

פברואר 2016

ללקוחותינו הנכבדים שלום רב,

הנדון: קיזוז סכומים ששולמו ביתר לפרילנסר אשר הוכר בדיעבד כעובד

1. לאורך השנים ניתנו על ידי בית הדין לעבודה פסקי דין רבים בתביעות בהן נותני שירותים במעמד של "קבלן עצמאי" (פרילנסר) עתרו לבית הדין לעבודה להכיר בהתקשרות עמם כ"יחסי עובד ומעסיק", וכפועל יוצא מכך, לחייב את המעסיק בתשלום זכויותיהם הסוציאליות בהתאם לחקיקת המגן בדיני עבודה.
2. כידוע, היותו של אדם "עובד" הוא עניין של "סטטוס". מעמד זה אינו נקבע על פי המוסכם בין הצדדים, אלא בהתאם למבחנים שונים שנקבעו בפסיקת בתי הדין לעבודה על פי נסיבות כל מקרה לגופו.
3. בהתקשרויות רבות שהובאו לפתחו של בית הדין לעבודה, טענו המעסיקים כי קיים פער משמעותי בין הסכומים ששולמו לעובד כ"פרילנסר" לבין הסכומים שהיה משתכר לו היה מועסק, מלכתחילה, כ"עובד שכיר". משכך, טענו מעסיקים כי גם אם יוכר הקבלן העצמאי בדיעבד כ"עובד שכיר", הרי שיש לבצע קיזוז בין הסכומים ששולמו לעובד ביתר במסגרת התמורה הקבלנית לבין השכר והתנאים הסוציאליים שיפסקו לזכות העובד. טענה זו נסמכת על סעיף נפוץ בהסכם ההתקשרות הידוע בכינויו "סעיף גדרון", שבו נקבע כי אם יעתור הקבלן העצמאי להכיר בו כעובד שכיר, יקוזזו הסכומים שקיבל העובד ביתר כפרילנסר (שכן שכרו כפרילנסר היה גבוה יותר).
4. השאלה האם ומתי ניתן לקזז מזכויותיו של עובד, שהוכר בדיעבד ככזה, סכומים שקיבל עקב מעמדו כ"קבלן עצמאי", העולים על ה"שכר" שהיה משולם לו אילו הועסק מלכתחילה כ"עובד" (להלן - "השכר החלופי") נדונה בפסיקתם של בתי הדין לעבודה.
5. בפסק הדין בעניין **רפי רופא**¹ דן בית הדין הארצי בטענת הקיזוז והשבה שהעלה המעסיק וקבע כי ככלל, כאשר ייקבע שעובד סווג באופן שגוי כעצמאי, הוא יהיה זכאי לכל הזכויות המגיעות לו כ"עובד שכיר" מבלי שניתן יהיה לקזז מזכויות אלה את הפער בין התמורה הקבלנית לשכר החלופי. החריג לכך, **המאפשר קיזוז**, הינו כאשר העובד נהג **בחוסר תום לב קיצוני**. חוסר תום הלב מצד המועסק נמדד באמצעות שני מבחנים מצטברים: (1) פער של לפחות 50% בין התמורה הקבלנית לבין השכר החלופי כפי שייקבע על ידי בית הדין; (2) הבחירה במתכונת ההעסקה העצמאית הייתה מלכתחילה של המועסק.
6. כמו כן, קבע בית הדין הארצי לעבודה כי דרישת המעסיק להשבת הסכומים תוכל להטען כטענת קיזוז בלבד, במילים אחרות, המעסיק לא יוכל לתבוע מן העובד להשיב לו סכום גבוה יותר מזה שנפסק לו, כאשר הוכר בדיעבד כ"עובד".
7. שני פסקי דין שניתנו על ידי בית הדין הארצי לעבודה בסוגייה זו בעת האחרונה (האחרון שבהם לפני מספר שבועות), מבטאים לטעמנו ריכוך במגמת בית הדין ביחס לשאלת הקיזוז וההשבה של הסכומים ששולמו לעובד ביתר כ"פרילנסר", כאשר הוא הוכר בדיעבד כ"עובד שכיר".
8. בעניין **ענת עמיר נ' חברת החדשות**² נדונה תביעתה של עוזרת במאי ששימשה כפרילנסרית בחברת החדשות במשך מספר שנים, להכרה בה כעובדת שכירה.
9. בגישה חדשנית, דחה הנשיא פליטמן את הקביעה המחייבת פער של 50% בין השכר הקבלני לשכר החלופי כקריטריון להצדקת תביעת השבה, כאמור בפסק הדין בעניין **רפי רופא** - המכונה "**הגישה ההרתעתית**". במקום זאת, הוצגה גישה שונה - "**הגישה החישובית**" - לפיה יש להשוות בין עלות ההתקשרות כפרילנסר לבין השכר החלופי

נחום פינברג *
ארנה שר
קרן שליט
עמי שחר
סמדר קפלן
אפרת בירן
אורלי אבירם
יעקב מלישקביץ
ירון קרמר
מיכל פינברג-דרורן **
אלון גוי
אוהד גלעד
דוד משה
רוני איטח גנט
נטלי קמחי
מאיה גבעון
עדי גבאי
ליאת כהן
טובה שרון
אסף בקר
דניאל כוכבי
קרן זאגה
עודד מזרחי
אורלי חרס
נועה כוכבי
עירית באגון
דניאל שחבר
אלה גילי סחר
אבי (אברהם) טסמה
עדי אגיס
אביתר טף
קארין הדר
מיכל לביא
אור איבשיץ

* נוטריון

** חברה גם בלשכת עורכי הדין של ניו-יורק

ע"ע 110/10 רפי רופא נ' מרקס סוכנות לביטוח ואח' (ניתן ביום 22.12.11, פורסם בנבו).
ע"ע 3573-1011 ענת עמיר נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ (ניתן ביום 21.1.15, פורסם בנבו).

כ"שכיר" בתוספת כל הזכויות הסוציאליות. אם קיים פער בין הסכומים, רשאי המעסיק לתבוע השבה בגין ההפרש, היינו, עד לגובה הזכויות המגיעות לעובד על פי חוק ולא מעבר לכך - כלומר מבצעים קיזוז.

צויין כי פסק הדין התייחס למקרים שבהם טיב הקשר בין הצדדים לא היה ברור מלכתחילה, והיה יסוד לאומד דעת הצדדים כי אין ביניהם קשר של יחסי עבודה. במקרים כגון אלה סבר בית הדין כי אין זה צודק להחמיר בדרך של כפל פיצוי שיושת על המעסיק, וזאת גם אם פער הסכומים היה פחות מ-50%.

9. בית הדין הארצי לעבודה חזר על עמדתו זו לאחרונה בעניין **שחר צרפתי**³. באותו מקרה נדון עניינו של איש סאונד שהועסק כקבלן עצמאי בחברת החדשות במשך כ-13 שנים.

הנשיא פליטמן קבע כי מדובר במקרה גבולי, אשר בו, מחד גיסא, מדובר בקשר ארוך בין הצדדים כאשר המערער השתלב במערך הארגוני שבאמצעותו ביצעה חברת החדשות פעולות שהן בליבת עיסוקה; מאידך גיסא, המערער ניהל עסק עצמאי שבמסגרתו סיפק שירותים לגורמים אחרים. עוד נקבע, כי המערער הוא שבחר מלכתחילה את אופן ההעסקה כקבלן משיקוליו הוא, וכי גם לאחר סיום ההתקשרות קשה להגדיר בדיעבד את יחסי הצדדים כיחסי עובד ומעסיק. כפועל יוצא, נקבע כי אין צידוק ליישום ה"גישה ההרתעתית" וכי יש לנקוט ב"הגישה החישובית". בית הדין חזר על קביעתו בעניין **ענת עמיר**, לפיה **תביעת השבה של המעסיק מוגבלת בשיעורה לתביעת קיזוז ההפרש בין העלות ששולמה לעובד כפריילנסר בהשוואה לעלות העסקתו כעובד**.

עוד נקבע כי לצורך הוכחת שכרו החלופי של העובד יש לפנות לנתונים מוכחים בדבר שכרו של עובד מקביל אצל אותו מעסיק, או לנתונים מוכחים אחרים, ולא ניתן להסתפק במוסכם ב"תניית גדרון".

10. פסקי הדין בעניין ענת עמיר ובעניין שחר צרפתי מבטאים, כאמור, ריכוך מסויים בגישת בתי הדין כלפי מעסיקים שאין מקום להפעיל כלפיהם את "הגישה ההרתעתית". מעניין יהיה לעקוב כיצד יישמו בתי הדין האזוריים את הלכה זו של בית הדין הארצי לעבודה.

11. האמור בחוזר זה אינו מחליף ייעוץ משפטי קונקרטי.

בכבוד רב,

מיכל פינברג-דורון, עו"ד
נ. פינברג ושות', עורכי דין ונוטריון

³ ע"ע 56745-02-13-13 חברת החדשות הישראלית בע"מ נ' שחר צרפתי (ניתן ביום 14.2.16, פורסם בנבו).