



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

ניתן ביום 29 יולי 2019

המערערות

קיבוץ אלומות ו- 58 אח'

-

המשיב

המוסד לביטוח לאומי

לפני: סגן הנשיאה אילן איטח, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, השופט משה טוינה
נציגת ציבור (עובדים) גב' חיה שחר, נציגת ציבור (מעסיקים) גב' יודפת הראל בוכריס

בשם המערערות: עו"ד עומר כהן

בשם המשיב: עו"ד רולן ספז

פסק דין

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי נצרת (השופטת אורית יעקבס ונציגת הציבור מר יוסי עבאדי ומר ישראל שוטלנד ; ב"ל 1018/08).

פסק הדין ניתן בהליך מאוחד בתביעות שהגישו המערערות - 59 אגודות שיתופיות להתיישבות חקלאית (להלן: **המערערות**) - להשבת דמי ביטוח ששילמו למוסד לביטוח לאומי (להלן: **המוסד**) בתקופה של שבע השנים שלפני הגשת התביעות ביחס לקבוצה מסוימת של חברי אגודה - כאלה המועסקים במשרה מלאה מחוץ לאגודה. זאת, בטענה כי דמי ביטוח שנגבו במהלך התקופה מושא התביעות בגין אותה קבוצה - מכוח הוראה מנהלית מיוני 1999 - נגבו שלא כדין. בפסק הדין מושא הערעור נדחו תביעות המערערות להשבת דמי הביטוח ועל רקע זה הוגש הערעור שלפנינו.

רקע

2. המערערות שלפנינו הם כאמור אגודות שיתופיות להתיישבות - קיבוצים ומושבים שיתופיים. ככאלה יסודם בתנועה שתחילתה בראשית המאה שעברה שביקשה לשלב עקרונות סוציאליסטים של שוויון, שיתוף נכסים ואחריות הדדית בהוויית החיים של הפרט והקבוצה.

להשקפת העולם שלאורה פעלו האגודות השיתופיות להתיישבות היבטים במישורי החיים השונים, ובין היתר לענייננו בגיוס כוח העבודה של חברי האגודה השיתופית



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

לטובת הקבוצה. זאת, בין בשיבוצם לעבודה באחד מענפי המשק ובין בגיוסם לתורנויות ולעבודות משקיות שלטובתן גויסו כלל חברי הקבוצה מעבר לעבודת החבר הרגילה.

3. עקרונות הקואופרציה אשר הנחו את החיים באגודות השיתופיות להתיישבות דוגמת המערערות שלפנינו (להרחבה ראו למשל בבג"צ 861/07 **קמחי נ' רשם האגודות השיתופיות** (8.12.10); רע"א 3680/00 **גמליאלי נ' מגשימים כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ**, פ"ד נז(6) 605 (2003)), שללו קיומם של יחסי עובד-מעסיק בין חבר באגודה השיתופית לבין האגודה. הרובד הרעיוני הבסיסי הניצב בתשתית קיומה ותכליותיה של האגודה השיתופית, היווה מקור פרשני להבנת מערכת הזכויות והחובות ההדדיות במישור המשפטי, הכלכלי, החברתי והמוסרי כאחד. על רקע זה פסק בית הדין הארצי כי אין להכיר בקיומם של יחסי עובד-מעסיק בין חבר באגודה שיתופית לבין האגודה השיתופית. כך, למשל, נפסק בע"ע (ארצי) 23086-05-13 **דגי תל יוסף - אבי בן אהרון** (3.12.13) כי:

"לגבי חבר אגודה שיתופית, הכלל מקדמת דנא הוא, שחבר באגודה שיתופית עובד באגודה משום שהוא חבר בה, והוא חבר משום שהוא עובד. במצב עניינים כזה, אין לראות את החבר כעובד במובן יחסי עובד מעביד, שכן עבודתו נלווית לחברותו ואינה נפרדת ממנה".

4. עם זאת, מיום הקמתו של המוסד לביטוח לאומי החיל האחרון על חברי הקיבוצים והמושבים השיתופיים את הכללים החלים על **עובד** (למעט ביחס לדמי אבטלה נוכח הוראתו המפורשת של סעיף 158 לחוק בקשר לכך). זאת, מכוח הוראת סעיף 3 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (לעיל ולהלן: **החוק** או **חוק הביטוח הלאומי**, וסעיף מקביל בחוק שקדם לכך), שקבעה בתקופה הרלוונטית כדלקמן:

"לעניין חוק זה רואים חבר אגודה שיתופית העובד במפעל האגודה או מטעמה כעובד, ואת האגודה רואים כמעבידו; אולם בחבר אגודה שיתופית שהיא קיבוץ או מושב שיתופי רואים את החבר כעובד, ואת הקיבוץ או המושב השיתופי כמעבידו, אם החבר עוסק בתפקידו



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

**במסגרת סידור העבודה ולא על פי התקשרות אישית בינו לבין מעביד
אחר, אף אם אין התפקיד מבוצע במפעל האגודה או מטעמה."**

במאמר מוסגר יובהר כי ציטוטי החקיקה והפסיקה לעיל ולהלן רלוונטיים לקיבוץ המסורתי, ואינם מתייחסים לחידושים שחלו בחקיקה ובפסיקה בהתייחס ל"קיבוץ מתחדש" (וראו כדוגמא את סעיפים 3א' ו - 344א' לחוק הביטוח הלאומי, ובהתאם חלו שינויים גם בסעיפי החוק שצוטטו לעיל ויצוטטו להלן: ה"ח הממשלה 1083 בעמ' 517 (31.10.16)).

5. סעיף 342 לחוק הביטוח הלאומי שכותרתו "החייבים בתשלום דמי ביטוח" מניח את הבסיס לגביית דמי ביטוח, ולפיו:

"(א) מבוטח שהוא עובד עצמאי, ומבוטח שאינו עובד ואינו עובד עצמאי, חייבים בתשלום דמי ביטוח בעד עצמם...
(ב) המעביד חייב בתשלום דמי ביטוח בעד עובדו; היה המבוטח עובד אצל מעבידים שונים ישלם כל אחד מהם את דמי הביטוח כאילו הוא בלבד היה מעבידו, ועל המבוטח יחולו הוראות סעיפים קטנים (ד) ו-(ה)..."

ככלל, מבוטח שהוא "עובד עצמאי" ומעסיק החייב בתשלום דמי ביטוח בעד עובדו משלמים דמי ביטוח, לפי העניין, באחוזים מהכנסת העובד העצמאי, או משכר העובד השכיר כאמור בסעיף 337 לחוק הביטוח הלאומי.

6. לאור מציאות החיים הייחודית בתנועת ההתיישבות - בקיבוצים ובמושבים השיתופיים - שבה חברי האגודה השיתופית אינם נהנים משכר על עבודתם, נקבע הסדר מיוחד לתשלום דמי ביטוח בגין חברי האגודה השיתופית המוסדר בחוק, בתקנות ובהוראות נוהל.

סעיף 344 לחוק שכותרתו "חישוב הכנסתו החודשית של העובד", קבע בתקופה הרלוונטית כי:



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

”(א) יראו כהכנסתו החדשית של עובד את הכנסתו בעד החודש שקדם

ל-1 בחודש שבו חל מועד התשלום, מהמקורות המפורטים בסעיף

2(2) לפקודת מס הכנסה, ואולם -

(1) אם הוא חבר אגודה שיתופית העובד במפעל האגודה,

תוערך הכנסתו בהתאם להוראות השר בתקנות...”.

בתקנות שהתקין השר - תקנות הביטוח הלאומי (גביית דמי ביטוח), התשי"ד-1954 (להלן: **התקנות**) - נקבע בסיס להערכת הכנסה של חבר קיבוץ/מושב שיתופי ושיעורם של דמי הביטוח שעל הקיבוץ/מושב שיתופי, לשלם למשיב. במסגרת תקנות אלה הכנסתו של חבר אגודה שיתופית, איננה נמדדת מהתמורה המשולמת לחבר אגודה שיתופית על עבודתו, או מהערכת שווי של העבודה שמבצע החבר, אלא היא ההכנסה הרעיונית המורכבת מסכומים שהוציאה האגודה השיתופית לכלכלת חבריה, בצירוף עלות הזכויות הסוציאליות וגילום מס ההכנסה כשהם מחולקים במספר חברי האגודה (להלן: **סכום הבסיס**; תקנה 5ב' לתקנות).

7. היישום בפועל של הוראות החוק והתקנות שעניינן גביית דמי ביטוח עבור חברי אגודה שיתופית להתיישבות, הוסדר בהוראות נוהל שפרסם המוסד מעת לעת. בתקופה הרלוונטית לפסק דין זה, המדובר בנוהל/הנחיה פנימית מיוני 1999 - הוראה מספר 327 להוראות מנהל הביטוח והגבייה - שכותרתה: "קיבוצים ומושבים שיתופיים" (להלן: **הוראת נוהל 327**). הוראות נוהל אלה שהוציא המוסד נקבעו בשיתוף עם נציגות ההתיישבות העובדת במשא ומתן נמשך בין נציגי ההתיישבות העובדת לנציגי המוסד ולעיתים ביוזמת הראשונים. דברים אלה עולים הן מההלכה הפסוקה, והן מתצהירי המוסד כפי שהוגשו לבית הדין האזורי.

8. שינויי העיתים ותמורות חברתיות וכלכליות נתנו אותותיהם על מרקם החיים בהתיישבות העובדת. בין היתר, השינויים במציאות החיים באגודות השיתופיות באו לידי ביטוי בתופעה שהלכה והתרחבה של שיוך כוח העבודה של חבר אגודה לחבר עצמו, באופן שחברי האגודה מועסקים לעיתים מחוץ לקבוצה בהתקשרות אישית וישירה מול מעסיק חיצוני. על רקע מציאות זו נקבע בפסק דינו של בית דין זה בעניין רז כי:





בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

"לצורך חוק הביטוח הלאומי חבר קיבוץ הינו במעמד 'עובד' של הקיבוץ
כאשר הוא מבצע עבודה במסגרת סידור העבודה בקיבוץ. אולם, כאשר
החבר מבצע עבודה במסגרת התקשרות אישית עם מעסיק חיצוני, נחשב
הוא 'עובד' של המעסיק החיצוני לצורך חוק הביטוח הלאומי"
(עב"ל (ארצי) 109/04 מיכה רז - תשלובת הבניה של הקיבוץ הארצי
(בפירוק) (7.9.05); להלן: עניין רז).

9. הוראת נוהל 327 באה להתמודד עם סוגיית תשלום דמי הביטוח לחבר אגודה
שיתופית במציאות שהשתנתה ומשתנית. הוראת הנוהל מגדירה סוגים של חברי
אגודה מבוטחים ואת שיעורם של דמי הביטוח שיש לשלם עבורם.

ככלל, על פי הוראת הנוהל חבר אגודה שיתופית חייב בתשלום דמי ביטוח בשיעורים
הקבועים בחוק, מתוך "סכום הבסיס" - סכום הנגזר מהנוסחה שנקבעה בתקנות
המייחסת הכנסה רעיונית לחבר האגודה השיתופית בהתבסס על הוצאות המחייה
של חבר האגודה, כאמור בתקנות.

מאידך, לגבי קבוצת החברים המסווגת כסוג 05, שהיא מושא הדיון שלפנינו, שכללה
"**חברים העובדים מחוץ למשק במשרה מלאה ומקבלים שכר**" - האגודה השיתופית
חייבת בדמי ביטוח עבורם לפי עשירית הבסיס שנקבע לחבר משק, וזאת בנוסף לדמי
הביטוח המשולמים בגינם על ידי מי שמעסיקם מחוץ למשק לפי גובה שכרם אצלו.

10. באפריל 2009 שונתה הוראת הנוהל (בתוקף מחודש ינואר 2009) באופן שסוג 05
(עובדי החוץ) פוצל לשתי קבוצות. בהתאם, לגבי עובדי חוץ העובדים מעת לעת גם
בקיבוץ (ומכונים כיום סוג 10) ממשיכים להשתלם דמי ביטוח בשיעור עשירית
מהבסיס, ואילו לגבי עובדי חוץ שאינם עובדים בסידור העבודה הפנימי, ואין כל
אפשרות או פוטנציאל כי ישובצו בו בין בכוח ובין בפועל (כאשר לצורך קביעה כזו
נדרשת בהתאם לנוהל החלטה של האסיפה הכללית של הקיבוץ, יחד עם הודעה
לחברים עובדי החוץ כי "**אינם רשאים לעבוד בכל עבודה בקיבוץ לרבות גיוסים
ותורנויות**") - נקבע כי הקיבוץ לא ישלם בגינם דמי ביטוח, ובהתאמה לא יבוטחו
בגין פעילותם בקיבוץ (סוג "0" בנוהל הנוכחי). בהקשר זה נקבע בהוראת הנוהל
מאפריל 2009 כי :



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

**"עובדי חוץ העובדים מחוץ למשק במשרה שבין 80% ל-100% ואינם רשומים בסידור העבודה במשק, ידווחו לפי 0% בסיס הקיבוץ ולא ישולם עבורם דמי ביטוח במשק.
(מותנה בהחלטת האסיפה הכללית של הקיבוץ). במקום סוג 05".**

11. בקליפת האגוז, טוענות המערערות שלפנינו לבטלות הוראת נוהל 327 (כנוסחה עד לסוף שנת 2008) שמכוחה שולמו דמי ביטוח עבור חברי אגודה שיתופית המסווגים בסיווג 05, ובהתאם מבקשים את השבתם של דמי הביטוח ששולמו מכוח הוראת הנוהל האמורה בגין חברי האגודה השיתופית הנמנים על קבוצה זו. זאת בנימוק כי באגודות השיתופיות המערערות, חברי האגודה המועסקים מחוץ לאגודה אינם משובצים בתורנויות או מגויסים לעבודות לטובת האגודה ולפיכך אין הם נופלים להגדרת עובד ואין המוסד רשאי לגבות בגינם דמי ביטוח נוספים על אלו המשולמים בגינם על ידי מי שמעסיקם מחוץ למשק.

פסק דינו של בית הדין קמא

12. מפסק הדין של בית הדין קמא עולה כי עיקרי עמדותיו בסוגיות שמעורר ההליך שלפנינו הן כדלקמן :

א. ההכרה באגודה שיתופית כמעסיק וכנגזרת מכך חובת תשלום דמי הביטוח החלה עליה, קמה ככלל במציאות שבה חבר האגודה מועסק בפועל בתוך המסגרת הארגונית של האגודה.

ב. הוראת נוהל 327 היא פרי יצירה משותפת של המוסד ונציגי התנועה הקיבוצית ונועדה להבטיח גם את האינטרסים של הקיבוצים. היא באה על רקע המציאות שבה מרבית עובדי החוץ השתלבו במערך הגיוסים והתורנויות, ונוכח הצורך להבטיח כיסוי ביטוחי במקרה שחבר אגודה שכזה נפגע בפעילות במסגרת ולטובת האגודה בתורנויות ובגיוסים.

ג. בית הדין קמא קיבל את הטענה העובדתית של המערערות, שלמעשה לא הייתה עליה מחלוקת, שלפיה חבריהם המועסקים מחוץ למסגרת האגודה השיתופית, הפסיקו לבצע תורנויות וגיוסים לטובת האגודה באופן מדורג כך



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

שבאגודות השיתופיות האחרונות שבהן הפסיקו חברי האגודה לבצע תורנויות וגיוסים בשנת 2005. מכאן סבר בית הדין קמא, כי "נקודת המוצא על בסיסה נולד החיוב בדמי 05, אינה קיימת עוד, ביחס לקיבוצים כאלה או אחרים, ובמקרה שלפנינו - אינה קיימת ביחס לתובעים".

ד. בית הדין קמא קיבל את עמדת המערערות לפיה במציאות שבה חבר האגודה השיתופית איננו עובד בפועל במסגרת האגודה השיתופית, לרבות בתורנויות וגיוסים, לא היה צורך בשינוי חקיקה על מנת לפטור את האגודה השיתופית מתשלום דמי ביטוח ביחס לחבר שכזה.

ה. בהתאם סבר בית הדין קמא, כי:

"... לו היה ממשיך הנתבע לגבות דמי 05 בגין אותם עובדי חוץ אשר אינם מבצעים כל עבודה בקיבוצם (כשהכוונה לקיבוצים התובעים בהם הופסק מערך התורנות והגיוסים) והשאלה בה היה עלינו להכריע, במסגרת פסק דין זה הייתה האם רשאי המוסד לביטוח לאומי להמשיך ולגבות דמי 05 בגין אותם חברים, סביר להניח שהיינו מקבלים את התביעה..."

ו. עם זאת ולדעת בית הדין קמא, השינוי בהוראת נוהל 327 שבאה לביטוי בהוראת הנוהל מאפריל 2009, איננה נגועה בשיהוי או במחדל מצד המוסד; ומנגד ייחס למערערות שיהוי בהגשת התביעה ובניהולה שביטוי ב"פריצה משמעותית של המסגרת התקציבית עליה מושתתת מערכת הביטחון הסוציאלי", לו הייתה מתקבלת תביעת המערערות.

ז. על רקע זה הגיע בית הדין למסקנה לפיה:

"לפיכך וחרף הטעם שמצאנו בחלק ניכר מטענות התובעים (לרבות אלו המתייחסות לכך שהנתבע לא הביא בחשבון שמשכורותיהם של עובדי החוץ מועברות לקיבוץ ולרבות אלו המתייחסות להחלטת הנתבע להוציא את עובדי החוץ מהמכנה [הכוונה היא למכנה



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

הנוסחה לצורך חישוב ההכנסה לחבר קיבוץ לפי התקנות - הח"מ))
אך בשל הטעם שמצאנו בחלק מטענות הנתבע (למשל בעובדה שהעיקוב בשינוי הוראה 327 לא נגרם בשל השתהות של הנתבע) וכן בשל הפסיקה אותה אזכרנו, המסכת העובדתית המוסכמת ובשל השיהוי בהגשת התביעה והנזק שצפוי היה להיגרם למסגרת התקציבית עליה מושתתת מערכת הביטחון הסוציאלית, לו היינו מקבלים את התביעה ובהינתן כי מאז ינואר 2009 באה על תיקונה בעיית דמי 05, החלטנו לדחות את התביעה".

טענות המערערות

13. הערעור שלפנינו מכווין נגד הקביעה בפסק דינו של בית הדין קמא לפיה לא קמה חובת השבה של דמי הביטוח ששילמו המערערות עבור חבריהן שבהתאם להוראת נוהל 327 שויכו לסוג 05 - "חברים העובדים מחוץ למשק במשרה מלאה ומקבלים שכר" - ונגבו עבורם דמי ביטוח בהתאם להוראת נוהל זו.

14. בהקשר זה טענו המערערות כי "מרגע שבית הדין קבע כי גביית דמי 05 מקיבוצים בהם הופסקו כליל התורנויות והגיוסים נעשתה בניגוד להוראת סעיף 3 לחוק הביטוח הלאומי המחייבת "עבודה" של החבר בקיבוץ, הרי שנשמט הבסיס החוקי לסמכות המוסד לביטוח לאומי לגבות דמי 05 מעובדי חוץ שאינם עובדים כלל בקיבוץ אף מכוח הוראה 327".

במצב דברים זה - שבו קבע בית הדין קמא (לשיטת המערערות) כי גביית דמי ביטוח מחבריהן המועסקים במשרה מלאה מחוץ לאגודה השיתופית - נעשתה שלא כדין, טוענות המערערות כי נקודת המוצא היא שעל המוסד להשיב את הכספים שגבה שלא כדין.

15. לטענת המערערות אין לפטור את המוסד מחובת ההשבה של כספים שגבה שלא כדין, מהנימוקים שמנה בית הדין קמא בפסק דינו - היעדר כוונת זדון, היעדר שיהוי מצד המוסד בביטול החיוב מדמי הביטוח לקבוצת החברים בסוג 05 כאמור בהוראת





בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

נוהל 327; הפרצה של המסגרת התקציבית כתוצאה מקבלת טענות המערערות להשבה; והשיהוי מצד המערערות בהגשת התביעה.

16. בקצירת האומר, טענות המערערות בסוגיות אלה הן כדלקמן:

א. חזקת תום הלב שעומדת לרשות המנהלית בהנהגת מדיניות שגויה - בענייננו בגביית דמי ביטוח שלא כדין מחברי האגודה השיתופית בסוג 05 - כמגן מפני חובת ההשבה נשללת בשעה שהרשות ממשיכה להחזיק בדעתה השגויה חרף התראות חוזרות ונשנות מצד הנפגע על הפגם בהתנהלותה.

לטענת המערערות הראיות שבפני בית הדין מצביעות על פניות שהלכו והתעצמו מתחילת שנות ה-2000 לביטול דמי ביטוח בגין חברי אגודה שיתופית המועסקים מחוץ למסגרת האגודה ונדחו על ידי המוסד בנימוק השגוי לפיו ביטול חובת תשלום דמי ביטוח לחברים אלה מחייב שינוי חקיקה. המערערות הוסיפו כי על אף שהמוסד הועמד על הטעות בנימוק שנתן לדחיית הפניות להפסקת גביית דמי הביטוח מושא הערעור, דבק האחרון בעמדתו השגויה שממנה נסוג רק לאחר הגשת התביעות מושא הערעור. בנסיבות אלה טוענות המערערות לא עומדת למוסד חזקת תום הלב בגביית דמי ביטוח עבור חברי האגודה השיתופית המסווגים בסוג 05 כמגן מפני חובת ההשבה.

ראוי לציין כבר כעת בקשר לנימוק זה כי הצדדים ויתרו על חקירות נגדיות; הסתפקו בתצהירים השונים שהוגשו מטעמם; ועל פני הדברים לא הוכחו מטעם המערערות - ואף לא פורטו בסיכומים מטעמן - "פניות שהלכו והתעצמו" כביכול מטעמן לאורך השנים. בתצהיר מטעם המוסד דובר על פניות ראשונות לקראת שנת 2007, וזהו אף המכתב שצורף בקשר לכך מטעם ב"כ המערערות. גם בדיון לפנינו הזכיר ב"כ המערערות מכתב שכתב מושב אמציה בשנת 2003 ופנייה נוספת משנת 2005, אך לא מעבר לכך.

ב. לטענת המערערות "ספק רב אם לבית הדין האזורי לעבודה יש סמכות לשקול שיקולי מדיניות תקציבית בנסיבות מסוג זה...". מכאן טוענות המערערות, כי שגה בית הדין קמא, שעה שפנה לשיקולי מדיניות תקציבית ועל פיהם דחה את תביעת ההשבה.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

לצד זה ובנוסף טענו המערערות, כי ניתן לשקול שיקולי מדיניות תקציבית, כאשר לסעד המבוקש השלכות תקציביות עתידיות להבדיל במציאות כמו זו שלפנינו - מציאות שבה מדובר בתביעה להשבת כספים שגבתה הרשות שלא כדין.

לבסוף טוענות המערערות כי "גם במקרים בהם ההגנה של מצוקה תקציבית של הרשות הינה רלוונטית, לא ניתן להסתמך על הפרחת טענות בעלמא ויש להביא ראיות לטענה". במקרה שלפנינו טוענות המערערות כי המוסד לא העלה טענה כי קבלת התביעה להשבה מתבטאת בפריצה של המסגרת התקציבית וממילא לא הוצגה תשתית ראייתית לפריצה שכזו שיש בה כדי לפטור את המוסד מחובת השבת דמי הביטוח שגבה שלא כדין.

ג. טוענות המערערות כי טענת השיהוי מצומצמת לתקופה שלפני הפניה לבית הדין; וכי "שיהוי בהגשת תביעה נוצר מקום בו יש בהשתהות בפנייה לבית המשפט משום שימוש לא נאות בזכות התביעה הנתונה לתובע ופגיעה בציפייה הלגיטימית של הנתבע שלא להיתבע".

בענייננו טוענות המערערות, כי מאז אוקטובר 2003 "פנו הקיבוצים באמצעות המייצגים מספר פעמים למוסד לביטוח לאומי בבקשה להפסיק את הביטוח בסוג 05. המוסד לביטוח לאומי קיבל באופן עקרוני את הבקשה כבר בנובמבר 2005 ובינואר 2006 הציג את השינוי המוצע במערך הגבייה באופן התואם את דרישות הקיבוצים".

המערערות הוסיפו כי מאחר שהצעת המוסד לא יושמה, הן פנו באמצעות בא כוחן הקודם עו"ד רוגין בספטמבר 2007 בדרישה ליישום ההסדר שמשמעותו ביטול גביית דמי ביטוח בסוג 05 ומשזו נדחתה באוקטובר 2007 בנימוק כי שינוי כאמור מצריך חקיקה, הוגשה כבר אז, באוקטובר 2007, עתירה לבג"ץ והחל ההליך המשפטי שהסתיים עם מתן פסק דינו של בית הדין קמא. מכאן שאין בסיס לטענת השיהוי כנימוק לשלילת סעד ההשבה.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

17. בהתאם ביקשו המערערות לקבל את הערעור, באופן שיינתן פסק דין הצהרתי המחייב את המוסד בהשבת דמי הביטוח שגבה בהתאם להוראת נוהל 327 לחברי אגודה שיתופית בסוג 05 ביחס לתקופה של שבע השנים שלפני מועד הגשת התביעה.

תשובת המוסד

18. לדעת המוסד דין הערעור להידחות ותמצית עיקר טענותיו הן כדלקמן:
א. גביית דמי ביטוח לחברי אגודה שיתופית העובדים מחוץ לאגודה נעשתה כדין; וההסדר שנקבע בהוראת נוהל 327 המתבטא בתשלום דמי ביטוח מופחתים לחברי אגודה שיתופית כאמור - הוא הסדר שמטיב עם האגודה השיתופית ונעשה בתיאום ובהתאם לבקשת נציגות המערערות שלפנינו.

ב. בשל הצורך בקביעת הסדר כללי המסדיר את חובת תשלום דמי הביטוח של חבר אגודה שיתופית ומנגד, השינוי באורחות החיים בהתיישבות העובדת שהינו תהליך הדרגתי ארוך ומתמשך - לא ניתן לקבוע נקודה בזמן בה התגבשה חובה מנהלית לשינוי הוראת הנוהל 327, ביחס לגביית דמי ביטוח מחברי אגודה שיתופית המסווגים בסוג 05. מכאן שלא ניתן לטעון לפגם בהתנהלות המוסד המתבטא באי התאמת הנוהל ביחס לגביית דמי הביטוח מחברי אגודה שיתופית, מושא הדיון שלפנינו, עד לשינויו באפריל 2009.

ג. תביעת ההשבה של המערערות משמעותה שינוי רטרואקטיבי בזכויותיהם של מבוטחים - חברי אגודה שיתופית שבגינם שולמו דמי ביטוח בהתאם לסיווג 05 - שנהנו בעבר ו/או הנהנים היום מגמלאות מחליפות שכר; ומטעם זה אין לקבל את תביעת ההשבה.

בהקשר זה טען המוסד כי כתוצאה מתשלום דמי הביטוח לחברי האגודה השיתופית המסווגים בסוג 05, נהנו האחרונים מכיסוי ביטוחי, באופן שקבלת התביעה משמעותה התעשרותם של חברי אותה קבוצה שלא כדין שעה שמחד נהנו מכיסוי ביטוחי לאורך התקופה מושא הדיון גם לפי הכנסתם הרעיונית מהקיבוץ, ומאידך הם מבקשים את השבתם של דמי הביטוח ששולמו לטובת אותו כיסוי.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

לחברי אגודה שיתופית שבגינם שולמו דמי ביטוח בהתאם לסוג 05, שנהנו בעבר והנהנים בהווה ובעתיד מגמלה מחליפת שכר, היו זכאים וזכאים היום, לגמלה המבוססת על השכר מעבודתם מחוץ לאגודה ובנוסף על ההכנסה הרעיונית המיוחסת להם מכוח דמי ביטוח ששולמו בגינם בהתאם לסוג 05. בהתאם המשיך המוסד וטען כי בקבלת התביעה והשבת דמי ביטוח ששולמו בגין אותם חברי אגודה מבוטחים, יאלצו אלה להחזיר כספים שקיבלו ו/או תפגע גמלתם השוטפת, ככל שזו ממשיכה להשתלם להם.

דיון והכרעה

19. לאחר ששקלנו את טענות הצדדים כפי שהובאו לפנינו בכתב ובעל פה ובחנו את כל חומר התיק, הגענו לכלל מסקנה כי דין הערעור להידחות.

נציין כבר כעת כי בחרנו להביא את טעמינו בתמצית, ומבלי לדון בהרחבה ברקע ההיסטורי, הסוציולוגי והמשפטי הקשור בקיבוצים ומאפייניהם הייחודיים. פירוט רחב על רקע זה, לרבות בדבר מאפייני הקיבוץ המסורתי והתמורות שחלו בתנועה הקיבוצית, ניתן למצוא למשל בעב"ל (ארצי) 74/10 **המוסד לביטוח לאומי - תמר רונן כרמי** (30.6.13); להלן: עניין **כרמי**.

פרשנות סעיף 3 לחוק הביטוח הלאומי והשלכותיו

20. כפי שפורט לעיל, הלכה פסוקה היא שאין יחסי עובד-מעסיק בין אגודה שיתופית לחבריה, ובהתאם גם בין חבר קיבוץ/מושב שיתופי לקיבוצו (וראו בקשר לכך גם את עב"ל (ארצי) 441/08 **המוסד לביטוח לאומי - אסתר פרגר ויניאר** (12.6.13); להלן: עניין **ויניאר**). לאור זאת, ועל מנת לתת מענה פרקטי לביטוחם הסוציאלי של חברי אגודות שיתופיות, הבהיר המחוקק - במסגרת סעיף 3 לחוק בנוסחו בעת הרלוונטית - כי "**לעניין חוק זה רואים חבר אגודה שיתופית העובד במפעל האגודה או מטעמה כעובד ואת האגודה רואים כמעבידו....**".

הסיפא לסעיף זה (שצוטטה בסעיף 4 לעיל) נדרשה (בין היתר) על מנת להבהיר כי חבר קיבוץ המועסק מחוץ לקיבוץ אך במסגרת סידור העבודה של הקיבוץ לא ייחשב לצורך חוק הביטוח הלאומי כעובד של המעסיק החיצוני אלא של הקיבוץ, ועם זאת





בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

חבר קיבוץ המועסק מחוץ לקיבוץ על פי חוזה עבודה והתקשרות אישית בינו לבין המעסיק החיצוני - "דינו כדין כל שכיר אחר" (עניין רז).

21. המערערת יוצאות מנקודת מוצא כי סעיף 3 לחוק חל רק על חבר קיבוץ אשר עובד הלכה למעשה בקיבוץ במסגרת סידור העבודה, אך כבר נקבע כי "על פי המוסכם בין הקיבוצים והמוסד נקודת המוצא היא שחבר קיבוץ מעמיד את כוח עבודתו לקיבוץ בכל עת בגיל העבודה בין אם הוא עובד בפועל בקיבוץ ובין אם לא" (עניין כרמי; וזאת להבדיל ממי שאינו בגיל העבודה: ראו בעב"ל (ארצי) 762/07 המוסד לביטוח לאומי - קיבוץ הזורע (31.8.10); ואכן, הנוהל התייחס לגביית דמי ביטוח גם ממי ששוהה בחופשת מחלה, חבר קיבוץ המצוי בחו"ל עד 6 חודשים וכיו"ב. בתצהירו של מר ראובן ברזילאי העד מטעם המערערת אף אוזכרו שתי תתי קבוצות מבין החברים בסיווג 05: קצינים ומפקדים במערך הלוחם וממלאי תפקידים במטה התנועה הקיבוצית בתל אביב, לגביהם גובשה הסכמה עם המוסד שלא לשלם דמי ביטוח, נוכח הפטור שקיבלו מלמלא תפקיד במסגרת האגודות השיתופיות בהן הם חברים כך שלא היה כל פוטנציאל לשיבוצם בתורנויות).

עוד הודגש בפסיקה כי גם חבר קיבוץ שעבד מחוץ לקיבוץ על סמך התקשרות אישית בינו לבין מעסיק חיצוני עשוי היה "להיקרא למשימה זו או אחרת בקיבוץ גם אם לא עבד באופן סדיר בקיבוץ", ומכאן נוצר הצורך שלא להסתפק בדמי הביטוח המשולמים על ידי המעסיק החיצוני בגין עבודת החוץ, אלא לשלם בגין עובד החוץ דמי ביטוח גם על בסיס הכנסתו הרעיונית מהקיבוץ (עניין כרמי). אותה "הכנסה רעיונית" נקבעה בתקנה 5' לתקנות וייחוסה (באופן חלקי ובשיעור של 10%) לחברי קיבוץ המועסקים מחוץ לקיבוץ נקבע בתקופה הרלוונטית במסגרת הוראת נוהל 327 של אגף הגבייה של המוסד, אשר הסדירה באופן פרקטי ומוסכם סוגיות שונות הנובעות ממעמדם הייחודי של חברי קיבוצים, ו"שונתה מעת לעת בתיאום עם ועדת המיסוי הבין קיבוצית" (עב"ל (ארצי) 16596-04-11 קיבוץ קרית ענבים - המוסד לביטוח לאומי (20.5.16); להלן: עניין קרית ענבים).

22. בהלכה הפסוקה הובהר כי "הוראת סעיף 3 לחוק מצויה בפרק א' לחוק "פרשנות והוראות כלליות", וכפי שנקבע בה במפורש, הקביעה כי רואים בחבר קיבוץ "עובד" ובקיבוץ "מעביד" היא "לעניין חוק זה", דהיינו לעניין חוק הביטוח הלאומי בכללותו ולא לעניין פרק זה או אחר בחוק. נוכח האמור, הוראת סעיף 3



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

לחוק היא נקודת המוצא לפרשנות החוק בכל הנוגע הן לזכויותיהם והן לחובותיהם של חברי הקיבוצים והקיבוצים על פי הוראות חוק הביטוח הלאומי, ועל פיה רואים בחבר קיבוץ כ"עובד" לענין כל הוראות החוק והתקנות מכוחו, אלא אם נקבעו בחוק או בתקנות במפורש הסדרים ייחודיים לחברי הקיבוצים" (עניין קרית ענבים; ההדגשות במקור).

עוד הודגש באותו עניין כי קיים "קשר מהותי הדוק" בין דמי ביטוח לבין הגמלאות, כאשר "הוראות חוק הביטוח הלאומי לעניין תשלום דמי ביטוח ולעניין תשלום גמלאות שלובות אלה באלה, ומבוטח אינו יכול לבחור לו סיווג אחד לעניין חובתו לשלם דמי ביטוח וסיווג שונה לעניין זכויותיו הביטוחיות..." (וראו לעניין זה גם את עב"ל (ארצי) 1844-09-10 המוסד לביטוח לאומי - לבנה חג'ג' (1.4.15), בו הדגיש הנשיא בדימוס יגאל פליטמן כי "הגבייה והחלוקה קשורים קשר בל יינתק זה בזה, כצבת בצבת עשויה למילוי תכליתו הסוציאלית של החוק"). משכך, במציאות שבה חבר אגודה שיתופית עובד מחוץ למסגרת האגודה השיתופית אך במקביל עומד לרשות האגודה השיתופית לפעולות לטובת האגודה, בין בפועל ובין בכוח - נדרשה הסדרת הכיסוי הביטוחי גם עבור פעילותו זו וכך נעשה בהסכמה במסגרת הוראת נוהל 327.

23. מהאמור לעיל עולה כי החובה בתשלום דמי ביטוח ביחס לחברי קיבוצים ומושבים שיתופיים נובעת מהוראת סעיף 3 לחוק, בשילוב עם סעיף 342 לחוק המטיל על מעסיק את חובת תשלום דמי הביטוח בעד "עובדו", ובהתאם לתקנות 5' ו-ג' אשר קובעות כיצד תוערך "הכנסתו" של חבר קיבוץ ואת שיעור דמי הביטוח "בעד חבר קיבוץ".

חובה זו פורשה ויושמה לאורך השנים (בהתאם לפסיקה לעיל כמו גם הוראות הנוהל המוסכמות) באופן המחיל אותה על כלל חברי הקיבוץ בגיל העבודה. זאת, מבלי לבצע בדיקה פרטנית לגבי כל קיבוץ או כל חבר כפרט, בין בכלל ובין לחודש מסוים, אם נזקקו לשירותיו בפועל במסגרת סידור העבודה אם לאו ובאיזה היקף, ותוך ייחוס הכנסה חלקית בלבד (בגובה עשירית הבסיס שנקבע לחבר משק) לאותם חברים העובדים מחוץ למשק במשרה מלאה. גביית דמי ביטוח מחברי קיבוץ שיכולים היו (על סמך המקובל אותה עת בחברה הקיבוצית) להיקרא מעת לעת



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

לביצוע משימות בקיבוץ, על סמך נוסחה אחידה ומוסכמת של היקף עבודתם הפוטנציאלי ב"סידור העבודה" - אינה חורגת לפיכך מהוראות החוק.

הוראת נוהל 327 : הוראה מוסכמת שלא ניתן לשנותה חלקית בדיעבד

24. הוראת נוהל 327, מושא הדיון שלפנינו, מבקשת לתת מענה לשאלת תשלום דמי הביטוח במציאות שבה עיקר עבודתו של חבר באגודה שיתופית מוקדש לעבודה מחוץ למסגרת האגודה, ועם זאת ובמקביל הוא עומד לרשות האגודה השיתופית בין בפועל ובין בכוח. זאת מתוך הבנה כי חבר באגודה שיתופית הפועל לטובת האגודה השיתופית, זכאי לכיסוי ביטוחי במסגרת הביטחון הסוציאלי - כעובד.

מתוך הכרה במציאות העובדתית והמשפטית שלפיה עיקר כוח העבודה של עובד אגודה שיתופית המועסק מחוץ למסגרת האגודה, עומד לרשות מעסיקו ובמסגרת זו, נהנה האחרון מהכיסוי הביטוחי שמעניק חוק הביטוח הלאומי לעובד; ומתוך הבנה והרצון להעניק כיסוי ביטוחי לעובד האגודה השיתופית אשר מעבר לעבודתו אצל המעסיק החיצוני, פועל או עשוי לפעול גם לטובת האגודה השיתופית - נקבע העיקרון בהוראת הנוהל מושא המחלוקת כי בגין חבר אגודה שיתופית שכזה, חבר אגודה שיתופית בסוג 05 על פי הנוהל - ישולמו על ידי האגודה השיתופית דמי ביטוח מופחתים.

25. הוראת נוהל 327, אשר ייחסה כאמור לחברי קיבוץ המועסקים מחוץ לקיבוץ "הכנסה רעיונית" בשיעור של 10% מגובה הכנסת חברי הקיבוץ לצורך תשלום דמי ביטוח, עמדה במוקד פסיקתו של בית דין זה בעניין **כרמי**. באותו עניין נפסק כי יש לנכות את ההכנסה הרעיונית האמורה מדמי האבטלה המשולמים לחברי קיבוץ שהועסקו על ידי מעסיק חיצוני שאיננו הקיבוץ. וזו הייתה הנמקתו של בית דין זה (המצוטטת בהרחבה נוכח חשיבות הדברים גם למחלוקת שלפנינו):

"המחוקק היה מודע למיוחד שבחיי השיתוף בקיבוץ, ולכן קבע הוראות מיוחדות לתשלום דמי ביטוח לחברי קיבוץ. לאורך השנים, הייתה חלוקה בין הסדרי התשלום הנהוגים ביחס לחברי קיבוץ העובדים בענפי הקיבוץ השונים (להלן - עובדי פנים), לבין חברי קיבוץ העובדים כשכירים מחוץ לקיבוץ עובדי חוץ. עבור עובדי פנים שילם הקיבוץ דמי



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

ביטוח לאומי לפי סיווג מיוחד לחברי קיבוץ (סיווג 1). עבור עובדי חוץ, המבוטחים בביטוח לאומי באמצעות המעסיק החיצוני, ואשר עבורם משלם המעסיק החיצוני על בסיס משכורתם מידי חודש בחודשו תשלומים לביטוח לאומי, שילם הקיבוץ לביטוח לאומי תשלום מופחת כחברי קיבוץ (סיווג 5), בנוסף לתשלומים ששילמו חברים אלו דרך המעסיק החיצוני.

הסדר זה התבקש כדי לתת מענה לשינויים השונים בדרך העסקתם של חברי הקיבוץ, אשר יצרו מצב חדש איתו נדרש להתמודד המוסד בקשר לביטוחם של "עובדי כלאיים" אלו, אשר אופן והיקף פעולתם בקיבוץ היה שונה ממקרה למקרה. המוסד נדרש למצוא נוסחה ראויה אשר תמצה את הצורך להבטיח את ביטוחם של עובדים אלו מחד גיסא, ומאידך גיסא שתיתן מענה לכך, שאין מדובר עוד בחברי קיבוץ "קלאסיים" אלא בעובדים בעלי מעמד מיוחד, שישנו צורך להפחית את תשלום דמי הביטוח המשולמים עבורם על ידי הקיבוץ, משום שדמי הביטוח משולמים בעדם גם על ידי מעסיקם החיצוני..." (ההדגשות אינן במקור).

26. בית הדין הוסיף והתייחס לשינוי שנערך בהוראות הנוהל בחודש אפריל 2009 (בתוקף לחודש ינואר 2009), במילים הבאות:

"החל מחודש ינואר 2009, חלו שינויים בנתוני הדיווח והתשלום לביטוח לאומי בעקבות החלטת מנהלת המוסד שאושרה ע"י ועדת המיסים הבינקיבוצית. בין השינויים שנקבעו נוספו "סוגי מבוטחים" נוספים, כאשר מאותו מועד ואילך נוצרה אפשרות לאבחן בין חבר קיבוץ שעובד במשק הקיבוץ ובין חבר קיבוץ שמוכר כ"עובד חוץ". הוחלט, כי עבור חברים העובדים מחוץ לקיבוץ, שמעסיקם מחויב לשלם דמי ביטוח בעדם ודמי הביטוח משתלמים בפועל, לא ישלם הקיבוץ דמי ביטוח עבורם, ולא תחושב לגביהם כל הכנסה מכוח חברותם בקיבוץ (ובלבד שאינם משולבים בסידור העבודה ואינם מבצעים כל עבודה בקיבוץ לרבות תורנויות או גיוסים). הואיל והסדר זה מפחית את הכנסתם





בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

המחושבת של חברי קיבוץ עובדי חוץ, לעניין גמלאות מחליפות שכר, הוחלט להתנות את החלת ההסדר בכך שאסיפת הקיבוץ תאשר שעובדי החוץ יהיו פטורים מתשלום דמי ביטוח בידי הקיבוץ...

המוסד היה ער לתמורות שחלו בקיבוצים השונים, ולפיכך ראה צורך בגיבוש הסדר ראוי לעובדי חוץ אשר לא הועסקו בשום אופן בקיבוצים עצמם. יחד עם זה, שינוי כאמור צריך שיעשה בצינורות המקובלים, ובדרך המשקללת את כל התוצאות הנלוות לשינוי זה. לא די להתלות בכך שהיה צורך בשינוי, ולקבוע כי אף בטרם הוסדר השינוי הוא כבר החל לחול. אכן, הרציונאליים העומדים בבסיסו יתכן ונכונים אף לגבי המשיבים, ברם כל עוד לא הוסדר השינוי בסיווג באופן רשמי, אין הוא חל עליהם... (ההדגשות אינן במקור).

בית הדין אמנם הוסיף כי הקיבוצים באותו מקרה "המשיכו לדווח למוסד על חברים אלה עובדי החוץ כחברי הקיבוץ, במילים אחרות הוצג מצג על ידי הקיבוצים כי עולם כמנהגו נוהג", אך לא שוכנענו כי עצם הדיווח היה הבסיס לפסיקה ולהנמקה. בית הדין אף הדגיש את ההשלכות של הפסקת תשלום דמי הביטוח על חברים עובדי חוץ, השלכות משמעותיות שיש להן גם השפעה על זכויותיהם:

"להפסקת דיווח הקיבוץ למוסד על חברים עובדי חוץ, ישנה השלכות מרחיקות לכת. משכך, כל עוד לא הוסדר האופן שבו יכול הקיבוץ שלא לדווח עבור עובדי החוץ, לא ניתן לקבל את העמדה לפיה ניתן לבחון כל מקרה לגופו. בדיון שהתקיים בפנינו ציין ב"כ המוסד את ההשלכות שישנן לאי ההכרה בהכנסה הרעיונית לעניין דמי הביטוח. ראשית צוין, כי ההכנסה לעניין דמי ביטוח היא ההכנסה לצורך חישוב גמלה. אם יקבע שלא הייתה הכנסה מהקיבוץ, אזי חישוב ההכנסה לגמלה יעשה בהתאם. יתירה מכך, כל גמלה מחליפת שכר, שבחישובה צורפה בעבר ההכנסה הרעיונית, יסתבר ששולמה ביתר וצריכה להיות מוחזרת למוסד. לא זו אף זו, שיטת החישוב הקיימת יוצאת מנקודת הנחה שהחבר מעמיד את כושר עבודתו, כל עוד הוא בגיל עבודה, לקיבוץ בכל עת. אם הנחה זו אינה נכונה, קרי אין עבודה ואין תמורה, בתקופה זו



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

החבר צריך להיות מוכר כמי שאינו עובד ואינו עצמאי, ולשלם דמי ביטוח עבור עצמו. גם מושג של "עקרת בית" לא היה קיים עד כה בקיבוץ, ואם אנו מקבלים את הטענה שישנו מצב בו חברות קיבוץ אינן עובדות, צריך לערוך בחינה מחודשת של כל המובטחות בקיבוצים.

ההשלכות אינן רק לגבי הפרט אלא גם לגבי הקיבוצים בכללותם, מפני שבקיבוץ, בשונה מאשר בעיר, לא משלמים דמי ביטוח לפי הכנסות, אלא לפי מה שהקיבוץ דיווח שהוא נותן לחבריו. החישוב נעשה באופן הבא: לוקחים את סך ההוצאות שהקיבוץ דיווח עליהן, ומחלקים בסך החברים שלהם ניתנו ההטבות. לצורך הדוגמה, ניקח קיבוץ פלוני בו חברים 200 איש, מהם 100 עובדי חוץ. במקרה בו לא 200 חברים קיבלו את ההטבות אלא רק 100 חברים, התוצאה היא, שאותן ההטבות עליהן דווח, חולקו במלואן רק ל-100 החברים. על פי נתונים אלה, כאשר הקיבוץ מחשב שלכל אחד מחבריו יש לדוגמה הכנסה של 10,000 ₪, על פי סך ההוצאות שחולק לסך החברים, משמעות הטענה שיש רק 100 חברים היא, שכל אחד ממאת החברים האלה מרוויח 20,000 ₪, וזה מעלה באופן משמעותי את החיוב של הקיבוץ" (ההדגשות אינן במקור).

27. לאור כל זאת סיכם בית הדין בעניין כרמי וקבע:

"מהאמור עד כה נגזרת מסקנתנו, שכל עוד לא הוסדר מעמדם של עובדי חוץ, המאפשר לקיבוצים השונים, לאחר בחינת מכלול השיקולים, להוציאם ממכסת החברים המדווחים למוסד על כל המשתמע מכך - עובדי חוץ אלו נחשבים כחברי קיבוץ שיש להם "הכנסה רעיונית" מהקיבוץ. יתכן כי קו הגבול הוא הסדר 2009 ככל שנתמלאו כל הסייגים הכלולים בהחלתו.

אכן, קיימת תקופת מעבר בין עידן הקיבוץ הישן לבין עידן הקיבוץ המתחדש. תקופה זו טומנת בחובה קשיים, באשר לצורת סיווג חברי הקיבוצים, ואולם אין בכך כדי לאפשר למבוטחים לאחוז את החבל בשני קצותיו, דהיינו גם ליהנות לאורך השנים מההסדרים המיוחדים שיש



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

בין הקיבוצים למוסד, וגם לטעון שבנסיבות ספציפיות אין להחילם"
(ההדגשה במקור).

28. דברים אלה יפים גם למקרה שלפנינו, ומלמדים כי עצם השינוי בנוהל בשנת 2009 אינו מעיד על אי חוקיות הגבייה בתקופה שקדמה לו. נהפוך הוא - הוראת נוהל 327 ביקשה לתת פתרון למעמד הייחודי של עובדי חוץ שביצעו (או יכולים היו לבצע) מעת לעת גם גיוסים ותורנויות בקיבוצם, באופן שהיה מוסכם על נציגות הקיבוצים, והוביל לכיסוי ביטוחי מלא לחברים אלה בהתאם לתכלית החוק (השוו לאמור בתצהירו של מר ראובן ברזילאי מטעם המערערות, ובמיוחד האמור בסעיפים 4 ו-5 בו). כאשר הסתבר - בעקבות השינויים ההדרגתיים שחלו באורח החיים הקיבוצי והתפרשו על פני שנים רבות - שאין עוד צורך בכיסוי הביטוחי האמור שכן קיימים עובדי חוץ שאין כל אפשרות שישוּבצו לביצוע משימה כלשהי בקיבוץ עצמו - תוקן ההסדר בהוראת נוהל חדשה, המתאימה למציאות הנוכחית, והוסכמה אף היא עם נציגות הקיבוצים (בהתאם לראיות שהוצגו בבית הדין האזורי).

בהתאם, ובמסגרת הוראת הנוהל החדשה משנת 2009, פוצל כאמור סוג 05 (עובדי החוץ) לשתי קבוצות. לגבי עובדי חוץ העובדים מעת לעת גם בקיבוץ ממשיכים להשתלם דמי ביטוח בשיעור עשירית מהבסיס, ואילו לגבי עובדי חוץ שאינם עובדים בסידור העבודה הפנימי ואף אין כל אפשרות או פוטנציאל כי ישובצו בו בין בכוח ובין בפועל (בהתאם להחלטת האסיפה הכללית של הקיבוץ שנמסרה להם בכתב) - נקבע כי הקיבוץ לא ישלם בגינם דמי ביטוח, ובהתאמה לא יבוטחו בגין פעילותם בקיבוץ. הן ההסדר הקודם והן ההסדר הנוכחי תואמים אם כך את הוראות החוק והתקנות, והפער ביניהם הוא בנוסחה הכללית, שהותאמה לאור שינוי הנסיבות.

29. המערערות סבורות כי המוסד מחויב היה לשנות את נהליו טרם המועד בו שינה אותם בפועל, בהתחשב בכך שהשינויים באורחות החיים התרחשו אצלן בתקופה מוקדמת יותר, כך שחבריהן המועסקים מחוץ למשק לא נדרשו בפועל לקחת חלק בסידור העבודה גם בעבר. אלא, שכאמור לעיל הבדיקה - בהתאם לפסיקה ולנוהל המוסכם - לא הייתה פרטנית ביחס לכל קיבוץ לפי היקף או מהירות השינויים שחלו בו או ביחס לכל אחד מחברי הקיבוץ בפני עצמו, אלא שיקפה נוסחה אחידה וכללית,



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

שהתבססה על הנורמות ששררו בעבר בחברה הקיבוצית כחלק מרכזי ממאפייניה. נורמות אלו אף היוו את הבסיס למכלול ההסדר הייחודי הקבוע בחוק הביטוח הלאומי לגבי חברי קיבוץ, לרבות דרך חישוב "הכנסתם" לצורך גביית דמי ביטוח ותשלום גמלאות.

בית הדין האזורי אף שוכנע עובדתית כי הוראת נוהל 327 הייתה פרי **הסכמה משותפת** בין המוסד לנציגות הקיבוצים (ברית הפיקוח וועדת המיסוי הבין-קיבוצית) באופן ששירת גם את האינטרסים של הקיבוצים; **כי לא חל שיהוי בהתייחסות המוסד לפניות הקיבוצים אליו לצורך שינוי הנוהל** (ונוסיף בקשר לכך כי הפנייה הפורמאלית הראשונה של המערערות נעשתה רק ביום 12.9.07, נספח י' לכתב התביעה); ובהתאם קבע כי אין הצדקה להתערב **בקו הגבול הסביר** שנקבע בהוראת הנוהל החדשה, ולפיו השינוי יחול מחודש ינואר 2009 ואילך. קביעות אלו, המתבססות בין היתר על התצהירים שהוגשו לבית הדין האזורי והמסמכים שהוצגו בפניו, מקובלות עלינו ולא מצאנו הצדקה להתערב בהן. הדברים נכונים מכוח קל וחומר בהתחשב בהנאתם בפועל של חברי הקיבוצים המערערים מהרחבת הכיסוי הביטוחי, כפי שפורט בתצהירים מטעם המוסד.

30. מעבר לצורך נוסף כי ייחודיות מעמדם של חברי קיבוצים ומושבים שיתופיים; הצורך לקבוע נהלים פרקטיים שיגשרו באמצעות פרשנות בין ייחודיות זו לבין הוראותיהם הכלליות-לעיתים של החוק והתקנות; ומתן תוקף להסדרים הכלליים שהושגו בקשר לכך באמצעות נציגות הקיבוצים - באו לידי ביטוי גם בפסיקה נוספת.

כך, ולמשל, נקבע כי לא ניתן לטעון בדיעבד להפליה של חברי קיבוצים בהתייחס לתשלום קצבת ילדים, לאחר שהפליה זו תוקנה ממועד מסוים ואילך בהסכמת **"נציגי הקיבוצים"**. ובלשונו של השופט עמירם רבינוביץ':

"הסכמת נציגי הקיבוצים בוועדת הכספים לתוכן התקנות הייתה מלווה בתחושת מה של הסכמה בדלית ברירה... הייתה, איפוא הסכמה של הקיבוצים לתקנות במידה מסוימת של אי נחת, אבל הייתה הסכמה... יתר על כן, מחומר הראיות למדים אנו על דיונים רצופים בתקופת תחולתן של התקנות בין נציגי הקיבוצים לנציגי המוסד בנושאים שונים הנוגעים



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

לחברי הקיבוצים ולחוק הביטוח הלאומי, אך נושא כשרותן של התקנות לא הועלה עוד בדיונים אלה.

מצב דברים זה מלמד על הסכמה שבשתיקה וויתור מכוח התנהגות של הקיבוצים על טענת ההפליה... אכן, אין ראיה להסכמה מפורשת לתקנות על ידי כל אחד מהקיבוצים, אך מחומר הראיות עולה, כי ניהול דיונים בנושאי הביטוח הלאומי לגבי כלל הקיבוצים על ידי נציגי הקיבוצים או המושבים, היה נוהג מקובל ומושרש, שלמעשה לא התכחשו לו ונהגו על פיו הלכה למעשה... בהתנהגות זו יש הסכמה מכללא מכוח התנהגות ליישום התקנות, כפי שהדבר נעשה בפועל. הסכמה זו יוצרת השתק...

קעקוע הסדר מכוח התקנות למפרע עלול לגרום לזעזוע תקציבי שבנסיבות השיהוי הקיים ושאר הנסיבות כפי שפורטו אינו מוצדק. מסקנת הדברים היא, שהתקנות אכן מפלות את הקיבוצים, אך בשל ההסכמה מכללא במשך שנים ליישומן ובשל השיהוי הניכר בהגשת התביעה, אין כל הצדקה בעת הזו להפיכת הקערה על פיה..."

(עב"ל (ארצי) 280/98 קיבוץ אור הנר - המוסד לביטוח לאומי (22.11.05); ההדגשות אינן במקור).

באופן דומה ניתן תוקף לנוהל המוסד בדבר אי גביית דמי ביטוח אבטלה (ואי תשלום דמי אבטלה כפועל יוצא מכך באופן העולה גם מהוראות החוק) בגין חברי קיבוץ העובדים בקיבוץ, וזאת גם לגבי קיבוץ שעבר ממתכונת של "קיבוץ שיתופי מסורתי" למודל של "רשת ביטחון" (עניין ויניאר).

אף בפסיקת בתי המשפט האזרחיים נקבע כי פעולותיה של ברית התנועה הקיבוצית - אשר הגיעה להסכמה מול ההסתדרות הכללית לגבי דרך גביית "המס האחיד" בזמנו בהתחשב בייחודיות הקיבוץ - מחייבות את הקיבוצים גם אם לא נתנו לה ייפוי כוח פורמאלי, והם אינם יכולים להתנער ממנה בדיעבד (ת"א (חי) 10136/96 קיבוץ בית זרע נ' ההסתדרות הכללית, פ"מ תשס"ב(2) 385 (2002); ע"א 1979/03 קיבוץ בית זרע נ' ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י (11.2.14)).



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

31. לבסוף ראוי עוד להתייחס לנפסק על ידי בית הדין האזורי חיפה בעניין **יודפת** (ב"ל (חי') 678/02 **יודפת מושב שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ - המוסד לביטוח לאומי** (2.10.03)). שם התעורר מקרה דומה לזה שהתעורר לפנינו ובית הדין האזורי קבע כי **יודפת** שהיתה אגודה שיתופית מסוג מושב שיתופי אינה חייבת לשלם דמי ביטוח בגין חבריה. מבלי שנידרש לגופה של ההכרעה שם, די אם נציין כי בית הדין האזורי ביסס את הכרעתו על כך שבשנת 1995 שונה תקנון האגודה השיתופית הן בהיבט של סמכות האגודה לשבץ את מי מחבריה לסידור העבודה, הן בהיבט של אספקת מחייה והן בהיבט הרכושי כך ש"**חברי יודפת אינם עוד בגדר חברי אגודה שיתופית, ואין יודפת אחראית לביטוחם לפי חוק**". עיון בתצהירי המערערות מעלה כי למעט במקרה של מושב שיתופי הבונים שנושא "סידור העבודה" תוקן בתקנון האגודה השיתופית בינואר 2000, אצל כל המצהירים לא עלתה טענה כי שונה התקנון ולכן לא ניתן לקבוע כי חברי המערערות אינם עוד חברי אגודה שיתופית. אשר למושב הבונים, ספק אם שינוי תקנה 47 לתקנון די בו כדי לשנות ממהותו כאגודה שיתופית. דהיינו, אין זהות בין מצבן של המערערות כאן לבין מצבו של מושב יודפת כמשתקף מאותו פסק דין. כך או כך, מהטעמים שפרטנו לעיל לא מצאנו כי עד לשינוי הוראת נוהל 327 פעל המוסד שלא כדין.

32. לאור כל האמור לעיל, שוכנענו כי יש לדחות את הערעור. בנסיבות העניין, ונוכח השאלה המשפטית-רוחבית שהועלתה, לא ייעשה צו להוצאות.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 66496-09-14

התנצלותנו על העיכוב שחל במתן פסק הדין בתיק זה.

ניתן היום, כ"ו תמוז תשע"ט (29 יולי 2019) בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.

משה טוינה,
שופט

סיגל דוידוב-מוטולה,
שופטת

אילן איטח,
סגן נשיאה, אב"ד

גברת יודפת הראל בוכריס,
נציגת ציבור (מעסיקים)

גברת חיה שחר,
נציגת ציבור (עובדים)

