

בית הדין האזורי לעבודה ירושלים

סע"ש 20015-02-17

23 אפריל 2020

לפני:**כב' השופטת שרה ברוינר ישרזדה – סגנית נשיא****נציג ציבור (עובדים) גב' דרורה נבון****נציג ציבור (מעסיקים) מר יצחק אופנהיים****התובע****יוסף וייס****ע"י ב"כ: עו"ד גלעד בלוי**

-

הנתבעת**מנורה מבטחים ביטוח בע"מ****ע"י ב"כ: עו"ד טליה יונתן**

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, תשנ"ו-1996: סע' 13א](#)

מיני-רציו:

* לפי רוב המבחינים בפסיקה כפות המאזניים נוטות לכיוון הכרה ביחסי עובד ומעסיק בין הצדדים; בנסיבות המקרה אין להחיל את הגישה הרתעתית היות ואין מדובר בהתנהלות בחוסר תום לב של הנתבעת אלא הגישה החישובית; בהתאם, ונוכח הפער הזניח בתמורה שקיבל התובע אל מול שכר מקבילתו, אין להורות על השלמת הפרשי זכויות לתובע, אך למען הזהירות ונוכח הלכת עמיר, התובע זכאי להפרש נוכח כך שבכל חודש היה עליו לקבל כ-2 ש"ח לכל שעה מעבר למה שקיבל.

* עבודה – שכר עבודה – חישובו

* עבודה – יחסי עובד-מעביד – קיומם

* עבודה – יחסי עובד-מעביד – מבחינים לקביעתם

* עבודה – יחסי עבודה – קיומם

התובע הוא מתכנת מחשבים. התובע פעל כשכיר בחלק משנות עבודתו וכעצמאי בחלק אחר. לקראת סוף 1993, כשהוא בן 55, החל התובע לעבוד/ליתן שירותים כמתכנת בנתבעת. אף שהמחלוקת הראשונית בין הצדדים נוגעת לשאלת מהות היחסים שבין הצדדים – יחסי קבלן-מקבל שירותים או יחסי עובד-מעסיק, בפועל עיקר המחלוקת ביניהם מניחה קיומם של יחסי עובד מעסיק ועוסקת בשאלה האם זכאי התובע לתשלום זכויות שונות אותן תבע בגין תקופת עבודתו וסיומה.

בית הדין האזורי לעבודה (סגנית הנשיא ש' ברוינר ישרודה ונציגי הציבור ד' נבון, י' אופנהיים) קיבל את התביעה בחלקה ופסק כי:

אשר למהות היחסים בין הצדדים, שקלול מבחני הפסיקה לקביעת יחסי עובד מעסיק מעלים כי הכף נוטה להכרה בקיומם של יחסי עובד מעסיק. בין היתר תומכים בכך המבחנים הבאים: מבחן ההשתלבות-הפן החיובי: התובע השתלב בעסק של הנתבעת. מתכנתים אחרים שבצעו עבודה מקבילה לעבודת התובע היו עובדי הנתבעת, ומשכך אין מקום להיזקק לשאלה האם עבודת התכנות היא ליבת פעילותה של הנתבעת אם לאו. המערך הארגוני של הנתבעת התבסס על שירותי התובע, כשם שהתבסס על שאר העובדים. עם זאת, תחום המחשוב הוא ייחודי ויש לסבור כי בתחום זה התקשרות ביחסי עובד מעסיק היא לגיטימית, כפי שלגיטימית גם התקשרות ביחסי קבלנות.

אשר למבחן ההשתלבות, הפן השלילי ומבחן התלות וסדירות הקשר רציפותו והמשכיותו, הרי שבכל שנות התקשרותו הרבות של התובע, התובע לא נתן שירותים לאחרים, למעט בשנה הראשונה שאז קיבל היתר לכך מהנתבעת. כל פרנסתו של התובע נצמחה מהתקשרותו עם הנתבעת. בנוסף, התובע ביצע עבודתו באופן אישי ובמרבית הזמן במשרדי הנתבעת. גם אם ההיתר לבצע עבודה מהבית היה חריג ולא היה ניתן לו היה מדובר בעובד, עדיין עסקינן בנתון שמשקלו מופחת ביחס לשאר תקופת העבודה, ובוודאי ביחס לשאר הנתונים ביחס למערכת היחסים בין הצדדים. התובע אף היה כפוף למנהליו בנתבעת. מאידך, יש אינדיקציות לקיום יחסי קבלנות: המצג כלפי צדדים שלישיים היה בעיקר של יחסי קבלנות. עם זאת, לא היה כל הבדל בין האופן שבו הוצג התובע כלפי אנשי הנתבעת לבין אופן הצגת עובד שלה; האופן שבו ראו הצדדים את היחסים ביניהם היה כיחסי קבלנות. התובע לא השתתף ב"ימי כף" ולא קיבל שי לחג ואולם השתתף בהשתלמויות שערכה הנתבעת לעובדיה, לעתים תוך מימון העלות על ידו ולעתים על חשבונה. לסיכום, באיזון שבין האופנים שבהם ניתן לתאר את יחסי הצדדים, אף אם יש נימוקים לכאן או לכאן, נוטות כפות המאזניים, על פי רוב המבחנים (הכמותי והאיכותי) לכיוון הכרה ביחסי עובד ומעסיק.

מלכתחילה התקשרו הצדדים על דרך ההתקשרות הקבלנית. לא הוכח כי הדבר נעשה בכפיה ובחוסר תום לב מצד הנתבעת, בידיעה כי למעשה מדובר ביחסי עובד מעסיק. התובע הוא שנמנע מלבחון אפשרות העסקתו כשכיר, במכוון כדי לא להגביל עצמו למגבלת גיל פרישה, ונוכח שיעור ההכנסה שעלה על השכר המשולם לעובדים. מהות היחסים לא הייתה מובהקת ודאי לא בתחילת הקשר, ובמרבית שנותיו ובוודאי לא כאשר התובע היה מעוניין בקשר קבלני, ומשכך אין הצדקה להחלת הגישה הרתעתית היות ואין מדובר בהתנהלות בחוסר תום לב של הנתבעת. ככל שעסקינן בגישה החישובית ביה"ד השווה את התמורה שקיבל התובע לשכר שקיבלה מקבילתו, כשההפרש בין שכרם הוא כ-2 ש"ח לטובתה. בנתונים אלה אין מקום להורות על השלמת הפרשי זכויות לתובע, שכן מדובר בפערים זניחים ביותר המשקפים מהותית כי אין פגיעה בזכויותיו של התובע כעובד וכי למעשה קיבל תמורה בשווי השכר שהיה מקבל לו היה עובד. היות שמנגנון של השוואה לעובד מקביל בהכרח אינו יכול להיות מנגנון מדויק ומושלם, ודאי כאשר עסקינן במגזר הפרטי וכאשר אין תעריפי שכר המוסדרים בהסכמים קיבוציים, הרי שמידת קירוב כזו מצביעה על תשלום מלוא הזכויות. ודאי כך כאשר היתרונות שנצמחו לתובע מהיכולת לעבוד שנים רבות מעבר לאלו שבהן היה מועסק כשכיר עולים לאין שיעור על פער זניח זה. עם זאת, ולמען הזהירות ונוכח הוראות פסק הדין בעניין עמיר לפיהן ככל שקיים פער עלויות לטובת העובד, יגיע לו ההפרש שישתלם לו עד סכום זכאותו בתביעתו על פי עילותיה, ובהתחשב בעילות התביעה, נניח כי התובע זכאי להפרש הנובע מכך שבכל חודש היה עליו לקבל 2.08 ש"ח לכל שעה מעבר למה שקיבל ובסך הכל 86,400 ₪.

פסק דין

אף שהמחלוקת הראשונית שבין הצדדים נוגעת לשאלת מהות היחסים שבין הצדדים- יחסי קבלן- מקבל שירותים או יחסי עובד- מעסיק, הרי בפועל עיקר המחלוקת ביניהם מניחה קיומם של יחסי עובד מעסיק ועוסקת בשאלה האם זכאי התובע לתשלום זכויות שונות אותן תבע בגין תקופת עבודתו וסיומה.

רקע נדרש

1. התובע, יליד 1939, הוא מתכנת מחשבים ועוסק בכך החל משנת 1963.
2. התובע פעל כשכיר בחלק משנות עבודתו (בביה"ח שע"צ, מל"מ, אגד ועוד) וכעצמאי בחלק אחר (בשנים 1979-1986)
3. מאז 1986 עבד כשכיר בחברת "ארשת" שנתנה שירותי תכנות בין היתר לחברת "הסנה" ולדבריו נותר מובטל לאחר קריסתה של זו האחרונה (1992). בארשת השתכר, כך על פי עדותו, בין 5,000- 6,000 ₪. מתוך הראיות עלה כי ארשת עצמה עבדה בשעתו גם עם הנתבעת.
4. לקראת סוף 1993, כשהוא בן 55, החל התובע לעבוד/ליתן שירותים (זו כאמור מחלוקת בין הצדדים ולהלן ועד להכרעה בסוגיה נעשה שמוש באיזה ממושגים אלה ללא שיהווה הדבר קביעה כלשהי) כמתכנת בנתבעת בתחום הביטוח האלמנטרי. תחילה נעשה הדבר באמצעות התקשרות באמצעות עסק של חברו (אף שלתובע היה תיק עוסק מורשה עוד משנת 1986), ואילו החל משנת 1996 החל לעשות כן באופן ישיר מול הנתבעת.
5. אין חולק כי ההתקשרות בין הצדדים נעשתה על דרך תשלום כנגד חשבוניות שהונפקו ע"י התובע לנתבעת, על בסיס ערך שעה. לטענת התובע, זה היה תנאי ההתקשרות שהציבה הנתבעת והוא נאלץ להסכים לו.
6. עבודתו של התובע בוצעה פיזית במשרדי הנתבעת שבתל אביב, שם ישב עם מתכנתים אחרים. בתחילה עבד שעות רבות.
7. בשל מחלת אשתו בשנת 2010 ביקש להפחית מספר השעות ואלה הועמדו על כ-140 שעות לחודש בלבד. (פירוט היקף השעות הממוצע של התובע כלול בסי' 27 לתצהיר גבי איזון מטעם הנתבעת).
8. בראשית 2015 הועבר התובע להיקף עבודה של כ-100 שעות בחודש, וכן הוסכם באותה שנה כי יבצע הדבר מביתו.
9. בשנת 2015 נשלחה אל התובע טיוטת חוזה למתן שירותים אליה הגיב בהערות משלו (נספחים ב/1 לתצהירו). חוזה לא נחתם בין הצדדים בסופו של דבר. (לראשונה בעדותו ציין התובע כי גם מספר שנים קודם לכן התבקש לחתום על הסכם)
10. ביום 15.5.16 הודיעה הנתבעת לתובע על הפסקת ההתקשרות עמו החל מיום 30.6.16 וכך היה. ההתקשרות הסתיימה כשהתובע כבן 77 שנים.

11. אין חולק כי התובע לא נתן שירותי תכנות לאף גורם אחר בכל שנות ההתקשרות בינו לבין הנתבעת (למעט מספר חודשים בשנת 2004, אז נתן שירותים יום אחד בשבוע לגורם אחר נוכח מגבלת השעות שהוטלה עליו בקשר למתן שירותים לנתבעת)
12. התובע חתם בשעון הנוכחות של הנתבעת כשבצע התכנות ממשרדה ולאחר מכן מסר דיווחים ידניים, כשעבד מביתו.
13. התובע לא קיבל שי לחג (למעט פעם אחת כטענתו - עמ' 16 ש' 18) לתובע לא נערכו שיחות משוב, הוא לא קיבל בונוסים.
14. התובע השתתף בהשתלמויות מקצועיות בחלקן ע"ח הנתבעת (ר' תכתובת שצורפה לתצהירו ממנה עולה כי לכתחילה הוטל עליו לשאת בעלויות ולאחר מכן שינתה הנתבעת עמדתה, ביחס להשתלמות אחת).
15. אין חולק בפועל כי העובד/ת הקרובה ביותר בתחום עיסוקה, בוותקה ובמעמדה אל התובע שעבדה בנתבעת היא מי שהצדדים כינו **איקס** (וכך תקרא גם להלן). יתר העובדים שהנתבעת מסרה נתונייהם הם עובדים עם ותק פחות בהרבה מהוותק של התובע ושל איקס.

המחלוקת

16. טוען התובע כי מאז ומעולם היה עובד של הנתבעת אלא שבכפיה נאלץ לקבל שכרו באמצעות חשבונית. לכן הוא טוען כי עם סיום עבודתו הוא זכאי לפיצויי פיטורין, לשווי הפרשות לפנסיה (גם ברכיב פיצויים ככל שתדחה טענתו לזכאות לפ"פ עצמם), לדמי הבראה, חופשה, נסיעות וחגים.
17. התובע מוסיף וטוען כי יש להחיל על עניינו את "הגישה ההרתעתית" (שתצוין בהמשך) ומשכך לראות בשכרו השעתי (160 ₪ לפני מע"מ) כבסיס לעריכת חישובי זכויותיו. מכל מקום טוען כי גם לפי "השיטה החישובית" (אף היא תוזכר להלן) זכאי לתשלום הפרשים בגין רכיבים אלה.
18. לטענת הנתבעת – לפי שתי הגישות שאוזכרו, אין התובע זכאי לדבר שכן הסכומים ששולמו לו כעצמאי והתנהלותו מצדיקים- אי תשלום, לפי הגישה ההרתעתית, או – קיזוז לפי הגישה החישובית- באופן שאינו מותיר לו כל יתרה לתשלום.
19. מעבר לכך חולקת הנתבעת על עצם קיומם של יחסי עו"מ מחד גיסא, ועל אופן תחשיב הזכויות הנטענות על ידי התובע, מאידך גיסא.

הכרעה

שאלת מהות היחסים בין הצדדים

20. מבלי לגרוע מדיונו להלן באשר לנסיבות שהביאו לכריתת הסכם בעל פה למתן שירותים, דומנו כי יש ממש בטענה שעסקינן בפועל ביחסי עובד ומעסיק. על מנת שלא להאריך בנושא זה, שבו כאמור, אף הצדדים לא מיקדו טענותיהם, נציין כי שקלול מבחני הפסיקה לקביעת יחסי עו"מ נוכח הראיות שלפנינו מעלה כי הכף נוטה להכרה בקיומם של יחסים כאלה. כך בין היתר תומכים המבחנים הבאים בכך:
21. מבחן ההשתלבות- הפך החיובי: התובע השתלב בעסקה של הנתבעת. מתכנתים אחרים שבצעו עבודה מקבילה לעבודת התובע (בשפות תכנות זהות או אחרות) היו עובדיה של הנתבעת ומשכך גם איננו מוצאים צורך להזקק לשאלה האם עבודת התכנות היא ליבת פעילותה של הנתבעת אם לאו.

המערך הארגוני של הנתבעת התבסס על שירותי התובע (מבחינת היקף השעות, התוכן, והמקצועיות) כשם שהתבסס על של עובדים. עם זאת יסוייג, תחום המחשוב הוא יחודי באפיו (ור' לענין זה [סעיף 13א לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כח אדם התשנ"ו-1996](#) ויש מקום לסבור כי בתחום זה התקשרות ביחסי עו"מ היא לגיטימית כפי שלגיטימית גם התקשרות ביחסי קבלנות (ר' לענין זה, [ע"ע 521/08 דייג – מועצה אזורית באר טוביה](#) [פורסם בנבו] (6.7.09) להלן-[ענין דייג](#)). יוער כי בתצהיר גב' רוני אייזן מנהלת גיוס שכר והטבות בנתבעת מצוין כי למעלה משליש ממתכנתי הנתבעת באותה תקופה היו קבלנים.

22. מבחן ההשתלבות- הפן השלילי+ מבחן התלות+סדירות הקשר רציפותו והמשכיותו- בכל שנות התקשרותו הרבות של התובע, לדבריו- שלא נסתרו, לא נתן שירותים לאחרים (למעט בשנה הראשונה שאז קיבל היתר לכך כיון שהנתבעת לא סיפקה היקף שעות מספק). כל פרנסתו של התובע נצמחה מהתקשרותו עם הנתבע.

23. התובע ביצע עבודתו באופן אישי ולא באמצעות עובדים מטעמו, התובע ביצע העבודה (למעט בשנות מחלת אשתו כאמור) במשרדי הנתבעת בתל אביב. גם אם נקבל טענת הנתבעת שההיתר לבצע העבודה מהבית היה חריג ולא היה ניתן לו היה מדובר בעובד (ור' עדות גב' ענת סיברוני (מנהלת תחום אלמנטרי בנתבעת-להלן: ענת)- בעמ' 40 (כשמנגד אזכר מר יהודה אופנהיימר, מי ששמש בשנים 1983-2004 מנהל מערכות מידע בנתבעת ומי שגייס את התובע להתקשרות עם הנתבעת (להלן: יהודה) מקרה שבו עבד אדם מביתו לתקופה)) עדיין עסקינן בנתון שמשקלו מופחת ביחס לשאר תקופת העבודה, ובוודאי ביחס לשאר הנתונים שצוינו ויצוינו להלן ביחס למערכת היחסים בין הצדדים.

24. טענות התובע כי היה כפוף למנהליו בנתבעת לא נסתרו. לא הובאה כל אינדיקציה לעצמאות בענין זה.

מאיך גיטא ישנן אינדיקציות לקיום יחסי קבלנות:

25. המצג כלפי צדדים שלישיים היה בעיקרו של יחסי קבלנות: כלפי רשויות המס, ביטוח לאומי וכו'- הוצג התובע כעצמאי. עדות הגב' שריץ, עדת התובע שעבדה עמו מספר שנים, בתצהירה, אף שנועדה לתמוך בטענה כי נתפס כעובד, למעשה מאשרת כי ידעה שהוא "עובד עם חשבונית". עם זאת אין חולק כי לא היה כל הבדל בין האופן שבו הוצג התובע כלפי אנשי הנתבעת (בהתכתבויות וכו"ב) לבין אופן הצגת עובד שלה (ר' למשל נספח ב' לתצהירו).

26. האופן שבו ראו הצדדים את היחסים ביניהם היה כיחסי קבלנות (וענין זה ידון בהרחבה בהמשך). לענין זה נאמר בענין דייג:

כוונת הצדדים בהתקשרות כאמור יכולה להיות בעלת משקל באותם מקרים - כמו בענייננו - בהם מדובר בסוג העסקה או תפקיד 'חילופיים', היינו - שלפי טיבם ניתן לבצעם על ידי עובד שכיר כמו גם על ידי קבלן. כשם שקיימים תפקידים שעל פי טיבם מבוצעים בדרך כלל על ידי עובד שכיר, כך קיימים תפקידים שעל פי טיבם מבוצעים בדרך כלל על ידי קבלנים עצמאיים. בעניין זה יכולים להיות מצבי ביניים של סוגי תפקידים שבנסיבות מסוימות הם 'חילופיים' וניתנים לביצוע על ידי עובד, כמו גם על ידי קבלן. במקרי ביניים שכאלה, שתי האפשרויות הן לגיטימיות וניתן לייחס משקל לכוונת הצדדים להתקשרות לצורך בחינת המעמד האמיתי שנוצר בעקבות ההתקשרות

27. התובע לא השתתף ב"ימי כיף" ולא קיבל שי לחג ואולם כפי שהובהר השתתף בהשתלמויות שערכה הנתבעת לעובדיה לעתים תוך מימון העלות על ידו ולעתים על חשבונה.
28. **אם כן, באיזון שבין האופנים שבהם ניתן לתאר את יחסי הצדדים, אף אם יש נימוקים לכאן או לכאן, נוטות כפות המאזניים, על פי רוב המבחנים (הכמותי והאיכותי) לכיוון הכרה ביחסי עובד-ומעסיק.**
29. משמצאנו כך, יש מקום לבחון האם זכאי התובע לאיזו מהזכויות להן טוען, וככל שכן, מהם הסכומים להם זכאי. בכך נדון להלן.

הרקע להתקשרות בין הצדדים כפי שנעשתה בפועל

30. כאמור לעיל, אין חולק כי לכתחילה התקשרו הצדדים על דרך ההתקשרות הקבלנית- האם נעשה הדבר בכפיה ובחוסר תום לב מצד הנתבעת בידיעה כי למעשה מדובר ביחסי עו"מ? מה הנפקות לכך?

המסגרת הנורמטיבית

31. בפסק דינו של בית הדין הארצי בענין יוסף אילן (ע"ע 3859-10-15 יוסף אילן- החברה לאוטומציה [פורסם בבנו] (24.9.19) – מפי כב' השופטת גליקסמן סוכמו גישותיהם של שופטי בית הדין בשאלה כיצד יש לחשב את זכויותיו של מי שנחשב עצמאי ובסופו של דבר הוכר כעובד. בית הדין מצייין את שתי הגישות העיקריות ומבהירן כדלקמן (ההדגשות הוספו וכן להלן אא"כ יצוין אחרת):

"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.

...

"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. בעניין צרפתי אושררה גישה זו על ידי דעת הרוב, אם כי העניין לא היה דרוש להכרעה, שכן הערעור נדחה על דעת כל חברי המותב בשל העדר יחסי עבודה בין צרפתי לבין המעסיקה. בעניין גוטמן [ע"ע (ארצי) 55425-09-11 מיכאל גוטמן – שיכון ובינוי אחזקות בע"מ

[פורסם בנבו] (5.9.2017) נערך דיון בסוגיה, אולם התוצאה הייתה כי לפי שתי הגישות בפסיקה התוצאה תהיה זהה.

הרקע להגדרת התובע כעצמאי

32. כדי לבחון את השאלה מה משמעות הסיווג המוטעה של התובע כקבלן עצמאי במהלך השנים לשם בחינת זכויותיו על פי כל אחת מן הגישות לעיל, ומה חלקו של כל אחד מן הצדדים בכך, נפנה לראיות שלפנינו:

33. במהלך כל השנים ראו שני הצדדים את מערכת היחסים ביניהם כקבלנית. גם אם התובע טוען כי ראה עצמו עובד, הרי שבזמן אמת ידע הוא והבין (ולדבריו בליט ברירה) כי מערכת היחסים כפי שהוגדרה היא כזו.

לשאלה האם היה זה פרי תכתיב של הנתבעת - התשובה לטעמנו היא שלילית. לפי הראיות שלפנינו התובע היה מודע היטב לכל אורך שנות ההתקשרות עם הנתבעת כי קיימות שתי דרכים והוא זה שבחר בדרך הקבלנית לכתחילה (גם אם נניח כי לא הוצעה לו חלופה אחרת) במודע. התובע הפעיל לשם כך כדבריו, כבר בראשית ההתקשרות ואף בהמשכה, הנחות משלו (שלא אומתו ולמעשה סבורים אנו כי לא היה כל רצון לאמת ואף ספק בעינינו אם היו הנחותיו בזמן אמת) בדבר הסיכויים שלו להתקבל כעובד, ובחר ביזמתו שלא לבחון אפשרות זו. נפרט:

34. כאמור לעיל, התובע היה מנוסה הן בעבודה כעצמאי והן בעבודה כשכיר במשך שנות עבודתו. התובע ידע איפה היתרונות והחסרונות של כל אחת מן האפשרויות. לא זו בלבד, התובע העיד כי בעת שהיה מובטל עם נפילת "הסנה", תר אחרי עבודה כשכיר במקומות רבים. לטענתו נדחה בנימוק שהוא "over qualified" נימוק שהוא מסבירו כמסווה לטעמי גיל (הנחה שלא הוכחה כלל). ואולם ערב פנייתה של הנתבעת אליו לשם בחינת העסקתו היתה לפניו הצעת עבודה ספציפית כשכיר (בחברת סאפיינס) שאותה בחר לדחות ולהעדיף ההתקשרות עם הנתבעת שהוצעה כהצעה קבלנית.

35. יהודה שהעיד מטעמו מעיד כי לא זכור לו שהתובע ביקש להיות עובד, ויותר מכך, הוא מעיד כי לו היה מבקש להיות עובד יש סבירות ממשית כי בקשתו היתה נענית וכלשונו (עמ' 8 ש' 29):

ש. ואם הוא היה בא יש סיכוי שהייתם מעסיקים אותו כעובד.

ת. היום אני אומר כן אבל את יכולה לשאול אם אז הייתי אומר כן, אני לא יודע, אני חושב שכן כי את האחרים ניסינו לקלוט. לא כולם הסכימו, מסיבות ברורות.

התובע מעיד בעמד' 12

ש. שמענו שהיית שכיר בארשת, שערי צדק, היה לך ברור מהתחלה שבמנורה אתה לא שכיר.

ת. אמר לי אופנהיימר, דיברנו שאנחנו מדברים על תמורת חשבונות.

ש. ומעולם לא ביקשת לשנות את זה.

ת. אני הערכתי שהסיבה הייתה הגיל, הייתי בן 54 כשבאתי.

ש. שאלת אותם.

ת. הם לא יגידו דבר כזה יש להם מספיק שכל לא להגיד את זה.

ש. בן כמה היה אופנהיימר.

ת. שלושה חודשים פחות.

מהדברים הללו עולה כי השניים "דברו על כך שמדובר בתמורה לחשבונית" זו היתה ההבנה של שני הצדדים ולא בהכרח הצעה של הנתבעת דווקא. (לטעמנו לא בכדי הוסיף התובע מילה זו). בהקשר זה יצוין כי הובהר שגם אחרים באותה עת היו מתקשרים גם באופנים אלה וכי יש להניח כי צורת

- ההתקשרות הזו היתה טבעית עבור הנתבעת ביחס לתובע שבעבר נתן שירותים דומים לא כשכיר של חברת ביטוח אלא כעובד ארשת שבעצמה נתנה שירותים קודם לכן לנתבעת(היינו כקבלן מבחינת החברה). מתוך הדברים עולה גם שהתובע לא ביקש לבדוק אפשרות העסקתו כשכיר והדבר היה לא מפתיע בעיני יהודה שהיה כבר מנוסה בסירובים להיות שכירים מסוג זה "מסיבות ברורות".
36. התובע כאמור טוען כי לא טרח לבדוק את אפשרות העסקתו כשכיר בשל חששו כי עקב גילו יסורב. טענה זו אינה מהימנה ואינה מסתברת כשלעצמה. עסקינן במצב שבו לא הוא זה שפנה לנתבעת אלא הנתבעת, באמצעות יהודה, היא שפנתה אליו. אם כן העלאת הצעה שכזו, לכל היותר יכולה היתה להענות בשלילה, ובמקרה כזה עדיין יכול היה התובע להתקשר באופן שבו התקשר בסופו של דבר. אין זה מתקבל על הדעת שהיה חשש אמתי שעצם העלאת האפשרות לעבוד כשכיר תשמוט הקרקע תחת ההצעה (כשלכך יוסף שיהודה, המציע, היה בעצמו שכיר בנתבעת וכבן גילו של התובע וכן היו גם אחרים, כפי שידע יהודה עצמו).
37. עוד עלה מדברי התובע עצמו כי גם כאשר כבר נמשכה ההתקשרות כמה שנים, לא מצא לנכון לבקש שינוי במעמדו, זאת על אף שיחד עמו עבדו עובדים בני גילו. כך ברישת עמ' 13
- ת. מעל 50.. מעל 60 לא. היה עוד אחד שהיה כמו אופנהיימר בגיל, שמו היה יגאל בכר. כשהוא היה בן 65 הכריחו אותו לעבור להיות עצמאי.
- ש. מעולם לא ביקשת שזה ישתנה.
- ת. אני העכרתי שלא יסכימו, לא רק שלא יסכימו אמרו לי שמעל 65 הם לא מחזיקים שכירים. אז אם בגיל 54 הייתי זקן...
- ש. אתה מדבר שאחרי שעברת את גיל 65 הבנת כי אין מה לבקש.
- ת. אפילו 63.
- היינו, לפני כן, גם לפי התובע, היתה אפשרות סבירה כי הבקשה להיות מועסק כשכיר- תתקבל.
38. גם הגב' אייזן עדת הנתבעת (אשת משאבי אנוש) החל מ'2007 מעידה כי לא היתה מניעה להמרת התקשרות קבלנית בהתקשרות של יחסי עו"מ (ע' 28)- ובכך מחזקת את מה שהעיד יהודה עצמו:
- ת. לא במשאבי אנוש מה שכן היה אולי ברכש, אולי בתקציבים של אגף מערכות מידע. במסגרת החלטות אסטרטגיות של החברה העברנו עובדי מיקור חוץ לעובדי החברה, כמעט כל מי שרצה, עשרות כאלה העברנו. בקשר עם עובדי מיקור חוץ היה ישירות של מנהלי האגף ואני הייתי בקשר עם המנהלים. כל שנה עשינו מהלך שלהעברת עובדי מיקור חוץ להעברת עובדי חברה כל מי שרצה לעבור להיות עובדי חברה שניתן אישור לגביו על ידי אגף מערכות מידע הגיע אלי לקבל הצעת שכר וחווה כעובד חברה, בשנים האלה זה היה אלי ישירות...
39. גם עדת התובע הגב' שריץ העידה (עמ' 18) דברים התומכים בכך שניתן היה לקיים מו"מ בדבר תנאי ההעסקה בנתבעת. העדה, שעבדה כשכירה בנתבעת, ציינה כי כשהתקבלה לעבודה נערך עמה בירור לגבי תנאי שכרה במקום הקודם בו עבדה והשכר נקבע בהתאם לכך ולאחר מכן אף בוצעו העלאות שכר. העדה אף ציינה כי בשל וותקה התקבלה עם זכויות על פי וותק לצרכי פנסיה ולצרכי זכאות לימי חופשה.
40. לא מצאנו איפוא כל ביסוס לטענה כי קבלת התובע כקבלן היתה דרישה של הנתבעת. מדובר היה במתכונת מוסכמת ורצויה לשני הצדדים. נוכח הדברים דלעיל, מהם עולה כי היתה נכונות לקבל מתכנתים כעובדים מראש וכן גם להמיר "קבלן" ל"עובד", לא שוכנענו כי יש חשש שמא הנתבעת נמנעה מלקבל עובדים כעובדים על מנת להמנע מלהבטיח להם תנאים סוציאליים נדרשים ולהפך, מצאנו כי התובע הוא שנמנע מלבחון אפשרות העסקתו כשכיר, במכוון.

41. ואולם אין מדובר בגחמה של התובע במסגרתה נוח היה לו להתקשר כעצמאי עם הנתבעת. מתוך עדויות עדיו עולים שני טעמים מבוררים לרצון זה: א. תוחלת שנות העבודה: יהודה מסביר כי בפועל המקובל היה בנתבעת להפריש את העובדים בגיל פרישה (הוא כחריג לפי דבריו, עבד עד גיל 70-ר' עמ' 9). אם כן ברי כי התובע לא רצה להגביל עצמו למגבלת גיל הפרישה ועל כן העדיף מתכונת שאינה מחיבת זאת כך גם עולה מעדותו ברישת עמ' 17. ב. שיעור ההכנסה: כפי שעלה מן העדויות, את גובה השכר קבע התובע (ומכל מקום נקבע בהסכמתו בהתאם למקובל בשוק בתחום זה- כאלבא דיהודה) זאת כאשר ברור היה שמדובר בתמורה העולה על השכר המשולם לעובדים: (ר' עדות יהודה בעמ' 6) בהמשך (ע' 9) מעיד יהודה כי ישנה בכל חברות הביטוח טבלא המפרטת את העלויות בשוק של עובדים מסוג זה ו"ניסינו לשמור על פרופורציה כי לא רצינו שהעובדים הטובים החיצוניים יעזבו". כך מעיד התובע (ע' 14):

ש. אני חוזרת לשנת 1993, שאתה מקבל הצעה מיהודה. באותו מעמד שהוא הציע לך הוא אמר לך מה תהיה התמורה.

ת. הוא אמר לי להציע את התמורה, אני הצעתי אז 20 דולר.

ש. חתמו איתך הסכם, אתה זוכר אם הם קיבלו את ההצעה שלך.

ת. זה הסכום שקיבלתי

בהמשך עדותו בעמ' 16 מאשר התובע כי העלאות השכר היו לפי בקשותיו כשהראשונה בהן – \$20 ל \$25 (עליה של 25%!) בוצעה זמן קצר לאחר תחילת ההתקשרות (ביטוי נוסף לחוזקת מעמדו במו"מ בין הצדדים). כפי שהראתה הנתבעת בסיכומיה (ס 22.6-22.7) הפער שבין הסכום שעליו סוכם כדלעיל לבין הסכום שהשתכר זמן קצר קודם לכן בעבודתו בארשת (6-5 אש"ח) היה משמעותי ועמד על עשרות אחוזים "לטובת" התמורה הקבלנית.

42. אם כן, התובע, שיכול היה לקבוע את התעריף ולעמוד על עדכונו (אך לשיטתו לא יכול היה לשאול אם יוכל להיות עובד....) בחר במודע ומרצונו במתכונת העסקה זו. מאידך, לא שוכנענו כי ולו בראשית הדרך, היה לנתבעת אינטרס כלשהו בקבלת התובע לעבודה דווקא בדרך זו ויתכן שנוכח המדיניות עליה העידו העדים השונים ביחס לכלל תקופת העסקתו של התובע, היתה המדיניות דווקא הפוכה.

43. שתי הערות בטרם מיצוי סוגיה זו:

הראשונה - בעמ' 9 העיד יהודה כך:

ש. אני מדברת על אותם אלה שההתקשרות איתם נעשתה ישירות כפריילנסים, אם היית קולט אותם כעובדים נניח שהיו מקבלים 160 ₪ לשעה זה מה שהיו מקבלים כעובדים או שהיו עושים התאמה כך שמה שהם יקבלו עכשיו יהיה כולל גם את הזכויות.

ת. הסוכרייה שהיינו מציעים למישהו כזה שמקבל 160 ₪, היה שהוא יהיה עובד מהמניין ובנוסף יקבל את כל הזכויות שלו.

ש. אז למה שהם אל יסכימו.

ת. אני לא יודע.

הצדדים חלוקים בשאלה מה משמעות או מהימנות יש לעדות זו. לטעמנו דברים אלה אינם מסתברים שכן לא הובא שום טעם ממשי לעמדה כה בלתי מסתברת מבחינה כלכלית מצד אותם פריילנסרים. מכל מקום וככל שיש ממש בדברים, לכל היותר יש בכך כדי להעיד על מידת הכוונה שהיתה לנתבעת (ובהפך, לתובע) לקבל אותו כעובד. ודאי אין להסיק מכך ששכר מקובל הוא התמורה שקבל התובע בצירוף זכויות עובד כפי שניסה העד במגמתיות לומר.

השניה- התובע נותן משקל רב בסכומיו לעובדה שבשנת 2015 (ובמועד הקודם העלום שבו הוצע לתובע להתקשר בהסכם שנדון לעיל) סרב התובע לחתום על הסכם קבלנות כתוב והכליל בתיקונו סעיפים המאפשרים לו לטעון בהמשך ליחסי עובד ומעסיק, וכי בהמשך לכך לא נחתם הסכם. בכך מבקש הוא ללמדנו בין היתר כי היה ברור גם לנתבעת בזמן אמת שאין מדובר בעצמאי וכי התובע אינו רואה עצמו כזה. לעניין זה הוא אף מפנה לאשר נפסק ב**סעי'ש 2811-05-15 גטניו- ליפשיץ** [פורסם בנבו] (18.11.18). איננו מקבלים טענתו זו מהטעמים הבאים: א. עיון בפסק הדין דשם מעלה כי בין השיקולים שהנחו את בית הדין היה שהוכח בוודאות שם כי המעסיק ידע שעסקין ביחסי עו"מ והוא העדיף להשאיר המצב כיחסי קבלן- מקבל שירותים (סי' 103 לפסה"ד דשם). לטעמנו ועל אף קביעתנו ברישת הדברים כי מאזן השיקולים נוטה לקיומם של יחסים כאלה אין לומר כי הן מראש והן בדיעבד ידעה הנתבעת כי עסקין ביחסי עבודה וכפי בענין דיג, שתי האפשרויות לגיטימיות. ב. דווקא באותו ענין עלתה סוגית המקובל בענף וביה"ד שם שוכנע כי התקשרות עם קבלנים היתה (ולו עד שלב מסוים) מקובלת ונפוצה. בעניינו הוכח שבמשך שנים רבות זה היה המצב. בכך חיזוק לכך שמערכת יחסים קבלנית היתה לגיטימית ונוהגת (מה גם שבעניינו כאמור מצאנו שהתובע הוא שהעדיף מתכונת זו). ג. התובע מוצא הקבלה בין עניינינו לענין גטניו שכן בשני המקרים היה שלב במהלך ההתקשרות שבין הצדדים שבה הציע ה"מעסיק" לצד השני להתקשר בהסכם קבלנות בכתב והצד השני סרב לכך, כשלמרות זאת נמשכו היחסים בין הצדדים. בית הדין שם מצא בכך ביטוי לחוסר תום לב של המעסיק ולו מאותה נקודת זמן. רואים אנו הבדל בין הנסיבות שם לנסיבות דכאן- שם נמשכו היחסים בין הצדדים 13 שנה לאחר אותו מועד. בעניינו בוצעו חלופי הטיטוטות בשנת עבודתו האחרונה של התובע, כאשר היקף פעילותו הלך והצטמצם ולקראת החלטת הנתבעת על סיום העסקתו. מכל מקום, אין להתעלם מכך שעמדת בית הדין שם נסמכה על כך שבעת העלאת סוגיית ההסכם בכתב על הפרק ידע ה"מעסיק" כי מדובר ביחסי עו"מ. בעניינינו כאמור לא זה המצב ומכל מקום מוצאים אנו מחלוקת כנה בין הצדדים בסוגיה זו באופן שגם אם בדיעבד לאחר כ-20 שנות התקשרות העלה התובע לראשונה טענה בנדון, אין פגם בכך שהנתבעת נשארה בעמדתה. לטעמנו הפך הדבר הוא הנכון- התובע שבחר בדרך שבה בחר, העלה סוגיה זו דווקא בשלהי תקופת העסקתו, ובדיעבד, וזאת כאשר כבר קצר את פירות "עצמאיותו" בכך שהמשיך בהתקשרות זו (נכון לאז) עד גיל 76, הרבה מעבר לגיל הפרישה, ותוך שהנתבעת מתחשבת במגבלות יכולותיו מאז מחלת אשתו וממשיכה בהתקשרות עמו. כך נהג בבחינת "אחוז מזה וגם מזה אל תנח ידך".

44. כמובא מעלה מענין יוסף אילן, בענין ענת עמיר (**ע"ע 3575-10-11**, [פורסם בנבו] 21.1.15) הסתייגה

דעת הרוב מהגישה ההרתעתית וציינה כי יש להחילה רק במקרים הקיצוניים:

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

45. לטעמנו נסיבותיו של המקרה דכאן : מהות היחסים לא היתה מובהקת ודאי לא בתחילת הקשר ובמרבית שנותיו ובוודאי לא כאשר התובע היה מעוניין בקשר קבלני בשל יתרונותיו **ומשכך ובהתאם לדעת הרוב בענין עמיר, אין הצדקה להחלת הגישה הרתעתית היות ואין מדובר בהתנהלות בחוסר תום לב של הנתבעת (ולהלן על כל פנים, יבחן שיעור הפער שבין שכר התובע לתמורה שקבלה מקבילתו).** ככל שעסקינן בגישה החישובית יש לבחון את עלות השכר החליפי ולבדוק נוכח כך האם יש מקום לקיזוז המשולם אל מול השכר החלופי. כך ייעשה להלן:

השוואת התמורה שקיבל התובע לשכר שקיבלה מקבילתו

46. כאמור לעיל אין חולק כי העובדת שנתוניה דומים ביותר לנתוניו של התובע (מבחינת וותק, היקף שנות עבודה ותחום עיסוק) היא איקס (ב.מ. ברישומי הנתבעת). התובע ועדיו אמנם טוענים כי התובע היה בעל נסיון רב יותר ועובד טוב יותר, ואולם אין לצפות כי ימצא עובד המקביל בדיוק לתובע. יוסף לענין זה כי איקס החלה לעבוד בנתבעת ב1988, דהינו היתה בעלת וותק גדול ב5 שנים משל התובע (או 7- אם נתעלם משתי שנות ההתקשרות הראשונות באמצעות קבלן אחר). אם כן, אף אם נסיונו של התובע היה גדול יותר, הרי שאיקס עצמה היתה וותיקה יותר ולכך משקל שכנגד. יוער כי כלל 4 העובדים האחרים שאליהם ביקשה הנתבעת להשוות את התובע הם עובדים עם וותק מצומצם יותר. העובד הקרוב ביותר בנתוניו (מבחינת פער השנים לעומת התובע- הפעם עם וותק גדול יותר לתובע) הוא א.ק. שעובד בנתבעת מ2001. הטעם בגינו לא מצאנו טעם להעדיף את א.ק. על פני איקס (או לערוך ממוצע השתכרות של שניהם) הוא הודאת עדי הנתבעת כי א.ק. אינו למעשה מתכנת אלא עושה שמוש בתוכנת SQL שאינה שפת תכנות ובכך שונה מהתובע ומאיקס.

47. טוענת הנתבעת כי התמורה שקבל התובע לא נפלה מעלות שכרה של איקס ועל כן העמדת שיעור התמורה שקבל אל מול עלות שכרה יביא לתוצאה כי עלות זו מקוזזת אל מול התמורה שקבל ואינו זכאי לדבר. האמנם?

48. המחלוקת הבסיסית שבין הצדדים נוגעת לשאלה כיצד יש לערוך את חישוב שכר הבסיס של איקס וכנגזרת מכך את עלות שכרה. התובע קיבל תמורה שעתית. איקס קיבלה משכורת חודשית. ברי כי כדי לערוך השוואה בין הנ"ל יש להגיע לבסיס חישוב משותף. להלן נערוך תחשיב המתבסס על ערך שעתי.

49. נפתח במה שמוסכם על הצדדים והוא ששווי המע"מ המצטרף לתשלום ששולם לתובע מחד גיסא מקביל לערך לשווי מס השכר ששולם עבור העסקתה של איקס מאידך גיסא, ומשכך אין להתחשב בשני נתונים אלה ולנטרל אותם.

50. עוד אין ולא יכולה להיות מחלוקת על כך שהשוואה צריכה להעשות בין עלות השכר המופחת (של איקס) בתוספת כלל הזכויות המגיעות לבין גובה התמורה שנתקבלה בפועל (וכך בענין עמיר) :

"שיעור ההשבה על פי האמור צריך להיקבע, לא על פי הפרש 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".

51. עוד ראוי לציין כי דרך החישוב הראויה היא על ידי השוואת ערכים לשעה (ר' ס' 58 לפסק דין יוסף אילן). באותו ענין הובהר מהי הדרך לחישוב ערך השעה:

לטעמי, אין לקבל טיעון זה, שמערבב בין ה"שכר" לבין "התנאים הסוציאליים" ו"עלות ההעסקה".
השוואה הראשונית אותה יש לערוך היא בין התמורה הקבלנית לשעה לבין השכר לשעה של העובד
המקביל. לאחר מכן, לפי הגישה החישובית – יש לערוך השוואה בין התמורה הקבלנית לשעה לבין
עלות השכר לשעה, ולפי הגישה ההרתעתית - יש לערוך השוואה בין התמורה הקבלנית לשעה לבין
השכר לשעה.

52. הצדדים חלקו בשאלה כיצד יש לחלץ את ערך השעה מתוך שכרה החודשי של איקס. כעולה מן האמור מעלה, לצרכי הגישה החישובית, יש בשלב ראשון לחשב ערך שעה על בסיס סה"כ השעות בגינן שולם. יש ממש בטענת הנתבעת כי חלוקת השכר החודשי במספר שעות העבודה בפועל, למרות ששולם גם על שעות שאינן שעות עבודה (חג, חופשה וכו'), ולאחר מכן הוספת הזכויות הסוציאליות תיצור כפילות. והרי- ככל שמבוצע תחשיב ערך שעה על בסיס חלוקת השכר החודשי כולו במספר שעות העבודה בפועל, כאשר באותו חודש היו גם שעות שאינן שעות עבודה בפועל שבגינן בכל זאת שולם לעובד על אותו בסיס- יש בכך משום העלאה פיקטיבית של ערך השעה שכן המעסיק שילם גם על שעות שלא היו שעות עבודה ממש. הקטנת מספר השעות (המכנה) שעל בסיסו חושב השכר (המונה), בהכרח תביא לתוצאה לא נכונה. על כן, לצורך בידודו של ערך שעה (להבדיל מעלותה) יש להביא בחשבון, כך בהתאם לפסה"ד בענין אילן, את סה"כ השכר החודשי ולחלק אותו לסה"כ השעות המשולמות.

טוען התובע כי החישוב שערכה הנתבעת לבידוד ערך שעה הוא פיקטיבי שכן בפועל איקס, להבדיל מהתובע קיבלה תמורה בשל חופשה/מחלה/העדרות ובכך יש משום איון הבסיס המשותף לחישוב. טענה זו אין לקבל נוכח האמור לעיל ובלבד שבשלב השני יגולמו בגדר הזכויות הסוציאליות גם תשלומים (או שווי עלות תשלומים) בגין אלה.

כאמור, בענין אילן נדחה תחשיב ש"בלבל" בין עלות העסקה, שכר ותנאים סוציאליים. ספק בעינינו אם עסקינן כאן ב"בלבול": למעשה הכרטיס האישי של איקס סוכם את כלל הנתונים וניתן מתוכו להוציא גם נתון של שעות וגם נתון של עלות (כפוף למפורט בהמשך). לכאורה, בפועל ניתן לראות שעבור X שעות עבודה היתה העלות הכוללת Y ובכך למעשה מגולמים גם כל הנתונים המשתנים (רכיבים שלגביהם נצברו זכאויות פנסיוניות להבדיל מאלה שלא וכל כיו"ב- שכן הכל כבר כלול בנתונים שבכרטיס האישי).

עם זאת ונוכח האמור בענין אילן (בהתאם למנגנון שבוצע שם ואף על ידי כב' הנשיא (דאז) פליטמן בענין עמיר), לפיו יש לחלץ ראשית את ערך השעה הבסיסי ולהוסיף עליו את העלויות הנוספות, כך נעשה אף אנו ומשכך לא נסתמך על תחשיב התובע. יאמר לענין זה כי אחד הקשיים העולים מביסוס התחשיב על "עלות העסקה" בכלל נובע מכך שחלק מנתוני "עלות העסקה" עשויים לכלול גם רכיבים אישיים שאין מקום להכלילם בזיהוי השכר החלופי של התובע, ובכלל זה – מענקים אישיים, תשלום בגין ש"נ כאשר במקביל לא ביצע התובע אותו היקף שעות וכל כיו"ב.

53. עוד טוען התובע כי עדת הנתבעת הגב' סיברוני הודתה כי היא עצמה בעת תקצוב פרויקטים, לשם חישוב עלויות ערך שעת עובד או קבלן – נטלה ערך הבסיס לו טוען התובע. מכך הוא מבקש ללמוד כי יש לפעול באופן בו מציע הוא, היינו חלוקת כלל השכר במספר שעות העבודה בפועל. עיון במובאה שאליה מפנה (עמ' 38 ש' 11) מצביע על כך שאין בדברים משום הודאה כלל. גב' סיברוני כלל לא

התייחסה לאופן חישוב ערך שעה של עובד שהיא עושה בו שמוש לצרכי הערכת עלויות פרויקטיים ומכל מקום דברה על ערך ממוצע. דין טענה זו להדחות איפוא.

55. בטרם נעמוד על ניתוח תחשיבי הנתבעת נתייחס לטענות התובע בדבר פגמים שיש למצוא בטבלאות שערכה הגב' ניסנוב, חשבת בנתבעת:

א. לא מצאנו כי יש להתעלם מנתונים שקבלה העדה באמצעות פקידים הכפופים לה והכלולים בנתוני המחשוב של הנתבעת (כדוגמת נספח ה' לתצהירה) אף אם היא לא הוציאה אותם בעצמה או לא מלאה הנתונים. מדובר בנתונים מוסדיים שאינם שונים מכל נתון אחר (כגון תלושי השכר והכרטיסים האישיים).

ב. התובע מצא ליתן משקל נכבד לתקלה שהתבררה במסגרת הח"נ באשר לחישוב המע"מ בנספח ב' לתצהירה שמהווה חלק מבסיס חישוביה באשר לתמורה השעתית שצוינה לעיל. לטעמנו אין לכך נפקא מינה משמעותית. מדובר בתקלה הנוגעת לרכיב שראוי יותר להתעלם ממנו, כפי שכאמור הסכימו הצדדים (מע"מ מול מס שכר) וגם טעויות בקשר לכך אינן שומטות הקרקע תחת יתר רכיבי התחשיב. גם מתוך הנתונים הגולמיים שהוגשו ניתן לחלץ את הרכיבים הנדרשים ומשום כך איננו מוצאים כי התיקון שנערך בטבלה שהוגשה ביחד עם סכומי הנתבעת אין ראוי להתחשב בו אלא ראוי לעיין בה לגופה וכך ייעשה בהמשך.

ג. אשר לנספח ה' לתצהיר הגב' ניסנוב- עלו קשיים מחקירתה בכל הנוגע לפער שבין נתוני נספח ה' לתצהירה (סה"כ השעות המשולמות (לענינו- לאיקס) בכל אחד מחודשי העבודה) לבין הנתונים המופיעים בכרטיסים האישיים שלה (חלק מנספח ד' לתצהירה). בדקנו הנתונים גם ביחס לחודשים אחרים מאלה שאליהם הפנה ב"כ התובע בחקירתו הנגדית ואף שבמקרים רבים ישנה התאמה בין מספר שעות העבודה המדווחות בכרטיס האישי בצירוף שעות העדרות בתשלום (חופשה ו/או מחלה) לבין רישום השעות המופיע בנספח ה', וכן אף אם ראוי להתעלם מחודשים בהם חלו ימי חג שיש להניח שנספרו כ"שעות עבודה" בנספח ה' אך לא באו לידי ביטוי בנתוני הכרטיס האישי, עדיין יש מקרים בהם אין הסבר לפער בין הנתונים. הסבריה של גב' ניסנוב בח"ח לפיו העדרויות שונות יכולות לבוא בחשבון לענין זה (העדרות לשם בדיקת הרייון, מילואים, שעות הרייון וכיו"ב) יתכן והם הטעמים לפער אלא שלא ניתנו נתונים ברורים כלשהם שיכולים להסביר פערים כאלה. גם אם מקבלים אנו שישנו קושי לשחזר נתונים לשנים שקדמו 2009, היה ניתן לצפות כי שחזור מלא ייעשה ביחס לשנים הקרובות יותר למועד הגשת התביעה. ראוי לציין שבכרטיסים האישיים של איקס עד 2008 אין נתונים בדבר מספרי שעות כך שכלל לא ניתן לבחון את אמינות הנתונים בנספח ה'. עם זאת ומכיוון שנתוני השעות המופיעים בכרטיסים האישיים קיימים ביחס לכלל השנים, נתייחס אליהם.

לגופם של תחשיבי הצדדים:

56. התובע ערך תחשיב "פשוט" שעל פיו חילץ את עלות השעה של התובע מתוך הנתונים שקיבל מהנתבעת: התובע נטל את נתוני "עלות העובד" המצויים בכרטיסים האישיים של איקס וחילק אותם בנתוני מספר השעות שנעבדו בפועל. (ולחלופין, בסכומיו לכלל השעות) נתונים אלה השווה לנתונים שמסרה הנתבעת עצמה בנספח ב' לתצהירה (היקף הכנסותיו של התובע) ובנספח ז' (היקף השעות החודשיות הממוצע). לדבריו התוצאה המתקבלת משקפת בפועל את עלות המעסיק. על פי

נתונים אלה, הראה התובע, ביחס לשנים שלגביהן יש נתוני שעות, כי שכרה של איקס היה גבוה בהרבה משכרו (נספח ו' לתצהירו).

57. לפגמים בתחשיב זה ואלה ידונו להלן :

טענה א. החישוב בוצע על בסיס תמורה ללא מע"מ של התובע- טענה זו אינה נכונה ולו ככל שהדבר נוגע לחישובים שנערכו בסכומי התובע. כך למשל ביחס לשנת 2010- התובע חישב בסיס הכנסה של התובע של 337,371 ₪ כמפורט בנתונים הכלולים בנספח ב' לתצהיר האמור.

טענה ב. עלות השכר מחולקת במספר שעות עבודה נטו בפועל כמופיע בכרטיסים ללא שמובאים בחשבון נתוני שעות העדרות בתשלום. – עובדתית יש ממש בטענה כי התחשיב מבוצע על יסוד מספר שעות בפועל בלבד. כאמור לעיל, אין התחשיב תואם את הפסיקה.

56. טוענת הנתבעת (ס' 18 לתצהיר הנ"ל) כי לו היה התובע מבקש לערוך תחשיב כדבעי לשיטתו, הרי שהיה צריך לעשות כן בנטרול מס שכר ומע"מ (וכאמור, כך הוסכם) וכן להסתמך על תעריף השכר השעתי הממוצע (רובריקה המופיעה בשורה "תעריף ש" ב" בכרטיסים האישיים), ועל בסיסו יש לערוך תחשיב כאמור.

בסכומיה אף צרפה הנתבעת כנספח 2 את ריכוז נתוני תעריף השכר בכלל השנים ביחס לאיקס.

54. יצוין כי אף שהדבר צוין כבר בתצהיר הגב' ניסנוב לא נעשה על ידי הצדדים פירוט לבחינת הרכבו של רכיב "תעריף ש"י". האם אכן ניתן להסתמך על רישום תעריף זה?

לכאורה היה ניתן לצפות כי תעריף שעה במכפלת מספר שעות בכל חודש יביא לתוצאה של לכל הפחות שכר היסוד באותו חודש. בדיקה בכרטיס השכר של איקס מעלה כדלקמן:

כדוגמא ניטל חודש דצמבר 2015: שכר יסוד-20179.4; תעריף שעה-115.31; שעות עבודה: 170.83
 $19,696 = 170.83 * 115.31$; ישנם חצי יום מחלה וחצי יום חופשה שנעריך לכן בסה"כ 8 שעות ששוין
 922.48 ועי"כ סה"כ 20604 ₪. גם אם ניטול את נתון השעות המופיע בנספח ה' (שאלבא דנתבעת משקף כלל השעות ששולם בגינן)-192.73, תהא התוצאה $22,223 = 115.31 * 192.73$ ₪.

דוגמא נוספת חודש פברואר 2011: שכר יסוד 19200 ₪; שעות עבודה 167.38; תעריף ש"י 110.81.
 $18547 = 167.38 * 110.81$. בחודש זה יום חופשה אחד ששוויו אם כן $886 = 110.83 * 8$ ובסה"כ 19,434 ₪.

בשני המקרים אכן אין דיוק בין שווי שכר היסוד לבין מכפלת שווי ש עבודה במספרן.

עם זאת יתכן שהפערים נובעים מכך שהגרסה שבפי הנתבעת לפיה יום חופשה/מחלה חושב לפי 8 שעות אינה מדוייקת וזאת נוכח העובדה שחודש עבודה מלא אינו עומד על 183 שעות (דאז) אלא על 170 שעות בלבד ועל כן אורכו של כל יום עבודה קצר יותר.

על כן מצאנו כי יש מקום לאמץ את בסיס השכר השעתי הנקוב בכרטיסים האישיים של איקס, כאשר מאליו יובן שלכך יש להוסיף גם תוספות אחרות- עלויות סוציאליות ואחרות כפי שיפורט.

55. עיון בכרטיסים האישיים של איקס מעלה כי קבלה מעבר לשכר הבסיס גם: חופשה (בפועל) (אך

כמופיע בכרטיס האישי היתה זכאית ל26 ימים לשנה מתחילת עבודתה ולכן שעור תוספת זו לשכרה עומד על 8.5%), נסיעות, הבראה, ימי מחלה (יוערכו ב2%) וכן הטבות הקרויות בפי הנתבעת "רווחה" הכוללות גם הטבות בעין (כגון אש"ל)-מופיע בכרטיסים האישיים כ"שווה כסף". כן יש להביא בחשבון רכיב נוסף תחת הכותרת בכרטיסים האישיים כ"השתתפות" שהן השתתפות המעסיק בעלויות אחרות- ביטוח לאומי, קרן השתלמות והפרשות פנסיוניות (כולל גמל, פיצויים ואבדן כושר עבודה). בשאלת הצורך בהכללת "חגים" שאינם מופיעים בכרטיסים כשלעצמם נדון בהמשך. כפי שצוין בתצהירי הנתבעת, לא אותר חוזה ההעסקה של איקס כך שלא ניתן לברר ביחס

לרכיבים הוולונטריים במלואם או חלקית, מה היה שיעור ההפרשות שבוצעו לגביהם. הדרך לעשות כן היא איפוא מתוך נתוני התשלומים בפועל- הם הם הכרטיסים האישיים.

56. הנתבעת ערכה בסיכומיה את טבלא נספח 3 שבו פרטה רכיבי השכר הנלווים והעלויות השונות, ממנה גזרה הנתבעת בסיכומיה כי שיעור העלות "הסוציאליות" עומד על 39.31% מהשכר במוצע ביחס לכל שנות עבודתה של איקס.

התובע טוען בענין נספח זה ובכלל כי אין מקום להתייחס לטבלאות אלה שצורפו לראשונה לסכומים ושלעיתים הנתונים בהם גם אינם מתיישרים עם הנתונים שעלו מתצהירה ו/או עדותה של הגבי ניסנוב. לטעמנו אין מניעה להתייחס לטבלאות אלה ככל שהן מתבססות על נתונים שנגזרו מתוך הכרטיסים האישיים של איקס (כרטיסים שעליהם נסמך גם התובע בסכומיו), וכך נעשה. בית הדין יבחן עם זאת את מהות התחשיבים שבוצעו על ידי הנתבעת במסגרת נספח זה, שכן הם כוללים הנחות ולא רק נתונים. ההנחות ודאי אינן מחייבות והן יבחנו נוכח העקרונות הפסיקטיים דלעיל. (יוער כי בענין יוסף אילן נערכו תחשיבים שונים ומגוונים על ידי הצדדים בשלב הדיון בערעור עצמו)

57. הערות ביחס לטבלה 3 האמורה:

א. הקושי המהותי ביותר מקביל לקושי שמצא התובע לכתחילה בבסיס החישוב של הנתבעת הוא שהטבלה בהכרח לא נותנת ביטוי מלא ל"סוציאליות" שקבלה איקס בפועל, כגון חגים, חופשה ומחלה. הטבלה כוללת מקרא. על פי ההסבר לשורה 29 שהיא שורת ה"סוציאליות" שהנתבעת עשתה בה שימוש לגזירת העלויות הנלוות לשכר השעתי, נכללת בשורה זו "סוציאליות המשולמות לעובד-ש' 22". שורה 22 כשלעצמה כוללת סה"כ תשלומים פחות שכר. בכך נעוץ הקושי- והרי לעיל הובהר שאיקס קיבלה בתוך הגדרת "שכר" גם תשלום בגין ימי אי עבודה כגון חג מחלה וחופשה. אם כן, הנתבעת אמנם בודדה את השכר השעתי על בסיס ראוי אך לא זכרה להוסיף לנלוויו גם את המשמעות הכלכלית של תשלומי חופשה חגים ומחלה, וחלף כך הפחיתה את מלוא הרובריקה של "שכר" מחישוב הסוציאליות. משכך בהכרח נפל פגם בתחשיבה.

ב. ישנו קושי גם לענין ש"נ, רכיב שאותו הפחיתה הנתבעת מתחשיבה בנימוק שמדובר בתשלום בגין עבודה נוספת. מדובר בקושי רעיוני בלבד שכן ההבדל בין עצמאי לעובד הוא שעובד מקבל ערך נוסף בגין ש"נ שעקרונית היה מקום להביא אותו בחשבון עלויות המעסיק. אלא שמתוך נספח ז' לתצהיר הגבי ניסנוב עולה כי רק עד 2008 התובע עבד בהיקף של ש"נ אלא שבשנים אלה איקס כלל לא עבדה ש"נ ומשכך אין "נזק" לתובע.

ג. מצאנו לקבל את הסברי הנתבעת מדוע לא כללה בעלויות השכר מענקים ושווי מענקים. ור' במקרא בטבלת "הנתונים המסומנים באפור". עיון בנספח 3 מעלה כי בונוסים ניתנו בשיעורים משתנים ואף לא על בסיס קבוע- 8 שנים כלל לא ניתנו מענקים כלל ורק ב-6 ניתנו מענקים אלה. כן מקובלים עלינו הנימוקים לאי הכללה בתחשיב של מספר נתונים נוספים הכלולים ב"נתונים המסומנים באפור". לא מצאנו פגם גם בכך שכדי להשוות נתונים באופן ראוי נלקחו נתוני עלות מעסיק בגין ביטוח לאומי ביחס לאיקס, תוך התאמה לעלויותיו של התובע בגילו, לו היה הוא מועסק (מאז הגיעו לגיל קצבת אזרח ותיק). יתר ה"הנחות" הגלומות בטבלא זו ובכפוף לאמור לעיל, מקובל עלינו.

58. אם כן, לצורך תחשיבנו נאמץ את נתוני הטבלא נספח 3 לסכומי הנתבעת תוך ביצוע התיקון הנובע מהאמור לעיל: היות ובתעריפי ה"סוציאליות" לא גולם ניצול החופשה, המחלה והחגים בעין (שכן

נכללו בשכר הרגיל), יש להוסיף לשיעורי הסוציאליות גם תעריפים אלה, קרי 8.5% חופשה, 2% מחלה, וכן חגים (2.8%) ובסה"כ 13.3%
 סה"כ אם כן עומד ממוצע ה"סוציאליות" של איקס על 52.61% (משיש בידינו ערכי שעה, העדפנו להוסיף את שווי ה"סוציאליות" שלא הובאו בחשבון ישירות לשווי זה חלף חילוצן מתוך שכר היסוד בכל חודש)
 משכך, ועל בסיס נתוני ערך שעת יסוד שסוכמו בטבלא נספח 2 לסכומי הנתבעת כדלעיל, השתכרה איקס כדלקמן:

שנה	ערך שעה	ערך שעה בצירוף סוציאליות
		52.61%
2003	91.93	140.29
2004	93.67	142.95
2005	96.79	147.71
2006	100.57	153.48
2007	102.81	156.90
2008	104.6	159.63
2009	105.14	160.46
2010	109.71	167.42
2011	110.81	169.11
2012	111.92	170.80
2013	113.04	172.51
2014	114.17	174.23
2015	115.31	175.97
2016	116.46	177.55
סה"כ		2269.09
ממוצע		162.08

59. התוצאה היא איפוא שהתובע קיבל תמורה של 160 ₪ לשעה (ללא מע"מ) בעוד עלות מקבילתו היתה כמעט זהה, כשהפער לשעה ביניהם הוא של כשני שקלים בלבד.

60. לטעמנו, בנתונים אלה אין מקום להורות על השלמת הפרשי זכויות לתובע, שכן מדובר בפערים זניחים ביותר המשקפים מהותית כי אין פגיעה בזכויותיו של התובע כעובד וכי למעשה קיבל תמורה בשווי השכר שהיה מקבל לו היה עובד. היות שבוודאי ברור שהמנגנון של השוואה לעובד מקביל בהכרח אינו יכול להיות מנגנון מדויק ומושלם, ודאי כאשר עסקינן במגזר הפרטי וכאשר אין תעריפי שכר המוסדרים בהסכמים קיבוציים, הרי שמידת קירוב שכזו מצביעה על תשלום מלוא הזכויות. ודאי כך כאשר כאמור היתרונות שנצמחו לתובע מהיכולת לעבוד שנים רבות מעבר לאלו שבהן היה מועסק כשכיר עולים לאין שיעור על פער זניח זה.

61. עם זאת ולמען הזהירות ונוכח הוראות פסק הדין בענין עמיר לפיהן "ככל שקיים פער עלויות לטובת העובד - יגיע לו ההפרש שישתלם לו עד סכום זכאותו בתביעתו על פי עילותיה" ובהתחשב בעילות התביעה, נניח כי התובע זכאי להפרש הנובע מכך שבכל חודש היה עליו לקבל 2.08 ש"ח לכל שעה מעבר למה שקיבל. היינו, במכפלת 154 שעות (ממוצע השעות שעבד התובע בכל השנים הרלבנטיות לפי נספח ז' לתצהיר הגב' ניסנוב) ובסה"כ 320 ₪ לחודש.
62. התובע זכאי איפוא לסך של 194 ₪ * 12 חודשים * 22.5 שנים = 86,400 ₪.

סוף דבר

על הנתבעת לשלם לתובע סך של 86,400 ₪.
בנסיבות התוצאה האמורה, לא מצאנו מקום לפסוק הוצאות לטובת מי מן הצדדים.

ניתן היום, כ"ט ניסן תש"פ, (23 אפריל 2020), בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.

יצחק אופנהיים, נציג ציבור
מעסיקים

שרה ברוינר ישרזדה,
שופטת

דרורה נבון, נציג ציבור
עובדים

שרה ברוינר ישרזדה 54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, תקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)