סעיף גדרון ויחסי עובד ומעביד: http://www.glima.info/10-1-6.pdf

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 110-10

רפי רופא	**המערער**
-	
מרקם סוכנות לביטוח בע"מ	**המשיבה**
ד.נ.ר סוכנות לביטוח בע"מ	**משיבה פורמאלית**

בפני: הנשיאה נילי ארד, השופט שמואל צור, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה,
נציג עובדים מר ראובן בוימל, נציג מעבידים מר זאב רפואה

בשם המערער: עו"ד מרדכי גרון
בשם המשיבה: עו"ד עמית גולדברג

פסק דין

השופטת סיגל דוידוב-מוטולה

1. עניינו של תיק זה בשאלה מרכזית במשפט העבודה האינדיבידואלי, והינה האם - ומתי - ניתן לקזז מזכויות עובד, שהוכר בדיעבד ככזה, סכומים שקיבל ב"יתר" ממעסיקו. שאלה נוספת היא האם סכומי ה"יתר" מקימים גם חובת השבה, שיכולה לעלות על הזכויות הנפסקות לזכות העובד. השאלה הגיעה לפתחנו במסגרת ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב (השופט אילן איטח ונציגי הציבור מר מעוז הלוי ומר עמירם מילר; עב' 5508/06).

התשתית העובדתית

2. המערער, מר רפי רופא (להלן – **המערער**), הינו סוכן ביטוח במקצועו. המשיבה – מרקם סוכנות לביטוח בע"מ (להלן – **מרקם**) – הינה סוכנות ביטוח, אשר עיקר פעילותה בפיקוח על סוכני ביטוח עבור חברות ביטוח שונות. בחודש

נובמבר 1994 החל המערער לעבוד במרקם, כמפקח וכאחראי על סוכני ביטוח מטעמה.

3. המערער היה אחראי מטעם מרקם, בשנות עבודתו הראשונות, על 25 סוכנויות ביטוח ברחבי הארץ, וקיבל בתמורה לכך סך של 2,035 ש"ח בתלוש שכר וסך נוסף של 2,000 ש"ח בצירוף מע"מ כנגד חשבונית מס. בנוסף לכך הועמדו לרשותו מטעם מרקם רכב ומכשיר טלפון נייד, אשר שווים צוין בתלושי השכר.

4. בשנת 1995 העבירה מרקם לפיקוחו של המערער קבוצה נוספת של 15 סוכני ביטוח. בשנת 1997 הועלה הסכום החודשי שקיבל כנגד חשבונית מס לסך של 10,000 ש"ח בצירוף מע"מ (להלן מטעמי נוחות – **התמורה הקבלנית**), מבלי שחל שינוי בסכום החודשי ששולם לו במסגרת תלוש שכר, כאשר בחשבוניות נרשם כי התמורה הקבלנית ניתנת בגין "הסכם עמלות". לפי מכתב שנשלח למערער באותה עת והסביר את שיטת התגמול – אמור היה לקבל "שכר בסיס" של 3,000 ש"ח, ובנוסף לכך עמלה בשיעור של 5.5% על "התפוקה נטו".

5. לקראת סוף שנת 2003 הוציא המפקח על הביטוח הנחיות חדשות, אשר הביאו לשינוי משמעותי בגובה הכנסותיה של מרקם וכתוצאה מכך גם לקשיים כלכליים. בין היתר, הובילו הנחיות אלה להפחתה של כ – 50% בהיקף מכירות הסוכנים שהיו תחת פיקוחו של המערער. החל מחודש נובמבר 2003 ואילך חדלה מרקם לשלם למערער את התמורה הקבלנית, ושילמה לו אך ורק את הסך של 2,035 ש"ח לחודש ששולם לו במסגרת תלושי השכר.

6. כחלק מהתמודדותה עם המשבר הכלכלי חתמה מרקם, ביום 11.1.2004, על הסכם שיתוף פעולה עם סוכנות ביטוח נוספת – ד.נ.ר סוכנות לביטוח בע"מ, המשיבה הפורמאלית (להלן: **ד.נ.ר**) – לצורך הקמת תאגיד משותף בתחום הביטוח. בשלב ראשון בוצע שיתוף הפעולה באמצעות הפלטפורמה המשפטית של מרקם, ובהמשך אמור היה להיות מוקם תאגיד ביטוחי חדש. לאור זאת הודיעה מרקם לעובדיה כי באפשרותם להתפטר ולקבל את מלוא הזכויות המגיעות להם לרבות פיצויי פיטורים, או לחלופין להישאר בעבודתם ולהיקלט על ידי התאגיד החדש לכשיוקם. המערער בחר להישאר בעבודתו.

7. בסוף חודש יולי 2004 התפטר המערער, והחל לעבוד בסוכנות ביטוח אחרת. לטענתו, נאלץ להתפטר נוכח הרעת תנאים מוחשית שבאה לידי ביטוי בהפסקת תשלומה של התמורה הקבלנית אשר היוותה את עיקר שכרו. לטענת מרקם, המערער החליט לעבור לסוכנות ביטוח אחרת שאינה עוסקת בביטוחי חיים לאחר שנוכח, כי הנחיות המפקח על הביטוח גורמות להפחתה ניכרת בהיקף המכירות שלו ושל הסוכנים בפיקוחו.

להשלמת התמונה יצוין, כי בסמוך לאחר התפטרותו של המערער, ביום 24.8.2004, הסתיים שיתוף הפעולה שבין מרקם לבין ד.נ.ר.

8. בחודש מאי 2006 הגיש המערער את תביעתו כנגד מרקם וכנגד ד.נ.ר, במסגרתה ביקש להכיר בו כעובד של שתי סוכנויות הביטוח ועתר לקבלת פיצויי פיטורים, הפרשי שכר, הודעה מוקדמת, פדיון חופשה ודמי הבראה.

פסק דינו של בית הדין האזורי

9. בית הדין האזורי קבע כי לא התקיימו יחסי עובד – מעביד בין המערער לבין ד.נ.ר; כי המערער נותר עובד של מרקם בלבד גם לאחר תחילת שיתוף הפעולה בין שתי הסוכנויות; וכי אין הצדקה לבצע הרמת מסך ולראות בד.נ.ר כאחראית כלפי המערער מעצם היותה בעלת מניות במרקם. התביעה כנגד ד.נ.ר נדחתה לפיכך, מבלי שמי מהצדדים ערער על כך.

10. בית הדין האזורי בחן בקפידה את כלל נסיבות המקרה וקבע לאורן כי בין המערער לבין מרקם שררו יחסי עובד – מעביד במהלך כל תקופת ההתקשרות ביניהם. להלן עיקר נימוקיו לכך:

א. המערער היה כפוף למנהלת מרקם גב' מירה כהן ופעל בהתאם להנחיותיה, השתתף בישיבות שקיימה מרקם לכלל המפקחים, ביצע עבודה שהינה חלק מפעילותה הרגילה והשוטפת של מרקם והיה חלק מהמערך הארגוני הרגיל שלה. לא בכדי, התבקש לאחר התפטרותו

להמשיך בעבודתו מספר ימים נוספים עד למציאת מחליף, והדבר מעיד כי עבודתו הייתה חלק אינטגראלי מעבודת מרקם.

ב. מרקם היא שנשאה בהוצאות שנדרשו לצורך עבודתו של המערער – רכב, משרד וטלפון נייד. גם אם חלק משכרו של המערער היה מותנה במכירותיהם של סוכני הביטוח שהיו בפיקוחו – אין בכך כדי להשליך על מעמדו. מרקם היא שקבעה את שיטת התגמול ואף את הסכומים בהם נמכרו פוליסות הביטוח על ידי הסוכנים. המערער לא נשא בסיכוני הפסד כלשהם ולא העניק שירותים מקבילים לגורם כלשהו מלבד מרקם, כך שהיה תלוי כלכלית באופן בלעדי במרקם.

בית הדין הדגיש כי גם אם מפקחים אחרים במרקם הועסקו בשיטת תגמול שונה – תוך קבלת שכר קבוע ללא תלות במכירות סוכני הביטוח שתחת פיקוחם – אין בכך כדי לפגוע בעובדה כי המערער ביצע את אותה עבודה, ללא שוני מהותי, ואין בשוני בשיטת התגמול כדי להשליך על מעמדו.

ג. המערער נדרש לבצע את עבודתו באופן אישי, ולא יכול היה לדאוג למחליף. גם אם קבע לעצמו את לוחות הזמנים, לרבות מועדי יציאתו לחופשות – עלה מחומר הראיות כי היה כפוף למרקם, השתתף בפגישות עבודה מדי שבוע והיה נתון לפיקוח קפדני מצד גב' כהן. שני הצדדים אף ראו את מערכת היחסים ביניהם כיחסי עובד – מעביד. לכך יש להוסיף את משך ההתקשרות.

11. בית הדין קבע עוד, כי התמורה הקבלנית שולמה למערער כסכום קבוע ולא כנגזרת של מכירות, ועם זאת עצם תשלומה הותנה בתנאי יסודי שעניינו קיומן של מכירות בפועל. לאור זאת, המערער זכאי לסך של 10,000 ש"ח בגין כל אחד מהחודשים נובמבר ודצמבר 2003 – מכוח המכירות לכלל שנת 2003 – אך לא זכאי לסכום זה בגין חודשי עבודתו בשנת 2004, במהלכה לא הוכיח כי בוצעו מכירות. ממילא, וגם אם היינו יוצאים מנקודת הנחה כי מדובר בתשלום

שאינו מותנה – המערער לא היה זכאי לקבלו בגין שנת 2004 שכן לא דרש זאת ויש לראות את התנהגותו כהסכמה בהתנהגות לשינוי תנאי שכרו.

בית הדין הוסיף כי המערער זכאי להפרשים, עד גובה שכר המינימום, בגין החודשים ינואר – יולי 2004 במהלכם שולם לו סך של 2,035 ש"ח לחודש בלבד.

12. לגבי נסיבות סיום העבודה נקבע, כי "**הראיות שבפנינו מצביעות על כך שהתובע היה מודע למצבה הכלכלי הקשה של מרקם, לכן הסכים להפחתה בשכרו ועזב כשמצא מקום עבודה בתחום ביטוחי שונה בו השפעות הנחיות המפקח היו פחותות**". לאור זאת, המערער לא עמד בנטל להוכיח כי התפטר בשל אי קבלת התמורה הקבלנית. למרות זאת נקבע כי הינו זכאי לפיצויי פיטורים מכוח סעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג – 1963, שכן לא ניתן היה לדרוש ממנו להמשיך ולעבוד בשכר נמוך משכר המינימום.

13. בית הדין הוסיף וקבע, כי השכר לפיו יש לחשב את זכויותיו הסוציאליות של המערער הינו השכר שהיה משתלם לו אילו הוגדר "עובד" מלכתחילה, שכר שעמד – בהתאם לתלושי שכרה של מפקחת שכירה שביצעה עבודה מקבילה וקיבלה שכר חודשי קבוע – על סך של 8,121 ש"ח לחודש. בהתאם, זכאי המערער לפיצויי פיטורים בסך כולל של 75,590 ש"ח (לאחר חלוקה לשתי תקופות – עד 31.12.03 לפי שכר של 8,121 ש"ח, ובגין תשעת החודשים האחרונים לפי שכר מינימום), מהם יקוזז פיצוי בסך של 1,779 ש"ח בגין מתן הודעה מוקדמת חלקית בלבד.

בנוסף נפסקו לזכות רופא פדיון חופשה בסך של 9,990 ש"ח, עבור 90 ימי חופשה בגין ארבע שנות עבודתו האחרונות לפי שכרו האחרון (היינו שכר מינימום), ודמי הבראה בסך של 4,284 ש"ח, עבור 14 ימי הבראה בגין השנתיים האחרונות לעבודתו.

14. לאחר כל האמור לעיל, נפנה בית הדין לדון בטענת מרקם לקיזוז. מרקם טענה לקיזוז הן של ההפרש בין הסכום ששולם למערער במהלך עבודתו כעצמאי

לבין השכר שהיה צריך להשתלם לו כשכיר, והן של עלויות הרכב הצמוד שהעמידה לרשותו ואשר לא הועמד, לטענתה, לאף עובד שכיר.

בית הדין קבע, כי בהתאם להלכת **יפהר** (ע"ע 99/06 **מרכז קהילתי אזורי רמת הגולן – חנה יפהר,** מיום 24.6.2007), אשר הייתה אותה עת ההלכה האחרונה בסוגיית הקיזוז שיצאה מידי בית דין זה – יש להורות על קיזוז, אשר "**במקרה זה... מתיישב גם עם תחושת הצדק וההגינות**". בית הדין פירט כי "**הוכח שהתובע השתכר באופן ניכר יותר מאשר אילו היה שכיר (בשיעור של כ - 50%) - הרבה מעבר להעמסתן של הזכויות הסוציאליות החלות במקרה זה**" וכי "**מלכתחילה היה לתובע עסק עצמאי בתחום בו החל לעסוק אצל מרקם, והגם שלא ברורות הנסיבות ל"מודל" ההתקשרות שנעשה (תלוש + חשבונית), לא נראה לנו, כי ניתן להטיל את ה"אשם" בעניין זה רק על כתפי מרקם. קל וחומר, נוכח היחסים החבריים ששררו בין התובע לגב' כהן – אשר מכוחם ניתן להניח, כי לו חפץ התובע במודל התקשרות אחר הייתה גב' כהן נעתרת לו**".

15. בהתאם, מהסכומים שנפסקו לזכות המערער בוצע קיזוז סך של 215,270 ש"ח "לפחות", שהינו ההפרש (3,914 ש"ח לחודש) בין הסכום ששולם למערער בפועל (הן במסגרת תלוש שכר והן התמורה הקבלנית - סך כולל של 12,035 ש"ח לחודש) לבין השכר החודשי ששולם למפקחת המקבילה (8,121 ש"ח), בגין שבע השנים שקדמו להגשת התביעה. בית הדין הוסיף כי לפי סעיף 4 לחוק ההתיישנות, התשי"ח – 1958 ניתן לקזז מהסכומים המגיעים למערער את תשלומי ה"יתר" שקיבל במהלך **כל** תקופת עבודתו (החל משנת 1997 במהלכה החל לקבל את הסך של 10,000 ש"ח כנגד חשבונית), אך אין צורך להכריע בכך שכן גם הקיזוז בגין שבע שנים בלבד עולה על הסכומים שנפסקו לזכותו. מטעם זה אף לא נדרש להכריע בטענה הנוספת שהעלתה מרקם, לקיזוז הסכומים ששולמו בגין הרכב הצמוד.

16. בית הדין הוסיף, במאמר מוסגר ומעבר לצורך, כי "**הכללים שנקבעו להשבה/ קיזוז בפרשת אייזיק ובפרשת טויטו <u>לכאורה</u> אינם מתקיימים במקרה**

שלפנינו" (ההדגשה במקור), שכן "**בין התובע ומרקם לא קיים חוזה עבודה כלשהו ולא הוסכם ביניהם כי התובע יחויב בהשבה אם ייקבע בדיעבד שהוא "עובד"**", ובנוסף לכך "**לא הוכח שהתובע הוא שדרש להיות במעמד של עצמאי או כי מרקם הציעה לו להיות "עובד"**". למרות זאת, וכמפורט לעיל, בית הדין ראה לעצמו חובה לפסוק על סמך הלכת **יפהר** המאוחרת יותר.

בשורה התחתונה של פסק הדין, קוזזו לפיכך כל הסכומים שנפסקו לזכות המערער ותביעתו נדחתה במלואה. המערער אף חויב לשלם לד.נ.ר הוצאות משפט בסך של 1,000 ש"ח ושכ"ט עו"ד בסך של 5,000 ש"ח.

ההליכים לאחר מתן פסק דינו של בית הדין האזורי

17. לאחר מתן פסק דינו של בית הדין האזורי הגישה מרקם כנגד המערער תביעה נפרדת לבית הדין האזורי בתל אביב (עב' 7905/09; להלן – **התביעה הנוספת**), במסגרתה נתבע לשלם לה סך כולל של 750,393 ש"ח.

מרקם מבססת את תביעתה על פסק דינו של בית הדין האזורי, היוצר לטענתה השתק פלוגתא בכל הנוגע לסך של 187,582 ש"ח (ההפרש המשוערך בין הסך של 215,270 ש"ח לבין גובה הסכומים שנפסקו לזכות המערער), ודורשת מעבר לכך את תשלומי ה"יתר" שקיבל המערער בתקופה שקדמה לשבע השנים שטרם הגשת התביעה, וכן החזר בגין עלויות העמדת הרכב הצמוד לרשותו.

18. לאחר הגשת התביעה הנוספת הגיש המערער בקשה להארכת מועד להגשת ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי, ובקשתו התקבלה (בש"א 487/09). לאחר הגשת ערעורו, עוכבו ההליכים בתביעה הנוספת עד למתן פסק הדין בערעור זה (החלטת השופטת הדס יהלום מיום 15.4.2010).

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 110-10

הערעור

טענות הצדדים

19. **המערער טוען** כי לא הייתה כל הצדקה ליישם בעניינו את הלכת **יפהר**, והיה על בית הדין לדחות את טענת הקיזוז במלואה על סמך ההלכות שקדמו לה, אשר שבו ואומצו גם בפסיקה מאוחרת יותר (כפי שיפורט להלן). המערער חולק גם על השכר כ"עובד" שנקבע לו, אך לאור ההלכה בדבר אי התערבות בממצאים עובדתיים בחר שלא לטעון כנגד כך. עם זאת הדגיש, כי אם מוסיפים לשכר זה (8,121 ש"ח) את עלויות המעסיק בגין הזכויות הסוציאליות שנמנעו ממנו (כ – 40%) – הפער בין השכר כ"עובד" לבין התמורה שקיבל בפועל הינו זניח, ואינו מצדיק כל קיזוז.

20. לחלופין טען המערער, כי גם לפי הלכת **יפהר** אין לבצע קיזוז של כל סכומי ה"יתר" אלא להפעיל שיקול דעת - הן לגבי השאלה אם מוצדק ליתן פטור מהשבה והן לעניין שיעורה של ההשבה. שיקול דעת כאמור לא הופעל על ידי בית הדין האזורי, אשר ביצע קיזוז מלא באופן אוטומטי. לחלופי חלופין, היה על בית הדין לקבוע כי חובת ההשבה חלה רק עד גובה הסכומים שנפסקו לזכותו, וכך הייתה נמנעת הגשת התביעה הנוספת.

21. המערער טען עוד כנגד הקביעה כי ויתר על התמורה הקבלנית, שהיוותה כ – 80% משכרו, בשבעת חודשי עבודתו האחרונים, קביעה אשר מתעלמת לטענתו "**מהראיות... בדבר פניותיו הרבות של המערער אל מנהלת המשיבה לתשלום מלוא שכרו, פניות שנענו בהבטחה כי שכרו ישולם במלואו ובאמירה שעוברים על המשיבה זמנים קשים...**". בהתאם, יש לעדכן את הסכומים שנפסקו לזכותו בגין פיצויי פיטורים (על ידי הוספת סך של 3,590 ש"ח) ובגין פדיון חופשה (על ידי הוספת סך של 14,373 ש"ח) – על בסיס שכר חודשי של 8,121 ש"ח.

22. **מרקם טענה**, כי לא חל שינוי בהלכת **יפהר**, וגם אם חל – אין בו כדי להצדיק את שינוי פסק דינו של בית הדין האזורי, שניתן על יסוד ההלכה שהייתה תקפה במועד בו ניתן. לחלופין, גם על פי ההלכות המאוחרות יותר – יש להורות על השבה כאשר התשלום ששולם למועסק היה גבוה באופן ניכר מזה שהיה מקבל לו היה מוגדר מלכתחילה כ"עובד" וכאשר המועסק הוא שדרש להיות מועסק כעצמאי, כאשר שני התנאים מתקיימים בענייננו.

23. מרקם הוסיפה כי ככל שלא הייתה נקבעת השבה – מגישה הייתה ערעור על הקביעה כי התקיימו יחסי עובד – מעביד בין הצדדים, ולכן התערבות בפסק הדין עלולה לגרום לה ל"נזק רב ועצום". מרקם לא השיבה לתשובת המערער לטענתה, לפיה יכולה הייתה להגיש ערעור שכנגד ככל שסברה שהדבר נדרש.

דיון והכרעה

24. השאלה בה עלינו להכריע נוגעת בטבורו של משפט העבודה הן מבחינה תיאורטית והן מבחינה פרקטית, ובשנים האחרונות ידעה טלטלות לא מבוטלות. בפסיקתו העכשווית של בית דין זה הובעו שלוש דעות עיקריות, אשר תפורטנה להלן. עם זאת ראוי בעינינו להתחיל את הדיון המשפטי בהתפתחותה ההיסטורית של ההלכה, אשר יש בה כדי ללמד על ההקשר הרחב של הסוגיה. לאחר מכן נעבור לסקירתן של שלוש הדעות העיקריות; לפירוט השיקולים הנורמטיביים הרלוונטיים; ולבסוף להכרעה במקרה הספציפי.

התפתחות ההלכה – החל מעניין רוטברג ועד עניין עברון

25. מושכלות ראשונים הם כי "היות אדם 'עובד' הוא דבר קרוב לסטטוס, ומעמד זה אינו נקבע על ידי הצדדים או מי מהם, אלא על פי נסיבות העניין כהוויתן. **הקובע הוא אפוא מהות היחסים שנוצרו למעשה, ולאו דווקא רצונם של הצדדים...**" (דב"ע נד/77-3 **פנינה רוטברג – תדיראן בע"מ**, פד"ע כז 454 (1994); להלן – **עניין רוטברג**).

הלכה מרכזית זו הובילה למקרים רבים, הנדונים חדשות לבקרים בבתי הדין לעבודה, בהם מועסק - אשר הוגדר על ידי הצדדים מלכתחילה כ"קבלן עצמאי" - מוכר בדיעבד כ"עובד". ההכרעה השיפוטית בדבר היותו של המועסק "עובד" מתפרסת "**לגבי העבר החל מתחילת ההעסקה, וכן כלפי העתיד, במידה ויחסי ההעסקה טרם נסתיימו**" (עניין **רוטברג**), כאשר מכך נובעת "**נפקות לעניין זכויות העובד לפי חוקי המגן וההסכמים הקיבוציים, אשר, ברובן המכריע, אינן ניתנות לוויתור**" (שם). היינו, עצם הגדרתו של המועסק כ"עובד" אמורה לזכותו ב"סל" זכויות מכוח משפט העבודה, וזהו גם התמריץ להגשת תביעות מעין אלה לאחר תום יחסי העבודה.

26. השאלה כיצד לחשב את זכויותיו של מועסק שהוגדר בדיעבד כ"עובד" מעלה לדיון מספר שאלות משנה. **השאלה הראשונה** הינה מה יהא הבסיס לחישוב זכויותיו הסוציאליות – האם התמורה שקיבל כ"עצמאי" או שמא שכר משוער שהיה מקבל אילו היה מוגדר מלכתחילה כ"עובד" (להלן - **השכר החלופי**). ככל שהתשובה הינה האופציה השנייה, יש לעבור לדון בשאלה **השנייה** – כיצד יקבע בית הדין את שיעורו של אותו שכר חלופי. השאלה **השלישית** הינה באילו נסיבות תבוצע התחשבנות בדיעבד, תוך זקיפת ההפרש שבין השכר החלופי לתמורה הקבלנית לחובתו של המועסק והתייחסות אליו כאל סכום "יתר" שיש לקזזו. השאלה **הרביעית** הינה האם יש נסיבות בהן סכומי ה"יתר" הללו יקימו חובת השבה, מעבר לקיזוז גרידא.

27. **בנוגע לשאלה הראשונה** קבעה הפסיקה בעבר, כי הבסיס לחישוב הזכויות הסוציאליות יהא התמורה שקיבל המועסק כ"עצמאי", למעט מקרים חריגים בהם נקבעו בהסכם ה"קבלני" הוראות בדבר שיעור השכר החלופי (דב"ע מו/3-128 **ד"ר בנימין גדרון – מדינת ישראל**, מיום 15.6.1987), או כאשר הוצעה למועסק במפורש עבודה כ"שכיר" והוא העדיף להתקשר בהסכם "קבלנות" עם תמורה גבוהה יותר (דב"ע נב/3-99 **עמי יפרח – פרזות חברה ממשלתית עירונית לשיכון ירושלים בע"מ**, מיום 11.5.1992). חריג נוסף קבע כי כאשר חל במקום העבודה הסכם קיבוצי, שאין בו סייג המאפשר חתימה על חוזים אישיים – תיקבענה הזכויות הסוציאליות לפי שכר חלופי התואם את הוראות

ההסכם הקיבוצי (דב"ע נד/3-85 **יעקב גולדפרב – התעשייה האווירית לישראל בע"מ**, פד"ע כז 287 (1994)). בכל שאר המקרים חושב "סל" הזכויות מכוח חוקי המגן, גם כאשר ניתן בדיעבד, לפי התמורה החוזית המלאה ששולמה למועסק כ"עצמאי".

ראוי לציין כי ניסיון להרחיב חריגים אלה, כמו גם להוסיף להם חובת השבה (נחום פינברג, גמישות חוזית ביחסי עבודה, **הפרקליט** מ' (1991) 422) – נדחה באופן מפורש בפסיקה (עניין **רוטברג**; כן ראו אצל מנחם גולדברג, חופש החוזים והגבלתו בהסכם עבודה קיבוצי ובחוזה עבודה אישי, **המשפט** ב' (1995) 177; להלן - **גולדברג**).

28. בשנים שחלפו מאז הלכת **רוטברג** חלו שינויים משמעותיים בכלכלה העולמית, בשוק העבודה, ביחסי העבודה ובתפיסות החברתיות, אשר הביאו לדיון מחודש בערכים עליהם נשענו דיני העבודה המסורתיים, התכליות שברצוננו להשיג באמצעותם והדרכים הראויות להשגתן (לשינויים ראו – למשל – Guy Mundlak, Fading Corporatism, Israel's Labor Law and Industrial Relations in Transition (2007); הדרה בר-מור, חוזה עבודה כ"חוזה יחסים"; צפוי להתפרסם ב**ספר אלישבע ברק-אוסוסקין** (2012); למשמעותם המודרנית של דיני העבודה בהתחשב בשינויים אלה ראו את המאמרים השונים שפורסמו בספר The Idea of Labour Law (Guy Davidov & Brian Langille – editors, 2011).

אחת הגישות הינה כי התאמת המשפט למציאות המשתנה מחייבת הגמשה של הכללים הקוגנטיים הנוקשים, על בסיסו של עקרון תום הלב, לצורך המשך הגנה על זכויות העובדים בעולם העבודה המודרני תוך איזון עם האינטרסים של המעסיקים (אלישבע ברק-אוסוסקין, הלעולם קוגנטי? דרכו של בית הדין בנתיבי ההגמשה לאור עקרון תום הלב, צפוי להתפרסם ב**ספר אלישבע ברק-אוסוסקין** (2012); להלן – **ברק-אוסוסקין**). היינו, במקום המגמה בעבר - שראתה בקוגנטיות הנוקשה מרכיב הכרחי הן לצורך הנחלת הערכים שבבסיס

משפט העבודה והן לצורך התייחסות אחידה ל"מעמד" העובדים בכללותו - בפסיקה הנוכחית מתאפשרת הגמשה מסוימת במקרים המתאימים, תוך איזון עדין בין העקרונות הקוגנטיים מחד לבין הרצון להגיע לתוצאה צודקת, במקרה הספציפי המובא לדיון, מאידך (לבחינה ביקורתית של גישה זו ראו אצל שרון רבין-מרגליות, מה נותר ממשפט העבודה המגן? **ספר מנחם גולדברג** (2001) 461).

29. בהתאם למגמה זו, אשר באה לידי ביטוי מרכזי ראשון בפסק הדין בעניין **בוכריס** (דב"ע נה/3-145 **מדינת ישראל, משרד השיכון – יעקב בוכריס**, פד"ע לו 1 (1997); כן ראו את דב"ע 3-237/97 **עזרא שמואלי – מדינת ישראל, רשות השידור**, פד"ע לו 577 (2001)), חל שינוי גם בתשובות שניתנו על ידי בית הדין לשאלות שבפנינו.

ההלכה המרכזית שהובילה את השינוי ניתנה בעניין **טויטו** (ע"ע 300267/98 **יוסף טויטו – מ.ש.ב הנדסת קירור למיזוג אוויר (1965) בע"מ**, פד"ע לז 354 (2002)), וסמוך לאחריה בעניין **אייזיק** (ע"ע 300256/98 **אורי אייזיק – תה"ל תכנון המים לישראל בע"מ**, פד"ע לו 825 (2002)), במסגרתם נקבע פה אחד כי הזכויות הסוציאליות, הנקבעות למועסק המוגדר בדיעבד כ"עובד", לא תחושבנה לפי התמורה החוזית ששולמה לו כ"עצמאי" אלא לפי השכר שהיה מקבל לו היה מוגדר מלכתחילה כ"עובד". הטעם לכך הינו כי "**מקום שבית הדין מוצא בו להתערב במוסכם בין הצדדים וקובע את היחסים האמיתיים שנוצרו ביניהם, חייבת התערבותו לצורך הענקת זכויות על פי חוק עבודה המגן להיות "שלמה" ו"דו סטרית"**" (עניין **אייזיק**). קביעה זו עוררה את שלוש השאלות הנוספות שפורטו לעיל, לגביהן נשמעו - ונשמעות עד היום - דעות שונות.

30. בכל הנוגע **לשאלה הראשונה** – הבסיס לחישוב הזכויות הסוציאליות - קיימת לפיכך כיום הלכה מושרשת, הקובעת כי **זכויותיו הסוציאליות של מועסק המוגדר בדיעבד כ"עובד" תחושבנה לפי השכר החלופי שהיה מקבל אילו**

היה מוגדר מלכתחילה כ"עובד" (עם הסתייגויות מסוימות של סגן הנשיאה פליטמן והשופט רבינוביץ, כפי שיפורט להלן).

נראה כי גם בנוגע **לשאלה השנייה** - כיצד יחושב אותו שכר חלופי - אין עוד כיום מחלוקת ממשית, וההלכה קובעת כי ייקבע **בהתאם לראיות שיובאו בפני בית הדין, כאשר נטל ההוכחה בקשר לכך מוטל על המעסיק**. הראיות עשויות להיות שכרו של עובד מקביל אשר ביצע עבודה דומה; טבלת השכר בהסכמים קיבוציים רלוונטיים; שכר ראוי לעובד שכיר באותו מעמד כפי הנלמד ממקורות חיצוניים; או ראיות לגבי שכר חלופי שהוצע או נקבע בין הצדדים עצמם, ככל שהיה כזה, הכל בהתאם לנסיבותיו הספציפיות של המקרה ושיקול דעתה של הערכאה הדיונית בפניה מובאות הראיות. לא עמד המעסיק בנטל המוטל עליו בקשר לכך – תחושבנה הזכויות לפי התמורה שקיבל המועסק כ"עצמאי".

המחלוקת בקרב שופטי ערכאה זו בשאלת הקיזוז וההשבה

31. המחלוקת המרכזית נוגעת לשאלות השלישית והרביעית, שאלות הקיזוז וההשבה, לגביהן קיימות שלוש עמדות עיקריות. **לפי העמדה המרכזית, המהווה כיום את ההלכה**, "אין לבצע השבה או קיזוז, כפוף למקרים חריגים, כאשר התשלום ששולם בפועל היה גבוה באופן ניכר מזה שמבצע העבודה היה מקבל כעובד ובנוסף: (א) הוסכם בין הצדדים, כי אם יוכר מבצע העבודה בדיעבד כ'עובד' תיעשה השבה (סעיף "גדרון"); או: (ב) העובד הוא שדרש שמעמדו יהיה כשל עצמאי" (עמדת הנשיא (בדימוס) אדלר בע"ע 570/07 **פיליפ טיברמן – מקורות חברת מים בע"מ**, מיום 24.12.2009; להלן – עניין **טיברמן**; ההדגשות במקור; עתירה לבג"צ נדחתה - בג"צ 671/10 **מקורות חברת מים בע"מ נ. טיברמן**, מיום 10.10.11; להלן – בג"צ **טיברמן**).

לפי עמדה זו, אין ליישם את המבחנים שנקבעו במסגרתה באופן טכני אלא באופן מהותי, ותוך שימת דגש מיוחד על מידת תום ליבם של הצדדים. בנוסף, גם אם מתקיימים התנאים החריגים לביצוע קיזוז – אין לחייב את העובד להשיב סכומים העולים על אלה שנפסקו לזכותו (גישה זו תיקרא להלן – **גישת**

הנשיא (בדימוס) אדלר או **עמדת הרוב**; לפירוט עמדתו ראו גם את עניין **טויטו**; עניין **אייזיק**; וע"ע 450/07 **גלובוס גרופ בע"מ – יואל מלכא**, מיום 7.3.2010; להלן – עניין **גלובוס גרופ**). עיקריה של עמדה זו אומצו במסגרת פסקי הדין הנ"ל גם על ידי השופטים רבינוביץ ורוזנפלד, ובמקרים אחרים גם על ידי השופטת (כתוארה אז) ארד (ע"ע 545/05 **מאיר מור – מדינת ישראל**, מיום 30.5.2006), השופטת וירט-ליבנה (ע"ע 1466/04 **תדיראן בע"מ – ברנדה קרסנטי**, מיום 15.4.2007) והשופטת גליקסמן (ע"ע 560/06 **עיריית גבעתיים – גדעון טלמור**, מיום 19.11.2008).

32. **הגישה השנייה** באה לידי ביטוי בעיקר בפסיקתו של חברי השופט שמואל צור, אשר היוותה את דעת הרוב בעניין **יפהר** (כן ראו בע"ע 431/07 **ד"ר יפתח סוכנובר – מדינת ישראל**, מיום 6.4.2008; ע"ע 231/05 **חיים קרן – הדסים חברה לפיתוח חקלאי בע"מ**, מיום 26.12.2006), והושמעה לראשונה על ידי סגנית הנשיא (בדימוס) אלישבע ברק-אוסוסקין בעניין **טויטו** ובעניין **אייזיק**. לפי גישה זו, "**עקרון ההשבה הוא אוניברסלי, מקורו בדין הכללי ואין הוא פועל יוצא של הסדרים חוזים פרטניים... מכאן שעקרון ההשבה צריך לבוא לידי ביטוי במלואו ובכל תוקפו, בכפוף לאותם מקרים בהם קיימת הצדקה מכוח הדין לסטות ממנו**" (חוות דעתו של השופט צור בעניין **טיברמן**).

כתוצאה מכך, על מועסק שהוכר בדיעבד כ"עובד" להשיב את תשלומי ה"יתר" שקיבל כ"עצמאי", אלא אם שיקולי הצדק – שאמור בית הדין להפעיל מכוח סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט – 1979 (להלן: **חוק עשיית עושר**) – יצדיקו ביטול או הפחתה. לפי גישתו של השופט צור, חובת ההשבה עשויה להביא לחיובו של מועסק גם בתשלום **העולה** על הזכויות שנפסקו לזכותו, ככל שנתבע לכך במסגרת תביעה, או תביעה שכנגד, שהגיש נגדו המעסיק.

33. **הגישה השלישית** הינה עמדתו של חברי השופט (כתוארו אז) יגאל פליטמן, כפי שהובאה בדעת המיעוט בעניין **עברון** (ע"ע 308/08 **עמוס עברון – אנוש מערכות ניהול והנדסה חברה בע"מ**, מיום 20.1.2011). השופט פליטמן סבור,

כי "**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... מקובלת עלי הגישה ההרתעתית, לפיה השכר החודשי הכולל ששולם על ידי המעביד צריך להיות הבסיס לחישוב הזכאויות הסוציאליות הנתבעות בדיעבד על ידי העובד**" – ולפיכך כלל לא מתעוררת במצבים אלה שאלה של קיזוז או השבה.

מאידך ככל שלפנינו מצב אפור, בו לא היה ברור מלכתחילה אם מדובר ביחסי עובד-מעביד – יש להוסיף לשכר החלופי כ"עובד" את ערך הזכויות הסוציאליות הרלוונטיות – ולבדוק אם בסיכום כללי קיבל המועסק פחות או יותר מהתמורה ששולמה לו כ"עצמאי". ככל שמגיעים למסקנה כי קיבל פחות – יקבל את ההפרש; ככל שמגיעים למסקנה כי קיבל יותר – לא ייפסק לזכותו דבר, והוא אף לא יידרש לשלם דבר מכיסו.

גישה זו שונה מעמדת הנשיא (בדימוס) אדלר **בשני היבטים עיקריים**: ראשית, יש לחשב מכוחה את הזכויות הסוציאליות לפי התמורה כ"עצמאי" - ולא לפי השכר החלופי - בכל אותם מקרים בהם ברור היה מלכתחילה כי מדובר ב"עובד" (בדומה לעמדה שהביע גם השופט רבינוביץ ותפורט להלן); שנית, במקרים ה"אפורים" – יש לבצע במסגרתה באופן אוטומטי "התחשבנות בדיעבד", שלמעשה "מחזירה את הגלגל לאחור" למצב תיאורטי בו היה המועסק מוגדר כ"עובד" מלכתחילה - ולפסוק לפיה רק את ההפרש הכספי, ככל שקיים, לזכות העובד.

34. שלוש הגישות דלעיל נראות ממבט ראשון שונות בתכלית זו מזו, אך לטעמי הדמיון ביניהן רב מהנחזה ושלושתן מתבססות - כפי שיפורט להלן - על אותו מצב נורמטיבי רצוי. בהתחשב בכך, ונוכח **החשיבות בקביעת הלכה ברורה, עקבית וקלה ליישום בנושא חשוב ופרקטי זה** (כפי שאף הנחה בית המשפט העליון בבג"צ **טיברמן**) - ראוי לדעתי לעדכן במקצת את ההלכה שנקבעה על ידי הנשיא (בדימוס) אדלר, ואומצה על ידי מרבית שופטיו של בית דין זה, באופן שתכלול גם היבטים מהגישות האחרות ותאפשר פסיקה אחידה. להלן אפרט את השיקולים הנורמטיביים הרלוונטיים, את העדכון המוצע (בהתבסס

על הצעות שהועלו בפסיקות קודמות) ולבסוף את יישום ההלכה בנסיבותיו של מקרה זה.

השיקולים הנורמטיביים – תכליות דיני העבודה

35. ההנחה הבסיסית של משפט העבודה היא כי אין להתנות על קיומם של יחסי עובד – מעביד, כמו גם על חלותם של חוקי המגן. הדבר נובע מנקודת מוצא כי העובד מצוי – במרבית המקרים – בעמדת מיקוח חלשה משל המעסיק, ולכן אין ליתן תוקף לוויתורו על זכויות בסיסיות. לכך מתווספת ההכרה כי כוח העבודה אינו "מצרך" ולכן נדרשת התערבות המחוקק לצורך הנחלת ערכים סוציאליים בסיסיים שהחברה בחרה להגן עליהם.

כפי שהסבירה סגנית הנשיא (בדימוס) אלישבע ברק-אוסוסקין – "**החברה מתערבת באוטונומיה של הרצון הפרטי תוך הגנה על זכויות יסוד, על טוהר מידות, על ערכי דמוקרטיה, על כבודו של אדם, על כבודו של עובד, על כבודו של מעביד... אין מדובר בגישה פטרנליסטית אלא בהשלטת ערכים**" (עניין **בוכריס**). לאמור לעיל ניתן להוסיף גם תפיסות של צדק "קיבוצי", אשר במוקדו "**ההגנה על קולקטיב העובדים... מטעמי סולידריות חברתית**" (חני אופק-גנדלר, זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב - הרהורים חוקתיים על משפט העבודה, **משפטים** ל"ז (2007) 63 ; להלן – **אופק-גנדלר**).

36. נקודת המוצא של משפט העבודה הינה לפיכך כי יחסי עובד – מעביד אינם תלויים ברצונם של הצדדים או בהסכמות החוזיות ביניהם, אלא במאפייניה המהותיים של ההתקשרות ביניהם ובהיותו של המועסק "טעון הגנה" בהתאם לערכים שמשפט העבודה נועד לקדם ולקריטריונים שנקבעו לאורם בפסיקה. באותו אופן, גם שליטת הצדדים על **תוכן** ההתקשרות החוזית שביניהם הינה מוגבלת, הן בשל מספר מקורות נורמטיביים - חוקי המגן, צווי ההרחבה והסכמים קיבוציים - עליהם לא ניתן להתנות, והן בשל קביעות שיפוטיות בדבר תניות מכללא - דוגמת החובה לנהוג בתום לב והגינות וחובות המשנה המעשיות הנובעות ממנה - המצויות בכל הסכם עבודה.

להכרה במועסק כ"עובד" השלכה גם להיבטים משפטיים נוספים, חלקם בעלי משמעות רבה, דוגמת דיני ביטוח לאומי, דיני המס, דיני נזיקין, דיני בטיחות וגהות ועוד.

37. המחויבויות הקוגנטיות המרובות הנובעות מיחסי עובד-מעביד, כמו גם העלויות הנלוות הכרוכות בכך, עשויות לתמרץ מעסיקים מסוימים לנסות ולהוציא עצמם מה"סד" שנכפה עליהם ולאפשר לעצמם גמישות רבה יותר, ועלויות נוחות יותר, בהתקשרותם מול מועסקים. ניתן לפיכך לצאת מנקודת הנחה, כי קיימים מעסיקים אשר ינסו לסווג "עובדים" כ"עצמאים" **בידעם** כי הינם מבצעים סיווג שגוי, תוך ניצול של פערי הכוחות – או פערי המידע – בינם לבין המועסקים, והתחמקות בדרך זו מהענקת הזכויות הסוציאליות המובטחות בחוקי המגן ושאר המחויבויות המוטלות על מעסיק.

ייתכנו גם מצבים בהם מעסיקים יציעו לעובדים להיות מועסקים כ"עצמאים" ללא שינוי בעלות הכוללת של ההתקשרות עימם (היינו תוך קבלת תמורה גבוהה יותר מזו שהיו מקבלים לו היו מוגדרים כ"עובדים", הלוקחת בחשבון את עלות הזכויות הסוציאליות), על מנת להימנע ממחויבויות לא כלכליות המוטלות כלפי "עובדים" דוגמת ביטחון תעסוקתי, כמו גם ממחויבויות קוגנטיות המוטלות, מעצם העסקת עובדים, כלפי צדדים שלישיים דוגמת המוסד לביטוח לאומי. תמריץ אפשרי נוסף - שאין לו ערך כלכלי ישיר - הינו הקטנה של מספר ה"עובדים" שעשויים להתארגן ולנהל מאבק ארגוני, תוך פגיעה בכוחו של ארגון העובדים ככל שקיים, והקטנת הסיכוי של התארגנות במקום עבודה בלתי מאורגן.

38. ככל הידוע, אין מחקרים אמפיריים המלמדים על היקף התופעה בישראל, ועם זאת מחקרים שבוצעו במדינות שונות בארצות הברית מלמדים כי תופעת ה – Employee Misclassification הינה תופעה נפוצה הגורמת נזקים ממשיים - לא רק לעובדים המפסידים זכויות כתוצאה מכך אלא גם לרשויות המס, ביטוח האבטלה והציבור כולו - נוכח פגיעה בתחרות ההוגנת בין מעסיקים

Elaine Bernard & Robert Herrick, The Social and Economic Costs of Employee Misclassification in Construction (in Massachusetts) – Harvard Law School and Harvard School of Public Health, 2004; Elaine Bernard & Robert Herrick, The Social and Economic Costs of Employee Misclassification in the Maine Construction Industry, Harvard Law School and Harvard School of Public Health, 2005; Michael Kelsay, The Economic Costs of Employee Misclassification in the State if Illinois, University of Missouri-Kansas City, 2006; Linda Donahue, The Cost of Worker Misclassification in New York State, Cornell University ILR School Research Studies and Reports, 2007; James Sturgeon, The Economic Costs of Employee Misclassification in the State of Indiana, University of Missouri-Kansas City, 2010).

במדינת ניו יורק אף הוחלט, בשנת 2007, על צוות משימה מיוחד שנועד להילחם בתופעה (לפירוט ראו אצל Jenna Amato Moran, Independent Contractor or Employee? Misclassification of Workers and its Effect on the State, 28 Buff. Pub. Interest L.J (2009-2010) 105). היו גם הצעות חוק במישור הפדראלי בקשר לכך – דוגמת S. 2044 מיום 12.9.2007, אשר הוגשה על ידי הסנטור דאז ברק אובמה.

39. הגם שאין, כאמור, מחקרים אמפיריים המלמדים על היקף התופעה בישראל – היקף ההתדיינות המשפטית בנושא זה עשוי ללמד כי גם בארץ מדובר בתופעה רווחת. אין בכך כדי לשלול את העובדה כי קיימים גם מצבים בהם אין מדובר בסיווג שגוי **מודע** אלא בסיווג הנובע **מתוך טעות בהבנת המצב המשפטי**. יש לזכור בהקשר זה כי הקביעה בדבר קיום יחסי עובד – מעביד אינה תמיד פשוטה וחד משמעית, ואף חלו בה שינויים לא מבוטלים במשך השנים (לרבות עקרון פריצת האוניברסאליות – ע"ע 300274/96 **שאול צדקא – מדינת ישראל**,

פד"ע לו 625 (2001) והפסיקה בעקבותיו). ייתכנו כמובן גם מקרים בהם הסיווג השגוי המודע מקורו באינטרסים - מיסויים או אחרים - **של העובד עצמו**. עם זאת, לא ניתן להתעלם מכך שמרבית ההוראות בדיני העבודה מיועדות לאזן את כוחו של העובד מול המעסיק ולא להיפך, כך שהתמריץ העיקרי לחמוק מתחולתם הינו – בדרך כלל – של המעסיקים, אשר אף עשויים בדרך זו להשיג יתרון בלתי הוגן על מתחריהם (ראו אצל Donahue, לעיל).

40. בין אם לפנינו סיווג שגוי מודע הדדי או חד צדדי ובין אם לפנינו סיווג מוטעה בתום לב – אני סבורה כי יש לעשות כל מאמץ למנעו, שכן סיווגים שגויים שכאלה מביאים למעשה **לאיון תכליותיו של משפט העבודה כולו** ולהסרתה של מטריית ההגנות – הכוללת בחובה חוקי מגן, צווי הרחבה, הסכמים קיבוציים ומחויבויות פרי פסיקה – ממועסק שראוי היה להכלילו בגדר המטרייה האמורה. זאת ועוד, ככל שנקל על האפשרות לבצע סיווג שגוי **מודע** - נשמוט למעשה את השטיח מתחת קוגנטיות המעמד וקוגנטיות חוקי המגן, שכן נאפשר בדרך זו לחמוק מהן ולנהל מערכת יחסים חוזית המתעלמת מהוראותיו המחייבות של משפט העבודה. ואם אנו מקלים על האפשרות לחמוק מהקוגנטיות כבר בשלב ראשוני וחשוב זה - המהווה את שלב הכניסה להגנת משפט העבודה על כל היבטיו - כיצד נקפיד עליה במקרים ספציפיים וקלים יותר?

41. בהתחשב באמור לעיל, וכאשר אין אכיפה חיצונית ממשית (למעט באמצעות רשויות המס והמוסד לביטוח לאומי) בהתייחס לדרך סיווגם של מועסקים – עלינו להנחיל את הערכים שביסוד משפט העבודה, ולכוון את ההתנהגות הרצויה של מעסיקים ומועסקים גם יחד, באמצעות כללים משפטיים אשר יתנו **תמריץ שלילי מפני סיווג שגוי מודע של "עובדים" כ"עצמאים"**, כמו גם תמריץ חיובי לבדיקה מקיפה של מעמדם טרם התקשרות עימם על מנת להקטין במידת האפשר את הסיווגים המוטעים בתום לב. בהקשר זה ניתן לצאת מנקודת הנחה כי במרבית המקרים למעסיק יהיה קל יותר לבצע בדיקה כאמור - הן בהתחשב בשיקולי יעילות (בדיקה אחת לעומת בדיקות נפרדות של

כל אחד מהעובדים) והן מטעמי נגישות ארגונית וכלכלית לייעוץ משפטי (**אופק-גנדלר**, לעיל).

התמריצים העיקריים הנתונים בידינו נוגעים לעידוד מועסקים שסווגו באופן שגוי כ"עצמאים" להגיש תביעות לצורך הכרה בהם כ"עובדים", גם אם בדיעבד, ופסיקת פיצוי הולם אשר יביא בחשבון את ההשלכות החברתיות השליליות הנגרמות על ידי סיווג כאמור (על טעמים של הכוונת התנהגות כמצדיקים כלל הרתעתי ראו גם את ע"א 8728/07 **אגריפרם אינטרנשיונל בע"מ נ. מאירסון**, פסקה 41 לפסק דינו של השופט דנציגר, מיום 15.7.2010; על החשיבות בקביעת כללים שנועדו להכוונת התנהגות, גם על חשבון שיקולי צדק במקרה הספציפי, ראו אצל אריאל פורת, שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל, **עיוני משפט** כ"ב 647 (1999)). במקביל לכך יש למנוע, במידת האפשר, ניצול לרעה של מדיניות זו מצד מועסקים.

<u>השלכת העקרונות הכלליים על הכללים הראויים בנוגע לקיזוז והשבה</u>

42. עיון בהנמקות שהובאו לשלוש הגישות שפורטו לעיל מלמד כי כולן מסכימות על המצב הנורמטיבי הרצוי – והוא כי מועסקים שהינם "עובדים", לפי הכללים שנקבעו לכך בפסיקה, **יוגדרו ככאלה מלכתחילה, יקבלו בעין ובאופן שוטף את הזכויות המגיעות להם מכוח חוקי המגן וההסכמים הקיבוציים הרלוונטיים, ויהיו זכאים לבחור ולהיבחר לארגון עובדים וליהנות מייצוגו**.

עם זאת, איננו מעוניינים במצב בו מועסק יגרום להגדרתו השגויה כ"עצמאי" מטעמיו - דוגמת יתרונות מס, או יסכים לה ביודעין ועל אף העדרם של פערי כוחות ומידע בינו לבין המעסיק, תוך קבלת תמורה כספית המשקללת את כל הזכויות הכספיות והאחרות שהיה זכאי להן לו היה מוגדר מלכתחילה כ"עובד" – ולאחר סיום ההתקשרות ידרוש בדיעבד פעם נוספת את ערכן הכספי של הזכויות, בחוסר תום לב ותוך ניצול לרעה של דיני העבודה.

כיוון שכל שופטיה של ערכאה זו, כפי העולה לכאורה מפסיקותיהם, מסכימים עם העקרונות דלעיל - השאלה שיש לשאול היא לפיכך פוזיטיבית: **מהם הכלים המשפטיים להשגת התוצאה הנורמטיבית הראויה**.

43. בעת קביעת הכלל המשפטי יש לזכור כי עובד אשר מסווג באופן שגוי כ"עצמאי" ניזוק מעבר להיבט הכלכלי הצר של שווי הזכויות הכספיות שנמנעו ממנו. מערכת יחסי עבודה אינה כוללת רק את העמדת כוח העבודה כנגד שכר עבודה אלא גם אפשרויות קידום, ביטחון תעסוקתי בדמות הגנה מפני פיטורים שלא כדין, קבלה בעין ובזמן אמת של הזכויות הסוציאליות הנקובות בחוקי המגן ובהסכמים הקיבוציים, הזכות לבחור ולהיבחר לנציגות העובדים ולקבל את סיועה הארגוני משך כל תקופת העבודה, הזכות לקחת חלק במאבק קיבוצי ושביתה, הזכות – והחובה - לקיים יחסי שיתוף מול המעסיק תוך תחושת שייכות למקום העבודה וגם "**מערכת יחסים אישית ואנושית... באופן סביר בהתאם לסוג העיסוק בו מדובר**" (ע"ע 478/09 **יצחק חסידים – עיריית ירושלים**, מיום 13.1.2011).

44. לאור האמור, לצורך ביצוע מלא ומדויק של "התחשבנות בדיעבד" יש לקחת בחשבון את כלל הזכויות, ולא רק את אלה הכלכליות, אשר נשללו מהעובד בשל הגדרתו כ"עצמאי". כיוון שמבחינה פרקטית אין לנו דרך לכמת את אותן זכויות – התוצאה הינה כי מחד נפסקות לזכות העובד רק הזכויות הכלכליות (וגם הן – כפוף לתקופת ההתיישנות ונטלי ההוכחה), ומאידך – נזקף לחובתו מלוא ההפרש שבין השכר החלופי לתמורה ה"קבלנית" ששולמה לו. הדבר עלול להביא ל"התחשבנות בדיעבד" שהינה בלתי שוויונית ובלתי מאוזנת, באופן שעלול לפגוע בעקרונות היסוד שפורטו בפרק הקודם.

45. עוד יש לקחת בחשבון כי על מנת להגשים את תכליות חוקי המגן לא די להעניק את הזכויות באופן כספי רטרואקטיבי, שהרי המטרה היא כי עובד יוכל לנצלן בפועל תוך כדי תקופת העבודה. עצם ביצוע ה"התחשבנות בדיעבד" פוגע במידה מסוימת בעקרונות אלה, ומוריד את הזכויות הסוציאליות לרמה של זכויות כספיות גרידא.

כפי שהדגישה השופטת רוזנפלד – "**בשיטת ההתחשבנות כפי שמוצע על ידי השופט צור, לא בא לידי ביטוי הפסדו של העובד, שבזמן אמת נמנעו ממנו זכויות סוציאליות בעין כגון הזכות לחופשה שנתית, מנוחה שבועית, מחלה, ולעיתים, גם הגנה של ארגון העובדים במקום העבודה**" (עניין **טיברמן**; ההדגשה במקור).

46. עוד יש לזכור, כי קיים פער עצום בין הבטחת זכויות בחוק – או בפסיקה – לבין היכולת להניע הליך משפטי כדי לממשן (ויליאם לסטינר ואח', היווצרותם של סכסוכים והשתנותם: מתן שם, הטלת אשם, עמידה על זכות (naming, blaming, claiming), **מעשי משפט** ג' (2010) 17; ע"ע 533/09 **עופרה אילן – שירותי בריאות כללית**, מיום 15.6.2011). ככל שהעובד חלש יותר וככל שהמשאבים העומדים לרשותו מצומצמים יותר, כן קטן הסיכוי כי יגיש תביעה. המשמעות הינה כי המקרים המגיעים לערכאות - אשר יוגשו לפי הספרות בעיקר על ידי העובדים החזקים יותר - יגדירו את המצב המשפטי, ואת התמריצים הנובעים ממנו, גם בהתייחס לאוכלוסיות העובדים המוחלשות שהגישה שלהן לערכאות בעייתית יותר.

בנוסף, ככל שהכלל המשפטי גמיש יותר ותלוי יותר בנסיבות הקונקרטיות - תהא לכך השלכה על הגדלת ההוצאות המשפטיות והקטנת הוודאות, באופן שיביא לחשש אצל המועסקים מפני הגשת תביעות ותוצאותיהן ("**הואיל והחיים מתנהלים לרוב מחוץ לכותלי בית המשפט, במקרה של ספק-זכות הזוכה יהיה הצד המסוגל לשאת בנטל הכספי של ההתדיינות**" - פרנסיס רדאי, הפרטת זכויות האדם והשימוש לרעה בכוח, **משפטים** כ"ג (1994) 21).

47. המשמעות לענייננו הינה כי ככל שירבו המקרים בהם יבוצע קיזוז בדיעבד של תשלומי "יתר" - על בסיס כלל הקובע זאת כברירת המחדל - **יקטן התמריץ למועסקים להגיש תביעות לצורך הכרה בהם כ"עובדים"**. זאת ועוד, ככל שתאושר חובת השבה החורגת מסכום הזכויות שנפסקו לזכות המועסק - ישמש הדבר כהרתעה חריפה מפני הגשת תביעות מועסקים להכרה בהם

כ"עובדים", גם כאשר תביעותיהם מוצדקות וראויות. גם אם תביעה כזו תידחה בסופו של דיון - עצם הגשתה גורר הוצאות משפטיות וחשש ממשי מפני תוצאותיה, כאשר מועסק סביר לא ירצה לקחת על עצמו את הסיכון הכרוך בתביעה של מאות אלפי שקלים ויימנע, סביר להניח, מהגשת תביעה מטעמו - גם אם מבחינה מהותית הינו "עובד" שאמור היה לזכות להגנת משפט העבודה ולזכויות המוענקות במסגרתו.

בלשונו של הנשיא (בדימוס) אדלר – "**האפשרות כי תתאשר 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 יסוד של משפט העבודה... תוצאה זו אינה סבירה או רצויה מבחינה פרטנית וכללית ותחושת הצדק לא תסבול אותה**" (עניין **טיברמן**; כן ראו אצל ברק-אוסוסקין, לעיל ואת עמדת סגן הנשיאה פליטמן בעניין **עברון**).

48. באופן דומה, ככל שירבו המקרים בהם יבוצע קיזוז בדיעבד, על בסיס כלל הקובע זאת כ"ברירת מחדל" - **יגדל התמריץ של מעסיקים להגדיר מלכתחילה "עובדים" כ"עצמאים"**. ככל שיהא זה הכלל המשפטי, מעסיק שיסווג את עובדיו כ"עצמאים" יפטור עצמו מ"עולו" של משפט העבודה, כאשר לא כל המועסקים יגישו תביעות כך שממילא עלויותיו תהיינה קטנות יותר לעומת המצב בו היה מצוי לו היה מתייחס לעובדיו כאל "עובדים" מלכתחילה. אם נוסיף לכך הלכה של ביצוע התחשבנות כלכלית בדיעבד בכל מקרה ומקרה, תוך קיזוז תשלומי ה"יתר" שקיבל המועסק – ממילא לא ייגרם למעסיק כל נזק כלכלי כתוצאה מהסיווג השגוי; נהפוך הוא – הוא "ירוויח" את כל אותן מחויבויות שאין להן ביטוי כלכלי ולא יבואו לידי ביטוי בהתחשבנות.

החלת מדיניות של "התחשבנות בדיעבד" תעודד לפיכך מעסיקים לסווג את עובדיהם באופן שגוי כ"עצמאים", ותרתיע מועסקים מפני הגשת תביעות להכרה בהם כ"עובדים", וכך תמנע את התמריץ העיקרי הקיים כיום להגדרתו

הנכונה של מועסק כ"עובד" מלכתחילה. ובלשונה של השופטת רוזנפלד – "**בקביעת הכלל בדבר העדר חובת השבה, יש כדי להרתיע מעסיקים מעריכת הסכמים בהם ניתן עיגון משפטי לשלילת זכויות מכוח חוקי המגן כאמור, בעוד שהגישה ההפוכה תעודד את המעסיקים לנקוט בשיטת העסקה זו, וזאת מתוך ידיעה שאך מיעוט המועסקים נוקטים בהליכים משפטיים, ואם כבר תוגש תביעה, ממילא יזכו ב"השבה"**" (עניין **טיברמן**).

49. הצורך בהרתעה זו של מעסיקים אף מצדיק, לפי גישות מסוימות, כלל משפטי נוקשה יותר מזה שנקבע בעמדת הרוב. כך, למשל, סבור השופט רבינוביץ כי "**על בית דין זה להילחם בנוהג הנפסד להחתים עובדים על חוזים קבלניים, במקרים שעל פניהם לא יכול להיות ספק שאותם 'קבלנים' הם עובדים לכל דבר ועניין... במסגרת מאבק זה על בית הדין לא רק לשלול השבה במקרים המתאימים, כפי שסבר הנשיא אדלר בפס"ד טויטו... אלא גם להרתיע מעסיקים ללכת בדרך זו על ידי הכשרת תמורה קבלנית מוסכמת כבסיס לחישוב הזכויות הסוציאליות** (כפי שהיה בעבר בתקופת הלכת רוטברג – ס.ד.מ), **כך שהמחיר הגבוה יהפוך לבלתי כדאית צורת העסקה מעין זו**" (ע"ע 133/99 **אליאס רפיק מרג'ה – מתכת סדום תעשיות (1989) בע"מ**, פד"ע לח 223 (2003); ע"ע 729/07 **מאיר שטרן – בית שאן חרוד אגודה שיתופית חקלאית של משקי העובדים לתובלה בע"מ**, מיום 14.11.11; זו למעשה גם גישתו של השופט פליטמן בעניין **עברון** – בהתייחס למצבים בהם ברור או צריך היה להיות ברור למעסיק מלכתחילה כי מדובר ב"עובד").

גישה נוספת – שהועלתה על ידי השופטת נטע רות בפסק הדין האזורי בעניין **גלובוס גרופ** (עב' 3879/05), ונתמכה במסגרת פסק הדין של בית הדין הארצי על ידי השופט רבינוביץ - הינה כי לצורך הקביעה אם התמורה כ"עצמאי" גבוהה "באופן ניכר" מהשכר החלופי יש לקחת בחשבון לא רק את עלויות המעסיק בגין זכויות סוציאליות אלא גם "**תשלום עונשי הרתעתי מידתי**". נראה כי גם מי שאינו תומך בגישות אלה - יסכים כי יש לקבוע כלל משפטי אשר ייקח בחשבון את הצורך בהרתעת מעסיקים מפני סיווג שגוי מודע של "עובדים" כ"עצמאים".

חובת ההשבה הקבועה בדיני החוזים ובדיני עשיית עושר

50. אם נעבור מהדיון הנורמטיבי לניתוח של הוראות החוק, על מנת להיענות לטענת קיזוז המועלית על ידי מעסיק עלינו להגיע למסקנה כי ההפרש בין השכר החלופי, שהיה משולם למועסק לו היה מוגדר כעובד מלכתחילה, לבין התמורה החוזית ששולמה בפועל (להלן גם – **סכום הדלתא**) יוצר חיוב כספי של המועסק למעסיק, אותו ניתן לקזז מכוח סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג - 1973 (להלן: **חוק החוזים**) או סעיף 20 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א - 1970 (להלן: **חוק התרופות**). עם זאת, **התמורה כ"עצמאי" שולמה למועסק מכוח ההסכם בינו לבין המעסיק, היינו לכאורה שולמה לו במלואה כדין. מכוח מה, אם כך, נוצר למועסק חיוב כספי להשיב את חלקה – למרות שכבר ביצע את חלקו בהתקשרות החוזית והשלים את עבודתו במלואה?**

המקור העיקרי המוזכר בפסיקה לאותו חיוב כספי הינו חובת ההשבה, המבוססת על סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר, סעיף 21 לחוק החוזים או סעיף 9 לחוק התרופות. להלן אבחן את השלכותיהם של סעיפים אלה לענייננו.

51. סעיף 21 לחוק החוזים קובע כי "**משבוטל החוזה** (בשל פגם בכריתה כמשמעותו בפרק ב' לחוק החוזים – ס.ד.מ), **חייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה, ואם ההשבה הייתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויו של מה שקיבל**" (כן ראו את סעיף 31 לחוק החוזים – המחיל את סעיף 21 גם על חוזה בלתי חוקי מכוח סעיף 30 לחוק החוזים, תוך מתן אפשרות לפטור צד מחובת ההשבה כולה או מקצתה).

סעיף 9(א) לחוק התרופות קובע, כי "**משבוטל החוזה** (עקב הפרה ובהתאם לתנאיו של סימן ב' לחוק זה – ס.ד.מ), **חייב המפר להשיב לנפגע מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה הייתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך; והנפגע חייב להשיב למפר**

מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה הייתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך".

52. הבסיס של חובת ההשבה החוזית, אשר באה לידי ביטוי בסעיפים דלעיל, הינה לפיכך **ביטולו של ההסכם שבין הצדדים**. טרם הפעלתם של סעיפים 21 או 31 לחוק החוזים כמו גם סעיף 9 לחוק התרופות עלינו להגיע לפיכך למסקנה משפטית כי החוזה בוטל בשל פגם בכריתה, אי חוקיות או הפרה (דנ"א 10901/08 **בייזמן השקעות בע"מ נ. משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ**, מיום 17.7.2011; להלן – **עניין בייזמן**). ואולם, עצם העובדה כי דין קוגנטי הוסיף למחויבויותיו של המעסיק מכוח ההסכם אינה מובילה באופן אוטומטי ל"ביטול"; דרך אחרת הינה לקבוע כי ניסיון ההתניה על ההסדר החוקי הקוגנטי הינו חסר תוקף משפטי – ולכן ההסכם ממשיך להיות תקף, כאשר במקום מה שסוכם יחולו ההוראות הכופות (כשם שאנו מתייחסים להסכמי עבודה המנסים להתנות על הוראות קוגנטיות בחוקי המגן; כן ראו אצל דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים – כרך א'**, בעמ' 614 – תוך השוואה להוראות חוק כופות בהקשרים צרכניים).

53. אפשרות אחת העומדת בפני מי שרוצים לטעון לבטלות ההסכם, הינה להתייחס להסכם שיש בו סיווג שגוי של עובד כ"קבלן עצמאי" כאל "חוזה בלתי חוקי", או המנוגד לתקנת הציבור, במשקפי סעיף 30 לחוק החוזים. אפשרות זו בעייתית שכן הן תוכנו של ההסכם והן מטרתו הינם – בעיקרם – חוקיים וראויים. ההסכם אינו מנוגד לתקנת הציבור במהותו, המתייחסת להעמדת כוח העבודה של העובד כנגד תמורה, אלא רק באותו חלק של ההסכם המתיימר להתנות על זכויות קוגנטיות. לצורך כך אין צורך לראות בהסכם בכללותו כהסכם "בלתי חוקי" (בג"צ 6231/92 **זגורי נ. בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מט(4) 749 (1995)) ודי לבטל את ההוראות המתיימרות להחליף את ההוראות הקוגנטיות (סעיף 19 לחוק החוזים; עמדת השופט רבינוביץ בעניין **גלובוס גרופ**; גבריאלה שלו, **דיני חוזים – החלק הכללי** (2005), עמ' 536; אייל זמיר, החוזה הבלתי חוקי ותוצאותיו – אחרי 30 שנה, **ספר דניאל - עיונים בהגותו של פרופ' דניאל פרידמן** (2008), 423).

54. אפשרות נוספת הינה שימוש בסעיף 14(ב) לחוק החוזים, העוסק בטעות הדדית ומאפשר את ביטול החוזה על ידי בית הדין מטעמי צדק. עם זאת, אפשרות זו נדחתה בפסיקה בעבר, מהטעם שלא ניתן לבטל הסכם לאחר שכבר בוצע (עניין **רוטברג**, תוך הפנייה לע"א 105/83 **מנשה נ. מנשה**, פ"ד לח(4) 635, 639 (1985)). ממילא, לא ניתן לקבוע כלל גורף בדבר "טעות" מבלי לבדוק בכל מקרה על פי נסיבותיו האם הצדדים אכן "טעו" בהתייחס למעמדו של העובד, כאשר סביר להניח – נוכח כל האמור לעיל – כי בחלק גדול מהמקרים הסיווג השגוי הינו מודע (וראו עמדה זו גם אצל **גולדברג**, לעיל).

לאור האמור, ומשלא ניתן להגיע למסקנה כי כל הסכם המתיימר להגדיר "עובד" כ"קבלן" הינו בטל או ראוי לבטלו, ממילא לא קמה מאליה חובת ההשבה החוזית בנסיבות אלה. בלשונה של השופטת רוזנפלד – "**הסכם ההתקשרות שנקשר בשעתו עם מי שהוכר בדיעבד כ"עובד"..., ועל פיו בוצעה עבודה עבור תמורה, לא בוטל, והוא נותר על כנו. מדובר אך באחד מן התנאים שבהסכם שנמצא בלתי תקף, והוא התנאי בדבר מעמדו של מבצע העבודה. העדר תוקף משפטי לאחד מתנאי ההסכם אינו גורר אחריו, בבחינת מובן מאליו, ביטול ההסכם בכללותו, מה עוד שאין חולק כי העובד ביצע את מלוא הנדרש ממנו בשעתו על פי הוראות ההסכם. בהעדר ביטול של החוזה, ממילא לא קמה חובת השבה על פי הוראות חוק החוזים**" (עניין **טיברמן**; וראו גם את עמדת סגן הנשיאה פליטמן בעניין **עברון**). תוצאה זו תואמת את המדיניות הרצויה, לפיה הדין אינו אמור לפרוס "רשת ביטחון", בדמות מתן אפשרות נוחה לביטול והשבה, למעסיקים המנסים להתנות על הוראות קוגנטיות שמטרתן הגנה על צד חלש יותר.

55. מקור משפטי נוסף המוזכר בהקשר של חובת ההשבה הינו סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר, הקובע כי "**מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה**".

סעיף 2 לחוק עשיית עושר ממשיך וקובע כי "**בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכייה לא הייתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת**". עם זאת הודגש, כי "**יש להוכיח תחילה קיומה של עילה המקימה חובת השבה – התעשרות שלא כדין – בטרם תיבחן ההגנה הקבועה בסעיף 2 לחוק...**" (עניין **בייזמן**).

56. חובת ההשבה הכללית הקבועה בסעיף 1 לחוק עשיית עושר מוחלת על כל מי שקיבל מאדם אחר נכס או טובת הנאה "שלא על פי זכות שבדין". שאלת פרשנותו של מושג זה חורגת מהנדרש לצרכי פסק דין זה (וראו למשל את ד"נ 20/82 **אדרס חומרי בניין בע"מ נ. הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה.**, פ"ד מב(1) 221 (1988); רע"א 5768/94 **א.ש.י.ר יבוא יצור והפצה נ. פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ**, פ"ד נב(4) 289 (1998); חנוך דגן, מניעת התעשרות שלא כדין, **ספר דניאל - עיונים בהגותו של פרופ' דניאל פרידמן** (2008) 653; עופר גרוסקופף, התעשרות מנטילת רכוש הזולת, שם בעמ' 761), וכך גם שאלת היחס שבין דיני עשיית העושר לדיני החוזים, אך נראה כי אין מחלוקת ממשית בכך שיש לפרשו בהתאם לשיקולי מדיניות (רע"א 371/89 **ליבוביץ נ. א. את י. אליהו בע"מ**, פ"ד מד(2) 309 (1990); ע"ע 704/06 **קרן מחקרים רפואיים פיתוח תשתית ושירותי בריאות – לורין קדם**, מיום 23.8.2008).

עוד אין מחלוקת בכך שאדם אשר קיבל טובת הנאה כלשהי מכוח חוזה תקף - גם אם מדובר בחוזה הפסד מבחינת הצד שכנגד – אינו מחויב להשיבה שכן "**כל עוד עומד החוזה בעינו, מושתתת התעשרותו... על זכות שבדין**" (דניאל פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, פרק 3 – העיקרון הכללי, **ספר דניאל** בעמ' 615; ע"א 276/09 **טאבא נ. מינהל מקרקעי ישראל**, פיסקה 20 לפסק דינו של השופט פוגלמן, מיום 2.1.2011).

57. מהאמור לעיל נובע, כי לא קמה עילה של "התעשרות שלא כדין" מכוח סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר במצב הדברים הרגיל בו מועסק מגיש תביעה להכרה

בו כ"עובד". הטעם לכך הינו העדר האפשרות לראות ב"סכום הדלתא" משום נכס שהמועסק קיבל "שלא על פי זכות שבדין", שהרי **קיבל את התמורה בהתאם להסכמות החוזיות שבינו לבין המעסיק ולאחר שהשלים את כל מחויבויותיו הנגדיות**. עצם הקביעה המשפטית כי המועסק הינו "עובד" וכזה זכאי לזכויות סוציאליות מסוימות אינה הופכת את התמורה החוזית המוסכמת לתשלום שהתקבל "שלא כדין" – ולכן כלל לא קמה חובת השבה מכוח חוק עשיית עושר (כפי שאף קבע סגן הנשיאה פליטמן בעניין **עברון**).

58. לכל היותר ניתן לקבוע, כי במצבים החריגים בהם המועסק הוא שיזם ביודעין את העסקתו כ"עצמאי", ביקש עבורה תמורה גבוהה יותר הלוקחת בחשבון את כלל הזכויות הסוציאליות, ולמרות זאת תבע לאחר מכן את אותן זכויות – יש לראות את "סכום הדלתא", אשר התווסף לתמורה החוזית רק בשל חוסר תום ליבו של המועסק, כהתעשרות "שלא כדין" (בדומה לעמדתה של השופטת נאור בהתייחס לחוזה הפסד הנובע מהטעיה – עניין **בייזמן**). רק במצבים חריגים אלה יכולה לפיכך לקום חובת ההשבה מכוח סעיף 1 לחוק עשיית עושר, ורק במצבים אלה יש להפעיל שיקול דעת בשאלה אם ההשבה – במלואה או בחלקה – הינה מוצדקת בנסיבות העניין (סעיף 2 לחוק).

59. במאמר מוסגר אוסיף, כי גם אם היינו יוצאים מנקודת הנחה כי "סכום הדלתא" מהווה תשלום "שלא על פי זכות שבדין" בכל המקרים בהם מועסק מגיש תביעה בדיעבד להכרה בו כ"עובד" ולא רק במקרים החריגים שפורטו לעיל – גם אז יכולים היינו להגיע לאותה תוצאה. במקרה כזה ניתן היה לקבוע כי עקרונות היסוד של דיני העבודה - והצורך בקיומם של תמריצים שיובילו לתוצאה הנורמטיבית הרצויה - מצדיקים לקבוע כי השבה בסיטואציות של קביעת יחסי עבודה בדיעבד תהא תמיד "**בלתי צודקת**" כלשונו של סעיף 2 לחוק עשיית עושר, אלא אם מוכחות נסיבות של חוסר תום לב קיצוני מצד המועסק המצדיקות לקבוע אחרת.

היינו, גם מתוך חוק עשיית עושר ועל בסיסו - בין על פי סעיף 1 ובין תוך היעזרות בסעיף 2 – ניתן וראוי לטעמי להגיע לכלל המשפטי שנקבע בעמדת

הרוב, לפיו לא תבוצע "התחשבנות בדיעבד" אלא בנסיבות חריגות. הדבר תואם את שיקולי הצדק והיושר העומדים בבסיסו של חוק עשיית עושר (וראו בקשר לכך את עמדת השופטת רוזנפלד בעניין **טיברמן** ועמדת הנשיא (בדימוס) אדלר בעניין **גלובוס גרופ**) – וזאת לא רק בהתייחס לצדק היחסי שבין הצדדים עצמם אלא גם כחלק מ"**הסתכלות חברתית כוללת**" (ע"א 5393/03 **פרג'-גשורי נ. מיטל**, פ"ד נט(5) 337, 364 (2005)).

60. נוכח המסקנה לעיל, נראה כי מתייתר הצורך לבחון את משמעותו של סעיף 6(א) לחוק עשיית עושר, הקובע כי "**הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לעניין הנדון ואין הסכם אחר בין הצדדים**", והאם אין לקבוע כי דיני העבודה קובעים בהקשר שלפנינו דין אחר - המייתר את הצורך להיזקק לדיני עשיית העושר (וראו הדיון בקשר לכך בעניין **א.ש.י.ר**).

<u>הכלל המשפטי הראוי – בהתבסס על הפסיקה והניתוח לעיל</u>

61. השיקולים הנורמטיביים והפוזיטיביים המפורטים לעיל מובילים לטעמי לגישתה של עמדת הרוב, המהווה את ההלכה הנוכחית בפסיקתו של בית דין זה. הכלל הבסיסי, כפי שנקבע בפסיקה זו, הינו כי עובד שסווג באופן שגוי כ"עצמאי" יהא זכאי לכל הזכויות הכספיות שנשללו ממנו (בכפוף לתקופת ההתיישנות, נטלי ההוכחה והדין המהותי ביחס לכל אחת מהזכויות) - על סמך השכר החלופי כפי שייקבע על ידי הערכאה הדיונית - וזאת **מבלי שניתן יהא לקזז ממנו סכום כלשהו כתוצאה מהפער בין התמורה ה"קבלנית" לבין השכר החלופי כפי שנקבע עבורו**.

סייג לכלל זה יתאפשר רק במקרים חריגים, בהם ישתכנע בית הדין בדבר **חוסר תום לב קיצוני** של המועסק. רק ככל שבית הדין ישתכנע כאמור, על סמך מבחני העזר שנקבעו בפסיקה, יביא חוסר תום הלב לקביעה שיפוטית כי הסכומים שקיבל העובד לידיו משך תקופת עבודתו, ועולים על השכר החלופי שהיה מקבל לו היה מוגדר מלכתחילה כ"עובד" – שולמו לו תוך הפרת חובת תום הלב מצידו ולכן עליו להשיבם, במלואם או בחלקם. **היינו, המקור**

המשפטי לביצוע הקיזוז הינו הפרת חובת תום הלב מצד המועסק, במקרים החריגים בהם תוכח הפרה כזו (וראו בקשר לכך את גישתו של נציג הציבור יצחק ברק בעניין **גלובוס גרופ**). לאותה תוצאה ניתן להגיע גם על בסיסו של **חוק עשיית עושר**, כמפורט לעיל.

62. ודוקו: עצם הגשת התביעה להכרה במעמד ה"עובד" לאחר שנות התקשרות רבות **לא תיחשב בשום מקרה בפני עצמה כהפרת חובת תום הלב**. מבחני העזר, לצורך הקביעה אם הופרה חובת תום הלב באופן קיצוני אם לאו, הינם המבחנים שנקבעו בפסיקותיו של הנשיא (בדימוס) אדלר כמפורט לעיל - היינו קיומו של פער ניכר בין התמורה כ"עצמאי" לבין השכר החלופי, ובנוסף לכך (במצטבר) קביעה עובדתית כי הבחירה במתכונת ההתקשרות ה"קבלנית" הייתה של המועסק ולא של המעסיק – בין מתוך יוזמה שלו מטעמיו, ובין לאחר שניתנה לו אפשרות אמיתית לבחור בין העסקה כ"עובד" לבין העסקה כ"עצמאי" בשכר גבוה יותר והוא בחר באחרונה.

בהקשר זה נעיר כי גם הנשיא (בדימוס) אדלר עצמו בפסיקותיו האחרונות, ובעיקר השופטת רונית רוזנפלד (בעניין **טיברמן**), הדגישו כי את המבחנים שנקבעו בעניין **טויטו** ובעניין **אייזיק** אין לבחון באופן טכני אלא כמבחני עזר, כאשר המבחן המרכזי הינו "**מצבים של חוסר תום לב קיצוני אצל המועסק**" (שם). מבחני העזר אינם לפיכך חזות הכול, וקיימת אפשרות לקבוע שגם בהתקיימם - ולאור כלל הנסיבות - אין לבצע "התחשבנות בדיעבד". באותו אופן קיימת אפשרות לקבוע שמוצדק לבצע "התחשבנות בדיעבד" גם כאשר מבחני העזר אינם מתקיימים, אך כלל הנסיבות מצדיקות לקבוע כי המועסק נהג בחוסר תום לב קיצוני.

63. כפי שעולה מהפירוט לעיל, לטעמי אין לשים דגש מיוחד על קיומו של "סעיף גדרון" בהסכם בין הצדדים, אלא ככל שיש בו כדי ללמד על מתן בחירה אמיתית למועסק לבחור את צורת העסקתו, כאשר לכך מתלווה פער ניכר כאמור לעיל. בחלק מפסקי הדין הועלתה ביקורת מדוע יש להתבסס על קיומו של "סעיף גדרון" כשיקול מרכזי, הגם שבעניינים אחרים לא נותן בית הדין

משקל ממשי לתניות הסכמיות, בפרט כאשר יש בהן כדי לסתור עקרונות יסוד של משפט העבודה. כפי שהובהר לעיל, בפסיקה האחרונה הודגש כי גם מבחן זה הינו **מבחן עזר בלבד, שאינו חזות הכול**. ההנחה בבסיסו של מבחן זה הייתה ככל הנראה כי ככל שבהסכם ה"קבלנות" מופיע "סעיף גדרון" - יש בכך כדי ללמד כי המועסק היה מודע מלכתחילה לאפשרות ההעסקה כ"עובד", הבין כי כתוצאה מהעסקתו כ"עצמאי" הינו מקבל סכומים גבוהים יותר ונתן לכך הסכמה מודעת. ככל שהנחה זו אכן תואמת את הנסיבות במקרה הנתון המובא בפני בית הדין - ואין הדבר כך בכל מקרה ומקרה - ניתן להתייחס לכך כאל חלק מהשיקולים בעת בחינת תום ליבו של המועסק, כל עוד ברי כי אין מדובר במבחן מכריע.

ואכן, בעניין **גלובוס גרופ** הדגיש הנשיא (בדימוס) אדלר כי מבחן העזר המתייחס ל"סעיף גדרון" יהווה שיקול לטובת "התחשבנות בדיעבד" רק כאשר "**העובד הוא זה שדורש מהמעסיק לעבוד כ"עצמאי"**", וזאת להבדיל ממצבים בהם "**נכפה על העובד לחתום על חוזה קבלנות ולעבוד כעצמאי – כך ש"סעיף גדרון" המצוי בהסכם אינו משקף הסכמה אמיתית בין הצדדים**" (שם).

64. נותר לבחון את השאלה מה ייחשב כ"תשלום גבוה באופן ניכר". הנשיא (בדימוס) אדלר קבע כי "**ככלל, יש מקום לבחון דרישה להשבה אם וככל שהתשלומים למי שהוכר בדיעבד כעובד שווים ל – 150% או יותר מהשכר שהיה מקבל כעובד**" (עניין **גלובוס גרופ**). השופט פליטמן הבהיר אף הוא כי בעת קביעת שיעור ההשבה אין להשוות בין התמורה כ"עצמאי" לבין השכר החלופי אלא בין התמורה כ"עצמאי" לבין "**<u>עלות</u> השכר המופחת בתוספת כלל הזכויות המגיעות**", אך זאת מבלי שיש צורך לקבוע קביעה אחוזית מינימאלית כתנאי סף לביצוע ההשבה (עניין **עברון**; ההדגשה במקור). השופטת רוזנפלד ציינה כי "**הבחינה הנכונה בקשר לשאלת <u>עצם ההשבה</u> הינה לטעמי בחינת השכר כעצמאי, שהוא גבוה בשיעור ניכר לעומת השכר כעובד, בעוד שבקביעת <u>שיעור ההשבה</u> ניתן להתחשב בעלויות המעסיק**" (עניין **טיברמן**; ההדגשות במקור).

65. לטעמי, על מנת לקבוע כלל נוח ליישום במידת האפשר, יש לאמץ את עמדת הנשיא (בדימוס) אדלר, לפיה דרך כלל – לצורך הוכחת חוסר תום לב קיצוני אצל המועסק – יידרש המעסיק להוכיח כי התמורה ה"קבלנית" עמדה על 150% **לפחות** מהשכר החלופי. דרך כלל, ולמעט אם מובא טעם מיוחד לסטות מכך, ללא פער כאמור לא ניתן יהא להסיק על חוסר תום לב קיצוני - כאשר נזכיר כי **לא די בעצם קיומו של הפער על מנת להסיק על חוסר תום לב קיצוני, ויש לבחון גם את מבחני העזר הנוספים שפורטו לעיל**.

הגם שעלות הזכויות הסוציאליות משתנה ממעסיק למעסיק בהתאם להסכמים הקיבוציים החלים עליו, וכן בהתאם לוותקו של העובד, העלויות המקובלות הן 8.33% לפיצויי פיטורים, הפרשה לתגמולים (לפחות בהתאם לשיעור ההפרשות מכוח צו ההרחבה הכללי), 4.98% חלק המעסיק בביטוח הלאומי, 8.33% - 4% הפרשה לחופשה, 2% הפרשה למחלה, 2% הפרשה להבראה, ובנוסף לכך דמי נסיעות, והפרשות בשיעור 7.5% לקרן השתלמות כאשר יש זכאות לכך במקום העבודה. כאשר מוסיפים לכך – באופן גס והגם שלא ניתן לכמת זאת – הגנה תעסוקתית וארגונית, מגיעים לכל הפחות ל – 50% בנוסף לשכר. לפיכך ככל שהמועסק קיבל פחות מכך, בדרך כלל – ואלא אם קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת - לא ניתן יהא להגיע למסקנה בדבר חוסר תום לב קיצוני. מובן שניתן להתאים נוסחה זו למקרה הספציפי, ככל שמוכח כי היו עלויות נוספות. להסרת ספק, ההשוואה שיש לבצע היא בין השכר החלופי כפי שייקבע על ידי בית הדין – להבדיל מ**עלות** השכר החלופי – לבין התמורה ה"קבלנית".

66. כיוון שעקרון תום הלב הוא המאפשר לבית הדין לבצע קיזוז, מלא או חלקי, של ההפרש שבין השכר החלופי לבין התמורה כ"עצמאי" – **לא תיגזר מכך חבות העולה על גובה הזכויות כפי שנפסקו בפועל לזכות המועסק**. גם אם ניישם לצורך כך את חוק עשיית עושר, "סכום הדלתא" ייחשב כתשלום שניתן "שלא על פי זכות שבדין" רק ככל שהמועסק נהג בחוסר תום לב קיצוני - ובכל מקרה לא מעבר לסכומים שייפסקו לזכותו במסגרת אותו הליך. כפי שהסביר סגן הנשיאה פליטמן:

"מצד העובד – אין הפרה של החוזה, שהרי הוא את עבודתו בגינה קיבל תמורה מוסכמת – ביצע... 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...

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 לייחסם לכיסוי זכויות משפט העבודה המגן לאור שינוי היחס שבין הצדדים ליחסי עובד – מעביד"
(עניין **עברון**).

67. בהתאם לאמור לעיל, באותם מקרים בהם ייקבע כי התמורה ה"קבלנית" עמדה על 150% לפחות מהשכר החלופי – ובנוסף לכך כי הבחירה במתכונת ההתקשרות ה"קבלנית" הייתה של המועסק, בין ביוזמתו ובין לאחר שניתנה לו אפשרות אמיתית לבחור – ניתן יהא להגיע למסקנה, כפוף לשיקול דעתו של בית הדין בהתחשב בכלל נסיבות המקרה, כי מתקיימות נסיבות של "חוסר תום לב קיצוני", המצדיקות את קיזוזו של "סכום הדלתא" מהזכויות אשר תיפסקנה לזכות המועסק. ודוקו: קיזוזו של "סכום הדלתא" בנסיבות כאלה יבוצע דרך כלל במלואו, ולא רק באותו חלק העולה על 150%, וזאת כל עוד לא יעלה הקיזוז על הסכומים שנפסקו לזכות המועסק כאמור לעיל.

68. **לסיכום** – על בסיס ההלכה שפורטה לעיל ונקבעה החל מפסקי הדין **אייזיק וטויטו**, עובד שסווג באופן שגוי כ"עצמאי" יהא זכאי לפיצוי כספי בגין הזכויות הסוציאליות שנשללו ממנו, על סמך השכר המשוער שהיה מקבל לו היה מוגדר מלכתחילה כ"עובד", ומבלי שניתן יהא לקזז ממנו סכום כלשהו מתוך הזכויות שיקבל בגין סכומי "יתר" כביכול. חריג לכך יתאפשר במצבים של חוסר תום לב קיצוני מצד המועסק, כפי שיילמד מתוך כלל הנסיבות ובהתחשב במבחני העזר שנקבעו בפסיקה, על מנת למנוע תשלום כפל שיש בו ניצול של דיני העבודה, וכאשר בכל מקרה לא תקום לעובד חבות העולה על הסכומים שנפסקו לזכותו כתוצאה מתביעתו.

מבחני העזר, כפי שהובהר בעמדת הנשיא (בדימוס) אדלר ולעיל, הינם קיומו של פער ניכר - בדרך כלל 50% ומעלה - בין התמורה כ"עצמאי" לבין השכר החלופי. **בנוסף לכך ובמצטבר**, קביעה עובדתית כי הבחירה במתכונת ההתקשרות ה"קבלנית" הייתה של המועסק ולא של המעסיק – בין מתוך יוזמה שלו מטעמיו, ובין לאחר שניתנה לו אפשרות אמיתית לבחור בין העסקה כ"עובד" לבין העסקה כ"עצמאי" בשכר גבוה יותר והוא בחר באחרונה. כפי שהובהר לעיל, מדובר במבחני עזר – שנועדו לסייע בקביעה מתי מתקיים חוסר תום לב קיצוני – שאין בהם כדי לפגוע בשיקול דעתו של בית הדין להגיע למסקנה בדבר חוסר תום לב קיצוני בנסיבות אחרות.

69. אני סבורה כי הניתוח המשפטי לעיל תואם – בעיקריו ובמדיניות עליה הינו מתבסס – את גישתו של סגן הנשיאה פליטמן. לטעמי גישתו כפי שפורטה בעניין **עברון**, הגם שנובעת מאותם עקרונות שפורטו לעיל, עלולה ליצור קושי פרקטי – שכן יוטל על הערכאה הדיונית לדון לא רק בשאלה המורכבת אם התקיימו יחסי עובד – מעביד אם לאו, אלא גם בשאלה אם המעסיק היה מודע או אמור היה להיות מודע, בתחילת הקשר, לכך שהמועסק הינו "עובד". שאלה זו אף עלולה להפוך למרכז ההתדיינות, שכן ככל שהתשובה לה חיובית – יוביל הדבר לחיוב כספי משמעותי על המעסיק לפי התמורה ששולמה למועסק כ"עצמאי", בעוד שתשובה שלילית תוביל לביצוע "התחשבנות בדיעבד" על בסיס השכר החלופי, שתוצאתה מינורית בהרבה. לאור זאת, ועל מנת שלא לעודד ריבוי התדיינויות תוך הגדלת העלויות המשפטיות וחוסר הוודאות המשפטית – אני סבורה כי עדיפה עמדת הרוב, כפי שפורטה והוסברה לעיל. אמנם, ניתן להשמיע הסתייגות דומה גם בהתייחס לעמדת הרוב, כמחייבת דיון לא רק בשאלה אם התקיימו יחסי עובד – מעביד אלא גם בשאלת התקיימות התנאים המצדיקים קיזוז, אך דיון זה הינו עובדתי בעיקרו ולכן - לטעמי - נוח יותר ליישום.

70. אני סבורה כי הניתוח המשפטי דלעיל אף אינו עומד בסתירה ממשית לגישתו של השופט צור, הנובעת אף היא מאותם עקרונות נורמטיביים. זאת ועוד, יש

בניתוח דלעיל התייחסות להוראותיו של חוק עשיית עושר והוראות דיני החוזים הכלליים, באופן התואם את גישתו של השופט צור לפיה "**יחסי עבודה מבוססים על התקשרות חוזית ודיני עבודה – על אף ייחודם – הינם חלק מעולם המשפט הכללי. בהעדר הסדרים משפטיים מיוחדים המעוגנים בחקיקה הנוגעים ליחסי עבודה, מן הראוי להחיל על יחסי עבודה את העקרונות המשפטיים והדינים הכלליים שבתוקף וליישמם כרוחם...**" (עניין **טיברמן**).

71. לאחר קריאת חוות דעתו של חברי השופט צור, אבקש להוסיף את ההערות הבאות:

א. אינני חולקת על חשיבות עקרון ההשבה, אך כפי שחברי עצמו מציין – הוא אמור לחול על סכום שהתקבל "שלא כדין", והשאלה היא מדוע להגדיר תמורה חוזית מוסכמת כסכום כזה.

ב. אף אינני חולקת על כך שפתרון דו-שלבי **עשוי** לתת את הפתרון הנכון והמאוזן בנסיבותיו של מקרה ספציפי, ובמקרים רבים ייתכן כי שתי הגישות יובילו לאותה תוצאה מעשית. הקושי לטעמי הוא בהשלכות **הרחבות** הנובעות מהגדרת השבה כברירת המחדל, ובתמריצים הנובעים מכך לעובדים ומעסיקים, כפי שפירטתי בהרחבה בחוות דעתי. מקרה זה הינו דוגמא טובה לכך, שכן משמעותו הינה כי עובד, שהוגדר חלקית כ"קבלן", והגיש תביעה לקבלת זכויותיו הסוציאליות – לא רק שתביעתו נדחתה במלואה, אלא בנוסף נחשף הוא לתביעה בסך של למעלה מ – 750,000 ש"ח שהוגשה כנגדו. המסר המועבר מכך - ואותו יש למנוע - הינו תמריץ שלילי חריף למועסקים מפני הגשת תביעות לבית הדין לעבודה.

ג. חוסר תום לב קיצוני של המועסק נלמד דרך כלל בהתבסס על שני תנאים **מצטברים**, כפי שנקבעו בעמדת הנשיא (בדימוס) אדלר – והינם פער ניכר בין התמורה הקבלנית לבין השכר החלופי, וקביעה עובדתית

כי הבחירה במתכונת ההתקשרות ה"קבלנית" הייתה של המועסק. מדובר בשני תנאים מצטברים, התלויים בכלל נסיבות המקרה ואינם נלמדים זה מזה, ולכן אינני רואה חשש כי יתגבש כלל טכני לפיו פער העולה על 50% מצדיק תמיד השבה. אזכיר שוב, כי מדובר במבחני עזר בלבד, וכי הקריטריון המהותי הינו חוסר תום לב קיצוני, ככל שיוכח, אצל המועסק.

ד. באשר לקביעת חברי כי הענקת "חסינות" מפני תביעת השבה עד פער של 50% משמעה תשלום כפל עבור אותן זכויות – אשיב כי מעסיק אשר מגדיר "עובד" כ"קבלן עצמאי" לוקח סיכון כי יידרש לשלם לו עבור זכויותיו הסוציאליות בנוסף לתמורה החוזית המוסכמת, וזאת בדומה למעסיק המסכם מול עובד על שכר "כולל", ולוקח סיכון כי יידרש לשלם לו עבור זכויותיו הסוציאליות בנוסף לכך. זהו סיכון הנובע, לטעמי, מעקרונות היסוד של דיני העבודה ומעצם משמעותם הקוגנטית.

מן הכלל אל הפרט

72. על סמך העקרונות לעיל, נעבור לדון בנסיבותיו של מקרה זה. כפי שעולה מהפירוט העובדתי לעיל, הייחודיות במקרה זה נובעת מכך שהמערער למעשה הוגדר מלכתחילה כשכיר, ודווח ככזה לרשויות המס, וזאת לאורך כל תקופת עבודתו. למרות זאת, ועל אף הנפקת תלושי שכר בגינו מדי חודש - שולם חלק משכרו, והחל משנת 1997 חלק מהותי, כנגד חשבונית. אין מדובר לפיכך בסיטואציה השגרתית בה מועסק מוגדר כ"עצמאי" ומבקש בדיעבד להכיר בו כ"עובד"; במידה מסוימת מרקם – ולא המערער – היא שסתרה בטענותיה את המצב ששרר בפועל בין הצדדים, בכך שביקשה לקבוע כי מבחינה מהותית המערער היה "עצמאי". מרקם גם לא יכולה הייתה לטעון כי המערער היה "עובד" לצורך אחד ו"עצמאי" לצורך אחר, שכן תלושי השכר והחשבוניות הוצאו לו בגין אותה עבודה בדיוק.

73. בית הדין האזורי קבע, על סמך כלל המבחנים שנקבעו בפסיקה, כי התקיימו יחסי עובד – מעביד בין המערער למרקם משך כל התקופה. קביעה זו מקובלת עלינו וממילא לא הוגש עליה כל ערעור. בית הדין האזורי הוסיף וקבע כי המערער זכאי לפיצויי פיטורים, הפרשי שכר, פדיון חופשה ודמי הבראה. גם על קביעה זו לא הוגש ערעור.

ביחס לגובה השכר לפיו יחושבו זכויות אלה ביצע בית הדין חלוקה לשתי תקופות: ביחס לתקופה שעד סוף שנת 2003 נקבע שכרו החלופי של המערער בהתאם לשכרה של עובדת מקבילה, אשר ביצעה את אותה עבודה כנגד שכר חודשי קבוע, וביחס לתקופה שהחל מיום 1.1.2004 ואילך נקבע שכר חלופי לפי גובה שכר המינימום החודשי.

74. הגם שאין בפנינו ערעור על קביעה זו (אלא רק בעקיפין לגבי התקופה השנייה) - נותר בליבנו ספק אם קביעה זו נכונה בנסיבותיו של מקרה זה. כפי שעולה לכאורה מהתשתית העובדתית שנקבעה על ידי בית הדין האזורי, שיטת התגמול שסוכמה מול המפקחת המקבילה הייתה שונה לחלוטין מזו שסוכמה מול המערער לא בשל לקיחה בחשבון של עלות הזכויות הסוציאליות, אלא בשל **מנגנון שונה של חלוקת סיכונים**: המפקחת המקבילה לא לקחה על עצמה סיכון כלשהו ולכן קיבלה שכר חודשי קבוע שאינו תלוי במכירות, בעוד שהמערער הסכים לקבל שכר בסיס סמלי בלבד ובנוסף לכך "עמלת מכירות" המותנית בביצוע מכירות בפועל. הסיכון שלקח על עצמו המערער אף התממש בפועל – במהלך החודשים ינואר עד יולי 2004 במהלכם לא היו מכירות כלשהן. בית הדין אף נתן תוקף להסכמתו של המערער לקחת על עצמו סיכון של העדר מכירות, בכך שקבע את שכרו בתקופה השנייה על שכר מינימום ולא על סך של 8,121 ש"ח כפי שקיבלה המפקחת המקבילה.

בהתחשב בכך ששכרה של המפקחת המקבילה נקבע לפי מנגנון שונה של חלוקת סיכונים, וכאשר שני המנגנונים של חלוקת הסיכון אפשריים במערכת של יחסי עובד ומעביד – איננו משוכנעים כי ניתן היה לקבוע את שכרו החלופי של המערער לפי שכרה של אותה מפקחת. עם זאת לאחר שהדבר נעשה,

וכאשר אין בפנינו ערעור על כך – על מנת להיות עקביים עלינו לקבוע גם את שכרו החלופי של המערער במהלך שנת 2004 לפי שכר זה.

75. **אנו קובעים לפיכך כי שכרו החלופי של המערער, גם במהלך שנת 2004, עמד על 8,121 ש"ח** (הגם שקיבל בפועל פחות מכך) - ובהתאם יש לחשב את זכויותיו הסוציאליות. המשמעות הינה כי המערער זכאי להפרש פיצויי פיטורים בסך של 3,590 ש"ח ולהפרש פדיון חופשה בסך של 14,373 ש"ח, כפי שחישב ולא נסתר. עם זאת לא מצאנו הצדקה להתערב בקביעתו העובדתית של בית הדין האזורי כי אינו זכאי להפרשי שכר נוספים בגין שנת 2004; קביעתנו לעיל בדבר גובה השכר החלופי לשנת 2004 מתייחסת לדרך חישובן של הזכויות הסוציאליות כ"עובד", ואינה יוצרת זכאות לקבלתו בפועל של שכר זה (או ה"תמורה הקבלנית" המלאה של 10,000 ש"ח), בניגוד להסכמות החוזיות שבין הצדדים.

76. **נעבור לדון בשאלת הקיזוז וההשבה**. על סמך הכללים שפורטו בהרחבה לעיל, אנו סבורים כי יש להתערב במסקנת בית הדין האזורי ולקבוע, כי **לא** הייתה הצדקה לקזז מהמערער סכום כלשהו. גם בית הדין האזורי עצמו הדגיש כי לו פוסק היה לפי הלכות **אייזיק וטויטו** – מגיע היה למסקנה כי **לא** מתקיימים התנאים לביצוע קיזוז, שכן "**לא הוכח שהתובע הוא שדרש להיות במעמד של עצמאי או כי מרקם הציעה לו להיות "עובד"**", ואף לא נכלל בהסכם בין הצדדים "סעיף גדרון".

בנסיבות המקרה שלפנינו, השוואה בין התמורה שקיבל המערער בפועל במסגרת העסקתו המשולבת כעצמאי וכשכיר (סך הכול 12,035 ש"ח) לבין השכר החלופי כפי שנקבע על ידי בית הדין האזורי (8,121 ש"ח), מלמדת כי הפער קטן מ – 150%, ובנוסף אין כל אינדיקציה לחוסר תום לב קיצוני מצידו של המערער המצדיק ביצוע קיזוז. לא הוכח כי המערער הוא שביקש להיות במעמד של "עצמאי" לגבי "התמורה הקבלנית"; לא הוכח כי מרקם הציעה למערער להיות במעמד של "עובד" גם בהתייחס ל"תמורה הקבלנית" והוא סירב לכך; ולא הובאו כל ראיות המעידות על ניצול לרעה מצד המערער של

דיני העבודה או של שיטת ההתקשרות ה"ייחודית" שנעשתה מולו. במקביל לכך לא הובא כל הסבר מצד מרקם מדוע ביקשה מהמערער חשבוניות על חלק משכרו, הגם שהוצהר על ידה לרשויות המס כ"עובד" והוצאו בגינו מדי חודש תלושי שכר. מעבר לצורך נזכיר, כי במקרה זה נפסקו הזכויות הסוציאליות גם בהתייחס לשכר הבסיס של 2,035 ש"ח ששולם למערער במסגרת תלוש שכר – ולגבי חלק זה אין הצדקה לבצע קיזוז גם לפי הגישות המחמירות ביותר.

77. נוכח כל האמור לעיל, לו תישמע דעתי, **הערעור יתקבל בחלקו** באופן הבא: פסק דינו של בית הדין האזורי יישאר על כנו, למעט בהיבטים הבאים -

א. במקום הסך של 75,590 ש"ח אשר נפסק לזכות המערער כפיצויי פיטורים (סעיף 94(ב) לפסק הדין) – יבוא סך של 79,180 ש"ח, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כדין מיום 1.8.2004 ועד התשלום בפועל;

ב. במקום הסך של 9,990 ש"ח אשר נפסק לזכות המערער כפדיון חופשה (סעיף 94(ג) לפסק הדין) – יבוא סך של 24,363 ש"ח, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כדין מיום 1.8.2004 ועד התשלום בפועל;

ג. סעיף 95 לפסק הדין – הקובע קיזוז לזכות מרקם – יבוטל במלואו, ויובהר כי מרקם אינה זכאית להחזר כלשהו מהמערער כתוצאה מהגשת תביעתו, הגדרתו בדיעבד כ"עובד" או הזכויות שנפסקו לזכותו.

78. הסכומים שמרקם חבה בהם לפי פסק דינו של בית הדין האזורי ופסק דיננו לעיל ישולמו תוך 30 יום ממועד קבלת פסק הדין. בהתחשב בתוצאה, מרקם תישא בהוצאותיו של המערער - בגין ההליך בבית הדין האזורי והליך הערעור - בסך כולל של 10,000 ש"ח, לתשלום תוך 30 יום שאם לא כן ישא הסכום ריבית כדין והפרשי הצמדה מהיום ועד התשלום בפועל.

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 110-10

הנשיאה נילי ארד

במחלוקת שנפלה בין חבריי השופטים, מקובלת עלי חוות דעתה המעמיקה והמלומדת של חברתי השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, ואני מצטרפת אל האמור בחוות דעתה ולתוצאותיה.

השופט שמואל צור

1. המערער הועסק על ידי מרקם סוכנות לביטוח בע"מ (להלן - **מרקם**) במעמד משולב: חלק מהיקף העסקתו נעשה במעמד של עובד שכיר וחלק במעמד של קבלן עצמאי. היחס בין שני חלקים אלה השתנה עם הזמן: תחילה שני חלקי המשרה היו שווים, היינו - משכורת של 2,035 ש"ח לחודש בתוספת תשלום של 2,000 ש"ח כקבלן (יחס של כ-50% - 50%). במרוצת הזמן השתנה יחס זה באופן שחלק התשלום כשכיר נותר כשהיה ואילו חלק התשלום כקבלן גדל ל-10,000 ש"ח לחודש (יחס של כ-16% - 84%).

2. לאחר שהסתיימה ההתקשרות שבין הצדדים, קבע בית הדין האזורי כי **כל** מערך ההתקשרות בין המערער למרקם היה על בסיס של יחסי עובד-מעביד. קביעה זו של בית הדין האזורי נכונה ואף אין ערעור בפנינו לגביה. זוהי אפוא נקודת מוצא עובדתית לדיוננו.

3. לימים חלו שינויים במשק הביטוח אשר גרמו להפחתת היקף העסקתו של המערער כקבלן עד כדי הפסקת התשלום עבור מרכיב זה בהעסקתו. על רקע זה התפטר המערער ובית הדין קיבל את תביעתו להכיר בנסיבות אלה כמזכות בפיצויי פיטורים בשל הרעת תנאי עבודה. בנסיבות העניין גם קביעה זו נכונה.

4. לצורך חישוב זכויותיו של המערער כעובד, קבע בית הדין האזורי את שכרו על פי השכר ששולם לעובדת שכירה שביצעה עבודה מקבילה לשלו, בסכום של 8,121 ש"ח לחודש. על קביעה עובדתית זו אין ערעור ולפיכך גם נתון זה ישמש אותנו כנקודת מוצא לדיוננו.

5. לפי נתונים אלה, קיבל המערער בתקופת העסקתו החלקית כקבלן תשלומים העולים על המגיע לו עבור העסקתו כעובד. השאלה המרכזית העומדת לדיון בפנינו היא האם זכאית מרקם לקיזוז של תשלומי יתר אלה מן המגיע למערער ממנה או להשבתם. בית הדין האזורי קבע שיש לקזז מן המגיע למערער את סכומי היתר ששולמו לו כאמור. לעניין זה התבסס בית הדין האזורי על הלכת יפהר (ע"ע 99/06 ו-ע"ע 160/06 **מרכז קהילתי אזורי רמת הגולן - חנה יפהר**, לא פורסם, ניתן ביום 24.6.07), וסבר שתוצאה זו מתיישבת גם עם תחושת הצדק וההגינות. בית הדין האזורי הוסיף וציין לעניין זה כי, לכאורה, הכללים שנקבעו להשבה וקיזוז בפרשת אייזיק ובפרשת טויטו אינם מתקיימים בענייננו (סעיפים 14 - 16 לחוות דעתה של חברתי השופטת דוידוב-מוטולה).

6. הנה כך, עניין לנו במקרה שלפי הלכה אחת של בית דין זה (יפהר) יש לבצע קיזוז או השבה ואילו לפי הלכה אחרת של בית דין זה (אייזיק וטוויטו) אין לבצע השבה. מה אם כן הדין?

7. בפרשת יפהר נפסק בדעת רוב, על פי גישתי, כי, ככלל, יש לבצע השבה, בכפוף לשיקול דעת הנתון לבית הדין להימנע מכך או להקטין את שיעור ההשבה. לאחר פסיקה זו שבה סוגיה זו ועלתה לדיון בפרשת טיברמן (ע"ע 570/07 ו-ע"ע 688/07 **פיליפ טיברמן – מקורות חברת מים בע"מ**, לא פורסם, ניתן ביום 24.12.09) ובפרשת גלובוס גרופ (ע"ע 450/07 **גלובוס גרופ בע"מ ואח' – יואל מלכא**, לא פורסם, ניתן ביום 7.3.10). בשני פסקי דין אלה השתנתה שוב ההלכה ובדעת רוב - כנגד דעתי החולקת - נקבע שיש לחזור להלכת אייזיק וטויטו. לפי הלכה זו, אין תחולה לעקרון ההשבה, אלא במקרים חריגים בהם התשלום ששולם למועסק כקבלן גבוה באופן ניכר מזה שהיה משולם למועסק כעובד וכן במקרה שקיימת הסכמה לביצוע השבה או במקרה שהעובד דרש להיות מועסק כעצמאי (סעיף 31 לחוות דעתה של חברתי). לעומתה, כאמור, לפי הלכת יפהר, המבוססת על דעתי ועל פסיקה קודמת של סגנית הנשיא (בדימוס) אלישבע ברק, יש תחולה לעקרון ההשבה, בכפוף לסמכות בית הדין לפי החוק להקטין או לשלול את ההשבה בנסיבות שקיימת לכך הצדקה (סעיף 32 לחוות דעתה של חברתי).

8. מחלוקת זו באשר לתחולתו של עקרון ההשבה ביחסי עבודה הובאה לפתחו של בית המשפט העליון. תחילה הוגשה עתירה בעניין פסק הדין בפרשת יפהר ובית המשפט העליון מצא שלא להתערב בפסיקת בית הדין הארצי (בג"צ 10931/07 **יפהר נ' בית הדין הארצי לעבודה**, לא פורסם, ניתן ביום 4.2.08; דנג"צ 2045/08 **חנה יפהר נ' בית הדין הארצי לעבודה**, לא פורסם, ניתן ביום 14.7.08). לימים, הוגשה עתירה נוספת באותו עניין עצמו בעקבות פסק הדין השונה בפרשת טיברמן וגם כאן מצא בית המשפט העליון שלא להתערב בפסיקת בית הדין הארצי (בג"צ 671/10 **מקורות חברת מים בע"מ נ' טיברמן ואח'**, לא פורסם, ניתן ביום 10.10.11). הנה כך, לפנינו שתי הלכות סותרות מבית מדרשנו אשר לא הוכרעו לגופן בבית המשפט העליון ונותרו "פתוחות".

9. חברתי השופטת דוידוב-מוטולה מנסה - בכישרון רב יש לאמר - לגשר בין שתי הדוקטרינות הרווחות בבית דין זה בסוגיית ההשבה ואף לחזק את הדוקטרינה השוללת את עקרון ההשבה למעט במקרים חריגים לפי הלכת אייזיק - טויטו - טיברמן. באין הלכה פוזיטיבית מבית המשפט העליון, אני נותר בדעתי אותה הבעתי בדעת רוב בפרשת יפהר ובדעת מיעוט בפרשת טיברמן וגלובוס גרופ, כי יש לתת תוקף לעקרון ההשבה ביחסי עבודה, בכפוף לבדיקת ההצדקה להפחית את ההשבה או לבטלה כליל בנסיבות כל עניין. אין בכוונתי לפרוש כאן את כל משנתי בסוגיה זו המשתקפת בפסקי הדין הקודמים. אעמוד להלן על כמה נקודות העולות מחוות דעתה של חברתי בסוגיה שבפנינו.

10. נקודת המוצא לעמדתי היא מתן תוקף לעקרון ההשבה. עקרון זה קיים במשפטנו כנורמה מחייבת, בין מכח עקרונות משפטיים כלליים ובין כנורמה הנגזרת מחובת תום הלב ביחסים חוזיים בכלל וביחסי עבודה בפרט.

חובת ההשבה מקורה בתחושת הצדק האלמנטארית המקננת בליבו של כל בר-דעת שסכום ששולם בטעות או שהתקבל שלא כדין - דינו לחזור לידי בעליו. עקרון בסיסי זה משתקף בהוראות מיוחדות בחוק החוזים (סעיפים 21 ו-31 **לחוק החוזים (חלק כללי)**, תשל"ג - 1973 וסעיף 9 **לחוק החוזים (תרופות בשל**

הפרת חוזה), תשל"א - 1970) ובהוראות **חוק עשיית עושר ולא במשפט**, תשל"ט- 1979. בבואנו לפרש הוראות חוק אלה, עלינו לתת דעתנו למטען הנורמטיבי שבהן ולפרש אותן באופן מרחיב ולא לנסות - כפי שמנסה חברתי - לבחון אותן "בזכוכית מגדלת" תוך הצרת מידותיהן האמיתיות (סעיפים 50 - 60 לחוות דעתה). לדידי, כאשר מעסיק משלם לעובד סכום שלא מגיע לו, הוא זכאי לקבלו חזרה, אלא אם קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות שלא לעשות כן. לדידי, העסקת אדם כקבלן המתברר בסוף הדרך ובדיעבד כהעסקתו כשכיר אינה אלא טעות (חד צדדית או הדדית) המחייבת החזרת המצב לקדמותו. הואיל ומרכיב אחד בהתקשרות - הוא מרכיב מתן השירות - בוצע ולא ניתן להשיבו, הרי נותר המרכיב הכספי הטעון השבה ואין הצדקה לשלול אותו אפריורי.

11. גם חוק החוזים וגם חוק עשיית עושר ולא במשפט יוצרים לסוגיית ההשבה מנגנון דו שלבי. בשלב הראשון נבחנות הנסיבות המתייחסות לעצם חובת ההשבה ובשלב השני - אם קיימת חובה להשיב - נבחנת השאלה אם קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות, בנסיבות כל עניין, הקטנת ההשבה או שלילתה לחלוטין. אין כל סיבה שלא ליישם מנגנון דו שלבי זה ביחסי עבודה. אדרבא, ניתן ליישם את המאפיינים המיוחדים ליחסי עבודה, את יחסי הכוחות הלא מאוזנים ביחסי עבודה ואת המדיניות הראויה, במסגרת השלב השני. אכן, לכאורה, עלול הדבר להביא להארכת ההתדיינות המשפטית, אך גם אם כך הוא - אין ספק שיש בכך כדי להביא לתוצאה נכונה יותר ומדויקת יותר בנסיבות כל עניין ומטעם זה בלבד קיימת הצדקה לנקוט דרך זו.

12. תביעת ההשבה באה בעקבות סיווג חדש ובדיעבד של יחסי ההתקשרות שבין המעסיק והעובד. חברתי השופטת דוידוב-מוטולה מבחינה בין סיווג מוטעה **מודע** המיוחס למעסיק או לעובד לבין סיווג מוטעה בתום לב המיוחס לכל אחד מהם (סעיפים 39 - 40 לחוות דעתה). הבחנה זו יפה ונכונה והיא מקובלת עלי. אלא שלשיטתי המקום ה"גיאומטרי" הנכון לבחינה זו והשלכותיה הוא במסגרת השלב השני של הדיון עליו עמדתי, היינו - בחינת ההצדקה להקטין את היקף ההשבה או לשלול אותה. יותר מכך, במסגרת זו מוכן אני להניח - באין תשתית עובדתית המורה אחרת - כי קיים חוסר איזון מובנה ביחסים

שבין העובד למעסיק לעניין האחריות לקביעת מתכונת ההעסקה (הסיווג) ולכן נקודת המוצא לשיטתי תהא שה"אשם" של העובד בסוגיית הסיווג - שהוא מרכיב חשוב בקביעת היקף ההשבה - יהא תמיד קטן מזה של המעסיק. מכאן שמקובל עלי העיקרון של הענקת תמריץ שלילי למעסיק מפני סיווג שגוי של יחסי העבודה אלא שלדידי תמריץ שלילי זה לא צריך למצוא ביטויו בשלילת ההשבה אלא מקומו הנכון הוא בבחינת היקף ההשבה בשלב השני עליו עמדתי.

13. חברתי השופטת דוידוב - מוטולה מציעה להרחיב את מסגרת ההתחשבנות הכספית בתביעה של עובד שהועסק כקבלן ולכלול בה גם זכויות לא כלכליות (סעיפים 43 - 45 לחוות דעתה). מבחינה תאורטית ייתכן שרעיון זה אפשרי אך הוא לא עומד לדין בפנינו ואף לא שמענו לגביו טיעונים. הייתי מציע להשאיר שאלה זו פתוחה לעת מצוא.

14. חברתי חוששת שהכרה בתביעת ההשבה מעבר לזכויות שנפסקו למועסק כעובד תביא להקטנת התמריץ למועסקים להגיש תביעות לצורך הכרה בהם כעובדים ויגדל התמריץ למעסיקים להגדיר עובדים כ"קבלנים" (סעיפים 47 - 49). חשש שכזה אמנם קיים אך אין בו, לדעתי, כדי לשלול את עיקרון ההשבה. בסופו של דבר, הפתרון הנכון הוא העקרון המאוזן בנסיבות כל מקרה ואליו ניתן להגיע במסגרת השלב השני של הדיון, היינו - בשלב שיקול הדעת השיפוטי להקטין או לשלול את היקף ההשבה.

במסגרת זו ניתן בהחלט להביא בחשבון גם שיקולי מדיניות משפטית שיביאו להקטנת היקף ההשבה מעבר להתחשבנות הכספית גרידא, על מנת להתמודד עם החשש מפני הגשת תביעות שכאלה. במילים אחרות, מקובל עלי שעקרון ההשבה אינו צריך להתממש בדרך של התחשבנות כספית בלבד, וניתן לקבוע את נקודת האיזון הנכונה גם בהתחשב בשיקולים שמעבר לכך. מכאן ועד לשלילת ההשבה - הדרך רחוקה.

15. חברתי מסכמת את הכלל המשפטי העולה מפסיקת בית הדין בפרשות אייזיק, טויטו וטיברמן באופן שהשבה תיתכן רק במקרים חריגים בהם יוכח קיומו של חוסר תום לב קיצוני של המועסק בעוד המבחנים האחרים שנקבעו בפסיקתו

של הנשיא (בדימוס) אדלר באותן פרשות (כגון: "**סעיף גדרון**") יחשבו כמבחני עזר בלבד. בעיני כלל זה הוא צר מידי ואין הוא מספיק כדי להגיע לתוצאה נכונה. שאלת תום הלב של המועסק היא בעיני מרכיב אחד מיני מרכיבים שונים העולים מנסיבות כל עניין ולא הייתי תולה את כל יהבי במרכיב זה.

16. לדעת חברתי, המתבססת על דעתו של הנשיא אדלר, תשלום כספי של 50% מעבר לשכר כעובד אינו מצביע על חוסר תום לב מצד העובד ומשום כך אינו מצדיק השבה (סעיפים 64 - 66 לחוות דעתה). גישה זו מעוררת קושי כפול: **ראשית**, לפי גישה זו קיים חשש שיתגבש כלל "טכני" לפיו כל סכום שקיבל העובד מעל ל-50% שמעבר לשכר כעובד משקף מציאות של חוסר תום לב מצידו המצדיק השבה. **שנית** - וזה העיקר - יש לזכור שתשלום המשולם לעובד במעמדו כ"קבלן" של 50% מעבר לשכרו כ"עובד" שקול בדרך כלל כנגד הזכויות הסוציאליות שנפסקו לזכותו עם הכרתו כעובד. מכאן שהענקת חסינות מפני תביעת השבה לתוספת של 50% שמעל לשכר כעובד משמעה תשלום כפל עבור אותן זכויות. לכך, כעניין שבעקרון, אין הצדקה משפטית. לשיטתי, תביעה להשבה חלה על כל הכספים שקיבל העובד ביתר - ובכלל זה תשלומי הכפל הללו - ושאלת היקף ההשבה, שלילתה או הקטנתה, תיקבע במסגרת השלב השני עליו עמדתי, תוך הבאה בחשבון של כל השיקולים הנוגעים לעניין בנסיבות כל מקרה.

17. לסיכום, במקרה שבפנינו, המערער הועסק באופן חלקי כקבלן בעוד שנקבע לגבי העסקה זו כי שררו יחסי עובד-מעביד מלאים בין הצדדים. לפי קביעת בית הדין האזורי המערער, במעמדו כקבלן, השתכר יותר באופן ניכר מאשר כשכיר, הרבה מעבר לזכויות הסוציאליות שהיו מגיעות לו. בית הדין מצא שהאחריות למתכונת זו של העסקה מוטלת על כתפי מרקם והמערער יחדיו. בית הדין לא קבע את נקודת האיזון המדויקת המחלקת את האחריות להעסקה זו בין המערער למרקם וחייב את המערער בהשבה מלאה. לדעתי, בנסיבות העניין, לתוצאה זו אין הצדקה. לדעתי, יש הצדקה לחלק את האחריות למתכונת ההעסקה כפי שהיתה בין המערער לבין מרקם ולהקטין בהתאם את היקף ההשבה. שיקולים של מדיניות מחייבים, לדעתי, בנסיבות

העניין, להטיל על מרקם אחריות יתר למתכונת העסקתו של המערער בשיעור של 75% לעומת 25% על המערער. לפיכך קיימת לשיטתי הצדקה להקטין את ההשבה המגיעה למרקם מן המערער ולהעמידה על 25% בלבד מן הסכום שנפסק למערער במעמדו כעובד. לא מצאתי לנכון לעשות את החישוב המדויק. הצדדים יוכלו לחשב זאת בעצמם. במידת הצורך, ובמקרה של מחלוקת, יוכלו הצדדים לפנות לבית הדין האזורי על מנת לפסוק בשאלת גובה ההשבה המדויק על פי העיקרון שנקבע לעיל.

נציג עובדים מר ראובן בוימל

אני מצטרף לחוות דעתה של השופטת סיגל דוידוב-מוטולה ולתוצאותיה.

נציג מעבידים מר זאב רפואה

אני מצטרף לדעתה של השופטת סיגל דוידוב-מוטולה כמפורט בסעיף 77 בחוות דעתה ולתוצאותיה.

סוף דבר

בהתאם לחוות דעתה של השופטת דוידוב-מוטולה, אליה הצטרפו הנשיאה ארד ונציגי הציבור מר בוימל ומר רפואה, וכנגד דעתו החולקת של השופט צור, הערעור מתקבל בחלקו. פסק דינו של בית הדין האזורי נשאר על כנו, למעט בהיבטים הבאים:

א. במקום הסך של 75,590 ש"ח אשר נפסק לזכות המערער כפיצויי פיטורים (סעיף 94(ב) לפסק הדין) – יבוא סך של 79,180 ש"ח, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כדין מיום 1.8.2004 ועד התשלום בפועל;

ב. במקום הסך של 9,990 ש"ח אשר נפסק לזכות המערער כפדיון חופשה (סעיף 94(ג) לפסק הדין) – יבוא סך של 24,363 ש"ח, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כדין מיום 1.8.2004 ועד התשלום בפועל;

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 110-10

ג. סעיף 95 לפסק הדין – הקובע קיזוז לזכות מרקם – מבוטל במלואו, ומובהר כי מרקם אינה זכאית להחזר כלשהו מהמערער כתוצאה מהגשת תביעתו, הגדרתו בדיעבד כ"עובד" או הזכויות שנפסקו לזכותו.

הסכומים שמרקם חבה בהם לפי פסק דינו של בית הדין האזורי ופסק דין זה ישולמו תוך 30 יום ממועד המצאת פסק דין זה לידיה. בהתחשב בתוצאה, מרקם תשא בהוצאותיו של המערער - בגין ההליך בבית הדין האזורי והליך הערעור - בסך כולל של 10,000 ש"ח, לתשלום תוך 30 יום שאם לא כן ישא הסכום ריבית כדין והפרשי הצמדה מהיום ועד התשלום בפועל.

ניתן היום, כ"ו בכסלו תשע"ב (22 בדצמבר 2011) בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

נילי ארד, **נשיאה, אב"ד**	**שמואל צור,** **שופט**	**סיגל דוידוב-מוטולה,** **שופטת**
מר ראובן בוימל, **נציג עובדים**		**מר זאב רפואה,** **נציג מעבידים**