

בתי הדין לעבודה

עב 1110/01	בית הדין האזורי לעבודה בנצרת
-------------------	-------------------------------------

15/03/2004

בפני: כב' השופט חיים סומך – שופט ראשי
נציג ציבור עובדים: מר דניאל לוי
נציג ציבור מעבידים: מר שמעון כהן

התובע

בעניין: זוהר שחר
ע"י ב"כ עו"ד זלמן סג"ל ואח'
נ ג ד

הנתבעת

מלון שרתון מוריה (ישראל) בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד י. גורניצקי ושות'

פ ס ק ד י ן

1. **לפנינו תביעה לחייב הנתבעת לשלם לתובע סכום של 763,325 ₪ בגין רכיבי התביעה הבאים:**
- | | |
|---------------------------|-----------|
| קרן השתלמות | ₪ 159,180 |
| קרן פנסיה מקיפה של מבטחים | ₪ 254,610 |
| חופשה שנתית | ₪ 167,622 |
| דמי הבראה | ₪ 44,556 |
| פיצויי פיטורין | ₪ 49,506 |
| חופשת חגים | ₪ 87,851 |
| ס ה"כ | ₪ 763,325 |

לגרסת התובע, בין הצדדים התקיימו יחסי עובד ומעביד בתקופה 2/1983 עד 6/2000, ומכאן זכויותיו.

2. בכתב ההגנה הוכחו טענות התובע, נטען שבין הצדדים לא התקיימו יחסי עובד ומעביד, אלא התובע שימש קבלן עצמאי למתן שירותי בידור בהתאם לצורכי המלון.

3. **להלן העובדות הנוגעות לענין, העולות מחומר הראיות:**

- (א) הנתבעת הנה חברה הרשומה כדין בישראל והעוסקת בענייני מלונאות, והנה בעלים של מלון בטבריה.
- (ב) התובע הינו מוסיקאי אשר הועסק ע"י הנתבעת בתקופה 2/1983 עד 6/2000 כ"אומן הבית".
- (ג) התובע החל עבודתו אצל הנתבעת בחודש פברואר 1983. תנאי עבודתו סוכמו בע"פ עם מנהל המלון דאז, מר יורם גרוזנר.
- (ד) ביום 20/5/87 נערך סיכום דברים בו פורטו תנאי העסקת התובע (נספח א' לת/2). השכר שנקבע בסיכום הדברים עודכן במהלך שנות עבודתו של התובע אצל הנתבעת. סמוך למועד סיום העסקתו עמד שכרו של התובע על 200 \$ לערב.

לגרסת התובע בתקופה זאת צומצמו הופעותיו ל- 3-4 ערבים בשבוע.

- (ה) התובע סיים את עבודתו אצל הנתבעת בעקבות מינויה של רעייתו למנהלת מחלקת התרבות בקונסוליה הישראלית במיאמי (ארה"ב), בשליחות מדינה, והוא הצטרף אליה (נספח ב' לת/2).
- (ו) התמורה לה זכאי התובע בגין הופעותיו שולמה כנגד חשבונית מס שהוגשה מדי חודש בחודשו (ראה נספחים ג' 1 – ג' 12 לת/2).
- (ז) התובע קיבל מן הנתבעת תשלום על פי מספר הערבים בהם עבד אצל הנתבעת, ללא קשר לתפוסת האורחים ולקהל הנוכחים.
- (ח) התובע היה צריך להתאים ההופעות לפי סוג הקהל ו/או האורחים במלון, דהיינו, אם מגיע קהל דתי ההופעה היתה בהתאם ואם מגיע קהל אמריקאי ההופעה היתה בהתאם.
- (ט) הנתבעת איפשרה לתובע ללון במלון ולעיתים אף לאכול ולשתות. יש מחלוקת בין הצדדים אם האכילה והשתיה היתה בתשלום, אך לגבי חדר במלון הדבר נעשה כפי שנעשה לאמנים אורחים הבאים מרחוק.
- (י) לצורך הופעותיו התובע היה שוכר עובדים (סבלים, נהגים, נגנים) ומשלם לעובדיו סכומים אשר נקבעו בינו ובין אותם עובדים וללא מעורבות הנתבעת (ראה ג' 3 – ג' 15, כן ראה עמ' 9 שורות 13 – 30, תשובות התובע לגבי מסמכים אלה בעמודים 9 – 13).
- (יא) לצורך הזמנת הופעות התובע השתמשה הנתבעת בטופס הזמנת שירותים של מחלקת הבידור – "בקשת אישור לביצוע עבודות חוץ". לגרסת מנכ"ל הנתבעת מדובר בטופס הזמנת שירותים מספק חיצוני (ראה נספח ה' לנ/17).
- (יב) ההופעות של התובע פורסמו על לוחות המודעות של הנתבעת תחת שם המותג "זוהר שחר", "להקת פעמון" ו"צמד פעמון".
- (יג) לגרסת הנתבעת לא היתה לה כל נגיעה לחלוקה הפנימית באשר לתשלום ששולם לעובדים שהופיעו עם התובע והוצאותיו, לבין התשלום שקיבל, במסגרת הופעותיו עם הלהקה.
- (יד) לעיתים התובע היה מופיע בעצמו, בהופעות סולו, ולעיתים בצירוף אנשי להקה נוספים כצמד, תחת המותג "צמד הפעמון", וכלהקה, תחת המותג "להקת הפעמון".
- (טו) התובע לא קבל הנחיות לגבי הרפרטואר אותו ביצע. הוא קבע את סדר השירים, סוג השירים, אופי הביצועים, השפה בה בוצעו, זאת בכפוף להנחיה כללית באשר לקהל היעד.
- (טז) הציוד שבו השתמש התובע היה, כלי הנגינה, מערכת התאורה, מערכת ההגברה והמיקרופונים, ציוד שהיה בבעלותו של התובע. בציוד זה עשה התובע שימוש גם בהופעותיו במקומות אחרים. (ראה עמ' 14 שורה 32, עמ' 15 שורות 3-4).

החריגים היחידים לכך היו –

- (א) ההופעות שנערכו במסעדת "טקסס", אשר נמצאת בתחום המלון ואשר במהלכן השתמש התובע (כמו גם יתר האומנים שהופיעו שם) לעיתים, גם בציוד ההגברה ובמערכת התאורה שהותקנה שם השייכת לנתבעת, בנוסף לציוד שהביאו עמו.

- (ב) בחלק מן ההופעות אשר התקיימו בלובי של המלון נעשה שימוש בפסנתר אשר מצוי במקום ובמספר גופי תאורה המצויים במקום, זאת בנוסף לצידוד ולגופי התאורה אשר הביא התובע עמו (כמו גם יתר האומנים שהופיעו שם).
- (יז) התובע הופיע גם במלונות אחרים באיזור טבריה, זאת ללא צורך בקבלת הסכמת מצד הנתבעת להופעת אלה.
4. (א) השאלה העיקרית השנויה במחלוקת בין בעלי הדין הנה אם נתקיימו יחסי עובד ומעביד בין הצדדים או לא, וההכרעה בסוגיה זאת הנה המפתח לסעדים שלהם זכאי התובע אם בכלל.
- (ב) בהתאם להלכה הפסוקה המבחן הקובע באם נתקיימו בין הצדדים יחסי עובד ומעביד הנו המבחן המעורב שבמרכזו מבחן ההשתלבות ובצדק התייחס כל צד מב"כ הצדדים בסיכומיו בעיקר למבחן זה על מנת להוכיח את גרסתו.
- (ג) למבחן ההשתלבות שני פנים, פן חיובי ופן שלילי (ראה דב"ע לו-3-271 עירית נתניה נ. בירגר פד"ע ג' 177, 188).
- (ד) אף אם נניח לרגע שנתקיימו בתובע ביחסיו עם הנתבע סימני ההיכר לפן החיובי, הרי יש לבחון אם נתקיימו סימני ההיכר לפן השלילי.
- בפסיקה נקבעו סימני היכר כלליים המאפיינים היותו של אדם בעל עסק עצמאי; אחזקת אמצעי יצור בשכירות או בבעלות, קיום הוצאות ייצור, העבדת עובדים שכירים, סיכוני רווח והפסד, הזכות להעביר ביצוע העבודה לאחר וכד' (ראה לג-0-177 מושקוביץ נ. המל"ל, פד"ע ה' 79, 82, דב"ע לה-0-11 רחל ולד ואח' נ. המל"ל, פד"ע ז' 281, 286).

5. נבחן מאפייני הפן השלילי – האם התקיימו או לא התקיימו בתובע :

- (א)1) **העסקת עובד או עובדים** - כעולה מהעובדות שפורטו לעיל התובע העסיק עובדים שכירים מטעמו, להם שולם שכר לפי מה שסוכם עמו ולא עם הנתבעת (לענין זה ראה נ/3 – נ/15 בהם כונה התובע "המעביד", כן ראה עמ' 9 באשר לעובדה שהתובע שילם המגיע לאותם עובדים מכיסו ללא ידיעת הנתבעת).
- נוסיף שהעובדה שהנתבעת או מי מטעמה ראו אותם מועסקים אינה מובילה למסקנה כי הנתבעת ידעה על תנאי העסקתם.
- טענת התובע כי מדובר בעזרה שולית דינה להידחות, לא עולה מהראיות שהוצגו בפנינו כי מדובר בעזרה שולית
- עיינו במאזן דו"ח הכנסות והוצאות לשנים 1997 – 2000, בהם פורטה הכנסתו הכללית של התובע והוצאותיו למרכיביהן, לרבות תשלום עבור שכר עבודה נלווים, וקבלני משנה.
- די לעיין בתשלום ששולם לאותם מועסקים כדי להגיע למסקנה שאין מדובר בעזרה שולית.
- (2) לא ברורה לבית הדין התוצאה אליה חותר ב"כ התובע, האומנם התובע ביחסיו עם הנתבעת יהיה עובד שכיר, ואילו ביחסיו עם העובדים שהועסק על ידו לשם ביצוע התחייבויותיו כלפי הנתבעת יהיה קבלן עצמאי, זאת בעצם התוצאה שנגיע אליה אם נקבל עמדת ב"כ התובע.
- הננו סבורים שתוצאה זאת בנסיבות המסויימות של תיק זה בלתי אפשרית הן מבחינה עובדתית והן מבחינה משפטית.
- ההלכה שנקבעה בדב"ע לב-3-1 גלוב נ. לוי, פד"ע ג' 247, אינה ישימה בנסיבות הענין, אין מדובר כאן בעזרה שולית של אותם מועסקים.
- (ב) **בעלים של ציוד** – אין חולק כי התובע היה בעלים של הציוד ששימש אותו למופעים (כלי נגינה, הגברה, תאורה וכדומה).

בחקירתנו הנגדית מודה התובע, כי הוא השתמש בציוד זה גם בהופעות במקומות אחרים, פרט לנתבעת, וכי המלון לא קנה לו את הציוד.
לענין זה נשתמש במילותיו כדלהלן:

"כלי הנגינה הם שלי, זה כמו רקדן שבא עם נעלי ריקוד שלו וכל נגן בא עם כלים שלו" (עמ' 15 שורות 1-4).

אף אם לגרסת מנכ"ל הנתבעת התובע הופיע במסעדת טקסס או בלובי ועשה שימוש במערכת ההגברה ובתאורה של הנתבעת, אין הדבר צריך לפעול לחובת הנתבעת כאשר מדובר היה באירועים חריגים, כאשר הכלל היה שהתובע הופיע עם הציוד שלו.

(ג) **תחרות** – מהראיות שהוצגו בפנינו עולה כי הנתבעת לא מנעה מהתובע להופיע במלונות אחרים באיזור טבריה שהנם מתחריה.

אילו ביחסי עובד ומעביד היה מדובר יש להניח כי היתה נתנת הנחיה כאמור למניעת תחרות.
(ד) **רישום כעצמאי במס הכנסה, ביטוח לאומי ומע"מ** – התובע היה רשום כעצמאי במוסדות הנ"ל. נכון שבהתאם להלכה הפסוקה עובדה זאת כשלעצמה אינה קובעת מעמד, אך בהצטרפה למאפיינים האחרים היא מטה את הכף נגד התובע.

(ה) **פיקוח** – אף אם היה פיקוח מסוים על התובע, הרי פיקוח זה התייחס למסגרת הופעותיו ולא לרפרטואר.

אף אם היה פיקוח מסוים כמפורט בסיכומי ב"כ התובע אין הדבר מוביל למסקנה שמדובר ביחסי עובד ומעביד, וכי אין בכל הסכם סטנדרטי בין מזמין עבודה וקבלן הוראות הנוגעות לפיקוח, ו/או אפשרות פיקוח, הוראות אלה הן דרושות מעצם הענין, לא יתכן למסור עבודה ללא אפשרות פיקוח.

מיותר לציין שבמבחן זה אף נזנח בהלכה הפסוקה, או נותר שולי.
איננו סבורים שהפיקוח ככל שניתן לבחון אותו על פי חומר הראיות מתייחס לפיקוח אישי על פי המבחן הידוע שנזנח, נראה לנו יותר שתכלית הפיקוח בנסיבות הענין היתה לדאוג למסגרת שעות וכן ביצוע נאות של עבודת התובע.

לא שוכנענו שהנתבעת התערבה בסדרי עבודתו של התובע ובהנחיות שנתן לעובדיו.
הנתבעת לא פיקחה באופן ישיר על עובדי התובע ואלה פעלו על פי הוראות התובע בביצוע העבודה.

6. המסקנה מכל האמור לעיל שבין התובע לנתבעת לא התקיימו יחסי עובד ומעביד ודין התביעה להידחות.

7. ניתן היום כ"ב באדר תשס"ד, 15 מרץ 2004 בהעדר.
לשלוח לב"כ הצדדים פסק הדין בדואר.

בנסיבות הענין הננו לחייב התובע לשלם לנתבעת הוצאות ושכ"ט עו"ד בסכום כולל של 10,000 ₪ בתוספת מע"מ. סכום זה ישא הצמדה וריבית מהיום ועד התשלום המלא בפועל.

8. כל צד רשאי להגיש ערעור על פסק הדין לביה"ד הארצי לעבודה בירושלים תוך 30 יום מקבלת פסק הדין.

ניתן לפרסום מיום **15 מרץ 2004**.

נציג ציבור מעבידים

נציג ציבור עובדים

ח. סומך - שופט ראשי

יעל