

השבת סכומים – ענף הטלוויזיה

בבית הדין הארצי לעבודה

עע 515/07, 450/07

הנשיא סטיב אדלר, השופט עמירם רבינוביץ, השופט שמואל צור, נציג עובדים מר יצחק ברק, נציג מעבידים מר יצחק קאול

המערערים:

גלובוס גרופ בע"מ ואח'

המערערת בעע 450/07

המשיבה בעע 515/07

ע"י ב"כ עו"ד יונתן פסי,

עו"ד חיה ארמן, עו"ד אבי עדקי סלמן

המשיבים:

יואל מלכא

המשיב בעע 450/07

המערער בעע 515/07

ע"י ב"כ עו"ד עמית גורביץ, עו"ד ערן גולן

פסק דין

הנשיא סטיב אדלר

בין הצדדים הוכרו בדיעבד יחסי עובד-ומעביד, הגם שלאורך מספר שנים ביצע מר מלכא עבודה כקבלן עצמאי[1]. השאלה העיקרית המתעוררת בערעורים הללו נוגעת לתביעת המעסיק לביצוע קיזוז או אף השבה של סכומים ששולמו - לטענת המעסיק - "ביתר" ביחס למקובל במקום העבודה. הערעור מטעם החברות (ע"ע 450/07) הוא נגד הקביעה, כי הן מעסיקות במשותף וכי אין לבצע השבה וקיזוז. הערעור מטעם העובד (ע"ע 515/07) הוא בעניין דרך חישוב פיצויי הפיטורים ודמי הודעה מוקדמת. ההליכים הוגשו ונשמעו תחילה ביחס לשני עובדים. במהלך הדיונים בערעור, הוצע לבעלי הדין ליישב הסכסוך ביניהם בפשרה, וכך הסתיים ההליך ביחס לאחד העובדים. לפיכך, נוגע פסק דין זה למר מלכא בלבד.

תמצית העובדות הצריכות לעניינו

2. מר יואל מלכא (להלן גם - הצלם או העובד), ביצע עבודות כצלם באשכול החברות "גלובוס גרופ" (להלן גם - אשכול החברות או החברות). מר מלכא הועסק כצלם מחודש נובמבר 1996 ועד לדצמבר 2004.

אשכול החברות "גלובוס גרופ" כולל ארבעה גורמים עיקריים (שהופיעו כארבע נתבעות בתביעה המקורית לבית הדין האזורי): גלובוס גרופ בע"מ, ג.ג. אולפני ישראל ירושלים בע"מ, TV גלובוס וגלובוס חדשות בע"מ.

תחילה הועסק מר מלכא כעובד שכיר במשרה מלאה. פיטוריו נעשו ביוזמת החברות ולאחר מכן, סיפק שירותי צילום כעצמאי, בעיקר באזור תל אביב. משנת 2002 ואילך הצטמצם היקף העבודה באיזור תל אביב ומר מלכא פנה אל החברות, בבקשה לעבוד באולפנים בנווה אילן. או אז נדרש לחתום על הסכם המכונה "הסכם קבלן עצמאי (פרילאנס)" (להלן - הסכם הקבלן), ששניים מסעיפיו מובאים כאן כלשונם:

7" א. קבלן יחשב בכל הנוגע להסכם זה ובכל הנוגע ליחסים בין הצדדים קודם להסכם זה, כקבלן עצמאי ויחסיו עם המזמין לא יהיו יחסי עובד מעביד.

ב. היה ומסיבה כלשהי יקבע ע"י גורם מוסמך, לרבות על-ידי גוף שיפוטי, כי הקבלן הינו עובד ביחסי עם המזמין, אזי הקבלן מסכים בזה במפורש כי שכר העבודה שהיה מגיע לו כעובד שכיר של המזמין (הוא, ס.א.) של 65% מהתמורה (ללא מע"מ) שהשתלמה לו.

ג. אם יקבע, כי הקבלן הינו עובד ביחסי עם המזמין, יהיה הקבלן חייב להשיב למזמין את מלוא הסכום מים העודפים - בשיעור של 35% מהתמורה (ללא מע"מ) שנתקבלה על-ידו מתחילת מתן השירותים ועד לסיומם.

ד. מוסכם כי האמור בסעיפים לא', ב'7'-ו'ג' לעיל יחול ביחסים בין הצדדים הן קודם לחתימת הסכם זה והן לאחריה.

9" מוסכם ומובהר כי הסכמת המזמין לאמור בהסכם זה לרבות האמור בסעיף 4 [לעניין גובה התמורה, ס.א.] הינה על סמך וכנגד התחייבות הקבלן והצהרתו כי אין לו ולא יהיו לא תביעות כנגד המזמין הנובעות מקיום יחסי עובד ומעביד, המוכחש על-ידי המזמין מכל וכל, הן בכל הנוגע להתקשרות הצדדים קודם לחתימת הסכם זה ובין לאחריה. " במהלך שנת 2004 התמעטו ההזמנות שהופנו למר מלכא על ידי אשכול החברות והן דרשו ממנו לסכים להפחתה בתגמול שניתן לו, כתנאי להמשך ההתקשרות עמו. משלא הסכים לכך, חדל אשכול החברות לספק לו עבודה וקלט באולפנים צלמים אחרים, כשכירים.

פסק דינו של בית הדין האזורי

בפסק דינו קבע בית הדין האזורי כדלקמן:

(א) הצלם היה עובד ולא עצמאי - בית הדין האזורי קיבל את טענת הצלם, כי בין הצדדים שררו יחסי עובד ומעביד, והוא הועסק על ידי החברות המעסיקות במשותף. בית הדין האזורי התבסס על "המבחן המעורב", שמרכיבו העיקרי הוא "מבחן ההשתלבות", על הפן החיובי והפן השלילי שלו. על קביעה זו לא הוגש ערעור, אולם לשם הבנת המקרה אפרט בקצרה את נימוקי בית הדין האזורי ואלו הם: הצלם שולב בפעילות המרכזית של אשכול החברות וביצע עבור החברות עבודות צילום המהוות נדבך משמעותי בהליך הפקתו של "המוצר המוגמר"; הצלם שובץ לעבודה במסגרת תוכניות מרכזיות שהפיקו אשכול החברות; הצלם ביצע את עבודת הצילום בעצמו, לא הסתייע בעובדים מטעמו ועשה שימוש בציוד, באביזרים ובאולפנים השייכים לאשכול החברות; הוא עשה את עבודתו תחת הפיקוח של אנשי מקצוע מטעם החברות; אף שהצלם נרשם כעוסק מורשה והנפיק חשבוניות, הרי שהוא לא נשא בסיכונים רווח והפסד במסגרת ההתקשרות עם החברות; הצלם לא דאג - ואף לא נדרש לדאוג - למחליף במקרה של מחלה או היעדרות אחרת; הצלם הועסק אצל החברות תקופה ממושכת יחסית, ואף שנתן גם לגורמים אחרים שירותי צילום הרי שעיקר פרנסתו נשען על עיסוקו באשכול החברות; שיבוצו של הצלם לעבודה נקבע על ידי החברות, על פי שיקול דעתן הבלעדי. בנוסף, גם העובדה שלאחר הפסקת ההתקשרות עמו התקשרו החברות עם צלמים אחרים שהוכנסו לעבודה כעובדים שכירים לימדה על היות הצלם עובד.

(ב) הצלם זכאי לפיצויי פיטורים והודעה מוקדמת -

בית הדין קבע בפסיקתו, בהתבסס על הודאות העובד בתצהיר ובחקירה הנגדית, כי השכר החודשי שהיה משולם לו אילו היה שכיר היה 10,000 ש"ח למשרה מלאה. אשר להיקף "המשרה" של מר מלכא בתקופה שעבד כקבלן עצמאי נקבע על סמך רישומי השעות שהוגשו על ידי החברות, כי המשרה היתה חלקית בשיעור 65%. על כן, חייב בית הדין את החברות לשלם לעובד פיצויי פיטורים ודמי הודעה מוקדמת. פיצויי הפיטורים של מר מלכא חושבו על פי בסיס שכר של 6,500 ש"ח (65% היקף משרה) על פני 97 חודשים ובסך הכל 52,541 ש"ח. בנוסף, חושבה לעובד הזכאות לתשלום חלף הודעה מוקדמת בסך של 6,500 ש"ח.

בנוסף לסכומים אלה, הוכרעה על ידי בית הדין קמא המחלוקת לעניין פדיון ימי חופשה, דמי הבראה ודמי נסיעות (עניינים שביחס אליהם לא הוגש ערעור).

כאמור לעיל, אין ערעור של החברות בסוגיית פיצויי פיטורים ודמי הודעה מוקדמת. לעומת זאת, ערעור העובד נוגע לחישוב הסכומים.

(ג) נדחתה תביעת החברות להשבה -

בית הדין האזורי קבע, כי היה פער גדול של כ- 80% עד 90% אחוז בין השכר שהצלם היה מקבל לו עבד משרה מלאה כשכיר, לבין התשלום שהיה מקבל כעצמאי לו עבד במשרה מלאה על פי התעריף השעתי שקיבל בפועל. על אף הקביעה בדבר הפער האמור ולמרות תניית ההשבה בסעיף 7(ג) לחוזה העבודה האישי, דחה בית הדין האזורי את בקשת החברות להשבה, מהטעמים הבאים:

[1] החברות הן שדרשו מהעובד להתקשר עמן בהסכם קבלנות.

[2] "לא התמלא... התנאי הבסיסי הנדרש על-פי הפסיקה לצורך התגבשות הזכות והוא - 'תשלום שכר גבוה באופן ניכר מן השכר הראוי' וזאת, בשיעור שכזה המצדיק הכרה בזכות הנתבעות להשבה".

[3] אשר לשיעורו של השכר המצדיק הכרה בתניית השבה, אמר בית הדין האזורי:

"...לדעתנו שיעורו של ה'שכר הגבוה באופן ניכר מן השכר הראוי' לצורך הכרה בתוקפה של תניית השבה יש לבסס לא רק על השכר [ה]ראוי בצירוף עלות המעביד בגין זכויות סוציאליות אלא - על השכר הראוי בתוספת עלות המעביד בגין זכויות סוציאליות ובתוספת תשלום עונשי הרתעתו מידתי שיש להטיל על המעביד המתקשר עם 'עובד' ב'הסכם קבלן'".

[4] בעניין קביעת "התשלום העונשי" אמר בית הדין קמא:

"... שיעור זה אינו אמור להיות קבוע אלא תלוי נסיבות... כגון: האם נוהג המעביד הנ"ל כשיטה להחתים עובדים על 'הסכמי קבלנות' על אף שמדובר ביחסי עובד ומעביד, האם מדובר בענף עבודה בו רווחת נורמה פסולה של התקשרות ב'הסכמי קבלן' שאינם תואמים את צורת ההעסקה בפועל, האם ההתקשרות ב'הסכמי קבלן' פוגעת או נועדה לפגוע במקרה הקונקרטי במימושה של זכות ההתארגנות וביחסי העבודה המאורגנים ובאיזו מידה. מה... מידת תום הלב של העובד ובהקשר זה יש להביא בחשבון את זהותו של הגורם שדרש להתקשר בהסכם קבלנות את סיבותיו, את מכלול תניותיו של הסכם הקבלנות ואת נסיבות כריתתו".

הערעורים והכרעה בהם

ערעורו של מר מלכא - פיצויי פיטורים ודמי הודעה מוקדמת

4. טענתו של מר מלכא היתה, כי יש להגדיל את הסכומים שנפסקו לו, ובעיקר את פיצויי הפיטורים, שכן החישוב נעשה - בטעות - על בסיס חלקיות משרה.

נסביר את הטענה. בית הדין האזורי לקח את תחשיב ממוצע השכר, שהוגש על ידי העובד (להלן: התחשיב), וחישב את פיצויי הפיטורים המגיעים ואת סכום חלף ההודעה המוקדמת המגיע, על פי רישום שעות העבודה (שנקבע כ- 65% משרה), שהוגש על ידי החברות (להלן: הרישום). העובד, מצדו, לא הגיש רישום סותר של שעות העבודה. באופן כזה, פיצויי הפיטורים וגובה ההודעה המוקדמת חושבו לא ביחס למשרה מלאה, אלא ביחס למשרה חלקית, משום ששעות העבודה ברישום הצביעו על חלקיות משרה.

לטענתו של מר מלכא, החישוב שנעשה, כמפורט לעיל, בטעות יסודו. לטענתו, התחשיב הוגש על ידו על פי שכר ממוצע ב- 12 חודשי עבודתו האחרונים, בהתאם להוראות תקנה 9 לתקנות פיצויי פיטורים (חישוב הפיצויים והתפטרות שרואים אותה כפיטורים), התשכ"ד-1964 (להלן - תקנה 9).

משכך, לטענתו, מאחר שממילא התביעה הוגשה על פי תחשיב של ממוצע שכרו ב- 12 החודשים האחרונים ומאחר שבית הדין לא פסק כי נפלה טעות באופן חישוב השכר, היה על בית הדין לפסוק את מלוא הסכום הנתבע על פי התחשיב, ולא לערוך חשבון מחודש המפחית הפיצויים על פי היקף המשרה. מנימוקים דומים, טען מר מלכא גם כנגד דרך החישוב של גובה חלף ההודעה המוקדמת.

בתשובתו, הסתמכו החברות על החישוב שנערך על ידי בית הדין האזורי. טענותיו של מר מלכא נוגעות לשתי שאלות: השאלה האחת היא, מה הבסיס לחישוב פיצויי פיטורים והשאלה השנייה היא, מה שיעור המשרה לפיו יש לערוך חישוב זה. נדון בהן כסדרן. אשר לשאלה הראשונה, מר מלכא קיבל פיצויי פיטורים משום שהוכר בדיעבד כעובד ועל כן שכרו לצורך חישוב הפיצויים הוא השכר שהיה מקבל לו הועסק כעובד שכיר במשרה מלאה. על סמך מכלול הראיות קבע בית הדין האזורי כי שכר זה הינו כ- 10,000 ₪ לחודש. לא מצאנו טעם להתערב בקביעה עובדתית זאת ולא מצאנו טעות בחישוב שערך בית הדין האזורי בהתבסס על שכר זה.

אשר לשאלה השנייה, שיעור פיצויי פיטורים נקבע על פי חלקיות המשרה. אולם, מר מלכא עבד כעצמאי ועל כן לא הוגדרה בעבור עבודתו חלקיות משרה. הוא עבד כאשר החברות הזמינו אותו והיזקקות לשירותיו. מכאן, כי היה על בית הדין האזורי להעריך את שיעור המשרה לצורך חישוב פיצויי פיטורים. הערכת שיעור המשרה נעשתה על פי מספר שעות העבודה בפועל כפי שדווחו ברישום החברות. כאמור, העובד לא הגיש רישום סותר. אכן, ייתכן כי לו החברות היו מעסיקות את מר מלכא כעובד שכיר הוא היה מועסק במשרה מלאה. אולם, החישוב של בית הדין האזורי נעשה על פי עבודתו בפועל כפי שהשתקף ברישום השעות והערכה של מכלול הראיות ואין מקום להתערב בשיקול דעתו בנושא זה. על כן, גם בעניין זה אין מקום לקבל את ערעורו של מר מלכא.

משכך, החישוב של פיצויי פיטורים ודמי הודעה מוקדמת לא היה שגוי ואנו דוחים את ערעורו מר מלכא בנושא שיעור פיצויי הפיטורים וגובה חלף ההודעה המוקדמת.

ערעור החברות - העסקה במשותף

החברות ערערו על הקביעה, כי הן מעסיקות במשותף וכן על הקביעה כי אין לבצע השבה וקיזוז. אשר לקביעה הראשונה, בית הדין האזורי דחה את טענת ההגנה של החברות, כי כל אחת מהן היתה מעסיקה נפרדת. קביעה זו נסמכה על התרשמותו של בית הדין, כי ההקפדה היתרה שהקפידו החברות על האבחנה ביניהן בהליכי המשפט, לרבות בכתבי טענותיהן, לא ביטאה את המציאות ששררה במהלך תקופת ההתקשרות עם מר מלכא. ארבע החברות פעלו באותו מתחם בנוה אילן, הצילומים עבדו נעשו לא פעם באותו אולפן, העובדים באולפנים השונים נוידו ביניהן לא פעם ללא אבחנה בין זהות החברות והשיבוץ לעבודה בכל ארבע החברות נעשה על ידי גורם אחד - היא גברת מיכל טקו-גור. מטעמים אלה, אין מקום להתערב במסקנת בית הדין האזורי, כי החברות היו אשכול חברות ומעסיקות במשותף של הצלם. המסקנה האמורה נסמכת על קביעות עובדתיות שככלל אין בית הדין שלערעור מתערב בהן, ובנסיבות אלה גם לא מצאנו להתערב במסקנה שהוסקה מהקב' עות העובדתיות.

ערעור החברות - השבה או קיזוז

אשר לשאלת ההשבה או הקיזוז: בפסק דין אייזיק[2] ובפסק דין טויטון[3], נקבע הכלל, כי אין לבצע השבה, למעט במקרים חריגים, כאשר התשלום ששולם בפועל היה גבוה באופן ניכר מזה שמבצע העבודה היה מקבל כעובד ובנוסף:

(א) הוסכם בין הצדדים, כי אם יוכר מבצע העבודה בדיעבד כ'עובד' תיעשה השבה ("סעיף גידרון");

או:

(ב) העובד הוא שדרש שמעמדו יהיה כשל עצמאי.

יתרה מזו, על בית הדין לשקול את מכלול השיקולים וכן לוודא, כי התוצאה אינה פגיעה בזכויות העובד[4]. על הילכת אייזיק וטויטו חזר בית הדין גם בפסק דין קיולק[5].

לעומת זאת, בפסק דין יפהר [6], נקבע על ידי השופט צור ושני נציגי ציבור, נגד הדעה החולקת של השופט רבינוביץ ושלי, כי ככלל ולמעט במקרים חריגים יש לבצע השבה בכל מקרה שהעובד הוגדר כ"עצמאי" במהלך עבודתו בפועל ורק לאחר סיום עבודתו הוצהר שהיה "עובד". עוד נקבע, כי ככל שהסכום שהשתכר העובד כ"עצמאי" עולה על הסכום שהיה משתכר כ"עובד", על העובד להחזיר את העודף למעסיק. זאת מכוח סעיף 21 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן - סעיף 21 לחוק החוזים (חלק כללי)). לדברי השופט צור, בשונה מהאמור בפסק דין אייזיק, לא ניתן ליישם שיקולים של מדיניות שיפוטית הנוגדים את עיקרון ההשבה החל גם על חוזה עבודה. לשיטתו, לא ניתן, משיקולים של מדיניות שיפוטית, לצמצם את הדין המהותי ולקבוע שהוא יחול רק במקרים חריגים אלה ואחרים.

עמדתי בנושא זה שונה מעמדתו של חברי השופט צור ואין אני מוצא לשנות ממנה. לדידי, יש להמשיך וליישם את הילכות אייזיק וטויטו, על הכלל והחריגים שנקבעו בהן. אך לאחרונה, ניתן חיזוק משמ, עותי לעמדתו בפסק דין טיברמן, אשר שונה מהילכת יפהר. וכך נאמר שם מפי, בדעת רוב:

"על פי [העמדה האחרת, ס.א.], עובד המגיש תביעה לתשלום זכויות מכוח חוקי עבודה המגן חשוך לסיכון שבסופו של דבר יהיה עליו לשלם למעסיקו סכומים שנטען כי קיבל ביתר. לדעתי, אין "לה עניש" עובד התובע את זכויותיו כעובד. האפשרות, כי תתאשר דרישה להשבה של סכומים מעבר לאלה שנפסקו במסגרת התביעה להכרה ביחסי עובד-מעביד עלולה להרתיע עובדים מהגשת תביעות כאמור ולרפות את ידיהם. סיכון כזה עומד בניגוד לעקרונות יסוד של משפט העבודה ולפסיקתו של בית דין זה... ואף זו, [העמדה האחרת, ס.א.] עלולה להביא לתוצאה בלתי סבירה, לפיה מעסיקים יתבעו להכיר בדיעבד ביחסי עובד-מעביד כנגד עובדיהם אותם העסיקו משך שנים כ'קבלנים', על מנת לקבל מהם, בדיעבד ולאחר שנים ארוכות, החזר כספי בדמותה של השבה. זאת, כאשר כל אותן שנים הפסידו העובדים זכויות בעין להן הם זכאים מכוח חוקי המגן, כגון הזכות לחופשה בתשלום ועוד, שערכן אינו רק כלכלי ושממילא לא ראה המחוקק אפשרות להמירן בתמורת כסף. סבור אני, כי תוצאה זו היא בעייתית ביותר, במסגרת עקרונות היסוד של משפט העבודה" [7].

נוסף לנימוקים הללו, יש לציין את שאמרתי בפסק הדין יפהר: "לדידי, אין זה ראוי, מבחינת המדיניות השיפוטית, ליישם את החוק כלשונו מבלי לתת את הדעת להקשר התעשייתי, ולהשלכות הדבר בקביעת נורמות במקומות עבודה... המדיניות הראויה, כפי שנקבעה בפסיקה... מחייבת איזון בין הכלל של אי-השבה לבין המקרים המצדיקים השבה" [8].

איזון זה מוצא את ביטויו גם בפסק דין אייזיק. ככלל, יש למנוע מקרים בהם מעסיק כופה על עובד לעבוד בתור "עצמאי". כוח עבודתו של אדם אינו מצרך ולפיכך התייחסות לחוזה עבודה או ל"חוזה שירות" מצדיקה ולמעשה מחייבת הכנסת שיקולים ייחודיים.

ועוד, עובד אינו יכול לוותר על הזכויות הקוגנטיות שנקבעו במשפט העבודה המגן, לרבות על עצם מעמדו כעובד והזכויות הנובעות מכך.

זאת ועוד, יש לבחון את הוראות סעיף 21 לחוק החוזים (חלק כללי) גם ביחס להוראות הכלולות בדיני עשיית עושר ולא במשפט. בענייננו, ניתן להחיל על חובת ההשבה שנקבעה בסעיף 21 הנ"ל את הוראת סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, המקנה לבית המשפט סמכות לפטור מהשבה בנסיבות שיש בהן כדי להצדיק זאת [9]. לבית המשפט שיקול דעת רחב להפעלת סמכותו, בכפוף לבחינה קונקרטית של נסיבות המקרה [10]. ההלכה היא, כי ניתן להתחשב בשיקולים שעניינם טיב היחסים בין הצדדים, מעמדם היחסי, חלוקת הסיכונים ביניהם וטיב הפעילות שבגינה זכה הזוכה ברווח [11]. "תכלית הוראת סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט היא להביא לתוצאה צודקת ביחסים בין הצדדים, מתוך מבט חברתי רחב וכולל. מושג 'הצדק' בהוראה זו הוא בבחינת 'רקמה פתוחה' המתמלאת בתוכן ממשי ממקרה למקרה" [12].

בכל הנוגע למשפט העבודה, יש ליתן הדעת, בנוסף לשיקולים אלה, לכך שעצם הפער המובנה בכוח המיקוח בין עובד למעסיק עלול לאפשר למעסיק להכתיב את תנאי החוזה תוך הוצאת המועסק מתחולת דיני העבודה באופן שחותר תחת תכליתם. במסגרת זו, תינתן הדעת גם להשלכות של מצב דברים בו הפעיל מעסיק לחץ על עובד לעבוד במעמד של "קבלן עצמאי".

יש לזכור, בהקשר זה, כי עובד המועסק כ"עצמאי" לכאורה, מפסיד משך כל אותן שנים זכויות בעין להן היה זכאי מכוח חוקי עבודה המגן, שערכן אינו רק כלכלי ושממילא לא ראה המחוקק אפשרות להמירן בתמורת כסף[13]. בכך, הוא מפסיד תחושה של יציבות בעבודה משהמעסיק בפועל לא חש מחויבות לספק לו עבודה, אלא על פי צרכים מזדמנים. בכך, יש כדי לחזק את המסקנה, כי - ככלל - אין לקבל תביעת ההשבה או טענת הקיזוז, למעט במקרים חריגים.

כפי שעקרון האוטונומיה של הפרט מקבל לבוש מיוחד במשפט העבודה, כך סעיף 21 לחוק החוזים (חלק כללי) אינו עומד לבדו ויש ליישמו תוך התחשבות בעקרונות משפט העבודה, כך גם בכל הנוגע להשבה ולקיזוז[14]. משהגענו עד לכאן נבחן את עניינו של מר מלכא לגופו:

פער הסכומים, השוואת הסכום שקיבל מר מלכא כעצמאי לבין הסכום שהיה מקבל כשכיר

9. [א] כאמור, תנאי לביצוע השבה הוא, כי הפער בין התשלום ששולם בפועל לזה שהצולם היה מקבל לו הוכר מראש כעובד הוא גבוה באופן ניכר. בדרך כלל, עלות ההעסקה למעביד גבוהה ב-50% ויותר מהשכר שהעובד מקבל. לפיכך, לדעתי, ככלל, יש מקום לבחון דרישה להשבה אם וככל שהתשלומים למי שהוכר בדיעבד כעובד שווים ל-150% או יותר מהשכר שהיה מקבל כעובד[15].

[ב] השכר כשכיר - על מנת להכריע בתביעת השבה או בטענת קיזוז יש לקבוע את הסכום שמר מלכא היה משתכר לו עבד כשכיר ולהשוותו לסכום שקיבל בפועל כ"עצמאי". כאמור לעיל, בית הדין האזורי קבע, כי השכר שמר מלכא היה מקבל כעובד שכיר במשרה מלאה היה 10,000 ש"ח. זאת, בהתייחס למעמד, לתפקיד, לוותק, ולמקצועיות הצלם. כפי שנקבע לעיל, לא מצאנו מקום להתערב בקביעה עובדתית זאת.

[ג] השכר שקיבל בפועל - בפועל, התשלום הממוצע שקיבל מר מלכא בשנת 2004 (שנת עבודתו האחרונה) עמד על 12,332 ש"ח לחודש. המחלוקת בין הצדדים נוגעת לעובדה שנקבעה, כי הוא עבד באותה שנה ממוצע של 14.5 ימים בחודש ומכאן קבע בית הדין האזורי כי מר מלכא עבד כעצמאי בשנת 2004 ב-65% משרה.

[ד] התשלום שהיה מקבל לו עבד כעצמאי במשרה מלאה - לצורך קביעת הפער בין הסכום שמר מלכא היה מקבל כעובד לבין הסכום שקיבל כעצמאי, לא התחשב בית הדין האזורי בסכומים הנ"ל שהעובד קיבל בפועל. אלא, בית הדין עשה חישוב של הסכומים שהיה מר מלכא מקבל כעצמאי לו עבד כעצמאי בהיקף של משרה מלאה, היינו 100% משרה במקום 65% משרה. לפי חישוב זה, שכרו של מר מלכא הוערך כ-18,972 ש"ח, לו עבד במשרה מלאה. בכך, קיבל בית הדין האזורי את שיטת החישוב שהציעו החברות.

על סמך ההשוואה הזאת קבע בית הדין האזורי, כי התמורה שמר מלכא קיבל כעצמאי עלתה בערך ב-90% על השכר שהיה מקבל כשכיר. בכך, קיבל בית הדין קמא את עמדת החברות וקבע, כי התמורה עלתה משמעותית על השכר לשכיר שהוא במעמד, בתפקיד, בוותק וברמת המקצועיות של מר מלכא.

לכאורה, יש הגיון בשיטת בית הדין האזורי, של השוואת השכר שהיה העובד מקבל ממשרה מלאה לפי ערכי התשלומים ששולמו לו כעצמאי לשכר כשכיר. אולם, לדעתי, לא היה מקום במקרה דנן לעשות חישוב של התשלום שקיבל מר מלאה כעצמאי. אלא, בנסיבות המקרה היה על בית הדין להשוות את הסכום שהצלם קיבל בפועל כעצמאי מול הסכום שהיה מקבל לו עבד כעובד שכיר במשרה מלאה. אסביר את עמדתי:

הכלל בסוגיה זו צריך להסתמך על השוואה בין הסכומים שקיבל העובד בפועל כאשר הועסק כעצמאי לבין השכר שהיה מקבל כשכיר. הטעם לכך הוא שהחברות והצלם לא הגדירו את היקף עבודתו כעצמאי כ"משרה חלקית" ואף אין זה צודק להגדירם כך כיום, בדיעבד, כאשר נקבע שכר לצורך סוגיית ההשבה.

בפועל, מר מלאה עבד תקופה ממושכת אצל החברות, ונקבע שיעקר פרנסתו היה מבוסס עליהן. כאשר הועסק כעצמאי השתנה היקף העסקתו מחודש לחודש והיה תלוי בשיקול דעתן הבלעדי. במצב זה לא היה זה נכון לחשב את היקף המשרה לצורך סוגיית ההשבה בדרך הפוגעת בעובד. הוזה אומר, בניגוד למצב לגבי קביעת שיעור השכר לצורך חישוב פיצויי פיטורים, שם על בית הדין להעריך את השכר שמר מלאה היה מקבל לו הועסק כעובד שכיר ביחס לחלקיות משרה, הרי שלמעט מקרים חריגים בכל הנוגע לנושא ההשבה והקיזוז ההשוואה צריכה להיות בין הסכום שקיבל בפועל כעצמאי לבין השכר שהיה מקבל כשכיר במשרה מלאה. בענייננו, המדובר בהשוואה בין 12,332 ש"ח לבין 10,000 ש"ח.

הטעם לכך הוא, בין היתר הפגיעה בזכויות בעין הנתונות לעובד מכוח משפט העבודה המגן, ואשר נפגעות כתוצאה מצורת ההעסקה שאינה משקפת את המצב לאשורו[16]. המסקנה מכל האמור היא, כי הפער בין השכר שהיה מקבל לו הועסק במשרה מלאה כשכיר לבין השכר שקיבל בפועל כעצמאי אינו משמעותי ועל כן אין מקום לבצע השבה או קיזוז. החברות הן שהכתיבו העסקת הצלם כעצמאי ומשמעות העניין בכל הנוגע להשבה

לעובדה שתנאי ההעסקה קיבלו נכפו על מר מלאה משמעות רבה בכל הנוגע לסוגיית ההשבה או הקיזוז. החריג הראשון להשבה או אי-השבה נוגע לקיומו של "סעיף גדרון" [17] בחוזה הקבלנות של העצמאי. בא כוח החברות ביקש לבצע קיזוז ואף השבה על סמך סעיף 7(ג) להסכם הקבלנות, שנחשב כ"סעיף גדרון".

אכן, קיומו של "סעיף גדרון" בחוזה הוא שיקול משמעותי בהחלטה אם לבצע השבה או קיזוז. אולם, ככלל, "סעיף גדרון" לא ייושם במקרה כגון המקרה דנן, וזאת בשל כך שנכפה על העובד לחתום על חוזה קבלנות ולעבוד כעצמאי - כך ש"סעיף גדרון" המצוי בהסכם אינו משקף הסכמה אמיתית בין הצדדים. בעניין זה, נאמר על ידי בית דין זה, כדלקמן:
"מן הראוי להוסיף כי פסיקתנו, לפיה אין להורות על השבה במקרה שלפנינו, עולה גם בקנה אחד עם הלכות שיצאו מלפני בית דין זה העוסקות בחובת ההשבה עת מועסק אדם כ'קבלן' ולבסוף נקבע, כי מעמדו הוא כשל עובד. בהקשר זה נפסק כי על העובד להשיב כספים למעבידו רק אם יוכח כי התמורה שקיבל בכובעו כ'קבלן' גבוהה בהרבה מהתמורה שהיה מקבל אילו היה מועסק מלכתחילה כ"עובד" וכאשר עולה מחומר הראיות כי הוא [העובד, ס.א.] דרש להיות מועסק כ'קבלן' [18]."

על כן, הכלל הוא, כי ככל שהמעסיק כופה על עובד לעבוד כעצמאי אין מקום לבצע השבה או קיזוז ולדעת בית הדין האזורי זה היה המצב במקרה דנן. לכלל זה יש משמעות מיוחדת במשפט העבודה ובשוק העבודה כיום, שכן אין להשלים עם תופעה שמעסיקים כופים על עובדים, שהם עובדים לכל דבר, לעבוד במעמד של "עצמאים" ובכך לשלול מהם את הזכויות שנקבעו במשפט העבודה המגן ובהסכמים קיבוציים. לעומת זאת, יש להתחשב ב"סעיף גדרון" כאשר העובד הוא זה שדורש מהמעסיק לעבוד כ"עצמאי".

במקרה דנן, החברות טענו, כי הסכם הקבלנות היה פרי יוזמתו של הצלם ומטעם זה יש לבצע השבה או קיזוז. לטענתן, העדפת הסכם הקבלנות על פני העסקה כשכיר נבעה מצד הצלם מכך שהתמורה

הכספית לעבודה כעצמאי היתה גבוהה בצורה משמעותית לעומת עבודתו כשכיר. כמו כן, לטענתו, הצלם העדיף את חוזה הקבלנות משום שכך יכול היה להציע את שירותיו לגורמים שונים ולנכות את הוצאותיו לצורך הקטנת שיעור המס. עוד טענו החברות, כי הוצע לצלם לחזור ולעבוד כשכיר אך הוא סרב להצעות אלה, יותר מפעם אחת.

במקרה שלפנינו, הערכאה הדיונית אשר שמעה את העדויות קבעה, כי הצלם הועסק בתקופה הראשונה כעובד וכאשר היה כדאי כלכלית לחברות לדרוש ממנו לשנות את מעמדו, נאלץ לעבור למעמד של "עצמאי". עוד נקבע, כי החתימה על הסכם הקבלן היוותה, מבחינת החברות, תנאי להמשך ההתקשרות לטווח ארוך עם הצלם. אך בנושא זה מדובר בקביעה עובדתית, שלא מצאנו מקום להתערב בה.

בסיכום, משנקבע, כי החברות כפו על מר מלכא לעבוד כ"עצמאי" אין מקום לבצע השבה או קיזוז.

על כן, גם אילו הגענו למסקנה שקיים פער משמעותי בין השכר כ"עצמאי" לבין השכר שהיה מקבל כעובד, אין לפסוק השבה או קיזוז במקרה זה, וזאת בשל הקביעה כי נכפה על מר מלכא לעבוד כ"עצמאי". יש להעדיף את חשיבות מניעת התופעה של כפיית עובדים לעבוד כ"עצמאים" על פני מתן משקל לפער בין ההכנסות שקיבל הצלם כ"עצמאי" לבין השכר שהיה מקבל כעובד.

"העונש והקנס" בפסק דינו של בית הדין האזורי

11. בית הדין האזורי לא רק שלל את יישום עקרון ההשבה אלא גם ציין, כי הדבר נובע - בין היתר - מה צורך לשקלל "תשלום עונשי הרתעתי מידתי שיש להטיל על המעביד המתקשר עם 'עובד' ב'הסכם קבלן'". זאת, בנוסף לשכר הראוי בתוספת עלות מעביד[19]. עם זאת, בית הדין האזורי לא נקב בשיטה לחישוב התשלום הרתעתי. בית הדין האזורי הציע רעיון זה כדי לצמצם את המקרים בהם תיעשה השבה, אך לדעתנו אין מקום לאמץ אותו.

מימד ההרתעה כלפי מעסיקים מגולם בחוקי המגן וכן בהילכות אייזיק וטויטו, הקובעות כי הכלל הוא שאין לבצע השבה או קיזוז, כפוף לחריגים שצוינו לעיל.

לדידי, אין מקום להכניס רכיב הרתעתי עונשי נוסף על אלה, שכן הרצון למנוע השתרשות "הסכמי קבלנות" פיקטיביים בא לידי ביטוי בהלכה הקיימת.

סוף דבר

לוא תשמע דעתי יידחו שני הערעורים, ללא צו להוצאות. כל זאת, ביחס למר מלכא, שכן בעניינו של מר שאול הגיעו בעלי הדין להסכם פשרה.

השופט עמירם רבינוביץ

קראתי את דעותיהם של חבריי, ואני מסכים לתוצאה לפיה במקרה זה אין מקום להשבה של הסכומים שנפסקו למר מלכא. אך ברצוני להוסיף הערות אחדות.

חוזה עבודה, בו מוצגת מערכת היחסים בין הצדדים כהתקשרות בין מזמין לקבלן עצמאי, הוא חוזה למראית עין כמשמעות מונח זה בסעיף 13 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן - חוק החוזים) שזו לשונו: "חוזה שנכרת למראית עין בלבד- בטל...".

בחוזה כזה מציגים הצדדים מצג לא אמיתי, לעיתים מתוך ידיעה ברורה ולעיתים מתוך טעות של שני הצדדים או של אחד מהם, שאיננה משקפת את המציאות האמיתית.

בדרך כלל, מי שקובע את אופן ההעסקה הוא המעסיק, אבל יתכנו מקרים, בהם המעסיק הוא שמעון, ייין בהעסקת העובד יותר מאשר העובד מעוניין בהעסקתו. במקרים כאלה, אפשר שהעובד הוא אשר

"יכתיב" את תנאי העסקה ודווקא הוא זה שיזום את העסקתו כעצמאי. להבדל בין שני מצבים אלה יש משמעות רבה בנושא ההשבה.

באותם מקרים, בהם המעסיק הוא זה שמכתיב את תנאי העסקה וקובע שהיחסים בין השניים הם יחסי מזמין וקבלן עצמאי, למרות שלית מאן דפליג שהיחסים בין השניים הם יחסי עובד ומעביד, פשיטא שמ, דובר בחוזה למראית עין, שאיננו משקף את המציאות העובדתית והמשפטית האמיתית. חוזה למראית עין, על פי לשונו של סעיף 13 לחוק החוזים, הוא בטל, ברם על פי סעיף 21 לחוק החוזים, אם "ניתן החוזה להפרדה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו, ניתן לביטול אותו חלק בלבד". על פי הוראה זו ניתן להפריד את חלק החוזה אשר נגוע במצג לא אמיתי, קרי הצגת מערכת יחסי עובד ומעביד כיחסי מזמין וקבלן עצמאי, משאר חלקי החוזה, ולראות את יתר תנאי החוזה כתנאים שרירים וקיימים, להבדיל מאותם תנאים המציגים את היחסים בין הצדדים לחוזה כיחסי מזמין וקבלן עצמאי שדינם להתבטל. לא מדובר במקרה זה ביצירת חוזה חדש על ידי בית הדין, אלא בהפרדה של החלקים "הנגועים" מן החלקים "הכשרים".

ניתן להגיע למסקנה דומה לשיטתם של אלה הסוברים, כי בסעיף 13 לחוק החוזים מדובר גם בחוזה למראית עין יחסית. "בחוזה שמראית העין בו היא יחסית קיימת בין הצדדים מערכת משפטית כפולה; חוזה גלוי-הוא החוזה למראית עין, וחוזה נסתר - החוזה האמיתי... לכאורה החוזה הנסתר הוא התקף, ובלבד שמתקיימות בו הדרישות לקיום חוזה, והוא עונה על דרישות החוק" (גבריאלה שלו דיני חוזים (מהדורה שניה תשנ"ה) 177, 178).

החוזה הגלוי במקרה זה הוא החוזה בין המזמין לקבלן העצמאי, החוזה הנסתר הוא החוזה בין העובד למעסיקו שלבש מחלצות של חוזה בין מזמין לקבלן עצמאי.

בית דין זה יצא לא אחת כנגד התופעה הנפסדת של כריתת חוזים למראית עין, בהם שוללים מעובדים את הסטטוס האמיתי שלהם כעובדים בהנף קולמוס החוזה, המציג את היחסים בין הצדדים לחוזה כיחסיים בין מזמין לקבלן עצמאי. בדרך זו נשללות מן העובד, בין השאר, זכויות בסיסיות כמו חופשה בעין בתשלום במהלך תקופת העבודה, להבדיל מפיצוי כספי של פדיון חופשה בסיום יחסי העבודה. משפט העבודה המגן ידחה ניסיונות כאלה הגורמים בדרך עקיפין לגריעה מזכויות קוגנטיות מכוח חקיקת המגן מאידך, חשיפת החוזה הנסתר בין הצדדים לא מצדיקה, בדרך כלל, הענקת זכויות כספיות לעובד הג, בוהות מאלה שהיה זכאי להן מלכתחילה, אילו ראו הצדדים את היחסים ביניהם מראשיתם כיחסי עובד ומעביד. כמו כן, ידו של העובד, לא תהיה על העליונה בתביעת השבה במקרה בו הסכומים ששולמו לו על ידי מעסיקו עולים בהרבה על השכר שהיה זכאי לו כעובד בתוספת התנאים הסוציאליים, וכאשר היה זה הוא שדרש את העסקתו כקבלן עצמאי ולא כעובד, והכל בכפוף לנסיבות של כל מקרה ומקרה. הוא הדין במקרה בו מעסיק מציע לעובד שתי חלופות העסקה - האחת כעובד והאחרת העסקה כקבלן עצמאי. במקרה זה, יש להתייחס אל העובד הבוחר בחלופה של עצמאי, בדומה לעובד שיזם את העסקתו בתבנית של עצמאי. הוא יחשב כעובד, בדיוק כמו מי שיזם את העסקתו כקבלן עצמאי, אך בתביעת השבה ידו לא תהיה על העליונה. והכל בכפוף לנסיבות.

10. אני סבור שהפער של 90%-80% הוא פער משמעותי ביותר. אבל אני מסכים לתוצאה משום העקרון שנקבע על ידי זה מכבר בעניין מתכת סדום. כפי שציינתי שם, "על בית דין זה להילחם בנוהג הנפסד להחתים עובדים על חוזים קבלניים, במקרים שעל פניהם לא יכול להיות ספק, שאותם 'קבלנים' הם עובדים לכל דבר ועניין, כאשר אותם עובדים אינם יוזמים מהלך זה, וכשלא מוצגת בפני העובד האפשרות לבחור בין העסקה כעובד בשכר נמוך יותר אך עם זכויות סוציאליות, ובין העסקה 'כקבלן' בשכר גבוה יותר אך ללא זכויות סוציאליות. במסגרת מאבק זה על בית הדין לא רק לשלול השבה במקרים המתאימים, כפי שסבר הנשיא אדלר בפס"ד טויטו אלא גם להרתיע מעסיקים ללכת בדרך זו על ידי הכשרת תמורה קבלנית מוסכמת כבסיס לחישוב הזכויות הסוציאליות, כך שהמחיר הגבוה יהפוך לבלתי כדאית צורת העסקה מעין זו". מטעם זה, אני מקבל את העמדה, לפיה לא תבוצע השבה במקרה זה חרף הפער המשמעותי [20]. בעניין הפסיקה ההרתעתית אני בהחלט מקבל את עמדתו של בית הדין האזורי בנושא זה ולהצעתו לקביעת קריטריונים מוגדרים לפסיקה הרתעתית כפי שציין בית הדין האזורי בפסיקתו. בנושא זה איני מסכים לביקורת הנשיא על דברי בית הדין האזורי על הפסיקה ההרתעתית, אלא דווקא מסכים כאמור עם עמדתו של בית הדין האזורי.

השופט שמואל צור

1. מסכים אני כי דין שני הערעורים להידחות, כפי שמציע חברי הנשיא. עם זאת, מסתייג אני מגישתו של חברי לפיה במצב של שינוי למפרע במעמדו של אדם "מקבלן" ל"עובד", אין לבצע השבה אלא במקרים חריגים. בסוגיה זו פירטתי את עמדותי בפסיקה קודמת ולאחרונה בפסק הדין בפרשת טיברמן - מקורות (עע 570/07; עע 688/07). דברים שאמרתי שם בסוגיה זו כוחם יפה גם לכאן.
 2. על פי גישתי, כפי שפירטתי אותה כאמור, יש לתת תוקף לעקרון ההשבה הקבוע בתורת המשפט ובחוק. עם זאת, לפי החוק, מוסמך בית הדין לשלול את ההשבה או להפחיתה משיקולים של צדק או בנסיבות מיוחדות המצדיקות זאת (סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 וסעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973). לעניין השיקולים המצדיקים הפחתה ראו נא דבריי בפרשת טיברמן האמורה.
 3. במקרה שלפנינו, קבע בית הדין האזורי כממצא של עובדה כי החברות הן שכפו על העובדים לעבוד כ"עצמאים". בקביעה עובדתית זו אין עילה או הצדקה להתערב. על יסוד נתון זה - וגם לגישתי המשפטית בעניין השבה - קיימת הצדקה לשלול את ההשבה גם אם מדובר בפער תשלומים ניכר. בכך שונה ענייננו במישור העובדתי מפרשת טיברמן, שם נקבע כי העסקתו של העובד כקבלן לא באה כדרישה חד צדדית מצד המעסיק.
 4. בסעיף 12 לחוות דעתו, שולל חברי הנשיא את הרעיון של בית הדין האזורי להטיל מעין "קנס" על המעסיק במטרה לשלול את ההשבה ובדרך זו להתגבר על הפסיקה בפרשת "טויטו" לפיה ניתן לבצע השבה במקרה של "פער ניכר" בין השכר ששולם כ"עצמאי" לשכר ששולם כ"עובד". רעיון זה של בית הדין האזורי ממחיש את הצורך להשתחרר מכללים נוקשים שנקבעו בפסיקה בפרשת טויטו ומצדיק את גישתי לפיה מצד אחד יש לתת תוקף מלא לעקרון ההשבה, ומצד שני יש להתייחס למיגוון רחב של שיקולים לעניין שלילתה. כאמור, על פי גישתי, במקרה הנדון ניתן לשלול את ההשבה בעיקר על בסיס הקביעה העובדתית כי המעסיקים כפו על העובדים התקשרות קבלנית.
- אשר לדעתו של חברי השופט רבינוביץ - ספק בעיני אם חוזה העסקה כ"עצמאי" בנסיבות בהן מדובר בהעסקה כ"עובד", הוא חוזה למראית עין. נכון יותר לראות במצב שכזה משום טעות הדדית של הצדדים, המצמיחה את כלל ההשבה (ראו סעיפים 14 ו-21 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973). אינני מוצא לנכון להרחיב את יריעת הדיון בסוגיה זו מן הטעם שבענייננו, שאלת "מעמדו" של החוזה לא עמדה לדיון ולכן אין מקום שאנו נפסוק בכך.

אשר לדעתו של נציג הציבור מר יצחק ברק :

- א. אין לשלול את עקרון ההשבה רק בשל הקושי בהתחשבות. גם לשיטתי, במסגרת התחשבות כוללת בסוגיית ההשבה, יש להביא בחשבון את כל הפרמטרים שנשללו מן העובד - לרבות שוויון המשוער של זכויות בעין שנשללו ממנו - לעומת זכויות וכספים שהוא קיבל ביתר במעמדו הקודם. הרי גם לשיטתו של חברנו הנשיא קיימים מצבים בהם מבוצעת השבה ואותם קשיים יכולים להתעורר גם שם. מכאן שלא הקושי צריך לקבוע את השיטה אלא השיטה עצמה צריכה למצוא את הדרך הנכונה להתגבר על הקושי.

ב. מר ברק מציע להחיל על ענייננו את סעיף 39 לחוק החוזים שעניינו קיום חיוב הנובע מחוזה בתום לב ובמסגרתו לערוך את מאזן הזכויות ההדדיות בין המעסיק לעובד ולבחון "לא רק את ההפרשים שמגיעים לעובד במקרה של חסר בתשלומים ששולמו לו בתקופת עבודתו, אלא גם לחייבו בהחזר תשלומים שקיבל ביתר".

דברים אלה של מר ברק – המקובלים עלי – אינם אלא הכרה בעקרון ההשבה בלבד אחר (סעיף 39 לחוק החוזים). ספק בעיני אם סעיף 39 לחוק החוזים הוא אמנם המסגרת הנכונה לעניין זה, אך מה לי המסגרת אם מקובל העקרון לפיו אין מקום לשלול מן המעסיק את הזכות "להתחשבן" עם העובד התובע זכויות המגיעות לו לאחר שקיבל במהלך עבודתו זכויות כספיות ביתר. "התחשבנות" זו יש לערוך, בין במסגרת סיום יחסי עבודה ובין בבית הדין במסגרת תביעת העובד מן המעביד ותביעת המעביד להשבה. נעלה מספק כי מקום ה"התחשבנות" ועיתויה הוא הטפל ועצם קיומה הוא העיקר.

נציג עובדים מר יצחק ברק

אני מסכים לתוצאה אליה הגיעו חבריי השופטים, אולם אני חולק על הדרך בה הלכו. זאת, באשר אני סבור ש'חובת ההשבה' אינה מתאימה לבירור העניין שבמחלוקת. בפנינו מחלוקת על ביצוע החוזה בין הצדדים לחוזה עבודה, ולא מקרה בו בוטל חוזה בין צדדים. בעניין זה, רואה אני להפנות לפסק הדין של בית דין זה שיצא לא מכבר, וכך נאמר בו מפי השופט רוזנפלד: "בשיטת ההתחשבנות כפי שמוצע על ידי השופט צור, לא בא לידי ביטוי הפסדו של העובד, שבזמן אמת נמנעו ממנו זכויות סוציאליות בעין כגון הזכות לחופשה שנתית, מנוחה שבועית, מחלה, ולעיתים, גם הגנה של ארגון העובדים במקום העבודה". [21] אכן, בכל הנוגע לקביעת ההתחשבנות הנובעת מהחלת חובת "ההשבה" יש להביא בחשבון רכיבים רבים שלא באו בגדר הדיון האמור. מקצת מרכיבים אלה:

א. זכויותיו של העובד ניתנו לו באיחור, לעומת עובד רגיל המקבל זכויותיו במועדן;

ב. המעביד התייחס אל העובד כאל 'עצמאי' ולפיכך לא חש חובה לספק לו עבודה, מה שאין כך לגבי שכיר ש"מרוויח" לא רק שכר אלא גם בטחון תעסוקתי;

ג. שלילת מעמד כעובד יש בה פגיעה נוספת בעובד, כי עצם המעמד מקנה לעובד זכויות, כגון הגנתו של ועד העובדים, והלכות של בית הדין לעבודה בעניין פיטורים (סיבה סבירה, חובת שימוע וכד');

ד. משהוגדר העובד רק בדיעבד ככזה נשללו ממנו זכויות נוספות בעין, שלא ניתן להוכיחן ו/או לכמתן בדיעבד, כגון הזכות לשעות נוספות.

מסיבות אלה, אני סבור כי אין זה נכון לקבוע השבה כלשהי אך על בסיס השוואה נומינלית בין התשלומים שניתנו ל"עצמאי" "ביתר", לבין השכר שניתן אותו זמן לעובד אחר, שהועסק כשכיר, וזאת גם מחמת אלמנטים בלתי-רצויים נוספים הקשורים לעניין ההשבה. עמד על כך הנשיא אדלר, בעניין טיברמן, בציינו: "...על פי עמדת השופט צור, עובד המגיש תביעה לתשלום זכויות מכוח חוקי עבודה המגן חשוף לסיכון שבסופו של דבר יהיה עליו לשלם למעסיקו סכומים שנטען כי קיבל ביתר. לדעתי, אין "להעניש" עובד התובע את זכויותיו כעובד. האפשרות, כי תתאשר דרישה להשבה של סכומים מעבר לאלה שנפסקו במסגרת התביעה להכרה ביחסי עובד-מעביד עלולה להרתיע עובדים מהגשת תביעות כאמור ולרפות את ידיהם. סיכון כזה עומד בניגוד לעקרונות יסוד של משפט העבודה ולפסיקתו של בית דין זה לפיו יש להכיר בקיומם של יחסי עובד-מעביד על פי מכלול נסיבות המקרה..." [22] ואף זאת, ספק בעיני אם ראוי לבחון את הסוגיה מן הפריסמה של 'חובת ההשבה' אף בשל שיקול נוסף הקשור לניתוח מדוקדק יותר של דיני החוזים. אומרת בעניין זה השופטת רוזנפלד בפסק הדין בעניין טיברמן: "העדר תוקף משפטי לאחד מתנאי ההסכם אינו גורר אחריו, בבחינת מובן מא' ליו, ביטול ההסכם בכללותו, מה עוד שאין חולק כי העובד ביצע את מלוא הנדרש ממנו בשעות על פי הוראות ההסכם. בהעדר ביטול של החוזה, ממילא לא קמה חובת השבה על פי הוראות חוק החוזים". [23] אכן כן, חובת ההשבה קיימת במקרה של ביטול חוזה, אולם ההתחשבנות במסגרת ההשבה צריכה להיות אמיתית ומלאה. למשל, כנגד טענת המעביד על קבלת סכומים "ביתר" על ידי העובד ניתן להעלות את שאלת הרווח שהפיק המעביד מעבודתו של העובד, וברי שזהו חישוב שקשה מאד (אם בכלל ניתן) לעשותו.

כפי שציינתי בפתח הדברים, לדעתי אין אנו עוסקים במקרה זה בביטול של חוזה, אלא בביצוע החוזה בדרך אחרת ממה שהצדדים חשבו מלכתחילה, וכאמור ההלכות לעניין ההשבה לפי דיני החוזים אינן ישימות ואינן מתאימות למקרה מעין זה.

אסביר: לפנינו תביעה כספית על סכומים שעובד תובע ממעבידו אשר לא שולמו לו במהלך עבודתו ועם סיומה. על מנת לזכות בתביעתו, על העובד להתגבר על תניה בחוזה העבודה השוללת ממנו, לכאורה, את הזכות לסכומים אלה בטענה שלא קיימים כלל בינו לבין מעבידו יחסי עובד-מעביד.

בית דין זה הדגיש פעמים רבות בעבר את המיוחדות שבדיני עבודה, ובעיקר בקשר לנושא הקוגנטיות של זכויות העובד וההגנות העומדות לו בפני הטענה שהוא ויתר על זכות זו או אחרת הניתנת לו על פי הדין, הסכם קיבוצי או צו הרחבה.

טענת ויתור על זכויות העובד מועלית בדרכים שונות, לעיתים בדרך ישירה על ידי אמירה מפורשת, ולעיתים בדרך עקיפה, כפי שנעשה במקרה שלפנינו, על ידי עצם שלילת קיומם של יחסי עובד-מעביד בין הצדדים. אולם, בכל המקרים הנ"ל רואה עצמו בית הדין מוסמך לקלף את הקליפות העוטפות את ליבת העניין ולהתייחס לנושא תקפותו או אי-תקפותו של הויתור (במאמר מוסגר יצויין כי לא בכל מקרה הויתור אינו בר-תוקף, ויש מקרים בהם ניתן תוקף לויתור כאמור בדרך כלל מכוח דין מפורש). במקרה שלפנינו, אישר בית דין זה את קביעת בית הדין קמא שהיחסים בין הצדדים היו יחסי עובד-מעביד ולכן זכאי מר מלכא לזכויות הנובעות מכך לפי הקריטריונים שקבענו.

עם סיום יחסי עובד-מעביד מקובל לערוך התחשבות בין הצדדים על מנת לסגור את מאזן הזכויות והחובות של שני הצדדים, העובד והמעביד, זה כלפי זה. בהתחשבות זו מקובל לבחון לא רק את הפרשים שמגיעים לעובד במקרה של חסר בתשלומים ששולמו לו בתקופת עבודתו, אלא גם לחייבו בהחזר תשלומים שקיבל ביתר. זוהי משמעות ההוראה שבסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 שנאמר בו: "בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה".

הוראה זו, ובמיוחד חובת תום הלב הכלולה בה, טומנת בחובה את הבסיס המשפטי להתחשבות שהזכרתי לעיל ואין צורך, כאמור, להזדקק לשאלות הרבות והמורכבות בעניין בטלות החוזה או חלק ממנו ועניין ה"השבה" הנובע מכך. יצוין גם, כי הלכה היא שהחובות המופיעות בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) חלות גם על חוזה עבודה[24].

לאור הנ"ל אני סבור, אפוא, שיש עדיפות לקונספציה של קיום ההתחשבות בין הצדדים במסגרת ביצוע החוזה, לעומת התחשבות הנובעת מחובת ההשבה כתוצאה מבטלות החוזה. כפי שראינו, ביצוע חובת ההשבה כהלכתה ובמלוא היקפה, אינו מתאים למסגרת של יחסי עבודה, כאשר העבודה כבר בוצעה ולמעשה לא ניתן לשחזר בדרך הולמת והוגנת את כל האלמנטים הדרושים לשם השגת התחשבות אמיתית ומאוזנת במסגרת ההשבה, ומאידך הבעיה שלפנינו ניתנת לפתרון הולם בדרך שהתויתתי לעיל. לבסוף, אציין כי אני ער לכך שלא פירטתי את ההשלכות המעשיות הנובעות מההבחנה דלעיל בין מסלול ההתחשבות במסגרת ביצוע ההסכם לבין מסלול ההתחשבות במסגרת השבה עקב בטלות ההסכם. מאחר ואני מסכים לתוצאה הסופית של פסק הדין אין צורך עתה להרחיב את הדיבור על כך ונשאיר זאת, אולי, לעתיד.

נציג מעבידים מר יצחק קאול

אני מצטרף לעמדתו של השופט צור.

הערעורים נדחים. עמדות חברי ההרכב בעניין ההשבה, משתקפות בחוות דעותיהם. אין צו להוצאות. ניתן היום כא באדר תש"ע (7 במרץ 2010), בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.

הנשיא סטיב אדלר
השופט עמירם רבינוביץ
השופט שמואל צור
נציג עובדים מר יצחק ברק, נציג מעבידים מר יצחק קאול

- [1] ע"ב 3879/05 ירון שאול ואח' - גלובוס גרופ בע"מ ואח' [השופטת נטע רות ונציגת הציבור בת שבע הולצמן] (להלן - פסה"ד האזורי).
- [2] ע"ע 300256/98 אייזיק נ' תה"ל תכנון המים לישראל, ניתן ביום 10.6.02 (להלן - עניין אייזיק).
- [3] בע"ע 300267/98 טויטו - מ.ש.ב. הנדסת קירור (1965) בע"מ, ניתן ביום 23.5.02 (להלן - עניין טויטו).
- [4] עמ' 846-845 בפסק דין אייזיק ועמ' 367-369 בפסק דין טויטו.
- [5] עע (ארצי) 182/99 בנימין בן יעקב - קיולק אנד סופה (ישראל) בע"מ, 10.11.2004 .
- [6] עע (ארצי) 99/06 מרכז קהילתי אזורי רמת הגולן - חנה יפהר, 24.6.2007.
- [7] עע (ארצי) 570/07, 688/07 פיליפ טיברמן - מקורות פסקה 18 לפסק דיני, 24.12.2009 (להלן - עניין טיברמן).
- [8] פסקאות 5, 6 לחוות דעתי בעניין יפהר.
- [9] ראו: ע"א 5393/03 אברהם פרג' נ' יעל מיטל, 18.1.2005; דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט ב 781-776 (1998); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים ב 1169 (1992). להלכה, ראו עוד: ע"א 6705/04 בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים, 22.1.2009.
- [10] ע"א 3760/03 עמרן נ' צמיר, פ"ד נט(5) 735, 752; עע 704/06 קרן מחקרים רפואיים פיתוח תשתית ושירותי בריאות - לורין קדם, פסקאות 14-12, 23.9.2008; עניין טיברמן, פסקה 18 לפסק דיני.
- [11] ראו: ע"א 1445/04 בייזמן השקעות בע"מ נ' חליוה, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת ארבל ופסקה 11 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, 13.11.2008 (להלן - עניין בייזמן); ע"א 4012/90, 3666/90 מלון צוקים נ' עיריית נתניה, פסקה 4 לחוות דעתו של השופט חשין, פ"ד מו(4) 45 (1992); דניאל פרידמן שם א עמ' 46.
- [12] עניין בייזמן, פסקה 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
- [13] השוו: פסקה 18 לפסק דיני בעניין טיברמן.
- [14] לעצם ההבחנה בבין השבה לבין קיזוז, ראו פסקאות 17-16 לפסק דיני בעניין טיברמן.

[15] ראו: פסקה 19 לפסק דיני בעניין טיברמן.

[16] השוו: הטקסט הצמוד לה"ש מס' 13 דלעיל.

[17] דב"ע מו/128-3 גדרון - מדינת ישראל (לא פורסם), ניתן ביום 15.6.1987.

[18] ע"ע 1144/04 אברהם מרחיב - מוקד אמון סביון (1981) בע"מ, 21.12.06. וראו גם: ע"ע 133/99, ע"ע 143/99 (ארצי) מרג'ה אליאס רפיק - מתכת סדום תעשיות (1989) בע"מ, פד"ע לח, 223 (2003) (להלן - עניין מתכת סדום); ע"ע 442/07 רו"ח פרייטג - רו"ח רמר, פסקה 7, טרם פורסם, 1.4.2008.

[19] פסקה 22 לפסה"ד האזורי.

[20] פסקאות כ-כא לחוות דעתי בעניין מתכת סדום.

[21] עניין טיברמן, פסקה 1 לחוות דעתה של השופטת רוזנפלד.

[22] עניין טיברמן, פסקה 18 לחוות דעתו של הנשיא אדלר.

[23] עניין טיברמן, פסקה 2 לחוות דעתה של השופטת רוזנפלד.

[24] בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ - בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828.