|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו** | | |
|  | | |
| פלוני נ' המוסד לביטוח לאומי | | 7 אוק 2018 66509-09-16 |
|  | | |
| **השופטת** | כרמית פלד | |
|  | | |
| **התובע** | פלוני ע"י עו"ד יהודה הר צבי- מטעם הלשכה לסיוע משפטי | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **הנתבעת** | המוסד לביטוח לאומי ע"י עו"ד שירה צמיר | |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|  |

**מבוא**

1. בתביעה זו עותר התובע נגד החלטת הנתבע (להלן – המוסד) לדחות את תביעתו לתשלום דמי אבטלה בנימוק כי לא הוכר כעובד שכיר של המעסיקה.
2. הצדדים חלוקים בשאלה האם התקיימו יחסי עובד ומעסיק בין התובע לבין רשת גני הילדים שכונתה "A " – גני ילדים (להלן – הגנים) אשר היו בבעלותה של הגב' אלמונית , פרודתו של התובע (להלן – אלמונית ).
3. אין חולק כי התובע ביצע עבודות מסויימות בגנים, אולם נטען ע"י המוסד כי אלה לא בוצעו במסגרת יחסי עובד ומעסיק, אלא במסגרת היותו של התובע עצמאי ו/או מי שנהג בגנים מנהג בעלים.
4. בתביעה התקיימו שני דיוני הוכחות במהלכם העידו מטעם התובע, התובע עצמו, אלמונית , הגב' א.ר , ביתם של התובע ואלמונית (להלן – הבת) וכן מר א.פ , אב שילדיו לומדים בגנים (להלן- פ' ).**טענות התובע בתמצית**
5. התובע עבד ב"A ", רשת גני ילדים שמנתה בתקופה הרלוונטית שלושה סניפים בעיר B . התובע עבד מיום 1.9.2013 ועד ליום 30.11.2015, מועד בו פוטר מעבודתו בעקבות צמצום בפעילות הגנים וסגירת סניפים.
6. לטענת התובע הוא שימש כנהג הסעות ילדים אל הגנים ואל הצהרון אשר הופעל בהם ומהגנים לביתם. בנוסף, שימש התובע כאיש תחזוקה של הגנים וביצע תיקונים שונים. עוד ביצע התובע שליחויות שונות וקניות, בהתאם לצרכי הגנים, ובין היתר, הוביל מזון מגן לגן, ערך קניות וכיוצ"ב בהתאם לצורכי העבודה. אין מחלוקת כי התובע ביצע עבודה בפועל בגנים וגרסת התובע בענין זה לא הופרכה.
7. התובע קיבל שכר חודשי בסכום של כ- 5,000 ₪ אשר שולם לו בחלקו במזומן. מדובר בשכר סביר ומידתי, בהתחשב בעבודה שבוצעה. בגין השכר האמור הונפקו תלושי שכר והתובע דווח כעובד שכיר למוסד ולרשויות המס.
8. בתובע לא התקיימו סממנים של עובד עצמאי. כך התובע עבד בשעות עבודה קבועות והיה כפוף לאלמונית ולצוות הגננות. לא היו לתובע סיכוני רווח או הפסד, הוא קיבל שכר קבוע מדי חודש. את העבודה ביצע התובע בעזרת כלי העבודה של המעסיקה. התובע הוצג להורי הילדים כחלק ממערך העובדים בגן. התובע קיבל מתנות לחג ככלל העובדים. אמנם תלושי השכר של התובע אינם כוללים את מלוא הזכויות הסוציאליות המשולמות לעובד שכיר, אולם כאשר מדובר בעסק משפחתי יש מקום לגלות גמישות בסוגיה זו.
9. התובע לא החתים כרטיס בשעון הנוכחות שכן החל את עבודתו מחוץ לחצרי הגן, בביצוע הסעות ילדים, וסיים את יום עבודתו מחוץ לגן, כך שלא היה באפשרותו להחתים כרטיס נוכחות.
10. התובע ואשתו אלמונית , בעלת הגנים, נפרדו וחתמו על הסכם גירושין וממון שאושר על ידי בית המשפט לענייני משפחה שנים רבות לפני התקופה הרלבנטית, עוד בשנת 2003 ומאז הם מנהלים את חייהם בנפרד. טענה זו לא הופרכה ולא הוכח כי מדובר בפירוד למראית עין.
11. גם בהתאם לצו הביטוח הלאומי (סיווג מבוטחים וקביעת מעבידים) התשל"ב – 1972 יש לראות בתובע כעובד שכיר, שכן היה אחראי על התחזוקה בגנים ומשכך עונה על הגדרת "חצרן" בצו האמור.
12. הכרה בתובע כעובד מתיישבת גם עם התכלית העומדת בבסיס חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] תשל"ה, 1995 שעניינה הרחבת מעגל העובדים המבוטחים.**טענות הנתבע בתמצית**
13. התובע היה עצמאי וככזה עבד בגנים, אשר בבעלות אלמונית אשתו. עובד עצמאי אינו מבוטח בביטוח אבטלה. לא התקיימו יחסי עובד ומעסיק בין התובע לבין הגנים.
14. לכאורה התובע הפסיק את עבודתו בשל בעיות רפואיות, שכן קיבל דרגת אי כושר מלאה החל מ 1.12.15 [נ/2].
15. לא ברור טיב הפירוד בין התובע לבין אלמונית והאם התבצע בשל הליכי פשיטת הרגל של התובע. התובע אף אישר כי התגורר תקופה מסויימת בביתה של אלמונית והוצג להורי ילדי הגנים כבעלה של אלמונית .
16. גרסת התובע הנה גרסה מתפתחת, לא קוהרנטית ולא מהימנה. בגרסתו של התובע סתירות מהותיות וכן קיימות סתירות בין גרסתו של התובע לגרסתה של אלמונית .
17. הגנים היו עסק משפחתי, בו עבדו התובע, אלמונית אשתו ושתי בנותיהם. התנהלות התובע בגנים שנטען כי הם בבעלות אלמונית אשתו (אולם על פי עדותה נרשמו על שם הבת כמו גם חשבון הבנק דרכו הועברו כספים לעסק) מעלה תמיהות וספקות באשר לבעלי העסק האמיתיים ואמיתות הגרסאות שנשמעו. מהעדויות עולים רישומים פיקטיביים בבעלות העסק, בחשבונות ולכאורה גם בנוכחות ובדיווחי השכר. מהעדויות עלה בבירור כי בני המשפחה התנהלו באופנים שונים – בצורה מלאכותית ולמראית עין – לצורך קבלת גמלאות שונות מהמוסד, למרות שבאופן מהותי היו שותפים כולם בעסק משפחתי. התובע נהג מנהג בעלים – התובע לקח חופש בהתאם לצרכיו, יצא לסידורים במהלך יום העבודה ולא נזקק לאישור לצורך כך. שכרו של התובע לא הושפע מהיעדרויותיו.
18. לתובע לא שולמו זכויות סוציאליות כגון הפרשות לקרן פנסיה ודמי הבראה, כפי ששולמו לשאר עובדי הגנים. כך גם התובע, להבדיל מיתר עובדות הגנים (למעט אלמונית ואחת הבנות) לא נדרש להעביר כרטיס בשעון הנוכחות.
19. עם סיום עבודתו של התובע לא הובא לו מחליף ואלמונית , או בנותיו ביצעו את תפקידו כנהג.**המסגרת המשפטית**
20. סעיף 158 (1) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה – 1995 (להלן – החוק) מגדיר מיהו מבוטח לצורך הזכאות לדמי אבטלה [כל ההדגשות הוספו – כ.פ.]:*"תושב ישראל או תושב ארעי שמלאו לו 18 שנים וטרם הגיע לגיל הקבוע לגביו, בהתאם לחודש לידתו, בחלק ב' בלוח א'1, והוא* ***עובד*** *הזכאי לשכר שמעבידו חייב בתשלום דמי ביטוח בעדו."* בסעיף 1 לחוק (סעיף ההגדרות) מוגדר "עובד" כדלקמן:*"עובד"- לרבות בן משפחה,* ***אף אם אין בינו לבין קרובו המעסיקו יחסי עבודה*** *ובלבד שהוא עובד במפעל באופן סדיר ובעבודה שאילולא עשה אותה הוא, הייתה נעשית בידי עובד; לעניין זה "בן משפחה"- אחד ההורים, ילד, נכד, אח או אחות".*
21. קרבה משפחתית כשלעצמה אינה שוללת קיום יחסי עובד ומעסיק ועל בית הדין לבחון את מהות היחסים וטיבם הלכה למעשה (עב"ל (ארצי) 78/08 מגרה נגד המוסד לביטוח לאומי (8.4.08) להלן – פרשת מגרה). עם זאת, נפסק כי לא די בביצוע עבודה בפועל במסגרת פעילותה של חברה משפחתית כדי להכיר באדם כ"עובד" לצורך זכאות לדמי אבטחה (עב"ל (ארצי) 59047-10-13 רחל מדלסי נגד המוסד לביטוח לאומי (20.1.15) להלן – פרשת מדלסי).
22. מסעיף 1 לחוק עולה כי המחוקק הגמיש את הגדרת ה"עובד" ככל שהדבר נוגע להעסקה בעסק משפחתי (פרשת מגרה).
23. יחד עם זאת, דווקא בשל אותה קרבה משפחתית ומאחר ובין קרובי משפחה עשויה להתקיים גם מערכת יחסים התנדבותיים המגלמת עזרה משפחתית, הוקשחו הסטנדרטיים הראייתיים הנדרשים על פי הדין לצורך הוכחת "הגרעין המהותי" של ההתקשרות, תכליתה האמיתית של ההתקשרות - תכלית אשר חיונית לצורך גיבוש זכאות לדמי אבטלה של קרוב משפחה. ככל שתכלית ההתקשרות הינה ביצוע עבודה בתמורה לשכר בעל זיקה וקשר למהות העבודה ואופייה תומך הדבר בקיומם של יחסי עבודה בין בני המשפחה. לעומת זאת, ככל שתכלית ההתקשרות הינה השאת הרווחה הכלכלית של המשפחה כיחידה כלכלית מגובשת אחת, כך שהתמורה המשולמת בגין ביצוע העבודה אינה נגזרת בהכרח ממהות העבודה אלא משיקולים חיצוניים שונים הטמונים בצרכי המשפחה או מי מיחידיה, תומך הדבר בהעדרם של יחסי עבודה (פרשת מדלסי). האבחנה האמורה נובעת מכך שביסוד יחסי עובד ומעסיק מונחת התקשרות חוזית שמטרתה העיקרית היא ביצועה העבודה וביצוע זה הוא מטרה בפני עצמה, להבדיל מתוצאה נלווית לצורך השגת מטרה אחרת (דב"ע לד/60-3 עזבון בלה וורי המנוח נגד "לאורווי בע"מ, דב"ע לה/12-2 עזבון המנוח שמואל נתן כהן ז"ל נגד רוזהויסר).
24. תנאי הכרחי שבלעדיו אין לצורך גיבוש אותו "גרעין מהותי" הוא תשלום שכר עבודה בתמורה לביצוע העבודה. כך בין השאר יש לבחון את אופי התשלומים, את שיעורם – האם מדובר בשכר ריאלי או סמלי וכיוצ"ב (ר' עב"ל (ארצי) 279/98 יצחק חטמי נגד המוסד לביטוח לאומי (29.6.00), עב"ל (ארצי) 1147/01 מוסטפא כאמל נגד המוסד לביטוח לאומי (2.12.03)).
25. אכן, ההלכה הפסוקה החמירה את אמות המידה הראייתיות הנדרשות להוכחת תכלית ההתקשרות (פרשת מדלסי), אולם זו אינה שינתה מההנחה כי מבחני שליטה, בקרה ופיקוח, מטבע הדברים, עשויים להיות מצומצמים וגמישים יותר ככל שהדבר נוגע לקרובי משפחה (דב"ע מח/0-141 חנה גלנדאור נגד המוסד לביטוח לאומי).
26. הנטל להוכיח שיחסים בין בני משפחה חורגים מגדר עזרה משפחתית הדדית ולובשים אופי של יחסי עובד-מעביד, מוטל על בן המשפחה הטוען לקיומם.**מן הכלל אל הפרט**
27. לאחר ששקלנו את מלוא העדויות שנשמעו ואת כל הראיות שהוגשו מצאנו לקבוע כי יש לראות בתובע "עובד" לצורך בחינת זכאותו לדמי אבטלה. נפרט טעמיי מסקנתנו.
28. בפתח הדברים ולמען הסר ספק נבהיר כי אין חולק שהתובע ביצע עבודה בפועל בגנים [דברי ב"כ הנתבע לפרוטוקול הדיון בעמ' 23 ש' 5-6]. לענין מהות העבודה יורחב בהמשך.
29. **מערכת היחסים בין התובע לבין אלמונית** –אלמונית , בעלת הגנים, נשואה לתובע ומעולם לא התגרשו כדין. התובע, אלמונית והבת העידו כולם כי התובע ואלמונית פרודים מזה שנים רבות ומנהלים משקי בית נפרדים. גרסת התובע בהקשר זה לא הופרכה. לתיק בית הדין הוגש פסק דין של בית המשפט לענייני משפחה [נספח ד' לתצהיר התובע] מיום 21.1.03 אשר נותן תוקף להסכם גירושין ויחסי ממון שנחתם בין התובע לבין אלמונית (להלן – הסכם הגירושין). הסכם הגירושין תומך בגרסת התובע בדבר פרידתו מאלמונית שנים רבות לפני התקופה הרלבנטית. התובע העיד וגרסתו לא נסתרה כי נפרד מאלמונית שנים ארוכות לפני התקופה הרלבנטית וכי בשנים טרם הפירוד לא עבד התובע בגנים, אלא בעבודות אחרות [עמ' 9 ש' 5-19].
30. העובדה שהתובע התגורר מספר חודשים בדירתה של אלמונית אינה שומטת את הקרקע תחת הגירסה שהינם פרודים ואינם מנהלים חיים משותפים ומשק בית משותף. התובע העיד כי התגורר בדירת אימו ן"עם אלמונית לא עברתי לגור, אמא שלי נפטרה בשנת 2014 או 2015, ישנתי אצל הילדה ואצל זה והיתה תקופה שישנתי אצל אלמונית , היתה לאלמונית דירה של 5-6 חדרים וביקשתי ממנה לישון והיא נתנה לי חדר עד שאמצע את עצמי. בינתיים הבת שלי בנתה חדר נוסף בבית ועברתי אליה ועד היום אני אצלה" [עמ' 8 ש' 14-17] לפי עדותו התובע התגורר בביתה של אלמונית מספר חודשים בלבד [עמ' 8 ש' 21]. התובע הציג גירסה זו גם בפני חוקר המוסד בחקירתו ביום 14.2.16 [נ/1, עמ' 1 ש' 4-10]. גרסתו זו של התובע מתיישבת עם הדברים שנאמרו ע"י אלמונית בחקירתה לחוקר המוסד ביום 15.2.16 [נ/5]. אלמונית ציינה בפני החוקר כי התובע התגורר אצל אימו ולאחר שזו נפטרה ודירתה נמכרה לא היה לו היכן להיות "והבנות ביקשו ממני לאפשר לו לגור עד שימצא סידור" שכן אלמונית התגוררה בבית בן שישה חדרים ועל כן התובע עבר לגור אצל אלמונית לתקופה של "שלושה ארבעה חודשים"[עמ' 1 ש' 2-7 להודעה לחוקר נ/5]. מהעדויות שנשמעו בפנינו התרשמנו כי התובע היה פרוד מאלמונית בכל התקופה הרלבנטית. קביעה זו יפה להליך שנדון לפנינו בלבד, לאור היקף הראיות שהוצגו בהקשר זה ובהתחשב בעובדה שהצדדים לא ראו בסוגיה כסוגיה מהותית שיש להרחיב עליה.
31. נפנה לבחון את תכלית ההתקשרות בין התובע לבין אלמונית , בעלת הגנים, לצורך ביצוע עבודת התובע.
32. **העבודה שביצע התובע** – כאמור, אין חולק כי התובע ביצע עבודה בפועל בגנים. התובע העיד כי ביצע הסעות של ילדי הגנים, עבודות תחזוקה שונות, קניות וסידורים לגנים.באשר להסעות ילדים – התובע הצהיר בסעיף 4 לתצהירו כי אסף בבקרים ילדי גנים מביתם והסיע אותם לגנים. בצהריים הסיע ילדים מבתי הספר ומגני העיריה השונים אל הצהרונים אשר הופעלו בגנים ולאחר מכן היה מבצע הסעות של ילדים מהגנים לבית הילדים. בחקירתו הנגדית חזר התובע על גרסתו האמורה [עמ' 12 ש' 28-31, עמ' 14 ש' 1-7]. הבת תמכה בעדותה בגרסת התובע לפיה ביצע הסעות יומיומיות לילדי הגנים [עמ' 16 ש' 1-2] וכך גם אלמונית [עמ' 18 ש' 8-11]. אכן כטענת המוסד תמוה כי בחקירת התובע ע"י חוקר המוסד וכן בחקירת אלמונית ע"י חוקר המוסד לא אוזכר שהתובע ביצע הסעות של ילדי הגנים. יחד עם זאת, בשאלון למעסיק אותו מילאה אלמונית , ביום 5.12.15 – בטרם נחקרה ע"י חוקר המוסד – היא ציינה כי התובע ביצע במסגרת עבודתו "קניות לגן, תחזוקה ונהג" [נ/3]. בנוסף, וחשוב מכך, התובע זימן לעדות את פ' , אב שילדיו למדו בגנים בתקופה הרלבנטית. פ' העיד כי ילדיו השתמשו בשירותי ההסעה של הגנים אשר סופקו באמצעות התובע. עוד העיד פ' כי התובע אכן היה נוהג לאסוף את ילדיו ממביתם בבקרים אל הגן, אוסף אותם מגן עיריה בתקופות הרלבנטיות אל הצהרון ומחזיר אותם לביתם בסיום יום העבודה [עמ' 5 ש' 5-11, עמ' 6 ש' 4-9]. התרשמנו כי עדותו של פ' היתה מהימנה וכנה. עדות זו תומכת בגרסת התובע לפיה ביצע את ההסעות בגנים בתקופה הרלבנטית. התובע העיד בעדות שלא נסתרה כי הסעות הילדים היו קבועות ויומיומיות (חמישה ימים בשבוע א'-ה'). בנוסף, ביצע התובע העברות של אוכל ומזון מוכן מגן לגן וגם זאת באופן יומיומי [עמ' 13 ש' 26-27, עמ' 19 ש' 23-27]. באשר לעבודות תחזוקה העיד התובע כי אלה כללו תיקונים שונים, צביעת גדרות, תיקוני מנעולים וידיות ומטבע הדברים לא בוצעו כל יום [עמ' 13 ש' 24].
33. השכר שקיבל התובע - התרשמנו כי התובע קיבל שכר בתמורה לעבודתו. התובע העיד כי קיבל משכורת חודשית "גלובלית" כלשונו בסך של כ 5,000 ₪, אשר שולמה לו בעיקרה במזומן [עמ' 11 ש' 7-10]. התובע הציג תלושי שכר חלקיים [נספח א' לתצהירו] בהם צויין סכום נטו לתשלום בסך של 5,000 ₪. עוד הציג התובע טפסי 106 לשנים 2013-2015 אשר מתיישבים עם גרסתו ביחס לתמורה שקיבל בגין עבודתו. כן הוצג כרטיס עובד (טופס 101) לשנת 2013 [נספחים ב-ג לתצהיר התובע]. גם בחקירתו ע"י חוקר המוסד ציין התובע כי קיבל את שכרו במזומן, בשל בעיות כלכליות אליהן נקלעה אלמונית [עמ' 2 ש' 15-20 לנ/1]. באופן דומה הצהירה אלמונית בפני חוקר המוסד [עמ' 3 ש' 1 לנ/5]. העובדה שהתובע לא המציא מסמכים המעידים על הפקדות בחשבון הבנק אינה שומטת את הקרקע תחת עצם קבלת השכר. זאת, בהתחשב בכך שבחלק מהתקופה כלל לא היה לתובע חשבון בנק, בשים לב לכך שהתובע – בשל מצבו הכלכלי הלא פשוט – התנהל במזומן ומאחר והעיד כי "אולי פעם או פעמיים העבירה לי לבנק" [עמ' 11 ש' 5-6].
34. באשר לגובה המשכורת ציינה אלמונית בפני חוקר המוסד "אני קבעתי 5,000 ₪ וזה לא הרבה" [עמ' 3 ש' 9 לנ/5]. בחקירתה הנגדית העידה אלמונית כי לחברות הסעה חיצוניות שילמה עבור כל הסעה כ 180 ₪ בתוספת מע"מ ומאחר והתובע ביצע שני סיבובי הסעות ביום שילמה לו כ 360 ₪ ליום, ללא מע"מ [עמ' 19 ש' 14-15]. אכן, עדותה זו של אלמונית אינה מתיישבת באופן מדוייק עם הסכום בסך 5,000 ₪ שנטען כי שולם לתובע בפועל. יחד עם זאת, אין בכך כדי לסתור את עצם קבלת התמורה ע"י התובע. נבהיר בהקשר זה כי עדותה של אלמונית , כמו גם עדות התובע, היתה לפרקים לא קוהרנטית ובלתי מדוייקת. יחד עם זאת, אין בכך לטעמנו כדי לאיין את מלוא העדות או כדי לקבוע כי העדות כולה אינה מהימנה. בענין זה יורחב בהמשך. עוד מצאנו לקבוע כי השכר החודשי האמור אינו מופרך או בלתי הגיוני ביחס להיקף העבודה שהוכח כי בוצעה על ידי התובע. מדובר בשכר סביר, בהתחשב בטיב העבודה והיקפה.
35. **תכלית ביצוע העבודה** – הבת הצהירה בסעיף 3 לתצהירה כי כאשר חיפשה אלמונית , אימה, עובד לצורך ביצוע עבודות תחזוקה והסעות היא הציעה לאם להעסיק את התובע, אביה, אשר היה באותה עת פרוד מאלמונית . גרסה זו מתיישבת עם עדותו של התובע בחקירתו הנגדית לפיה "אני בנאדם מבוגר וחולה, קשה לי למצוא עבודה, הבנות שלי שמעו שאלמונית מחפשת עובדת ואמרו לה למה שייקחו אותי במקום מישהו אחר וככה זה היה. אני עם אלמונית ביחסים טובים מאוד, לא נפרדנו ועובדה שעד היום לא התגרשתי כי אני עדיין מחכה יש לי תקווה" [עמ' 9 ש' 27-29]. אלמונית הצהירה בסעיף 5 לתצהירה כי הפעילה מערך של הסעות ע"י חברה פרטית אולם הורי הילדים חששו ממקרים של שכחת ילדים ברכבי הסעה ודרשו להעסיק אדם שניתן לסמוך עליו לצורך ביצוע ההסעות. בהמשך העידה אלמונית בחקירתה הנגדית כי לפני שהתובע החל לעבוד בגנים כנהג היה לגן נהג הסעות חיצוני, י.ג ז"ל, אשר נפטר במהלך הסעה. אלמונית העידה כי חיפשה נהג מחליף ו"אז הבנות הציעו לי לקחת את התובע שהוא נקרא בעלי אבל אנחנו פרודים" [עמ' 18 ש' 10-15]. עוד העידה אלמונית כי העובדה ששכרה לעבודה את התובע סייעה לה גם מול הורי ילדי הגנים, שכן לאחר פטירת הנהג הוותיק, ההורים הביעו חשש לכך שיגיע נהג חדש וזר לגן, אולם התרצו לאחר שאלמונית הציגה את התובע כבעלה "שזה לא אדם זר שנופל ביום בהיר" [עמ' 18 ש' 20-21]. גרסה זו של אלמונית עולה בקנה אחד עם הצהרתו של פ' בסעיף 5 לתצהירו לפיה היה לו חשוב כהורה לילדים בגן שהתובע ששימש כנהג ההסעות הוא עובד הגן, אדם שניתן לסמוך עליו ולהיות עימו בקשר, במיוחד לאור ריבוי מקרים של שכחת ילדים ברכבי הסעות בשנים האחרונות.
36. התובע העיד בסעיף 6 לתצהירו כי למיטב ידיעתו טרם העסקתו בגנים היה עובד אחר שביצע את העבודה שבוצעה על ידו. אלמונית הצהירה בתצהירה כי טרם העסקת התובע העיסקה חברת הסעות חיצונית. בחקירתה הנגדית העידה אלמונית כי העסיקה את י.ג ז"ל, אשר שימש כנהג הסעות של חברה חיצונית עד פטירתו ולאחריו העסיקה את התובע כנהג הסעות, במקביל לחברות הסעה אחרות, חברת המרכבה וחברת המפתח, שנתנו גם הן שירותי הסעות לחלק מהגנים, שכן לאור ריבוי הילדים ברשת הגנים נדרשו הסעות רבות [עמ' 18 ש' 8-11, ש' 28-32, עמ' 19 ש' 1-4]. עוד העידה אלמונית בחקירתה כי במקביל לתובע העסיקה איש תחזוקה נוסף בשם אמיר אזולאי [עמ' 20 ש' 1-5]. בחקירתה לחוקר המוסד ציינה אלמונית כי טרם העסקתו של התובע העסיקה אדם אחר "שומר רוסי" אשר ביצע את עבודות התחזוקה והתיקונים [עמ' 3 ש' 13 לנ/5]. גם התובע בחקירתו הנגדית העיד כי "היה רוסי שעמד בשער והיא היתה נותנת לו לעשות תיקונים" [עמ' 12 ש' 18 ור' גם בנ/1 - עמ' 2 ש' 2-3]. התובע העיד בחקירתו "אם הייתי חולה גם הייתי בא חולה לפעמים לגן כי אם לא הייתי עושה הסעות או שהיתה מבטלת או שהיא היתה עושה את הסעות או שהיתה לוקחת מישהו אחר בתשלום. אבל זה לא קרה כי אם חליתי זה היה יום אחד" [עמ' 10 ש' 21-23]. שוכנענו אם כן כי התובע ביצע עבודות שלולא בוצעו על ידו היו צריכות להיות מבוצעות על ידי עובדים שכירים אחרים. להשלמת התמונה נציין כי בהתאם לעדות אלמונית בשלב מסויים לאחר פיטורי התובע היא לא העסיקה אנשי מקצוע נוספים לביצוע העבודות, אך זאת על רקע צמצום ההוצאות וסגירת שני גנים מתוך השלושה [סעיף 12 לתצהיר אלמונית ועמ' 20 ש' 10-11 לחקירתה הנגדית].
37. התובע הצהיר בסעיפים 6 ו- 11 לתצהירו כי אלמונית פיקחה על עבודתו והוא קיבל את הוראות העבודה מאלמונית ומהגננות בצוות הגנים. בחקירתו הנגדית חזר על גרסתו [עמ' 12 ש' 23-34]. אלמונית הצהירה אף היא בתצהירה כי עבודת התובע בוצעה בהתאם להוראותיה ולהוראות הצוות בגנים.
38. לא נעלמה מעינינו העובדה שהתובע לא החתים כרטיס בשעון הנוכחות, על אף שכל עובדי הגנים החתימו כרטיס, למעט התובע, אלמונית ואחת מהבנות [עמ' 10 ש' 7-8, עמ' 21 ש' 25-33, עמ' 22 ש' 1-10]. התובע העיד בחקירתו הנגדית כי בבוקר יצא עם רכב ההסעות מביתו על מנת לאסוף ילדים אל הגנים ובסיום היום היה מבצע הסעות ילדים לביתם וגם מטעם זה לא החתים כרטיס בשעון הנוכחות [עמ' 12 ש' 28-29]. בחקירתו לחוקר המוסד ציין כי לא החתים כרטיס בשעון הנוכחות, בניגוד ליתר העובדים "כי אני קיבלתי משכורת גלובלית, גם אם עבדתי פחות שעה קיבלתי את אותה משכורת. לפעמים היתה קוראת לי בימי שישי לבוא לעבוד ולא הייתי מקבל על זה תשלום . זה כלול במשכורת" [עמ' 4 ש' 9-12 לנ/1]. בחקירתו הנגדית חזר התובע על הדברים וציין שכמעט לא נעדר מעבודתו, וככל שהיו לו סידורים פרטים קצרים היה יכול ללכת לבצע אותם במהלך העבודה שכן הפיקוח על השעות לא היה מאוד הדוק ו"גם אם הייתי בא ביום שישי לא ביקשתי שתוסיף לי למשכורת" [עמ' 11 ש' 1-2 ור' גם עמ' 10 ש' 20-33]. אלמונית העידה ביחס לפיקוח על שעות העבודה של התובע "אני מתקשרת מתי אני צריכה משהו וחוץ מזה יש לו את השעות של ההסעות. בוקר צהריים ואחה"צ. אם אני צריכה משהו אני אומרת לו לא חשוב באיזה שעה שינקה את הדשא, הוא ידע גם מתי לבוא לקחת את האוכל" [עמ' 22 ש' 12-14] וכן העידה כי אם נניח נעדר התובע יום אחד מפאת מחלה הוא לא נדרש להביא אישור מהמרפאה שכן "בגלל שזה משכורת גלובלי לא הורדתי. גם לבנות האחרות לא הורדתי גם אם הלכו לטיול לא הורדתי, גם לא הורדתי יום חופש. את יכולה להביא את כולן, יש בנות שעדיין נמצאות שם אני לא מורידה יום, הם היו כל כך נאמנות שלא הייתי מורידה יום. אפילו יומיים לא" [עמ' 22 ש' 18-20].
39. התרשמנו כי אכן היה שוני בין מידת הפיקוח על עבודת התובע לבין מידת הפיקוח על עובדים אחרים. יחד עם זאת, שוני זה יכול היה לנבוע, בין היתר, מטיב עבודתו של התובע כנהג הסעות וכאיש אחזקה ושיפוצים אשר לא נדרש למידה זהה של אינטנסיביות בעבודה במשך כל יום העבודה. יתכן עוד שהדבר נבע מהעובדה שהתובע אכן החל את יום העבודה בביתו, עת לקח את הרכב של הגן ואסף ילדים מביתם. עוד יתכן שהדבר נבע מקשרי המשפחה שבין התובע לבין אלמונית . כך או כך סבורים אנו כי העובדה שהתובע לא החתים כרטיס בשעון הנוכחות אינה מעידה על כך שלא בוצעה עבודה בפועל (ענין שאינו במחלוקת) או כי תכלית העבודה לא היתה לשם קבלת תמורה כנגד ביצוע עבודה בפועל. התרשמנו כי לאור טיב התפקיד שביצע התובע, עובדת נחיצותו בשעות מסויימות בלבד וכן קשרי המשפחה לא התקיים פיקוח הדוק על שעות עבודתו. יחד עם זאת, אין בכך כדי להעיד על העדר התקיימותו של הגרעין המהותי הנדרש של ההתקשרות.
40. ערים אנו לכך שלא בוצעו לתובע הפרשות לקרן פנסיה [עמ' 13 ש' 16-20]. אלמונית העידה בהקשר זה כי "הוא היה בפשיטת רגל והוא ביקש ממני לא לעשות ממני פנסיה למרות שהחוק קובע, היה בתהליך של פשיטת רגל ואמר גם ככה יקחו את הכסף שהוא לא רוצה פנסיה ולא רוצה שום דבר. הוא היה בהליכים – חקירת יכולת" [עמ' 20 ש' 25-28]. עוד לא נעלמה מעינינו העובדה שהתובע קיבל בתלוש השכר החזר בגין הוצאות נסיעה חרף העובדה שהתנייד עם רכב ההסעות לביתו. אלמונית העידה בענין זה כי "יש חוק" [עמ' 21 ש' 19-20] ואילו התובע העיד בחקירתו הנגדית כי "אני לא יודע מה רשום בתלוש, לא הסתכלתי עניין אותי 5000 אלף ₪, לא עניין אותי החופש. אותי עניין התאכלס. לא סיכמתי 4800 ועוד 200, סיכמתי 5000." [עמ' 13 ש' 1-3]. עוד עלה מהעדויות כי התובע קיבל דמי הבראה באופן חלקי בלבד ובמזומן, וזאת לדבריו בשל הקשיים הכלכליים אליהם נקלעה אלמונית [עמ' 11 ש' 24-27] ולדברי אלמונית התשלום במזומן בוצע לבקשת התובע [עמ' 21 ש' 17-18]. סבורים אנו כי אי ההקפדה על ביצוע מלוא התשלומים כדין אינה סותרת את המסקנה בדבר תכלית ההעסקה. להתנהלות זו עשויים להיות הסברים שונים. כך יתכן שהדבר נבע ממצבו הכלכלי של התובע, אשר בחלק מהתקופה היה בפשיטת רגל. כך יתכן שהדבר נבע ממצוקה כלכלית אליה נקלעה אלמונית בחלק מהתקופה ואשר בעטיה לא הקפידה על תשלום מלוא הזכויות גם לעובדים אחרים בגנים [עמ' 11 ש' 17-26, עמ' 17 ש' 11, עמ' 22 ש' 22-23]. אפילו נבע הדבר מהסכמת הצדדים בהקשר זה שיתכן כי מקורה בקשרים המשפחתיים ביניהם, אין בכך כדי לשנות מתכלית ההעסקה כפי שהוכחה.
41. מהעדויות שנשמעו והראיות שהוצגו שוכנענו כי התובע ביצע עבודה בפועל וכי נקשרו בינו לבין הגנים אשר בבעלות אלמונית יחסי עובד ומעסיק. התובע קיבל שכר סביר וריאלי תמורת עבודתו בפועל ומהות ההתקשרות ותכליתה היתה ביצוע העבודה על ידי התובע. לא עלה מהעדויות כי מטרתה העיקרית של ההתקשרות היתה שונה. לא עלה מהראיות כי התובע ביצע את העבודות בגנים כחלק מעזרה משפחתית מקובלת. נזכיר בהקשר זה כי התובע ואלמונית היו פרודים בעת הרלבנטית, ניהלו משקי בית נפרדים וממילא היו שניהם במצב כלכלי לא פשוט שלא אפשר לתובע, מחד גיסא, לבצע עבודה מהותית ללא קבלת תמורה ממשית לה נזקק למחייתו ומאידך גיסא גם מצבה הכלכלי של אלמונית לא אפשר לה להעסיק את התובע ולשלם לו שכר שלא לצורך. כך או כך הקשרים בין השניים – אשר לא ניהלו משק בית משותף ולא חיו ביחד בתקופה הרלבנטית – תומכים בכך שמטרת ההתקשרות לא נועדה כדי לקדם יחידה כלכלית משותפת אחת או כדי להשיא רווחים לשניהם כיחידה משפחתית או למי מהם כיחיד.
42. להשלמת התמונה נציין כי עדות התובע ועדותה של אלמונית אינן חפות מקשיים ומסתירות. העדויות היו לפרקים לא קוהרנטיות ובלתי עקביות ולעיתים מתפתחות, כך שלא ניתן לייחס להן מהימנות מוחלטת. יחד עם זאת וחרף הקושי הטמון בכך, אנו בדיעה כי עובדה זו אינה שומטת את הקרקע תחת התמונה שהוכחה ולפיה בוצעה עבודה בפועל, תמורת שכר ראוי וסביר שיש לו זיקה למטלות שבוצעו וכן שמטרת ההתקשרות ותכליתה – ביצוע העבודה לגופה, ולא כל מטרה נלווית אחרת.
43. למען לא תצא פסיקתנו חסרה נתייחס בקצרה להלן גם לטענות שהועלו על ידי המוסד ואשר לטעמנו לא הוכחו.
44. **התובע לא שימש כקבלן עצמאי** - שאלת התקיימותם של יחסי עובד ומעסיק היא שאלה עובדתית הנלמדת ממכלול נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. השאלה מוכרעת על יסוד התשתית הראייתית הנפרשת בפני בית הדין, בהתאם לאמות מידה, קריטריונים ומבחנים שונים שפותחו בהלכה הפסוקה ([ע"ע (ארצי) 1403/01](http://www.nevo.co.il/case/18062) סוהייר סרוג'י - המוסד לביטוח לאומי, לט (2004) 686). המבחנים לקביעת קיומם של יחסי עובד ומעסיק הם רבים ומגוונים. הכרעה בשאלת קיום יחסי עובד ומעסיק תינתן רק לאחר שקילת מצבור הסממנים על כפות המאזניים. משקלו היחסי של כל אחד מהסממנים אינו זהה ונקבע בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה (דב"ע נב/3-254 פריץ חיים נגד מפעל הפיס פד"ע כו 372; בג"צ 5168/93 שמואל מור נגד בית הדין הארצי לעבודה וגדעון אנגל פ"ד נ(4) 628).
45. בנסיבות בהן אין חולק כי נקשרו בין הצדדים יחסים חוזיים והשאלה השנויה במחלוקת הינה מהות היחסים – האם יחסי עובד ומעסיק או שמא יחסים בין מקבל שירות לקבלן עצמאי, המבחן הדומיננטי הוא מבחן ההשתלבות, על שני פניו, החיובי והשלילי (דב"ע לו/3-53 כלונסאות ביסוס בע"מ נגד יהודה ארגז, פד"ע ח' 36).
46. מלבד מבחן ההשתלבות קיימים מבחני משנה נוספים, אשר על אף שאינם מכריעים כשלעצמם, הרי שכל אחד מהם מהווה סממן נוסף לבחינת טיב היחסים בין הצדדים ויש בהם כדי להטות את הכף לכוון זה או אחר. בין מבחני משנה אלה ניתן למנות, בין היתר, את בחינת זהות המספק את כלי העבודה, שכן באופן שגרתי מספק המעסיק לעובדיו את כלי העבודה (ע"א 458/71 ולנסי נגד פיוניר קונקריט ישראל בע"מ, פ"ד כו(2) 322); את מבחן הקשר האישי, ובכלל זה בחינת העובדה שככלל, אין עובד מעסיק עובדים משלו לצורך ביצוע העבודה; את מבחן המרות והפיקוח; האופן בו ראו הצדדים את היחסים ביניהם ושאלת הדיווח לרשויות ולצדדים שלישיים אודות מהות היחסים.
47. כאמור, מבחן ההשתלבות, על שני פניו, הינו המבחן המרכזי המשמש לבחינת קיומם של יחסי עובד ומעסיק.
48. הפן החיובי עניינו השתלבות במפעל, קרי שהפעולה המבוצעת הינה חלק מהפעילות הרגילה של המפעל, באופן שמבצע העבודה מהווה חלק מהמערך הארגוני הרגיל של המפעל, להבדיל מ"גורם חיצוני" (דב"ע לא/3-27 עירית נתניה נגד דוד בירגר פד"ע ג' 177, דב"ע נז/2-86 קלמן ברוור נגד המוסד לביטוח לאומי פד"ע לד 166).
49. מהעדויות עלה כי התובע ביצע מטלות שונות שהינן חלק מהמערך השוטף הרגיל של גני הילדים. אכן, התובע לא שימש כגנן כך שלא ביצע תפקיד המהווה את ליבת העיסוק של הגן. יחד עם זאת, התובע שימש כנהג ההסעות וכמי שהעביר את המזון בין הגנים - מטלות שהגנים אינם יכולים להתנהל בשגרה ללא ביצוען. נראה כי המטלות אותן ביצע התובע הינן חלק מהפעילות הרגילה המבוצעת בגני ילדים. התובע ביצע מטלות רבות ושונות, בהתאם לצרכים המשתנים של הגנים. גיוון זה במטלות והעובדה שהתובע ביצע הלכה למעשה כל מטלה שהוטלה עליו מחזק את היותו של התובע עובד שכיר, להבדיל מעצמאי, שכן עובד שכיר ככלל משתלב בעבודה השוטפת, באופן שעשוי לחייב אותו בביצוע מטלות שונות ללא תמורה מיוחדת, גם אם אלה חורגות מהמטלות אותן הוא מבצע באופן שגרתי (ר', בשינויים המחוייבים, דב"ע (ארצי) 3-114 איגוד המפרסמים נגד חיה פרוסט, פד"ע יא(1) 144).
50. כך או כך, גם אם נניח כי הפן החיובי של מבחן ההשתלבות אינו מתקיים בתובע – הנחה שאינה מבטאת בהכרח את שהוכח בפנינו – הרי שברור כי לא מתקיים בתובע הפן השלילי של מבחן ההשתלבות. פן זה בוחן האם מבצע העבודה אינו בעל עסק משלו המשרת את המפעל כגורם חיצוני. לא הוכח כלל כי התובע ביצע את המטלות כבעל עסק עצמאי משלו.
51. סימן היכר חשוב ועיקרי לבעל עסק עצמאי הוא שבעל העסק ולא המזמין נהנה מייעול העבודה ומחסכון בהוצאות וכי ההשקעות באמצעי הייצור ובהון החוזר יהיו של בעל העסק (דב"ע לג/3-64 פירר הנהלת רכוש בע"מ נדש שטסלר, פד"ע ה' 108). עסק עצמאי מאופיין בהשקעה, יוזמה, ארגון, סיכויי רווח וסכנת הפסד. לא הוכח כי עבודת התובע היתה מאופיינת בסיכויי רווח וסכנת הפסד או כי היתה לתובע האפשרות להנות מייעול העבודה ומחסכון בהוצאות.
52. התובע ביצע את כל מטלותיו באמצעות כלים של הגנים. כך ביצע את ההסעות באמצעות רכב של הגנים וקיבל מאלמונית החזרים בגין הדלק והטיפולים שנדרשו לרכב [עמ' 13 ש' 4-7, עמ' 20 ש' 13-14]. עוד לא הופרכה טענת התובע כי כל כלי העבודה שנדרשו לצורך ביצוע עבודות התחזוקה השונות דוגמת מברגים מקדחה וכיוצ"ב היו כלים של הגנים [עמ' 12 ש' 25-26]
53. התובע לא העסיק עובדים אחרים במקומו ובפעמים המעטות שנעדר אלמונית היא שדאגה להחליפו או למצוא לו מחליף.
54. התובע דווח לרשויות כעובד שכיר. כך בין היתר לא נסתרה טענת התובע, העולה גם מתלושי השכר, כי התובע דווח למוסד כשכיר ושולמו בגינו דמי ביטוח לאומי ככזה. בהתאם וכעולה מתלושי השכר ומטפסי 106 ו 101 שהוצגו דווח התובע לרשויות המס כעובד שכיר.
55. אף לצדדים שלישיים הוצג התובע כעובד שכיר, כעולה מעדותו של פ' [עמ' 5 ש' 13].
56. מטעמים אלה מצאנו לקבוע כי התובע שימש כעובד שכיר בגנים ולא כקבלן עצמאי.
57. באשר לטענת המוסד לפיה התובע התנהג בגן כמי שנוהג מנהג בעלים, הרי לא ניתן לקבל את הטענה. העובדה שהתובע קיים קשר ישיר עם הורי הילדים אותם הסיע [עמ' 5 ש' 8-9, עמ' 6 ש' 4-10] אינה מלמדת על מנהג בעלים, אלא על קשר בלתי אמצעי של עובד בגן עם הורה לצורך ספציפי ומטעמי יעילות. כך גם גננת שכירה מקיימת קשר ישיר עם הורי הילדים ואין הדבר מעיד בהכרח על היותה בעלת הגן. הפיקוח ההדוק פחות על שעות העבודה של התובע, אשר יתכן שנובע מטיב התפקיד או מהקשרים המשפחתיים של התובע עם אלמונית , אף הוא אינו הופך את התנהלות התובע ככזו שעולה כדי מנהג בעלים.
58. כך גם טענת המוסד לפיה התובע הפסיק את עבודתו בשל בעיות רפואיות, שכן קיבל דרגת אי כושר מלאה החל מ 1.12.15 לא הוכחה כלל וממילא אינה שוקלת לענין מעמדו של התובע – האם שכיר או עצמאי.
59. מהטעמים האמורים התביעה מתקבלת.
60. בהתאם אנו קובעים כי התובע שימש כעובד שכיר בגני הילדים "A " לצורך בחינת זכאותו לדמי אבטלה.
61. משהתובע יוצג על ידי עו"ד מהלשכה לסיוע משפטי לא מצאנו מקום לעשות צו להוצאות. **ניתן היום, כ"ח תשרי תשע"ט, (07 אוקטובר 2018), בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| תמונה 3 |  | תמונה 2 |  | תמונה 4 |
| **נציג ציבור עובדים**  **מר יונה טילמן** |  | **כרמית פלד, שופטת** |  | **נציג ציבור מעסיקים**  **מר שלמה לס** |