



בית הדין האזורי לעבודה באר שבע

סע"ש 8600-12-19

30 דצמבר 2022

לפני כב' השופטת יעל אנגלברג שהם
- דן יחיד -

התובעת: אסנת בר
ע"י ב"כ עו"ד קרינה פרי ועו"ד נורית מנשרוב

-

הנתבעת: מרכז גלאי בע"מ, ח.פ. 515266179
ע"י ב"כ עו"ד שלומית גוטרמן כספי

פסק דין

תביעה זו עניינה שאלת קיומם של יחסי עובד-מעסיק בין הצדדים והזכויות שלהן זכאית התובעת מכוחן.

רקע עובדתי

1. התובעת בעלת תואר ראשון ושני בהיסטוריה וכן בעלת תעודת הוראה עבדה שנים רבות כמורה. בשנת 2015 סיימה התובעת לימודי תעודה כמאבחנת דידקטית והוראה מותאמת.
2. הנתבעת היא חברה פרטית העוסקת במתן אבחונים וקידום ילדים ובוגרים ליקויי למידה, ביצוע אבחונים דידקטים ופסיכודידקטים והפרעות קשב וריכוז (להלן בהתאמה: **החברה והאבחונים**). גב' רויטל זגורי היא הבעלים ומנכ"לית בחברה, בעלת תואר ראשון כללי ומאבחנת דידקטית בהכשרתה (להלן: **גב' זגורי** או **המנכ"לית**).
3. במועדים הרלוונטים לתביעה שימשו בחברה הגב' זגורי, התובעת, וכן עובדת נוספת כמאבחנות. עוד העסיקה החברה 3 פסיכולוגיים חינוכיים, 3 פקידות ו-4 טכנאי קשב וריכוז. לנתבעת הסדרים עם קופת החולים והיא משמשת להן כספקית שירותים. הנתבעת החזיקה בסניפים בערים שונות והתובעת נתנה שירותיה בסניפים אלה בהתאם לאבחונים שתואמו על ידי פקידות הנתבעת.
4. עם תחילת עבודתה פתחה התובעת תיק עוסק מורשה והנפיקה חשבוניות תמורת הכנסותיה. התובעת קיבלה 400 ₪ (לא כולל מע"מ ולא כולל הרחבות) בעבור כל אבחון. בפועל, **הכנסתה**



בית הדין האזורי לעבודה באר שבע

סע"ש 19-12-8600

30 דצמבר 2022

החודשית הממוצעת של התובעת כעצמאית בשנת 2016 עמדה על סך של 22,637 ₪, בשנת 2017 עמדה על סך של 35,565 ₪, בשנת 2018 עמדה על סך של 36,032 ₪ ובשנת 2019 עמדה על סך של 32,575 ₪.

5. כאמור, עיקר המחלוקת בין הצדדים נוגעת לשאלה – האם התקיימו יחסי עובד-מעסיק או שמא מדובר בהתקשרות עם התובעת כקבלן עצמאי. כפועל יוצא מהתשובה לשאלה זו, נגזרות הזכויות הנתבעות על ידי התובעת.
6. מטעם התובעת העידו היא עצמה ומאבחנות דידקטיות גב' סיגל רוזן (להלן: **גב' רוזן**) וגב' אורנה חבר (להלן: **גב' חבר**) ואילו מטעם הנתבעת העידה גב' זגורי.

טענות הצדדים

7. **לטענת התובעת**, התקיימו בעניינה יחסי עבודה בין הצדדים על פי המבחנים השונים. לדבריה, השתלבה במפעלה של הנתבעת, כאשר לא נתקיים בה הפן השלילי של מבחן ההשתלבות. לטענתה, עבדה באופן בלעדי עבור הנתבעת כאשר הנתבעת היא זו שקבעה את אופן ההעסקה (תמורת חשבוניות) ואת כל מתכונת העסקתה ואף לא אפשרה לה לעבוד במקום אחר. התובעת טוענת כי נתנה את השירות באופן אישי, כאשר לא העסיקה עובדים במקומה, היתה נתונה למרותה ופיקוחה של הנתבעת, ולא היה לה שיקול דעת להחליט איזה אבחונים לערוך ללקוחות הנתבעת. התובעת מוסיפה וטוענת כי פעלה במסגרת סניפי הנתבעת, כאשר הנתבעת סיפקה לה את מקום ביצוע האבחונים ודאגה לריהוט מתאים בחדרי העבודה. לדבריה, לאור משך ההתקשרות ובלעדיות השירות שנתנה לנתבעת, יש לראותה כחלק בלתי נפרד מעובדי הנתבעת. התובעת מוסיפה וטוענת כי פעלה בתום לב לאורך כל התקופה וכי לא הוכח שקיים פער בין שכר עובד שכיר לבין השכר שאותו קיבלה התובעת.

על יסוד טענות אלה, עותרת התובעת לתשלום הפרשי שכר, גמול שעות נוספות וכן לזכויות שונות בגין אופן סיום עבודתה. התובעת העמידה את תביעתה על סך כולל של 1,117,184 ₪.

8. **לטענת הנתבעת**, אין כל יסוד לתביעת התובעת. לדבריה, התובעת התקשרה כעוסקת עצמאית כאשר החליטה לעשות הסבה מקצועית, הנתבעת נתנה לה הזדמנות וקיבלה אותה לשורותיה כאשר נעתרה לבקשותיה לקבל אבחונים רבים ככל האפשר על מנת להשיא את הכנסותיה ובהמשך אף ביקשה לצרפה כשותפה בחברה. הנתבעת טוענת, כי לאורך כל תקופת ההתקשרות היה לתובעת עסק עצמאי, השיח בין הצדדים מלמד על יחסים שבין שוות, התובעת הרוויחה סכומים גבוהים ביותר שאותם לא הייתה מקבלת לעולם לו הייתה מוגדרת כשכירה ועתירתה לכספים נוספים עולה כדי חוסר תום לב.



בית הדין האזורי לעבודה באר שבע

סע"ש 19-12-8600

30 דצמבר 2022

הנתבעת טוענת כי על פי המבחנים השונים, לא הרימה התובעת את הנטל להוכיח קיומם של יחסי עובד-מעסיק; התובעת נתנה את שירותיה כחיצונית ולא השתלבה במערך הארגוני של הנתבעת; נתנה את השירותים במשרדי הנתבעת אך כל יתר כלי העבודה היו שלה; התובעת קבעה לעצמה את ימי ושעות העבודה, לא דיווחה על ימי נוכחות ולא ביקשה רשות לצאת לחופשות; פרסמה עסק פרטי ואף קיבלה מטופלים פרטיים. הנתבעת מוסיפה וטוענת, כי הצדדים ראו את היחסים ביניהם כמערכת יחסים עצמאית, ואף על פי שההתקשרות עם הנתבעת הייתה לקבלת שירותיה האישיים אין בכך להפוך אותה לעובדת שכירה מן המניין. הנתבעת מצביעה גם על קבלת תמורה כנגד חשבונית מס, ולהתנהלות כעובדת עצמאית על כל התועלות הכלכליות הנובעות מכך. לטענת הנתבעת, הכנסתה הממוצעת של התובעת כעצמאית עלתה לאין שיעור מהכנסה שהייתה מקבלת כשכירה והדברים עולים בקנה אחד גם עם הסכומים שהיא מקבלת כיום ממכונים אחרים.

הנתבעת טענה כי ככל שיקבע שהתובעת זכאית לתשלום כלשהו, הרי שיש לבצע חישוב על בסיס השכר שאותו היתה מקבלת כשכירה ולקזז מהתשלום ששולם לידיה כל סכום שלו היא זכאית על פי הגדרתה כשכירה.

הכרעה

9. השאלה הראשונה נוגעת לעצם קיומם של יחסי עובד מעסיק בין הצדדים. בעוד התובעת טוענת כי בין הצדדים נתקיימו יחסים כאלה וכי היא הרימה את הנטל להוכיח את קיומם של המבחנים הנדרשים, טוענת הנתבעת כי בין הצדדים נתקיימו יחסי מזמין שירות-קבלן.

א. המצע המשפטי

10. הלכה היא משכבר הימים כי היותו של אדם "עובד" הוא עניין של סטטוס, שאינו נקבע על-פי התיאור שניתן לו על ידי מי מהצדדים, אלא נגזר כמסקנה משפטית מנסיבות המקרה כהווייתן (ע"א 426/63 המוסד לביטוח לאומי - זינגר בע"מ, פ"ד יח(2) 269; דב"ע לה/36-3 נוימן - כץ, פד"ע ו' 333; דב"ע לא/3-27 עיריית נתניה - בירגר, פד"ע ג 177 (להלן - "פרשת בירגר")).

זאת ועוד, יחסי העבודה בימינו הם מורכבים ורב-גוניים, ועל כן נקבע כי אין לגזור מסקנה בדבר מעמדו של אדם כשכיר או כקבלן עצמאי על פי מבחן יחיד ובלעדיו, אלא על-פי שקלול העובדות והסממנים, הנותנים במצטבר תמונה כוללת ושלמה, ולאחר מתן משקל ראוי לכל



בית הדין האזורי לעבודה באר שבע

סע"ש 19-12-8600

30 דצמבר 2022

אחד ואחד מהסממנים, על פי שיקולי מדיניות רלוונטיים (דב"ע לג/0-30 המוסד - אבא כהן ומאפיית כץ בע"מ, פד"ע ד 393).

11. **בפרשת מנרב** קבע בית הדין הארצי וקבע כי בחינת יחסי עובד מעסיק תעשה בפן המהותי כאשר:

"בחינה מהותית זו נועדה לאתר את מי שבינו לבין העובד קיימת "התקשרות אותנטית ולגיטימית" של יחסי עבודה [...]. בחינת האותנטיות נעשית לפי מבחני עזר שונים שנקבעו בפסיקה בהתבסס על התכלית של הכרה ב"מעסיק" ככזה, ונועדה לבחון "האם הלוש הפורמלי בו הולבשה תבנית ההעסקה תואם את העסקה האמיתית שנרקמה בין הצדדים" [...]. דרישת הלגיטימיות נועדה לבחון "האם בתבנית ההעסקה 'אין כל דבר הנוגד יסודות משפט העבודה', ובכך להפכה למנוגדת ל'תקנת הציבור'" (עניין פלפל), ובכלל זאת האם מתכונת ההעסקה "פוגעת בדרך כלשהי בזכויותיו [של העובד] או גורעת מהן"..." (עע(ארצי) 17-06-24256 מנרב הנדסה ובנין בע"מ - GOITOM TWELDE (9.6.2020); ההדגשות שלי - י.א.ש).

12. הלכה למעשה, המבחן הנוהג לקביעת קיומם של יחסי עובד מעסיק הוא "המבחן המעורב". בבסיס מבחן זה נמצא מבחן ההשתלבות על שני פניו: הפן החיובי והפן השלילי. בצידו של מבחן ההשתלבות נמצאים מבחני משנה כגון כפיפות, אופן הפיקוח על ביצוע העבודה, הסכמת הצדדים לגבי אופן ההעסקה, צורת תשלום השכר, אופן ניכוי מס הכנסה, תשלומים לביטוח לאומי ולמס ערך מוסף, ביצוע העבודה באופן אישי ועוד (פרשת בירגר; ע"ע 300267/98 טויטו - מ.ש.ב. הנדסת קירור ומיזוג אויר בע"מ, פד"ע לז 354; בג"ץ 6194/97 נקש נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נג(5) 433, 449; בג"ץ 5168/93 מור נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(4) 628) (להלן: בג"ץ מור).

בעניין זה נקבע בבג"ץ מור:

"בית הדין הארצי לעבודה חזר והדגיש כי מבחן ההשתלבות אינו מבחן בלעדי. זהו מבחן מרכזי שיש ליתן לו משקל נכבד. עם זאת, 'לעניין דיון במעמדו של אדם כעובד או כמפרנס עצמאי, 'אין' להגיע לכלל מסקנה, אלא על-פי מכלול הסממנים והעובדות הנותנים, במצטבר, תמונה כוללת ושלמה' (דב"ע לג/0-30 המוסד לביטוח לאומי - כהן, בעמ' 399). על-כן, מקובל לדבר על 'מבחן מעורב', אשר המרכיב הדומיננטי בו הוא 'ההשתלבות במפעל'" (ההדגשה שלי - י.א.ש).

13. **בפרשת טריינין** סוכם סממנים הנדרשים לבחינת קיומו של עסק עצמאי ובהם נכללו - העדר קשר אישי; המערער כאדון לעצמו; שליטה על רווחים; כפיפות למקום העבודה ואופן התשלום (ע"ע 300021/98 ע"ד זאב טריינין - מיכה חריש ומפלגת העבודה, פד"ע לז 433). סממנים אלה מצטרפים למבחנים נוספים שנקטו בפסיקה ובהם - הדרך שבה ראו הצדדים את היחסים ביניהם; כיצד הוצגו היחסים כלפי צדדים שלישיים; משך העבודה ועוד. הלכה





בית הדין האזורי לעבודה באר שבע

סע"ש 8600-12-19

30 דצמבר 2022

פסוקה היא כי אין צורך בכל המבחנים כולם וכי די בכך שהכף נוטה לכיוון זה או אחר, הכל על פי הנסיבות הספציפיות של המקרה הנדון. וכך נקבע גם בפרשת **כפר רות** :

"אכן, כל סימן היכר בנפרד - לא תמיד הוא חד-משמעי אולם בהצטברם, כולם או מקצתם, הם עשויים לסייע באיתור המעביד הנכון הנושא בחובות המוטלות עליו כלפי עובדיו" (דב"ע נב/3-142-אלהרינאת - כפר רות, פד"ע כד(1) 535).

14. בפרשת **סלקום** סיכם בית הדין הארצי את ההלכות לעניין המבחנים, וכך קבע:

"הלכה פסוקה היא כי מעמדו של אדם כ"עובד" אינו נקבע על פי התיאור שניתן לו על ידי הצדדים, אלא על סמך נסיבות המקרה כהווייתן. לשם הכרעה בשאלה אם פלוני הוא "עובד" יש לבחון את מהות היחסים שנוצרו הלכה למעשה, והכל תלוי במכלול הסממנים ועובדות המקרה הספציפי... המבחן הנוהג לקביעת קיומם של יחסי עבודה הוא "המבחן המעורב", שבבסיסו נמצא מבחן ההשתלבות על שני פניו: הפן החיובי והפן השלילי. בציודו של מבחן ההשתלבות נמצא מבחני משנה, ובהם, הסכמת הצדדים לגבי אופן ההעסקה, אופן הפיקוח על ביצוע העבודה, צורת תשלום השכר ואופן ניכוי תשלומי החובה, ביצוע העבודה באופן אישי ועוד. עם זאת, המבחן המרכזי הוא מבחן ההשתלבות, והוא הדומיננטי במסגרת המבחן המעורב. במסגרת הפן החיובי של מבחן ההשתלבות נערכת בחינה האם בכלל קיים "מפעל" יצרני שניתן להשתלב בו, האם הפעולה המבוצעת דרושה לפעילות הרגילה של המפעל, והאם מבצע העבודה מהווה חלק מהמערך הארגוני הרגיל של המפעל. במסגרת הפן השלילי נבחנת השאלה האם מבצע העבודה ביצע את העבודה במסגרת עסק עצמאי משלו..." (ע"ע (ארצי) 26932-12-14 סלקום ישראל בע"מ – אילאנוויב (1.5.18)).

בפרשת **כותה** שב בית הדין הארצי התווה וחייד את הדרך שבה יש לבחון ולקבוע קיומם של יחסי עובד מעסיק וכך קבע:

"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 אמיתי משל עצמו. וכאן חשוב לחדד מספר דגשים: 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



בית הדין האזורי לעבודה באר שבע

סע"ש 8600-12-19

30 דצמבר 2022

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 מסוים, במקרים הגבוליים, לרצונו של העובד להיות עצמאי" (ע"ע (ארצי) 15868-04-18 גבריאל כותה - מדינת ישראל משרד המשפטים (07.04.21); להלן: פרשת כותה; הדגשות שלי - י.א.ש.).

15. טרם נפנה ליישום המבחנים השונים בענייננו, יש להדגיש כי הנטל להוכיח קיומם של יחסי עובד מעסיק מוטל על הטוען לכך.

ב. יישום המבחנים

16. בחינת מכלול העובדות והסממנים במקרה שלפנינו מצביעה על כך שבין התובעת לנתבעת לא התקיימו יחסי עובד-מעסיק. ואפרט.

17. **השתלבות התובעת** - למבחן ההשתלבות שני פנים. הפן החיובי מחייב קיומו של "מפעל" שניתן להשתלב בו, באופן שהמועסק מהווה חלק מהמערך הארגוני, ואילו הפן השלילי מחייב שלאדם לא יהיה עסק עצמאי משלו המשרת את "המפעל" כגורם חיצוני, על מנת שיחשב עובד. אשר לפן החיובי - לא היתה מחלוקת כי בפעילותה השתלבה התובעת במערך הנתבעת. הנתבעת קיבלה את ההפניות לאבחונים והעבירה אותם לתובעת כאשר מועדי האבחונים נקבעו על ידי המערך המשרדי של הנתבעת בסניפים השונים והתובעת נסעה לאותם סניפים על פי תיאום עימה וביצעה בהם את האבחונים. אין גם מחלוקת שעבודת האבחונים היא בליבת העיסוק של הנתבעת ובכך מתקיים הפן החיובי של מבחן ההשתלבות.

שונה הדבר באשר לפן השלילי - התובעת מנהלת כיום מכון אבחונים עצמאי. בחקירתה, נשאלה התובעת מתי הקימה את המכון העצמאי שבבעלותה ושבנו היא עובדת כיום והשיבה כי המכון הוקם לאחר פיטוריה, ביום 2.4.19. אולם, בפני בית הדין הוצג פרסום מחודש יוני 2019 של המכון שבבעלות התובעת ובו נרשם כי "מכון בר לאבחון דיסקטי מסלול מקצועי המכון קיים 5 שנים בפריסה ארצית ונחשב מתקדם" (הדגשה שלי - י.א.ש). התובעת הודתה כי מדובר בפרסום שהוזמן ומומן על ידה ומשנשאלה האם היא עומדת אחר האמור בפרסום



בית הדין האזורי לעבודה באר שבע

סע"ש 8600-12-19

30 דצמבר 2022

השיבה "שאני כמאבחנת זידקטית יש לי נסיון של 5 שנים בתחום" (עמ' 10 ש' 26-31 לפרוטוקול). עוד טענה כי היא כמאבחנת עברה ממוקום למקום. בכך ביקשה התובעת לבסס את הפרסום שמדובר במכון הקיים כבר 5 שנים בפריסה ארצית. מעבר לעובדה שהתובעת החלה עבודתה באבחונים רק במחצית שנת 2015 ועל כן חלפו לכל היותר 4 שנים, פרסום שכזה יכול לדור רק בכפיפה אחת עם טענת הנתבעת כי התובעת עבדה במכון משלה תוך מתן שירות לנתבעת. הוא אינו עולה כלל עם טענת התובעת עצמה כי עבדה רק כשכירה בשירות הנתבעת.

יתרה מזו, כעולה מעיון באתר הפייסבוק של התובעת עולה כי הוא נפתח כדף עסק עם כרטיס ביקור כבר ביום 4.12.17, בעת שלטענתה עבדה רק כשכירה אצל הנתבעת.

18. התובעת טענה בעדותה כי גב' זגורי ראתה בפרסום זה משום "בגידה" (עמ' 18 לפרוטוקול), אך משנשאלה מדוע לא פעלה אם כך להסרת הפרסום, השיבה כי מדובר בפרסום אוטומטי. טענה זו אינה סבירה וככל שסברה התובעת שאין מקום לפרסום וכי הוא נוגד את ההסכמות עם הנתבעת, היה עליה לפעול להסרת הפרסום אלא שהיא בחרה שלא לעשות כן ולא בכדי.

עוד עולה מחילופי דברים בין הצדדים, כי בניגוד לטענת התובעת, כי ראתה את עצמה כעובדת אצל הנתבעת, בעת שנתגלעה מחלוקת בין הצדדים בענין ביטול וקביעת אבחונים, כתבה התובעת לנתבעת כי "הורדת לי מחר אבחונים ולכן פספסתי פרטיים" (הדגשה שלי – י.א.ש) ובהמשך כתבה "זה מה שנופר שולחת???????? את חוצפנית. מחר היו לי 4 פרטיים ואת פגעת בהכנסה שלי" (נספח ג עמ' 49 לתצהיר התובעת; הדגשה שלי – י.א.ש). משנשאלה התובעת לפשר הדברים טענה כי הם נכתבו ב"עידנא דריתחא". הגם שייתכן שאכן הדברים נכתבו בשעת כעס, חזקה על התובעת שלא כתבה דברים שאינם אמת. להיפך, אלה עולים בקנה אחד עם הודעת התובעת מיום 20.11.18 שבו רשמה "הסירי דאגה מליבך, אני לא הולכת לשום מקום. אם תהיה לי הזדמנות לעשות אבחונים פרטיים ... 2,3 בחודש לא אוכל לוותר על זה ..." (נספח 16 לתצהיר הנתבעת) וכן במקומות נוספים ישנה התייחסות לעבודות פרטיות.

19. מכאן עולה, שלתובעת התנהלות נפרדת שבמסגרתה היא מבצעת אבחונים פרטיים ולכל הפחות ראתה עצמה כמי שאינה מוגבלת מלעשות כן. התובעת אומנם טענה, כי היקף העבודה אצל הנתבעת לא איפשר לה לבצע עבודה נוספת אלא שגם טענה זו אינה יכולה לעמוד שכן התובעת תאמה את עבודתה אל מול הנתבעת ולא מדובר ביחסים שבהם הייתה התובעת מחויבת להתייצב בשעות מסוימות אלא אם אלה תואמו מראש וכאמור, ענין זה היה בשליטת התובעת אשר הייתה מעוניינת בעבודה בהיקף גדול ככל האפשר על מנת להגדיל את הכנסותיה. מכאן, אין יסוד לטענת התובעת לענין הבלעדיות של הנתבעת, כאמור, בלעדיות





בית הדין האזורי לעבודה באר שבע

סע"ש 8600-12-19

30 דצמבר 2022

זו, ככל שהיתה, היתה בחירה של התובעת. בנסיבות אלה, ניתן לומר שבעניינה של התובעת לא מתקיים הפן השלילי של מבחן ההשתלבות.

אלא שמבחן זה הוא רק אחד האלמנטים הנבחנים. ויש מקום לבחון גם את הסכמת הצדדים לגבי אופן ההעסקה, צורת תשלום השכר, אופן תשלומי המיסים ועוד.

20. **הקשר האישי** - מבחן הקשר האישי הוא מבחן "שלילי" דהיינו - קיומו של קשר אישי אינו מעיד בהכרח על קיומם של יחסי עובד מעסיק אך תומך בכך במסגרת מכלול הסממנים ואילו העדרו של קשר אישי שולל קיומם יחסי עובד - מעסיק, למעט חריגים מספר שנקבעו בפסיקה (דיון מס' נב/158-3 **רות יאיר - אהרון גליברמן**, פד"ע כה 31). יצויין כי אין זה מופרך שמאן דהוא מחזיק בחברה בעלת מוניטין מקצועי מסויים המעניקה שירותים לחברות אחרות כאשר המוניטין מבוסס כל כולו על עבודתו של אותו עובד פלוני בחברה. עדיין אין בכך כדי להקים יחסי עובד-מעסיק בין הצדדים. כעולה מהסכמות הצדדים, ההתקשרות עם התובעת נעשתה על מנת שהתובעת תיתן שירותי אבחון לנתבעת. מדובר בעבודה המבוצעת על ידה באופן אישי ועל כן למבחן זה אין כל משקל במסגרת מכלול הסממנים.

21. **אופן הצגת התובעת בפני אחרים** – ממכלול הראיות שהובאו בפני ככל שמדובר בעבודה שביצעה התובעת בעבור הנתבעת, הרי כלפי הלקוחות הוצגה התובעת מטבע הדברים כנציגה מטעם הנתבעת. כך, גם אין מחלוקת שהאבחונים נקבעו בתיאום עם הלקוחות על ידי המערך המינהלי של הנתבעת ובוצעו בסניפי הנתבעת. מנגד, בכל הנוגע להתנהלות הכספית אל מול רשויות המס, התובעת הוצגה כעוסקת עצמאית ובמסגרת זו, הגישה דוחות וזכתה להטבות כלכליות כתוצאה מאופן העסקה זה.

22. **אשר לכפיפות והפיקוח** – הגם שמבחינת הלקוחות האחריות היא של מכון האבחונים, היינו הנתבעת, מבחינה מקצועית התובעת ביצעה את עבודתה בעצמה והייתה אחראית על עבודתה. יתרה מזו, התובעת עצמה טענה כי עבדה על בסיס ערכות שונות מאלה שעבדה הגב' זגורי ואשר היו בשימוש המכון ואשר היא סברה שמתאימות יותר מבחינה מקצועית (עמ' 16 ש' 30 - עמ' 17 ש' 1 לפרוטוקול). מכאן, כי למעט המעטפת המנהלית של תיאום והפניית האבחונים לתובעת ואספקת מקום לעריכת האבחונים, כל הקשור בפן המקצועי של האבחון היה באחריותה ובשליטתה של התובעת לרבות הכנת הערכות ועיבוד הנתונים נעשה על ידי התובעת ובאמצעה הפרטיים. זאת ועוד, התובעת לא דיווחה על נוכחותה וכעולה מעדותה של גב' זגורי היא קבעה לעצמה את ימי החופשה (ס' 73, 75 לתצהיר גב' זגורי).

23. המחלוקת הנוספת בין הצדדים נגעה לשאלה - למי צמחה **תועלת מצורת ההתקשרות**. על פי הפסיקה, סימן היכר חשוב ומרכזי לקיומו של עסק עצמאי הוא שמייעול העבודה והחיסכון





בית הדין האזורי לעבודה באר שבע

סע"ש 19-12-8600

30 דצמבר 2022

בהוצאות ייחנה בעל העסק עצמו ולא המזמין וכי ההוצאות באמצעי הייצור ובהון החוזר יהיו של בעל העסק (דבע לג/3-64 פירור הנהלת רכוש בע"מ - אברהם שטסלר, פד"ע ה' 108). היינו, ליתרונות הכספיים הגלומים בהעסקה שלא כשכיר, יש כדי להוות סממן בעל משקל בהכרעה בשאלת קיומם של יחסי עובד-מעסיק. כל זאת כמובן מקום שההחלטה באשר לאופן ההעסקה נתונה בידי המועסק ולא מדובר בשיטה שנכפתה עליו.

24. אשר להסכמות הצדדים – התובעת נשאלה האם היא ביקשה לעבוד כשכירה וטענה כי אפשרות שכזו כלל לא הוצעה לה, עם זאת הודתה, כי היא עצמה לא יזמה פנייה בעניין זה ונדחתה (עמ' 11 לפרוטוקול). לדבריה, לא הכירה מתכונת העסקה אחרת. גם טענה זו תמוהה בעיני על רקע העובדה שהתובעת עבדה במשך כעשרים שנה כמורה שכירה במערכת החינוך.

מטעם התובעת העידו הגב' חבר והגב' רוזן. מעדות שתיהן עולה בתחילת עבודתן אל הנתבעת הוצבה בפניהן האפשרות לבחור האם לעבוד כשכירה או כעצמאית כאשר בכל אחת מהאפשרויות משלמת הנתבעת שכר שונה. שתיהן בחרו לעבוד כשכירות וחתמו על הסכם עבודה (נ/4) כאשר התמורה ששולמה להן נמוכה לעין ערוך מהתמורה ששולמה לתובעת בגין עריכת האבחון.

לכך מתווספת העובדה שבהודעה קולית ששלחה התובעת לנתבעת היא מתרעמת על היקף העבודה וההתנהלות ואומרת "אני פרילנסרית ... אני עושה אבחונים, אני מעבירה לכם, מה שאתם עושים עם זה, זה כבר לא מעניין אותי.אני לא פרייארית ... אני פשוט אתחיל להוריד אבחונים ..." (נספח 4 לתצהיר הנתבעת). מהדברים עולה כי התובעת לא ראתה עצמה כפופה להוראות הנתבעת אלא עצמאית בקבלת החלטותיה ובכלל זה להגדיל או להפחית את היקף עבודתה.

25. עיון בחילופי ההודעות בין התובעת לגב' זגורי מעלה שיח ברמה שאינה מקובלת ביחסי עובד מעסיק. כך למשל כותבת התובעת לגב' זגורי שהיא "חוצפנית" ו"כדאי שתרגעי". אמנם שיח שכזה אינו מקובל בכל מערכת יחסי עבודה גם במסגרת קבלן –מזמין שירות ואולם הוא בוודאי אינו מקובל במערכת של יחסי כפיפות הנתונים במסגרת יחסי עובד מעסיק והוא מצביע על יחסים בין שווים. לכך מצטרפת העובדה, שהתובעת לא חלקה עליה, שגב' זגורי הציעה לתובעת בשלב מסוים להצטרף אליה כשותפה.

26. ככלל נקבע, כי גם אם מועסק מסכים להגדרתו כקבלן עצמאי, מאשר זאת בהסכם ומנהל תיק עצמאי ברשויות המס תוך הנפקת חשבוניות מס למזמין השירות - אין בכך כדי לסתור את קיומם של יחסי עובד-מעסיק, כאשר אלה מתקיימים לפי אמות המידה המהותיות לבחינת קיומם של יחסי עובד-מעסיק (ע"ע 1162/01 סמי בן חמו - המכון לפיריון העבודה והייצור, פד"ע לח, 433 (2002); ע"ע 176/09 ז'וז'ט מואב - תפנית וינד בע"מ, ניתן ביום



בית הדין האזורי לעבודה באר שבע

סע"ש 19-12-8600

30 דצמבר 2022

9.11.10). ואולם, יתכנו מצבים שבהם צורת תשלום השכר יש בה כשלעצמה להעיד על השיקולים והנסיבות האופפים את ההתקשרות ועל המהות האמיתית של יחסי הצדדים.

27. כאמור, התובעת עצמה ראתה בעצמה כעובדת עצמאית וכך גם רשמה לגבי זגורי ביום 11.1.18: **"מנסה להשתפר. כשאתה עצמאי, יש עודף מידע אדיר... כל הזמן היד על הדופק: מיסיום בנקים... לא פשוט אבל לא בלתי אפשרי"** (נספח 3 לתצהיר הנתבעת); וביום 13.12.18 כאשר הציעה לה הנתבעת רכב לשימושה השיבה כי **"הוצאות של האוטו מוכרות לי במס ולכן זה רעיון פחות טוב בשבילי כעצמאית אחרת אשלם יותר מס אם הייתי שכירה זה היה רעיון טוב"** (נספח 14 עמ' 153 לתצהיר הנתבעת; הדגשות שלי – י.א.ש.).

מעדותה של התובעת עצמה עולה, כי הגם שלטענתה היא עבדה בסניפי הנתבעת, היא הגישה דוחות לשלטונות המס במסגרתם ניכתה הוצאות של שכר דירה, ארנונה, ציוד חשמל, הוצאות רכב וכיוצ"ב (עמ' 15 ש' 29 עד עמ' 16 ש' 10 לפרוטוקול; נספח 14 לתצהיר הנתבעת). התובעת אישרה כי המחשב הנייד והטלפון היו בבעלותה, היא נסעה לאבחונים ברכבה הפרטי (אשר הוצאותיו נוכו במסגרת הדו"ח שהוגש) וכך גם השתמשה במכונת צילום ורכשה דפי צילום מכספה (עמ' 17 לפרוטוקול). זאת ועוד, הצדדים פיתחו תוכנה לאבחונים כאשר התובעת נשאה במחצית התשלום לפיתוח התוכנה והנתבעת בחציה השני וכאשר התוכנה מצויה היום בשימושה של התובעת (עמ' 19 ש' 25-20 לפרוטוקול).

28. לא נעלמה מעיני טענת התובעת שלפיה, הנתבעת היא שסיפקה את המעטפת לעריכת האבחונים לרבות משרד, שולחן וכסאות אלא שכאמור, לא מצאתי כי יש בעובדה זו כדי להטות את הכף לטובת התובעת לאור ההתנהלות הכלכלית של התובעת ועל רקע התנהלותה הכוללת. יודגש, כי מעדותה של גבי זגורי עולה כי התובעת היא שקבעה באלו סניפים תעבוד כאשר והיא היתה מעוניינת בכמה שיותר עבודה שכן הכנסתה היתה תלויה בכך באופן ישיר ואולם היא לא היתה מוכנה לנסוע לשם עריכת אבחון בודד (עמ' 54-55 לפרוטוקול).

29. פסיקת בית הדין הארצי מצאה כי גם מקום שבו נקבע כי התקיימו יחסי עובד-מעסיק בין הצדדים, הרי שיש לבחון את זכאות העובד שהוכר בדיעבד לקבלת זכויות סוציאליות בהתייחס לסכומים ששולמו לו אל מול הסכומים שמקובל לשלם לעובד מקביל המועסק מלכתחילה כשכיר (ראו פרשת עמיר ופרשת כותה).

בענייננו, **טענה הנתבעת** כי התמורה שקיבלה התובעת כעצמאית עלתה מונים רבים על זאת שהייתה משולמת לה לו הייתה מוגדרת כשכירה מלכתחילה. **התובעת טענה מנגד**, כי הסכום המשולם למאבחנת שכירה עולה פי 2.5 מהתשלום ששולם לתובעת.





בית הדין האזורי לעבודה באר שבע

סע"ש 19-12-8600

30 דצמבר 2022

30. עם זאת, במסגרת הדין המוקדם טענה התובעת כי :

"כל המאבחנות הדידקטיות שבשוק עובדות באופן פרטי מקבלות שכר בהתאם יכול לנוע בין 1,500-2,000 ₪ עם הרחבה של מתמטיקה ואנגלית וכל המסקנות שאני יכולה למנות 12-13 מקומות כאלה כמו של הנתבעת אף אחד לא עובד עם תלוש כי זה לא משתלם. אין שכיר שעובד כמאבחן דידקטי. השכר הולך לפי מה שקובעת קופת חולים או ביטוחים ואף אחד לא יעבוד על 50 ₪" (הדגשה שלי – י.א.ש).

כאמור, מטעם התובעת הובאו שתי עדות שהועסקו כשכירות אצל הנתבעת ומעדותן עולה, כי עבור כל אבחון קיבלו תשלום בסך של 50 ₪ לשעה (ראו הסכמים נספחים 4/נ-5) כך שהשכר בעבור משרה מלאה (182 שעות) עמד על כ-9,100 ₪. התובעת עצמה צרפה לתצהירה מסמך שממנו עולה ששכר מאבחן דידקטי בעל 5 שנות ניסיון באזור הדרום עומד על סך של כ-11,900 ₪ ברוטו לחודש (נספח ג' לתצהירה). בהינתן כי כבר בשנת עבודתה הראשונה עמדה הכנסתה החודשית הממוצעת של התובעת על הסך של 22,637 ₪ (ברוטו ללא מע"מ) ובשנה הרביעית לעבודתה עמדה הכנסתה החודשית הממוצעת על הסך של 32,575 ₪, כאשר בין לבין היו הסכומים אף גבוהים יותר (35,000-36,000 ₪ ברוטו), מביאה למסקנה כי אופן תשלום השכר לתובעת כעובדת עצמאית לא הביא לקיפוח בזכויותיה, להיפך.

31. יתרה מזו, התובעת אישרה בעדותה כי היום היא נותנת שירותי אבחון למכונים אחרים (עמ' 7-8 לפרוטוקול). משנשאלה לענין התמורה אותה היא מקבלת השיבה כך :

**"ש. עם אילו מכונים את עובדת?
ת. מכון ניצן, מכון אניגמה, אלמה, מה שלא עשיתי בעבר. בעבר עבדתי עם מכון גלאי.
ש. כמה משלמים לך על אבחון כמו אלמה משלמת לך.
...
ת. במכון אנגמה נותנים 1,200 ₪ עבור אבחון.
ש. כולל מע"מ.
ת. כן.
ש. כולל הרחבות.
ת. כן. זה 800 ₪ לאבחון כפול מהסכום שהנתבעת נתנה ו-200 ₪ עבור כל הרחבה.
ש. נשאלת על מכון אלמה.
ת. לגבי מכון אלמה, אני מקבלת 500 ₪ אבחון.
ש. במכון ניצן.
ת. 600 ₪.
ש. שבאים אליך לקוחות פרטיים כמה את לוקחת.
ת. 1,400-1,500 ₪ לפי דרישה. זה תלוי בגיל של הילד.
ש. אם אני מציגה לך פוסט שהעלית במאי 2021 שאת לוקחת 500 ₪ כולל מע"מ.
ת. זה קשור לאבחון. לא מדובר באבחון דידקטי כתוב מבחן מוקסו במחיר שלו הוא 500 ₪.**





בית הדין האזורי לעבודה באר שבע

סע"ש 8600-12-19

30 דצמבר 2022

ש. במכון גלאי לא עשית אבחון מוקסו.

ת. כן.

ש. בטוח.

ת. במאה אחוז. זה מבדק לקשב וריכוז" (עמ' 8 ש' 16 – עמ' 9 ש' 10 לפרוטוקול).

32. גב' רוזן שהעידה מטעם התובעת סיפרה כי עבדה אצל הנתבעת מספר ימים ובמסגרתם ביצעה 3 אבחונים בלבד שארכו בסך הכל 14.5 שעות כאשר כל אבחון ארך למעלה מ-4 שעות. עיון בהסכם שעליו חתמה מעלה כי עובדת עצמאית מקבלת תשלום בסך של 340 ₪ ואילו עובדת שכירה מקבלת תשלום בסך של 50 ₪ לשעה כאשר אבחון דידקטי אורך 4.5 שעות ואבחון פסיכודידקטי אורך 5 שעות. בהמשך חקירתה סיפרה העדה כי היא עובדת במכון אחר כשכירה ושם היא מקבלת תשלום לפי אבחון בשיעור של 1,000 ₪ כאשר כל אבחון אורך כ-14 שעות. העדה ציינה כי היקף המבחנים שדורשת הנתבעת עומד על כחצי מהיקף המבחנים שהיא מבצעת במכון האחר.

גב' חבר שהעידה אף היא מטעם התובעת סיפרה כי היא בחרה לעבוד כשכירה וקיבלה תשלום בסך של 150 ₪ לאבחון שארך כ-4-5 שעות. לדבריה, העבודה שנדרשה לעריכת הדו"ח ארכה אף היא כ-5 שעות אך היא יחסה זאת להעדר ניסיונה וטענה כי יש שדי להן בשעה לעריכת הדו"ח. משנשאלה העדה לגבי רישום בהסכם לגבי תמורה בשיעור של 430 ₪, השיבה שסכום זה מתייחס לעבודה כפרילנסרית (עמ' 46 לפרוטוקול).

הנה כי כן, טענת הנתבעת כי שכר מאבחנת שכירה נמוך באופן ניכר משכרה של מאבחנת העובדת כעצמאית, לא נסתרה. יתר על כן, לא שוכנעתי כי לנתבעת קמה תועלת מיוחדת מצורת העסקה זו, להיפך (ראו בענין זה פרשת כותה בסעיף 56(ב) לפסק הדין).

33. בפרשת גוטמן נקבע כי :

"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. חוסר תום הלב בא לידי ביטוי במקום שבו עולה מהעובדות כי לתובע שהוכר בדעבד כעובד היתה שליטה בקביעת אופן ההעסקה או שהיה ברור כי זו לא נכפתה עליו "הר כגיגית". שיעור תמורה גבוה באופן ניכר יכול אף הוא להטות את הכף בבחינת תום ליבם של הצדדים" (ע"ע 55425-09-11 מיכאל גוטמן - שיכון ובינוי אחזקות בע"מ, 5.9.2017); (הדגשות שלי - י.א.ש).

מששוכנעתי כי אופן ההתקשרות לא נכפתה על התובעת וכי היה בדרך ההתקשרות בכדי למקסם את יתרונותיו הכלכליים עד כדי השלשת הכנסותיה וכן ניצול האפשרות לנכות הוצאות שונות, יש ליתן לכך משקל ניכר.



בית הדין האזורי לעבודה באר שבע

סע"ש 8600-12-19

30 דצמבר 2022

34. התובעת הרחיבה רבות בענין הסכומים שלהם היא זכאית בגין האבחונים שביצעה בחודש **אפריל 2019** וכן בגין זכויות שונות לרבות בשל סיום עבודתה. משהגתי לכלל מסקנה שבין הצדדים לא שררו יחסי עובד מעסיק, אין מקום להדרש לטענות הצדדים בענינים אלה ואולם בקצרה אציין כי ככלל גרסתה לענין היקף עבודתה (שבמסגרתו ביקשה בתחילה גם לכלול שעות נסיעה) לא היתה מהימנה וממילא התשלומים הנגזרים מכך, לא הוכחו.

למעלה מן הצריך אציין, כי גם אם הייתי מגיעה למסקנה שהתובעת הועסקה כשכירה, בהנתן ששכר עובדת שכירה עומד על כ- **9,100** ₪ כאשר התובעת השתכרה למעלה מפי 3 מסכום זה גם אם אביא בחשבון את טענות התובעת לעבודה בשעות נוספות וכלל הזכויות כעובדת שכירה, הרי שלא נותר פער לתשלום הפרשי זכויות.

אחרית דבר

35. לאור כל האמור לעיל, על יסוד הערכה כוללת של הנסיבות העובדתיות במקרה דנן ובחינת המבחנים שפורטו בפסיקת בית הדין הארצי לרבות מתן משקל ראוי לכל מבחן ומבחן בנסיבות הספציפיות שבפנינו, עולה כי לאחר איזון ושיקלול כל הסממנים, הכף נוטה למסקנה **כי לא התקיימו יחסי עובד מעסיק בין התובעת לבין הנתבעת** ודין תביעת התובעת לתשלומים הנתבעים על ידה, להידחות.

אשר על כן, התביעה נדחית.

36. משנדחתה התביעה ומשמצאתי כי התובעת פעלה בחוסר תום לב בטענותיה ובתביעתה זו, מצאתי כי יש להטיל על התובעת הוצאות הליך זה בסך של **40,000** ₪ אשר ישולמו תוך 30 יום שאם לא כן יישאו הפרשי הצמדה וריבית כחוק מהיום ועד לתשלום המלא בפועל.

זכות ערעור לבית הדין הארצי לעבודה בירושלים תוך 30 יום.

ניתן היום, ו' טבת תשפ"ג, (30 דצמבר 2022), בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.

יעל אנגלברג שהם, שופטת





בית הדין האזורי לעבודה באר שבע

סע"ש 8600-12-19

30 דצמבר 2022

