בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 55879-09-17

30 דצמבר 2019

לפני:

סגנית הנשיאה, השופטת רוית צדיק

נציג ציבור (עובדים) מר ברוך הראל

נציגת ציבור (מעסיקים) גב'יהודית טל

<u>התובע</u>:	**גיא עפרן** **ע"י ב"כ: עו"ד ראובן בורק**
	-
<u>הנתבעות</u>:	**1.וואלה תקשורת בע"מ** **2. טלטל ערוצי תקשורת בע"מ** **ע"י ב"כ: עו"ד ניר הראל**

<u>החלטה</u>

1. הסוגיה המרכזית הדרושה להכרעה במסגרת הליך זה היא האם התקיימו יחסי עובד ומעסיק בין התובע ובין הנתבעות? ככל שהתשובה לשאלה חיובית נדרש לבחון את התמורה אשר שולמה לתובע , בהשוואה לעובד שכיר בנתבעות בעל תפקיד זהה לתפקיד התובע.

<u>רקע עובדתי</u>

2. הנתבעת מספר 1 , מפעילת אתר החדשות "walla news " ומספקת שירותי דואר אלקטרוני ובעלת אתרים נוספים. הנתבעת 2 היא החברה אשר שלמה לתובע את התמורה בתקופת ההתקשרות הראשונה ואף חתמה עימו על הסכם התקשרות.
3. התובע עבד בשורות הנתבעות בתקופה שבין דצמבר 2007 לפברואר 2017 בתפקיד עורך במדור הספורט של אתר "walla". את תקופת עבודת התובע ניתן לחלק לשתי תקופות: הראשונה - החל מחודש 12.2007 ועד ליום 14.7.2014 תקופה בה עבד התובע במשמרות במשרדי החברה והשנייה - החל מיום 20.4.2015 ועד ליום 27.2.2017 - תקופה בה עבר התובע להתגורר בערבה וביצע את עבודתו מביתו, בתפקיד עורך מתכונים במדור האוכל.
4. התובע הועסק במעמד של עצמאי ושכרו שולם כנגד חשבוניות.
5. התובע עבד בממוצע כ- 3.5 משמרות בשבוע.

<u>טענות הצדדים</u>

6. לטענת התובע , בהתאם למבחנים אשר נקבעו בפסיקה יש לקבוע כי בין הצדדים שררו יחסי עובד ומעסיק. עבודתו התמקדה בתכנים המערכתיים של מערכת "walla " והייתה זהה לעבודת עורכי הספורט השכירים בנתבעת. כמו כן התובע בצע את העבודה באופן אישי והיה כפוף להוראות והנהלים שחלו על עורכי הספורט השכירים בנתבעת 1. בנוסף נטען כי

הנתבעות לא הוכיחו את הפן השלילי של מבחן ההשתלבות. התובע העיד כי בתקופת עבודתו בנתבעות לא ספק שירותי עריכה לגורם חיצוני כלשהו ולא הי לו עסק משלו כל זאת שעה שמדובר בהתקשרות רצופה בת 7 שנים.

7. עוד טען התובע כי טענת הנתבעות על פיה עובדים שכירים לא הורשו לעבוד במקומות נוספים בעוד התובע היה רשאי לעשות כן, מלמדת על העדר קיום יחסי עבודה, אינה נכונה הואיל וכעולה מעדות התובע עובדים שכירים אחרים בנתבעת עבדו בעבודות נוספות.

8. התבוע הוסיף וטען כי כל העורכים במדור הספורט שובצו לעבודה במשמרות ע"י סגן העורך הראשי של מדור הספורט ולכולם הייתה גישה חופשית למערכת "וואלה", כולם היו כפופים לאותן הנחיות מהממונים עליהם, נדרשו להשתתף בישיבות של עורכים וכתבים, והשתתפו בפעילויות של עובדי וואלה, לרבות פעילויות מחוץ לשעות העבודה.

9. אשר לשכרו , הבהיר התובע כי השכר שקיבל אינו גבוהה בפער משמעותי משכר חבריו השכירים. התובע התייחס להשוואות השכר שביצעו הנתבעות, אשר אינן משקפות את הפער בהיקף העבודה בפועל ואף לא מוכיחות פער זה. בסיכומי התשובה מטעמו, חזר התובע על טענותיו כי הנתבעת היא שקבעה את מתכונת העסקתו וטען כי טענת הקיזוז שהעלו הנתבעות מופרכת היא בפרט שעה שהנתבעות זנחו את טענת הקיזוז והעלו אותה לראשונה רק בסיכומיהן על כן ,יש לדחותה נוכח השלב בו הועלתה.

10. עוד נטען כי אף לגופם של דברים יש לדחות את הטענה משעה שהנתבעות אינן טוענת לשכר חלופי כלשהו כדרישות הפסיקה. כמו כן מראיות התובע עולה כי שכרו לא היה גבוה ולעיתים אף נמוך משכר עמיתיו השכירים. הנתבעות הפנו בסיכומיהן לחודשים ספורים בלבד ולעובדים ספורים על כן, לא ניתן ללמוד דבר על תקופת העסקת העובדים ושכרם. נוסף על כך, בטבלה אשר צרפו הנתבעות מוצגים נתונים מטעים של שכר העובדים בהתעלם מהעלאות שכר ששולמו במהלך תקופת ההעסקה תוך בחירת נתוני שכר בחודשי עבודתם הראשונים בהתאם לכך, יצרו הנתבעות השוואה בין שכר העובדים לשכר התובע שלא באותם שנות העסקה קרי, הנתבעות משוות שכר התחלתי של עובדים בשנה הראשונה לעבודתם לשכר האחרון ששולם לתובע. עוד נטען כי בהתאם לגישה החישובית יש להשוות את התמורה הקבלנית לעלות השכר החודשי של עובד מקביל לתובע , בתוספת כלל הזכויות הסוציאליות על כן, הנתבעות לא הוכיחה טענתן ל"שכר חלופי".

11. לטענת הנתבעות, התובע הועסק בתנאים שאינם שווים לתנאי שאר העובדים, ואף נהנה מזכות עדיפה מאחר והיה רשאי לעבוד במקומות אחרים, לעומת המגבלות החלות על עובדים שכירים. עוד טענו הנתבעות כי בשל העובדה כי התובע היה יכול לתת שירותים למספר עסקים במקביל, הוא היה מעוניין בסגנון העסקה זה ואף יזם אותו. עוד נטען

בתצהירו של מר רוזנטל, כי בשנת 2011, כעבור ארבע שנים מתחילת עבודתו, הוצע לתובע לעבור למתכונת העסקה של שכיר, אך הוא סרב.

12. הנתבעות הוסיפו וטענו כי התובע, אשר עבד בהיקף של 65% משרה השתכר יותר מעמיתיו השכירים אשר עבדו בהיקף משרה מלאה. הנתבעות טענו כי לו היה התובע עובד בהיקף של משרה מלאה, היה מרוויח יותר, בפער גדול, מעמיתיו השכירים (יצויין כי טענה זו הועלתה לראשונה בסיכומי הנתבעת).

<u>העדים</u>

13. מטעם התובע העיד התובע בעצמו.
מטעם הנתבעת העידו מר דוד רוזנטל (להלן - מר רוזנטל), אשר שמש כרכז המערכת בתקופה הרלוונטית לתביעה. כמו כן העיד מר חמי אוזן (להלן - מר אוזן) העורך הראשי של מדור הספורט בנתבעת.

<u>דיון והכרעה</u>

14. בפתח הכרעתינו נבקש להבהיר כי הצדדים התייחסו בתצהירים ובסיכומיהם אל הנתבעות יחדיו ובחרו להשתמש במונח "הנתבעת" מבלי להבדיל בין הנתבעות (כך גם בתצהירו של מר רוזנטל - סעיף 1 לתצהיר). יצוין כי אין חולק כי הנתבעת 2 היא החתומה על הסכם ההתקשרות ועל שמה הונפקו חשבוניות התובע. עם זאת ושעה שהנתבעות התייחסו לחבותן באופן זהה ללא כל טענה בנושא , יתייחסו קביעותינו לנתבעות ביחד ולחוד.

<u>האם התקיימו יחסי עובד ומעסיק בין הצדדים?</u>

15. הלכה פסוקה וידועה היא כי המונח "עובד" הוא בבחינת דבר הקרוב לסטאטוס ובהתאם לכך, הקביעה אם מדובר בעובד או בנותן שירותים עצמאי מושתתת על נסיבות המקרה ומאפייני מערכת היחסים בין הצדדים מבחינה מהותית, ולא על פי המוסכם ביניהם או על פי התיאור שהם נתנו למערכת היחסים (ר' ע"ע (ארצי)110/10 **רופא – מרקם סוכנות לביטוח בע"מ** (לא פורסם, 22.12.11; ע"ע (ארצי) 11504-10-10 **רוזין סוכנות לביטוח (1997) בע"מ – משיח**, (לא פורסם, 19.3.13; ע"א 426/63 **המוסד לביטוח לאומי - זינגר ואח'**, פד"י יח (2) 269 ; דב"ע לה/3-36 **עידית נוימן - מאיר כץ**, [פורסם בנבו] פד"ע ו' 333).
מהאמור לעיל עולה כי המסקנה האם מעמדו של אדם הוא שכיר או מפרנס עצמאי , תקבע על פי מכלול הסממנים והנתונים במצטבר. התשובה עם פלוני הוא בגדר עובד או לא , היא מסקנה משפטית הנובעת ממערכת עובדות מסויימות (דב"ע לא/3-27 **עיריית נתניה - דוד בירגר** , [פורסם בנבו] פד"ע ג' 177). מעמדו של אדם כעובד או עצמאי, נקבע לפי מכלול נסיבות המקרה, מבחינת מערכת יחסים בין הצדדים בפועל (ר' דב"ע (ארצי) נד/3-77, **רוטברג נ' תדיראן בע"מ**, [פורסם בנבו] פד"ע כז' 462 ; ע"ע 300274/96, **צדקא נ' מדינת ישראל** , [פורסם בנבו] פד"ע לו 625). כמו כן משעה שמדובר בסטאטוס לא ניתן ליצור או לבטל מעמד זה בהסכם ולא ניתן לוותר על זכויות מעצם הכינוי אשר נתנו הצדדים

למערכת היחסים (ע"ע 478/09 **יצחק חסידים – עיריית ירושלים**, [פורסם בנבו] מיום 13.1.11).

16. נוסיף ונציין כי הפסיקה אמצה את מבחן ההשתלבות כמבחן מועדף תוך שימוש במבחנים נוספים. למבחן ההשתלבות שני פנים הפן החיובי - קיים "מפעל" יצרני לשירותים או אחר שניתן להשתלב בו, כשהפעולה המבוצעת צריכה לפעילות הרגילה של המפעל ושמבצע העבודה מהווה חלק מהמערך הארגוני הרגיל של המפעל ועל כן אינו "גורם חיצוני" (דב"ע לא/27-3 הנ"ל וכן דב"ע מב/123-3 **תחיה סגל - רחל גור** , [פורסם בנבו] פד"ע יד' 190). הפן השלילי - שהאדם בו מדובר אינו בעל עסק משלו המשרת את המפעל כגורם חיצוני. לצד מבחן ההשתלבות קיימים מבחני משנה נוספים כגון, מבחן הפיקוח, מבחן הקשר האישי, כוונת הצדדים ועוד. במסגרת הבחינה והאיזון בין המבחנים השונים יכול שיינתן משקל שונה לכל אחד מהם על פי נסיבותיו של כל מקרה [ע"ע (ארצי) 283/99 ברק - כל הקריות בע"מ, [פורסם בנבו] פד"ע לה 641 (2000)], יצוין כי אף מבחן אינו מכריע כשלעצמו ויש לבחון את התמונה בכללותה.

__**תקופת העבודה הראשונה**__

17. לצורך הכרעה בשאלה האם יש לראות בתובע כעובד שכיר של הנתבעות כטענתו או שמא מדובר בנותן שירותים כטענת הנתבעות, יש לבחון את המבחנים אשר נקבעו בפסיקה כפי שנפרט להלן.

__מבחן ההשתלבות – הפן החיובי__

18. הוכח בפנינו כי הנתבעת היא גוף תקשורת גדול המעסיק עובדים רבים בשורותיו על כן ניתן לראות בה כ"מפעל" בו ניתן להשתלב. התובע עבד כעורך במדור הספורט ובצע עבודה הזהה במהותה באופיה ואף בהיקפה (3.5 משמרות בממוצע בעוד העובדים השכירים עבדו 4.5 משמרות בממוצע) לעובדי החברה אשר הועסקו כשכירים. התובע השתתף בישיבות צוות, ימי גיבוש וכלל האירועים בהם נכחו יתר עובדי החברה . התובע היה מכותב לכל המיילים בנוגע לשיבוץ העובדים למשמרת ושינויים שנעשו בהרכב העובדים במשמרת.כמו כן התובע היה כפוף להורות הנתבעות באשר לשיבוץ בימים מסוימים ו"עקרונות" השיבוץ של הנתבעות , חלו גם על התובע ללא כל הבדל בין העבודה אשר בוצעה על ידי העובדים השכירים לבין עבודתו. עוד נציין כי אף מר רוזנטל העיד באופן מפורש כי התובע לא מסר דיווחים על שעות עבודתו או המשמרות בהן עבד, משעה ששובץ למשמרות בלוח העובדים כמו יתר העובדים (עמ' 14 לפ' ש' 27-28).שקלול מכלול הנתונים הנזכרים לעיל מוביל למסקנה כי הפן החיובי של מבחן ההשתלבות מתקיים בתובע.

19. התובע העיד כי בצע את אותה עבודה אשר בוצעה על ידי חבריו ונדרש בממוצע ל3.5 משמרות לילה וככל שנדרש גם למשמרות בוקר או אחר הצהריים , בצע מה שהמערכת

בקשה (עמ' 10 לפ' ש' 30-31). בהמשך עדותו הבהיר כי העבודה בנתבעת לא כללה 5 משמרות בשבוע והעובדים נדרשו ליתן בין 3 ל- 4 משמרות מדי שבוע (עמ' 11 לפ' ש' 1-2).

20. נציג הנתבעות, מר דוד רוזנטל העיד בעניין זה כי העבודה אותה בצע התובע הייתה זהה לעבודת יתר העורכים. לטענתו התובע עבד בין 3 ל- 4 משמרות בשבוע בעוד העורכים האחרים נדרשו ל- 5 משמרות או 3 משמרות בשבוע ושתי כתבות אולם "**העבודה הייתה אותה עבודה והתבצעה במשרדים של וואלה ובכלים של וואלה**" (עמ' 12 לפ' ש' 26). כאמור התובע הכחיש את הטענה כי יתר העורכים שובצו ל- 5 משמרות בשבוע באופן קבוע ועבדו כך רק במקרים חריגים. דברים דומים נשמעו בחקירת מר אוזן אשר העיד כי התוכן של הכתבות אשר ספק התובע היה זהה לתוכן של הכתבות שעובדים אחרים ספקו וכך גם נפח העבודה (עמ' 12 לפ' ש' 20-21).

21. עיון בלוח שיבוץ העובדים מעלה כי אכן העובדים לא שובצעו לעבודה של 5 משמרות בשבוע אלא במרבית המקרים שובצו הם לעבודה של 4 משמרות בשבוע. מכל מקום משעה ששוכנענו כי התובע בצע עבודה זהה לחבריו השכירים אין משמעות למחצית המשמרת המפרידה בינו ובין יתר חבריו שעה שנשא בנטל באופן זהה, נדרש להתייצב בתקופות לחץ וליתן משמרות בהתאם לצרכי המערכת וכאמור השתתף בכל הפעילויות אשר ארגנה הנתבעת.

<u>מבחן ההשתלבות – הפן השלילי</u>

22. בפן השלילי של מבחן ההשתלבות יש לבחון האם במסגרת ההתקשרות בין התובע לבין הנתבעות שימש התובע כבעל עסק עצמאי משלו. על פי הראיות שבפנינו, עיקר הכנסת התובע הייתה מהתשלומים אשר קיבל מהנתבעת בגין עבודתו. אמנם, במהלך השנים סיפק התובע שירותים לגופים אחרים, אך אלו נשאו אופי ארעי ומשתנה משנה לשנה, כאשר תקבוליו מהנתבעת נשארו קבועים ויציבים. התובע העיד בעניין זה :

" יכול להיות שזה נובע מזה שבאותה שנה מוואלה קיבלת 40 אלף ₪ ומגופים אחרים 60 אלף ₪ ?

ת. זה לא נוגע לזה בכלל, אלא לזה שאתה מבקש ממישהו שמעסיק אותך משהו והוא לא נותן לך אותו אז אתה מפסיק לבקש. וואלה בשבילי הייתה מקום עיקרי.

ש. כי לפי מה שאני רואה גם ב 2008 וגם ב 2009 קיבלת תגמולים פער מגופים אחרים ולא מוואלה?

ת. כי וואלה הייתה מקום עבודה עיקרי שלי, ואני אמרתי שזה רק בתנאי שאני אוכל לעבוד בשעות הבוקר כדי לשמור על עבודתי הראשית בוואלה" (עמ' 6 לפ' ש' 21-28).

23. מהאמור לעיל עולה כי עבודת התובע בנתבעת הייתה מקור פרנסתו העיקרי ולמעט השנים בהם השתכר סכומים העולים על שכרו בנתבעת, ביתר תקופת העבודה השתכר סכומים

נמוכים מאוד בגופים נוספים עם זאת, בהכנסתו בין השנים 2008-2009 בלבד, אין בה כדי ללמד על קיום הפן השלילי של מבחן ההשתלבות או קיום עסק עצמאי המלמד על העדר תלות כלכלית בנתבעת.

<u>מבחן הכפיפות והפיקוח</u>

24. התובע שובץ למשמרות על ידי סגן העורך הראשי של מדור הספורט, מר רוזנטל. הוכח כי התובע היה כפוף להוראות בקשות והנחיות מנהליו ולא היה רשאי לפעול בהתאם לשיקול דעתו או להשתבץ למשמרת כלשהי ללא אישור הממונה על כן, מבחן הכפיפות והפיקוח מתקיים בעניינו של התובע. מר רוזנטל העיד בעניין זה כי התובע לא מסר דיווים חודשיים אלא "**לא נתן לי דיווחים , היה לוח משמרות ועל פי הלוח משמרות בדקנו את כמות המשמרות שהוא עשה. זה היה הלוח של כל העובדים**" (עמ' 14 לפ' ש' 22-23) . מכאן עולה כי התובע שובץ בדיוק כיתר העובדים למשמרות על פי צרכיה המשתנים של הנתבעת, כפי ששובצו יתר העובדים.

<u>מבחן התלות הכלכלית</u>

25. על אף שבמשך שנות עבודתו בנתבעות סיפק התובע שירותים לגופים אחרים, ניכר כי הכנסתו נשענה בעיקרה על עבודתו אצל הנתבעות. כמו כן, בניגוד לשירותים שסיפק עבור גופים שונים, משכורתו של התובע היוותה את הגורם היחידי הקבוע לאורך שבע שנות עבודתו, בתקופה הראשונה, בנתבעות.

<u>מיהו הגורם שסיפק את כלי העבודה בהם נעשה שימוש</u>

26. בדומה לעובדים האחרים במערכת וואלה, התובע ביצע את עבודתו תוך שימוש בכלי העבודה של וואלה, כגון מחשבים וטלוויזיות, ממשרדי החברה, ונהנה מגישה מלאה למערכת וואלה. מר רוזנטל העיד בעניין זה כי העבודה בוצעה במשרדי הנתבעת , תוך שימוש בכלים של הנתבעת כפי שעשו יתר העובדים.

<u>מבחן הקשר האישי</u>

27. התובע לא היה יכול להביא עובד מחליף במקומו כרצונו, שכן רק לסגן העורך הייתה הסמכות לקבוע מי יעבוד בכל משמרת. משעה שלא נטען ולא הוכח כי התובע בצע את עבודתו באמצעות עובדים אחרים או היה רשאי לבצעה באופן זה, התוצאה היא כי התובע עומד במבחן הקשר האישי משעה שעבודתו בוצעה אך ורק על ידו. מר רוזנטל אף העיד בעניין זה כי התובע לא יכול היה להביא עובד אחר , חיצוני, אשר יבצע את עבודתו ולא היה מקרה בו התובע סיפק שירותים באמצעות צד שלישי (עמ' 15 לפ' ש' 1, ש' 30-31).

<u>בלעדיות הקשר, התמשכות הקשר, סדירות הקשר</u>

28. בתקופת ההעסקה הראשונה, התובע עבד בשורות הנתבעות באופן סדיר,כ-3 וחצי משמרות בכל שבוע במשך שבע שנים. עבודת התובע בוצעה אך ורק על ידו ולא הועסקו עובדים מטעמו.

כמו כן התובע סיפק בין השאר שירותים לגופים שונים, אולם בעוד ששירותים אלו סופקו באופן ארעי ולתקופות קצובות, ניכר כי מחויבותו העיקרית הייתה לנתבעות, אשר היוו מקום עבודתו העיקרי ועיקר פרנסתו התקבלה מעבודתו בנתבעות.

<u>אופן הצגת ההתקשרות בפני גורמים חיצוניים לרבות רשויות מס הכנסה והמוסד לביטוח לאומי-</u>

29. אין חולק כי התובע הנפיק לנתבעת חשבוניות מס. עם זאת עובדה זו אינה שוללת את מעמדה כעובד הנתבעות, היות ואין בעובדה כי אדם נרשם כ"עצמאי" ברשויות מס הכנסה ובמוסד לביטוח לאומי כדי לשלול את מעמדו כ"עובד", שכן "**באלה יכול ויהיה כדי לבסס מעמד, אך אין בהם כדי לקובעו או לשוללו**" (ראו: דיון 137-3/ מח **תמר אדר נ' פרסום מלניק בע"מ**, [פורסם בנבו] כ(1) 60).

30. לאור כל האמור לעיל ולאחר יישום מבחני הפסיקה, אנו קובעים כי התקיימו יחסי עובד - מעסיק בין הצדדים בתקופה הראשונה קרי, מחודש 12/2007 ועד ליום 14.7.2014. בנסיבות המקרה אשר לפנינו שוכנענו כי יש לראות בתובע (ביחס לתקופת העבודה הראשונה), כעובד שכיר בנתבעות.

<u>בסיס השכר הקובע</u>

31. לצורך דיון בשאלה האם התמורה אשר שולמה לתובע זהה בעיקרה לשכר עובד שכיר בנתבעת אשר בצע תפקיד זהה לתובע ובעל וותק זהה, יש לבחון את נתוני השכר של עובדים מקבילים לתובע כפי שהוצגו בהליך.

טרם בחינת הראיות לגופם של דברים נזכיר כי הלכה מושרשת היא כי **זכויותיו הסוציאליות של מועסק המוגדר בדיעבד כ"עובד" תחושבנה לפי השכר החלופי שהיה מקבל אילו היה מוגדר מלכתחילה כ"עובד"**. עוד נקבע בפסיקה כי אותו שכר חלופי ייקבע **בהתאם לראיות שיובאו בפני בית הדין, כאשר נטל ההוכחה בקשר לכך מוטל על המעסיק**. כך למשל קבע בית הדין הארצי בעע (ארצי) 110/10 **רפי רופא** נ' **מרקם סוכנות לביטוח בע"מ** כי:

"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"".

32. בפסיקה מאוחרת יותר של בית הדין הארצי בעניין ע"ע 3575-10-11 **ענת עמיר – חברת החדשות הישראלית בע"מ** [פורסם בנבו] (21.1.15) (להלן: "פרשת עמיר") השתנתה ההלכה וכך נפסק:

"הגישה ההרתעתית ותביעת השבה- במקרים ברורים, שבהם המעסיק ידע, 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 עליי הגישה ההרתעתית, לפיה אחת האפשרויות היא שהשכר החודשי הכולל הגבוה משכר עובד, ששולם על ידי המעסיק, יהא הבסיס לחישוב הזכאויות הסוציאליות הנתבעות בדיעבד על ידי העובד.
יתרה מזו, על פי גישה זו, לא מן הנמנע כי במקרים מתאימים, שבהם נכפה למשל על עובד מעמד של קבלן נותן שירות על ידי מעסיקו כדי להתחמק ממתן זכויות כעובד; ראוי שבית הדין יחייב את אותו מעסיק בתשלום פיצוי לעובד בגין התנהגות חסרת תום לב, כמידת חוסר תום ליבו, בדומה לדעת חברתי השופטת אנגלברג שהם בעניין זה.

ברם, לא תמיד קביעת המעמד כעובד ברורה וחד משמעית, ובייחוד לא בתחילת הקשר, להבדיל מניתוחו בדיעבד. ייתכנו מקרים שטיב היחס האמיתי שבין הצדדים אינו ברור מלכתחילה והיה יסוד לאומד דעתם, כי אפשר שניתן לקשור ביניהם קשר של מזמין - קבלן, כמו למשל במקרה שלפנינו, כשניתנה למערערת זכות הבחירה בין יחסים אלה ליחסי עובד ומעסיק, והיא דרשה להיות במעמד של נותנת שירות.
במקרה שכזה, אין צידוק ליישום הגישה ההרתעתית ולחיוב המעסיק בפיצוי בגין התנהגות חסרת תום לב או לחישוב 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...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 ומעסיק. שיעור ההשבה על פי האמור צריך להיקבע, לא על פי ההפרש בין השכר החודשי שקיבל העובד עת סברו הצדדים שאין ביניהם יחסי עובד ומעסיק בהשוואה למשכורת החודשית שהיה מקבל כעובד, אלא שיעור ההשבה, במקרה שיש נתונים מוכחים של שכר העובד התובע אילו נחשב לעובד מלכתחילה, תלוי בהפרש שבין עלות השכר המופחת בתוספת כלל הזכויות המגיעות בהשוואה לעלות השכר הכולל שבה נשא המעסיק בפועל עת סברו הצדדים, כי לא מתקיימים ביניהם יחסי עובד ומעסיק. ככל שקיים פער עלויות לטובת העובד - יגיע לו ההפרש שישתלם לו עד סכום זכאותו בתביעתו על פי עילותיה...".

33. נוסף על האמור לעיל נזכיר כי ביום 24.9.2019 ניתן פסק הדין בעניין ע"ע 3859-10-15 **יוסף אילן - החברה לאוטומציה במינהל השלטון המקומי לישראל בע"מ** [פורסם בנבו] שם קבעה כב' השופטת לאה גליקסמן (בשונה מעניין עמיר) את הדברים הבאים:
"....בסופו של יום, התגבשו שתי גישות מרכזיות בפסיקתו של בית דין זה: "הגישה ההרתעתית" (שכונתה על ידי הנשיא פליטמן בפסק דין ענת עמיר "הגישה האחוזית") - שבאה לידי ביטוי מלא בפסק הדין בעניין רופא, שלפיה זכויותיו הסוציאליות של מועסק המוגדר בדיעבד כ"עובד" תחושבנה לפי השכר החלופי שהיה מקבל אילו היה מוגדר

מלכתחילה כ"עובד". כן נפסק כי עובד שסווג באופן שגוי כ"עצמאי" יהא זכאי לכל הזכויות הכספיות שנשללו ממנו (בכפוף לתקופת ההתיישנות, נטלי הוכחה 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 "הקבלנית" לבין השכר החלופי כפי שנקבע עבורו. סייג לכלל זה יתאפשר רק במקרים חריגים, בהם ישתכנע בית הדין בדבר חוסר תום לב קיצוני של המועסק. מבחני העזר לצורך הקביעה אם הופרה חובת תום הלב באופן קיצוני הם פער ניכר בין התמורה כ"עצמאי" לבין השכר החלופי, ובנוסף לכך (במצטבר) קביעה עובדתית כי לאחר שניתנה למועסק אפשרות אמיתית לבחור בין העסקה כ"עובד" לבין העסקה כ"עצמאי" בשכר גבוה יותר המועסק בחר באחרונה. ככלל, לצורך הוכחת חוסר תום לב קיצוני אצל המועסק, יידרש המעסיק להוכיח כי התמורה "הקבלנית" עמדה על 150% לפחות מהשכר החלופי, אולם ניתן לסטות משיעור זה בהתקיים טעמים לכך. לטעמי, בפסק הדין בעניין רופא הלך בית הדין בעיקרו של דבר בתלם שחרשה הפסיקה שלפניו. .....

"הגישה החישובית" –שבאה לידי ביטוי בדעת הרוב בעניין ענת עמיר, שלפיה במקרים ברורים, בהם המעסיק ידע כי מי שהוא בוחר להעסיקו כקבלן עצמאי הוא לאמיתו של דבר עובד, יש לנקוט גישה הרתעתית (עוד מעבר לזו שנקבעה בעניין רופא), שלפיה הזכויות הסוציאליות ישולמו על בסיס התמורה החודשית הכוללת ששולמה לעובד. לעומת זאת, במקרים בהם קביעת המעמד כעובד אינה ברורה מלכתחילה, יש לאמץ את "הגישה החישובית", שלפיה העובד יהיה זכאי לתשלום זכויות סוציאליות רק אם התמורה הכוללת ששולמה לו לא כיסתה את מלוא הזכויות הסוציאליות שהיו מגיעות לו כעובד. ....

.....

על יסוד האמור, אני סבורה, כפי שנקבע בעניין רופא, כי יש לקבוע כללים משפטיים אשר "יתנו תמריץ שלילי מפני סיווג שגוי מודע של 'עובדים' כ'עצמאיים', כמו גם תמריץ חיובי לבדיקה מקיפה של מעמדם טרם התקשרות עימם על מנת להקטין במידת האפשר את הסיווגים המוטעים בתום לב". לאור האמור, אני סבורה כי יש להחיל את הגישה ההרתעתית על תביעות של מועסק שסווג כ"עצמאי" בתקופת ההעסקה ובדיעבד מסווג כ"עובד", והחלת הגישה החישובית פוגעת בעקרון היסוד של קוגנטיות דיני העבודה, ומסכלת את השגת המטרה – מניעה של שלילת זכויות מעובדים על ידי העסקתם כעצמאיים. נוכח המסקנה אליה הגעתי, שלפיה במקרה הנדון הן לפי הגישה ההרתעתית והן לפי הגישה החישובית אילן אינו זכאי לזכויות הכספיות כעובד (פיצויי פיטורים (מכוח החוק) חופשה, והבראה), איני מוצאת מקום להרחיב מעבר לכך על הטעמים להעדפת הגישה ההרתעתית על פני הגישה החישובית, ולעניין זה אפנה לאמור בהרחבה בחוות דעתי בעניין ענת עמיר (סעיפים 28 עד 49 לחוות דעתי; לביקורת נוספת על הגישה החישובית נוכח פגיעתה בעקרון הקוגנטיות ראו דוידוב, שם, ע' 5 עד 6).יחד עם זאת, בחלוף השנים מאז ניתן פסק הדין בעניין רופא, מקובל עליי כי יש מקום לבחון את אופן החלת הגישה ההרתעתית, גם נוכח הביקורת שנמתחה על המתווה שגובש בעניין רופא [ראו בעניין זה דוידוב; יובל פרוקצ'יה, "על סיווגי העסקה מוטעים, הרתעה יעילה,

ומעמדם הקוגנטי של דיני העבודה", (עיוני משפט מג (עתיד להתפרסם 2020)], ולשקול גיבוש מתווים חלופיים ליישום הגישה ההרתעתית למתווה שגובש בפסק דין רופא".

34. הנה כי כן, בהתאם להלכה הפסוקה עלינו לבחון האם התובע הוא שביקש להיות מועסק כעצמאי וכן ניתנה לו האפשרות לבחור בין העסקה כעצמאי או כעובד? עוד יש לבחון מהו הפער בין התמרה הקבלנית ששולמה לתובע לבין התמורה ששולמה לעובד אשר בצע תפקיד המקביל וזהה לתפקידו.

35. לאחר בחינת מכלול הראיות ושמיעת העדויות שוכנענו כי מערכת היחסים בין הצדדים לא נכפתה על התובע והנתבעות יכלו להסיק כי התובע מסכים לתבנית ההתקשרות בין הצדדים כנותן שירותים ונפרט.

36. התובע העיד בעניין הסכמת הצדדים על אופן העסקתו כי: "... **כשאני הגעתי אמרו לי שאני הולך להיות שכיר ונתנו לי תקופה של כמה חודשים שבהם עבדתי כנגד חשבוניות, אמרתי שזה מקובל עלי, דובר על זה שאני אהיה שכיר"** (עמ' 4 לפי ש' 16-18). בהמשך העיד כי: "**אחרי פעמיים שלוש לא קיבלתי את המעמד והפסקתי לשאול. ב 2009 הגיע שלב שבו הפסקתי לשאול לגבי המעמד הזה. בכנות באותו זמן הדבר היותר חשוב שהיה לי זה להישאר בעבודה הזו, והייתי באותן משמרות.**
ש.יכול להיות שזה נובע מזה שבאותה שנה מוואלה קיבלת 40 אלף ₪ ומגופים אחרים 60 אלף ₪ ?
ת.זה לא נוגע לזה בכלל, אלא לזה שאתה מבקש ממישהו שמעסיק אותך משהו והוא לא נותן לך אותו אז אתה מפסיק לבקש. ואלה בשבילי הייתה מקום עיקרי"(עמ' 6 לפי ש' 19-25). בהמשך העיד כי כל הנושאים אשר קשורים להעסקתו לרבות פניותיו בנוגע למעמדו כעובד לא נעשו ישירות מול מר רוזנטל אלא מול מר אוזן, אשר היה העורך הראשי של מדור הספורט ועמו שוחח על הנושא אולם הדברים לא הועלו על הכתב. עוד העיד כי במידה והיה פונה לסמנכ"ל הכספים ועוקף את הבוס הישיר סיכויו להישאר בעבודה היו קלושים (עמ' 7 לפי ש' 13-15, ש' 18-19). משנשאל האם נאמר לו כי לעולם לא יהיה במעמד של עובד שכיר השיב: "**לא, אבל אומר לך בכנות מעולם לא הייתי שכיר, וגם היום אני אוכל להגיד לך אני לא מבין בזכויות עובדים, באותו זמן כולנו הרווחנו שכר דומה, הם לא הכלילו את הפרשות הפנסיה ולא הסתכלתי להם בתלושים, מקבילי הרווחה בדיוק כמוני, ולא חשבתי שאני צריך להמשיך לרדוף אחרי חמי לבקש את המעמד הזה"** (עמ' 7 לפי ש' 20-23).

37. מר רוזנטל העיד בעניין זה כי התובע שובץ למשמרות באופן גמיש יותר מהעובדים השכירים מאחר שהועסק כנותן שירותים (עמ' 12 לפי ש' 26-27). משנשאל האם יש לו אסמכתא בכתב ממנה עולה כי הציע לתובע לעבוד כשכיר כנטען בתצהירו העיד כי: "**אין לי אסמכתא כתובה** "(כך במקור ר.צ)(עמ' 14 לפי ש' 9). בהמשך העיד כי הציע לתובע, בשם מר אוזן, לעבוד כשכיר אך תשובת התובע הייתה שלילית (עמ' 14 לפי 12-13). מר אוזן העיד בעניין מעמד התובע

כנותן שירותים כי: "**שזאת הייתה אחת הסיבות לכך שהוא חתם כפרי לנסר, בתחילת הדרך זו הייתה הדרך שלי להביא את גיא, ובהמשך גם התברר שהוא מעדיף לעשות את זה כך**" (עמ' 12 לפי ש' 30-31). בהמשך העיד כי הציעו לתובע לעבוד כפרי לנסר אולם הוא העדיף לעבוד במתכונת בה עבד. משנשאל מי הציע לתובע לעבוד כשכיר העיד כי אינו זוכר (עמ' 13 לפי ש' 7).

38. ניתוח עדויות הצדדים בעניין מעמד התובע והאם אכן הוצע לו לעבוד כשכיר מוביל לתוצאה כי כעולה מעדותו התובע בקש ורצה לעבוד כשכיר אולם , משעה שחזר על בקשתו והדברים לא בוצעו על ידי הנתבעות, חדל לעשות כן משחשש למקום עבודתו. ערים אנו לכך כי התובע היה רשאי לבצע עבודות נוספות (בניגוד לעובדים השכירים אשר בחוזה העסקתם נרשם כי אינם רשאים לעשות כן אלא בהסכמת המעסיק). עם זאת בכך בלבד אין כדי ללמד כי הנתבעות הציעו לתובע לעבוד כשכיר. מנגד כעולה מעדויות הנתבעת מר רוזנטל העיד כי הציע לתובע לעבוד כשכיר אולם התובע סרב. מכלול העדויות בסוגיה זו והעובדה כי התובע אכן עבד בחלק מסוים מתקופת עבודתו במקומות נוספים ושעה שהחל משנת 2009 חדל לבקש להיות מועסק כשכיר , שוכנענו כי טיב היחסים האמתי בין הצדדים לא היה לגמרי ברור שכן הנתבעות לא הציגו כל אישור או ראיה כי הוצע לתובע לעבוד כשכיר ומנגד התובע לא הציג כל אסמכתא כי פנה מפורשות ודרש העסקתו כשכיר ונדחה על ידי הנתבעות. על כן, תוצאת הדברים היא כי הנתבעות היו יכולות להניח כי התובע בחר להמשיך התקשרותו באופן בו התקשרו הצדדים קרי, באמצעות חשבונית .

39. לאור האמור לעיל , משלא שוכנענו כי תבנית ההתקשרות נכפתה על התובע יש להחיל את ה"גישה החישובית" ולבחון מהו הפער בין התמורה הקבלנית ששולמה לתובע לבין שכר חלופי אשר שולם לעובד מקביל לתובע .הנתבעת הביאה כראיה לשכר החלופי הסכמי עבודה של שלושה עובדים, בהם לא נזכר היקף השעות או המשמרות אשר נדרש מהעובדים לבצע בעד התמורה בהסכם העבודה. כמו כן, בתצהיריה צירפה הנתבעת תלושי שכר בודדים ביחס לארבעה עובדים בין השנים 2011-2012, מתוך שבע השנים בהן עבד התובע בשורות הנתבעות בתקופת ההעסקה הראשונה. טענת התובע, שלא נסתרה, היא כי שכר העובדים עודכן והועלה מספר פעמים לאורך שנות ההעסקה, אך הנתבעת לא התייחסה לשינויים בשכר לאורך השנים.

40. עוד נבהיר כי תלושי השכר שצירפו הנתבעות אינם מעידים על היקף השעות אשר ביצעו העובדים בפועל. הנתבעות ביקשו להשוות את שכר התובע לשכר עובדים שכירים בחברה, אשר לטענתן בניגוד לשיעור משרת התובע אשר עמדה על 65% משרה, עבדו משרה מלאה. עם זאת הנתבעות לא הציגו ראיה להיקף העבודה של אותם עובדים וכשלו לסתור את טענת התובע כי העובדים עבדו 4-5 משמרות בשבוע ולעיתים אף פחות דהיינו, שיעור משרה דומה לשיעור משרתו.

41. הנתבעות טענו בסיכומיהן כי בנוסף למשמרות שביצעו העובדים השכירים, היו נדרשים לכתוב כתבות, כאשר כתבה הינה שוות ערך למשמרת לצורך חישוב היקף העבודה. עם זאת, הנתבעות לא הביאה ראיות בדבר היקף התופעה, או כי כתיבת כתבה אכן שקולה למשמרת, בעוד התובע העיד בעניין זה כי לא ידוע לו כי כתבה נחשבה כמשמרת וכן בתקופת עבודתו כתב כתבות רבות אשר לא נחשבו עבורו כמשמרת (עמ' 11 לפ' ש' 4-5). לא נעלמה מעינינו העובדה כי מר חמי אוזן העיד כי מי שלא הכין כתבה עבד בחמש משמרות בשבוע ויום עבודה היה שקול לכתבה (עמ' 12 לפ' ש' 1-4). משנדרש להסביר היכן מעוגנת ההסכמה שעה שאינה נזכרת בהסכמי השכר של העובדים העיד כי אינו יכול לעבוד על כל ההסכם (עמ' 12 לפ' ש' 7). בהמשך עדותו מסר כי עובדים שלא כתבו כתבה נדרשו ל- 5 משמרות בשבוע. למעט דברי מר אוזן בעדותו לא הוצגה כל ראיה כי סוכם עם העובדים על 5 משמרות בשבוע וכתבה אשר תשמש כתחליף משמרת על כן, התוצאה כי הטענה לא הוכחה כלל וכלל ואין לה זכר בהסכמי העבודה או בתלושי השכר.

42. לאור האמור לעיל, התמונה המצטיירת היא כי העובדים השכירים בחברה עבדו משמרות בודדות יותר מהתובע, בשיעור אשר אינו עומד על פער של 35% בהיקף ההעסקה, כטענת הנתבעות. עוד מצאנו להבהיר כי לא הוכח והדבר אף אינו עולה מהעדויות , כי התמורה אשר שולמה לתובע כללה תמורה עודפת בגין זכויות סוציאליות שהיה מקבל התובע אילו היה עובד הנתבעת.
בהתאם לכך, השכר המשוער בו נוקבות הנתבעות, אשר התובע היה משתכר אילו היה עובד בהיקף משרה מלאה, לא משקף נכונה את המציאות. מנגד , התובע נקב בסכום אשר משקף לטעמו את השכר החלופי, ומהווה ממוצע של 12 חודשי עבודתו האחרונים, ועומד על סך של 6,750 ₪ בעוד הנתבעות לא נקבו בסכום קונקרטי אשר לטענתן צריך להוות את השכר החלופי לצורך חישוב זכויות התובע.

43. בנסיבות העניין משעה שהשכר החלופי שהציע התובע משקף באופן הדומה ביותר את השכר אשר היה משולם לו אילו היה שכיר לצורך חישוב זכויותיו, בעוד הנתבעות לא נקבו בסכום חלופי ולא הרימו את הנטל להוכיח כי התקיים פער משמעותי בשכר לטובתו של התובע הנובע מהעסקתו כעצמאי , אנו מקבלים את תחשיבי התובע בנוגע לחישוב הזכויות להן היה זכאי בתקופת עבודתו הראשונה. משלא הוכח השכר המקביל כ"שכיר" התוצאה היא כי התמורה הקבלנית ששולמה לתובע אינה מלמדת כי נותר הפרש לזכותו ויש לחשב את שכר התובע על יסוד השכר ששולם בתקופה הראשונה. כמו כן, לאור העובדה כי תקופת ההעסקה הראשונה הסתיימה עקב מעבר התובע ליישוב חקלאי, ושהנתבעות לא סתרה טענה זו, מצאנו לקבל את דרישת התובע לתשלום פיצויי פיטורים, לפי ס' 8(2) לחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג-1963.

<u>תקופת ההעסקה השניה</u>

44. אין חולק בין הצדדים כי מספר חודשים לאחר סיומה של תקופת העבודה הראשונה, יצרה הנתבעת קשר עם התובע לצורך עבודה בעריכת מתכוני אוכל במדור האוכל בוואלה, עבודה

אותה בצע התובע מביתו , ללא השתתפות בישיבות צוות , ערבי גיבוש, או שיבוץ באופן קבוע במשמרות כיתר עובדי הנתבעות.

45. על אף שמלבד אמירות בודדות הנתבעות לא התייחסו בכתבי הטענות ובעדויות לתקופת העבודה השנייה, התובע לא הרים את הנטל הנדרש לצורך הכרה ביחסי עובד – מעסיק בתקופה השנייה וזאת מהטעמים הבאים.

46. ראשית, התובע סיכם את תנאי העבודה עם עורכת מדור האוכל בנתבעת, גב' גרדה גלזר. לפי הסיכום נקבע כי התובע יעבוד 10 שעות בשבוע, בשכר חודשי של 3,000 ₪, וכי שכרו ישולם כנגד חשבונית. בשלב זה שעה שהתובע ידע כי הועסק בעבר כנגד חשבונית ואף היה ער לאפשרות להעסיקו כעובד שכיר כפי שהעיד ביחס לתקופת העסקתו הראשונה , לא הלין כנגד העסקתו בצורה זו ואף לא העלה כל בקשה להעסיקו כעובד הנתבעות, מתחזקת מסקנתינו כי תבנית ההעסקה בתקופה השנייה משקפת את כוונת הצדדים והסכמתם בהתאם לכך.

47. שנית, היקף העבודה של התובע השתנה מעת לעת לפי צרכי הנתבעות ולפי הסכמתן, עובדה המלמדת כי לא היה כפוף לנתבעות כשם שהיה כפוף בתקופה ההעסקה הראשונה, וכמו כן לא היה נתון לפיקוחן. נוסף על כך, לאור היקף העבודה הדעת נותנת כי אף עיקר פרנסתו בתקופה השנייה לא הייתה כתוצאה מעבודתו בנתבעות.

<u>סוף דבר</u>-

48. התביעה מתקבלת בחלקה , תביעת התובע להכרה בקיום יחסי עובד ומעסיק בין הצדדים ביחס לתקופה הראשונה, מתקבלת.

49. הנתבעות ישלמו לתובע תוך 30 יום מיום המצאת פסק הדין את הסכומים הבאים:

בגין פיצויי פיטורים סך של 43,875 ₪.

פיצוי בגין העדר הפרשות פנסיוניות סך של 11,843 ₪.

בגין פדיון ימי חופשה סך של 11,250 ₪ .

בגין דמי הבראה סך של 3,440 ₪.

לסכומים הנזכרים לעיל יתווספו הפרשי ריבית והצמדה כדין החל מיום הגשת התביעה ועד התשלום המלא בפועל.

50. כן יחויבו הנתבעות בהוצאות שכר טרחת עו"ד בסך של 12,000 ₪ , אשר ישולמו תוך 30 יום מהיום אחרת יישאו הפרשי ריבית והצמדה כדין החל מהיום ועד התשלום המלא בפועל.

לצדדים זכות ערעור לבית הדין הארצי בירושלים, תוך 30 יום מיום המצאת פסק הדין.

ניתן היום, ב' טבת תש"פ, (30 דצמבר 2019), בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

נציג עובדים ברוך הראל	**רוית צדיק,שופטת, סגנית נשיאה**	**נציגת מעסיקים גב' יהודית טל**

למקור *