

**בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו**

סע"ש 29580-10-16

05 נובמבר 2019

לפני:

כב' השופטת אסנת רובוביץ - ברכש

נציג ציבור (עובדים) מר נגר מרדכי

נציג ציבור (מעסיקים) מר מנחם אקרמן

התובעת

רונית מזרחי

ע"י ב"כ: עו"ד עפרה מזרחי

-

הנתבעת

מנורה מבטחים ביטוח בע"מ

ע"י ב"כ: עו"ד טליה יונתן ועו"ד קארן ויצמו-  
לובטקין

כתבי עת:

[יובל פרוקצ'יה, "על סיווגי העסקה מוטעים, הרתעה יעילה, ומעמדם הקוגנטי של דיני העבודה", עיוני משפט, מב \(צפוי להתפרסם תש"פ\)](#)

\_חקיקה שאוזכרה:

[חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988](#)

מיני-רציו:

\* ביה"ד קבע כי בין הצדדים התקיימו יחסי עובד-מעביד, ופסק לזכות התובעת סך של 70,000 ₪ בשל פיצוי בגין פיטורים שלא כדין, העדר שימוע, ואי תשלום דמי אבטלה, וכן תמורת הודעה מוקדמת נוכח פיטוריה.

\* עבודה – יחסי עובד-מעביד – קיומם

\* עבודה – יחסי עובד-מעביד – בחינתם

\* עבודה – יחסי עבודה – קיומם

\* עבודה – פיטורין – שלא כדין

\* עבודה – עובדים – זכויותיהם

\* עבודה – שוויון בעבודה – איסור הפליה מחמת גיל

המחלוקת העיקרית נוגעת לשאלת קיום יחסי עובד ומעסיק בין הצדדים. התובעת הועסקה תחילה באמצעות חברת כוח אדם וכעבור כשנתיים נחתם בין הצדדים חוזה למתן ייעוץ, וזאת עד להודעת

הנתבעת לתובעת בדבר הפסקת מתן שירותים מחמת צמצומים. על בסיס טענת התובעת לקיומם של יחסי עבודה בין הצדדים, מבקשת היא לחייב את הנתבעת לשלם לה פיצויי פיטורים, פיצויים בגין פיטורים שלא כדין, פיצויים בגין פיטורים בניגוד לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה וזכויות נוספות.

בית הדין האזורי לעבודה (השופטת א' רובוביץ-ברכש ונציגי הציבור מ' נגר, מ' אקרמן) קיבל את התביעה בחלקה ופסק כי:

אשר לשאלה האם התקיימו יחסי עובד ומעסיק, ביה"ד בחן את יחסי הצדדים על יסוד המבחן המעורב שנקבע בפסיקה – מבחן ההשתלבות על שני פניו, החיובי והשלילי, ומבחי משנה. ביה"ד פסק כי הפן החיובי של מבחן ההשתלבות מתקיים – הנתבעת עונה להגדרת "מפעל שניתן להשתלב בו" והתובעת ביצעה את מטלותיה כחלק מהמערך הארגוני הרגיל של המפעל. אשר לפן השלילי, התובעת הפיקה חשבוניות רק עבור הנתבעת ונתנה שירותים באופן בלעדי רק לנתבעת. הנתבעת לא הוכיחה כי עסק התובעת שירת את הנתבעת כגורם חיצוני או כי התובעת נהנתה מיתרונות מיסוי משמעותיים כתוצאה מצורת התקשרות זו מול הנתבעת, וגם אם הפיקה תועלת כלשהי היא לא תהייתה משמעותית ואין בכך בכדי לשלול קיומם של יחסי עובד ומעסיק.

אשר לאופן התשלום, התובעת קיבלה תשלום כנגד חשבונית מס. אך גם אם מועסק מסכים להגדרתו כקבלן עצמאי ומנהל תיק עצמאי ברשויות המס תוך הוצאת חשבוניות מס, אין בכך לסתור קיומם של יחסי עובד ומעסיק, כאשר אלה מתקיימים לפי אמות המידה המהותיות לבחינת קיומם של יחסי עובד מעביד; התובעת עבדה תחת כפיפות ופיקוח עובדי הנתבעת, ביצעה את עבודתה במשרדי הנתבעת בצידור של הנתבעת, וחתמה שעון נוכחות; התובעת ביצעה את עבודתה באופן אישי ואם נעדרה לא נדרשה לדאוג למלא מקום; התובעת הייתה שותפה בפעילות החברתית של עובדי הנתבעת, התייחסו לתובעת כמו כלל עובדי הנתבעת בנוגע לביצוע משימות, והוצגה כעובדת כלפי הלקוחות; התובעת לא ניהלה עסק משלה, ביצעה אישית את העבודה, והייתה תלויה כלכלית באופן מוחלט בנתבעת; התובעת נתנה את שירותיה רק לנתבעת במשך תקופה העולה על עשור, באותו תפקיד וברציפות. עובר לתחילת ההתקשרות של התובעת עם הנתבעת, התובעת עבדה באותו תפקיד כנגד תלוש שכר דרך חברת כוח אדם ועשתה למעשה את אותה עבודה. לסיכום, לאור מכלול נסיבות העניין, בין הצדדים התקיימו יחסי עובד-מעביד.

נוכח האמור, בחן ביה"ד את זכאות התובעת לזכויות במסגרת יחסי העבודה. תחילה קבע ביה"ד כי ניתנה לתובעת אפשרות בחירה בין מתכונת העסקה כעצמאית לבין מתכונת העסקה כעובדת, והיא בחרה להיות מועסק כעצמאית; כן בחן ביה"ד מה הפער בין התמורה הקבלנית ששולמה לתובעת לתמורה ששולמה לעובד/ת מקביל לה וציין כי ככל שמחילים את הגישה החישובית, הרי נוכח העובדה שהנתבעת לא כפתה על התובעת את אופן ההתקשרות, ומנגד שכרה הקבלני של התובעת היה גבוה יותר בכל תקופת העסקתה משכר שעתי בתוספת תנאים סוציאליים, הרי שהמסקנה הינה כי שכר הקבלני של התובעת כלל בתוכו את כלל הזכויות הסוציאליות ומשכך אין התובעת זכאית לתשלום זכויות אלה; ככל שמחילים את פסק דין רופא ואת הגישה ההרתעתית, נוכח העובדה שניתנה לתובעת אפשרות לבחור בין העסקה כעובד לבין העסקה כעצמאי, ונוכח הפער המשמעותי (כ-150%) בין התמורה הקבלנית לשכרה השעתי של התובעת (להבדיל מעלות שכרה), הרי שהנתבעת הייתה זכאית לקזז מהזכויות שהגיעו לתובעת כעובדת את הכספים ששולמו לה מעבר לשכר של עובד מקביל נוכח מעמדה כקבלן עצמאי, ולכן דין התביעה לזכויות שונות להידחות, שכן שכר התובעת כלל רכיבים אלו; גם אם לא היה נקבע כי לפי הגישה ההרתעתית התובעת אינה זכאית לזכויות, הרי שאין להחיל גישה זו בשלב זה נוכח הפסיקה בעניין אילן לפיה מאז ניתן פסק דין רופא, יש מקום לבחון את אופן החלת הגישה ההרתעתית, ולשקול גיבוש מתווים חלופיים ליישומה.

אשר לפיטורים שלא כדין, בהתחשב בנסיבות, לרבות גילה וותקה של התובעת, העובדה שלא היה לה הליך שימוע, שנימוקי הפסקת ההתקשרות לא היו ברורים ונסתרו, אי יכולת התובעת לקבל דמי אבטלה ואופן סיום ההתקשרות עימה והעובדה שאילו הייתה מועסקת התובעת כעובדת ככל הנראה הליך הפסקת ההתקשרות עימה היה נעשה באופן בו היה לה שימוע וניתן היה לחפש לה חלופה ולחילופין יכולה הייתה לקבל דמי אבטלה, יש לפסוק לתובעת פיצוי בגין פיטורים שלא כדין, העדר שימוע, ואי תשלום דמי אבטלה בסך 70,000 ₪. כמו כן, משהתובעת פוטרה היא זכאית לתשלום הודעה מוקדמת; הטענה לאפליה מחמת גיל נדחתה בהעדר הוכחה.

## פסק דין

המחלוקת העיקרית בתובענה שלפנינו נוגעת לשאלת קיום יחסי עובד ומעסיק בין התובעת לנתבעת. על בסיס טענת התובעת לקיומם של יחסים אלו, מבקשת היא לחייב את הנתבעת לשלם לה פיצויי פיטורים, פיצויים בגין פיטורים שלא כדין, פיצויים בגין פיטורים בניגוד [לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה](#) וזכויות נוספות.

### **העובדות כפי שהן עולות מחומר הראיות**

- א. התובעת ילידת 1959, עוסקת בתחום המחשבים, בענף התוכנה מספר רב של שנים.
- ב. התובעת הועסקה באמצעות חברת כוח אדם, טלדור פ.אס בע"מ (להלן: **חברת טלדור**) מיום 1.5.05 ועד ליום 30.4.07, זאת במסגרת הסכם שירותים בין הנתבעת לחברת טלדור.
- ג. ביום 6.3.07 נחתם בין התובעת לנתבעת חוזה למתן ייעוץ שם נכתב: **"... הצדדים מצהירים כי הקבלן יהא קבלן עצמאי... וכי לא תהיינה לקבלן כל זכויות של עובד המועסק על ידי המזמין.. הקבלן אינו זכאי לתשלום הטבות ותנאים סוציאליים..."**. ובהמשך:
  3. בתמורה לביצוע כל התחייבויותיו של הקבלן... מתחייב המזמין לשלם סך של 150 ₪ לשעה.
  4. התשלום יבוצע כנגד חשבונית... ולאחר אישור שעות העבודה על ידי המזמין.
  5. כל אחד מן הצדדים רשאי להודיע על הפסקת ההסכם באופן מיידי וללא פיצוי כספי" (ר' נספח ב' לתצהיר התובעת).
- ד. הסכם זה נכנס לתוקף החל מיום 1.5.07 כעולה ממייל ששלחה התובעת לגבי אתי שטרן מטעם הנתבעת: **"היי אתי, סיכמתי עם דגנית מטלדור שאסיים עבודה בטלדור בסוף אפריל, כך שההסכם עם מנורה יכול להתקיים ב-1.5.2007"** (ר' עמ' 7 לנספח ב' לתצהיר התובעת).
- ה. ביום 22.8.16 הוציאה הנתבעת לתובעת מכתב הודעה על הפסקת מתן שירותים למנורה מבטחים בע"מ בו נכתב: **"בהתאם לחוזה למתן שירותים שנחתם בינינו הרינו להודיעך בזאת על הפסקת עבודתך במנורה מבטחים בע"מ החל מתאריך 6.9.2016. סיבת סיום העסקה: צמצומים.."** (ר' נספח א' לתצהיר התובעת).

**טענות הצדדים**

1. לטענת התובעת, התקיימו בינה לבין הנתבעת יחסי עובד-מעסיק, החל מיום 1.5.07 ועד ליום 6.9.16, 9 שנים וארבע חודשים. עוד טוענת התובעת כי עובר לכך הועסקה בנתבעת באמצעות חברת טלדור וזאת החל מיום 1.5.05 ועד ליום 30.4.07, כעובדת שכירה של חברת טלדור. לטענת התובעת לאחר שההתקשרות בינה לבין חברת טלדור הסתיימה, הממונים עליה בנתבעת פנו אליה בבקשה להמשיך לעבוד במנורה ובהתאם לכך המשיכה לעבוד שם כפריילנסרית כי באותו מועד לא היה תקן לעובד בנתבעת.
2. לטענת התובעת את אופן ההתקשרות יזמה והכתיבה הנתבעת מאילוצי כוח אדם. הנתבעת לא יכלה לקלוט אותה מיידית כעובדת מנורה ולכן התבקשה לחתום על "הסכם ייעוץ". אולם לטענת התובעת היא לא הייתה "יועצת" אלא תוכניתנית מן השורה וקיבלה משימות והוראות מראשי הצוותים והיתה נתונה לפיקוח של הנתבעת. לטענתה, הסכם הייעוץ לא שיקף את מהות יחסי העבודה הלכה למעשה והיא לא הייתה יועצת.
3. עוד טוענת התובעת כי השתלבה באופן מלא כעובדת צוות במחלקה בתפקיד של תוכניתן תחזוקה ופיתוח מערכות יישום (אפליקציות) במשך יותר מעשור וכי עבדה כמו כל עובד בנתבעת. המשימות שלה היו חלק בלתי נפרד ממשימות הצוות והמחלקה. עוד טוענת התובעת כי לא ניהלה עסק משלה ועבדה רק בנתבעת והייתה תלויה כלכלית בנתבעת. לטענתה, קיבלה את כל הציוד והנלווים מהנתבעת, הייתה נתונה לפיקוח צמוד, לשליטה ובקרה של הממונים, ומנהלת המחלקה בנתבעת.
4. לטענת התובעת ביום 22.8.16 הוזמנה לחדרה של הממונה עליה, גבי וייסלר שהודיעה לה על פיטוריה ללא כל הנמקה של ממש. לטענת התובעת לא נערך לה שימוע ולא נתנו לה כל סיבה לפיטוריה, למעט השימוש במילה "צמצומים".
5. לטענת התובעת ביום הפיטורים מלאו לה 58 שנים ולא היתה כל עילה לפיטוריה למעט גילה ומשכך טוענת התובעת לפיטורים בשל אפליה מחמת גיל ותובעת פיצוי בשל כך בהתאם [לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה](#).
6. מנגד לטענת הנתבעת, התביעה מוגשת בחוסר תום לב לאחר שיותר מעשור התובעת לא טענה דבר כנגד צורת העסקתה. עוד טוענת הנתבעת כי התובעת בחרה במתכונת ההתקשרות כנותנת שירותים ופריילנסרית וכי שולמה לה תמורה הגבוהה עד פי שניים מהשכר ששולם לעובדים מן השורה באותה מחלקה. התובעת לא ראתה עצמה כ"עובדת" ולא בכדי לא העלתה בכל שנות התקשרותה טענה בנדון. עוד טוענת הנתבעת כי חלק מרכיבי תביעתה של התובעת התיישנו.
7. לטענת הנתבעת, התובעת התקשרה עם הנתבעת באמצעות חוזה למתן ייעוץ, אשר נחתם בין הצדדים ביום 6.5.07 במסגרתו סיכמו הצדדים כי מתכונת ההתקשרות ביניהם הינה של קבלן-מזמין. בהתאם, התובעת סיפקה שירותים בתחום המחשוב. במסגרת התקשרות זו סוכם כי התמורה שתקבל תעמוד על 150 ₪ לשעה ולאחר מכן תמורה זו עלתה ל-167 ₪ לשעה בתוספת מע"מ.
8. לטענת הנתבעת, בטרם חתמו הצדדים על הסכם ההתקשרות התובעת היתה עובדת של חברת טלדור ובמסגרתה נתנה התובעת שירותים לנתבעת בתחום המחשוב. התובעת ביקשה להתפטר מעבודתה זו והתפטרותה נכנסה לתוקף בסוף חודש 4/07. לטענת הנתבעת, עובר להתפטרותה מחברת טלדור הוצע לתובעת להתקשר עם הנתבעת כעובדת מן המניין וניתנה לה האפשרות לבחור את מתכונת ההתקשרות הרצויה, תוך שהנתבעת

- היתה אדישה לבחירה בין מתכונת ההתקשרות של קבלן-מזמין שירות לבין התקשרות במסגרת יחסי עובד ומעסיק. לטענתה, התובעת התעקשה על מתכונת התקשרות כעצמאית. וכי בטרם חתמה התובעת על חוזה התקשרות ניכר כי היתה מודעת היטב לזכויותיה ולמשמעות של התקשרות במתכונת עצמאית ואף ניהלה מו"מ בקביעת התמורה לה תהא זכאית (ר' נספח ד' לתצהיר הנתבעת).
9. עוד טוענת הנתבעת כי התובעת נהנתה מתמורה גבוהה במיוחד בהשוואה למתכונתים השכירים בנתבעת אף בהתחשב בשעות עבודתה המעטות. עוד טוענת הנתבעת כי התובעת קיזזה כמקובל אצל עצמאיים הוצאות שלא ניתן לקזז במסגרת העסקה כשכיר וכן נהנתה מהטבות מס גלומות בדפוס ההתקשרות כעצמאית.
10. לטענת הנתבעת תפקידה של התובעת לא היה חלק מליבת פעילות הנתבעת, שעה שפעילות התובעת עסקה בשירותי מחשוב. עוד טוענת הנתבעת כי התובעת לא השתלבה במהלך הארגוני של הנתבעת, לא נדרשה להתייצב בלוח זמנים מוגדר או למלא מכסה מסוימת של מספר שעות, היתה "אדון לזמנה" ועבדה בחלקיות משרה.
11. עוד טוענת הנתבעת כי שכרם הממוצע של המתכונתים השכירים בנתבעת, בעלי תפקיד וותק דומה לתובעת עומד על שכר ממוצע של 13,560 ₪ לשנת 2007 וע"ס 17,400 ₪ לשנת 2016 במשמרה מלאה. משכך התמורה השעתית הממוצעת שקיבלה התובעת עבור שירותיה גבוהה מעלות העסקתם השעתית הממוצעת של העובדים השכירים בחברה אשר ביצעו תפקיד דומה לשל התובעת ובעלי ותק דומה ומשכך התמורה שקיבלה התובעת גילמה את כל זכויותיה הסוציאליות ואף מעבר לכך.
12. עוד טוענת הנתבעת בכל הנוגע לסיום העסקת התובעת כי במהלך שנת 2016 החליטה הנתבעת לבצע הליך של התייעלות וצמצומים בהוצאות אגף מערכות מידע בחברה. פרט לתובעת, הופסקה התקשרות עם נותני שירותים ועובדים אחרים באגף מערכות מידע, שניים מהם אף היו עובדי המחלקה לה נתנה התובעת שירותים. לאור העלות התקציבית של מתן השירותים על ידי התובעת מחד והתנהלותה המקצועית הלקויה של התובעת מאידך הוחלט להפסיק את ההתקשרות עימה.
13. עוד טוענת הנתבעת כי התובעת לא הופלתה מחמת גילה, ההתקשרות עימה החלה בהיותה בת 48. מעבר לאמור, בנתבעת מועסקים מתכנתים רבים הם שכירים והן עובדי קבלן ואף מנהלים בכירים הנמצאים באותה קבוצת גיל של התובעת ואף מבוגרים ממנה.

### הראיות שהוגשו

14. מטעם התובעת העידה התובעת. מטעם הנתבעת העידו הגב' רוני סלע איזון, מנהלת משאבי אנוש, גב' אולגה ניסנוב והגב' ענת סיברוני, המשמשת מנהלת תחום אלמנטרי ובריאות באגף מערכות המידע בנתבעת. בדיון ההוכחות ב"כ הנתבעת הודיע כי היא מושכת את חוות דעתו של רו"ח משה חן כדי לסיים את שמיעת הראיות באותו יום ומשכך חוות דעתו אינה חלק מהראיות בתיק.

### דיון והכרעה

האם התקיימו יחסי עובד ומעסיק בין הצדדים?

15. בפסיקה נקבע לא אחת, כי מעמדו של אדם כעובד או עצמאי, נקבע לפי מכלול נסיבות המקרה, מבחינת מערכת יחסים בין הצדדים בפועל (ר' [דב"ע \(ארצי\) נד/3-77](#), [רוטברג נ' תדיראן בע"מ](#), [פורסם בנבו] פד"ע כז' 462; [ע"ע 300274/96](#), [צדקא נ' מדינת ישראל](#), [פורסם בנבו] פד"ע לו 625; [ע"ע 548/09 לוי](#) – [מוסך עלית לוי 93 בע"מ](#), [פורסם בנבו] מיום 22.1.2009). כמו כן סטאטוס לא ניתן ליצור או לבטל בהסכם. מושכלות יסוד הם, כי לא ניתן לוותר על זכויות ע"י כינוי היחסים בין השניים השולל קיום יחסי עובד מעביד. כן נפסק כי בחינה זו של מהות היחסים נעשית בהתבסס על כלל נסיבות העניין, כשהמבחן העיקרי לפיו ייקבע האם עסקינן ביחסי עובד ומעביד אם לאו, הינו המבחן המעורב אשר במרכזו עומד מבחן ההשתלבות ([ע"ע 478/09 יצחק חסידים](#) – [עיריית ירושלים](#), [פורסם בנבו] מיום 13.1.11). משכך בבואנו להכריע בשאלת מעמדו של אדם (שכיר או עצמאי), יש להגיע למסקנה על פי מכלול הסממנים והעובדות הנותנים במצטבר תמונה כוללת ושלמה.

16. למבחן ההשתלבות שני פנים: הפן החיובי – קיום מפעל יצרני שניתן להשתלב בו, שהפעולה המבוצעת צריכה לפעילות הרגילה של המפעל ושמצע העבודה מהווה חלק מהמערך הארגוני הרגיל של המפעל, ואינו גורם חיצוני. הפן השלילי – האדם המדובר אינו בעל עסק עצמאי משלו, המשרת את המפעל כגורם חיצוני. קיימים מבחני עזר נוספים כגון: מבחן הכפיפות, מבחן הקשר האישי שהינו מבחן מהותי, צורת תשלום השכר, האם המועסק נהנה מסיכויי רווח ומסיכויי הפסד, האם נעשה שימוש בכלי עזר ומי השקיע בהם, כיצד הוצגו היחסים לצדדים שלישיים, האם קיימת בלעדיות למעסיק בפרק הזמן המוקדש לעבודה, האם יש לקוחות נוספים, האם קיימת מסגרת העסקה שעתית קבועה, תשלום מס הכנסה, מע"מ וביטוח לאומי וכד'. יצוין כי אף אחד מהמבחנים אינו מכריע לכשעצמו, אלא יש לראות את התמונה בכללותה ([דב"ע מב/3-123 סגל נ' גור](#) [פורסם בנבו] פד"ע יד 190; [ע"ע 283/99 ברק נ' כל הקריות בע"מ](#), [פורסם בנבו] פד"ע לה 641).

כן יש להוסיף כי לפי מגמת הפסיקה כיום יש לפרש את המונח "עובד" פרשנות תכליתית, היינו לתת למונח "עובד" משמעות שתגשים את תכלית החקיקה הרלבנטית ([דנג"צ 4601/95 סרוסי נ' ביה"ד הארצי לעבודה](#) [פורסם בנבו] פד"ע נב (4) 817).

וכן רלוונטיים בנדון דברי כב' הנשיא יגאל פליטמן [בע"ע 3575-10-11](#) ענת עמיר - חברת החדשות הישראלית בע"מ [פורסם בנבו] (מיום 21.1.15) (להלן: [פרשת עמיר](#)):

**"חוסר תום לב לעולם לא יגבר על קוגנטיות היחס, משום שבאמרנו חוסר תום לב ובאמרנו קוגנטיות היחס, הננו למעשה אומרים את אותו הדבר באופנים שונים. קוגנטיות היחס משמעה - נורמות משפט העבודה המגן שלא ניתן להתנות עליהן בהתקיים יחסי עובד ומעביד".**

17. לנוכח הקווים המנחים שהוצגו בפסיקה, ולאחר שעיינו בכל התשתית הראייתית שהונחה בפנינו ולאחר ששמענו את העדים ובחנו את מכלול הראיות, אנו סבורים כי המסקנה המתבקשת באיזון ושקלול כל הסממנים, נשוא המבחנים, הינה כי שררו בין התובעת לבין הנתבעת יחסי עובד ומעסיק במהלך כל תקופת ההתקשרות ביניהן. להלן הנימוקים למסקנתנו זו.

### הפן החיובי של מבחן ההשתלבות

18. כאמור, בבחינת הפן החיובי של מבחן ההשתלבות, תיערך בדיקה האם קיים "מפעל" יצרני שניתן להשתלב בו, האם הפעולה המבוצעת דרושה לפעילות הרגילה של המפעל, והאם מבצע העבודה מהווה חלק מהמערך הארגוני הרגיל של המפעל ואינו בבחינת גורם חיצוני.

19. עיון בסעיפים 12-15 לתצהיר התובעת מעלה כי התובעת הצהירה: "למנורה, אגף טכנולוגיות מידע פנים ארגוני, אגף המונה מאות עובדים, מחולק לתחומים, מחלקות וצוותי עבודה בהם משובצים תוכניתנים. אגף מערכות המידע של מנורה מונה מאות עובדים, ומחולק למספר תחומים ביניהם ביטוח "אלמנטרי ובריאות", בו שובצתי. התחום כלל כמה מחלקות וצוותים. בראש התחום עמדה גב' ענת סיבורני, ומתחתיה שאר מחלקות, ביטוח אלמנטרי וביטוח בריאות, ובכל מחלקה מספר צוותים. במשך כל התקופה, הועסקתי באגף מערכות מידע, בתפקיד תוכניתן תחזוקה ופיתוח במערכות יישום (אפליקציות), כאחת מעובדי הצוות...".

גם עיון בסעיפים 25-27 לתצהיר התובעת מעלה כי הצהירה: "כאמור, שובצתי כאחד מעובדי הצוות במחלקה, בתפקיד של תוכניתן תחזוקה ופיתוח מערכות יישום... במשך תקופה בת עשר שנים ויותר, עבדתי כמו כל עובד מנורה אחד, שאני שלושה ומשולבת באופן מלא ומוחלט בעבודות הצוות, המחלקה והתחום, והכל בכפיפות מלאה לממונים עליי, הן מקצועית והן משמעתית... העבודה נוהלה באמצעות מערכת לניהול המשימות. ראשי הצוותים הקצו לתוכניתנים משימות, קבעו לו"ז לביצוע המשימות. המשימות שלי היו חלק בתי נפרד ממשימת הצוות והמחלקה. תיעדוף המשימות נעשה ע"י ראשי הצוותים בהתאם לדחיפות ולעומס, ובעת הצורך משימות הועברו בין התוכניתנים, כשאני אחת מביניהם. הייתי בקשר מתמיד עם עובדיה של מנורה באגף האלמנטרי".

תצהירה של התובעת לא נסתר ועולה בקנה אחד עם עדותה.

20. גם נספח ה'- טבלת משימות של התובעת, תומך בתצהירה של התובעת ומעלה כי אכן התובעת השתלבה בעבודתה השוטפת של הנתבעת וביצעה אינספור משימות כחלק מהצוות עימו עבדה, שכלל עובדים ופריילנסרים יחדיו כעולה גם מנספח ז' לתצהיר עדת הנתבעת גב' רוני סלע-אייזן.

21. מעבר לאמור, עיון בסעיף 30 לתצהירה של התובעת ובנספח ז' לתצהירה מעלה כי התובעת אף עברה במסגרת הנתבעת קורס להכרת עולם ביטוח, פנסיה ופיננסים, כמו עובדים נוספים בנתבעת.

22. גם עיון בסעיף 15 לתצהיר גב' רוני סלע אייזן, מנהלת משאבי אנוש בנתבעת מעלה כי התובעת נתנה לנתבעת שירותים בתחום המחשוב כחלק מפעילות אגף מערכות המידע בנתבעת. כמו כן מעיון בסעיף 28 לתצהירה של גב' רוני סלע אייזן, אף עולה כי היא מודה כי בנתבעת היו מתכנתים שעשו עבודה כמו התובעת במסגרת יחסי עובד ומעסיק אל מול עובדים שהיו מתכנתים עצמאיים.

כמו כן עיון בנספח ז' לתצהיר גב' רוני סלע אייזן מעלה כי אכן יש בנתבעת אגף מערכות מידע וטכנולוגיה בו עבדו גם עובדי הנתבעת וגם קבלנים, בצוותא.



23. גם עיון בסעיף 11 לתצהיר גב' ענת סיברוני מעלה כי התובעת השתלבה בפעילות הנתבעת: "... התובעת נתנה שירותי מחשוב לחברה כחלק מפעילות מחלקת הפקה בתפקיד מתכנתת".

גם עיון בעדותה של גב' ענת סיברוני מעלה כי תצהירה לא נסתר בנקודה זו והיא הבהירה כי התובעת עבדה ביחד עם כולם וכן ביצעה את אותן משימות כמו עובדי הנתבעת ששימשו בתפקיד כמו מתכנתת: "ש: רונית היתה עובדת מתכנתת כמו שאר העובדים, לא היה הבדל מבחינת המשימות שבוצעה אל מול עובד? ת: רונית ביצעה משימות פיתוח של הצוות. ש: רק פיתוח או גם תחזוקה? ת: זה אותו דבר, מתכנתת עושה שינויים ותחזוקה" (ר' עמ' 18 שורות 17-18 ושורות 27-33).

בהמשך הבהירה גב' ענת סיברוני בעדותה כי התובעת השתלבה בנתבעת גם חברתית: "כנס שנתי, שהוא באמת כמו עבודה, כל מי שהוא כאמור נוגע בתוכניות עבודה, כולם הוזמנו" (ר' עמ' 19 שורות 28-29).

ובהמשך:

"מבחינה חברתית אין מחלוקת שרונית השתלבה בצורה מושלמת בצוות. ת: היו לה הרבה חברות" (ר' עמ' 19 שורה 29).

24. מחומר ראיות זה עולה כי בנתבעת יש אגף מערכות מידע המונה מספר רב של עובדים וכן יש באגף זה גם נותני שירותים שעושים את אותה עבודת פיתוח ותחזוקה של מערכות מידע. משכך שוכנענו כי פעילות התובעת הינה חלק מפעילות אגף זה, שמהווה חלק מהותי מהמערך הארגוני של הנתבעת בו מבצעים פעולות פיתוח ותחזוקה של מערכות מידי וכי לא מדובר בפעולה חיצונית.

25. משכך אנו קובעים כי הפן החיובי של מבחן ההשתלבות מתקיים – הנתבעת עונה להגדרת "מפעל שניתן להשתלב בו" והתובעת ממועד תחילת ההתקשרות, ביצעה את מטלותיה כחלק מהמערך הארגוני הרגיל של מפעלן.

### הפן השלילי של מבחן ההשתלבות

26. כאמור, בפן השלילי יש לבחון, האם האדם אינו בעל עסק עצמאי משלו, המשרת את המפעל כגורם חיצוני, כאשר סימן ההיכר החשוב והעיקרי שבהם הוא כי מייעול העבודה ומהחיסכון בהוצאות, ייחנה בעל העסק ולא המזמין וכי ההשקעות ואמצעי הייצור בהון החוזר יהיו של בעל העסק (ע"ע (ארצי) 1466/04 תדיראן בע"מ – קרסנטי, [פורסם בנבו] מיום 15.4.07).

27. עיון בחשבוניות שהפיקה התובעת לנתבעת (ר' נספח יד לתצהיר התובעת) מעלה כי הנתבעת הפיקה חשבוניות רק עבור הנתבעת ומשכך נתנה שירותים באופן בלעדי רק לנתבעת. גם עיון במחזור השנתי של התובעת כמפורט בדוחות המס שלה מעלה כי מדובר על תמורה שקיבלה התובעת מהנתבעת בלבד.

28. מעבר לאמור, לא עלה בידי הנתבעת להוכיח כי עסק התובעת שירת את הנתבעת כגורם חיצוני או כי התובעת נהנתה מיתרונות מיסוי משמעותיים כתוצאה מצורת התקשרות זו מול הנתבעת.



29. אנו סבורים, שאף אם נהנתה התובעת מהאפשרות לקזז הוצאות אשר היו לה כעצמאית וליהנות משיעורי מס נמוכים יותר, אין בכך כדי לשלול מעמד של עובד שכיר. כך העובדה שמהתמורה ששולמה לתובעת נוכח הוצאות – אין בה כדי להצביע על כך כי התובעת נשאה בהשקעות אשר היו כרוכות באמצעי הייצור או נשאה בסיכוני הפסד. לא הוכחה השקעה משמעותית כלשהי מצדה של התובעת ולא הוכח כי נשאה בסיכוני הפסד בגין עבודתה בנתבעת.
30. כן נקבע בפסיקה, כי גם אם מועסק מוגדר כ"קבלן עצמאי" ומנהל תיק עצמאי ברשויות המס תוך הוצאת חשבוניות מס למעסיקתו – אין בכך כדי לסתור קיומם של יחסי עובד – מעביד כאשר אלה מתקיימים לפי אמות המידה המהותיות של המבחן המשולב (ע"ע [1162/01 סמי בן חמו – המכון לפירון העבודה והייצור](#), [פורסם בנבו] פד"ע לח 433 (2002); ע"ע [176/09 ז'וז'ט מואב – תפנית וינד בע"מ](#), [פורסם בנבו] מיום 9.11.2010). גם בע"ע [176/09](#) קבע בית הדין הארצי, כי התקיימו יחסי עובד ומעסיק בין הצדדים למרות שהעובדת היתה רשומה כעוסקת מורשה ועלה מהראיות שהובאו בפני בית הדין האזורי כי היא שילמה באופן עצמאי את תשלומי המס והביטוח הלאומי והשתמשה בשירותי רו"ח על מנת לנכות הוצאות לצרכי מס.
31. יתרה מכך עיון בחקירתה הנגדית של גבי רוני סלע אייזן וכן בתצהירה מעלה כי העדה בעצמה העידה כי הנתבעת הציעה לתובעת להיות עובדת החברה והתובעת היא זו שסירבה להצעה זו: "ש: היא לא עבדה בפרויקטים אלא על מערכות שניבנו, והתפקיד שלה היה מתן אחזקה ופיתוח. ת: ולכן הצענו לה לבוא ולהיות עובדת חברה. זה לא הבשיל לידי הצעה משום שהיא לא רצתה" (ר' עמ' 15 שורות 6-2). קרי גם לגרסת הנתבעת, אופי עבודתה של התובעת הינו מתאים למסגרת עובד ומעסיק.
32. גם עיון בהמשך עדותה של גבי רוני סלע אייזן מעלה כי תפקידה של התובעת היה במסגרת תקנים קיימים של הנתבעת: "ש: מפנה למספח ה' לתצהירך, תאשרי לי שהמשרה הזו היא חלק מהמשרות התקניות שנמצאות במצבת התקנים שלכם? ת: אני מאשרת שהתקן הוא של תוכניתנית .... את רואה פה שרונית היתה על תקן של תוכניתנית... גם אם היית רואה שמדובר פה בתקן של עובד מיקור חוץ אני יכולה להעביר אותו לתקן של עובד חברה.." (ר' עמ' 16 שורות 10-1).
33. משכך אנו סבורים כי גם אם התובעת הפיקה תועלת מכך שהוגדרה ביחסיה עם הנתבעת כ"עצמאי" וניכתה הוצאות – אין בכך בכדי לשלול קיומם של יחסי עובד ומעסיק בין הצדדים.

#### מבחנים נוספים

34. **אופן התשלום** – אין חולק כי התובעת קיבלה תשלום כנגד חשבונית מס. עם זאת נקבע, כי גם אם מועסק מסכים להגדרתו כקבלן עצמאי, מאשר זאת בהסכם, ומנהל תיק עצמאי ברשויות המס תוך הוצאת חשבוניות מס למזמין השירות – אין בכך לסתור קיומם של יחסי עובד מעסיק, כאשר אלה מתקיימים לפי אמות המידה המהותיות לבחינת קיומם של יחסי עובד מעביד (ע"ע [1162/01 סמי בן חמו - המכון לפירון העבודה והייצור](#), [פורסם בנבו] פד"ע לח, 433 (2002)).

35. **מבחן הפיקוח והכפיפות** – עיון בחומר הראיות והעדויות מעלה כי התובעת עבדה תחת כפיפות ופיקוח עובדי הנתבעת. עיון בסעיף 15 לתצהיר התובעת מעלה כי: **"במרבית שנות עבודתי, הייתי כפופה לגב' רחל וייסלר שעמדה בראש המחלקה וכן לראשי הצוותים, יוליה שריץ, מירב ליפשיץ, מרינה רמון... גב' רחל וייסלר וכן ראשי הצוותים הינן עובדות שכירות של מנורה אני הייתי כפופה אליהן, נתונה למרותן ולפיקוחן"**.
36. גם עיון בסעיף 13.3.4 לתצהיר גב' סיברוני מעלה כי הצהירה: **"אף שהיתה עצמאית, מטבע הדברים היתה התובעת, ככל יתר נותני השירותים בחברה, כפופה לנהלי העבודה של הנתבעת ונדרשה לעמוד בסטנדרטים מסויימים, להשתתף בפגישות רלוונטיות אליה ולטפל בתקלות הנמצאות בתחום מומחיותה"**.
37. מעבר לאמור אין חולק כי התובעת ביצעה את עבודתה במשרדי הנתבעת וכי נדרשה לחתום על שעון נוכחות. עיון בכרטיסי הנוכחות של התובעת מעלה כי התובעת עבדה 5 ימים בשבוע במוצאע בין 6-8 שעות ליום. ערים אנו לטענת הנתבעת כי מדובר בדרישה טכנית וכי היא עורכת הפרדה ממשקית בין עובדי החברה לנותני השירותים במערכת מחשוב ייחודית נפרדת הנקראת "נסיכה" אשר מרכזת את הנתונים אודות נותני השירותים החיצוניים, אולם הנתבעת לא הציגה כל ראיה בנדון, משכך הדבר יפעל לחובתה.
38. כמו כן עיון בתצהירה של התובעת שלא נסתר מעלה כי קיבלה את כל ציוד עבודתה מהנתבעת: **"כמו כל עובד במחלקה, קיבלתי פינת עבודה במשרדים בתל אביב, טלפון ממוחשב וציוד משרדי. כך לדוגמא, כשעברנו מהמשרד ברחוב אלנבי בת"א למשרדים ברח' טיומקין ת"א, הוקצה לי מקום במשרד החדש כפי שהוקצה לכל עובד במחלקה. קיבלתי כרטיס מגנטי, באמצעותו התאפשרה כניסתי לכל משרדי מנורה, בעיר תל אביב, כמו לכל עובדי מנורה. הוקצתה לי כתובת דואר אלקטרוני של מונה, נכללתי ברשימות התפוצה של מנורה, וקבלתי את ההודעות שנשלחות לעובדי מנורה"** (ר' סעיפים 37-48 לתצהיר התובעת).
39. **מבחן הקשר האישי** – אין חולק כי התובעת ביצעה את עבודתה אך ורק באופן אישי ובאם נעדרה מעבודתה (חופשה או מחלה) לא נדרשה לדאוג לממלא מקום. עובדה זו מצביעה גם היא על היות התובעת עובדת שכירה.
40. **האופן שבו הציגו עצמם הצדדים לצדדים שלישיים וכיצד ראו צדדים שלישיים את התובעת** – כעולה מהראיות, התובעת היתה ביום גיבוש והיתה שותפת בפעילות החברתית של כלל עובדי הנתבעת: **"... כנס שנתי, שהוא באמת כמו עבודה, כל מי שהוא כאמור נוגע בתוכניות עבודה, כולם הזמנו. ש: ראית את התמונות של יום הגיבוש שרוצני צירפה לתצהיר- נספח ח' לתצהיר ת: כן. ש: זה תמונות מיום הגיבוש, כלומר שהיא היתה ת: כן, זה נראה לי יום גיבוש מטעם מנורה אבל זה חריג. נכון שהיא היתה"** (ר' עדותה של גב' ענת סיברוני עמ' 19 שורות 28-33).
41. עיון בעדותה של גב' סיברוני מעלה כי התייחסו לתובעת כמו כלל עובדי הנתבעת בכל הנוגע לביצוע משימות: **"ש: לגבי משימות, היה לוח משימות מחלקתי, ששם כל המשימות של העובדים נרשמו ובין היתר נרשמו גם המשימות של התובעת. ת: נכון. ש: נקבעו לה לוחות זמנים כמו לכל עובד? ת: כן ש: כשהיא יצאה לחופשה, היא היתה צריכה לסמן בלוח החופשות כמו כל העובדים? ת: ברור. אני לא יכולה להשאיר מערכת**

בלי שיש אנשים שיודעים לתת יד לתקלות. ש: ז"א שאם בעצם מבחינת ההתנהלות היומיומית ברמה של המשימות והלו"ז, היא עבדה כמו כל העובדים, וגם מבחינת שפות התכנות? ת: ההבדלים היחידים היו באמת בזה, למשל אני לא עקבתי אחרי כמות ימי החופש, זה לא עניין אותי, אני משלמת לפי שעות וזה לא עניין אותי... ש: אני מדברת במישור שהעבודה היתה מנוהלת, היה לה לו"ז והיא לא עשתה מה שהיא רוצה ת: בעיקרון זה נכון. אני בעיקרון מתאמת מול המשתמשים שלי מתי אני עולה לאויר עם משהו כפיתוח ולכן לכולם יש משימות אם איזה שהוא לו"ז. זה שאנשים בוחרים למלא את הזמן שלהם, נניח לעבוד יום שלם ולעמוד בלזו ואחרים בוחרים אחרת, זה תלוי. ... (ר' עמ' 20 שורות 1-26).

42. כמו כן עולה מעדותה של גב' סיבורני כי כלל לא הבחינה בין עובדיה השכירים לבין התובעת: "ש: רונית היתה עובדת מתכנתת כמו שאר העובדים, לא היה הבדל מבחינת המשימות שביצעה אל מול עובד? ת. רונית ביצעה משימות פיתוח של הצוות" (ר' עמ' 18 שורות 27-31).

43. גם עיון בסעיפים 28-29 לתצהיר התובעת מעלה כי הוצגה כעובדת כלפי לקוחות החברה: "28. הייתי בקשר מתמיד עם עובדיה של מנורה באגף האלמנטרי, משתמשי הקצה במרכות היישום הנ"ל, השתתפת בישיבות עבודה שוטפות וקיבלתי דרישות מהמשתמשים.

29. הייתי בקשר מתמיד עם גורמי חוץ כעובדת מטעם מנורה) כגון שגריר, סוכנות קדר, רון שחר), השתתפתי בישיבות עבודה". תצהירה בנקודה זו לא נסתר. גם עיון בחקירתה הנגדית של גב' סיבורני מעלה כי העידה: "ש: איפה ישבת במנורה? ליד רונית? ת: כן. כולנו ישבנו ביחד, היה לי חדר". (ר' עמ' 18 שורות 17).

44. בלעדיות עבודתה של התובעת והתלות הכלכלית – עיון בתצהירה של התובעת מעלה כי הצהירה: "לא ניהלתי עסק משלי, ביצעתי אישית בעצמי את העבודה, כשיצאתי לחופשה וכשאושפזתי בבית חולים לצורך ניתוח דחוף משימות חיכו לי, והיה עימי קשר טלפוני כדי לטפל במשימות דחופות. את העבודה ביצעתי במשרדי מנורה בתל אביב. עבדתי במתכונת שעות קבועה וסדורה. שעות העבודה נקבעו ע"י מנורה בלבד במתכונת הקבועה לעובדי מנורה ולמתכונת שעות זו הייתי מחוייבת. בימי חג ומועד, פורים, חול המועד סוכות וחול המועד פסח, בהם היתה "חופשה מרוכזת", מנורה בגרה משרדיה, לא עבדתי ולא יכולתי לעבוד, אלא באישור חריג של מנורה... עבדתי במנורה בלבד והייתי תלוייה כלכלית באופן מוחלט במנורה" (ר' סעיפים 36-43 לתצהיר התובעת). תצהירה של התובעת לא נסתר.

45. רציפות בהתקשרות וכיצד ראו עצמם הצדדים – אין חולק כי התובעת נתנה את שירותיה רק לנתבעת במשך תקופה ממושכת העולה על עשור, באותו תפקיד וברציפות. מעבר לאמור, מחומר הראיות עולה כי עיקר עבודתה של התובעת היתה אל מול הנתבעת וזאת לתקופה של שנים רבות בהם נסמכה התובעת על פרנסתה בנתבעת.

46. כמו כן מחומר הראיות עולה כי הנתבעת עובר לתחילת ההתקשרות שלה עם הנתבעת עבדה באותו תפקיד כנגד תלוש שכר דרך חברת כוח אדם ועשתה למעשה את אותה עבודה.

47. **סיכומו של דבר** אנו קובעים כי לאור מכלול נסיבות העניין ובהתקיים המרכיבים העיקריים של המבחנים שנקבעו בפסיקה – הרי שנוכח אופייה של מערכת היחסים שבין הצדדים התקיימו בניהם יחסי עובד ומעביד לכל אורך התקופה.
48. משכך נפנה לבחון את זכאות התובעת לזכויות במסגרת יחסי העבודה שנקבעו על ידינו.

#### מי בחר את אופן העסקת התובעת? מה בסיס השכר הקובע של התובעת?

49. שאלת שיעורן של הזכויות המגיעות למי שהועסק כ"עצמאי" והוכר בדיעבד כעובד, כמו גם השאלה אם ומתי ניתן לקזז מזכויותיו של עובד, שהוכר בדיעבד ככזה, נדונה רבות בפסיקתו של בית דין זה. בפסק הדין בעניין **רופא (ר' ע"ע (ארצי) 110/10 רפי רופא – מרקס סוכנות לביטוח בע"מ** [פורסם בבנו] (22.12.2011) להלן: **עניין רופא**), סקרה כבי' השופטת דוידוב – מוטולה, באופן מקיף את פסיקת בית דין הארצי בסוגיה זו, על התמורות שחלו בה עם השנים, ועל הגישות השונות בהתייחס אליה. כמצוטט:

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

מבחני העזר, כפי שהובהר בעמדת הנשיא (בדימוס) אדלר ולעיל, הינם קיומו של פער ניכר - בדרך כלל 50% ומעלה - בין התמורה כ"עצמאי" לבין השכר החלופי. בנוסף לכך ובמצטבר, קביעה עובדתית כי הבחירה במתכונת ההתקשרות ה"קבלנית" הייתה של המועסק ולא של המעסיק – בין מתוך יוזמה שלו מטעמיו, ובין לאחר שניתנה לו אפשרות אמיתית לבחור בין העסקה כ"עובד" לבין העסקה כ"עצמאי" בשכר גבוה יותר והוא בחר באחרונה. כפי שהובהר לעיל, מדובר במבחני עזר – שנועדו לסייע בקביעה מתי מתקיים חוסר תום לב קיצוני – שאין בהם כדי לפגוע בשיקול דעתו של בית הדין להגיע למסקנה בדבר חוסר תום לב קיצוני בנסיבות אחרות. אני סבורה כי הניתוח המשפטי לעיל תואם – בעיקרו ובמדיניות עליה הינו מתבסס – את גישתו של סגן הנשיאה פליטמן. לטעמי גישתו כפי שפורטה בעניין עברון, הגם שנובעת מאותם עקרונות שפורטו לעיל, עלולה ליצור קושי פרקטי – שכן יוטל על הערכאה הדיונית לדון לא רק בשאלה המורכבת אם התקיימו יחסי עובד – מעביד אם לאו, אלא גם בשאלה אם המעסיק היה מודע או אמור היה להיות מודע, בתחילת הקשר, לכך שהמועסק הינו "עובד". שאלה זו אף עלולה להפוך למרכז ההתדיינות, שכן ככל שהתשובה לה חיובית – יוביל הדבר לחיוב כספי משמעותי על המעסיק לפי התמורה ששולמה למועסק כ"עצמאי", בעוד שתשובה שלילית תוביל לביצוע "התחשבנות בדיעבד" על בסיס השכר החלופי, שתוצאתה מינורית בהרבה. לאור זאת, ועל מנת שלא לעודד ריבוי

התדיינויות תוך הגדלת העלויות המשפטיות וחוסר הוודאות המשפטית – אני סבורה כי עדיפה עמדת הרוב, כפי שפורטה והוסברה לעיל. אמנם, ניתן להשמיע הסתייגות דומה גם בהתייחס לעמדת הרוב, כמחייבת דיון לא רק בשאלה אם התקיימו יחסי עובד – מעביד אלא גם בשאלת התקיימות התנאים המצדיקים קיזוז, אך דיון זה הינו עובדתי בעיקרו ולכן - לטעמי - נוח יותר ליישום."

50. אולם בפסיקתו המאוחרת יותר של בית הדין הארצי בפרשת עמיר השתנתה ההלכה שנהגה, והתקבלה עמדתו של כב' הנשיא פליטמן, כמצוטט:

**"הגישה ההרתעתית ותביעת השבה- במקרים ברורים, שבהם המעסיק ידע, נוכח טיב הקשר הברור, כי מי שהוא בחר להעסיקו כקבלן הינו בעצם עובד, ובכל זאת החליט לעטות על היחס שביניהם כסות של מזמין - קבלן; במקרים שכאלה, מקובלת עליי הגישה ההרתעתית, לפיה אחת האפשרויות היא שהשכר החודשי הכולל הגבוה משכר עובד, ששולם על ידי המעסיק, יהא הבסיס לחישוב הזכאויות הסוציאליות הנתבעות בדיעבד על ידי העובד.**

יתרה מזו, על פי גישה זו, לא מן הנמנע כי במקרים מתאימים, שבהם נכפה למשל על עובד מעמד של קבלן נותן שירות על ידי מעסיקו כדי להתחמק ממתן זכויות כעובד; ראוי שבית הדין יחייב את אותו מעסיק בתשלום פיצוי לעובד בגין התנהגות חסרת תום לב, כמידת חוסר תום ליבו, בדומה לדעת חברתי השופטת אנגלברג שהם בעניין זה.

ברם, לא תמיד קביעת המעמד כעובד ברורה וחד משמעית, ובייחוד לא בתחילת הקשר, להבדיל מניתוחו בדיעבד. ייתכנו מקרים שטיב היחס האמיתי שבין הצדדים אינו ברור מלכתחילה והיה יסוד לאומד דעתם, כי אפשר שניתן לקשור ביניהם קשר של מזמין - קבלן, כמו למשל במקרה שלפנינו, כשניתנה למעוררת 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 זכאויותו 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. משחשוב הזכויות הסוציאליות צריך להיעשות על בסיס שכר מופחת, מתעוררת שאלת השבה...הזכות להשבה קמה, כאשר חישוב הזכויות הסוציאליות המגיעות לעובד והנתבעות על ידו, נוכח חלות משפט העבודה המגן על היחס שבין הצדדים, צריך להיעשות על בסיס שכר חודשי מופחת בהשוואה לשכר ששולם עת סברו הצדדים שאין ביניהם יחסי עובד ומעסיק. שיעור השבה 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 השבה, 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. לאחרונה, ביום 24.9.19 ניתן פסק דין נוסף בנושא זה בתיק [ע"ע 3859-10-15 יוסף אילן נ' החברה לאוטומציה במינהל השלטון המקומי בישראל בע"מ](#) [פורסם בבנו] (להלן: עניין אילן), שם הובאה על ידי כב' השופטת לאה גליקסמן עמדה שונה מהפסיקה שהובאה בפרשת עמיר, כמצוטט:

"כידוע, בפסיקת בית דין זה הובעו דעות שונות בשאלת שיעורן של הזכויות המגיעות למי שהועסק כ"עצמאי" והוכר בדיעבד כעובד, כמו גם בשאלה אם ומתי ניתן לקזז מזכויותיו של עובד, שהוכר בדיעבד ככזה, סכומים שקיבל עקב מעמדו כ"קבלן עצמאי", העולים על ה"שכר" שהיה משולם לאותו מועסק אילו הועסק מלכתחילה כ"עובד". ....בסופו של יום, התגבשו שתי גישות מרכזיות בפסיקתו של בית דין זה: "הגישה ההרתעתית" (שכונתה על ידי הנשיא פליטמן בפסק דין ענת עמיר "הגישה האחוזית") - שבאה לידי ביטוי מלא בפסק הדין בעניין רופא, שלפיה זכויותיו הסוציאליות של מועסק המוגדר בדיעבד כ"עובד" תחושבנה לפי השכר החלופי שהיה מקבל אילו היה מוגדר מלכתחילה כ"עובד". כן נפסק כי עובד שסווג באופן שגוי כ"עצמאי" יהא זכאי לכל הזכויות הכספיות שנשללו ממנו (בכפוף לתקופת ההתיישנות, נטלי הוכחה והדין המהותי ביחס לכל אחת מהזכויות), על סמך השכר החלופי כפי שייקבע על ידי הערכאה הדיונית, וזאת מבלי שניתן יהא לקזז ממנו סכום כלשהו כתוצאה מהפער בין התמורה "הקבלנית" לבין השכר החלופי כפי שנקבע עבורו. סייג לכלל זה יתאפשר רק במקרים חריגים, בהם ישתכנע בית הדין בדבר חוסר תום לב קיצוני של המועסק. מבחני העזר לצורך הקביעה אם הופרה חובת תום הלב באופן קיצוני הם פער ניכר בין התמורה כ"עצמאי" לבין השכר החלופי, ובנוסף לכך (במצטבר) קביעה עובדתית כי לאחר שניתנה למועסק אפשרות אמיתית לבחור בין העסקה כ"עובד" לבין העסקה כ"עצמאי" בשכר גבוה יותר המועסק בחר באחרונה. ככלל, לצורך הוכחת חוסר תום לב קיצוני אצל המועסק, יידרש המעסיק להוכיח כי התמורה "הקבלנית" עמדה על 150% לפחות מהשכר החלופי, אולם ניתן לסטות משיעור זה בהתקיים טעמים לכך. לטעמי, בפסק הדין בעניין רופא הלך בית הדין בעיקרו של דבר בתלם שחרשה הפסיקה שלפניו. ....

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

להשלמת התמונה יצוין כי לאחרונה קיים בית דין זה דיון בהרכב מורחב בשאלת הכרה ביחסי עבודה בדיעבד ודרך ההשבה והקיזוז במספר הליכים, שעודם תלויים ועומדים בערעור [ע"ע 15868-04-18](#); [ע"ע 12372-04-18](#); [ע"ע 7338-10-17](#); [ע"ע 34665-10-17](#).



לגישה, אותה פירטתי בהרחבה בעניין ענת עמיר, לא אבד הכלח על עקרון היסוד בדיני העבודה, שלפיו הזכויות המוקנות ל"עובד" מכוח מעמדו כ"עובד" אינן ניתנות לויתור או להתניה, ועקרון יסוד זה חיוני להשגת התכלית של דיני העבודה; נוכח האמור, "נקודת המוצא לדיון היא שהמדיניות הראויה להגשמת תכלית דיני העבודה מחייבת שכל מועסק שהוא לאמיתו של דבר עובד יסווג מלכתחילה כ"עובד" ולא כ"עצמאי", וייהנה בזמן אמת, במהלך תקופת עבודתו ולא בדיעבד, מכל הזכויות המגיעות לו כ"עובד" על פי החוק והפסיקה"; כמו כן, "פן אחר של המדיניות שנועדה לתמוך מעסיקים שלא להעסיק עובדים כעצמאיים הוא הטלת האחריות על המעסיק לסיווג הנכון של המועסק – עובד או עצמאי". על יסוד האמור, אני סבורה, כפי שנקבע בעניין רופא, כי יש לקבוע כללים משפטיים אשר "יתנו תמריץ שלילי מפני סיווג שגוי מודע של 'עובדים' כ'עצמאיים', כמו גם תמריץ חיובי לבדיקה מקיפה של מעמדם טרם התקשרות עימם על מנת להקטין במידת האפשר את הסיווגים המוטעים בתום לב". לאור האמור, אני סבורה כי יש להחיל את הגישה ההרתעתית על תביעות של מועסק שסווג כ"עצמאי" בתקופת ההעסקה ובדיעבד מסווג כ"עובד", והחלת הגישה החישובית פוגעת בעקרון היסוד של קוגנטיות דיני העבודה, ומסכלת את השגת המטרה – מניעה של שלילת זכויות מעובדים על ידי העסקתם כעצמאיים. נוכח המסקנה אליה הגעתי, שלפיה במקרה הנדון הן לפי הגישה ההרתעתית והן לפי הגישה החישובית אילן אינו זכאי לזכויות הכספיות כעובד (פיצויי פיטורים (מכוח החוק) חופשה, והבראה), איני מוצאת מקום להרחיב מעבר לכך על הטעמים להעדפת הגישה ההרתעתית על פני הגישה החישובית, ולעניין זה אפנה לאמור בהרחבה בחוות דעתי בעניין ענת עמיר (סעיפים 28 עד 49 לחוות דעתי; לביקורת נוספת על הגישה החישובית נוכח פגיעתה בעקרון הקוגנטיות ראו דוידוב, שם, ע' 5 עד 6). יחד עם זאת, בחלוף השנים מאז ניתן פסק הדין בעניין רופא, מקובל עלי כי יש מקום לבחון את אופן החלת הגישה ההרתעתית, גם נוכח הביקורת שנמתחה על המתווה שגובש בעניין רופא [ראו בעניין זה דוידוב; יובל פרוקצ'יה, "על סיווגי העסקה מוטעים, הרתעה יעילה, ומעמדם הקוגנטי של דיני העבודה", (עיוני משפט מג (עתיד להתפרסם 2020)], ולשקול גיבוש מתווים חלופיים ליישום הגישה ההרתעתית למתווה שגובש בפסק דין רופא. נוכח העובדה שהשאלה עומדת לדיון בהליכים בפני הרכב המורחב, ונוכח העובדה שהכרעה בכך אינה דרושה בנסיבותיו של המקרה הנדון, אני סבורה כי נכון יותר שהשאלה אם יש לגבש מתווה חלופי למתווה שגובש בפסק דין רופא ומהות המתווה החלופי תידון בהליכים המתבררים לפני הרכב המורחב ולא בהליך זה".

#### מי בחר את מתכונת העסקה בין הצדדים?

52. כדי להכריע בסוגיה שבנדון בהתאם לפסיקות שפורטו לעיל, יש לבחון 2 סוגיות. האחת – האם התובעת היא זו שביקשה להיות מועסקת כ"עצמאי", או לכל הפחות – ניתנה לה אפשרות אמיתית לבחור בין העסקה כ"עצמאי" לבין העסקה כ"עובד"? השנייה – מה הפער בין התמורה הקבלנית ששולמה לתובעת לבין התמורה ששולמה לעובד/ת מקביל לה.
53. לאחר שעיינו בכלל הראיות שהובאו בפנינו שוכנענו כי טיב היחס האמיתי שבין הצדדים לא היה לגמרי ברור מלכתחילה וכי הנתבעת יכולה היתה להסיק כי אכן אין מניעה ליצור קשר של מזמין קבלן בין התובעת לנתבעת וכי ניתנה לתובעת זכות בחירה בכל הנוגע



- ליחסים אלו, אולם היא בחרה במהלך כל התקופה להמשיך את ההתקשרות באמצעות חשבונית ולא לבקש לשנות את הסטטוס שלה, וזאת מהנימוקים המפורטים.
54. **ראשית**, עיון בחומר הראיות מעלה כי התובעת חתמה עוד ביום 6.3.07 על הסכם התקשרות שקבע באופן ברור וחד משמעי כי לא מתקיימים יחסי עובד ומעסיק. כמו כן עיון בנספח ב' לתצהיר הנתבעת מעלה כי התובעת פנתה לנציגי הנתבעת בנוגע להסכם ההתקשרות מולה ולא טענה דבר בכל הנוגע לנוסחו (ר' נספח ב לתצהיר גבי אייזן).
55. **שנית**, עיון בנספח ג' לתצהיר רוני אייזן מעלה כי נשלח מייל ביום 8.11.16 בנוגע לתובעת על ידי הגב' אתי שטרן לממונה על התובעת, גב' וייסלר, בו נכתב: "היא החליטה בכל מקרה לעזוב את טלדור. ביקשתי ממנה את בקשת השכר שלה כעובדת מנורה ומחיר שעה כעובדת פרילאנס ברגע שאקבל ממנה את הנתונים אפנה לרוני קופמן ואתייעץ איתו מה לעשות".
56. כמו כן עיון בנספח ג' זה מעלה כי גם ביום 14.1.17 נשלח מייל בנוגע לתובעת מגב' רחל וייסלר לאתי שטרן בו נכתב: "רונית מצפה לראות תוספת בשכר של דצמבר. דגנית אמרה לה שאת הקפאת את כל העלאות השכר. נא בירורך מול דגנית....".
57. עיון בנספח ד' לתצהיר גב' אייזן מעלה כי ביום 27.2.17 שלחה התובעת מייל לממונה עליה קרן גבע בו כתבה: "בדקתי את החוזה. בו מנורה מציעה 140 ₪. הסכום שביקשתי הוא 150 ₪, והוא מכיל בתוכו שיכלול של משכורתי הנוכחית + העלאה שהובטחה לי ע"י טלדור (אך טרם קיבלתי אותה). אם אעבוד ב-140 ₪ שווי השכר יהיה כמעט זהה לשכר אותו הייתי מקבלת אם הייתי ממשיכה כשכירה. אולם בעבודה כעצמאית צריך לקבל יותר. וזאת משום שיטת חישוב המס לעצמאיים. אובדן זכויות של שכיר כגון ימי מחלה ודמי אבטלה והוצאות של ניהל התיק במס הכנסה. בקשתי היא להעלות את התעריף ל-150 ₪".
58. עיון בחומר הראיות ובהסכם ההתקשרות מול התובעת מעלה כי אכן היתה הסכמה לשלם לתובעת שכר שעתי של 150 ₪ + מע"מ כפי שהתובעת ביקשה, וכי שכר שעתי זה עלה בהדרגה במהלך השנים ובסיום ההתקשרות עמד על סך של 167 ₪ לשעה בתוספת מע"מ.
59. יתרה מזאת, עיון בעדותה של התובעת מעלה כי הודתה כי התייעצה עם אחיה שהוא רואה חשבון עובר לחתימת ההסכם שבנדון: "ש: את ההסכם לפני שחתמת במנורה הראית למישהו? ת: הסכם העסקה? ש: הסכם התקשרות. ת: אני מניחה שהראתי אותו לאחי, אני לא בטוחה. ש: מי זה אחיך? ת: מני מזרחי. ש: הוא אותו רו"ח שמטפל בדוחות? ת: אכן. ש: את הנתונים שהוא כתב בדוחות אלה הנתונים שהוא קיבל ממך? ת: כן. ש: הוא ראה את ההסכם ולא היו לו הערות מן הסתם? ת: אני כבר לא זוכרת..". (ר' עמ' 8 שורות 1-12).
60. ערים אנו לטענת התובעת לפיה הנתבעת לא קלטה עובדים שכירים באותו מועד ולעדותה כמפורט: "ש. ואז פנו אליך ממנורה וניהלת איתם מו"מ? ת. הם הציעו לי להמשיך לעבוד במנורה משום שבאמת... קשר שלי עם טלדור היה קשר טכני בלבד. ואז אמרו לך שיש לך 2 אפשרויות, את יכולה לתת סכום לשעה של שכיר או סכום של פריילנס? ת: לא. מה שקרה אז בתקופה ההיא, מנורה לא היתה קולטת עובדי הקבלן למיניהם משום שלא היה להם מספיק תקנים, ואז היה תורה כשה שלפיו היו מעבירים עובדי קבלן

- להיות שכירים, וכשאני החלטתי לעזוב את טלדור, לא עלה על דעתי שמנורה יבוא ויציעו לי להמשיך לעבוד אצלם כי הם לא יכלו...". (ר' עמ' 6 שורות 13-5).
- עם זאת, עדות זו לא עולה בקנה אחד עם המיילים המפורטים לעיל, מהם עולה כי נציגי הנתבעת ביקשו מהתובעת לקבל שתי חלופות להעסקת התובעת. כמו כן האמור אינו עולה בקנה אחד עם נספח ז' לתצהיר גב' רוני אייזן בו עולה כי בחודש 5/17, המועד בו החלה התובעת לעבוד היה עובד נוסף שהחל לעבוד כעובד קבוע.
61. יתרה מזאת, עדות זו של התובעת לא עולה בקנה אחד עם עדותה בהמשך לפיה הודתה כי אכן ביקשו ממנה לקבל בקשת שכר כעובדת (ר' עמ' 6 שורות 33-24).
62. כמו כן, התובעת לא הביאה כל ראיה התומכת באמור ולא הביאה עדות או תכתובת מייל התומכת בגרסתה, משכך הדבר יפעל לחובתה.
63. מעבר לאמור, התובעת אף לא פנתה במהלך השנים וביקשה לשנות סטטוס זה ולעבור להיות בסטטוס של עובדת כפי שאף הודתה בחקירתה הנגדית: "פנית במהלך הדרך למישהו במנורה שיעסיק אותך כעובדת? ת: לא" (ר' עמ' 8 שורות 21-19). זה המקום לציין כי התובעת העידה כי ידעה שיש אפשרות לעבור לעבוד כעובדת: "...כשהיו מתקבלים עובדי קבלן למיניהם בחברות כ"א, משאת הנפש של כל עובד הקבלן היה להיות עובדים שכירים בחברת מנורה, והדבר הזה היה מתקבל בתהליך איטי לפי שחרור התקנים. אחד הדבקים שאני שטרן אמרה לי זה שיש לפניי עובדים בתור..." (ר' עמ' 7 שורות 13-7). חרף האמור, התובעת הודתה כי במהלך כל תקופת העסקתה לא פנתה לנתבעת לבקש לשנות את הסטטוס שלה לעובדת.
64. כמו כן עיון בחקירתה הנגדית של התובעת מעלה כי העידה כי הצעת הנתבעת אף החמיאה לה: "ש: אבל את בעצמך אמרת שלא היה לך ברור שאת עובדת למנורה. ת: נכון אבל ראיתי שהם באו והציעו לי את זה, שזה הצעה שמאוד התאימה לי, וסך הכל היא גם מאוד מחמיאה, כי באמת הם רצו שאמשיך לעבוד אצלם.. ש: וישלמו לך 150 ₪ לשעה? ת: כן..." (ר' עמ' 6 שורות 24-19).
65. עיון במצבת התקנים, נספח ז' לתצהיר גב' רוני אייזן, מעלה כי הנתבעת העסיקה כמתכנתית גם עובדים וגם פרילנסרים, כך שלא מן הנמנע כי במידה והתובעת היתה מבקשת לשנות סטטוס לא היתה מניעה לעשות כן.
66. כמו כן עיון בעדותה של גב' רוני סלע אייזן תומכת בגרסת הנתבעת: "התהליך היה כזה: באופן כללי במנורה מבטחים ביטוח יש לא מעט עובדי מיקור חוץ, בכל שנות עבודתי בחברה יש כל הזמן ניסיונות להעביר עובדי מיקור חוץ להיות עובדי חברה. לא הגיע כלל הסכם, היא לא הסכימה לצערי שרצינו להציע לה עובדת חברה..." (ר' עמ' 13 שורות 21-27).
- ובהמשך: "מאחר ולא היתה שום בעיית תקנים בניגוד למה שהתובעת אמרה קודם, התקנים היו שווים ערך לתקציב, ברגע שהיה תקציב לשלם לעובד מיקור חוץ, לא היה בעיה לפתוח תקן, לכן היינו אדישים. הייתי אדישה לאופן ההתקשרות... יש מעבר של עובדי מיקור חוץ לעובדי חברה..." (ר' עמ' 14 שורות 16-10 ושורות 28-25).
- ובהמשך העידה: "ולכן הצענו לה לבוא ולהיות עובדת חברה. זה לא הבשיל לידי הצעה משום שהיא לא רצתה..." (ר' עמ' 15 שורות 6-5).

67. מחומר הראיות עולה כי הצדדים חתמו על הסכם למתן שירותים בהסכמה ותוך הבנה של משמעות הדברים ולא בכפיה. כמו כן שוכנענו, כי התובעת היתה מודעת להבדלים בין העסקה כשכירה והתקשרות כעצמאית, בין מכח ידיעותיה הכלליות, בין מכח עבודתה קודם לכן כשכירה וכן נוכח העובדה כי התייעצה בנדון עובר לתחילת ההתקשרות מול הנתבעת עם אחיה שמשמש גם כרואה חשבון שלה. עוד עולה מחומר הראיות כי התובעת ביקשה שכר שעתי גבוה יותר מהשכר שקיבלה בחברת טלדור בה עבדה באותה עבודה עובר להתקשרות עם הנתבעת וזאת בגלל שינוי אופן ההתקשרות והנתבעת הסכימה לבקשתה ושילמה לה שכר שעתי בהתאם לדרישתה.
- זה המקום לציין כי עיון בעדותה של התובעת מעלה כי לא ידעה להגיד כמה הרוויחה בטלדור ולא הביאה כל ראיה בנדון כדי לתמוך בטענתה, ומשכך הדבר יפעל לחובתה. עם זאת עיון בעדותה הבהירה כי שכרה בנתבעת היה גבוה יותר מהשכר אותו הרוויחה בטלדור (ר' עמ' 11 שורות 23-31).
68. מחומר הראיות עולה כי התובעת, הלכה למעשה בכל תקופת העסקתה, הסכימה לאופן ההתקשרות זה ולא פנתה אף לא פעם אחת לנסות לשנות אופן התקשרות זה. משכך לא שוכנענו כי ניתן להגדיר את התובעת כמי שנכפה עליה להתקשר עם הנתבעת כעצמאית.
69. יתר על כן, עובר להתקשרות התובעת עם הנתבעת, הועסקה כעובדת שכירה של חברת טלדור שנתנה שירותי תכנות לנתבעת ואף בוטחה שם בפנסיה ושולמו לה פיצויי הפיטורים (ר' עמ' 7 שורות 23-29). ורק לאחר הפסקת העסקתה שם המשיכה, בהתאם לרצונה לעבוד כעצמאית בנתבעת, ומשכך אין זה סביר כי לא היתה מודעת לכך שבעצמאית לא תקבל זכויות שונות שמהן נהנתה כעובדת שכירה (הפקדות לקרן פנסיה, פיצויי פיטורים, חופשה וכו'). כך, בעת סיום עבודתו בחברה בתום התקופה הראשונה שולמו לו פיצויי פיטורים, ואילו עם סיום העסקתה לא שולמו לה פיצויי פיטורים. התובעת בעצמה השמשה בנימוק זה בכל הנוגע למו"מ בנוגע לשכרה השעתי.
70. לסיכום כללו של דבר: על יסוד כל האמור לעיל, שוכנענו כי הן בתחילת ההתקשרות והן במהלך תקופת ההתקשרות ניתנה לתובעת אפשרות בחירה בין מתכונת העסקה כעצמאית לבין מתכונת העסקה כעובדת, והיא בחרה להיות מועסקת כעצמאית וזאת לאחר שהסכימה לתנאי העסקתה לאחר המעבר.

#### השוואת התמורה הקבלנית לשכרו של עובד מקביל:

71. משכך נפנה לבחון, מה הפער בין התמורה הקבלנית ששולמה לתובעת לבין התמורה ששולמה לעובד מקביל למעמדה.
72. הנתבעת הביאה דוגמא של 5 מתכנתים שלטענתה הם מקבילים לתובעת.
73. עיון בחקירתה הנגדית של התובעת מעלה כי הודתה כי אכן 3 עובדים (ב.מ, פ.א, וצ.י) מתוך החמישה שהביאה הנתבעת כדוגמא לעובדים המקבילים לעבודתה, מבצעים עבודה דומה ומהווים מקור השוואה אמיתי לעבודתה של התובעת (ר' עדות התובעת בעמ' 9 שורות 16-20). עיון בוותק של עובדים אלו מעלה כי העובדים פ.מ ופ.א דומים לוותק של התובעת. יש לציין כי התובעת עבדה לפי תמורה שעיתית ועיון בכרטיסי הנוכחות שלה מעלה כי לא תמיד עבדה 186 שעות ולרוב עבדה בהיקף משרה שנע בין

70%-80%. מנגד עיון בתלושי השכר של העובדים האחרים הנדונים, מעלה כי לרוב עבדו משרה מלאה וכן ביצעו גם שעות נוספות ומשכך גם לעיתים קיבלו תשלום בגין שעות נוספות וכן גם קיבלו שכר בגין רכיב שנקרא שעות נוספות גלובאליות. משכך לצורך ההשוואה נבחן את השכר השעתי בצירוף התנאים הסוציאליים אל מול השכר הקבלני אותו קיבלה התובעת.

74. משכך נפנה לבחון את העובד פ.א. שדומה בוותק לתובעת והתובעת מודה כי הוא אכן עובד מתאים להשוואה מול ביצוע עבודתה וגם הנתבעת הביאה אותו כדוגמא.

75. יש לציין כי לא שוכנענו כי יש לקבל את תחשיבי הצדדים שעה שהם לא עולים בקנה אחד עם הפסיקה ומשכך התחשיב יבוצע בהתאם לפסיקה קרי השוואת שכר שעתי בתוספת התנאים הסוציאליים כעולה מהסכמי ההעסקה של העובד המקביל פ.א.

76. עיון בהסכמי השכר של פ.א. מעלה כי סוכם עימו כי עלות שכרו למשרה מלאה תעמוד ע"ס 15,200 ₪ גלובאלי. כמו כן נקבע בהסכם העסקתו זכאות לאחר 6 חודשי העסקה ל-13.33% בגין רכיב פיצויים וגמל מעסיק, אש"ל בסך של 35 ₪ כנגד חשבונית ליום עבודה מעל 10 שעות (יצוין כי עיון בכרטיסי הנוכחות של התובעת וכן בעדותה מעלה כי לא עבדה מעבר ל-8 שעות ומשכך שוכנענו כי הטבה זו אינה רלוונטית עבורה), קרן השתלמות של 6.5% לחמש שנות העסקה ראשונות ומהשנה השישית ל-7.5%, משכורת יג, דמי הבראה, חופשה (עד 5 שנים - 12 ימים), ימי מחלה על פי חוק, החזר גני ילדים מגיל שנתיים עד חמש (התובעת לא מסרה נתונים בנדון לענין זכאותה), החזר חניה ע"ס 500 ₪ (בגין היקף משרה מלא). משכך נוסף בכל הנוגע לתנאים הסוציאליים את המפורט: 8.33% פיצויי פיטורים, 6% גמל, 4%-8% חופשה בהתאם לוותק, 2% הבראה, 6.5%-7.5% קרן השתלמות, 2% מחלה, 5.22% חלק מעסיק לביטוח לאומי (קרי האחוזים הן בין 34%-39%). משפ.א. קיבל שכר גלובאלי לא שוכנענו כי יש להוסיף במסגרת התנאים הסוציאליים רכיב של חגים. מנגד טענת הנתבעת לפיה הינה גוף ציבורי שאינו יכול להתקזז בכל הנוגע לרכיב מע"מ לא נסתרה, משכך ביצענו את התחשיבים בתוספת מע"מ. עוד נציין כי עיון בנתוני השכר של פ.א. מעלה כי עבד שעות נוספות רבות, ומנגד קיבל בחלק מהשנים תשלום בגין שעות נוספות גלובאליות. אולם מכיוון שהשוואת שכר פ.א. במהלך השנים מעלה כי רק חלק מהשנים קיבל רכיב זה וזאת תוך פיצול השכר בתקופות מסוימות לקחנו בתחשיב גם רכיב שעות נוספות גלובאליות בהשוואת השכר. כמו כן חישבנו את התנאים הסוציאליים על בסיס שכר הכולל משכורת י"ג, חניה (בהתאמה להיקף המשרה של התובעת) ושני"ג ומשכך התחשיב הינו אף בהטבה מסוימת לטובת התובעת בשל כך.

77. עיון בנספח ז לתצהיר הנתבעת, מפרט את עלות נתוני העסקה של העובד פ.א. ומשכך נפנה לבחון את השוואת הבסיס השעתי של פ.א. בתוספת התנאים הסוציאליים ועלויות שכר נוספות (חניה ומשכורת י"ג ושני"ג), בהתאמה להיקף המשרה של התובעת, אל מול השכר השעתי הקבלני שקיבלה התובעת:

א. שנת 2009 שכר יסוד למשרה מלאה של פ.א. עמד ע"ס 18,600 ₪ + משכורת 13 (1550 ₪ לחודש + חניה 500 ₪ \* 77% היקף משרה של התובעת לשנה זו 1738/12/186 = שכר שעתי = 108 ₪ + 34% תנאים סוציאליים לפי היקף משרה של 77% = 136 ₪ לשעה. בעוד ששכרה השעתי של התובעת עמד על 174 ₪ (כולל מע"מ) באותה תקופה.

- ב. שנת 2010 שכר יסוד למשרה מלאה עמד ע"ס 19,200 ₪ + משכורת 13 (1600 ₪ לחודש + חניה 500 ₪ \* 78% היקף משרה (1746/12/186) = שכר שעתי = 112 ₪ + 34% תנאים סוציאליים לפי היקף משרה של 78% = 141 ₪ לשעה. בעוד ששכרה השעתי של התובעת עמד על 187 ₪ (כולל מע"מ) באותה תקופה.
- ג. שנת 2011 שכר יסוד למשרה מלאה עמד ע"ס 20,000 ₪ (כולל שעות נוספות גלובליות) משכורת 13 (1666 ₪ לחודש) + חניה 500 ₪ \* 76% היקף משרה (1711/12/186) = שכר שעתי לפי משרה מלאה 186 שעות = 116 ₪ + 34% תנאים סוציאליים לפי היקף משרה של 78% = 146 ₪ לשעה. בעוד ששכרה השעתי של התובעת עמד על 190 ₪ (כולל מע"מ) באותה תקופה.
- ד. שנת 2012 שכר יסוד למשרה מלאה עמד ע"ס 22,000 ₪ (כולל שעות נוספות גלובליות) משכורת 13 (1833 ₪ לחודש) + חניה 500 ₪ \* 78% היקף משרה (1755/12/186) = שכר שעתי לפי משרה מלאה 186 שעות = 128 ₪ + 39% תנאים סוציאליים לפי היקף משרה של 78% = 167 ₪ לשעה. בעוד ששכרה השעתי של התובעת עמד על 195 ₪ (כולל מע"מ) באותה תקופה.
- ה. שנת 2013 שכר יסוד למשרה מלאה עמד ע"ס 22,220 ₪ (כולל שעות נוספות גלובליות) משכורת 13 (1851 ₪ לחודש) + חניה 500 ₪ \* 75% היקף משרה (1691/12/186) = שכר שעתי = 128 ₪ + 39% תנאים סוציאליים לפי היקף משרה של 75% = 165 ₪ לשעה. בעוד ששכרה השעתי של התובעת עמד על 197 ₪ (כולל מע"מ) באותה תקופה.
- ו. שנת 2014 שכר יסוד למשרה מלאה עמד ע"ס 22,442 ₪ (כולל שעות נוספות גלובליות) משכורת 13 (1870 ₪ לחודש) + חניה 500 ₪ \* 78% היקף משרה (1743/12/186) = שכר שעתי לפי משרה מלאה 186 שעות = 130 ₪ + 39% תנאים סוציאליים לפי היקף משרה של 78% = 169 ₪ לשעה. בעוד ששכרה השעתי של התובעת עמד על 197 ₪ (כולל מע"מ) באותה תקופה.
- ז. שנת 2015 - שכר יסוד למשרה מלאה עמד ע"ס 22,665 ₪ (כולל שעות נוספות גלובליות) משכורת 13 (1888 ₪ לחודש) + חניה 500 ₪ \* 80% היקף משרה (1787/12/186) = שכר שעתי לפי משרה מלאה 186 שעות = 132 ₪ + 37% תנאים סוציאליים לפי היקף משרה של 80% = 171 ₪ לשעה. בעוד ששכרה השעתי של התובעת עמד על 195 ₪ (כולל מע"מ) באותה תקופה.

78. על יסוד הנתונים כאמור בסעיף לעיל, התמונה המצטיירת מהשוואת התמורה הקבלנית לשכר עובד מקביל היא כמפורט להלן:

79. **ככל שמחילים את הגישה החישובית**, הרי נוכח העובדה שקבענו כי הנתבעת לא כפתה על התובעת את אופן ההתקשרות, ומנגד עולה כי שכרה הקבלני של התובעת היה גבוה יותר בכל תקופת העסקתה שלא התיישנה (7 שנים אחרונות) משכר שעתי בתוספת כלל התנאים הסוציאליים כפי שפורטו לעיל, הרי שהמסקנה הינה כי שכר הקבלני של התובעת כלל בתוכו את כלל הזכויות הסוציאליות ומשכך לפי הגישה החישובית אין

התובעת זכאית לתשלום זכויות סוציאליות שעה ששכר הקבלני כלל את מלוא התנאים הסוציאליים.

80. ככל שמחילים את הגישה ההרתעתית, **המבוססת על פסק דין רופא**, בנסיבות המקרה הנדון, נוכח העובדה שקבענו כי ניתנה לתובעת אפשרות לבחור בין העסקה כעובד לבין העסקה כעצמאי, ונוכח הפער המשמעותי (כ-150%) בין התמורה הקבלנית לבין שכרה השעתי של התובעת (להבדיל מעלות שכרה), שוכנענו כי במקרה זה הנתבעת הייתה זכאית לקזז מהזכויות שהגיעו לתובעת כעובדת בקשר לעבודתה וסיום עבודתה את הכספים ששולמו לה מעבר לשכר של עובד מקביל נוכח מעמדה כקבלן עצמאי, ועל כן דין התביעה לזכויות שנתבעו בגין חופשה, מחלה, הבראה, נסיעות, חגים, פנסיה, וקרן השתלמות להידחות (שכן שכרה של התובעת כלל רכיבים אלו כפי שפורט לעיל).
81. מעבר לאמור, נציין כי גם אם לא היינו סבורים כי על פי פסק דין רופא והגישה ההרתעתית, התובעת אינה זכאית לזכויות, הרי שאין אנו סבורים כי יש להחיל את הגישה ההרתעתית בשלב זה נוכח קביעת כב' השופטת גליקסמן בנדון **בעניין אילן** שהובא לעיל: **"יחד עם זאת, בחלוף השנים מאז ניתן פסק הדין בעניין רופא, מקובל עליי כי יש מקום לבחון את אופן החלת הגישה ההרתעתית, גם נוכח הביקורת שנמתחה על המתווה שגובש בעניין רופא [ראו בעניין זה דוידוב; יובל פרוקצ'יה, "על סיווגי העסקה מוטעים, הרתעה יעילה, ומעמדם הקוגנטי של דיני העבודה", (עיוני משפט מג (עתידי להתפרסם 2020)], ולשקול גיבוש מתווים חלופיים ליישום הגישה ההרתעתית למתווה שגובש בפסק דין רופא. נוכח העובדה שהשאלה עומדת לדיון בהליכים בפני ההרכב המורחב, ונוכח העובדה שהכרעה בכך אינה דרושה בנסיבותיו של המקרה הנדון, אני סבורה כי נכון יותר שהשאלה אם יש לגבש מתווה חלופי למתווה שגובש בפסק דין רופא ומהות המתווה החלופי תידון בהליכים המתבררים לפני ההרכב המורחב ולא בהליך זה"** (ההדגשות במקור – א.ר.ב).

#### פיטורים שלא כדין, אפליה מחמת גיל? האם פיטוריה של התובעת היו כדין?

82. לטענת התובעת פיטוריה היו ללא עילה ולא לתר, לאחר 9 שנות עבודה וללא הודעה מוקדמת. לטענת התובעת טענת הנתבעת לפיטורי צמצום לא הוכחה, כן לא הוכח כי בוטל התקן של התובעת. עוד טוענת התובעת כי היא פוטרה לאחר ששבה מחופשה ללא כל שימוע. עוד טוענת התובעת כי היה בידי הנתבעת לשבץ אותה כתוכניתנית בצוות/מחלקה מקבילה באגף מערכות המידע ולמרות זאת לא נעשה על ידי הנתבעת כל ניסיון לשבצה. התובעת תבעה בתביעתה בגין פיצוי בגין פיטורים שלא כדין והעדרי שימוע סך של 110,233 ₪ (27,555 ₪ + 82,668 ₪) וכן סך של 66,150 ₪ כחלף דמי אבטלה בגין 175 ימים שלא שולמו לתובעת בשל אופן העסקתה כעצמאית ולא כעובדת.
83. עוד טוענת התובעת כי פוטרה בהגיעה לגיל 58 וכי הנתבעת בחרה לפטר קודם כל את העובדים המבוגרים ובכך הפרה את הוראות **חוק שוויון הזדמנויות בעבודה**.
84. מנגד טוענת הנתבעת כי לתובעת לא עמדה זכות לשימוע משלא היתה עובדת חברה. אולם בכל מקרה התקיימו עימה מספר שיחות עובר להחלטת על סיום ההתקשרות במסגרתן הובהר לה כי הנתבעת לא מרוצה מתפקודה המקצועי. כמו כן הנתבעת טוענת כי ההתקשרות מול התובעת החלה בגיל 48 ומשכך אין כל בסיס לטענת האפליה וכי



- בתקופה בה הסתיימה ההתקשרות עם התובעת הועסקו בנתבעת מתכנתים ואף מנהלים בכירים באותו גיל ואף מבוגרים יותר ומשכך אין כל בסיס לטענת התובעת.
85. לאחר שעיינו בכלל הראיות שוכנענו כי יש לפצות את התובעת בנוגע להליך פיטוריה וזאת כמפורט.
86. עיון בתצהירה של התובעת מעלה כי הצהירה בכל הנוגע לסיום העסקתה כמפורט: "ביום 22.8.2016 הוזמנתי לחדרה של גב' רחל וייסלר. לתדהמתי, זו הודיעה לי – "את מפורטת". כך פיטורים מהיום למחר, בלי סיבה והנמקה ובהעדר סיבה לפיטורים. שאלתי את גב' רחל וייסלר, מה קרה ואיך זה ארע שאני מפורטת, זו השיבה במילה אחת "צמצומים" ומלאה פיה מים. כשאני המומה לחלוטין, פניתי למנהל התחום, הגב' ענת סיברוני, בנסותי להבין הכיצד זה ביום אחד אני מסולקת ממקום עבודתי. לאכזבתי המרה לא זכיתי למענה, פיטורין ללא מילים. אחר יותר מעשר שנות עבודה, מצאתי את עצמי, ביום אחד נזרקת כחפץ מבלי שאיש מהממונים, מבהיר לי מה פה קרה ומדוע פוטרת... תחילה עוד האמנתי בתמימותי, כי יש עוד סיכוי שינהגו כלפי בהגינות ויושר. פניתי לגב' רחל וייסלר, ושוב ביקשתי לדעת מדוע פוטרת. במקום להשיב לעניין, זו סיפרה לי על עובד אחר שפוטר והושב לעבודה, לאחר שהיא מצאה לו תפקיד הדורש ידיעה בשפת ה"קובול". נדהמתי. אני הרי מומחים בשפת תכנות קובול, ועובדה זו ידועה לה היטב. כששאלתי את רחל, איך זה שלא הצעת לי את התפקיד הזה במקום לפטר אותי, זו השיבה: "שכחתי שאת יודעת קובול". .... " (ר' סעיפים 61-65).
87. עיון בחקירתה הנגדית של התובעת מעלה כי תצהירה לא נסתר בנקודה זו: "ש: את תיארת בתצהירך שסיום העסקה נפל עליך כרעם ביום בהיר ת: כמבול. ש: אף פעם לא ניהלו איתם שיחות על איכות העבודה, המסירות, הדקדוק והדיון בעבודה? ת: מעולם לא" (ר' עמ' 10 שורות 8-12).
88. בחקירתה הנגדית של הגב' סיברוני השיבה היא כי " ... רחל וייסלר קראה לתובעת ואמרה- זאת ההחלטה... ורונית חזרה מארוחת צהריים והתיישרה ליד. .... רונית פנתה אליי ואמרה לי – שמעת? רחל פיטרה אותי. שאלתי אותה איך היא מרגישה והיא השיבה- אולי הכל טוב, אני אצא לחופש. אני זוכרת את השיחה הזאת כי אני ס אמרתי לה- תשמעי, האמת שאת משמחת אותי כי זה מקל עלי. זה לא נעים לעשות לבן אדן כזה דבר, זו אחריות כבדה" (ר' עמ' 22 שורות 6-13).
89. כמו כן עיון בהמשך עדותה מעלה כי למרות שהיתה אפשרות להציע לתובעת הצעה חלופית בחרו להציע הצעה זו לעובד אחר שפוטר ולא לתובעת: "ש: למה לא ניסיתם להציע לה תפקיד אחר? ת: באותה נקודת זמן אני עבור כל אלה שהפסקנו את ההתקשרות איתם, או פיטרנו, בדקנו אם יש צורך ולא היה. משהו כמו כמה שבועות אחרי זה... פנה אלי מיכאל, אחד האנשים שבאותו מאורע של צמצום שעות נאלצנו להיפרד ממנו ואמר – שמעתי שלמטה אצל דודי מחפשים קובוליסט ושאל מה אני חושבת, אמרתי שאני אשמח, מדובר באדם מבוגר ומאוד שמחתי שהוא מצא משהו והצלתי עליו בחום ובשמחה..." (ר' עמ' 22 שורות 14-30).
90. עיון בסעיף 39 תצהירה של גב' רונית אייזן בכל הנוגע לסיום ההתקשרות עם התובעת מעלה כי הצהירה בנדון: "במהלך שנת 2016 החליטה הנתבעת לבצע הליך של התייעלות וצמצומים שהוצאות אגף מערכות מידע בחברה. פרט לתובעת, הופסקו ההתקשרות עם



נותני שירותים ועובדים אחרים באגף מערכות מידע, שניים מהם אף היו עובדי המחלקה לה נתנה התובעת שירותים. לאור העלות התקציבית של מתן השירותים על ידי התובעת מחד, והתנהלותה המקצועית הלקויה של התובעת מאידך, הוחלט להפסיק את ההתקשרות עם התובעת. "...".

91. מנגד עיון בנספח ה' שצרפה הנתבעת לתצהירה של גב' אייזן כדי להוכיח את ביטול התקן של התובעת מעלה כי ביטול התקן נעשה ב-23.1.17 בעוד עיון במכתב סיום ההתקשרות עם התובעת נעשה ביום 22.8.15. היינו כחמישה חודשים לפני ביטול התקן. מעבר לאמור עיון במכתב סיום ההתקשרות, נספח ו' מעלה כי נרשם בו: "סיבת סיום העסקה: צמצומים". למותר לציין כי בניגוד לתצהיר גב' אייזן לא נאמר דבר על חוסר שביעות רצון או התנהלות לקויה של התובעת, שיש לומר שעבדה כעשור בנתבעת, בעוד שהנתבעת לא הציגה כל ראיה המעידה על חוסר שביעות רצון במהלך תקופת העסקתה, או תלונה בנדון עובר לסיום ההתקשרות, או אזהרה עובר לסיום ההתקשרות כדי שהתובעת תנסה לשפר את התנהלותה. משכך לא שוכנענו כי העילה שנרשמה שיקפה את מצב הדברים בפועל.
92. כמו כן עיון בסעיף 40.1 לתצהיר גב' אייזן מעלה כי הצהירה: "... הנתבעת קיימה עימה מספר שיחות עובר להחלטה על סיום ההתקשרות, עימה, במסגרתן הובהר לה חוזר ואמור כי החברה אינה מרוצה מהתנהלותה המקצועית, והתובעת שטחה את מלוא טיעוניה בפני הגורמים המוסמכים בנתבעת".
93. מנגד עיון בחקירתה הנגדית של גב' אייזן מעידה היא באופן שונה: "הסתיימה ההתקשרות בגלל הצמצומים. ש: יש לך להראות לי תוכנית הבראה, צמצומים, סגירת משרות חוץ מהמשרה של רונית? ת: כל אחד מהעובדים האלה שהוזכרו בסעיף 43 התקנים שלהם נסגרו." (ר' עמ' 17 שורות 1-4).
94. יצוין כי עיון בנספח ו' לתצהיר גב' אייזן מכתב סיום ההתקשרות מעלה כי הוזכר בו רק צמצומים ולא הוזכר דבר בנוגע לאי שביעות רצון מהתובעת.
95. עיון בחקירתה הנגדית של גב' ענת סיברוני מעלה כי לתובעת, בשונה מעובדי החברה לא היו משובים, חוות דעת וציונים (ר' עמ' 23 שורות 17-18).
96. מחומר הראיות עולה כי אכן לא נעשה לתובעת שימוע או שיחה המבהירה את כוונת הנתבעת להפסיק את ההתקשרות עימה וכן לא נמסרה לה כל טענה על חוסר שביעות רצון מתפקודה לאחר כעשר שנים. כמו כן הגם שהנתבעת השתמשה במילה צמצומים, הרי שביטול משרתה של התובעת לפי נספח ה' היה לאחר כחמישה חודשים מיום סיום ההתקשרות עימה.
97. בהקשר לפגיעה זו במועסק שהועסק כ"קבלן עצמאי" למרות שלאמיתו של דבר היה במעמד של "עובד" צוין בעניין עמיר כי:
- "...הגישה החישובית, שמביאה בחשבון רק את שווי הזכויות הכספיות שנמנעו מהעובד, מתעלמת מזכויות רבות שהיו מוקנות למועסק אילו הועסק כ"עובד" שיש להן ערך כלכלי משמעותי, גם אם קשה או לא ניתן לכמתן כספית: ביטחון תעסוקתי ברמה זו או אחרת, שכן גם אם העובד מועסק במקום עבודה לא מאורגן מוטלות על המעסיק חובות שונות; פגיעה בזכות ההתארגנות – הזכות לבחור ולהיבחר לארגון העובדים, להשתתף

במאבק קיבוצי וליהנות מהגנת ארגון העובדים; פגיעה באפשרויות קידום, כגון עקב היעדר זכאות לגשת למכרזים פנימיים או להגיש מועמדות לתפקידים המיועדים למועסקים במעמד של "עובד" בלבד; פגיעה בתחושת השייכות למקום העבודה. ...

...

סיווגו של מועסק שהוא לאמיתו של דבר עובד כ"עצמאי" פוגע בו גם בתום ולאחר סיום ההתקשרות. כך, הוא אינו נהנה מההגנות המוקנות לעובד בהליך הפיטורים. כמו כן, לעתים אין חובה ליתן לו הודעה מוקדמת, לא משולמים לו פיצויי פיטורים והוא אינו זכאי לדמי אבטלה. כך, עם סיום ההתקשרות, המועסק נותר ללא רשת ביטחון סוציאלית, שיש בה כדי "לרכך" את הנפילה בעת המעבר ממצב של תעסוקה למצב של אבטלה".

98. נסיבות המקרה הנדון, בכל הנוגע לאופן סיום ההתקשרות עם התובעת, ממחישות היטב את הפגיעה הנגרמת למועסק שהיה לאמיתו של דבר עובד אך הועסק כ"עצמאי", גם בנסיבות שבהן התמורה הקבלנית ששולמה לו הייתה שווה או אפילו גבוהה במידה מסוימת מעלות העסקתו כעובד שכיר. שוכנענו כי לתובעת, בגלל אופן העסקתה לא היתה "רשת ביטחון" עם סיום העסקתה בחברה, לאחר תקופת עבודה ארוכה שבה הקדישה לחברה את מיטב שנותיה תוך שכלכלית נשענה רק על התקשרותה עם התובעת. התובעת מצאה את עצמה לאחר כעשור, שהיא כבר נושקת לגיל 60 יוצאת ממעגל העבודה מבלי שניתנה לה האפשרות להשמיע את טיעוניה ו/או לבחון אופציה של המשך העסקה אחר וזאת בעיקר בשל האופן בו היתה מועסקת, דבר שגרם לה פגיעה גם בסיכוי למציאת עבודה חלופית ואף פגע ביכולתה לקבל דמי אבטלה ולהקטין את נזקיה. אילו התובעת היתה מועסקת כעובדת היתה עוברת הליך שימוע מסודר שאולי בסופו היתה מצליחה לשכנע את התובעת להמשיך להעסיקה או לכל הפחות למצוא לה פתרון תעסוקתי חלופי או לשכנע את התובעת בדבר הצורך בהמשך העסקתה. כאמור, התובעת פוטרה ללא שימוע ותוך שימוש התובעת בעילה לא ברורה תוך ציון גם לאחר עשור לחוסר שביעות רצון מעבודתה, שעה שבמהלך תקופת העסקתה לא נאמר לה דבר בנושא זה. כמו כן נוכח צורת העסקתה של התובעת נמנעה ממנה היכולת להוכיח את שביעות הרצון ממנה באמצעות חוות דעת ומשובים שלא נעשו לה בשל צורת העסקתה. מחומר הראיות עולה כי אף לא נעשה כל ניסיון אמיתי למצוא ולאתר לתובעת תפקיד חלופי.

99. כמו כן, מעבר לנזק הכספי, אין ספק שנסיבות סיום העסקה אף גרמו לנזק לא ממוני – תחושת חוסר ודאות ואפילו חרדה בנוגע לעתיד התעסוקתי ולאפשרות להתפרנס בכבוד בעתיד, כפי שהבהירה התובעת בתצהירה ובעדותה. בהקשר זה העידה התובעת: "ש: את מועסקת כיום? ת: אני לא ממש, לא בתחום, אני עובדת בהרצאות שאני נותנת לילדים, עבודות בהיקף שעות קטן וסכומים מאוד קטנים... ש: בעצם לא לקחו אותך לעבודות הנוספות בגלל הגיל? ת: חד משמעית" (ר' עמ' 10 שורות 15-30).

100. על יסוד כל האמור, בהתחשב במכלול הנסיבות, לרבות גילה וותק של התובעת, העובדה שלא היה לה הליך שימוע, שנימוקי הפסקת ההתקשרות לא היו ברורים ונסתרו כפי שפורט לעיל, אי יכולת התובעת לקבל דמי אבטלה ואופן סיום ההתקשרות עימה והעובדה שאילו היתה מועסקת התובעת כעובדת ככל הנראה הליך הפסקת ההתקשרות עימה היה נעשה באופן בו היה לה שימוע שיכלה במסגרתו לשכנע את התובעת שלא להפסיק את

העסקתה, כמו כן וניתן היה לחפש לה חלופה ולחילופין יכולה היתה לקבל דמי אבטלה, אני סבורה כי יש לפסוק לתובעת פיצוי בגין רכיב התביעה של פיטורים שלא כדין, העדר שימוע, ואי תשלום דמי אבטלה בשיעור של – 70,000 ₪.

101. כמו כן משקבענו כי התובעת פוטרה ומשלא הוכח כי התובעת קיבלה הודעה מוקדמת, ומשהתחשיב בנוגע לתנאים הסוציאליים לא כלל רכיב הודעה מוקדמת שוכנענו כי התובעת זכאית גם לרכיב של הודעה מוקדמת ע"ס 19641 ₪ (132 ₪ \* 186 \* 80% היקף משרה).

102. מנגד לא שוכנענו כי התובעת הרימה את הנטל הראשוני להוכיח כי הנתבעת הפסיקה את העסקתה בשל גילה, או כי הופלתה בשל כך.

103. ראשית התובעת החלה את עבודתה בנתבעת בגיל 48, נתון השומט את טענת התובעת להפליה מחמת גיל.

104. יתרה מזאת, עיון בנספח ז לתצהיר גב' אייזן מעלה כי התובעת קיבלה לעבודה הן עובדים ואין פרלינסרים גם בגילאים מבוגרים.

105. עיון בחקירתה הנגדית של גב' אייזן מחדד את האמור: "ש: מבחינתכם גיל 50 זה גיל שמפטורים? ת: אני יכולה להראות לך רשימה ארוכה של עובדים. בנספח ז' של כל עובדי מערכות מידע עם הגילאים שלהם ותשימי לב לגילאים. גיל זה לא קרטיון לסיום" (ר' עמ' 16 שורות 33-31).

106. משכך אנו סבורים כי התובעת לא הרים את הנטל להוכיח כי פיטוריה נעשו בשל גילה ובניגוד ל**[חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה](#)**, תשמ"ח-1988.

107. גם בנוגע לרכיב הלנת השכר לא שוכנענו כי יש לקבלו, שעה שמדובר ברכיב שהתיישן וכן התובעת לא הציגה ראיות בנוגע למועד בו קיבלה את התמורה ומשכך רכיב תביעה זה נדחה.

#### סיכום

108. הנתבעת תשלם לתובעת, בתוך 30 ימים מקבלת פסק הדין:

א. סך של 70,000 ₪ בשל פיצוי בגין פיטורים שלא כדין, העדר שימוע, ואי תשלום דמי אבטלה, בצירוף הפרשי ריבית והצמדה מיום הגשת התביעה עד למועד התשלום בפועל.

ב. תמורת הודעה מוקדמת ע"ס 19641 ₪, בצירוף הפרשי ריבית והצמדה מיום הגשת התביעה עד למועד התשלום בפועל.

109. יתר רכיבי התביעה - נדחים.

110. הנתבעת תשלם לתובעת, בתוך 30 יום מקבלת פסק הדין, הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בסכום כולל של 10,000 ₪.

111. זכות ערעור לבית הדין הארצי תוך 30 יום.

---

נציג ציבור עובדים, אסנת רובוביץ - ברכש, שופטת נציג ציבור מעסיקים,

ניתן היום, ז' חשוון תש"פ, (05 נובמבר 2019), בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.

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

אסנת רובוביץ ברכש 54678313-/  
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה