לוגו משרד

תאריך: \_\_\_\_\_\_\_

לכבוד

באמצעות דוא"ל

**­- מבלי לפגוע בזכויות -**

**הנדון**: **\_\_\_\_ – \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ (שמות)**

מכתבך מיום \_\_\_\_\_\_

מרשתי, \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, מילאה ידי להשיב למכתבך שבנדון כדלקמן:

1. בתחילת מכתבי זה אציין שמכתבך חסר פרטים עובדתיים רבים, בעטיים אינך רואה את תמונה המשפטית המלאה. לאור זאת, תמוהה ולא ברורה דרישתך לפתיחת הליך משפטי ללא כל אחיזה עובדתית או משפטית.
2. מרשך התקשר עם מרשתי בהיותו עוסק מורשה ובהיותו נותן שירותים לאחרים.
3. בתקופת מתן השירותים למרשתי ניהל מרשך עסק להתקנות ושירותי תחזוקה \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ ובין לקוחותיו נמנתה מרשתי וכן חברות נוספות כגון – \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ לרובם סיפק מרשך שירותים במקביל לשירותים שניתנו על ידו למרשתי, זאת בניגוד גמור לאמור במכתבך.
4. יתרה מכך: במסגרת העסק שניהל מרשך (הפן השלילי של מבחן ההשתלבות), העסיק מרשך באופן ישיר עובדים תחתיו אשר ביצעו בפועל את השירותים שניתנו למרשתי ולחברות נוספות. במילים אחרות מרשך לא ביצע באופן אישי את כל מתן השירותים למרשתי ואלו בוצעו באמצעות עובדים מטעמו על בסיס קבוע. בין היתר העובדים שהוא העסיק במהלך תקופת מתן השירותים למרשתי היו האדונים הנכבדים: \_\_\_\_\_\_\_\_\_.
5. ואם לא די בכך, בנוסף לעסק של התקנות והמשך טיפול ותחזוקה, קיים מרשך עסק נוסף לייבוא \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ מסין ובכך הפך להיות ספק \_\_\_\_\_\_\_\_ בייבוא מקביל למרשתי. למעשה מרשתי, כמו לקוחות אחרים שלו, נהגה לרכוש ממרשך בעצמה \_\_\_\_\_\_\_ עבור לקוחותיה בהילקח רווח נאה למרשך (לא מכר לה במחיר עלות כלל וכלל).
6. עיניך הרואות כי מרשך הינו סוחר ממולח שידו בכל ויד כל בו, מעסיק בעצמו עובדים אשר באמצעותם נתן את שירותיו לכולי עלמא ואף עסק בתחומים שונים של מסחר ושירותם.
7. עוד יוסבר כי השירותים שניתנו למרשתי ע"י מרשך ניתנו על בסיס של דרישה בלבד, היינו כשמרשתי נדרשה ליתן שירות ללקוחותיה זומן מרשך לבצע את השירות (בעצמו או באמצעות עובדיו) וכשלא היתה דרישה למתן שירות, מרשך לא נתן שירות.
8. גם מצד מרשך ניתן השירות למרשתי רק על בסיס זמינות היינו - יכול היה/ רצה, נתן את השירות, לא יכול היה/ לא רצה - לא נתן שירות כלל. כך לדוגמא , סירב מדי פעם בפעם מרשך לבצע התקנות אצל לקוחות מרשתי והודיע למרשתי כי עליה להעביר את העבודה למתקין אחר. וכן לדוגמא - כאשר נסע לחו"ל לתקופה ממושכת והציב את מרשתי בפני עובדה שהוא לא זמין למתן שירות וכל זאת ללא תיאום מראש ואף ללא הודעה מוקדמת.
9. מרשך היה קבלן משנה של מרשתי, מתקין אשר נדרש לבצע התקנות ולתת שירותי המשך ללקוחות מרשתי ללא כל מסגרת קבועה של ימים/ מספר לקוחות / שעות עבודה וכו'. בתקופות עמוסות של עבודה מרשך קיבל זימונים יומיים ללקוחות ובתקופות אחרות לא התבקש לתת שירותים במשך שבועות וחודשים.
10. יובהר גם כי כל פעם שנקרא מרשך לבצע שירותים אצל לקוחות מרשתי, מדובר בשירותים שהתבקשו ללא כל הגבלה של זמנים, כך שיכול היה מרשך לתת את שירותיו עפ"י זמינותו ביחס לעסקיו האחרים, להעבירם לשעה ביום שנוחה לו או להשלים את השירות ביום העוקב. וכך הוא עשה בפועל.
11. סיום ההתקשרות העסקית בין מרשך למרשתי נבע מהתעריפים הגבוהים שמרשך גבה ממרשתי ומבלי שהצדדים הגיעו לעמק השווה לעניין תעריפים חדשים.
12. יודגש, כי לקראת הגשת התביעה, ביקש מרשך לשנות את מעמדו אצל מרשתי למעמד של שכיר בתמורה ל- 15,000 ₪ ברוטו + רכב. החברה סירבה לכך והודיעה לו כי אינה מעוניינת להעסיקו אלא להמשיך לקבל ממנו שירותים. משכך המשיך מרשך בהתקשרות העסקית עם מרשתי.
13. בהתאם להלכות והמבחנים הנוגעים להגדרת מעמדו של אדם - עולה בבירור במקרה שלפנינו כי כוונת הצדדים הייתה בהתקשרות של קבלן עצמאי ולא בעובד שכיר. במשך כל תקופת ההתקשרות מרשך התנהל כעצמאי לכל דבר ועניין, הוא ניכה הוצאות, הוא מימן בעצמו ועל חשבונו לצורך עסקיו משרד, תשלומי דירה, ארנונה , חשמל תקשורת לרבות טלפון סלולארי, עובדים / קבלני משנה וכו' (ניתן בנקל להתחקות אחרי הוצאות מדווחות אלו לרשות המסים וביטוח לאומי בהליך של גילוי מסמכים).
14. הוא גם נשא בהוצאות רכב ששימש אותו לביצוע עבודות ההתקנה והשירות ל\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. הוא נשא בהוצאות בגין הנהלת חשבונות, הוא מימן בעצמו רכש של כלי עבודה, מכשירים וחומרים לביצוע ההתקנות. כמו כן וכאמור ייבא ורכש \_\_\_\_\_\_\_\_\_ מסין ומכרם כספק בארץ על אותו עוסק מורשה!!
15. יובהר כי מרשך קיבל שכר ותמורה גבוה יותר כקבלן עצמאי הכוללת את כל הזכויות הסוציאליות וכן כקבלן עצמאי זכה להטבות מיסוי כל תקופת היותו קבלן עצמאי. מרשך היה מודע למעמדו כקבלן עצמאי, הוא דיווח על כך לרשויות המס והפיק תועלת רבה ממעמדו זה כאשר ניכה כל שנה סכומים רבים מהכנסתו כהוצאות וצמצם באופן משמעותי מאד את שיעורי המס המשתלם מהכנסותיו, לרבות התשלומים לביטוח לאומי. הלכה למעשה מרשך הרוויח ממעמדו כקבלן עצמאי ובכך זכה לתמורה גבוהה יותר מזו שהייתה משולמת לו כשכיר ומאידך שילם מס מופחת מזה שהיה אמור לשלם לו היה במעמד של עובד שכיר. מרשך מנסה להחזיק את החבל משני קצותיו מחד ליהנות ממעמד של עצמאי ומאידך להחשיב עצמו כעובד.
16. ממכלול הנסיבות עולה בבירור כי לא התקיימו יחסי עובד מעביד בין הצדדים. במקרים דומים פסק ביה"ד הארצי כי לא התקיימו יחסי עובד מעביד בין הצדדים וכי המערער היה רשום אצל השלטונות כעצמאי, היה מודע בהחלט להיותו עצמאי והתכוון לכך בעת ההתקשרות ובעת העסקתו. בכך- ויתר מדעת על זכויותיו הקוגנטיות כעובד, והעדיף להיות עצמאי משיקוליו שלו ולפיכך אין מקום להגן על זכויות שהעובד לא היה חפץ בהם מלכתחילה ואף לא נהג בתום לב כשנדרש ממנו.
17. למען הזהירות יובהר כי אף אם ייקבע שמרשך הינו עובד שכיר וחלים יחסי עובד מעביד בינו לבין מרשתי, מוכחש מכל וכל, הרי שאז, יש לקבוע כי מרשך קיבל בתקופת ההתקשרות תשלומים מעבר לזכויות הכספיות המגיעות לו כעובד, כולל שיעור ההפרש שבין השכר ה"שכירי" כעובד לבין התמורה ששולם לו בפועל. במצב זה אין מרשך זכאי לכל תשלום מעבר למה ששולם לו בפועל. הסכומים להם זכאי מרשך כעובד מתקזזים למעשה כנגד הסכומים שקיבל מידי חודש ביתר, מעבר לשכר שהיה מקבל כעובד (השכר ה"שכירי").
18. לאור כל האמור לעיל נדחית דרישתו הכספית של מרשך, ובשים לב שכל הדרישה הכספית מבוססת על יחסי עובד ומעסיק שכאמור אינה מתקיימת. ככל שמרשך בניגוד למצבו המשפטי יבחר להגיש תביעה לבית הדין לעבודה , עליו לדעת כי מרשתי תגיש **תביעה שכנגד** בגין הפער בין השכר ה"שכירי" שהיה על מרשך להשתכר לבין התשלום הגבוה שקיבל בפועל ותפעל לדחיית תביעתו לרבות בערעור מה שיגרום למרשך להוצאות משפט בלתי מבוטלות.
19. בשולי מכתבי זה מבקשת מרשך להשיב לחברה באופן מידי את הציוד השייך לה והמצוי עדיין בחזקתו: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_.
20. אין באמור במכתבי זה או במה שלא נאמר בו בכדי למצות את טענות מרשתי בעניין ו/או לגרוע מכל זכות ו/או סעד לו היא זכאית על פי דין.

בכבוד רב,

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, עו"ד