http://www.glima.info/10-1-6.pdf

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 308-08

עמוס עברון	**המערער**
-	
אנוש מערכות ניהול והנדסה חברה בע"מ	**המשיבה**

בפני: הנשיא סטיב אדלר, השופט עמירם רבינוביץ, השופט יגאל פליטמן
נציג עובדים מר יוסף קרא, נציג מעבידים מר יורם בליזובסקי

בשם המערער - עו"ד דן לפידור ועו"ד דגנית לפידור-זינגר
בשם המשיבה – עו"ד יובל ינאי

פסק דין

השופט עמירם רבינוביץ

פתח דבר

1. המערער הגיש שתי תביעות כנגד המשיבה (להלן: **אנוש**). אחת, הוגשה עובר לסיום ההתקשרות בין הצדדים והשנייה לאחר סיומה. הדיון בשתי התביעות אוחד. בתביעתו טען המערער לקיום יחסי עובד ומעביד בין הצדדים ולזכאותו לפיצויי פיטורים, לפדיון חופשה, לדמי הבראה, להפרשי שכר ולפיצויים בגין "פגיעה בכבוד" ובגין אי אספקת עבודה.
אנוש הגישה כתב תביעה שכנגד לתשלום פיצויים בגין נזקים שגרם לה המערער. כמו כן טענה אנוש, שאם יקבע כי התקיימו יחסי עובד ומעביד בין הצדדים, זכאית היא להשבת הסכומים ששולמו למערער ביתר.

2. בית הדין האזורי בתל אביב (עב 006167/04, 000978/03; השופטת חגית שגיא ונציגי הציבור מר רפי בילוגורסקי ומר שמואל עציון) קבע, כי התקיימו יחסי עובד ומעביד בין הצדדים, וכי המערער זכאי לפדיון חופשה ולדמי הבראה, אך סכומים אלה יתקזזו כנגד הסכומים, אשר שולמו למערער ביתר כ"עצמאי", ואשר עליו להשיב לאנוש. יתר תביעות המערער נדחו על ידי בית הדין האזורי. התביעה שכנגד של אנוש גם היא נדחתה.

על חלק מפסיקה זו הוגש ערעור זה. אנוש לא ערערה על פסק הדין של בית הדין האזורי.

הרקע העובדתי

3. אנוש היא חברה שעיסוקה בתחום הנדסת תעשיה וניהול. במסגרת עיסוקיה נתנה אנוש שירותי ייעוץ ללקוחותיה השונים, לחלקם באופן שוטף ולחלקם על פי הזמנה לפרויקטים מסוימים.

4. ההתקשרות בין המערער, מהנדס תעשיה וניהול במקצועו, לבין אנוש החלה בסוף שנת 1986 והסתיימה ביום 31.3.04.

5. התמורה בגין עבודתו של המערער שולמה על ידי אנוש כנגד חשבוניות מס שהוציא המערער.

6. בתחילת תקופת ההתקשרות בין הצדדים העניק המערער את שירותיו למשיבה באמצעות חברת "טרגט שירותי יעוץ בע"מ", חברת יחיד בבעלותו, והחשבוניות הוצאו בשמה, אולם לאחר כשלוש שנים ביקש המערער, כי התמורה תשולם אליו במישרין ואנוש נעתרה לבקשתו. בין הצדדים לא נחתם כל הסכם התקשרות.

7. בשנת 2002 נתבקש המערער לחתום על הסכם העסקה (להלן: **טיוטת 2002**), השולל יחסי עובד ומעביד בין הצדדים ומגדיר את היחסים בין הצדדים כיחסים של קבלן ומזמין שירותים. המערער העביר למשיבה הערותיו לטיוטת ההסכם, אולם ההסכם בסופו של דבר לא נחתם. כך נכתב בפתח טיוטת 2002:

> **"הסכם זה בא להעלות על הכתב את התבנית שבתוקף בין הצדדים בכל הקשור לאי קיום יחסי עובד – מעביד וכן בנושא אי תחרות ובנושא בוררות למקרה חילוקי דעות.**
> **מוסכם בזאת על שני הצדדים כי תוקף הסכם זה הינו ממועד תחילת מערכת יחסי קבלן – מזמין ביניהם כלומר משנת 1986.**

1. שלילת יחסי עובד ומעביד והתחייבות לשיפוי המזמין על ידי הקבלן.
מוסכם על ידי הצדדים כי היחסים בין הקבלן לבין המזמין אינם ולא יתפרשו כיחסי עובד מעביד לכל עניין ומטרה שהם. לפיכך, לא יגיע לקבלן, והקבלן לא יתבע מהמזמין, כל זכויות שהן המגיעות לעובדים ממעבידיהם...".

8. ביום 2.2.04 התקשרה אנוש בהסכם להעברת פעילותה לחברת אביב ניהול, הנדסה ומערכות מידע בע"מ. (להלן: **אביב**). בחוזה בין הצדדים נקבע כי, אביב רוכשת מאנוש את רכושה הקבוע, את השם המסחרי והמוניטין של אנוש כעסק חי, וכן את שירותי הייעוץ. במסגרת זו פוטרו ביום 31.3.04 העובדים השכירים באנוש, ורובם עברו לעבוד באביב.

הערעור

9. ראשית נדגיש כי במסגרת פסק דין זה אין אנו נדרשים להכריע בשאלה, האם בנסיבות המקרה התקיימו בין הצדדים יחסי עובד ומעביד אם לאו. בפסק דינו, הגיע בית הדין האזורי למסקנה כי בין הצדדים לערעור התקיימו יחסי עובד ומעביד (פסקה טו' לפסק הדין האזורי). **על קביעה זו לא ערערו הצדדים**. יתר על כן, במסגרת הסיכומים לערעור מטעם אנוש, הצדיקה אנוש קביעה זו של בית הדין האזורי, הגם שהייתה מנוגדת לעמדתה הראשונית (סעיף 22.2 לסיכומים מטעם אנוש). משעניין זה אינו שנוי במחלוקת בין הצדדים, לא יזדקק בית דין זה להידרש לסוגיה זו. אציין כבר עתה, כי **אם נקודת המוצא של אנוש עצמה, היא שהיה מקום מלכתחילה לראות את היחסים בין הצדדים כיחסי עובד ומעביד, אזי אין לשלול במקרה זה פסיקה הרתעתית, גם לדעתו של חברי השופט פליטמן.**

10. להלן אדון בקביעות בית הדין האזורי עליהן הוגש ערעור מטעם המערער.

גובה שכרו של המערער

11. בית הדין האזורי קבע, כאמור, כי התקיימו יחסי עובד ומעביד בין הצדדים. עוד נקבע כי על פי הפסיקה, משנקבע, בדיעבד שהתקיימו יחסי עובד ומעביד בין הצדדים, יש לחשב את הזכויות המגיעות לעובד לפי השכר המשוער, אשר

היה מגיע לו, אילו הוכרו יחסי עובד ומעביד מלכתחילה, ולא על פי השכר ששולם לו בפועל, שעה שהצדדים פעלו מתוך הנחה שגויה, כי העובד הוא עצמאי. לא הייתה מחלוקת, כי שכרו בפועל של המערער הסתכם ב- 128.4 ש"ח לשעה, וכי עיסוקו היה דומה לזה של הגב' פרידברג שהועסקה באנוש כעובדת שכירה. מתוך נקודת מוצא זו, קבע בית הדין האזורי, כי הגב' פרידברג הייתה במעמד זהה לזה של המערער, וכי על פי חישוביה שלה היה מגיע למערער שכר בגובה של 84 ש"ח לשעה. בית הדין האזורי היה ער לכך, שהגב' פרידברג נהנתה מרכב צמוד ומטלפון סלולרי על חשבון אנוש, אך קבע כי מאידך היא עבדה שעות נוספות רבות.

12. המערער טען, כי בית הדין האזורי טעה, כאשר קבע, כי גובה שכרו, אילו התקבל לעבוד כעובד שכיר אצל אנוש, היה מסתכם ב- 84 ש"ח לשעה. לטענת המערער, העובדה, שאנוש המשיכה להעסיקו, במשך שנתיים נוספות באותו שכר, עד למכירתה, גם לאחר שסירב לחתום על טיוטת ההסכם, שניסתה לקבוע בו באופן חד צדדי, כי אין יחסי עובד ומעביד בין הצדדים, וגם לאחר שהגיש תביעה נגדה, מעידה על כך, שהשכר ששולם לו בפועל היה שכר ראוי לעובד מסוגו. כמו כן, התעלם בית הדין האזורי מכך, שאנוש לא הציגה כל חישוב המוכיח, כי שילמה למערער שכר גבוה מהמקובל במשק לעובד בוותק ובתפקיד של המערער, וכי אין להשוות את שכרו לשכרה של הגב' פרידברג, אשר החלה לעבוד אצל אנוש בשנת 1993 בעוד שהמערער החל לעבוד אצלה בשנת 1986 .

13. אנוש טענה, כי היה מקום להשוות את שכרו של המערער לזה של העובד כרמלי, שקיבל את שכרו על בסיס של שעות בדומה למערער, אך שכרו היה נמוך בהרבה מן התמורה שקיבל המערער. אנוש הדגישה כי גם שכרה של הגב' פרידברג, שהייתה בעלת תפקיד גבוה משל המערער, עבדה שעות נוספות וגם הייתה בעלת השכלה גבוהה משלו, היה נמוך משל המערער.

14. בית הדין האזורי הסתמך בקביעת השכר, שהיה זכאי לו המערער, לו התקבל לעבוד אצל אנוש מלכתחילה כעובד, על עדותה של הגב' פרידברג אותה מצא

אמינה ביותר. הכלל הוא, כי ערכאת ערעור לא תתערב בממצאים עובדתיים של בית הדין האזורי. לא מצאתי בנסיבות העניין סיבה לחרוג מהכלל האמור. גם אם עלות שכרה של הגב' פרידברג הייתה גבוהה מן השכר הבסיסי שלה, היא נבעה, בין השאר, מרכיבים של החזר הוצאות (רכב וטלפון סלולרי), שאינם באים בחשבון לצורך שיעור השכר הקובע לצורך חישוב פיצויי פיטורים ופדיון חופשה. לא למותר לציין, כי הטענה, לפיה עבדה הגב' פרידברג שעות נוספות לא מעטות, הוכחה גם הוכחה בעדותה שלה, שכאמור הייתה אמינה ביותר. נציין כי עלות השכר של הגב' פרידברג תהיה לה משמעות בנושא ההשבה.

ערעור המערער בנושא זה נדחה.

פדיון חופשה שנתית

15. בית הדין האזורי פסק, כי המערער זכאי לפדיון חופשה עבור ארבע שנות עבודתו לפי 28 ימי חופשה בכל אחת מארבע שנות עבודתו האחרונות, דהיינו לפדיון חופשה של 112 ימי חופשה בסך של 80,909 ש"ח בתוספת ריבית והצמדה כדין מיום 31.3.04 ועד ליום התשלום בפועל.

16. לטענת המערער, על אנוש לשלם לו פדיון חופשה לפי השכר שהיה זכאי לקבל או לחלופין לפי השכר של 140.14 ש"ח לשעה.

17. אנוש תמכה בפסק דינו של בית הדין האזורי בנושא זה, למרות הסתייגותה בנושא חוקיות הצבירה, עליו לא ערערה.

18. משנדחה ערעורו של המערער בנושא גובה השכר, גם דין ערעורו זה להידחות. יובהר שוב, שגם לו התחשבנו ברכיבי השכר של הגב' פרידברג - רכב צמוד וטלפון סלולרי - אין מקום להביאם בחשבון בסיס השכר הקובע לצורך חישוב דמי חופשה, בהיותם החזר הוצאות.

הצמדת השכר למדד והפרשי שכר

19. בית הדין האזור קבע, כי משהתקיימו יחסי עובד ומעביד בין הצדדים, וכי משהשכר לו היה זכאי המערער היה בסך של 84 ש"ח לשעה, הרי אפילו אם

הסכימו הצדדים להצמדת השכר למדד המחירים לצרכן, אין הוא זכאי להצמדה זו.

20. המערער טען, כי קיומם של יחסי עובד ומעביד אינו שולל עדכון שכר לפי מדד המחירים לצרכן. אנוש תמכה בפסק דינו של בית הדין האזורי.

21. נקודת המוצא בפסיקתנו היא, שהשכר שהיה זכאי לו המערער הוא בסך 84 ש"ח לשעה. משאלה פני הדברים, עדכון שכר זה למדד פעמיים בשנה בשנתיים האחרונות לעבודתו במשיבה, לא היה מזכה את המערער לשיעור השכר אותו קיבל המערער בפועל. אשר על כן, ולו רק מטעם זה, דין הערעור בנושא זה להידחות.

הפרשי שכר

22. בית הדין האזורי פסק לעניין תביעת המערער לתשלום שכר עבור שעות עבודה שביצע ולא שולמה לו תמורה עבורן, כי במהלך תקופת העבודה, מעולם לא פנה המערער למשיבה בדרישה לתשלום שכר עבור אותן השעות, כפי שהיה נהוג בין הצדדים, ולכן לא הוכח שהמערער אכן עבד בפועל בשעות אלו. בשל ממצא זה דחה בית הדין האזורי את התביעה בגין רכיב זה.

23. לטענת המערער, שגה בית הדין בקובעו, כי בתקופת העבודה לא פנה המערער למשיבה בדרישה לתשלום שכר עבור שעות עבודה שעבד, ואנוש לא שילמה לו שכר עבורן. לדברי המערער הוא פנה למשיבה בדרישות תשלום לאורך כל "תקופת ההלנה", ואף הגב' לילי סגולי העידה, כי עמד על דרישתו. קביעתו של בית הדין האזורי בנושא זה מבוססת על ממצא עובדתי, שבו ערכאת הערעור אינה מתערבת בדרך כלל. לא מצאתי, עילה לסטות מכלל זה במקרה הנוכחי. אציין, כי המערער עצמו ענה בתשובה לשאלת בית הדין האזורי, - "**הנתבעת שילמה לי בהתאם לדיווח השעות שאני נתתי לה**" (עמ' 17 לפרוטוקול). עוד יצוין, כי הגב' סגולי אמרה באותו עניין לגביו מסתמך המערער על דבריה, כי "**אם התובע חשב שיש טעות בחשבון עמד על דרישתו. הוא בדק את החשבון ועמד על כך שישולם לו כל המגיע לו**". (עמ' 30 לפרוטוקול). דברים אלה על פניהם תומכים דווקא בפסיקת בית הדין האזורי

בנושא זה. שהרי אילו היה ממש בטיעון המערער, לגבי אי תשלום שעות עבודה שביצע, מן הסתם היה עומד על שלו ולא מוותר, כפי שהעידה הגב' סגולי.

פיצויי פיטורים

24. בית הדין האזורי דחה את תביעת המערער לפיצויי פיטורים על בסיס התרשמותו, לפיה המערער התעלם ממכתבי אנוש, בהם הובהר לו, כי לא פוטר מעבודתו, ולאור העובדה לפיה, החל מיום 13.4.04, הוא מעניק שירותים באופן עצמאי לחברת אלטק, לה נתן שירותים במסגרת עבודתו באנוש.
עוד הוסיף וקבע בית הדין האזורי, כי אפילו הוכחו פיטוריו של המערער, יש לחשב את סכום פיצויי הפיטורים, לו היה זכאי, על בסיס שכר שעה של 84 ש"ח (סך של 273,420 ש"ח = 17.5 X186 X84), וכי סכום זה חייב להתקזז עם הסכום אותו חייב המערער להשיב למשיבה בשל התמורה הגבוהה שקיבל כ"עצמאי".

25. לטענת המערער, הלכה למעשה פוטר מעבודתו במשיבה, והדבר בא לידי ביטוי, בין השאר, בנתונים הבאים: אנוש לא הסכימה, שהמערער יעבור לעבוד באביב כשאר עובדיה; היא הפסיקה לתת שירותי יעוץ ומכרה את פעילותה כעסק חי; אביב התחייבה שלא להעסיק את המערער אצלה. בנסיבות אלה יש לראות את המערער כמפוטר הזכאי לפיצויי פיטורים, ובית הדין האזורי טעה, כאשר קבע אחרת. בנוסף לכך, יש לחשב את פיצויי הפיטורים לפי השכר שאמור היה המערער לקבל, ולחילופין על פי השכר שקיבל בפועל.

26. אנוש טענה, כי המערער לא פוטר, ועל כן אין הוא זכאי לפיצויי פיטורים. המערער הוא זה שחדל להתייצב לעבודה, חרף התראותיה, בקשותיה והסבריה, כי היא מעוניינת בהמשך התקשרות עימו באותם תנאים כבעבר, אולם המערער בחר לנתק את הקשר עם אנוש.

27. אני סובר, כי המערער זכאי לפיצויי פיטורים בנסיבות הקיימות כפי שאפרט להלן:

א. העברת פעילותה של אנוש לחברת אביב הביאה לפיטורי כל עובדיה ולתשלום פיצוי פיטורים לעובדים המפוטרים, אשר רובם ככולם עברו לעבוד באביב.

ב. אנוש הייתה צריכה לנהוג באותה דרך גם כלפי המערער, כמי שעל פי טיעונה שלה, צריך לראותו כ"עובד" ולא כקבלן עצמאי.

ג. אנוש נהגה כלפי המערער בדרך שונה. היא הציגה מצג, לפיו היא מעוניינת, כי ימשיך לעבוד אצלה בנושא "אלטק", אך התנתה את המשך העסקתו בתנאים, שאין זה סביר, כי המערער יקבל אותם. תנאים אלה באו לידי ביטוי בסעיף 7.2 להסכם בין אביב לאנוש בו נאמר:

> **"אביב תהא רשאית להחליט מי מבין העובדים וקבלני המשנה שיחפצו בכך, אם בכלל, יועסק על ידה. העובדים אשר אביב תבחר להעסיקם ויחפצו בכך, ייקלטו בה כעובדים חדשים לכל דבר ועניין, בתנאים כפי שתקבע אביב פרטנית מול כל עובד או קבלן משנה.**
> **מובהר בזאת, כי פרוייקט אלטק, אשר בו מועסק מר עמוס עברון, העובד עם אנוש באמצעות חשבוניות מס, יישאר בבעלות אנוש. אביב תציע למר עברון, בתפקידו כקבלן משנה של אנוש ולצורך המשך פעילותו באלטק, תנאי מיקום פיזים זהים לאלו שיוצעו על ידה לשאר עובדי אנוש, אשר יקלטו באביב *ובתנאי שמר עברון יחתום על כתב סילוק וויתור מיוחד ויתחייב לכך שלא יטען להיווצרות יחסי עובד-מעביד בינו לבין אביב.* מוסכם כי במקרה בו ייענה מר עברון לתנאים אלו ויבצע העבודה עבור אנוש ממשרדי אביב, תשלם אנוש לאביב את התקורות בגין התמקמות מר עברון במשרדיה על בסיס עלות... האמור בסעיף זה כפוף להסכמתה הסופית של אביב בכתב. אביב רשאית שלא ליתן הסכמתה לפי שיקול דעתה הבלעדי."**
> (ההדגשה - ע.ר.).

ד. על פי תנאים אלה מוותר המערער על מעמדו הנוכחי כ"עובד" ומצהיר, כי מכאן ולהבא יחשב כ"קבלן משנה" של אנוש. זהו בהחלט תנאי שלא נדרש מאף אחד מהעובדים האחרים של אנוש שעברו לעבוד אצל אביב, לאחר שפוטרו על ידי אנוש וקבלו פיצויי פיטורים ממנה. המערער אמור

היה לעבוד באביב, אך כקבלן משנה של אנוש. דרך זו היא אכן תמוהה. יתרה מזו, כל ההסדר המוצע בסעיף 7.2 להסכם בין אביב לאנוש היה כפוף להסכמתה של אביב, כאשר אין עדיין ודאות שיאושר על ידה. את הפניה של אנוש למערער במכתביה להמשיך לעבוד אצלה, יש לראות כמותנית באותם תנאים המצוינים בסעיף 7.2 להסכם בין אנוש לאביב. בתנאים אלה יש הרעה מוחשית בתנאי העבודה, להם זכה בעת עבודתו במשיבה, ואין לצפות מן המערער כי יקבלם. ניתן לראות איפוא בנסיבות אלה פיטורים הלכה למעשה של המערער על ידי אנוש המזכים אותו בפיצויי פיטורים.

ה. עוד יש לציין כי במקרה הנוכחי התחלפו המעבידים וגם התחלף מקום העבודה מהוד - השרון לראש העין. נתונים אלה כשלעצמם יוצרים זכות לפיצויי פיטורים, בנסיבות מתאימות, הן מכוח סעיף 1(ב) לחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג- 1963 (להלן: **חוק פיצויי פיטורים**). והן על פי הפסיקה (ראו לדוגמה בג"צ 8111/96, 922/97 **הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשיה האווירית לישראל בע"מ ואח'** פ"ד נח(6), 481 בו נפסק, כי התפטרות של עובד עקב חילופי מעבידים מזכה אותו על פי אותן נסיבות בפיצויי פיטורים מכוח סעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים).

ו. לא נעלם מעיני, כי המערער התקשר מיד בסמוך לאחר סיום הקשר בינו לבין אנוש, עם אלטק כקבלן עצמאי, אך לאור הנסיבות וסיום הקשר עם אנוש, איני רואה מניעה להתקשרות זו עם אלטק כקבלן עצמאי. אלה יחסים חדשים, ואין בקיומם כדי לגרוע מזכויות שהיו למערער בעבודתו קודם לכן אצל אנוש. יש גם לציין, כי המערער אמר בחקירתו הנגדית ש**חלק** מהשירותים שנתן לאלטק באמצעות אנוש, הוא נותן לה היום, וכי את **רוב** השירותים שנתן לאנוש בעבר, היא מבצעת באמצעות אביב (עמ' 14 לפרוטוקול). מנתונים אלה ניתן ללמוד, כי המערער זכה בהתקשרותו החדשה עם אלטק רק לחלק מפלח הפעילות שביצע עבורה באמצעות אנוש.

ז. אשר על כן לאור האמור לעיל, אנו מקבלים את הערעור לעניין פיצויי פיטורים. אני מסכים עם חברי, השופט פליטמן שיש להביא בחשבון לצורך חישוב פיצויי הפיטורים את הנתון, לפיו כל התוספות הסוציאליות של הגב' פרידברג חושבו על בסיס שכר של 12,800 ש"ח בלבד, ולכן גם חישוב פיצויי הפיטורים של המערער, לו סבר השופט פליטמן, שהוא זכאי לפיצויים אלה, צריך להיעשות על בסיס שכר זה כדי למנוע תשלום כפול של פיצויי הפיטורים. כמו כן אין גם להביא בחשבון תקופת העבודה את שלוש השנים, בהם עבד המערער באמצעות חברת יחיד שבבעלותו. אשר על כן חישוב פיצויי הפיטורים יעשה באופן הבא: 12800*14.25=182400 בהתחשב בתקופת העבודה שצוינה על ידי המערער בתצהירו 17.25 שנים (ובניגוד לקביעת בית הדין האזורי שקבע תקופה של 17.5 שנים ובניכוי שלוש השנים בהם עבד באמצעות חברה בבעלותו).

השבה

28. בית הדין האזורי קבע, כי הוכח בפניו, כי בשל העסקתו של המערער כקבלן עצמאי שולמה לו תמורה גבוהה בכ- 50% מהשכר אשר היה משולם לו אילו הועסק כשכיר, ולפיכך יש לחייב את המערער בהשבת כל הסכומים אשר שולמו לו ביתר כעצמאי, כלומר בהשבה של 34% מהסכומים אשר שולמו למערער (84 ש"ח לעומת 128.4 ש"ח). עם זה קבע, בית הדין האזורי, כי לנוכח התקופה הארוכה בה נמשכו קשרי העבודה בין הצדדים, ולנוכח העובדה שההתקשרות עם המערער כעצמאי לא הייתה פועל יוצא של בקשה או העדפה שלו, יש לחייב את המערער בהשבה חלקית בלבד, בגובה הסכומים המגיעים לו על פי פסק הדין, דהיינו, אין לחייב את המערער בהשבה מעבר לקיזוז הסכומים שנפסקו לזכותו. בהקשר זה הסתמך המערער גם על סעיף 2 לחוק לעשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט – 1979, (להלן: **החוק לעשיית עושר ולא במשפט**) לפיו לבית הדין סמכות לפטור מחובת השבה, במלואה או באופן חלקי, "**אם ראה שהזכייה לא הייתה כרוכה בחסרון כיס המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת**".

29. לטענת המערער, שגה בית הדין האזורי, כאשר חייב את המערער בביצוע השבה בגובה הסכומים שנפסקו לטובתו, וכאשר לא פטר את המערער באופן מלא מחובת ההשבה, באשר לגבי המערער לא התמלא אף לא אחד משלושת התנאים המזכים על פי הפסיקה בהשבה. שכרו לא היה גבוה באופן ניכר משכרו של עובד אנוש בתפקיד מקביל לו; לא נחתם בינו ובין אנוש "סעיף גדרון" ומערער לא דרש לקבל תשלומים כעצמאי, ושכרו לא היה גבוה במידה ניכרת מזה שקיבל עובד במעמדו.

30. אנוש טענה, כי בנסיבות העניין לא היה מקום לפטור את המערער מלהשיב את מלוא הסכומים שקיבל ממנה ביתר, ומשהוכיחה אנוש, כי תעריף שכרו הראוי של המערער היה נמוך באופן משמעותי מהתעריף שקיבל במעמדו כעצמאי ונקבע על סך של 84 ש"ח לשעה, הרי שקמה למשיבה זכות להשבה מלאה.

31. דין ערעור המערער להתקבל גם בנושא זה. כפי שאפרט להלן:

בע"ע 300256/98 **אייזיק נ' תהל תכנון המים לישראל**, (להלן: **פס"ד אייזיק**) ובע"ע 300267/98 **טויטו נגד מ.ש.ב הנדסת קירור (1965) בע"מ**, (להלן: **פס"ד טויטו**) נקבע, כי "**מקום שבית הדין מוצא להתערב בין הצדדים וקובע את היחסים האמיתיים שנוצרו בין הצדדים, קרי "עצמאי" מוגדר בדיעבד כ"עובד", אין לבצע השבה**" אלא במקרים חריגים שאלה הם:

א. התשלום ששולם בפועל היה גבוה באופן ניכר מזה שמבצע העבודה היה מקבל כעובד.

ב. הוסכם בין הצדדים, כי אם יוכר מבצע העבודה בדיעבד כ"עובד" תיעשה השבה. (להלן: **סעיף "גדרון"**).

ג. העובד הוא שדרש שמעמדו יהיה כשל עצמאי:
(פס"ד אייזיק, עמ' 846; פס"ד טויטו, עמ' 368).

במקרה הנוכחי לא התקיים ולו אחד משלושת התנאים הנ"ל. אין מחלוקת, כי לא היה קיים הסכם בין הצדדים, וממילא לא היה קיים "סעיף גדרון". אין גם מחלוקת, שהמערער לא דרש להתקשר עם אנוש דווקא במתכונת של עצמאי. עד לדרישה לחתימת הסכם 2002 על ידי אנוש התנהלה מערכת היחסים בין הצדדים כיחסי מזמין וקבלן עצמאי ללא כפיה מצד זה או אחר. רק עם דרישת אנוש מהמערער לחתום על טיוטת 2002, בה דרשה אנוש לתת גושפנקה בכתב למערכת היחסים הקיימת בין הצדדים **מתחילתה** כמערכת יחסי מזמין קבלן עצמאי, **התנגד לכך המערער**, כפי שעולה מסעיף 11 לתגובת המערער לטיוטת 2002 מאפריל 2002 בפסקה 11 כי **"תוקפו של ההסכם החל מיום חתימתו ואילך, בלבד"** הדגש הוא על כך שלא תהיה תחולה רטרואקטיבית להסכם המוצע, אלא רק תחולה מיום חתימת ההסכם ואילך. אומנם המערער לא התנגד לכך, שבעתיד יהיו היחסים בין הצדדים יחסי מזמין וקבלן עצמאי בתמורה להגדלת התמורה, אך כאמור בשל אי הסכמת הצדדים לא נחתם אותו הסכם.

המערער התנגד לניסיון זה גם כשניסו לכפות עליו את תנאי סעיף 7.2 להסכם בין אביב למשיבה. את נסיבות אלה יש לראות כהתנגדות המערער לניסיון אנוש לשינוי הסטטוס שלו כ"עובד" למפרע, והעדר הסכמה לכך גם בעתיד לאור אי החתימה על ההסכם המוצע על ידי אנוש. מסקנת הדברים היא, שאין ליחס למערער דרישה למערכת יחסי מזמין קבלן עצמאי, אלא להפך, ברגע של אמת, כשנדרש המערער לחתום על הסכם ששולל ממנו מערכת יחסים זו למפרע, התנגד לכך.

כך גם קבע בית הדין האזורי בפסקה כו' לפסק דינו:

"בענייננו, לנוכח התקופה הארוכה בה נמשכו קשרי העבודה בין הצדדים ולנוכח העובדה שההתקשרות עם התובע כעצמאי לא הייתה פועל יוצא של בקשה או העדפה שלו (ההדגשה - ע.ר.) **– אנו קובעים, כי יש לחייב את התובע בהשבה חלקית בלבד, בגובה הסכומים המגיעים לו על פי פסק דין זה..."**

32. המחלוקת היחידה היא בשאלה, האם התמורה שקיבל המערער עבור עבודתו במשיבה, הייתה גבוהה מהשכר של עובדת מקבילה לו אצל אנוש. בית הדין האזורי קבע, כי עובדת זו היא הגב' פרידברג, וכי שכרה של הגב' פרידברג היה בסך של 16,650 ש"ח. **ברם על פי תצהירה של הגב' פרידברג, שכרה בתוספת תנאים סוציאלים והוצאות דלק עבור רכב צמוד מסתכם ב-23,500 ש"ח. הוסף לכך את הוצאות טלפון סלולרי שקבלה הגב' פרידברג בסך של כ-500 ש"ח ומענקים שקיבלה מדי פעם, ותגיע לשכר המשתווה כמעט לתמורה שקיבל המערער. בל נשכח שהתמורה שקיבל המערער הייתה ללא תנאים סוציאלים, ללא הוצאות רכב וללא ההטבות נוספות שהיו לגב' פרידברג.**

מסקנת הדברים היא, כי אין כל הצדקה להשבה במקרה הנוכחי.

לא למותר לציין כי, קשרי המערער עם אנוש נמשכו כ-17 שנה, וכי ניסיון אנוש בשנת 2002 לעגן את היחסים בין השניים למפרע מתחילת הקשר בשנת 1986 כיחסי מזמין ונותן שירותים עצמאי, נתקל בהתנגדות המערער, **ודאי לגבי תקופת העבר**.

עוד מן הנכון להדגיש, כי בע"ע 570/07 **פיליפ טיברמן נ' מקורות חברת המים בע"מ**, אשר ניתן ביום 24.12.09 (להלן: **פס"ד טיברמן**) נאמר:

> **"אין "להעניש" עובד התובע את זכויותיו כעובד. האפשרות כי תתאפשר דרישה להשבה של סכומים מעבר לאלה שנפסקו במסגרת התביעה להכרה ביחסי עובד-מעביד עלולה להרתיע עובדים מהגשת תביעות כאמור ולרפות את ידיהם. סיכון כזה עומד בניגוד לעקרונות היסוד של משפט העבודה ולפסיקתו של בית דין זה...".**
> (סעיף 18 לפסק דינו של הנשיא אדלר, ראו גם ע"ע 450/07, 515/07 **גלובוס גרופ ואח' נ' יואל מלכא**, אשר ניתן ביום 7.3.10).

לאור כל האמור לעיל, ערעור המערער בנושא ההשבה מתקבל.

פיצוי בגין פגיעה בכבוד ואי אספקת עבודה

33. על פי גרסת המערער החלה אנוש להתנכל לו, לאחר שסרב לחתום על הסכם יחסי מזמין - קבלן עצמאי. התנכלות זו באה לידי ביטוי בצמצום העבודות שהועברו אליו, בהטלת דופי בעבודתו בפומבי, ובהתעלמות ממנו. בית הדין האזורי דחה את תביעת המערער בגין רכיבים אלו בקובעו, כי לא הוכח ואף לא נטען, שאנוש התחייבה לספק למערער עבודה בהיקף מינימלי כלשהו, ואף

עולה מהראיות שהוצגו בפני בית הדין, כי היקף עבודתו של המערער השתנה מידי פעם, בהתאם לדרישות לקוחות אנוש, ולכן אין הוא זכאי לפיצוי בנושא זה. גם דרישת אנוש מהמערער להכין "תיעוד מלא" של כל המסמכים הקשורים לפרויקטים שבתחום טיפולו, ולא להוציא מהמשרד חומר כלשהו, או לחתום על מסמכים, אינה מצדיקה תשלום פיצויים בגין פגיעה בכבוד.

34. המערער טען, כי לאחר שסירב לחתום על טיוטת ההסכם, בו דרשה אנוש את שינוי מעמדו משכיר לקבלן, החלה אנוש להתנכל למערער, לא זימנה אותו לפגישות תיאום, הפחיתה משמעותית את שעות עבודתו ולא סיפקה למערער עבודות חדשות. לדבריו של המערער נתונים אלה מצדיקים את פיצויו.

35. אנוש טענה, כי לא הוכחה כל התנכלות כלפי המערער, ועל כן צדק בית הדין האזורי, כאשר קבע, כי לא מצא יסוד לטענה להתנכלות של אנוש כלפי המערער. המערער גם לא הציג ראיות להתחייבות אנוש לאספקת עבודות בהיקף מסוים. כמו כן הסתמכה אנוש על תצהירו של מר פרלמן המבקש להסביר את השינויים בשעות עבודת המערער. בנוסף לכך טענה אנוש לירידה משמעותית בהיקף הפרויקטים בשנת 2003 לעומת שנת 2002, ועל הזיקה לאורך שנות ההתקשרות בין המערער למשיבה, בין שעות עבודתו החודשית ובין הפרויקטים הרלוונטיים באותה עת.

36. פסיקת בית הדין האזורי במקרה זה מבוססת על התרשמותו מהחומר הראיתי שהוצג בפניו ועל קביעת ממצאים עובדתיים. באלה לא תיטה ערכאת הערעור להתערב, בדרך כלל, ואין מקרה זה מצדיק סטייה מכלל זה. גם סעד של פיצוי בגין פגיעה בכבוד, אינו סעד מצוי בפסיקתו של בית דין זה, ולא מצאתי מקום לפסיקתו על פי הנתונים המוכחים במקרה זה.

השופט יגאל פליטמן

חוות דעתו של חברי, השופט רבינוביץ, מקובלת עלי פרט לנושא ההשבה כפי שיבוא להלן:

1. **חוסר תום לב וקוגנטיות היחס**

חוסר תום לב לעולם לא יגבור על קוגנטיות היחס, משום שבאמרנו חוסר תום לב ובאמרנו קוגנטיות היחס, הננו למעשה אומרים את אותו הדבר באופנים שונים.

קוגנטיות היחס משמעה - נורמות משפט העבודה המגן שלא ניתן להתנות עליהן בהתקיים יחסי עובד ומעביד.

על פי עקרון תום הלב נקבעות נורמות ההתנהגות האוביקטיביות הראויות. נורמות ההתנהגות האוביקטיביות הראויות בהתקיים יחסי עובד ומעביד הינן נורמות משפט העבודה המגן.

אין כל סיבה שלא להחיל את משפט העבודה המגן בהתקיים יחס עובד ומעביד. תביעת העובד לזכויותיו על פי משפט זה, במילים אחרות, תביעתו ליישום הנורמות הקונקרטיות של תום לב המתייחסות ליחסי עובד-מעביד, אינה יכולה בשום פנים ואופן להיחשב לחוסר תום לב מצידו.

משאלה הם הדברים, שאלת חוסר תום לב בהקשר של תחולת משפט העבודה המגן כבמקרה שלפנינו, איננה קיימת למעשה כשאלה.

2. **הגישה ההרתעתית ותביעת השבה**

במקרים ברורים בהם המעביד היה מודע או היה עליו להיות מודע, נוכח טיב הקשר הברור, כי מי שהוא בחר להעסיקו כקבלן הינו בעצם עובד ובכל זאת החליט לעטות על היחס שביניהם כסות של מזמין - קבלן; במקרים שכאלה, מקובלת עלי הגישה ההרתעתית, לפיה השכר החודשי הכולל ששולם על ידי המעביד צריך להיות הבסיס לחישוב הזכאויות הסוציאליות הנתבעות בדיעבד על ידי העובד.

ברם, לא תמיד קביעת המעמד כעובד ברורה וחד משמעית ובייחוד לא בתחילת הקשר להבדיל מניתוחו פוסטמורטום. ייתכנו מקרים שטיב היחס האמיתי שבין הצדדים אינו ברור מלכתחילה והיה יסוד לאומד דעתם, כי מדובר ביחסי מזמין - קבלן, כפי הדברים במקרה שלפנינו, כשבמשך שלוש שנות הקשר הראשונות שבין הצדדים העניק המערער שירותיו גם לאנוש באמצעות חברה שבבעלותו, ולגבי תקופה זו אין חולק שלא התקיימו יחסי עובד ומעביד בין

הצדדים. לאחר מכן ועל פי בקשתו השתנה רק אופן מתן התמורה לעבודתו בכך שהיא הועברה אליו ישירות.

במקרה שכזה אין צידוק ליישום הגישה ההרתעתית ולחישוב זכאויותיו הסוציאליות של מי שהתברר בדיעבד שהינו עובד, על בסיס שכרו הכולל; אלא החישוב צריך להיעשות על בסיס שכר מופחת. אך זאת אך ורק ככל שיש נתונים מוכחים על כך. משחישוב הזכויות הסוציאליות צריך להיעשות על בסיס שכר מופחת, מתעוררת שאלת ההשבה.

3. **ההשבה וחישובה**

א. הזכות להשבה קמה, כאשר חישוב הזכויות הסוציאליות המגיעות לעובד והנתבעות על ידו, נוכח חלות משפט העבודה המגן על היחס שבין הצדדים, צריך להיעשות על בסיס שכר חודשי מופחת בהשוואה לשכר ששולם עת סברו הצדדים שאין ביניהם יחסי עובד-מעביד. שיעור ההשבה על פי האמור צריך להיקבע, לא על פי ההפרש בין השכר החודשי שקיבל העובד עת סברו הצדדים שאין ביניהם יחסי עובד-מעביד בהשוואה למשכורת החודשית שהיה מקבל כעובד, אלא שיעור ההשבה, במקרה שיש נתונים מוכחים של שכר התובע אילו נחשב לעובד מלכתחילה, תלוי בהפרש שבין **עלות** השכר המופחת בתוספת כלל הזכויות המגיעות בהשוואה לעלות השכר הכולל בה נשא המעביד בפועל עת סברו הצדדים, כי לא מתקיימים ביניהם יחסי עובד מעביד. ככל שקיים פער עלויות לטובת העובד - יגיע לו ההפרש.

לדוגמא: קבלן, שהתברר בדיעבד שהינו עובד, ששולם לו כל חודש סכום של 10,000 ש"ח והוכח לגביו שאילו היה עובד, הייתה משתלמת לו משכורת של 6,000 ש"ח לחודש, משך תקופת העסקתו הייתה שנה, והוא פוטר. אזי עלות שכרו החודשי כוללת: 6,000 ש"ח + 8.33% פיצויי פיטורים + 4% דמי חופשה, 6% הפרשות לגמל בהנחה שהמעביד חייב להפרישן + 2.5% דמי הבראה + 4% נסיעות. כלומר עלות שכרו החודשי מגעת בנסיבות המקרה שהובאו לכ-7,500 ש"ח. כיוון ששולם לו סך של 10,000 ש"ח כל חודש הרי שהפרש השכר ששולם לו כיסה מלוא זכויותיו כעובד, לכן המעסיק לא יצטרך להוסיף סכום כלשהוא

מעבר לתמורה ששולמה על ידו מדי חודש בתקופת הקשר ביניהם. על פי אותה דוגמא, אילו אותו מעביד היה משלם לאותו עובד, עת סברו הצדדים שאין ביניהם יחסי עובד ומעביד, שכר בסך של 7,000 ש"ח לחודש, אזי הוא היה חייב לשלם לו לכל היותר אך ורק את הפרש העלויות בגין זכאויותיו כעובד בסך כולל 6,000 ש"ח.

ערים אנו למגוון מקרים בהם החישוב יהא מסובך הרבה יותר אלא, שבשלב זה פשוט ביקשנו להצביע על כך ששאלת ההשבה אינה מתמצית בהחלטה על השבה או אי השבה, שעל פיה תיגזר תחולה מלאה או אי תחולה של זכויות משפט העבודה המגן הנתבעות; אלא אפשרית גם השבה חלקית וגזירת זכויות משפט העבודה המגן ביחס אליה.

ג. תביעת השבה של המעביד הינה תביעה חוזית. עילתה - טענת המעביד, כי אשר שילם על פי החוזה עת סברו הצדדים שאין ביניהם יחסי עובד-מעביד, מכסה את מלוא זכאויות העובד על פי משפט העבודה המגן.
מצד העובד - אין הפרה של החוזה, שהרי הוא את עבודתו בגינה קיבל תמורה מוסכמת - ביצע. הוא מילא התחייבותו על פי החוזה שבין הצדדים בין אם מדובר בחוזה מזמין - קבלן ובין אם מדובר בחוזה עבודה.
לפיכך לא יכול להיות מצב בו העובד יקבל פחות ממלוא התמורה המוסכמת ששולמה, אפילו אם חישוב זכאויות משפט העבודה המגן צריך להיעשות על בסיס שכר מופחת. שהרי, אין מניעה שהמעביד ישלם תמורת העבודה תוספת שכר מסוימת שלא תשמש בסיס לחישוב הזכאויות על פי משפט העבודה המגן, כל עוד אותו תשלום אינו מנוגד לדין.
ואילו מצד המעביד - אפשר שהוא לא שילם את תמורת העבודה במלואה נוכח שינוי תניות החוזה לאור חלות משפט העבודה המגן על היחס שבין הצדדים. משפט העבודה המגן יכול רק להוסיף לחבות המעביד ולא לגרוע מזכות העובד.

המסקנה המתחייבת מן האמור הינה, כי לעולם לא יוכל מעביד בתביעת השבה, לקבל תשלום כסף מהעובד של סכום כלשהו ממלוא התמורה ששילם לו. לפיכך תביעת ההשבה שלו כנגד העובד מצטמצמת בהכרח לסכומים מתוך מלוא התמורה ששולמה על ידו שניתן ליחסם לכיסוי זכויות משפט העבודה המגן לאור שינוי היחס שבין הצדדים ליחסי עובד-מעביד.

במצב דברים זה, כאשר התמורה הכוללת בגין העבודה שנעשתה - אינה משתנה; משתנים רק פרטי החוזה עקב שינוי סוגו מחוזה מזמין-לקבלן לחוזה העבודה מבלי שהחוזה שבין הצדדים בוטל באופן המחייב כל צד להשיב למשנהו את אשר קיבל על פיו. אשר על כן, התחייבות המעביד לשלם לעובד לא פחות מאשר שולם לו על ידו עת סברו הצדדים, כי אין ביניהם יחסי עובד ומעביד - נשארת בעינה גם לאחר שהוברר לצדדים, כי קיימים ביניהם יחסי עובד-מעביד.

ממצב דברים זה משתמעות שתי מסקנות:

ראשית - משתביעת ההשבה הינה תביעה חוזית לא קמה למעביד עילת תביעה על פי החוק לעשיית עושר ולא במשפט.

שנית - תביעת ההשבה של המעביד מוגבלת בשיעורה לתביעת קיזוז הפרש העלויות בין עלות העסקת אותו אדם כקבלן בהשוואה לעלות העסקתו כעובד.

4. <u>**ההשבה והתשובה**</u>

א. מקובלת עלי דעת חברי הנשיא, כי "**השוואה בין עובדים, גם אם במעמד ותפקיד זהה אינם מדע מדויק וגובה השכר הוא פועל יוצא של משתנים רבים לרבות הוותק של העובד, מצב החברה בעת שירות העובד ואף יכולת מיקוח של העובד ומשתנים אלה לא נלקחו בחשבון במסגרת חישוב עלויות השכר**".

דא עקא, שמשתנים אלה, כל עוד הם בלתי ידועים, יכולים להגדיל ולהקטין ובאותה מידה את שיעור עלויות השכר. אשר על כן, ככל שהאמור מוליך למסקנה, כי פער העלויות בשכר צריך להיות דווקא בשיעור של 40% ומעלה למשל, הרי שמסקנה זו נראית שרירותית

ובלתי מבוססת. באותה מידה אפשר היה לקבוע פער שכר אחר של 35% או 50% וכו'. קביעה אחוזית של פער שכר כמקנה או לא מקנה לעובד את זכאויותיו הסוציאליות, כלומר, גישת הכל או לא כלום, אינה מידתית ולפיכך פחות צודקת בהשוואה למבחן חישוב העלויות הקובע את זכות ההשבה ושיעורה, כמובן כאשר יש נתונים מוכחים על כך.

ב. מקובלת עלי דעת הנשיא, כי נושא השכר נבחן במשפט העבודה "**תחת הפריזמה של עקרונות ותכלית שביסוד משפט העבודה המגן, ותוך שאיפה למנוע הרתעת עובדים מהגשת תביעות להכרה בהם כעובדים**".

גישתי לפיה לא קמה למעביד עילת השבה אם ברור מלכתחילה טיב הקשר האמיתי שבין הצדדים; ותביעת ההשבה ככל שקמה לה עילה מוגבלת לזכות קיזוז - מתיישבת יפה עם גישתו "**ומונעת הרתעת עובדים מהגשת תביעות להכרה בהם כעובדים**", על פי "**הפריזמה של עקרונות ותכלית שביסוד משפט העבודה המגן**".

ג. לא מקובלת עלי דעת הנשיא לעניין "**הפסד זכויות בעין מכוח חוקי המגן כגון הזכות לחופשה**", באשר אין בסיס להנחתו בדיעבד שהעובד, בהיותו קבלן למשל במשך כ-15 שנות עבודתו לא יצא לחופשה, והרי אפשר שיצא לחופשה מעבר לימי חופשה על פי משפט העבודה המגן ובמועדי חופשה אשר הכתיב למעביד, ובאשר לתשלום בגין דמי החופשה על פי שיטתי יש ללקחו בחשבון חישוב עלויות השכר כעובד.

ד. מעבר לאמור יש להדגיש, כי להבדיל מגישת פער שכר אחוזי שרירותי על מנת שתקום זכות ההשבה למעביד, הרי שגישתי ביחס תביעת ההשבה מבוססת על נתונים ככל שניתן לקובעם, לפיכך היא צודקת יותר. כשם שצודקת יותר הגישה החישובית בהערכת הפסד השתכרות עתידי למשל בתביעת נזיקין על פני קביעה שרירותית של סכום זה. לכאורה אין האמור אלא נימוק אריתמטי, חישובי, שאינו תופס במקום

בו עקרונות הצדק של משפט העבודה המגן עומדים למבחן, אלא שיש לשים אל לב שאחד המופתים הגדולים לעשיית צדק - סיפור כבשת הרש, יסודו למעשה אריתמטי.

5. **המסכת העובדתית**

על פי עובדות פסק הדין האזורי עליהן גם נסמכת דעת חבריי אזי:

א. "**בתחילת תקופת ההתקשרות בין הצדדים העניק המערער את שירותיו למשיבה באמצעות חברת "טרגט שירותי יעוץ בע"מ, חברת יחיד בבעלותו, והחשבוניות הוצאו בשמה, אולם לאחר כ-3 שנים ביקש המערער, כי התמורה תשולם אליו במישרין ואנוש נעתרה לבקשתו**" (סעיף3(ג) לפסק הדין של בית הדין האזורי).

ב. המערער ניפק חשבוניות מס גם עבור גורמים אחרים. מספר לקוחותיו האחרים לבד מאנוש היה מועט ועיקר עבודתו הייתה עבור אנוש (סעיף 8(ז) לפסק דינו של בית הדין האזורי).

ג. המערער, שהציג עצמו לפני רשויות מס כעצמאי "**ביקש משלטונות המס להכיר בהוצאות רבות כהוצאות לצורך עסק**" (סעיף 8(ז) לפסק הדין של בית הדין האזורי).

במצב דברים זה אין לראות במערער כמי שנכפה עליו מלכתחילה להיות עצמאי, מתוך ידיעה שלאמיתו של דבר הינו בגדר עובד, אלא כמי שהיה מעוניין בכך משיקולי כדאיות כלכלית, כיוון שסבר, כמשיבה עצמה, שזהו היחס האמיתי שביניהם. משזהו מצב הדברים אין לשלול מלכתחילה את האפשרות שקמה למשיבה תביעת השבה כנגד המערער, ויש לבחון אפשרות זו על פי הגישה החישובית להבדיל מהגישה ההרתעתית.

6. **ההשבה וההשוואה**

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 308-08

א. בית הדין קמא קבע כממצא עובדתי, כי "**הגב' פרידברג הייתה במעמד ובתפקיד זהה לזה של התובע, ומנתוני שכרה של הגב' פרידברג ניתן ללמוד מהו גובה השכר לו היה זכאי התובע אילו הועסק כשכיר על ידי הנתבעת**".

ב. לגבי שכר המערער, אין חולק כי עמד על סך של 128.4 ש"ח לשעה (סעיף 8(כא) לפסק דינו של בית הדין קמא).
בסעיפים 10 - 13 לתצהירה, שהיה מהימן על בית הדין קמא, מפרטת הגב' פרידברג את נתוני שכרה. על פי אותם נתוני שכר הבסיס השעתי שלה עמד על 68 ש"ח לשעה, דהיינו כמחצית משכר השעה של המערער. על פי נתונים אלה לא יכולה להיות מחלוקת שקמה למשיבה הזכות לתביעת השבה מהמערער, כך שאין עליה לשלם לו פיצויי פיטורים.
לאותה תוצאה נגיע גם על פי קביעת בית הדין קמא, כי שכר השעה של הגב' פרידברג על פי נתוני שכרה עמד על סך של 84 ש"ח לשעה. במקרה זה שכרו השעתי של המערער היה בכ-50% גבוה משכרה (סעיף 8 כג לפסק הדין האזורי), על כן, חישוב עלות שכרה של הגב' פרידברג על פי האמור בתוספת זכאויות משפט העבודה המגן של פיצויי פיטורים, חופשה, הבראה וכו' עדיין אינו מעלה את שכר השעה שלה ב-50%, ולכן אין על אנוש לשלם לו פיצויי פיטורים.

ג. ברם, לשכר הבסיס של הגב' פרידברג נוספו תוספות שונות והגיעו לה גם זכאויות משפט העבודה המגן, כך שלמשיבה קמה הזכות לתביעת השבה מהמערער אך ורק ככל שעלות שכרו הייתה גבוהה מעלות שכרה הכולל של הגב' פרידברג למשיבה.

על פי נתוני שכרה של הגב' פרידברג אזי:

שכרה האחרון בשנת 2003 ובתחילת שנת 2004 היה כ-16,650 ש"ח לחודש (ברוטו). שכר זה כלל משכורת בסיס בסך של 12,800 ש"ח ותוספות שונות לרבות כיסוי הוצאות אש"ל, טלפון והחזר הוצאות דלק בגין רכב צמוד בסך של 3,250 ש"ח לחודש בממוצע. מעבר לזאת יש

לציין ששכרה כלל תשלום גמול עבור 50 שעות נוספות לפחות בממוצע לחודש.

משכר הבסיס בסך 12,800 ש"ח ברוטו כאמור, הפרישה אנוש 21% לזכויות סוציאליות של הגב' פרידברג ומתוכם הופרשו 8.33% משכרה לפיצויי פיטורים. סה"כ עלות שכרה החודשי של הגב' פרידברג על פי האמור, עמד על סך של 23,500 ש"ח (דעת חברי השופט רבינוביץ).

ד. אילו שכרה החודשי של הגב' פרידברג ללא זכויות משפט העבודה המגן של פיצוי פיטורים חופשה, הבראה וכו' היה בסך של 10,000 ש"ח ושכרו החודשי של המערער כעצמאי היה בסך של 20,000 ש"ח, אלא שמספר שעות עבודתה של הגב' פרידברג מדי חודש, היה מחצית משעות עבודתו של המערער מדי חודש, היה נטען על ידי חברי ובצדק, כי אין כאן למעשה פער עלויות, באשר למען עריכת השוואה נאותה בין השניים יש להעמיד את שניהם על בסיס אותו היקף משרה.

דא עקא, שהאמור נכון גם לגבי המקרה ההפוך. הגב' פרידברג עבדה בממוצע בחודש 50 שעות נוספות בגינן שולם לה גמולן הנכלל בחישוב עלות שכרה החודשי. לאור האמור נכון יותר להעמיד את היקף משרת שניהם על משרה מלאה בת 186 שעות לחודש ולהוסיף לעלות שכרה של הגב' פרידברג את עלות התוספת של גמול שעות נוספות בסך של 25% בגין 50 השעות הנוספות שעבדה מדי חודש, ולהפחית מעלות שכרה סך של 50 שעות לפי 64 ש"ח, דהיינו, להפחית מעלות שכרה סך של 3,200 ש"ח לפחות ולהעמידו על סך של 20,300 ש"ח.

ה. בבחינת פער עלויות השכר בין הגב' פרידברג למערער, יש ליתן הדעת לכך, שבהפרשה לפיצויי הפיטורים נלקחה בחשבון עלות שכרה של הגב' פרידברג למשיבה. לכן, ככל שמבקשים להוסיף ולהטיל עליה את עלות תשלום פיצויי הפיטורים בסך של 184,400 ש"ח למערער על פי חישוב חברי השופט רבינוביץ, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית כחוק כתוספת מיום 31.10.04, מגדילים בכך את עלות שכרה פעמיים בגין פיצוי פיטורים.

אם כך היה נפסק, הייתה אנוש לוקה פעמיים בגין אותו העניין. פעם בלקיחה בחשבון של ההפרשה לפיצויי פיטורים בחישוב עלות שכר הגב' פרידברג ופעם שנייה באי לקיחה בחשבון של עלות תשלומם למערער. לאור זאת יש לנכות מחישוב עלות שכרה של הגב' פרידברג את ההפרשות לפיצויי פיטורים משכר הבסיס בסך 12,800 ש"ח. במילים אחרות - על מנת להשוות עלות שכר הגב' פרידברג לעלות שכר המערער למשיבה, יש להפחית מעלות שכרה בסך של כ- 20,300 ש"ח לחודש בשכר 1,066 ש"ח לחודש ולהעמידה על סך של 19,234 ש"ח.

ו. לאור האמור עלות שכרו הכולל של המערער למשיבה עמדה על סך של 23,800 ש"ח לחודש, עלות שכרה הכולל של הגב' פרידברג למשיבה למשרה מלאה ללא פיצויי פיטורים עמדו על סך של 19,234 ש"ח לחודש. משמעות נתונים אלה הינה, כי עלות שכרו החודשי של המערער מדי חודש למשיבה היה גבוה בכ-4,566 ש"ח מעלות שכר הגב' פרידברג המקבילה לו. הפרש עלות שכזה מכסה מלוא זכאויות המערער על פי משפט העבודה המגן.

הפרש עלות שכר חודשי של 4,566 ש"ח משמעו הפרש עלויות שנתי בסך של 54,792 ש"ח. סכום פיצוי הפיטורים השנתי של המערער עמד על סך של כ-12,800 ש"ח בלבד על פי חישוב חברי השופט רבינוביץ; דהיינו כ-23% מתשלום היתר ששילמה אנוש למערער כעצמאי.

בנסיבות אלה אין סיבה לאי קיזוז הפרש העלות ששולם על ידי אנוש מסכום פיצויי הפיטורים המגיע למערער. מדובר בפער משמעותי הצריך להיבחן בשקלים ולא באחוזים כדעת חבריי, ולפיכך לא קמה למערער בנסיבות המקרה שלפנינו זכאות לתשלום פיצויי פיטורים.

ז. לאור המפורט לעיל, לא נוכל לחתום דברנו מבלי לחזור לציין, כי לא נהיר, מדוע במקרה בו במישור העקרוני קמה למשיבה זכות השבה; אזי עצם העובדה, שהיא שילמה למערער כל חודש למעלה מ-4,500 ש"ח יותר מאשר הייתה משלמת לו אילו מלכתחילה היו נקבעים יחסי עובד ומעביד ביניהם, כלומר שילמה לו תשלום יתר של 770,000 ש"ח לכל

תקופת ההעסקה, סכום המכסה מלוא עלות כל זכויות המערער על פי משפט העבודה המגן אילו נחשב לעובד מלכתחילה; זוהי עובדה שיש להתעלם ממנה; ונוכח ההתעלמות מאותה עובדה יש מקום להצמיח למשיבה חיוב נוסף לשלם למערער עוד 182,400 ש"ח פיצויי פיטורים בתוספת הפרשי ריבית והצמדה מאז 31.3.2004, כדעת חבריי. ההיגיון גוזר שעובדה זו תצמיח, לא חיוב נוסף למשיבה, אלא זכות לקיזוז פיצויי הפיטורים מתשלום היתר ששולם.

7. **ההכנסה וההוצאות**

באמור לא סגי. לא יתכן שבית דין זה יעלים עינו מכך, שהמערער נהנה מחד מתוקף המעמד שבחר בו להיות עצמאי מ"**ניכוי הוצאות רבות**", ומאידך כעובד - מזכויות משפט העבודה המגן.

לפיכך, משנפסק, כי התקיימו יחסי עובד ומעביד בין הצדדים לאורך כל תקופת הקשר ביניהם, יש להעביר פסק דין זה לנציבות מס הכנסה לחישוב המס שעל המערער ואנוש לשלם על פי היחס האמיתי שביניהם של קיום יחסי עובד מעביד.

הנשיא סטיב אדלר

1. במחלוקת שנפלה בין חבריי, דעתי כדעת חברי השופט רבינוביץ. להלן אבאר הדברים בקצירת האומר:

2. חברי השופט פליטמן נקט בדרך חישוב דווקנית לעניין פער עלויות השכר בין המערער לבין גב' פרידברג. עם זאת, אל לנו לשכוח כי ההשוואה בין עובדים, גם אם במעמד ובתפקיד זהה, אינה בגדר "מדע מדויק". שכרם של עובדים כאמור (בפרט בארגונים קטנים) יכול ויהיה שונה אפילו אם הם עושים עבודה דומה. זאת מן הטעם שגובה השכר הוא פועל יוצא של משתנים רבים, לרבות הוותק של העובד, מצב החברה בעת שכירת העובד, רמה מקצועית, ואף יכולת המיקוח של העובד.

3. זאת ועוד, בהתאם לעמדתי בפסיקה העדכנית בנושא פער של כ- 13% בעלויות בין התשלום ששולם למערער כ"עצמאי" לבין עלות העסקתו כ"עובד", אינו מצדיק השבה. יודגש, כי נושא ההשבה נבחן במשפט העבודה תחת הפריזמה של העקרונות והתכליות שביסוד משפט העבודה המגן, ותוך שאיפה למנוע הרתעת עובדים מהגשת תביעות להכרה בהם כעובדים. ואף זו: אדם שהוא למעשה עובד אולם הועסק שנים רבות כקבלן, הפסיד כל אותן שנים גם זכויות בעין להן הוא זכאי **"מכוח חוקי המגן, כגון הזכות לחופשה בתשלום ועוד, שערכן אינו רק כלכלי ושממילא לא ראה המחוקק אפשרות להמירן בתמורת כסף"**[1]. מטעמים אלה, במצטבר לרבות הטעמים בפסק דינו של חברי השופט רבינוביץ המבוססים על **הלכות אייזיק וטויטו**, מצטרף אני על כן לעמדתו. לדידי אין מקום לחייב את מר עברון בהשבת סכומים כלשהם ואף אין מקום לקיזוזם[2].

נציג עובדים מר יוסף קרא

אני מצטרף לדעת השופט עמירם רבינוביץ ולדעת הנשיא סטיב אדלר.

נציג מעבידים מר יורם בליזובסקי

אני מצטרף לדעת השופט עמירם רבינוביץ ולדעת הנשיא סטיב אדלר.

סוף דבר - ערעורו של המערער בנושא פיצויי הפיטורים מתקבל. המשיבה תשלם למערער, בתוך 30 יום מהמועד בו יומצא לה פסק דין, זה סך של 182,400 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום 31.3.04 ועד למועד התשלום המלא בפועל. המשיבה אינה זכאית להשבה מתוך הסכום אותו עליה לשלם למערער.

יתר רכיבי הערעור נדחים.

אין צו להוצאות.

---

[1] ראו: עע 570/07, עע 688/07 **טיברמן נ' מקורות חברת מים בע"מ**, פסקה 18, 24.12.2009; וכן פסקה 1 לחוות דעתה של השופטת רוזנפלד באותו עניין. ראו עוד: עע 450/07, 515/07 **גלוביס גרופ ואח' נ' יואל מלכא**, פסקה 9, 7.3.2010.

[2] להבדל בין השבה לבין קיזוז, ראו חוות דעתי **בעניין טיברמן**, פסקה 16.

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 308-08

ניתן היום, ט"ו בשבט תשע"א (20 בינואר 2011) בהעדר הצדדים.

סטפן אדלר, **נשיא, אב"ד**	**עמירם רבינוביץ,** **שופט**	**יגאל פליטמן,** **שופט**
נציג העובדים, מר יוסף קרא	**נציג המעבידים, מר יורם בליזובסקי**	