

ע"ע 20310-09-19

בעניין:

1. מוחמד רשיד
2. סמיח רשיד
3. סמיח רשיד
4. חמזה רשיד
5. זידאן רשיד

ע"י ב"כ עו"ד חנוך רובין
מרח' בית הדפוס 20, "בית פרינטיב", ירושלים, 9548323
טל': 02-6250401, פקס': 02-6250402

המערערים

והמשיבים בערעור שכנגד

– נ ג ד –

1. נפתלי זקן (ח.פ. 513230144)
ע"י ב"כ עו"ד חגי מזרחי ו/או מאיר מנחם ו/או טלי כהן אומן
מרח' כנפי נשרים 13, ירושלים, 9546425
טל': 02-6521152, פקס': 02-6521125

המשיבה

2. ראאד באיד

ע"י ב"כ עו"ד אופיר שמשון
מרח' בן יהודה 34 (בניין מגדל העיר קומה 17)
ת"ד 113, ירושלים, 9423001
טל': 02-6439811, פקס': 02-6439813

המשיב והמערער שכנגד

היועץ המשפטי לממשלה

באמצעות ב"כ עו"ד מהמחלקה למשפט העבודה בפרקליטות המדינה
מרח' מח"ל 7, ת.ד. 49123, ירושלים, 9776316
טל': 073-3928129 ; פקס': 02-6462809

מתייצב להליך

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 14.7.2020, ובהמשך להודעה בדבר התייצבותו להליך, תובא להלן עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה.

א. פתח דבר

1. עניינם של הליכים אלה בערעור וערעור שכנגד שהוגשו על פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בירושלים בע"ב 64841-12-15 (כבוד השופט דניאל גולדברג, ונציגי הציבור מר רמי אלקנה ומר דוד זהבי) מיום 27.6.2019. ראשיתם של ההליכים בתביעתם של חמישה עובדים פלסטינים (להלן: "העובדים"), תושבי ייטא, שהועסקו כעובדי בנין בפרויקט בניה של שמונה בניינים, ביישוב כרמי צור שבגוש עציון (להלן "הפרויקט"). החברה היזמית של הפרויקט היא חברת משה"ב (שאינה צד להליכים שלפנינו) (להלן: "החברה היזמית הישראלית"), אשר התקשרה בחוזה עם המשיבה, חברת נפתלי זקן (להלן "החברה הקבלנית הישראלית"), לשם הקמת הפרויקט.

2. החברה הקבלנית הישראלית, בתורה, חתמה על הסכם מול המשיב והמערער בערעור שכנגד, מר ראאד באיד (להלן "קבלן המשנה הפלסטיני"). בהסכם זה קיבל על עצמו קבלן המשנה את התחייבויותיה של החברה הקבלנית הישראלית מול החברה היזמית הישראלית, לגבי עבודות בניית השלד של שני בניינים מתוך השמונה שבפרויקט.

3. העובדים פנו בתביעה לתשלום זכויותיהם בגין העסקתם וזכויות הנובעות מסיום העסקתם ובכלל זה הפרשי שכר מינימום, הפרשות לפנסיה, פיצויי פיטורים, דמי הודעה מוקדמת לפיטורים, דמי הבראה, פדיון ימי חופשה, דמי חגים ופיצויים לדוגמה.

4. כעולה מפסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה, החברה הקבלנית הישראלית הכחישה כי העסיקה את העובדים, וטענה כי אלה הועסקו על ידי קבלן המשנה, שהינו תושב הרשות הפלסטינית.

5. בפסק דינו, דן בית הדין האזורי לעבודה בשלוש שאלות מרכזיות:

א. מי היה מעסיקם של העובדים – האם החברה הקבלנית הישראלית או קבלן המשנה או שמא שניהם במשותף?

ב. מהו הדין החל על העסקת העובדים – הדין הישראלי או דין האיזור?

ג. האם לבית הדין סמכות לדון בתביעה, והאם הוא ה"פורום הנאות" לדון בה?

6. בית הדין האזורי לעבודה השיב על שאלות אלו, כסדרן, וקבע כי מעסיקם של העובדים הוא קבלן המשנה הפלסטיני, וזאת בהתאם למבחנים שנקבעו בפסיקה ביחס לשאלת זיהויו של המעסיק. אשר לדין החל על העסקת העובדים, קבע בית הדין האזורי כי הדין החל הוא דין האיזור. בהתאם לקביעת בית הדין האזורי, דין האיזור כולל גם את הצו בדבר העסקת עובדים במקומות מסוימים (יהודה והשומרון) (מס' 967), תשמ"ב-1982 (להלן: "צו 967" או: "הצו"), ועל כן קבע בית הדין האזורי כי העובדים היו זכאים בתקופת העסקתם לשכר מינימום בהתאם לחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987. אשר לשאלת הסמכות והפורום הנאות, קבע בית הדין האזורי, כי עומדת לו סמכות לדון בתובענה, וזאת מכוח הסכם קבלנות המשנה, בו נקבע כי מקום השיפוט הבלעדי בכל הנוגע להסכם זה יהיה בית המשפט המוסמך בירושלים.

7. העובדים וקבלן המשנה ערערו על פסק הדין.

8. יוטעם, כי המדינה אינה צד לסכסוך נושא ההליכים שבנדון, וממילא עובדות המקרה אינן ידועות ליועץ המשפטי לממשלה. על כן, במסגרת הצגת עמדתו להלן, יתייחס היועץ המשפטי לממשלה לסוגיות המתעוררות בהליכים אלה מן ההיבט העקרוני בלבד, ויבקש להציג, בקווי מתאר כלליים, את האופן בו יש, לשיטתו, לגשת לבחינתן של סוגיות אלו.

9. במסגרת ההליכים דנן מתעוררת סוגיית יישום המבחנים לקביעת הדין החל על העסקת עובדים פלסטינים במובלעות באזור במקרה של תבנית העסקה משולשת – ובלשון אחר – מבחני "הדין החל" פוגשים את מבחני "מיהו המעסיק". בנסיבות אלו, יבקש היועץ המשפטי לממשלה בעמדה מטעמו להציב זרקור על היבטים מסויימים הנוגעים לזיקת זהות המעסיק וליישומה במסגרת מבחן מירב הזיקות, והעמדה תתמקד, איפוא, בהיבטים אלה.

10. בתמצית ייאמר, כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, במקרים של קבלת שירות על ידי קבלן משנה פלסטיני, יש לנקוט משנה זהירות ולוודא כי אין ניסיון לעשות שימוש לא אותנטי בתבנית העסקה מורכבת כאמצעי להתחמקות מהחלתו של הדין הישראלי. לשם כך, יש לבחון את שאלת האותנטיות של ההעסקה ואת הלגיטימיות שלה. בנוסף, נדרשת בחינת תחולתן של ההלכות בדבר מעסיקים במשותף או מעסיק נוסף, על הרציונאלים העומדים ביסודן של הלכות אלו.

11. באשר לסוגיית סמכות בית הדין לדון בתובענה, ושאלת הפורום הנאות, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי משבנסיונות ההליכים דכאן, הנתבע הראשי הוא ישראלי, וכן בשים לב לקיומן של זיקות נוספות הקושרות את ההליכים לישראל, נדמה שלא ניתן לחלוק על כך כי לבית הדין

האזורי ולבית דין נכבד זה סמכות לדון בתובענה, והוא הפורום הנאות לדון בה. אשר על כן, היועץ המשפטי לממשלה לא יידרש במסגרת עמדה זו לסוגיות אלו, והעמדה מטעמו תתמקד, כאמור, בשאלת הדין החל על העסקת העובדים במקרה של תבנית העסקה מורכבת.

12. בטרם תובא העמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה, ייסקרו בתמצית העובדות הרלוונטיות, כפי שהן עולות מקביעותיו של בית הדין האזורי לעבודה, וכן יוצגו בתמצית טענות הצדדים להליכים דכאן.

ב. תמצית העובדות הרלוונטיות כפי שהן עולות מקביעותיו של בית הדין האזורי

13. לצורך הכרעתו בשאלות שבמחלוקת, פירט בית הדין האזורי "עובדות רלוונטיות בנוגע להסכמים בין הנתבעים, לקבלת התובעים לעבודה ולקביעת תנאי עבודתם, תשלום שכרם, הפיקוח על עבודתם והבעלות בכלים ובחומרים בהם עבדו התובעים". להלן יובאו עובדות אלו כפי שפורטו על ידי בית הדין האזורי.

14. בית הדין האזורי ציין, כי לא הוצגו לפניו המסמכים בנוגע לזכויות הפיתוח שנמסרו לחברה היזמית בקרקע עליה בוצע הפרויקט. לבית הדין הוצג הסכם בין הנתבעים מיום 16.9.2010 (להלן: "הסכם קבלנות המשנה"), אך לא הוצג לפניו ההסכם בין החברה היזמית הישראלית לבין החברה הקבלנית הישראלית (בית הדין ציין, כי בהסכם קבלנות המשנה כונה הסכם זה "ההסכם העיקרי"). בית הדין ציין, כי "ככל שניתן להבין מהסכם קבלנות המשנה", בהסכם העיקרי התחייבה החברה הקבלנית הישראלית "לבצע עבודות בניה מהחל ועד כלה של 8 בנינים לרבות עבודות פיתוח ו/או עבודות נוספות ביישוב כרמי צור".

15. בית הדין האזורי הוסיף וציין, כי בהסכם קבלנות המשנה הצהירו הנתבעים שברצונה של החברה הקבלנית הישראלית למסור לקבלן המשנה את "ביצוע עבודות בניית שלד שני בניינים נשוא ההסכם העיקרי, מהחל ועד כלה, ללא יוצא מן הכלל, כאמור בהסכם, והוסכם כי התקשרותם היא 'גב אל גב' עם ההסכם העיקרי 'כך שכל הוראה בהסכם העיקרי תחול על יחסי הצדדים ותחייב את קבלן המשנה כאילו נכתבה בהסכם זה ממש", וכי "מכאן עולה כי על פי הסכם קבלנות המשנה, הנתבע קיבל על עצמו כלפי הנתבעת לעמוד בהתחייבויות שהנתבעת קיבלה על עצמה כלפי משה"ב ב'הסכם העיקרי' לגבי שניים מתוך שמונת הבנינים שבפרויקט".

16. לענין העסקת עובדי קבלן המשנה, בית הדין האזורי הפנה להוראות בהסכם קבלנות המשנה הקובעות כדלהלן:

**"קבלן המשנה אחראי להשגת כל האישורים ו/או הרשיונות הדרושים
על מנת להכניס הפועלים לכרמי צור (אישור ירוק בשטחים), במידה**

והוא לא יוכל לקבל רשיונות על שמו מכיוון שהוא תושב שטחים בעצמו
אזי חברת נפתלי זקן בע"מ תוציא רישיונות לכרמי צור על שמה וכל
העובדים יידעו שאינם עובדים של חברת נפתלי זקן בע"מ ואין להם כל
זכות לפי החוק להעסקת עובדים במדינה ישראל (חבות מעביד) ואו צו
בדבר העסקת עובדים במקומיות מסוימיים (יהודה ושומרון) מס. 967
התשמב 1987 והתוספות מס 783 ומס 892".

וכן :

"קבלן המשנה מתחייב לספק על חשבונו את כל העובדים הדרושים
לביצוע העבודות, את ההשגחה עליהם, אמצעי תחבורה עבורם וכל דבר
אחר הכרוך בתנאי העסקתם לצורך ביצוע העבודות, והכל בהתאם לכל
דין.

...

למען הסר ספק, קבלן המשנה מצהיר כי הינו בעל עסק עצמאי וכי אין
ולא יהיה בינו ו/או עובדיו לבין החברה יחסי עובד-מעביד וכי העבודות
שתבוצענה על ידו כקבלן עצמאי וכי קבלן המשנה ושאר עובדיו לא יהיה
זכאים לתבוע ו/או לקבל מהחברה שכר עבודה ו/או כל תשלום ו/או
זכויות המגיעות לעובד מהמעביד בהתאם לכל דין ו/או הסכם עבודה
ו/או נוהג.

מבלי לפגוע בכלליות האמור .. מוסכם בזאת כי קבלן המשנה ו/או
עובדיו לא יהיו זכאים לתבוע ולקבל מהחברה תנאים סוציאליים
כלשהם, לרבות דמי מחלה, חופשה שנתית או דמי חופשה, פיצויי
פיטורים וכל זכות או הטבה אחרות המוענקות לעובד על פי כל דין ו/או
נוהג.

קבלן המשנה מתחייב להבהיר לעובדיו, כי העסקתם בביצוע העבודות
אינה יוצרת כל יחסים שהם בינם לבין החברה.

בנוסף ובלי לפגוע באמור לעיל, מודגש בזאת כי קבלן המשנה בלבד ישא
בעצמו ועל חשבונו בכל התשלומים שיגיעו ממנו למוסד לביטוח לאומי,
למס הכנסה ו/או לכל רשות אחרת בגין ביצוע העבודות ו/או ביצוע
ההסכם .

בנוסף ומבלי לפגוע באמור לעיל, מודגש בזאת כי קבלן המשנה בלבד
ישא בכל התשלומים המוטלים עליו כמעביד של עובדים, לרות שכר
עבודה, תשלומי מס הכנסה, תשלומים לקרן ביטוח ו/או גמלאות וכן כל
תשלום אחר. כמו כן מודגש בזאת כי קבלן המשנה בלבד ישא באחריות

כלפי עובדי עבור התנאים הסוציאליים והאחרים להם יהיו זכאים על פי כל נוהג ו/או דין /או הסכם. ..
קבלן המשנה מתחייב כי במקרה שייקבע בעתיד על ידי בית משפט מוסמך כי על אף האמור בהסכם זה שרר יחסי עובד-מעביד בינו ו/או עובדיו לבין החברה מתחייב קבלן המשנה לפצות ו/או לשפות את החברה בסכומים אותם תחוייב החברה לשלם."

17. ביחס לגיוס המערערים לעבודה והיתרי העבודה שלהם, קבע בית הדין האזורי כי אחיו של קבלן המשנה הפלסטיני גייס את המערערים לעבודה והוא היה מנהל העבודה של המערערים באתר. עוד קבע בית הדין האזורי, כי אין חולק על כך שההיתרים עבור המערערים חודשו מעת לעת על ידי החברה הקבלנית הישראלית.

18. בית הדין האזורי הוסיף וציין, כי לצורך קבלת רישיונות להעסקת המערערים חתמה החברה הקבלנית הישראלית, יחד עם רכז הביטחון השוטף הצבאי של היישוב כרמי צור, על טפסי "הזמנת תושב אוטונומיה לעבודה באיו"ש ע"פ צו מס. 967 בדבר העסקת עובדים במקומות מסויימים". בטפסים כלולה "הצהרת המעסיק" שבה נאמר "הנני מתחייב להעסיק העובדים על פי תנאי רישיון העבודה". כך, על פי טפסי ההזמנה כאמור, ניתנו לתובעים היתרי העסקה על שמה של החברה הקבלנית הישראלית.

19. בכל הקשור לסיכום שכר המערערים ותשלומם, קבע בית הדין כי תנאי העבודה סוכמו בין המערערים, וכן ציין, כי מעדויות התובעים עולה כי הם סיכמו את תנאי עבודתם עם אחיו של קבלן המשנה הפלסטיני וכי הוא זה ששילם להם את משכורתם. לגבי מתן הנחיות בעבודה, אימץ בבית הדין את הגרסה לפיה מי שנתן הנחיות לעובדים הוא אחיו של קבלן המשנה וכי לא ניתנו הוראות על ידי החברה הקבלנית הישראלית.

20. באשר לבעלות בציד ובחומרים ששימשו את המערערים בעבודתם, קבע בית הדין כי המערערים עבדו עם כלי עבודה של קבלן המשנה הפלסטיני ועם חומרים שסיפקה החברה הקבלנית הישראלית. עלות רכישתם של החומרים קווצה מהתמורה ששילמה החברה הקבלנית הישראלית לקבלן המשנה הפלסטיני.

21. ביחס לפיקוח על עבודת התובעים, קבע בית הדין האזורי, כי "מן העדויות עולה שהפיקוח המקצועי על העבודות באתר בוצע על ידי מר רמי בצלאל, שהיה מפקח האתר מטעם משה"ב. כמו כן, מהנדס שהועסק על ידי הנתבעת, ביצע פיקוח על העבודות. לעניין זה נשאל הנתבע בחקירתו הנגדית אם 'היה כל יום מפקח של אופיר באתר?' והוא השיב 'ברור. חייב. כי יש אחריות לזקן למשה"ב'. אשר לפיקוח על שעות העבודה של התובעים – העידו התובעים

בתצהיריהם שסאמר [אחיו של קבלן המשנה הפלסטיני] או הנתבע היו רושמים מדי יום את שעות העבודה. הנתבע בעדותו אישר שהיה לו רישום של שעות עבודתם של התובעים אך לטענתו, מאחר שהוא שילם מקדמות מס על תשלומי שכר ששילם לעובדיו, הוא מסר את המסמכים לרשויות מס ערך מוסף ולא שמר העתק של רישומי השעות. "בית הדין האזורי סיכם ופסק, כי "בעוד ההנחיות השוטפות ניתנו לתובעים על ידי סאמר [אחיו של קבלן המשנה הפלסטיני], הפיקוח המקצועי על העבודות באתר נעשה על ידי מפקחים מטעם משה"ב והנתבעת [החברה הקבלנית הישראלית], והמעקב אחר שעות עבודתם של התובעים נעשה על ידי הנתבע [קבלן המשנה הפלסטיני], באמצעות סאמר".

22. לגבי אישור היעדרויות, פיטורים או התפטרות, קבע בית הדין האזורי, כי מן העדויות עולה שהמערערים ראו את אחיו של קבלן המשנה כ"גורם שעמו יש לתאם היעדרויות, שלפניו מתפטרים או מקבלים הודעת פיטורים".

23. בכל הנוגע לתפיסתם הסובייקטיבית של הצדדים לגבי זהות המעסיק, דחה בית הדין האזורי את טענת המערערים לפיה תפסו את עצמם, סובייקטיבית, כעובדי החברה הקבלנית הישראלית וכי לא ראו בקבלן המשנה או באחיו כמעסיקים.

24. לנוכח כלל המפורט לעיל, הכריע בית הדין האזורי כי "במחלוקת בין הצדדים בנוגע לזיהוי המעסיק של התובעים, בית הדין סבור שהראיות מצביעות על כך שהנתבע היה מעסיקם במסגרת פעילותו כקבלן משנה של הנתבעת". בית הדין האזורי העיר בהקשר זה, כי לטענתו "אין כל נפקות לעובדה שהנתבעת שילמה במסגרת פשרה לסילוק תביעה שהוגשה נגדה על ידי עובד של הנתבע, סך של 9,000 ₪, ואין ללמוד מעובדה זו דבר באשר לזהות הגורם ששילם לתובעים את שכרם". בית הדין האזורי אף דחה את טענת המערערים שהסכם קבלנות המשנה היה חוזה למראית עין שהסתיר את העובדה שתפקידו של הנתבע היה אך קבלן כוח אדם.

25. ביחס לדין החל על העסקת העובדים קבע בית הדין, כי "בהיעדר ראיה על הסכמה מפורשת בין הנתבע לבין התובעים לגבי הדין החל על העסקת התובעים, מירב הזיקות, לפי משקלן – מקום כריתת החוזה, זהות הצדדים ליחסי העבודה, תנאי העסקה שתואמים את שוק העבודה ברשות הפלסטינית, ביצוע העבודה בשטח שהמשפט הישראלי אינו חל עליו – והיעדרם של שיקולים של תקנת הציבור לאכיפת עקרון השוויון – מצביע על זיקה משמעותית יותר לדין המקום ולא לדין הישראלי".

26. משכך, בחן בית הדין האזורי את הוראותיו של צו 967 בדבר העסקת עובדים במקומות מסויימים. שם נקבע בסעיף 3(א), כי "אדם המועסק בשוב זכאי לקבל ממעבידו שכר עבודה שלא יפחת מהשכר המינימום וכן יהיה זכאי לתוספת יוקר, הכל כפי תקפם בישראל מעת

לעת". בסעיף 1 מגדיר הצו "יישוב" כ- "כל אחד מן הישובים המפורטים בתוספת לצו בדבר ניהול מועצות אזוריות (יהודה ושומרון) (מס' 783), התשל"ט-1979 ובתוספת לצו בדבר ניהול מועצות מקומיות (יהודה ושומרון) (מס' 892), התשמ"א-1981, כפי תוקפן מעת לעת". בית הדין ציין בפסק דינו, כי "אין חולק על כך שהצו חל על כרמי צור בכל תקופת העסקת התובעים". לנוכח האמור, קבע בית הדין כי "דין המקום", שהינו 'דין החוזה' שבין הנתבע לתובעים, כולל את צו 967".

27. באשר לטענת החברה הקבלנית הישראלית כי צו 967 חל על מעסיקים ישראלים בלבד, ציין בית הדין האזורי, כי "אין בלשונו של הצו תימוכין לכך. הצו מקנה זכות לאדם המועסק ב'יישוב' לקבל ממעבידו שכר עבודה שלא יפחת משכר המינימום. אין כל הבחנה על בסיס לאום לעניין הגדרת המילה 'מעביד', ככל שמדובר בהעסקה ב'יישוב'. דווקא תיקון הצו מיום 7.11.2007, מצביע על כך שכוונת מתקין הצו הייתה להגביל את תחולתו למעסיק ישראלי – רק בהעסקה מחוץ ליישוב".

28. לנוכח האמור קבע בית הדין האזורי, כי המערערים "היו זכאים בתקופת העסקתם לשכר מינימום 'כפי תקפו' לפי חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987". יתר הסעדים שנתבעו על ידי המערערים – ובכלל זה תביעתם לפיצויי פיטורים לפי חוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963, תביעתם לפדיון חופשה לפי חוק חופשה שנתית, התשי"א-1951, ותביעתם לפיצוי לדוגמה לפי סעיף 26א לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958 – נדחו, משהמערערים לא הוכיחו את דין המקום לגביהן. אף תביעתם לפיצוי בגין אי ביצוע הפרשות לפנסיה, לדמי הבראה ולדמי חגים, אשר נסמכת על צווי הרחבה שניתנו לפי חוק הסכמים קיבוציים, שאינם מהווים חלק מדין המקום, נדחתה מטעם זה.

ג. טענות הצדדים בהליכים לפני בית הדין הנכבד

29. **העובדים טוענים** בערעורם כי "נוכח המצב הגיאופוליטי והביטחוני השורר במקום ביצוע העבודה, נתון היה אתר הבניה לפיקוח הדוק וקפדני של שלושה: הנהלת היישוב, היזמית, חברת משה"ב וחברת זקן וזאת מכוח הוראת הדין הביטחוני החל על האתר" (סעיף 2 לערעור). כמו כן, טוענים העובדים, כי "במצב הקיים לא יכול היה ראאד [קבלן המשנה הפלסטיני] – כתושב שטחים – לשאת באחריות לאתר ולמערערים כלפי כולי עלמא, והוא כמו המערערים עצמם נדרש היה לחידוש אישור העבודה ולחידוש אישור הכניסה ליישוב, אותו הנפיקה עבורו חברת זקן [החברה הקבלנית הישראלית] מדי שלושה חודשים" (סעיף 3 לערעור) וכי "בשל כך, נדרשו חברת זקן והיזמית לשאת באחריות הביטחונית של האתר ושל העובדים בו ובשל כך, נשאו השתיים (כלפי הרשויות, כלפי הנהלת היישוב וכלפי רוכשי הדירות בפרוייקט) אף באחריות החוזית והכלכלית לאתר ולעבודות אשר בוצעו בו" (סעיף 4 לערעור). לטענת המערערים, היישוב ראה את היזם והקבלן כבעלי אתר הבניה וכמי שנקשרו עמם בקשרים

עסקיים (סעיף 7 לערעור), והעובדים הועסקו ב"סביבת עבודה ישראלית טהורה" (סעיף 8 לערעור).

30. עוד טוענים העובדים כי ההסכם בין החברה הקבלנית הישראלית לקבלן המשנה הפלסטיני נוסח על ידי הקבלן, וקבלן המשנה לא היה אלא "מנהל כוח אדם" באתר, וזאת בשל חסמים משפטיים שמנעו ממנו לעבוד כקבלן אותנטי. לטענתם, משמעותו הכלכלית של ההסכם שנחתם בין החברה הקבלנית ובין קבלן המשנה הינה מתן אפשרות לרווח כלשהו של קבלן המשנה "רק בדרך של הפרת דיני העבודה הבסיסיים ביותר" ובאמצעות "הטלת מירב 'הסיכון הכלכלי' עליו ועל עובדיו המוחלשים" (ראו סעיף 20 לערעור), "תוך ניצול המצב המשפטי הלא ברור החל בהתנחלויות, תוך הצגת מצג שווא בהסכם שערכה עם ראאד [קבלן המשנה] ותוך עצימת עיניה מן המתרחש באתר הבניה שלה" (ראו סעיף 23 לערעור).

31. העובדים מעלים בערעורם חשש, כי קבלת עמדתו של בית הדין האזורי "תכשיר הלכה למעשה, יצירת מרחב אקס טריטוריאלי בו אין [תחולה] לדיני העבודה הישראליים על המטען הערכי והנורמטיבי שבבסיסם, וזאת 'במובלעות הישראליות' ובפרויקטים רבים בהם מועסקים עשרות אלפי פלסטינאים", וכן כי פסק הדין "יכשיר מערכת חוזית זו וינוצל בהכרח וישוכפל על ידי מעסיקים ישראליים נוספים הפועלים בתחומי יהודה ושומרון ואשר כל שיידרשו מעתה יהא התננייתם מסירת עבודה ל'קבלני משנה' פלסטינאים בחתימתם על הסכם דרקוני דוגמת זה עליו הוחתם ראאד כאן". (ראו סעיף 33 לערעור העובדים).

32. העובדים מוסיפים וטוענים בערעורם, כי "ויש להרהר ולשאול: האם קביעתו של בית הדין האזורי על היות ראאד קבלן 'אמיתי' ועל שליטתו ואחריותו על אתר בניה בשטח 'מובלעת ישראלית' פוטרת את החברה היזמית ואת החברה הקבלנית שהתקשרה עמו בהסכם מאחריות לבטיחות באתר? האם חברת זקן תהא פטורה מאחריות נזיקית במקרה של תאונה ופגיעת אחד מהעובדים באתר? ברי כי תשובה חיובית לשאלות רטוריות אלה אינה מתקבלת על הדעת" (ראו סעיף 34 לערעור).

33. לצד זאת, טוענים העובדים, כי לא היה מקום להבחנה שערך בית הדין האזורי בין פסק הדין בעניין הקיבוץ הארצי לבין עניינם, ולכל הפחות היה על בית הדין לקבוע כי הקבלן הינו "מעסיק במשותף" עם קבלן המשנה. עוד טוענים העובדים כי בית הדין האזורי טעה בכך שלא יחס משקל לכך שבמסגרת פשרה שילמה החברה הקבלנית הישראלית לעובד אחר סכום של 9000 ש"ח לסילוק תביעתו.

34. כמו כן, טוענים העובדים, כי שגה בית הדין האזורי בקביעתו כי לא נגרמה פגיעה בעקרון השוויון, ובהתעלמו מזיקות רבות הקושרות את מסגרת העסקתם לדין הישראלי. לטענתם, עד

למועד זה לא שולמו להם ההפרשים בגין ההשלמה לשכר מינימום בהתאם לקביעת בית הדין האזורי.

35. בנוסף, לטענת העובדים, קבלן המשנה דיווח על הכנסות המערערים לביטוח הלאומי ולרשויות המס בישראל, וזאת בהתאם להסכם הקובע כי "קבלן המשנה בלבד ישא בעצמו ועל חשבונו בכל התשלומים שיגיעו ממנו למוסד לביטוח לאומי, למס הכנסה ו/או לכל רשות אחרת בגין ביצוע עבודות ו/או ביצוע ההסכם" (ראו סעיף 55 לערעור העובדים).

36. **קבלן המשנה** הפלסטיני טוען בערעורו כי פסק דינו של בית הדין האזורי ניתן בחוסר סמכות דיונית, שכן על פי פסק דינו של בית הדין האזורי עצמו, הצדדים הסכימו שיחול עליהם דין האיזור, והסכם קבלנות המשנה בינו לבין הקבלן אינו מעניק סמכות לבית הדין. לטענתו, גם אם לבית הדין קיימת סמכות לבירור המחלוקת, עליו לברר זאת בשטח האזור, ולא בשטחי מדינת ישראל, מכוח הוראות המשפט הבין-לאומי.

37. עוד טוען קבלן המשנה הפלסטיני, כי הוראות צו 967 אינן חלות עליו, וכי הצו כוון למעסיקים ישראלים בלבד, ולחילופין, כי שכר המינימום צריך להיקבע על פי דין האזור.

38. **החברה הקבלנית הישראלית** השיבה לשני הערעורים. בעיקרו של דבר סומכת החברה הקבלנית הישראלית את ידיה על קביעותיו העובדתיות של בית הדין האזורי, ודוחה את טענות המערערים. החברה הקבלנית הישראלית טוענת, כי אין המדובר במקרה חריג המצדיק את התערבות ערכאת הערעור בפסק דינו המנומק של בית הדין האזורי, אשר "שמע את העדויות ובחן את הראיות" (ראו סעיף 6 לסיכומי המשיבה 1).

39. כמו כן טוענת החברה הקבלנית הישראלית, כי "יש לדחות כל נסיון של המערערים להציג את מערכת יחסי העבודה כ'משולשת'" (ראו סעיף 14 לסיכומי המשיבה 1), כי קבלן המשנה הפלסטיני "הינו המעסיק היחיד והאחראי הבלעדי להעסקת עובדי הפרויקט" (ההדגשות במקור) (ראו בסעיף 17 לסיכומי המשיבה 1), וכן כי החברה הקבלנית הישראלית "היוותה 'כלי עבודה' טכני בלבד בעזרתו התאפשר למשיב לקבל את העבודה (ראו בסעיף 21 לסיכומי המשיבה 1).

40. עוד הוסיפה החברה הקבלנית הישראלית ביחס לתשלום 9,000 ש"ח לעובד אחר במסגרת פשרה, כי "סכום זה שולם מבלי להודות בטענות כלשהן שהופנו כנגד המשיבה ושנית, הערערים מנסים להוציא את הדברים מהקשרם שכן תשלום זה ניתן במסגרת פשרה כערכי מטרד בלבד על מנת לחסוך הוצאות מיותרות בהליכי משפט" (ראו בסעיף 35 לסיכומי המשיבה 1).

41. באשר לטענה לפגיעה בעקרון השוויון, ציינה החברה הקבלנית הישראלית, כי: "לא חלה כל פגיעה בעקרון השוויון שכן בית הדין הגיע למסקנה המתבקשת כי מדובר בהעסקה **בשטחים** על ידי מעסיק **מהשטחים** של עובדים **מהשטחים** בשונה מפסקי הדין עליהם הסתמכו המערערים בהליך קמא" (ההדגשות במקור) (ראו בסעיף 43 לסיכומי המשיבה 1).

42. בסיכומיה ביחס לערעור שכנגד מצטרפת החברה הקבלנית הישראלית לטענותיו של קבלן המשנה הפלסטיני בעניין חוסר סמכותו של בית הדין לדון בתובענה, וטוענת כי אין בהסכם קבלנות המשנה כדי להצמיח סמכות לבית הדין לדון בעניין שבין קבלן המשנה לעובדיו. כמו כן, מצטרפת החברה הקבלנית הישראלית לטענותיו של קבלן המשנה באשר להיעדר תחולתו של צו 967.

ד. עמדת היועץ המשפטי לממשלה

ד.1. המבחנים שנקבעו בהלכה הפסוקה באשר לדין החל על העסקת עובדים פלסטינים באזור

43. בבג"ץ קו לעובד¹, נקבעה, בהרכב מורחב של תשעה שופטים, ההלכה לעניין כללי ברירת הדין הנוגעים להעסקתם של עובדים פלסטינים באזור. במסגרת הלכה זו נקבע, כי בהיעדר הסכמה של הצדדים בדבר הדין שיחול על חוזה העבודה, יחול על כל נושא או הוראה ספציפיים בחוזה דין המדינה שלה מירב הזיקות לאותו נושא (להלן: "**מבחן מירב הזיקות**"). בית המשפט העליון פסק, כי "**מרכז הכובד של היחסים המשפטיים יוכרע על סמך שקלול מכלול הזיקות של החוזה, כשהמדינה בעלת הזיקה האמיצה ביותר לסכסוך נתון תקבע כמדינת הדין**".²

44. בית המשפט העליון קבע, כי ראוי לבחון בכל מקרה ומקרה את מכלול הזיקות לפי טיבן ומשקלן היחסי בנסיבות המקרה. מבלי שיהיה בכך כדי לגבש רשימה ממצה, קבע בית המשפט העליון את המשתנים הבאים כזיקות העשויות להיות רלוונטיות עת נבחנת זיקתו של החוזה לדין מסוים, כדלהלן:

"ככלל, ואין אנו באים לגבש רשימה ממצה, נראה כי יש לבחון את זיקתו של החוזה לדין מסוים בשים לב למקום כריתת החוזה, למקום עריכת המשא ומתן קודם לכריתתו של החוזה, למקום ביצועו (היחיד, העיקרי או השגרתי) של החוזה, לזהות הצדדים לחוזה (ובתוך כך מקום

¹ בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים (פורסם בנבו, 10.10.2007) (להלן: "הלכת קו לעובד" או "ענין קו לעובד").

² שם, בפסקה 15.

מושבים, אזרחותם, התאגדותם ופעילותם העסקית), לשפת החוזה, למטבע התשלום, למקום תשלום המיסים ולכוונת הצדדים לעניין ברירת הדין במישורים אחרים של יחסיהם. באיתורן של זיקות אלו ובקביעת משקלן, אין מניעה כי בית-המשפט יתחשב בשיקולי מדיניות כלליים של השיטה המשפטית ובעקרונות היסוד של התחום החוזי שלגביו מתבקשת ברירת הדין. בהיעדרן של זיקות קונקרטיות, יכול בית-המשפט להיזקק לזיקות אובייקטיביות של החוזה, קרי הדין המוחל על חוזים דומים, בין צדדים דומים, ובנסיבות דומות. (ההדגשה הוספה – הח"מ)

45. בית המשפט העליון הוסיף וקבע, כי:

"בנסיבות המקרה שבפנינו, בשל זהותם של הצדדים ובשל הזירה הגיאוגרפית שבה התעוררה המחלוקת, יש ליתן את הדעת לייחודו של המצב המשפטי בשטחים המוחזקים ו'במובלעות הישראליות'... מבחינה רעיונית, השתתתה של ברירת הדין על רכיב טריטוריאלי מבוססת על ההנחה לפיה בטריטוריה נתונה חל דין אחד בלבד, כך שנוצרת ציפייה חד-גונית של הפרט בדבר זהות הדין שיחול על התקשרויותיו שם. אלא שבמקרה של 'המובלעות הישראליות' בשטחים המוחזקים, מתקיימת בטריטוריה עצמה מציאות חיים מורכבת ומצב משפטי רב-גווני... הנה כי כן, במקרה שבפנינו, דין מקום ביצוע העבודה אינו אחיד ואינו תלוי רק בקריטריון טריטוריאלי, כי אם גם בקריטריון פרסונאלי. תוצאה זו יוצרת משטר שבמסגרתו חלות בפיסת שטח אחת מערכות דינים שונות והציפייה הרגילה של הצדדים בדבר הדין החל על פעולותיהם מאבדת מכוחה. יתכן, עם זאת, ולעניין זה עוד נשוב, שניתן לאתר ציפייה כי עובדים מסוימים לא יקופחו, מבחינת זכויותיהם, לעומת חבריהם המבצעים אותה עבודה, בשל תחולה של דינים שונים על אלה ועל אלה. יתרה מכך – אופיו המשפטי של היישוב הישראלי כ'מובלעת', שאינה כפופה בפועל למשפט הכללי החל באותה טריטוריה, מרופף, לעניינים מסוימים, את הקשר שבין מקום ביצוע העבודה לבין הדין שחל על חוזה העבודה. ... במציאות המשפטית הייחודית המתייחסת ליישובים הישראליים המצויים בשטחים המוחזקים אין מתקיימים אותם היסודות הניצבים בבסיס בחירתנו בכלל שלפיו הדין המוחל על עוולה הוא דין מקום ביצועה. הכלל לא נועד להיות מופעל על מציאות כזו, שאין לה אח ורע

במסגרת בה נוהג הכלל בעולם המשפט המערבי... " (ההדגשות הוספו - הח"מ).

וכן :

"המשטר המשפטי ביישובים הישראליים בשטחים המוחזקים הוא חריג לעיקרון הטריטוריאלי, וחריג זה הוא העומד ביסוד הצורך להפעיל את החריג לכלל המחיל על עוולה את דין מקום ביצועה... אכן, שאלת אופייה של הזירה עליה חלים הכללים היא שאלה מכרעת, ויש ליתן משקל מתאים לשיקולים הרלבנטיים המשתנים... בענייננו, בשל אופייה של הטריטוריה שבה עסקינן, מתמתן אם כן משקלה של הזיקה הטריטוריאלית, עד שיקשה לבחור בדין המתחייב מהזיקה למקום ביצוע החוזה. כך, במסגרת מבחן "מירב הזיקות", הופך משקלם המסתבר של הזיקות האחרות ושל עקרונות השיטה המשפטית למשמעותי יותר בבחירת הדין שיחול".

ועוד נקבע שם, כי :

"זאת וגם זאת: תורת התכלית המאפיינת את הליכי ברירת הדין המודרניים, מחייבת התחשבות בשיקולים נוספים, מעבר לזיקותיו הישירות של החוזה - שיקולים היכולים להבטיח קיומה של תוצאה רצויה וראויה לעניין ברירת הדין שיחול (ראו לדוגמא סעיף 2(6) (ל - RESTATEMENT ; וכן דבריהם של קרייני, בעמ' 52 ו- 237-234 ו - FRIEDRICH K. JUENGER, CHOICE OF LAW AND MULTISTATE JUSTICE 191 (1993) ז', מגלה המשפט הבינלאומי הפרטי של ימינו נטייה לייחס משקל רב, במסגרת הליך ברירת הדין, לשיקולי מדיניות כלליים ולעקרונות העומדים בבסיס הדינים המהותיים שתחולתם נשקלת. עמד על כך המלומד מ' קרייני : על פי המתודה המאפיינת כיום את כללי ברירת הדין השאיפה היא לעצב כללים תכליתיים המבקשים להגיע לתוצאות צודקות. אחת המטרות המוצהרות של גישה זאת היא החלפת כללי ברירת הדין המסורתיים, שביקשו להישען על נוסחאות מכניות ובהרבה מקרים הובילו לתוצאות מעוותות. מטרת המתודה העכשווית של כללי ברירת הדין היא לפקוח עין ולהתחשב בכל גורם שיכול להיות רלוונטי להליך ברירת הדין, לרבות האינטרס הנורמטיבי של הפורום, במטרה להבטיח

46. כמו כן נקבע, כי אין להתעלם מכך שחוזה העבודה איננו חוזה "רגיל", וכי בהחלטו של מבחן מירב הזיקות בכל הנוגע ליחסי עבודה, יש לבחון את משקלן המצטבר של הזיקות תחת הנחת העבודה כי הסכמות העובד והמעביד אינן חזות הכל ויש להביא בחשבון גם את העקרונות, המטרות והאינטרסים הציבוריים שביסוד תפיסתו של חוזה העבודה, ואת הכפפתו המקובלת של חוזה העבודה למערכת קוגנטית של זכויות וחובות. משקלן של הזיקות העולות מלשון חוזה העבודה, ככל שזה נוסח על-ידי המעביד, יותאם לתפיסת פערי הכוחות בין העובד למעביד, על-פי נסיבותיו של המקרה הקונקרטי. כך, לדוגמא, מבחן מירב הזיקות בתחום יחסי העבודה, עשוי וצריך להיות מושפע מעקרון השוויון – שכר ותנאי עבודה שווים עבור עבודה שווה או שוות ערך, וכן נקבע כי "החלת הדין הישראלי על העובדים הפלסטינים שואבת את חיותה מעקרון השוויון ומן השאיפה הבסיסית לאיין הפלייה פסולה בשוק העבודה".³

47. הלכת קו לעובד אומצה ויושמה על ידי בית המשפט העליון וערכאות בית הדין לעבודה בשורה של מקרים. בבג"ץ דינמיקה⁴ התעוררה שאלה דומה לשאלה המתעוררת במקרה דנן, קרי, יישום מבחן מירב הזיקות במקרה של תבנית העסקה משולשת, ואולם חשוב להבהיר כי באותו ענין דובר במכרז לבחירת זכיון להענקת שירות שהתבצע ישירות בין מקבל השירות לבין הזוכה במכרז, ולא בתבנית העסקה משולשת במובנה הרגיל, תוך שנקבע כי "תפקידו של המנהל, בנסיבות המקרה שלפנינו הוא רגולטורי בלבד, ואין לראות אותו כמי שמעסיק ישירות או בעקיפין את עובדי הקבלן או כמי שמשמש בעבודתם". וכך נקבע באותו ענין:

"11. בעניין גבעת זאב הוסבר, כי בגדרו של מבחן "מירב הזיקות" בהקשר החוזי נבחנים בין היתר, מקום כריתתו של החוזה; מקום ביצועו הרגיל והעיקרי או היחיד, זהותם של הצדדים לחוזה, היינו, מקום מושבם, אזרחותם, התאגדותם ופעילותם העסקית, שפת החוזה, מטבע התשלום, מקום תשלום המיסים וכוונת הצדדים לעניין ברירת הדין במישורים אחרים של יחסיהם (עניין גבעת זאב, בפסקה 18). זיקות אלה רלוונטיות גם מקום בו מדובר בבירור דין ביחסי עבודה, אולם בתחום זה תידרש התאמה של הזיקות השונות – ובעיקר של אלו

³ ענין קו לעובד, בפסקה 28.

⁴ בג"ץ 1234/10 א. דינמיקה אחזקות 2002 בע"מ נ' המנהלי האזרחי לאזור יהודה ושומרון (פורסם בנבו, 21.7.2010) (להלן: "ענין דינמיקה").

המבוססות על הסכמות אליהן הגיעו הצדדים – לתפיסות היסוד של דיני העבודה ולמאפייניו הייחודיים של תחום זה. אכן –

”גם בתחום דיני העבודה קביעת כללי ברירת הדין אינה פרי של שיקולים טכניים גרידא המביאים בחשבון את מרכיביהם השונים של יחסי העבודה. יש להביא בחשבון גם את העקרונות, המטרות והאינטרסים הציבוריים שביסוד תפיסתו של 'חוזה העבודה', ואת הכפפתו המקובלת של חוזה העבודה למערכת קוגנטית של זכויות וחובות... לפיכך, במהלך בחינתן של הזיקות השונות של יחסי העבודה, במסגרת מבחן 'מירב הזיקות', תיבחן הרלוונטיות של כל זיקה לא רק על רק עובדות המקרה הנדון, אלא גם בהתייחס למדיניות שבסיס הכלל המשפטי שתחולתו בנסיבות העניין עומדת לדיון. במסגרת זו, ולאור מאפייניו הקוגנטיים של תחום דיני העבודה, אין ספק כי משקלן של הזיקות המתבססות על הסכמות הצדדים עשוי לפחות, ככל שהסכמות אלה אינן מתיישבות עם עקרונות דיני העבודה. במקרים חריגים, אפשר שזיקות מסוימות לא תובאנה בחשבון כלל. משקלן של הזיקות העולות מלשון חוזה העבודה, ככל שזה נוסח על-ידי המעביד, יותאם לתפיסת פערי הכוחות בין העובד למעביד, על-פי נסיבותיו של המקרה הקונקרטי. בהתקיים אי-בהירות או לאקונה בחוזה באשר לכוונותיהם המפורשות או הנחזות של הצדדים, יושפע מבחן 'מירב הזיקות' מעקרונות דיני העבודה...” (עניין גבעת זאב, בפסקה 21).

סיכומם של דברים, ביחסי עבודה שלגביהם לא הובעה הסכמה מפורשת של הצדדים בדבר הדין שיחול בעניינם, יפעיל בית המשפט את מבחן "מירב הזיקות" על מנת לאתר את הדין שיחול, בשים לב לעקרונות עליהם עמדנו.

12. מן הכלל אל הפרט. כפי שמציין המשיב בתגובתו, אין בידו כל מידע באשר לנוסחם או תוכנם של הסכמי ההעסקה שנקשרו בין הקבלן לעובדיו. במצב דברים זה, אין בידו להכריע אם הסכמים אלה כוללים הסכמה כלשהי של הצדדים בדבר הדין שיחול על מערכת יחסי העבודה ביניהם. יחד עם זאת, בשים לב לכך שמשיב 2 הוא מעסיק פלסטיני באזור ועובדיו פלסטינים גם הם, ומשהעותרת לא הניחה לפנינו כל תשתית עובדתית המוכיחה אחרת – אין לנו, בנסיבות העניין, סיבה להניח כי הצדדים לחוזה העבודה הסכימו כי הדין הישראלי הוא שיחול על מערכת יחסי העבודה ביניהם. כאמור, בנסיבות בהן אין הסכמה ברורה באשר לדין שיחול על מערכת יחסי עבודה נתונה, יופעל מבחן מירב הזיקות. הפעלתו של מבחן זה על מערכת הנסיבות שלפנינו מובילה, לדעתי, למסקנה כי הדין הישראלי איננו חל על מערכת יחסי

העבודה בענייננו. המדובר כאמור, במעסיק פלסטיני, שעובדיו פלסטיניים. לא הוכח כי הסכמי ההעסקה נחתמו בישראל או כי המשא-ומתן שקדם לכריתתם נערך כאן. ועוד, בניגוד למסד העובדתי ששימש בסיס להכרעה בעניין גבעת זאב, בענייננו לא הוכח כי תשלום השכר לעובדים נעשה במטבע ישראלי, כי מסמכים הנוגעים להעסקתם (מכתבי פיטורין, תלושי שכר, רישומי נוכחות) – נערכו בעברית; כי ימי המנוחה והחג נקבעו כמקובל במשק העבודה הישראלי; או כי העובדים משלמים מס בישראל. בנוסף, בניגוד לנסיבות שנידונו בעניין גבעת זאב, חוזי העבודה בענייננו אינם עתידיים להתבצע ביישובים ישראליים בשטחים, אלא הם עתידיים להתבצע במעבר ביתוניא. חשוב מכך, המעביד במקרה שלנו איננו מעביד ישראלי, ובנוסף, בניגוד למצב שנידון בעניין גבעת זאב, שם הועסקו בכפיפה אחת, עובדים פלסטינים ועובדים ישראלים, בענייננו, מדובר בהעסקה של עובדים פלסטינים בלבד. מכאן, שגם עיקרון השוויון בין עובדים פלסטיניים לישראלים המועסקים בצוותא ומבצעים אותה עבודה ממש – אשר כעולה מפסק הדין בעניין גבעת זאב, שימש כשיקול נכבד בהכרעה בדבר תחולתו של הדין הישראלי – אינו יוצא נפגע. למעשה, הזיקה ה"ישראלית" היחידה של חוזי ההעסקה בענייננו מקורה בכך שההיתר – שמכוחו מועסקים העובדים בידי הזכין – ניתן מכוח מכרז שפרסם המנהל. זיקה זו, לרשות שלטונית המפעילה סמכויות באזור, איננה מצדיקה, להשקפתי, את החלתו של הדין הישראלי על חוזי העבודה בהם עסקינו, והדברים אמורים ביתר שאת נוכח כך שתפקידו של המנהל, בנסיבות המקרה שלפנינו, הוא רגולטורי בלבד, ואין לראות אותו כמי שמעסיק ישירות או בעקיפין את עובדי הקבלן או כמי שמשתמש בעבודתם. בעניין זה נרחיב בהמשך."

(ההדגשה הוספה – הח"מ)

48. כאמור, בענין דינמיקה התייחס בית המשפט העליון לשאלת תבנית ההעסקה המשולשת, ולאמות המידה שנקבעו ביחס לבחינת שאלת זהות המעסיק, וקבע, על פי מבחנים אלה, כי אין לראות במנהל האזורי כמי שקיבל שירותים מחברת כוח אדם, וכי אין לראות בו "משתמש" בעבודתם של העובדים. וכך נקבע באותו ענין:

"האם, בנסיבות המקרה שלפנינו, ניתן לראות במנהל מעסיק של עובדי הקבלן? להשקפתי, לשאלה זו יש להשיב בשלילה. אכן, דפוסי ההתקשרות שלפנינו שונים במידת-מה ממסגרות העסקה "רגילות" שכן בצד ההתקשרות בין הזכין לעובדיו, קיימת התקשרות נוספת, בין בעל ההיתר למנהל. על התקשרות זו חולשות התניות שנכללו בהיתר, ובאמצעותה

מאפשר המנהל לזכיון להעניק שירותי פריקה והעמסה במעבר, תוך פיקוח על איכות ומחיר השירות שיוענקו לבעלי הסחורות. עניין לנו, אפוא, במערכת התקשרויות כפולה: זו שבין המנהל לבעל ההיתר וזו שבין בעל ההיתר לעובדיו. אלא שלדעתי, אין מדובר במערך התקשרויות המגבש יחסי עובד-מעביד בין המנהל לעובדים המועסקים אצל הזכיון. כפי שאבהיר להלן, עמדתי זו מבוססת הן על הוראות המכרז עצמו הן על מבחנים כלליים העוסקים בקביעת זהות המעסיק במערכת יחסי עבודה נתונה.

18. בנספח השירותים למכרז - אליו מפנה סעיף 7(4) להיתר, נקבע, כי 'היחסים בין הקבלן והמועסקים בו למנהל לא יהיו יחסי עובד ומעביד' (סעיף 3א לנספח השירותים למכרז); וכי 'למען הסר ספק, הקבלן מתחייב להעסיק את עובדיו בהתאם להוראות של כל דין והוא יהיה האחראי הבלעדי למילוי התחייבויותיו כלפי העובדים'. הוראות אלה - המהוות חלק בלתי נפרד מתנאי המכרז - מבהירות בדרך שאינה משתמעת לשתי פנים כי בין המנהל לקבלן ולעובדיו לא נרקמת מערכת יחסי עבודה. גם בחינה מהותית של מערך ההתקשרויות בין הגורמים השונים במקרה שלפנינו מובילה, לדעתי, למסקנה דומה. נזכיר כאן במאמר מוסגר, כי בעשורים האחרונים הפכו תבניות ההעסקה בשוק העבודה הישראלי למורכבות ומגוונות מבעבר, והן מתאפיינות, בין היתר, במעבר מתבנית העסקה "קלאסית" דו-ממדית של עובד ומעביד לתבניות העסקה משולשות, בהן מעורבים גורמים נוספים (בג"ץ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה פ"ד נב(2) 433, 442 (1998) (להלן: עניין תנופה)). כן ראו רע"א 4381/03 ש.כ. מאגרי אנוש בע"מ נ' ז.מ. מותגי אופנה בע"מ ([פורסם בנבו], 14.4.05) פסקה 11 לפסק דינו של המשנה-לנשיאה א' ריבלין). תבניות העסקה אלה עוררו לא פעם שאלות בדבר זהותו של הגורם המחויב להעניק לעובדים את הזכויות וההטבות המוקנות להם מכוח חקיקת המגן הישראלית. 'בימים שמכבר' - כתב באחת הפרשות השופט מ' חשין - 'עובד היה עובד, מעביד היה מעביד, ובתי המשפט לא נתקלו בקשיים מיוחדים עד שהצביעו על פלוני כעל עובד ועל פלמוני כעל מעביד. לא עוד. מציאות חיינו נסתבכה והלכה, הרב-גונית בצורות ההתקשרות רבו והלכו, עד שכיום נתקשה לא-אחת לקבוע מיהו ומהו עובד ומיהו ומהו מעביד' (בג"צ 1214/97 חלמיש נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נג(2) 647, 652 (1999)).

19. בניסיון להתמודד עם מציאות זו נקבעו בפסיקתם של בתי הדין לעבודה אמות מידה שונות לבחינת שאלת זהות המעסיק בנסיבות העסקה בלתי שגרתיות, בהן מעורב צד שלישי בנוסף לעובד ולמשתמש בעבודתו. מבלי

לקבוע מסמרות בשאלת מעמדן של אמות מידה אלה נאמר, כי במסגרתן נקבע, למשל, כי יש לבחון כיצד ראו הצדדים את היחסים ביניהם וכיצד הגדירו אותם; בידי מי הכוח לפטר את העובד ובפני מי עליו להתפטר; מי קיבל את העובד לעבודה; מי קובע את מכלול תנאי עבודתו של העובד, לרבות את גובה שכרו ואת הנלווים לשכרו; מי חייב לשאת בתשלום שכרו של העובד; מי נותן לעובד את חופשותיו; ומי מפקח על עבודתו; למי מדווח העובד על עבודתו ולמרותו של מי הוא סר. כן יש לבחון, למי הבעלות על הציוד, החומרים או הכלים המשמשים את העובד בעבודתו (דב"ע נב/-142 3 חסן עליאה אלהרינאת – כפר רות, פד"ע כ"ד 535, 542 (2002) (להלן: עניין כפר רות). כן ראו: דב"ע נה 109-2 לזיון נ' המוסד לביטוח לאומי, פד"ע כט 326 (1996); ע"ע 300245/97 אסולין נ' רשות השידור, פד"ע לו 689 (2001)). עוד נקבע, בעניין כפר רות, כי בהסדרי העסקה שמעורב בהם צד שלישי, בנוסף לעובד ולמשתמש בעבודתו תכריע תמיד השאלה בין מי למי מתוך שלושת הגורמים הרלוונטיים (העובד, המשתמש בעבודה והצד השלישי) נוצרו במפורש או מכללא יחסים משפטיים שעניינם מתן עבודה בתמורה (שם, בפסקה 15).

המבחנים שנקבעו בפסיקת בתי הדין לעבודה אינם חלים במישרין בענייננו, שכן מתכונת ההעסקה שנדונה שם שונה מזו שהוצגה לפנינו. בצד האמור, להשקפתי, המבחנים בהם נעשה שימוש ביחס למסגרות העסקה בלתי שגרתיות אחרות, יכולים לשמש לנו כהשראה - גם אם בלתי מחייבת - בבואנו לבחון את הטענה לפיה בענייננו, המנהל הוא, למעשה, מעסיקם הישיר של העובדים.

20. בפנינו לא הונחו נתונים המוכיחים כי מי מן הצדדים המעורבים הגדיר את המנהל כמעסיק. בנוסף, כפי שצינו, בנספח השירותים למכרז נקבע, כי היחסים בין הקבלן והמועסקים בו למנהל לא יהיו יחסי עובד ומעביד וכי הקבלן והוא בלבד, אחראי כלפי העובדים. לא הוכח כי המנהל חרג ממתכונת מוסכמת זו. כך, לא הוכח כי המנהל מעורב, באופן כלשהו, בקבלתם לעבודה של עובדי הזכיון או בהסדרת תנאי ומתכונת עבודתם, וכן לא הוכח כי הוא מוסמך להעבירם מתפקידם. ברור גם, כי המנהל איננו מקבל דיווח ישיר מן העובדים המועסקים בידי בעל ההיתר, שכן מכוח הוראות ההיתר - שבהן נשוב לעסוק בהרחבה בהמשך - הגורם היחיד עליו מוטלת חובת דיווח כלפי המנהל הוא בעל ההיתר עצמו. בנוסף, כעולה מהוראות ההיתר, בעל ההיתר הוא האחראי הבלעדי לתשלום שכרם של העובדים, הסעתם למקום העבודה וממנו ולביטוחם (ראו סעיף 7(5) להיתר). נתונים אלה מובילים, לדעתי, למסקנה, כי בנסיבות העניין לא ניתן לראות במנהל מעסיק ישיר של העובדים.

21. מערך הנתונים עליו עמדנו - כשהוא מצטרף לטעמים אחרים אליהם נתייחס בהמשך - מוביל, להשקפתי, גם למסקנה לפיה בענייננו אין לראות את המנהל כמי שמקבל שירותים מחברת כוח אדם. קבלן כוח אדם הוא מי שעיסוקו במתן שירותי כוח אדם של עובדיו לשם עבודה אצל אחר. במסגרת זו, מערכת היחסים המסורתית והדו-ממדית שהתקיימה בין עובד לבין המעביד מומרת במערכת יחסים תלת-ממדית, לה שותפים העובד, המשתמש בעבודתו (להלן גם המעסיק בפועל) וקבלן כוח אדם. העובד מבצע את העבודה בחצרו של המעסיק בפועל; וקבלן כוח האדם שוכר, פורמאלית, את שירותי העובד, ומשמש כחיץ וכחוליה מקשרת בין העובד לבין המעסיק בפועל (וראו סעיף 1 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם התשנ"ו-1996 (להלן: חוק קבלני כוח אדם); עניין תנופה, בעמ' 442; בן ישראל, כרך ב עמ' 457-464).

22. מאפיינים אלה אינם מתקיימים במקרה שלפנינו. ראשית, לא הוכח כי עיסוקו של משיב 2 הוא מתן שירותי כוח אדם, וממילא, בהסדר הנוצר מכוח ההיתר הוא איננו ממלא פונקציה כזו. שנית, אין יסוד לקבוע כי המנהל "משתמש" בעבודתם של עובדי המשיב 2. כפי שצוין לעיל, לאחר בחירת הזכיון שיעניק את השירות בהתאם לקריטריונים שנקבעו מראש, תמה מעורבותו של המנהל בנעשה במעבר בהיבט זה. כאמור, השירות נושא המכרז והתשלום עבורו מתבצעים ישירות בין מקבל השירות לזוכה במכרז. זאת, ללא תיווך של המנהל, אשר איננו מעורב בהתקשרות זו על היבטיה השונים. מכך נובעת, לדעתי, המסקנה כי המנהל אינו "משתמש" בעבודתם של העובדים המועסקים על-ידי הזכיון. בין הזכיון לעובדיו מתקיימת מערכת יחסי עבודה דו-ממדית מקובלת, ועצם העובדה שהזכיון פועל מכוח היתר אותו קיבל מן המנהל אינה משנה את פני הדברים.

23. סיכומם של דברים, בנסיבות המקרה שלפנינו, הרשות המינהלית מעניקה היתר למתן שירותים, הניתנים על-ידי הגוף הזוכה במכרז, באמצעות עובדיו שלו. בינה לבין עובדי הקבלן לא נרקמים יחסי עובד-מעביד, ומסקנה זו עולה הן מהוראות המכרז וההיתר, הן מן המבחנים שנקבעו בדיני עבודה לצורך זיהוי המעסיק במערכת יחסי עבודה נתונה. בנוסף, בנסיבות העניין, אין לראות את המנהל כמי שמשתמש בעבודתם של עובדי חברת כוח-אדם. משאלה הם פני הדברים, המסקנה המתבקשת היא כי הוראות הצו בדבר העסקת עובדים במקומות מסוימים - ככל שהן נוגעות לסוגיית תשלום שכר מינימום הנהוג בישראל לעובדים הפלסטינים - אינן חלות בענייננו".

49. יוטעם, כי בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **קו לעובד**, ערך בית המשפט העליון הבחנה בין "המשפט הבין-לאומי הפומבי, [ה]קובע מהו דין המקום, לאמור – איזה דין יחול, ככלל, במקום הגיאוגרפי "אזור יהודה ושומרון", לבין "המשפט הבין-לאומי הפרטי, [ה]קובע איזה דין יחול במקרה נתון של סכסוך בתחום המשפט הפרטי", והבהיר כדלהלן:

"למען סדרם של דברים, נבהיר כי הכרעה במסגרת כללי ברירת הדין לפיה על חוזה נתון שנכרת בשטחים המוחזקים או שאחד מצדדיו הוא תושב השטחים המוחזקים חל הדין הישראלי, אין בה, כשלעצמה, כדי להשפיע על מעמדם הריבוני של אותם השטחים. כבר אמרנו 'כי עצם החלטה של נורמה ישראלית פלונית על מקום אלמוני שמחוץ למדינה אינו עושה בהכרח אותו מקום אלמוני לחלק מישראל' (בג"צ 82/205 אבו צאלח נ' שר הפנים, פ"ד לז(2) (718, 720) (1983)."⁵

50. על רקע הדברים האמורים יפנה היועץ המשפטי לממשלה ליישום ההלכה בנסיבות דנן.

2. ד. יישום ההלכה על נסיבות ההליכים שבנדון

51. מן המקובץ לעיל עולה, אפוא, כי בהתאם להלכת **קו לעובד**, והפסיקה שבאה בעקבותיה, גם בענייננו יש לבחון את כלל הזיקות המתקיימות בנסיבות מקרה זה, ולשקללן, על מנת לקבוע מהו הדין החל על העסקת המעוררים.

52. בהקשר זה יודגש, כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בהעדר מאפיינים פרסונאליים נוספים אשר יצביעו על זיקה לדין הישראלי, לא די בכך שהעבודה בוצעה ב"מובלעות" כדי להכריע בסוגיית ברירת הדין ולקבוע כי הדין הישראלי הוא הדין החל, שהרי אמירה כזו, משמעה למעשה, אימוץ מבחן טריטוריאלי והחלה – למעשה – של הדין הישראלי באופן טריטוריאלי במובלעות. על מנת להכריע בסוגיית ברירת הדין, נדרשות בחינתן ושקלולן של **כלל הזיקות**, במגמה להתחקות אחר "מרכז הכובד של היחסים המשפטיים".⁶

53. כפי שצוין לעיל, יישומם של כללי ברירת הדין מתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי לצורך קביעת הדין החל על העסקת העובדים במערכת נסיבות קונקרטית נעשה על ידי הערכאות השונות בשורה ארוכה של מקרים. עם זאת, בהליך זה מתעוררת שאלה שדומה כי לא חודדה כל צורכה בפסיקה, והיא שאלת אופן יישום כללי ברירת הדין על העסקת עובדים פלסטינים באזור במקרה של תבנית העסקה משולשת.⁷ בנסיבות אלו, תתמקד העמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה בזיקה של זהות המעסיק.

⁵ ענין **קו לעובד**, בפסקה 12.

⁶ ענין **קו לעובד**, בפסקה 15.

⁷ שאלה דומה התעוררה בבג"ץ **דינמיקה**, כפי שפורט בהרחבה לעיל.

54. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בעת יישומו של מבחן מירב הזיקות ביחס לתבנית העסקה משולשת יש לנקוט משנה זהירות ולוודא כי אין מדובר בניסיון להשפיע על מבחן מירב הזיקות וכפועל יוצא, על הדין החל על העסקת העובדים. לשם כך, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, יש לבחון את שאלת **האותנטיות** של ההעסקה ואת **הלגיטימיות** שלה.

55. כידוע, בהתאם למבחנים שנקבעו בפסיקת בית הדין הנכבד, לצורך בחינת זהות המעסיק בתבנית העסקה מורכבת, נדרשת בחינה מהותית שתכליתה איתור מי שבינו לבין העובד קיימת **"התקשרות אותנטית לגיטימית"**.⁸ יוטעם, כי מדובר בשתי דרישות נפרדות העומדות כל אחת על רגליה היא. כך, בחינת **האותנטיות** **"נעשית לפי מבחני עזר שונים שנקבעו בפסיקה בהתבסס על התכלית של הכרה ב"מעסיק" ככזה, ונועדה לבחון 'האם הלבוש הפורמלי בו הולבשה תבנית ההעסקה תואם את העסקה האמיתית שנקמה בין הצדדים'"**.⁹ דרישת **הלגיטימיות** בוחנת **"האם בתבנית ההעסקה 'אין כל דבר הנוגד יסודות משפט העבודה', ובכך להופכה למנוגדת ל'תקנת הציבור' (עניין פלפל), ובכלל זאת האם מתכונת ההעסקה 'פוגעת בדרך כלשהי בזכויותיו [של העובד] או גורעת מהן"**.¹⁰ עוד נפסק על ידי בית הדין הארצי לעבודה באותו עניין כי **"לבחינת לגיטימיות התבנית יש הן היבטים סובייקטיביים... והן היבטים אובייקטיביים - רוצה לומר, אפילו לא התכוונו הצדדים לקפח את העובד ופעלו מתוך מטרה לגיטימית, יש לבחון האם העסקת העובד בתבנית הנבחנת פוגעת בהשגת תכליות משפט העבודה ובכללן העיקרון כי העבודה אינה 'מצרך'"**.

56. בנוסף, בפסיקת בית הדין הנכבד נקבע, כי **"בתבניות העסקה מורכבת יתכנו תוצאות נוספות על פני התוצאה בדבר זהותו של מעביד יחיד"**.¹¹ כך למשל יכול ויוכרו המשתמש וקבלן המשנה כמעסיקים במשותף וכן הוכרה **"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, הוזכרה 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".¹²

⁸ ע"ע (ארצי) 24256-06-17 מנרב הנדסה ובניין בע"מ נ' GOITOM TWELDE (פורסם בנבו, 9.6.2020). (להלן: "עניין מנרב").

⁹ עניין מנרב.

¹⁰ עניין מנרב.

¹¹ עניין מנרב.

¹² עניין מנרב. יוער, כי בעניין מנרב, השאיר בית הדין הנכבד ב"צריך עיון" את סוגיית השלכתו האפשרית של החוק להגברת האכיפה על האפשרות להטיל אחריות על ה"משתמש" כמעסיק נוסף במשותף לצרכים ספציפיים, כמו גם על דרך יישומה של אפשרות זו (בשונה מלמצבים בהם הוכר ה"משתמש" כ"מעסיק במשותף" לכל דבר ועניין). ואולם, משהחוק להגברת האכיפה אינו חל ממילא בנסיבות המקרה דכאן, נדמה כי אין לשאלה זו רלוונטיות לענייננו.

57. לאור האמור, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, במקרים של תבנית העסקה מורכבת, יש לבחון גם את תחולתן של ההלכות בדבר **מעסיקים במשותף או מעסיק נוסף במשותף לצרכים ספציפיים**, על הרציונאלים העומדים ביסודן של הלכות אלו. גם כאשר ההעסקה היא אותנטית, הרי שבמקרים של תבנית העסקה משולשת בנסיבות ההעסקה באיו"ש, על מאפייניה הייחודיים, העשויים לחייב את הקבלן הישראלי "להישאר בתמונה" ביחס לשורה של היבטים, ולהמשיך ולשמש גורם דומיננטי ופעיל בהעסקת העובדים, ייתכן כי ניתן לראות במקרים מסויימים בקבלן הישראלי כמעסיק במשותף או מעסיק נוסף.

58. במקרים בהם ייקבע, על ידי ערכאה שיפוטית, כי בנסיבות המקרה קבלן ישראלי הוא המעסיק, או כי הוא מעסיק במשותף או מעסיק נוסף, הדבר עשוי לתמוך – באותם מקרים – במסקנה כי הדין הישראלי חל על העסקת העובדים, זאת כחלק ממבחן מירב הזיקות. על אף האמור, באשר לשאלת לגיטימיות מבנה העסקה משולשת, במסגרת המבחנים המשפטיים שפורטו לעיל, קבלת שירותים על ידי קבלן משנה פלסטיני, כשלעצמה, אינה בלתי לגיטימית, ויש לבחון כל מקרה על פי נסיבותיו.

59. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, יש לפעול ליישום מבחן מירב הזיקות בשים לב לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, כאשר ישנו מנעד של מקרים אפשריים. מחד גיסא, ככל שיישום של מבחן "מיהו המעסיק" מעלה תמונה מורכבת, כגון שיש אינדיקציות לכך שההעסקה אינה אותנטית או כי ישנה מעורבות מוגברת של המעסיק הישראלי בהפעלת העובדים או בפיקוח עליהם וכדומה, כך שבהתאם למבחנים הקבועים בפסיקה יש להסיק שהמעסיק של הפועלים הפלסטינים הוא המעסיק הישראלי, ככלל, הנטייה תהיה החלת הוראות הדין הישראלי כלפי המעסיק הישראלי; מאידך גיסא, במקרים של העסקת עובדים פלסטינים על ידי קבלן פלסטיני, ללא אינדיקציות או זיקות משמעותיות למעסיק ישראלי, כאשר מזמין עבודה ישראלי מתקשר בהתקשרות אותנטית עם קבלן פלסטיני, ובודאי כאשר מדובר במזמין עבודה ישראלי שכלל אינו מעסיק עובדים בעצמו אלא אדם "פרטי", המזמין שירות באופן מובהק מקבלן פלסטיני, ככלל, הנטייה תהיה החלת הוראות הדין המקומי ביחס להעסקה. בתווך ייתכנו מגוון של מקרי ביניים ונסיבות. כאמור, כל מקרה בהתאם לנסיבותיו.

60. מכל מקום, יבקש היועץ המשפטי לממשלה להדגיש, כי בכל הקשור לחובת תשלום שכר מינימום לפי הדין הישראלי, כי אף במקרה בו בית הדין הנכבד יקבע כי על העסקת העובדים חל דין האזור, הרי שדין האזור כולל גם את הוראות צו 967, וצו זה חל על העסקת העובדים ביישובים הישראליים ללא תלות בשאלת זהות המעסיק. משכך, טענת קבלן המשנה הפלסטיני והחברה הקבלנית הישראלית בהליכים דכאן, לפיה צו 967 אינו חל, דינה להידחות.

61. בהקשר זה יצוין, כי בסעיף 22 להסכם קבלנות המשנה נקבע, כי "קבלן המשנה אחראי להשגת כל האישורים ו/או הרשיונות הדרושים על מנת להכניס הפועלים לכרמי צור (אישור ירוק שטחים), במידה והוא לא יוכל לקבל רשיונות על שמו מכיוון שהוא תושב שטחים בעצמו אזי חברת נפתלי זקן בע"מ תוציא רשיונות לכרמי צור על שמה וכל העובדים יידעו שאינם עובדים של חברת נפתלי זקן בע"מ ואין להם כל זכות לפי החוק להעסקת עובדים במדינת ישראל (חבות מעביד) ואו צו בדבר העסקת עובדים במקומות מסוימים (יהודה ושומרון) מס 967 התשמ"ב 1982 והתוספות מס 783 ומס 892". (ההדגשה הוספה – הח"מ). בנוסף, בסעיף 50 להסכם נקבע, כי העובדים (שאינם צד להסכם) לא יהיו זכאים לתבוע את החברה הקבלנית הישראלית ולקבל ממנה שכר עבודה או זכויות המגיעות להם על פי כל דין.

ללא קשר להכרעתו של בית הדין הנכבד בשאלות הנתונות במחלוקת בין הצדדים ביחס לדין החל על העסקת העובדים וביחס לזהות הגורם החב בתשלום זכויותיהם, יש להצר על ניסיונה של החברה הקבלנית הישראלית למנוע מן העובדים את זכויותיהם מכוח צו 967, זכויות להן הם זכאים ללא קשר לשאלות העומדות להכרעה בהליך זה. במיוחד יש להצר על אופן התנהלות זה לנוכח העובדה כי במסגרת הבקשה להיתרי העסקה, שכותרתה היא "הזמנת תושב אוטונומיה לעבודה באיו"ש (ע"פ צו מספר 967 להעסקת עובדים במקומות מסוימים)" חתמה החברה הקבלנית הישראלית כ"מעסיק" והתחייבה, במסגרת "הצהרת מעסיק", "להעסיק עובדים על פי רישיון העבודה" והצהירה כי "ידוע לי כי אי עמידה בכל הוראה על פי דין או תחיקת בטחון בנוגע להעסקת העובדים ותנאי העסקתם, תגרור בנוסף לכל הוראה בדין ובתחיקת בטחון את ביטול ההיתר או אי-חידושו".

דנה מנחה, עו"ד
סגנית בכירה א' במחלקה למשפט העבודה
בפרקליטות המדינה

ירושלים, היום: ד' ניסן, תשפ"א
17 מרץ, 2021