח האדם עצמו. מובן שהבחנה זו אינה חפה מתחומים אפורים שלא ברור בהם אם ההתקשרות היא במסגרת מיקור חוץ מלא של שירות כלשהו או למעשה מיקור חוץ של כוח האדם בלבד".

(שרון רבין-מרגליות חברות השירותים, מזמיני השירותים ובעיקר מה שביניהם: על מעמדם ועל אכיפת זכויותיהם של עובדי השירותים מחקרי משפט כה 525, 526 (התש"ע-2009)).

מהכלל אל הפרט

19. המשיבה מדגישה את העובדה שחומר הגלם, הירקות, סופק על ידי המזמינה והתמורה שולמה על בסיס שעות עבודה, שהיקפן ומסגרתן נקבעו על ידי המזמינה כמקובל בהתקשרויות להספקת שירותי כוח אדם. המשיבה אף מציינת כי מכירות מחלקת הירקות הן חלק אינטגרלי מפעילות המזמינה בסניף וכי עובדי החברה, אשר חלקם היו קטינים, לא נדרשו להכשרה מיוחדת לעבודתם והיו לבושים במדים של המזמינה. בנוסף לטענות העובדתיות דלעיל, אשר אינן שנויות במחלוקת, משליכה המשיבה יהבה על שתי טענות עובדתיות נוספות.
20. הטענה האחת, היא הסוגיה המהותית של הפעלת העובדים והפיקוח עליהם (ראו הציטוט לעיל מעניין גבריאלי אוזן). המשיבה טענה בבית הדין האזורי כי הימצאותו של אבו חסאן בסניף היתה למראית עין בלבד. בית הדין האזורי קבע כי **"על פי העדויות שבפנינו, העובדים קיבלו הוראות מהנאשמת ולא מהחברה אשר בחצריה עבדו בפועל"** (סעיף 23 לפסק הדין), אך סבר כי לנוכח העובדה שעובדי החברה קיבלו הוראות **"גם ישירות מקרלוס"** מנהל הסניף, לא ניתן לקבוע כי בסממן זה הכף נוטה לטובת תבנית העסקה של קבלן שירותים, הגם שלא קבע כי הכף נוטה כתוצאה מכך לסיווג החברה כקבלן כוח אדם.



לטעמנו, לא עלה בידי המשיבה להוכיח כי הפעלת העובדים והפיקוח עליהם לא בוצעו בידי החברה וכי הימצאותו של אבו חסאן, האחראי מטעם החברה בסניף, היתה למראית עין בלבד. חומר הראיות בסוגיה המהותית של הפעלת העובדים והפיקוח עליהם, אשר הוצג לבית הדין היה חלקי בלבד. הוראות ההסכם הן ברורות. סעיף 8 להסכם, הכולל ארבעה סעיפי משנה, קובע כי **"הקבלן ימנה אחראי מחלקה אשר יהיה ממונה על סידור העובדים ועל תקינות המחלקה"** וכי המזמינה תעלה דרישות ובקשות **"אך ורק לאחראי המחלקה"** או ישירות למנהל החברה וכי סידור המשמרות יקבע באופן בלעדי בידי האחראי. כך גם העיד המנהל. בית הדין האזורי מצא "תהיות וספקות" בעדות המנהל לפיה העובדים קיבלו הנחיות ישירות מאבו חסאן, אך המזמינה נתנה הוראות לאחראי מטעם החברה. דא עקא, עדות זו של המנהל עולה בקנה אחד עם הוראות סעיף 8 להסכם ואין בה כדי לתמוך בטענה של מראית עין בהעסקת האחראי והימצאותו בסניף.

העדות המרכזית מטעם המשיבה, בהקשר זה, היתה של עביד, אשר, כעדותו, טרם מלאו לו שבע עשרה שנים בעת תחילת העבודה. בחקירתו חזר וציין עביד, אשר שני הצדדים לא חלקו על מהימנותו, כי **"מי שהיה אחראי עלי הוא אבו חסאן ... אבו חסאן היה רשם את השעות זה היה אותו מנהל. היה אומר לי מה לעשות"** ובהמשך כאשר נשאל על אבו חסאן בחקירה הנגדית ציין **"הוא עבד, כן, במחלקת ירקות, היה אחראי שם, אחראי גדול. מה שאני יודע במחלקת ירקות"** והוסיף והשיב ביחס לאבו חסאן כי **"הוא היה שם נותן את כל ההוראות לכל העובדים במחלקה של הירקות"**. דומה, כי העדות היחידה למעורבות של קרלוס, מנהל הסניף, נמצאה בתשובה לשאלה המנחה בחקירה הראשית של עביד **"היה מישוה בשם קרלוס שהיה אומר לך מה לעשות"**, שנענתה במילים **"קרלוס היה מבקש מאבו חסאן, או ממני, מה לעשות"**. לכל היותר מלמדת התשובה כי גם מנהל הסניף נתן הנחיות, מעת לעת, לעובדים, לצד ההפעלה והפיקוח השוטפים של **"[ה]אחראי [ה]גדול"** שנתן את **"כל ההוראות"** אבו חסאן. המשיבה לא זימנה את אבו חסאן או את קרלוס (או כל בעל תפקיד אחר במזמינה) לעדות, כדי לבסס את טענתה כי תפקיד האחראי היה למראית עין וכי ההפעלה והפיקוח של העובדים בוצעו על ידי המזמינה. הימנעות המשיבה מלהזמין עדים, אשר היה בכוחם לסייע לה לבסס את טיעוניה עומדת למשיבה, המאשימה בהליך הפלילי, לרועץ, בעיקר בנסיבות בהן העדויות היו נחוצות על מנת לבסס טענה עובדתית מהותית לגישת המשיבה עצמה. המשיבה טענה בבית הדין האזורי, כי על המערערים היה להעיד את אבו חסאן. בית הדין האזורי דחה טענת המשיבה בהסתמך על הפסיקה לפיה בהליך פלילי **"בשונה מן התביעה, הנאשם איננו חייב להביא ראיות מטעמו אלא רשאי הוא להסתמך על הראיות שהובאו על ידי התביעה ולטעון על בסיסן שלא הוכחה אשמתו. זאת לאור עיקרון מנחה בהליך הפלילי, הנסמך על פערי הכוחות המובנים בין הנאשם ובין המדינה, שמהם נגזר היעדר סימטריה בין החובה של התביעה להציג לבית המשפט את כלל חומר הראיות הרלוונטי ובין חובת הנאשם בהבאת ראיות להגנתו"** (רע"פ (ארצי) 21530-11-13 א.י.ל סלע (1991) בע"מ - מדינת ישראל. פסקה 23 לפסק דינו של השופט א' איטח (18.2.2015); ראו גם ע"פ (ארצי) 20728-04-14 יוסף אוזן - מדינת ישראל (22.9.2016)), אך נמנע, הלכה ולמעשה, לזקוף את אי הבאת העדים לחובת המשיבה. מכל מקום, התמיכה היחידה בטענתה של המשיבה לפיה מחלקת הירקות הופעלה על ידי מנהל הסניף, שעה שהאחראי שובץ לעבודה למראית עין בלבד, היא תשובת העד עביד שיש לבחנה עם מכלול ההתייחסויות בעדותו לאבו חסאן המצביעות כי אכן אבו חסאן הוא שהיה האחראי על הפעלת המחלקה ועל עובדיה וכך נתפש גם בעיניו של עביד עצמו ולא בכדי קבע בית הדין, במישור העובדתי, כמצוטט לעיל, כי **"העובדים קיבלו הוראות מהנאשמת ולא מהחברה אשר בחצריה עבדו בפועל"**. בהקשר זה נבהיר, כי עצם מתן הנחיות ישירות לעובדי קבלן מעת לעת על ידי מנהל מטעם מזמין העבודה, כפי שיש להניח שניתנות לעובדי ניקיון על ידי מנהלים באתר העבודה ולעובדי שמירה על ידי הקב"ט המועסק במזמין העבודה, אינן הופכות כשלעצמן את הקבלן לקבלן כוח אדם אלא הן עשויות להיות חלק מהתנהלות של מיקור חוץ.



21. טענה נוספת של המשיבה היא כי למזמינה הוקנה הכוח לפטר עובדים בחברה, בעקבותיה נפסק כי לא ניתן לקבוע ממצא חד משמעי בסוגיה בידי מי הכוח לקבל את העובדים לעבודה ולפטרם. אין כלל חולק, כי החברה קיבלה את העובדים לעבודה, לפי שיקוליה, ולא נדרשה לאישור המזמינה. עדות המנהל לפיה עובד חדש לא נדרש לעבור ראיון אצל קרלוס לא נסתרה. עם זאת, המשיבה טוענת בסיכומיה, בהסתמך על הלכת **כפר רות**, כי "סממן הפיטורים הינו 'סימן היכר רב משקל במיוחד'" וכי בנסיבות העניין היתה למזמינה הזכות להורות על פיטורי עובדים.

המשיבה לומדת על זכות המזמינה להורות על פיטורים, מעדות המנהל לפיה **"קרלוס לא היה מפטר אלא אם כן זה היה גניבה. הוא היה אומר העובד הזה גנב, אני הייתי מפטר"**. דומה שמתשובת המנהל שצוטטה לעיל, עולה מסקנה הפוכה. למזמינה אין זכות לפטר עובדים. אפילו אם עובד נתפס בגניבה, על המזמינה לפנות לחברה. מתשובת המנהל - שלא הוברר אם היא מבוססת על אירועים שהתרחשו או שעניינה שאלה היפותטית - אף לא עולה כי הוא מחויב לפטר, אם כי ברור כי כך יעשה. פניית מזמין מיקור חוץ, בין של שירותי כח אדם ובין של שירותים אחרים, בדרישה לפטר עובד שנתפס במעשה גניבה אינה מצביעה על סוג השירותים ואף אין לראות בה פגיעה בלגיטימיות של מתכונת ההעסקה, אלא התנהלות מובנת מאליה במערכת יחסים שבין מזמין שירות לבין נותן השירות. בין כך ובין כך, טענת החברה כי היא מי שקיבלה את העובדים לעבודה במחלקת הירקות, מי שקבעה את תנאי העסקתם ומי שפיטרה אותם לא נסתרה אפוא.

22. נוסף ונציין כי בית הדין זקף לחובת המערערים את העובדה לפיה מספר העובדים מטעמם נקבע על ידי המזמינה והתמורה משולמת על בסיס שעות עבודה. גם בענפים בהם מיקור חוץ מתבצע באמצעות קבלני שירותים, כגון ענפי השמירה והניקיון, התמורה המשולמת לקבלנים נקבעת במקרים רבים על בסיס שעות עבודה והיקפם של עובדי הקבלן המוצבים לעבודה במועד נתון נקבע על ידי מזמין העבודה. עובדה זו כשלעצמה אינה מטה את הכף לקביעה כי הקבלן מעניק שירותי כוח אדם. בהקשר זה נציין, כי מהעדויות עולה כי חלק מהשירות שניתן על ידי החברה, היה שירות של תקינות ציוד הקירור במחלקה, אשר התבצע באמצעות טכנאי מקררים, בגינו, כמו גם בגינו של האחראי אבו חסאן, שולמה, כעולה מהעדויות ומחומר הראיות, תמורה זהה לתמורה המשולמת בגין שעת עבודה של עובד מהשורה, עובדה התומכת במידה מסוימת בהתייחסות אל החברה כאל קבלן שירותים ולא כאל קבלן כח אדם. כמו כן נעיר, כי קביעת בית הדין לפיה העדויות לא היו קוהרנטיות לעניין רישום שעות הנוכחות, אינה מתחייבת מהעדויות מהן עולה כי בוצעו שני רישומים נפרדים לתכליות נפרדות. רישום אחד של שעות הנוכחות של עובדי החברה, כקבוצה (מבלי להבחין בין העובדים השונים), בוצע על ידי המזמינה לצורך מעקב אחר דרישות התשלום מהחברה. רישום שני של שעות הנוכחות של כל עובד ועובד בוצע על ידי אבו חסאן, כפי שהעידו המנהל ועבד, על מנת לשלם לעובדים, שהועסקו על בסיס שעות, את שכרם.

23. ענייננו בהליך פלילי. נטל השכנוע כי עיסוקה של החברה הוא במתן שירותי כוח אדם רובץ על המאשימה. ספק סביר בהליך פלילי פועל לזכותם של הנאשמים. לפיכך, כאשר חומר הראיות כולו מותיר ספק סביר בדבר קיומו של יסוד מיסודות העבירה, יש לזכות את הנאשם (יעקב קדמי **על הראיות** 1680 (תש"ע-2009)). בחינת חומר הראיות בתיק מלמדת, כי לא עלה בידי המשיבה להוכיח מעבר לספק סביר כי עיסוקה של החברה הוא במתן שירותי כוח אדם בניגוד למצג בהסכם של מתן שירות של הפעלה ותחזוקה של אחת ממחלקות הסניף. אמנם, פעילות המחלקה היא פעילות אינטגרלית של הסניף, היקף השירותים הוכתב על ידי המזמינה, אשר גם הזמינה את הירקות, והעובדים לבשו את תלבושת המזמינה. עם זאת, לצד סממנים אלה המאפיינים פעילות של קבלני כוח אדם יותר מאשר פעילות של קבלני שירותים, הוכח בהליך כי שירותי החברה הצטמצמו להפעלת מחלקת הירקות ולא היתה "זליגה" של עובדים למחלקות אחרות ולפעילויות נוספות המשרתות את החברה. מיקור החוץ של עבודת המחלקה, כלל את מלוא הפעילות למעט הזמנת הירקות, לרבות אחריות לתקינות הציוד בידי בעל



מקצוע שהתמורה בגין פעילותו לא היתה שונה מהתמורה בגין פעילות התחזוקה בכללותה. הפעלת העובדים והפיקוח עליהם בוצעו - הן להלכה, לפי ההסכם, והן בפועל - בידי אחראי מטעם החברה, אשר קיבלה את העובדים לעבודה, קבעה את תנאי שכרם ושילמה את השכר, תוך הנפקת תלושי שכר מטעמה, ואף היתה בעלת הזכות הבלעדית לפיטוריהם.

גם אם הפעילות "אינה חפה מתחומים אפורים" כלשונה של רבין-מרגליות במאמר שצוטט לעיל, לא עלה בידי המשיבה לשכנע מעבר לספק הסביר כי ניתנו שירותי כוח אדם מוסווים ודין הערעורים, לפיכך, להתקבל, משלא הוכחו יסודות העבירה של מתן שירותי כוח אדם ללא רישיון. בנסיבות אלה איננו נדרשים לסוגיות נוספות שהועלו על ידי המערערים בערעורם על הכרעת הדין.

24. **סוף דבר** - הערעור מתקבל. המערערים מזוכים בזה מכל ההאשמות בכתב האישום. סכום הקנס שהוטל על החברה, ככל ששולם, יוחזר לחברה.

ניתן היום, כ"ו אלול תשע"ח
(06 ספטמבר 2018)
בהעדר הצדדים ויישלח
אליהם.

רועי פוליאק,
שופט

סיגל דוידוב-מוטולה,
שופטת

אילן איטח,
סגן נשיאה, אב"ד