בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15868-04-18; ע"ע 12372-04-18
ע"ע 7338-10-17; ע"ע 34665-10-17

ניתן ביום 07 אפריל 2021

גבריאל כותה	**המערער בע"ע 15868-04-18** **המשיב בע"ע 12372-04-18**
-	
עיריית רעננה	**המערערת בע"ע 12372-04-18** **המשיבה בע"ע 15868-04-18**
הממונה על השכר	**מגיש עמדה**
דן רבין	**המערער בע"ע 7338-10-17**
-	
מדינת ישראל – משרד המשפטים **הממונה על השכר**	**המשיבה בע"ע 7338-10-17** **מגיש עמדה**
זאב לוי	**המערער בע"ע 34665-10-17**
-	
זרעים גדרה בע"מ	**המשיבה בע"ע 34665-10-17**

לפני: הנשיאה ורדה וירט-ליבנה, סגן הנשיאה אילן איטח, השופטת לאה גליקסמן
השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, השופט רועי פוליאק, השופטת חני אופק-גנדלר, השופט אילן סופר
נציגת ציבור (עובדים) גב' יעל רון, נציג ציבור (מעסיקים) מר עצמון ליפשיץ

ב"כ גבריאל כותה - עו"ד נירית לוין-זמיר
ב"כ עיריית רעננה - עו"ד בטי אמיר, עו"ד אסף ברנזון
ב"כ דן רבין - עו"ד דניאל פלד, עו"ד הדר איצקוביץ
ב"כ זאב לוי - עו"ד צבי הלפגוט, עו"ד שי אדרי, עו"ד שני קופלביץ
ב"כ זרעים גדרה - עו"ד עודד שטייף, עו"ד פז לב-רן
ב"כ המדינה - עו"ד גילה חממי-פינק, עו"ד טל זרקו
ב"כ הממונה על השכר - עו"ד ליטל ניצן, עו"ד יעל בר לב

פסק דין

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15868-04-18; ע"ע 12372-04-18
ע"ע 7338-10-17; ע"ע 34665-10-17

תוכן

הנשיאה ורדה וירט-ליבנה ..... - 3 -
פתח דבר ..... - 3 -
הדיון המשפטי ..... - 4 -
הכרה ביחסי עובד ומעסיק בדיעבד – עבר, הווה, עתיד ..... - 4 -
"לאן פנינו"? ..... - 21 -
ההצדקות לדיני עבודה ..... - 22 -
עקרון הקוגנטיות ..... - 24 -
הלעולם קוגנטי? ..... - 30 -
שוק העבודה בעידן הנוכחי - "מה נשתנה"? ..... - 30 -
השלכת לגיטימיות ואותנטיות של תבנית העסקה, שאלת תום לב והסכמת הצדדים על הכרה ביחסי העבודה – עקרונות מנחים ..... - 33 -
עיצוב כללים שלאורם תיבחן הסוגיה ..... - 46 -
חשיבה מחודשת על 'חישובית', 'הרתעתית' ו'מסורתית' ..... - 54 -
ההכרעה המשפטית, עשיית צדק ומה שביניהן ..... - 63 -
סיכומם של דברים – המישור המעשי ..... - 64 -
מהכלל אל הפרט ..... - 67 -
ע"ע 15868-04-18 (גבריאל כותה – עיריית רעננה) ..... - 67 -
רקע עובדתי ..... - 67 -
טענות הצדדים ופסק דינו של בית הדין האזורי ..... - 69 -
טענות הצדדים בערעור ..... - 72 -
ע"ע 12372-04-18 (עיריית רעננה – גבריאל כותה) ..... - 73 -
טענות הצדדים בערעור ..... - 73 -
עמדת הממונה על השכר ..... - 74 -
דיון והכרעה ..... - 77 -
ע"ע 7338-10-17 (דן רבין – מדינת ישראל-משרד המשפטים) ..... - 79 -
רקע עובדתי ..... - 79 -
פסק דינו של בית הדין האזורי ..... - 82 -
טענות הצדדים בערעור ..... - 85 -
דיון והכרעה ..... - 86 -
ע"ע 34665-10-17 זאב לוי – זרעים גדרה בע"מ ..... - 94 -
רקע עובדתי ..... - 94 -
פסק דינו של בית הדין האזורי ..... - 95 -
טענות הצדדים בערעור ..... - 96 -
דיון והכרעה ..... - 97 -
אחרית דבר ..... - 102 -
השופטת סיגל דוידוב-מוטולה ..... - 107 -
סגן הנשיאה אילן איטח ..... - 152 -
השופטת לאה גליקסמן ..... - 156 -
השופט רועי פוליאק ..... - 160 -
השופטת חני אופק-גנדלר ..... - 170 -
השופט אילן סופר ..... - 180 -
נציגת ציבור (עובדים) גברת יעל רון ..... - 189 -
נציג ציבור (מעסיקים) מר עצמון ליפשיץ ..... - 194 -
סוף דבר ..... - 198 -

הנשיאה ורדה וירט-ליבנה

פתח דבר

1. לפנינו **ארבעה ערעורים** (ע"ע 15868-04-18, ע"ע 12372-04-18, ע"ע 34665-10-17, ע"ע 7338-10-17) שהם **שלושה תיקים** (גבריאל כותה – עיריית רעננה, דן רבין – מדינת ישראל, זאב לוי – זרעים גדרה בע"מ), העוסקים **בשני מגזרים** (הציבורי והפרטי), בהם מתעוררת **שאלה משפטית אחת** משותפת והיא הכרה ביחסי עובד ומעסיק בדיעבד ותוצאתה של הכרה זו.

2. נוכח חשיבותה של הסוגיה, ובשל היותה סוגיה עקרונית ביותר בתחום דיני העבודה, נדרש בית דין זה לדיון בשאלה בהרכב מורחב של שבעה שופטים ושני נציגי ציבור בהתאם לסעיף 20(א) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969.

דרישה זו באה לאור פסיקה סותרת לגבי דרך קיזוז הזכויות של עצמאי המוכר בדיעבד כעובד. לתוך שאלה זו הדורשת הכרעה שתתווה דרך אחידה נקשרה גם השאלה המועלית לעיתים קרובות בבתי הדין לעבודה, והיא האם אין לשנות את המבחנים לקביעת יחסי עובד ומעסיק על השלכותיה הרחבות. בשל כך החלטנו לדון בשאלות אלה בהרכב מורחב. אקדים לומר כי דעתי היא, שהשינוי המרכזי המתחייב בהליך שלפנינו בנושא קביעת יחסי עובד ומעסיק בדיעבד הוא כי במקרים המתאימים, עליהם ארחיב בהמשך הדברים, יש לקבוע כבר "בשלב הראשון" כי לא מתקיימים יחסי עובד ומעסיק. **דעתי בהקשר זה היא כי את שאלת חוסר תום הלב של העובד ניתן לבחון כבר בשלב הראשון של יחסי עובד ומעסיק, ובהחלט יתכנו מקרים, שכתוצאה מכך לא יוכרו יחסי עובד ומעסיק. זאת כמובן מבלי לפגוע באפשרות, שבנסיבות מסוימות שיקבע כי מתקיימים יחסי עובד ומעסיק, שאלת חוסר תום הלב של העובד תילקח בחשבון במסגרת "השלב השני" – של קביעת הזכויות הכספיות.**

3. על אף שבכל אחד מההליכים שבכותרת ישנן שאלות נוספות המתעוררות, החלטנו ליתן פסק דין מאוחד בכלל התיקים, לאור הבסיס הנורמטיבי הרחב המשותף להם הנוגע לסוגייה המרכזית - הכרה ביחסי עובד ומעסיק בדיעבד.

עוד נציין כי במסגרת הדיון בהכרה ביחסי עבודה בדיעבד השימוש שייעשה במונח "עובד", עוד בטרם נקבע מעמדו המשפטי ככזה, הוא לאור השימוש במונח זה לאורך השנים בפסיקה, אולם כוונת דברינו אינה בהכרח לקביעת המעמד של פלוני כעובד מבחינה משפטית אלא לאדם המועסק במקום העבודה.

4. דרך הילוכינו יהיה כדלקמן: תחילה נסקור בצורה מקיפה את הסוגיה המשפטית של הכרה ביחסי עובד ומעסיק בדיעבד, והשאלות המתעוררות בקשר לכך. בשלב השני נפנה להכרעה עקרונית בשאלות הללו. לאחר מכן, נידרש לכל אחד מהתיקים שלפנינו בנפרד – בכל תיק נפרט את הרקע העובדתי, פסק הדין בבית הדין האזורי וטענות הצדדים, ולבסוף ניישם את הקביעות העקרוניות בכל תיק ותיק.

5. נפנה איפוא לבחינת הדברים על פי סדרם, דבר דבור על אופניו.

הדיון המשפטי

6. בטרם נבוא לגופם של דברים, ובשל חשיבותה של הסוגיה העומדת להכרעתנו, נסקור בקצרה את הרקע הנורמטיבי לשאלת "ההכרה ביחסי עובד ומעסיק בדיעבד" כפי שבא לידי ביטוי בפסיקה בעבר ובהווה. לאחר מכן נפנה לבחון אם המצב המצוי הוא גם המצב הרצוי, ואם יש מקום, לעת הזו, לקבוע כללים ועקרונות מנחים שונים או נוספים על אלו שישנם כיום.

הכרה ביחסי עובד ומעסיק בדיעבד – עבר, הווה, עתיד

7. **יחסי עובד ומעסיק - "איפה היינו"?**

השאלה אם אדם הוא עובד אם לאו היא שאלת יסוד עם חשיבות מכרעת במשפט העבודה, זאת מאחר שמרבית חוקי המגן, ורוב הזכויות הסוציאליות המוענקות מכוח חקיקת העבודה ומכוח הסכמי עבודה קיבוציים, חלים רק על "עובדים". (למשל חוק חופשה שנתית, תשי"א-1951; חוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג-1963; חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951 וחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957). (להרחבה ראו: י. זמיר, **דיני עבודה – מקורות, הערות, בעיות**, חלק ראשון, הוצאת אקדמון תשל"ד (להלן – **זמיר**), בעמ' 16-17; לילך לוריא, **דיני עבודה**

ורווחה במאה העשרים ואחת, בהוצאת האוניברסיטה העברית ונבו (2013) (להלן – **לילך לוריא**), בעמ' 253-245).

וכך כותב הנשיא (בדימוס) אדלר בפתח מאמרו "היקף תחולת משפט העבודה - מכפיפות לתכלית" **ספר מנחם גולדברג**, הוצאת סדן, תשס"ב, (להלן – **אדלר מכפיפות לתכלית**), בעמ' 19:

> **"חשיבותה של ההתדיינות בסוגיה - "מיהו עובד" – נובעת, בין היתר, מן המשמעות הרבה הנודעת לסיווגו של מבצע העבודה כ"עובד", בפרט לעניין פרישת רשת ההגנות מכוח משפט העבודה. במה דברים אמורים? הקביעה, כי מבצע העבודה הינו "עובד" משמעותה המעשית היא, כי "עובד" זה יהנה מכלל הזכויות וההגנות המוענקות מכוח משפט העבודה. מאידך, אי הכרה במבצע העבודה כ"עובד", תשלול מאותו אדם זכויות והגנות אלו. בנוסף הכלל הוא, כי ההגנות המוקנות מכוח משפט העבודה – בדמותם של חוקי מגן, הסכמים קיבוציים, צווי הרחבה, וחקיקה ופסיקה המבטיחים שוויון במקום העבודה – מוקנות למבצעי עבודה המשתייכים לקטגוריה המסורתית של "עובד" בלבד. במסגרת משפט העבודה רשאים רק מי שהוגדרו כ"עובדים" להתדיין בפני בתי הדין לעבודה."**

על אף שבחקיקת העבודה לא מופיעה התייחסות ברורה לדרישת קיומם של יחסי עבודה, ההנחה היא כי דרישה זו מהווה תנאי הכרחי לצורך תחולתם, נוכח המושגים "עובד" ו-"מעסיק" המופיעים בה.

(להרחבה ראו: צ. ברנזון, **דיני עבודה ובטוח סוציאלי**, הוצאת מפעל השכפול של הסתדרות הסטודנטים, תשי"ח-1958, בעמ' 81-70; ישראל גלעדי, **דיני עבודה בישראל**, הוצאת תרבות וחינוך תשכ"ג, בעמ' 25-20; **זמיר**, בעמ' 19-17; מנחם גולדברג, "למהות המושג עובד", **הפרקליט** כו (תש"ל), 389; מנחם גולדברג "מהותם של יחסי עובד-מעביד" **הפרקליט** לב (תשל"ח-ל"ט), 81; שלומית יניסקי-רביד, "מיהו עובד? מבט חדש על יחסי עובד-מעביד באמצעות סוגיית הפטנטים והיצירות "שלי" עובדים", **עבודה חברה ומשפט י"ב**, 381 (להלן –

יניסקי רביד), בעמ' 392-393; להגדרת "עובד" במשפט העברי ראו: חיים יואל בלוך, דניאל כ"ץ, עדו רכניץ, **שו"ת משפטי ארץ**, תשע"א (להלן – **משפטי ארץ**) בעמ' 29-31).

ברבות השנים נדרשו בתי הדין לעבודה לתת כלים על מנת להשיב על השאלה מיהו "עובד" ומיהו "מעסיק"?

בהקשר לכך צוין, בין היתר, כי היותו של אדם עובד הוא דבר הקרוב לסטטוס, ומעמד זה אינו נקבע על ידי הצדדים או מי מהם, אלא על פי נסיבות העניין כהווייתן (ע"א 426/63 **המוסד לביטוח לאומי נ' אליעזר זינגר**, פד"י יח (2), 299 (1964); מנחם גולדברג "עובד ומעביד - תמונת מצב" **עיוני משפט** י"ז (תשנ"ב) (להלן – **גולדברג תמונת מצב**)). עוד צוין כי "**אין מעמדו של אדם כ"עובד" או כ"עצמאי" נקבע בהבל פה ובמחי יד קולמוס**" (דב"ע (ארצי) מג/106-3 **יחיאל ולטנר - גור בטח, סוכנות לביטוח בע"מ**, טז(1) 085 (1984)). כמו כן, מאחר שזכויות המגן אינן ניתנות לוויתור, אין בקביעה של הצדדים או מי מהם באשר לטיב יחסיהם, כדי לקבוע בהכרח את מעמדם. מעמד הצדדים נקבע מבחינה משפטית על פי מכלול הנסיבות, מהות היחסים בין הצדדים ועובדות המקרה הספציפי (ע"ע 300274/96 **שאול צדקא - מדינת ישראל – גלי צה"ל**, פד"ע לו 625 (2001); ע"ע 1076/04 **מדינת ישראל - אדם שוב** (11.7.2005); ע"ע 548/09 **ישראל לוי - מוסך עלית 93 בע"מ**, (22.11.09)).

בהקשר זה ציין בית הדין כי: "**אין להתעלם מכך שהיותו של אדם "עובד", הוא, לעניין אותן הזכויות והחובות שהחוק מקנה ושאין לוותר עליהן או להתנות עליהן, דבר הקרוב ל"סטטוס", ו"סטטוס" אין יוצרים בהסכם ואין מבטלים בהסכם, וכשם שאין לוותר או להתנות על זכויות במפורש, כן אין לוותר על אותן הזכויות על ידי כך שיכנו את היחסים בין השניים שבהם מדובר כינוי כלשהו השולל היותו של האחד "עובד" והיותו של השני "מעביד". האמור בהסכם יכול וישקול, אך ברור שהקובע הוא מכלול היחסים בין הצדדים.**" (דב"ע לא/27-3 **עירייית נתניה - דוד בירגר**, ג(1) 177 (1971) (להלן- **עניין בירגר**)). הגם שבמקרים רבים, התשובה לשאלה אם אדם הוא עובד או לא - ברורה וניתנת בקלות לבחינה ממהות היחסים אשר נוצרו בפועל בין הצדדים, ישנם מקרים בהם ההכרעה אינה

פשוטה, ובמילותיו של בית המשפט העליון: "**ההבחנה בין עובד לבין קבלן עצמאי... אינה מן הקלות.**" (ע"א 95/56 **לביא את אחים מישצנסקי נ' פקיד השומה, גוש דן, רמת-גן**, פ"ד יא 526 (1956)). עבור התובעים במקרים אלו, השלב הראשון במסגרת תביעתם בבתי הדין לעבודה הוא להוכיח כי הם עובדים, הזכאים לזכויות המגן המוענקות מכוח מעמדם ככאלה, וכי אינם קבלנים עצמאיים, סוכנים, מפיצים, נאמנים, שותפים או משתתפים חופשיים, אשר ככלל, אינם זכאים להן. לשם כך נקבעו לאורך השנים מבחנים שונים לקביעת המעמד של "עובד".

8. נציין כבר עתה, כי מאחר שהמושג "עובד" מופיע בהקשרים שונים ובחוקים שונים, יתכן שיוגדר באופן שונה בכל חוק. כך למשל מבצע עבודה יכול להיחשב כעובד עצמאי לצורך משפט העבודה, אך יחולו עליו הגנות וזכויות שנקבעו בחוקי הבטיחות בעבודה. כך גם הגדרת המונח "עובד" שונה בדיני הנזיקין, דיני עונשין ודיני מיסים מההגדרה של המונח במשפט העבודה (ראו: **גולדברג תמונת מצב**, בעמ' 24-23; **אדלר מכפיפות לתכלית**, בעמ' 31 וההפניות לפסקי הדין שם; **לילך לוריא**, בעמ' 253-251; נציין, במאמר מוסגר, כי ישנה מחלוקת האם נדרש לאמץ הגדרה אחידה למונח "עובד" ביחס לכל החוקים, לכל ענף דיני העבודה (להבדיל מחוקי הביטוח הלאומי, מיסים וכדו') ולמצער לכל החוקים הכלכליים (בשונה מחוקים בעלי תכלית פרטיקולארית שונה כגון חוקי הבטיחות בעבודה, חוק שוויון הזדמנויות בעבודה וכדו') - אולם איננו נדרשים להכריע בכך בענייננו אנו).

9. **<u>"המבחנים" לקביעת יחסי עובד ומעסיק</u>**

המבחן לקביעת יחסי עובד ומעסיק התפתח לאורך השנים באופן שאפשר יותר ויותר שיקול דעת בהפעלתו. לא אחת הובהר בפסיקה כי על המבחן להיות דינאמי, כזה המשתנה בהתאם לשינויים בדפוסי העסקה השונים. בפסק הדין בעניין **בירגר**, הדגיש בית הדין עניין זה, ובזו הלשון:

> **"ייאמר מיד, שהמבחן אשר לפיו ייקבע, אם פלוני מעמדו הוא מעמד של "עובד" או של "מפרנס עצמאי", לא יכול שיהא יציב לדורות, קיים בכל הנסיבות וטוב ליישום לכל המטרות."**

עד להקמתם של בתי הדין לעבודה, כאשר נדרשו בתי המשפט להכריע בשאלת קיום יחסי עבודה, הם הפעילו את מבחן המרות והפיקוח ("Control"). לפי מבחן זה, עובד הוא אדם הנתון למרותו של אדם אחר ולפיקוח מצדו, במסגרת העסקתו (ראו: ע"א 47/48 **אריה אגושביץ נ' צבי פוטרמן**, פ"ד ה 4 (1950) (להלן- **עניין אגושביץ**) – פסק דין זה דן בהגדרת עובד בהקשר נזיקי, לעניין פקודת הפיצויים לעובדים, 1947, אך שימש במשך שנים כפסק דין מנחה בסוגיית יחסי עובד מעסיק ובמבחן לקביעתם; ע"א 454/71 **יהושע ולנסי נ' פיוניר קונקריט (ישראל) בע"מ**, פ"ד כו(2) 322 (1972); ע"א 431/72 **"בית-שאן" מאפיה קואופרטיבית בבית-שאן בע"מ נ' חנה ו-מרדכי פיירשטיין**, פ"ד כז(2) 066 (1973)).

מקורו של מבחן המרות והפיקוח במשפט האנגלי. בהעדר קביעה בחוק הישראלי, ומכוח הזיקה למשפט האנגלי, אימצה הפסיקה את מבחן המרות והפיקוח והוא שימש כמבחן בלעדי במשך תקופה ארוכה. (ראו R. V. Negus (1873) 42 L.J .M.C. 62. ; M'credy V. D.J. ; Yewens V. Noakes (1880) 6 Q.B.D. 530. ; Dunlop & Co. (1900) 2 F. 1027. ; עניין **אגושביץ**).

עם הקמתם של בתי הדין לעבודה, וריבוי המקרים השונים אשר הובאו בפניהם, הפסיקה לא הסתפקה במבחן השליטה והפיקוח כמבחן בלעדי, והחלה לאמץ את מבחן "ההשתלבות" כמבחן מרכזי אשר עומד בפני עצמו (ראו: בג"ץ 319/78 **שמן תעשיות בע"מ נ' בית-הדין הארצי לעבודה בירושלים**, לד(2) 75 (1979); בג"ץ 123/81 **אלקטרה (ישראל) בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה**, לו(1) 423 (1982); דב"ע לא/1-4 **בנק אוצר לחייל בע"מ - מועצת פועלי באר-שבע**, ב(1) 260 (1971); **עניין בירגר**; דב"ע מח/3-137 **תמר אדר - פרסום מלניק בע"מ**, כ(1) 060 (1988); דב"ע תשן/3-14 **שלמה נקש - מדינת ישראל**, כא(1) 180 (1989); דב"עלט/3-114 **איגוד המפרסמים - חיה פרוסט**, יא(1) 144 (1989)).

במשך השנים, עם התפתחותן של צורות ההעסקה השונות, נדרשה הפסיקה לשנות את המבחן למבחן רחב וגמיש יותר, כזה שמתאים את עצמו לדפוסי ההעסקה השונים. הפסיקה ניסתה לפתח מבחן שיוכל לספק מענה משפטי ראוי ומדויק יותר, מאשר זה שמספק מבחן ההשתלבות לבדו, לאותם מקרים שונים אשר הגיעו לפתחם של בתי הדין לעבודה. בעקבות כך, שינתה הפסיקה את המבחן הקובע ל"מבחן המעורב" הכולל במרכזו את מבחן ההשתלבות ומבחני משנה

נוספים (ראו בג"ץ 5168/93 **שמואל מור נ' בית הדין הארצי לעבודה**, נ(4) 628 (1996) (להלן - **בגץ מור**)). וכך ציין בית הדין בדב"ע נב/3-254 **פריץ חיים - מפעל הפיס**, כו(1) 372 (1993): "**אין הכוונה לזניחת המבחנים המקובלים אלא אך לשינוי נקודת המבט. במקרים קשים הופכים המבחנים שנקבעו בפסיקה ממבחנים בעלי משקל מוחלט למבחנים יחסיים, כאשר את התשובה לשאלת קיום יחסי עובד-מעביד, לומד בית הדין ממשקלם המצטבר של מכלול המבחנים**".

10. **<u>המבחן המעורב ובמרכזו מבחן ההשתלבות</u>**

למבחן ההשתלבות שני פנים מצטברים - הפן החיובי והפן השלילי (ראו: עניין **בירגר**; דב"ע לד/0-181 **מוחמד עלי קוואסמה - המוסד לביטוח לאומי**, ו(1) 234 (1975); דב"ע מה/3-82 **יצחק הרשליקוביץ ואח' - פזגז חברה לשיווק בע"מ**, יז(1) 097 (1985); דב"ע לג/0-30 **המוסד לביטוח לאומי - מאפית כץ בע"מ**, ד(1) 393 (1973); דב"ע לב/2-12 **מדינת ישראל - מרג'ורי אקר**, ד(1) 203 (1973); דב"ע מב/3-123 **תחיה סגל - רחל גור**, יד(1) 190 (1983); דב"ע לו/3-55 **אברהם אולו - הנס הייליג**, ח(1) 085 (1976)).

הפן החיובי של מבחן ההשתלבות בוחן האם ישנו מפעל יצרני להספקת שירותים או לביצוע עבודה אחרת שניתן להשתלב בו, האם הפעולה המבוצעת הינה פעולה נחוצה לפעילות הרגילה של אותו מפעל, והאם מבצע העבודה מהווה חלק מהמערך הארגוני של המפעל ולא גורם חיצוני לו.

שאלות אלו נבחנות על ידי הפסיקה לפי מספר מאפיינים וביניהם: מידת הפיקוח של המעסיק על שעות העבודה, על מקום ביצועה, על חלוקת המשימות בין העובדים, על הרכב צוותי העבודה ועל ההיררכיה בין העובדים השונים; מרכזיותן וחיוניותן של פעולות מבצע העבודה לפעילותו הכוללת של המעסיק; הליכי ההתקשרות עם המועסק; רציפות הקשר בין הצדדים; כוחו של המעסיק להטיל על מבצע העבודה משימות משתנות; שליטת המעסיק על אופן ביצוע המלאכה; כפיפות מבצע העבודה אל המעסיק; בלעדיותו של מבצע העבודה וזיקתו למפעל; הסתייעות מבצע העבודה בעובדים אחרים לצורך ביצוע עבודתו; מקום ביצוע המלאכה; אופן התשלום; הספקת החומרים לביצוע המלאכה ועוד.

הפן השלילי לעומת זאת, בוחן האם למבצע העבודה עסק משלו, או לייתר דיוק, האם ההשתלבות במפעל המדובר לא נעשתה באמצעות עסקו (ע"ע 300021/98 **זאב טריינין עו"ד – מיכה חריש ומפלגת העבודה**, פד"ע לז 433 (2002) ; **אדלר מכפיפות לתכלית**, בעמ' 22).

כמו כן, הפן השלילי אף הוא נבחן על ידי הפסיקה לפי מספר מאפיינים וביניהם: נשיאה בסיכונים, הנאה מייעול, בעלות על ציוד או גורמי ייצור, נשיאה בהוצאות ועוד.

(להרחבה על יישום הפן החיובי והשלילי למבחן ההשתלבות ראו: איל זמיר "עובד או קבלן" **משפטים** כ"ב (תשנ"ג-תשנ"ד) (להלן – **אייל זמיר**); ליישום המאפיינים השונים ראו למשל: דב"ע 5-2/נה **ורדה דעבול ואח' - עיריית ירושלים**, כט(1) 481 (1996); ע"ע 615/05 **ד"ר שמואל פרידלנד- שירותי בריאות כללית** (03.08.2006)).

'מבחני המשנה' המהווים סימני היכר נוספים להיותו של אותו אדם עובד, וינתן להם משקל במקרים שבהם כפות המאזניים אינן נוטות לכיוון זה או אחר, הם: אופיו האישי של העיסוק, הכפיפות, הכוח לשכור עובד ולפטרו, צורתם של ניכוי מס ההכנסה ותשלומים לביטוח לאומי ולמע"מ, ואופן ראיית הצדדים את היחסים ביניהם (ראו בג"צ **מור** הנזכר לעיל; דב"ע 43-3/לב **יגאל הלפרין - הסתדרות מדיצינית "הדסה"**, פד"ע ד(1) 281 (1973); ע"ע 300256/98 **אורי אייזיק - תה"ל תכנון המים לישראל בע"מ**, פד"ע לו(2001) 817 (2002) (להלן – **עניין אייזיק**); לדיון בהשלכות הכינוי שניתן על ידי הצדדים לעניין המעמד – ראו: רות בן ישראל, **דיני עבודה ב'**, עמ' 389-388).

11. נחזור ונזכיר כי לעיתים יצביעו מבחנים אחדים על נתונים המטים את הכף לקבוע כי התקיימו יחסי עבודה בין הצדדים, כשבד בבד, בנתונים אחרים המתייחסים לאותו מקרה, יהיה כדי לבסס קביעה בדבר היות המתקשרים מזמין וקבלן עצמאי. לא פעם יהיה המקרה "מקרה גבולי" באופן שכפות המאזניים בו מעוינות. בכל מקרה, החלטת בית הדין אם ביחסי עבודה מדובר, תתבסס על נסיבות המקרה בכללותן. עמד על כך בית דין זה בציינו כי:

> **"ההבחנה בין עובד לנותן שירותים עצמאי אינה תמיד קלה ולא אחת קו דק מפריד בין השניים. גם במקרה הנוכחי ישנם נתונים היכולים להצביע על סיווגו של המערער כ"עובד" ויש נתונים המצביעים על היותו "נותן**

שירותים" עצמאי. מה שיכריע את הכף במקרה זה ובמקרים אחרים היא התמונה הכוללת כפי שעולה מן הנתונים העובדתיים וכפי שהיא נבחנת על פי מבחן מעורב הכולל את כל המבחנים כולם : פיקוח, השתלבות, שירות אישי, הצגת הדברים על ידי הצדדים עצמם, כפי שבאה לידי ביטוי בהסכמים שנכרתו ביניהם, כיצד ראה העובד את עצמו וכיו"ב".

(ע"ע 414/04 **שלמה בן חיים – כדורי פיתוח עירוני בע"מ** (8.1.2007), וראו גם: ע"ע 3829/09 **חברת החדשות הישראלית בע"מ – שחר צרפתי** (14.2.2016) (להלן **- עניין צרפתי**) ; ע"ע 26932-12-14 **סלקום ישראל בע"מ - ואצ'סלב איליאגוייב** (01.05.2018)).

12. יצוין, כי בהתאם לפסיקה, ככל שבמשך תקופת הקשר התנהלו הצדדים כמי שאין ביניהם יחסי עבודה, הנטל להוכיח כי התקיימו יחסי עבודה בין הצדדים מוטל על הטוען כך (ע"ע 300064/96 **פלאי קרני – האיגוד הארצי למסחר בישראל**, פד"ע לו 241, 245 (2001) (להלן – **עניין קרני**).

13. לסיכומו של חלק זה, נציין כי המבחנים שהתפתחו במהלך השנים לקביעת יחסי עובד ומעסיק על ידי טריבונלים שונים בעולם, משקפים פחות או יותר את אותם הסממנים (Davidov, Guy 'The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection', *The University of Toronto Law Journal*, vol.52/no. 4, (2002) pp. 357-418). ככלל, בתי המשפט ברחבי העולם, נוהגים באופן דומה לבתי הדין לעבודה בישראל, ושואלים בכל מקרה שנדרשת בו הכרעה בעניין קיומם של יחסי עבודה, שתי שאלות עיקריות: ראשית, באיזו מידה העובד נשלט על ידי המעסיק או כפוף לסמכותו. שנית, האם מדובר בעובד עצמאי מבחינה כלכלית שמנהל עסק עצמאי משלו. כלומר, המבחנים לקביעת קיומם של יחסי עבודה הם מבחן השליטה והכפיפות ומבחן התלות הכלכלית. במהלך השנים, ניתן לראות כי במערכות המשפט של המשפט המקובל, רוב תשומת הלב ניתנה למבחן השליטה, בעוד שבמערכות המשפט הקונטיננטלי, הדגש ניתן על מבחן הכפיפות. מבחינה משפטית, מעשית, המבחנים הללו משקפים פחות או יותר את אותה המשמעות.

מבחן השליטה, במקורו, התייחס לשליטה ישירה ושיטתית של המעסיק על פעולותיו של העובד ואופן ביצוע עבודתו. עם השנים, ונוכח ההתפתחויות הרבות בסוגי העסקה, בתי המשפט ברחבי העולם הבינו כי מציאות סוגי ההעסקה החדשים מחייבת הרחבה של המבחן, ובהתאם לכך, הכירו כשליטה גם במקרים של שליטה עקיפה, הסתפקו בבחינת הזכות לשלוט, והתמקדו בבחינה האם העובד מהווה חלק מעסקו הרגיל של המעסיק (להרחבה על מבחן השליטה ראו: Moran, Jenna Amato 'Independent Contractor or Employee? Misclassification of Workers and its Effect on the State', *Buffalo Public Interest Law Journal,* vol. 28/(2009), pp. 105 ראו גם- Stevenson Jordan and Harrison Ltd. v. Macdonald and Evans, [1952] 1 T.L.R. 101 at 111 (C.A)).

התפתחות נוספת במדינת קליפורניה בארה"ב היא מבחן סיווג ABC שבית המשפט אימץ בפסק הדין Dynamex Operations West. Inc v. Superior Court 4 Cal.5th 903 (2018), אשר מטרתו להתגבר על חוסר הוודאות המשפטית שישנה בפסקי דין קודמים ולתת יותר הגנה לזכויות עובדים. המבחן כולל שלושה חלקים:

A. <u>חלק ראשון</u>: מהו היקף השליטה של המעסיק על עבודתו של העובד? יש לבחון את היקף השליטה של המעסיק בעובד בפועל, ולא על פי ההגדרות שנקבעו על ידי הצדדים, וזאת בהתאם ל"מבחני בורלו" אשר נקבעו בעניין S. G. Borello & Sons, Inc. v. Department of Industrial Relations, 48 Cal. 3d 341 (1989).

B. <u>חלק שני</u>: האם עבודתו של העובד היא חלק שגרתי מפעילותו של העסק? האם העובד מבצע מטלות שהיינו מצפים שתבוצענה על ידי עובדי המעסיק? האם פעילותו של העובד היא בליבת הפעילות העסקית? האם המעסיק ניסה להתחמק מהגדרתו של העובד כעובד?

C. <u>חלק השלישי</u>: האם העובד השתלב בעסקי המעסיק, או שמא הוא מנהל עסק עצמאי וחיצוני לעסקי הלקוח? האם העובד בחר במודע, ובצורה ברורה, בניהול עסק עצמאי? מהי מידת ההשקעה של העובד בהקמת העסק – האם הוא קיבל רישיון לשם כך? האם הוא השקיע ברכישת ציוד וחומרים? האם הוא משווק את העסק שלו? האם החברה כפתה על העובד להקים "עסק עצמאי"?

לאחר מתן פסק הדין חוקק חוק AB5, שעיגן את מבחן ABC בחוק. חקיקת החוק הוסיפה את סעיף Cal. Lab. Code § 2750.3(a)(1), לפיו תנאי עבודתו של עובד שכיר ייקבעו על סמך סיווגו כעובד ולא כקבלן עצמאי, אלא אם המעסיק יוכיח כי יש לסווג את העובד כקבלן בהתאם למבחן ABC. החוק נכנס לתוקף ב-1 לינואר 2020. החוק מוחל בצורה רחבה ומעניק הגנה על זכויות עובדים שלא רק מכוח תנאי השכר שנקבעו בIndustrial Wage Commission Orders, אלא גם על תנאי עבודה אחרים שעוגנו ב California Labor Code ו- Unemployment Insurance Code; שם למשל עוגנו זכויות העובד לעניין תאונות עבודה, דמי אבטלה, ביטוח, ותשלום דמי מחלה. החוק קובע תחומי עיסוק מסוימים שאינם נבחנים לפי מבחן ABC אלא בהתאם למבחני הסיווג הקודמים, למשל תחומי עיסוק המוסדרים ברישיון (רפואה, פסיכולוגיה, עריכת דין, דיג מסחרי, ראית חשבון וכו').

מבחן הכפיפות גם הוא עבר התפתחות דומה, ורוב בתי המשפט של המשפט הקונטיננטלי, במהלך השנים, החלו לבחון את מבחן הכפיפות במובנו הרחב. בנוסף, הם פיתחו אינדיקציות שונות המסייעות בבחינת קיומן של שליטה או כפיפות, וביניהן - האם העובד יכול לסרב לביצוע העבודה על ידו? האם הוא יכול לשלוח אדם אחר לבצעה במקומו ועד כמה ארוכה מערכת היחסים בין הצדדים? תשובה על שאלות מעין אלו, מסייעת לבחון עד כמה העובד מהווה חלק מהארגון (ראו: Wolfgang Daubler, Working People in Germany, 21 Comp. Lab. L. & Pol'y J. 77 (1999)).

מאחר שמבחנים אלו לא סיפקו את מרבית בתי המשפט, הם פיתחו מבחן נוסף, מבחן התלות הכלכלית. תכלית מבחן זה היא לבחון האם העובד תלוי כלכלית במעסיקו, ובכלל זה, מי מבין הצדדים נושא בסיכונים לאובדן ובסיכויים לרווח כלכליים (דוגמה של פיתוח מבחן זה, ראו: Market Investigations Ltd. v. Minister of Social Security, [1969] 2 Q.B. 173 at 184-5 (C.A.). בנוסף ראו-

Ready-Mixed Concrete (South East) Ltd. v. Minister of Pensions, [1968] 2 Q.B. 497 (C.A.).

מרבית בתי המשפט בעולם, משתמשים בשילוב של שלושת המבחנים הללו. כך למשל - מבחן התלות הכלכלית המשמש בארה"ב ביחס לחוק עבודה הוגנת (The fair labour standards Act), מחייב בחינה של שש אינדיקציות, והן:

1) האם המעסיק יכול לשלוט על אופן ביצוע העבודה?
2) למי מבין הצדדים נתונה ההזדמנות לרווח ולהפסד?
3) על מי חל מימון הציוד והחומרים?
4) האם השירות שניתן מחייב מיומנות מיוחדת?
5) מה משך הזמן ומידת הקביעות של יחסי העבודה?
6) עד כמה השירות שניתן מהווה חלק מארגון המעסיק?

למעשה, האינדיקציות הללו משלבות את מבחן השליטה והכפיפות יחד עם מבחן התלות הכלכלית.

גם במשפט המקובל, למרות שההתמקדות העיקרית בו היא במבחן השליטה, פותחו מספר אינדיקציות המשקפות בחינה של תלות כלכלית (בעניין זה ראו: Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden, 503 U.S. 318 (1992)).

בקנדה, המבחן הנפוץ ביותר משלב בחינה של שלוש אינדיקציות:

1) שליטה.
2) בעלות על חומרים וכלים.
3) סיכוני הפסד וסיכויי רווח.

כלומר, גם בשילוב זה טמונים מבחן השליטה והכפיפות ומבחן התלות הכלכלית. כמו כן, הדין הקנדי, Canada Labour code R.S.C., ch. L 2 (1985), מכיר בנוסף לקטגורית "עובד" או "קבלן עצמאי", בקטגוריית "הקבלן שאינו עצמאי"/ "הקבלן התלוי". ההבדל המרכזי בין הקבלן העצמאי לבין הקבלן התלוי הוא התלות הכלכלית במעסיק. לקבלן העצמאי היעדר תלות כלכלית במעסיק, בעוד שהקבלן התלוי, דומה במהותו לקבלן העצמאי, אך תלוי כלכלית במעסיקו. נפקות הסיווג "כקבלן תלוי" היא כי בניגוד לקבלן עצמאי, קבלן תלוי זכאי לזכויות

קיבוציות שונות. קטגוריית ביניים זו היא התפתחות פרקטית המרחיבה הענקת זכויות שלפי הסיווג הקלאסי של "קבלן עצמאי" לא היו זכאים להן. Miriam A. Cherry & Antonio Aloisi, Dependent Contractors in the Gig Economy: A Comparative Approach, 66 Am. U. L. Rev. 635 (2017).

בחוק במחוז אונטריו עוגנה הגדרה ספציפית של "קבלן התלוי" Ontario Labour Relations Act 1995 c 1, sch. A, s. 1, וכן נקבע כי קבלן מסוג זה נחשב כעובד שכיר לצורך זכויות עבודה שהוא זכאי לקבלן לפי החוק. הגדרת הקבלן התלוי היא כעובד שמבצע עבודות או נותן שירותים עבור אדם תמורת תשלום או הטבה, כך שתנאי העבודה מייצרים מצב של תלות כלכלית. התנאים האלו לצד מחויבות הקבלן לבצע את העבודה, גורמים לו להידמות יותר לעובד שכיר מאשר לקבלן עצמאי. ההגדרה של קבלן מסוג זה אינה תלויה בשאלה אם הוא מועסק במסגרת חוזה העסקה או לא, או אם הכלים, החומרים והציוד בבעלותו או בבעלות המעסיק.

גם בבריטניה קיימות מספר קטגוריות של סוגי עובדים, כאשר סיווג תחת אחת מהקטגוריות מזכה בזכויות סוציאליות שונות. הקטגוריות בהן מכירים בתי המשפט בבריטניה הן:

1) "Employee"- עובד.
2) "Worker"- 'קטגוריית ביניים' של עובד.
3) "Self-employed" – עובד עצמאי.
4) "Director and Contractor"- קבלן עצמאי.

קיומן של קטגוריות ספציפיות יותר מאפשרות לבתי המשפט מרחב פעילות, והתאמה מדויקת יותר של הזכויות הסוציאליות לכל סוג מועסק. מועסקים אשר אינם נחשבים כעובדים קלאסיים, אך עדיין זקוקים להגנות מסוימות, יוכלו לפי המשפט הבריטי ליהנות מהגנות מסוימות על ידי סיווגם בקטגוריות האחרות. כך למשל, "העובדים המזדמנים" זכאים לזכויות מגן בסיסיות (בעניין זה ראו- Aslam v. Uber (28.10.2016), 2202550/2015 (London Employment Tribunal)) כגון שכר מינימום, ימי חופשה, זמני הפסקה, האיסור להיות

מועסקים ליותר מ-48 שעות בממוצע שבועי ללא הסכמתו של המועסק והאיסור על אפליה אסורה.

הכרה במספר קטגוריות של סוגי עובדים, כפי שקיימת בבריטניה, מתאימה את עצמה להתפתחויות השונות של סוגי העסקה בעידן מודרני, ודרכה, מוחלות יותר זכויות סוציאליות על סוגי מועסקים. עם זאת, המבחן לקביעת עצם קיומם של יחסי עובד ומעסיק בבריטניה, מבחן השליטה, הינו מבחן מצומצם ואף מיושם על ידי בתי המשפט באופן דווקני יחסית. במשך שנים, בתי המשפט בבריטניה הקפידו להיצמד לנוסח חוזה ההעסקה, למרות שברור היה כי מעסיקים יכלו באמצעותו להתחמק מתחולת דיני העבודה. בעשור האחרון, נפסק על ידי בית המשפט העליון בבריטניה (Autoclenz Limited v. Belcher, [2011] UKSC 41, par. 35 (UK Supreme Court)) כי על בתי המשפט לבחון את מהות היחסים בפועל, וכך הוא הפחית את המשקל הניתן לאמור בחוזה ההעסקה (גיא דוידוב, "פרשנות תכליתית בדיני עבודה: מיהו עובד", **ספר סטיב אדלר** (להלן - **דוידוב פרשנות תכליתית**) (2016)).

בישראל אמנם לא הוכרו מבחינה משפטית הקטגוריות השונות של סוגי ההעסקה כפי שהוכרו בבריטניה. אולם "המבחן המעורב" שקיים בישראל, רחב יותר, משמעותית, מהמבחן שקיים בבריטניה ואף מאלו שקיימים ברוב מדינות העולם, כך שלגדריו נכנסים מקרים רבים בהם ניתן להכיר ביחסי עבודה, מה שיתכן ומייתר את הצורך, מבחינה מעשית, בהכרה פורמלית בסיווגים השונים של סוגי העסקה.

14. עמדנו לעיל על כך שנקודת המוצא לאורך השנים הייתה כי היותו של אדם "עובד", הוא דבר הקרוב ל"סטטוס". המשמעות המעשית לכך הייתה, כי ברובם של המקרים אשר הגיעו לדיון בבתי הדין לעבודה העוסקים בשאלת הכרה בקיומם של יחסי עובד ומעסיק בדיעבד, נקבע כי אכן מתקיימים יחסי עבודה בין הצדדים, ועיקר הדיון נסב אודות הזכויות הנובעות מכך.

לפיכך, שאלת לגיטימיות ואותנטיות ההעסקה, תום הלב, ההסכמות בין הצדדים, הרצון להיות עצמאי במהלך תקופת העבודה – כל אלה נתפסו כשיקולים שאינם יכולים להשפיע על עצם הסטטוס ועברו לבחינה "בשלב שני" של הדיון, היינו

בשלב חישוב הזכויות והקיזוז. אולם לדעתי, וכפי שכבר הקדמתי לומר, יש לבחון ולקבוע את ההשלכות שיש לכך כבר "בשלב הראשון".

נפנה איפוא לסקירה אודות אופן חישוב הזכויות הנהוג כיום בהתאם לפסיקה.

15. **<u>ההתחשבנות בדיעבד, קיזוז (והשבה) – "מה כבר עשינו"?</u>**

השאלה כיצד לחשב את זכויותיו של מועסק שהוגדר בדיעבד כ"עובד" מעלה לדיון שאלות משנה אחדות השלובות זו בזו. השאלה הראשונה היא השאלה בדבר שכר הבסיס אשר ישמש לחישוב זכויותיו הסוציאליות של המועסק, כעובד, אם זה שכרו ששולם בפועל כעצמאי, או שכר חליפי של עובד שכיר ככל שהוכח. ככל שהוכח שכר חליפי, מתעוררת שאלה בדבר התחשבנות בדיעבד. משמע, האם התקיימו התנאים להתחשבנות שכזו, ולקיזוז סכומים ככל ששולמו ביתר למשיב כעצמאי, לעומת השכר שהיה משתלם לו, אילו היה מועסק כעובד שכיר.

16. נכון לעת הזו, שתי גישות מרכזיות עולות מפסיקתו של בית דין זה מן השנים האחרונות באשר להתחשבנות עם מועסק, שהוגדר בדיעבד כעובד. גישה אחת באה לידי ביטוי בפסק הדין **בעניין רופא** (ע"ע 110/10 **רפי רופא-מרקם סוכנות לביטוח בע"מ** (22.12.11), להלן – **עניין רופא**) מפי חברתי השופטת סיגל דוידוב-מוטולה. הגישה השנייה מוצאת ביטויה בפסק הדין **ענת עמיר** (ע"ע 3575-10-11 **ענת עמיר – חברת החדשות הישראלית בע"מ** (21.1.15), להלן – **ענת עמיר**) מפי הנשיא (בדימוס) יגאל פליטמן. נעמוד קצרות על עיקרים משתי הגישות.

17. **בפרשת רופא** סקרה השופטת דוידוב-מוטולה את פסיקתו של בית דין זה בסוגיה במהלך השנים, ממנה עולה העמדה המרכזית של בית הדין באותם ימים, כדלקמן:

> **"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"

(שם בפסקה 68, וראו גם חוות דעתה של חברתי השופטת לאה גליקסמן **בענת עמיר**).

על פי גישה זו, 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 (ראו ע"ע 14122-07-10 **מכללת רמת גן – אורי פרייס** (13.12.2012), להלן- **פרשת אורי פרייס**). עמדה על כך בהרחבה חברתי השופטת גליקסמן בחוות דעתה **בענת עמיר** בדברים הבאים:

"הפער האחוזי בשיעור של 50% הוא אחד ממבחני העזר שלפיהם יש לקבוע אם לקזז חלק מהתמורה הקבלנית מהזכויות המגיעות לעובד. כלל זה נקבע על יסוד הערכת שווי הזכויות הסוציאליות המקובלות ותוספת מסוימת בעד הגנה תעסוקתית וארגונית. אולם, כפי שנקבע בעניין רופא, מבחן עזר זה אינו חזות הכול, וקיימת אפשרות לקבוע שמוצדק לבצע "התחשבנות בדיעבד" גם כאשר מבחני העזר אינם מתקיימים, אך כלל הנסיבות מצדיקות לקבוע כי המועסק נהג בחוסר

> **תום לב קיצוני. ואכן, בעניין פרייס, בו הנחה בית דין זה את עצמו בהתאם לכללים שנפסקו בעניין רופא, נפסק כי למרות שהפער בין הסכומים ששולמו למועסק כ"עצמאי" לבין התשלומים שהיה מקבל כ"שכיר" עמד בחלק מהתקופה על 39.2%, נוכח העובדה שהוכח חוסר תום לב קיצוני של המועסק, יש להורות על עריכת התחשבנות בדיעבד ועל קיזוז סכומים ששולמו לו ביתר כ"עצמאי", ביחס לשכרו החלופי. מנגד, כפי שנקבע בעניין רופא, לא די בעצם קיומו של הפער בתמורה על מנת להסיק על חוסר תום לב קיצוני של המועסק, ויש לבחון גם את מבחני העזר הנוספים, ובכלל זה האם המועסק בחר במתכונת התקשרות "קבלנית" בין ביוזמתו ובין לאחר שניתנה לו אפשרות אמיתית לבחור בין העסקה כ"עובד" לבין העסקה כ"עצמאי" בשכר גבוה יותר והוא בחר באחרונה. בכל מקרה, מדובר במבחני עזר בלבד, שנועדו לסייע בקביעה מתי מתקיים חוסר תום לב קיצוני, ואין בהם כדי לפגוע בשיקול דעתו של בית הדין להגיע למסקנה בדבר חוסר תום לב קיצוני בנסיבות אחרות"**
>
> (ראו בחוות הדעת שם, בפסקה 41).

על כלל האמור יש להוסיף את העיקרון כפי שבא לידי ביטוי לאורך השנים בפסיקה, כי גם אם מתקיימים התנאים החריגים לביצוע קיזוז – אין לחייב את העובד להשיב סכומים העולים על אלה שנפסקו לזכותו.

18. **בענת עמיר** פירט הנשיא (בדימוס) פליטמן את גישתו, המכונה על ידו "הגישה החישובית", שעיקריה הם כדלקמן:

> **"הזכות להשבה קמה, כאשר חישוב הזכויות הסוציאליות המגיעות לעובד והנתבעות על ידו, נוכח חלות משפט העבודה המגן על היחס שבין הצדדים, צריך להיעשות על בסיס שכר חודשי מופחת בהשוואה לשכר ששולם עת סברו הצדדים שאין ביניהם יחסי עובד ומעסיק. שיעור ההשבה על פי האמור צריך להיקבע, לא על פי ההפרש בין השכר החודשי שקיבל העובד עת סברו הצדדים שאין ביניהם יחסי עובד ומעסיק בהשוואה למשכורת החודשית שהיה מקבל כעובד, אלא שיעור**

> **ההשבה, במקרה שיש נתונים מוכחים של שכר העובד התובע אילו נחשב לעובד מלכתחילה, תלוי בהפרש שבין עלות השכר המופחת בתוספת כלל הזכויות המגיעות בהשוואה לעלות השכר הכולל שבה נשא המעסיק בפועל עת סברו הצדדים, כי לא מתקיימים ביניהם יחסי עובד ומעסיק. ככל שקיים פער עלויות לטובת העובד - יגיע לו ההפרש שישתלם לו עד סכום זכאותו בתביעתו על פי עילותיה"** (שם, בפסקה 24).

הנשיא פליטמן מדגיש בפסק הדין "**כי לעולם לא יוכל מעסיק בתביעת השבה, לקבל תשלום מהעובד של סכום כלשהו ממלוא התמורה ששילם לו. לפיכך תביעת ההשבה של המעסיק כנגד העובד מצטמצמת בהכרח לסכומים מתוך מלוא התמורה ששולמה על ידו, שניתן ליחסם לכיסוי זכויות משפט העבודה המגן, לאור שינוי היחס שבין הצדדים ליחסי עובד ומעסיק**" (שם, בפסקה 25).

19. אלו הן איפוא שתי הגישות המרכזיות שבאו לידי ביטוי בפסיקתו של בית דין זה בשנים האחרונות - "הגישה ההרתעתית" ו"הגישה החישובית".

עם זאת נציין כי במהלך השנים הובעו גם גישות נוספות בפסיקה: כך, השופט (בדימוס) עמירם רבינוביץ הביע עמדה שלפיה, באותם מקרים בהם ברור כי המועסק הוא בגדר "עובד", ולא ניתנה למועסק זכות בחירה בין להיות מועסק כ"עובד" לבין להיות מועסק כ"עצמאי", יש לשלם את הזכויות הסוציאליות על בסיס התמורה הקבלנית הגבוהה יותר (ע"ע 133/99 **מרג'ה אליאס רפיק – מתכת סדום תעשיות (1989) בע"מ**, פד"ע ל"ח 223 (2003)). עמדה עליה חזר גם בע"ע **גלובוס גרופ בע"מ – יואל מלכא** (7.3.2010) (להלן – עניין **גלובוס גרופ**). לעומת זאת, לגישת השופט (בדימוס) רבינוביץ, ככל שניתנה למועסק, ולו בדיעבד, זכות בחירה בין העסקה כ"עובד שכיר" לבין העסקה כ"עצמאי", והתמורה הקבלנית ששולמה לו הייתה גבוהה במידה ניכרת משכרו כ"עובד", ניתן לקזז את התמורה העודפת ששולמה לו מהזכויות הקוגנטיות המגיעות לו כעובד (ע"ע 31997-09-10 **אמנון רבזין – בנק לאומי לישראל בע"מ** (29.3.2012) (להלן – **עניין רבזין**)).

גישה אחרת באה לידי ביטוי בעיקר בפסיקתו של השופט (בדימוס) שמואל צור, שלפיה מועסק שהוכר בדיעבד כעובד צריך להשיב את תשלומי "היתר" שקיבל כ"עצמאי" (ע"ע 99/6 **מרכז קהילתי אזורי רמת הגולן – חנה יפהר** (24.6.2007)

(להלן – **עניין יפהר**); ע"ע 231/05 **חיים קרן – הדסים חברה לפיתוח חקלאי בע"מ** (26.12.2006); וגם דעת המיעוט של השופט צור בעניין **רופא**; לניתוח הגישות לעניין השבה ראו מרדכי (מוטי) מירוני, "התפתחויות ומגמות במשפט העבודה הקיבוצי והאינדיווידואלי 2010-2011", **דין ודברים ח'** (תשע"ד), (להלן – **מירוני**), בעמ' 169 ואילך; אשר לטעמים העומדים ביסוד הגישה השוללת מעיקרה את עיקרון ההשבה ראו למשל: יובל פרוקצ'יה, "על סיווגי העסקה מוטעים, הרתעה יעילה, ומעמדם הקוגנטי של דיני עבודה", **עיוני משפט מ"ג** (תשע"ט) (להלן – **פרוקצ'יה**), בעמ' 15-16; דוד לופו ומורן סבוראי, "האם אכן חובת השבה? על הדין הראוי בעת הכרה ביחסי עובד מעסיק בדיעבד", **ספר סטיב אדלר**, 543 (להלן – **לופו וסבוראי**)).

(לסקירה מקיפה של הגישות השונות ראו גם: ע"ע 3859-10-15 **יוסף אילן - החברה לאוטומציה במינהל השלטון המקומי בישראל בע"מ** (24.9.19) והאסמכתאות שם; **פרוקצ'יה**, בעמ' 11-6).

20. **<u>סיכומו של חלק זה</u>: פתחנו בחשיבות ובנפקות שיש להכרה ביחסי עובד ומעסיק. המשכנו ופרטנו את המבחנים השונים שהתפתחו בפסיקה לקביעת יחסי עובד ומעסיק, לרבות סקירה תמציתית של המבחנים המקובלים במדינות נוספות. סיכמנו בהצגת הגישות המרכזיות שישנן כיום בפסיקה לאופן שבו יש לחשב את זכויותיו של מי שהוכר בדיעבד כעובד כאשר מבוצעת התחשבנות בדיעבד. עתה ניגש לדיון בשאלה האם המצוי כיום הוא גם הרצוי.**

<u>"לאן פנינו"?</u>

"אין להתעלם מהצורך בבחינה מחודשת של מבחנים משפטיים מסורתיים אלו על מנת להתאימם למציאות. שינויים בחקיקה ובהלכה הפסוקה הם חלק אינטגרלי משיטתנו המשפטית. האחריות להתאמת המשפט למציאות החברתית רובצת הן לפתחו של המחוקק והן לפתחם של בתי המשפט. חוק

הקופא על שמריו מתנתק מהמציאות ומפסיק להוות כלי שרת בידי החברה והמדינה ובחיי המסחר".

(**אדלר מכפיפות לתכלית**, בעמ' 39)

"מגמת בתי הדין הייתה ועודנה, לדאוג לכך שהגדרת גבולות עובד ישתלבו בתמורות שחלו בשוק העבודה ויעודדו צדק חברתי"

(**אדלר מכפיפות לתכלית**, בעמ' 20)

ההצדקות לדיני עבודה

21. על מנת לבחון מהי המגמה הרצויה לעת הזו, יש לעמוד תחילה על העקרונות המנחים וההצדקות לדיני העבודה, ועל בסיסם ניתן יהיה להתחקות אחר הפרשנות שיש לתת לסוגיה בה עלינו להכריע (על כך שפרשנות החקיקה צריכה להיות פרשנות תכליתית, ראו: **דוידוב פרשנות תכליתית**, בעמ' 263).

22. באופן כללי ניתן לשרטט שתי תפיסות עיקריות שמקובלות לעניין תכליתם של דיני העבודה: האחת, היא כי דיני העבודה נועדו למנוע את ניצול העובד בידי המעסיק, שלעיתים מחזיק ביתרונות על פני העובד כגון: כוח, מידע ושליטה. כמו כן, הדינים נועדו להגן על רווחת העובד ולשמור שלא תפחת מסך מינימלי. (**פרוקצ'יה**, בעמ' 4). התפיסה האחרת היא, שמטרת דיני העבודה היא למנוע משא ומתן בזכויות בסיסיות של העובד, שכן מסחורן של הזכויות הללו פוגע במעמדו של העובד ובכבודו. (**פרוקצ'יה**, בעמ' 25 וההפניות שם; וראו גם: חני אופק-גנדלר, "זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב – הרהורים חוקתיים על משפט העבודה", **משפטים ל"ז** (2007) (להלן – **אופק גנדלר**), בעמ' 78-72)).

23. כאמור לעיל כאשר מתחקים אחר התכליות המרכזיות העומדות בבסיס דיני העבודה הגישה המסורתית היא כי דיני העבודה נועדו להתמודד עם אי השוויון בכוח המיקוח שבין הצדדים. כך למשל בעניין עמית (דב"ע (ארצי) 30-4/נה **"עמית" - הסתדרות עובדים מכבי - ההסתדרות הכללית החדשה**, כט(1) 61, 98 (1995) נאמר כי: "**משפט העבודה הינו תחום המשפט הנוגע לזכויות המקנות כוח (power) למעבידים ולעובדים, ואשר קובע זכויות מוקנות על-פיהן תחוקק**

המדינה את חוקיה, תוך עשיית איזון נאות בין כוחו החלש של העובד הבודד לבין כוחו החזק של המעביד" (וראו גם **בג"צ מור** הנ"ל, ובעבודת המחקר של ד"ר טל גולן נכתב כי: **"... המטרה העיקרית של משפט העבודה – לשמש כעוצמה מאזנת ומתקנת למול הפערים המצויים בבסיסם של יחסי עבודה"** (טל גולן, "עובדים חלשים עובדים חזקים – מימדי עוצמה בפסיקת בתי הדין לעבודה בישראל", **עבודת מחקר לתואר ד"ר במשפטים**, אוניברסיטת תל אביב (2010) (להלן – **טל גולן**), בעמ' 13).

24. בהקשר זה הרחיבה הספרות (ראו: **דוידוב פרשנות תכליתית**, עמ' 267 וההפניות שם) כי מטרת דיני העבודה להביא לחלוקה מחדש – של משאבים, כוח וסיכונים לשם השגת צדק חלוקתי.

(להרחבה על אפיונם של יחסי העבודה ככאלו שיש בהם כפיות ותלות של העובד ביחס למעסיק, ראו **דוידוב פרשנות תכליתית**, עמ' 268; ודברי השופט (בדימוס) פליטמן בפסק-הדין **בעניין קרני**, בעמ' 249).

25. התכלית האמורה עד כה מתייחסת לדיני עבודה כפתרון לכך שהיחסים בין עובד למעסיק מאופיינים בפערי כוחות מובנים בכוח המיקוח וכן ביחסי כפיות ותלות. המטרה של דיני העבודה היא איפוא להתמודד עם אי שוויון בכוח, להתמודד עם כשלי השוק וכן עם יחסי הכפיות והתלות בשוק העבודה, וכדברי השופט צבי א' טל **בבג"צ מור** (בעמ' 637):

"כאשר מדברים ביחס עובד-מעביד המדובר בקטיגוריה משפטית, שהחברה מחילה על מערכת עובדתית לשם השגת מטרותיה. על-פי רוב, יחסי הכוחות בין עובדים למעבידים אינם מאוזנים, והצדק החברתי מחייב התערבות להגן על העובד. דיני עבודה נועדו אפוא למנוע ניצולם של עובדים ולהגן על מעמדם, משום שאילו הדבר הושאר ל"כוחות השוק" ולדיני החוזים, מעמדם של העובדים היה עלול להיפגע. המבחנים הבאים להגדיר עובד צריכים לנסות ולקלוע ולתפוס ברשתם אותם סוגי "עובדים" אשר, מפאת תלותם במעביד, החברה מבקשת לפרוס עליהם הגנת דיני העבודה, ולא לתפוס סוגי עובדים שלפי התפיסה החברתית אינם זקוקים להגנה כזו, המהווה נטל על הציבור (ראה א' זמיר, "עובד או קבלן" משפטים כב (תשנ"ג-נ"ד) 113)".

ואלו הם דברי השופט א' גולדברג **בבג"צ מור** (בעמ' 648):

"שינויי העתים מחייבים התאמה של מערכות המשפט בכלל, ודיני העבודה בפרט, למציאות המשתנה. מידת ההרחבה של הגדרת "עובד" הינה פועל יוצא מן המטרה הסוציאלית של הגנה על מי שבשל נחיתותו היחסית ותלותו במעביד טעון הגנה (כדברי חברי, השופט טל). נחיתות יחסית זו של העובד נובעת בעיקרה מכוח המיקוח המוגבל הנתון בידו בקביעת תנאי ההעסקה, ומהצורך שלו ביציבות ובוודאות כלכלית לאורך זמן, המגבילות את יכולת הניידות שלו ממקום עבודה אחד לאחר ויוצרות את תלותו במעסיק".

26. בנוסף לכך ניתן להביט על דיני העבודה כמקדמים שלל תכליות נוספות כדוגמת דמוקרטיה במקום העבודה, שוויון, כבוד האדם, אוטונומיה, יציבות ובטחון, יעילות, הגשמה עצמית וצדק חלוקתי. (ראו:

BOUNDARIES AND FRONTIERS OF LABOUR LAW: GOALS AND MEANS IN THE REGULATION OF WORK (Guy Davidov & Brian Langille eds., 2006); Understanding Labour Law: A Timeless Idea, a Timed-Out Idea, or an Idea Whose Time Has Now Come? IN THE IDEA OF LABOUR LAW, Guy Davidov, Brian Langille, eds., OUP, 2011).

27. עמדנו לעיל על כך שמסחורן של זכויות העובד פוגע במעמדו של העובד ובכבודו. תפיסה זו, רואה את משפט העבודה כנועד להגן על העובד בשני מובנים עיקריים: א. להבטיח את קיומו הכלכלי של העובד על ידי שיוקנה לו כבוד כלכלי. ב. שקיומו הכלכלי יהיה בכבוד אנושי. שני מובנים אלו יוצרים את הכבוד החברתי, וזו משמעות הדברים כשמדברים על משפט מגן (ראו רות בן ישראל, **דיני עבודה א'**, בעמ' 35).

עקרון הקוגנטיות

28. עוד יש לציין כי דיני העבודה הם חריג לדיני החוזים. דיני החוזים, בעיקרו של דבר, מבוססים על חירותו של אדם לנהל את חייו באופן אוטונומי, על שוויון בין הצדדים, על חירותם לשאת ולתת על תוכן החוזה, ועל יכולתם לסיים את החוזה על פי בחירתם. הנחות אלו אינן מתקיימות על פי רוב בדיני העבודה, למעסיק כוח רב משיש לעובד ולכן הצדדים אינם שווים. מתוך מצב דברים זה נגזר עקרון מרכזי בדיני העבודה, עקרון הקוגנטיות. לפי עקרון זה הדין קובע נורמות מינימום בחוזי עבודה שהצדדים אינם יכולים להתנות עליהן, כלומר, לכרות חוזים שאינם מכבדים נורמות אלו (ראו: שרון רבין-מרגליות, "מה נותר ממשפט העבודה המגן?" **ספר מנחם גולדברג** (2001) 461 (להלן – **רבין מרגליות מה נותר**), 467-469. אשר לתוקף ההלכתי שיש לכך לפי המשפט העברי, ראו: **משפטי ארץ**, בעמ' 78 וההפניות שם; הרב ישועה רטבי, "מעמדו ההלכתי של חוק קוֹגֶנְטִי", פורסם באתר 'קרית משה' - http://www.kiryatmoshe.co.il/ (19.08.2018).

לעקרון הקוגנטיות שני טעמים - הראשון הוא כי המשפט מסרב להאמין שעובדים יסכימו, מרצונם החופשי, לעבודה בתנאים החורגים מחוקי המגן. ההנחה היא שאם נתנו את הסכמתם, אין זאת אלא כי פעלו מתוך לחץ ולא מתוך בחירה חופשית. הטעם השני הוא צידוק תוצאתי - גם אם עובד הסכים להתניה על חוקי המגן, המשפט אינו מוכן להכיר בכך כנורמה, מחשש ליצירת לחץ על עובדים נוספים להסכים לוויתור כזה, בניגוד לרצונם, כדי לשמור על מקום עבודתם.

29. בפסק הדין בעניין צ'יבוטרו (דב"ע לג/3-12 **איליה צ'יבוטרו- אטלקה אברהם**, פד"ע ד' 173, 177) קבע בית הדין כי עובד אינו יכול לוותר על זכויותיו המוגנות המובטחות מכוח דיני העבודה, וכי אלו זכויות כופות, כלומר לא ניתן לוותר עליהן, לא מראש ולא בדיעבד:

"זכות שהוקנתה לעובד מכוח חוק הבא להגן עליו אינה ניתנת לוויתור, לא ויתור מפורש ובוודאי לא ויתור מכללא. התפישה, כי אף בדיני עבודה יש להעמיד בראש סולם הערכים את קדושת רצון ההתקשרות של הצדדים, אינה מקובלת עוד. בעידן קודם ראו אמנם בחוזה העבודה ביטוי לרצונם ה"חופשי" של המעביד והעובד, חרף העדר שיוויון כלכלי, חברתי או מעמדי שבין הצדדים. אולם ככל שהתרחבה רשת משפט העבודה, המסדיר, חדלו יחסי עבודה ותנאי עבודה להיות תלויים בחללו של "רצון הצדדים", ונהיו יותר ויותר שזורים ונתמכים

ברקמת הוראות חוק והסכמים שתרמו לתקנת הציבור, שכן הוראות אלה היו גם לתועלת המעבידים, שראו בביצוען ערובה להתחרות הוגנת בינם לבין עצמם, ומשק המדינה אף הוא יצא נשכר מקיום תנאי עבודה משופרים ומתוקנים יותר. ויש לזכור עוד שהוראות חוק אלה, המקנות זכויות לעבוד, נתונות להשגחתו של מנגנון הפיקוח הממשלתי, והמפר אותן עשוי לתת על כך את הדין במשפט פלילי. מכאן שוויתור עובד על זכות מעין זו מהווה פגיעה בסדר הציבורי, ואין לו תוקף מחייב. וכשם שידו לא היתה ביצירת הזכות, בקיומה, בשמירה עליה, כן לא יוכל העובד למחוק אותה במחי יד. ודין אחד לוויתור שנעשה מראש, בשעת קיום יחסי עבודה, או לאחר שנותקו."

(וראו גם: דב"ע לח/3-59 **עזריאל סילשי – ארכיטקט אהרון דורון ושות'**, פד"ע י', 32 (להלן - **עניין סילשי**); דב"ע לב/3-30 **פרידמן - תלפרי בע"מ**, פד"ע ד' 237; דב"ע לה/2-12 **עזבון המנוח שמואל נתן כהן ז"ל - אטי רוזנהויסר**, פד"ע ו' 299; דב"ע לא/3-22 **ליפוט - קסטנר**, פד"ע ג' 215, 217; דב"ע מז/3-140 **כיתן בע"מ - חיות**, פד"ע יט' 489; דב"ע נו/3-29 **תנובה - לוסקי**, פד"ע לג, 241; ע"ע 49974-09-12 **חברת מעונות הורים חל"צ - איזבלה פלקוביץ** (19.07.2017)).

עם זאת, יש להדגיש כי בית המשפט העליון התיר ויתור בדיעבד כאשר מדובר בפשרה כספית המתבצעת לאחר שהעובד כבר ביצע את העבודה, ופשרה כזאת מותרת (בג"ץ 760/79 **ד"ר לילי דיין נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד לד(3), 820, להלן – **בג"צ לילי דיין**).

(וראו גם: אלישבע ברק-אוסוסקין, "הלעולם קוגנטי? דרכו של בית הדין בנתיבי ההגמשה לאור עקרון תום הלב", **ספר אליקה ברק-אוסוסקין** (להלן - **ברק הלעולם קוגנטי**), בעמ' 92 ואילך - אודות מצבים שונים המצדיקים סטייה מכללים קוגנטיים).

30. הנימוקים המרכזיים שלא לאפשר ויתור על זכויות המובטחות בחקיקת דיני העבודה הם אלו: הראשון הוא כי ויתור שכזה **סותר את תכלית משפט העבודה**.

התפיסה היא כי משפט העבודה הוא משפט מגן, והכרה בוויתור כמוה כאיון משפט העבודה (ראו רות בן ישראל, **דיני עבודה ב'**, עמ' 385). האופי הכופה של דיני העבודה הוא לנוכח כך שחברה דמוקרטית רואה בזכויות חוקי המגן ערכי יסוד שיש להגן עליהם בשל הצורך להגן על ערכים הומניטריים, ובשל הצורך להגן על העובד, שכן ההנחה הבסיסית היא שהוא מצוי בעמדת מיקוח נחותה אל מול המעסיק (ראו גם דב"ע 3-145/נה **מדינת ישראל, משרד השיכון - יעקב בוכריס**, לו(2001) 1 (1997), להלן – **פסק דין בוכריס**). נימוק נוסף הוא שהכרה בוויתור **נוגדת את תקנת הציבור**. ושתי סיבות בדבר: האחת - מאחר שמשפט העבודה המגן יש בו ערובה למעסיקים המעניקים לעובדיהם את הזכויות לקיומה של תחרות הוגנת, אפשרות של ויתור על הזכויות תגרום למעסיקים ללחוץ על עובדיהם לוותר על הזכויות וכך התחרות תהיה לא הוגנת. התחרות במצב כזה תהיה על חשבון זכויות העובדים ובכך תפגע תקנת הציבור (ראו המצוטט לעיל ב**עניין צ'יבוטרו**). הסיבה השנייה היא - כי ויתור על הזכויות מהווה ראיה לחוסר תום לב מצדו של המעסיק בעת ניהול המשא ומתן – ויתור שלידתו בחטא, ומאחר שהוא פרי העדר תום לב של המעסיק – הוא נוגד את תקנת הציבור (**פסק דין בוכריס** לעיל). נימוק שלישי הוא שיש בוויתור על זכויות המגן **פגיעה בסדר הציבורי**, שהרי המחוקק קבע שפגיעה בזכויות המובטחות עלולה להוות עבירה פלילית. ונימוק רביעי הוא שיש בוויתור שכזה משום **פגיעה באינטרס הציבורי**, שהרי האינטרס הציבורי שהבטחת הזכויות לא תישאר עלי ספר בלבד, אלא העובדים אכן ייהנו מהזכויות בפועל. יפים לעניין זה דברי השופט (כתוארו אז) ברק **בבג"צ לילי דיין**:

"... אופי ציבורי-קוגנטי זה של ההוראות המגינות - אשר לעתים אף מתלווה סנקציה פלילית על הפרתן - מביא לידי כך שאין הן יכולות לשמש נושא להסכם בין הצדדים. הצדדים לא יצרו את הזכות, והצדדים אינם יכולים להסכים עליה ולשנותה. הזכות היא פרי החוק, הנותן ביטוי למדיניות סוציאלית שביישומה עניין לציבור כולו (לב/3-32 מרלן פרוימוביץ נ' ישראל בר-אדון, דן בר-אדון, פד"ע ד 39). "שאם לא כן מה הועילו חכמים בתקנתם כשבאו לשמור על עובד

מפני ניצול" (דברי השופט ויתקון בע"א 309/63 החברה להנדסה חקלאית לישראל בע"מ נ' בנימין גאג'י, פ"ד יח 290, 295)."

(שם, בסעיף 3, וראו גם **עניין סילשי**, סעיף 35).

31. **<u>סיכום ביניים:</u>** משפט העבודה, צמח על רקע של תקופת הליברליות שדגלה "בשוק חופשי", בחופש החוזים, אלא שבשוק העבודה המסורתי ישנם כשלי שוק, כפי שפרטנו לעיל, אשר נובעים מכך שהעובדים חלשים יותר ויכולתם לשקול את 'מאזן טובתם' מוגבל. כשלי השוק הללו מונעים מצב שבו עובדים יועסקו בתנאים הוגנים. נוסף על כך, ישנה ייחודיות של חוזה העבודה - חוזה העבודה בצד הגלוי שלו הוא חוזה כלכלי של החלפת תמורות. המעסיק נותן "כסף" והעובד נותן את כח עבודתו. אלא ש'כח העבודה' אינו מצרך רגיל, בכח העבודה גלומה גם אישיותו של העובד, ה'אני' שלו. העבודה היא חלק מהגדרתו העצמית של האדם, מכבודו. לכן לא ניתן להתייחס ל'כח העבודה' במנותק מההיבט המוסרי שלו. כל זה הוביל לקביעה ש"העבודה אינה מצרך". <u>**"השיקול התועלתני"**</u>, היינו התגברות על כשלי השוק בצירוף <u>**"השיקול המוסרי"**</u>, היינו ייחודיות נשוא העסקה - מצדיקים <u>יצירת הגנה על העובד</u>. ההגנה ניתנת להשגה על ידי הפקעת כוחו של היחיד לחרוג מהמסגרת. ההפקעה נעשית בדרך של יצירת הקוגנטיות – הן לעניין חוסר היכולת להתנות על המעמד והן לחוסר היכולת להתנות על תנאי הרצפה. מכאן נובע הצורך של מדיניות משפטית הנותנת תמריץ שלילי מפני 'עקיפת ההסדרים' בדרך של הצגת מערכת היחסים באופן שהוא שונה מהמצב הנכון, וזאת על מנת למנוע ניצול של העובד, שבא לידי ביטוי בהדרתו מזכויות כלכליות שונות ומחקיקת המגן.

32. במאמר מוסגר יש לחזור ולהזכיר כי דיוננו כאן עוסק בשאלת ההכרה ביחסי עובד ומעסיק לעניין זכויות מכוח דיני העבודה, ואולם השאלה מיהו עובד יכולה להישאל בהקשרים שונים, כאשר התשובה הניתנת לה לא תהיה זהה לגבי כל אחד מהתחומים שבגינם היא מועלית. וזאת מאחר שהסיווג נגזר מהתכלית שלשמה הוא נעשה, וכדברי השופט ברק בעניין ירוחם (ע"א 502/78 **מדינת ישראל נ' ירוחם ניסים**, פ"ד לה(4) 748, 758):

"המונחים "מעביד" ו"עובד" מופיעים בשורה ארוכה של חוקים. נקודת המוצא העקרונית, אשר חייבת להנחות אותנו, היא, כי לביטויים אלה אין משמעות אוניברסאלית, אלא המשמעות, שנודעת להם, קשורה קשר הדוק להקשר, בו מופיעים ביטויים אלה. לשון אחר: אין הגדרה אחת ויחידה אשר משמשת אמת מידה לקביעת יחסי מעביד-עובד, אלא קיימות הגדרות רבות ומגוונות, הכול בהתאם להקשר הדברים, בו מתעוררת השאלה. על-כן תהא זו תופעה טבעית, כי פלוני ייחשב כעובד לצורך חוק אחד, אך לא ייחשב כעובד לצורך חוק אחר. פקודת הנזיקין [נוסח חדש] מגדירה "מעביד" ו"עובד" על-פי מבחן השליטה הגמורה (ראה: ע"א 426/63 [8], בעמ' 302). אין הפקודה נזקקת לא למבחן ההשתלבות, לא למבחן הארגון ולא למבחן אחר כלשהו, אלא עד כמה שניתן לראות בהם חלק מעקרון השליטה הגמורה (ראה: ע"א 582/71, 599(בר"ע 191/71, 192) [9], בעמ' 654). על-כן, יש שאדם הוא עובד לעניין פקודת הנזיקין [נוסח חדש], בלי שנראה בו עובד לצרכים אחרים, בהם מופעלים מבחנים אחרים. בדומה, אדם עשוי להיחשב כעובד לצרכים אחרים, בלי להיות עובד לעניין האחריות השילוחית בנזיקין."

(וראו גם: דנג"ץ 4601/95 **סרוסי נ' בית-הדין הארצי לעבודה ואח'**, פ"ד נב(4) 817 (להלן – **עניין סרוסי**); מנחם גולדברג, "מיהו עובד ומיהו מעבידו- עידן אי הוודאות", **קרית המשפט א'**, 259; **דוידוב פרשנות תכליתית**, עמ' 263-264 וההפניות לפסקי הדין שם; **יניסקי רביד**, בעמ' 396-394).

33. **<u>סיכום חלק זה:</u> כדי להתחקות באופן מתאים אחר המענה ההולם לעת הזו בסוגיה שלפנינו, פתחנו בסקירת התכליות המקובלות לדיני העבודה. בכלל זאת עמדנו על העיקרון היסודי של אי השוויון בכוח המיקוח שעל אדניו כוננו דיני העבודה, ועל תכליות נוספות העומדות ביסוד דיני העבודה. לאחר מכן עמדנו על עקרון מרכזי נוסף בתחום דיני העבודה והוא עקרון הקוגנטיות.**

<u>הלעולם קוגנטי?</u>

34. עמדנו עד כה על החשיבות שישנה לכך שהזכויות מכוח משפט העבודה המגן הן זכויות קוגנטיות שאינן ניתנות לוויתור. האם תפיסה זו חקוקה בסלע ולא ניתן לסטות ממנה, או שמא יש להתחקות אחר התכליות העומדות ביסודה ובהתאם ליתן פרשנות שתשקף באופן ראוי וסביר את שינויי העיתים והתמורות החלות בשוק העבודה, ותאפשר בנסיבות מסוימת סטייה מן הקוגנטיות (על כך שהתכלית עשויה להשתנות מעת לעת, ועל כך שפרשנות תכלית מחייבת בדיקה אחת לכמה שנים של התאמת המבחנים שפותחו בפסיקה לתכליות העדכניות – ראו: **דוידוב פרשנות תכליתית**, עמ' 267-266). ובאופן ספציפי יותר – האם בשלה העת לקבוע מבחנים כך שלעיתים תהיה סטייה מעקרון העל שבו העובד הוא דבר הקרוב לסטטוס ואין לסטות מכך, או שמא ואולי ישנם מצבים שבהם נכיר בכך שאין מדובר בעובד חרף מעמדו כמעט ללא עוררין של עיקרון הסטטוס. עוד יש לתת את הדעת לשאלה האם אין מקום להפחית במעט את עוצמת הפטרנליסטיות על מערכת יחסי העבודה ובכלל זאת לתת משקל, ולו הקטן ביותר, לרצונו של המועסק במהלך תקופת היחסים בינו לבין המעסיק (כך לדוגמה ראו להלן דיוננו בעניין ע"ע 34665-10-17 **זאב לוי – זרעים גדרה בע"מ**).
עת באים אנו להכריע בכך יש לתת את הדעת על התמורות שחלות בשנים האחרונות בשוק עבודה, שהן העומדות ביסוד הצורך להתאים את מבחני ההכרה ביחסי העבודה לעת הזו.

<u>שוק העבודה בעידן הנוכחי - "מה נשתנה"?</u>

35. בבואנו לבחון את הסוגיה שלפנינו אין מקום לעצימת עין מכך שאנו נמצאים בתקופה בה מתרחשים תמורות ושינויים שמשפיעים על שוק העבודה. ניתן להצביע על שלושה מנועי שינוי עיקריים: חידושים בתחום הטכנולוגיה והמדע, שינויים דמוגרפיים ושינויים חברתיים. כך, לדוגמה, בדו"ח שפורסם ביוני 2017 על ידי המכון הישראלי לדמוקרטיה בנושא היערכות לשוק העבודה העתידי (דוח "שוק העבודה העתידי – האם יהיה בו מקום לכולנו?", כנס אלי הורביץ לכלכלה וחברה 2017, באתר: המכון הישראלי לדמוקרטיה, להלן – **דוח שוק העבודה**

העתידי) נכתב כי: "**מומחים בתחום חוזים שינויים מרחיקי לכת במבנה ובמאפייני שוק העבודה בעשור הקרוב, שינויים אשר לניצניהם אנו עדים כבר היום. תמורות אלה מקורן בין היתר בהתפתחויות טכנולוגיות, שינויים דמוגרפיים, העמקת תהליך הגלובליזציה, ושינויים תפיסתיים לגבי עולם העבודה. היערכות לקויה לתמורות הצפויות עשויה ליצור קשיים משמעותיים, ביניהם מחסור חמור בכ"א מקצועי, אבטלה גבוהה בקרב אוכלוסיות מסוימות ומערכת יחסי עבודה מעוררת. אולם, היערכות מושכלת לאתגרי שוק העבודה העתידי יכולה לצמצם באופן מהותי את הסכנות הללו, לתרום להרחבת אפשרויות התעסוקה, לאפשר גמישות תעסוקתית רבה יותר לעובד ולמעסיק, ולשפר את כושר התחרות של המשק הישראלי.**"

(וראו גם: יוסי רחמים, "שוק העבודה המודרני בעידן הגלובליזציה והשפעתו על משפט העבודה", **המשפט** כד, תשע"ח (להלן – **יוסי רחמים**); Global Challenge Insight Report "The Future of Jobs Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution" ,January 2016 "Future Work Skills 2020", Institute for the Future for the University of Phoenix Research Institute באתר: http://www.iftf.org).

אשר לחידושים בתחום הטכנולוגיה - בשנים האחרונות מזהים מומחים בתחום התעסוקה כי התפתחויות טכנולוגיות מהירות עתידות להשפיע על מבנה שוק העבודה, וכי חלקן משפיעות עליו כבר כעת. ניתן כבר היום לראות שהטכנולוגיה היא חלק משמעותי בענפי תעסוקה רבים, וכי השימוש בטכנולוגיה דיגיטלית הוא חלק אינטגרלי בתעסוקתם של מרבית העובדים. לא יהיה זה מופרך לומר כי אנו הולכים לקראת עידן חדש של יחסי עבודה, לאור ההתפתחויות הטכנולוגיות, וכניסת האוטומציה והדיגיטציה לשוק העבודה. (ראו גם: **דוח שוק העבודה העתידי**, בעמ' 23; נירית תושב אייכנר, "שינוי חוקי המשחק בעולם העבודה - סקירת ספרות", מינהל מחקר וכלכלה - משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, 2009 (להלן - **תושב אייכנר**); טל סופר ויואל רבן, "מגמות חברתיות וטכנולוגיות והשלכותיהן על: עתיד שוק העבודה והמיומנויות הנדרשות", פרויקט ישראל 2048: צוות חדשנות, מדע וטכנולוגיה (אפריל 2018) (להלן – **סופר ורבן**), בעמ' 6-

19; סמדר סומך, תאלד קאדרי, "עתיד עולם העבודה סקירת מגמות מרכזיות", מאיירס ג'וינט ברוקדייל (אוגוסט 2017), עמ' 111-123 (להלן – **סומך וקאדרי**)).

כמו כן, להתפתחויות טכנולוגיות, ובמיוחד לאפשרויות שהאינטרנט פותח לעבודה מרחוק ולעבודה שיתופית בין צוותים מבוזרים ישנה השפעה משמעותית של שימוש בתצורות העסקה לא־שגרתיות. אפשרויות אלה תורמות להתרחבות תופעות כגון מיקור חוץ ועבודת פרילנס, שימוש בהסדרי עבודה בקבלנות ומעבר להעסקה שעתית ולחוזים קצובים בזמן (**דוח שוק העבודה העתידי**, בעמ' 31; **סופר ורבן** בעמ' 19-21). משכך, התאמה לאתגרים אלו של שוק העבודה מחייבת חשיבה חדשה לגבי האופן בו יש להגדיר ולהסדיר את טיב יחסי העבודה הללו ולבחון את ההיבטים השונים של צורות ההעסקה החדשות.

נדגיש, כי במסגרת פסק דין זה איננו מביעים כל עמדה לעניין צורות העסקה אלו. (לעניין יחסי גומלין בין טכנולוגיה, משפט ונורמות חברתיות, ראו למשל: אורן ברכה, "הייל ופוקו במרחב הדיגיטלי: כוח, טכנולוגיה ומשפט בחברת המידע", **משפט, חברה ותרבות**, תשע"א, 117 (להלן – **אורן ברכה**); יובל דרור, "הבניה חברתית של טכנולוגיה: על הדרך שבה ערכים, חוק ואכיפה מוטמעים בטכנולוגיה", **רשת משפטית: משפט וטכנולוגית מידע**, אוניברסיטת תל אביב (2011), עמ' 79-116).

שינויים דמוגרפיים וחברתיים בהרכב האוכלוסייה כוללים הזדקנות האוכלוסייה, כניסת מהגרים ואוכלוסיות חדשות לשוק העבודה, אשר עתידים אף הם להשפיע על שוק העבודה (**סופר ורבן**, בעמ' 5-6 ; **סומך וקאדרי** בעמ' 113-115).

מקצועות מוכרים וותיקים הולכים ונעלמים ולעומתם עולים ובאים מקצועות חדשים (**יוסי רחמים**, בעמ' 4; **סופר ורבן**, עמ' 20-22 ; **סומך וקאדרי** בעמ' 115-117);

עובדים נדרשים למיומנויות חדשות (**סופר ורבן**, עמ' 25-27 ; **דוח שוק העבודה העתידי**, בעמ' 26-27);

וחל טשטוש בין שעות העבודה לשעות הפנאי (ראו: חני אופק־גנדלר, "ענוחה - בין עבודה למנוחה בעידן הדיגיטלי", **עיוני משפט** מ', 2017; יותם מרגלית, איילת הלל, ליאור גרו, רחל זקן, "חוק שעות עבודה ומנוחה ומנגנונים לגמישות בשוק

העבודה", **טיוטה לדיון לקראת כנס אלי הורביץ 2018**, המכון הישראלי לדמוקרטיה (יוני 2018); מתן סטמרי, "העובד אינו זמין כעת – על זכותם של עובדים להתנתק מהעבודה", **משפט ועסקים**, מהדורה מקוונת, פורסם ב22 בפברואר 2018 ; טל גולן, "העין הבוחנת והצופה: הסדרה ומשטור של התנהגות עובדים במקום העבודה", **משפט חברה ותרבות** (2016), בעמ' 522-519).

עמדנו על כל זאת ולא בכדי.

השלכת לגיטימיות ואותנטיות של תבנית העסקה, שאלת תום לב והסכמת הצדדים על הכרה ביחסי העבודה – עקרונות מנחים

36. בתי הדין לעבודה מחוברים כל העת לאשר מתרחש בשטח, ומעולם לא חששו מהמציאות המשתנה. משפט העבודה אינו קופא על שמריו.
בעולם העבודה המשתנה, נדרשים אנו למצוא את הדרכים לאפשר לאלו המועסקים בהעסקה עצמית או בצורות העסקה שונות להיות חלק מרשת הביטחון הסוציאלי, מחד גיסא. ומאידך גיסא, ישנה מודעות לכך ששינוי העיתים אכן מחייב בחינה מחודשת של הלכות, כדי להתאים את המשפט למציאות המתחדשת. זאת, לצד ההקפדה על הוודאות והיציבות המשפטית. פיתוחו של משפט העבודה בישראל, נעשה תמיד לצד שאיפה ליצירת כללים המתאימים למציאות החברתית והמציאות במשק ובשוק העבודה.
(ראו: **ברק הלעולם קוגנטי**, בעמ' 61-59).

(על החשיבות שישנה באי הקביעות (indeterminacy) המשפטית, ראו **אורן ברכה** לעיל, עמ' 136-135, לפיו הנחת היסוד בהקשר זה היא כי מערכת כללים משפטיים נמצאת תמיד במצב של אי קביעות יחסית. הכוונה אינה רק לכך שכללים ניתנים לשינוי בידי המוסד המוסמך לכך, אלא כי בכל זמן נתון משמעותם של חלק מהותי מהכללים ואופן יישומם נמצאים במחלוקת ונתונים לפרשנות ולפיתוח; וראו **שם**, בעמ' 137, גם על החשיבות שישנה לעיצוב התנהגות על ידי המשפט).

37. דברי הנשיא (בדימוס) אדלר יפים הם לענייננו:

"תכליתו של משפט העבודה כמגן על העובדים זוכה למשנה חשיבות בעידן זה בו המשק המערבי המודרני מצוי בתהליכי מעבר מתקופת המהפכה התעשייתית אל עידן המידע. בעידן חדש זה, חשיבותה של העבודה עולה וכוללת את כלל מספקיה. כידוע, המשק מורכב מהון, ממצרכים ומעבודה (כאשר בגדר "עבודה" נכללת הן עבודה של עובדים ומנהלים והן מתן שירותים על ידי עצמאיים). בתקופת המהפכה התעשייתית חשיבותו של ההון הייתה מכרעת, מאחר והקמת מפעל תעשייתי הייתה כרוכה בהשקעה הונית גבוהה. בנוסף, במפעל תעשייתי חשיבותו של העובד הייתה פחותה, שכן רוב העובדים היו בלתי מקצועיים וניתן היה להחליפם בקלות יחסית. לעומת זאת בעידן המידע חשיבותו של העובד – כגורם עבודה מרכזי יותר מאשר חשיבות ההון. <u>התפתחות רבת משמעות זו של שוק העבודה איננה מאפשרת המשך פעולה תחת אותם כללים ומבחנים משפטיים ששירותו את בתי הדין בעבר ומחייבת התאמה של הכלים המשפטיים העומדים לרשותם של בתי הדין לעידן חדש זה</u>".

(**אדלר מכפיפות לתכלית**, בעמ' 40; ההדגשה הוספה - ו.ו.ל)

38. בעידן הנוכחי אנו עדים לתופעה רבתי של מעבר ממודל ההעסקה המסורתי של עובד שכיר אל מודלים של התקשרות מסחרית לקבלת שירותים – באמצעות קבלן עצמאי או באמצעות משתתף חופשי. את הסיבות לכך ניתן למצוא במציאות הגלובלית המחייבת את בתי העסק לגלות גמישות עסקית ולפיכך מחייבת גם פיתוח של צורות העסקה מגוונות יותר; וכן במהפכה הטכנולוגית המאפשרת מצד אחד לעובד לבצע את העבודה מרחוק ואף מביתו, ומצד שני נותנת בידי המעסיק כלים של שליטה מרחוק באמצעות טלפוניים ניידים, האינטרנט, תוכנות מעקב ופיקוח אלקטרוניות, וכיוצא באלה (ראו: **יוסי רחמים**, בעמ' 39).

39. הגמישות הנדרשת על ידי שני הצדדים, הן העובד והן המעסיק, להגדרת היחסים ביניהם בעידן זה, מזקיקה לאפשר, במקרים המתאימים לכך, חופש חוזי נרחב יותר באשר להגדרת מתכונת העסקה על ידי הצדדים. כמו כן, ובנוסף למתן מרחב חוזי גדול יותר בהגדרת היחסים.

40. לכך יש להוסיף, את הנגישות למידע ולזכויות שקיימת היום לעובדים, מה שמשפר לאין ערוך, במקרים מסוימים, את הידע לגבי צורות העסקה אפשריות, את השיקולים שיש ליתן על המאזניים, ובעיקר את כוחות השוק הרלוונטיים בתחום העסקה הספציפי כדוגמת היצע וביקוש, דרישות שכר לגיטימיות לסוג ההעסקה הספציפי וכדו' (ראו: חיים ברנזון, "רדיקליזם שיפוטי ומגמות חדשות בבית הדין הארצי לעבודה", **ספר מנחם גולדברג** (להלן – **חיים ברנזון**) בעמ' 181-179, לפיו אין מקום לפטרנליזם שיפוטי חלוט במשפט העבודה, במקרים שלעובד אין נחיתות).

41. זאת ועוד, ישנם מקצועות כיום שהידע שמביא איתו העובד בדיני העבודה עולה לאין ערוך על זה של המעסיק. כך לדוגמה, בנסיבות מסוימות, ומבלי לקבוע מסמרות בדבר, יתכן מקרה של חשב שכר המתקשר בחוזה העסקה למתן שירותים בתחום השכר עם זכיין של חנות מזון קטנה. באופן רחב יותר ניתן להביט על הידע שיש לעובד אל מול המעסיק כמקרה פרטי של "כושר המיקוח" של הצדדים. כך שייתכנו מצבים שבהם לעובדים מסוימים יהיה יתרון אל מול המעסיק הגם שאינו בהכרח "בלתי מתוחכם", בשל התלות שקיימת למעסיק בעובד זה. כך למשל: הממציא או מנהל המחקר והפיתוח בחברות הייטק וחברות עתירות טכנולוגיה שהתלות בו לעיתים קריטית, היועץ המשפטי, מנהל הכספים ומנהל משאבי אנוש בכל תאגיד וכיו"ב.

42. יש לזכור כי ההגנות של משפט העבודה, שנקבע כי הן גוברות על חופש החוזים נעשו בשל "הצדק החוזי" – קרי, הצורך להגן על החלש, וכפי שכתב הנשיא מנחם גולדברג (מנחם גולדברג, "חופש החוזים והגבלתו בהסכם עבודה קיבוצי ובחוזה עבודה אישי", **המשפט**, כרך ב', עמ' 177 (ינואר 1994) (להלן - **גולדברג**): "**גישתו של המחוקק, המגבילה את החופש החוזי, מקובלת על המערכת המשפטית: והיא עולה בקנה אחד עם תפיסתנו החברתית של הגנה על החלש ועם תחושת הצדק והיושר, כגון באותם מקרים שאחד מהצדדים לחוזה נחות בכישוריו השכליים או במעמדו הכלכלי במידה כזו שקיים חשש שהוא יהיה צפוי לניצול, והמחוקק בא למסקנה, שמן הראוי ומן הצדק לפרוש את כנפי החוק עליו ולקבוע בחוק דרישות והנחות, שיש בהן כדי לתקן פגם ונחיתות אלה**" (שם, בעמ' 181).

הנה כי כן, כאשר אין מדובר בעובד חלש, גם הצורך במתן מעטפת של הגנות – פוחת (וראו גם ע"א 6601/96 **AES סיסטם נ' משה סער**, פ"ד נה (3) 850, 864, ממנו עולה כי העיקרון של חולשת העובד הוא עקרון דינמי ומשתנה וניתן לסתירה מעת לעת ומעניין לעניין).

43. הדים לגישה זו כבר הופיעו למעשה בפסיקה קודמת של בית דין זה **בעניין רבזין**, בחוות דעתו של השופט (בדימוס) צור (פסקאות 16-15), ובזו הלשון:

"... גישתו של בית הדין האזורי נראית לנו נכונה. מעמדו של אדם כ"עובד" הוכר בפסיקה כ"סטאטוס" שלא ניתן להתנות עליו. לאור זאת, נפסק שמעמדו של אדם כ"עובד" לא ייקבע על פי ההגדרה או השם שהצדדים מעניקים למתכונת ההעסקה אלא על פי מבחנים אובייקטיביים אשר פותחו בפסיקה והגיעו לרמת שכלול ופירוט מירביים. כל זה נעשה על מנת לפרוש לעובד רשת של הגנה מפני "עוצמתו" של המעסיק אל מול "חולשת" העובד. כל זה נעשה על מנת למנוע מן המעסיק לנצל את כוחו ולהכתיב לעובד מעמד ותנאים שאינם מתאימים למעמדו האמיתי או שהם מקפחים או שאינם הוגנים בנסיבות העניין.
רשת הגנה זו אינה מוחלטת ואינה חלה באופן אוטומטי בכל מצב. בהחלט ייתכנו מצבים חריגים וקיצוניים בהם אין למעסיק יתרון של כוח על פני העובד, הוא מתנהג בהגינות ובסדירות ודווקא העובד אינו פועל כך. בנסיבות שכאלה - ועל רקע של תשתית עובדתית מבוררת ומספקת - ייתכנו מצבים גבוליים בהם ניתן בהחלט לראות את העובד, התובע לראות בו כעובד שכיר בכל תנאי, כמי שפועל בחוסר סבירות ובחוסר תום לב. במצב גבולי שכזה יכול בית הדין להגיע למסקנה שגישת העובד עברה את גבולות ההגנה על הסטאטוס וכי בנסיבות העניין, אין זה ראוי להכיר במעמדו כעובד, אף אם התקיימו בעניינו מאפיינים כאלה ואחרים של היותו עובד. יש מקום להדגיש שפסיקה שכזו תהא חריגה ולא כעניין שבשגרה ותחול רק במקרים המיוחדים המתאימים לכך, על בסיס תשתית עובדתית מספקת, ותוך איזון נבון בין עניינו של העובד והמעסיק."

ובענייין גוטמן (ע"ע 55425-09-11 **מיכאל גוטמן – שיכון ובינוי אחזקות בע"מ** (5.9.17)) נאמר כזאת:

"ההלכה המכירה בקבלן עצמאי כ"עובד" נועדה במקורה להגן על עובד מפני ניצול על ידי מעסיק ולשמור שזכויותיהם של עובדים מוחלשים לא תפגענה. בזהירות נאמר כי פניות רבות לבית הדין על בסיס הלכה זו אינן של עובדים מוחלשים דווקא אלא של עובדים חזקים המשתכרים שכר הגבוה משמעותית משכרם של עובדים שכירים מן המנין. אין בכך כדי לקבוע כי ההלכה שגויה אלא שעל בתי הדין לפעול ליישומה בזהירות ובמקרים המתאימים, כאשר כחלק בלתי נפרד מהבחינה החישובית הנעשית יש לבחון את תום ליבם של הצדדים ואת כדאיות ההתקשרות כמו גם את השכר המקובל במשק ואצל המעסיק הספציפי לגבי עובד שכיר בתפקיד המקביל לתפקיד התובע."

44. בעוד ובעבר הייתה מחלוקת לגבי הגדרת "עובד" – האם מדובר בפרשנות החוצה את כלל הענפים והחוקים או שמא יש לייחד לכל ענף וענף פרשנות עצמאית בהתאם למבחן התכלית, כיום הדעה שהשתרשה והתקבעה היא כי המבחן להגדרה הוא מבחן התכלית (**אדלר מכפיפות לתכלית**, עמ' 35-30 ; וראו הערתנו לעיל בסעיף 55), ומשכך יתכן בהחלט מצב שבו יוגדר מאן דהו כעובד לעניין אחד אך לא לעניין אחר, וכדברי הנשיא ברק **בעניין סרוסי** (בעמ' 829) :

"המטען הנורמטיבי של הדיבור "עובד" ו"מעביד" אינו נקבע על-פי המשמעות היוריספרודנטלית של מושגים אלה. משמעותם של מונחים אלה היא פונקציונלית. כך הדבר גם במשפט המשווה (ראו: I. Christie, G. England and B. Cottler Employment Law in Canada [44]; Wedderburn, The Worker and the Law [45]). כך הדבר במשפט הישראלי. מובנו של הדיבור "עובד" ו"מעביד" משתנה על-פי הקשרו, והקשרו נקבע על-פי תכליתו. בצדק ציין פרופ' א' זמיר, כי: "לפני שמציגים את השאלה כיצד להבחין בין עובד לקבלן יש לברר לשם מה עורכים את הסיווג" (א' זמיר "עובד או קבלן", בעמ' 117)".

(וראו גם : **ברק הלעולם קוגנטי**, בעמ' 117-114 והאסמכתאות שם).

כפועל יוצא מכך, ומשעומדת לנגד עינינו כי הפריזמה שבה יש לבחון את מעמדו של עובד היא מבחן התכלית, הרי שגם בסוגיה דנא, יש לתת משקל לתכליות העומדות ביסוד דיני העבודה, על מנת להכריע בשאלה מהו המשקל שניתן לעקרון תום הלב ולהסכמת הצדדים עת באים להכריע בשאלת ההכרה במעמדו של העובד.
כפי שעמדנו לעיל, ישנן תמורות רבות בעולם דיני העבודה, ותכליות דיני העבודה צריכות להיות מיושמות באופן ההולם את עולם העבודה ההולך ומשתנה.

בבג"צ מור (בסעיף 3 לחוות דעתו של השופט גולדברג) נאמרו הדברים הבאים, שאת חלקם ציטטנו לעיל, אך נחזור עליהם בשל חשיבותם לענייננו:

"המבחנים לקביעת קיומם של יחסי עובד-מעביד אינם קופאים על שמריהם. כפי שציין חברי הנשיא, עם שינוי העתים משתנות התפיסות החברתיות, משתנות המגמות הסוציאליות, ומשתנים דפוסי העבודה. ההתפתחויות הטכנולוגיות, בעיקר בתחום המחשבים והתקשורת, יצרו תפיסה חדשה לגבי מקום העבודה, כאשר העובד אינו צריך להיות צמוד למקום עסקו של המעביד; מתאפשרת גמישות במועדי ההעסקה; נעדר פיקוח עוקב וצמוד של המעסיק על דרך הביצוע; נעדרת היכולת להטיל על המועסק עבודות משתנות; התרופפו יחסי המרות והכפיפות, וכיוצא בזה. ההתפתחויות האמורות מחייבות הגמשה של המבחנים לקביעת קיומם של יחסי עובד-מעביד. כך, בעבודות הדורשות מומחיות ועצמאות, באים יחסי אמון במידה רבה במקום יחסי מרות, פיקוח ושליטה. אלמנטים אחרונים אלה איבדו מכוחם כמאפיינים הכרחיים להיותו של המועסק בגדר "עובד". באופן דומה, מאפשרים התנאים החדשים עבודה מחוץ למקום הפעילות הקבוע של העסק, בלי שיהא בכך לגרוע ממידת המחויבות והתלות שבין המועסק לבין בעל העסק. שיטת העסקה זו מחייבת הגמשת הזמנים והמקום לביצוע העבודה. שינויי העתים מחייבים התאמה של מערכות המשפט בכלל, ודיני העבודה בפרט, למציאות המשתנה. מידת ההרחבה של הגדרת "עובד" הינה פועל יוצא מן המטרה הסוציאלית של הגנה

על מי שבשל נחיתותו היחסית ותלותו במעביד טעון הגנה (כדברי חברי, השופט טל). נחיתות יחסית זו של העובד נובעת בעיקרה מכוח המיקוח המוגבל הנתון בידו בקביעת תנאי ההעסקה, ומהצורך שלו ביציבות ובוודאות כלכלית לאורך זמן, המגבילות את יכולת הניידות שלו ממקום עבודה אחד לאחר ויוצרות את תלותו במעסיק. ואילו המציאות החדשה הרחיבה את מידת עצמאותו של המועסק, העניקה לו גמישות וחופש פעולה והחלישה את כוחם של יחסי המרות והכפיפות בינו לבין המעסיק. רווחתו של המועסק גדלה, ולא בכל מקרה - או באותה מידה - יש לראותו כטעון הגנה, כמקודם. מכאן, שבבואנו להגמיש את המבחנים המסורתיים שומה עלינו לראות לנגד עינינו גם שיקולים אלה, כדי שלא נטיל נטל כלכלי חסר תכלית על כתפי המעסיק, ובעקיפין - על הציבור."

נחדד ונדייק.

לדברי השופט גולדברג, הנחיתות היחסית של העובד נובעת בעיקרה מכוח המיקוח המוגבל הנתון בידו בקביעת תנאי ההעסקה, ומהצורך שלו ביציבות ובוודאות כלכלית לאורך זמן, המגבילות את יכולת הניידות שלו ממקום עבודה אחד לאחר ויוצרות את תלותו במעסיק, הרי שכיום, יהיו מקרים שבהם כוח המיקוח נתון דווקא בידי העובד; כמו כן, הצורך ביציבות כבר אינו פקטור נוכח מאפייני העסקה הרווחת בעידן זה (ראו **לילך לוריא**, עמ' 66-51 ועמ' 115 -118), וממילא מצטמצמת תלות במעסיק.

45. נתון נוסף אותו יש להביא בחשבון הוא כי בניגוד לדעה הרווחת בעבר כי עצמאיים הם בהכרח בעלי כושר השתכרות גבוה, עמדה ששימשה כהצדקה לאי מתן זכויות סוציאליות לעצמאיים, הרי שמחקרים מצביעים על כך שהעצמאיים אינם קבוצה בעלת כושר השתכרות אחיד. העצמאיים כמו גם השכירים אינם מקשה אחת. חלק לא מבוטל מהעצמאיים הם בעלי עסקים קטנים עם מחזור רווחים שנתי נמוך, ורוב העצמאיים אינם מעסיקים עובדים (**לילך לוריא**, עמ' 219).

46. כאן המקום לציין כי חריגה מעקרון הקוגנטיות נעשתה במקרים נוספים, כאשר התבססה השיטה שבשלה נקבע עקרון הקוגנטיות ובשלה העת לחריגה. כך למשל התעורר צורך לחרוג מדרישת הכתב הקוגנטית בעסקת מקרקעין, בתקופה בה

הייתה אינפלציה במדינה, ומידי יום חתמו מוכרים על זיכרון דברים עם קונים פוטנציאלים, ועם האמרת המחירים חזרו בהם אותם מוכרים בטענה שזיכרון הדברים אינו עומד בדרישת הכתב. או אז בית המשפט העליון חרג מעקרון הקוגנטיות, וקבע שדרישת תום הלב עשויה לגבור על דרישת הקוגנטיות (**ברק הלעולם קוגנטי**, עמ' 127-126 וההפניות שם).

גזירה שווה ניתן ללמוד אף לענייננו אנו, לאחר שבמשך שנים הושרשה התפיסה לפיה לא ניתן היה להתנות על סטטוס של עובד, כיום משהתבססה התפיסה הזו, ניתן לעבור לתפיסה הערכית המאפשרת, במקרים מסוימים (גם אם לא רבים) שיצדיקו זאת, חריגה מעקרון זה, היינו מקרים שבהם נכיר בוויתור העובד על הסטטוס שלו מכוח דרישת תום הלב.

47. נוסיף, כי לאי הכרה בעובד כעובד, ישנם גם יתרונות שיש ליתן להם משקל – בכלל זאת ניתן למנות כי עבודה עצמאית היא דרך של עובדים להשגת גמישות, שליטה ואוטונומיה – עובדים אלו יהיו לעיתים בעלי הון אנושי גבוה, והעבודה העצמאית תהווה עבורם אפשרות לעבודה יצירתית ומאתגרת (**לילך לוריא**, עמ' 216).

48. עוד יש לזכור, כי גם למי שלא הוגדר כ"עובד" על פי המבחנים המקובלים, ישנן זכויות והגנות מסוימות הניתנות לו. כך למשל המחוקק הכיר באחריות שיש למעסיק בנושא הבטיחות בעבודה גם כלפי מי שאיננו "עובד" דווקא; ההוראות בחוק שעות עבודה ומנוחה האוסרות על עבודה במנוחה שבועית חלות גם על "עצמאיים"; הגנות שישנן מכוח החוק למניעת הטרדה מינית; ענפים מסוימים בחוק הביטוח הלאומי החלים על עצמאיים ועל מי שאינו "עובד" (להרחבה בעניין זה, כמו גם לסקירה של משפט משווה בנושא זה ראו: **אדלר מכפיפות לתכלית**, עמ' 30-25).

על כן, גם בענייננו אנו, יש לשים על המאזניים את העובדה כי הוצאת מאן דהו מגדר עובד - אינה שוללת מיניה וביה את כלל זכויותיו.

49. אכן, הוראות חוקי המגן נועדו למנוע ויתור של העובד על זכות שהוקנתה לו מכוח אותו חוק (**גולדברג**, עמ' 192), אלא שתכליתה של הקוגנטיות היא לשמור על עובד מפני ניצול, ולעיתים אף להגן על העובד מפני עצמו ("**לעתים יכול ואינטרס מיידי מדומה של הפרט, יביא לכך שהפרט לא יעמוד על הזכות או אף יוותר עליה, ומעניינו של הציבור לעמוד על אכיפת החוק**", (**גולדברג**, שם)), אולם תכלית זו

מתעמעמת ומתערערת שעה שאין בהכרח צורך "להגן" על העובד לא מפני ניצול על ידי המעסיק ואף לא מפני עצמו (וראו גם: **רבין מרגליות מה נותר**, בעמ' 472, וכן בעמ' 477: "**... אופן תפעולו של עקרון תום הלב במסגרת זאת, נועדה לאפשר לדלות, כבמלקחיים, את אותם מקרים בהם מאוויו של העובד הם שהובילו להפרת משפט העבודה המגן, ולא הכתבה חד צדדית של המעביד**").

מדוע מעסיק שלא ידע ולא צריך היה לדעת – למשל במקרה בו העובד הגיע כקבלן והמשיך כקבלן, והעובד מבין היטב בדיני עבודה ובוחר משיקוליו שלו להתקשר במתכונת של עצמאי - "להיענש"? הרי המעסיק במקרה זה פעל בתום לב מוחלט, ואילו העובד הוא שמגלה חוסר תום לב בכך שבדיעבד בוחר לתבוע זכויותיו כעובד הגם שמתחילה בחר באופן מודע ומכוון את צורת ההתקשרות.

על כגון אלו ניתן לומר כי "**נראה כי יש להדוף ניסיונות חסרי תום לב לתפוס "טרמפ" על הגנות אלה במקרים שאינם מצדיקים את הגנותיו של משפט העבודה המגן**" (**לופו וסבוראי** בעמ' 569), וכן כי: "**הרטוריקה השיפוטית בדבר עליונותו הנורמטיבית של עקרון תום הלב על הפאן הכופה של חקיקת המגן ומשפט העבודה הקיבוצי, נועדו לסגור את הצוהר בפני שימוש לא נאות במאפייניו הכופים של משפט העבודה המגן על ידי עובדים, תופעה שהתעצמה בשנים האחרונות**" (**רבין מרגליות מה נותר**, בעמ' 477).

ונדגיש, כי אין בכוונת דברינו כאן לבחינת שאלת תום הלב ביחס לחוקי המגן וזכויות קוגנטיות לאחר ההכרה ביחסי עובד ומעסיק, אלא עסקינן בהשלכות של שאלת תום הלב בשלב ההכרה או אי ההכרה בקיומם של יחסי עובד ומעסיק, ובטרם הוכר מעמדו של המועסק כעובד (כאשר בשלב זה משלא הוכר המועסק כעובד, ממילא עוד לא נכנס תחת מטריית חוקי המגן והזכויות הקוגנטיות המוקנים רק למי שהוכר כעובד).

50. הכלי שבאמצעותו אוכפים עקרונות של צדק והגינות הוא עקרון תום הלב. דווקא במסגרת יחסי עבודה, שהם יחסים מיוחדים וממושכים, עקרון תום הלב גדל בעוצמתו אל מול מקומו ביחסי מסחר רגילים (**ברק הלעולם קוגנטי**, עמ' 132). ואולם, מאחר שהעמידה על עקרונות קוגנטיים במסגרת יחסי עבודה עלולה להביא לאי צדק, יש לעשות שימוש בעקרון תום הלב על מנת לשמש כמאזן בין אינטרסים ולהביא לעשיית הצדק. במקרים שבהם אין לראות עובד כדבר הקרוב

לסטטוס, הכלי שניתן יהיה לעשות בו שימוש על מנת להכיר בוויתור העובד על הסטטוס זהו עקרון תום הלב (לעמדה המבקרת את התיזה המכפיפה את חקיקת המגן לעקרון תום הלב, ראו **אופק גנדלר**, עמ' 129-108).

51. השימוש דווקא בעקרון תום הלב להגמשת העקרונות הקוגנטיים, נובע ממעמדו העליון של עקרון זה בשיטת המשפט הישראלי, ובשל כך שעקרון זה מאפשר בחינה אובייקטיבית של התנהגות בין צדדים ליחסים משפטיים, והתערבות בשל פגיעה באינטרס הסתמכות או באינטרס קיום, אף שמדובר בעקרונות קוגנטיים. למעשה, מדובר בעקרון שהוא חיצוני למערכת היחסים החוזית בין צדדים ומוחל כאשר שיטת המשפט סבורה כי מדובר במערכת יחסים שאינה תואמת את ערכי החברה (ראו: **ברק הלעולם קוגנטי**, עמ' 64 והאסמכתאות שם).

52. מעת שנקלט עיקרון תום הלב במשפט הישראלי הוא הפך לעיקרון-על, אשר כתרים ותארים רבים נקשרו סביבו. בדומה לגרמניה, התפשט עקרון תום הלב בישראל וכיסה את כל שיטת המשפט, עד כי נאמר עליו כי עיקרון "מלכותי" הוא (א' ברק, **פרשנות במשפט – פרשנות חוזה**, כרך ד' (תשס"א) 213,226; גבריאלה שלו, "שחיקתו ההולכת ונמשכת של עקרון חופש החוזים", **קריית המשפט ה'** (תשס"ה), 177; **אופק גנדלר**, בעמ' 72-68).

עקרון תום הלב מופיע בהקשר של משפט העבודה בכמה מישורים – האחד הוא **החובה הכללית לנהוג בתום לב**; השני הוא **הסדרת תחומים בדיני עבודה בהם קיים חסר (לקונה)**; והשלישי הוא **היחס בין עקרון תום הלב לעקרון הקוגנטיות**. (על השימוש שנעשה עד כה בהחלת עקרון תום הלב בפסיקת בתי הדין ראו גם: **חיים ברנזון**, בעמ' 198-190).

<u>אשר לחובה הכללית לנהוג בתום לב</u> הפסיקה החילה את עקרון תום הלב הקבוע בחוק החוזים על יחסי עובד ומעסיק, מהטעם שיחסי העבודה מתבססים במהותם על חוזה, וכדברי הנשיא שמגר בבג"צ 566/76 **אלקו בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד לא(2), 197, 212): "**אין לפטור את יחסי העובד והמעביד מן החובה לדבר דברים כהווייתם וככוונתם ולנהוג בתום-לב ובהגינות. גם חוזה עבודה צריך להיות מקויים בתום-לב, כמצוות סעיף 39 לחוק החוזים (חלק**

כללי), תשל"ג-1973." (וראו גם: דב"ע 3-74/מב **גיל ורדי - עירית נתניה**, יד(1) 059 (1982); **רבין מרגליות מה נותר**, בעמ' 469; קובי ורדי, "תום הלב ביחסי עבודה", **שנתון משפט העבודה** ב' (1991), 107).

עם זאת, ישנה אבחנה בפסיקה לגבי חוזה עבודה משתי סיבות עיקריות: האחת, חוזה עבודה הוא חוזה לתקופה ממושכת היוצר יחסים מתמשכים. והשנייה, האיזון שנעשה לטובת העובד במסגרת משפט העבודה המגן, כדי לאזן את אי השוויון האינהרנטי בין העובד למעסיק (ראו: אלישבע ברק, **עקרון תום הלב במשפט העבודה**, ספר ברנזון, נבו הוצאה לאור – התש"ס, 499 (להלן - **אלישבע ברק עקרון תום הלב**) בעמ' 507-505).

(להרחבה אודות המקורות החוקיים לנהוג בתום לב במסגרת יחסי עבודה – חוק החוזים וחובות האמון - ראו: שרון רבין מרגליות, "השפעת עקרון תום הלב על משפט העבודה האישי: מפיקוח מהותי לפיקוח פרוצדוראלי", **עבודה חברה ומשפט י"ג**, 139 (להלן – **רבין מרגליות השפעת עקרון תום הלב**), עמ' 146-144).

חובת תום הלב מוטלת גם על העובד וגם על המעסיק, וזאת לאורך כל מחזור העבודה, החל משלב הקבלה לעבודה, במהלך חיי העבודה וכלה בשלב הפיטורין או ההתפטרות מהעבודה.

(ראו: ע"ע 164/99 **פרומר וצ'ק פוינט – רדגארד בע"מ**, פד"ע לד 294; **פסק דין בוכריס** לעיל; דב"ע נג/3-17 **טוני טועמה – טכנו גומי ליסיצקי בע"מ ואח'**, פד"ע כה 227; בג"צ 1683/93 **יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מז (4) 702; בג"צ 59/80 **שירותי תחבורה ציבוריים ב"ש נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד לה(1) 828; עס"ק 400024/98 **הסתדרות העובדים החדשה – צים חברת השיט הישראלית בע"מ**, פד"ע לו 97; עס"ק 31504-01-18 **מדינת ישראל - ההסתדרות הרפואית בישראל** (16.06.2019); להרחבה ראו גם: מנחם גולדברג, "תום לב במשפט העבודה", **ספר בר-ניב**, הוצאת רמות (1987), עמ' 151-139).

<u>הסדרת תחומים בדיני עבודה בהם קיים חסר (לקונה)</u> – ניתן לראות כי בפסיקה נעשה שימוש בעקרון תום הלב על מנת להסדיר תחומים שאינם מוסדרים. כך למשל, בפסק דין איסקוב (ע"ע 8/90 **טלי איסקוב ענבר נ' מדינת ישראל -**

הממונה על חוק עבודת נשים ואח' (8.2.11), הסדיר בית דין זה את שאלת זכותו של מעסיק לעיין בדואר האלקטרוני של העובד. אמנם ההסדרה עצמה מבוססת יותר על עקרונות משפטיים אחרים – כגון זכות הקניין של המעסיק וזכותו של העובד לפרטיות, אך עקרון תום הלב משמש העוגן להסדרה השיפוטית (להרחבה אודות השפעת הרגולציה של יחסי העבודה מעקרון תום הלב, ראו: **רבין מרגליות השפעת עקרון תום הלב**).

ההיבט השלישי, והמשמעותי ביותר לענייננו הוא **<u>היחס בין עקרון תום הלב לעקרון הקוגנטיות</u>** – היבט זה מתעורר בעיקר כאשר נדונה תביעה להכרה ביחסי עבודה בדיעבד, כאשר השאלה העולה היא כפולה: ראשית האם מדובר בחוסר תום לב (מבחינה עובדתית), וככל שכן, מהי המשמעות והתוצאה מבחינה משפטית.

כאשר הוויתור על זכויות קוגנטיות נובע מוויתור על מעמד של עובד והסכמה לעבוד כקבלן, נקבע **בפסק הדין בעניין בוכריס**, כי ייתכנו מקרים נדירים שבהם עובד ויתר במודע ומתוך אינטרס מובהק שלו על זכויות קוגנטיות – "**מקרים כאלה עשויים להביא לכך שכאשר יבקש, עם ניתוק היחסים, להסתמך על היותו בסטטוס של עובד או בבואו, עם ניתוק היחסים, לתבוע זכויות סוציאליות נוספות על השכר ה"כולל" שקיבל, וזאת בחוסר תום-לב משווע, יגבר חוסר תום-לבו של העובד על דרישת הקוגנטיות או הסטטוס הנובעת ממנה. בחינת תום-לבו של העובד תיעשה על-פי קנה-מידה אובייקטיבי**".

חשוב לציין כי לגבי גישה זו, שהובאה בפסק הדין בעניין בוכריס, לא הייתה תמימות דעים בקרב שופטי בית דין זה בעבר ובהווה (ראו לעניין זה גם: **עניין אייזיק** לעיל; **עניין יפהר** לעיל; **עניין קרני** לעיל; ע"ע 300267/98 **טויטו - מ.ש.ב. הנדסת קירור למיזוג אויר (1965) בע"מ**, פד"ע ל"ז 345; ע"ע 300275/98 **ויסלר אברהם - מוקד (1973) תאגיד לחקירות פרטיות** (18.12.2000); ע"ע 308-08 **עמוס עברון - אנוש מערכות ניהול והנדסה חברה בע"מ** (20.01.2011)).

ההצדקות לאי מתן עדיפות נורמטיבית לעקרון תום הלב בשאלות של סיווג מועסקים היו כי הדבר יתיר לצדדים להתנות על משפט העבודה באופן עקיף, ותוצאה זו אינה רצויה שכן קיים אינטרס ציבורי, מעבר לסכסוך הקונקרטי,

שסיווגים אלו ייעשו על פי תשתית אחידה של סממנים עובדתיים, וכי המעמד הקוגנטי של הסיווגים לא יפגע; כמו כן, מאחר ששאלת הסיווג מוכרעת בדיעבד, בדרך כלל עם סיום יחסי העבודה – הרי שקיימת אי ודאות מסוימת, ואם תתווסף לכך שאלת האשם התורם של מי מהצדדים בסיווג המוטעה, יתעצם ממד חוסר הודאות וזו תוצאה שאינה רצויה; בנוסף לכך יהיה זה מהלך עקר להכריע שמבצע עבודה מקיים את המבחן העובדתי ליצירת יחסי עבודה - רק על מנת לקבוע כי אין הוא זכאי ליהנות מזכויות המגן לאור התנהגותו בחוסר תום לב (**רבין מרגליות השפעת עקרון תום הלב**, עמ' 148).

מנגד, המצדדים בעליונות הנורמטיבית של עקרון תום הלב יאמרו כי הכפפת האכיפה של חוקי המגן לעקרון תום הלב אינה חותרת תחת האינטרס הציבורי בדבר אכיפה מלאה של הסטנדרטים שישנם בחוקי המגן, שהרי חוקי המגן נועדו לשמש מגן לעובדים הזקוקים לכך, ועובדים שבאופן מודע ומתוך אינטרס אישי מוותרים על כך - הם אינם בחזקת מנוצלים. כמו כן אי אכיפת חוקי המגן נעשית רק במקרים קיצוניים של התנהגות חסרת תום לב, וכשהעובד הוא שיזם את הפרת החוק, לכן הדבר לא יהווה תמריץ למעסיק להפר את החוקים, כי הפרה ביוזמת המעסיק לא מקנה פטור מאכיפה (**שם**, בעמ' 151-150).

53. <u>בפסק דין בוכריס נקבע לראשונה שחוסר תום לב קיצוני יגבר על המעמד. אולם מאז שניתן פסק דין בוכריס בית הדין הארצי לא פסק באף מקרה שחוסר תום לב גובר על מעמד, אלא נתן לכך ביטוי רק לעניין חישוב הזכויות (ראו כדוגמה: **פרשת אורי פרייס**; ע"ע 20005-11-16 **פלוני - אלמוני** (9.1.19); **עניין גוטמן**).</u>

<u>במהלך השנים הובאו לפנינו מקרים שבהם חוסר תום לב של מי שטוען ליחסי עובד ומעסיק זועק לשמים, ועדיין בתי הדין הקנו לו מעמד של עובד ובאו חשבון בשלב חישוב הזכויות בלבד.</u>

<u>לדעתנו, במקרים של חוסר תום לב מובהק של העובד, שיוכחו על ידי המעסיק, הרי שחוסר תום הלב המובהק יגבר על המעמד של העובד, ובמקרים אלו הסכמת המועסק תטה את הכף וייקבע שאיננו עובד וזאת כבר בשלב הראשון, ואין צורך להמשיך לשלב השני של חישוב הזכויות. (ראו דיוננו בפסק הדין בעניינו של זאב לוי-זרעים גדרה בע"מ).</u>

54. **סיכום חלק זה: עמדנו על השינויים והתמורות שישנם בשוק העבודה, <u>והבהרנו מדוע אנו סבורים שעל מנת ליצוק את התוכן המתאים לתכליות משפט העבודה, יש לתת מעמד לעקרון תום הלב (והמשקל שיש לתת להסכמת הצדדים בבחינה זו) כבר בשלב בחינת שאלת ההכרה ביחסי עובד ומעסיק בדיעבד.</u>**

נעבור איפוא לעיצוב הכללים שיסייעו וישלימו את אופן בחינת המעמד של יחסי עובד ומעסיק בדיעבד.

<u>עיצוב כללים שלאורם תיבחן הסוגיה</u>

55. **כבר בפתח הדברים נאמר שאין אנו סוטים מהמבחנים הרגילים החלים על קביעת יחסי עובד ומעסיק, כפי שנקבעו בפסיקה ענפה של בתי הדין לעבודה לאורך השנים, והם שרירים וקיימים תוך שביישומם ניתן משקל להתאמות הנדרשות לשינויים בשוק העבודה ולהשתנות העיתים.**

משק כלכלי מודרני חי בסביבה של תחרות ושינוי דינמי של הסביבה העיסקית. משק כזה זקוק מחד גיסא לגמישות ומאידך גיסא לוודאות. מנגד, גם במשק מודרני זקוקים העובדים למימושן של תכליות משפט העבודה: בין היתר ובראשן, להבטיח את כבוד העובד כאדם (הן במישור הכלכלי והן במישור החברתי).

במשק כזה עשויות להיות התקשרויות כלכליות אותנטיות ולגיטימיות שאין בהן משום עקיפה של תכליות משפט העבודה (עקיפת חוקי מגן, הסכמים קיבוציים, קיפוח כלכלי ומניעת הגנות אחרות). כפועל יוצא מכך לא כל מי שמועסק/פועל בחצרי המעסיק או מול המעסיק (שלא בחצריו) הוא בהכרח בגדר עובד.

המחוקק לא הגדיר מיהו עובד לצרכי משפט העבודה והגדרה זו נקבעה בפסיקה, כהגדרה גמישה ודינמית. לטעמינו, יש לבחון את האותנטיות והלגיטימיות (בראי תכליות משפט העבודה) של אופן ההתקשרות. זאת בדומה לדרך בחינתן של תבניות העסקה מורכבות (העסקה עקיפה) שאף בהן הדגש הוא על אותנטיות ולגיטימיות תבנית ההעסקה.

המבחן לזיהוי יחסי עבודה שהם בגדר של מעמד משפטי (סטטוס) הוא המבחן המעורב המכיל אגד של מבחני עזר שהמרכזי ביניהם הוא מבחן ההשתלבות על

שני פניו - החיובי והשלילי. יישומם אינו עניין טכני אלא צריך להעשות בהתייחס לציר הזמן, בראי התמונה הכוללת ותכליות משפט העבודה.

תחילה יש לבחון את מהות היחסים לפי מבחן ההשתלבות על שני פניו:

החיובי - האם התובע/המועסק השתלב במערך הארגוני של הנתבע? לשם כך בוחנים, בין היתר, את מידת סדירות הקשר, מידת המחויבות לביצוע העבודה ואת זיקת העבודה לליבת העיסוקים במפעל – כאשר ההנחה היא שליבת העיסוק נעשית דרך כלל באמצעות גרעין של עובדים, כפיפות;

השלילי - האם ההשתלבות נעשתה כגורם חיצוני במסגרת עסק <u>אמיתי</u> משל עצמו.

<u>וכאן חשוב לחדד מספר דגשים</u>:

עסק – גם כמשמעו במשפט העבודה, מכיל מגוון של דפוסים החל מעצמאי מובהק (למשל, בעל עסק המעסיק עובדים) וכלה - בנסיבות המתאימות - בעוסק יחיד שבכוח עבודתו מגולם העסק כולו.

לשם בחינת קיומו של עסק אמיתי, יש לבחון, בין היתר, סיכוי לרווח והפסד; בעלות על גורמי ייצור וטיבם; קיומה של חובה אישית לביצוע העבודה; מועד הקמת העסק ביחס לתחילת ההתקשרות; הסיבה להקמת העסק; קיומה של פעילות נוספת, בין דומה ובין שונה, כלפי גורמים אחרים, כשמשקל קיומם של עיסוקים נוספים תלוי במכלול הנסיבות, לרבות מידת הדמיון ביניהם, נפח הפעילות היחסי וכיוצ"ב; מושא התמורה - לפי זמן עבודה או לפי תוצאה; סוג העיסוק וזיקתו לליבת הפעילות; ההקשר הענפי.

יש סממנים שכשלעצמם אינם שוללים בהכרח קיומו של עסק אמיתי, כגון: מתן הנחיות, פיקוח, לו"ז לביצוע. הכל צריך להבחן בשים לב למכלול הנסיבות.

במקרה שמעורב עוסק יחיד שבכוח עבודתו מגולם העסק כולו יש לבחון את יחסו עם הנתבע לא רק בראי פעילותו מול הנתבע, אלא גם בראי פעילותו הכוללת.

בהמשך יש מקום לבחון את הלגיטימיות במובן של היות ההתקשרות במסגרת "עסק עצמאי" מתיישבת עם תכליות משפט העבודה (למשל, עקיפת הסדרים מתחום משפט העבודה הן במישור הזכויות הלא כלכליות והן במישור הזכויות

הכלכליות), והכל בשים לב, בין היתר, לסוג העיסוק, משך ההעסקה והתלות הכלכלית.

במסגרת מכלול השיקולים של המבחן המעורב המעסיק יוכל להוכיח כי נתקיימו נסיבות כאלה המצדיקות לקיחה בחשבון את התנהלותו של העובד בחוסר תום לב שייתן משקל מסויים, במקרים הגבוליים, לרצונו של העובד להיות עצמאי.

56. על מנת ליצוק כללים שיקלו על מלאכתם של בתי הדין עת באים להכריע בשאלת ההכרה, כאשר עקרון תום לב של העובד עומד על הפרק, אנו סבורים כי יש לשאול בין היתר, ולא כרשימה סגורה, את השאלות הבאות, שלפיהן תוכרע השאלה האם התכלית שמביאה לשלילת ההכרה בעובד "כעובד" מתקיימת, כאשר הנטל להוכיח זאת, יהיה על המעסיק:

א. **ויתור המועסק על זכויות קוגנטיות** – על מנת שניתן יהיה להכיר בוויתור על מעמד צריך שיתקיימו שני תנאים מקדמיים לכך: ראשית שהוויתור יהיה מדעת, דהיינו שלעובד תהיה ידיעה על זכויותיו בטרם יוכל לשקול אם לוותר עליהן (ראו: **עניין צ'יבוטרו**, בעמ' 177). שנית, שהוויתור יהיה מרצונו החופשי של העובד, ולא כתוצאה מיחסי כוחות לא מאוזנים שבינו לבין המעסיק (רות בן ישראל, **דיני עבודה ב'**, עמ' 387). כל עוד מדובר בוויתור שהוא תוצאה של אינטרס המעסיק (הוזלת העבודה, גמישות ניהולית וכדו') הרי שאין להכיר בכך. גם במצב דברים שבו מתווסף לכך אינטרס של העובד (כגון עובד שרוצה לקבל תשלום גבוה יותר תוך ויתור על זכויות סוציאליות נלוות) הרי שנקודת המוצא תהיה שאין מקום להכיר בכך. <u>אולם, שונים הם פני הדברים כאשר מתווספים למשוואה נתונים נוספים כגון: מדובר בעובד המודע לזכויותיו, שמאינטרס מובהק שלו בחר להתקשר בצורה קבלנית חרף הצעתו של המעסיק להיות מועסק כעובד. במצב כזה ינתן משקל לחוסר תום הלב אשר יגבר על הכרה במעמדו כעובד, אך כפי שנראה להלן כל מקרה לנסיבותיו.</u>

ב. כל מקרה יש לבחון לנסיבותיו, כאשר לבית הדין נתון שיקול דעת -

- יש לבדוק את השאלה גם בהקשר התעשייתי/ הענפי הרלבנטי. כלומר, לבחון מה מתכונות ההעסקה המקובלות בענף/במקצוע נשוא הבדיקה. כמו כן יש לתת את הדעת על ענפים ששם מרוכזים "עובדים מוחלשים".

- בחינת "אינטרסים" של העובד אל מול אלו של המעסיק -

כך למשל מקרים בהם ניתן להוכיח כי למעסיק יש אינטרס כלכלי שלא להעסיק את "נותן השירות" כעובד על מנת להשיג אחת או יותר מהמטרות הבאות (רשימה חלקית ולדוגמה בלבד): הקטנת הוצאות; עקיפת מגבלה פורמאלית על כמות התקנים בארגון; הגדלת הגמישות הניהולית; הגדלת ערך החברה ע"י הגדלת ערך "מכירות לעובד"; הקטנת סעיף הוצאות השכר בדוחות הכספיים של החברה, מאחר שההוצאה בגין "נותן השירות" מופיעה בדוחות הכספיים כהוצאה תפעולית ולא כהוצאות שכר, וכדו'.

כך, מעסיק שמחתים עובד על הסכם שהוא עצמאי בידיעה שמתקיימים יחסי עובד ומעסיק – בחירה זו של המעסיק מהווה חוסר תום לב, שיכול להוות שיקול להשתת תשלום פיצוי לעובד (אליו נדרש בהמשך).

מנגד ניתן להצביע על מקרים שבהם ל"נותן השירות" יש אינטרס שלא להיות מועסק כ"עובד" ודרך העסקה זו כ"נותן שירות" נתבקשה על ידו, על מנת להשיג אחת או יותר מהמטרות הבאות (רשימה חלקית ולדוגמה בלבד): אינטרס כלכלי - חברות ארנק (מאפיין עובדים בכירים בעלי שכר גבוה), יתרונות מיסוי אחרים (ניכוי הוצאות, שילוב תכנון מס עם בן/בת זוג וכדו'); גמישות תעסוקתית - יכולת לעבוד במספר מקומות על פי בחירת "נותן השירות", העדר דיווח שוטף לארגון כפי הנדרש מ"עובד", העדר מגבלות רגולטוריות - רלבנטי בעיקר במקרים של גופים מתוקצבים, היקף העבודה ומועדיה, ועוד.

כמובן יתכנו מקרים שבהם גם למעסיק וגם ל"נותן השירות" יש אינטרס משותף שנותן השירות לא יועסק כעובד (כל אחד מסיבותיו

שלו), ואין מדובר בחוסר תום לב של מי מהצדדים - במקרים אלו אין להתחשב ב"הסכמת העובד", אלא יש לראות בו כעובד.

57. לאחר שבית הדין בוחן את כלל הפרמטרים הרלוונטיים – האם מדובר בעובד טעון הגנה? האם ניתן להצביע על חוסר תום לב מובהק של העובד? - לבית הדין יהיה שיקול דעת לקבוע האם מדובר בעובד, כאשר הנטייה תהיה שככל שישנו חוסר תום לב רב יותר מצד העובד - כך ינתן משקל רב יותר להסכמת הצדדים, כאשר נטל ההוכחה לעניין זה יהיה על המעסיק.

58. בשקלול הדברים בדרך הזו (בחינה פרטנית של העובד ויחסי הכוחות אל מול המעסיק; בחינת תום הלב של כל אחד מהצדדים; מתן שיקול דעת נרחב לבית הדין לפסוק בסוגיה; ונטל הוכחה ראשוני המוטל לכתפי המעסיק) ישנו איזון הולם של הדברים, כך שמי שיוגדר לבסוף כעובד הוא אכן מי שמשפט העבודה, על תכליותיו, התכוון להעניק לו את מכלול הזכויות (והחובות) הניתנות למי שבא בגדרי מונח זה. או אז גם יהיה מקום להחלת הסטטוס אליו כיוונה הפסיקה ברבות השנים.

59. ונדגיש, אין בדברינו אלו כדי לעקר מתוכן את הנהוג עד כה ביחס לקוגנטיות ולדיני משפט העבודה המגן, החלים על עובד, וכן אין בדברינו כדי לשנות מהמבחנים הרגילים של יחסי עובד ומעסיק. כן יש בדברינו, צמצום קטן של היכל הכניסה למעמד זה. רוצה לומר, לא כל התקשרות בין שני צדדים למתן שירותי עבודה תסווג באופן אוטומטי ככזו שחלים בה יחסי עובד ומעסיק, ויינתן משקל לשאלת יחסי הכוחות הפרטניים בין הצדדים כמו גם לשאלת תום הלב או חוסר תום הלב של הצדדים, ובאיזו מידה ומצד מי מהצדדים, כאשר בסופו של יום ינתן מרחב מסוים של שיקול דעת לבית הדין להכריע בסוגיה וזאת כבר בשלב של בחינת יחסי עובד ומעסיק. כמובן שאין באמור כדי לפגוע גם באפשרות בחינת תום הלב "בשלב השני" של בחינת הסעדים הכספיים במקרים שנקבע בשלב הראשון כי התקיימו יחסי עובד ומעסיק.

למען הסר כל ספק נבהיר כי אין בכוונתנו לומר כי עצם הגשת תביעה להכרה ביחסי עובד ומעסיק מהווה כשלעצמה חוסר תום לב, וחוסר תום הלב הוא מכלל נסיבות העניין, כאשר הנטל להוכיח זאת מוטל כאמור לעיל על המעסיק.

60. **<u>סיכומם של דברים</u>:** <u>הגדרתו של עובד הייתה, ועודנה, נגזרת של התכליות שלשמן חוקקו דיני העבודה. על כן, בשים לב לתמורות שישנן בעולם העבודה, יש לבחון מי נכנס בשערי המונח "עובד" וזאת לאור הפרשנות המתבקשת של התכליות לעת הזו. בכלל כך, יש ליתן את הדעת על מיהו עובד הטעון הגנה, ומי הוא זה שאינו "עובר בשער". כאשר מדובר במי שניכר בבחינת הנסיבות כי הוא איננו טעון הגנה, הרי שיש ליתן משקל רב יותר בעניינו לשאלת ההסכמה שבין הצדדים ולעקרון תום הלב או חוסר תום הלב כפי שבא לידי ביטוי בשכלול ההסכמות בין הצדדים ולאורך תקופת ההעסקה. כאשר יתגלה למפרע כי מדובר במקרה שבו ישנו חוסר תום לב מובהק מצד העובד (כאשר הנטל להוכיח זאת עדיין מוטל על המעסיק), ניתן יהיה, במקרים המתאימים, להסיג במעט את עקרון ה"סטטוס" ההיסטורי החל על עובדים, ולקבוע כי מדובר במקרה שבו חוסר תום הלב יגבר על המעמד.</u>

61. הנה כי כן, אם לאורך השנים היותו של אדם "עובד", הוא, לעניין אותן הזכויות והחובות שהחוק מקנה ושאין לוותר עליהן או להתנות עליהן, דבר הקרוב ל"סטטוס", ו"סטטוס" אין יוצרים בהסכם ואין מבטלים בהסכם, הרי שבעידן הנוכחי, ככל שהיה חוסר תום לב מובהק של העובד ניתן משקל גבוה יותר לעקרון ההסכמה.

62. נחזור ונציין, כי ניצנים לכך שחוסר תום לב יש בו כדי לפעול לאי הכרה במעמדו של עובד נבטו כבר בפסיקת בתי הדין לעבודה, הגם שבסופו של דבר לא נדרשו לקבוע מסמרות בעניין, בשל נסיבות כל מקרה ומקרה. כך למשל **בעניין קרני** כותב השופט (בדימוס) רבינוביץ כי:

"אכן, סטטוס לא ניתן לשנות בהבל פה או במשיכת קולמוס של הסכמה, אך בדב"ע נה/3-145 מדינת ישראל משרד השיכון – בוכריס) (להלן – הילכת בוכריס) בעמ' 9, נקבע שתיתכנה נסיבות חריגות ביותר: "...ובהן ברי לחלוטין כי המועסק היה מודע להסכם שעשה והעדיף אותו על פני חוזה עבודה. יתכנו מקרים נדירים בהם עובד ויתר במודע ומתוך אינטרס מובהק שלו על זכויות קוגנטיות. מקרים כאלה עשויים להביא לכך שכאשר יבקש, עם ניתוק היחסים, להסתמך על היותו בסטטוס עובד או בבואו, עם ניתוק היחסים, לתבוע זכויות סוציאליות נוספות... בחוסר תום-לב משווע, יגבר חוסר תום-לבו של

העובד על דרישת הקוגנטיות או הסטטוס, הנובעת ממנה. היה ניתן היה לראות בכך השתק הבטחה...". הילכת בוכריס נתנה פה אחד, כאשר סגן הנשיא, אדלר, בתוארו דאז, הסכים רק לתוצאה. אני סובר שיש לדחות את הערעור ולו רק מן הטעם המופיע בהילכת בוכריס.

המקרה מושא הערעור שבפנינו הוא מקרה קלאסי של מועסק המודע להסכם שעשה ומעדיף אותו על פני חוזה עבודה תוך ויתור במודע על זכויות קונגנטיות. המערער הוא עורך-דין במקצועו שתורת המשפט אומנותו. עיסוקו של המערער אצל המשיבה היה, בין השאר, בתחום המיסוי: מס הכנסה, ביטוח לאומי ומס ערך מוסף. לנושאים אלה יש השלכה ישירה על יחסי עבודה, מה גם שהמערער היה שותף בעצמו להחלטות בענייני עובדים מסוימים של המשיבה. במשך עשרים שנה הצהיר המערער כלפי כל גורם מס רלוונטי וכלפי המוסד לביטוח לאומי שהוא עצמאי. במשך עשרים שנה נתן המערער שירותים למשיבה בהסכם, שעל פניו נחזה כחוזה למתן שירותים של עצמאי ולא של עובד, ולא דרש ולו פעם אחת זכות מן הזכויות שזכאי להן עובד שכיר. רק כשהופסק הקשר עמו, נזכר להעלות דרישות אלה. כמשפטן ידע המערער גם ידע מה הן זכויותיו של שכיר, אך בחר מ"שיקולים שלו" (אלה בדיוק המילים שבהן השתמש בעדותו) להימנע מלתבוע זכויות אלה מהמשיבה. התנהגות זו אומרת דרשני. במשך עשרים שנה בחר המערער כביכול לא לנטור את כרמו שלו, ורק לאחר שניתן לו "גט כריתות" על-ידי המשיבה בחר להופיע כעובד. אם סבר המערער שעובד הוא, היה לו זמן די והותר להעלות דרישותיו בנושא זה, כפי שיש לצפות ממי שאמור לנהוג בתום-לב (דב"ע נד77-3/ רוטברג – תדיראן בע"מ [3], בעמ' 468 מול אות השוליים ד).מסקנת הדברים היא שגם אילו היה נקבע שהיו קיימים יחסי עובד-מעביד בין המערער למשיבה, דין תביעתו מושא ערעור זה להידחות בנימוק של חוסר תום-לב מובהק הגובר על דרישת הקוגנטיות."

ובעניין ע"ע 545/05 **מאיר יאיר חיון מור - מדינת ישראל משרד המשפטים** (30.05.2006) כותב השופט (בדימוס) רבינוביץ כי:

ע"ע 15868-04-18; ע"ע 12372-04-18
ע"ע 7338-10-17; ע"ע 34665-10-17

"אף שהמדינה הסכימה, שהמערער הוא בסטטוס של "עובד", קביעה זו לולא הסכמת המדינה, אפשר להרהר אחריה. דברים אלה נאמרים, כי יש בהם, כשלעצמם, כדי לתמוך בתוצאה אליה הגיעה חברתי. 2. המערער, שמשפטים אומנותו, ידע או חזקה שידע או היה עליו לדעת את מהות וטיב ההתקשרות אליה נכנס. הוא ידע שבהתקשרות מעין זו אין זכויות סוציאליות מחד, אך מאידך התמורה גבוהה בהרבה משכרו של שכיר כולל התנאים הנלווים. הוא לא מחה על כך, ולא ביקש להמיר את מעמדו מ"קבלן עצמאי" ל"עובד" (ראה כהשוואה עע(ארצי) 300064/96 פלאי קרני - האיגוד הישראלי למסחר בישראל, פד"ע לו 241). בנסיבות אלה הניכוי שנעשה - מוצדק."

ובע"ע 20005-11-16 **פלוני - אלמוני** (9.1.19), אשר עסק בתביעה של עורכי דין מתחום משפט העבודה, נאמרו על ידי חברי, השופט רועי פוליאק, הדברים הללו:

"אני מסכים ... כי המערער אינו זכאי, בנסיבות החריגות והקיצוניות שפורטו בהרחבה בפסק דינו של חברי סגן הנשיאה, לתשלומים נוספים בגין זכויות סוציאליות הנובעות ממשפט העבודה המגן.
לטעמי, ניתן היה להגיע לתוצאה בין בדרך של קביעה כי בפנינו אחד מאותם מקרים קיצוניים ביותר בהם יגבר עקרון תום הלב על הסטטוס חרף הקוגנטיות של יחסי העבודה (ראו: אלישבע ברק-אוסוסקין, הלעולם קוגנטי? דרכו של בית הדין בנתיבי ההגמשה לאור עקרון תום הלב, ספר אליקה ברק-אוסוסקין 59, 129 (2012)) ובין בדרך בה בחר חברי סגן הנשיאה לפיה גובר עקרון תום הלב, בנסיבות העניין, על הזכויות המוקנות לעובד מכח משפט העבודה המגן, כמפורט בפסקה 49 לחוות דעתו ובאסמכתאות הנזכרות בו".

הנה כי כן, הגם שהייתה עד היום נכונות מסוימת בקרב מי משופטי בית הדין להכיר בכך שחוסר תום לב מובהק, במקרים מסוימים יגבר גם על עקרון הקוגנטיות בקביעת המעמד, הדבר לא יושם הלכה למעשה עד כה, אך כאמור, לדעתנו בשלה העת לכך, מכל הטעמים שציינו לעיל.

עוד נציין, לסיום חלק זה, כי בית דין זה פסק בעבר, בעניין ע"ע 521/08 **יצחק דייג – מועצה אזורית באר טוביה** (6.7.09) על דעת כלל חברי המותב, לרבות הנשיא (בדימוס) סטיב אדלר והשופט (בדימוס) שמואל צור, כי כוונה ברורה של צדדים בעניין אופיה של התקשרות ביניהם יכולה להיות בעלת משקל, ומשקל זה יש בו להטות את הכף כשהמבחנים המקובלים לקביעת יחסי עובד ומעסיק אינם נותנים תשובה חד משמעית למעמד. ועוד נאמר באותו עניין כי:

"יש מידה רבה של היתממות וחוסר תום לב מצד המערער שניצל את מעמדו כקבלן לצורך קבלת העבודה ולאחר סיומה הוא טוען למעמד של עובד, בו לא היה יכול לזכות באותה עבודה. אין מדובר אפוא במצב שבו מעסיק "כופה" על עובד התקשרות כקבלן או מנצל לרעה את חולשתו. מדובר בהתקשרות מודעת של שני הצדדים, כשכל צד מפיק ממנה תועלת. גם לכך יש לתת משקל בנסיבות העניין."

חשיבה מחודשת על 'חישובית', 'הרתעתית' ו'מסורתית'

63. עד כה עסקנו בשאלה מה יהיה רוחב שער הכניסה להיות אדם במעמד של "עובד" על כל הנגזר מכך. אולם כעת, שומה עלינו לבחון מה יהיה הדין למי שאכן בא בגדרי המונח "עובד", ובסיומם של יחסי העבודה עולה שאלת ההתחשבנות בדיעבד. האם - ומתי - ניתן לקזז מזכויות עובד, שהוכר בדיעבד ככזה, סכומים שקיבל ב"יתר" ממעסיקו. שאלה נוספת היא האם סכומי ה"יתר" מקימים גם חובת השבה, שיכולה לעלות על הזכויות הנפסקות לזכות העובד. או, שאולי, יש מקום לבחון דרך אחרת שיהיה בה מענה לסוגיה זו.

64. פרטנו לעיל את הגישות השונות שנתנו עד היום בפסיקה לשאלה כיצד לחשב את זכויותיו של מועסק שהוגדר בדיעבד כ"עובד". אליבא דכל הגישות "**המצב הנורמטיבי הרצוי הוא כי מועסקים שהינם "עובדים", לפי הכללים שנקבעו לכך בפסיקה, יוגדרו ככאלה מלכתחילה, יקבלו בעין ובאופן שוטף את הזכויות המגיעות להם מכוח חוקי המגן וההסכמים הקיבוציים הרלוונטיים, ויהיו זכאים לבחור ולהיבחר לארגון עובדים וליהנות מייצוגו**". כמו כן, ישנה תמימות דעים כי "**איננו מעוניינים במצב בו מועסק יגרום להגדרתו השגויה כ"עצמאי"**

מטעמיו - דוגמת יתרונות מס, או יסכים לה ביודעין ועל אף העדרם של פערי כוחות ומידע בינו לבין המעסיק, תוך קבלת תמורה כספית המשקללת את כל הזכויות הכספיות והאחרות שהיה זכאי להן לו היה מוגדר מלכתחילה כ"עובד" – ולאחר סיום ההתקשרות ידרוש בדיעבד פעם נוספת את ערכן הכספי של הזכויות, בחוסר תום לב ותוך ניצול לרעה של דיני העבודה" (סעיף 42 לפסק דין רופא).

ועדיין, לא ניתנה עד כה פסיקה אחידה בסוגיה זו, ורבו בה הדעות, והשמות ("חישובית", "אחוזית", "מסורתית", "הרתעתית") ופרטי הפרטים, ובבתי הדין האזוריים ובבית הדין הארצי קיימים קולות שונים בסוגיה, הן במישור העקרוני, והן באופן יישומן של ההלכות.

ועל כך אמר השופט רובנישטיין (עוד בטרם באו לעולם פסקי הדין בעניין **רופא**, **עמיר**, **צרפתי** ואחרים נוספים), כי "**מצב זה של קולות שונים המתרוצצים בקרבה של ערכאה אחת, בודאי לאחר שהשאלה הוכרעה יותר מפעם אחת (גם אם ברוב דעות) בעייתי. גם אם הלכה שנקבעה בבית הדין הארצי - ובענייננו מדובר בהלכה ותיקה שנקבעה בדעת רוב - אינה כובלת את שופטיו במקרים אחרים, קיימים גם שיקולים של מדיניות משפטית. הצורך ביציבות משפטית נדון לא אחת בפסיקת בית משפט זה...; ואף אם עמדה משפטית אפשרית מסוימת אינה נראית בעיני שופט, עליו ליתן משקל גם לשיקולי מדיניות אלה "כי בין אמת לאמת - יציב עדיף"**. (בג"ץ 671/10 **מקורות חברת מים בע"מ נ' פיליפ טיברמן** (10.10.2011)

נוכח זאת, אין מחלוקת על צורך בהכרעה ברורה וסופית למען יציבות ואחידות ההלכה.

מסיבה זו, לטעמי יש מקום לבחון חלופה חדשה ונוספת כמענה לסוגיה, שלא הייתה בנמצא עד כה, שמא ואולי תהיה היא מזור - **כך שזו תהיה ההלכה המחייבת מעתה ואילך**.

החלופה המוצעת היא הוספה של "פיצוי לא ממוני".

65. כללם של דברים הוא, שכאשר נדרשים לקבוע מהן הזכויות להן זכאי מי שהוכר למפרע כעובד, הרי שישנם שני נדבכים: **הנדבך הראשון** – **פיצוי ממוני** המושתת על רציונל תרופתי לעובד התובע, ורציונל זה מצריך קביעה של הנזק הממוני שנגרם לעובד (בהתבסס על השוואה בין הזכויות הממוניות, שאמורות היו להשתלם לו בראי השכר החלופי, לבין התמורה הקבלנית ששולמה בפועל), **הנדבך השני** - הוא **פיצוי לא ממוני** שבו מוקנה לבית הדין שיקול דעת לפסוק בנסיבות המתאימות פיצוי המגלם בתוכו את כלל השיקולים שיש להביאם בחשבון, לרבות נסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה ושיקולי רוחב.
להלן נרחיב אודות כל אחד מהשלבים.

66. הדרך לבחינת הסוגיה החישובית מורכבת מהשלבים הבאים:

השלב הראשון הוא שלב "הפיצוי הממוני"

בשלב זה מבוצעת תחילה **השוואת עלות המעסיק לתמורה הקבלנית -** לצורך בחינת השאלה אם נגרם לעובד נזק ממוני יש לבדוק את הפער (שיכונה גם **ה"דלתא"**) בין עלות המעסיק לפי השכר החלופי (ככל שהוכח שכר כאמור) לבין התמורה הקבלנית, וזאת נכון ליחידת הזמן הרלוונטית (שכר שעתי/יומי/חודשי). עלות המעסיק כוללת את הזכויות הסוציאליות המוקנות בחוקי המגן ובצווי ההרחבה הכלליים; זכויות סוציאליות נוספות המוקנות באותו מקום עבודה (בכלל או ביחס לעובדים מסוגו של העובד התובע); וכן את דמי הביטוח שיש לשלם בגין עובד שכיר למוסד לביטוח לאומי.

את התחשיב יש לבצע בהתאם למאפייניו של כל עובד וכל מקום עבודה, אך דרך כלל הזכויות הסוציאליות מכוח חוקי המגן וצווי ההרחבה הכלליים כוללות פיצויי פיטורים; הפקדה לתגמולים; חופשה; מחלה; חגים; דמי הבראה; הוצאות נסיעה. כמו כן במקומות עבודה רבים מקובלת גם הפקדה לקרן השתלמות. אשר לדמי הביטוח הלאומי יש להתאים זאת למאפייני העובד הספציפי. מטעמי נוחות ועל מנת לשמור על מכנה משותף אחיד במידת האפשר - ניתן לבצע את החישוב ביחס לחודש העבודה האחרון (אלא אם קיימת הצדקה

בנסיבות העניין לחשב אחרת), ובמידת הצורך - להכפילו במספר חודשי העבודה אך לא יותר מתקופת ההתיישנות (שבע השנים שקדמו להגשת התביעה).

נדגיש כי הנטל להוכיח זאת מוטל על המעסיק. משמעות הדברים היא כי במקרים בהם מוכיח המעסיק שכר חלופי, היינו משכנע את בית הדין מה הוא השכר שהיה משולם לתובע לו היה מסווג מלכתחילה כעובד - יחושבו זכויות העובד בהתאם לשכר החלופי שייקבע. הראיות לשכר החלופי עשויות להיות, ולא כרשימה סגורה, שכרו של עובד מקביל אשר ביצע עבודה דומה; טבלת השכר בהסכמים קיבוציים רלוונטיים; שכר ראוי לעובד שכיר באותו מעמד כפי הנלמד ממקורות חיצוניים, למשל באמצעות חוות דעת מומחה במקרה שאין עובדים בתפקידים דומים; או ראיות לגבי שכר חלופי שהוצע או נקבע בתום לב וכדין בין הצדדים עצמם, ככל שהיה כזה, הכל בהתאם לנסיבותיו הספציפיות של המקרה ושיקול דעתה של הערכאה הדיונית.

ככל שלא הוכח שכר חלופי - לא עמד המעסיק בנטל המוטל עליו בקשר לכך - תחושבנה הזכויות לפי התמורה הקבלנית שקיבל המועסק כ"עצמאי". דהיינו יש לפסוק את הזכויות הסוציאליות הכספיות בהתאם לתמורה הקבלנית ששולמה בפועל, ואין כלל "דלתא". עם זאת, ייתכן כי גם במקרה כזה תהא הצדקה לפסוק פיצוי לא ממוני, בהתאם לקווים המנחים שיפורטו להלן וכלל נסיבות העניין.

עם זאת, במקרה שבו המעסיק הוכיח את השכר וישנו פער בין השכר ששולם בפועל לעובד במהלך תקופת העבודה ("התמורה הקבלנית") לבין עלות המעסיק לפי השכר שכר החלופי - **<u>ניתן יהיה במסגרת ההתחשבנות לקזז מהעובד את הסכומים להם הוא זכאי כתוצאה מההכרה בדיעבד במעמדו כעובד וזאת עד לגובה הפער שבין התמורה "הקבלנית" לבין עלות המעסיק לפי השכר החלופי כפי שנקבע עבורו.</u>**

במילים אחרות: בכל מקרה של התחשבנות בדיעבד - התמורה תחושב בהתאם לשכר שכירי (ככל שהוכחה), **<u>וכן יבוצע קיזוז</u>** (כפי ברירת המחדל שהייתה עד כה בגישה "החישובית").

(ראו לעניין זה גם עמדתו של פרופ' גיא דוידוב במאמרו: "התניה על סטטוס "עובד" והשלכותיה", **משפטים נ'** תש"ף (להלן: **דוידוב התניה על סטטוס**) בעמ' 92 ובעמ' 107, לפיה מאחר שכסף הוא בר חלופיות, הרי שניתן להביא בחשבון תשלומים שבוצעו בעודף כחלק מהתמורה הקבלנית, כאילו שולמו על חשבון הזכויות הכספיות מכוח דיני עבודה, כל עוד מדובר בזכויות הכספיות).

נציין עוד, כי מעסיק לא יהיה זכאי להחזר של חלק מהסכומים ששילם לעובד מכוח ההסכמה החוזית ביניהם רק בגלל שהעובד ביקש הכרה בו ככזה, ולכל היותר רשאי מעסיק לעתור לקיזוז הפער (שבין השכר החלופי שיוכח על ידו לבין התמורה הקבלנית) כנגד זכויות שתיפסקנה לזכות העובד במסגרת תביעתו, ולא מעבר לכך (לטעמים לכך ראו למשל **פרוקצ'יה**, בעמ' 16-15).
עד כאן הקו המנחה ואין אנו מביעים עמדה בשאלה מה הוא הדין במצבים ייחודיים כגון מעסיק שחל עליו סעיף 29 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה – 1985, או כאשר חל על הצדדים הסכם קיבוצי המונע אפשרות לעריכת הסכם אישי מיטיב ((עבודה (ארצי) 85-3/נד **גולדפרב יעקב - התעשיה האווירית לישראל בע"מ**, כז(1) 287 (1994)).

לבסוף נציין כי כוונת דברינו בשלב זה מתייחסת רק לזכויות סוציאליות ממוניות שהגיעו לעובד במהלך תקופת העבודה וסיומה ומשולמות לו כעת כחלק מתיקון הסיווג השגוי, ואינה מתייחסת לזכויות אחרות שהעובד או העובדת עשויים לתבוע במסגרת אותו כתב תביעה, דוגמת - למשל - פיצוי בגין הטרדה מינית.

67. **השלב השני הוא שלב "הפיצוי הלא ממוני"**

תחילה יש לבחון <u>האם אכן יוטל הפיצוי</u>, הנתון לשיקול דעת בית הדין. <u>נקודת המוצא היא שיש לפסוק פיצוי שכזה ושהנטל לשכנע כי אין להטילו מוטל על המעסיק.</u>
ההיבט הראשון שניתן להביאו בחשבון לצורך כך נגזר מהעובדה לפיה במקרה הרגיל גלומות בהכרה במועסק כעובד זכויות בעלות ערך כלכלי שאינן ניתנות לכימות, כגון מגבלות על פיטורים וזכויות נוספות שאינן ממוניות (האפשרות

לקידום, ביטחון תעסוקתי, השתלבות חברתית במקום העבודה וכדו') וכן זכויות הנגזרות מהמטרות אותן דיני העבודה באים לקדם. על התכליות השונות עמדנו בהרחבה לעיל בחלק שעסק בהגדרת מעמד העובד. בקצירת האומר נאמר, כי בין אותן מטרות ומבלי למצות נמנות ההגנה על רווחתם של העובדים, על זכויותיהם ועל כך שלא ינוצלו בידי המעסיק וכן הרתעה מפני סיווגים מוטעים באופן כללי.לשם כך נדרשת הרתעה אפקטיבית של מעסיקים מפני סיווג מוטעה, בדמות פיצוי.

שיקולים שונים נוספים שניתן להביאם בחשבון על מנת לקבוע אם יש מקום להטלת פיצוי זה או לא, כגון: מי הכתיב את מודל ההתקשרות בין הצדדים; מידת חוסר תום הלב מצדו של המעסיק או מצדו של העובד; ידיעתו של המעסיק שהוא מעסיק את העובד כעצמאי למרות היותו עובד לפי מבחני הפסיקה; כלל הנסיבות המצביעות על ניצול חולשתו של העובד על ידי המעסיק על מנת לשלול ממנו את זכויותיו; היחס בין השכר הקבלני ששולם לבין שכר עובד "שכירי"; קיומה של מערכת יחסים קיבוצית במקום העבודה המיטיבה עם ציבור העובדים; ההקשר התעשייתי – למשל: האם מדובר בסוג עיסוק שמקובל בו לעבוד כעצמאיים; משך העסקה; המידה שבה חרגו כלל תנאי העסקה מן הנדרש לפי דיני העבודה וחוקי המגן; התאמה של חומרת ההפרה לשיעור הפיצוי שיקבע; שקלול זכויות "לא ממוניות" שהעובד לא קיבל בשל הסיווג השגוי. כך למשל מקרים שבהם כתוצאה מסיווג שגוי הודר המועסק מפעילויות ונחסמו בפניו מסלולי קידום; שיקולים הרלוונטיים למעסיק ציבורי. כך למשל ניתן לבחון את קיומן של זכויות לא כלכליות ייחודיות הקיימות בעיקר במגזר הציבורי ובמקומות עבודה שיחסי העבודה מוסדרים בהם ביחסים קיבוציים; שיקולי מדיניות משפטית רחבה - כגון הצורך ביצירת הרתעה מפני סיווגים מוטעים באופן כללי.

זהו איפוא החלק שבו נקבע, על פי שיקולים רלוונטיים שונים - <u>האם</u> יש לסטות מנקודת המוצא בדבר הטלת "פיצוי לא ממוני".

68. לעניין <u>פיצוי לא ממוני</u> נציין כי פיצוי בגין נזק "שאינו נזק ממון", ניתן לפסוק לפי שיקול דעתו של בית הדין מכוח סעיפים 10 ו-13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת

חוזה), התשל"א - 1971. המעסיק נחשב לצורך כך כמי שהפר את חוזה העבודה, שכן "**הוראות קוגנטיות, מעצם הגדרתן, הן חלק מן החוזה ללא תלות בהסכמת הצדדים**" (פרוקצ'יה, בה"ש 90, והאסמכתאות שם).

69. אשר לשיקולי ההרתעה אותם הזכרנו יש לציין את הדברים הבאים:

כאשר צד ליחסי עבודה הוכר כקבלן לאורך השנים וכעת מכירים בו כעובד (בהתאם למבחנים שמנינו בחלק הראשון), יש לכך שתי תוצאות: האחת, כי לאורך השנים זכויותיו של העובד, מכוח דיני העבודה - הופרו, והאחרת, כי השכר ששולם לו היה לרוב גבוה מזה שהיה משולם לו כעובד. על מנת להימנע ממצב זה, הפסיקה עסקה בשאלה אלו אמצעים לנקוט כנגד המעסיק על מנת להרתיעו מלבצע מלכתחילה סיווג מוטעה. הסנקציה המרכזית היא - שלא להכיר בזכותו של המעסיק לקיזוז השכר העודף ששילם עקב הסיווג הקבלני, ואך ברור הוא שגם לא תהיה השבה של כספים מהעובד למעסיק. סנקציות אלו יוצאות כמובן מנקודת מוצא בה יחסי הכוחות בין העובד למעסיק נוטים בבירור לצידו של המעסיק. במצב דברים זה, אל נכון הוא כי נדרשת הרתעה כלפי המעסיק, לבלתי ינצל את כוחו ומעמדו ביחס לעובד, ליצירת מצג שאינו נכון בסיווג היחסים ביניהם.
אלא, שאליה וקוץ בה, מאחר שסנקציה זו עלולה להביא להרתעת יתר (כאשר ההפרש בין שכר העובד לשכר הקבלני גבוה מאד) ולהרתעת חסר (כשההפרש בין שכר העובד לשכר הקבלני הוא נמוך); לתמרץ מעסיקים שכבר החליטו להפר את הדין לעשות את הפגיעה בעובדים בדרך חמורה יותר ביחס לעובד (קרי כישלון ביצירתה של "הרתעה שולית" = תמרוצו של מי שכבר בחר להפר את הדין כך שיעדיף הפרה קלה על פני הפרה חמורה – מאחר שהסנקציה עולה עם עליית השכר הקבלני, היא מתמרצת מעסיק מפר לשלם לעובדיו שכר קבלני נמוך ככל האפשר); וכן נוגדת את עקרון ההלימה – קרי יש בה הטלת סנקציה קלה בגין הפרה חמורה וסנקציה חמורה בגין הפרה קלה (מאחר שכאשר השכר הקבלני נמוך היא משיתה על המעסיק עלות נמוכה או אפסית וכאשר השכר הקבלני גבוה היא משיתה עליו עלות כבדה) (**פרוקצ'יה**, בעמ' 15-12).

לדעתנו, מתן משקל לכל הנ"ל במסגרת פיצוי הנתון לשיקול דעת בית הדין, מאפשר ליתן פיצוי שבמסגרתו נלקחים בחשבון שיקולי הרתעה אך באופן הנותן מענה נכון, ראוי ומקיף יותר, תוך שנלקחים בחשבון שיקולים רלוונטיים נוספים.

מודל זה מאפשר להתאים את גובה הסנקציה לחומרת ההפרה, כך ששיעור הפיצוי יכול שיהיה גבוה יותר ככל שההפרה חמורה יותר. כאשר תהיה הלימה בקביעת הפיצוי לרמת ההרתעה המבוקשת, ההרתעה לא תהיה נמוכה מידי או מופרזת. שמירה על יחס מתאים בין שיעור הפיצוי לחומרת ההפרה תאפשר יצירה של הרתעה שולית רצויה. בכלל זאת גם ינתן משקל לשאלת תום הלב, רוצה לומר, מעסיק ששגה בתום לב בסיווג העובד יישא בפיצוי בשיעור מופחת אל מול מעסיק שבחוסר תום לב ומאינטרס שלו בחר לנסות ולעקוף את חוקי המגן, ועל כן יישא בשיעור פיצוי גבוה יותר.

בדרך זו יהיה מענה מספק למכלול השיקולים, באופן שייצור הרתעה מפני סיווג שגוי ויסייע בהגשמת תכליותיו של משפט העבודה, מבלי לפגוע ברצון להשיג גם צדק אינדיבידואלי במקרה נתון.

70. **שיעור הפיצוי** - <u>לאחר שנקבע כי יש להטיל פיצוי על המעסיק נותר לקבוע את שיעורו.</u>

גם לעניין שיעורו של הפיצוי – קיימים שיקולים רלוונטיים שבית הדין יכול להביא בחשבון, בין היתר ולאו דווקא לפי סדר חשיבותם, כגון: האם מדובר במערכת יחסים קיבוצית שבה גלומות זכויות לא כלכליות בעלות משמעות (לעומת יחסי עבודה אצל מעסיק לא מאורגן); מידת חוסר תום הלב מצדו של המעסיק או מצדו של העובד; האם המעסיק ניסה ביודעין לעקוף את דיני העבודה, או שמא שגה בתום לב בסיווג ההתקשרות; מי הכתיב את מודל ההתקשרות בין הצדדים – כך למשל הסכמה אמיתית של העובד, או יוזמה ברורה מצדו להגדרתו כ"קבלן" מתוך אינטרסים שלו, רלוונטיות לצורך הפחתת סכום הפיצוי, ובמקרים המתאימים (בפרט כאשר המעסיק אולץ להסכים ולכן אין לראותו כאחראי אפילו להעדר בדיקה) - עד כדי ביטולו; מידת הניצול של חולשת העובד ותלותו במעסיק

(ככל שקיימת); האם נעשה סיווג שגוי כלפי עובדים נוספים; חלקו של העובד בהחלטה לאמץ את מתכונת ההעסקה הקבלנית; המידה שבה חרגו תנאי ההתקשרות בפועל מהנדרש על פי דיני העבודה; גובה התמורה הקבלנית ששולמה לעומת השכר החלופי וזאת כאינדיקציה הן למידת רצונו החופשי של העובד והן להיקף התועלת הכלכלית שהפיקו המעסיק או העובד מהסיווג השגוי; האם הוצע לעובד לתקן את הסיווג השגוי ולעבור למעמד של "עובד" תוך כדי תקופת העבודה, כאשר לצורך כך יש לקחת בחשבון את עיתוי ההצעה וכן את מידת סבירותה והגינותה. נתונים רלוונטיים נוספים הם האם הוכח שכר חלופי או שמא הזכויות הסוציאליות חושבו לפי התמורה הקבלנית (כאשר במקרה כזה, ככל שניתן להניח שהשכר השכירי היה למעשה נמוך יותר אך לא הוכח - ניתן להביא בחשבון את עצם פסיקת הזכויות לפי התמורה הקבלנית); ההקשר התעשייתי – למשל: האם מדובר בסוג עיסוק שמקובל בו לעבוד כעצמאיים; משך העסקה; וכן שכיחותם הכוללת של סיווגים מוטעים בענף הרלוונטי והצורך בהרתעת הרבים. עוד ניתן להביא בחשבון שקלול זכויות "לא ממוניות" שהעובד לא קיבל בשל הסיווג השגוי. כך למשל מקרים שבהם כתוצאה מסיווג שגוי הודר המועסק מפעילויות ונחסמו בפניו מסלולי קידום; טובת ההנאה הכלכלית של הצדדים – דהיינו, ככל שהמעסיק לא חסך בעלויות אולם העובד "הרוויח" מהסיווג, הדבר ישפיע כך שהפיצוי יהיה נמוך, או שבנסיבות מסוימות כלל לא יקבע.

<u>הכלל בהקשר זה הוא שיש להתאים את גובה הפיצוי ודרך קביעתו לנסיבות כל מקרה</u>.

71. **אשר להיבטים הפרקטיים של ההסדר החדש -** כיוון שמדובר בפסיקה תקדימית, אמות מידה מדויקות יותר לדרך חישוב הפיצוי תגובשנה בפסיקה העתידית, עקב לצד אגודל, עם התפתחות הפרקטיקה בקשר לכך.
ערים אנו לכך שריבוי השיקולים לקביעת שיעורו של הפיצוי מקשים על יצירתן של אמות מידה אחידות ובהירות, אך בראייה כוללת, נוכח היתרונות הגלומים במנגנון זה, ונוכח המחלוקת ארוכת השנים ביחס לחלופות שהונהגו עד כה, סבורים אנו כי היתרון מאפיל על החיסרון, ועל כן יש לאמץ את המנגנון שנקבע

על ידנו. ויודגש – לא מן הנמנע כי בתיקים נוספים שיגיעו בהמשך בסוגיה זו, בית הדין ימשיך וייפתח כללים ותתי כללים נוספים על מנת להגביר את אחידות הדין וציפיותו.

72. עוד ערים אנו לקושי כי חלק לא מבוטל מזכויות המוקנות לעובד הן זכויות "לא ממוניות", שערכן הכספי קשה להערכה, בין היתר, כי הן כוללות מרכיב אישי סובייקטיבי (לדוגמה התערות חברתית במקום העבודה) וכן מרכיבים ספקולטיביים (לדוגמה אפשרות לקידום בעבודה), אך הקושי שישנו הוא גם היתרון שיש לשימוש במנגנון "הפיצוי הלא ממוני", כך שלשם קביעת השיעור נלקחים בחשבון כלל השיקולים הרלוונטיים לרבות הנזקים הלא ממוניים, הגם שאת ערכם הכספי לא ניתן לקבוע במדויק.

73. לסיום פרק זה נציין כי "**מדובר בסוגיה שאינה רק נוכחת קבועה באולמות בתי הדין לעבודה ובעלת השלכות כספיות כבדות אלא גם עוסקת בנושא רב-ממדי ומורכב משפטית, שבו מתנגשות תפיסות חברתיות ומשפטיות שונות. לפיכך ימים יגידו אם ניתן בכל זאת להביא את הספינה המיטלטלת של ההלכה בנושא תום הלב, הקוגנטיות, הקיזוז וההשבה אל חוף מבטחים**" (**מירוני**, בעמ' 175).

ההכרעה המשפטית, עשיית צדק ומה שביניהן

74. לאחר כל הנאמר עד כה, חשוב להבהיר כי בבוא השופט להכריע בסוגיות הללו, הרי שכמו בכל סוגיה העומדת להכרעתו, חובתו הבסיסית של השופט היא לשפוט משפט צדק.

אם נצמצם את כל המשפט לכדי 'משפט' אחד – נוכל לדבר על עשיית 'צדק'. כאשר מדברים על 'צדק' במשפט - לרוב אנו מתמקדים בצדק שבין בעלי הדין. אם כי, מובאים בחשבון גם שיקולים רחבים החורגים מהמסגרת הצרה של בעלי הדין - ואז אנו עושים שימוש במונחים של חוקיות, מוסריות ו'תקנת הציבור'. המשפט מנסה לאזן בין הצדק שבין הפרטים - 'הצדק האינדיבידואלי', לבין מטרות חיצוניות - הצדק הכללי או הקבוצתי.

אין חולק כי במשפט העבודה קיים, ולרוב בעצימות גבוהה, פער ומתח מובנה בין תחושת הצדק האינדיבידואלי - בין שני הפרטים נשוא הסכסוך הקונקרטי - לבין ה'צדק הקבוצתי/כללי' - בהתייחס לכלל מעמד העובדים.

מתח זה, שאינו מיוחד רק למשפט העבודה, ניתן להדגמה בדוגמה הבאה: עובד שיזם עבודה בפחות משכר מינימום, אצל מעסיק תם לב, לא תדחה תביעתו בדיעבד לשכר מינימום רק בשל תחושת הצדק האינדיבידואלית בין שני הפרטים הנוכחיים, זאת מאחר שלא ניתן לבחון את מערכת היחסים הקונקרטית במנותק מ'התמונה הכוללת' והיא השלכת המעשה על מעמד העובדים.

הסוגיה המתעוררת בענייננו של קביעת מעמד בדיעבד, מחדדת את הפער והמתח האמור, במיוחד במקרים בהם העובד לא נעשק כלכלית. וזאת מדוע?

כי אם צמצמנו קודם את 'המשפט' לכדי הניסיון לעשות צדק, הרי שההיסטוריה של המשפט היא ניסיון ל"פרמל" את הצדק לכדי כללים ידועים על מנת שהצדק יוצג כמשהו אובייקטיבי. אלא שכללים ונוסחאות אלה לעולם לא יצליחו לכסות את כל גווני הביניים שהמציאות מייצרת, ולכן נדרש המשפט לא מעט לשימוש ב'שסתומים', שהם הדרך לגשר על המתח שבין 'הצדק האינדיבידואלי' לבין 'הצדק הקבוצתי' וחוסר היכולת לקבוע מראש כללים. לענייננו רלוונטי בעיקר עיקרון 'תום הלב'.

השימוש בשסתומים כגון תום הלב נעשה מקום בו היישום הדווקני של הכלל המשפטי אינו עולה בקנה אחד עם ערכים שבית המשפט חש שהם ראויים להגנה (**עמרי ידלין**, בעמ' 867), ובכלל זה תחושת הצדק. ביטוי למגמה זו של שימוש בתום לב לצורך התאמת התוצאה לתחושת הצדק האינדיבידואלי ניתן למצוא בנגזרות של קביעת מעמד בדיעבד:

תחילה, בנכונות העקרונית להכיר בשלילת המעמד בשל חוסר תום לב מובהק, עליה עמדנו בחלקו הראשון של פסק הדין; ולבסוף בנכונות לקבוע פיצוי שבו תילקח בחשבון, כאחד השיקולים, שאלת תום הלב של הצדדים.

סיכומם של דברים – המישור המעשי

75. עת ניצבת לפתחו של בית הדין סוגיית הכרה ביחסי עובד ומעסיק, עליו **להידרש תחילה למבחנים הידועים** לקביעת הסיווג, לרבות בחינה מדוקדקת יותר של הפן

השלילי. במסגרת המבחנים הללו יש להביאו בחשבון שיקולים נוספים על אלו שהיו נהוגים עד היום לרבות עניין תום הלב, מעמדם של הצדדים, הסכמת הצדדים ועוד, כמפורט בהרחבה לעיל **בסעיפים 62-55**. ככל שאין מדובר ב"עובד" – אין לעבור ולבחון את שאלת ההתחשבנות בדיעבד (אף לא לחלופין!).

ככל שנקבע כי אכן עסקינן "בעובד", הרי שאז יש לבחון את הזכויות הנתבעות על בסיס השכר המשוער שהיה מקבל לו היה מוגדר מלכתחילה כ"עובד", כאשר הסכומים להם זכאי יקוזזו תחילה מהפער שישנו (ככל שישנו פער) בין עלות המעסיק לפי השכר השכירי לתמורה הקבלנית, ובהתאם לעקרונות שפרטנו לעיל **בסעיף 66**.

כאשר יש צורך והשכר הקבלני ששולם אינו מספיק על מנת שיכלול את השכר שצריך להשתלם לרבות הזכויות הסוציאליות (על בסיס השכר המופחת) הרי שאז יושלם הפער שבין השכר הקבלני לבין מה שצריך להשתלם.

לאחר מכן תבחן השאלה האם יש מקום להטיל על המעסיק פיצוי הנתון לשיקול דעת בית הדין, כאשר נקודת המוצא היא שיש לפסוק את הפיצוי "הלא ממוני" והנטל לשכנע כי אין מקום להטיל פיצוי כזה הוא לפתחו של המעסיק.

בשלב זה נדרש בית הדין לשיקולים שונים (שפורטו לעיל **בסעיפים 69-67**) ולבסוף קובע האם יש להטיל את הפיצוי.

כאשר נקבע כי יש להטיל פיצוי נדרש בית הדין לקביעת שיעורו של הפיצוי.

בהיבט של סוגיית תום הלב, שהוא אחד השיקולים לפסוק פיצוי "לא ממוני", ניתן יהיה לשקול כזאת:

כי העובד לא יקבל פיצוי נוסף או שיהיה זה פיצוי בשיעור נמוך – במקרים שבהם העובד חסר תום לב;

כאשר עסקינן בכך ששני הצדדים היו תמי או חסרי תום לב - תהיה זו "תוצאת ביניים" לעניין הפיצוי "הלא ממוני";

וכאשר מדובר במעסיק שהיה חסר תום לב בצורה מובהקת – או אז שיעור הפיצוי יהיה גבוה (ותילקח בחשבון גם העובדה שחישוב הזכויות הסוציאליות נעשה על בסיס שכר מופחת ולפיכך יש להגדיל את שיעור הפיצוי על מנת שתשמר ההרתעה הנדרשת של מעסיקים להימנע מסיווג מוטעה).

76. על מנת לפשט את הדברים ולסיכום הסוגיה נציג "תרשים זרימה" לפיו יש לבחון את שאלת ההכרה ביחסי עובד ומעסיק בדיעבד:

1) **<u>בשלב הראשון (שלב ההכרה)</u>** – *העובד צריך להוכיח* כי למרות ההסכם עם המעסיק לפיו הוא עובד כעצמאי, חלים עליו המבחנים של יחסי עובד ומעסיק, לרבות בחינה מדוקדקת של הפן השלילי של מבחן ההשתלבות.
במסגרת מכלול השיקולים של המבחן המעורב המעסיק יוכל להוכיח כי נתקיימו נסיבות כאלה המצדיקות לקיחה בחשבון את התנהלותו של העובד בחוסר תום לב שייתן משקל מסויים, במקרים הגבוליים, לרצונו של העובד להיות עצמאי.
2) היה ונקבע כי 'העובד' פעל בחוסר תום לב כזה המחזק את משמעות ההסכמה או הרצון שלא לעבוד במתכונת של עובד שכיר, <u>כבר בשלב הזה (ולא בשלב של חישוב הזכויות) תינתן לכך נפקות ויקבע כי לא מתקיימים יחסי עובד ומעסיק, ולכן אינו זכאי לזכויות כלשהן.</u>
3) היה וחוסר תום הלב ומשמעות ההסכמה או הרצון לא יוכחו, הרי שאז יקבע כי התקיימו יחסי עובד ומעסיק. ויודגש - רק כאשר נקבע שהתקיימו יחסי עבודה נעבור לבחון את שאלת חישוב הזכויות.
4) **<u>בשלב השני (שלב חישוב הזכויות) -</u>** היה ונקבע כי מתקיימים יחסי עובד ומעסיק יבוצע חישוב הזכויות באופן הבא:
   א. חישוב ערך השכר השכירי החלופי (אשר המעסיק צריך להוכיח), כולל ערך הזכויות הסוציאליות הנגזרות משכר חלופי זה, כמקובל באותו מקום עבודה לעובדים במשרות דומות.
   ב. קיזוז הסכום המפורט בסעיף 4א מסך התמורה הקבלנית שקבל העובד. עד לגובה הפער שבין עלות המעסיק לפי השכר החלופי לתמורה הקבלנית ששולמה בפועל.

ג. אם יהיה קיים פער בין התמורה הקבלנית שקבל העובד, לבין החישוב שבוצע על פי סעיף 24ב, ישאר פער זה ברשות העובד, ולא יוחזר למעסיק.

5) בנוסף לתשלום הזכויות הסוציאליות עצמן כמפורט בס"ק 4 וככל שהמעסיק לא שכנע שאין להטילו, יפסק פיצוי "לא ממוני", על בסיס מגוון רחב של שיקולים ובין היתר בשים לב לזכויות הלא ממוניות של מי שהוכר כעובד בדיעבד, לשיקולי הרתעה ובשים לב לנסיבותיו של כל מקרה.

77. על בסיס עקרונות אלו, נפנה לבחון את המקרים הפרטניים העומדים להכרעתנו בערעורים שלפנינו.

מהכלל אל הפרט

ע"ע 15868-04-18 (גבריאל כותה – עיריית רעננה)

רקע עובדתי

78. המערער (להלן – **מר כותה**) הגיש תביעה להכיר בו כעובד המשיבה (להלן – **עיריית רעננה** או **העירייה**) לבית הדין האזורי בתל אביב (סע"ש 614-07-14; השופטת שרון אלקיים ונציג הציבור מר זאב בירנבוים). במסגרת התביעה עתר מר כותה לחייב את העירייה בתשלום זכויותיו כעובד שכיר. בנוסף לכך עתר לחייבה בתשלום פיצויי פיטורים, פיצוי בגין פיטורים שלא כדין ותמורת הודעה מוקדמת.

79. העירייה טענה מנגד, כי לא התקיימו יחסי עובד ומעסיק בין הצדדים, ועל כן יש לדחות את התביעה. בנוסף לכך הגישה העירייה תביעה שכנגד בה עתרה להשבת שכר ששולם למר כותה מעבר לשכר המגיע לו בהתאם להסכמים הקיבוציים המאושרים ובניגוד להוראות חוק יסודות התקציב.

80. אלו הן העובדות הרלוונטיות כפי שפורטו על ידי בית הדין האזורי:

ע"ע 15868-04-18; ע"ע 12372-04-18
ע"ע 7338-10-17; ע"ע 34665-10-17

א. מר כותה הוא מורה ל"ריקודי עם", אשר התקשר עם העירייה בהסכם התקשרות לפיו יעניק שיעורי "ריקודי עם" בבתי ספר שונים בעיר רעננה, במסגרת פרויקט "בית ספר רוקד" של האגף לחינוך משלים. הסכם ההתקשרות הראשון בין הצדדים החל ביום 1.9.1991.

ב. בהתאם להסכמי ההתקשרות, ההתקשרות חודשה מידי שנה באופן שמי מהצדדים היה יוצר קשר עם הצד האחר לצורך תיאום ההתקשרות לשנה הבאה בסמוך לתחילתה. הסכמי ההתקשרות, שכותרתם השתנתה במהלך השנים, נחתמו בסמוך לסוף כל שנה קלנדרית ובהם נקבע, בין היתר, תקופת ההתקשרות, התמורה בגין העבודה ותנאים להפסקת העבודה.

ג. מר כותה לימד ריקודי עם בבתי ספר יסודיים בתחומה של העירייה (ובעיקר בשלושה בתי ספר – הדקל, מגד והיובל) כשתכלית הלימודים הינה שני אירועים מרכזיים שקיימה העירייה ומומנו על ידה (האחד, "פסטיבל המחולות" אשר התקיים ביום העצמאות והשני, "פסטיבל שירי ילדים". בנוסף לימד מר כותה בקייטנות שהפעילה העירייה מטעמה בחופשת הקיץ.

ד. עובדי ההוראה בבתי הספר, כולל מנהלת בית הספר מועסקים על ידי משרד החינוך ורק עובדי המינהל שבבתי הספר (מזכירות, אבות בית וכו') הם עובדי העירייה.

ה. בתחילת תקופת ההתקשרות שכרו של מר כותה שולם באמצעות תלושי שכר, וביתר התקופה התמורה שולמה כנגד חשבוניות מס בהן מר כותה רשום כעוסק מורשה.

ו. השכר השעתי של מר כותה, החל משנת 2008 לערך, עמד על סך 90 ₪ בתוספת מע"מ.

ז. מר כותה נהג למסור דיווח חודשי על שעות עבודתו, אשר נבדק ואושר על ידי מנהל בית הספר בו לימד.

ח. מר כותה ניהל עסק עצמאי והתנהל כך מול רשויות המס והמוסד לביטוח לאומי.

ט. מר כותה הגיש לרשויות המיסים (יחד עם בת זוגו) דוחות למס הכנסה. במסגרת הדוחות הוא ניכה הוצאות (פחת, קניות חומרים, אחזקת רכב,

בגדי עבודה, טלפון, תקשורת ועוד) בהיקף של אלפי שקלים. בנוסף דאג להפריש לקרן השתלמות - כעצמאי.

י. במהלך תקופת ההתקשרות בין מר כותה לעירייה, נתן מר כותה שירותים לגופים אחרים, פרט לעיריית רעננה, וסיפק במסגרת עסקו העצמאי גם שירותי הרקדה וגם שירותי הדברה.

יא. בחודש אפריל 2011, בשל חוסר שביעות רצון מהשירות שניתן על ידי מר כותה, הוא הפסיק ללמד בבית-ספר מגד ובבית-ספר היובל.

יב. בשנת הלימודים 2012/2013 (שנפתחה ביום 1.9.2012) לא חודשה ההתקשרות, וביום 12.11.12 זומן מר כותה לשיחה אצל העירייה.

טענות הצדדים ופסק דינו של בית הדין האזורי

81. **מר כותה טען** בתמצית כי הועסק אצל העירייה כמורה לריקודי עם החל מיום 1.9.1991 ולמשך כ- 22 שנים, וכי שולם לו שכר הדומה לשכרם של עובדים שכירים בתפקיד ובוותק כשלו, אך הוא לא נהנה מזכויות סוציאליות להן הוא זכאי, לרבות פנסיה, הבראה, ימי חופשה ועוד. לטענתו, התקיים בעניינו הפן החיובי של מבחן ההשתלבות. היינו, העירייה היא זו אשר שילמה את שכרו וקבעה את היקף העסקתו; הוא פעל בהתאם להנחיות העירייה שניתנו ע"י הגב' אסתר סלע, מנהלת אגף החינוך המשלים (להלן - **הגב' סלע**); עבודתו היוותה חלק אינטגרלי מהפעילות הרגילה של העירייה בכלל ושל האגף לחינוך משלים בפרט. בבחינת הפן השלילי של מבחן ההשתלבות, אכן היה לו עסק עצמאי, אך לא היה כל קשר בין עבודתו בעירייה לבין עסקו הפרטי; הוא לא השקיע באמצעי ייצור ולא נטל על עצמו כל סיכון כלכלי; העירייה היא זו שסיפקה לו את הציוד הנדרש. מה גם, שהכנסתו מהעירייה הייתה הכנסתו העיקרית. לפיכך הוא זכאי לזכויות סוציאליות כעובד. מר כותה הוסיף כי לא ניתן לו מכתב סיום העסקה בשנים האחרונות לעבודתו, והעסקתו נמשכה באופן רציף. בסיומה של שנת עבודתו האחרונה לא נוצר עמו קשר על מנת לקבוע את מתכונת העבודה בשנת הלימודים הקרובה, כפי שנעשה לאורך השנים, וכשבירר העניין נמסר לו על ידי מנהלת בית הספר כי העסקתו הסתיימה. לפיכך הוא זכאי לפיצויי פיטורים, פיצוי בגין פיטורים שלא כדין ותמורת הודעה מוקדמת. עוד נטען כי העירייה לא הוכיחה

שהתמורה ששלומה לו כקבלן עצמאי עולה על העלות העסקתו כעובד, ולפיכך יש לדחות את טענותיה לקיזוז ו/או השבה.

82. **העירייה טענה מנגד** כי יישום המבחנים שנקבעו בפסיקה ובחינת התמונה בכללותה מביאים למסקנה כי מר כותה לא היה עובד העירייה ולפיכך יש לדחות את התביעה. לטענתה, מר כותה קיבל את התמורה הקבלנית בגין שירותיו כנגד חשבוניות; ההתקשרות בין הצדדים הייתה שונה מהותית מההתקשרות של העירייה עם עובדיה במובנים רבים ומגוונים; מר כותה בחר משיקוליו בדרך העסקה של קבלן עצמאי. היינו, גובהה המשמעותי של התמורה החודשית, היקף שעות נמוך למתן השירות, היעדר כפיפות להסכמים קיבוציים, היעדר מגבלת עבודה נוספת, אי כפיפות לכללי המשמעת ועוד רבים אחרים; מה גם שכתוצאה מצורת העסקה זו הוא לא עבר את תהליכי הסינון שנקבעו בדין לשם קבלת עובדים בדרך של מכרז פומבי. העירייה הוסיפה כי חזקה שצורת העסקתו של מר כותה כקבלן עצמאי נעשתה לבקשתו, וכי התביעה הוגשה בחוסר סבירות ובחוסר תום לב קיצוני לאחר שהייתה זו בקשתו ולאחר שנים של מצג הפוך. כמו כן, התביעה מהווה הפרה בוטה של הסכמי ההתקשרות הקבלניים הקובעים מפורשות כי התמורה הקבלנית שקיבל היא סופית וכי הוא אינו זכאי לקבל סכומים נוספים מעבר לכך. עוד טענה העירייה, כי מר כותה ניהל עסק עצמאי משלו והגיש לרשויות המס, ביחד עם בת זוגו, דוחות מהם עולה בבירור שהוצאות כדוגמת פחת, אחזקה ומשרדיות, אחזקת רכב, יותרו לו בניכוי מהכנסתו החייבת במס - הטבה שלא מגיעה לעובד שכיר. כך גם רכש ציוד שחלקו שימש אותו לצורך מתן שירות לגורמים אחרים. עוד נטען כי ככל שתתקבל הטענה כי התקיימו יחסי עובד ומעסיק, יש לקזז מכל סכום שיפסק לזכות מר כותה כעובד את הסכומים המשקפים את עלות העסקתו החלופית, לו היה מועסק על ידי העירייה, בהתאם להסכמים הקיבוציים החלים עליה. לטענת העירייה תנאי השכר שהיא הייתה רשאית להעסיקו, בהתאם לסעיף 29(א) לחוק יסודות התקציב, הם על פי דירוג חברה נוער וקהילה. לבסוף טענה העירייה כי סיום ההתקשרות נעשה ביוזמת מר כותה; כי הוא לא הועסק כעובד וממילא לא פוטר; פרטי ההתקשרות סוכמו מידי שנה מחדש ואין להתעלם מצורת ההתקשרות שהתקיימה בין הצדדים לפיה הסכם ההתקשרות האחרון תם ביום 30.6.12; בשנה האחרונה להתקשרות היקף

ההתקשרות צומצם ביחס לבית ספר אחד בלבד, לאור חוסר שביעות רצון מהשירות שניתן על ידי מר כותה ומהתנהלותו, ואף התקיימה שיחת הבהרה ובירור ביום 28.3.11. חרף זאת, הוצעו לו מספר חלופות להמשך ההתקשרות, אך מר כותה סירב לכל הצעות העירייה.

83. **בפסק דינו קבע בית הדין האזורי כי התקיימו בין מר כותה לעירייה יחסי עובד מעסיק**. בית הדין נימק קביעתו כך: אין בעובדה כי תקופה ארוכה הועסק מר כותה כקבלן עצמאי כדי להוות "חזקה" שהדבר נעשה בהתאם לרצונו, והעירייה לא הוכיחה כי ניתנה לו זכות בחירה חופשית ואמיתית לבחירת צורת העסקתו; ההתקשרות בין הצדדים נמשכה זמן לא מבוטל של כ-22 שנים, וכעולה מחוזי ההתקשרות מדובר בקשר חוזי מתמשך שלעיתים לא דרש את חידוש ההסכם המקורי כי אם "הוספת נספח" המאריך את הסכם ההתקשרות המקורי, דבר המעיד על רצף העסקה; בבחינת הפן החיובי של מבחן ההשתלבות, אין מחלוקת כי מר כותה העביר שיעורי ריקודי עם בשלושה בתי ספר שונים המצויים בתחום אחריותה של העירייה, פעל בהתאם להנחיות האגף לחינוך משלים, והיה כפוף למר סימנטוב, שהנחיותיו היו מתואמות עם הגב' סלע; ניכר כי העובדים השכירים והעובדים שהועסקו כ'קבלן עצמאי' ביצעו למעשה את אותה העבודה וההבדל ביניהם נוגע לעניין אופן תשלום שכרם. כל המדריכים קיבלו שי לחג מהעירייה והשתתפו באירועי הרמת כוסית של האגף לחינוך משלים במעמד ראש העיר ומנכ"ל העירייה, כך שמר כותה שימש חלק אינטגרלי מפעילות האגף לחינוך משלים; בבחינת הפן השלילי של מבחן ההשתלבות, אין מחלוקת כי מר כותה ניהל עסק עצמאי, אולם לא הוכח שהעסיק עובדים נוספים. כמו כן, העסק שימש למטרות נוספות כגון הדברה, ולאו דווקא להעברת שיעורי ריקודי עם באופן ספציפי, ביתו של מר כותה שימש כמשרד והכנסתו העיקרית התקבלה מאת העירייה, ונראה כי העסק הוקם על מנת שיוכל לספק לעירייה חשבוניות מס. כך שהעסק אינו עונה על הפן השלילי של מבחן ההשתלבות בבחינת עסק עצמאי; העירייה פיקחה על עבודתו של מר כותה אשר היה כפוף לגב' סלע, מנהלת האגף לחינוך משלים, הגורם שאישר את השעות שנדרשו הוא האגף לחינוך משלים בעיריית רעננה, ולא בכדי ההסכמים נחתמו בסמוך לפתיחת שנת התקציב הבאה. אין ממש בטענת העירייה כי היה כפוף למנהלת בית הספר המועסקת על ידי משרד

החינוך; מהעדויות עולה כי מתקיים מבחן הקשר האישי, כך במשך השנים נזקק מר כותה להחלפה פעמים בודדות, בהן הוא פנה למר סימנטוב על מנת שזה יסייע לו למצוא מחליף. מר כותה לא סיפק מורים מחליפים כאשר לא היה באפשרותו להגיע מחמת מחלה; ככל שמר כותה הועסק שלא בהתאם להליכי מכרז כמקובל, אין זה אומר כי הוא אינו זכאי לשכר, בהתאם לכללים המתייחסים לעובדי עירייה במעמדו; התנהלות מר כותה עולה כדי חוסר תום לב, אך אינה עולה כדי חוסר תום לב קיצוני השולל את הקביעה כי בין הצדדים התקיימו יחסי עובד מעסיק, מה גם, שלא הוכח כי ניתנה בידיו בחירה חופשית אמיתית בנוגע לאופן העסקתו.

84. **אשר לזכאותו של מר כותה לזכויות סוציאליות מכוח חוקי המגן** קבע בית הדין האזורי, כי העירייה לא הוכיחה את טענתה שיש לחשב את שכרו של מר כותה על פי "דירוג חברה נוער וקהילה", אלא יש לחשב את השכר כעובד בהתאם לשכר ששולם למורים "בחוזה מיוחד", היינו לפי 60 ₪ לשעת עבודה. על כן, ומאחר שהעירייה טענה כי יש להוסיף 50% לשכר שמשולם לעובד שכיר בגין הזכויות הסוציאליות המשולמות, ומאחר שהעירייה שילמה למר כותה תמורה בסך 90 ₪ בעוד שהשכר השעתי שהיה משולם לו כעובד עמד על סך 60 ₪ - מכאן, שהוא קיבל את מלוא הזכויות הסוציאליות בשיעור 50%, במסגרת התמורה השעתית ששולמה לו.

85. בנוסף לכך דחה בית הדין האזורי את התביעה לפדיון ימי מחלה, לתשלום פיצוי בגין פיטורים שלא כדין, פיצויי פיטורים ותמורת הודעה מוקדמת.

טענות הצדדים בערעור

86. מר כותה טען, כי שגה בית הדין האזורי בקביעתו כי הוא אינו זכאי לזכויות כספיות כעובד העירייה, משעה שהתמורה ששולמה לו כללה את הזכויות הסוציאליות שהיו משולמות לו אילו היה מוגדר כעובד שכיר מלכתחילה. לטענתו, בהתאם לפסיקה הנטל להוכחת השכר החלופי מוטל לכתפי העירייה, וככל שנטל זה לא הורם, הרי שהשכר שקיבל בפועל הוא זה שצריך להיות הבסיס לחישוב זכויותיו הסוציאליות, ולא כפי שקבע בית הדין האזורי. עוד נטען כי שגה בית

הדין האזורי בכך שדחה את תביעתו לתשלום פיצויי פיטורים, דמי הודעה מוקדמת ופיצויים בגין פיטורים שלא כדין, ובחיובו בתשלום הוצאות משפט לעירייה חרף העובדה שהתקבלה תביעתו להכרה ביחסי עובד ומעסיק ודחיית התביעה שכנגד.

87. העיירה טענה מנגד כי תביעתו של מר כותה היא חסרת תום לב, מאחר שנהנה במשך עשרות שנים מצורת התקשרות קבלנית, לאחר שביקש וקיבל תמורה קבלנית עודפת. בכל מקרה אין מקום לתשלום נוסף למר כותה, מאחר שמדובר בתשלום הנגוע באי חוקיות לפי חוק יסודות התקציב. כן נטען, כי העירייה זכאית לקזז את כל מה שתבע מר כותה מהתשלום העודף ששילמה לו בהתאם "לגישה החישובית" שנקבעה בעניין **ענת עמיר** ובעניין **שחר צרפתי**. העירייה הוסיפה, כי עמדה בנטל ההוכחה ביחס לשכר החלופי. עוד טענה העירייה, כי בדין נדחתה התביעה לפדיון דמי מחלה. לבסוף נטען, כי צדק בית הדין האזורי בקביעתו שהפסקת ההתקשרות בין הצדדים נעשתה ביוזמת מר כותה.

ע"ע 12372-04-18 (עיריית רעננה – גבריאל כותה)

טענות הצדדים בערעור

88. העירייה טענה, בערעור שהוגש על ידה, כי שגה בית הדין האזורי בעצם הקביעה כי התקיימו יחסי עובד ומעסיק בין הצדדים. כן שגה בכך, שלאחר שהכיר ביחסי עובד ומעסיק, דחה את התביעה שכנגד שהגישה העירייה, כאשר לטענתה הדבר מנוגד לסעיף 29 לחוק יסודות התקציב, אשר אינו מאפשר תשלום התמורה הקבלנית העולה על עלות השכר כעובד. לחלופין נטען, כי שגה בית הדין האזורי בכך שהקל עם מר כותה, על אף שהלה פעל בחוסר תום לב משווע, ועל כן יש לקבל את טענת הקיזוז ו/או התביעה שכנגד שהגישה העירייה. לחלופי חילופין נטען כי שגה בית הדין האזורי בקביעתו כי אין לראות במר כותה כעצמאי.

89. מר כותה טען מנגד, כי צדק בית הדין האזורי בקביעתו כי בין הצדדים התקיימו יחסי עובד ומעסיק בהתאם למבחנים השונים שנקבעו בפסיקה. עם זאת, שגה בית הדין האזורי בקביעתו כי הוא אינו זכאי לזכויות הכספיות בגין כך, כפי שפורטו בכתב התביעה. לטענתו, היה על בית הדין לקבוע כי יש לחשב את זכויותיו

הסוציאליות לפי "הגישה ההרתעתית", מאחר שהעירייה ידעה כי הוא עובד שלה, ובתחילת העסקתו אף ניתן לו תלוש שכר. לחילופין נטען, כי גם אם אין מקום להפעלת הגישה ההרתעתית, הרי שהיה על בית הדין לקבוע כי הבסיס לחישוב זכויותיו הוא השכר ששולם לו על ידי העירייה. אשר לטענת העירייה בעניין חוק יסודות התקציב – יש לדחותה על הסף, משעה שהעירייה עצמה טוענת כי עובדים נוספים המועסקים על ידה בתפקיד כמו שלו, השתכרו שכר גבוה.

עמדת הממונה על השכר

90. בהתאם להחלטת בית דין זה מיום 19.8.18 נדרשה עמדתו של הממונה על השכר במשרד האוצר (להלן גם – **הממונה**) בנושאים הנדונים בהליך. עמדת הממונה ניתנה ביחס לשלושת ההליכים במשותף. להלן תובא עמדתו העקרונית של הממונה בתמצית, והתייחסות הצדדים להליך זה (מר כותה ועיריית רעננה) לעמדתו.

91. לעמדת הממונה, פסקי הדין המנחים שניתנו בסוגיית מאזן הזכויות והחובות שבין צדדים ליחסי עבודה שהוכרו ככאלה בדיעבד, דנו בקשר למעסיקים פרטיים ולא נתנה בהם הדעת לשיקולים מיוחדים שיש לשקול בנוגע להעסקה במגזר ציבורי, לרבות תנאי הקבלה, העסקה והשכר אשר כפופים לכללים שישנם במדינה ובגופים מתוקצבים. כך גם יש לתת את המשקל הראוי לאינטרסים של הציבור, וביניהם הגנה על הקופה הציבורית ושמירה על ערך השוויון בקבלה לשירות הציבורי ובתנאי השירות עצמם. עוד לעמדת הממונה, מאחר שהמדינה פועלת למיגורם של התקשרויות קבלניות שאינן אותנטיות, אין הצדקה להטלת סנקציה כספית על המדינה שמטרתה הרתעה מפני התקשרות שכזו. משכך, במקרים של הכרה בדיעבד ביחסי עבודה, יש להקפיד על כללי התשלום בשירות המדינה, לרבות באמצעות קיזוז, במצבים שבהם התמורה הקבלנית ששולמה מגלמת את עלות הזכויות הסוציאליות הניתנות לעובד מדינה מקביל. בנוסף, עמד הממונה על ההסדר הייחודי הקבוע בסעיף 29 לחוק יסודות התקציב, הכולל פעילות אכיפה של הממונה וזאת על מנת לשמור על ריסון תקציבי, על אחידות ועל שימוש ראוי בכספי ציבור. לעמדת הממונה, התקשרות קבלנית בגופים מפוקחים נועדה פעמים רבות כדי ליצור "מסלול עוקף" למגבלות השכר בגופים אלה, ועל כן נודעת

חשיבות יתירה לפעילות הממונה, לרבות מתן הוראות של חובת השבת שכר חורג. לטענת הממונה, פגיעה בסמכות הממונה בהקשר זה, עלולה ליצור פרצות במסגרות השכר בגופים המפוקחים, וליצור תמריץ להעסקה קבלנית שאינה אותנטית, במקום להרתיע מעסיקים מפני ההעסקה כזו. במסגרת העמדה פירט הממונה אודות פועלה של המדינה לצמצום התקשרות קבלנית שאינה אותנטית, וכן נמנו יתרונותיו של העוסק העצמאי על פני עובד מן המניין במדינה ובגופים המפוקחים, אשר לטענת הממונה יש בכך כדי להשליך על הגישה בה יש לנקוט במקרים שבהם הוכרה המדינה בדיעבד כמעסיקה. לטענת הממונה, יתרונות אלו מצטרפים לשיקולים הנוספים אשר לאורם פוחתת ההצדקה לנקוט גישה מרתיעה כלפי המדינה והגופים המפוקחים, מחד גיסא, ומאידך גיסא מחזקים את ההצדקה להחיל את הדין החל על כלל עובדי המדינה, לרבות האפשרות לקזז את הזכויות הסוציאליות מן התמורה הקבלנית ששולמה לעובד שהוכר בדיעבד. לעמדת הממונה, בנסיבות חריגות בלבד, שבהן יוכח כי נגרם למועסק נזק כתוצאה מהעסקה שאינה אותנטית, וכי המדינה נהגה בחוסר תום לב כשלא הכירה ביחסי עבודה, בסמכותם של בתי הדין לעבודה לפצות את העובד בפיצוי סביר וחד פעמי בגין נזק לא ממוני שנגרם לו מאי ההכרה בו כעובד מדינה. אשר לגופים הנתמכים והמתוקצבים שחל עליהם סעיף 29 לחוק יסודות התקציב, טען הממונה, כי מצטרפים שיקולים נוספים וביניהם חריגות השכר הרבות שפשו בקרב גופים אלו, אשר בגינם יש להקפיד על קיום הוראותיו של סעיף 29 לחוק, גם כשמדובר בהכרה בדיעבד ביחסי עבודה. כך, שגם במקרים אלו מוסמך ומחויב הממונה לקבוע מהו ההסכם שיחול על הצדדים במקום ההסכם הנוגד את סעיף 29 לחוק, לרבות חובת השבה שתחול על הכספים החורגים ששולמו לעובד. הממונה הוסיף, כי סעיף 29 הוא דין ספציפי הגובר על חוק כללי, על כן אין מקום להחיל במקרים בהם נעשה שימוש בסמכות מכוח סעיף 29 את הגישה ההרתעתית. לגישת הממונה, שמירה על עקרונות סעיף 29 יחד עם סמכות בית הדין לפסוק פיצוי חד פעמי בנסיבות המתאימות, יוצרות הסדר מאוזן, סביר וראוי, וגישה זו תיצור הרתעה מקסימאלית - הן נגד ניסיון לעקוף את מסגרות התקציב והן נגד התקשרות קבלנית שיש בה כדי לפגוע בעובד החלש.

לגופו של התיק, צירף הממונה תחשיב לשכרו של מר כותה שערכו הגורמים המקצועיים ביחידת האכיפה במשרד האוצר.

92. מר כותה טען, במסגרת סיכומי התשובה שהגיש, כי אף אם עמדתו העקרונית של הממונה תתקבל, הרי שאין להחילה בענייננו, מאחר שהתחשיב שערך הממונה מבוסס על נתונים עובדתיים שגויים, וחסרה בו התייחסות לזכויות שונות להן הוא זכאי.

93. העירייה טענה, כי עמדת הממונה מתיישבת ומחזקת את טענותיה כי בנסיבות המקרה דנן, מעבר לפסיקה אודות קיזוז והשבה, ישנה גם אי חוקיות בתשלום עודף התמורה הקבלנית, משהדבר מנוגד להוראות סעיף 29 לחוק יסודות התקציב. לשיטת העירייה, אכן, ככלל, אין מקום להחיל את הגישה המרתיעה בגופים מתוקצבים כמו העירייה, אשר יוצרת תמריץ הפוך למגמה של שמירת כספי הציבור. בנוסף, ומטעמי זהירות, נטען כי גם אם תתקבל טענתו העקרונית של הממונה כי בנסיבות חריגות ניתן לפסוק פיצוי סביר וחד פעמי, הרי שבענייננו, בהתאם לקביעות העובדתיות של בית הדין האזורי, התנהלות מר כותה היא שהייתה בחוסר תום לב, כך שבוודאי אין מקום לפסוק פיצוי כלשהו לטובתו. העירייה הוסיפה, כי היא סבורה שיש לתת את הדעת גם על היבטי המס החלים במקרה של הכרה בדיעבד בעובד. לטענתה, מאחר שהכרה בדיעבד משנה את חבויות המס של המועסק כלפי הקופה הציבורית, הרי שיש מקום שיתוקנו חבויות המס למפרע, באותה מידה שמתוקנים זכויותיו של העובד למפרע.

94. למען שלמות התמונה, יצוין כי לעניין סוגיית חבות המס במקרים של הכרה ביחסי עובד ומעסיק בדיעבד, אשר לא התעוררה במסגרת הדיון בבית הדין האזורי, הגישה המדינה הודעה ביום 19.2.19 ולפיה המדינה פועלת לגבש עמדה סדורה בנושא זה בשיתוף כלל הסמכויות הרלוונטיות לנושא בשירות המדינה. לעת עתה, המדינה נכונה עד לסיום הבירור העקרוני בסוגיה, לאפשר למי שהוכרו בדיעבד כעובדים להוכיח כי לא קיזזו את המע"מ ששולם להם באמצעות המדינה או גופים מתוקצבים. ככל שעובד יוכיח כי סכומי המע"מ הועברו לרשות המיסים, יושמט המע"מ מהתחשיב שעורכת המדינה לצורך חישוב מאזן הזכויות והחובות שבין העובד לגוף הרלוונטי.

95. בהמשך להודעת המדינה, הודיעה העירייה, כי כרשות מקומית, היא אינה גובה מע"מ על התשלומים בגין השירותים הניתנים על ידה, היא משלמת מע"מ עסקאות לשירותים שהיא רוכשת והיא אינה רשאית לקזז מע"מ תשומות כנגד מע"מ העסקאות שהיא משלמת, לרבות לנותנים שירותים כגון מר כותה. לכן, תשלום המע"מ למר כותה היה בבחינת הוצאה נוספת שנגרמה לעירייה ואשר יש לקחתה בחשבון בתחשיב הנעשה לאור ההכרה בדיעבד ביחסי העבודה.

דיון והכרעה

96. **<u>אשר לקביעה אם מתקיימים יחסי עובד ומעסיק -</u>** נקדים ונאמר כי לדידנו כאשר בוחנים את מבחני הפסיקה 'הידועים' התוצאה המתקבלת היא <u>שלא מתקיימים בעניינו יחסי עובד ומעסיק בין מר כותה לבין העירייה</u>, ולא כפי שקבע בית הדין האזורי, זאת בעיקר נוכח בחינת 'הפן השלילי' במבחנים.

אכן בבחינת הפן החיובי של מבחן ההשתלבות, אין מחלוקת כי מר כותה העביר שיעורי ריקודי עם בשלושה בתי ספר שונים המצויים בתחום אחריותה של העירייה; פעל בהתאם להנחיות האגף לחינוך משלים, היה כפוף למר סימנטוב שהנחיותיו היו מתואמות עם הגב' סלע - מנהלת האגף לחינוך משלים בעירייה; ושימש חלק אינטגרלי מפעילות האגף לחינוך משלים.

ואולם שונים הם פני הדברים כשבודקים את הפן השלילי: בבחינת הפן השלילי של מבחן ההשתלבות, עסקינן במקרה שבו מר כותה ניהל עסק עצמאי, כאשר את הציוד הנדרש לשם כך הוא זה שרכש (גם אם מדובר בפריט בודד ששימש אותו - מחשב נייד). אנו סבורים כי הגם שמר כותה לא העסיק עובדים נוספים, ו"העסק" שימש למטרות נוספות כגון הדברה, ולאו דווקא להעברת שיעורי ריקודי עם באופן ספציפי, אין בכך כדי להוציאו מגדר עסק, כך שלא מתקיים בעניינו הפן השלילי, קרי שאין לו עסק עצמאי משלו. בשביל עסק כדוגמת עסקו של מר כותה אין צורך בהכרח במשרד נפרד, ומשכך סביר הוא כי ביתו של מר כותה ישמש כמשרדו. בקשר לכך, איננו מקבלים את קביעת בית הדין האזורי כי עסקו של מר כותה הוקם רק על מנת שיוכל לספק לעירייה חשבוניות מס. שהרי, כפי שנוכחנו לדעת מר כותה השתמש בפלטפורמת העסק שהקים לא רק לשיעורי ריקוד אלא

גם להדברה. כך שמדובר בעסק לכל דבר ועניין. בהינתן כי לא מתקיים בענייננו הפן השלילי של מבחן ההשתלבות, ולמעשה היה למר כותה עסק עצמאי – התוצאה היא איפוא כי אין להכיר ביחסי עובד ומעסיק בהתקשרות שבין מר כותה לבין העירייה.

כאשר לא מתקיים הפן השלילי של מבחן ההשתלבות, אין בהתקיימותם של מבחני עזר נוספים שיש בהם סממנים המצביעים על כי מתקיימים יחסי עובד ומעסיק כדי להטות את הכף לכך, ובכלל זאת קביעת בית הדין האזורי כי העירייה פיקחה על עבודתו של מר כותה ועל התכנים המועברים במסגרתה לתלמידים המשתתפים בשיעורי הריקוד, והעובדה כי לצורך מילוי תפקידו, מר כותה נדרש להגיע באופן אישי ומשכך, מתקיים מבחן הקשר האישי.

97. כן מצאנו ליתן משקל לכך שההתקשרות בין הצדדים נמשכה זמן לא מבוטל של כ-22 שנים, ובמשך כל אותן שנים מר כותה דיווח לרשויות המס על הכנסותיו כעצמאי, קיזז את הוצאותיו, שילם דמי ביטוח לאומי וכיו"ב. בנוסף לכך, הוא העיד כי במהלך 22 שנות עבודתו הוא גם עבד באופן קבוע בקאנטרי ההסתדרות בראשון לציון, באותו האופן שבו הועסק בעירייה, וכאשר נשאל האם הגיש תביעה נגד עיריית ראשון לציון, השיב כי הוא לא מתכוון להגיש תביעה כל עוד הוא עובד שם, וכי טרם החליט מה לעשות בעניין. כמו כן, העיד מר כותה כי היה שכיר בעיריית גבעתיים בחלק מהתקופה הרלוונטית, וכי הוא מודע להבדל בין עובד שכיר לעובד המועסק כ'קבלן עצמאי'. מודעות מר כותה לזכויותיו ולנפקות הגדרת המעמד, לצד זה שבמשך העסקתו רבת השנים, לא ביקש לשנות את מתכונת ההעסקה, יש לראות כהסכמה של הצדדים לאופן ההתקשרות, אשר מחזקת את המסקנה בדבר שלילת קיומם של יחסי עובד ומעסיק בענייננו.

98. **<u>אשר לזכויות הכספיות</u>** – משקבענו כי לא התקיימו בענייננו יחסי עובד ומעסיק, ממילא אין מקום לתביעות הזכויות הכספיות הנובעות מכך, ואין זה המקרה שבגינו נדרש לתת את הדעת לסוגיית הפיצוי "הלא ממוני", וערעורו של מר כותה נדחה בזאת.

99. תוצאת הדברים היא כי טענתה של העיריה בערעורה כי לא היה מקום לקביעה שמתקיימים יחסי עובד ומעסיק בענייננו מתקבלת.

100. משדחינו את התביעה להכרה ביחסי עובד ומעסיק, ממילא אף נדחים טענות מר כותה בערעור **<u>לעניין פיטורים שלא כדין, פיצויי פיטורים, דמי הודעה מוקדמת</u>** ו**<u>פדיון דמי מחלה</u>**.

101. **<u>סיכומו של דבר</u>** – **נוכח כלל האמור, ערעור של מר כותה נדחה במלואו, וערעור העירייה מתקבל בהיבט של אי הכרה ביחסי עובד ומעסיק. בשים לב לכלל נסיבות העניין - אין צו להוצאות.**

<u>ע"ע 7338-10-17 (דן רבין – מדינת ישראל-משרד המשפטים)</u>

<u>רקע עובדתי</u>

102. המערער, מר דן רבין (להלן – **מר רבין**) הגיש תביעה כנגד מדינת ישראל - משרד המשפטים (להלן – **המדינה**) לבית הדין האזורי בתל אביב (סע"ש 21239-10-13; השופטת עידית איצקוביץ ונציגי הציבור גב' לבנה ניר ומר יחיאל נרקיס) לתשלום זכויות שונות הנובעות לטענתו מיחסי עבודה שהתקיימו בין הצדדים ומכוח הוראות תקנון שירות המדינה (תקש"ר). כן עתר מר רבין לחייב את המדינה לפצותו בגין הוצאת דיבה, פיטורים שלא כדין ועגמת נפש. סכום התביעה הכולל עומד על 2,001,058.92 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה וריבית.

103. ואלו עיקרי העובדות כפי שפורטו על ידי בית הדין האזורי:

א. מר רבין הוא רואה חשבון במקצועו, אשר עבד עבור משרד המשפטים והוגדר כ"קבלן פנימי".

ב. הצדדים נחלקו לגבי מועד תחילת ההתקשרות: 20.1.2005 לפי מר רבין או 6.2.2005, לפי המדינה. אין מחלוקת שההתקשרות הסתיימה ביום 16.11.2012.

ג. בשנת 2005 רואיין מר רבין על ידי רשם העמותות דאז, עו"ד ירון קידר ועל ידי גב' אביטל שרייבר, סגנית ראש רשות התאגידים (מלכ"רים), לתפקיד יועץ חיצוני ליחידת רשם העמותות.

ד. בחודש פברואר 2005 נחתם הסכם בין מר רבין למנכ"ל משרד המשפטים וחשב משרד המשפטים דאז (להלן – **ההסכם**). ההסכם הגדיר את תפקידו של מר רבין, כך: "**קבלת שירותי יעוץ חשבונאי, פיקוח, בקשה ובדיקה של**

תיקי עמותות במשרד רשם העמותות". על פי ההסכם מדובר בהתקשרות על בסיס קבלני. כך נאמר בו:

"הואיל ושני הצדדים החליטו לבצע את השירותים עבור המדינה שלא במסגרת יחסי עבודה הנהוגים בין עובד למעביד אלא כאשר רוה"ח פועל כבעל מקצוע עצמאי המעניק את שירותיו לממשלה על בסיס קבלני, ומקבל את תמורת שירותיו כמתחייב ממעמד זה, בהתאם לתעריפים המיוחדים למתן שירותים על בסיס קבלני והואיל והממשלה מסכימה להתקשרות עם רוה"ח על בסיס קבלני דווקא ושלא במסגרת השירות על כל המתחייב והמשתמע מכך הן לעניין תעריפי התשלומים והן לעניין הזכויות והחובות ההדדיות, וזאת בהתחשב באופי השירותים שיש לתתם עפ"י הסכם זה ויתר התנאים הכרוכים במתן השירותים לפי הסכם זה ההולמים העסקה עפ"י התקשרות למתן השירותים ואינם הולמים התקשרות במסגרת יחסי עובד מעביד."

בסעיף 11(ג) להסכם נקבע כך:

"אם ייקבע מסיבה כלשהי, במועד כלשהו אחרי תחילתו של הסכם זה, כי למרות כוונת הצדדים, שבאה לידי ביטוי בהסכם זה, רואים את העסקתו של רוה"ח או מי מעובדיו ו/או היועצים המועסקים על ידו כהעסקת עובד, וכי חלים עליו ועל העסקתו הדינים והתנאים החלים על עובד, הרי מוסכם ומותנה בזה בין הצדדים ששכרם של הנ"ל כעובד, בשל העסקתם בעקבות הסכם זה יחושב בהתאם לקבוע לעניין זה לגבי עובדי מדינה בתפקיד ובדרגה זהה או דומה כאמור, יחושב השכר לפי הקבוע לעניין זה בהסכמי עבודה הקיבוציים החלים על עובדים מסוג

זה או בהעדר הסכם כאמור לפי הסכם העבודה הקיבוצי הקרוב לעניין לדעת נציב שירות המדינה.
חישוב השכר ייעשה למפרע מיום תחילתו של הסכם זה, וכל החיובים והזיכויים על פי הסכם זה מחד גיסא, והחישוב החדש האמור, מאידך גיסא, יקוזזו הדדית.
בכל מקרה לא יהא שכרם הכולל של רוה"ח ושל כל מי שייחשב כ"עובד" כאמור, גבוה יותר מהתמורה הנזכרת בסעיף 10."

ה. בתחילה הוסכם שמר רבין יבצע 1,800 שעות בשנה, בתעריף שעתי של 100 ₪. אולם כבר ביום 3.5.2005 אישרה ועדת הסקרים את הגדלת ההתקשרות (פרוטוקול מס' 96/2005) כך שסך השעות החודשי יעמוד על 180 שעות במקום 150, ובסך הכול 2,160 שעות בשנה. בשנת 2007 עמד היקף ההתקשרות על 2,300 שעות לשנה, וכך היה עד לסיום ההתקשרות. התעריף השעתי של מר רבין עלה בהדרגה, כדלקמן: בתחילת ההסכם עמד התעריף השעתי על 100 ₪; החל מיום 1.10.2006 עמד התעריף השעתי על 115 ₪; מיום 1.8.2007 הועלה התעריף השעתי ל-120 ₪; מיום 1.1.2008 הועלה התעריף השעתי ל-130 ₪; מיום 1.1.2011 הועלה התעריף השעתי ל-135 ₪. כל התעריפים היו בתוספת מע"מ כחוק.

ו. מר רבין שימש "מנהל מחלקת ניהול תקין", כך לפחות בין השנים 2005 עד 2008. במסגרת תפקיד זה היו כפופים לו מספר עובדים שהיו עובדי משרד המשפטים. בשנת 2008 נערכו שינויים ארגוניים במחלקת ניהול תקין, במסגרתם מונה עורך דין לתפקיד מנהל מחלקת ניהול תקין (החל משנת 2009), ותפקידו של מר רבין הוגדר כ"מנהל המחלקה החשבונאית בחטיבת ניהול תקין". בשנת 2012 החל תהליך רה-ארגון ביחידה, שכלל שינוי המבנה הארגוני ושינויים בהגדרת התפקידים ונהלי העבודה של העובדים, לרבות של מר רבין. במסגרת הרה-ארגון, במהלך 2012, הוצע לו להיקלט כעובד מדינה.

ז. מר רבין לא הסתיר את חוסר שביעות רצונו מהשלכות השינוי הארגוני עליו. בינו לבין ראש רשות התאגידים דאז, עו"ד אלון בכר (להלן – **מר בכר**) הוחלפו תכתובות שבהן טען כי במקרה שלו מהווה השינוי פגיעה במעמדו.

ח. כאמור לעיל, ההתקשרות בין הצדדים הסתיימה ביום 16.11.2012, ולמר רבין שולמו דמי הודעה מוקדמת שחושבו לפי 191 שעות - המכסה המקסימלית שאושרה ובהתאם לתעריף המוסכם - 135 ₪ לשעה בתוספת מע"מ.

104. מר רבין טען בתביעתו, כי הועסק קרוב ל-8 שנים כמנהל מחלקת ניהול תקין ביחידת רשם העמותות ברשות התאגידים (להלן גם – **היחידה**), ועל אף שהוחתם על הסכם למתן שירותים ודיווח על הכנסתו באמצעות חשבוניות מס, בפועל הוא היה עובד מדינה לכל דבר ועניין. מר רבין טען כי פוטר, ולחלופין כי נאלץ להתפטר מחמת הרעה מוחשית בתנאי עבודה. מקום העבודה אף המשיך להתנכל לו גם לאחר סיום העסקתו, תוך שהוא גורם לו נזקים כלכליים ותדמיתיים.

105. המדינה עתרה לסילוק התביעה על הסף מחמת התיישנות, היעדר עילה והיעדר יריבות. לגופו של עניין טענה המדינה, כי בין הצדדים כלל לא התקיימו יחסי עובד ומעסיק; ההסכמים שנחתמו על בסיס קבלני נחתמו ככאלה ביוזמת מר רבין, שאף סירב להצעה להיקלט כעובד מדינה; התביעה הוגשה בחוסר תום לב קיצוני. לחלופין, העלתה המדינה טענת קיזוז והשבה. אשר לטענות מר רבין הנוגעות לתקופה שלאחר סיום היחסים החוזיים, הבהירה המדינה, כי אין כוונה להתנכל לו, וכי ההתייחסות אליו עניינית ומקצועית. למעשה, ההנחיה שניתנה לעובדי משרד המשפטים שנמצאים עם מר רבין בקשר חברי, היא לא להפלותו לטובה .

פסק דינו של בית הדין האזורי

106. תחילה קבע בית הדין האזורי כי בהתאם למכלול הראיות מתקיימים בעניינו של מר רבין מאפיינים מובהקים של "עובד", ואילו הסממנים המעידים על התקשרות הנושאת אופי קבלני הם טכניים ומינוריים, ואין בהם לשנות המסקנה כי מר רבין היה במהלך כל ההתקשרות "עובד" של משרד המשפטים, ובין הצדדים התקיימו יחסי עובד-מעסיק.

107. אשר לשאלת תום הלב של מר רבין, דחה בית הדין האזורי את טענת המדינה כי מר רבין פעל בחוסר תום לב קיצוני בהגשת התביעה עת סירב לאפשרות להיקלט כעובד מדינה, בניסיונו לאחוז בחבל משני קצותיו: ליהנות מיתרונות מעמדו כקבלן פנימי ובראשם שכרו הגבוה, חופש הפעולה וגמישות ההעסקה - מחד גיסא, וליהנות מיתרונות הכרוכים במעמדו של עובד מדינה - מאידך גיסא. בית הדין האזורי נימק את קביעתו בכך, שבהתאם לפסיקה חוסר תום לב לעולם לא יגבר על קוגנטיות היחס, וכן על כך שהמדינה לא סתרה את גרסת מר רבין שלפיה לא הוצע לו בתחילת ההתקשרות להיקלט כעובד מדינה, ואין ראיה שכלל ניתנה לו אפשרות לבחור בין מעמד של עובד לזה של נותן שירות. בית הדין האזורי קבע איפוא, שלא הוכח כי מר רבין פעל בחוסר תום לב, וציין שגם אם היה סבור אחרת – אין בכך כדי להשליך על הסטטוס האמיתי שלו כעובד. עם זאת, בית הדין האזורי הוסיף כי "**אין לנו ספק שלאור מקצועו והשכלתו התובע היה מודע לצורת ההתקשרות – על יתרונותיה וחסרונותיה – בעת חתימתו על החוזה, במשך תקופת ההתקשרות ובסופה. כמו כן אין להתעלם מהעובדה שלתובע הוצע בסופו של יום להיקלט כעובד מדינה אך הוא סירב. משכך עלינו לבחון את זכאות התובע לסעדים הנתבעים הנובעים ממסקנתנו בדבר יחסי עובד ומעסיק, ומהו השכר הראוי שלפיו יחושבו אלה**".

108. אשר לשכר שעל בסיסו יש לחשב את הזכויות הסוציאליות, ציין בית הדין האזורי, כי התמורה האחרונה של מר רבין עמדה על 135 ₪ לשעה, לא כולל מע"מ. מר רבין הפנה להוראות החשב הכללי למשרד האוצר בדבר "תעריפי התקשרות עם נותן שירותים חיצוניים" מיום 9.1.2012, שלפיהן שעת עבודה של רואה חשבון מגיעה עד 241 ₪ בצירוף מע"מ, וטען כי הגם שתעריף זה הוא המרבי, התמורה שקיבל מגיעה כדי מחצית ממנו ועל כן אין מניעה לראות בה "שכר ראוי". המדינה טענה מנגד כי השכר שסוכם, הוגדר ושולם למר רבין, היה גבוה לאין שיעור מהשכר המשולם לעובד מדינה, ומכאן שיש לקזז את הפרשי הסכומים. אשר לטענה כי שעת עבודה של רואה חשבון מגיעה לכדי 241 ₪, השיבה המדינה, כי לא הוכח שהוא עומד בגדר תקנון כספים ומשק של מדינת ישראל - תקנות התק"ם - הרלוונטיות, המסדירות תשלום ליועצים חיצוניים. עוד נחלקו הצדדים בשאלת יישום הגישה ההרתעתית בענייננו. מר רבין עתר ליישום הגישה ההרתעתית

וחישוב זכויותיו לפי התמורה הקבלנית, והמדינה עתרה לחישוב הזכויות לפי סימולציית השכר שהוגשה על ידה, ולמעשה לקיזוז והשבה.

109. בית הדין האזורי קבע כי המקרה דנן לא נופל לגדר המקרים שבהם מוצדק ליישם את הגישה ההרתעתית, מהטעמים הבאים: לא ברור כי המדינה ידעה בעת ההתקשרות כי מי שהיא בחרה להעסיקו כקבלן הוא בעצם עובד, ובכל זאת החליטה לעטות על היחס שביניהם כסות של מזמין-קבלן, ולא מן הנמנע שנכון לתחילת ההתקשרות, בשנת 2005, סברה המדינה שלגיטימי להוציא למיקור חוץ שירותי ראיית חשבון ביחידה; מר רבין הוא רו"ח במקצועו ובהשכלתו. מי אם לא עובד כמותו היה מודע ליתרונות והחסרונות הגלומים במתכונת העסקתו; מר רבין קיבל על פי ההסכם 135 ₪ לשעה בתוספת מע"מ, ומדובר בתמורה גבוהה ביחס לעובדי מדינה; אין מחלוקת שבסופו של יום הוצע למר רבין להיקלט כעובד מדינה והוא סירב.

110. נוכח מסקנתו זו פנה בית הדין האזורי לבחון האם הוכחו נתונים שיש בהם לבסס את שכרו החלופי הראוי של מר רבין. בית הדין ציין, כי על פי הנפסק בעניין **שחר צרפתי** ובעניין **ענת עמיר**, במקרים שבהם אין צידוק ליישום הגישה ההרתעתית ולחישוב זכויותיו של מי שהתברר בדיעבד שהוא עובד על בסיס שכרו הכולל – על החישוב להיעשות על בסיס שכר מופחת אך ורק ככל שיש נתונים מוכחים על כך.

111. המדינה צירפה שתי סימולציות שכר שערכה וכן תלוש שכר של עובד באותה דרגה, בכירות, ניסיון והיקף משרה זהה לשל מר רבין, אלא שמר רבין עתר לחישוב זכויותיו שלא על פי הסימולציות ולא על פי תלוש השכר של העובד/ת. לשיטתו, יש להשוות את תנאי שכרו לתנאי השכר של היועצת המשפטית ברשות התאגידים, המועסקת בחוזה בכירים, עמה חלק את התפקיד. בית הדין האזורי דחה את טענות שני הצדדים ובחר להסתמך על ראיה בדמות תלוש השכר של עובדת, שלגביה אין מחלוקת שהיא עובדת מדינה ומועסקת באותה יחידה, גם היא רואת חשבון במקצועה, בדרוג הכלכלנים ובדרגה 42ב'. בהתאם לכך ערך בית הדין האזורי תחשיב אשר הביא לבסוף למסקנה, כי יש עדיין פער משמעותי לזכות התמורה שמר רבין קיבל. הפער הקיים בין התמורה שקיבל לחודש: 25,110 ₪ (עבור 186 שעות) או 24,861.6 ₪ לפי 184.16 שעות, לעומת עלות העסקתו המוערכת כעובד מדינה הכוללת את זכויותיו, וקבע כי הפער אינו מצדיק פסיקת

סכומים מעבר לאלה ששולמו לו, שכן התמורה שקיבל מכסה את התשלומים שהיה מקבל עבור זכויותיו אילו היה מוכר מלכתחילה כעובד.

112. בנוסף לכך דחה בית הדין האזורי את טענות מר רבין, כי הוא זכאי לפיצויי פיטורים, לפיצוי בגין פיטורים שלא כדין, וכן את תביעותיו לפיצוי בגין עשיית עושר שלא במשפט והוצאת דיבה.

113. עוד קבע בית הדין האזורי, כי אין מקום להורות על השבה מהטעמים הבאים: על פי דעתו של כב' הנשיא (בדימוס) פליטמן, ממילא אין מקום להיכנס לכיסו של העובד שקיבל את התמורה שעליה הסכימו הצדדים, כשאין מחלוקת שהעבודה לשמה נשכרו שירותיו – בוצעה. לפי **עניין רפי רופא** אין מקום להורות על השבה משום שמר רבין לא נהג בחוסר תום לב קיצוני, והמדינה לא שכנעה ששכרו כעובד מדינה היה נמוך כפי האמור בסימולציות השכר שהגישה. בהתייחס לדעתה של כב' השופטת אנגלברג-שהם **בעניין ענת עמיר** קבע בית הדין האזורי כי במקרה שלפנינו איש לא נהג בחוסר תום לב - לא מר רבין ולא המדינה. עם זאת עמדות שני הצדדים לא נטולות קושי, כל אחת בדרכה. ממילא אין לחייב את המדינה בעלויות החורגות ממה שהוסכם.

114. לבסוף, התייחס בית הדין האזורי לכך שתוצאת פסק הדין שונה מפסק הדין שניתן בעניינה של גב' דורני (סע"ש (י-ם) 45291-12-13 **נירה דורני - מדינת ישראל-משרד המשפטים** (13.10.2016)), עורכת דין אשר שימשה משך 5 שנים מנהלת מחלקת ההקדשות ברשות התאגידים ואף היא הוגדרה כ"עצמאית", וזאת מאחר שקיימים הבדלים בין שני המקרים. כך למשל מר רבין הוא רואה חשבון; התמורה קבלנית לא הייתה אותה תמורה; מדובר בתפקידים שונים; בעניינה של גב' דורני תפקידה הניהולי – בין בתואר ובין בפועל – לא היה במחלוקת; נסיבות סיום ההתקשרות שונות וככל הנראה גם נסיבות תחילת ההתקשרות; המדינה לא חלקה על זכותה של גב' דורני לפיצויי פיטורים, ועוד. **"כל מקרה ונסיבותיו, כל מותב וקביעותיו"**, סיכם בית הדין האזורי.

טענות הצדדים בערעור

115. מר רבין טען בערעור כי יש ליישם במקרה זה את הגישה ההרתעתית, ולקבוע כי התמורה הקבלנית ששולמה היא זו שתעמוד בבסיס חישוב הזכויות הסוציאליות. לטענתו, הוכח בראיות מספיקות כי שכרו החלופי צריך להיות גבוה בהרבה מהתמורה ששולמה לו בפועל. עוד נטען, כי היה על בית הדין האזורי לפסוק לו תמורה בגין שעות נוספות, פדיון דמי חופשה, וכן לקבוע כי הוא פוטר מעבודתו ולחילופין כי התפטר בדין מפוטר והוא זכאי בגין כך לפיצויי פיטורים.

116. המדינה טענה מנגד, כי יש להשאיר על כנן את קביעות בית הדין האזורי בכל הנוגע לתביעות הכספיות של מר רבין, שכן הוכח באופן חד משמעי כי על טענותיו להידחות. לטענת המדינה, צדק בית הדין האזורי בקובעו כי אין להפעיל את הגישה ההרתעתית, מאחר שההתקשרות עם מר רבין הייתה בתום לב, ושכרו של מר רבין היה גבוה בהרבה משכרו של עובד מדינה בתפקיד מקביל. עוד נטען, כי צדק בית הדין האזורי בקביעתו כי מר רבין לא פוטר, וכי אין לראות במקרה כהתפטרות שדינה פיטורים ולכן מר רבין אינו זכאי לפיצויי פיטורים. המדינה הוסיפה, כי בדין נדחתה התביעה לשעות נוספות ופדיון ימי חופשה, וכי צדק בית הדין האזורי באבחנה שערך בין המקרה דנן לפסק הדין בעניין דורני.

117. בסיכומי התשובה מטעמו חזר וטען מר רבין לעניין יישום הגישה ההרתעתית, השכר החלופי, תשלום שעות נוספות וההבחנה בין פיטורים להתפטרות.

דיון והכרעה

118. למעשה בתיק זה אין כלל מחלוקת בין הצדדים, ואין על כך ערעור, כי בהתאם למבחני הפסיקה התקיימו יחסי עובד ומעסיק ביניהם. לדידנו, אף בהתאם לעקרונות אותם פרטנו בהרחבה בחלק הכללי, אין מקום לסטות מקביעה זו. מכלול הראיות שהוצגו בפני בית הדין האזורי אכן מצביעות על כך שמתקיימים מאפיינים מובהקים של "עובד" אצל מר רבין, ובין הצדדים התקיימו יחסי עובד-מעסיק.

מהתשתית העובדתית וטענות הצדדים שפורטו לעיל עולה, כי מר רבין, רואה חשבון בהשכלתו, הועסק משך קרוב לשמונה שנים כמנהל מחלקת ניהול תקין (בהמשך שונה שם התפקיד למנהל המחלקה החשבונאית בחטיבת ניהול תקין) ברשם העמותות (יחידה במסגרת רשות התאגידים שבמשרד המשפטים), והיה

אחראי על פיקוח, ביקורת ובדיקה של תיקי עמותות (שמשמעותם מתן אישורי "ניהול תקין" לעמותות לאחר ביצוע הבדיקות הנדרשות). זהו תפקיד מובהק של עובד, וכך גם בוצע בפועל, תוך שמר רבין - שלא היה לו בתקופה הרלוונטית עסק כלשהו - עבד במשרה מלאה ממשרדי המשיבה; ביצע תפקיד פנימי מרכזי ומשמעותי שהוא חלק אינטגרלי מפעילות המשרד; תוך שהוא ממונה על עובדים אחרים שהם עובדי מדינה; ואף מפקח מטעם המדינה על עבודת משרדי רו"ח חיצוניים. למעשה לא התקיים במר רבין ולו סממן מהותי אחד המלמד על היותו "קבלן", ולא בכדי לא הלינה המדינה במסגרת תשובתה לערעור על קביעת בית הדין האזורי לפיה התקיימו יחסי עובד-מעסיק בין הצדדים לאורך כל תקופת ההתקשרות. ואולם, בית הדין האזורי הוסיף ובחן את התנהלות הצדדים לאורך תקופת ההעסקה ותום ליבם בקשר לכך, וקבע כי המדינה לא סתרה את גרסת מר רבין שלפיה לא הוצע לו בתחילת ההתקשרות להיקלט כעובד מדינה, ואין בנמצא ראיה שכלל ניתנה לו אפשרות לבחור בין מעמד של עובד לזה של נותן שירות. יתרה מכך, גב' שרייבר, סגנית ראש רשות התאגידים, אמרה מפורשות כי הייתה "בעיה של תקנים" ומדיניות של "לצמצם קליטת עובדי מדינה ולבצע מיקור חוץ". מכאן שהחתימה על הסכם קבלני נעשתה מטעמים שנעוצים במדינה ולא במר רבין, וההצעה כי ייקלט כעובד מדינה הועלתה רק בשנת 2012. אשר לטענה כי מר רבין בחר שלא לגשת לשני המכרזים הפומביים שפורסמו לתפקיד "מרכז בכיר ניהול תקין", קבע בית הדין האזורי כי הסבריו של מר רבין מניחים את הדעת. לאור זאת <u>נקבע כי לא הוכח שמר רבין פעל בחוסר תום לב</u>.

119. לנוכח קביעות אלו של בית הדין האזורי, לא מצאנו כי ישנם שיקולים, בהיבט של עקרון תום לב, שיש בהם לערער את הקביעה כי מדובר ביחסי עובד ומעסיק, ונפנה איפוא לבחינת הזכויות שיש לשלמן בנסיבות המקרה.

120. **<u>אשר לזכויות הממוניות</u>** - התמורה הקבלנית ששולמה למר רבין נעה בין סך של 100 ₪ לשעה בצירוף מע"מ בתחילת ההתקשרות (בהכפלה ב- 1,800 שעות שנתיות), לסך של 135 ₪ לשעה בצירוף מע"מ בסיומה (בהכפלה ב -2,300 שעות שנתיות), כאשר הגיש דיווח שעות מדי חודש (בהתבסס על שעון נוכחות שהוחתם על ידו) ובהתאם שולמה לו התמורה החודשית. בהתחשב בתקן המשרה לכלכלנים (184.16 שעות חודשיות), התמורה החודשית בסיום ההתקשרות (לא כולל שעות

מעבר לתקן המשרה) עמדה על סך של 24,861 ₪ בצירוף מע"מ. בית הדין האזורי קבע את השכר החלופי לפי תלוש שכר של רואת חשבון אחרת שהועסקה במחלקתו של מר רבין (לטענתו בכפיפות אליו), בדרגה 42ב' בדירוג הכלכלנים, ששכר היסוד המשולב שלה עמד על סך של 15,779 ₪, אם כי ציין שייתכן שמר רבין היה "**מעט יותר בכיר**" (ואכן, גם המדינה בעת שצירפה את התלוש, ציינה כי לא אותר תלוש שכר זהה לנתוני מר רבין והתלוש שהוגש "**קרוב ככל הניתן**").
הגם שקביעה זו של השכר החלופי אינה נקייה מספקות (שכן על פני הדברים מדובר בעובדת זוטרה יותר וותיקה פחות), שוכנענו כי לא הובאה הצדקה מספקת להתערב בה, שכן מדובר בעיקרו של דבר בקביעה עובדתית. אשר לטענת מר רבין המבוססת על סעיף 11(ג) להסכם ההתקשרות (תניית "גדרון") נבהיר, כי לא נקבע בו כי השכר החלופי לפיו יחושבו זכויותיו יעמוד על 135 ₪ לשעה אלא דווקא על השכר המגיע לו לפי ההסכמים הקיבוציים החלים על עובדי מדינה במעמדו, ו"בכל מקרה, לא יהא... גבוה יותר" מהתמורה השעתית הקבלנית שסוכמה עמו. משכך, אין בסעיף זה כדי לסייע לו. לאור זאת, ובהתבסס על קביעותיו העובדתיות של בית הדין האזורי, כיוון שהתמורה הקבלנית גבוהה יותר מעלות המעסיק לפי השכר החלופי, המשמעות היא שכל הזכויות הממוניות "נבלעו" בתוכה, משכך, אין צורך כי נבחן את הזכויות הממוניות המגיעות למר רבין לגופן.

121. מעבר לצורך, וכיוון שהצדדים הרחיבו בקשר לכך, נתייחס להלן בתמצית לשתיים מהזכויות העיקריות שנתבעו:

א. **פיצויי פיטורים** - לטעמנו היה מקום להתערב בקביעת בית הדין האזורי לפיה מר רבין אינו זכאי לפיצויי פיטורים. במסגרת תצהירו פירט מר רבין בהרחבה את נסיבות סיום העסקתו כתוצאה מהחלטת המדינה לבצע רה-ארגון שיכלול שינוי משמעותי בתפקידו; צירף מכתבים מזמן אמת במסגרתם הלין לאורך מספר חודשים על הפגיעה במעמדו, סמכויותיו ותפקידו; וחזר על דברים אלה גם בחקירתו הנגדית (מבלי שנסתר). מתצהירה של עו"ד אביטל שרייבר, שהעידה בקשר לכך מטעם המדינה, עלה כי אכן בוצע שינוי משמעותי במסגרתו בוטלה המחלקה אותה ניהל מר רבין, והוא אמור היה להיקלט כרואה-חשבון מן השורה (במעמד עובד) במסגרת

אחת החטיבות החדשות, ללא עובדים כלשהם הכפופים לו. מר רבין אף העיד כי בישיבה מיום 31.7.12 עם עו"ד אלון בכר (ראש רשות התאגידים דאז) נמסרה לו הודעת פיטורים מפורשת (שצוינה גם במכתבו מיום 9.10.12), כאשר המדינה לא ניסתה לסתור זאת (גם לא במכתב תשובה מזמן אמת או בתצהירים מטעמה) ואף לא זימנה לעדות את עו"ד בכר. בנסיבות אלה, אנו סבורים כי מר רבין הוכיח את זכאותו לפיצויי פיטורים, בין כמפוטר ולכל הפחות כמי שזכאי היה להתפטר מחמת נסיבות שבהן אין לדרוש ממנו שימשיך בעבודתו (כלשונו של סעיף 11 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963). בקביעה זו אין כדי לרמוז כי המדינה לא פעלה כדין, או לא פעלה בתום לב ומשיקולים ענייניים, בעת ביצוע הארגון מחדש, ועם זאת יש השלכה לשינוי שיש בו פגיעה במעמד ובהיקף סמכויות של עובד, לרבות אפשרות להתפטר בדין מפוטר כתוצאה מכך. עם זאת פיצויי הפיטורים "נבלעו" במלואם במסגרת הפער שבין השכר החלופי לתמורה הקבלנית, ולכן אין לקביעתנו משמעות מעשית.

ב. **גמול שעות נוספות** - בית הדין האזורי דחה רכיב זה מהטעם שאין זכאות לגמול כאשר העובד לא נדרש על ידי מעסיקו לבצע שעות נוספות (בהתבסס על ע"ע 508/08 **מדינת ישראל - אשרת ארפי** (30.6.10)). קביעה זו מוקשית במידה לא מבוטלת בנסיבות בהן אין חולק שמר רבין ביצע שעות נוספות רבות; החתים דו"ח נוכחות מדי יום; עו"ד שרייבר אישרה את השעות שבוצעו על ידו (כפי שהודתה בעדותה); והמדינה שילמה בהתאם להיקף זה את התמורה החודשית. למרות זאת שוכנענו שניתן לאשר, ובנסיבות המקרה המיוחדות, את הכרעת בית הדין האזורי, וזאת בהתחשב בגמישות המסוימת שניתנה למר רבין - בהתחשב במעמדו הפורמאלי כ"קבלן" - לקבוע את שעות עבודתו בעצמו. בהתחשב במסקנתנו זו, אין צורך לבחון את השאלה כיצד היינו מתייחסים לגמול השעות הנוספות ככל שהמערער היה זכאי לו.

122. **<u>כעת יש לדון בפיצוי "הלא ממוני"</u>**

בשלב הראשון עלינו לתת את הדעת האם אין לפסוק פיצוי. נציין תחילה, כי הגם שסכומים אלה לא נתבעו על ידו במפורש במסגרת כתב התביעה, נתבע תשלומן של הזכויות הסוציאליות בהתאם לתמורה הקבלנית, כאשר הפיצוי החדש שנקבע על ידינו לעיל הוא למעשה תחליף לסעדים על פי ההלכות הקודמות, ושוכנענו, כפי שנפרט להלן כי ראוי לפסוק לזכותו את הפיצוי, כל עוד הסכום לא יעלה על הסכום הכולל שנדרש על ידו בתביעה ובערעור.

123. שיקולים רלוונטיים אשר הבאנו בחשבון כי יש מקום לעצם קביעת פיצוי לטובתו של מר רבין הם: בראש ובראשונה העובדה כי מדובר במי שלא היה ספק לגביו מלכתחילה כי מדובר בעובד. לא בכדי המדינה לא עמדה על טענתה כנגד קביעה זו במסגרת ההליך בבית הדין האזורי. עוד נתנו את הדעת על כך כי המעסיקה בענייננו היא המדינה - מעסיק עם יכולות מיקוח גבוהות באשר לקביעת אופן ההתקשרות, ולמעשה היא אשר הכתיבה באופן בלעדי את צורת ההתקשרות. כמו כן, והגם שקבענו כי מר רבין לא קופח בגין זכויותיו הממוניות, הרי שאין להתעלם מכך שלמעשה נמנעו ממנו זכויות כגון אי החלה של הסכם קיבוצי, היעדר אפשרות לגשת למכרזים וכיוצא באלו. כללם של דברים הוא כי נסיבותיו של מקרה זה חמורות ואף קיצוניות משמדובר במדינה, שהיא המעסיקה הגדולה בישראל, בעלת יכולת מיקוח גבוהה נוכח מעמדה, וחרף זאת מסווגת ביודעין ובכוונת מכוון את מר רבין כמי שאינו עובד, על מנת לעקוף אילוצים פנימיים שהיא עצמה קבעה (תקנים וכו'), וכפועל יוצא מכך מונעת ממנו זכויות לרבות זכות הייצוג הארגוני. בנסיבות אלו, די לנו בכך כדי לקבוע את עצם זכאותו של מר רבין לפיצוי, ולפיכך נפנה איפוא לקביעת שיעור הפיצוי.

124. **אשר לשיעור הפיצוי שיש לקבוע בנסיבות העניין**, הבאנו בחשבון את השיקולים הבאים:

שיקולים רלוונטיים לעניין **זכויות לא-ממוניות**: מחד גיסא, הרושם העולה מהעדויות הוא כי ההתייחסות למר רבין לאורך תקופת העבודה הייתה כאל חלק מצוות העובדים בכל הנוגע לקשרי העבודה היום-יומיים (לרבות השתלמויות, השתתפות באירועים, קבלת מתנות ואף תשלום חלף הודעה מוקדמת בסוף

הדרך). מאידך גיסא, עולה מהראיות כי מר רבין הפסיד זכויות של עובד בגוף ציבורי גדול, וזאת גם אם לוקחים בחשבון שהשכר החלופי נקבע לפי חוזה אישי ללא קביעות. כך, ובין היתר, מר רבין לא יכול היה לנצל ימי מחלה, בחירה והצהרה, מבלי ששכרו יופחת, ולכן נדרש לבחור בין האינטרס הכלכלי בקבלת התמורה לבין האינטרס הגלום בהיעדרות (כגון בריאות); הפסיד את הזכות לקחת חופשה בעין מבלי שהדבר יפגע בשכרו החודשי (כך שגם אם נטל חופשות - עשה זאת בהיקף קטן יחסית ועל חשבונו, והפיצוי הכספי ממילא אינו מפצה על הפגיעה באיכות החיים בזמן אמת); לא יכול היה להשתתף במכרזים פנימיים; לא יכול היה ליהנות מייצוג ארגוני הניתן גם למועסקים בחוזה אישי (ודאי כאשר התגלעו חילוקי דעות מהותיים לקראת תום תקופת העבודה) ואף לא זכה לשימוע מסודר; וכן הפסיד זכויות נלוות משמעותיות כעובד במדינה - זכויות שהן אמנם זכויות ממוניות במהותן אך נמנעה ממנו אפשרות ריאלית לתבען ככאלה (ודוגמא טובה לכך היא אובדן האפשרות לפנות לוועדה לצורך מימון 90% משני תארים אקדמיים שלמד תוך כדי עבודתו). מאידך ניתן לקחת בחשבון כי מר רבין גם הפיק תועלות מסוימות מדרך הסיווג, דוגמת אי כפיפות לדין משמעתי; גמישות מסוימת בעיתוי ביצוע שעות העבודה; והעדר צורך לבקש היתר לעבודה נוספת.

עוד לקחנו בחשבון את תקופת העבודה, וכן את העובדה שהגם שהמדינה היא מקום עבודה מאורגן, מר רבין שויך על ידי בית הדין האזורי לסקטור שהועסק בחוזים אישיים ללא קביעות (ואין בקשר לכך טענה מטעמו), וכן את קיומה של "דלתא" מסוימת לטובת המדינה (שכן התמורה הקבלנית ששולמה למערער עלתה על גובה השכר החלופי בצירוף הזכויות הסוציאליות).

נוסף לכל זאת הבאנו בחשבון אף שיקולים שונים בהיבט **ההרתעתי**: ראשית נציין כי קשה לראות בנסיבות המקרה טעות בתום לב מצד המדינה בסיווגו של מר רבין. מר רבין לא נשכר לצורך מתן "שירותי ראיית חשבון" חיצוניים אלא מונה החל מהיום הראשון להעסקתו כמנהל מחלקה המבצעת פיקוח שלטוני-רגולטורי, שאחראי על עובדים ועל עבודת יועצים חיצוניים, כאשר העבודה בוצעה לאורך שנים ממשרדי הרשות חמישה ימים בשבוע במשרה מלאה (והדברים עולים באופן

מפורש מתצהירה של עו"ד שרייבר). מר רבין אף החליף לצורך כך מנהל מחלקה קודם, שפרש, והיה במעמד של עובד שכיר. אין מדובר לפיכך במקרה גבולי, וגם לא במקרה בו מאפייני ההתקשרות השתנו עם הזמן. המדינה אף ביצעה סיווג שגוי נוסף אחד לפחות של עובדת בתפקיד מקביל למר רבין (אף היא ברשות התאגידים) בתקופה מקבילה, כאשר עובדת זו הגישה תביעה דומה וזכתה בקבלת כל זכויותיה הסוציאליות לפי התמורה הקבלנית, קרן של 459,222 ₪ (סע"ש (אזורי י-ם) 45291-12-13 **נירה דורני - מדינת ישראל** (13.10.16); לא הוגש ערעור מטעם המדינה).

על כך נוסיף כי בשיקולי ההרתעה יש להביא בחשבון גם את האפשרות בה המדינה עלולה לעקוף תקינה ודרכי קבלה במכרזים באמצעות העסקת קבלנים עצמאיים. על מנת למנוע מצב שכזה, יש להביא נסיבות אלו כחלק משיקולי ההרתעה, ובפרט עת מדובר פעמים רבות, במשרה שהייתה בעבר תקנית ולא הובא הסבר מדוע חדלה להיות כזאת, כבמקרה דנן.

נוסיף כי למר רבין לא היה כל חלק בהחלטה על דרך הסיווג, והוא נעשה בדרך זו מטעמי המדינה נוכח מה שהוגדר על ידה כ"בעיה של תקנים". למר רבין אמנם הוצע בסוף הדרך (בלבד, ולא במהלכה) לעבור למעמד של עובד מדינה, אך לא הוצעה לו הצעה קונקרטית והיא ממילא לא הבשילה נוכח המחלוקת על הגדרת תפקידו וסמכויותיו שהובילה לסיום עבודתו (ולא בשל סירוב מצדו לעבור למעמד של עובד מדינה). לכך יש להוסיף, מצדו השני של המטבע, כי מר רבין אינו מאוכלוסייה מוחלשת נוכח השכלתו וכישוריו. כמו כן, לא הוכח כי מר רבין הפיק תועלת כלשהי מכך שלא נדרש לעבור הליכי מכרז או קליטה מסודרת כעובד. גם התמורה שהוענקה לו - הגם שגבוהה מהשכר החלופי שנקבע לו - רחוקה מאוד מהתמורה המשולמת על ידי המדינה ליועצים חיצוניים "אמיתיים" (כפי שהוכיח מר רבין ולא נסתר - עד 241 ₪ בצירוף מע"מ לשעת עבודה של רואה-חשבון, כאשר התמורה הגבוהה ביותר ששולמה לו עמדה על 135 ₪ בצירוף מע"מ). אשר לטענה כי יכול היה לעסוק בעיסוקים נוספים - מהראיות עלה כי ביצע עבודה אחת בהיקף זעיר (פחות מ-40 שעות שנתיות), בימי שישי ולתקופה קצרה. בהתחשב בהיקף שעות העבודה הנוספות שעבד (וניתן להניח כי התחייבו מתפקידו, שאחרת

המדינה לא מסכימה הייתה לשלם עליהן) - ברי כי לא הייתה לו אפשרות ריאלית לבצע כל עבודה אחרת.

אשר לטענת המדינה כי היא פועלת "**לצמצום התקשרויות שאינן אותנטיות**" ולכן אין צורך להרתיע אותה - אנו סבורים כי טענה זו מוקשית. המדינה בכובעים אחרים שלה דואגת לאכיפתם של חוקי העבודה, לרבות באמצעות עיצומים כספיים, קנסות מינהליים וכתבי אישום פליליים, ואנו מצפים מגוף ציבורי להקפיד ביתר שאת על סיווג נכון של מועסקים ועל קיום הוראות הדין והנהלים המחייבות אותו, כך שלא ניתן להסתפק בפעולות עתידיות וולונטאריות לצמצום אותן הפרות. בהתחשב במובהקות של מאפייני ההתקשרות, בעלי התפקיד הרלוונטיים במדינה בוודאי ידעו - או אמורים היו לדעת ככל שהיו מבצעים בדיקה מינימאלית - כי מר רבין הוא "עובד", ובהתאם היה עליהם להעסיקו ככזה גם אם נתקלו ב"בעיה של תקנים" או בכל קושי ביורוקראטי אחר.

כאשר משקללים את כלל הנתונים - אנו מעמידים את הפיצוי בנסיבות המקרה על סך של **120,000** ₪. כמוסבר לעיל הפיצוי "הלא ממוני" הוא תחליף לסעדים על פי ההלכות הקודמות, והסכומים שנפסקו לזכות מר רבין נמוכים משמעותית מסכום התביעה שנתבע על ידו על בסיס התמורה הקבלנית (ועמד על למעלה מ-2,000,000 ₪).

125. **סוף דבר** - מר רבין זכאי לפיצוי בסך של 120,000 ₪ על יסוד כלל השיקולים שפורטו לעיל. סכום זה ישולם תוך 30 יום מהיום שאם לא כן יתווספו לו הפרשי הצמדה וריבית מהיום ועד התשלום המלא בפועל.
בנוסף זכאי מר רבין להוצאות ההליכים בשתי הערכאות, בסך של 30,000 ₪. לצורך קביעת סכום ההוצאות לקחנו בחשבון את הפער בין הסכום שנתבע לסכום שנפסק, אך גם את העובדה כי לאורך כל ההליך בבית הדין האזורי הכחישה המדינה את קיומם של יחסי עובד-מעסיק. כן הבאנו בחשבון את תרומתו של מר רבין לחידוש ההלכה בסוגיה.

ע"ע 34665-10-17 זאב לוי – זרעים גדרה בע"מ

רקע עובדתי

126. המערער, מר זאב לוי (להלן – **מר לוי**), הגיש תביעה לבית הדין האזורי בתל אביב (סע"ש 2322-11-13 ; השופטת שרה מאירי ונציגי הציבור גב' דבורה פינקלשטיין ומר זוהר אקשטיין) להכרה במעמדו כעובד ולזכויות שונות המגיעות לו כתוצאה מכך: פיצויי פיטורים (372,773 ₪), שעות נוספות (728,574 ₪), חלף הפרשות לתגמולים (123,144 ₪), ובסך הכל עמד סכום התביעה על סך של 1,224,491 ₪.

127. לטענת מר לוי, הוא הועסק על ידי המשיבה, זרעים גדרה בע"מ, שהיא חברה העוסקת בפיתוח זני ירקות וייצור ושיווק של זרעים, במשך יותר מ-12 שנה, החל מ-1.7.2000 ועד 13.3.2013 עת פוטר.

128. יצוין, כי עד חודש נובמבר 2011 היה מר לוי במעמד עוסק מורשה, אז שינה את מעמדו הפורמאלי מעוסק מורשה לחברה בע"מ, והחל מחודש נובמבר 2011 שולם למר לוי שכר כנגד הנפקת חשבוניות מס כחוק באמצעותה של חברת "לוי שדות בע"מ", חברה בבעלותו של מר לוי.

129. לטענת מר לוי, בין הצדדים נחתם הסכם למתן שירותי ניהול למשך שנה אחת, אשר הוארך אוטומטית לשנה נוספת בכל פעם, ומנוסחו בהיר ונהיר כי מדובר בהסכם העסקה בין עובד למעסיק, וההוראות בהן נטען כי אין יחסי עובד-מעסיק או כי חוק שעות עבודה ומנוחה לא חל – הן אמירות סתמיות ללא נפקות עובדתית ומשפטית.

130. ביום 30.12.12 זומן מר לוי לשימוע בטרם החלטה על פיטורים, משלטענת המשיבה תפקידו התייתר נוכח שינויים ארגוניים במשיבה.

131. ביום 7.1.13 נערך למר לוי שימוע לפני פיטורים, שם הלין על כך שלא נמצא עבורו תפקיד חלופי, אך לטענתו, דבריו נפלו על אוזניים ערלות והוא פוטר הלכה למעשה ביום 13.1.13, פיטורים שנכנסו לתוקף ב-13.3.13.

132. לטענת מר לוי, המשיבה ראתה ביחסי הצדדים כיחסי עובד-מעסיק, אך ביקשה לעטוף אותם באופן פיקטיבי תחת הגדרה של יחסי קבלן-מזמין. בחודש דצמבר 2012 אף הופק עבורו תלוש שכר לצורך פדיון מניות שרכש וצבר כחלק מההטבות

שניתנו לעובדי המשיבה, ומכלול הסממנים מצביע על יחסי עובד-מעסיק בין הצדדים.

133. המשיבה מצדה טענה, כי אומנם מתקיימים המבחנים שמכוחם ניתן לקבוע שבין הצדדים התקיימו יחסי עבודה לאורך כל תקופת ההתקשרות, אולם היה זה מר לוי אשר יזם ובנה את מסגרת התקשרות בין הצדדים, ואת המעבר מהעסקה כ"עובד" להתקשרות כ"קבלן עצמאי", וזאת מטעמים כלכליים שלו - קיזוז הוצאות המשק שלו. נוכח האמור, תביעתו נגועה בחוסר תום לב קיצוני, ויש לדחות את כל טענותיו לזכויות ותשלומים נוספים, תך חיובו בהוצאות משמעותיות.

פסק דינו של בית הדין האזורי

134. בפסק דינו, בית הדין האזורי דחה את התביעה במלואה. בית הדין האזורי קבע כי אמנם שררו יחסי עבודה בין הצדדים, אולם מר לוי הוא זה שביקש להתקשר עם המשיבה כנותן שירות חיצוני ולא כעובד שכיר, ועל פי דרישתו שולמה לו התמורה המוסכמת כנגד חשבונית. בהקשר זה, דחה בית הדין האזורי את גרסתו של מר לוי כי ההתקשרות במעמד של קבלן עצמאי נכפתה עליו על ידי המשיבה; נקבע כי מר לוי נהנה ממעמדו כקבלן עצמאי, וניצל זאת לשם חיסכון בתשלומי המס; לא הוכח כי מר לוי נוצל באופן כלשהו בשיעור התשלום החודשי; למר לוי שולמו במסגרת התשלום החודשי רכיבים נוספים בעד תנאים נלווים וזכויות סוציאליות המגיעים לעובד, ואף שולם לו תמריץ כפי ששולם לעובדי המשיבה, והוא גם צורף לתכנית הטבות במניות לעובדים בלבד, אך כאמור, על פי בקשתו, שולם לו שכרו כנגד חשבונית. על יסוד האמור לעיל, קבע בית הדין האזורי כי מר לוי נהג בחוסר תום לב קיצוני, נוכח העובדה שהוא בחר, ולמעשה דרש, את מתכונת ההתקשרות בין הצדדים, עת המשיבה לא הפיקה ממנה כל תועלת, ומנגד הוא נהנה ממעמדו זה. בית הדין האזורי הוסיף, כי אינו נדרש לשאלה מהו השכר הראוי לחישוב הזכויות הסוציאליות של מר לוי, דהיינו שכרו של עובד מקביל לו, משהתמורה ששולמה למר לוי ונקבעה על פי הסכמת הצדדים, היא התמורה הראויה על פי אומד דעת הצדדים, בין אם גבוהה היא (במשהו) ובין אם נמוכה

היא (במשהו). אכן, המשיבה ידעה מראשית ההתקשרות כי מר לוי הוא בגדר "עובד", אולם במקרה זה אין מקום להחיל את "הגישה ההרתעתית" על פי פסק הדין בעניין ענת עמיר, כיוון שהובעה הסכמה באופן ברור על פי רצונו של מר לוי, ולא הוכח כי נפגע בשכרו או כי המשיבה נהנתה ממתכונת ההתקשרות.

135. בית הדין האזורי דחה את התביעה לעניין שעות נוספות, משלא הוכח כי מר לוי עבד בהיקף משרה מסוים (בסיסי); כי עבד במתכונת מסוימת; כי עבד בשעות נוספות; או כי בגין שהותו בחו"ל (30% מהיקף עבודתו) עבד בשעות נוספות ואף לא כי הועסק או התבקש לעבוד שם שעות נוספות.

136. לסיכום קבע בית הדין האזורי כי מר לוי נהג ב"חוסר תום לב מהותי", וגם אם המשיבה שגתה בהסכמתה לבקשתו בנוגע למתכונת ההתקשרות, אין מקום לעתירה מעתירותיו משלא נפגעו זכויותיו כשכיר באופן העסקתו כאמור, ודין תביעתו על כל רכיביה להידחות. אשר להוצאות, קבע בית הדין האזורי כי ***"הותרה של התביעה בחטא ו'משקולמוסין רבים נשתברו' בהליך שלא לצורך"*** זכאית המשיבה להוצאותיה, וחייב את מר לוי בתשלום הוצאות משפט בסך של 15,000 ₪ ובתשלום שכ"ט עו"ד בסך של 35,000 ₪.

טענות הצדדים בערעור

137. מר לוי טען בתמצית, כי בהעדר מחלוקת בין הצדדים על קיומם של יחסי עבודה, היה על בית הדין לבחון אם מגיעים לו תשלומים כעובד, לאחר השוואת התמורה הקבלנית שקיבל לשכר חלופי של עובד מקביל; הן על פי גישתו של בית דין זה **בעניין רופא** והן על פי גישתו של בית דין זה בעניין **ענת עמיר**, היה על בית הדין האזורי לבחון את שכרו של עובד מקביל; ככל שבית הדין היה עורך את הבדיקה הדרושה בהתאם לפסיקה, היה מתברר כי התמורה הקבלנית הכוללת ששולמה לו נמוכה מעלות העסקתו של עובד מקביל, ועל כן דין תביעתו לתשלום זכויותיו כעובד - להתקבל; לא היה מקום לדחיית התביעה על יסוד הקביעה כי נהג בחוסר תום לב, קביעה המנוגדת לפסיקה שלפיה אין בעצם הגשת התביעה לזכויות כעובד משום חוסר תום לב, וחוסר תום לב בא לידי ביטוי עת נקבע בדיעבד כי למועסק הייתה שליטה בקביעת אופן ההעסקה וכי זכה לשיעור תמורה הגבוה באופן ניכר

מהשכר לו זכה העובד המקביל לו, מה שאין כן במקרה דנן. עוד נטען כי שגה בית הדין האזורי בקביעתו כי מר לוי אינו זכאי לתשלום בעבור שעות נוספות. כמו כן נטען כי סכום ההוצאות שבו חויב מר לוי הוא גבוה וקיצוני.

138. המשיבה טענה מנגד, כי פסק הדין מנומק ומפורט כראוי, ונשען, בין היתר, על קביעות עובדתיות ברורות, ובכלל זה על הקביעה לפיה מר לוי הוא אשר בחר ושימר את אופן ההתקשרות עם המשיבה, וכי הוא נהנה מכך, לרבות בדרך של קיזוז הוצאות אל מול פעילות כלכלית/מסחרית נוספת שהופעלה על ידו (משק חקלאי); על פי קביעתו של בית הדין האזורי, המבוססת על התרשמות בלתי אמצעית מהעדויות, מר לוי לא היה במעמד נחות אל מול המשיבה, ואין מדובר בעובד מוחלש. כמו כן מר לוי קיבל תמורה כספית המשקללת את כל הזכויות שהיה זכאי להן אילו הוגדר מלכתחילה כעובד, ולאחר סיום ההתקשרות תבע שוב את ערכן הכספי של הזכויות, בחוסר תום לב ותוך ניצול לרעה של דיני העבודה, ומשכך דין הערעור להידחות. המשיבה הוסיפה, כי דין הערעור להידחות גם לעניין התביעה לשעות נוספות והוצאות המשפט שהושתו על מר לוי, וכי לנוכח חוסר תום הלב בהתנהלותו, יש לשוב ולהטיל הוצאות כבדות על מר לוי גם בגין ניהול ההליך דנן.

דיון והכרעה

139. **מקרה זה מהווה לשיטתנו דוגמה ליישום המבחנים שפורטו לעיל, לעניין המשמעות שיש לחוסר תום לב מובהק מצדו של מועסק על אי קביעת מעמדו כעובד.**

140. לטעמנו זהו המקרה שבו שקלול נסיבות העניין לרבות חוסר תום לב קיצוני של מר לוי, **<u>הוא ממין המקרים שבהם יש לקבוע כבר בשלב הראשון כי לא התקיימו יחסי עובד ומעסיק בין הצדדים</u>**, הגם שבהתאם למבחני הפסיקה "הרגילים" לכאורה היה מקום לקבוע כי יש יחסי עובד ומעסיק מכיוון שמתקיימים הפן השלילי והפן החיובי של מבחן ההשתלבות.

בענייננו המעסיק עמד בנטל להוכיח כי 'העובד' היה חסר תום לב מובהק באופן שיש בו כדי לקבוע כי אין מדובר בעובד, וכפי שפרטנו לעיל **בסעיפים 62-55.**

141. קביעתנו כי מדובר במקרה שבו חוסר תום הלב של המועסק עולה כדי שלילת ההכרה במעמדו כעובד מבוססת על כך שמדובר במי שבחר ביוזמתו שלו ופעל לכך שיוכר כקבלן מטעמיו הוא ובשל תועלתו הכלכלית שלו בלבד, בעוד ולמעסיקה כלל לא הייתה כל תועלת מצורת התקשרות זו, ואדרבה – לו הדבר היה תלוי בה הייתה מעסיקתו כעובד שכיר. לא זו בלבד, אלא שאף לא קופחו זכויותיו כלל, ושולמו לו לרבות כלל הזכויות הסוציאליות, הכל כפי שנפרט להלן:

א. בענייננו, בית הדין האזורי, לאורך כל הדרך, קובע שוב ושוב, ובאופן בלתי מתפשר, כי מדובר במי שמודע היטב לזכויותיו, אשר הוא יזם, שימר ונהנה מההתקשרות כנותן שירותים במשך כל תקופת ההתקשרות, ולמעשה פעל בחוסר תום לב קיצוני. אשר לאי היותו "עובד חלש" קובע בית הדין האזורי כי לא היה מדובר כלל וכלל בעובד מוחלש, אשר צורת ההתקשרות נכפתה עליו אלא דווקא שמדובר בעובד בכיר. אשר לאופן התנהלותו של מר לוי במשך ההתקשרות - נקבע כי הנפקת החשבוניות על ידו לא הייתה "רק" לצורכי העסקתו במשיבה, וכי במשך כל תקופת עבודתו לא פנה, ולו פעם אחת למשיבה על מנת לשנות את צורת ההתקשרות ביניהם, שתהא כמו יתר העובדים השכירים במשיבה. בית הדין האזורי הוסיף וקבע, מעבר לכל ספק, כי מר לוי הוא זה שביקש להתקשר עם המשיבה כנותן שירות חיצוני ולא כעובד שכיר, וכי למעשה בחר להמשיך באותה מתכונת ההתקשרות בה עבד במקום עבודתו הקודם, והוא זה שפתח מיוזמתו את החברה. אל מול זאת, מבחינתה של המשיבה הייתה נכונות להעסקתו כעובד לכל דבר ועניין, ורק בשל דרישת מר לוי נקבעו תנאי העסקתו כפי שנקבעו, בעוד שמבחינתה הייתה מוכנות מלאה שיעבוד כעובד שכיר. כמו כן נקבע כי למשיבה לא צמחה כל תועלת כלכלית או אחרת מהעסקתו באופן זה. ומנגד, עמד בית הדין האזורי על היתרון הכלכלי שצמח למר לוי, מצורה זו של העסקתו.

ב. ואכן, עיון בחומר הראיות אשר נפרש בפני בית הדין האזורי מלמדנו כי מר לוי הוא אשר בחר, יזם ודחף להתקשר עם המשיבה כקבלן, מטעמי תועלת כלכלית שלו ולצרכיו, קרי, האפשרות לקיזוז הפסדים בדוחותיו הכספיים בהתחשב בהיותו בעל משק חקלאי. המשיבה מצדה, נגררה לצורת ההתקשרות הזו, כאשר מבחינתה, ולו הדבר היה תלוי בה, הייתה מעסיקה

את מר לוי כעובד שכיר. בקשר לכך העיד מנכ"ל המשיבה דאז, שכבר אינו מועסק בה מזה מספר שנים, כי בעת קבלתו של מר לוי לעבודה במשיבה הכוונה הייתה לקלטו כעובד בדומה לכל שאר העובדים, אך מר לוי פנה אליו (באמצעות סמנכ"ל השיווק והמכירות) וביקש כי ההתקשרות תהיה במתכונת של יועץ שירותים חיצוני כנגד חשבונית, וזאת מטעמיו הכלכליים ונוכח פעילותו הנוספת כבעל משק. בפגישה שערך המנכ"ל עם מר לוי הוא חזר על בקשתו זו, ואף הוסיף כי כך נערכה מתכונת ההתקשרות במקום עבודתו הקודם (עובדה שאומתה על ידי המנכ"ל מול אותו מקום עבודה טרם מתן הסכמתו לכך). המנכ"ל הוסיף והדגיש כי המשיבה עצמה לא הפיקה כל תועלת ממתכונת ההתקשרות שנקבעה. סמנכ"ל השיווק והמכירות דאז, שגם הוא אינו מועסק במשיבה מזה מספר שנים, העיד על דברים דומים והוסיף ופירט כי מר לוי ציין שמתכונת התקשרות של "עצמאי" תאפשר לו לבצע קיזוזים שונים מול הכנסות המשק החקלאי; כי הגדרת מר לוי כ"קבלן" שירתה אך ורק אותו; וכי הוסכם במפורש שהתמורה החודשית שיקבל מר לוי תכלול בחובה את כל התמורה שאמור היה לקבל כעובד (וכך אכן היה). גרסה זו לא נסתרה בחקירתם הנגדית של העדים; נהפוך הוא – מר לוי בחקירתו הנגדית אישר כי הוא הבעלים של משק חקלאי; כי הועסק כנגד חשבונית במקום העבודה שקדם למשיבה; כי במגעיו מול מנהלי המשיבה - "**אני הצעתי את שירותי לחברה והם הציעו לי את השכר, ובגלל שעבדתי מקודם בחשבונית היה אותו הסכם... הצעתי להם את שירותי באותה מתכונת שהיתה בחברה הקודמת**" (עמ' 12); וכן אישר שמתכונת ההתקשרות שנהגה היא מתכונת ההתקשרות שציפה לה (עמ' 13). דברים אלה עומדים בניגוד לעדותו בתצהירו, בה טען להעסקה פוגענית ולניסיונות המשיבה "**לגרוף כספים לכיסה שלא כדין ע"י כך שמנעה ממני קבלת זכויות סוציאליות**".

ג. הנה כי כן, מכלל העדויות עולה כי מר לוי הוא זה אשר בחר את צורת ההתקשרות של קבלן עצמאי, לטובתו שלו בלבד, בעוד למשיבה לא הייתה כל תועלת מכך. יתר על כן, לו הדבר היה תלוי אך ורק ברצונה שלה הייתה בוחרת להעסיקו במתכונת של עובד שכיר כיתר עובדיה.

ד. לא זו אף זו, מחומר הראיות שהוצג בבית הדין האזורי עולה כי למעשה מר לוי קיבל את כל זכויותיו הכספיות מידי חודש בחודשו, בהתאם לשכר שסוכם עמו, לרבות הזכויות הסוציאליות. כך, בהתאם לחשבוניות שהונפקו על ידי מר לוי מדי חודש – שכרו החודשי הורכב משכרו החודשי המוסכם (שכונה "תשלום") ועמד (נכון לסוף התקופה) על 23,150 ₪, ועליו נוספו זכויות סוציאליות אותן קיבל בכסף מדי חודש בחודשו וחושבו (כפי שנרשם במפורש בחשבוניות שהנפיק מר לוי עצמו) לפי הרכיבים הבאים: 8.33% בגין "פיצויים", 7.5% בגין קרן השתלמות, 5% בגין גמל, 5% בגין "ביטוח לאומי", 2.5% בגין "אובדן כושר עבודה", וסך של 292.5 ₪ בגין "הבראה" (זכויות חופשה ומחלה ניתנו לו בפועל). סך הכול עמדה אם כך התמורה החודשית על סך של 35,101 ₪ (נתונים אלה רלוונטיים לחודש ינואר 2013, שהוא החודש האחרון לגביו הציג מר לוי נתונים (עבודתו הסתיימה במחצית מרץ 2013)).

ה. מכלל האמור עולה איפוא כי מדובר במקרה בו הדרישה החד-משמעית לביצוע ההתקשרות בצורה בו יועסק כקבלן הייתה של מר לוי, לצרכיו שלו בלבד שנועדו להשגת יתרונות מס. לצד זאת רווחתו של מר לוי לא נפגעה כהוא זה כתוצאה מדרך העסקתו, שכן מבחינה מהותית קיבל את מלוא זכויותיו.

ו. אשר לעניין תום הלב במקרה דנן נקבע על ידי בית הדין האזורי כך:

> **"משכנענו כי התובע הוא שעמד על היותו קבלן הנותן שירותי ניהול, הוא שעמד על מתכונת ההעסקה בה התנהלו יחסי הצדדים, הוא שביקש לקבל נוסף לשכרו את ערכם של הרכיבים האמורים, כפירוט שבחשבוניות שבפנינו, הוא שמעולם לא ביקש לשנות ממתכונת זו, הוא שנהנה מהמעמד שבחר לעצמו**
>
> **...**
>
> **חוסר תום ליבו, הקיצוני להתרשמותנו, של התובע, בהתנהלות, עולה גם מהעלאת טענותיו לדוגמא: "להתעשר על גבו", כי "זכה לשכר נמוך ממקבילו", "תוך שהנתבעת חוסכת את עלויות המעביד כמעסיקתו". דווקא היות ההתנהלות המתוארת – "חריגה מאד" ... – מלמדת יותר מהכל על כי היתה אך ורק**

לבקשת התובע והתובע לא טען, ודאי לא הוכיח כי היו עוד נותני שירות כמוהו לנתבעת."

עוד יש להוסיף את קביעת בית הדין האזורי כי מר לוי לא נוצל באופן כלשהו בקביעת התשלום החודשי – בין התשלום הבסיסי ובין התוספות לו. ולעניין צורת ההעסקה נחזור ונציין את הקביעה כי לא רק שהמשיבה לא בחרה בכך, אלא שוודאי הדבר לא נכפה על מר לוי וממילא, המשיבה לא התחמקה מתשלום זכויות כלשהן למר לוי כעובד.

עוד נציין את סיכום דבריו של בית הדין האזורי בהתרשמותו מהראיות והעדים שנשמעו לפניו:

"התרשמנו כי התובע בחוסר תום לב מהותי, הוביל את הנתבעת לדרך חתחתים, תוך שנהנה כל השנים מהיתרונות בהיותו "קבלן" ועתה מבקש הוא להיות שכיר (מה שהנתבעת מאשרת שמאז ומתמיד ראתה אותו ונהגה בו ככזה), תוך קבלת סכומים ורכיבים שכבר קיבל.

התרשמותנו כי הנתבעת שגתה אכן בהסכמתה לבקשתו, אך משכלל לא פגעה בזכויותיו, אין מקום לעתירה מעתירותיו ומשלא נפגעה זכות מזכויותיו כשכיר באופן העסקתו כאמור – ולאחר ששקלנו כל האמור אין לנו אלא לדחות את התביעה על כלל רכיביה."

ז. לנוכח כל האמור, אין בעיננו ספק כי זהו המקרה הממחיש את אותם מקרים של חוסר תום לב מובהק ואפילו במקרה זה עולה כדי חוסר תום לב קיצוני, בו יש לקבוע כבר "בשלב הראשון" כי לא התקיימו יחסי עובד ומעסיק בין הצדדים, ואין מקום לעבור בצורה מלאכותית לשלב חישוב הזכויות

והקיזוזים, שלאור התנהלותו של מר לוי התוצאה תהא אותה תוצאה, דהיינו מר לוי לא יהא זכאי לתשלום כלשהו בסופו של ההליך.

142. הנה כי כן, מכלל האמור לעיל ברורה המסקנה כי אין מדובר בעובד חלש הטעון הגנה, מחד גיסא, ומאידך גיסא מדובר במקרה של חוסר תום לב קיצוני שבו לדעתנו ראוי לקבוע, כי בהתחשב בכלל הנסיבות שפורטו - אין להכיר ביחסי עובד ומעסיק בין הצדדים, ולפיכך התביעה על כלל רכיביה - דינה להידחות.
נדגיש כי אין בהכרעתנו זו כדי לומר שהמעסיק יכול לנצל לרעה את רצונו של מועסק להיות מועסק כעצמאי, ובמקרים שהמועסק יבחר להיות עצמאי ללא אינטרס ספציפי ומוכח (כפי שהוכח במקרה דנן) אז גם אם בחר להיות עצמאי אך לפי המבחנים המקובלים הוא עובד – אזי יוכר כעובד. אולם, כמפורט לעיל, אין זה מצב הדברים בענייננו, ולטעמנו לא היה כאן ניצול לרעה מצדה של המעסיקה בהעסקתו של מר לוי כעצמאי, אלא ההיפך מכך בדיוק – היה כאן חוסר תום לב מובהק של מר לוי בצורת ההתקשרות בין הצדדים, כזה המצדיק לשיטתנו שלא להכיר בו כעובד.

143. **<u>סיכומו של דבר</u> – נוכח כלל האמור, דין ערעורו של מר לוי להידחות. אשר להוצאות – נוכח פסיקת ההוצאות משפט ושכ"ט עו"ד שנפסקו לחובתו של מר לוי בבית הדין האזורי, הגבוהים מפסיקות בתי הדין לעבודה במקרים מעין אלו, ההוצאות ושכ"ט עו"ד שנפסקו לחובתו בבית הדין האזורי יהיו פסיקת ההוצאות עבור ההליכים בשתי הערכאות.**

<u>אחרית דבר</u>

144. אחר הדברים האלה עיינתי בחוות דעתה של חברתי, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, בהתייחסותה לחוות דעתי, וברצוני להבהיר בקצרה כדלהלן:

145. **<u>"טענת הפגיעה בקוגנטיות"</u>** - חברתי חולקת על עמדתי לגבי מתן משקל לשאלת תום הלב גם בשלב ההכרה ביחסי עבודה. חששה העיקרי הוא כי באופן הזה עקרון תום הלב מתנגש בעקרון הקוגנטיות, ומביא להכפפתו של עקרון הקוגנטיות אליו,

עד כדי פגיעה ממשית בקוגנטיות. לכך נלווה גם החשש מפני פריצה אפשרית של הפתח באופן שיאפשר העלאת טענות של "חוסר תום לב" לא רק כנגד קביעת מעמד של "עובד", אלא גם בכל תביעה של זכויות קוגנטיות שתוגש לאחר סיום יחסי העבודה.

המענה לכך ברור: נאמר את עיקרו ואחר כך נפרט. **לעצם הפגיעה הנטענת בקוגנטיות – לטעמי, בטרם הוכר עובד כזכה - לא חלה מטריית הקוגנטיות, לפיכך כלל אין כאן פגיעה בעקרון הקוגנטיות. ואשר לחשש מפני פגיעה במוסד הקוגנטיות אף במקרים אחרים – ההבדל הוא ברור:** אכן הכלל הוא שלא ניתן לפגוע בזכויות קוגנטיות שמקורן בחוק **והוראה זו קבועה במפורש בכל אחד מחוקי המגן. אולם, קביעת מעמדו של עובד והמבחנים לכך, זו מלאכה שהמחוקק הותיר בידי פסיקת בתי הדין לעבודה, בשונה ממדינות בעולם שהגדרת העובד נקבעה בחוק (כך לדוגמה בבריטניה). ככזו, עליה להיות דינאמית, משתנה ולהיבחן מעת לעת, ואין להקיש מזכות שמקורה בחוק, לזכות שהיא יציר פסיקה.** ובמה דברים אמורים?

146. אם נפנה למושכלות היסוד של משפט העבודה ניווכח לדעת כי החוק איננו קובע מיהו "עובד" ומיהו "מעסיק", אלא הניח מלאכה זו לפתחם של בתי הדין לעבודה. ואכן הפסיקה לאורך השנים פיתחה ושיכללה את המבחנים וההגדרות להגדרת יחסי עובד ומעסיק (על השינויים וההתפתחויות פירטתי בהרחבה בפתח חוות דעתי). לאחר שנקבע כי אכן מתקיימים יחסי עובד ומעסיק בין צדדים מוחלים על הצדדים מערכת הזכויות והחובות הקוגנטית של משפט העבודה. וכאן חשוב להדגיש ולהבהיר – עקרון הקוגנטיות חל רק מעת שישנה קביעה כי מדובר בעובד. עובר לקביעה שכזו - אין כל מערכת זכויות קוגנטית שחלה. לפיכך, הטענה לאיון עקרון הקוגנטיות אינה טענה. שהרי כל עוד לא נקבע כי מועסק הוא "עובד" – לא הוחלה עליו מעטפת הקוגנטיות. מכאן גם עולה מאליה המסקנה, כי בחינה של עקרון תום הלב של צדדים כלפי מערכת ההתקשרות ביניהם – אין בה להסיג, וודאי לא לאיין, את עקרון הקוגנטיות.

147. עוד יש להשיב לטענתה של חברתי בדבר הכפפתו של עקרון הקוגנטיות לעקרון תום הלב (סע' 31 א' לחוות דעתה) – כי טענה זו אולי שובת לב אך מרחיקת לכת. טענה שכזו יכולה שתעלה כל אימת שישנם עקרונות שונים שיש לאזן ביניהם.

אולם, לדעתנו בסוגיה דנן, מתן האפשרות לאזן את הדברים, תוך שבתי הדין לעבודה יהיו עם יאצבע על הדופק' ויכוונו וישכללו את העיקרון לכדי יישום נכון, ראוי ומאוזן במקרים השונים - יגרום לכך שמשפט העבודה יהיה מותאם למציאות המשתנה, ובאופן כזה ישמר את כלל העקרונות של משפט העבודה לבלתי יוותר מרוקן מתוכן. המחשבה והניסיון להיאחז בקרנות עקרון הקוגנטיות, לא רק שלא תשמר את משפט עבודה כנכון ומותאם לעידן הנוכחי, אלא היא-היא שעלולה להביא לאיון התכליות שלשמן נועד משפט העבודה.

148. אף את הטענה, לפיה ישנה סתירה בין הדגש האינדיבידואלי של עקרון תום הלב לבין חלקיו הקבוצתיים של משפט העבודה (סע' 31 ד' לחוות דעתה), איני יכולה לקבל – מאחר שכאמור לעיל משפט העבודה במקורו <u>מאפשר</u> קשר אותנטי בין צדדים שאינו קשר של עובד ומעסיק אלא של נותן שירותים עצמאי, קבלן וכדו'. מאחר שכך, הגם שהעיקרון לפיו משפט העבודה נועד לתת משקל גם לאינטרסים של כלל העובדים, הוא עקרון נכון כשלעצמו – אין זה רלוונטי לענייננו כלל וכלל.

149. עוד יש להזכיר כי אי הכרה במועסק כעובד איננה שוללת ממנו בהכרח זכויות חשובות אחרות, אולם לא מצאתי לקבוע מסמרות בעניין מאחר שהדיון בשאלת האוניברסליות של ההגדרה מיהו עובד, חורג מענייננו.

150. **<u>"טענת אי הוודאות"</u>** - אשר לקשיים עליהם מצביעה חברתי (סעיף 31 ב'-ג' לחוות דעתה) ובין היתר הביקורת היא על השימוש במושג השסתום הרחב של "חוסר תום לב" או "חוסר תום לב מובהק", תוך הותרת מרחב רחב של אי ודאות נוכח ההסתמכות על הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה – אזכיר כי עקרון תום הלב הוא עקרון משפטי מרכזי בשיטת המשפט הישראלי, עקרון מלכותי, החל על כלל מערכת המשפט הישראלי בכלל ועל משפט העבודה בפרט. אשר לביקורת העולה מעת לעת על השימוש במושגי שסתום, כדוגמת תום לב, כתב הנשיא (בדימוס) אהרון ברק בספרו "שופט בחברה דמוקרטית" (פרק תשיעי, בעמ' 248) כי:

"מושגי שסתום נמצאים בכל ענפי המשפט. על תופעה זו נמתחה ביקורת. נאמר עליה כי היא פוגעת קשה בשלטון החוק. אין לקבל גישה זו. מושגי השסתום ממלאים תפקיד חשוב. הם מעניקים גמישות לשיטת המשפט. בעזרת מושגי השסתום שיטת המשפט מצליחה להתאים עצמה לצרכים המשתנים, ועם זאת להישאר נאמנה לעצמה. החקיקה והמשפט המקובל גם יחד משתמשים במונחי

השסתום כדי למנוע קיפאון במשפט וכדי להתאים את המשפט לתנאים המשתנים... הם נועדו להבטיח צמיחה, שיוני והתאמה למציאות המשתנה".
דומה כי אין צורך להוסיף עוד על דברים נכוחים אלו.

151. עוד סוברת חברתי כי ישנה בעיה בהכפפת סוגיה כה משמעותית - האם מדובר ב"עובד" - למושג שסתום כה רחב, ודאי כאשר דרך יישומו מושארת לנסיבות כל מקרה ומקרה. ולכך נשיב, כי למעשה טענה זו יכולה להיטען כנגד כל מבחני הפסיקה לקביעת עובד ומעסיק. תמיד נדרשת הכפפה של נסיבות קונקרטיות לכללים רחבים. זהו התפקיד שהותיר המחוקק לבתי הדין לעבודה, וברי שככל שתתפתח פסיקה רבה נוכח השיטה המוצעת על ידי, תהיה גם ודאות יותר מוצקה. עם זאת, לא ניתן לוותר על מלאכה חשובה זו, רק בשל החשש מחוסר ודאות. כל שינוי טומן בחובו יסוד מסוים של אי ודאות אולם התוצאה הסופית היא שצריכה לעמוד לנגד עיננו, ולדידי עדיפה זו המוצעת על ידי מכל הטעמים עליהם עמדתי בהרחבה במסגרת חוות דעתי לעיל.

152. חשוב גם לחזור ולהדגיש כי "החידוש" שהועצם עד מאוד בחוות דעתה של חברתי למעשה איננו כזה שיש בו רבולוציה של הפסיקה העומדת על מכונה עד עתה - הקביעה כי יש בחוסר תום לב כדי לגבור על מעמד כבר נקבעה בפסיקתו של בית דין זה. ואולם, מחמת שהעיקרון נשאר עלי ספר ולא יושם עד כה הלכה למעשה, מצאנו כי יש לקבוע מסמרות בעניין זה, ובדברינו ישנו רק חידוד והפנמה מציאותית של העקרונות שנקבעו במשך שנים רבות אולם לא יושמו. דווקא הצורה זו, לפי שיטתנו, זו הדרך הראויה לפיתוח משפט העבודה, על מנת שמשפט העבודה לא יהיה חלילה נחלת העבר גרידא – אלא יהיה מתאים ונכון למציאות המשתנה של שוק העבודה.

153. הבחינה הזהירה של אופן ההתקשרות בין הצדדים, שנועדה ליישב את תכליות דיני העבודה (ובכלל זאת הגנה על העובד מפני המעסיק ולעיתים אפילו מפני עצמו) - אין משמעותה איון האפשרות של צדדים להתקשר ביניהם במתכונת שאינה יחסי עובד– ומעסיק. משפט העבודה לא החיל מעולם את עקרון הסטטוס על כל מי שנמצא בחצריו של מעסיק. על כן, החלת קטגוריה של עובד על כל צורת התקשרות, תהא אשר תהא, דווקא היא זו שמעקרת מתוכן את משפט העבודה, והפסיקה הענפה בדבר הצורך במבחנים לקביעת יחסי עובד ומעסיק. נקודת

המוצא לפיה אמת המידה לקביעת יחסי עובד ומעסיק היא אובייקטיבית גרידא, ללא כל משקל לרצון הצדדים, להתנהגותם, ולאופן שבו הם רצו שיוכר הקשר - עלולה לסכל את התכלית המקורית של משפט העבודה. משפט העבודה אינו כולל שלילה מוחלטת של צורות התקשרות שאינן יחסי עובד ומעסיק, כך היה מימים ימים, וכך גם כעת.

154. **<u>האמנם "הפתרון המידתי"</u>** – אשר לפתרון שהוצע כי "מענה למצבים חריגים בהם נעשה ניצול ציני או סחטני של דיני העבודה ינתן בשלב השני של קביעת הזכויות, להבדיל משלב קביעת המעמד" (סעיף 31 ז' לחוות דעתה) - הרי שניסיון העבר מלמד כי אין בכך די, ומענה זה, כשהוא לבדו, פגע לאורך שנים רבות במעסיקים, שאף הם צד למארג יחסי העבודה, בכך שנאלצו לנהל הליכים ארוכים ומייגעים עד לתוצאה המיוחלת, בעוד ניתן היה להגיע לתוצאה הנכונה במקרים המתאימים כבר בשלב הראשון של ההליך.

155. בהקשר לחששות מפני "פריצת הגבולות" (סעיף 31 ז' וסעיף 32 לחוות דעתה), נאמר על ידי בית המשפט העליון דברים היפים, בשינויים המחויבים, אף לענייננו (ע"א 8710/17 **פלונית נ' שירותי בריאות כללית** (06.08.2019):

> **"הטענה בדבר הקושי לקבוע גבולות .... דורשת מחשבה וזהירות רבה, אך מן הצד האחר היא אינה צריכה לאיין לחלוטין את האפשרות לתור אחר נקודת איזון ראויה. בל נשכח כי טענת המדרון החלקלק אף היא יכולה להיות סוג של מדרון חלקלק"**

ובעניין אחר, קובע הנשיא (בדימוס) ברק כזאת:

> **"... איננו מוכן לשנות את אמות המידה המשפטיות, בשל החשש אשר העתיד טומן בחובו. חשש זה מבוסס כולו על ספקולציה עובדתית. איננו רשאי להתחשב בו..."**

(בג"ץ 5016/96 **ליאור חורב נ' שר התחבורה ואח'**, נא(4) 1 (1997)).

156. אחתום חלק זה בדבריו של בית המשפט העליון אודות הנתיב בו על בית הדין לעבודה לפסוע נוכח תמורות שישנם בשוק העבודה (בג"ץ 6076/12 **כוח לעובדים - ארגון עובדים דמוקרטי ואח' נ' ההסתדרות הכללית החדשה** (13.12.2012)):

> **"הרוחות החדשות המנשבות בתחום זכות ההתאגדות, כמו בתחומים אחרים, אינן זרות לבית הדין ונכנסו גם בדלתותיו ובחלונותיו, והפסיקה שאוזכרה מעלה ודומותיה מעידות על כך. עם זאת נוקט בית הדין הארצי שיטה זהירה של "עקב בצד אגודל", כדי – מחד גיסא – שלא להטביע ספינות ותיקות, אך לתת נתיבה גם לספינות חדשות."**

157. כללם של דברים – דברי כאן אינם אלא צמצום במעט של שער הכניסה להכרה ביחסי עובד ומעסיק באמצעות יישום הפסיקה שהייתה קיימת עוד לפני בוא פסק דין זה לעולם. מאחר שלא יושמה עד עתה מצאנו כי בשלה העת לכך נוכח התמורות והשינויים החלים בעולם העבודה, ועל מנת ליתן מענה הולם לעולם העבודה המשתנה. לבסוף חשוב לומר כי מתן האפשרות לטעון לחוסר תום לב **מובהק** היא טענה המוטלת לפתחו של המעסיק והיא איננה חזות הכל, אלא טענה אחת מבין רבות, אלא שגם אותה יש להביא בשקלול הדברים במקרים המתאימים.

השופטת סיגל דוידוב-מוטולה

1. חוות דעתה המקיפה ורחבת היריעה של חברתי הנשיאה ורדה וירט-ליבנה כוללת מספר חלקים. בחרתי להתמקד בחידוש המשמעותי שבא לידי ביטוי במתווה שנקבע על ידה ביחס לדרך ההתחשבנות בעת הכרה ביחסי עובד-מעסיק בדיעבד. שוכנעתי כי מתווה זה, ככל שיישום במסגרת העקרונות המנחים שצוינו על ידה ויפורטו גם להלן, יאפשר פתרון פרקטי ומאוזן לסוגיה שמעסיקה את בתי הדין לעבודה מזה שנים רבות, תוך שמירה על עקרונות היסוד עליהם מבוססים דיני העבודה. מטעמים אלה יש בידי להסכים לו, תוך שינוי עמדתי

מזו שהובעה בעבר (ע"ע (ארצי) 110/10 **רפי רופא - מרקם סוכנות לביטוח בע"מ** (22.12.11); להלן: עניין **רופא**), וזאת למען יצירת הלכה ברורה, מוסכמת ויציבה.

להלן אפתח לפיכך, לאחר מבוא קצר, בהתייחסות לעיקריו של חידוש מרכזי זה. בהמשך אתייחס לחידוש הנוסף שהוצע בחוות דעתה של הנשיאה - אליו אין בידי להצטרף - ונוגע לאפשרות השימוש בעקרון תום הלב לצורך קביעה כי "עובד" אינו כזה, גם אם הוא ממלא אחר המבחנים ומבחני המשנה שנקבעו לצורך כך בפסיקה (תוך הרחבה לכאורה של אמרת-האגב של סגנית-הנשיא אלישבע ברק-אוסוסקין בעניין **בוכריס** (דב"ע (ארצי) נה/3-145 **מדינת ישראל - יעקב בוכריס**, פד"ע לו 1 (1997)). אטען כי חידוש זה אינו נדרש, וכי הנזק שעלול להיגרם מיישום רחב שלו עולה על התועלת. לסיום אתייחס לשלושת התיקים הנדונים בערעורים שלפנינו, בהם אני מסכימה לתוצאות אליהן הגיעה הנשיאה אם כי מטעמים שונים בחלקם.

<u>פתיח - עקרונות היסוד של דיני העבודה</u>

<u>נקודות המוצא הבסיסיות</u>

2. כל הסוגיות העומדות בבסיס ההתדיינות בתיקים שלפנינו - המבחנים להתקיימותם של יחסי עובד-מעסיק; רלוונטיות ההסכמה או "תום הלב"; ודרך ההתחשבנות בעת קביעת יחסי עבודה בדיעבד - עומדות בטבורו של משפט העבודה, וככאלה מחייבות להיזקק בשלב ראשון לעקרונות היסוד שלו. כפי שפורט בהרחבה בחוות דעתה של הנשיאה, הצורך בדיני עבודה כענף נפרד מדיני החוזים מושתת על שתי נקודות מוצא עיקריות המצטרפות זו לזו. <u>ראשית</u>, הנחה כי קיימים פערים משמעותיים בין העובד למעסיק בהיבטים של כוח, שליטה, מידע, משאבים ויכולת פיזור סיכונים, המביאים לכך שהעובד מצוי, ככלל, בעמדת מיקוח חלשה יותר. הדבר מוביל לכפיפות ותלות, ומצדיק הסדרה נורמטיבית שתמנע ממעסיקים לנצל את כוחם העודף.

<u>שנית</u>, הכרה בכך שכוח העבודה אינו "מצרך" אלא משקף את אנושיותו של האדם כחלק מרכזי באוטונומיה שלו, ולכן נדרשת התערבות מצד המחוקק

לצורך הטמעת זכויות סוציאליות בסיסיות שהחברה בחרה להגן עליהן. בהתחשב בייחודיותו של חוזה העבודה, ויתור על זכויות אלה - כמו גם עצם ה"מסחור" שלהן ומתן אפשרות להחליף אותן בכסף - מתפרש כפוגע בכבודו של העובד כאדם, בדיוק כשם שלא נתיר ויתור כנגד תשלום כספי ביחס לזכויות יסוד אחרות דוגמת הזכות להצביע בבחירות (תיאור זה של ההצדקות לדיני העבודה הוא כמובן סכמטי ותמציתי בלבד; להרחבה ראו למשל: Guy Davidov, A Purposive Approach to Labour Law, פרקים 3-4 (Oxford University Press 2016)).

3. כפועל יוצא של נקודות המוצא האמורות, עקרון יסוד של משפט העבודה בארץ ובעולם, מימים ימימה, הוא כי לא ניתן להתנות על עצם קיומם של יחסי עובד-מעסיק, וכי הקביעה אם אדם הוא "עובד" תוכרע לפי אמות מידה אובייקטיביות (דב"ע (ארצי) לא/3-27 **עיריית נתניה - דוד בירגר**, פד"ע ג' 177 (1971); בג"צ 6194/97 **נקש נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נג(5) 433 (1999)). נובע מכך כי הצדדים להתקשרות אמנם רשאים לבחור ולקבוע את מתכונת ההתקשרות ביניהם כרצונם, אך ככל שבחינה אובייקטיבית-מהותית של <u>מאפייני</u> ההתקשרות שנבחרה על ידם - בהתאם לאמות המידה שנקבעו לצורך כך בפסיקה בהתבסס על תכליות משפט העבודה - תלמד כי לפנינו "עובד", אין באפשרות הצדדים לקבוע שאינו כזה, וככל שהתיימרו לעשות כן הדין לא יתן לכך תוקף.

עקרון זה - עקרון הקוגנטיות - בא לידי ביטוי גם בחוקי המגן השונים המרכיבים את חקיקת העבודה הישראלית, בהם הדגיש המחוקק כי לא ניתן להתנות על זכויות המינימום המוענקות במסגרתם (כמו גם בצווי הרחבה והסכמים קיבוציים ככל שחלים), כאשר ברי כי אין משמעות לקוגנטיות הזכויות ככל שמאפשרים ויתור על "שער הכניסה" אליהן (היינו, עצם ההגדרה כ"עובד"). די להפנות לאסמכתאות הרבות שפורטו בחוות דעתה של הנשיאה וקובעות כי מתן אפשרות לוותר על הזכויות המובטחות בחקיקת העבודה סותר את תכליות משפט העבודה, את תקנת הציבור, את הסדר הציבורי ואת האינטרס הציבורי

(סעיף 30 לחוות דעתה), וברי כי אין היגיון בהקפדה על קוגנטיות הזכויות מן הצד האחד, ומן הצד האחר לאפשר התחמקות מוחלטת מהן באמצעות הגדרתו הפיקטיבית של המועסק כמי שאינו "עובד".

<u>הטעמים העומדים בבסיסה של הקוגנטיות</u>

4. בבסיס הקוגנטיות עומדים טעמים ממספר רבדים, העומדים כל אחד בפני עצמו ומצטברים זה לזה (להרחבה ראו אצל גיא דוידוב, התניה על סטטוס "עובד" והשלכותיה, **משפטים** נ' 87 (2020), להלן: **דוידוב**, בעמ' 96-107). ככלל (והדברים מובאים כאן בתמצית רבה), <u>רובד ראשון ומרכזי</u> נוגע לחשש ממצב בו המעסיק, שהוא הצד החזק במערכת היחסים לפי נקודת המוצא של דיני העבודה, ילחץ על העובד או יכפה עליו (בין כתנאי לעצם קבלתו לעבודה ובין בהמשך הדרך) לוותר על זכויותיו או חלקן, לעיתים תוך הצגת הדברים כיוזמה של העובד או כהסכמה שלו. מכאן הצורך להבהיר שוויתור של העובד, גם אם יינתן בכתב, הוא חסר משמעות, כאשר רק הקפדה נוקשה על כך תמנע ממעסיקים לנסות את מזלם שמא יינתן לכך תוקף. <u>רובד שני</u> נוגע לקושי הראייתי, מעצם כך שמערכת שיפוטית אינה בוחנת כליות ולב, לקבוע מתי הייתה כפייה ומתי הסכמה רצונית של העובד לוותר על מעמדו או על הזכויות הנובעות ממנו. <u>רובד שלישי</u> מדגיש כי גם אם נניח הסכמה של העובד מרצון חופשי, יש הצדקה להתערבות פטרנליסטית לצורך קידום החירות המהותית של העובד עצמו, כמו גם כבוד האדם שלו (שם; וכן אצל חני אופק גנדלר, זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב - הרהורים חוקתיים על משפט העבודה, **משפטים** ל"ז 63 (2007), להלן: **אופק**).

<u>רובד רביעי</u> מסב את תשומת הלב לקושי הממשי במתן תוקף לוויתור על מעמד ה"עובד" וכלל הזכויות הנובעות ממנו (מכוח חוקים, תקנות, צווי הרחבה, הסכמים קיבוציים, נוהג ופסיקה) נוכח חוסר במידע על היקף הזכויות המלא והמשמעויות הכלכליות והאחרות הכרוכות בוויתור כזה. לכך יש להוסיף קיומם של כשלים קוגניטיביים - המהווים את הבסיס לכלכלה ההתנהגותית - וביניהם הערכת חסר של סיכונים עתידיים, משקל מוגזם להווה ומשקל קטן מדי לעתיד, ביטחון יתר ועוד, בשלהם עובדים עלולים לקבל החלטות לא

רציונליות. דוגמאות טובות לכך הן חיסכון נמוך מדי לפנסיה, והנחה של עובדים בתחילת דרכם במקום העבודה כי אינם צפויים לפיטורים שרירותיים, הטרדה מינית, הפליה או התעמרות ולכן אינם זקוקים להגנות מפני אלה. כשלים אלה מובילים לצורך להגן על העובדים מפני אי הרציונליות של החלטותיהם (ראו והשוו: Eyal Zamir, The Efficiency of Paternalism, 84 Virginia L. Rev. 229 (1998); לילך לוריא, אורלי ליבל ויובל פלדמן, דיני עבודה, **הגישה הכלכלית למשפט** 477 (2012)).

5. <u>רובד חמישי</u> נוגע להשלכות הוויתור על עובדים אחרים אצל אותו מעסיק (ועובדים אצל מעסיקים אחרים באותו ענף שיושפעו מכך), ולצדק החלוקתי בין העובדים לבין עצמם. הסכמה של עובד לוותר על זכות המוקנית לו בחוק מגן יוצרת לחץ על עובדים נוספים להסכים לוויתור מקביל גם בניגוד לרצונם, כדי להצליח להתקבל לאותו מקום עבודה או לשמור עליו (עמרי ידלין, תום הלב במשפט העבודה בישראל: מן הכלל אל הפרט, **עיוני משפט** כ"ב 867 (1999); להלן: **ידלין**). יש לפיכך חשיבות להקפדה רוחבית על זכויות המינימום שנקבעו בחקיקת המגן, צווי ההרחבה וההסכמים הקיבוציים, ולא לאפשר זליגות מהן.

<u>רובד שישי</u> נוגע לציבור בכללותו, וזאת בעיקר נוכח פגיעה בערכים החברתיים שחוקי העבודה אמורים לקדם ובהם שוויון, צדק חלוקתי ודמוקרטיה במקום העבודה (אופק; דוידוב; שרון רבין-מרגליות, מה נותר ממשפט העבודה המגן? ספר מנחם גולדברג 461 (2001); להלן: **רבין-מרגליות**, שאף הדגישה כי "**על מנת לקדם את המטרות החברתיות ו/או הכלכליות העומדות ביסוד חוקי המגן, יש צורך לוודא כי ההסדרים הקבועים בחוק יאכפו באופן דווקני, ולא תתאפשר סטיה אוטונומית, גם במקום בו היא רצויה באופן פרטיקולרי הן למעביד והן לעובד המסוים**" (שם, בעמ' 468)).

6. טעמים אלה מלמדים כי ויתורו של עובד בודד על מעמדו כ"עובד" או על זכויותיו הקוגנטיות מוקשה ברמה האישית, אך מעבר לכך אינו משליך רק על עצמו אלא גם על עובדים אחרים, ועל דרך הנחלתם ומימושם של הערכים החברתיים בכלל. בעת קביעת הכללים המשפטיים עלינו להעמיד לפיכך מול עינינו לא רק את

הצדק הקונקרטי שבין העובד הספציפי שהגיש תביעה לבין מעסיקו, אלא גם את השלכות הרוחב על כלל העובדים, ועל אותם ערכים חברתיים חשובים שדיני העבודה נוצרו על מנת להגן עליהם.

במאמר מוסגר אעיר כי לא נובע מכך בהכרח שלא ייתכנו פתרונות ביניים, בעיקר במסגרת חקיקה, במקרים המתאימים, אך פתרונות כאלה אמורים לבוא מתוך נקודת המוצא של הקוגנטיות וכהסדרים מידתיים-קונקרטיים בנושאים המצדיקים זאת (בהתייחס לזכויות ספציפיות להבדיל ממעמד ה"עובד" בכללותו), וזאת בשונה מהטלת ספק בעצם הצורך בקוגנטיות כעקרון בסיסי של משפט העבודה (להרחבה על ההצדקות לקוגנטיות בהתבסס על משמעויותיה של האוטונומיה, לרבות בחינת פתרונות ביניים, ראו: Guy Davidov, Non-waivability in Labour Law, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 40, p. 482 (2020)).

<u>הקוגנטיות בדיני החוזים</u>

7. אוסיף על קצה המזלג כי הצורך בהתערבות פטרנליסטית לטובת צד "חלש" במערכת יחסים חוזית, תוך קביעת הוראות כופות שאין להתנות עליהן, אינו מאפיין רק את דיני העבודה נוכח ייחודם הכפול, אלא גם סוגי חוזים נוספים (וראו למשל, לגבי חוזי צרכנות, את סעיף 36 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; דנ"א 5783/14 **צמח נ' אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ** (12.9.17)). אף הודגש כי ההתערבות הלכאורית בחופש החוזים כתוצאה מכך מוצדקת לא רק לצורך השלטת "**אורחות התנהגות ראויות**" על המגזר העסקי בכללותו (דנ"א 5712/01 **ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ**, פ"ד נז(6) 385 (2003)), אלא גם לצורך מתן משמעות ותוכן לחופש החוזים עצמו.

היינו, בסיטואציות בהן קיימים פערי כוחות מובנים, "**ההסדרה השיפוטית של חוזים אלו היא שמאפשרת חופש חוזי מהותי, המשקף במלואו את רצונם של שני הצדדים ולא רק חופש חוזי פורמלי**" (עופר גרוסקופף ויפעת נפתלי בן ציון, תכליות דיני פרשנות החוזים: באיזו דרך עלינו ללכת כשחשוב לנו לאן נגיע? **עיונים בתורת החוזה - ספר שלו** 523 (2020, להלן: **גרוסקופף ובן ציון**, כאשר

הדברים נכתבו ביחס לחוזים בין עוסק לאדם פרטי, שאחת הדוגמאות להם היא חוזה עבודה; להבהרת חשיבותו של חופש החוזים המהותי להבדיל מזה הפורמאלי ראו גם אצל נילי כהן, ה'שוויון' מול חופש החוזים, **המשפט** א' 131 (2013)).

8. הקוגנטיות אינה זרה לפיכך לדיני החוזים, והוכרה גם במסגרתם ההבנה כי התערבות פטרנליסטית במקרים המתאימים אינה מנוגדת לאוטונומיה ולחופש החוזים אלא נועדה דווקא לקדם אותם (Eyal Zamir& Ian Ayres, A Theory of Mandatory Rules: Typology, Policy and Design, forthcoming in Texas Law Review (2020); להלן: **זמיר ואיירס**). עוד ראוי לשים לב כי הוראות הדין הכופות בדיני החוזים (בדיני הגנת הצרכן או בהסדרים הנוגעים לחוזים מיוחדים אחרים דוגמת חוזה רכישת דירה מקבלן, חוזה שכירות למגורים וכיו"ב) מיושמות בהתאם לסוג החוזה לפי מאפייניו הכלליים, מבלי שנדרשת בדיקה בכל מקרה לגופו בדבר קיומו אם לאו של פער כוחות. גם המגמה העכשווית בדיני החוזים לקבוע כללים משפטיים שונים לסוגי חוזים שונים (כפי שבאה לידי ביטוי למשל בע"א 7649/18 **ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ** (20.11.19)) - מיושמת באופן המבוסס "**על קטגוריות מוגדרות (קרי, כללים), ולא כזו הקוראת לבחינת כל מקרה לגופו**" (גרוסקופף ובן ציון).

משכך, גם אם ייקבע שלא כל חוזי העבודה "נולדו שווים" (ע"ע (ארצי) 34409-10-18 **הבלט הישראלי - ברטה (ציונה) ימפולסקי** (6.5.20)), וגם אם יוחלט על ניואנסים כאלה ואחרים בכללי פרשנותם כתוצאה מכך - אין בכך כדי לפגוע בנקודת המוצא של פער ביחסי הכוחות, הנקבעת לפי עצם אפיונו של החוזה כחוזה עבודה (שהרי המחוקק בחוקי העבודה השונים לא קבע הוראות שונות לחוזי עבודה מסוגים שונים). נקודת המוצא אינה אמורה להיבחן בכל מקרה לגופו, בדיוק כשם שבעת יישומם של דיני הגנת הצרכן לא נערכת בדיקה בכל מקרה נתון אם הצרכן הוא אכן "טעון הגנה" במערכת היחסים הספציפית

כתנאי ליישום הגנות הדין עליו, וברי כי עצם הצבתו של סימן שאלה כזה תחליש מאוד את ההגנה המוענקת לצרכנים.

<u>השלכת שינוי העיתים על הקוגנטיות - האמנם?</u>

9. הטעמים לעקרון הקוגנטיות עומדים על כנם גם בספרות העכשווית העוסקת בדיני העבודה (כדוגמא בלבד: Simon Deakin and Gillian S. Morris, Labour Law (6th ed.) p.131-138 (2012)), ולא נס ליחם גם בשיטות משפט אחרות (וראו למשל את פסיקת בית הדין לצדק של האיחוד האירופי: Robinson-Steele v RD Retail Services Ltd (2006) IRLR 386; וכן את פסק דינו של בית המשפט העליון של בריטניה שניתן אך לאחרונה: Uber BV & Ors v Aslam & Ors [2021] UKSC 5; להלן: עניין **אובר**).

אין חולק כי חלו שינויים רבים בשוק העבודה על היבטיו השונים בשנים האחרונות וצפויים לחול בו שינויים גם בעתיד, אך אינני סבורה כי מי מהשינויים הללו, לרבות השינויים החברתיים והטכנולוגיים שאין חולק כי הם משמעותיים, מוביל לצמצום הצורך במשפט העבודה או מצדיק להטיל ספק בעקרונות היסוד שלו, לרבות עקרון הקוגנטיות (וראו גם בקשר לכך את עניין **אובר**). נהפוך הוא - יש מקום לסברה שדווקא אותם שינויים שאין עליהם מחלוקת, דוגמת התגברות צורות ההעסקה הלא-שגרתיות, גידול השימוש בטכנולוגיה (לרבות התפתחותה של "כלכלת הפלטפורמות") וכניסתן של אוכלוסיות חדשות לשוק העבודה - מצדיקים את <u>הרחבת</u> ההגנה הניתנת למועסקים מסוגים שונים, ולא צמצום שלה, שהרי גם ביחס למועסקים אלה מתקיימות לכאורה שתי נקודות המוצא שפורטו בפתח דבריי (פער ביחסי הכוחות והבנה כי עבודה אינה "מצרך") הניצבות בליבת משפט העבודה (ראו למשל: Valerio De Stefano, The Rise of the Just-in-Time Workforce: On-Demand work, Crowdwork, and Labor Protection in the Gig-Economy, 37 Comparative Labor law& Policy Journal (2015)).

10. והיה וייטען שנקודות מוצא אלה, לרבות הנחת היסוד של פער ביחסי הכוחות בין עובדים למעסיקים או הצורך בהתערבות פטרנליסטית במקרים המתאימים, התקהו עם השנים או ביחס לענפים/תפקידים מסוימים - אשיב בשתיים. ראשית, מדובר בנקודת המוצא של משפט העבודה בכל שיטות המשפט המוכרות לנו, לרבות בחקיקה הישראלית מימים ימימה. דיון בקשר לשינויה, בכלל או ביחס לסוג כזה או אחר של עובדים, הוא דיון מורכב הכרוך בהכרעות ערכיות ושיקולי מדיניות רב-מוקדיים וככזה חייב לטעמי להיערך באופן ציבורי, בהתבסס על תשתית עובדתית ומחקרית מקיפה ולאחר שמיעת כלל הגורמים הרלוונטיים. בהחלט ייתכן כי לאחר דיון כזה, ניתן יהא לקבוע (יש להניח שבחקיקה) קטגוריות ביניים (כפי שמקובל במדינות מסוימות דוגמת קנדה ואנגליה), ולאפשר בחירה רבה יותר לצדדים תוך שמירה על התכליות המתאימות לכל קטגוריה. כל עוד הדבר אינו נעשה, אין לטעמי הצדקה לסטות מנקודות המוצא, תוך ערעור אפשרי של כל ה"גזע" עליו מבוסס משפט העבודה על ענפיו השונים.

שנית, דווקא התקופה הנוכחית, בה מתמודדת האנושות בכל העולם עם משבר הקורונה, הוכיחה עד כמה נקודות המוצא של משפט העבודה עודן רלוונטיות וחשובות, כך שאין להזדרז ולוותר עליהן מתוך תחושת שווא כי הן אנכרוניסטיות ולכאורה "התקדמנו" כך שאין בהן עוד צורך. בתקופה זו נטרפו גם קלפיהם של עובדים "חזקים" (מעמד שממילא עשוי להשתנות לאורך חיי העבודה בהתחשב בנתונים משתנים רבים), והצורך בהגנות בסיסיות הפך רלוונטי מתמיד (וראו, כדוגמא בלבד: Marta Fena, Employment Impact of Covid-19 Crisis: From Short Term Effects to Long Terms Prospects, 47 Journal of Industrial and Business Economics (2020) 391). גם מטעם זה, ראוי לטעמי לשמור היטב על עקרונות היסוד ההיסטוריים שהושגו בעמל רב, ולקיים במקביל דיון אודות הרחבה אפשרית של ההגנות הסוציאליות גם על מי שאינם "עובדים" או מקיימים רק חלק ממאפייניהם של "עובדים" (וראו בקשר לכך נייר עמדה של ה-ILO (International Labour Organization) בשיתוף ה-OECD שפורסם בחודש אפריל 2020 וכותרתו

להלן: Ensuring Better Social Protection for Self-Employed Workers **נייר העמדה של ארגון העבודה הבינלאומי 2020**).

11. בהתבסס על דברים אלה - הרלוונטיים כאמור לכל חלקיה של חוות דעתי - אפנה לבחינת הדרך בה יש לקבוע את זכויותיו של מועסק שנקבע בדיעבד כי הוא "עובד".

<u>דרך ההתחשבנות בעת קביעת יחסי עובד-מעסיק בדיעבד</u>

<u>השאלות להכרעה והעקרונות המנחים</u>

12. כאמור, הסוגיה הראשונה בה אדון, ולגביה אני מסכימה מהטעמים שיפורטו להלן לחוות דעתה של הנשיאה, היא כיצד יש לחשב את זכויותיו של מועסק שנקבע בדיעבד כי הוא "עובד". כפי שציינה הנשיאה, סוגיה זו מעלה לדיון מספר שאלות משנה. **השאלה הראשונה:** מה יהא הבסיס לחישוב זכויותיו הסוציאליות של המועסק - האם התמורה שקיבל כ"עצמאי" או שמא השכר שהיה מקבל אילו היה מוגדר מלכתחילה כ"עובד" (להלן - **השכר החלופי**). השאלה **השנייה:** באילו נסיבות תבוצע התחשבנות בדיעבד, תוך זקיפת ההפרש שבין השכר החלופי לתמורה הקבלנית על חשבון הזכויות המגיעות למועסק כ"עובד". השאלה **השלישית**: האם יש נסיבות בהן הפרש זה יקים חובת השבה, מעבר לקיזוז.

13. התשובה לשאלה הראשונה הייתה מוסכמת בעיקרה בהלכה הפסוקה, ולא מוצע בקשר לכך שינוי כלשהו. משכך, זכויותיו הסוציאליות של מועסק המוגדר בדיעבד כ"עובד" תחושבנה לפי השכר החלופי שניתן לקבוע כי הצדדים היו מסכימים עליו ככל שהמועסק היה מוגדר מלכתחילה כ"עובד", ככל שמוכח שכר כזה על יסוד הראיות שהובאו בפני בית הדין, כאשר נטל ההוכחה בקשר לכך מוטל על המעסיק (עניין **רופא**; הדרכים האפשריות להוכחת השכר החלופי פורטו בחוות דעתה של הנשיאה). בעניין **עמיר** (ע"ע (ארצי) 3575-10-11 **ענת עמיר - חברת החדשות הישראלית בע"מ** (21.1.15)) אמנם הוצע לחרוג מכך ולחשב את הזכויות לפי השכר ה"קבלני" במצבים בהם למעסיק אמור היה

להיות ברור מלכתחילה כי מדובר ב"עובד", אך אפשרות זו לא יושמה גם על ידי השופטים שתמכו בהלכה זו ונראה כי אין בה צורך (ובהתאם אפשרות זו אינה מועלית גם בחוות דעתה של הנשיאה).

משמעות הדברים היא כי במקרים בהם מוכיח המעסיק שכר חלופי, היינו משכנע את בית הדין כי לו ידעו הצדדים על הסיווג הנכון של המועסק כעובד היו כצדדים הגונים ותמי לב קובעים את השכר החלופי כתמורה שוטפת - יחושבו זכויות המועסק בהתאם לשכר החלופי שייקבע. לא עמד המעסיק בנטל המוטל עליו בקשר לכך - תחושבנה הזכויות לפי התמורה הקבלנית שקיבל המועסק כ"עצמאי".

14. גם התשובה לשאלה השלישית (האם יש נסיבות בהן תקום חובת השבה, מעבר לקיזוז) מוסכמת, והיא שלילית באופן מובהק (וביחס לכך אף הייתה תמימות דעים בפסיקה בעבר, הן בהלכת **רופא** והן בהלכת **עמיר**). הדברים פורטו בחוות דעתה של הנשיאה ומקובלים עלי, ומשכך אין צורך להרחיב בקשר לכך (ואסתפק בהפניה לטעמים שפורטו למשל אצל יובל פרוקצ'יה, על סיווגי העסקה מוטעים, הרתעה יעילה ומעמדם הקוגנטי של דיני העבודה, צפוי להתפרסם ב**עיוני משפט** מ"ג (2020; להלן: **פרוקצ'יה**, בעמ' 16-15).

15. שאלת המשנה השנייה - באילו נסיבות יתאפשר לבצע קיזוז של הפער בין השכר החלופי לתמורה הקבלנית ו"התחשבנות מחדש" - היא שהובילה לחילוקי הדעות בקרב שופטיה של ערכאה זו ולשינויים התכופים בהלכה הפסוקה, ומשכך אבהיר בתמצית את העקרונות המדריכים אותי בפתרונה (ופורטו בעיקרם גם בעניין **רופא**):

א. המחויבויות הקוגנטיות הנובעות מיחסי עובד-מעסיק והעלויות הנלוות להן עשויות לתמרץ חלק מהמעסיקים לנסות ולהוציא עצמם מה"סד" שנכפה עליהם ולאפשר לעצמם גמישות רבה יותר, ועלויות נוחות יותר, בהתקשרותם מול מועסקים. מכאן שקיימים מעסיקים המנסים לסווג "עובדים" כ"עצמאים" בידיעה (בפועל או בעצימת עיניים) כי מדובר בסיווג שגוי, תוך ניצול פערי הכוחות - או פערי המידע - הקיימים בינם לבין

המועסקים, והתחמקות בדרך זו מהענקת הזכויות הסוציאליות ושאר המחויבויות המוטלות על מעסיק (להכרה בתופעה והחשיבות במניעתה ראו גם ב**נייר העמדה של ארגון העבודה הבינלאומי 2020**, בעמ' 10).

ב. ייתכנו גם מצבים בהם מעסיקים יציעו לעובדים להיות מועסקים כ"עצמאים" ללא שינוי בעלות הכוללת של ההתקשרות עימם (היינו תוך קבלת תמורה גבוהה יותר מזו שהיו מקבלים לו היו מוגדרים כעובדים, הלוקחת בחשבון את עלות הזכויות הסוציאליות), על מנת להימנע ממחויבויות לא-ממוניות המוטלות כלפי עובדים דוגמת ביטחון תעסוקתי, חובת שימוע ועוד. סיבות אפשריות נוספות לסיווג שגוי (ואין מדובר ברשימה סגורה) הן הקטנה של מספר העובדים שעשויים להתארגן ולנהל מאבק ארגוני, תוך פגיעה בכוחו של ארגון העובדים ככל שקיים, והקטנת הסיכוי של התארגנות במקום עבודה בלתי מאורגן; אילוצי תקינה ומגבלות שכר בגופים ציבוריים; ניסיון להימנע מתחולתם של צווי הרחבה והסכמים קיבוציים; הקטנה מלאכותית של הוצאות השכר בדו"חות הכספיים; ועוד.

ג. מצדו השני של המטבע, קיימים גם מקרים בהם הסיווג השגוי המודע מקורו באינטרסים - מיסויים או אחרים - של העובד עצמו, דוגמת רצון לנכות הוצאות; לקזז הפסדים; להימנע מתקרות שכר שחלות במקום העבודה, ככל שקיימות; לאפשר לעצמו גמישות רבה יותר בשעות העבודה או מול עיסוקים נוספים; למקסם את התמורה החודשית נוכח ויתורו על זכויות סוציאליות; ועוד (כאשר גם סיווג מטעמים אלה יש הצדקה למנוע נוכח השלכתו על עובדים אחרים, על מעסיקים אחרים המקפידים על סיווג נכון ותשלום כחוק הנובע מכך, וכן על ביצוע כדין של תשלומי חובה - ראו גם ב**נייר העמדה של ארגון העבודה הבינלאומי** 2020 בעמ' 10).

ד. לאמור יש להוסיף כי קיימים גם מצבים בהם אין מדובר בסיווג שגוי מודע (בין של אחד הצדדים ובין של שניהם) אלא בסיווג הנובע מתוך טעות בהבנת המצב המשפטי. זאת בפרט במצבים גבוליים; במצבים בהם חל שינוי מהותי במאפייני ההתקשרות עם הזמן; או בעקבות שינוי בהלכה הפסוקה.

ה. בין אם מדובר בסיווג שגוי מודע הדדי או חד צדדי ובין אם מדובר בסיווג מוטעה בתום לב - יש לפעול למניעתו, שכן **סיווגים שגויים מביאים**

להסרתה של מטריית ההגנות - הכוללת בחובה חוקי מגן, צווי הרחבה, הסכמים קיבוציים ומחויבויות פרי פסיקה - ממועסק שראוי להגנות אלה, והמחוקק הורה להעניקן לו ללא תלות בהסכמתו. סיווג שגוי גורר לפיכך פגיעה בתכליות משפט העבודה, בעקרון הקוגנטיות ובאפקטיביות מימושה של חקיקת המגן, ונזכיר כי מדובר בזכויות הנוגעות לאנושיותו וכבודו של העובד כאדם.

ו. השלכות נוספות נוגעות למתן אפשרות למניפולציות בקשר לתשלומי מיסים ודמי ביטוח לאומי; עקיפה של חוקים והנחיות לגבי דרך קבלת עובדים לעבודה (דוגמת מכרזים ותקנים) והשכר שניתן לשלם להם (לרבות מכוח סעיף 29 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985); התחמקות מחובות סטטוטוריות החלות על עובדי ציבור דוגמת דין משמעתי והחובה להימנע מניגוד עניינים; חוסר הוגנות כלפי מעסיקים אחרים מאותו ענף המקפידים על סיווג נכון באופן שעשוי להגדיל את הוצאותיהם; וכן השלכה אפשרית על דינים נוספים דוגמת אחריות שילוחית בנזיקין ודין קדימה בפירוק. גם מהיבטים אלה נגזר **אינטרס ציבורי מובהק למנוע סיווגים מוטעים** (כפי שציינה בפנינו גם באת כוח הממונה על השכר), ומניפולציות המנסות לצייר את מערכת היחסים בדרך שונה מכפי שהיא בפועל.

16. כתמיכה לדברים אלה ניתן להפנות לדו"ח ארגון ה- OECD לשנת 2019, בו פורטה תופעת הסיווג השגוי של עובדים כ"קבלנים" והודגש הצורך בקביעת כללים שימנעו זאת, תוך שצוין כי **הבטחת הסיווג הנכון היא צעד הכרחי בהבטחת ההגנות של משפט העבודה ומשכך מצופה מהמדינות החברות בארגון לקבוע את הכללים שיוודאו זאת**. וכך נכתב בין היתר (ההדגשות הוספו):

> "Ensuring the correct classification of workers is therefore a key first step to ensure access to labour and social protection, collective bargaining and lifelong learning…
> The deliberate misclassification by employers of workers in an attempt to avoid employment regulation, fiscal obligations, workers' representation, as well as to shift risks onto workers and/or gain a competitive advantage, should be cracked down on. Similarly, workers'

misclassification of themselves as self-employed to avoid taxes should be addressed. As discussed above, misclassification harms individuals, but also may put firms that follow the rules at a disadvantage and risks creating a hole in public finances…
In parallel to strengthening the penalties for misclassification, governments should seek to reduce any incentives to firms and workers to misclassify employment relationships as self-employment"

(OECD Employment Outlook 2019: The Future of Work, Labour Market Regulation 4.0: Protecting Workers in a Changing World of Work, p. 136-140).

דברים דומים וחד-משמעיים נכתבו ב**נייר העמדה של ארגון העבודה הבינלאומי 2020**; כן ראו, ביחס למאמצים בארצות הברית למניעת סיווגים שגויים, אצל Jenna Amato Moran, Independent Contractor or Employee: Misclassification of Workers and Its Effect on the State, 28 BUFF. PUB. INT. L.J. 105, 122 (2010); Anna Deknatel & Lauren Hoff-Downing, ABC on the Books and in the Courts: An Analysis of Recent Independent Contractor and Misclassification Statutes, 18 U. Pa. J. L. & Soc. Change 53 (2015).

<u>הכלל המשפטי הראוי בהתחשב בעקרונות המנחים</u>

17. כפועל יוצא מהעקרונות המנחים שפורטו לעיל, ובהתחשב בכך שאין בישראל כיום פתרונות חקיקתיים לסיווג השגוי או אכיפה חיצונית בקשר לכך (כפי שקיימת למשל בארצות הברית באמצעות רשויות המס, ובחלק ממדינותיה גם באמצעות קנסות אזרחיים; ראו כדוגמא את Cal. Lab. Code בסעיף 226.8) - חובתנו, כערכאה השיפוטית האמונה על יישומם של חוקי העבודה, בעת קביעת הכלליים המשפטיים בסוגיה מושא הדיון שהיא שאלת מפתח בדיני העבודה,

להכווין את ההתנהגות הרצויה של מעסיקים ומועסקים גם יחד, באמצעות כללים אשר יתנו תמריץ שלילי ומרתיע מראש (ex ante) מפני סיווג שגוי מודע של "עובדים" כ"קבלנים עצמאיים".

לכך יש להוסיף תמריץ חיובי לבדיקה מקיפה של מעמדם של מועסקים טרם התקשרות עימם, על מנת להקטין במידת האפשר את הסיווגים המוטעים בתום לב (על טעמים של הכוונת התנהגות כמצדיקים כלל הרתעתי ראו למשל בע"א 8728/07 **אגריפרם אינטרנשיונל בע"מ נ' מאירסון** (15.7.10); אריאל פורת, שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל, **עיוני משפט** כ"ב 647 (1999)).

18. בהתאם, יש לקבוע כללים משפטיים שיעודדו מעסיקים להגדיר מועסקים שהם "עובדים" בהתאם למעמדם זה מלכתחילה, כך שיקבלו את זכויותיהם הכספיות באופן שוטף ובמקביל יוכלו ליהנות הלכה למעשה מכלל הזכויות הלא-ממוניות (וכן לקיים את חובותיהם כעובדים כלפי מי שמעסיקם). במקביל יש למנוע היווצרותו של אפקט מצנן מפני הגשת תביעות של מועסקים שסווגו באופן שגוי לצורך הכרה בהם כ"עובדים", תוך פסיקת פיצוי הולם אשר יביא בחשבון את ההשלכות החברתיות השליליות הנגרמות כתוצאה מסיווג שגוי. מבלי לפגוע בכך יש למנוע, במידת האפשר, ניצול לרעה של הכללים המשפטיים מצד מועסקים.

19. אשר לתוכן התמריצים, נקודת המוצא היא כי **האחריות לבדיקת המצב המשפטי מוטלת בראש ובראשונה על כתפי המעסיק**. הטעמים לכך מבוססים הן על שיקולי יעילות (בדיקה אחת לעומת בדיקות נפרדות של כל אחד מהעובדים); הן על טעמי נגישות ארגונית וכלכלית לייעוץ משפטי; הן בהתחשב בכך שהוא הצד החזק (בהתאם לנקודת המוצא של דיני העבודה) במערכת היחסים, על כל הכרוך בכך מבחינת יכולתו להשפיע על תנאי ההתקשרות; ובעיקר בהתחשב בכך שעליו מוטלות מרבית החובות מכוח חוקי העבודה, לרבות אחריות פלילית בחלק מהמקרים בגין הפרתן. משכך, עליו לבצע את הבדיקות הדרושות (ואין בהן הכבדה יתרה) על מנת לדעת כלפי מי עליו ליישם

את החובות החוקיות המוטלות עליו. על הכלל המשפטי להרתיע לפיכך (אם כי במידה שונה) לא רק מפני סיווג שגוי בזדון שנעשה מתוך כוונה ברורה לשלול זכויות, אלא גם מפני סיווג שגוי תם לב, וגם מפני סיווג שגוי שלא גרם לפגיעה כספית ישירה במועסק ואף נעשה לבקשתו.

בעת קביעת הכלל יש לזכור גם שככל שהעובד חלש יותר, כן קטן הסיכוי כי יגיש תביעה (ויליאם לסטינר ואח', היווצרותם של סכסוכים והשתנותם: מתן שם, הטלת אשם, עמידה על זכות (naming, blaming, claiming), **מעשי משפט** ג' (2010) 17). המשמעות היא כי המקרים המגיעים לערכאות - אשר יוגשו לפי הספרות בעיקר על ידי העובדים החזקים יותר - יגדירו את המצב המשפטי, ואת התמריצים הנובעים ממנו, גם בהתייחס לאוכלוסיות העובדים המוחלשות שהגישה שלהן לערכאות קשה יותר, ויש לקחת זאת בחשבון בעיצוב הכללים.

20. בעניין **רופא**, בהתבסס על עקרונות אלה ופסיקה קודמת, נקבע כי ברירת המחדל הראויה היא שלא לבצע קיזוז כלשהו מהכספים המגיעים למועסק כ"עובד" בשל הפער בין התמורה ה"קבלנית" לבין השכר החלופי, אלא אם יוכח חוסר תום לב קיצוני של המועסק (בהתאם למבחני העזר שפורטו שם). פסיקה זו התבססה על מספר הנחות, ובראשן כי קיים קושי לכמת את הזכויות הבלתי-ממוניות וכן את הצורך בהרתעה רוחבית, ומשכך עדיף לקבוע כלל נוקשה שיצמצם באופן ניכר את הסיווגים המוטעים. הנחה נוספת הייתה שקיים קושי משפטי, בהתבסס על ניתוח של דיני החוזים ודיני עשיית העושר, להגדיר את סכום ה"דלתא" (הפער בין התמורה הקבלנית לשכר החלופי) כסכום "יתר" שהמועסק חייב להחזירו (כשם שלא מתאפשר קיזוז פער וירטואלי בכל סיטואציה אחרת בה מתווסף תנאי קוגנטי להוראות חוזיות), וזאת אלא אם ייקבע שהמועסק הוא שהביא בחוסר תום לב לקבלתה של אותה תוספת לשכר ("סכום היתר"). משכך, לא נקבעה שם "סנקציה" של שלילת קיזוז, אלא נקבע כי הזכות לקיזוז - שאינה מובנת מאליה - קמה רק במצבים חריגים של חוסר תום לב קיצוני כאמור.

במאמר אקדמי שפורסם לאחרונה הוצעה דרך שונה לקביעת הכלל המשפטי בסוגיה זו, בהתבסס על הצורך בקביעת כלל הרתעתי, והוסבר הקושי בברירת המחדל שנקבעה בעניין **רופא** מעצם כך שה"סנקציה" (הגם שכאמור כלל אין מדובר ב"סנקציה" לפי דרך הניתוח באותו עניין) מבוססת באופן בלעדי על הפער בין התמורה הקבלנית לשכר החלופי. בשל כך, היא עלולה להביא להרתעת יתר (במצבים בהם הפער גדול), להרתעת חסר (במצבים בהם אין פער או הפער קטן) וכן לאי-יצירתה של הרתעה שולית (**פרוקצ'יה**, בעמ' 15-12 ; כן ראו אצל דוידוב, בעמ' 92). קשיים דומים מתקיימים גם בכלל שנקבע בעניין **עמיר**, ואליהם מצטרפים קשיים נוספים מעצם כך שהלכה זו עלולה לייצר תמריץ חיובי למעסיקים להפר את הוראות החוק (שם ; וכן בעמדת השופטת גליקסמן בעניין **עמיר**).

21. חברתי הנשיאה ורדה וירט-ליבנה שוכנעה כי יש לאמץ - בשינויים מסוימים - את הכלל המשפטי שהוצע בספרות, וקבעה כלל חדש שעיקרו קיזוז ה"דלתא" מול שווי הזכויות הממוניות (ככל שמוכח שכר חלופי היוצר "דלתא"), יחד עם תשלום פיצוי בלתי-ממוני כברירת מחדל בכל תביעה של "עובד" המוכר ככזה בדיעבד (אלא אם קיימת הצדקה לחרוג מכך, כאשר הנטל בקשר לכך מוטל על המעסיק). אף אני סבורה כי דרך זו - ככל שתיושם בהתאם לעקרונות המפורטים בחוות דעתה של הנשיאה ולהלן - עשויה לאפשר פתרון הוליסטי ומאוזן להתחשבנות הנדרשת בעת קביעת יחסי עובד-מעסיק בדיעבד, באופן שיאפשר מתן ביטוי גם לשיקולי צדק קונקרטיים וגם לשיקולי הכוונת התנהגות ולתכליות הרחבות של משפט העבודה.

במאמר מוסגר אוסיף כי לא ניתן היה להיעזר לצורך פתרון הסוגיה במשפט משווה, שכן במדינות אחרות מבוצע למיטב ידיעתי חישוב הזכויות במצב של סיווג שגוי לפי התמורה הקבלנית, כך שלא נוצרת "דלתא" ולא עולה כלל השאלה אם נדרש קיזוז.

<u>הכלל המשפטי החדש - קיזוז מול זכויות ממוניות ופסיקת פיצוי בלתי-ממוני</u>

22. הכלל המשפטי החדש, המתואר בחוות דעתה של הנשיאה ואליו אני מצטרפת, מורכב אם כך מהשלבים הבאים:

א. **השוואת עלות המעסיק לתמורה הקבלנית:** בדומה לכלל שנקבע בעניין **עמיר**, לצורך בחינת השאלה אם נגרם לעובד נזק ממוני יש לבדוק את הפער (המכונה "דלתא") בין עלות המעסיק לפי השכר החלופי (ככל שהוכח כזה) לבין התמורה הקבלנית. עלות המעסיק כוללת את הזכויות הסוציאליות המוקנות בחוקי המגן ובצווי ההרחבה הכלליים; זכויות סוציאליות נוספות המוקנות באותו מקום עבודה (בכלל או ביחס לעובדים מסוגו של העובד התובע); וכן את דמי הביטוח שיש לשלם בגין עובד שכיר למוסד לביטוח לאומי (כמפורט בחוות דעתה של הנשיאה; לפירוט ראו אצל דוידוב, בעמ' 124-129; לדוגמא לתחשיב הזכויות ראו להלן בסעיף 45). הזכויות הבלתי-ממוניות אינן נלקחות בשלב זה בחישוב.

ב. **ככל שלא הוכח שכר חלופי**: יש לפסוק את הזכויות הסוציאליות הכספיות בהתאם לתמורה הקבלנית, ולא נוצרת "דלתא". עם זאת, ייתכן כי גם במקרה כזה תהא הצדקה לפסוק פיצוי לא ממוני, בתלות בכלל נסיבות העניין.

ג. **קביעת הזכויות הממוניות המגיעות לעובד התובע**: היה ויסתבר כי עלות המעסיק לפי השכר החלופי **גבוהה** מהתמורה הקבלנית - העובד יהא זכאי לקבלת הזכויות הממוניות שנתבעו על ידו ונקבע כי מגיעות לו, כל עוד אינן גבוהות מסכום ה"דלתא" (שיש לחשבו ביחס לכל תקופת העבודה אך לא יותר מתקופת ההתיישנות). בדרך זו אנו מאפשרים קיזוז מלא של הפער בין השכר החלופי לבין התמורה הקבלנית מהזכויות **הממוניות**, שכן העובד מקבל רק את היתרה לזכותו ככל שקיימת כזו. משמעות הדברים היא כי הסכום החודשי ששולם לעובד ועולה על השכר החלופי, הגם שלא הוגדר כתשלום בגין זכויות סוציאליות בזמן אמת (מעצם הגדרת המועסק כ"עצמאי") - ייזקף בדיעבד כתשלום על חשבון הזכויות הסוציאליות הממוניות (שממילא משולמות בכסף), ובהתאם יקוזז משווין.

ד. **היה ונותרה יתרה לטובת המעסיק**: ככל שיסתבר כי עלות המעסיק לפי השכר החלופי **זהה** לתמורה הקבלנית או **נמוכה** ממנה - לא נותרת יתרה

לתשלום בגין הזכויות הסוציאליות הממוניות שאמורות היו להשתלם במהלך תקופת העבודה וסיומה. בנוסף, במצבים בהם עלות המעסיק נמוכה מהתמורה הקבלנית, נוצרת לכאורה "דלתא" לטובת המעסיק, שכן מסתבר ששילם תוך כדי תקופת העבודה סכום נוסף (ששולם על ידו כחלק מהתמורה הקבלנית), מעבר לשכר החלופי והזכויות הסוציאליות הממוניות הנגזרות מכך. להסרת ספק מובהר כי "דלתא" זו (ככל שקיימת) אינה ניתנת לקיזוז מול הפיצוי הבלתי-ממוני, והמעסיק אף אינו יכול לתבוע את השבתה באופן עצמאי. עם זאת, ניתן לקחתה בחשבון במקרים המתאימים כחלק ממכלול השיקולים בעת קביעת שיעור הפיצוי הלא-ממוני, כפי שיפורט להלן.

ה. **פיצוי לא-ממוני**: בהמשך יש לקבוע את סכום הפיצוי הלא-ממוני המתאים לנסיבות המקרה (אלא אם קיימות נסיבות - שנטל הוכחתן מוטל על המעסיק - המצדיקות שלא לפסקו כלל בניגוד לברירת המחדל שנקבעה). כפי שהבהירה הנשיאה בחוות דעתה, הפיצוי אמור לקחת בחשבון שני היבטים שונים: הן את הנזק שנגרם בפועל לעובד התובע בגין זכויות בלתי-ממוניות שנשללו ממנו לאורך תקופת עבודתו, והן שיקולי רוחב, נוכח הצורך להרתיע הן את המעסיק הספציפי והן מעסיקים בכלל מסיווג שגוי של עובדים.

23. **אשר לדרך קביעתו וחישובו של הפיצוי הלא-ממוני בנסיבות כל מקרה** - כאמור לעיל, וכפי שמוסבר בחוות דעתה של הנשיאה, יש לקחת בחשבון כי עובד אשר מסווג באופן שגוי כ"עצמאי" ניזוק מעבר להיבט הכלכלי הצר של שווי הזכויות הכספיות שנמנעו ממנו, שכן הוא עלול להפסיד מגוון רחב של זכויות המוענקות לעובדים מכוח חקיקה, צווי הרחבה, הסכמים קיבוציים ופסיקה, ובכלל זאת (ואין מדובר ברשימה סגורה) ביטחון תעסוקתי (לרבות הזכות לשימוע והגנה מפני פיטורים מכוח הסכמים קיבוציים); ביטחון פנסיוני; הגנות חשובות מכוח דיני איסור האפליה; הזכות לייצוג ארגוני; אפשרויות קידום; והאפשרות לקיים יחסי שיתוף מול המעסיק תוך תחושת שייכות והשתלבות חברתית במקום העבודה. מדובר לפיכך בזכויות שלפחות בחלקן הן חוקתיות (דוגמת, ומבלי למצות, חופש ההתארגנות והזכות לשוויון).

משכך, כאשר מבצעים "התחשבנות בדיעבד" ומעין "החזרה של הגלגל אחורנית" תוך העמדת הצדדים במקום בו אמורים היו להימצא ככל שמבוצעת הייתה בחירה כדין של מסלול ההתקשרות - לא ניתן להתעלם ממכלול הזכויות הללו. העובד זכאי לפיכך לפיצוי בגין זכויותיו הלא-ממוניות, שייקבע בדרך של אומדנה וללא צורך בהוכחת הנזק, תוך לקיחה בחשבון של כלל הנסיבות ובראשן היקף הזכויות הלא-ממוניות שנשללו ממנו בפועל (לרבות סוג הזכויות שנפגעו, מידת הפגיעה בהן ותקופת העבודה), וניסיון להעריך את שווין עבורו.

ראוי להדגיש כי על אף אופיין הסובייקטיבי ובחלקן ספקולטיבי של הזכויות, מדובר בנזק שנגרם בפועל ויש לפצות בגינו, שכן "**גם אם הנזק קשה לכימות, אין משמעות הדבר כי ראוי להותיר את הניזוק ללא סעד**" (**פרוקצ'יה**, בעמ' 5 ו - 29). מדובר בהיקף רחב של זכויות משמעותיות שהן חלק מרכזי ממשפט העבודה, שאפשרות המימוש שלהן בזמן אמת נשללה מהעובד, ואשר הפיצוי הבלתי-ממוני שייפסק לו יהא הסעד היחיד שיקבל בגין כך (להצעה לבצע חלוקה למספר "ראשי נזק" על מנת להימנע מפיצוי חסר ראו אצל **דוידוב**, בעמ' 111-113). השיקולים הרלוונטיים פורטו על ידי הנשיאה בחוות דעתה (ומקובלים עלי); במקביל יש לזכור כי מדובר בזכויות שלא ניתן לוותר עליהן וגם לא לסחור בהן נוכח טעמים ציבוריים שאינם נוגעים רק לעובד הבודד, כך ששאלת הבחירה או הרצון של העובד - גם אם יוכח כי מדובר בבחירה אמיתית וברצון חופשי - אינם חזות הכול. אף אין מדובר בפיצוי בגין "חוסר תום לב", שכן מאזן תום הלב ההדדי הוא רק אחד השיקולים שנלקחים בחשבון.

24. לאמור יש להוסיף כי הפיצוי הלא-ממוני אינו מורכב רק מפיצוי על הפסדן של זכויות בלתי-ממוניות שנשללו מהעובד, אלא שיעורו אמור לקחת בחשבון גם שיקולי הרתעה והכוונת התנהגות, שנועדו לתמרץ מעסיקים להימנע מסיווג שגוי של מועסקים ולערוך את הבדיקות הנדרשות לצורך כך (לחשיבות בקביעת סנקציה, דוגמת פיצויים עונשיים, בגין הפרתם של כללים קוגנטיים מבלי שניתן להסתפק בהצהרה על בטלות ההתניה עליהם, ראו למשל אצל **זמיר ואיירס**, בעמ' 39). הפיצוי הלא-ממוני ניתן אם כך לא רק בגין הפגיעה ברווחתו של העובד הספציפי וגם לא מותנה בקיומה של פגיעה כזו (אם כי קיומה והיקפה עשוי

להשפיע על גובה הפיצוי), אלא לוקח בחשבון כי תכליתם של דיני העבודה רחבה יותר. רק בדרך זו יוכל הפיצוי להוות תחליף לברירת המחדל של העדר קיזוז שנקבעה בעניין **רופא**, שהרי ככל שהמעסיק יידרש לשלם רק את מה שאמור היה לשלם מלכתחילה - לא תושג כל הרתעה (להיפך - הדבר עלול לתמרץ מעסיקים לנקוט במתכוון בסיווג שגוי מתוך הנחה שמרבית העובדים ממילא לא יגישו תביעה; לטיעון דומה ראו אצל Julien M. Mundele, Note - Not Everything that Glitters is Gold, Misclassification of Employees: The Blurred Line between Independent Contractors and Employees under the Major Classification Tests, 20 Suffolk J. Trial& App. Advoc. 253, 271-272 (2015).

מטרה נוספת היא למנוע יצירת אפקט מצנן מהגשת תביעות בשל זקיפת ה"דלתא" על חשבון הזכויות הממוניות (זקיפה שאינה מובנת מאליה ולא נהגה בפסיקה כדבר שבשגרה טרם עניין **עמיר**), באופן שעלול לייצר חוסר כדאיות כלכלית בהגשתן.

25. בהתאם, בעת קביעת גובה הפיצוי יש לשקול גם את אמות המידה הקשורות בצרכי ההרתעה, והמבחנים מפורטים בחוות דעתה של הנשיאה לרבות השאלה אם נסיבות המקרה מלמדות כי המעסיק ניסה ביודעין לעקוף את דיני העבודה, או שמא שגה בתום לב בסיווג ההתקשרות (כאשר לצורך מסקנה של שגגה בתום לב יידרש המעסיק להראות דרך כלל גם מרכיב אובייקטיבי של ספק בתוצאה המשפטית, וכדוגמא נוכח גבוליות המקרה, שינוי משמעותי בפסיקה, או שינוי הדרגתי באופי ההתקשרות שהקשה באופן אובייקטיבי על אפיון נכון שלה); מידת הניצול של חולשת העובד ותלותו במעסיק (ככל שקיימת); האם נעשה סיווג שגוי כלפי עובדים נוספים; חלקו של העובד בהחלטה לאמץ את מתכונת ההעסקה הקבלנית - ככל שמתגלה מהראיות הסכמה אמיתית מצדו ולא די לצורך כך בעצם חתימתו על חוזה או מסמך הקובעים "הסכמה"; המידה שבה חרגו תנאי ההתקשרות בפועל מהנדרש על פי דיני העבודה; האם הוצע לעובד לתקן את הסיווג השגוי ולעבור למעמד של "עובד" תוך כדי תקופת העבודה,

כאשר לצורך כך יש לקחת בחשבון את עיתוי ההצעה וכן את מידת סבירותה והגינותה; ועוד (ראו בקשר לשיקולים הרלוונטיים גם אצל **דוידוב**, בעמ' 115-122; **פרוקצ'יה**, בעמ' 26). גובה הפיצוי ייקבע לפי מכלול הנסיבות העולות מהראיות, כאשר הצורך בהרתעה רוחבית נובע דרך כלל מעצם הסיווג השגוי כך שאין ציפייה מהעובד להוכיח דבר-מה מהרשימה לעיל על מנת שייפסק לזכותו פיצוי.

לכך יש להוסיף את מידת הקושי בהגשת תביעות בסוג העיסוק בו מדובר (בהתחשב בענף בכלל ובתפקידו הספציפי של העובד בפרט), שכן "**ככל שסיכויי התביעה נמוכים יותר, כך צפויה להעמיק הפגיעה בכוחו ההרתעתי של הדין...**" (**פרוקצ'יה**, בעמ' 27). בהקשר זה יש לקחת בחשבון כי מרבית העובדים אינם מגישים תביעות, בשל מגבלות של ידע בדבר זכויותיהם; חוסר במשאבים; חשש מהתנכלות או מתדמית שלילית בשוק העבודה; חוסר רצון להתעמת עם המעסיק נוכח מערכת היחסים האישית; ועוד. יש לזכור כי הרתעה מסוימת נדרשת גם כלפי מעסיק שלא בחן כראוי את הסיווג, וזאת לצורך המרצתו לבצע בדיקה יסודית של המצב החוקי ופעולה בהתאם לו. כיוון שסטטוס אינו עניין של בחירה, המעסיק גם אינו אמור להציע לעובד שתי חלופות (לעבוד כשכיר או כעצמאי), וזאת אלא אם קיים שוני מהותי במאפייני ההתקשרות בכל אחת מהאפשרויות המוצעות.

26. כיוון שמדובר בפסיקה תקדימית, וכפי שציינה חברתי הנשיאה, אמות מידה מדויקות יותר לדרך חישוב הפיצוי תגובשנה בפסיקה העתידית. העיקרון החשוב הוא שאין מדובר בסיסמא לא ישימה וגם לא בפיצוי בגין "עוגמת נפש" או "חוסר תום לב", אלא בפיצוי בגין נזק ממשי (גם אם בלתי-ממוני) שהוא חלק מרכזי ובלתי נפרד מההסדר החדש בשאלת ההתחשבנות.

טרם סיומו של פרק זה אזכיר כי "**כוחה של כל מערכת רגולטורית להגשים את יעדיה תלוי בכוחה להרתיע מפני ניסיונות לחמוק מתחולתה**" (**פרוקצ'יה**, בעמ' 1), ומשכך קיימת חשיבות עליונה כי אכן ייפסק פיצוי לא-ממוני הלוקח בחשבון הן את הזכויות הלא-ממוניות והן את הצורך ההרתעתי, על מנת שהפתרון

החלופי שקורם עור וגידים בפסק דין זה אכן יהווה תחליף הולם לפסיקה הקודמת, ויביא להגשמת תכליות משפט העבודה. מובן כי הדברים ייבחנו לאורך זמן, ויש לקוות כי השינוי יוכיח את עצמו בהשגת מטרותיו.

27. הערה אחרונה נוגעת לחשש מיצירת "מדרון חלקלק", כך שבכל תביעה לזכות סוציאלית קוגנטית שלא נלקחה בחשבון במסגרת ההסכמה החוזית - ייטען כי תביעתה הביאה לכך שהעובד יקבל טובת הנאה העולה על זו שהוסכמה בחוזה, ובהתאם יש לקבוע מהו השכר ה"חלופי" שהיה משולם אילו לקחו הצדדים בחשבון את קיומה של הזכות הקוגנטית, ולבצע קיזוז בהתאם. מובהר לפיכך להסרת ספק כי הקונסטרוקציה שנבנתה בפסק דין זה, ומאפשרת - במקרים המתאימים ובהתאם לתנאים שפורטו לעיל - זקיפה על חשבון הזכויות הסוציאליות של הפער בין השכר החלופי (שמוכח כי היה מוסכם בין הצדדים ככל שיוצאים היו מנקודת מוצא של חוזה עבודה) לתמורה הקבלנית, נוצרה לצורך **ספציפי ויחיד** של מציאת פתרון לבעיה מושא ההליכים שלפנינו, שקמה רק בעת הכרה בדיעבד ביחסי עובד-מעסיק, נוכח הצורך ב"החזרת הגלגל אחורנית" בשל בחירה שגויה של **כל <u>מסלול</u> ההתקשרות**, ושעה שהוכח כי אילו סווגו הצדדים את יחסיהם נכונה היו מסכימים על תמורה שוטפת אחרת.

משכך, אין להשתמש בה - ואין לה כל רלוונטיות - בתביעות אחרות. במידה רבה מדובר בפיתוח נוסף של הפסיקה שהחלה עוד בדב"ע (ארצי) מו/128-3 **ד"ר בנימין גדרון - מדינת ישראל** (15.6.87) ודב"ע (ארצי) נב/99-3 **עמי יפרח - פרזות חברה ממשלתית עירונית לשיכון ירושלים בע"מ** (11.5.92), אשר נתנה תוקף (אותה עת במקרים חריגים בלבד) להוראות הסכמיות (שנכללו בחוזה במפורש או הוסקו מהמו"מ שקדם לו) בדבר שיעור השכר החלופי שהיה משולם ככל שהעובד היה מועסק ככזה מלכתחילה. פסיקה זו עברה פיתוחים לאורך השנים (לפירוט ראו למשל בעניין **רופא**), וממילא ברור כי נועדה אך ורק לסיטואציה של הכרה בדיעבד ביחסי עובד-מעסיק ואין להרחיבה לתביעות אחרות.

28. עד כאן דנתי בהלכה החדשה היוצאת מידי בית דין זה ביחס לדרך ההתחשבנות בעת קביעת יחסי עובד-מעסיק בדיעבד. כעת אעבור להתייחסות תמציתית

לחידוש הנוסף המוצע, ונוגע לשלב הראשון של בחינת התקיימותם של יחסי עובד-מעסיק.

<u>המבחנים לקביעת יחסי עובד-מעסיק: האם יש צורך בשינוי?</u>

29. אני מסכימה עם העמדה לפיה אין להעלים עין מהשינויים והתמורות המשפיעים על עולם העבודה - הן בהיבטים הטכנולוגיים, הן בהיבטים הדמוגרפיים והן בהיבטים החברתיים - וכי משפט העבודה אינו אמור לקפוא על שמריו. אין מחלוקת כי מהפכת המידע על השלכותיה - כמו גם שינויים בכלכלה העולמית, בשוק העבודה, ביחסי העבודה ובתפיסות החברתיות - משליכים על הצורך לשוב ולבחון את תכליותיו של משפט העבודה ולעדכן אותן, תוך התאמה גם של המבחנים להגדרת "עובד" להתקדמות העיתים.

מטרתם של המבחנים ומבחני העזר להגדרת "עובד" ו"מעסיק" - כפי שפותחו בהלכה הפסוקה לאורך השנים - היא לאתר את אותם מועסקים שראוי להגדירם כ"עובדים" לצורך פרישת מטריית דיני העבודה עליהם, מתוך נקודת המוצא של תכליות משפט העבודה. ממילא, אין מדובר במבחנים מקובעים אלא בהגדרה גמישה ודינמית, כך שחלוף הזמן ושינויי העיתים אכן מצדיקים בדיקה, התאמה ושכלול שלהם מעת לעת.

אלא, שההליכים מושא הערעורים שלפנינו לא חייבו לטעמי בחינה של המבחנים הפסיקתיים להגדרת "עובד", והצדדים אף לא טענו לכך, ומשכך לא נדרשת בחינה רחבת היקף של כלל המבחנים במסגרתם של הליכים אלה. בעת הזו ראוי אם כך להותיר את המבחנים לקביעת יחסי עובד-מעסיק כפי שהותוו בהלכה הפסוקה לאורך השנים על כנם, ולהמשיך לפתחם בפסיקה עתידית, עקב בצד אגודל, בהתחשב בשינויים המשמעותיים החלים ועוד יחולו בעולם העבודה.

30. **אשר להשפעתו האפשרית של עקרון תום הלב על עצם התקיימותם של יחסי עובד-מעסיק** - ראשית אציין כי אין חולק על חשיבותה של חובת תום הלב וההגינות ההדדית והיותה חלק משמעותי ממשפט העבודה האישי והקיבוצי. עם זאת, לטעמי מועסק שהוא "עובד" לפי מבחני הפסיקה נותר כזה גם אם

התנהל בחוסר תום לב, בין בעת העסקתו ובין בעת הגשת התביעה על ידו. משכך, אינני סבורה כי יש להוסיף מבחן עצמאי נפרד של "תום לבו של מגיש התביעה", שיש בו כדי לשלול הכרה במועסק כ"עובד" על אף שמוצדק להכיר בו ככזה לפי אמות המידה שנקבעו בהתאם לתכליות משפט העבודה.

בהקשר זה אינני מתעלמת מאמרת-האגב שנכתבה בעניין **בוכריס**, כאשר גם בכתיבתה האקדמית של סגנית הנשיא (בדימוס) אלישבע ברק-אוסוסקין, שכתבה את אמרת-האגב, ציינה כי חוסר תום לב "**משווע**" עשוי לגבור על המעמד במקרים "**מעטים וקיצוניים**" ו"**נדירים**" (אלישבע ברק-אוסוסקין, הלעולם קוגנטי? דרכו של בית הדין בנתיבי ההגמשה לאור עקרון תום הלב, **ספר אליקה ברק-אוסוסקין** 59 (2012), בעמ' 129-128). בהתאם, מוכנה אני להניח כי ייתכנו מקרים נדירים במיוחד בהם חוסר תום לבו של המועסק יהא כה קיצוני עד שהפעלת משפט העבודה לטובתו תפגע בתכליות משפט העבודה ולא תגשים אותן, ובמקרים אלה מוצדק יהא למנוע ממנו לתבוע זכויות בהתבסס על מעמדו כ"עובד" (כמעין - בשינויים הנדרשים כמובן - "דמוקרטיה מתגוננת" במצבי קיצון). זאת, בין מכוח עקרון תום הלב, ובין בדרך אחרת - שאין צורך כי אכנס לבחינת היבטיה המשפטיים המדויקים - כמניעות או השתק.

31. עם זאת, אינני סבורה כי קיימת הצדקה להרחיב את הסדק הצר האמור, כפי שנוצר בעניין **בוכריס**, וכמעט ולא יושם בפסיקתו של בית דין זה לאורך השנים. להלן יובאו, בתמצית, עיקר טעמיי לכך:

א. טעם מרכזי מתבסס על כך שעקרון תום הלב מתנגש בעקרון הקוגנטיות, ואינו יכול לדור בכפיפה עמו, ודאי לא כדבר שבשגרה (להסברים מפורטים ראו אצל **אופק; ידלין; רבין-מרגליות**). קוגנטיות משמעה שאין תוקף להסכמה שיש בה חריגה מהמינימום שקבע המחוקק. כאשר מוצע לתת משקל לתום לבו של העובד, וכאשר "תום הלב" מיתרגם לשאלה אם העובד הסכים או ביקש את העסקתו כ"קבלן" - ממילא יש בכך סתירה חזיתית לעצם הקוגנטיות שכן עקרון אחד מצווה עלינו להתעלם מהסכמת הצדדים,

ועקרון אחר מצווה עלינו לתת לה משקל משמעותי שאף עשוי לגבור על המבחנים האובייקטיביים.

כפי שפירטתי בחלקה הראשון של חוות דעתי, יש קושי לתת תוקף ל"הסכמה מרצון חופשי" של עובד בסוגיה זו נוכח הקשיים האובייקטיביים המעיבים עליה, ובעיקר נוכח הטעמים המלמדים כי הקוגנטיות - שכאמור טרם נס ליחה - אינה מתמצה בהגנה על העובד הבודד ואינה יכולה להימדד במשקפי כל מקרה לגופו. העקרונות ההופכיים אינם יכולים לטעמי לדור במקביל, והכנסתו של עקרון תום הלב למשוואה עלולה להביא להכפפתו אליו של עקרון הקוגנטיות, עד כדי פגיעה ממשית באחרון.

ב. קושי מרכזי נוסף נובע ממתן האפשרות לשלול את מעמד המועסק כ"עובד" על בסיס שימוש במושג השסתום הרחב של "חוסר תום לב" או "חוסר תום לב מובהק", תוך הותרת מרחב רחב של אי ודאות נוכח ההסתמכות על הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה. הדברים נכונים ככלל, ובהתחשב בהעדרן של אמות מידה מדויקות לצורך שימוש במושג השסתום בפרט. בפרק המבוא הרחבתי על כך שהכללים המשפטיים הנקבעים על ידינו לא נועדו לטעמי כפתרון אד-הוק למחלוקות קונקרטיות לפי תחושת הצדק לגבי אותו מקרה נתון, אלא גם להכוונת התנהגות, יצירת ודאות (שגם היא הכרחית לכלכלה המודרנית) והגנה על ערכים חברתיים שדיני העבודה נוצרו על מנת להגן עליהם. בהתאם, ההגדרות שנקבעות על ידינו משליכות באופן ישיר לא רק על המועסקים והמעסיקים המתדיינים לפנינו, אלא גם על כל אותם מועסקים ומעסיקים, שהיקפם גדול משמעותית, שלא הגישו ולא יגישו תביעות לבית הדין, כמו גם על הדרך בה יתאים עצמו שוק העבודה לכללים החדשים.

החדרתו של עקרון תום הלב למגרש עלולה להוביל לכך שקשה יהיה לחזות מראש את המענה לשאלה אם לפנינו "עובד" - שאלה שיש לתת לה הגדרה ברורה וודאית במידת האפשר על מנת שהן מעסיקים והן עובדים יוכלו לתכנן את צעדיהם ולפעול בהתאם להוראות הדין המחייבות - שכן הצדדים

יקבלו את התשובה לשאלת המעמד רק בדיעבד ובתום ההליך המשפטי. עלולה להיות לכך השפעה גם על היקף המחויבות שיגלו מעסיקים לביצוע הבדיקות הנדרשות ולהעסקת "עובדים" במעמדם הנכון, הן בשל העדר בהירות וודאות בדבר המצב המשפטי והן נוכח פתח לרציונליזציה עצמית של הצדקה-לכאורה שלא לפעול כדין (למחקרים העוסקים בטעמי הציות לחוק תוך התייחסות ל"שכנוע עצמי" ראו: Yuval Feldman, The Law of Good People: Challenging States' Ability to Regulate Human Behavior (Cambridge University Press 2018)).

ג. בהיבט נוסף, הגמשת הכלל המשפטי והפיכתו לתלוי לחלוטין בנסיבות הקונקרטיות תשליך בהכרח גם על הגדלת ההוצאות המשפטיות והקטנת הוודאות, באופן שיוביל לאפקט מצנן מפני הגשת תביעות (שהרי "**עמימותו של הדין מהווה חסם בלתי פורמלי להגשת תובענות**": **אופק**, בעמ' 115). הרצון להרתיע - מפני תביעות בודדות של עובדים חזקים המקבלים שכר גבוה והוגדרו כ"קבלנים" לדרישתם ומטעמיהם ותוך מודעות וכוונה להשלכות המעמד - ישליך לפיכך בהכרח על ציבור העובדים בכללותו. היסדקות העיקרון הקוגנטי עלולה להוביל לכך שלא תהא עוד משמעות אוטומטית לעצם היותו של מועסק "עובד". מועסק העומד בכל מאפייניו של "עובד" לפי מבחני הפסיקה לא יוכל עוד לדעת בוודאות כי פנייה שלו לבית הדין תוביל להכרה במעמדו (ולכל הפחות הכרה זו לא תהא פשוטה, שכן דרך קבע יועלו כנגדו טענות בדבר "חוסר תום לב" שתדרושנה התמודדות עובדתית ומשפטית). כרסום זה בוודאותו של המעמד ישליך הן על התמריצים שייווצרו כלפי מעסיקים (נושא עליו עמדתי בפרק הקודם) והן על תביעות צודקות של מועסקים שיחששו לפנות לסיוע בית הדין.

ד. קושי נוסף בא לידי ביטוי בסתירה אפשרית בין הדגש האינדיבידואלי של עקרון תום הלב לבין חלקיו הקבוצתיים של משפט העבודה (להרחבה בקשר לכך ראו אצל **אופק**; **ידלין**; סיגל דוידוב-מוטולה, דיני עבודה: סקירה והתפתחות, **עיוני משפט** כ"ב(1) 175 (1999)). משפט העבודה אינו מבוסס

רק על פערי כוחות נקודתיים בין עובד מסוים למעסיק מסוים, אלא גם על פערי כוחות קבוצתיים (פרנסיס רדאי, הפרטת זכויות האדם והשימוש לרעה בכוח, **משפטים** כ"ג 21 (1994)). כפועל יוצא מכך, ובין היתר, קיימים מצבים בהם מועדפת טובת רוב העובדים על פני טובתו של עובד בודד (דוגמא טובה לכך היא הוראת החוק הקובעת כי עובד לא יוכל ליהנות מתנאים טובים יותר מאלה הנקובים בהסכם קיבוצי החל עליו, גם אם יש הסכמה בקשר לכך בינו לבין המעסיק וגם אם אינו חבר בארגון העובדים, ככל שההסכם הקיבוצי שולל את האפשרות לכך: סעיף 22 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957; דב"ע (ארצי) נד/85-3 **יעקב גולדפרב - התעשייה האווירית לישראל בע"מ**, פד"ע כ"ז 287 (1994)).

בהתבסס על הנחת מוצא זו, הודגש בספרות ששימוש בעקרון תום הלב לצורך מתן תוקף לוויתורו של עובד על מעמדו ככזה "**מאיץ את תהליך האטומיזציה וירידת הסולידריות החברתית**", ומתעלם מכך שמשפט העבודה הוא "**אמצעי להשאת הרווחה המצטברת של כלל העובדים במשק**" ומכך ש"**האינטרס של כלל העובדים עשוי להיות שונה מזה של העובד הבודד או של קבוצת עובדים מסוימת**" (**ידלין**, ההדגשה אינה במקור). הדברים מתקשרים להשלכות הרחבות של עקרון הקוגנטיות שפירטתי לעיל, ולכך שוויתורו של עובד בודד על מעמדו וזכויותיו, גם אם נניח כי נעשה מרצונו החופשי, משליך גם על עובדים אחרים ועל הכלל.

ה. לכך יש להוסיף העדר הצדקה מספקת להרחבת הסדק, בכלל ובתקופה הנוכחית בפרט. כפי שפירטתי בפרק המבוא, השינויים שחלו בעולם העבודה בשנים האחרונות אינם נוגסים בעקרונות היסוד ואינם מסבירים לטעמי מדוע נדרשת הוספתו של מבחן "תום הלב" דווקא, והדברים נכונים גם להתפתחויות דוגמת הגברת הנגישות למידע ותחלופה רבה יותר של מקומות עבודה (לכך שהתמורות בשוק העבודה מצדיקות דווקא את הרחבת ההגנה על עובדים ומניעה של ניסיונות לסיווג שגוי שלהם , ולא להיפך, ראו גם את דו"ח ה-OECD שחלקים ממנו צוטטו בסעיף 16 לעיל, כמו גם את נייר העמדה של ארגון העבודה הבינלאומי 2020). גם הצורך בגמישות אינו

מסביר את ההיזקקות לעקרון תום הלב, שכן כאשר צדדים בוחרים בהתקשרות שמאפייניה הם של יחסי עבודה - נקודות המוצא של דיני העבודה (כפי שפורטו בפתח חוות דעתי) עדיין רלוונטיות, ומצדיקות ליישם כלפי אותם מועסקים את הגנות משפט העבודה. **משפט העבודה רחב דיו על מנת להכיל גם מענה לצרכים המשתנים של עובדים ומעסיקים לרבות הצורך בגמישות, תוך איזון ראוי בין זכויות הצדדים**. אין צורך להוציא לצורך כך את מערכת היחסים מגדרו של משפט העבודה, ואזכיר כי לקביעה כי המועסק אינו "עובד" עשויה להתלוות משמעות גם בהיבט הסמכות הענייינית.

מדברים אלה לא נובע כלל ועיקר שאין צורך בחידושי חקיקה ופסיקה לאור שינוי העיתים, וייתכן שראוי כי גם המחוקק יבחן את האפשרות להתאמתם של חוקי המגן או חלקם לצרכיו המשתנים של שוק העבודה. עם זאת, לא מצאתי קורלציה בין הצורך בכך לבין עקרון תום הלב.

ו. אוסיף כי קביעה לפיה מועסק אינו "עובד" **תשליך באופן אוטומטי גם על זכאותו לזכויות בלתי-ממוניות שהן חלק מרכזי של דיני העבודה**, וביניהן הזכות לשוויון (כפי שבאה לידי ביטוי קונקרטי בחוקי עבודה שונים), הזכות לחופש התארגנות, וכן הגנות חשובות שכל עובד או עובדת זכאים להם, ובאות לידי ביטוי בשורת חוקים אשר חלים ברובם על "עובדים" בלבד, דוגמת הגנה מפני הטרדה מינית, הגנה על חושפי שחיתויות וכאמור הגנה מפני אפליה בעבודה לסוגיה השונים (לרבות מכוח חוקים ספציפיים ומתקדמים דוגמת חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996 וחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998).

כדוגמא בלבד ניקח מועסקת שהיא "עובדת" מבחינה מהותית והוגדרה כ"קבלנית" לבקשתה, ואף קיבלה תמורה עודפת בגין מעמד זה. נניח כי לאחר תקופת עבודה כזו או אחרת מפוטרת המועסקת ללא היתר, במהלך הריונה ומחמת הריונה. ככל שהכלל המשפטי יאפשר זאת, מעסיקתה תסתמך קרוב לוודאי על עיקרון תום הלב ותטען כי כלל אין לראותה

כ"עובדת", והמשמעות היא אובדן מוחלט עבורה של כל ההגנות הנקובות בחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954 וחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988. אמנם קיימת אפשרות תיאורטית לטעון כי מועסקת זו היא "עובדת" רק לצורך חוקים מסוימים, אך פתרון זה לא נקי מספקות שכן הוא חותר תחת עקרון האוניברסליות של המעמד, ולו בתוככי משפט העבודה המגן. מעבר לכך, לא ניתן להתעלם מכך שרוב המקרים כלל אינם מגיעים לפתחי בית הדין ועובדת כזו עלולה לחשוש מעצם הפנייה לבית הדין לצורך שמירה על זכויותיה, שכן הוטל ספק בעצם יכולתה לקבל גושפנקא למעמדה. אי הוודאות אף עלול להקשות על הושטת הסעד בזמן קצר. הדוגמא אף ממחישה היטב את הצורך בהגנה פטרנליסטית גם על מי שבחר כביכול מרצון חופשי לעבוד כ"עצמאי", וזאת הן תוך ראיית עניינה הפרטני של העובדת הבודדת (שאולי לא שיערה בתחילת ההתקשרות שתזדקק להגנה בעת הריונה ולכן לא ייחסה משקל להגדרתה כ"עובדת") והן בשל השלכות הרוחב, לרבות פגיעה בערך החשוב של שוויון זכויות לנשים.

ז. מכאן **הקושי הגדול שאני רואה בעצם יצירת הסדק במעמד "עובד" בהסתמך על "הסכמה" המיתרגמת ל"חוסר תום לב"**. סדק שכזה, גם אם נועד ליישום במקרים חריגים, עלול להעביר מסר לשוק העבודה לפיו לא כל מי שהוא "עובד" יוכר ככזה בבית הדין ויזכה להגנות השונות שמשפט העבודה מעניק. כפועל יוצא מכך אנו מקטינים את הסבירות לכך שהעובדת שפוטרה תוך כדי הריונה (בדוגמא שציינתי לעיל) תפנה לבית הדין לצורך הגנה על זכויותיה, נוכח המשוכות הרבות שעליה לעבור בדרך להצלחת תביעתה, ללא כל ודאות שתצליח בכך ותוך סיכון של תשומות ממוניות (שכר טרחה והוצאות) ובלתי ממוניות (כל המשאבים הנדרשים לצורך הגשת תביעה כזו וניהולה).

הכנסתו של עיקרון תום הלב לתמונה באופן המאפשר לו לגבור על קוגנטיות המעמד עשויה אם כך לסייע בדחיית תביעות שהיענות להן אינה משרתת את תחושת הצדק האינדיבידואלי, אך כדרכם של סדקים הוא עלול להתרחב באופן שלא בהכרח ניתן יהא לשליטה, ויש השלכה משמעותית גם לעצם

קיומו של סדק, היוצר מעצם ההצהרה עליו פגיעה בבהירות הדין ובוודאותו. לטעמי, הדבר עלול להוביל לפגיעה באפקטיביות יישומם של חוקי העבודה; ביכולת מימושן של ההגנות המוקנות במשפט העבודה (האישי והקיבוצי); וביכולת להנחיל את הערכים החברתיים שבבסיס משפט העבודה ובבסיס הלכות חשובות רבות שיצאו תחת ידיהם של בתי הדין לעבודה, שכן אין עוד ודאות שהלכות אלה יוחלו על כל מועסק שהוא "עובד" מבחינה מהותית. מנגד קיימות דרכים מידתיות יותר לפתרון מצבים חריגים בהם נעשה ניצול ציני או סחטני של דיני העבודה, וזאת בשלב השני של קביעת הזכויות, להבדיל משלב קביעת המעמד.

32. קושי נוסף שעלול לנבוע מהרחבת השימוש בעקרון תום הלב באופן המאפשר לו לגבור על קוגנטיות הוא פריצה אפשרית של הפתח באופן שיאפשר העלאת טענות בדבר "הסכמה" שמשמעותה "חוסר תום לב" לא רק כנגד קביעת מעמד של "עובד", אלא גם בכל תביעה של זכויות קוגנטיות שתוגש לאחר סיום יחסי העבודה (ומטבע הדברים מבקשת שינוי לעומת מצב הדברים ששרר בין הצדדים בפועל). זאת כאשר חלק גדול מהתביעות הנדונות בבתי הדין לעבודה הן תביעות שמוגשות בדיעבד, נוכח הקושי של עובדים להגיש תביעה תוך כדי יחסי העבודה, וכאשר אין מחלוקת - והדבר הודגש גם על ידי הנשיאה - כי אין כל פגם או "חוסר תום לב" בעצם הגשתה בדיעבד של תביעה לקבלת זכויות סוציאליות (בין מצד מי שהוגדר פורמאלית כ"עובד" ובין מצד מי שלא הוגדר כזה).

בכך אינני מתעלמת מהפסיקה המאפשרת שימוש בעקרון תום הלב במקרים חריגים ביחס לתביעת זכויות קוגנטיות מצד מועסק שכבר הוגדר כ"עובד" (כפי שיושם בדב"ע (ארצי) 3-237/97 **עזרא שמואלי - מדינת ישראל, רשות השידור**, פד"ע לו 577 (2001), להלן: עניין **שמואלי**), אך לא בכדי הודגש בפסיקה זו כי היא נועדה למקרים חריגים; כך יושמה בפועל (ע"ע (ארצי) 20005-11-16 **פלוני - אלמוני** (9.1.19)); וכך גם יש להשאירה, שאחרת אנו עלולים לשמוט את הקרקע מתחת חלקים מרכזיים של משפט העבודה.

33. אוסיף כי גם אמרת-האגב שנכתבה בעניין **בוכריס** והתייחסה כאמור לחוסר תום לב "משווע" במקרי קיצון בלבד - לא זכתה להסכמה בקרב שופטיו דאז של בית דין זה, והודגש כי יש לשמרה למקרים נדירים בלבד אם בכלל. כך, הבהיר הנשיא (בדימוס) סטיב אדלר בפסיקותיו כי "**ככלל, אין לפגוע בזכויות המוקנות לעובד בחקיקת המגן מכוח תורת תום הלב**" ולכן יש להשתמש באפשרות זו "**במקרים נדירים בלבד, אם בכלל**" (ע"ע (ארצי) 670/06 **יעקב רוט - רם מבנים בע"מ** (1.10.09); ע"ע (ארצי) 712/07 **שמשון מנשרוף - חיים גלנצר** (13.5.09); ע"ע (ארצי) 300267/98 **יוסף טויטו - מ.ש.ב הנדסת קירור ומיזוג אוויר (1965) בע"מ**, פד"ע לז 354 (2002)), והשופט עמירם רבינוביץ' הדגיש כי "**הלכה זו יש לנהוג בה במשנה זהירות, במשורה ורק במקרים קיצוניים ביותר...**" (עניין **שמואלי**). השופט (כתוארו אז) יגאל פליטמן היה נחרץ יותר בהתנגדותו, וציין בין היתר כי:

"מעבר לשאלה העקרונית הניתן בכלל לבטל במקרה קונקרטי תחולתם של חוקים, ולא סתם חוקים אלא חוקי מגן קוגנטיים, מכוח עקרון תום-הלב כפי שייראה לנכון לשופט להפעילו, יש ליתן הדעת על כך כי מאחר שבחינת תום-הלב הינה אובייקטיבית, משמע שקביעת יחסי עובד-מעביד, דהיינו יחסי כפיפות ותלות הנלמדים מאופן התנהגותם של הצדדים בתקופת הקשר ביניהם ובניגוד להסכם הפורמאלי החתום, קביעה שכזאת תואמת דווקא את עקרון תום-הלב, ולכן תואמת ממילא גם את זכות העובד למצות זכאויותיו על פי משפט העבודה המגן."

(ע"ע (ארצי) 300256/98 **אורי אייזיק - תה"ל תכנון המים לישראל בע"מ**, פד"ע לו 817 (2002)).

ובאופן דומה השופט שמואל צור הבהיר כי:

"לטעמי, זכויות של עובד המעוגנות בחוק נועדו להעניק לו רשת בטחון לצורך קיום בכבוד. זכויות אלה אינן ניתנות לויתור, או לשלילה ואין הצדקה לחסום מראש את הדרך למימושן, תהא רמת התנהגותו של העובד אשר תהא. שאלת רמת התנהגותו של עובד אינה שקולה כנגד זכויות מהותיות ממשפט העבודה המגן (זכויות קוגנטיות). מיקומה הנכון של טענת חוסר תום לב אינה בפיתחה של תביעה למימוש זכות קוגנטית, אלא בתוך תוכה של התביעה, באותם מקומות בהם נתון לבית הדין מרחב מסוים של שיקול דעת אם ועד כמה להענות לתביעה מסוימת...
לדעתי, חסימה מראש של תביעת זכויות קוגנטיות בשל חוסר תום לב של עובד, אף במקרים קיצוניים, אינה אפשרית ואינה מוצדקת והיא נוגדת עקרונות בסיסיים העומדים ביסוד תכליתו של משפט העבודה המגן."

(ע"ע (ארצי) 99/06 **מרכז קהילתי אזורי רמת הגולן - חנה יפהר** (24.6.07); ואעיר כי בפסיקה מאוחרת יותר - ע"ע (ארצי) 31997-09-10 **אמנון רבזין - בנק לאומי לישראל בע"מ** (29.3.12) - לא חזר בו למיטב הבנתי מעמדה עקרונית זו, אלא קבע שבמקרי גבול ובמצבים חריגים וקיצוניים, התנהלות המועסק עשויה להטות את הכף גם אם חלק מהמאפיינים נוטים להכרה בו כ"עובד").

כאמור, לא שוכנעתי כי השינויים שחלו במרוצת השנים הקהו את תוקפם של דברים אלה. בדומה לנשיא (בדימוס) אדלר ולשופט רבינוביץ', ובאופן העולה בקנה אחד עם היקף החריג כפי שהותווה על ידי סגנית הנשיא (בדימוס) ברק-אוסוסקין, אינני מתנגדת באופן קטגורי לשימוש בעקרון תום הלב במקרים יוצאי דופן שיחייבו זאת, אך נוכח הקשיים האינהרנטיים הרבים הכרוכים בכך כפי שפירטתי בתמצית לעיל - ונוגעים ל"מרכז העצבים" של משפט העבודה - אף אני סבורה כי יש להותיר זאת למקרים נדירים במיוחד.

34. נוכח כל האמור לעיל, אין בידי להסכים לחלק בחוות דעתה של הנשיאה המוסיף את מבחן תום הלב לשלב קביעתם של יחסי עובד-מעסיק. לטעמי די בהקשר זה באמרת-האגב כפי שנכתבה בעניין **בוכריס** וכפי שפורשה בפסיקה לאורך השנים באופן מצומצם, ואין צורך בשינויה או בהרחבתה.

<u>מן הכלל אל הפרט - הערעורים שלפנינו</u>

<u>ע"ע 15668-04-18 גבריאל כותה - עיריית רעננה</u>

35. נסיבות המקרה פורטו בחוות דעתה של הנשיאה, ולכן אין צורך כי אחזור עליהן. לאחר קריאת כלל חומר הראיות הגולמי שעמד בפני בית הדין האזורי, שוכנעתי כי בנסיבות העניין ועל אף גבוליות המקרה, מר כותה (להלן בפרק זה: **המערער**) אכן לא היה "עובד" של עיריית רעננה (להלן: **העירייה**), ומשכך אני מצרפת עמדתי לתוצאה אליה הגיעה הנשיאה בקשר לערעור זה. עם זאת, הנמקתי בקשר לכך שונה, כפי שאפרט להלן.

36. מהעדויות שנשמעו בפני בית הדין האזורי עולה כי אגף החינוך המשלים בעירייה יזם פרויקט בשם "בית ספר רוקד", במסגרתו כיתות ד' ו-ה' מכלל בתי הספר ברעננה השתתפו מדי שנה ב"פסטיבל מחולות" ביום העצמאות וכן ב"פסטיבל שירי ילדים". לצורך כך השתתפו התלמידים בשיעור "ריקודי עם" שבועי, שמטרתו הסופית הייתה השתתפותם בפסטיבלים האמורים. בהתאם, יצר אגף החינוך המשלים מעין "מאגר" של מדריכים לריקודי עם, וכל אחת ממנהלות בתי הספר שהשתתפו בפרויקט - מנהלות שאינן עובדות העירייה אלא עובדות משרד החינוך - בחרה מדי שנה מדריך מהמאגר (וככל שנדרש גם מחוץ למאגר) לצורך העברת השיעורים בבית ספרה ביחס לשנת לימודים מוגדרת ובהיקף הנדרש לפי מספר התלמידים מבית ספרה שהשתתפו בפרויקט. בהתאם, נחתם בכל פעם מחדש הסכם התקשרות בין המערער לעירייה (שהיא מעסיקתם של עובדי המינהל בבתי הספר, אך לא של המורים) ביחס לשנת לימודים אחת (כאשר גם אם נחתם לאחר תחילת השנה, שיקף הסכמה שהושגה בין הצדדים טרם תחילתה).

לא הוגש פירוט מסודר מצד מי מהצדדים ביחס להיקף עבודתו המדויק של המערער בבתי הספר לאורך השנים, והנתון העיקרי שנמסר על ידו הוא כי בעשר השנים האחרונות לימד בשלושה בתי ספר (הדקל, מגד ו"היובל"). עם זאת מהחוזים שהוגשו על ידי העירייה עולה כי בשנת ההתקשרות האחרונה (1.9.11-30.6.12) לימד בבית ספר אחד בלבד (הדקל), בהיקף של 5 שעות בשבוע שהועברו באותו יום (ועוד שלוש שעות שבועיות ל"אירועים וטקסים"), כנגד תשלום של 90 ₪ לשעה בתוספת מע"מ. בשנה שקדמה לכך לימד 14 שעות שבועיות (שנפרסו על פני שלושה ימים בשבוע) בשלושה בתי ספר, אם כי לקראת סוף השנה צומצם ההיקף. לקראת שנת הלימודים שנפתחה ביום 1.9.12 לא חודשה ההתקשרות, שכן המערער לא נבחר על ידי אף אחת ממנהלות בתי הספר לצורך העברת השיעורים במסגרת בית ספרה. כאשר המערער פנה בקשר לכך לעירייה - הוצע לו להעביר שיעורים בגני ילדים בשעות אחר הצהריים או להחליף מדריכה שאמורה לצאת לחופשת לידה, אך הוא לא היה מעוניין בכך.

37. בית הדין האזורי יצא מנקודת הנחה כי בתקופה הראשונה של ההתקשרות (שהחלה ביום 1.9.91) הועסק המערער כעובד, ולא הוכח שוני שהצדיק את המרת מעמדו ל"קבלן". העדים שהובאו מטעם העירייה לא יכולים היו לשפוך אור על שנות ההתקשרות הראשונות, בעוד שהמערער פירט את מאפייני ההתקשרות באופן לקוני למדי. עם זאת בחקירתו הנגדית אישר כי הועסק כ"עובד" למשך שנה אחת בלבד (היינו עד ליום 30.6.92); לאחריה נערכה הפסקה של שנה בהתקשרות; וכאשר חזר לתת שירותים לעירייה לאחר הפסקה זו, סוכם על התקשרות מולו כ"קבלן" (עמ' 4 לפרוטוקול). בנסיבות אלה, וכאשר המערער עצמו כלל לא העיד על כך שמאפייני ההתקשרות בשנה הראשונה היו זהים למאפייניה לאחר ההפסקה - איננו סבורים כי תחילת ההעסקה כ"עובד" מלמדת בהכרח כי יש להכיר ביחסי עבודה גם בהמשך הדרך.

38. לא הייתה מחלוקת כי למערער היה עסק עצמאי מהבחינה החשבונאית-פורמאלית (ששמו "גבי כותה - מדריך ריקודי עם"), ואף לא הייתה מחלוקת כי פעל במסגרתו לצורך מתן שירות של הדרכת ריקודי עם והרקדות (וגם שירותי הדברה, אך זאת כחלק קטן מהפעילות). במסגרת זו נתן המערער באופן קבוע ולאורך שנים רבות (החל משנת 1994) שירות של הדרכות ריקודי עם גם בקאנטרי בראשון לציון. בנוסף, נתן שירותי הרקדות נקודתיים גם ללקוחות נוספים לרבות בתי ספר אחרים, מקומות עבודה, קיבוצים ועוד. במקביל שימש כמדריך ריקודי עם גם במעמד של עובד שכיר (למשל בעיריית גבעתיים), אך לא צוין באילו שנים, באיזה היקף ובאילו מאפיינים.

המערער לא פירט מה היה היקף פעילותו מול העירייה לעומת היקף הפעילות הנוסף, אך השוואה של דו"חות הרווח והפסד שהוגשו על ידו לכלל הכנסותיו השנתיות מהעירייה (כפי שפורטו על ידי עדת העירייה) מעלה כי בשנת 2009 הכנסותיו מהעירייה היוו 44.6% מהכנסות עסקו; בשנת 2010 - 47.6%; ובשנת 2011 - 41.3% (כיוון שהכנסות העירייה כפי שחושבו על ידה כוללות מע"מ, האחוז למעשה אף נמוך יותר; רוב ההכנסות הנוספות היו ככל הנראה מקאנטרי ראשון לציון). נובע מכך שלמערער לא הייתה תלות כלכלית מובהקת בעירייה (גם אם הייתה לקוח מרכזי), והוא ביצע במקביל דברים נוספים עבור לקוחות

אחרים ויכול היה לתכנן את זמנו ועיסוקיו כרצונו (פרט למחויבותו לשעות העברת השיעורים שתואמו עמו מראש).

39. לטעמי המשימות שבוצעו על ידי המערער יכולות היו להתבצע בין על ידי עובד של העירייה ובין על ידי נותן שירותים חיצוני, אך בנסיבות המקרה מכלול הנסיבות נוטה יותר לקביעה כי המערער העביר את הדרכות ריקודי העם לתלמידי בתי הספר במסגרת עסקו העצמאי, ולא כ"עובד".

40. אשר לפן החיובי של מבחן ההשתלבות - לא שוכנעתי כי הוכחה השתלבות של ממש מצד המערער בבית הספר או בעירייה. שירותיו של המערער נשכרו לצורך ספציפי - העברת "חוג" או "שיעור" של ריקודי עם כחלק מפרויקט ספציפי שכונה "בית ספר רוקד". לצורך כך העביר שיעורים שבועיים לתלמידים בהיקף של שעה בשבוע לכל כיתה, כאשר בשנת הלימודים האחרונה לימד ככל הנראה חמש כיתות כך שעבד חמש שעות בשבוע (כולן באותו יום), ובמסגרת זו (יחד עם עד שלוש שעות שבועיות נוספות) הכין את התלמידים לשני הפסטיבלים מושא הפרויקט.

ההחלטה באילו בתי ספר ילמד (וכתוצאה מכך מה יהיה היקף ההתקשרות עמו) לא הייתה של העירייה, אלא של מנהלות בתי הספר שהן כאמור עובדות משרד החינוך, וחלו שינויים בקשר לכך במהלך השנים (דוגמא טובה לכך היא שנת ההתקשרות האחרונה, בה לימד המערער בבית ספר אחד בלבד). לא הייתה מחויבות כלשהי כלפי המערער למינימום שעות, וגם הוא עצמו לא היה מחויב להסכים להוספת שיעורים נוספים (מעבר לשיעורים להם התחייב לקראת כל שנת לימודים), בתי ספר נוספים או להמשיך ללמד בשנים נוספות. אף לא ניתן היה להטיל על המערער מטלות נוספות בין בבית הספר ובין מטעם אגף החינוך המשלים (דוגמת העברת הדרכות בקייטנות, דבר שהמערער עשה בתחילת הדרך והפסיק כאשר העבודה בקיץ לא התאימה לו, או מטלות נוספות כפי שהתבקשו ממדריכים שהועסקו כעובדים), אם כי העיד שלעיתים (מבלי שהובהר היקף מדויק) השתתף גם בהכנת טקסי חגים, מסיבות סיום ו"הפסקות רוקדות" (כנגד קבלת תשלום נוסף לפי שעות; כך לפחות עולה מהקבלות שצורפו לתצהירו

ומציינות תשלום גם בגין "אירועים" ו"טקסים"). המערער לא התבקש להשתתף בישיבות מורים, אסיפות הורים, או ישיבות כלשהן באגף החינוך המשלים (מלבד "הרמת כוסית" בחג ולעיתים טיולי מורים בהם העיד כי לקח חלק). בפעמים הבודדות בהן לא יכול היה להגיע לשיעורים נמצא לו מחליף מקרב מאגר המדריכים באגף, אך זאת בהתחשב בכך שהעירייה נדרשה להעמיד פתרון לתלמידים. המערער אף לא עבר הכשרות כלשהן בעירייה (או בבית הספר), לא נשלח מטעמה להשתלמויות ולא קיבל הנחיות מקצועיות משמעותיות (פרט לתיאום הרפרטואר לצורך הפסטיבלים). לא הייתה אם כך השתלבות ממשית מצד המערער בבית הספר, והוא גם לא שולב במערך הארגוני של מסגרות העירייה בכל הנוגע לחינוך המשלים או לשעות שלאחר הלימודים.

מיותר לציין שאין בכך כדי לקבוע כי בכל מקרה של העברת שיעורים בלתי פורמאליים - בכלל ומכוח היכללות ב"מאגר" כאמור בפרט - מדובר ביחסים שאינם יחסי עבודה, וודאי שאין בכך כדי לפגוע באפשרות ההכרה ביחסי עבודה למשרה חלקית.

41. לכך יש להוסיף את הפן השלילי של מבחן ההשתלבות. גם אם דרך המלך היא כי העברת הדרכות בחינוך הבלתי-פורמאלי לתלמידי בתי ספר תתבצע במסגרת של יחסי עבודה (ולא בכדי חלק ממדריכי המחול הנוספים - אם כי לא כולם - הועסקו על ידי העירייה כעובדים), במקרה זה נשכרו שירותיו של מי שהוא בעל עסק עצמאי לשירותים מסוג זה בדיוק. ככל שהמערער ביקש להוכיח כי שירותיו לעירייה לא ניתנו במסגרת עסקו אלא כעובד - עליו מוטל היה הנטל בקשר לכך, ושוכנעתי כי לא עמד בו ולא שכנע כי היה שוני בין השירותים האחרים שנתן במסגרת עסקו לבין השירותים שנתן לעירייה (על כך שהנטל חל על המערער במקרה כזה ראו בע"ע (ארצי) 300064/96 **קרני פלאי - איתן אביבי**, פד"ע ל"ו 241 (2000), בו הודגש כי "**עצמאי הטוען לפעילות כשכיר הנפרדת מעסקו כעצמאי בעיסוק זהה, צריך להצביע על סימנים מובהקים המצביעים על העסקה נפרדת בלתי תלויה בעסקו כעצמאי**").

נכון כי אין מדובר בעסק גדול או שמעסיק עובדים נוספים אלא בעסק קטן שמגולם בכוח עבודתו של המערער ומבוסס על כישוריו הייחודיים, אך גם עסקים כאלה עשויים להיות אותנטיים ולגיטימיים (במשקפי תכליות משפט העבודה). אין מדובר בעסק עצמאי זניח בהיקפו, מלאכותי, או שהתנהל בנפרד מהשירותים שנתן המערער לעירייה, אלא בעסק עצמאי פעיל במסגרתו נתן המערער שירותים דומים מאוד לאלו אותם נתן לעירייה.

42. גם המבחנים הנוספים אינם מצדיקים לראות במערער עובד. מעדותו של רכז המחול שהעיד מטעם המערער עלה כי למעשה לא היה פיקוח ממשי על עבודת המערער, אלא בעיקר הכוונה של הרפרטואר לצורך הפסטיבלים מושא הפרויקט, ולכך הצטרף אישור של היקף השעות שלימד לצורך תשלום עבורן (כפי שמקובל לגבי כל נותן שירותים). המערער אישר כי ניכה במסגרת דו"חותיו הכספיים הוצאות בגין רכישת ציוד (לרבות מערכות הגברה, רכב ומחשבים, אם כי לצורך עבודתו בבתי הספר השתמש ברכב ומחשב נייד בלבד), כך שהציוד שנדרש לצורך העברת השיעורים נרכש בעיקרו על ידו (גם אם לא דובר בציוד משמעותי נוכח סוג העיסוק). המערער אמנם נתן את השירות באופן אישי אך זאת כיוון שההתקשרות התבססה על כישוריו האישיים (בדומה לחוג פרטי לגיטרה שמבוסס על כישוריו האישיים של המורה המסוים, ועדיין אין בו כדי ליצור יחסי עובד-מעסיק בין כל תלמיד או הוריו לבין המורה). בית הדין האזורי הוסיף כי "נראה" שהעסק הוקם על מנת שהמערער יוכל לספק לעירייה חשבוניות מס, אך לא מצאתי כל אסמכתא ראייתית לקביעה זו ואיש מהעדים לא העיד על כך (גם לא המערער עצמו; ונוסיף כי גרסת המערער לפיה ביקש להיות מועסק כשכיר בתחילת הדרך וסורב - עלתה לראשונה בחקירתו הנגדית ומהימנותה נדחתה מפורשות על ידי בית הדין האזורי).

בנסיבות גבוליות אלו, לא הובאה לפיכך הצדקה להתערב בדרך בה פעלו הצדדים הלכה למעשה, לפיה מתן השירותים על ידי המערער נעשה במסגרת עסקו העצמאי כ"קבלן".

43. בהתחשב במכלול הנסיבות, אני מצטרפת אם כך לתוצאת חוות דעתה של הנשיאה בקשר להליך זה. עם זאת אעיר כי לטעמי אין לקבוע העדר יחסי עובד-

מעסיק בהתבסס על הפן השלילי בלבד, שכן תמיד יש לשקלל את מכלול הנסיבות והמבחנים בהתקשרות הקונקרטית הנבחנת, ולפן החיובי של מבחן ההשתלבות אמור להינתן חלק מרכזי בשקלול. משכך צללתי לחומר הראיות עצמו, ושוכנעתי כי גם הפן החיובי של מבחן ההשתלבות אינו מתקיים במלואו (גם אם בית הדין האזורי סבר אחרת). עוד אעיר כי לטעמי משך ההתקשרות עשוי דווקא לתמוך בקיומם של יחסי עובד-מעסיק, ואין לזקוף לחובת המערער את העובדה כי לאורך השנים נחשב פורמאלית כ"קבלן" וביצע את הדרוש מבחינה חשבונאית לצורך כך. גם אין כל רלוונטיות בהתאם לפסיקה לכך שהמערער מכיר את ההבדלים בין שכיר לעצמאי, או לכך שלא ביקש במהלך השנים את שינוי מתכונת העסקתו.

בהתחשב בתוצאה, איננו נדרשת להביע עמדה על קביעותיו הנוספות של בית הדין האזורי, או על טענותיהם הנוספות של הצדדים. עם זאת אני סבורה כי בהתחשב בגבוליות המקרה, מוצדק שלא לפסוק הוצאות לחובת המערער.

ע"ע 7338-10-17 דן רבין - מדינת ישראל

44. התשתית העובדתית וטענות הצדדים פורטו במסגרת חוות דעתה של הנשיאה, ומשכך לא אחזור עליהן. עולה מהן כי רו"ח רבין (להלן בפרק זה: **המערער**) הועסק משך קרוב לשמונה שנים בתפקיד פנימי ברשם העמותות, במשרה מלאה, ובצדק קבע בית הדין האזורי כי התקיימו יחסי עובד-מעסיק בינו לבין המדינה לאורך כל תקופת ההתקשרות. בצדק אף קבע בית הדין האזורי כי המערער לא התנהל בחוסר תום לב, וממילא אין לשאלת תום הלב משמעות לטעמי בכל הנוגע לקביעת מעמדו כ"עובד".

45. אשר לדרך ההתחשבנות לאחר קביעתם של יחסי העבודה בדיעבד - מקובלת עלי חוות דעתה של הנשיאה, המיישמת לראשונה את הכלל החדש שנקבע במסגרת פסק דיננו, וכן מקובלות עלי קביעותיה ביחס לזכויות שנתבעו על ידי המערער. אוסיף, להבהרת השלב הראשון של השוואת עלות המעסיק לפי השכר החלופי לתמורה הקבלנית, כי השכר החלופי שנקבע למערער עומד על סך של 15,779 ₪, כאשר לכך יש להוסיף 8.33% בגין פיצויי פיטורים; 7.5% בגין הפקדה לתגמולים

ואובדן כושר עבודה (כפי שאישרה גם המדינה בהתחשב בקיומו של ביטוח מנהלים פעיל טרם לכן); 6% בגין חופשה (שכן בשנה השמינית לעבודתו היה זכאי ל-22 ימי חופשה); 2% בגין מחלה (שיעור ממוצע; ראו בקשר לכך אצל דוידוב, בעמ' 126); 1.5% בגין דמי הבראה (בהתחשב בגובה שכרו לעומת שיעור דמי ההבראה במגזר הציבורי לעובדים בוותקו); 6.2% בגין אחזקת רכב (כאשר בהתחשב בזכאות לאחזקת רכב אין להוסיף הוצאות נסיעה); 7.5% בגין קרן השתלמות; 5.22% דמי ביטוח לאומי; וכן אחוז מסוים בגין הזכויות הנלוות שפורטו בעדויות (לרבות מטעם המדינה) וכוללות בין היתר את הזכות לחנייה, טלפון נייד משרדי, ביגוד, השתלמויות נופש במחיר מסובסד, החזר אגרת רישיון רו"ח, ימי בחירה והצהרה ועוד. באופן גס ומינימאלי ניתן להעריך זאת ב-3.1% נוספים (לפי 500 ₪ לחודש), כך שסך כל עלות המעסיק התיאורטית - בהתאם לשכר החלופי שהיה משולם למערער לו היה מוגדר כעובד מלכתחילה - עומדת על 47.35% בנוסף לשכר החלופי, ובהתחשב בגובה השכר החלופי - על סך כולל של 23,250 ₪.

התמורה הקבלנית עמדה על סך של 24,861 ₪ ומכאן שה"דלתא" עומדת על 1,611 ₪ לחודש (היינו, התמורה הקבלנית עלתה על עלות המעסיק בסך של 1,611 ₪ לחודש). במאמר מוסגר אציין כי אמנם חלו שינויים במהלך תקופת ההתקשרות בגובה התמורה, אך המערער לא טען כי יש לבצע חישוב נפרד ביחס לכל אחת מהתקופות, ולכן החישוב בוצע מטעמי נוחות לפי נתוני החודש האחרון לעבודתו. כיוון שהתמורה הקבלנית גבוהה יותר מעלות המעסיק לפי השכר החלופי, המשמעות - כפי שהבהירה גם הנשיאה - היא שכל הזכויות הממוניות "נבלעו" בתוכה, ומשכך אין צורך לבחון אותן לגופן (כאשר בהתחשב במסקנת הנשיאה, המקובלת עלי, שהמערער לא היה זכאי בנסיבות העניין לגמול שעות נוספות - אשאיר גם אני ב"צריך עיון" את השאלה כיצד להתייחס לגמול זה במקרים אחרים, והאם/כיצד לקחתו בחשבון בעת עריכת ההשוואה).

46. אשר לפיצוי הבלתי-ממוני - מקובל עלי בנסיבות המקרה הסכום שנקבע על ידי חברתי הנשיאה, ואני מצטרפת, ככלל, להנמקותיה בקשר לכך וממילא לתוצאת חוות דעתה.

<u>ע"ע 34665-10-17 זאב לוי - זרעים גדרה בע"מ</u>

47. בהליך זה - ונוכח הטעמים שפירטתי בהרחבה לעיל - אינני יכולה להסכים לתוצאה אליה הגיעה הנשיאה, שמשמעותה דחייה על הסף של תביעתו של המערער בעקבות שלילת מעמדו כ"עובד" בהתבסס על עקרון תום הלב. עם זאת גם לגישתי, לאחר ניתוח הזכויות המגיעות למערער בהתאם לעקרונות שהותוו לעיל ובהתחשב בנסיבות המקרה המיוחדות והחריגות, הוא אינו זכאי לסכומים כלשהם. להלן יפורטו טעמיי.

48. התשתית העובדתית, כמו גם פסק דינו של בית הדין האזורי וטענות הצדדים, פורטו בחוות דעתה של הנשיאה. מהראיות עולה כי בין מר זאב לוי (להלן בפרק זה: **המערער**) לבין חברת זרעים גדרה בע"מ (להלן בפרק זה: **המשיבה**) התקיימו יחסי עובד-מעסיק מובהקים לכל אורך תקופת ההתקשרות ביניהם, כפי שאישרה בהגינותה גם המשיבה ומשכך אין צורך להרחיב בקשר לכך. עוד עולה בבירור מהראיות, כמו גם מקביעתו העובדתית של בית הדין האזורי, כי המערער - שתפקידו בתחילת ההתקשרות היה מנהל תחום ישראל ובהמשך קודם לתפקידי ניהול בכירים הכוללים אחריות על פעילות המשיבה באזורים שונים בעולם - לא "הסכים" או "אישר" את דרך ההתקשרות הפורמאלית כ"קבלן" אלא **בחר, יזם ודחף** לכך מטעמים שהם אך ורק שלו ולצרכיו - קיזוז הפסדים בדו"חותיו הכספיים בהתחשב בהיותו בעל משק חקלאי. המשיבה לכל היותר "נגררה" לכך (גם אם בשיתוף פעולה), וככל שהדבר היה תלוי בה, המערער מועסק היה כעובד מלכתחילה.

49. אעיר כי נוכח השלכות קביעה זו לא הסתפקתי בקביעותיו העובדתיות של בית הדין האזורי והתרשמתי ישירות גם מחומר הראיות גופו, שאכן מלמד במקרה חריג זה באופן מובהק על האמור לעיל. מהראיות עולה (וראו בקשר לכך את פירוט העדויות בסעיף 141(ב) לחוות דעתה של הנשיאה) כי המשיבה התעתדה לקלוט את המערער כ"עובד" לכל דבר ואזי פנה הוא וביקש, מטעמיו ונוכח צרכיו המיסויים לאור פעילותו הנוספת כבעל משק, כי ההתקשרות תהיה

במתכונת פורמאלית של מתן שירותים כנגד חשבונית, כפי שהיה גם במקום עבודתו הקודם.

בהתאם, סיכמו הצדדים (והדברים עולים ממכלול הראיות, לרבות ההסכם שנחתם בין הצדדים עם תחילת ההתקשרות והחשבוניות שהונפקו על ידי המערער מדי חודש בחודשו) כי הסכום החודשי שיקבל המערער מהמשיבה יורכב משכרו החודשי המוסכם (שכונה "תשלום") ועמד (נכון לסוף התקופה) על 23,150 ₪, ועליו יתווספו זכויות סוציאליות אותן קיבל בכסף מדי חודש בחודשו וחושבו (כפי שנרשם במפורש בחשבוניות שהנפיק המערער עצמו) לפי הרכיבים הבאים: 8.33% בגין "פיצויים", 7.5% בגין קרן השתלמות, 5% בגין גמל, 5% בגין "ביטוח לאומי", 2.5% בגין "אובדן כושר עבודה", וסך של 292.5 ₪ בגין "הבראה". זכויות חופשה ומחלה ניתנו למערער מעבר לכך בפועל, וכך גם זכויות נוספות כשל "עובד" (לרבות קידומים, רכב צמוד, אופציות ושימוע טרם פיטורים) כפי שיפורט להלן. מבחינה מהותית נשמרו לפיכך עיקר זכויותיו של המערער כ"עובד" גם בזמן אמת, וההעסקה כנגד חשבונית הייתה פיקציה בלבד מטעמיו.

50. מהנימוקים שפורטו על ידי בהרחבה לעיל, אינני סבורה כי עקרון תום הלב יכול לגבור על קוגנטיות המעמד. משכך, ולמרות שנסיבות המקרה הן אכן חריגות במיוחד, לא שוכנעתי כי מדובר במקרה נדיר המצדיק להפעיל את האפשרות התיאורטית שהועלתה בעניין **בוכריס** ולקבוע כי המערער אינו "עובד". עלי ליישם לפיכך ביחס למערער את הכלל החדש שנקבע על ידינו ביחס לדרך חישוב זכויותיו של מועסק שנקבע בדיעבד כי הוא "עובד".

51. אשר לשכר החלופי - במקרה זה אין קושי לקבעו, שכן הצדדים הצהירו עליו במפורש במסגרת החשבוניות החודשיות, לצד השורה הראשונה שכונתה "תשלום" וממנה נגזר התשלום בגין הזכויות הסוציאליות. כיוון שעולה מהראיות כי "תשלום" זה הוא אכן השכר החוזי המוסכם בגין עבודת המערער (ולא מניפולציה של המעסיק), אין סיבה שלא לתת לכך תוקף. בהתאם, השכר החלופי עומד על סך של 23,150 ₪. לא מצאתי ממש בטענת המערער כי שכרו

עמד למעשה על 35,101 ₪ ופוצל באופן פיקטיבי מטעמי המשיבה לרכיבים שונים. מעבר לעדויות מטעם המשיבה שהתקבלו כמהימנות על ידי בית הדין האזורי, ראיה נוספת לכך היא שכרו של עובד מקביל בכיר יותר וותיק יותר (באופן משמעותי), ששכרו החודשי (כולל רכיב שעות נוספות גלובליות) עמד על סך של 24,885 ₪. עם זאת ראוי להדגיש כי קביעה זו נכונה להליך הספציפי נוכח התשתית הראייתית המובהקת שהובאה בו ומלמדת כי הדברים נעשו בדרך זו ביוזמת המערער ומטעמיו, ודרך כלל אין לקבוע את השכר החלופי רק לפי הסכמה בכתב או חלוקת התמורה החודשית לרכיבים.

52. השלב הראשון הוא השוואת עלות המעסיק לפי השכר החלופי לתמורה הקבלנית, בהתאם לעקרונות שפורטו לעיל. השוואה זו קלה בנסיבות המקרה שכן הדרך בה חושבה התמורה הקבלנית ששולמה למערער הלכה למעשה היא תוך התבססות על השכר החלופי והוספת עלותן של הזכויות הסוציאליות הרלוונטיות למקום העבודה, היינו פיצויי פיטורים (8.33%), תגמולים ואובדן כושר עבודה (7.5%), קרן השתלמות (7.5%), הבראה (292.5 ₪ לחודש בהתאם לתחשיב שערכו הצדדים אותה עת, ולא נטען כי סכום זה לא שיקף את מלוא הזכות) ודמי ביטוח לאומי (5% בהתאם לתחשיב שערכו הצדדים, ולא נטען כי לא שיקף את מלוא הזכות). חופשה, מחלה והוצאות נסיעה אין לקחת בחשבון בנסיבות המקרה המיוחדות, שכן המערער נהנה מזכויות אלה בפועל בדומה לכל עובד (אנו למדים זאת הן מהעדויות והן מכך שהזכות לימי חופשה וימי מחלה, בתשלום מלא ובהיקפים העולים על המינימום הקוגנטי, צוינה במפורש בהסכם ההתקשרות בין הצדדים; אשר להוצאות נסיעה - במקומן קיבל המערער רכב צמוד לשימושו, שהוצאותיו שולמו על ידי המעסיק). קיימת לפיכך זהות מוחלטת בנסיבות המקרה בין עלות המעסיק לפי השכר החלופי לבין התמורה הקבלנית. משכך, לא נותרת יתרה לתשלום בגין הזכויות הסוציאליות הממוניות שאמורות היו להשתלם במהלך תקופת העבודה וסיומה, וגם לא נדרשת בדיקה פרטנית של הזכאות להן ושיעורן (כאשר גם בעניין זה, אני מותירה את גמול השעות הנוספות ב"צריך עיון").

53. מעבר לצורך אציין כי המערער תבע במסגרת תביעתו פיצויי פיטורים, תגמולים וגמול שעות נוספות. אין חולק כי המערער פוטר, ולכן זכאי לפיצויי פיטורים בהתאם לשכרו האחרון. עם זאת המערער קיבל מדי חודש סך שווה ערך ל-8.33% מהשכר החלופי על חשבון פיצויי פיטורים. כיוון שלא טען ששכרו עלה לאורך התקופה באופן המביא לפער בין תשלום חודשי זה לבין זכאותו החוקית לפיצויי פיטורים - ממילא זכאות זו "מתאפסת". כך גם בנוגע לפיצוי בגין אי ביצוע הפקדות לתגמולים, שכן קיבל מדי חודש סך שווה ערך ל - 5% מהשכר החלופי על חשבון "תגמולים", וזהו גם השיעור שנתבע על ידו בכתב תביעתו ובתצהירו.

רכיב התביעה האחרון הוא לגמול שעות נוספות (בסך של 728,524 ₪). בית הדין האזורי דחה תביעה זו הן מחמת שחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 (להלן: **חוק שעות עבודה ומנוחה**) אינו חל על המערער והן מחמת שלא שוכנע שהמערער עבד בשעות נוספות. בהקשר זה די בקביעה, שלא מצאתי הצדקה להתערב בה, לפיה חוק שעות עבודה ומנוחה לא חל על עבודת המערער, שכן הוא נכלל בחריג המנוי בסעיף 30(א)(5) לו העוסק בתפקידי הנהלה או תפקידים המחייבים מידה מיוחדת של אמון אישי (בין היתר נוכח שהותו כ-30% מזמנו בחו"ל, כך לפי עדותו, מבלי להעביר דיווחי שעות כלשהם בתקופה זו). לא נעלם מעיני בהקשר זה כי העובד המקביל והבכיר יותר קיבל כחלק משכרו גמול שעות נוספות גלובאליות, אך אין משמעות הדבר בהכרח כי החוק חל על אותו עובד, וממילא כל מקרה נדון לפי נסיבותיו. לאור מסקנתי כי המערער אינו זכאי לגמול שעות נוספות, אין צורך כי אבחן את השאלה כיצד הייתי מתייחסת לגמול האמור בהתחשב בכך שלא הובא בחשבון בעת עריכת התחשיב.

54. אשר לפיצוי הלא-ממוני: מהראיות עלה כי המשיבה התנהגה כלפי המערער בכל דבר ועניין כאילו מתקיימים ביניהם יחסי עובד-מעסיק, כך שלמעשה לא נפגעו זכויותיו גם בהיבט הלא-ממוני. מעבר לכך שהמערער היה חלק בלתי נפרד ממרקם החיים הארגוניים במשיבה לרבות מבחינה אישית וחברתית, המערער לא טען כי לא קיבל חופשה או זכות למחלה (וגם לא תבע פיצוי בגין רכיבים אלה, שזכותו לקבלתם בעין נכללה במפורש בהסכם ההתקשרות, בהיקף העולה

על המינימום הנקוב בחוק); אין חולק כי המערער קודם פעם אחר פעם לאורך שנות עבודתו במשיבה (תפקידיו השונים פורטו בסעיף 12 לתצהירו); המערער קיבל את כל ההטבות כשל עובד (דוגמת טלפון נייד, ארוחות ואש"ל בעת שהותו בחו"ל) וכן מענקי תמרוץ ואופציות למניות בחברת האם; המערער קיבל רכב צמוד של המשיבה לשימושו תוך שהמשיבה נושאת בכל הוצאותיו; המערער לקח חלק בכל פעילויות הרווחה שנערכו לעובדי המשיבה; וטרם פיטוריו נערך למערער שימוע כהלכתו, נעשה ניסיון לאתר לו תפקיד חלופי (שכן תפקידו התייתר) ואף ניתנו לו חודשיים הודעה מוקדמת. בנסיבות חריגות אלה, ולאור התשתית העובדתית הבלתי-שגרתית המלמדת באופן מובהק כי המערער אכן קיבל הלכה למעשה זכויות כשל "עובד" לאורך כל תקופת עבודתו, לא נפגעו זכויותיו של המערער גם בהיבט הלא-ממוני, ומשכך הוא אינו זכאי לפיצוי בגין כך.

55. אשר להיבט ההרתעתי שאמור להילקח בחשבון בעת קביעת הפיצוי הלא-ממוני:
כפי שעולה מהפירוט לעיל מדובר במקרה חריג במיוחד, בו הדרישה החד-משמעית לביצוע הסיווג המוטעה הייתה של המערער, לצרכיו שנועדו להשגת יתרונות מס. רווחתו של המערער לא נפגעה כהוא זה כתוצאה מדרך העסקתו, שכן מבחינה מהותית התייחסה אליו המשיבה כאל עובד לכל דבר והוא קיבל את זכויותיו הסוציאליות (בין בעין ובין בתשלום). המערער מנסה לזקוף לחובת המשיבה את העובדה שבהסכם ההתקשרות לא נכלל "סעיף גדרון" (היינו סעיף הקובע כיצד יחושב השכר החלופי ככל שתוגש תביעה להכרה ביחסי עובד-מעסיק וכן אפשרות קיזוז), אך לטעמי עובדה זו תומכת דווקא בגרסת עדי המשיבה, כי באותה עת המשיבה הייתה חברה קטנה יחסית שהתבססה על יחסי אמון אישיים ומשכך נתנה הסכמה לבקשת המערער. גם העובדה שהודגשה על ידי המערער, לפיה לא נרשם בהסכם שהגדרתו כ"עצמאי" נעשתה לבקשתו - תומכת לטעמי דווקא בגרסת המשיבה על כך שהדברים נעשו בתום לב מבחינתה. בנסיבות אלה, חוש הצדק מתקומם כנגד תביעה שיש בה משום ניצול של דיני העבודה שלא למטרתם. במקביל לא ניתן להתעלם מכך שהמשיבה הייתה מודעת לכך שהיא מסווגת את המערער באופן שאינו משקף את מעמדו האמיתי, ואף הייתה מודעת לכך שהסיווג המוטעה נועד לצורך השגת הטבות

מס. מתצהירי המשיבה אף עלה כי שיתפה פעולה עם המערער לאורך תקופת ההתקשרות בהיבטים נוספים כדי למקסם את יתרונות המס שלו (וכדוגמא בעת הקצאת אופציות, ובעת העברת התשלום לחברה בע"מ מטעמו החל משלב מסוים), ואף הגישה חוות דעת מטעמה לפיה היקף המיסים ש"נחסכו" על ידי המערער כתוצאה מסיווגו המוטעה עמד על סך של 565,000 ₪ רק בשבע השנים האחרונות להתקשרות. ראוי לפיכך להרתיע מעסיקים גם מ"שיתוף פעולה" כאמור, שיש בו כדי לפגוע בציבור כולו.

בשקלול השיקולים, שוכנעתי כי חוסר תום לבו של המערער גובר בנסיבותיו החריגות של המקרה על הצורך בהרתעת המשיבה (או ציבור המעסיקים בכלל), באופן שאינו מצדיק לפסוק לזכותו פיצוי כלשהו. אשר לציבור המעסיקים בכלל - אני סבורה כי הצורך בהרתעה רוחבית נמוך יחסית בנסיבות המקרה, שכן דרישת המערער נבעה מנסיבות אישיות וספציפיות שלו. אשר למשיבה - ניתן לאפשר לה ליהנות מהספק ולהניח שלמדה את לקחה ולא תחזור שוב על הסכמות דומות (וככל שתעשה כן, תהא הצדקה לפסיקת פיצוי הרתעתי כנגדה ואף בשיעור נכבד). עם זאת ראוי להדגיש כי מדובר בנסיבות עובדתיות חריגות במיוחד בהן הצליח המעסיק להוכיח כי קיימת הצדקה שלא לפסוק פיצוי בלתי-ממוני כלל, על אף שברירת המחדל, כפי שפירטתי בחלק הכללי, אמורה להיות פסיקתו של פיצוי כאמור.

56. תוצאת הדברים היא כי המערער אינו זכאי לזכויות ממוניות כלשהן, וגם לא לפיצוי לא-ממוני. עם זאת בהתחשב בשיתוף הפעולה מצד המשיבה בסיווג מכוון וכוזב של מעמדו, ראוי כי ההוצאות שנפסקו לחובתו של המערער בבית הדין האזורי תיחשבנה כהוצאות בשתי הערכאות. אני מצטרפת אם כך לתוצאת חוות דעתה של הנשיאה גם בקשר לתיק זה, אך מטעמים אחרים כפי שפורטו לעיל.

סגן הנשיאה אילן איטח

חוות דעתה של חברתי הנשיאה ורדה וירט-ליבנה חובקת עולם ומלומדת. בחוות דעתה התייחסה חברתי לשלושה עניינים: הראשון, נוגע לשאלת המבחנים לזיהוי עובד

ומעסיק; השני, נוגע לסוגיית ההתחשבנות עת נקבע בדיעבד כי סיווג התובע היה שגוי וכי היה מקום לסווגו כעובד; והשלישי, נוגע לתוצאות הערעורים. להלן עמדתי בכל הנוגע לעניינים אלה, לאו דווקא לפי סידרם.

ההתחשבנות בדיעבד

1. אני מצטרף לחברתי הנשיאה בחידוש שחידשה ביחס לדרך ההתחשבנות בעת הכרה ביחסי עובד–מעסיק בדיעבד. כן אני מצטרף להערותיה של חברתי השופטת דוידוב-מוטולה בעניין זה כפי שפורטו בחוות דעתה המקיפה והמלומדת. יש לקוות כי חידוש זה, המקובל על כלל ההרכב, יספק את היציבות ואת הפתרון ההולם לסוגיה שבעטיה נעה ונדה הפסיקה בין גישות שונות.

2. מבלי לגרוע מהאמור אבקש לייחד לסוגיה מספר מילים ולו ממעוף הציפור. שעה שעלה בידי המעסיק להוכיח כי לו היו הצדדים מסווגים נכונה את ההתקשרות ביניהם, היו קובעים שכר שכירי שהוא נמוך מהתמורה הקבלנית ששולמה בפועל למי שהוכר בדיעבד כעובד, מתעוררת שאלת ההתחשבנות. התחשבנות זו צריכה להיעשות, כפי שהוצע על ידי חברתי הנשיאה, בשני נדבכים: הממוני - שהוא תרופתי במהותו, והלא ממוני - האוחז שני יסודות: יסוד תרופתי גם הוא (הזכויות הלא כלכליות) ויסוד הרתעתי כלפי המעסיק הקונקרטי וכלפי מעסיקים בכלל. בכל הנוגע ליסוד של הזכויות הלא כלכליות בנדבך הלא ממוני, אדגיש כי בעיני נודעת לו חשיבות רבה, באשר הוא נועד לאזן את אותה עלות סמויה מן העין שלעיתים משמשת למעסיק תמריץ לסיווג שגוי של ההתקשרות. הידיעה כי בעת עריכת ההתחשבנות המעסיק יישא לא רק בעלותן של הזכויות הכלכליות, אלא גם בזו של הזכויות הלא כלכליות, מצמצמת את התמריץ לסיווג שגוי של ההתקשרות. אלא שלטעמי אין די ביסוד זה. שיטה שלפיה ישלם המעסיק בדיעבד את מה שהיה עליו לשלם מראש, טומנת בחובה תמריץ שלילי להתקשרות מראש בסיווג הנכון. לכן, כעניין של מדיניות משפטית המבקשת לתמרץ את המעסיק, שהוא השוקל הטוב יותר ומונע "הנזק" הטוב יותר, לחתור מראש לסיווג נכון של ההתקשרות - ליסוד ההרתעתי בנדבך הפיצוי הלא ממוני נודעת חשיבות מעשית רבה. לפיכך, לטעמי, ככלל, מקום שמעסיק ידע או היה עליו לדעת בצורה סבירה כי הוא מתקשר בסיווג שגוי עם מי שראוי לסווגו כעובד, יש לחתור לכך שהפיצוי הלא ממוני יכלול יסוד

הרתעתי. בהינתן זאת יידע המעסיק כי בדיעבד הוא עלול לשאת בעלות גדולה מזו שהיה נושא בה לו סווגו יחסי הצדדים נכונה מלכתחילה.

<u>תוצאות הערעורים</u>

3. אשר לערעורים שלפנינו - אני מסכים לתוצאה המוצעת על ידי חברתי הנשיאה ביחס לכל אחד מהם, אלא שבכל הנוגע לעניין **לוי** – אני מצטרף לתוצאה המוצעת על ידי הנשיאה רק מהטעמים המפורטים בחוות דעתה של חברתי השופטת דוידוב-מוטולה.

<u>תפקידו של תום לב בקביעת מעמד</u>

4. אין בידי להצטרף לעמדת חברתי הנשיאה בסוגיית השימוש במבחן תום הלב כשולל את המעמד. בעניין זה אני מצטרף לעמדתה של חברתי השופטת דוידוב-מוטולה מנימוקיה. מבלי לגרוע מכך אבקש להעיר מספר הערות.

5. שתי חברותיי תמימות דעים שאין כל צורך לשנות מהמבחנים שנקבעו בפסיקה לזיהוי יחסי עבודה. קביעתם של יחסי עבודה ככאלה היא מסקנה ממארג עובדתי מקיף המתחבר לכדי פסיפס משפטי. המבחנים שבפסיקה מקיפים וגמישים במידה מספקת כדי לאפשר לבית הדין, גם בשים לב להתפתחויות בשוק העבודה ובעולם הכלכלי, להרכיב את אותו פסיפס. אכן, לא מן הנמנע כי מאותן אבני פסיפס תורכב בחלק מהמקרים תמונה שונה. זו בעיה שאינה מיוחדת לסוגיית זיהוי יחסי העבודה והיא נובעת מהעובדה כי המשפט, כמו הרבה תחומי חיים, אינו "מדע מדויק".

6. שאלת ההסכמה של מי שהוכר בדיעבד כעובד להתקשר כקבלן עשויה להיות רלוונטית, לפי אותם מבחנים ולפי הפסיקה מימים ימימה, רק שעה שלסיווג של אדם כעובד, לאחר יישום כלל המבחנים, יש פנים לכאן ולכאן, באופן שבו המאזניים מעוינים או כמעט מעוינים, מה שמכונה מקרה גבול. במקרים שכאלה, ורק במקרים שכאלה, לפי הפסיקה המסורתית עשוי להיות להסכמה - ככל שהוכח כי היא אמיתית ומשקפת את המציאות כהווייתה - משקל מסוים, באופן שעשוי בהצטרפו למבחנים אחרים ובהתחשב בתמונה בכללותה להכריע את גורל המעמד. למען הסר ספק ובכפוף למפורט בהמשך שהוא מטעמי זהירות, לטעמי, הסכמה זו לבדה אין בכוחה לגבור על מעמדו של אדם כעובד שעה שהסממנים האובייקטיביים מצביעים עליו ככזה.

7. ככלל ומהטעמים שפורטו בעמדתה של חברתי השופטת דוידוב-מוטולה, אין חוסר תום לב של העובד יכול לגבור על המעמד, וזאת למעט במקרים קיצוניים (שעד כה טרם נקבעו כאלה בפסיקה). ודאי כך שעה שאין עסקינן במקרה גבול, שאז חוסר תום הלב עשוי לרבוץ גם לפתחו של המעסיק.

חברתי הנשיאה מציעה כי בנסיבות מסוימות חוסר תום לב מובהק של עובד שאינו טעון הגנה יגבר על מעמדו כעובד. בכוונתה להרחיב, ולו במעט, את שהוצע בקשר לכך בעניין **בוכריס** (דב"ע (ארצי) נה/145-3 **מדינת ישראל – יעקב בוכריס**, פד"ע לו 1 (1997)). אני חושש ששימוש באמת מידה חדשה זו יגביר את חוסר הוודאות המשפטית בנוגע למעמדו של מתקשר כעובד אך מטעמים של תום לב, בין שהשוני הוא כמותי ובין שהוא איכותי. כאמור, אין בידי להסכים למוצע, ואסביר:

אכן יש בפסיקה (עניין **בוכריס**) אמירות שלפיהן יתכן שחוסר תום לב "משווע" – זוהי אמת המידה שבה נעשה שימוש, יביא למסקנה כי על אף שהמבחנים לזיהוי יחסי עובד ומעסיק מצביעים על פלוני כעל עובד, ייקבע כי הוא אינו עובד. כפי שצוין על ידי חברתי השופטת דוידוב-מוטולה, אמירות אלה מעוררות קושי עיוני לא קטן שאולי אף מצדיק חזרה מהן. מעמד של עובד הוא קרוב לסטטוס, ולכן שלילת המעמד אך מחמת חוסר תום לב מצידו היא כמעט סתירה פנימית. יחד עם זאת, מטעמי זהירות - בבחינת לעולם אל תאמר לעולם לא, לא הייתי מציע לבטל אמירות אלה שנועדו לפתור את אותם מקרי קצה שבהם הכללים המשפטיים הרגילים לא מספיקים. הייתי מסתפק בלהדגיש כי יש לראות אמירות אלה כמכוונות למצבי קיצון, שלמעשה, טרם נקבעו ככאלה בפסיקה גם בנסיבות קשות שלא עלו כדי מצב קיצון (למשל: ע"ע (ארצי) 14122-07-10 **מכללת רמת גן - עו"ד אורי פרייס** (13.9.2012); ע"ע (ארצי) 20005-11-16 **פלוני - אלמוני** (9.1.2019)) ובעיקרן שימשו כר לדיון תיאורטי כקדימון לאותו מקרה קשה שרק כלי משפטי זה בכוחו יהא לפותרו.

8. ואחרונה אחרונה - שימוש בעקרון תום הלב, ולמעשה במאזן תום הלב, בסכסוכים דוגמת אלה שלפנינו, משמעו השתק. ככל שלמאזן זה הכוח להביא לתוצאה משפטית דרך דיני ההשתק, הרי שלטעמי, ככלל - ולמעט כאמור במקרי קיצון - יש לייחד כוח זה לשלב ההתחשבנות ולא לשלב קביעת המעמד. התועלת בכך ברורה משני טעמים: <u>הראשון</u>, פרקטי - ממילא על מנת להגיע למסקנה כי הסיווג כקבלן

עצמאי תחת הסיווג כעובד לא נועד לניצול ולקיפוח יש צורך לבחון את מערך הזכויות הכלכליות והלא כלכליות כעובד; השני, השאלה אם ההשתק צריך לפעול אם לאו כרוכה לא אחת בשאלת הזכויות המצויות במרכזו של הדיון. ייתכנו מקרים שבהם הסכסוך יחרוג מהתחשיב החשבונאי הרגיל של הזכויות הממוניות והלא ממוניות ויעסוק בזכויות מגן אחרות, כגון זכויות מכוח חוק עבודת נשים, התשי"ד - 1954. משכך, נראה לי נכון יותר להותיר את שאלת הסעדים שיושטו לתובע, אם יושטו, בבית הדין לעבודה ולשלב ההתחשבנות.

השופטת לאה גליקסמן

בחוות דעתן המקיפות והמלומדות של חברותיי, הנשיאה ורדה וירט–ליבנה והשופטת סיגל דוידוב-מוטולה, נבחנו שאלת המבחנים לקיומם של יחסי עבודה, ובעיקר האם יש להוסיף למבחנים שנקבעו בפסיקה מבחן נוסף – מבחן תום הלב, ושאלת ההתחשבנות בין מועסק למעסיק, לאחר שנקבע בדיעבד כי למרות הגדרתו של המועסק כ"עצמאי" סיווגו האמיתי הוא "עובד".

נקודת המוצא

1. בראשית דרכו קבע בית הדין הארצי לעבודה כי –

> **"בתחום המשפט האזרחי מסדיר החוק זכויות וחובות בין אדם לרעהו, ואין זה אלא מעניינם לעמוד על זכויות אלה או לוותר עליהן, ושלטון החוק עיקרו בהעמדת כלים לרשות הצדדים. הוא הדין באותו קטע שביחסים שבין עובד ומעביד המוסדרים על ידי המשפט האזרחי הכללי, אך לא כן ב"חוקים המסדירים" שבמשפט העבודה כגון חוק שעות עבודה ומנוחה, חוק חופשה שנתית וחוק הגנת השכר. בחוקים אלה ניתן ביטוי למדיניות סוציאלית מעבר לאינטרס של הפרט הנוגע בדבר, וביישומם – עניין לציבור. יתר על כן, לעיתים יכול ואינטרס מיידי מדומה של הפרט, יביא לכך שהפרט לא יעמוד על הזכות או אף יוותר עליה, ומעניינו של הציבור לעמוד על אכיפת החוק. חוקים אלה קרובים יותר למשפט הפומבי מאשר למשפט המסדיר יחסים בין אדם לאדם".**

(ההדגשה הוספה – ל.ג.).

דב"ע (ארצי) לב/32 – 3 **מרלן פרוימוביץ – ישראל בר אדון**, פד"ע ד' (1972).

2. לגישתי, גם בחלוף כמעט חמישה עשורים מאז נכתבו דברים אלה לא אבד הכלח על עקרון היסוד בדיני עבודה שלפיו הזכויות המוקנות לעובד מכוח מעמדו כעובד אינן ניתנות לוויתור או להתניה, וכי שמירה על עקרון זה, עקרון הקוגנטיות, נדרשת למימוש תכליות משפט העבודה. לטעמי, לא זו בלבד שהשינויים בשוק העבודה שחלו בעשורים האחרונים אינם מצדיקים צמצומו של עקרון הקוגנטיות, אלא ההיפך הוא הנכון. נוכח הירידה הדרמטית שחלה בשיעור העובדים המועסקים במקומות עבודה מאורגנים שתנאי עבודתם מוסדרים בהסכמים קיבוציים; נוכח העובדה שעובדים רבים אינם מועסקים עוד במתכונת הקלאסית של העסקה ישירה על ידי המעסיק אלא ב"העסקה עקיפה" על צורותיה השונות; נוכח התפתחות צורות העסקה בלתי שגרתיות (כגון כלכלת הפלטפורמות) - דווקא התעצם הצורך בהגנה על העובדים שמעניק עקרון הקוגנטיות.

3. על מנת שלא לחזור על דברים שכבר נאמרו, אני מצטרפת לכל האמור בפרק "עקרונות היסוד של דיני עבודה" (סעיפים 2 – 10) בחוות דעתה של חברתי השופטת דוידוב - מוטולה ולהנמקותיה.

4. מנקודת המוצא נובעים העקרונות שעליהם להנחות אותנו בגיבוש הכלליים המשפטיים בשאלות העומדות להכרעה בהליך זה: **האחד** - הצדדים להתקשרות אינם יכולים להתנות על מעמדו של "עובד" ולקבוע כי אינו כזה, עת על פי אמות המידה שנקבעו בפסיקה הוא בגדר "עובד"; **השני** - המדיניות הראויה להגשמת תכלית דיני העבודה מחייבת שכל מועסק שהוא לאמיתו של דבר עובד, יסווג מלכתחילה כ"עובד" ולא כ"עצמאי", וייהנה בזמן אמת במהלך כל תקופת עבודתו, ולא בדיעבד, מכל הזכויות המגיעות לו כ"עובד" על פי החוק והפסיקה.

5. אדגיש, כי שמירה על עקרון הקוגנטיות אין משמעותה הקפאת משפט העבודה בעבר וקיבוע ההסדרים שנקבעו בעבר תוך התעלמות מהמציאות המשתנה. אכן, יש מקום לבחון מעת לעת את התאמתם של ההסדרים הקוגנטיים למציאות המשתנה, לתקנם, לשנותם ואף לעצב הסדרים חדשים בהתחשב בשינויים המהותיים שחלו במהלך השנים, הן בכלל (כגון השינויים הטכנולוגיים) והן בשוק העבודה בפרט. אין מניעה גם לקבוע כי הסדרים מסוימים יהיו דיספוזיטיביים וניתנים לשינוי על ידי העובד והמעסיק, באופן מלא או באופן חלקי במגבלות שיותוו לכך, או בכפוף לאישור הרגולטור (בדומה להסדר הקבוע בסעיף 28 לחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג

- 1963), וזאת לאחר בחינת כל השיקולים הרלוונטיים בהתייחס לאותו הסדר. אולם, שינויים אלה צריכים להיעשות תוך שמירה על עקרון היסוד – הזכויות המוקנות לעובד בחוקי המגן ועל פיהם (כגון הזכויות המוקנות מכוח הסכם קיבוצי או צו הרחבה) אינן ניתנות לוויתור או לשינוי – עיקרון שהתקופה הנוכחית, שבה מתמודד גם עולם העבודה עם וירוס הקורונה, הוכיחה שוב את נחיצותו והרלוונטיות שלו.

<u>התחשבנות בדיעבד</u>

6. אני מצטרפת לחברתי הנשיאה בחידוש שחידשה ביחס לדרך ההתחשבנות בעת הכרה ביחסי עובד – מעסיק בדיעבד, וכן אני מצטרפת להערותיהם של חבריי השופטים דוידוב – מוטולה וסגן הנשיאה בעניין זה. מתווה זה יוצר הסדר, שיישומו בהתאם לכללים ולעקרונות שנקבעו ייצור תמריץ למעסיקים לבדוק את הסיווג הנכון של המועסק ולהעסיקו מלכתחילה בהתאם לסיווג הנכון, תוך נטרול הקשיים המסוימים שעלו מיישום הלכת **רופא** [ע"ע (ארצי) 110/10 **רפי רופא - מרקם סוכנות לביטוח בע"מ** (22.12.11)]. מעבר לכך, נוכח חילוקי הדעות והתנודות שחלו בפסיקה בסוגיה זו, יש חשיבות רבה ליצירת הלכה מוסכמת על שופטי בית דין זה, שתיצור יציבות וודאות בסוגיה זו. לאור האמור, הגם שבעבר עמדתי הייתה שיש ליישם בסוגיה זו את הפסיקה בעניין **רופא**, ובהמשך לדבריי בעניין **אילן** [ע"ע 3859-10-15 **יוסף אילן - החברה לאוטומציה במינהל השלטון המקומי בישראל בע"מ** (24.9.19)] כי יש מקום לבחון מתווה חלופי למתווה שגובש בעניין **רופא**, יש בידי להסכים לחידוש שהוצע על ידי הנשיאה בעניין ההתחשבנות בדיעבד.

<u>המבחנים לקביעת יחסי עובד – מעסיק והוספת מבחן נוסף - תום הלב</u>

7. אין בידי להצטרף לעמדת חברתי הנשיאה שלפיה "**יש לתת מעמד לעקרון תום הלב (והמשקל שיש לתת להסכמת הצדדים בבחינה זו) כבר בשלב בחינת שאלת ההכרה ביחסי עובד ומעסיק בדיעבד**" (סעיף 54 לחוות דעתה), וכי במקרים מסוימים, גם אם היקפם מצומצם, עת המעסיק הוכיח כי המועסק נהג ב"חוסר תום לב מובהק", ייקבע כי מועסק שהוא במעמד של "עובד" על פי המבחנים

שנקבעו לעניין זה בפסיקה אינו בגדר "עובד", וכפועל יוצא מכך לא תיערך בחינת זכויותיו והתחשבנות בדיעבד בנוגע לזכויותיו.

8. אשר לעניין שינוי המבחנים שנקבעו בפסיקה לבחינת השאלה אם נוצרו יחסי עבודה נוכח שינוי העיתים: אכן, יש להתאים את המבחנים שנקבעו בפסיקה לתמורות בשוק העבודה ובעולם הכלכלי בכלל, ובמיוחד לשינויים שחלו במתכונת ההעסקה של עובדים, השונה ממתכונת ההעסקה "הקלאסית" שעל יסודה גובשו אמות המידה לקביעה אם מעמדו של מועסק הוא בגדר "עובד". בהקשר זה אדגיש כי לטעמי השינויים שחלו אינם מצדיקים ליתן משקל גדול יותר, ובוודאי לא משקל מכריע, לשאלת ההסכמה של המועסק להתקשרות שלא כ"עובד", ואין בהסכמה כדי לשלול את מעמדו של מועסק כ"עובד", עת על פי אמות המידה שנקבעו בפסיקה הוא בגדר "עובד" (אלא אם מדובר במקרה גבול, ובסייגים שנקבעו לכך, כמוסבר בסעיף 6 לחוות דעתו של חברי, סגן הנשיאה).

9. מעבר לנדרש אוסיף כי התאמת המבחנים לזיהוי יחסי עבודה לשינוי העיתים אינה חד כיוונית, כלומר תוצאתה אינה בהכרח צמצום מעגל המועסקים שיסווגו כעובדים. אפשר, שבמקרים מסוימים התאמת המבחנים לצורות ההעסקה החדשות תחייב שינוי אמות המידה כך שמועסקים שבעבר לא הוכרו כ"עובדים" בשל סממנים מסוימים כן יוכרו כ"עובדים".

10. חברתי השופטת דוידוב-מוטולה עמדה בהרחבה בחוות דעתה על הקשיים והסיכונים הטמונים בשימוש בעקרון תום הלב לשלילת מעמדו של מועסק כ"עובד", וחברי סגן הנשיאה הוסיף על כך בהערותיו. קביעות והנמקות אלה מקובלות עליי, ואין צורך לחזור עליהן. [על הסיכונים הכרוכים בהכפפת זכויות קוגנטיות לעקרון תום הלב ראו גם חני אופק – גנדלר, "זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב – הרהורים חוקתיים על משפט העבודה", **משפטים ל"ז** (2007) 63, בע' 66]. בהקשר זה, ומבלי לגרוע מכל שנאמר בחוות הדעת של חבריי, אדגיש כי בעיניי חיסרון משמעותי של הגישה המציעה לשלול בשל הפרת חובת תום הלב את מעמדו של מועסק כ"עובד" הוא שתוצאתה היא שלילה מוחלטת וגורפת של כל הזכויות. כך, בעוד שבחינת תום הלב של המועסק (בין מכלול השיקולים) בשלב ההתחשבנות בדיעבד מאפשרת להבחין בין הזכויות השונות המגיעות למועסק כ"עובד", ובכך ליצור הלימה בין הפרת חובת תום הלב של המועסק לבין הזכויות שנשללו ממנו,

הרי שלילת מעמדו של מועסק כ"עובד" בשל חוסר תום הלב תוצאתה שלילת **כל** הזכויות. בדרך זו יישללו מהמועסק גם זכויות שלגביהן הפרת חובת תום הלב אינה רלוונטית (כגון – חובות המעסיק על פי החוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח – 1998). כמו כן, יישללו זכויות יסוד, כגון הזכות לשוויון על ענפיה השונים וזכות ההתארגנות, שמעמדן אינו נחות מעקרון תום הלב, ואין מקום לשלול אותן מהמועסק באופן גורף ומוחלט ולמעשה על הסף, ללא בחינת מכלול הנסיבות במועד שבו מבקש המועסק לממש זכויות אלה, בשל התנהלותו בתחילת ההתקשרות או מתי שהוא במהלכה, וגם אם בחר להיות מועסק כ"עצמאי".

11. לגישתי, נוכח הקשיים, החסרונות והסיכונים הרבים הטמונים בגישה שלפיה על בסיס מבחן תום הלב יישלל מעמדו של מועסק כ"עובד", מתחייבת המסקנה כי אין כל מקום להותיר את הסדק, ולו צר ביותר, במעמד של "עובד", שהוצע (אך לא יושם בפועל) בעניין **בוכריס** [דב"ע (ארצי) נה/3-145 **מדינת ישראל – יעקב בוכריס**, פד"ע לו 1 (1997)]. יתר על כן. חריג זה אינו נחוץ על מנת להתמודד עם אותם מקרים שבהם אכן הצדק הקונקרטי מחייב לשלול ממועסק שהוכר בדיעבד כ"עובד" זכויות כ"עובד", ולא בכדי האמירות בעניין **בוכריס** לא יושמו בפועל עד היום. זאת ועוד. חריג זה בוודאי אינו דרוש כיום, לאור מתווה ההתחשבנות בדיעבד החדש שגובש בהליך זה. משכך, נוכח הסיכונים הרבים הטמונים במבחן נוסף זה, שעיקרם כרסום עקרון הקוגנטיות ופגיעה ביכולתם של כלל העובדים לממש את זכויותיהם, ומשאינו נדרש, אני סבורה שאין מקום כלל להוסיף את מבחן תום הלב למבחני הפסיקה בשלב בחינת השאלה אם היחסים בין המעסיק למועסק היו יחסי עבודה.

<u>תוצאות הערעורים</u>

12. אני מסכימה לתוצאה המוצעת על ידי חברתי הנשיאה ביחס לכל אחד מהערעורים, אולם בכל הנוגע לערעורים בעניין **כותה** ובעניין **לוי** – אני מצטרפת לתוצאה מהטעמים והנימוקים שבחוות דעתה של חברתי, השופטת דוידוב – מוטולה.

השופט רועי פוליאק

אני מסכים לחוות דעתה המקיפה של חברתי הנשיאה, ורדה וירט ליבנה, מטעמיה.

משחברותי וחברי הפליגו ופרטו באופן כה מעמיק ויסודי בסוגיות השונות אשר עמדו בפתחנו, אצמצם את חוות דעתי להערות ספורות המתייחסות לחלק בלבד מהסוגיות שנבחנו.

"שער הכניסה"

1. מקובלת עלי במלואה קביעתה של חברתי הנשיאה לפיה אם הוכיח המעסיק נסיבות של "חוסר תום לב מובהק" מצד המועסק אשר תובע בדיעבד זכויות כ"עובד", אין מקום לפתוח את שערי בית הדין בפני המועסק. בהקשר זה אציין, כי לטעמי משמעות חסימת השערים בפני מי שאינו ראוי להיכנס בהם עקב התנהלותו אינה קביעה, כזו או אחרת, לעניין מעמדו לפי הדין החל ("עובד" או "לא עובד"), אלא הפעלת כללי ההשתק והמניעות המהווים חלק בלתי נפרד מדיני תום הלב (ראו בין היתר: גבריאלה שלו, הבטחה, השתק ותום לב, **משפטים ט"ז** 295, בעמ' 319 וכן 328-329 (1987); ע"ע (ארצי) 533/09 **עפרה אילן – שירותי בריאות כללית** (15.6.2011)).

2. אין בידי להסכים עם עמדת חברי, סגן הנשיאה אילן איטח, כי בכפוף למקרי קיצון יש "לייחד כוח זה לשלב ההתחשבנות בדיעבד ולא לשלב קביעת המעמד". אני מעריך כי לעיתים רחוקות, אם בכלל, בנסיבות של חוסר תום לב מובהק המצדיקות את חסימת שער הכניסה בפני תובע לפי גישתי, יזכה אותו תובע בפיצוי לא ממוני לפי גישת חברי. המחלוקת יותר משיש לה היבטים מעשיים היא לפיכך מחלוקת עיונית (ראו חוות דעתי בע"ע (ארצי) 20005-11-16 **פלוני – אלמוני** (9.1.2019), לפיה "**ניתן היה להגיע לתוצאה בין בדרך של קביעה כי בפנינו אחד מאותם מקרים קיצוניים ביותר בהם יגבר עקרון תום הלב על הסטטוס חרף הקוגנטיות של יחסי העבודה... ובין בדרך בה בחר חברי סגן הנשיאה לפיה גובר עקרון תום הלב, בנסיבות העניין, על הזכויות המוקנות לעובד מכח משפט העבודה המגן**"; כך עולה גם מהתוצאה המוסכמת בהליכים אלה בערעור בע"ע 34665-10-17 לוי – זרעים

גדרה בע"מ). עם זאת, אני סבור כי בעצם חסימת השער מצהיר בית הדין, וטוב שכך, כי אל לו למי שנהג בחוסר תום לב מובהק ובחר להתקשר עם מעסיקו כמי שאינו עובד, תוך שהוא נהנה מפירות בחירתו, לצפות כי בתי הדין "יישחקו את המשחק" ויאפשרו לו להתנער מבחירתו. אוסיף ואציין, כי לטעמי נכון יותר בהיבט העיוני לחסום את שער הכניסה מכוח דיני ההשתק והמניעות טרם סיווגו של מועסק כ"עובד" וכלל לא להתכבד ולדון בפרטי תביעתו ובזכויותיו כעובד, מאשר לקבוע כי התובע הוא אכן עובד הזכאי לזכויות מתחום משפט העבודה המגן תוך שלילת הזכויות מכוח עקרון תום הלב.

3. אדגיש, כי לטעמי אין בעצם ההסכמה החוזית לסיווג ההתקשרות כהתקשרות מסחרית שאין עמה יחסי עבודה ובהגשת תביעה בדיעבד, כדי לענות על דרישת המובהקות של חוסר תום הלב בעטיה ייחסם שער הכניסה בפני התובע. מקובלים עלי לפיכך התבחינים השונים שפורטו בחוות הנשיאה, תוך דגש מיוחד על יכולת המיקוח של כל אחד מהצדדים להתקשרות, הבחירה המודעת של המועסק והיתרונות - הכלכליים והנוספים (כפי שיפורט להלן) - שנצמחו לכל אחד מהצדדים מההתקשרות במתכונת שאינה משקפת את הסיווג לאשורו. כך, למשל, לטעמי אילו היה מסווג המערער בע"ע 1568-04-17 (להלן – **כותה**) כ"עובד", הייתי סבור כי אין לחסום את תביעתו בנימוק של "חוסר תום לב מובהק" חרף מודעותו לזכויותיו ולנפקות הגדרת המעמד. לעומת זאת, אין לי כל ספק כי אין מקום לדון בענייננו של המערער בע"ע 34665-10-17 (להלן – **לוי**), אשר הכתיב, מעמדת כוח, את מתכונת ההתקשרות עמו, לתועלתו ובהמשך להתנהלותו מול מעסיקו הקודם, ואשר עניינו **"ממחיש את אותם מקרים של חוסר תום לב מובהק ואפילו במקרה זה עולה כדי חוסר תום לב קיצוני"** כמפורט בחוות דעת הנשיאה.

הערה קצרה (ולא ממצה) על קוגנטיות, פטרנליזם ואוטונומיה

4. בחוות דעתה המקיפה של חברתי, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, מפרטת חברתי בין היתר את הצורך בדיני העבודה כענף נפרד מדיני החוזים ואת הטעמים העומדים

בבסיסה של הקוגנטיות בכל הקשור למעמד המועסק ולסיווגו (השימוש במונח **עקרון הקוגנטיות** ישמש בחוות דעתי להלן בהקשר של קוגנטיות המעמד במובחן ממשפט העבודה המגן המבוסס על חקיקת המגן). אני מסכים עם חברתי כי במקרה הרגיל "קיימים פערים משמעותיים בין העובד למעסיק בהיבטים של כוח, שליטה, מידע, משאבים ויכולת פיזור סיכונים, המביאים לכך שהעובד מצוי, ככלל, בעמדת מיקוח חלשה יותר" וכי נקודת המוצא דלעיל ושיקולים נוספים מצדיקים הסדרה נורמטיבית שתמנע ממעסיקים לנצל את כוחם העודף, וכפועל יוצא מכך לא ניתן להתנות על עצם קיומם של יחסי העבודה (עקרון הקוגנטיות) כך שנדרש ענף משפטי נפרד שבבסיסו משפט העבודה המגן. עוד מקובלת עלי גישתה של חברתי כי יתכנו פתרונות ביניים ה"אמורים לבוא מתוך נקודת המוצא של הקוגנטיות וכהסדרים מידתיים-קונקרטיים בנושאים המצדיקים זאת".

5. עם זאת, כפי שאבהיר בתמצית להלן, מקצתם של הטעמים לקוגנטיות אינם מקובלים עלי. אף כי מקובלת עלי ההנחה כי אמנם יש להתיר הסדרים מידתיים-קונקרטיים, לחלוטין לא מקובלת עלי הקביעה הנוספת לפיה ההסדרים המידתיים-קונקרטיים אפשריים "**בשונה מהטלת ספק בעצם הצורך בקוגנטיות כעקרון בסיסי של משפט העבודה**".

בהקשר של היחס שבין זכויות קוגנטיות המעוגנות במשפט העבודה המגן והאפשרות להיזקק להליכי בוררות בעטיים, ציין פרופ' מרדכי (מוטי) מירוני, ואני מצטרף בכל הכבוד לדבריו, כך:

> **"העובדה שמדיניות משפטית בנושא מסוים, כפי שהיא מתבטאת בפסיקה, היא מגובשת ועתיקת יומין – ואפילו מוסכמת על בתי הדין לעבודה ועל בית המשפט העליון, ואפילו חוזרים עליה שוב ושוב – איננה אומרת בהכרח שהיא נכונה. מדיניות זו צריכה להיבחן לגופה ולא לשאוב את עוצמתה אך ורק מהעובדה שנהפכה לנכס צאן ברזל של הפסיקה".**
> (מ' מירוני "ההלכה המגבילה את השימוש בבוררות בייחסי עובד – מעביד: בחינה מחדש", **משפטים לט** 449, 501 (תש"ע)).

יצוין, בהקשר זה, כי לפני למעלה מארבעים שנים כתב מנחם גולדברג כי נוכח פסיקתם של בתי הדין לעבודה, בחינה מחודשת אחת ל- 7 – 8 שנים לגבי מהותם של יחסי עובד – מעסיק "**הינה בבחינת הכרח**" (מ' גולדברג "מהותם של יחסי עובד-מעביד", **הפרקליט לב** 81 (תשל"ח)).

6. אינני מפקפק בנכונותו של עקרון הקוגנטיות גם לאחר בחינה מחודשת. עם זאת, אני מוצא להטיל ספק בנוקשות בה הוא מיושם. ראוי להזכיר כי הקוגנטיות אינה התכלית אלא אמצעי, חשוב ורב ערך, להגשמת התכליות של משפט העבודה. במובחן מחקיקת משפט העבודה המגן המקנה לעובדים זכויות שאינן ניתנות לוויתור, לא קיימת הוראת חוק חרותה המחייבת מתכונת ההתקשרות מסוימת עם מי שמצוי בסטטוס של עובד. ניתן היה, לפיכך, להסתפק בגישה החישובית תוך שמירה בדיעבד של הזכויות הכספיות על מנת להגן במקרה הרגיל על זכויותיו של מי שסווג, בין מתוך טעות ובין בכוונת מכוון, כמי שאינו "עובד" חרף המצב להוויתו. ואולם, מהטעמים שפורטו בחוות דעתן של הנשיאה והשופטת דוידוב-מוטולה, המוסכמים עלי, אין די בכך. אציין, כי אם בעתיד יוקנו זכויות סוציאליות למשתתפים חופשיים (פרילנסרים) ולעצמאיים, יהיה מקום לטעמי לערוך בחינה נוספת בסוגית היקפו של עקרון הקוגנטיות ותחומי התפרסותו (לעניין זכויות של משתתפים חופשיים בישראל לעומת מדינות אחרות, ראו: רובי נתנזון, איתמר גזלה, דפנה פיזם "הביטחון הסוציאלי של הפרילנסרים בישראל". מפרסומי **מרכז מאקרו לכלכלה מדינית והמוסד לביטוח לאומי** (יוני 2015); כמו כן ראו בחינה מקיפה של מעמד העובדים העצמאיים והצעות להסדרתו: נטע ברק קורן "זכויות עובדים, זכויות קניין ומה שביניהן: הגנה על שכר העבודה של עובדים עצמאים" **משפטים מב** 973 (תשע"ב)).

7. יחד עם זאת, בניגוד לחקיקה הכוללת הוראות קוגנטיות אשר לצדן "פתחי מילוט" למקרים המתאימים (ראו בין היתר: סעיפים 10, 11 ו – 30(א)(5) לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951; סיפת סעיף 5 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958; סעיפים 14, 28 ו – 29 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963), ובניגוד להוראת סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, החל על חוזה בלתי חוקי וחוזה הנוגד את תקנת

הציבור – כטענה הנשמעת לעיתים כנגד הסכם הכולל סיווג שגוי של מעמד המועסק – המאפשר לערכאה השיפוטית הפעלת שיקולי צדק וגמישות רבה, יש הגורסים כי יש ליישם את עקרון הקוגנטיות בנוקשות ובדווקנות גם אם מחירו אי עשיית צדק ואף גרימת עוול במקרים נתונים. עמדתי, בכל הכבוד, מתונה יותר.

8. קביעת "שער הכניסה" ותחימתו למקרים של חוסר תום לב מובהק היא אמצעי אחד, הצהרתי בעיקרו לגישתי כמפורט לעיל, לרכך את הנוקשות של עקרון הקוגנטיות. יישום זהיר ומושכל של פסיקת הפיצוי הממוני, תוך איזון נכון בין הערכים המוגנים העומדים בבסיס הטלת הפיצוי לבין שיקולי צדק והוגנות במקרה של סיווג שגוי, הוא אמצעי נוסף.

9. בהקשר של החיוב בפיצוי בלתי ממוני עקב הימנעות מהעסקה במתכונת של עובד – מעסיק, אבקש להתייחס להיבט מסוים שלא זכה לטעמי להדגשה הראויה. הנחת המוצא בה התמקדו חוות דעת נוספות הייתה כי כאשר אדם בוחר להיות מועסק כעצמאי, עומדים בבסיס בחירתו שיקולי תועלת כגון הטבות מס הנובעות ממתכונת ההתקשרות. נקודת מוצא זו אכן רווחת והיא עולה בקנה אחד עם בחירתו של המערער לוי. עם זאת, לעיתים הבחירה שלא להיות מועסק כעובד היא בחירה ששיקוליה שונים. "**עבודה עצמאית היא דרך של עובדים להשגת גמישות, שליטה ואוטונומיה**" (לילך לוריא **דיני עבודה ורווחה במאה העשרים ואחת** 216 (תשע"ד-2013)), היא משתלבת היטב עם תפיסת עולם המייחסת ערך שונה לאיזון הראוי בין עבודה לבין פנאי, למחויבות הפחותה שרואה הדור הצעיר ("דור ה – y" בכתיבה הסוציולוגית) למעסיק ולנכונות לדלג מעיסוקים וממקומות עבודה כ"**פרפרים בשדה התעסוקה**" (תמר אלמוג ועוז אלמוג **דור ה y – כאילו אין מחר** 133 (2016); להלן - **אלמוג**), כמו גם לרצון להיות מועסקים במספר מקומות עבודה ללא תחושת תלות במעסיק זה או אחר ואף להעדפות אישיות שלא תמיד משכיל הפרשן המשקיף עליהן מרום מעמדו ליתן להן הסבר רציונלי (לעניין ההעדפות הבין-דוריות ראו בין היתר: **Managing the new workforce: international perspectives on the millennial generation** edited by Eddy S. Ng, Sean T.

Lyons, Linda Schweitzer (2012); שי הרשקוביץ "**הדור הבא ישן בחדר הסמוך': פענוח סוציו תרבותי של דור ה – y**". משרד הכלכלה http://economy.gov.il/Research/Documents/X12801.pdf (2014); **אלמוג**).

10. חברתי, השופטת דוידוב-מוטולה, מציינת כי "ויתורו של עובד על מעמדו כ'עובד' או על זכויותיו הקוגנטיות מוקשה ברמה האישית". כמי שנכנס למעגל העבודה לפני עשרות בשנים, על רקע תפיסות עולם שרווחו בעשורים האחרונים של המאה הקודמת, אני נוטה להסכים עמה בקביעתה ככל שהיא רלוונטית לבחירה שאינה נובעת משיקולי תועלת (בחירת המערער לוי במתכונת ההעסקה היתה בעיני בחירה מושכלת ונכונה). עם זאת, גם אם אני סבור כי בחירתו של יחיד אינה הבחירה המיטבית, ואף בחירה שגויה, אין בידי לקבל את ההנחה לפיה כְּפִיה של מתכונת התקשרות על אדם – קל וחומר, אדם שבידיו כלים לערוך בחירה מושכלת - נדרשת "לצורך קידום חירות מהותית של העובד עצמו" והיא אף עולה בקנה אחד עם האוטונומיה של העובד. דומה בעיני כי גם לתפיסה הפטרנליסטית צריך שיהיו גבולות וגם אם הכתבה של דפוס מסוים בניגוד לרצונו של אדם מיטיבה עמו, לא ניתן לראות בה לתפיסתי את מימוש האוטונומיה של אותו אדם.

ודוקו: אינני חולק על הקביעה הנורמטיבית לפיה עקרון חופש החוזים והאוטונומיה של הצדדים להתקשרות בהסכם שבמהותו הוא הסכם עבודה נסוגים מפני הוראות משפט העבודה המגן ומפני עקרון הקוגנטיות (השוו: מנחם גולדברג "'חופש החוזים' והגבלתו בהסכם עבודה קיבוצי ובחוזה עבודה אישי" **המשפט ב** 177 (1994)), אך איני מסכים לקביעה כי בכפיית מתכונת התקשרות על אפו וחמתו של המועסק יש משום קידום חירותו המהותית והגשמת האוטונומיה שלו, אף אם המתכונת המוכתבת נבחרה על ידי מלומדים או בעלי מקצוע חכמים ומנוסים היודעים להתעלם מהטיות קוגנטיביות, ויש בה בראיה כוללת משום הגנה על המועסק היחיד ועל ציבור המועסקים בכללותו.

11. לא למותר לציין, בהקשר זה, כי לצד ההתערבות בחופש הבחירה לעיצוב מתכונת ההתקשרות עם המעסיק, מוקנה לעובד, בהיותו בגיר שהדין מכבד את האוטונומיה

שלו, חופש בחירה במגוון פעולות שהשלכתן דרמטית על איכות חייו, החל מבחירת בן או בת הזוג, רכישת דירת מגורים, נטילת משכנתא, צריכת מוצרי תרבות (לעיתים על חשבון צרכי מחיה שוטפים שעשויים להיות "נכונים" יותר לדעת משקיף מפוכח ומנוסה) וכיוצא באלה פעולות בהן מממש האדם את מהותו ואת האוטונומיה שלו. עם פעולות אלה נמנים בתחום יחסי העבודה ההסדרים בהם יבטח את עתידו הפנסיוני. הדין אמנם מחייב את המעסיק לערוך לעובד הסדר ביטוח פנסיוני וקובע את עלותו, אך לעובד מוקנה חופש בחירה מלא לעצב את ההסדר בגדרו של התקציב הפנסיוני המוכתב במסגרת יחסי העבודה, שהרי גם במערכת יחסי עבודה "**אין תחליף לאחריות אישית בסיסית**" (בג"ץ 6925/14 **פורום החוסכים לפנסיה בישראל נ' שר האוצר**, פסקה 2 (24.12.2017)) אף אם מחירה הוא ביצוע בחירה שגויה (השוו: ע"ע (ארצי) 7243-10-15 **לנדסברג – גל רוב יועצים בע"מ** (20.8.2018)), בו חרף פגיעה קשה בעובדת התובעת ניתן תוקף להוראת סעיף 20(א) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל)), התשס"ה-2005, המקנה חופש בחירה לעובד, ולא הוטלה אחריות על המעסיק).

12. תכליתה של הסקירה דלעיל והדגשת משקלה של האוטונומיה של העובד, היא להצביע אפוא על העובדה לפיה לעיתים מוכתבת מתכונת ההתקשרות על ידי העובד שלא מתוך שיקולי תועלת מובהקים אלא מתוך שיקולי העדפה אישית אשר יש לכבדם. במקרים מעין אלה אם יעבור העובד התובע את "שער הכניסה", יהיה מקום לוודא כי לא קופח בהיבט הממוני, אך לא יהיה מקום לטעמי, ככל שהוכח על ידי המעסיק כי העובד הוא שיזם את מתכונת ההתקשרות בין משיקולים תועלתיים ובין מהעדפות אישיות, לחייב את המעסיק בפיצוי לא ממוני.

הערה משלימה לעניין נטל השכנוע

13. הקביעה לפיה נטל השכנוע בשלב השני (שלב חישוב הזכויות) מוטל על המעסיק ולא על העובד התובע פיצוי לא ממוני, מתחייבת לטעמי מהקשיים הראייתיים להוכחת אומד דעתם של הצדדים בשלב ההתקשרות ולאחריה. בנסיבות בהן "מונע הנזק" הוא המעסיק, מהטעמים המפורטים בחוות דעתם של חברַי, ראוי כי נטל השכנוע

יוטל עליו. הטלת הנטל בנסיבות אלה, תקדם את הצדק בהיבט הקונקרטי של התביעה המונחת בפני בית הדין ותתמרץ את המעסיק לפעול לעריכת התקשרויות העולות בקנה אחד עם עקרון הקוגנטיות.

14. ביחס למבחנים השונים אציין, כחברַי, כי אין מדובר ברשימה סגורה וכי הזרקור יופנה לטעמי לשאלות מי הוא הגורם שיזם את ההתקשרות ומי הוא הגורם שהפיק תועלת (חומרית או אחרת כמפורט לעיל) ממתכונת ההתקשרות. בהקשר זה יהיה מקום לערוך מעין "מאזן תום לב". כמו כן יש ליתן לטעמי משקל רב - הן לעצם קביעת הפיצוי אך בעיקר בקביעת שיעורו - לשאלה האם ענייננו במעסיק שעובדיו נהנים מהגנה ארגונית ומזכויות הנובעות מכך כגון קביעות, הגבלה על פיטורים, מסלולי קידום וכיוצא באלה זכויות שאינן מתורגמות לשווי כספי נקוב. אוסיף ואציין כי אף לעניין זה לא תהיה לעצם קיומו של הסכם למתן שירותים, בעיקר בנסיבות בהן ההסכם הוכתב על ידי המעסיק, השפעה מכרעת על עצם חיוב המעסיק אם כי עשויה להיות לכך בנסיבות המתאימות השלכה על שיעורו.

הערעורים

15. **ע"ע 15868-04-18 (כותה)** - אני מסכים לקבלת הערעור. לגישתי, כפי שקבעה חברתי הנשיאה, ואני מסכים, שירותיו של כותה ניתנו במסגרת עסק משלו כך שלא התקיים בגינו הפן השלילי של מבחן ההשתלבות. למעלה מהנדרש אוסיף ואציין כי לגישתי כותה אף לא השתלב בעיריית רעננה, כך שלא חל בגינו גם הפן החיובי של מבחן ההשתלבות. מכל מקום, אוסיף ואעיר, כי בעצם מתן שירותים על ידי מועסק לעסק יש כדי להצביע על נחיצות השירותים לעסק, אך אין בהם בהכרח כדי להעיד כי חל הפן החיובי של מבחן ההשתלבות ויש לערוך בחינה פרטנית בהתאם למבחנים שפורטו בפסק דינה של הנשיאה. באופן דומה אעיר, כי התעלמות מעיסוקים נוספים של מועסק וקביעה כי יש להשקיף על שירותיו לעסק מסוים במנותק מכלל פעילותו הכלכלית, מייתרת הלכה ולמעשה את הפן השלילי של מבחן ההשתלבות.

16. **ע"ע 7338-10-17 (רבין)** – אני מסכים לקבלת ערעורו של המערער (להלן – **רבין**). נסיבות העסקתו של רבין הן חריגות. לא יכול היה להיות כל חולק כי בין רבין לבין המדינה שררו יחסי עבודה. רבין השתלב באופן מלא במדינה, ביצע תפקיד ניהולי בדרג ביניים, היה כפוף לעובדים וממונה על אחרים. לרבין לא היה כל עסק אחר ופרנסתו היתה במלואה על המדינה. המדינה מצדה היתה מודעת היטב למעמדו של רבין כ"עובד" לפי המבחנים המקובלים, אך משיקולים פנימיים שלה (בין אם נועדו לצמצם את מספר העובדים הזכאים להגנת דיני העבודה והמערכת הקיבוצית ובין משיקולי תקינה הנעקפת בדרך היצירתית של העסקת העובדים כקבלנים), בחרה שלא להעסיקו כ"עובד" והכתיבה לו מתכונת העסקה שאינה עולה בקנה אחד עם מעמדו ושיש בה כדי לפגוע בו. בתשלום תמורה גבוהה אין כדי "לקנות" את הזכויות המשמעותיות הנובעות במקרים רבים מהעסקה על ידי המדינה ובהן הזכות לקביעות, לקידום בשכר ולהשתתפות במכרזים. אכן, בנסיבות מסוימות העסקה שלא כעובד משרתת גם או רק את עניינו של המועסק (כך, למשל, מי שהעסקתו שלא כעובד מנעה ממנו להיפגע מכללי "הקופה הציבורית" והעסקה כאמור המאפשרת למועסק לעסוק בעיסוקים נוספים), אך בהינתן יחסי הכוחות בין המדינה לבין רבין, "נסיבותיו של מקרה זה חמורות ואף קיצוניות", כקביעת הנשיאה, בעטיין נפגע צד אחד בלבד של המשוואה (רבין), והן מצדיקות את הטלת פיצוי לא ממוני על המדינה.

17. **ע"ע 34665-10-17 (לוי)** – כמפורט בחוות דעתי לעיל לוי נהג בחוסר תום לב מובהק ודין תביעתו להידחות אף ללא בדיקה שמא היה זכאי לקבל תשלומים נוספים אילו הועסק כעובד. אף בעניינו של לוי, כבעניינו של רבין, צד אחד בלבד הוא אשר הכתיב את מתכונת ההעסקה שנתפרה למידותיו והוא שנהנה ממנה (לוי) ואילו הצד האחר (המעסיקה) לא נהנה ממנה והעדיף כי לוי יועסק כ"עובד". אוסיף ואדגיש, כי לטעמי צדק בית הדין האזורי עת השית על לוי הוצאות משפט בסכום משמעותי.

18. **<u>סוף דבר ותחילתו</u>** – אני מצטרף לפסק דינה המקיף והמשכנע של חברתי הנשיאה.

השופטת חני אופק-גנדלר

1. חברתי הנשיאה וירט-ליבנה פילסה בחוות דעתה המקיפה והמלומדת דרך חדשה לקביעת הסעד עת נקבע בדיעבד קיומם של יחסי עבודה. ככל חבריי מסכימה אני למתודה המוצעת בחוות דעתה של הנשיאה וכן מסכימה אני להערותיה של חברתי השופטת דוידוב-מוטולה בסוגיה זו. בשל אופייה החדשני של המתודה הרי שפיתוחה לא מוצה בפסק דין זה, אך עצם ההתלכדות סביב עקרונות אחידים בעלת ערך עצום לכל העוסקים במלאכה, באשר היא תורמת לקידום וודאות הדין ובהירותו.
2. ככל חבריי אף אני מסכימה לתוצאת הערעורים כאמור בחוות דעתה של חברתי הנשיאה וירט ליבנה, מבלי להידרש לכלל טעמיה, ובענין **לוי** אני מצטרפת לתוצאה מטעמיה של חברתי השופטת דוידוב-מוטולה.
3. בכל הנוגע להכפפת מעמד העובד או היכולת לתבוע זכויות מכוח מעמד זה לעקרון תום הלב מצטרפת אני לאמור בחוות דעתה המקיפה והמלומדת של חברתי השופטת דוידוב-מוטולה, אשר פרסה בסוגיה זו יריעה עיונית רחבה בדבר הסיכונים הטמונים בהכפפה זו, וכן להערותיהם של חבריי סגן הנשיאה איטח והשופטת גליקסמן. אציין כי עצם הכפפה זו עוררה בעיני קשיים עליהם הצבעתי בעבר במאמרי "זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב – הרהורים חוקתיים על משפט העבודה", **משפטים** ל"ז (2007), ובחלוף הזמן מאז דעתי בסוגיה זו לא השתנתה.
4. לצד אלה, אבקש להוסיף מספר הערות בנוגע לשני שלבי הניתוח, קרי שלב זיהוי יחסי עובד-מועסק (השלב הראשון) ושלב ההתחשבנות בהנחה וקיימים יחסי עובד-מעסיק (השלב השני), והיחס ביניהם.

אשר לשלב הראשון – זיהוי יחסי עובד-מעסיק

5. המונח "עובד", שהוא אבן היסוד בדיני העבודה, לא הוגדר בחקיקה. בחקיקת המגן נקבעו ההשלכות של הכרה בקיומם של יחסי עובד-מעסיק. זאת, באמצעות הקניית זכויות וקביעת שיעורן, באופן כופה שאינו מאפשר התנייה עליהן אלא לטובת

העובד. בהעדר הגדרה בחקיקה לתבנית "עובד" פיתחו בתי הדין לעבודה ביובל השנים שחלף מאז הקמתם מבחנים לזיהוי קיומם של יחסי עובד-מעסיק. סבורה אני כי המבחנים שהותוו בעשרות שנות פסיקתו של בית הדין לעבודה לזיהוי קיומם של יחסי עובד-מעסיק הינם ראויים וליחם לא נס. המבחן המעורב, שבמרכזו מבחן ההשתלבות, על הפן חיובי והפן השלילי – הינו מבחן ראוי לבחינת קיומם של יחסי עובד-מעסיק. במסגרת יישום הפן השלילי במבחן המעורב מסכימה אני שאין לשלול אפשרות מתן שירותים דרך עסק כל עוד דרך התנהלות זו אותנטית ולגיטימית, ואין לשלול באופן קטגורי אפשרות שכוח עבודתו של אדם יהא גלום בעסקו. כל מקרה צריך להיבחן בהתאם לנסיבותיו.

6. אופייה הכופה של חקיקת המגן והזכויות הקבועות בה (למעט התנייה לטובת העובד) יונקת לטעמי את חיותה מתפישה רעיונית בדבר קוגנטיות עצם היחס בין העובד למעסיק מקום בו המבחנים המהותיים מובילים למסקנה בדבר היווצרות תבנית זו. בין שלל הוראות חקיקת המגן הקובעות את ההוראות בדבר קוגנטיות הזכאות עובר קו לפיו עצם היחס בין העובד למעסיק הוא קוגנטי, וההוראות הקוגנטיות בחקיקה מבטאות תפישה רעיונית זו ונגזרות ממנה. משכך, לדידי, ככלל, כאשר המבחנים המהותיים מובילים למסקנה כי נוצרו יחסי עובד-מעסיק אזי הסכמת הצדדים אינה מעלה או מורידה. במילים אחרות, ובפרפרזה לדבריו של השופט המנוח חשין ז"ל, בשלב הראשון, בו נקבעת תבנית ההעסקה על פי דין ההסכמה היא קלה כנוצה וכבדה כנוצה. ההסכמה קלה כנוצה במובן זה שאם המבחנים המהותיים לקיומם של יחסי עבודה מכתיבים קיומם של יחסי עבודה לטעמי אזי לא יהיה בכוחה של ההסכמה (או בהתנערות ממנה) כדי לשלול קיומם או מימושם. כאמור, ההסכמה בד בבד כבדה כנוצה במובן זה שאם המבחנים המהותיים מובילים לכך שכפות המאזניים מעויינות, אזי די בנוצה במקרים המתאימים כדי להטות את הכף. משכך, במצבים אלה ההסכמה עשויה להטות את הכף לא מפאת כובד משקלה העצמי אלא מפאת כך שיישומם של המבחנים המהותיים הביא למסקנה כי המדובר במקרה גבול. במקרה גבול בלבד בו המאזניים מעויינות עשויה איפוא להינתן להסכמת הצדדים משמעות למשקל הנוצה, שכן "כולנו ידענו כי יש שקש אחד ישבור את גב הגמל" (מתוך פיסקה 11 לפסק דינו של השופט חשין ז"ל בדנ"פ 4342/97 **מדינת ישראל נ' סולימאן אל עביד**, נא(1) 736).

עם זאת, אבקש להדגיש שאין בעצם קיומם של פנים לכאן או לכאן כדי להביא לסיווג המקרה כגבולי. מטבע הדברים בחלק גדול מההליכים מסוג זה לא כל מבחני המשנה מובילים לאותה תוצאה, ולכן לא די בכך או בעצם קיומה של התלבטות כדי לסווג את המקרה כגבולי. לטעמי, נדרש כי לאחר שקילת הפנים לכאן ולכאן בראי המבחנים המהותיים תתגבש מסקנה כי כפות המאזניים הן מעויינות או מאוד קרובות לכך. כמו כן, אך מובן כי על בית הדין להשתכנע כי המדובר בהסכמה רצונית ואמיתית להבדיל מניצול של פערי הכוחות.

7. כיוון שלטעמי בעת יצירת יחסי העבודה הסכמת הצדדים קלה וכבדה כנוצה איני סבורה כי יש לייחס לה בדיעבד משקל מעבר לכך באמצעות עקרון תום הלב. הוספת מבחן חיצוני נוסף בשלב הראשון בדמוי חוסר תום לב בשל פרימת הסכמה – בין אם לצורך זיהוי קיומם של יחסי עבודה ובין אם כטענת מניעות – מעוררת בעיני בעייתיות רבה. זאת, הן במישור העיוני נוכח הרציונל המונח ביסוד אופיה הכופה של חקיקת המגן והן במישור המעשי נוכח הכרסום בוודאותה ובבהירות תחולתה של חקיקת המגן הכופה והאפקט המצנן העלול להתלוות לאובדן הבהירות. מעבר לכך, אני סבורה כי הוספת מבחן זה אינה הכרחית לשם מתן מענה לצורך לגיטימי בגמישות או לצורך עשיית צדק במקרה קונקרטי. אשר לגמישות הניהולית, הרי שלטעמי, התווית גבולות הגמישות הניהולית בראי תכליות משפט העבודה היא שאלה נורמטיבית. מבחן ההשתלבות על כפל פניו הוא כלי קיבול מתאים לעריכת האיזון בין האינטרסים בראי האתגרים שנוצרו עם חלוף העיתים. אזכיר כי הפן השלילי של המבחן המעורב כולל גם פן נורמטיבי בדבר היות תבנית מתן השירותים באמצעות עסק לא רק אותנטית אלא גם לגיטימית. משהאיזון יכול להיעשות במסגרת המבחן המעורב אין לטעמי צורך בהוספת מבחן חיצוני לו. אשר לעשיית הצדק במקרה הקונקרטי, הרי שיעד זה - כפי שארחיב בהמשך - ניתן להגשמה בשלב השני של ההתחשבנות, אף בצורה טובה יותר, שכן אז התוצאה אינה בהכרח בינארית (קיום/העדר יחסי עובד-מעסיק או מניעות ממימוש המעמד) אלא היא חלק מקשת רחבה של אפשרויות להושטת סעד (בראי רכיבי הפיצוי השונים ושיעורם).

8. אבקש לחדד כי הגיונם של דברים אלה יפה גם במצבים בהם ההעסקה בתבנית של נותן שירותים היתה רבת שנים. העסקה רבת שנים אינה יכולה להצדיק מתן תוקף

לתבנית ההעסקה המוסכמת כקבלן. נהפוך הוא, על פני הדברים, בעת יישום מבחן ההשתלבות חלוף זמן רב הוא נתון העשוי לשקול לצד התהוות יחסי עובד-מעסיק (אף אם מלכתחילה, בתלות בנסיבות העניין, ניתן היה להגיע למסקנה כי מדובר בקבלן), שכן יש בו ללמד לכאורה על השתלבות בעסקו של המעסיק ותלות בו. מסקנתי בדבר משמעות חלוף הזמן הינה לכאורית, ואינה נחרצת, שכן נדרשת בחינת מכלול נסיבות הענין הקונקרטיות, ואין בכוחו של נתון זה לייתר את בחינתן. עוד אוסיף כי כיוון שלדידי ממעוף הציפור העסקה רבת שנים היא נתון האמור להדליק אצל המעסיק "נורת אזהרה" בדבר האפשרות שבמרוצת הזמן התהוו יחסי עובד-מעסיק, יש לתת לצדדים תמריץ לערוך בחינה דינמית של תבנית ההעסקה. כפי שאציין בהמשך, מעסיק אשר נדלקה אצלו "נורת האזהרה" ובמהלך תקופת ההעסקה הציע לעובד בתום לב להיות מועסק כשכיר, ניתן לתת משקל לבחינה דינמית זו, ככל שנעשתה בתום לב, בעת קביעת הזכאות לפיצוי שאינו ממוני ושיעורו.

9. בדב"ע (ארצי) נה/145-3 **מדינת ישראל, משרד השיכון - יעקב בוכריס**, פד"ע לו 1 (1997), ציינה השופטת ברק כי "**יתכנו מקרים נדירים בהם עובד ויתר במודע ומתוך אינטרס מובהק שלו על זכויות קוגנטיות. מקרים כאלה עשויים להביא לכך שכאשר יבקש, עם ניתוק היחסים, להסתמך על היותו בסטטוס עובד או בבואו, עם ניתוק היחסים, לתבוע זכויות סוציאליות נוספות... בחוסר תום-לב משווע, יגבר חוסר תום-לבו של העובד על דרישת הקוגנטיות או הסטטוס, הנובעת ממנה. היה ניתן היה לראות בכך השתק הבטחה...**". כאמור לעיל בעבר הבעתי את הסתייגותי מתפישה זו, ומאז דעתי לא השתנתה. עוד אציין כי עד היום עמדה זו לא יושמה בפסיקה, אלא הובעו עמדות שונות לפיה תביעת זכויות קוגנטיות מכוח חקיקת המגן אינה יכולה לעלות כדי חוסר תום לב. כך למשל, ציין הנשיא (בדימוס) פליטמן בע"ע (ארצי) 3575-10-11 **ענת עמיר - חברת החדשות הישראלית בע"מ** (21.1.15) כי (ההדגשה שלי):

> "**<u>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.</u>**
> קוגנטיות היחס משמעה - נורמות משפט העבודה המגן שלא ניתן להתנות עליהן בהתקיים יחסי עובד ומעסיק.

> על פי עקרון תום הלב נקבעות נורמות ההתנהגות האובייקטיביות הראויות. נורמות ההתנהגות האובייקטיביות הראויות בהתקיים יחסי עובד ומעסיק הינן נורמות משפט העבודה המגן.
> **<u>אין כל סיבה שלא להחיל את משפט העבודה המגן בהתקיים יחס עובד ומעסיק. תביעת העובד לזכויותיו על פי משפט זה, או במילים אחרות, תביעתו ליישום הנורמות הקוגנטיות של תום לב המתייחסות ליחסי עובד ומעסיק, אינה יכולה בשום פנים ואופן להיחשב לחוסר תום לב מצידו</u>**.
> משאלה הם הדברים, שאלת חוסר תום לב בהקשר של תחולת משפט העבודה המגן כבמקרה שלפנינו, איננה קיימת למעשה כשאלה."

10. לכך אוסיף כי השאלה מתי בחירה רצונית של נפגע פורקת נתבע מחובותיו על פי דין או מהווה חסם למימוש זכויות מכוח דיני המניעות – מתעוררת בענפי משפט נוספים מהם ניתן לשאוב השראה. זאת, לא מפאת תחולתם הישירה אלא מפאת השאיפה לאחדותה של שיטת משפט באמצעות היקשים, ובפרט כאשר ההסדרים מעוגנים בחקיקה ראשית המלמדת על עמדת המחוקק הראשי בסוגיה. בדיני הנזיקין, בחירה רצונית של נפגע שקולה ל"הסתכנות מרצון". הסתכנות זו עשויה, בהתקיים התנאים שנקבעו בסעיף 5(א) לפקודת הנזיקין בדבר רצוניות ההסתכנות, להוות הגנה מוחלטת מפני אחריות בנזיקין. אולם, וזה העיקר, נקבע כי סייג אינו חל שעה שעסקינן בעוולה של הפרת חובה חקוקה. וכך נאמר בסעיף 5(ב) לפקודה (ההדגשה שלי):

> **"הסתכנות מרצון**
> 5.(א) **בתובענה שהוגשה על עוולה תהא הגנה שהתובע ידע והעריך, או יש להניח שידע והעריך, את מצב הדברים שגרמו לנזק וכי חשף עצמו או רכושו למצב זה מרצונו**.
> (ב) **<u>הוראות סעיף זה לא יחולו על תובענה שהוגשה על עוולה הנובעת מאי-מילוי חובה שהיתה מוטלת על הנתבע מכוח חיקוק</u>**.
> ...".

ביסוד הסייג הקבוע בסעיף 5(ב) לפקודה מונחת התפיסה כי אדם אינו יכול להרשות לזולתו להפר את החוק, ולכן הסכמת נפגע אינה פוטרת את הזולת ממילוי מצוות המחוקק. נציין כי בקודיפיקציה עוגנה הגנת ההסתכנות מרצון בסעיף 375 תוך

שהושמט הסייג הקבוע בסעיף 5(ב) לפקודה, כשבדברי ההסבר הוסברה השמטה זו כך (הצ"ח, 15.6.11, עמ' 854):

> **"סעיף 5(ב) לפקודת הנזיקין, הקובע סייג בדבר אי מילוי חובה המוטלת על נתבע מכוח חיקוק הושמט, מאחר שאם החיקוק אינו ניתן להתנאה, אזי אין תוקף להסכמת הניזוק ליטול על עצמו את הסיכון".**

מכאן כי בדיני הנזיקין בחירה רצונית של נפגע בדרך פעולה מסוימת כלפיו אינה פורקת את המזיק מאחריות על פי חיקוק ככל שלא עמד כפועל יוצא מכך בחובותיו על פי דין. בהיקש מכך, ולפי ההיגיון שאימץ המחוקק הראשי בדיני הנזיקין לשאר דיני החיובים, הסכמת המועסק או בחירתו להיות מועסק בתבנית העסקה של נותן שירותים אינה יכולה להוות הגנה מוחלטת של המעסיק מפני אופיים הכופה של דיני העבודה. זאת, בין אם ההגנה הנטענת היא בדרך של מתן תוקף ישיר להסכמה ובין אם בדרך של קביעה כי ההתנערות מההסכמה מהווה חוסר תום לב המביא לשלילת מעמד שהיה נוצר אלמלא כן או למניעת אפשרות מימוש הזכאות מכוח המעמד.

11. משכך, בשלב הראשון, את היווצרות המעמד יש לבחון לפי העקרונות שהותוו בפסיקה. לטעמי, אין מקום לשלול היווצרות מעמד העובד אם המבחנים מובילים למסקנה בדבר היווצרותו ואין לקבוע כי העובד מנוע מלממש את זכאותו מכוח המעמד בשל הסכמתו להיות מועסק בתבנית העסקה של קבלן עצמאי או משתתף חופשי.

<u>אשר לשלב השני – קביעת הסעדים</u>

12. כאמור, מסכימה אני למתודולוגיה המוצעת בחוות דעתה של חברתי הנשיאה וכן להערותיה של חברתי השופטת דוידוב-מוטולה, בדבר דרך פסיקת הפיצוי בשלב השני עת נקבע בדיעבד כי קיימים יחסי עובד-מעסיק וכי סיווג היחסים החוזי כיחסי נותן שירותים-מעסיק היה שגוי. אבקש לחדד כי מתודה זו אינה מתנגשת עם עקרון הקוגנטיות של חוקי המגן, ולכן לשיטתי בין השלב הראשון לשלב השני קיימים יחסי השלמה, ולא ניגודיות, ואלה טעמיי:

13. **פיצוי בגין הנזק הממוני** – פיצוי זה נובע מאי תשלום זכויות לפי הסדר כופה בו ככלל אין לבית הדין שיקול דעת באכיפתו (בדרך הפיצוי או שיעורו). משכך, מבחינה רעיונית העובד יהא זכאי, ככלל, למלוא הפיצוי הממוני על בסיס השכר השכירי שהוכח, כשנטל ההוכחה הוא על המעסיק. ביחס לסוג פיצוי זה תיערך התחשבנות בין התמורה הקבלנית שניתנה לבין עלותו הרעיונית של מעסיק בראי שכר שכירי חלופי שנקבע, כשלעובד ייפסק פיצוי רק אם קיים הפרש לטובתו בין השניים. מבחינה רעיונית התחשבנות זו מושתתת על ההנחה כי אלמלא הסיווג המוטעה היה משולם לעובד השכר השכירי בתוספת זכויות סוציאליות. ביחס לסוג פיצוי זה אין מקום לבחינת מאזן התרומות הסיבתיות בקביעת הסיווג השגוי, שכן הדין הכופה קבע לא רק את עקרון האחריות לתשלומן אלא גם את שיעורן. האיזון מושג בדרך של ההתחשבנות האמורה הנערכת באופן מלא ובכל מקרה.

14. **פיצוי בגין נזק שאינו ממוני** - פיצוי זה מסור לשיקול דעתו של בית הדין מבלי ששיעורו נקבע בדין כופה. פיצוי זה נועד להגשים במשולב תכלית תרופתית (פיצוי בגין אובדן ההנאה מהפן שאינו ממוני של זכויות העובד) ותכלית חברתית (שעניינה מתן תמריץ כלכלי למעסיק להימנע מסיווג שגוי או לעצום עיניים ביחס אליו), כשעל המעסיק הנטל לשכנע שאין מקום להושיטו. הפיצוי מגלם אגד רחב של שיקולים שיש להביאם בחשבון. מבלי למצות ולקבוע מסמרות, אציין כי לדידי מבין מכלול השיקולים הרלבנטיים יש לטעמי משקל מיוחד לשיקולים הבאים: סוג העיסוק של העובד וההקשר הענפי; משך תקופות ההעסקה והתייחסויות רלבנטיות במהלכה לתבנית ההעסקה ובמיוחד אם הוצע לעובד בתום לב לאורך השנים להיות מועסק כעובד, כשלענין זה יש לקחת בחשבון גם הצעות בתום לב על בסיס השכר השכירי של עובד חלופי בהתחשב במשך ההעסקה של התובע אצל המעסיק, ואין בעצם היות ההצעה על בסיס השכר השכירי כשלעצמה כדי ללמד על חוסר תום לב; גובה התמורה וגובה הדלתא שנותרה לאחר ההתחשבנות ברובד הפיצוי הממוני; גודל המעסיק והיקף ההפרות מסוג זה בו; וכן – וכחלק ממכלול שיקולים – את מאזן התרומה הסיבתית שהביאה לסיווג השגוי (בהנחה ותרומת העובד נעשתה מדעת ומרצון חופשי שיש לבוחנם בזהירות תוך רגישות לפערי הכוחות בין העובד למעסיק). יודגש, הגם שהפיצוי הבלתי ממוני נקבע כסכום אחד הרי שהוא נועד להגשים תכלית משולבת, ולכן לתרומתו הסיבתית של העובד לסיווג השגוי עשוי

להינתן משקל משתנה בראי כפל תכליותיו. לטעמי, בכל הנוגע למרכיב התרופתי ביחס לעובד הקונקרטי, תרומתו הסיבתית של המועסק לסיווג השגוי עשויה להשליך על המידה בה ראה באובדן ההנאה מהפן שאינו ממוני כ"נזק" הטעון פיצוי בראי תועלות אחרות שצמחו לו ממעמד זה. ואילו, בכל הנוגע לתכלית החברתית הרחבה, יש לשקול הושטתו גם במקרים בהם היתה לעובד תרומה סיבתית להעסקה בתבנית, כשלמאזן התרומות הסיבתיות יינתן בין יתר השיקולים משקל בקביעת שיעורו. כמו כן, אין לשלול מקרים בהם מכלול נסיבות הענין יצדיק הימנעות מפסיקת פיצוי זה, והתוצאה בענין לוי היא דוגמא לכך. בשל כך שביסוד הפיצוי הבלתי ממוני מונחת גם תכלית חברתית, יש לעשות שימוש באפשרות שלא להטילו בזהירות ובמשורה, על מנת שהתכלית החברתית תוגשם ולא תוחמץ, כשהנטל לשכנע בקיומן של נסיבות המצדיקות הימנעות זו הוא על המעסיק.

<u>אשר ליחס בין השלב הראשון לשני</u>

15. כאמור, לדידי, השלב השני מהווה אכסניה טובה יותר למתן משקל – בין היתר – לבחירתו הרצונית של המועסק, וזאת במיוחד בכל הנוגע לתביעה לפסיקת פיצוי שאינו ממוני. עמדתי זו מבוססת על מספר טעמים:

16. **<u>ראשית</u>**, ובכפוף לאמור לעיל ביחס לרכיבי הפיצוי השונים, הרי שבשלב השני ההתנגשות עם קוגנטיות היחס ואופייה הכופה של חקיקת המגן אינה קיימת ולמצער אינה חזיתית. אשר <u>לפיצוי הממוני</u> הרי שבהקשרו אופייה הכופה של חקיקת המגן מתממש במלואו, ואין בעריכת התחשבנות מלאה נוכח הנחת הטעות המשותפת משום כרסום באופייה הכופה של חקיקת המגן. <u>הפיצוי שאינו ממוני</u> ממילא מסור לשיקול דעת בית הדין, ולכן ההתחשבות בשיקול מאזן התרומה הסיבתית כחלק משיקול הדעת המסור לבית הדין אינה מתנגשת עם אופיה הכופה של חקיקת המגן. אוסיף ואציין כי התחשבות בשיקול זה במסגרת ברירת התרופה קיימת גם בדיני החיובים הנוספים. כך למשל, עמדתי לעיל על כך שבדיני הנזיקין טענת הסתכנות מרצון אינה מהווה הגנה מוחלטת מפני העוולה של הפרת חובה חקוקה, ואולם להיבט זה עשוי להינתן משקל כהגנה יחסית בקביעת שיעור הפיצוי במסגרת שיקולי הצדק הקבועים בסעיף 68 לפקודת הנזיקין.

17. **<u>שנית,</u>** אכן, קיימים מקרים בהם תפיסת הצדק במקרה הקונקרטי מצדיקה התייחסות גם לתרומתו הסיבתית של המועסק. לטעמי בדומה לענפי החיובים הנוספים, המיקום הגיאומטרי הראוי לתפיסת הצדק במקרה קונקרטי הוא בברירת התרופות בשלב השני. מיקום זה מבטיח בחינה כי העובד לא קופח בהיבט הסעד הממוני, שכן נערכת השוואת התמורה החוזית הכוללת לבין עלות המעסיק על פי שכר שכירי. בהיבט הסעד הבלתי ממוני עריכת הדיון בשלב השני – בו קיימת קשת רחבה של תוצאות כלכליות – מאפשרת התאמת הסעד לנסיבות הענין המיוחדות. במילים אחרות, בעוד שבשלב הראשון התוצאה של מתן משקל לשיקול זה היא בינארית (קיום מעמד כעובד או העדרו) הרי שבשלב השני - והדברים מכוונים לנזק שאינו ממוני - התוצאה אינה בהכרח בינארית, אלא יכולה להימצא על קשת רחבה של אפשרויות, ובכך אני רואה יתרון. בהקשר זה אציין כי בדיני החוזים אימצה הפסיקה את דוקטרינת האשם התורם (ראו ע"א 3912/90 **Eximin S.A**. **תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ**, פ"ד מז(4) 64, 81 (1993)), כשתוצאת החלתה היא חלוקת נטל הנשיאה בנזקי הנפגע בגין ההפרה בין שני הצדדים לחוזה. אימוצה של דוקטרינה זו איפשר דחיית עקרון האחריות הבינארית בדיני החוזים תוך שימת הדגש על "רצף של פתרונות הפרושים על פני ספקטרום רחב, שבקצהו האחד מוטלת על המפר אחריות מלאה ובקצהו האחר הוא משוחרר מכל אחריות" (אריאל פורת, "הגנת אשם תורם בדיני חוזים" (1997) בעמ' 61-62). תוצאה יחסית זו נמנתה עם מעלותיה של דוקטרינת האשם התורם בדיני חוזים, וכך נאמר שם:

> "ההנחה שבבסיסה של הגנת האשם התורם היא שזהויות ה'מפר' וה'נפגע' אינן תמיד כה חד-משמעיות, כי יש מקרי-ביניים שהתנהגויותיהם של שני הצדדים לחוזה ראויות בהם לגינוי משפטי, וכי שחרורו החלקי של המפר מאחריות יבטא גינוי זה בצורה ההולמת ביותר. הגנת האשם התורם כהגנה חלקית נועדה אם-כן למלא חלל הקיים בדיני התרופות, עקב דרך יישומו המיוחדת של עקרון תום-הלב בסיטואציות שהתנהגותו של הנפגע תורמת בהן לאי-קיום החוזה על-ידי המפר".

בע"א 3940/94 **שמואל רונן חברה לבנין בע"מ נ' ס.ע.ל.ר חברה לבנין בע"מ**, פ"ד נב(1) 210 (1998) עמדה השופטת ביניש על השיקולים המנחים ביישום הדוקטרינה בקשר לחלוקת הנזק תוך התייחסות לכך שייתכנו מקרים בהם "**יש מקום לבחון אם מטעמים של מדיניות משפטית ראוי להטיל על צד אחד לחוזה אחריות רבה יותר**". וכך נאמר:

> "נראה כי רצוי להימנע מלקבוע מבחנים קשיחים לחלוקת הנזק ובמקום זאת להיעזר בשורה של מבחני עזר וקריטריונים שיסייעו בחלוקה צודקת של הנזק בכל מקרה על פי נסיבותיו. בחלוקת הנזק יש להביא בחשבון את היחס בין חומרת ההפרות של הצדדים, ראוי להתחשב במידת האשם שדבק בפעולותיו של כל אחד מהם, ויש להשוות את התרומה הסיבתית של כל אחת מההפרות לנזק. במקרים מסוימים יש מקום להבחין בין המשקל שניתן לאינטרס ההסתמכות של הצדדים לבין זה הניתן לאינטרס הציפייה. במקרים אחרים יש מקום לבחון אם מטעמים של מדיניות משפטית ראוי להטיל על צד אחד לחוזה אחריות רבה יותר. שיקולים אלו ואחרים יובאו בחשבון כשהמטרה היא חלוקה צודקת של הנזק בהתחשב במאפייניו של המקרה הנדון."

וראו גם ע"ע (ארצי) 31202-04-10 **יצחק אבישר -א.ס. עירוני רמת גן מיסודם של בית"ר ומכבי רמת גן בע"מ**, פיסקה 38 (6.3.13).

השלב השני מותאם איפוא טוב יותר למתן תוצאות יחסיות וחלקיות, והתוצאה אינה חייבת להיות בינארית (אם כי היא עשויה להיות כזו במקרים מתאימים). זאת, כיוון ששיקול מאזן התרומה היחסית הוא חלק ממארג שיקולים, ולא עומד בגפו, וכיוון שתוצאת ההתחשבות בו יכולה להביא גם לתוצאה חלקית, שתתבטא בהתאם לנסיבות הענין בשיעור הפיצוי.

18. **<u>שלישית</u>**, השלב השני נותן מענה טוב לא רק לתכלית של עשיית צדק קונקרטי (נוכח קשת האפשרויות הגלומות בשלב זה) אלא גם ליעד של הגשמת תכליות משפט העבודה (נוכח האפשרות לפסוק סעד של פיצוי בגין נזק שאינו ממוני). סעד זה מהווה תמריץ לשקוד על סיווגה הנכון של תבנית ההעסקה מלכתחילה, והוא מצמצם את החשש לאפקט מצנן מפני הגשת תביעות ראויות.

19. כאמור לעיל, בפסק הדין הותוו עקרונות מתודה חדשה ומוסכמת לשלב השני של הבחינה. מטבע הדברים בשל אופייה החדשני של המתודה פיתוחה לא מוצה, ויש להניח שהוא ייערך ממקרה למקרה עקב בצד אגודל, כשבהיאסף מספר מספיק של מקרים ניתן יהא לגבש תמונה כוללת בדבר הדין הרצוי והעקרונות להכוונתו.

השופט אילן סופר

1. ראשית לכל, אני מצרף את דעתי לחוות דעתה המעמיקה והמלומדת של חברתי הנשיאה ורדה וירט-ליבנה על כל חלקיה.

עם זאת, מקריאת חוות הדעת של חברתי השופטת סיגל דוידוב מוטולה, עולה החשש כי פסק דינה של הנשיאה מהווה סטייה מעקרונות יסוד של משפט העבודה שעלולה לפגוע בוודאות המשפטית. על כך אבקש להרחיב.

חוות דעתי מתייחסת בעיקרה לפרק הראשון בלבד בהכרעתה של הנשיאה, שעניינו השלב המקדים של בחינת קיומם של יחסי עובד מעסיק. וכפי שכונה בחוות דעת זו עצם הכניסה לטרקלין. על החשש שמובע בחוות הדעת של השופטת דוידוב-מוטולה אשיב תחילה בשניים: הראשון, כפי שציין פרופ' ברק (כתוארו אז) בספרו שיקול דעת שיפוטי עמ' 403 (1987) "**אין להבטיח יציבות, ודאות, עקביות והמשכיות בלא להבטיח שינוי, עמידה על הקיים אינה מבטיחה יציבות**". אמירה זו משקפת את ההתאמה של עקרונות משפטיים לצרכים המשתנים של חברה. ומבחינה זו התקבעות במודלים ידועים ובטוחים תוך התעלמות משינויים אינם ערובה לעשיית צדק ולהבטחת ההמשכיות והוודאות המשפטית.

השני, לא מדובר בפריצת דרך או "מהפכה" כי אם בשימת דגשים והסטת משקל, על מנת שהיישום של המבחנים לא יהפוך להיות הרגל מתמול שלשום, באופן מכאני פורמליסטי, ללא שימת לב לפרטים ולתמונה הכוללת ותוך הפעלת גמישות מחשבתית המתבקשת משינויי העיתים.

יישום כזה שמכיר כמעט בכל קבלן עצמאי כעובד מתעלם מהמאפיינים הייחודיים של המעמד של קבלן עצמאי השונה מעובד שהרי בכל סוף משפט נמצא קבלן עצמאי המבקש לראות עצמו כעובד. מבחינה זו חשיבות החידוד, ההבהרה וההדגשה בחוות הדעת המעמיקה של הנשיאה באים בין השאר גם בתגובה

לעמימות ששררה ביחס למבחנים שהופעלו עד כה בתביעות להכרה בדיעבד של יחסי עובד מעסיק.

2. מקובלת עלי הקביעה כי בחינת תום הלב בשלב המקדמי לצורך קביעת מעמדו של אדם כעובד או כקבלן עצמאי יש בה כדי לקפח את מי שהמעמד נכפה עליו. אך עולם העבודה החדש אינו עוד הומוגני כפי שהיה ומכיל רק עובדים שמשאת נפשם היא עבודה במשרה מלאה חמישה ימים בשבוע. בעולם החדש עובדים עוברים מעבודה לעבודה, לעיתים הם מחליטים על הפסקות מיוזמתם, אזרחים מעל גיל הפרישה מצטרפים למעגל העבודה, יש יותר העסקה במשרות חלקיות, העסקת עובדים באמצעות קבלני כוח אדם, העסקת עובדים כקבלנים עצמאיים, עבודה מהבית ובכלל עבודה שנעשית ללא משרד פיזי, עבודה בשעות גמישות, מתן דגש לזמן עם המשפחה או זמן שמוקדש לתרבות הפנאי (ראו: לילך לוריא, דיני עבודה ורווחה במאה העשרים ואחת (2013) עמוד 51 וראו הדיון שם בגישת המעברים התעסוקתיים המשקפת את הדינמיקה בשוק העבודה המודרני). בכל אלו יש כדי ללמד על הבחירה החופשית שיש לכל אדם בעיצוב שגרת חייו.

3. לכן אין להתעלם מכך שהשינויים בשוק העבודה גרמו לכך שבענפים שלמים יחסי העבודה הם של מזמין – קבלן עצמאי וכמעט אין בהם שכירים. העסקה כזו גם מהווה פתרון נוח לעוסקים עצמם שהעיקרון של ביטחון תעסוקתי זר להם כמו גם קביעות ויציבות וראוי גם לכבד רצון שכזה. כפי שפורט בחוות דעתה של הנשיאה וירט ליבנה, העסקה כזו מאפשרת גיוון למי שבוחר בכך והשלמת הכנסה למי שזקוק או דרוש לכך. כלכלת החלטורה (The Gig Economy) מאפשרת להתפרנס משימוש בדירה בבעלות הקבלן (Airbnb) משימוש ברכב (Lyft, Uber), אופניים (Wolt). דברים אלו מקבלים משנה תוקף עת חלק מעיסוקים אלו עדיין שייכים למעגל יחסי העבודה המסורתיים לצד הפלטפורמות החדשות. דווקא משום כך, נכון לראות את אלו המבקשים לצאת מהמעגל ככאלו המבטאים רצון לגמישות תוך מימוש זכותם לחופש עיסוק. לא רק זו אף זו. דומה שהעיקרון של ביטחון תעסוקתי המוקנה לעובדים הועם מזוהרו כאשר מגפה עולמית שלחה עובדים רבים בסקטור הפרטי לחופשה ללא תשלום (חל"ת), שעה שבסקטור הציבורי

בארץ עובדים אולצו לממש ימי חופשה. חלקם של העובדים במגזר הפרטי אמנם קיבל דמי אבטלה כפי שחלק מהעצמאים קיבלו מענקים. אך כך או אחרת נראה שבחינת ההשלכות של המשבר התעסוקתי של השנה החולפת הינה מוקדמת כדי לקבוע שהן הדגישו את חשיבות מעמד העובד ועדיפותו, שעה שזכויותיו המשמעותיות ניטלו ממנו במיוחד במציאות חסרת וודאות בקשר לעתידו בתום החל"ת.

4. ועדין נותרת השאלה בעינה, האם הפתרון היחיד לכל העוסקים בתחומים אלו כמו גם בענפי התקשורת, המדיה לסוגיה, האמנות הבידור והפנאי, בהם קיימת ניידות גבוהה, הוא הכרה בהם כעובדים? התשובה לעניות דעתי אינה פשוטה ועל אף שאינה דרושה לחוות דעת זו, ראוי כי בשונה מחוקי המגן החלים על עובדים תקום רשת ביטחון סוציאלית לקבלנים עצמאים לסוגיהם. המצוקה האמיתית של הקבלנים העצמאים שנאלצים להיות חסרי הגנה משפטית וסוציאלית במציאות שבה חלקם בשוק העבודה הולך וגדל, מחייבת התוויית כללי משחקי חדשים המתאימים לצרכים הייחודיים של המשתתפים החדשים (כך לדוגמה החל מהשנה שחלפה הקבלנים העצמאיים בתחומי אמנויות הבמה זכאים לקבל דמי אבטלה בתנאים מסוימים). אך אין לעשות כן על ידי כפיה מאולצת של הכללים הישנים על שוק העבודה החלים על עובדים ואינם מתאימים עוד לחלוף העיתים. במצב כזה משפט העבודה שהוא פטרנליסטי מסיבות טובות ומוצדקות, מתנגש עם תבניות העסקה שהן אותנטיות, שבהן לגיוון וחוסר הקביעות, יש חשיבות ניכרת, לצד המשמעויות הנלוות לכך כמו העדר ביטחון תעסוקתי כמו גם חוסר הגנה ארגונית, שלהן יש חשיבות משנית בתבניות שכאלו. במצב דברים שכזה ספק אם הגישה הפטרנליסטית מתאימה לשחקנים החדשים בשוק העבודה, אלו שמכתיבים את התנאים מעמדה של כוח, ובעלי הון אנושי מבוקש.

5. בשלב זה אבקש להתייחס בקצרה לטיעון המרכזי של חברתי השופטת דוידוב-מוטולה לפיו השימוש בעיקרון תום הלב חותר תחת הקוגנטיות של סטטוס העובד. ראשית המדובר בסטטוס שלא מוסדר בחקיקה אלא הוא יציר הפסיקה ששאבה את ההשראה מחקיקת המגן. אבל לא בזכויות מכוח חוקי המגן אנו עוסקים כי אם במעמד.

שנית, גם עיקרון תום הלב הוא קוגנטי ולו באופן מסוייג. שהרי הצדדים אינה יכולים להסכים כי הם פטורים מחובת תום הלב (ד"נ 22/82 **בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ** פ"ד מג(1)441, 462 (1989); מאמרה של חברתי השופטת חני אופק גנדלר, זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב – הרהורים חוקתיים על משפט העבודה **משפטים** ל"ז 70,63 (2007)).

שלישית, הקוגנטיות של סטטוס העובד תמשיך להיות שמורה למי שהוא עובד אותנטי, אך אין מקום כי כלפי קבלן עצמאי שמבקש להיות עובד, ומתברר שאינו כך, לא תיבחן לגביו שאלת תום הלב.

רביעית, חוסר תום לב אינו בא לידי ביטוי בעצם הגשת התביעה, אלא בשל בחינת מאפיינים או התנהגות לאורך הקשר שבין הצדדים. לכן לטעמי הדגש אינו צריך להיות על מידת מובהקות חוסר תום הלב, אלא על עצם קיומו על יסוד צבר של ראיות כמפורט להלן.

6. על כן המשפט, ובכלל זה תחום דיני העבודה מחויב להתאים עצמו לשוק העבודה החדש. העולם של אתמול מונהג על ידי כללים שאין בהם מענה לשוק שחלקו מונע על ידי צרכים שונים ומתחדשים. לכן איני שותף לחשש לפיו יש בהוספת מבחן תום הלב משום השלכות רוחב, שכן דווקא הותרת המצב הנוכחי, בו המבחנים המסורתיים אינם נותנים מענה, הוא שמרחיב את היריעה שלא לצורך.

7. מבחינה זו מקובל עלי שהסטת הבחינה, צריכה להיות לשלב הראשון של עצם קיום המבחנים כבר ב"שער הכניסה" ולא לשלב השני של בחינת הזכויות הכספיות המגיעות. בשלב זה יש משקל מכריע גם לתום הלב של הצדדים. כפי שמעסיק נוהג בחוסר תום לב כלפי מי שהוא עובד, אבל כופה עליו כסות של קבלן עצמאי, כך יש לנהוג כלפי עובד הנוהג בחוסר תום לב, עת נהנה מפירותיה של צורת ההתקשרות במשך שנים רבות ותובע בסיומה את זכויותיו כעובד.

חברתי הנשיאה, עמדה על כך שרק חוסר תום לב מובהק מצדיק את שלילת המעמד כעובד מזה שהיה קבלן עצמאי. דעתי היא ששימת הדגש על מובהקות חוסר תום הלב אינה דרושה. חוסר תום לב הוא חוסר תום לב. אין צורך במאזניים

כדי לשקול את תום הלב במסגרת יחסי עבודה ומחוצה להם אלא במקרים בהם שני הצדדים נהגו בחוסר תום לב כפי שיפורט בהמשך.

8. כך יש לשאול בין היתר, ולא כרשימה סגורה, את השאלות הבאות, שלפיהן תוכרע השאלה האם בשל העדר תום לב לא יוכרו יחסי עובד מעסיק:

א. **האם בפנינו עובד הטעון הגנה** – לצורך כך ניתן לקחת בחשבון מספר פרמטרים:

אופי התפקיד, סוג המקצוע ובכירות התפקיד.

הערך הכלכלי של הסכם העבודה - האם התמורה הקבלנית שסוכמה בין הצדדים היא גבוהה מהתמורה כשכיר בתוספת הפרשות סוציאליות ושווי זכויות לא כלכליות. מצב שכזה יכול ללמד כי אין בפנינו עובד חלש הטעון הגנה.

התנהגות הצדדים בעת כריתת הסכם העבודה – האם הייתה התנהגות אופורטוניסטית של העובד. קרי, העובד דרש, מתוך מודעות להבדלים, התקשרות כעצמאי מתוך רצון להפיק טובת הנאה. האם ניתן להוכיח כי מדובר באינטרס מובהק של העובד? מי יזם את ההתקשרות כקבלן? מה המניעים? מכלול תניותיו של הסכם הקבלנות ונסיבות כריתתו – מה היה חלקם של העובד והמעסיק בקבלת ההחלטה על צורת ההתקשרות? האם העובד דחה הצעה של המעסיק להיות עובד?

התנהגות הצדדים במשך תקופת יחסי העבודה – בכלל זאת יינתן משקל להצהרה עקבית כלפי צדדים שלישיים ביחס למעמד (ראו דב"ע מח/3-137 **תמר אדר - פרסום מלניק בע"מ**, כ(1) 060 (1988) שם נקבע כי "כיצד הצדדים ראו את היחסים ביניהם או כיצד הגדירו אותם, אין חשיבות עת לדין עומד סיווגו של אדם כ'עובד' או כ'עצמאי'" (דב"ע שם/129- 3[11], בעמ' 260). אולם

הצגת צד את אותם יחסים בפני גורמים חיצוניים שונים, באופן עקבי, תשקול, יחד עם סממנים אחרים, ובמצטבר להם, בשאלה אם אכן היה הטוען "עובד" אם לאו").

ב. **האם ניתן להוכיח חוסר תום לב של מי מהצדדים** – בכלל זאת ניתן לבחון:

האם העובד היה במעמד של עצמאי לפני ההתקשרות ורצה להמשיך בכך?

האם ניתן להוכיח מודעות של העובד לזכויותיו ולנפקות הגדרת המעמד (ראו ע"ב (י-ם) 1801/01 **יואב קורן - מכללת אמונה** (01.12.2005)) שם נקבע כי "התובע ניסה להציג עצמו כמי שלא יודע מהן הזכויות להן זכאי "עובד" וניסיון זה להציג עצמו כ"בור" גמור בכל הקשור לזכויות עובדים, לא היה אמין בעינינו, בלשון המעטה, וזאת לאור הרקע התעסוקתי והניסיון הרב שצבר התובע במקומות עבודה קודמים. אין לבית הדין ספק שהתובע ידע מהן הזכויות הסוציאליות הבסיסיות להן זכאי "עובד" ובסופו של דבר, זה עולה גם מעדותו ... בנוסף, כמי שהיה במשך שנים רבות במעמד של "עובד" ואחר כך החליט להיות "עצמאי", אין ספק שהתובע ידע מהם ההבדלים בין "עובד" ל"עצמאי" ").

מצדו של המעסיק ניתן לבחון בין היתר עד כמה היה מודע להשלכות הסיווג כקבלן עצמאי ובמיוחד לאלו המשפטיות, האם עשה כן בהתאם לחוות דעת משפטית, האם נהג כך באופן עקבי כלפי כל נותני השירות מסוגו של התובע ועוד.

האם הייתה כפייה (ישירה או עקיפה) של אחד מהצדדים לבחור בדרך ההעסקה מסוימת בעת כריתת הסכם העבודה.

מה הייתה התנהגות הצדדים במהלך תקופת העבודה? האם במהלך תקופת העבודה חלו שינויים בכוח המיקוח או בתנאי העסקה.

יש לתת משקל למשך העסקה, ולשאלה האם במהלכה היו הצעות לשינוי המעמד על ידי מי מהצדדים. ככל שמשך ההעסקה, באופן שסוכם, הוא רב שנים, ולא ניתן להוכיח כי מי מהצדדים ביקש לשנות את מתכונת ההעסקה במהלך התקופה, יש לראות בכך הסכמה לכאורה של הצדדים לאופן ההתקשרות, כאשר יהיה צורך להתחשב ביכולת האמיתית של "נותן השירות"

לפנות לאחר תקופת מה ולבקש מהארגון את שינוי אופי ההעסקה מ"נותן שירות" ל"עובד", בכפוף לאופי התפקיד ובכירותו. דין יכולתו של מנהל בכיר בארגון לבקש שינוי שכזה אינו דומה לדין יכולתו של עובד זוטר של הארגון.

ג. **שאלת ההסכמה** – בכלל השיקולים יש לבחון גם את שאלת ההסכמה, שכמובן כשלעצמה אינה יכולה לשנות את מעמד העובד ככזה, אולם היא יכולה להצטרף לכלל השיקולים שישנם, ובפרט כאשר עסקינן בעובד שאינו טעון הגנה שהתברר בנוסף כחסר תום לב. הסכמה כפי שהובהר קודם לכן היא ביטוי לרצון חופשי שבנסיבות המתאימות יש לתת לו משקל. יצוין כי לעניין זה הסכמה לא רק מפורשת אלא גם במשתמע.

ד. **ויתור המועסק על זכויות קוגנטיות** – על מנת שניתן יהיה להכיר בוויתור על מעמד צריך שיתקיימו שני תנאים מקדמיים לכך: ראשית שהוויתור יהיה מדעת, דהיינו שלעובד תהיה ידיעה על זכויותיו בטרם יוכל לשקול אם לוותר עליהן (ראו: דב"ע לג/3-12 **איליה צ'יבוטרו - אטלקה אברהם**, פד"ע ד' 173, 177). שנית, שהוויתור יהיה מרצונו החופשי של העובד, ולא כתוצאה מיחסי כוחות לא מאוזנים שבינו לבין המעסיק (רות בן ישראל, דיני עבודה ב', עמ' 387). כל עוד מדובר בוויתור שהוא תוצאה של אינטרס המעסיק (הוזלת העבודה, גמישות ניהולית וכד') הרי שאין להכיר בכך. גם במצב דברים שבו מתווסף לכך אינטרס של העובד (כגון רצון לקבל תשלום גבוה יותר תוך ויתור על זכויות סוציאליות נלוות) הרי שנקודת המוצא תהיה שאין מקום להכיר בכך. אולם, שונים הם פני הדברים כאשר מתווספים למשוואה נתונים נוספים כגון: שמדובר ב'עובד חזק', המודע לזכויותיו, שמאינטרס מובהק שלו בחר להתקשר בצורה קבלנית, ודרישה בדיעבד שלו לזכויות מכוח חוקי המגן נגועה בחוסר תום לב. במצב כזה יינתן משקל לחוסר תום הלב אשר יגבר על הכרה במעמדו כעובד.

9. לכך יש להוסיף את המאפיינים שעמדה עליהם הנשיאה בחוות דעתה ובהם בחינת ההקשר התעשייתי ובכלל זה מתכונות העסקה מקובלות בענפים מסוימים; מיפוי

האינטרסים של הצדדים: נותן השירות שמעדיף זאת בשל היתרונות המיסויים, והגמישות התעסוקתית. המעסיק שמקטין הוצאות, עוקף מגבלת תקנים ועוד. ככל שהאינטרס משותף אין מקום לתת להסכמת 'העובד' משקל וגם בכך יש פן המבטא חוסר תום לב. בכל ההיבטים שפורטו להלן יש כדי להדגים עד כמה הותרת הבחינה רק למקרי קצה של חוסר תום לב מובהק, מחמיצה קשת מגוונת של מצבים שבהם לחוסר תום הלב ללא קשר למידתו יש השלכה על קביעת יחסי עובד מעסיק.

10. בהמשך לכך, מיפוי של המצבים השונים שיכולים להיווצר מלמד על קיומן של שלוש אפשרויות. במקום בו נקבע כי לצד קיומם של המבחנים המסורתיים העובד הוא תם לב, יתקיימו יחסי עובד מעסיק ללא קשר לתום הלב של המעסיק. כאשר הוא חסר תום לב מול מעסיק תם לב יקבע שלא התקיימו יחסי עובד מעסיק. כאשר שני הצדדים חסרי תום לב נדרשת בחינת מידתיות חוסר תום הלב. אם יקבע כי חוסר תום הלב של המעסיק היה מרובה יותר או שלא ניתן להכריע תיטה הכף לכיוון הכרה ביחסי עובד מעסיק. ואילו במקום בו ניתן יהיה לקבוע כי חוסר תום הלב של מי שטוען להיותו עובד, גדול יותר, תידחה התביעה להכרה ביחסי עבודה בין הצדדים.

11. על יסוד כך, יישום עיקרון תום הלב לצד המבחנים המסורתיים, בשלושת המקרים בערעורים שלפנינו מביא לתוצאה הבאה:

ע"ע 15868-04-18 גבריאל כותה - עיריית רעננה: לצד בחינתם של המבחנים המסורתיים על ידי הנשיאה וירט-ליבנה בחוות דעתה לפיה לא התקיים הפן השלילי, יש לתת משקל לקביעת בית הדין האזורי בעניין תום ליבו של מר כותה כאמור בסעיף 15 לפסק דינו:

> "**שביעית,** בתחילת ההתקשרות בין הצדדים עבד התובע כשכיר אצל הנתבעת. לאחר זמן קצר שונה מודל העסקת התובע. ביחד עם שינוי מודל העסקת התובע שונה גם שכרו ונקבע על סכום גבוה יותר מהסכום שהיה מקבל לו היה מוגדר כעובד שכיר מלכתחילה כפי

שיפורט בהרחבה להלן. התובע דיווח לרשויות המס על הכנסותיו כעצמאי, קיזז את הוצאותיו, שילם דמי ביטוח לאומי וכיו"ב.
התובע בעצמו העיד בפנינו כי במהלך 22 שנות עבודתו אצל הנתבעת ועד היום הוא עובד באופן קבוע בקאנטרי ההסתדרות בראשון לציון באותו האופן שבו הועסק אצל הנתבעת (עמ' 4 לפרוטוקול ש' 8-6). כאשר נשאל התובע האם הגיש תביעה נגד עיריית ראשון לציון, השיב התובע כי הוא לא מתכוון להגיש תביעה כל עוד הוא עובד שם, וכי טרם החליט מה לעשות בעניין (עמ' 4 לפרוטוקול ש' 16-9).
מה גם, שהתובע בעצמו העיד כי היה שכיר בעיריית גבעתיים בחלק מהתקופה הרלוונטית (עמ' 4 לפרוטוקול ש' 25-24). כן, העיד התובע כי הוא מודע להבדל בין עובד שכיר לעובד המועסק כ'קבלן עצמאי' (עמ' 5 לפרוטוקול ש' 11-2).
התנהלות התובע המתוארת לעיל, עולה כדי חוסר תום לב אך, אינה עולה כדי חוסר תום לב קיצוני השולל את הקביעה כי בין הצדדים התקיימו יחסי עובד מעסיק מה גם, שלא הוכח בפנינו כי ניתנה בידי התובע בחירה חופשית אמיתית בנוגע לאופן העסקתו" (ההדגשות אינן במקור).

הנה כי כן, על יסוד קביעותיו העובדתיות של בית הדין האזורי, נהג מר כותה בחוסר תום לב, כאשר טען כי הוא עובד שעה שמכלול המאפיינים שפורטו שם מלמדים אחרת ולכך יש להוסיף את מאפייני העיסוק כמו גם האופן בו פעל כלפי הגורמים השונים. לכן אין צורך בחוסר תום לב קיצוני כדי להגיע לתוצאה לפיה לא התקיימו יחסי עובד מעסיק בין הצדדים. זאת לצד המבחנים האחרים שהשימוש בעיקרון תום הלב מסייע בזיהוי נכון של האינטרסים האמיתיים של הצדדים.

ע"ע 7338-10-17 דן רבין - מדינת ישראל: אין חולק כי לא נקבע כממצא עובדתי כי מר רבין נהג בחוסר תום לב לצד קיומם של המבחנים המסורתיים. גם אין מקום לקבוע כי המדינה נהגה בחוסר תום לב מובהק, גם אם לא ניתן לראות

בהתנהגותה טעות בתום לב. משכך, תום הלב של מר רבין לצד הנסיבות הנוספות יחד עם תום הלב הגבולי של המדינה מביאים למסקנה מצטברת ונכונה לפיה התקיימו יחסי עובד מעסיק בין הצדדים. לכך אוסיף ובשונה מעמדת הנשיאה, כי לדידי הפיצוי שנפסק למר רבין הוא על הצד הגבוה של המשרעת, באשר לא מדובר במעסיק חסר תום לב ובוודאי לא חסר תום לב מובהק וניתן היה להסתפק בסכום נמוך יותר, אך לנוכח ראשוניות ההלכה והשיקולים שפורטו בחוות דעת הנשיאה, לא מצאתי מקום לחרוג מהנקבע שם.

ע"ע 34665-10-17 זאב לוי – זרעים גדרה בע"מ: משנקבע כי מר לוי נהג בחוסר תום לב קיצוני על ידי בית הדין האזורי, מקובלת עליי מסקנתה של הנשיאה אשר אימצה קביעות עובדתיות אלו וקבעה כי לא התקיימו יחסי עובד מעסיק בין הצדדים.

12. ובחזרה להתחלה. פסק דינה של הנשיאה אינו מערער את יסודות השיטה וגם לא משנה את סדרי עולם משפט העבודה. המבחנים לקיומם של יחסי עובד מעסיק בעינם עומדים וליחם לא נס. אך פסק הדין מבקש להיות מחובר לזמן ולמקום והמתחייב מכך לעניות דעתי הוא צמצום שער כניסה בפני מי שמבקשים להיחשב עובדים.

ואחרי כל הדברים הללו, ועל מנת שלא להרבות מחלוקות, בשים לב לאלו שכבר קיימות ובשל חשיבות הסוגיה העומדת לדיון, הנני מצרף את דעתי לחוות דעתה המקיפה של הנשיאה וירט ליבנה על כל חלקיה נימוקיה ומסקנותיה.

נציגת ציבור (עובדים) גברת יעל רון

קראתי בעיון את חוות הדעת המקיפות והמלומדות של הנשיאה ורדה וירט-ליבנה ושל השופטת סיגל דוידוב-מוטולה ואת עמדותיהם והערותיהם של שופטי המותב האחרים, ולהלן התייחסותי לשלושת הנושאים העיקריים אשר נדונו ונבחנו בהן:

<u>הוספת מבחן תום הלב למבחנים לזיהוי עובד מעסיק</u>

1. בעניין זה אני מצטרפת לעמדתה של השופטת דוידוב-מוטולה מטעמיה ומנימוקיה, עליהם אבקש להוסיף מספר מילים.

2. אקדים ואומר שמקובלת עלי העמדה העקרונית לפיה לא כל תביעה של עובד להכרה (בדיעבד) ביחסי עובד מעסיק צריכה להתקבל וכי לא כל מערכת יחסים שמקורה בעבודה הינה יחסי עובד–מעסיק. כמו כן, אני מוכנה אף להניח כי יתכנו מצבים נדירים בהם חוסר תום לב קיצוני ומובהק של מועסק יילקח בחשבון **במסגרת מכלול השיקולים והמבחנים** לבחינת יחסי עובד מעסיק בנסיבותיו המיוחדות של כל מצב נדיר, כדוגמא באמור בפסקה האחרונה בסעיף 55 לחוות דעתה של הנשיאה וירט-ליבנה, וכפי שיובהר בסעיף 13 סיפא להלן.

3. תכלית משפט העבודה באה לידי ביטוי בשמירת זכויותיו של האדם לכבוד ולחירות גם בהיותו עובד. בניגוד למשפט הכללי בו ניתן משקל רב לאוטונומיה של רצון הפרט, דוגל משפט העבודה מאז ומתמיד בגישה, שיש להתערב ברצון הפרט ולאיין את אפשרות העובד לוותר במסגרת העסקתו על זכויות המוגנות באמצעות חקיקת מגן קוגנטית, אף אם הוויתור נעשה בחוזה חתום, תוך הסכמתו המלאה ורצונו האישי והמלא של העובד.

4. הגדרת מעמדו של אדם עובד כדבר הקרוב ל"סטטוס" הושרש בפסיקת בתי הדין לעבודה במהלך השנים, וההלכה לפיה לא ניתן לוותר או להתנות על זכויות קוגנטיות של העובד על ידי הסכמה ו/או דרישה ו/או בקשה של אחד הצדדים לחוזה ההעסקה (או של שניהם), הצליחה להרתיע במהלך השנים לא מעט מעסיקים ועובדים מלהתקשר ביניהם בהסכמים אשר שוללים את מעמדו של העובד כעובד, זאת במקרים בהם מבחני הפסיקה נותנים תמונה יחסית ברורה, כי אכן מדובר ביחסי עובד מעסיק.

5. כלומר, העקרון המנחה להגשמת תכליתם של משפט העבודה ושל חוקי המגן הינו שעובד יסווג מלכתחילה כ"עובד" ולא כ"עצמאי" וייהנה במהלך כל תקופת

עבודתו מהזכויות להן הוא זכאי כעובד. זאת כמובן אם התפקיד אליו התמנה מקיים את מבחני הפסיקה.

6. אינני סבורה, כי הסכמה ו/או דרישה ו/או בקשה של עובד להתקשר עם מעסיק שלא במסגרת יחסי עובד - מעסיק, אלא כ"עצמאי" משיקולים כאלה או אחרים אשר היו נכונים לעובד במועד ההתקשרות, גם אם אינם נכונים עוד בחלוף הזמן בשל שינוי נסיבות, צריכה להיחשב בדיעבד כחוסר תום לב קיצוני ומובהק של עובד, כזה אשר עשוי להביא לשלילת זכויותיו הקוגנטיות, ובוודאי שאינה יכולה להיחשב כחוסר תום לב רק מצידו של העובד, כאשר המעסיק פטור לחלוטין מאחריות על ההסכם עליו חתם.

7. המעסיק שהוא בדרך כלל הצד החזק בהתקשרות (וכאשר מדובר בעובדים המיועדים לתפקידים בכירים - הוא לפחות שווה כוח לעובד), יודע או אמור לדעת מתי בקשתו או דרישתו של עובד להיות מועסק בצורת העסקה שאינה יחסי עובד מעסיק, אינה עולה בקנה אחד עם הוראות החוק והפסיקה. לפיכך, מעסיק שהסכים ביודעין להתקשר עם עובד בהסכם כאמור, שותף מלא לדעתי לאחריות שבחתימה על ההסכם ואינו יכול להיבנות מדחיית התביעה גם אם הוכיח חוסר תום לב קיצוני ומובהק מצידו של העובד. למעלה מכך – אני סבורה כי גם אם הצליח המעסיק להוכיח חוסר תום לב מצידו של העובד, הרי שספק בעיני אם חוסר תום לב קיצוני ומובהק זה, יכול ויגבר על התנהלותו ביודעין של המעסיק בניגוד להוראות החוק והפסיקה, עד כדי שלילת מעמדו של מועסק כ"עובד" וכפועל יוצא שלילת זכויותיו הקוגנטיות.

8. המושג "תום לב" לא הוגדר הגדרה פוזיטיבית וקונקרטית, לא בחוק ולא בפסיקה. בספרה "דיני חוזים" מתייחסת לכך גבריאלה שלו באמירתה כי: "תוכנו נקבע בדיעבד על פי המקרים בהם הופעל הלכה למעשה" (גבריאלה שלו ואפי צמח, **דיני חוזים**, מהדורה רביעית, הוצאת נבו 2019, בעמ' 75).

9. בענייננו, שאלת קיומם של יחסי עובד מעסיק בדיעבד קשורה בקשר ישיר ובלתי ניתן להפרדה עם חוקי המגן הקוגנטיים. קרי, ככל שנקבע כי מתקיימים מבחני הפסיקה בענייננו של עובד פלוני, הרי שקיימת החלה מיידית של ההוראות

הקוגנטיות על אותו עובד. המשמעות היא להבנתי, כי בהפעלת עיקרון תום הלב הלכה למעשה באותם מקרים נדירים כבר בשלב הראשון, קרי שלב המבחנים, עלולות לסגת אותן הוראות קוגנטיות בפני עיקרון תום הלב.

10. זאת ועוד. הפעלתו של עיקרון תום הלב אשר תלויה בעיקרה מהתרשמותו של בית הדין במקרה קונקרטי, לא תאפשר לעובד ולמעסיק פלונים בעתיד לצפות מראש כיצד ינהג בית הדין בדרך כלל ולכוון את התנהגותם בהתאם. בנוסף, מתן האפשרות במקרים מסוימים גם אם הם חריגים, לסטות מהוראות הדין הקוגנטי בשל עיקרון תום הלב, עלול להפוך לדעתי במשך הזמן כל דיון בשאלת הכרה ביחסי עובד מעסיק בדיעבד לדיון בשאלה מדוע לא יסטה בית הדין מן הדין.

11. לפיכך, אני סבורה, כי ככל שתביעה להכרה בדיעבד ביחסי עובד מעסיק תידחה כבר בשלב הראשון בשל חוסר תום לב קיצוני ומובהק מצידו של העובד, הרי שהמעסיק שלא פעל על פי הוראות החוק והפסיקה וחתם ביודעין ו/או בשתיקה ו/או בעצימת עין על הסכם שאינו אוטנטי וגם לא ביצע עקב כך את חובותיו על פי חוקי המגן במהלך כל תקופת ההעסקה, לא יורתע, לא יצטרך לשלם על התנהלותו זו דבר ואף יתכן שיהיה זכאי במקרים מסוימים להוצאות עקב דחיית תביעת העובד. מבחינה זו, מדובר במעסיק חוטא היוצא נשכר.

12. זאת ועוד, כאשר על המעסיק לא מוטלת שום אחריות למרות היותו שותף (אקטיבי או פסיבי) להתקשרות הבעייתית בניגוד להוראות החוק והפסיקה (גם אם מקורה ברצון העובד ו/או אפילו בדרישתו החד משמעית), אני סבורה שלא רק שהדבר לא יסייע במקרים דומים בעתיד להתקשרות אוטנטית בין עובדים למעסיקים, אלא שלהערכתי הדבר יקטין את המוטיבציה של מעסיקים להעסיק עובדים במסגרת יחסי עובד - מעסיק, כי ממילא הם לא יצטרכו לקחת אחריות ו"לשלם" על מחדליהם אם בעתיד תוגש תביעה. למעלה מכך, חוששני שמעסיקים ימצאו את הדרכים להחתים עובדים עוד לפני שלב ההתקשרות על מסמכי הצהרה שצורת ההתקשרות שלא במסגרת יחסי עובד מעסיק, נעשתה על פי דרישתו של העובד עצמו / בהתאם לרצונו וכו', מסמכי הצהרה שיסייעו למעסיק בעתיד להוכיח שהעובד הוא זה שפעל בחוסר תום לב קיצוני ומובהק.

13. אם כן, לטעמי הכנסת עיקרון תום הלב למערך השיקולים הרלוונטיים כבר בשלב המבחנים להכרה ביחסי עובד מעסיק, עד כדי פתיחת האפשרות לשלילת מעמדו של עובד כ"עובד" בשל כך, עלולה להביא לסטייה מהוראות הדין הקוגנטי, לאי ודאות משפטית במקרים עתידיים, ובחלוף הזמן גם להפיכת כל דיון בשאלת הכרה ביחסי עובד מעסיק בדיעבד לדיון בשאלה מדוע לא יסטה בית הדין מן הדין. יחד עם זאת, אני מוכנה להניח, כי יתכנו מצבים חריגים ונדירים בהם חוסר תום לב קיצוני ומובהק של מועסק, בנסיבותיו המיוחדות של אותו מקרה, עשוי להצדיק למנוע ממנו לקבל בדיעבד זכויות בהתבסס על מעמדו כעובד, כאמור באמרת האגב בעניין **בוכריס**, כאמור בסעיף 55 סיפא לחוות דעתה של הנשיאה וירט-ליבנה וכאמור בפסקה השנייה בסעיף 30 לחוות דעתה של השופטת סיגל דוידוב-מוטולה.

יודגש, כי החרגת אותם מקרים חריגים ונדירים מקובלת עלי על אף האמור בסעיפים 6-12 לעיל, ובלבד שלמעסיק לא הייתה כל אפשרות באותם מקרים למנוע מראש את התנהלותו בחוסר תום לב של המועסק והוא גם לא פעל בשום שלב בניגוד להוראות החוק ו/או הפסיקה.

<u>התחשבנות בדיעבד</u>

14. אני מצטרפת לחידוש שחידשה הנשיאה ביחס לדרך ההתחשבנות בעת ההכרה ביחסי עובד – מעסיק בדיעבד, ולהערותיהם של השופטת סיגל דוידוב-מוטולה וסגן הנשיאה השופט אילן איטח בעניין זה. אני סבורה, שהאפשרות למתן פיצוי שאינו ממוני תאפשר לאזן בשלב זה בצורה טובה יותר, בין היתר גם במקרים בהם הוכח כי העובד פעל בחוסר תום לב קיצוני ומובהק, בין התנהגותו זו של העובד לבין התנהלותו שלא בהתאם להוראות הדין והפסיקה של המעסיק, ובמקרים המתאימים למנוע מהעובד קבלת פיצוי כלשהו, על אף שהוכר על פי המבחנים הקיימים כעובד בדיעבד. אני מאמינה שלקביעת פיצוי לא ממוני לעובד, בין היתר בשל התנהלות המעסיק, או למניעת פיצוי כאמור מהעובד בשל התנהלותו חסרת תום הלב, יהיה אפקט הרתעתי משמעותי הן על המעסיק והן על העובד במקרים עתידיים.

תוצאות הערעורים

15. אני מסכימה לתוצאה המוצעת בחוות דעתה של הנשיאה וירט-ליבנה ביחס לכל אחד משלושת הערעורים. בכל הנוגע לעניין **כותה** ולעניין **לוי**, אני מצטרפת לטעמים ולנימוקים המופיעים בחוות דעתה של השופטת דוידוב-מוטולה.

נציג ציבור (מעסיקים) מר עצמון ליפשיץ

1. ראשית אני מצרף את תמיכתי המלאה לעמדתה של הנשיאה, כפי שפורטה בחוות דעתה ו"באחרית דבר", גם בהקשר של מועד ההכרעה בשאלת הסיווג (האם עסקינן בעובד או במועסק מסוג אחר), וגם לגבי תהליך חישוב הפיצוי לעובד (ככל שיתברר כי הוא זכאי לפיצוי בגין זכויות כדין), וגובה הפיצוי הכספי שיושת על המעסיק (ככל שיוכח כי הוא פעל שלא בתום לב בהליך הגדרת העובד כקבלן/עצמאי).

עם זאת, אני מבקש להוסיף מספר הערות, בהתייחס לחוות דעתה כאמור:

א. כפי שמצוין בתיאור התהליך ההיסטורי של התפתחות משפט העבודה לאורך השנים, הבסיס הנורמטיבי הקיים עד היום היה שלא להחיל את עקרונות דיני החוזים על דיני העבודה. הטיעון הנורמטיבי המרכזי היה ש"עבודה" אינה "מוצר" וכי יש להחיל על דיני העבודה, בכל הקשור למחויבויות הצדדים בעת כריתת החוזה, עקרונות שונים מאלו המקובלים בדיני החוזים.

בעבר, ניתן היה לקבל את ההבחנה לעיל, מאחר שבמשך שנים רבות רוב העובדים עסקו בעבודות להן לא נדרשה מומחיות רבה ויצרו מוצר אשר נתן היה לראות אותו, למדוד אותו, ובמקרים רבים אף לחוש אותו. במצב שכזה, ניתן היה לתמוך בהנחה שיש הבדל בין "עבודה" ל"מוצר".

אבל, וזה אבל גדול, במהלך השנים וככל ששוק העבודה דרש התמחויות ספציפיות המבוססות על ידע מורכב נרכש - רקע מקצועי יישומי רלבנטי אותו רכשו העובדים בלימודים, ו/או בעבודה, ו/או באופן עצמאי - חלק

משמעותי הולך וגדל מהתפקידים השונים בשוק העבודה הנוכחי (ובוודאי בשוק העבודה העתידי), הוא בעל אפיונים שונים לחלוטין, המבחינים אותו מסוגי התפקידים שהכרנו בעבר.

לתפקידים רבים בעולם תעשיות עתירות ידע, מדעים בתחומים שונים, מחקרים אקדמאיים, רפואה, כספים, טכנולוגיות רשתות חברתיות, שיווק מתקדם ותפקידים רבים נוספים, מגיעים עובדים אשר יכולים לבחור את אופן ומקום התעסוקה שלהם, עם עמדת מיקוח גבוהה מול מי שרוצה לשכור את שירותיהם. במקרים אלו (אשר כאמור התפוצה שלהם הולכת וגדלה ככל שהטכנולוגיות בתחומים השונים מתקדמות), ניתן להגדיר את התוצרים, אותם מוכנים המועסקים להציע, המבוססים בעיקר על ידע וניסיון אישי ואשר מהווים את ההתמחות המסוימת שלהם, כפי שהגדרנו אותם בעבר כ"מוצר".

המוצר של אז הוא התוצר של היום !!!

התוצר של אותם מועסקים הוא במקרים רבים קשה לכימות, לא מוחשי ולכן קשה להגדיר אותו באופן פיסי או כמותי. ומכאן שהזהות של התוצר בעולם העבודה העכשווי, ועוד יותר בעתיד, עם המושג הישן "מוצר", הינה בעייתית ואינה חד משמעית כלל ועיקר.

ולכן ניתן, לדעתי, להחיל את עקרון תום הלב בעת הליך כריתת החוזה, גם על מי שכותב/מתכנן/מחשב את התוצר של היום (וכאמור גם מחר) באשר הם בעלי יכולת להבין את משמעות ההחלטה שלהם בכל הקשור להעדפתם את אופן ההעסקה שלהם, תנאי ההעסקה וכיו"ב.

ולענייננו, כאשר מועסק מסוג זה מנסה לטעון בדיעבד כי יש להכיר בו כ"עובד", למרות שהוכח כי מלכתחילה הוא זה אשר דרש להיות מועסק כקבלן עצמאי/פרילנס, ולא כ"עובד" מטעמיו שלו, יש לדחות את תביעתו, **על פי חובת תום הלב**, ולא לבסס את הפסיקה על העיקרון הנורמטיבי, שאין מקום להטיל על העובד חובות הנגזרות על הצדדים על פי חוק החוזים.

ב. אני מסכים שיש עדיין מקום להחיל את הפטרנליזם הנובע מהקוגנטיות של חלק מחוקי העבודה על אותם עובדים הזקוקים להגנה מול מעסיקים כוחניים, העלולים לנצל לרעה את פערי הכוחות בינם לבין המועסק. עם

זאת, אני חולק על ההנחה כי פטרנליזם זה צריך לחול על כל התפקידים, בכל המקצועות ובכל מגזרי המשק. כפי שטענתי לעיל, ישנם מקרים שמספרם הולך וגדל עם השנים, אשר ניתן להעמיד את דרישת תום הלב, גם מצד המועסק, ולא רק מצד המעסיק. ככל שהמועסקים הם בעלי מיומנויות מקצועיות ו/או ניהוליות ו/או כלכליות גבוהות יותר, כך ניתן לדרוש מהם רמה גבוהה יותר של תום לב בהתנהלותם.

ג. אני מסכים עם האמור בעמדתם של השופט פוליאק (סעיף 9 לעמדתו) והשופט סופר (סעיף 2 לעמדתו) לגבי הטענה שלא רק שיקולים כלכליים הם שיכולים להנחות את המועסק בדרישה שלא ליצור יחסי עובד-מעסיק, אלא נימוקים נוספים: גמישות תעסוקתית, איזון חיי משפחה-עבודה וכדו', כפי שתופעה זו מתרחבת בעולם התעסוקה הנוכחי, ואף עשויה להתרחב בעולם העבודה העתידי. לכן, לא ניתן לנתח את תהליך הבחירה של המועסק רק על בסיס כלכלי גרידא, של השאת התקבולים הכספיים להם יהיה זכאי, אלא גם על שיקולים נוספים המנחים את המועסק באופן בו הוא רוצה לקשור את הקשר עם הארגון הכלכלי איתו הוא מתקשר.

2. כספים עודפים בידי העובד-

סעיף 75 בחוות דעתה של הנשיאה, אינו מתייחס למצב בו התברר בהליך המשפטי כי המועסק הוא זה שלמעשה דרש להיות מועסק כנותן שירות ולא כעובד, ועל פי החישוב ניתן להוכיח כי סך התקבולים שקיבל המועסק מהמעסיק היו גבוהים ממה שהמעסיק היה משלם לו על פי החישוב של השכר השכירי.

במקרה כזה אני מבקש לטעון כי על המועסק יהיה להחזיר למעסיק את הפער בין שני הסכומים.

לדעתי, העיקרון אשר צריך להנחות אותנו הוא, כי אותו כלל יחול גם על המעסיק וגם על המועסק. כך שאף צד לא ייהנה מכספים אשר אינם מגיעים לו בדין, ככל שהוכח כי מי מהם לא פעל על פי הדין ובחוסר תום לב.

אלמנט החזרת הכספים על ידי המועסק הוא "תג הסיכון" שלו, ולכן מומלץ שישקול מראש דרישה מהמעסיק למתכונת העסקה פיקטיבית ו/או לשקול היטב

האם יש מקום לתבוע בדיעבד את המעסיק, כאשר ברור שהבחירה בדרך ההעסקה המסוימת הזו הייתה של המועסק, ולא העדפה/דרישה של המעסיק.

3. **לעניין ההכרעות בתיקים שלפנינו-**

א. **התיק של מר כותה**- מצרף את הסכמתי לחוות דעתה של הנשיאה על נימוקיה והכרעתה.

ב. **התיק של מר רבין**- מצרף את הסכמתי לחוות דעתה של הנשיאה על נימוקיה והכרעתה.

ג. **התיק של מר לוי**- מצטרף לחוות דעתה של הנשיאה על נימוקיה, למעט האמירה שלא להשית על מר לוי הוצאות נוספות בגין הליך הערעור בבית הדין הארצי (סעיף 143 לחוות הדעת).

אני מבקש לטעון כי במקרה בו הוכח בעליל שהמועסק פעל שלא בתום לב מובהק בהגשת התביעה כנגד המעסיק, יש לפסוק כנגדו הוצאות גבוהות ביותר.
בדיוק כפי שאנו מעוניינים, ובצדק, להרתיע מעסיקים מהתנהלות לא הולמת כלפי עובדים, ולפיכך פוסקים במקרים המתאימים פיצויים ו/או הוצאות ברף הגבוה, יש לנהוג באותה אמת מידה גם לגבי מועסקים, אשר מתברר בתום ההליך שהם הגישו את התביעה, וניהלו את ההליך בחוסר תום לב מובהק.
המטרה שלנו צריכה להיות הרתעה ומניעה, ככל האפשר, של קיום הליכי ערעור לא מוצדקים, ומניעת ניצול לא מוצדק את העובדה כי דלתו הפתוחה של בית הדין לעבודה מאפשרת לכל אחד לטעון ו/או לערער בשלבי ההליך השונים. לכן, לאור הנימוקים להחלטה במקרה של מר לוי, אני חושב שצריך להגדיל את סך ההוצאות שנפסקו לחובת המועסק בתיק, ולפסוק שעליו לשלם הוצאות נוספות בסך של 15,000 ₪ בגין הוצאות ניהול הליך הערעור בבית הדין הארצי.

4. **וכהערת סיום-**

אני מבקש לטעון, כי יש לשנות בהגדרות החקיקתיות ובשימוש בשלבי ההליך המשפטי (כתב התביעה ואילך) את המושג "עובד" למושג "מועסק".
השימוש במלה "עובד" למעשה קובעת מראש סטטוס, עוד לפני שהוכח האם עסקינן ב"עובד", "עובד עצמאי", "פרילנס", "נותן שרות", "משתתף חופשי" וכיו"ב. השינוי המוצע אינו סמנטי כלל ועיקר, ומשקף נכונה, לדעתי, את עיקרי הנימוקים לחוות דעתה של הנשיאה, אשר כאמור אני תומך בעמדה זו. לסיכום נקודה זו אציין, כי כפי שנתקבלה בזמנו, עקב נסיבות הזמן והתפיסות החברתיות החלטה מוצדקת לשנות את המושג "מעביד" ל"מעסיק", מוצע לשנות כצעד משלים לפסק דין זה את המושג "עובד" למושג "מועסק".

סוף דבר

ע"ע 15868-04-18 (גבריאל כותה – עיריית רעננה) וע"ע 12372-04-18 (עיריית רעננה – גבריאל כותה) –

על דעת כלל חברי המותב, ערעורו של מר כותה נדחה במלואו, וערעור העירייה מתקבל בחלקו, לאור קביעתנו כי לא התקיימו יחסי עובד ומעסיק בין מר כותה לבין העירייה, אולם התביעה להשבה נדחתה.
בשים לב לכלל נסיבות העניין - אין צו להוצאות בערעור.

ע"ע 7338-10-17 (דן רבין – מדינת ישראל-משרד המשפטים) –

על דעת כלל חברי המותב על המדינה לשלם למר רבין פיצוי לא ממוני בסך של 120,000 ₪ וזאת בהתאם לעקרונות החדשים לדרך ההתחשבנות בעת הכרה

ע"ע 15868-04-18; ע"ע 12372-04-18
ע"ע 7338-10-17; ע"ע 34665-10-17

ביחסי עובד-מעסיק בדיעבד כפי שפורטו בסעיפים 73-63 וכן 125-122 לחוות דעתה של הנשיאה וירט-ליבנה ובסעיפים 27-12 וכן 46-44 לחוות דעתה של השופטת דוידוב-מוטולה. סכום זה ישולם תוך 30 יום מהיום.

בנוסף, המדינה תשא בהוצאות ההליכים בשתי הערכאות, בסך של 30,000 ₪.

<u>ע"ע 34665-10-17 זאב לוי – זרעים גדרה בע"מ</u>

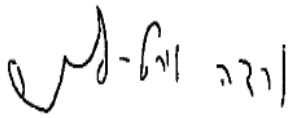
על דעת רוב חברי המותב: סגן הנשיאה אילן איטח, השופטת לאה גליקסמן, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, השופטת חני אופק-גנדלר ונציגת ציבור (עובדים) גב' יעל רון, יש לקבל את ערעורו של מר לוי בשאלת קיום יחסי עובד ומעסיק בנסיבות העסקתו. זאת כנגד דעתם החולקת של הנשיאה ורדה וירט-ליבנה, השופט רועי פוליאק, השופט אילן סופר ונציג ציבור (מעסיקים) מר עצמון ליפשיץ כי יש לדחות את הערעור ולקבוע כי לא התקיימו יחסי עובד ומעסיק בין מר לוי לבין המשיבה.

עם זאת, על דעת כלל חברי המותב תוצאת הערעור היא כי מר לוי אינו זכאי לזכויות ממוניות כלשהן, וגם לא לפיצוי לא-ממוני ולכן תביעותיו הכספיות נדחות.

אשר לפסיקת הוצאות – על דעת רוב חברי המותב ההוצאות שנפסקו לחובתו של מר לוי בבית הדין האזורי תיחשבנה כהוצאות בשתי הערכאות. נציג הציבור מר

עצמון ליפשיץ, בדעת יחיד, קבע כי על מר לוי לשלם הוצאות נוספות בסך של 15,000 ₪ בגין הוצאות ניהול הליך הערעור בבית הדין הארצי.

ניתן היום, כ"ה ניסן תשפ"א (07 אפריל 2021), בהעדר הצדדים וישלח אליהם.



ורדה וירט-ליבנה,
נשיאה, אב"ד



אילן איטח,
סגן נשיאה



לאה גליקסמן,
שופטת



סיגל דוידוב-מוטולה,
שופטת



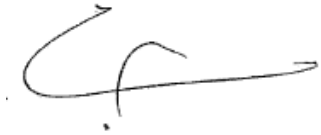
רועי פוליאק,
שופט



חני אופק גנדלר,
שופטת



אילן סופר,
שופט



גברת יעל רון,
נציגת ציבור (עובדים)



מר עצמון ליפשיץ,
נציג ציבור (מעסיקים)