



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

ניתן ביום 17 מאי 2023

המערער

פבריאן ברנס

המשיבה

רהיטי רגבה אגודה שיתופית חקלאית בע"מ

לפני: הנשיאה ורדה וירט ליבנה, השופטת לאה גליקסמן, השופטת חני אופק גנדלר
נציג ציבור (עובדים) מר ירון לוינזון, נציג ציבור (מעסיקים) מר עמית שטרייט

בשם המערער – עו"ד אלון כהן, עו"ד מרדכי הוכמן
בשם המשיבה – עו"ד הדס שגיא, עוד אלירן סטריכמן

פסק דין

השופטת לאה גליקסמן

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי חיפה (השופטת קרן כהן ונציג הציבור מר סאבר שהאב; סע"ש 30858-10-16), שבו נדחתה תביעתו של המערער לתשלום זכויות שונות שהגיעו לו, לטענתו, בשל כך שלמרות שהועסק במעמד של "קבלן עצמאי" התקיימו יחסי עבודה בינו לבין המשיבה.

פסק דינו של בית הדין האזורי:

2. המערער טען כי למרות שהועסק כ"עצמאי", לאמיתו של דבר התקיימו יחסי עבודה בינו לבין המשיבה. בכתב התביעה המתוקן, שבו הסעד הכספי הועמד על סך של 1,085,825 ₪, תבע המערער זכויות שונות המגיעות לו, לטענתו, ובכללן: פיצויי פיטורים; פדיון חופשה; הפקדות לקופת גמל; הבראה; אבטלה; פיצוי בגין הפרת חוק הודעה לעובד; פיצוי בגין אי עריכת שימוע; פיצוי בגין הפרת חוק הגנת השכר (אי מסירת תלושי שכר); פיצוי בעד נזק בלתי ממוני (כגון אובדן ביטחון תעסוקתי, הזכות לצאת בפועל לחופשה, זכות ההתארגנות) שנגרם לו בשל סיווגו כ"עצמאי"; שכר בעד עבודה בשעות נוספות; הפרשי שכר בעד שעות עבודה רגילות; דמי חגים; זכויות מכוח צו ההרחבה בענף העץ (בגדי עבודה, נסיעות, אש"ל, הפרשי שכר בגין דרגות, תוספת ותק); חלף הודעה מוקדמת; הפקדות לקרן השתלמות; אובדן כושר עבודה מכוח חוק שוויון



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח – 1988 (להלן – **חוק השוויון**); שווי רכב ושווי טלפון סלולרי מכוח חוק השוויון. בהמשך ההתדיינות, ויתר המערער על חלק מרכיבי תביעתו (הפקדות לקרן השתלמות, נסיעות, ותשלום דרגות בהתאם לצו ההרחבה בענף העץ).

3. לפני בית הדין העידו:

מטעם המערער – המערער בעצמו וגב' רייצ'ל שדה, אחראי שירות לקוחות של המשיבה ואחראית על המרכיבים באזור הצפון מחדש פברואר 2013 ועד לפטוריה בחודש יוני 2017;

מטעם המשיבה – מר ישראל גל, מנהל שירות צפון בתקופה הרלוונטית להליך; גב' תמר מלול, שימשה כמנהלת משאבי אנוש וממונה על הטרדות מיניות במשיבה; מר עמיאל פורן, מנהל חנות המפעל של המשיבה; מר ערן בן בסט, סמנכ"ל מכירות המשיבה; גב' אורלי ברק, מנהלת משאבי אנוש במשיבה; מר יאיר לורי, הלקוח אצלו התקין המערער את המטבח האחרון לפני שהסתיימה ההתקשרות בין הצדדים.

4. בפסק דין מקיף, מפורט ומנומק, דחה בית הדין האזורי את התביעה. בית הדין האזורי בחן תחילה את השאלה אם התקיימו יחסי עבודה בין המערער לבין המשיבה והגיע למסקנה כי התקיימו יחסי עבודה בין הצדדים. אחר זאת, בחן מה השכר החלופי לחישוב זכויותיו של המערער כעובד ואם מגיע לו תשלום בגין זכויות סוציאליות כפועל יוצא מהקביעה כי התקיימו יחסי עבודה בין הצדדים, ותשובתו לשאלה זו הייתה שלילית.

5. כבר בשלב זה נציין כי פסק דינו של בית הדין האזורי ניתן עת היו תלויים ועומדים בפני בית דין זה ארבעה הליכים (ע"ע 15686-04-18 ו- ע"ע 12372-04-18; ע"ע 7338-10-17; ע"ע 34665-10-17), שבהם דן בית הדין בהרכב מורחב בשאלת הכרה ביחסי עובד ומעסיק בדיעבד לרבות אופן חישוב הזכויות ביחס למועסק שהוכר בדיעבד כעובד. ביום 7.4.2021 ניתן פסק הדין בהליכים אלה (להלן – **עניין כותה**).

6. נסקור תחילה את התשתית העובדתית שקבע בית הדין האזורי ולאחר מכן את מסקנותיו.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

התשתית העובדתית שקבע בית הדין האזורי:

7. המשיבה, רהיטי רגבה אגודה שיתופית חקלאית בע"מ היא אגודה שיתופית של חברי מושב רגבה העוסקת, בין היתר, בייצור מטבחים ובמתן שירותי הרכבה ותיקונים ללקוחותיה.
8. המערער עבד כעובד שכיר בתפקיד מרכיב ארונות מטבח בסניף הקריות של רגבה שיווק והפצה אגודה שיתופית חקלאית בע"מ (להלן – רגבה שיווק) מיום 1.11.1998 עד יום 31.1.2004. העסקתו הגיעה לסיומה עקב סגירת סניף הקריות של רגבה שיווק.
9. לאחר כשנה, בשנת 2005, פנתה המשיבה למערער והציעה שייתן לה שירותי הרכבה במעמד של עצמאי. המערער נענה להצעה, פתח תיק של עוסק מורשה ברשויות השונות והחל לתת למשיבה שירותי הרכבה כעצמאי, עת התמורה שולמה כנגד חשבונית.
10. בתקופת ההתקשרות עם המערער העסיקה המשיבה באזור הצפון שישה מרכיבים. חמישה מהם (כולל המערער) הועסקו כעצמאים, ומרכיב אחד הועסק כשכיר.
11. במסגרת תפקידו עסק המערער בהרכבת מטבחים שייצרה המשיבה ובמתן שירות ללקוחותיה בביתם, בהתאם להנחיות המשיבה. המטבחים והציוד הנלווה סופקו ללקוחות על ידי המשיבה באמצעות חברת הובלות, למעט אביזרים קטנים (כגון – ידיות, פח אשפה, קולט וכו') שהביא עמו המרכיב במועד ההתקנה.
12. תכנון לוח הפעילות (הרכבות ומתן מענה לקריאות שירות) של המרכיבים נעשה על ידי מר גל, מנהל שירות צפון של המשיבה. פקידת המשיבה תיאמה את מועד ההרכבה או מועד מתן השירות מול הלקוחות והמרכיב, בהתאם להנחיות מר גל. לכל הרכבה ולכל קריאת שירות הוכן תיק נפרד, והתיקים הונחו על ידי פקידת המשיבה בתאים שהועמדו לרשות המרכיבים במחסן המשיבה. טענתה של המשיבה, כי המערער החליף את תיקי ההרכבות שהונחו בתאו עם תיקי הרכבות שהונחו בתאים של מרכיבים אחרים לפי לוחות זמנים שקבע לעצמו ולפי הרווחיות שלהם נדחתה על ידי בית הדין האזורי, ונקבע כי לא הוכחה.
13. אשר למתכונת עבודתו של המערער נקבע כי הוא הגיע למפעל המשיבה בין השעות 6:30 עד 7:00 כדי לקחת את התיקים שבהם עליו לטפל באותו יום,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

ולדווח על פעילותו יום קודם. המערער לא נדרש להגיע למפעל המשיבה בסיום יום העבודה. המערער לא נדרש לדווח על פעילותו במהלך יום העבודה, אולם נדרש להיות זמין לעדכונים. המערער גם לא נדרש להחתיים כרטיס נוכחות, בניגוד למרכיב השכיר.

14. המערער נתן שירותים שישה ימים בשבוע. בדרך כלל תואמו לכל יום הרכבה אחת משעה 8:00 וארבע קריאות שירות שהאחרונה בהן בין השעות 14:00 עד 16:00. ביום שישי תואמה הרכבה אחת בלבד משעה 8:00. שישה ימים בחודש הוקצו לביצוע קריאות שירות בלבד – שמונה קריאות בכל יום.

15. המערער נדרש לבצע את עבודתו באופן אישי, ולא יכול היה לבצעה באמצעות אחרים. המשיבה סיפקה למערער בגדי עבודה עם סמל שלה, שאותם לבש כשעבד אצל הלקוחות.

16. המערער הגיע לבתי הלקוחות ברכב בבעלותו, והוא נשא בהוצאות אחזקתו, בשונה מהמרכיב השכיר שקיבל רכב מהמשיבה. בתקופה בה נשלל רישיון הנהיגה של המערער הוא העסיק עובד שהסיע אותו ללקוחות המשיבה. המערער השתמש בציוד ובנעלי עבודה שרכש בעצמו.

17. המערער לא נדרש למסור אישור מחלה בימים שבהם נעדר בעקבות מחלה, ולא נדרש לבקש אישור כדי לצאת לחופשות. אחת למספר חודשים ביקש המערער מהמשיבה שלא תשבצו למתן שירות בימים מסוימים בשל סידורים אישיים, יציאה לחופשה או למילואים.

18. התמורה בעד עבודתו של המערער שולמה לפי תפוקה, כמפורט להלן:

18.1. בעד קריאות שירות – 90 ₪ בתוספת מע"מ לשעה, כאשר קריאות השירות הוערכו לפי שעות עבודה – כשעה לכל קריאת שירות.

18.2. בעד הרכבת מטבח – סכום השווה ל-4% מעלות ייצור המטבח או ממחיר המחירון של המטבח (לפני הנחות) בתוספת מע"מ (בית הדין קבע כי המחלוקת בין הצדדים לעניין האופן המדויק של חישוב התמורה (על בסיס עלות ייצור המטבח או מחיר המחירון) אינה רלוונטית, משאין מחלוקת על התשלומים ששולמו למערער).

18.3. עבור הרכבות מיוחדות (כגון – קולט או חזית מדיח כלים) סך של 180 ₪ בתוספת מע"מ.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

- 18.4. בנוסף, שולמה למערער תמורה נוספת במקרים שבהם בוטלה התקנה או במקרים שבהם הנסיעה לבית הלקוח עלתה על 25 ק"מ.
19. המערער ביצע עבודות פרטיות, בעיקר ייעוץ לחברות המטפלות בנזקי מים. הכנסותיו מעבודות פרטיות שביצע בתקופת ההתקשרות עם המשיבה היו זעומות. בהקשר זה, נדחתה טענת המשיבה כי הכנסותיו היו בהיקף גדול יותר, כיוון שביצע עבודות פרטיות ללא מתן חשבונית כדין.
20. המערער היה רשום כעצמאי ברשויות המס, הנפיק חשבוניות והגיש דו"חות לרשויות המס, במסגרתם דיווח על הוצאות שונות ורבות.
21. המערער השתתף באירועים שארגנה המשיבה לעובדיה בשנים 2013 ו-2014, אולם נדחתה טענתו כי חויב להשתתף בהם.
22. נסיבות סיום ההתקשרות:
- 22.1. בחודשים אוקטובר 2015 ודצמבר 2015 נתקבל אצל המשיבה מידע על שני אירועי הטרדה מינית שבהם המערער הטריד עובדת ולקוחה, ונשלח אליו מכתב אזהרה בעניין. בהקשר זה דחה בית הדין האזורי את הכחשתו של המערער את האירועים. זאת, לנוכח העובדה שהמערער לא הגיב בזמן אמת למכתב האזהרה שנשלח אליו, והכחיש את האירועים רק בתצהירו ולא בכתב התביעה המתוקן, למרות שהאירועים נטענו בכתב ההגנה המקורי.
- 22.2. לקראת סוף חודש מרץ 2016 קיבלה המשיבה תלונה מלקוחה על היעלמות טבעת שהונחה במטבח במהלך שהותו של המערער בדירה לצורך ביצוע עבודות הרכבה. עם קבלת התלונה, המשיבה פנתה למערער וזימנה אותו לבירור. לפני הגעתו של המערער לבירור הוא החזיר את הטבעת ללקוחה בטענה שמצא אותה בין ניירותיו. בין מועד היעלמות הטבעת לבין החזרתה חלפו 3 ימים. ביום 30.3.2016 נערכה שיחת בירור עם המערער. לאחר שבמהלך השיחה לא הצליח לספק הסבר הגיוני לנסיבות היעלמות הטבעת ומציאתה במועד מאוחר יותר החליטה המשיבה לסיים עמו את ההתקשרות. בהקשר זה דחה בית הדין האזורי את גרסתו של המערער כי לא ידע על הסיבה לזימונו לשיחת הבירור.
- 22.3. ביום 30.3.2016 הודיעה המשיבה למערער על סיום ההתקשרות.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

התקיימו יחסי עבודה בין המערער לבין המשיבה:

23. בית הדין האזורי קבע כי התקיימו יחסי עבודה בין הצדדים, למרות שהתקיימו במתכונת ההתקשרות גם סממנים המאפיינים יחסי מזמין קבלן עצמאי.

24. בית הדין האזורי בחן תחילה את מבחן ההשתלבות על שני פניו – הפן החיובי והפן השלילי.

24.1. **אשר לפן החיובי** - בית הדין האזורי קבע כי בניגוד לטענת המשיבה בסיכומים, שירותי ההרכבה אינם בגדר פעילות משלימה אלא חלק מהפעילות הרגילה שלה. זאת, הן בשל כך שהמשיבה מעסיקה גם מרכיבים שכירים והן בשל כך שפעילות ההרכבה תואמה ופוקחה על ידי עובדי המשיבה, והמערער עסק בהרכבת מטבחים ובמתן שירות ללקוחות בהתאם להנחיות המשיבה ולסדר היום שהכתיבה. המערער ביצע אותה פעילות שביצעו מרכיבים שכירים, היה חלק מהמערך הארגוני של המשיבה, והרחקתו הייתה פוגעת בפעילותה השוטפת.

24.2. **אשר לפן השלילי** – מרבית הסממנים מצביעים על כך שהמערער לא סיפק את השירותים למשיבה במסגרת עסק עצמאי. המשיבה סיפקה את המטבחים וגבתה את התשלום עבור השירותים, וכל שנדרש מהמערער היה לבצע את ההרכבה ולספק את השירות שנדרש. המערער ביצע את השירותים באופן אישי ולא יכול היה להעסיק עובדים לצורך ביצועם, עבד בהתאם לסידור העבודה שקבעה המשיבה, והעבודות הפרטיות שביצע היו מועטות ורובן אצל לקוחות שהמשיבה הפנתה אליו. אכן, המערער השתמש ברכבו ונשא בהוצאות אחזקתו, אולם בענייננו אין מדובר בפעילות בענף ההובלה, ולא הוכח כי הרכב ששימש את המערער הוא רכב מסחרי ששימש אותו לצורך העברת סחורה ללקוחות, שכן המשיבה היא זו שהובילה את הסחורה לבתי הלקוחות. על כן במקרה זה, הרכב אינו שולל את מעמדו של המערער כעובד. אכן, למערער הייתה שליטה מסוימת על הרווחים במהלך ההתקשרות, שכן הייתה לו שליטה על סוג הרכב והוצאותיו, עלויות ציוד ולפרק זמן מסוים אף העסיק נהג. אולם, משהתמורה שולמה על פי מספר הרכבות וקריאות שירות שביצע לפי הנחיות המשיבה, לא היה לו סיכוי ממשי להגדיל את רווחיו כתוצאה מייעול עבודתו ואף לא סיכון לשאת בהפסד. אכן, המערער ניכה בדו"חות רווח והפסד הוצאות רבות (כגון פרסום וקידום מכירות, הוצאות פחת, שירותים מקצועיים, דואר



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

ותקשורת) אולם משהמערער לא ידע להסביר איזה הוצאות ניכה אין בניכוי ההוצאות כשלעצמו כדי להצביע על ניהול עסק עצמאי. העסקת הנהג הייתה לפרק זמן קצר שבו נשלל רישיון הנהיגה של המערער, ובכל מקרה אין מדובר בהעסקת עובדים בתחום שבו ניתן השירות. אשר להכנסות מעבודות פרטיות הרי שהן היו נמוכות מאד. מעבר לכך, גם אם למועסק עסק עצמאי משלו, אין בכך בהכרח כדי לשלול את מעמדו כעובד, ובהתאם לפסיקה אף יכולות להיות שתי התקשרויות עם אותו גורם – האחת במסגרת העסק העצמאי והשנייה כעובד. על כן, מתן שירותים ללקוחות פרטיים מועטים אינה שוללת את מעמדו כעובד ביחסים בינו לבין המשיבה.

24.3. לסיכום קבע בית הדין האזורי כי מבחן ההשתלבות מתקיים על שני פניו. בפן החיובי – עבודתו של המערער היתה חלק מהפעילות האינטגרלית של המשיבה; בפן השלילי – המערער ביצע את המטלות שהטילה עליו המשיבה באופן אישי ולא במסגרת עסק עצמאי חיצוני, והוא ביצע מטלות זהות לאלה שביצע עובד שכיר של המשיבה ובהיקף דומה. על כן, מתקיים מבחן ההשתלבות על שני פניו.

25. בית הדין הוסיף ובחן את **מבחני העזר**, והגיע למסקנה כי מבחני העזר מחזקים את המסקנה כי התקיימו יחסי עבודה בין הצדדים, כמפורט להלן.

26. **מבחן הקשר האישי** – המערער ביצע את עבודתו באופן אישי, ועת נעדר מסיבות שונות לא נדרש למצוא לעצמו מחליף.

27. **כפיפות ופיקוח** – המערער נדרש להגיע מדי בוקר למפעל המשיבה כדי להחזיר את תיקי העבודות שביצע ביום הקודם, ולקבל את סידור העבודה לאותו יום, בהתאם לתיאומים שביצעה המשיבה. כמו כן, היה עליו לדווח למר גל מידי יום על העבודות שבוצעו ביום הקודם ואם נותרו השלמות, ובמהלך יום העבודה נדרש להיות זמין לעדכונים. מכאן, המערער היה כפוף להוראות המשיבה, שאף פיקחה על עבודתו וביצועה. אכן, המערער היה רשאי להיעדר מעבודתו על פי רצונו וללא קבלת אישור המשיבה, אולם היה עליו להודיע על היעדרותו וכמו כן הוא לא יכול היה להיעדר לתקופות ממושכות.

28. **אספקת כלי העבודה** – המשיבה הובילה את המטבחים ואת האביזרים לבתי הלקוחות, ואף העמידה לרשות המערער תא במחסן שלה שבו הונחו תיקי ההרכבה והמוצרים הנוספים שיש לספק ללקוחות, וכן סיפקה למערער בגדי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

עבודה. אכן, הציוד העיקרי ששימש לביצוע ההרכבות וכן הרכב שבאמצעותו הגיע לבתי הלקוחות נרכש על ידי המערער, שנשא בעלות הציוד העיקרי והמהותי הנדרש לצורך ביצוע עבודתו.

29. **בלעדיות הקשר ותלות כלכלית** – המערער עבד באופן בלעדי עבור המשיבה, ולא נתן שירותי הרכבת מטבחים ומתן שירות לחברות מתחרות המייצרות מטבחים במקביל. אכן, המערער נתן שירות לקוחות פרטיים שרכשו בעבר מטבחים אצל המשיבה, וללקוחות אלה הופנה לעתים על ידי המשיבה עצמה. כמו כן, נתן שירותי ייעוץ לחברות שמטפלות בנזקי צנרת ולקוחות פרטיים נוספים. עם זאת, נוכח ההיקף המזערי של הכנסות המערער מעבודות פרטיות שביצע לעומת היקף ההכנסות מהעבודות שביצע עבור המשיבה, נוצרה בינו לבין המשיבה תלות כלכלית.

30. **אופן הצגת ההתקשרות לצדדים שלישיים** – כאמור, המשיבה תיאמה עם הלקוחות את מועד ההרכבה או מתן השירות על ידי המערער, וגבתה מהלקוחות את התשלומים. כמו כן, המערער לבש בגדים עם סמל המשיבה, והלקוחות לא יכלו להבחין בינו לבין עובד שכיר של המשיבה. לכן, צדדים שלישיים סברו שהוא עובד המשיבה.

31. **סדירות הקשר, התמשכותו ורציפותו** – המערער עבד באותו תפקיד למעלה משש עשרה שנים. תחילה עבד ברגבה שיווק הקשורה למשיבה, ולאחר הפסקה של שנה עבד למעלה מאחת עשרה שנים אצל המשיבה. אין חולק גם כי בהיות המערער מרכיב מיומן, זריז ויעיל היה ממשיך לעבוד אצל המשיבה. מכאן, שהקשר היה סדיר ונמשך שנים רבות ורצופות.

32. **אופן ביצוע התשלום ואופן הצגת ההתקשרות לפני הרשויות** – התמורה בעד עבודתו של המערער שולמה כנגד חשבוניות מס, והוא היה רשום כעצמאי ברשויות המס, ואף דיווח על הוצאות רבות ונהנה מקיזוזן כנגד הכנסותיו. אכן, מדובר בסממן המצביע על מעמד של "עצמאי", אולם במקרה הזה אין הוא מהווה "משקל נגד" לסממנים הרבים מהם עולה באופן חד משמעי שהתקיימו יחסי עבודה בין הצדדים.

33. **הסכמת הצדדים לגבי אופן ההעסקה** – אין די בהסכמת הצדדים כדי ליצור או לשלול סטאטוס של עובד אולם יש בכך כדי להצביע על כוונת הצדדים. במקרה הנדון, מר גל הוא זה שפנה למערער באופן אישי לצורך מתן השירותים, וכן לא הוצג הסכם ההתקשרות בין הצדדים (אם כי התמורה שולמה כנגד חשבונית).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

הוכח שבמהלך השנים ביקש המערער להיות מועסק כעובד שכיר, אולם משהובהר לו שבמקרה כזה השכר שישולם לו יהיה נמוך מהתמורה המשולמת לו במעמדו כעצמאי, חדל לבקש זאת. העובדה שההבדל המהותי היחיד בין עבודה כקבלן עצמאי לבין עבודה כעובד שכיר היא התמורה מצביעה על כך שמדובר במערכת של יחסי עבודה תחת כסות של יחסי מזמין – קבלן עצמאי. בנסיבות אלה, למרות שהתמורה שולמה כנגד חשבונית מס הצדדים ידעו שמדובר ביחסי עובד – מעסיק.

34. **ההקשר התעשייתי** – בית הדין ציין כי בהתאם לפסיקה עליו להתחשב גם בהקשר התעשייתי ובהשלכות העשויות לנבוע מהכרעתו. בית הדין קבע כי אכן קיים נוהג של העסקת מרכיבים עצמאיים, אולם הוכח כי המשיבה מעסיקה גם עובדים שכירים, וכי התנהלותה כלפי המרכיבים העצמאיים זהה להתנהלותה כלפי המרכיבים השכירים, פרט לצורך בהחמת כרטיס נוכחות, קבלת אישור לחופשה ואופן חישוב התמורה. כמו כן, המשיבה גבתה את התשלומים עבור ביצוע השירותים שסיפק המערער ובסוף כל חודש שילמה לו את התמורה עבור השירותים. עובדה זו מצביעה על כך שאף אם בהקשר התעשייתי מרבית המרכיבים מספקים שירות כקבלנים עצמאיים, הרי שבמקרה הספציפי של המערער התקיימו יחסי עבודה בין הצדדים, ואין בהקשר התעשייתי כדי לשנות מהמסקנה בדבר קיומם של יחסי עבודה בין הצדדים. בהקשר זה קבע בית הדין האזורי כי אין רלוונטיות למתכונת ההתקשרות עם מרכיבים אחרים ובמקומות עבודה אחרים, וכל מקרה יבחן לגופו לפי נסיבותיו. בית הדין אזכר את פסק דינו של בית הדין האזורי בעניין עב (חי) 93/06 **שפירא – רגבה שיווק והפצה בע"מ** (24.9.2009) (להלן – **עניין שפירא**) במסגרתו נדחתה תביעה של מרכיב עצמאי להכרה ביחסי עבודה בינו לבין המשיבה, אולם לא התייחס אליו ולהשלכותיו על המקרה שלפנינו.

35. על יסוד כל האמור לעיל קבע בית הדין האזורי כי התקיימו יחסי עבודה בין המערער לבין המשיבה.

השכר לחישוב זכויותיו של המערער וזכאות המערער לסעדים שנתבעו:

36. כאמור, בית הדין האזורי דן בהליך מושא הערעור בטרם ניתן פסק הדין בעניין **כותה**. על כן, בית הדין קבע שיש לבחון את זכויותיו של המערער בהתאם לפסיקה נכון למועד פסק הדין פסק הדין בעניין **רופא** [ע"ע (ארצי) 110/10 **רופא**



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

– **מרקם סוכנות לביטוח בע"מ** (2.12.2011) ופסק הדין בעניין **עמיר** [ע"ע (ארצי) 3575-10-11 ענת עמיר – חברת החדשות הישראלית בע"מ (21.1.2015)], וביסס את הכרעתו בעיקר על פסק הדין בעניין **עמיר**.

37. בית הדין דחה את טענתו של המערער שיש להחיל בעניינו בהתאם לפסק הדין בעניין **עמיר** את "הגישה ההרתעתית" ולא את "הגישה החישובית". בית הדין קבע כי אכן המשיבה היא שיזמה את מתכונת ההתקשרות מזמין – קבלן עצמאי, אולם הדבר לא נעשה בחוסר תום לב או כדי לשלול מהמערער זכויות קוגנטיות, אלא מתוך אינטרס של המשיבה לספק שירות יעיל ומהיר ללקוחותיה. גם העובדה שהמשיבה שילמה למרכיב עצמאי תמורה הרבה יותר גבוהה מזו המשולמת למרכיב שכיר מלמדת על כך שמתכונת ההתקשרות כקבלן עצמאי לא הוצעה בחוסר תום לב או מרצון להתחמק מתשלום זכויות אלא מתוך אינטרס ענייני – לספק שירות מהיר ויעיל ללקוחות. בית הדין הוסיף וקבע כי במהלך תקופת ההתקשרות, לאחר שהמערער בחן את האפשרות לשנות את מתכונת ההתקשרות לעובד שכיר, בחר במודע להמשיך במתכונת ההתקשרות כקבלן עצמאי כדי לא לפגוע ברמת השתכרותו, והייתה לו אפשרות לשנות את מתכונת ההתקשרות להעסקה כעובד שכיר בתנאים המשולמים לעובדים שכירים במעמדו. לא הייתה גם מניעה לקלוט את המערער כעובד שכיר, שכן המשיבה העסיקה גם מרכיבים שכירים. לנוכח האמור, אין ליישם בעניינו של המערער את "הגישה ההרתעתית" אלא את "הגישה החישובית".

38. בית הדין קבע כי יש להשוות את התמורה ששולמה למערער לעלות העסקתו של עובד שכיר ותיק במשיבה שהחל לעבוד במשיבה בשנת 1996, ודחה את טענת המשיבה כי יש לערוך את ההשוואה לעלות ההעסקה הממוצעת של שלושה עובדים שכירים, לנוכח העובדה ששניים מהם היו בוותק נמוך משל המערער.

39. בית הדין דחה מכל וכל את טענתו של המערער כי לא הוכח שתלושי השכר שהציגה המשיבה הם של עובדים שכירים המועסקים בתפקיד מרכיב.

40. בית הדין דחה את טענתו של המערער בדבר השוני בימי העבודה ובשעות העבודה שבינו לבין העובד השכיר, וקבע כי שניהם עבדו באותה מתכונת – שישה ימי עבודה בשבוע, לרבות בשעות נוספות, ודחה את טענת המערער כי רכיב השכר שעות נוספות גלובליות ששולם למרכיב השכיר, שולם לו באופן פיקטיבי מבלי שעבד בשעות נוספות. בהקשר זה בית הדין ציין כי אכן הראיה הטובה ביותר להוכחת שעות העבודה של מרכיב שכיר הן דו"חות הנוכחות שלו,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

אולם עלה בידי המשיבה להוכיח באמצעות גבי שדה, שהעידה **מטעם המערער**, שהכינה את סידורי העבודה של המרכיבים ובאמצעות תלושי השכר של המרכיבים השכירים את שעות עבודתם של המרכיבים השכירים, ולכן אין לזקוף לחובת המשיבה אי הגשת דו"חות הנוכחות של העובדים השכירים. בית הדין ניתח באופן מדוקדק ומפורט את העדויות והראיות וקבע כי המערער לא הוכיח את טענתו כי עבד שעות עבודה רבות יותר מאלה של המרכיב השכיר. מסקנה זו ביסס בית הדין האזורי על עדותה של גבי שדה, מר גל, מר בן בסט **והמערער עצמו**, ובכלל זאת על כך שלא ניתן לקבל את התחשיבים שהציג המערער בתצהירו (שנסתרו בעדותו בחקירה נגדית). בהתייחס לטענת המערער כי יש להביא בחישוב היקף עבודתו גם את שעות הנסיעה מלקוח ללקוח, הכלולות ביום עבודתו של המרכיב השכיר, בעוד שהמערער קיבל בעדן תשלום רק אם עלו על 25 ק"מ, קיבל בית הדין את טענת המשיבה כי מדובר בטענה שהועלתה לראשונה בסיכומים ולכן מהווה הרחבת חזית. בנוסף קבע, כי גם אם ניתן לקבל כי במקרים מסוימים התמורה בעבור קריאת שירות כולל זמן הנסיעה ללקוח נמוכה מעלות ההעסקה של המרכיב השכיר, יש לערוך את ההשוואה על יסוד התמורה הכוללת ששולמה למערער בעד השירותים. בחינה זו, בהתחשב בתמורה הגבוהה ששולמה בעד הרכבת מטבח (4% מעלות הייצור), מעלה כי התמורה הכוללת ששולמה למערער גבוהה משמעותית מעלות העסקת מרכיב שכיר.

4.1. אשר למרכיבי תחשיב הזכויות המגיעות לעובד שכיר :

41.1. **זכויות מכוח צו ההרחבה בענף העץ** - בית הדין האזורי דחה את טענתו של המערער כי חלות על העובד השכיר הוראות צו ההרחבה בענף העץ. בית הדין אף התייחס לרכיבים הקונקרטיים בצו ההרחבה שהמערער טען שיש לכלול אותם בתחשיב וקבע כי אין זכאות לרכיב אש"ל על פי הוראות צו ההרחבה; תחשיב תוספת הוותק שהציג המערער אינו נכון שכן הזכאות בצו הרחבה היא בשקלים ישנים ולא בשקלים חדשים; הזכות לביגוד היא לביגוד בעין והמשיבה סיפקה למערער ביגוד. לפיכך, אין לכלול בתחשיב הזכויות המגיעות למרכיב שכיר זכויות מכוח צו ההרחבה בענף העץ, והמערער אינו זכאי להן.

41.2. **דמי חגים** - בית הדין האזורי קבע כי אין להביא בחשבון עלות העסקת עובד שכיר את הזכאות לדמי חגים, כיוון שמשולמת למרכיב



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

השכיר משכורת חודשית, הכוללת את התשלום עבור ימי חג שחלים בתקופת העבודה, והזכאות לתשלום עבור ימי חג היא רק לעובדים יומיים או שעתיים.

41.3. **חלף הודעה מוקדמת** – נדחתה הטענה כי יש להביא בחשבון בתחשיב חלף הודעה מוקדמת. ראשית, אין הכרח שמרכיב שכיר יפוטר ויהיה זכאי להודעה מוקדמת, וגם אם יפוטר אפשר שיידרש לעבוד בתקופת ההודעה המוקדמת. שנית, אם מרכיב שכיר היה מפוטר באותן נסיבות שבהן הסתיימה ההתקשרות עם המערער – היעלמות הטבעת, כפי הנראה הייתה נשללת זכאותו להודעה מוקדמת, לכל הפחות.

42. על יסוד קביעות אלה, ולאחר ניתוח מפורט של תלושי השכר וזכויותיו של המרכיב השכיר אל מול עלות התמורה ששולמה למערער, הגיע בית דין האזורי למסקנה כי קיים פער משמעותי ביותר בין עלות התמורה ששולמה למערער בהשוואה לעלות העסקה של מרכיב שכיר. יצוין, כי בית הדין האזורי ערך מספר תחשיבים – עלות העסקה של עובד שכיר כולל הוצאות רכב וטלפון, עלות העסקה של עובד שכיר בניכוי הוצאות רכב וטלפון. בית הדין השווה לעלות העסקה של עובד שכיר את התמורה הכוללת ששולמה למערער, את ההכנסה החייבת במס לאחר ניכוי הוצאות הקשורות למתן השירותים ואף את הרווח הנקי של המערער לאחר הפחתה מההכנסה של כל ההוצאות שנוכו על ידו, למרות שחלקן היו הוצאות אישיות שאינן קשורות לפעילותו עבור המשיבה. על פי **כל החלופות**, התמורה ששולמה למערער הייתה גבוהה משמעותית מעלות העסקתו של העובד השכיר המקביל.

42.1. **שכרו החודשי של המרכיב השכיר** (כולל אחזקת רכב ושווי שימוש בטלפון) הוא 14,385 ₪;

42.2. **עלות העסקתו של המרכיב השכיר כולל עלות אחזקת רכב ושווי שימוש בטלפון** היא 18,678 ₪ { 1,250 ₪ X 166.03% (6% הפרשות לפנסיה + 8.33% הפרשות לפיצויים + 1% הפרשות לאובדן כושר עבודה + 7.5% הפרשות לקרן השתלמות + 7.7% חופשה + 5% מחלה + 2.5% דמי הבראה + 28% עלות אחזקת רכב וטלפון) }.

42.3. **עלות העסקתו של המרכיב השכיר ללא עלות אחזקת רכב ושווי שימוש בטלפון** היא 15,528 ₪ { 11,250 ₪ X 138.03% (6% הפרשות



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

לפנסיה + 8.33% הפרשות לפיצויים + 1% הפרשות לאובדן כושר עבודה + 7.5% הפרשות לקרן השתלמות + 7.7% חופשה + 5% מחלה + 2.5% דמי הבראה}.

43. אשר לתמורה ששולמה למערער קבע בית הדין האזורי כי בממוצע שולם למערער סך של 35,265 ₪ בממוצע לחודש. בהשוואה בין עלות העסקת עובד שכיר לבין התמורה ששולמה למערער, קבע בית הדין האזורי כי **"התמורה ששולמה לתובע כוללת תשלום עבור כל הוצאותיו, לרבות הוצאות אחזקת רכב ושימוש בטלפון. לפיכך, יש להשוות את התמורה לעלות השכר של המרכיב השכיר כולל עלות אחזקת רכב וטלפון"**. על כן, התמורה ששולמה למערער גבוהה ביותר מ- 80% מעלות השכר של המרכיב השכר, כולל עלות אחזקת רכב וטלפון. גם אם תיערך ההשוואה בין ההכנסה החייבת במס על פי דו"חות רווח והפסד, לאחר ניכוי כל ההוצאות האפשריות לרבות כאלה שעובד שכיר אינו יכול לנכות ממשכורתו – ההכנסה החייבת בממוצע לחודש עמדה על סך של 23,896 ₪. גם הרווח הנקי של המערער, עמד על 21,933 ₪ לחודש, והיה גבוה מעלות העסקתו של עובד שכיר.

לנוכח האמור, הן על פי הגישה החישובית כפי שנקבע בעניין **עמיד**, והן על פי גישתו של בית הדין הארצי בעניין **רופא** (שלפיה יש לבחון את הפער בין התמורה ששולמה למועסק לבין השכר של העובד השכיר), יש לדחות את תביעתו של המערער, שכן לאחר קיזוז התמורה ששולמה למערער ביתר בהשוואה לעלות העסקתו של עובד שכיר הוא אינו זכאי לתשלום כלשהו בגין זכויותיו כעובד.

44. בהתייחס לסעדים שתבע המערער קבע בית הדין האזורי כך:

44.1. **פיצויי פיטורים וחלף הודעה מוקדמת** – ההתקשרות עם המערער הופסקה בשל היעלמות הטבעת מביתה של הלקוחה, והמערער לא סיפק הסבר המניח את הדעת להיעלמות הטבעת **"בלשון המעטה"**. לנוכח האמור, בהתאם לפסיקה, כפי הנראה היו נשללים מהמערער חלק מפיצויי הפיטורים, ולכל הפחות הייתה נשללת ממנו הודעה מוקדמת. בכל מקרה, במסגרת חישוב עלות השכר של המרכיב השכיר הובא בחשבון מלוא שיעור פיצויי הפיטורים להם הוא זכאי בשיעור של 8.33% ללא הפחתה כלשהי.

44.2. **פדיון חופשה, הפקדות לקופת גמל, דמי הבראה** – הובאו בחשבון בעת חישוב עלות העסקת המרכיב השכיר.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

- 44.3. **דמי אבטלה** – גם אם המערער היה מסווג כעובד שכיר הוא לא היה זכאי לכך שהמשיבה תשלם לו דמי אבטלה, והיה עליו להגיש תביעה נגד המוסד לביטוח לאומי ולהתנהל מולו.
- 44.4. **פיצוי בגין אי מתן הודעה לעובד** – מערכת היחסים המוסכמת על שני הצדדים הייתה של מזמין קבלן עצמאי, והיא לא הייתה נגועה בחוסר תום לב. על כן, קביעה בדיעבד של יחסי עבודה לא מטילה על המשיבה חובות מכוח חוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה (תנאי עבודה והליכי מיון וקבלה לעבודה), התשס"ב – 2002.
- 44.5. **פיצוי בגין אי עריכת שימוע** – יש לבחון את אופן סיום היחסים בהתחשב בהגדרה המוסכמת של מערכת היחסים. מכל מקום, נערכה למערער שיחה לפני סיום ההתקשרות שבה נערך בירור על היעלמות הטבעת וניתנה לו אפשרות להסביר את המקרה, ומשלא עלה בידו לשכנע בגרסתו הוחלט לסיים את ההתקשרות עמו. שיחת בירור זו ממלאת אחר התכלית שבבסיס הדרישה לעריכת שימוע לפני פיטורים.
- 44.6. **תשלום עבור עבודה בשעות רגילות ובשעות נוספות** – בין המערער לבין המשיבה נערכה מדי חודש התחשבות, ולעתים תוקנה התמורה ששולמה בהתאם להערות ודרישות המערער, ולא עלה בידי המערער להוכיח כי הוא זכאי לתשלום נוסף מעבר לתשלומים ששולמו לו. זאת ועוד. פרט לקריאות שירות, שולמה למערער תמורה על יסוד תפוקה ולא על יסוד שעות עבודה, והמערער תבע תשלום עבור שעות עבודה שאינו זכאי להן על פי הסכם ההתקשרות (שעות נסיעה בין לקוחות, עבודות סבלות, זמני המתנה).
- 44.7. **דמי חגים** – המערער היה זכאי לתשלום זה אילו הועסק כעובד שכיר.
- 44.8. **זכויות מכוח צו ההרחבה בענף העץ** – צו ההרחבה אינו חל על יחסי הצדדים, ובכל מקרה אין זכאות לזכויות שנתבעו.
- 44.9. **ביטוח בעד אובדן כושר עבודה** – הובא בחשבון בעת חישוב עלות העסקת עובד שכיר.
- 44.10. **רכב** – אילו המערער היה מועסק כעובד שכיר הוא היה זכאי להוצאות רכב.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

44.11. **שווי טלפון נייד** – אילו המערער היה מועסק כעובד שכיר הוא היה זכאי להוצאות טלפון.

44.12. **פיצוי בשל הפרת חוק הגנת השכר** – דין התביעה ברכיב זה להידחות, לנוכח ההסכמה על מתכונת עבודה של מזמין – קבלן עצמאי, ועל כן לא חלה החובה להמציא למערער תלושי שכר.

לסיכום – בית הדין האזורי קבע כי אם היה נקבע שעלות התמורה ששולמה למערער הייתה נמוכה מעלות השכר של המרכיב השכיר - המערער היה זכאי רק לרכיבי פדיון חופשה, הפקדות לתגמולים, דמי הבראה, הוצאות רכב וטלפון והפקדות לאובדן כושר עבודה. מבלי לקבוע מסמרות, המערער היה זכאי לפיצויי פיטורים חלקיים בשל נסיבות סיום עבודתו ורכיב חלף הודעה מוקדמת היה נשלל ממנו. כמו כן, המערער לא היה זכאי לרכיבי התביעה האחרים.

45. **הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד**: בשים לב להיקף ההליכים ולתוצאה נפסק כי המערער ישלם למשיבה הוצאות משפט בסך של 3,500 ₪ ושכ"ט עו"ד בסך של 20,000 ₪.

תמצית טענות הצדדים בערעור:

46. לטענת המערער, משהמשיבה לא ערערה על פסק הדין, נקודת המוצא לדיון היא כי התקיימו יחסי עבודה בין הצדדים.

47. טענתו העיקרית של המערער היא כי המשיבה לא הרימה את הנטל המוטל עליה להוכיח את השכר החלופי של מרכיב שכיר. לטענתו, כלל לא הוכח שתלושי השכר שהוגשו על ידי המשיבה הם של עובדים שהועסקו בתפקיד מרכיב. מעבר לכך, בית הדין האזורי שגה בעריכת ההשוואה בין התמורה הכוללת ששולמה לו לבין שכר של מרכיב שכיר וזאת מנימוקים רבים, ובכללם: המרכיב השכיר אליו הושווה המערער הועסק בסניף הרצליה, ולכן אין לקבל את עדותם של עדי המשיבה בנוגע אליו, שכן לא היה להם מושג על מתכונת עבודתו, היקף עבודתו וכו', והם לא תיאמו את שעות עבודתו; מעבר לכך, המשיבה עצמה טענה בסיכומיה שאין להסתמך על עדותה של גבי' שדה שהעידה מטעם המערער; היה על בית הדין לזקוף לחובת המשיבה אי הגשת דו"חות הנוכחות של העובדים השכירים וראיות נוספות (הסכם העבודה של המרכיב השכיר, סידורי עבודה, רשימת כתובות של הלקוחות) וכן אי העדת מנהל חנות חיפה בתקופת עבודתו של המערער; מתלושי השכר של המרכיבים השכירים וכן מעדותה של גבי' ברק



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

עולה כי המרכיבים השכירים עבדו חמישה ימים בשבוע ולא שישה ימים בשבוע, כפי שעבד המערער; תשלומי הרכב והטלפון ששולמו למרכיב השכיר היו הטבת שכר ולכן אין להשוות בינם לבין הוצאות רכב וטלפון שנשא בהן המערער; למרכיב עצמאי באזור הצפון שולם סך של 90 ₪ בעד קריאת שירות בעוד שלמרכיב עצמאי באזור המרכז שולם סך של 70 ₪ לקריאת שירות בשל השוני במרחקי הנסיעה בין הלקוחות, והיה צריך להפחית 20 ₪ לכל קריאת שירות בעת עריכת ההשוואה; ההשוואה נעשתה בין שכר של המרכיב השכיר בשנת 2016 לבין תמורה קבלנית לאורך התקופה מ-2010 עד 2015; נטל ההוכחה בדבר היקף שעות עבודתו של המערער מוטל על המשיבה ולא על המערער, ובכל מקרה המערער הוכיח כי עבד בשעות נוספות; לא זו בלבד, אלא בית הדין האזורי החמיר עם המערער וקבע כי אין לקבל כראייה מסמכים שצורפו לסיכומי התשובה ולא הוגשו בשלב הראיות, אולם הסתמך על מסמכים שהוגשו בצירוף לתצהירה של גבי ברק כתמיכה לבקשה שהוגשה לאחר הגשת סיכומי התשובה ולא היו חלק מחומר הראיות.

48. המערער הדגיש כי מסקנת בית הדין האזורי בדבר היקף עבודה דומה שלו ושל

מרכיב שכיר אינה עולה בקנה אחד עם עדויות עדי המשיבה, אשר הסבירו כי ה"יתרון" בהעסקת מרכיב עצמאי היה היעילות והזריזות במתן השירותים לנוכח תשלום השכר על בסיס תפוקה, להבדיל מהמרכיב השכיר שקיבל שכר על בסיס שעות עבודתו, והיכולת להפעיל את המרכיב העצמאי בגמישות בהתאם להיקפי העבודה המשתנים, וכך עם עדותו של מר גל שלפיה שילם למרכיב העצמאי תמורה על פי שיקול דעתו ולא בהתאם למגוון על פי החוק. כך, עת נסע המערער במשך שעה לקריאת שירות לא קיבל שכר בעד זמן הנסיעה, בעוד שזמן הנסיעה הוא חלק משעות העבודה של המרכיב השכיר; התשלום בעד הרכבה היה אחיד, 4% מעלות הייצור, כך שככל שמדובר בהרכבה שלביצועה נדרשו שעות עבודה רבות, התמורה ששולמה למערער הייתה נמוכה משמעותית משכרו של המרכיב השכיר.

49. בהתייחס לחישוב שכרו של המרכיב השכיר המערער חזר על טענותיו שהעלה

בבית הדין האזורי ובכלל זאת הטענה כי רכיב שעות נוספות גלובליות ששולם למרכיב השכיר היה פיקטיבי; תחולת צו ההרחבה בענף העץ והזכויות המגיעות למרכיב שכיר על פיו; יש להביא בחשבון גם שעות עבודתו של המערער, לרבות זמני הנסיעות בין הלקוחות.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

50. **בהתייחס לקביעתו של בית הדין האזורי כי הייתה למערער אפשרות להיות מועסק כעובד שכיר טען כי אין לקבל את עדותו של מר גל, ובכל מקרה משניתנו לו נתונים לא נכונים על שכרו של המרכיב השכיר היה בכך משום הטעיה וסיכול היכולת למצות בחינת חלופה זו. בנוסף, מר גל הפנה אותו למר פורן, שלא הייתה לו סמכות לקבוע את מתכונת ההעסקה, ולכן מדובר למעשה בסירוב לבקשתו.**

51. **בהתייחס לנסיבות סיום ההתקשרות טען המערער כי בניגוד לקביעתו של בית הדין האזורי, המערער הכחיש את אירועי ההטרדה המינית כבר בכתב התביעה המתוקן ולא רק בתצהיר עדותו, ואין בסיס לקביעתו של בית הדין האזורי כי המערער ביצע "שתי עבירות פליליות של הטרדה מינית"; לעניין היעלמות הטבעת טען המערער כי הנטל להוכחת "גניבה" הוא נטל מוגבר, והמשיבה לא הרימה אותו. בכלל זאת, זומן לעדות בעלה של הלקוחה שלא היה בבית בעת ההרכבה ולא זומנה לעדות הלקוחה עצמה; לא העיד מנהל סניף חיפה, שתלונת הלקוחה התקבלה על ידו; לא נערך למערער שימוע כדין עובר לסיום ההתקשרות.**

52. **בהתייחס לסעדים שנתבעו טען המערער כי משנקבע שהתקיימו בין הצדדים יחסי עבודה, חלות על המשיבה כל החובות מכוח דיני עבודה, ובכלל זאת מתן הודעה על תנאי עבודה והנפקת תלושי שכר והוא זכאי לפיצוי בשל הפרתו. כמו כן, בית הדין האזורי כלל לא התייחס לתביעתו לפיצוי בגין נזק לא ממוני בשל פגיעה בביטחון התעסוקתי.**

53. **בהשלמת הטיעון לאחר מתן פסק הדין בעניין כותה טען המערער כי המשיבה נהגה בחוסר תום לב עת סיווגה אותו כעצמאי, ואין לקבל בהקשר זה את קביעת בית הדין האזורי כי המניע להעסקתו של מרכיב כעצמאי היה מתן שירות "יעיל וזריז", ובכל מקרה אין במניע זה כדי להצדיק ריקון מכל תוכן של חובותיה של המשיבה כמעסיקה; כפי שקבע בית הדין האזורי, המשיבה ידעה כי מתקיימים יחסי עבודה בין הצדדים, ובדין נדחתה הסתמכות המשיבה על פסק הדין בעניין שפירא; בקשתו של המערער להיות מועסק כעובד שכיר נפלה על אזניים ערלות, ולמערער ולחבריו לא הייתה ברירה אלא להמשיך להיות מועסקים כקבלן עצמאי, על פי החלטתה של המשיבה; תקופת הקורונה המחישה את החשיבות של הסיווג הנכון; על פי השיקולים שנמנו בעניין כותה לקביעת שיעור הפיצוי הלא ממוני, יש לפסוק למערער פיצוי בגין נזק לא ממוני על הצד הגבוה**



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

– המשיבה יזמה את ההתקשרות עמו כקבלן עצמאי, לא הציעה לו הצעה קונקרטית לעבוד כשכיר, המערער עבד שעות ארוכות מבלי ששולם לו שכר בעד עבודה בשעות נוספות, המערער הואשם בהטרדה מינית ללא שנוהל הליך כדין בהתאם להוראות החוק, יש להרתיע את המשיבה (ומעסיקים אחרים) מהעסקת עובדים שכירים בכסות של עצמאיים.

54. **המשיבה טענה כללית** כי הערער סב על שורה ארוכה של ממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי בית הדין האזורי, ואין מקום להתערב בהם, במיוחד לנוכח העובדה שהמערער לא צירף לסיכומיו תיק מוצגים עליהם הוא מבסס את טענותיו, ומפנה או מצטט באופן חלקי ומגמתי את הראיות ואת העדויות; אין להתערב במסקנת בית הדין האזורי בדבר מהימנות העדויות; חלק מטענותיו של המערער בערעור הן בגדר הרחבת חזית – מבוקש לפסוק סעדים שלא נתבעו או לפסוק סעדים בסכום גבוה מהסכומים שנתבעו בכתב התביעה המתוקן.

55. **אשר לקיומם של יחסי עבודה** המשיבה טענה כי אינה מערערת על הכרעת בית הדין האזורי בדבר קיום יחסי עבודה (אם כי לגישה פסיקה זו אינה נכונה), אולם גם לפי קביעתו של בית הדין האזורי אין מדובר במקרה מובהק והתקיימו סממנים המאפיינים יחסי מזמין קבלן עצמאי. מכל מקום, בית הדין האזורי קבע כי ההתקשרות בין הצדדים לא נעשתה בחוסר תום לב או מתוך רצון לשלול זכויות קוגנטיות, וכמו כן הייתה למערער אפשרות להיות מועסק כעובד שכר תוך תשלום תמורה מופחתת. המערער גם העלה את טענותיו לאחר תקופה ארוכה, ולאחר שנהנה מהיתרונות של העסקתו כעצמאי, כגון ניכוי הוצאות שאינן קשורות לפעילותו עבור המשיבה. מכאן, כי המערער הוא זה שנוהג בחוסר תום לב ולא המשיבה.

56. **אשר לתחשיב השכר החלופי** טענה המשיבה כי יש לדחות את כל טענותיו העובדתיות של המערער; בית הדין יישם נכונה את הפסיקה, ואף קבע שכר חלופי גבוה מדי, שכן ראוי היה לחשב את השכר החלופי על פי ממוצע של שלושה מרכיבים שכירים מקבילים ולא רק של מרכיב שכיר אחד; היקף הפעילות של שלושת המרכיבים השכירים היה דומה, ועל כן יש לדחות את הטענה כאילו העדויות לא התייחסו לעבודתו של המרכיב השכיר אליו הושווה המערער; הפער בין התמורה ששולמה למערער לבין שכרו של מרכיב שכיר גבוה מזה שקבע בית הדין האזורי. כך, שווי רכב וטלפון נייד שנוקפו בשכר העובד השכיר היו גבוהים מהעלות בפועל שנשאה בה המשיבה; עלויות המעסיק בעד



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

תקופות מחלה היו נמוכות יותר; לא לכל המרכיבים השכירים נפתחה קרן השתלמות; המערער שילם מס הכנסה מופחת בהשוואה לעובד השכיר, עקב ניכוי הוצאות רבות. בהקשר זה טענה המשיבה כי נטלי ההוכחה חלים על המערער, ואין להחיל עליה בדיעבד את נטל ההוכחה בהתאם להוראות חוק הגנת השכר, תשי"ח – 1958.

57. **אשר לנסיבות סיום קשר העבודה טענה המשיבה** כי הליכי סיום ההתקשרות נעשו כדין, וכי מדובר בנסיבות חמורות, שסביר להניח כי היו שוללות מהמערער פיצויי פיטורים במלואם. נוכח האמור, המערער גם אינו זכאי לפיצוי בגין פגיעה בביטחון התעסוקתי, שכן בנסיבות סיום התקשרות החמורות לא הייתה יכולה לסייע לו "רשת ביטחון" של עבודה מאורגנת, **שלא קיימת** במשיבה.

58. **בהתייחס לטענותיו האחרות של המערער טענה המשיבה** כי צדק בית הדין האזורי בקביעתו כי הוראות צו ההרחבה בענף העץ אינן חלות על יחסי העבודה בין הצדדים; בדין נדחו טענותיו של המערער לתשלום נוסף בעד שירותים שנתן או שעות נוספות; המערער לא הוכיח זכאות לדמי אבטלה; בית הדין האזורי לא קיבל שום מסמך שצורף לסיכומי המשיבה, ותלושי השכר שצורפו לתצהיר התומך בבקשה להוצאת מסמכים שצירף המערער לסיכומים הוגשו על מנת לשלול את טענות המערער כי לא גולו לו המסמכים ולא כראייה בהליך, וגם לא נעשה במסמכים אלה שימוש במסגרת פסק הדין. עוד טענה המשיבה כנגד התנהלותו הדיונית של המערער (הרחבת חזית ואי הגשת תיק מוצגים) וטענה כי בשל כך יש לחייבו בהוצאות בשיעור גבוה.

59. **בהשלמת טיעון לאחר מתן פסק הדין בעניין כותה** טענה המשיבה כי גם בהשלמת הטיעון חרג המערער ממסגרת הדיון, שכן לא היה מקום להעלות טענות בנוגע לאופן חישוב השכר החלופי, לנוכח העובדה שבעניין **כותה** לא שונתה ההלכה בנושא זה, אלא אומצה "הגישה החישובית" כפי שגובשה בפסק הדין בעניין **עמיר**; כמו כן, הועלו בהשלמת הטיעון טענות עובדתיות חדשות; על פי עמדות כל השופטים בעניין **כותה**, יש להתחשב בשאלת תום לבו של העובד, והשוני הוא בשלב הדיון שבו תידון השאלה – השלב הראשון של הכרה ביחסי עבודה או השלב השני של בחינת השאלה אם יש לפסוק לזכות העובד פיצוי לא ממוני. במקרה הנדון, אפשר שלאור העמדה בעניין השלכות הפרת חובת תום הלב בעניין **כותה** התביעה הייתה נדחית כבר בשלב הראשוני, והמשיבה הייתה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

שוקלת לערער על הקביעה בדבר קיום יחסי עבודה אילו ניתן פסק הדין מושא הערעור לאחר פסק הדין בעניין **כותה**.
60. בכל מקרה, אין מקום לפסוק לזכות המערער פיצוי לא ממוני, וזאת מנימוקים אלה:

60.1. גם אם נפסק שקיימים יחסי עבודה בין הצדדים, מדובר לכל היותר במקרה גבולי: המערער עבד בעבר כשכיר בחברה אחת למשיבה, וביקר להתקשר מול המשיבה כעצמאי (היינו – ויתור מדעת על זכויות קוגנטיות תמורת רווח כספי משמעותי); ההתקשרות הייתה לאורך שנים ארוכות, והמערער ממשיך ופועל במסגרת עסקו העצמאי גם בשנים שלאחר סיום ההתקשרות מול המשיבה, עובדה המשקפת כי למערער "הילך רוח" של עצמאי בהתנהלות השוטפת; בחירה עצמאית של הלקוחות; הבעלות על כלי עבודה; העדר מחויבות הדדית לקבל על עצמו עבודות שהופנו אליו ומצד המשיבה לספק עבודות; בחירת סוגי העבודות שהוא מספק ואלו שאינו מספק; העדר דיווח שוטף על זמני העבודה תחילת יום עבודה וסיומו.

60.2. המשיבה פעלה בתום לב, ולא ניצלה את חולשתו של המערער, והמערער אינו בגדר "עובד מוחלש".

60.3. הפער הגדול בין התמורה הקבלנית ששולמה למערער בהשוואה לשכרו של עובד שכיר מקביל.

60.4. המערער העדיף בזמן אמת להתקשר עם המשיבה כקבלן עצמאי בשל היתרונות הגלומים בהעסקה מסוג זה, ובעיקר התמורה הגבוהה ששולמה לו בהשוואה לשכר ששולם לעובד שכיר. גם במהלך ההתקשרות, יכול היה המערער לשנות את מתכונת ההעסקה לשכיר, אך הוא בחר במודע להמשיך להיות מועסק כעצמאי, תוך ניצול ההטבות הגלומות במעמד זה, ובכלל זאת ניכוי הוצאות מהכנסתו שאינו אפשרי בהעסקה במעמד של עובד שכיר. בהקשר זה הודגש כי לפי קביעת בית הדין האזורי המערער ניכה הוצאות שאין קשר בינו לבין השירותים שנתן למשיבה. התנהלות זו של המערער נגועה בחוסר תום לב.

60.5. המערער נהנה מגמישות תעסוקתית ואף נתן שירותים ללקוחות נוספים.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

60.6. ההקשר התעשייתי הוא העסקת מרכיבים בענף הרהיטים כקבלנים עצמאיים, וגם לאחר סיום ההתקשרות עם המשיבה המערער מועסק כמרכיב עצמאי בחברה מתחרה למשיבה (מטבחי סמל).

60.7. לא קיימת במשיבה מערכת יחסי עבודה קיבוציים המיטיבה עם ציבור העובדים ולא נשללה מהמערער הזכות להיות חלק ממערכת יחסי עבודה קיבוציים מיטיבים.

60.8. המערער נהג בחוסר תום לב הן בהעלאת התביעה לאחר פרק זמן ארוך של כ- 12 שנים, לאחר שניצל את הטבות המיסוי הנגזרות ממעמדו, והן בניהול ההליך, לרבות תביעת רכיבי תביעה בכפל והצגת תחשיבים מטעים ומוטעים.

הכרעה:

61. לאחר בחינת טענות הצדדים, לרבות בהשלמת הטיעון שהוגשה בעקבות פסק דין **כותה**, וככלל חומר התיק, הגענו לכלל מסקנה כי דין הערעור להידחות מנימוקים שיפורטו להלן.

השאלות העומדות להכרעה:

62. המשיבה לא השיגה בטיעוניה על קביעתו של בית הדין האזורי כי התקיימו יחסי עבודה בין הצדדים, ולא טענה כי יש לדחות את הערעור בשל העדר יחסי עבודה בין הצדדים. זאת, אף כי לגישתה קביעתו של בית הדין האזורי אינה נכונה, והיה ראוי לקבוע כי המערער היה קבלן עצמאי, כפי שנקבע בהתדיינות בינה לבין מרכיב עצמאי אחר בעניין **שפירא**. בהשלמת הטיעון בהתייחס לעניין **כותה** טענה המשיבה כי "**... יכול היה שהתביעה שלפנינו הייתה צריכה להידחות כבר בשלב הראשון לפסק הדין קמא מנימוקי חוסר תום לב קיצוני של המערער; לכל היותר מדובר במקרה גבולי**".

63. לנוכח העובדה שהמשיבה אינה עומדת על הטענה כי לא התקיימו יחסי עבודה בין הצדדים, נקודת המוצא לדיון היא כי התקיימו יחסי עבודה בין המערער לבין המשיבה בתקופת ההתקשרות הרלוונטית להליך זה, ואין לנו צורך להידרש לעניין קיום יחסי עבודה בין הצדדים ולטענות בעניין זה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

64. כאמור, פסק דינו של בית הדין האזורי ניתן בטרם ניתן פסק הדין בעניין **כותה**, ועל כן בית הדין בחן את זכויות המערער על פי ההלכה שנפסקה בעניין **עמיר**, דהיינו לפי "השיטה החשובית", ומקביל בחן גם את יישום הלכת **רופא** בנסיבות המקרה הנדון. בעניין **כותה** התווה בית דין זה את הכללים לחישוב זכויותיו של מועסק שסווג בדיעבד כעובד, וקבע כי יש לבחון את זכאותו לפיצוי ממוני, על יסוד השוואת עלות העסקתו של המועסק כעובד שכיר (עת על המעסיק מוטל להוכיח את השכר החלופי) לתמורה הקבלנית ששולמה לו, בעיקרו של דבר בהתאם ל"שיטה החשובית" שנקבעה בעניין **עמיר**. עוד נפסק כי ככלל זכאי העובד לפיצוי לא ממוני בהתאם לנסיבות המקרה, אלא אם הוכיח המעסיק שקיימות נסיבות המצדיקות שלא לפסקו, וזאת על יסוד מכלול השיקולים שפורטו בפסק הדין (סעיפים 66 עד 72 לחוות דעתה של הנשיאה; סעיפים 22 – 26 לחוות דעתה של השופטת דוידוב). לנוכח השלכות ההלכה שנפסקה בעניין **כותה** על ההליך שלפנינו, ניתנה לצדדים אפשרות להגיש השלמת טיעון על יישום ההלכה שנפסקה בעניין **כותה** בנסיבות המקרה שלפנינו.

זכאות המערער לפיצוי ממוני:

65. כפי שנפסק בעניין **כותה**, הזכאות לפיצוי ממוני נגזרת מהשוואת התמורה הקבלנית ששולמה למערער בהשוואה לעלות העסקתו אילו היה מועסק כעובד שכיר. ככל שהתמורה הקבלנית ששולמה למערער גבוהה מעלות העסקתו של עובד שכיר מקביל, המערער אינו זכאי לפיצוי ממוני. בית הדין האזורי קבע כי התמורה הקבלנית ששולמה למערער עלתה בשיעור ניכר על עלות העסקתו של עובד שכיר מקביל. ערעורו של המערער ממוקד בקביעה זו של בית הדין האזורי.

66. נקדים ונאמר כי בעיקרו של דבר, ערעורו של המערער מבוסס על **תשתית עובדתית שונה** מזו שנקבעה על ידי בית הדין האזורי, שכן לטענת המערער, בניגוד לקביעתו של בית הדין האזורי, המרכיב השכיר עבד חמישה ימים בשבוע ולא עבד בשעות נוספות, בעוד שהמערער עבד שישה ימים בשבוע ובשעות נוספות רבות. לנוכח האמור, לשיטת המערער שכרו השעתי של מרכיב שכיר היה גבוה משכרו השעתי של המערער. מכאן, שהערער סב בעיקרו על קביעותיו העובדתיות של בית הדין האזורי על היקף עבודתו של המערער בכלל ובהשוואה להיקף עבודתו של מרכיב שכיר בפרט. כאמור לעיל, בפסק דינו ערך בית הדין



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

ניתוח יסודי, מדוקדק ומפורט של הראיות ושל העדויות שלפניו, ודחה הן את טענת המערער בנוגע להיקף עבודתו והן את טענת המערער בנוגע להיקף העבודה של מרכיב שכיר. לא מצאנו, כי במקרה הנדון יש הצדקה לחרוג מהכלל שלפיו ערכאת הערעור לא תתערב בקביעות העובדתיות של הערכאה הדיונית, אשר התרשמה באופן בלתי אמצעי מהעדויות ומהראיות לפניו.

67. בטרם נתייחס לטענותיו העיקריות של המערער, יש להדגיש כי הכרעתו של בית הדין האזורי מבוססת על מכלול המארג הראייתי שנפרש לפניו, שכלל עדויות וראיות רבות. על כן, גם אם באמירה כזו או אחרת של מי מעדי המשיבה ניתן למצוא תימוכין לטענה של המערער אין די בכך כדי לבטל את קביעותיו העובדתיות של בית הדין, המבוססות כאמור על מכלול הראיות והעדויות שלפניו. בנוסף, אין מקום להתערב בהחלטתו של בית הדין האזורי כי המסמכים שצירף המערער לסיכומיו (90 במספר) אינם חלק מחומר הראיות. מעבר לכך שמדובר בהחלטה דיונית המצויה בשיקול דעתו של בית הדין האזורי, צדק בית הדין האזורי לגופו של עניין כי אין לקבל ראיות נוספות בשלב מאוחר זה של ההליך, במיוחד לנוכח העובדה שניתנה למערער במהלך ההתדיינות אפשרות להגיש תצהיר משלים ומסמכים נוספים, כעולה מסעיף 11 לפסק הדין. בניגוד לטענת המערער, בית הדין האזורי גם לא הסתמך על מסמכים שצורפו לתצהירה של גב' ברק שהוגש בתמיכה לבקשה להוצאת מסמכים אלה מתיק בית הדין, וגם המסמכים שצורפו לתצהירה אינם חלק מחומר הראיות (ככל שמדובר במסמכים שלא הוגשו במסגרת העדויות בהליך). יצוין, כי בעוד המערער מלין על כך, הוא עצמו ביקש להסתמך על מסמך שצורף לתצהיר התומך בבקשה (סעיף 3 להודעת הערעור).

68. לא מצאנו ממש בטענתו של המערער כי לא הוכח שתלושי השכר עליהם ביסס בית הדין את מסקנותיו הם של מרכיבים שכירים. בעניין זה נתן בית הדין האזורי אמון בעדותה של גב' ברק, שלתצהירה צורפו תלושי השכר. העובדה שמר בן בסט, סמנכ"ל המכירות של המשיבה, לא יכול היה לאשר כי מדובר בתלוש של מרכיב שכן שמו של העובד השכיר הושחר, אין בה כדי להפריך את גרסת המשיבה כי תלושי השכר שצורפו לתצהירה של גב' ברק הם של מרכיבים שכירים.

69. כאמור, טענתו העיקרית של המערער היא כי ההשוואה בינו לבין המרכיב השכיר אינה נכונה, שכן מספר שעות עבודתו היה גדול בהרבה ממספר שעות



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

עבודתו של המרכיב השכיר. אכן, המשיבה לא הגישה את דו"חות הנוכחות של המרכיבים השכירים או מסמכים אחרים המלמדים על היקף עבודתם, לרבות של המרכיב השכיר אליו הושווה שכרו של המעסיק, שעבד בסניף הרצליה. בהקשר זה הדגיש המערער שהעדים מטעם המשיבה לא יכלו להעיד מידיעה אישית על היקף עבודתו של מרכיב שכיר זה, כיוון שעבד בסניף אחר. אולם, כמובהר, מסקנתו של בית הדין האזורי כי לא היה שוני ממשי בין שעות העבודה של המערער לבין שעות העבודה של המרכיבים השכירים, לרבות המרכיב השכיר ביחס אליו נערכה ההשוואה, מבוססת על מכלול הראיות. כך, מתלושי השכר של שלושת המרכיבים השכירים עולה כי היקף עבודתם היה דומה מאד. כמו כן העבודה של כל המרכיבים השכירים במהותה הייתה דומה ומורכבת מהתקנת מטבחים וממתן מענה לקריאות שירות. על כן ניתן ללמוד ממתכונת העבודה של המרכיבים השכירים בסניף צפון גם על מתכונת עבודתו של המרכיב השכיר מסניף אחר. זאת ועוד. בית הדין האזורי דחה את הטענה כי רכיב שעות נוספות גלובליות ששולם למרכיב השכיר הוא רכיב פיקטיבי לא רק על יסוד עדותה של גבי שדה אלא גם על נתונים העולים מתלושי השכר של המרכיבים השכירים (סעיף 121.4 לפסק הדין). יתר על כן. טענתו של המערער מבוססת כאמור על גרסתו כי עבד בהיקף של 248 שעות, ובתוך כך עבד בשעות נוספות רבות. בית הדין האזורי דחה את גרסתו של המערער כי עבד במתכונת זו, בהתבסס על עדותו של מר גל ועל עדותו של המערער עצמו (סעיף 130 לפסק הדין), והסביר באופן מפורט ומנומק מדוע לא ניתן לקבל את גרסתו של המערער כי עבד בהיקף השעות הנטען על ידו וכי עבד בשעות נוספות רבות ואת תחשיביו (סעיף 131 לפסק הדין). מכאן, כי נשלל הבסיס – היקף העבודה הגדול – לטענת המערער לשלילת ההשוואה בינו לבין המרכיב השכיר. לנוכח קביעתו המפורטת והמנומקת של בית הדין האזורי בעניין זה, אין צורך להידרש לשאלה על מי מוטל נטל הראייה להוכחת היקף עבודתו של מועסק כקבלן עצמאי שסוג בדיעבד כעובד, והאם חלה החזקה על פי תיקון 24 לחוק הגנת השכר, שכן בכל מקרה הופרכה גרסת המערער בדבר היקף עבודתו.

70. המערער ביסס את טענתו שעבד שעות רבות יותר על עדותו של מר בן בסט (ע' 69 ש' 8 – 17):



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

”ש. מה האינטרס הכלכלי של הנתבעת לקחת מרכיב עצמאי שהנתבעת משלמת לו יותר לשיטתך מאשר להעסיק מרכיב שכיר?”

ת. ההסבר מאוד פשוט. מרכיב שכיר מקבל שכר שעתי לפי משרה מלאה. בתום המשמרת שלו באותו יום הוא יכול ללכת הביתה ועדיין לקבל את אותו שכר על אותו היום. לעומתו מרכיב עצמאי זה תלוי בתפוקה שהוא עשה באותו יום. אם באותו יום הוא יכל ורצה להרכיב גם 4 - 6, הרכבות הוא היה עושה זאת. הוא מנהל את היומן של עצמו.

ש. האינטרס של הנתבעת הוא לקחת מרכיבים עצמאיים שרוצים לעבוד כדי שיבצעו יותר שעות.

ת. זה לא מה שאמרתי. המטרה של הנתבעת להביא מרכיבים עצמאיים שיהיו מקצועיים ויבצעו את המשימות שניתנות להם.”

איננו סבורים, כי מאמירתו של מר בן בסט יש להסיק בהכרח כי המרכיבים העצמאיים עובדים יותר שעות, שכן מהמשך עדותו של מר בן בסט עולה כי היתרון של המרכיבים העצמאיים הוא ניהול זמנם באופן שמגדיל את התפוקה, בשל העובדה ששכרם משולם על בסיס תפוקה, ולא בהכרח עבודה בהיקף שעות גדול יותר. וכך העיד (ע' 69, ש' 28 – 33; ע' 70, ש' 1 – 2).

”ש. אני עדיין לא מבין למה להעסיק מרכיב שכעצמאי שלשיטתך עולה יותר לנתבעת מאשר מרכיב שכיר.

ת. מרכיב שכיר עובד בין 8:00 ל-17:00. זה שעות העבודה שלו. בשעה 17:00 הוא מפסיק לעבוד. מרכיב עצמאי מנהל את היומן שלו איך שנראה לו. הוא יכול התחיל בשעה 11:00 ולסיים גם בשעה 21:00. זה נתון לשיקולו.

ש. ככל שהוא עובד יותר, הוא מרוויח יותר.

ת. באופן תיאורטי הוא מרוויח על פי התפוקות שהוא מצליח לעשות. מרכיב שכיר לא יכול להיות במקום הזה של ניהול זמן.”



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

הן מעדותו של מר גל (כמצוטט בסעיף 131.6 לפסק הדין) והן מעדותו של מר בן בסט (כמצוטט מסעיף 131.7 לפסק הדין) עולה כי אין בהכרח קשר בין תשלום לפי תפוקה לבין שעות עבודה, שכן למשל בעד קריאת שירות קיבל המערער תשלום השווה ל- 90 ₪ בין אם ביצעה התמשך פחות משעה ובין אם ביצעה התמשך יותר משעה. על כן, הנתונים על מספר ההתקנות וקריאות השירות שביצע המערער אינם יכולים ללמד על היקף עבודתו.

71. בהתייחס לטענותיו האחרות של המערער נוסף:

71.1. תשלומי הרכב והטלפון שנוקפו בשכרם של העובדים השכירים אינם בגדר הטבת שכר שמשלמת להם המשיבה, אלא משקפים את השווי של רכב וטלפון צמודים לעובד השכיר על פי קביעת מס הכנסה. בפועל, יתכן שהעלות למשיבה של העמדת רכב וטלפון לעובד השכיר אף הייתה נמוכה יותר מהסכום שנוקף בשכר העובדים (וכך טוענת המשיבה).

71.2. אין לקבל את הטענה כי בשל העובדה שלמרכיב עצמאי משולם בעד קריאת שירות באזור המרכז 70 ₪ ולא 90 ₪ יש להפחית 20 ₪ בחישוב התמורה ששולמה למערער בעד קריאת שירות. שכן, נתון זה אינו רלוונטי להשוואה בין התמורה ששולמה למערער לבין עלות העסקה של עובד שכיר, שלו משולם שכר חודשי ולא שכר על יסוד תפוקה.

71.3. קביעותיו של בית הדין האזורי כי עובד שכיר מקביל אינו זכאי לזכויות על פי צו ההרחבה בענף העץ מבוססות ואין מקום להתערב בהן.

72. מעבר לאמור יש להוסיף, כי לנוכח הפער המשמעותי בין עלות ההעסקה של מרכיב שכיר לבין התמורה הקבלנית ששולמה למערער, גם אם בחודשים מסוימים היה פער בין שעות עבודתו של המרכיב השכיר לבין שעות עבודתו של המערער, אין בכך כדי לשנות את המסקנה כי התמורה ששולמה למערער הייתה גבוהה משמעותית מעלות העסקתו שלה המרכיב השכיר. בכך, יש מענה גם לטענת המערער שלא הובאו בחשבון שעות הנסיעה בין הלקוחות, שבעדן קיבל תמורה רק אם המרחק עלה על 25 ק"מ.

73. יודגש, כי טענות המערער בדבר השוואת התמורה ששולמה לו לעלות העסקתו של עובד שכיר מבוססות על טענתו כי היקף עבודתו היה גדול יותר, דהיינו כי עבד בשעות רבות יותר מהמרכיב השכיר. המערער **לא טען** כי ההשוואה אינה נכונה על יסוד הטענה כי באותו פרק זמן הוא ביצע יותר יותר מטלות ממרכיב שכיר, לנוכח העובדה ששכרו משולם על בסיס תפוקה ולא על בסיס שעות



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

עבודתו, ועל כן היה לו תמריץ לבצע מטלות רבות יותר בכל שעת עבודה. לפיכך, אין צורך להידרש לשאלה כיצד נכון להשוות את עבודתו של מועסק שהועסק כקבלן עצמאי לעובד שכיר מקביל, עת הבסיס לתשלום השכר שונה. כלומר, אין צורך להידרש לשאלה אם במקרה של תשלום שכר על פי תפוקה נכון להשוות את שכרו של המועסק כקבלן עצמאי לעלות ההעסקה של עובד מקביל על בסיס פרק זמן (שעה, יום או חודש) או שיש לשקלל בהשוואה גם את מרכיב התפוקה של המועסק כעצמאי בהשוואה לתפוקה של עובד שכיר.

74. **כללו של דבר**: לנוכח העובדה שהתמורה ששולמה למערער הייתה גבוהה משמעותית מעלות העסקתו של מרכיב שכיר, הוא אינו זכאי לפיצוי ממוני.

זכאות המערער לפיצוי לא ממוני:

75. זכאות המועסק לפיצוי לא ממוני ושיעורו נגזרים מקשת רחבה של שיקולים (ראו לעניין זה סעיפים 67 – 70 לחוות דעתה של הנשיאה בעניין **כותה**; סעיפים 23 - 25 לחוות דעתה של השופטת דוידוב בעניין **כותה**). בתמצית, לפיצוי לא ממוני שתי תכליות: **האחת** – לפצות את המועסק שהוכר בדיעבד כעובד על הנזק שנגרם לו בשל שלילת זכויות לא ממוניות לאורך תקופת עבודתו; **השנייה** – שיקולי הרתעה והכוונת התנהגות, כך שמעסיקים יורתעו מלסווג מועסק שהוא לאמיתו של דבר עובד על פי המבחנים שנקבעו בפסיקה כ"עצמאי". עם זאת, כפי שנקבע בעניין **כותה**, ייתכנו נסיבות (שהנטל להוכיחן מוטל על המעסיק) המצדיקות שלא לפסוק כלל פיצוי לא ממוני.

76. בנסיבותיו של המקרה הנדון הגענו למסקנה כי מתקיימות נסיבות המצדיקות שלא לחייב את המשיבה בתשלום פיצוי לא ממוני.

77. **אשר לשיקולי ההרתעה**: אכן, המשיבה העסיקה במקביל למרכיבים העצמאיים גם מרכיבים שכירים, שבעיקרו של דבר ביצעו אותה עבודה ועבדו במתכונת עבודה דומה. יחד עם זאת, כפי שקבע גם בית הדין האזורי, התקיימו במערער גם סממנים של קבלן עצמאי. לטעמנו, בנסיבות המקרה הנדון, יש קושי מהותי לחייב את המשיבה בתשלום פיצוי לא ממוני בשל שיקולי הרתעה, וזאת לנוכח קביעתו של בית הדין האזורי בעניין **שפירא**. נסיבות העסקתו של המערער דומות מאד לנסיבותיו של מר שפירא. כך, גם מר שפירא הועסק תחילה כעובד שכיר, ובהקשר זה יש לציין כי לא היה בכלל פער זמנים בין סיום העסקתו של מר שפירא כשכיר לבין העסקתו כעצמאי; גם מר שפירא רכש



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

מכספו את כלי העבודה ונשא בהוצאות רכבו; גם מר שפירא התייצב מדי יום וקיבל סידור עבודה מהמשיבה; גם מר שפירא לא גבה כספים מלקוחות המשיבה; גם מר שפירא לא היה יכול לבחור לקוחות מבין לקוחות המשיבה. אכן, היה שוני מסוים בין מר שפירא לבין המערער, שכן מר שפירא במסגרת עסקו העצמאי עסק גם בהרכבת מטבחים לחברות אחרות, אולם גם המערער עסק (בהיקף קטן) במתן שירות ללקוחות המשיבה שהופנו אליו, ומפסק הדין בעניין **שפירא** עולה כי גם בעניינו במשך חלק משמעותי מתקופת ההתקשרות עיקר הכנסותיו היו מפעילותו עבור המשיבה. בענין **שפירא** קבע בית הדין האזורי כי לא שררו בין מר שפירא לבין המשיבה יחסי עבודה בתקופה בה סווג כעצמאי על פי הסכם ההתקשרות ביניהן. כאמור, בהליך זה איננו נדרשים לשאלת קיום יחסי עבודה בין הצדדים. אולם, בכל מקרה, בעת פסיקת פיצוי לא ממוני יש להתחשב בכך שגישת המשיבה כי המערער הוא בגדר קבלן עצמאי ולא עובד שכיר נתקבלה בעניין **שפירא**, במיוחד בהתחשב בכך שפסק הדין ניתן בשנת 2009, במהלך תקופת ההתקשרות בין הצדדים. יש קושי מובנה ביישום השיקול של הרתעת המעסיק בנסיבות שבהן הסיווג שבדיעבד נקבע כי הוא מוטעה קיבל "הכשר" של בית הדין לעבודה במהלך תקופת ההתקשרות.

78. **אשר לפיצוי על הפרת זכויות לא ממוניות:** אכן, נשללו מהמערער זכויות לא ממוניות כעובד – הזכות לנצל חופשת מחלה וחופשה שנתית בתשלום, ביטחון פנסיוני וכל מעטפת הזכויות הקיימת על פי החוק והפסיקה לעובד כגון הזכות לשוויון, זכות ההתארגנות, זכאות לדמי אבטלה וכיו"ב. עם זאת, בהינתן מהות עיסוקה של המשיבה ועיסוקו של המערער, העובדה כי לא מתקיימים במשיבה יחסי עבודה מאורגנים וקביעתו של בית הדין האזורי כי לא חל על יחסי הצדדים צו ההרחבה בענף העץ, לא נשללו מהמערער חלק מהזכויות הלא ממוניות שעליהן נועד הפיצוי הלא ממוני לפצות – זכויות מכוח הסכם קיבוצי או צו הרחבה או אפשרויות קידום.

79. בעניינו, בקביעה אם יש מקום לחייב את המשיבה בתשלום פיצוי לא ממוני יש מקום לדעתנו לשקול את נסיבות סיום העסקתו של המערער. מפסק דינו של בית הדין האזורי עולה כי בית הדין קיבל את טענתה של המשיבה בדבר הנסיבות החמורות של סיום ההתקשרות, וכי אילו סווג המערער כעובד היה מקום לשלול ממנו לפחות חלקית את פיצויי הפיטורים וכן את ההודעה המוקדמת. בהקשר זה קבע בית הדין האזורי כי במהות נערך שימוע למערער



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

וזאת במסגרת השיחה אליה זומן, אולם הן בשיחה זו והן בעדותו לפני בית הדין לא סיפק המערער הסבר מניח את הדעת להיעלמות הטבעת "בלשון המעטה". גם בקביעה עובדתית זו אין מקום להתערב, ולא מצאנו כי העובדה שבעלה של הלקוחה העיד ולא הלקוחה עצמה גורעת מתוקפה של קביעה עובדתית זו. בנסיבות המקרה הנדון, שבהן נערך למערער שימוע (גם אם לא כונה כך); גם כעובד המערער לא היה נהנה מהגנה ארגונית; בית הדין האזורי קבע כי ההתקשרות הסתיימה בנסיבות חמורות המצדיקות לשלול זכאות לפיצויי פיטורים ואילו המערער קיבל למעשה את פיצויי הפטורים שהיוו חלק מהתמורה הקבלנית - הנסיבות של סיום ההתקשרות מצדיקות שלא לחייב את המשיבה בתשלום פיצוי לא ממוני.

80. בהתייחס לטענת המשיבה כי הוצע למערער להיות מועסק כעובד שכיר והוא העדיף להמשיך להיות מועסק כעצמאי: **ראשית**, בית הדין האזורי קבע כי המשיבה היא שיזמה את מתכונת ההתקשרות מזמין – קבלן עצמאי עת מרגל פנה למערער בשנת 2005, דהיינו בתחילת ההתקשרות לא ניתנה למערער אפשרות לבחור בין העסקה כעובד לבין העסקה כקבלן עצמאי, והמשיבה הכתיבה כי ההתקשרות תהיה במתכונת של מזמין – קבלן עצמאי. **שנית**, בהתייחס לקביעת בית הדין האזורי כי במהלך ההתקשרות הייתה למערער אפשרות לעבור למתכונת העסקה של יחסי עבודה, אולם הוא לא היה מעוניין בכך לאחר שהובהר לו כי תחול ירידה בהכנסותיו, הרי שעל מנת לבחון אם יש בשיקול זה כדי להפחית או לשלול את הפיצוי הלא ממוני, יש לבחון את פרטי הצעה, לרבות עיתויה, סבירותה והגינותה. העדויות מטעם המשיבה בעניין זה היו מאד מעורפלות וכוללניות, ועל פני הדברים לא הוצעה הצעה קונקרטית, כך שלא ניתן לבחון את הפרמטרים הרלוונטיים – עיתוי, סבירות והגינות - ועל כן בנסיבות העניין אין להביא בחשבון שיקול זה.

81. למען הסר ספק יובהר, כי כל מקרה יש לבחון על פי נסיבותיו, ולא בכל מקרה של סיום התקשרות עקב עבירת משמעת של המועסק, יהיה מקום לשלול את הזכאות לפיצוי לא ממוני, אם כי מדובר בשיקול שיש להביאו בחשבון. בענייננו, שיקול זה, בהצטרף לאמור לעיל לעניין שיקולי ההרתעה, מצדיק לדעתנו שלא לחייב את המשיבה בתשלום פיצוי לא ממוני. לנוכח המסקנה אליה הגענו, לא מצאנו מקום להידרש בנסיבות מקרה זה למכלול השיקולים האחרים אותם יש להביא בחשבון בפסיקת פיצוי לא ממוני.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 50946-11-19

82. **כללו של דבר** : בנסיבותיו של המקרה הנדון, אין מקום לחייב את המשיבה בתשלום פיצוי לא ממוני למערער.

83. **סוף דבר** – בנסיבות המקרה הנדון דין הערער להידחות. נוכח שיעור ההוצאות שהושתו על המערער בפסק דינו של בית הדין האזורי, לא יחוייב המערער בהוצאות נוספות בגין הליך זה.

ניתן היום, כ"ו אייר תשפ"ג (17 מאי 2023) בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.

חני אופק גנדלר,
שופטת

לאה גליקסמן,
שופטת

ורדה וירט-ליבנה,
נשיאה, אב"ד

מר עמית שטרייט,
נציג ציבור (מעסיקים)

מר ירון לינזון,
נציג ציבור
(עובדים)