|  |
| --- |
| **בית דין אזורי לעבודה בנצרת** |
|  |
| ירון קרונר נ' פתוח שאן בע"מ | 3 אוק 201814744-09-15 |
|  |
| **הנשיא** | מירון שוורץ |
|  |
| **התובע** | ירון קרונרע"י עו"ד רוני מועלם |
|  |
|  | **- נגד -** |  |
|  |
| **הנתבעת** | פתוח שאן בע"מ ח.פ 510749849ע"י עו"ד אילן גולדשמיט |

**פסק דין**

נציג ציבור (עובדים): מר מרדכי חזיזה

נציג ציבור (מעסיקים): מר אליאס ג'טאס

**רקע וטענות הצדדים**

1.התובע, חבר קיבוץ ניר דוד (להלן: "הקיבוץ"), הגיש תביעה זו כנגד הנתבעת, במסגרתה עותר להכיר בכך כי התקיימו ביניהם יחסי עובד ומעסיקה, מאז שנת 1993 ועד סיום העסקתו על ידי הנתבעת לטענתו, בתאריך 15.1.2013. לטענת התובע, הוא היה מנהל ביצועי של מיזם "התארגנות לגרוש ציפורים" (להלן: "ההתארגנות"), אשר הוקם ופעל במסגרת הנתבעת. התובע טוען כי במשך כל תקופת פעילותו בהתארגנות, הוא היה עובד של הנתבעת והיה כפוף למנהליה. לפיכך, על הנתבעת לשלם לו פיצויי פיטורים בגין תקופת העסקתו וכן זכויות נוספות: קרן השתלמות, פדיון חופשה שנתית, פדיון ימי הבראה, תשלום דמי חגים, הפרשות פנסיה וגמל בשיעור 12% משכרו. התובע העמיד את תביעתו על סך של 751,505 ₪, נכון למועד הגשתה.

2.לטענת הנתבעת, לא התקיימו יחסי עבודה בין הצדדים. הנתבעת טוענת כי התובע העניק לה במשך שנים, שירותי גירוש ציפורים, אחזקת כלי ירייה ושירותים נלווים, כקבלן עצמאי. תחילה באמצעות קיבוץ ניר דוד והחל משנת 2009, בעצמו, כ"עוסק מורשה". לטענת הנתבעת, התובע בחר לספק את שירותיו באופן זה ולא כעובד הנתבעת, בשל התמורה הכספית הגבוהה שקיבל עבור שירותיו כנגד חשבוניות שאינן רציפות. כן נטען, כי בחינת היחסים מעידה על כך כי התובע מעולם לא השתלב בעסקה של הנתבעת, אלא כי הוא ניהל עסק עצמאי במנותק מעסקה וכי הנתבעת היתה רק אחת מלקוחותיו. כן נטען כי הנתבעת לא פיקחה על עבודתו, לא קבעה את שעות עבודתו והתובע לא דיווח לה על עבודתו, כי העבודה בוצעה בכלים של התובע אשר ניקנו על ידו וכי התובע העסיק עובדים שלו. לחילופין, נטען כי התמורה ששולמה לתובע היתה גבוהה מכל שכר אשר היה משולם לו וכי התמורה כללה כבר את כל ההפרשות אשר היו מגיעות לעובד אילו היה מועסק בשירותה באותו תפקיד כשכיר, לרבות פיצויי פיטורים. נטען לחלופין, כי עד לשנת 2009 יש לראות בתובע ממילא כעובד של הקיבוץ. כן נטען כי חלק מהזכויות הנתבעות הינן חסרות בסיס ועל חלקן חלה התיישנות.

3.ביום 7.2.2016 התקיים דיון מוקדם בתיק והצדדים הביעו רצונם לפנות במשותף להליך של גישור. בהמשך, הודיעו הצדדים לבית הדין כי הם חוזרים בהם מכוונתם זו. דיון מוקדם נוסף התקיים ביום 18.5.2016. בהתאם להחלטה שניתנה, הוגשו תצהירי הצדדים. מטעם התובע הוגשו תצהירי עדות ראשית של עובדי הנתבעת בעבר: מר לירן לב, מר ארז בן יוסף, מר גת רם, מר לירון טל ושל מנהלי מדגה: מר חגי סגל – בקיבוץ ניר דוד, מר שלב אריאלי – בקיבוץ מעוז, מר מרדכי בראון – בקיבוץ מסילות, ושל התובע עצמו. יצוין כי בהמשך, ויתר התובע על תצהירי העדים מר לירן טל ומר מרדכי בראון. כמו כן, התיר בית הדין לתובע, להעיד מטעמו את מי ששימש מנכ"ל הנתבעת משנת 2000-2008, מר שאול גולומב.

מטעם הנתבעת, הוגש תצהיר מר רן בן נון אשר שימש סמנכ"ל הנתבעת בשנים 2003-2013. עדי התובע נשמעו בישיבות מיום 22.2.2017, 11.6.2017 ומיום 6.12.2017. ביום 4.3.2018 התקיימה ישיבת הוכחות בה נחקר עד הנתבעת. בישיבה זו הצהירו ב"כ הצדדים כי הם מסכימים לכך כי נציג הציבור מר ג'טאס יבוא במקום נציג הציבור מר עילוטי, אשר סיים את כהונתו.

בהמשך, הגישו הצדדים סיכומים בכתב.

**דיון ומסקנות**

4.השאלה העיקרית בה עלינו להכריע, הינה, האם מתכונת פעילות התובע והנתבעת, כפי שנפרשה לפנינו על בסיס הראיות בתיק, יצרה יחסי עובד - מעסיקה, זאת בהתאם למבחנים אשר נקבעו לכך בפסיקה. במסגרת זו, עלינו לקבוע גם אם התקיימו יחסי עובד ומעסיקה בתקופה בה שולמה התמורה עבור פעילות התובע בהתארגנות, לקיבוץ, כנגד חשבוניות הקיבוץ. ככל שנקבע כי התקיימו יחסי עבודה בין הצדדים באחת מן התקופות, נמשיך ונדון בשאלה אלו הן הזכויות המגיעות לתובע בגין קביעותנו אלו.

המסגרת הנורמטיבית:

5.אופן בחינת השאלה, האם התקיימו יחסי עבודה, פורט במסגרת פסק הדין אשר ניתן לאחרונה בע"ע (ארצי) 26932-12-14 סלקום ישראל בע"מ – ואצ'סלב איליגוייב (ניתן ביום 1.5.2018):

"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 ([ע"ע (ארצי) 300274/96](http://www.nevo.co.il/case/32582) שאול צדקא - מדינת ישראל – גלי צה"ל [פורסם בנבו] פד"ע לו 625 (2001); ע"[ע (ארצי) 1076/04](http://www.nevo.co.il/case/5745432) מדינת ישראל - אדם שוב [פורסם בנבו] (11.7.2005); [ע"ע 548/09](http://www.nevo.co.il/case/2223178) (ארצי) ישראל לוי - מוסך עלית 93 בע"מ, [פורסם בנבו] (22.11.09)).

המבחן הנוהג לקביעת קיומם של יחסי עבודה הוא "המבחן המעורב", שבבסיסו נמצא מבחן ההשתלבות על שני פניו: הפן החיובי והפן השלילי. בצדו 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) 300021/98](http://www.nevo.co.il/case/32813) זאב טריינין עו"ד – מיכה חריש ומפלגת העבודה, פד"ע לז 433 (2002), [בג"ץ 5168/93 **שמואל מור נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נ](http://www.nevo.co.il/case/17925767)(4) 628, 642, סטיב אדלר, "היקף תחולת משפט העבודה – מכפיפות לתכלית", ספר גולדברג 17, 22 (תשס"א)). לא פעם יצביעו המבחנים השונים 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 מאוינות. 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" (**ההדגשה שלי ר.ר., [ע"ע (ארצי) 414/04](http://www.nevo.co.il/case/23219) שלמה בן חיים – כדורי פיתוח עירוני בע"מ [פורסם בנבו] (8.1.2007), וראו גם ע"ע [ארצי 3829/09](http://www.nevo.co.il/case/6710000) **חברת החדשות הישראלית בע"מ – שחר צרפתי** [פורסם בנבו] (14.2.2016), להלן: ענין צרפתי).

ויודגש, 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 (ארצי) 300064/96](http://www.nevo.co.il/case/32577) פלאי קרני – האיגוד הארצי למסחר בישראל, פד"ע לו 241, 245 (2001))".

מן הכלל אל הפרט

6.התובע הינו כאמור חבר קיבוץ ניר דוד. עד להקמת ההתארגנות, עבד התובע בענף המדגה של הקיבוץ וכן שימש כרכז ביטחון שוטף של הקיבוץ ("רב"ש"). במסגרת תפקידיו אלו, כך על פי תצהיר עדותו, פיתח התובע מומחיות בנושא של גירוש עופות אשר הזיקו למדגים. מומחיות זו של התובע, נודעה לטענתו "בכל העמק". על פי תצהירו, בשיחה שקיים התובע עם חבר קיבוץ רשפים, מר אמיתי גבע ז"ל (להלן: "מר גבע ז"ל"), הציע התובע פתרון מערכתי בנושא זה. פתרון זה הצריך הקמת מערך של פעילות: גיוס עובדים, נשקים, רכבים וכן הכשרה של עובדי כלל המדגים בעמק בית שאן וכן של משקי מועצה אזורית גלבוע. לטענת התובע, מר גבע ז"ל פנה אל מנכ"ל הנתבעת וזו נטלה על עצמה את הפעלתו של המיזם. הנתבעת, במסגרת זו, שימשה כ"מפעל ראוי" לנזקי חקלאות לצורך פעילותה של ההתארגנות. הכוונה הינה לבעל רישיון מאת משרד הפנים ומשטרת ישראל, להחזיק מחסן כלי ירייה ולהנפיק כלי נשק למורשים.

7.התובע, אשר במסגרת תפקידו כרב"ש הקיבוץ, היה בעל רישיון לנהל "מפעל ראוי" (של הקיבוץ), שימש בעל ההיתר להפעלת "מפעל ראוי" לצורך פעילותה של ההתארגנות. לטענת התובע, הוא היה המנהל הביצועי של ההתארגנות. מר גבע ז"ל היה אמון על התחום הפיננסי והתובע עסק "בשטח" (עמ' 16 ש' 15-19). במסגרת פעילות זו, היה התובע אמון על החזקת כלי נשק, בצוע רכישות של כלי ירייה ותחמושת עבור ההתארגנות, הכשרת בעלי תפקידים לשימוש בהם, מסירת כלי הנשק לידי בעלי תפקידים לצורך משימות גירוש עופות מהמדגים וכן לעובדי ההתארגנות. התובע היה גם אחראי לבצע את הרישומים הנדרשים על פי דין בקשר לכך. לטענת התובע, משנת 1993 ועד להפסקת עבודתו, הוא קלט, הכשיר והדריך באופן אישי את כל עובדי ההתארגנות אשר התקבלו כעובדי ההתארגנות בנתבעת. כן עסק התובע בהכשרת עובדי המדגים לרבות עריכת מטווחי ירי, להם סיפקה ההתארגנות את שירותיה תמורת תשלום אשר נגבה מדי שנה מאת המשקים. התובע לטענתו היה אחראי על חלוקת הרכבים אשר נרכשו או נשכרו על ידי הנתבעת למטרת פעילות ההתארגנות, אחסנת כלי הנשק, וחלוקתם. הראיות אשר הוצגו לפנינו תומכות בטענות אלו של התובע ומכיוון שעיקר המחלוקת בין הצדדים בתיק זה, הינה בשאלה גבולות הפעילות של הנתבעת, בכל הקשור להפעלת ההתארגנות ולהשתלבות ההתארגנות בפעילותה של הנתבעת, ננמק מסקנתנו זו רק בקצרה.

8.אשר ל"פן החיובי" שבהשתלבות התובע בהתארגנות, נראה כי אין מחלוקת שהתובע היה "איש השטח" בפעילותה. מתצהיר מר בן נון עולה כי התובע היה בעל המומחיות בגרוש ציפורים וכי הוא שניהל את המפעל הראוי. העדים מטעם התובע, אלו אשר עבדו תחתיו, העידו כי התובע קיבל אותם לעבודה, כי הוא היה מנהל העבודה שלהם, הוא זה אשר סיפק את הציוד לצורך העבודה. התובע הוא אשר סיפק את ההנחיות המפורטות מדי יום היכן לבצע את העבודה וכיצד. העדים ציינו כי התובע הגיע לשטחי העבודה מדי יום. מר גת רם אף ציין כי בשבוע הראשון לעבודה היה צמוד לתובע "מהנץ החמה ועד לשעות הערב/לילה" וכי התובע הוא למעשה מי שהיה הממונה על עבודתם גם מבחינת סידור העבודה וחופשות. עדי התובע, מנהלי המדגים, מסרו כי התובע היה אחראי לתפעול ההתארגנות, כי הוא סיפק את כל האמצעים הדרושים למדגים וכן היה אחראי על העובדים העונתיים שהנתבעת העסיקה בהתארגנות.

9.עיקר טענות הנתבעת בנושא זה הינן ב"פן השלילי" של מבחן ההשתלבות. לטענת מר רן בן נון בתצהירו, כפי שיורחב על כך בהמשך, ההתארגנות לגרוש ציפורים היתה התארגנות וולנטרית של דייגים, אשר העסיקה באמצעות הנתבעת עובדים שכירים, וקבלנים עצמאיים, כדוגמת התובע (סעיף 42 לתצהיר). לתמיכה בכך הפנה מר בן נון לפנקס החשבוניות של התובע, וטען כי לתובע היו לקוחות רבים, מפוזרים על פני הארץ כאשר הנתבעת היא רק אחת מלקוחותיו. עיון באלו מהחשבוניות הקריאות שבפנקס התובע, אשר צורף לתצהירו על פניו במלואו, מלמד כי לא מדובר בהיקף פעילות של התובע כעוסק עצמאי, אשר יש בו כדי לערער את גרסתו כי היה מדובר בפעילות שולית ביחס להיקף הפעילות בהתארגנות, או כי מדובר היה ב"עסק פעיל של שירותים בתחום עיסוקו, שרק אחת מלקוחותיו היא הנתבעת" (סיפא של סעיף 11 לתצהיר מר בן נון). כפי שמסר התובע והדבר נתמך גם בעדויות מנהלי הנתבעת, החשבוניות אינן משקפות תמורה חודשית שקיבל התובע בגין פעילותו בהתארגנות, אשר הועברה ישירות לקיבוץ עד לחודש מרץ שנת 2009. כך, לדוגמה, ראו סעיפים 52 1-3 לסיכומי הנתבעת. יש לציין כי מר בן נון הזכיר בתצהירו לקוח בשם "עמית הדברות", כאשר התובע בעדותו לפנינו מסר כי מדובר היה בחשבוניות לצורך פעילות של ההתארגנות (עמ' 22 ש' 19-27). זאת ועוד, מהסברי התובע בעדותו לפנינו עלה כי החשבוניות משקפות גם את עלות הציוד וכלי הנשק ולא רק את הכנסותיו מהעסקה שכן הוא רכש את אותו הציוד עבור לקוחותיו, בהיותו בעל הרישיון לכך.

אשר להוצאות בחשבוניות הנתבעת, הסביר התובע כי בשלב מסוים ובשל הרחבת פעילות ההתארגנות, היה צורך ברכישת נשקים מגורמים פרטיים. כיוון שלא היה באפשרות הנתבעת לעשות כן, הוסכם עם מר גבע ז"ל ומנהלי הנתבעת, כי התובע ירכוש את הנשקים והתחמושת, והנתבעת תשיב לתובע את הוצאותיו, ללא עמלת תיווך או רווח. על פי תצהיר התובע, הרכישות בוצעו תחילה כנגד חשבוניות של הקיבוץ אולם החל משנת 2006 ומשפתח התובע "עוסק מורשה", בוצעו הרכישות כנגד חשבוניות שלו. טענות אלו נתמכו בעדות מר בן נון לפנינו, אשר העיד כי הנתבעת לא היתה רשאית לשלם עבור כלי נשק שרכש התובע ללא חשבונית. לטענת מר בן נון, זו היתה הסיבה ככל הנראה לכך כי התובע פתח "עוסק מורשה", לנוכח דרישתם לשלם רק כנגד חשבוניות (עמ' 95 ש' 5-12).

10.זאת ועוד, טענת הנתבעת כי התובע העסיק עובדים משלו, נותרה ללא ביסוס. כפי שיפורט בהמשך, הציוד אשר שימש את ההתארגנות נרכש לצורך פעילותה וטענת התובע בתצהירו כי הציוד הוחזר במלואו לידי הנתבעת, לאחר סיום העסקתו וכאשר הדבר התאפשר לכך מבחינת כללי "מפעל ראוי", לא נסתרה.

11.טענה עיקרית של הנתבעת בהליך זה, הינה, כי היא אינה יכולה להיחשב כמעסיקתו של התובע, כיוון שפעילות ההתארגנות לא התקיימה במסגרת פעילותה הרגילה וכיוון שהיא שימשה רק כ"מסלקה" לפעילות הכספית של ההתארגנות. בתצהירו, מסר מר בן נון כי שירותי גירוש ציפורים, אינם אחד מענפי העבודה בהם עוסקת הנתבעת וכי מר גבע ז"ל אשר היה עובד משרד החקלאות, היה הסמכות המקצועית בנושא גרוש ציפורים וכי הוא זה אשר נתן הנחיות גם לעובדי הנתבעת. נטען כי מר גבע ז"ל היה זה שאישר את החשבוניות, קבע את התשלומים אשר ישלמו הקיבוצים בהם קיים מדגה עבור השירותים, וכי לנתבעת לא היתה כל עמדה בנושא. מר בן נון הפנה לכך כי גם ההחלטה על העלאת שכרו של התובע, התקבלה על ידי ועדה של דייגים ולא על ידי הנתבעת, כך לגרסת התובע עצמו. עוד נטען בתצהיר כי מדובר היה במודל שהקיבוצים, בהובלת סגן ראש המועצה האזורית עמק המעיינות, הסכימו לעבוד באמצעותו וכי הנתבעת היתה רק "הנהלת החשבונות", או "מסלקה" עבור הפעילות וכי רק לעיתים נדירות היא היתה מעורבת בנושאים אדמיניסטרטיביים, טכניים, כאשר היה צריך מישהו שיהיה "בפרונט" (סעיפים 21 – 24 לתצהיר).

12.מנגד, טען התובע בתצהירו, כי מדובר היה במחלקה בנתבעת, אשר באמצעותה נרכש ונשכר הציוד וכן גויסו עובדי ההתארגנות באופן שאלו יהיו עובדי הנתבעת, לרבות הוא עצמו. לטענת התובע בתצהירו, הוא ניהל את ההתארגנות בפן המקצועי וכפיפותו למנהלי הנתבעת באה לידי ביטוי בדין וחשבון שהיה מוסר על כל פעילות, העברת הדרישות אליה ופעולה על בסיס אישורם בלבד. נטען כי הנתבעת שימשה כ"ספק" בכל מיזם, פעילות או מכרז של משרד החקלאות, אותם הוא ניהל במסגרת ההתארגנות. נטען כי הרכב שבו השתמש היה של הנתבעת. כן נטען כי בהמשך, הורחבה פעילותה של ההתארגנות גם לגידולים חקלאיים שונים וכן להגנה במשקים מפני נזקי חיות בר וכי מי שעסק בגביית התשלומים, היתה הנתבעת. נטען כי לצורך פעילות ההתארגנות, הועמד לרשות התובע רכב צמוד, מכשירי סלולר, תקציבים נדרשים לרכישת נשקים, תחמושת והציוד הנדרש. התובע ביקש ללמוד על מהות היחסים בינו ובין הנתבעת מדו"ח ביקורת פנים של הנתבעת. הנתבעת טענה כי מדובר בראיה שאינה קבילה מכח סעיף 10 לחוק הביקורת הפנימית. כן טען התובע כי העסקתו הופסקה על ידי הנתבעת, משהחליטה על סיום פעילות ההתארגנות במסגרתה.

13.מהעדויות שלפנינו, עולה כי ההתארגנות אכן הוקמה ביוזמת קיבוצים בעלי מדגה באזור עמק בית שאן (עדות מר חגי סגל, עמ' 8-9). מי שניהל את ההתארגנות היה מר גבע ז"ל ותחתיו - התובע (עמ' 11 ש' 10-12). התמורה בגין השירותים אותם נתנה ההתארגנות, לרבות באמצעות התובע – כגון ליווי מקצועי בשטח, ידע וייעוץ, שולמו כנגד חשבוניות של הנתבעת (ראו עדות מר חגי סגל, עמ' 12) וההתנהלות הכספית של ההתארגנות, נעשתה דרך הנתבעת (עמ' 13). מעדויות מר בן נון מטעם הנתבעת ומר גולומב מטעם התובע, עלה כי פעילות ההתארגנות אכן לא היתה חלק מהפעילות הרגילה של הנתבעת. מר גולומב מסר בעדותו כי ההתארגנות נרשמה בספרים של הנתבעת כ"מחלקה לא פורמאלית שהיתה אמורה להתנהל עצמאית ולהיות מאוזנת לפחות" וכי מי שהיה אחראי על כך, היה מר גבע ז"ל (עמ' 66 ש' 18-21). לעדותו, התובע לא היה עובד של הנתבעת, כיוון שההתארגנות הוציאה חשבוניות אל הנתבעת והנתבעת שילמה אותן (עמ' 66 ש' 21-23). יצוין כי הנתבעת לא צירפה חשבוניות אלו כראיות מטעמה. לטענתו, הנתבעת היתה "יותר מסגרת כספית של הנושא ולא היתה אחראית תפעולית של המאבק מול חיות בר" (עמ' 66 ש' 24-27). מר בן נון מסר בעדותו בעניין זה, כך: "ההתארגנות כשמה כן היא, ההתארגנות היא של הדייגים ביחד עם הוועדה החקלאית של המועצה האזורית בשיתוף רשות הטבע והגנים שהם קבעו את התקציב, מה לעשות, למי לתת את השירותים ועל פי ההנחיות שלהם אנחנו פעלנו" (עמ' 85 ש' 2-6). כמו כן, לצורך פעילות של ההתארגנות, נרשמה הנתבעת כ"מפעל ראוי" (עמ' 86 ש' 1-4). התובע, לצורך כך, היה מנהל המפעל הראוי, מטעם הנתבעת (שם, ש' 12-15).

14.יחד עם זאת, עלו מעדויותיהם, גם הנתונים הבאים: הנתבעת העסיקה עובדים לצורך ההתארגנות (עדות מר בן נון, עמ' 83 ש' 10-11). עדי התובע צירפו לתצהיריהם חוזי עבודה אישיים אל מול הנתבעת, שבה מצוין כי העובד יועסק בעבודת שטח וימלא אחר מטלות אשר יוטלו עליו בתחום תפקידו "על ידי מנהלי ההתארגנות (אמיתי גבע ו/או ארנון לביא ו/או ירון קרונר)". התובע נסע ברוב תקופת עבודתו ברכב של הנתבעת (עמ' 86 ש' 19-23). הנתבעת הזמינה ביקורת פנימית לגבי פעילות של ההתארגנות. הסיבה לכך, על פי מר בן נון, היתה זו: "הפעילות שמתבצעת אצלי, החלקים שמתנהלים אצלי, אנחנו אחראים שיתבצעו כמו שצריך..." (עמ' 87 ש' 6-9). יצוין בהקשר זה כי דו"ח הביקורת אכן אינו יכול להוות ראיה לאמיתות תוכנו, אולם נקבע בפסיקה כי ניתן להסתמך עליו כראיה לעצם הכתוב בו (ע"ע (ארצי) 11017-02-15 אגוד"ש של עובדי התעשייה האווירית לניהול קופות גמל בע"מ – גיל פלדבוי, ניתן ביום 8.9.2015 וכן בר"ע (ארצי) טלי צרפתי – מעיינות זיו, ניתן ביום 7.1.2018). כאשר נשאל מר בן נון, מדוע שהנתבעת תשמש כמסלקה, למשהו שאינו משרת את קיבוצי האזור, השיב מר בן נון: "משתי סיבות – האחת כי הדייגים ביקשו כי זה היה לטובת האזור...היכולת להצליח במניעת הנזק לבריכות הדגים מחייבת טיפול רב אזורי. לכן זאת לגמרי טובת האזור..." (עמ' 91 ש' 2-7). זה גם היה הסברו של מר בן נון לכך שהנתבעת יצאה במכרז לגירוש ציפורים גם באזורים אחרים. התובע קיבל תמורה על פעילותו כל חודש, בסכום קבוע כל חודשי השנה, למרות שהעבודה לא התחלקה באופן שווה על פני עונות השנה (עדות מר בן נון, עמ' 94 ש' 8-12). הנתבעת רכשה ציוד ותחמושת עבור ההתארגנות (עמ' 93 ש' 20-22). הנתבעת למעשה מימנה את כל הוצאות הפעילות, והיתה אמורה לגבות את הכסף מהמשקים (עמ' 71 ש' 2-5). הנתבעת נתנה מסגרת כספית לפעילות של ההתארגנות, "...כי לא היה מישהו אחר שיעשה את זה" (עדות מר גולומב, עמ' 69 ש' 13). מי שקבע את אופן חלוקת העלויות של פעילות ההתארגנות על המשקים שקיבלו שירותים ממנה, היתה הנתבעת. הנתבעת היא גם זו אשר מימנה את הפער בתקציב שנוצר (עמ' 75 ש' 11-17). יצוין כי במסגרת עדותו של מר גולומב, נאמר לראשונה כי הנתבעת ראתה את עצמה כנציגי הקיבוצים במו"מ מול התובע ומר גבע ז"ל על מחירים (עמ' 76 ש' 14-15) וכי הנתבעת יצגה את הבעלים של המדגים בפעילות זו (עמ' 79 ש' 6-7).

15.לכך יש להוסיף את עדותו של התובע אודות עבודה יומית שוטפת עם נציגי הנתבעת: עם הנהלת החשבונות - בהתאם למידע שנמסר לתובע הוא פעל לגביית חוב או להפסקת שירותים של ההתארגנות. עם מר עמוס ג'נח מנהל משאבי אנוש של הנתבעת ועם נציג הביטוח של הנתבעת (עמ' 20 ש' 7-16). התובע מסר בעדותו כי האספות הכלליות של ההתארגנות, כללו גם את הנתבעת. זאת בנוסף למועצה האזורית, מרכזי הדייגים ונציגים מ"גלבוע" (עמ' 35 ש' 9-12). כי התקציב לרכישות עבור ההתארגנות התקבל מהנתבעת (עמ' 36 ש' 5-15).

16.עולה מן האמור עד כה – בהתבסס על הראיות שלפנינו, כי פעילותו של התובע במסגרת ההתארגנות, לא בוצעה במתכונת של "קבלן עצמאי", אלא כאחד ממנהליה. העובדה כי החל משנת 2006 ובמקביל לעבודתו בהתארגנות, החל התובע לספק באופן עצמאי שירותים מסוימים בתחום מומחיותו ובשל העובדה כי הינו בעל רישיון לנהל "מפעל ראוי", אין בה כדי להטות את הכף לחובתו, כפי שפירטנו. בנוסף - הראיות שלפנינו מלמדות שגם אם ההתארגנות לא השתלבה באופן רגיל בעיסוקה של הנתבעת, הרי שהנתבעת לא שימשה רק כצינור להעברת כספים בין ההתארגנות לבין מקבלי השירות שלה כפי שנטען על ידה. הנתבעת סיפקה מעטפת חיונית ומשלימה לפעילות של ההתארגנות, אשר מטרותיה, כך עולה ולא הוכח אחרת, עלו בקנה אחד עם מטרות הנתבעת. יצוין כי הנתבעת בהקשר זה בעיקר התבססה על עדויות מנהליה, ולא פירטה אודות ליבת הפעילות שבה עסקה, על מנת שבית הדין יוכל לעמוד בעצמו על ייחודה של ההתארגנות בתוך המערך הארגוני של הנתבעת. בנוסף וכפי שציינו, מר גולומב מסר בעדותו כי הנתבעת ייצגה את בעלי המדגים במטרתם להוזיל את עלויות גירוש הציפורים וכפי שנאמר, מנהלי הנתבעת אף ראו את ההתארגנות בכל הקשור לסטנדרט של התנהלותה, כחלק ממנה.

17.בחינת התשתית העובדתית כפי שעלתה מכלל הראיות שלפנינו, על פי המבחנים אשר הותוו בפסיקה לצורך הכרעה בשאלת קיומם של יחסי עבודה, מלמדת על כך כי לא מדובר בתבנית העסקה פשוטה לאבחון, אלא מורכבת עד מאוד. אופן ההתקשרות אשר נקבע בין התובע ובין ההתארגנות ובאמצעות הנתבעת, בשנת 2009, היה של מתן שירותים מאת קבלן ולא של עובד ומעסיק. על אף שמדובר היה במתכונת אשר התובע לא היה שותף להסדרתה בתחילתה, מעדות התובע לפנינו עלה כי היא היתה מקובלת עליו ואף רצויה מבחינתו ועל כן המשיכו הצדדים להתנהל באופן זה גם החל משנת 2009. לתובע היה את הידע והמומחיות הנדרשים ואת הרישיון הנדרש, לצורך הפעלת ההתארגנות - נתונים אשר יתכן ואכן ייחדו את פעילותה של ההתארגנות, מפעילויות אחרות שהתקיימו במסגרת הנתבעת, בעיקר בנושא הפיקוח המקצועי. עם זאת וכפי שפירטנו, הנתבעת נבחרה לשמש כמסגרת המתאימה לפעילות ההתארגנות. הנתבעת שימשה כמעסיקה של עובדי הנתבעת והיתה כאמור מעורבת בניהולה של ההתארגנות כמפורט ומעבר למה שנטען על ידה. התנהלות זו נמשכה כ – 20 שנה, עד שנמצא לנכון לנהל את פעילות ההתארגנות במסגרת אחרת. בנסיבות העניין, התמונה הכללית, מכריעה את הכף לטובת התוצאה המכירה ביחסי עובד ומעסיקה בין התובע לנתבעת, לצורך הבטחת זכויותיו הסוציאליות של התובע, אשר לעניינן נדרשנו בתביעה זו.

18.עם זאת, לדעתנו, לא ניתן לראות את התקופה בכללותה כמקשה אחת, אלא יש להבחין בין תקופות שונות. אשר לתקופה שעד לחודש 3/2009, אנו סבורים כי יש לראות את התובע כ"עובד מושאל" של הקיבוץ להתארגנות וכיוצא בזה, לנתבעת (להלן: "התקופה הראשונה").

שאלה דומה לזו שלפנינו, נדונה ב[ע"ע (ארצי) 1091/04](http://www.nevo.co.il/case/2222623) מיכה רז – מ.ב תשלובת בניה של הקיבוץ הארצי ואח', ניתן ביום 7.9.2005, ו[בע"ע (ארצי) 1501/04](http://www.nevo.co.il/case/21881) אמיר בונה - פלסים אביזרים בע"מ, ניתן ביום 9.1.2005. ראו האמור לגבי פסקי דין אלו, בפסק הדין אשר ניתן בע"ע (ארצי) 729-07 מאיר שטרן נ' בית שאן חרוד אגודה שיתופית חקלאית של משקי העובדים לתובלה בע"מ, ביום 14.11.2011:

**"בכל פסקי הדין הללו נידונה שאלת מעמדו של חבר קיבוץ כ"עובד", מקום בו נשלח חבר הקיבוץ לעבוד מחוץ לקיבוץ בתאגיד בו היה הקיבוץ חבר או בעל מניות לפי העניין. השאלה המשותפת שעלתה לדיון בפסקי הדין שהוזכרו לעיל היא, האם יש לראות באותו חבר קיבוץ עובדו של התאגיד החיצוני. ההלכה שנקבעה בפסקי הדין היתה בתמצית, כי מעמדו של חבר קיבוץ כעובד התאגיד החיצוני יקבע על פי התשובה לשאלה, האם נכרת חוזה התקשרות חיצוני בין חבר הקיבוץ לבין מקום העבודה, או שמא הייתה עבודתו במסגרת שיבוצו בענף מענפי הקיבוץ. ככל שיוכח, כי חבר הקיבוץ נשלח לעבודתו בתאגיד החיצוני במסגרת סידור העבודה שלו בקיבוץ, לא יראו בו עובד התאגיד החיצוני. בית הדין האזורי בהליך שלפנינו קבע, כי הלכה זו שחלה על חבר קיבוץ, יש להחיל באופן זהה גם על המערער שהיה, כאמור, חבר מושב...".**

19.בענייננו - הקמת ההתארגנות, כך לשיטת התובע בתצהירו, היתה תוצאה של ידע ומומחיות אותם הוא רכש במסגרת תפקידיו בקיבוץ ושל היותו בעל רישיון לנהל "מפעל ראוי" של הקיבוץ. פעילות ההתארגנות הייתה משותפת למספר משקים בעלי מדגה וכפי שקבענו, בשל מטרה משותפת זו, פעלה ההתארגנות בכלל האופנים שמנינו, באמצעות הנתבעת למשך תקופה ממושכת. מעדות מר גולומב עלה כי הקיבוץ היה אחד מבעלי המניות בנתבעת (עמ' 79 ש' 20-22) וכי משק הקיבוץ נעזר בשירותי ההתארגנות (עמ'75 ש' 9-10). על פי עדותו של התובע, בשלב הראשון הוא עבד בחצי משרה בקיבוץ ובחצי משרה בהתארגנות ורק לאחר מכן עבד באופן מלא בהתארגנות.

בתצהירו, מסר התובע כך: "נוכח העובדה שבאותו מועד הייתי חבר קיבוץ ניר דוד, כל נושא השכר "נסגר" בין הנתבעת לבין הקיבוץ" (סעיף 3 לתצהיר). "על פי הסכמה שבין קיבוץ ניר דוד לבין הנתבעת הפסקתי עבודתי בקיבוץ והתחלתי לעבוד באופן קבוע בנתבעת. גובה השכר הוסכם בין מזכירות הקיבוץ לבין הנתבעת" (סעיף 7 לתצהיר). ובעיקר: "טענת הנתבעת שאני העדפתי "לספק את השירותים לנתבעת כקבלן עצמאי", הינה טענה שקרית שאין בה שמץ של אמת. בשנת 1993 כאשר נשלחתי על ידי הקיבוץ לעבוד בהתארגנות עניין שכרי ואופן תשלומו ותנאי העסקתי לא נדון עמי כלל, אלא שכחבר קיבוץ פעלתי בהתאם להוראות שקיבלתי מהקיבוץ לעבוד בניהול ההתארגנות לגרוש ציפורים בנתבעת וכך עשיתי...". (סעיף 38 לתצהיר. ההדגשות אינן במקור). בהמשך התצהיר מציין התובע כי השכר שקיבל לא היה מעניינו אלא עניין שבין הקיבוץ לנתבעת.

השכר עליו הוסכם היה 10,000 ₪, באמצעות חשבונית שמסר הקיבוץ לנתבעת. בשנת 2006, הופרט הקיבוץ אולם הנתבעת המשיכה להעביר את התשלום תמורת עבודת התובע בהתארגנות, ישירות לידי לקיבוץ **"וזאת בהתאם להחלטה של הקיבוץ ובהתאם להסכמה שהיתה בין הקיבוץ ובין הנתבעת עוד משנת 1993"** (סעיף 12 לתצהיר התובע). לטענת התובע בעדותו, ממועד ההפרטה העביר הקיבוץ לידיו שכר של 7,000 ₪ כאשר יתר הסכום נוכה על ידי הקיבוץ עבור מיסי קהילה, "וניכויים בהתאם להחלטות הקיבוץ בעניין ההפרטה" (סעיף 13 לתצהיר). בחודש 3/2009, הודיע הקיבוץ לתובע ולנתבעת כי שכרו של התובע לא יוכל להתקבל לקיבוץ וזאת בשל שינוי נהלים הנוגעים להפרטה. כך על פי עדותו. החל מחודש 4/2009 החלה הנתבעת לשלם את שכרו של התובע ישירות אליו. יתכן כי ההתקשרות הישירה בין התובע והנתבעת החלה כבר בשנת 2006 וכי העברת השכר באמצעות הקיבוץ נעשתה רק מטעמים טכניים, אולם אין לפנינו די נתונים היכולים לבסס קביעה כזו. החל משנת 2010 התובע החל לבקש את העלאת שכרו ובהמשך דרש כי ההבטחה לכך תמומש (סעיף 15 לתצהיר). זאת בניגוד לתקופה שקדמה לכך, שבה לעדות התובע, נושא השכר לא היה מעניינו. מכאן אנו למדים כי רק החל מחודש 4/2009, התקיימה התקשרות ישירה בין התובע לבין הנתבעת.

20.ככל שביקש התובע לטעון כי הוא הועסק במישרין על ידי הנתבעת החל משנת 1993, ולא נשלח לעסוק בהתארגנות על ידי הקיבוץ, במסגרת "סידור העבודה", היה עליו להביא ראיות על מנת לתמוך בכך. בפסק הדין אליו מפנה התובע, אשר ניתן בס"ע (ת"א) 37515-10-10 אברהם אפורי – גפ"י גרנות פיתוח יוזמות בע"מ, ניתן ביום 10.1.2014, נקבע, כי עבודתו של התובע שם לא בוצעה בנתבעת במסגרת סידור עבודתו בקיבוץ, אלא במסגרת התקשרות אישית בינו לבין הנתבעת וכי רק נוכח תקנות הקיבוץ, הועבר שכרו ישירות לקיבוץ. הטעם לקביעה זו היה כי הקיבוץ לא נדרש להקצות עובד לטובת הנתבעת אלא התובע באופן אישי נשכר לבצע את העבודה על בסיס כישוריו האישיים וכי רק לאחר שעבר את מבחני ההתאמה, פנתה הנתבעת לקיבוץ על מנת לאפשר את העסקתו אצלה. יצוין כי גם באותו הליך, נדרש בית הדין לשתי תקופות, כאשר לגבי התקופה השנייה, לא היתה מחלוקת כי התקיימו יחסי עובד ומעסיקה עם הנתבעת. אלא שבמקרה שלפנינו, לא ניתן לקבוע כי התובע הועסק במישרין על ידי הנתבעת בתקופה הראשונה. טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם נוסח הדברים בתצהיר התובע, אשר הובא בפסק דין זה לעיל, בהדגשה, ממנו עולה כי התובע נשלח לעבוד בנתבעת על ידי הקיבוץ. וכי לקיבוץ היה אינטרס בהקמת ההתארגנות כפי שפורט לעיל. הקיבוץ הוא שסיכם את תנאי ההעסקה בפן הכספי עם הנתבעת. כפי שפירטנו לעיל, התובע עסק בקיבוץ בין השאר בגרוש ציפורים והמשיך לעסוק בתפקיד זה בהתארגנות אשר הוקמה למטרות אלו ולמען גם יתר המדגים שבמשקי הסביבה באמצעות הנתבעת. בפסק הדין אליו הפנה התובע, נקבע כי בכל מקרה, היתה הנתבעת שוכרת עובד חיצוני לצורך פעילות הנתבעת. בהתבסס על תיאור הקמת ההתארגנות על ידי התובע, לא ניתן לומר שזהו המקרה כאן.

21.לנוכח הראיות שפורטו לעיל, המלמדות על כך שהתובע היה "עובד מושאל" ומשלא הובאו ראיות מנגד לגבי טיב ההסכם בין הקיבוץ ובין ההתארגנות אשר היו מלמדות על כך שהתובע היה עובד חיצוני של הנתבעת ולא "עובד מושאל", יש לקבוע כי התובע היה "עובד מושאל" במסגרת סידור עבודתו, מהקיבוץ לנתבעת.

22.לסיכום נושא זה:

בתקופה הראשונה – התובע הועסק בנתבעת כ"עובד מושאל" של הקיבוץ אל הנתבעת. בתקופה זו לא התקיימו יחסי עובד ומעסיקה בין התובע לבין הנתבעת.

בתקופה השנייה - החל מחודש 4/2009, ומשעה שהתשלום החודשי הקבוע כנגד עבודת התובע בנתבעת החל להשתלם ישירות לתובע, יש לראות בתובע כעובד של הנתבעת, על הכרוך בכך.

**הזכויות להן זכאי התובע, על בסיס קביעותינו עד כה:**

פיצויי פיטורים

23.לטענת התובע, יש לחייב את הנתבעת בתשלום פיצויי פיטורים, בסך של 344,000 ₪ בגין תקופת העסקה בת 20 שנה, על בסיס שכר אחרון בסך 17,200 ₪.

24.אשר לתקופה הראשונה לגביה קבענו כי התובע היה "עובד מושאל" ולא "עובד חוץ" –

בפסק הדין בעניין מיכה רז, נאמר, כי גם "העובד המושאל", זכאי לחלק מהזכויות המוקנות בחוקי המגן. על פי פסק דין זה, יש מקום במקרים כאלו להחיל הוראות מסוימות של חוק הגנת השכר וחוק שכר מינימום, "ביחס לכספים שהחברות משלמות לקיבוץ". עילת התביעה בגין זכויות אלו, כנגד הנתבעת בתקופה הראשונה, בכל מקרה הינה של הקיבוץ כלפי הנתבעת. כך לדעתנו.

אשר לפיצויי הפיטורים, במקרה כזה - לטענת התובע בסיכומיו, גם אם נקבע כי היה "עובד מושאל", יש לראות בו כעובד של הנתבעת לצורך חוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג – 1963 (להלן: "חוק פיצויי פיטורים"). התובע מפנה לפסק הדין בעניין אברהם אפורי, שם נקבע, לחילופין, כי גם אם היה נמצא כי התובע עבד במסגרת סידור העבודה של הקיבוץ בתקופה הרלוונטית - יש לראות בו כעובד הנתבעת לצורך פיצויי פיטורים, זאת משום שגם לאחר סיום עבודתו במסגרת זו, המשיך לעבוד אצל הנתבעת ולא הוחזר אל הקיבוץ (ראו גם: עב' (ת"א) 7991/08 רפאל מאירי – המועצה לייצור ושיווק כותנה בע"מ, ניתן ביום 19.3.2009). עוד נטען, כי בכל מקרה, התובע זכאי לפיצויי פיטורים בגין כלל התקופה וזאת מכח סעיף 1 לחוק פיצויי פיטורים, שכן מדובר בתקופת עבודה באותו "מקום עבודה". בפסק הדין בעניין אפורי נטען כי העסקת התובע בתקופה השנייה, יצרה מחויבות כלפי התובע כתנאי מכללא בהסכם העבודה שלו ומכח חובת תום הלב וכן ומכח סעיף 1 לחוק פיצויי פיטורים, לשלם לתובע פיצויי פיטורים על כל התקופה.

25.אנו סבורים כי במקרה זה, אין לחייב את הנתבעת לשלם לתובע פיצויי פיטורים בגין התקופה הראשונה. זאת, גם אם נקבל את טענתו של התובע כי באופן עקרוני יש להחיל את חוק פיצויי פיטורים בשל תכליתו, על מסגרת העסקה בלתי שגרתית זו, וגם לא בהתבסס על סעיף 1 לחוק פיצויי הפיטורים בשל כך שהנתבעת היתה מעסיקתו האחרונה באותו מקום עבודה.

ונסביר:

מעדות התובע עולה כי המעבר לתשלום באמצעות חשבוניות של התובע בחודש 4/2009 וכפי שקבענו - להעסקה ישירה של התובע על ידי הנתבעת, היה תוצאה של תהליך הפרטה של הקיבוץ. נטען כי הקיבוץ הופרט בשנת 2006 וכי בשנת 2009, נהלים הקשורים בהפרטה כבר לא אפשרו את העברת שכרו של התובע אל הקיבוץ. התובע לא פירט מעבר לכך כל מידע אודות מערכת היחסים בינו ובין הקיבוץ בכל תקופת עבודתו בנתבעת, לרבות אילו שינויים חלו בהם כתוצאה מההפרטה. זאת למעט כי החל משנת 2006, מועד ההפרטה, העביר הקיבוץ לתובע שכר חודשי של 7,000 ₪ מתוך 10,000 ₪ שהתקבלו מהתובעת וכי 3,000 נוכו על ידי הקיבוץ בעבור מיסי קהילה ו"בהתאם להחלטות הקיבוץ בעניין ההפרטה" (סעיף 13 לתצהיר).

בסעיף 4.1 לכתב התביעה מבקש התובע לחשב את זכויותיו לפנסיה לפי 12% הפרשות מעסיק, רק החל מחודש אפריל 2009. בהעדר פירוט מצד התובע, יש להניח כי המשמעות היא כי עד לחודש זה, התשלום שהעבירה הנתבעת לקיבוץ כלל גם הפרשות לגמל (6%) וגם הפרשות לפיצויי פיטורים (6%). לאחרונה, ניתן פסק דין בע"ע (ארצי) 57175-06-14 שירותי בריאות כללית – ד"ר זיוה שפירא ואח' ובע"א (ארצי) 11465-06-13 אביבה ברק – שירותי בריאות כללית (ביום 27.8.2018). נסיבותיו של פסק דין זה שונות מהמקרה שלפנינו. שם דובר על תקופה בה שררו נורמות מיוחדות בין הקיבוצים ובין חבריהם, מדובר היה בעובדות חוץ וכן בסיום עבודה בשל פרישה מחמת גיל ולא בשל פיטורים. עם זאת, מפסק דין זה ניתן ללמוד על כך כי קיימת אפשרות כי בדרך כזו או אחרת, הוסדר נושא זה במסגרת נורמות שהיו קיימות במועד הרלוונטי, החלות על היחסים שבין התובע לבין הקיבוץ. אלו לא הובאו על ידי התובע במסגרת ראיותיו, כמו גם פרטים אודות הנסיבות אשר הביאו למעשה לשינוי בדרך ההתקשרות שלו עם הנתבעת. על מנת לחייב את הנתבעת בפיצויי הפיטורים בגין מלוא תקופת העסקה, גם אם בגובה השלמת הפיצויים בשיעור 2.33% בלבד (אפשרות חלופית שלא הועלתה על ידי התובע), על בסיס השכר האחרון דווקא - היה על התובע לכל הפחות למסור בנושא זה גרסה מפורטת, בתצהיר, התומכת בטענתו - כי עם המעבר להתקשרות ישירה בינו ובין התובעת לא התממשה כבר תכלית חוק פיצויי פיטורים (גם אם החוק חל על סיטואציה זו, ויש להזכיר שלא בדרך הרגילה של הדברים) במסגרת היחסים בינו ובין הקיבוץ. הדברים רלוונטיים בנסיבותיו המיוחדות של מקרה זה, אף לגבי סעיף 1 לחוק פיצויי הפיטורים. נוסיף ונציין כי לטענת הנתבעת, הטענה לפיצויי פיטורים מכח סעיף 1 לחוק, מהווה הרחבת חזית כיוון שהיא לא נזכרה בכתב התביעה.

26.עולה אם כן, כי גם בנושא זה בחר התובע, וסיבותיו עמו, שלא למסור פרטים על מערכת היחסים המשולשת בין הצדדים, בחודשים 3-4/2009, אשר בוודאי רלוונטית לשאלה שבמחלוקת, וגם לא להעיד את נציגי הקיבוץ. בהתחשב בכך כי התובע הועסק בנתבעת כפי שקבענו כ"עובד מושאל" של הקיבוץ, הרי שחסר ראייתי זה פועל לחובת התובע. לפיכך, אין מקום לחייב את הנתבעת בפיצויי פיטורים בגין התקופה הראשונה.

27.אשר לתקופה שהחל מחודש 4/2009 – לצורך חישוב פיצויי הפיטורים, עלינו לדון תחילה בשאלת "השכר הקובע".

לטענת התובע, מנהלי הנתבעת דרשו ממנו למסור חשבונית מידי חודש לצורך תשלום שכרו, כאשר פעילות התובע המשיכה כבעבר. לטענת התובע, במהלך 2010, ביקש ממר גבע ז"ל לדון בהעלאת שכרו. בחודש 12/2010 ומשהתמנה מנהל פיננסי חדש לנתבעת, הוחלט כי שכרו של התובע יקבע על ידי צוות המורכב ממספר מנהלי מדגים. לטענת התובע, כיוון שהם "היו מודעים למטלות הרבות שאני מבצע בניהול ההתארגנות". הם החליטו כי "השכר הראוי" ישווה לשכר של מנהלי המדגים, בסך של 17,200 ₪, בתוספת מע"מ. ההחלטה יושמה החל מחודש 8/2011 ועד למועד הפסקת עבודת התובע בנתבעת (סעיף 15 לתצהיר התובע). מאחר שמדובר בשכרו האחרון, מבקש התובע לחשב את פיצויי הפיטורים על בסיס שכר זה (ללא מע"מ).

28.לטענת הנתבעת, גם אם תתקבל טענת התובע כי הוא זכאי לפיצויי פיטורים, הנתבעת אינה חבה בכל סכום כיוון שהתמורה הקבלנית ששולמה לתובע ביחס לעובדים אחרים ולהיקף השירותים אשר סופק על ידו, עלתה באופן משמעותי על השכר שהיה מקבל כעובד. לאור זכות ההשבה של הנתבעת, התובע אינו זכאי לטענתה לפיצויי פיטורים. לחילופין, נטען כי התובע זכאי לפיצויים אך ורק בגין התקופה שבה סיפק לנתבעת שירותים באופן ישיר – 3.75 שנים – מחודש 4/2009 ועד חודש 12/2012 וכן על פי שכר של 6,920 ₪ - השכר הגבוה ביותר ששולם לעובד אצל הנתבעת בגירוש ציפורים. הנתבעת טענה בסיכומיה כי לנוכח היקף השירותים שהעניק התובע ללקוחותיו, במקביל לפעילותו בהתארגנות, עמד היקף משרתו לכל היותר, על מחצית המשרה.

29.**"בפרשת עמיר נקבע כי הדרך שבה יש לבחון את זכות העובד לתשלום זכויות הנובעות מהכרה בו בדיעבד כעובד שכיר, מקום שבו ההתקשרות עמו נעשתה לכתחילה כעובד עצמאי, היא הדרך החישובית. על פי הדרך הזו, מקום שבו מצויים בפני בית הדין נתונים מוכחים שמהם ניתן ללמוד מה היה שכר העובד לו היה מועסק מלכתחילה כעובד, יבוצע החישוב על פי השכר ה"שכירי" בתוספת כלל הזכויות המגיעות לעובד ורק כאשר התוצאה תעלה על הסכום שקיבל העובד בפועל, יהא העובד זכאי לתשלום ההפרש. ככל שהתוצאה תהא נמוכה מהתשלום שקיבל העובד בפועל, יהא המעסיק רשאי לזקוף את ההפרש על חשבון הזכויות שלהן זכאי העובד ואלה תקוזזנה מהתשלום שקיבל העובד.**

**בבחינת הדברים יש ליתן את הדעת לתום ליבם של הצדדים בעת שנקבעה מסגרת ואופן העסקת המערער... "**

סעיפים 39-40 לפסק הדין בע"ע (ארצי) 5542-09-11 מיכאל גוטמן – שיכון ובינוי אחזקות בע"מ, ניתן ביום 5.9.2017.

בע"ע (ארצי) 56745-02-13 חברת החדשות הישראלית בע"מ – שחר צרפתי, ניתן ביום 14.12.2016, נקבע, כי בתביעת ההשבה של המעסיק, יערך החישוב על בסיס שכר מופחת ולא על בסיס השכר הכולל, רק ככל שישנם נתונים מוכחים על שכרו של העובד אילו נחשב לעובד מלכתחילה. כגון באמצעות נתוני שכר של עובד מקביל אחר אצל אותו מעסיק או לנתונים מוכחים אחרים.

במקרה זה שלפנינו, לא הונחה תשתית עובדתית לכך כי התובע היה מקבל שכר מופחת מהשכר שקיבל בפועל, אילו היה נחשב לעובד מלכתחילה. הנתבעת מבקשת להתבסס על שכר של עובד אשר היה כפוף לתובע. איננו מקבלים גם את טענותיה לגבי היקף משרתו של התובע, אשר אף היא אינה מבוססת. הנתבעת עצמה טענה כי לא היה לה כל פיקוח על שעות עבודתו של התובע ואילו מהעדויות מטעם התובע, עולה כי התובע עבד שעות רבות ביממה במסגרת ההתארגנות, גם אם במקביל נתן שירותים לאחרים כעצמאי וכבר הבענו את דעתנו לגבי היקף פעילותו כעצמאי ביחס להיקף עבודתו עבור הנתבעת. נציין כי גם אם שכרו של התובע עלה החל מחודש 8/2011 באופן משמעותי, יש לחשב את זכויותיו בחודשים שבהם שולם לו שכר זה, על בסיס שכר כולל זה. אף שלא היתה מחלוקת לגבי הגורמים אשר קיבלו את ההחלטה לגבי גובה השכר, אלו לא הובאו לעדות והדבר פועל בנסיבות העניין, לחובת הנתבעת. לאור זאת, יחושבו זכויות התובע על בסיס השכר הכולל שקיבל: 10,000 ₪ לתקופה שהחל מ – 4/2009 ועד 7/2011 ו- 17,200 ₪, החל מחודש 8/2011 ועד סיום העסקת התובע, ביום 15.1.2013.

30.בהתבסס על שכרו כפי שקבענו לעיל, זכאי התובע לפיצויי פיטורים בהתאם לחישוב הבא: 3.8 (שנים) X 17,200 ₪ = 65,360 ₪. הסכום יישא הפרשי הצמדה וריבית כחוק, מיום 1.3.2013 (כפי שנתבקש בתביעה) ועד ליום התשלום בפועל.

חופשה שנתית

31.התובע דורש פדיון חופשה בגין שלוש השנים האחרונות אשר קדמו לסיום עבודתו בשנת 2013. בהתאם לסעיף 3 לחוק חופשה שנתית, התשי"א – 1951, התובע זכאי ל – 28 ימי חופשה בשנה, היינו סך הכל 84 ימי חופשה בתקופה הרלוונטית. בהתאם לסע' 13 לחוק כאמור, זכאי התובע לסכום של 48,132 ₪ (84 ימים X 573 ₪ ליום) והוא יועמד על סך של 48,128 ₪ על מנת שלא לחרוג מסכום התביעה. סכום זה יישא הפרשי הצמדה וריבית כחוק, החל מיום 1.3.2013 ועד למועד התשלום בפועל.

דמי הבראה

32.התובע זכאי לדמי הבראה בגין תקופה של שנתיים. בהתאם לוותק התובע ושיעור משרה מלאה, זכאי התובע ל - 10 ימי הבראה לשנה בשיעור ערך יום הבראה בסך 370 ₪ (על פי התובע, הנתבעת אינה טוענת לסכום שונה) לכן, זכאי התובע בגין דמי הבראה לסך של 7,400 ₪. הסכום יישא הפרשי הצמדה וריבית כחוק, מיום 1.3.2013 ועד לתשלומו בפועל.

הפרשי פנסיה

33.סעיף 6 ד' לצו [צו הרחבה לביטוח פנסיוני מקיף במשק](http://www.nevo.co.il/law/130126) אשר נכנס לתוקפו ביום 1.1.2008 קובע את שיעור ההפרשות בגין חלקו של המעסיק:

1.1.2009 – % 1.66

1.1.2010 – % 2.5

1.1.2011 – % 3.33

1.1.2012 – % 4.16

1.1.2013 –5%

לפיכך, ובהתאם לשכר הקובע, בשנת 2009 היה זכאי התובע ל- 1,494 ₪ (לפי 166 ₪ לחודש X 9 חודשים). בשנת 2010 היה זכאי התובע להפרשות בשווי 3,000 ₪ (לפי 250 ₪ לחודש). בשנת 2011 – 2,331 ₪ (לפי 333 ₪ לחודש X 7 חודשים) + 2,865 ₪ (לפי 573 ₪ X 5 חודשים). בשנת 2012 – 8,592 ₪ (לפי 716 ₪ לחודש) ובשנת 2013 – 430 ₪ (לפי 860 ₪ לחודש X 0.5 חודש).

לפיכך, זכאי התובע לסך כולל של 18,712 ₪. סכום זה יישא הפרשי הצמדה וריבית כחוק, החל מיום 1.3.2013 ועד למועד התשלום בפועל.

34.התביעה כללה גם רכיבי תביעה של דמי חגים וקרן השתלמות.

אשר לדמי חגים – הואיל והתובע קיבל שכר חודשי, הוא אינו זכאי לדמי חגים. אשר לקרן השתלמות - התובע זנח בסיכומיו את תביעתו ברכיב זה.

לפיכך, התביעה בגין רכיבים אלו – נדחית.

35.**סוף דבר –** הנתבעת תשלם לתובע את הסכומים כמפורט בסעיפים 30-33 לפסק הדין, זאת בתוך 30 יום מקבלתו.

36.הנתבעת תשלם לתובע הוצאות ושכר טרחת עו"ד בסכום של 7,500 ₪. זאת, בתוך 30 יום מקבלת פסק הדין.

37.**הצדדים רשאים לערער על פסק הדין לבית הדין הארצי לעבודה בירושלים, בתוך 30 יום מקבלתו.**

**ניתן היום, כ"ד בתשרי תשע"ט (3 באוקטובר 2018) בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.**

****

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **מר מרדכי חזיזה****נציג עובדים** |   | **מירון שוורץ, נשיא****אב"ד** |   | **מר אליאס ג'טאס****נציג מעסיקים** |