

עובד או קבלן

מאת

איל זמיר*

המאמר עוסק בסוגיה המוכרת של ההבחנה בין עובד לקבלן. מקובל לומר שבסוגיה זו ישנו מבחן מיושן, מבחן השליטה או הפיקוח, אשר אט אט מפנה את מקומו בפני המבחן המודרני, מבחן ההשתלבות או הארגון. הפעלת מבחן ההשתלבות כמבחן ראשי תוך הסתייגות במבחן עזר שונים והתחשבות בשיקולי המדיניות הרלבנטיים אמורה להוליד הכרעות סבירות ומספקות. תיאור זה משמיע שההכרעה בין עובד לקבלן היא קשה ומורכבת, אולם היא איננה הכרעה שרירותית או פוליטית.

המאמר מנתח באופן שיטתי את הקריטריונים שבאמצעותם מבחינים בין עובד לקבלן בהקשרים שונים. ניתוח זה אמור לסייע בהצגת טיעון משכנע לגבי סיווג היחסים בכל מקרה ומקרה. הדיון מתייחס למבחנים הראשיים ולאנדיקציות המשניות, לשיקולי מדיניות רלבנטיים, ואף לרקע האידיאולוגי של הנושא. כד בבר, מבקש המאמר להראות ששום ניתוח, מקיף ומסודר ככל שיהיה, בין של הכללים הפוזיטיביים, בין של העקרונות שביסוד הכללים, ובין של הרקע הפוליטי והאידיאולוגי של הנושא, איננו מסוגל לתת תשובה משביעת-רצון לשאלה הנדונה. המטרה הקונסטרוקטיבית של החיבור איננה חורגת מהמבנה הרטורי הקיים. המטרה האחרת, הדסטרוקטיבית, מציבה סימן שאלה על אחדות מההנחות הסמויות שביסוד אותו מבנה.

מכאן. א. מדוע כה קשה להבחין בין קבלן לעובד? ב. טכניקות משפטיות לטיפול בסוגיה; ג. מבחנים ואנדיקציות; 1. פיקוח ושליטה על אופן ביצוע המלאכה; 2. מבחן ההשתלבות; 3. ביצוע אישי; 4. היות המועסק חלק מתאגיד או מחבורת-עובדים; 5. בלעדיות העבודה; 6. רמת התחכום של העבודה; 7. הזכות להעסיק, הכוח לפטר והזכות להתפטר; 8. כוונת הצדדים והתיאור החוזי; 9. הנאה מזכויות סוציאליות הניתנות לעובדים; 10. מצג כלפי אנשים שלישיים, ובפרט כלפי רשות-המס והמוסד לביטוח הלאומי; 11. חישוב השכר; זמן או תפוקה, סיכויי רווח והפסד, שיפוי על הוצאות; 12. התמשכות הקשר בין הצדדים; 13. זמני הביצוע – שעות קבועות או משתנות, היקף העבודה וחלקיותה; 14. מקום ביצוע העבודה; 15. הספקת הכלים והחומרים הדרושים לביצוע העבודה; 16. המעמד הכלכלי-חברתי היחסי של הצדדים; תלות כלכלית; 17. ועוד...; סיכום.

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. המחבר מבקש להודות לפרנסיס רדאי ולדפנה לוינסון-זמיר על הערותיהן החשובות לטיוטות קודמות של המאמר.

מבוא

ההבחנה בין עובד לקבלן¹ היא סוגיה נדושה וחבוטה. ריבוי ההשלכות של הבחנה זו גרם לכך שמרביתם לעסוק בה בהקשרים שונים, כמו דיני עבודה, נזיקין, מסים ועוד. התיאור הרווח בפסיקה ובספרות בישראל הוא בדרך-כלל על עימות בין מבחן ישן ומיושן, הוא מבחן השליטה או הפיקוח על אופן ביצוע העבודה, לבין מבחן חדש וחדש, הוא מבחן הארגון או ההשתלבות. על מבחן השליטה אומרים שהוא ננטש במכירתו ושאין הוא הולם את תנאי החיים המודרניים. אכן, גם מבחן הארגון או ההשתלבות איננו נוסחת-קסם. בעת הפעלתו יש להסתייע במבחני-עזר ובאינדיקציות נוספות ולהתחשב ברצינותה של הכלל שלשמו עורכים את ההבחנה. אולם שילוב זה של מבחן ההשתלבות כמבחן ראשי, יחד עם מבחני העזר והפעלת שיקולי מדיניות, מוביל להכרעות סבירות ומספקות.

תיאור זה איננו שונה מתיאורים רבים אחרים המוכרים לנו במשפט. בין המאפיינים המשותפים לתיאורים הללו ניתן להזכיר, כי המשפט מצוי בתהליך נמשך של התקדמות ושיפור, תוך למידה מטעויות העבר ומתן מענה לצורכי המציאות המשתנים. בית-המשפט מכריע במקרה המובא בפניו על-פי כללים, עקרונות ושיקולי מדיניות משפטיים. הכרעת השופט מבוססת על אדנים משפטיים אלה, תוך התחשבות בכל נסיבות העניין. הכרעה זו איננה מיכניסטית, אלא דורשת הפעלה של שיקול-דעת שיפוטי; אולם זוהי הכרעה שאיננה שרירותית או פוליטית. חיבור זה מנסה להשיג שתי מטרות: מטרה אחת היא לנתח באופן שיטתי ומסודר ככל האפשר את הקריטריונים שבאמצעותם מבחינים בין עובד לקבלן. ניתוח זה יוכל לסייע בהצגת טיעון משכנע לגבי סיווג היחסים בין הצדדים בכל מקרה ומקרה, בתוך המסגרת הריטורית הנזכרת. הדיון יתייחס למבחנים הראשיים ולאינדיקציות המשניות, לשיקולי מדיניות העשויים להיות רלבנטיים בהקשרים שונים ואף לרקע האידיאולוגי של הסוגיה. המטרה האחרת של החיבור היא להראות ששום ניתוח מקיף ומסודר ככל שיהיה – בין של הכללים הפוזיטיביים, בין של העקרונות שביסוד הכללים ובין של הרקע הפוליטי והאידיאולוגי של הנושא – איננו מסוגל לתת תשובה משביעת-רצון לשאלה הנדונה. המטרה הראשונה, הקונסטרוקטיבית, איננה חורגת מהמבנה הריטורי הקיים. המטרה האחרת, הדסטרוקטיבית, מציבה סימן-שאלה על אחדות מההנחות הסמויות שביסוד אותו מבנה. האם ניתן להביט על אותו עניין "מבפנים" ו"מהצד" בעת ובעונה אחת? מובן שקיימת סתירה בין שתי המטרות, שכן כל אחת מהן מבטאת השקפה שונה על המשמעות של הניתוח המשפטי, כוחו ומגבלותיו. ניסיון להשיג שתי מטרות אלה בבת-אחת כמוהו כניסיון לתאר בציור אחד שתי נקודות-מבט שונות על אותו אוכייקט. התמונה המתקבלת איננה יכולה להיות ברורה ומדויקת, אך היא עשויה להיות מורכבת ומעניינת².

1 בעקבות המשפט האנגלי והחקיקה המנדטורית, שאימצה את המונח independent contractor, מקובל לדבר בישראל על ההבחנה בין עובד לקבלן עצמאי. לפי המינוח המקובל בחקיקה האזרחית החדשה, ובחוק חזיה קבלנות בפרט, מוטב להשתמש במונח "קבלן" במקום "קבלן עצמאי". בהמשך נשתמש במונח הנייטרלי "מועסק" לתיאור הצד המבצע את המלאכה, בין שהוא עובד ובין שהוא קבלן, ובהתאם לכך נשתמש גם במונחים "מעסיק" (המעביד/מומין) ו"העסקה".

2 ציורים רבים של הצייר פבלו פיקסו, ובמיוחד ציורי-דיוקן שלו, מתארים בעת ובעונה אחת את החזית

בפרק א נמנה את הגורמים שבגללם כה קשה להבחין בין עובד לקבלן. נעמוד על המגמות המנוגדות הנובעות מגורמים אלה לעניין תוצאות ההבחנה: צמצום הנפקויות של כל סיווג להקשר משפטי צר זה או אחר, לעומת מתן משמעות רחבה ואחידה למושגים "עובד" ו"קבלן". בפרק ב נבחן מהי הטכניקה המשפטית הראויה להתמודדות עם הסוגיה הנדונה: מבחנים פורמליים, מבחני-על מהותיים או ויתור מראש על מבחן מרכזי כלשהו. לפי המסקנה הסקפטית של פרק זה נסקור וננתח בפרק ג חלק מהקריטריונים שהוצעו בפסיקה, בחקיקה ובספרות להבחנה בין עובד לקבלן. נעמוד על התרומות והחולשות של מבחנים אלה ועל היחסים ביניהם. נזכיר גם שיקולי מדיניות שיש להם השלכות על הפעלת המבחנים השונים ונתייחס לרקע האידיאולוגי שלהם.

א. מדוע כה קשה להבחין בין קבלן לעובד?

הגדרת הקשר "עובד-מעביד", ובפרט תחימת הגבול בין עובד לקבלן, היא סוגיה מתסכלת. שופטים ומלומדים שנוקקו לנושא ביטאו לא אחת את הקושי הרב (או אי-האפשרות) למצוא קריטריונים ברורים, או אפילו קריטריונים כלשהם, לשם ההבחנה.³ הדיון בסוגיה מתאפיין בציטוטים מכתביהם של שייקספיר, לואיס קרול ואחרים.⁴ ניתן לתלות מבוכה זו בגורמים עובדתיים, משפטיים ונורמטיביים, השלובים זה בזה.

במישור העובדתי קיים מגוון עצום של תבניות-העסקה במגזרי המשק השונים. יחסי העסקה הם מורכבים, ונוגעים למקום ולזמן של ביצוע המלאכה, לכלים שבהם היא נעשית, לפיקוח על עבודת המועסק, לשכרו, לזכויותיו הסוציאליות ועוד. בכל אחד מעניינים אלו תיתכנה וריאציות רבות. למשל: מעמדו של קברניט באונייה שונה מאוד ממעמדו של עובד ארעי שנשכר לבצע עבודת-כפיים במשך יום או יומיים. צורות העסקה חדשות נוצרות בתשובה לצורכי הכלכלה המשתנים, כתוצאה ממאבקי-כוח בין הצדדים בשוק-העבודה, ואף כתגובה להסדרה הממשלתית של שוק זה. לעתים, ובמיוחד כאשר המטרה היא לעקוף רגולציה ממשלתית או להימנע מתשלום מסים, המתכונת החיצונית של היחסים משמשת מסווה לאופיים האמיתיים.⁵

ראת הצדדית של האובייקט (למשל: דיוקנה של דורה מאר משנת 1937).

3 בישראל מרכיב לצטט בהקשר זה את דברי השופט ויתקון: "המבחנים אינם מבחינים וההגדרות אינן מגדירות" (ע"א 484/71 ולנסי נ' פזינר קונקריט, פ"ד כו(2) 322, 324). אחרים מכנים את הסוגיה "doctrinal quicksand" (R.C. Bamford, "Double, double Toil and Trouble; Fire, Burn; and," (Caldron, Bubble" 54 *Transport. Practitioners J.* (1986) 115 "a lack of precision [...] so extensive as to suggest that the supposed definition has no fixed meaning at all" (Rideout's *Principles of Labour Law* (London, 5th ed., 1989) 6). ראה גם מ' גולדברג, "למהות המושג 'עובד'", הפרקליט כו (תש"ל) 389, 392; מ' גולדברג, "מהותם של יחסי עובד-מעביד", הפרקליט לב (תשל"ט) 81.

4 ראה J.J. Macken, G. McCarry & C. Sappideen, *The Law of Employment*, (Sydney, 3rd ed., 1990) 28 (ציטוט הדו-שיח בין Alice ל-Humpty Dumpty מתוך *Through the Looking Glass* של לואיס קרול); במפורד, שם (כתורת המאמר היא ציטוט מתוך המערכה הרביעית של המחזה מקבת).

5 ראה, למשל, דב"ע מט/3-11 אבו רביעה — מדינת ישראל, פר"ע כ 408.

כדוגמאות לתבניות-העסקה מיוחדות ניתן להזכיר עבודות המתבצעות בביתו של המועסק ובזמנו החופשי⁶; חוזים שבהם מספק המועסק, נוסף על עבודתו, גם מרכיבים אחרים (כמו כלי-עבודה); ובעלי-מקצוע השוכרים מכונות במפעל של המעסיק⁷. לעתים, הקושי שצורת ההעסקה מעוררת אינו נעוץ דווקא, או אינו נעוץ רק, בהבחנה בין עובד לקבלן. ישנם קשיים גם בתחילת הגבול בין עובד לשוכר⁸, בין עובד למשכיר⁹, בין עובד לשותף באגודה שיתופית או לדירקטור בתאגיד¹⁰ ועוד¹¹. המורכבות העובדתית העצומה וריבוי שאלות הסיווג הנגזרות ממנה אינם מאפשרים לקבוע מבחן ברור לקיומם של יחסי-עבודה.

במישור המשפט הפוזיטיבי, חלק מהקשיים נובע מריבוי הנפקויות של הסיווג עובד-קבלן. בין היתר עשוי הסיווג ליצור השלכות על תוכן החיובים ההדדיים של הצדדים; על תוצאות המס של ההעסקה מבחינת המעסיק והמועסק כאחד; על אחריותו הנזיקית של המעסיק לנזקים שנגרמו למועסק או שהמועסק גרם לאנשים שלישיים; על תחולתם של דינים הבאים להגן על עובדים (שעות עבודה ומנוחה, פיצויי-פיטורים, ביטוח לאומי); על זהותו של בעל זכות קניין רוחני ביצירה שיצר המועסק במסגרת העסקתו; על סדר הקדימויות בפשיטת-רגלו (או בפירוקו) של המעסיק; ועל סמכותם של טריבונלים שיפוטיים¹². ההשלכות המגוונות של יחסי-העבודה מעידות על מרכזיותה של העבודה בחיי הפרט והחברה ועל כך

6 ראה, למשל, דב"ע מח/3-137 חמר אדר – פרסום מלגיק, פד"ע כ 60 (רעיונאית שהועסקה כ-retainer במשרד-פרסום); דב"ע לט/3-114 איגוד המפרסמים בישראל – פרוסט, פד"ע יא 144 (מעקב אחר פרסומות בטלוויזיה ובקולנוע).

7 ראה, למשל, ע"א 584/67 תיכון ג' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד כב(1) 609 (השכרת מכונות בגנריה); דב"ע לה/0-11 ודל – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע ו 281 (שכירת מכונות לליטוש יהלומים במפעל תמורת דמי-שכירות חודשיים וביצוע עבודה בהן עובד המשכיר ועבור לקוחות אחרים). ראה גם הפריט העשירי בתוספת הראשונה לצו הביטוח הלאומי (סיווג מבוטחים וקביעת מעבידים), התשל"ב-1972, ק"ת 1573.

8 ראה פסק-דין ודל, שם. ראה גם ע"א 329/54 אל-ראעי ג' חראד, פ"ד י 105 (שכירת חדר בתמורה למתן שירותים למשכיר).

9 מובילים המספקים למעסיק הן את עבודתם כנהגים הן את רכבם, שבאמצעותו נעשות ההובלות. ראה גם להלן, תת-פרק ג.15.

10 ראה, למשל, דב"ע שם/3-105 דין – בוקורניסקי, פד"ע יב 220 (אגודה שיתופית); דב"ע לה/3-73 גיסון – חברת בית-הספר אריאל, פד"ע ז 293 (בעל-מניות שהיה גם דירקטור וגם עובד בחברה); דב"ע לד/360 עזבון בלה ודי – "לאורווי", פד"ע ו 10 (מנהל בתאגיד לעומת עובד); ע"א 85/86 דננברג ג' וולף, פ"ד מב(3) 465 (בעל-מניות המקבלים "שכר" ממפרק זמני של חברה). על סוגיה זו ראה גם J.M. Edrey, "The Definition of Employee for Income Tax Purposes" 17 Is. L.R. (1982) 290, 292-296; ס' אוטולנגי, "מעמד חבר אגודה שיתופית כעובד האגודה", שנתון משפט העבודה כ"ב (תשנ"א) 31.

11 לפעמים, כמו במקרים של השאלת עובדים או חברות לאספקת כוח-אדם, לא לגמרי ברור מיהו המעסיק. ראה מ' מירוני, "מיהו המעביד – הגדרת יחסי עובד-מעביד כתבניות העסקה מודולאריות" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 505. השאלה המרכזית במקרים אלה היא מי ייחשב כמעביד, אולם לעתים נלווית לה גם שאלת עצם קיומם של יחסי-עבודה. ראה, למשל, דב"ע מד/4-21 ההסתדרות הכללית – האפוטרופוס הכללי, פד"ע טו 365; דב"ע לו/2-10 "ציון" חברה לביטוח – סעדי, פד"ע ח 240.

12 ראה, למשל, סעיף 1 לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 (ס"ח 110); חוק הגנת השכר, תשי"ח-1958 (ס"ח 86); חוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957 (ס"ח 63); חוק חופשה שנתית, תשי"א-1951 (ס"ח 234); סעיפים 2 ו-3 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], תשכ"א-1961 (דמ"י [ג"ח], 120); חוק מס מעסיקים, התשל"ה-1975 (ס"ח 118); סעיף 13 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]; חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987 (ס"ח 68); חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951 (ס"ח 204); חוק פיצויי-פיטורים,

שבחברה המודרנית (במיוחד במדינת-רווחה כישראל) "עובד" הוא במידה רבה סטטוס, מעמד משפטי, ולא רק ציון לכך שאדם הוא צד לחוזה¹³. במישור הנורמטיבי, קשיי ההכרעה הכרוכים בריבוי הנפקויות של הסיווג עובד-קבלן נעוצים בשיקולי המדיניות הנוגעים לכל אחת מאותן השלכות. לפני שמציגים את השאלה כיצד להבחין בין עובד לקבלן יש לברר לשם מה עורכים את הסיווג. שיקולי המדיניות הכרוכים בהטלת אחריות שילוחית לעוולת העובד (פיזור הנזק, יצירת תמריצים למניעת תאונות, אשמת המעביד ועוד) שונים מהשיקולים הנוגעים לזיהוי בעל זכות-היוצרים ביצירת המועסק (זיקת אדם לפרט-עמלן, עידוד היצירה, שיקולים חלוקתיים בנוגע להנאה מהיצירה וכדומה) או לחקיקה שעניינה מניעת אפליה בתעסוקה¹⁴. יתר על כן: בכל תחום ותחום פועלים שיקולים שונים ומגוונים (יעילות לעומת שוויון, אוטונומיית הצדדים לעומת צדק חברתי). ביחסים שבין הצדדים לבין עצמם חשיבות ההבחנה הלכה וגדלה ככל שמערכת-הדינים החלה על יחסי-עבודה התרחקה מדין-החוזים הכללי. תחום יחסי-העבודה הוא דוגמה מובהקת לכרסום במעמדו של מוסד החוזה ובתחולתם של דיני-החוזים¹⁵. בעוד שבדיני-העבודה משקלם של "חופש החוזים"

תשכ"ג-1963 (ס"ח 136); חוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), התשכ"ח-1968 (ס"ח 108); סעיף 15(1)(ב) לחוק זכות יוצרים, 1911 (חא"י ג (ע) 2633, (א) 2475); סעיפים 131-136 לחוק הפטנטים, תשכ"ז-1967 (ס"ח 148); סעיפים 45-49 לחוק זכות מטפחים של זני צמחים, התשל"ג-1973 (ס"ח 272); סעיף 11 לחוק זכויות מבצעים, התשמ"ד-1984 (ס"ח 157); סעיף 78 לפקודת פשיטת הרגל (נוסח חדש), תש"ס-1980 (דמ"י [נ"ח] 639); סעיף 354 לפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983 (דמ"י [נ"ח] התשמ"ד, 761); סעיף 24 לחוק בית-הדין לעבודה, תשכ"ט-1969 (ס"ח 70); סעיף 29 לחוק פיצוי מפוני סיני, התשמ"ב-1982 (ס"ח 99).

13 דב"ע לא/3-27 עיריית נתניה — בירגר, פר"ע ג 177, 190; דב"ע לה/3-48 גינבורג — "גיטן" השקעות וסוכנויות, פר"ע ח 151, 157. על הקשר בין סטטוס לחוזה ראה גם להלן, תת-פרק 8.ג. שאלה אחרת, רחבה וסבוכה יותר, היא באיזו מידה היותו של אדם "עובד" מכבא בימינו גם השתייכות למעמד חברתי-כלכלי ("מעמד העובדים") וכיצד ראוי להתחשב בהשתייכות המעמדית של מועסק בקביעת מעמדו המשפטי. לדין בשאלות אלה באספקלריה של המשפט והחברה בארצות-הברית ובאנגליה ראה M. Linder, *The Employment Relationship in Anglo-American Law* (New York, 1989). ראה גם הערה 15 להלן ותת-פרק 16.ג. להלן.

14 ראה A. Merritt, "Control v. 'Economic Reality' — Defining the Contract of Employment" 105 *Aust. Bus. L.R.* (1982) 10; ת"א (ת"א) 1509,2691/66 קלוטון נ' שחלבן חימיקלים, פס"מ סח 382, 389. כדוגמה לליבון הסוגיה לפי השיקולים המיוחדים הנוגעים לחקיקה למניעת אפליה בארצות-הברית ראה P. Davidson, "The Definition of 'Employee' under Title VII — Distinguishing between Employees and Independent Contractors" 53 *U. Cincinnati L.R.* (1984) 203. ראה גם ארדעי (לעיל, הערה 10).

15 ראה L.M. Friedman, *Contract Law in America* (Madison & Milwaukee, 1965) 15-26; G. Gilmore, *The Death of Contract* (Columbus, Ohio, 1974); O. Kahn-Freund, "A Note on Status and Contract in British Labour Law" 30 *Modern L.R.* (1967) 635; B.W. Haines, "English Labour Law and the Separation from Contract" 1 *J. Legal Hist.* (1980) 262; F. Raday, "Status and Contract in the Employment Relationship" 23 *Is. L.R.* (1989) 77; פ' רדאי, "ארבעים שנה לדיני העבודה", משפטים יט (תש"ן) 787. "בענייני משפט עבודה ניתן לאמר, על דרך הפרפרזה, כי החברה התפתחה, במידת מה, מסטטוס לסטטוס דרך חוזה" (פסק-דין גינבורג, לעיל, הערה 13, 158).

על יסוד מחקר היסטורי והשוואתי מקיף, סבור ב' ליפשיץ כי שורש הקושי לתאר את מהותם של יחסי העבודה נעוץ בסירוב להכיר בכך שהקשר מעביד-עובד הוא קשר קנייני בבסיסו ובמקורו: העובד הוא

ושל ההשקפות האינדיבידואליסטיות שביסודן פחתו במהירות, תהליכים אלה היו אטיים יותר כדין החוזים הכללי. כיום פער זה מצטמצם במידה מסוימת כתוצאה משינויים בדיני החוזים ובידי העבודה כאחד. בדיני החוזים ישנה התחשבות גוברת בנומרות חברתיות ומוסריות, ואפילו בשיקולים חלוקתיים ופטרנליסטיים¹⁶. לעומת זאת, האופי הכופה והריכוזי של הסדרת יחסי העבודה מתרופף במידה מסוימת עם היחלשותם של ארגוני עובדים והתרחבות השימוש בתבניות העסקה גמישות ופתוחות יותר¹⁷. עם זאת, עדיין יש חשיבות רבה להבחנה בין עובד לקבלן. במידה שדיני העבודה מגשימים מדיניות ריכוזית, חלוקתית ופטרנליסטית יותר מזו המקובלת בדיני החוזים הכלליים — הרי הרחבת הקטיגוריה של "עובדים" מקדמת מדיניות זו, בעוד שצמצומה מקדם ערכים סותרים של אינדיבידואליזם, כלכלת-שוק וכדומה¹⁸.

מאחר שבכל מקרה הסיווג איננו תכליתי לעצמו, אלא רק שלב בהכרעה לגבי זכויות הצדדים, לא ניתן לקיים את הסיווג ללא קישורו עם השלכותיו. ריבוי הנפקויות של הסיווג עובד-קבלן וגיוון שיקולי המדיניות המתקשרים לכל אחת מאותן נפקויות הם סיבה מרכזית למבוכה המאפיינת את הנושא הנדון¹⁹.

קניין מעבידו. השקפות העולם הליברליות אינן מחייבות עם תפיסה קניינית של יחסי העבודה, ולכן "מטעמי גימוס ומוסכמות בנות הזמן" מכנים אותם "סטטוס". ראה ב' ליפשיץ. "עובד וקבלן" — בין קניין לבין התחייבות" (טרם פורסם).

16 על מגמות אלה ראה, למשל, D. Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication" 89 *Harv. L.R.* (1976) 1685; D. Kennedy, "Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power" 41 *Md. L.R.* (1982) 563; A.T. Kronman, "Contract Law and Distributive Justice" 89 *Yale L.J.* (1979) 472; H. Collins, *The Law of Contract* (London, 1986); L.J. (1980) 472; ר' פרידמן ונ' כהן חיים (תל-אביב, תשנ"א) א' 77-74; ג' שלו, "מה נותר מחופש החוזים" משפטים י' (תשמ"ח) 465.

17 אם כי ישנן בתחום זה מגמות סותרות. הכרסום באופי הכופה של דיני העבודה מתרחש באופן דומה לכרסום שחל מזה זמן רב בעקרונות חופש החוזים. יותר מאשר חל שינוי פנימי בדיני העבודה חל כרסום בהיקף התחולה של מערכת ההסדרים הכופה שדינים אלה קובעים, כאמצעות חריגים דוגמת העסקה בחוזים אישיים ועקיפה של ארגוני עובדים. אפילו במגזר הציבורי או הציבורי-למחצה גוברת הנטייה להעסקה שלא במסגרת חוזי עבודה, או במסגרת חוזי עבודה אישיים. ראה, למשל, סעיף 46 לחוק רשות הדואר, התשמ"ז-1986 (ס"ח 79); סעיף 4 לחוק האפוטרופוס הכללי, תשל"ח-1978 (ס"ח 61); סעיף 25(ג) לחוק רשות שדות התעופה, תשל"ז-1977 (ס"ח 182); סעיף 24(ג) לחוק רשות השידור, תשכ"ה-1965 (ס"ח 106). ההקבלה לחופש החוזים היא, שהכרסום בעיקרון זה נעשה (לפחות בתחילה) בעיקר על-ידי קריעת תחומים שונים מתחולתם של דיני החוזים הכלליים (כמו תחומי העבודה והביטוח), ולא בדחייתו המוצהרת.

18 לביקורת על המדיניות הרווחת בדיני העבודה מנקודת מבט ליברטנית, ראה R.A. Epstein, "A Common Law for Labor Relations — A Critique of the New Deal Labor Legislation" 92 *Yale L.J.* (1983) 1357; P.R. Verkuil, "Whose Common Law for Labor Relations?" 92 *Yale L.J.* (1983) 1409; J.G. Getman & T.C. Kohler, "The Common Law, Labor Law, and Reality — A Response to Professor Epstein" 92 *Yale L.J.* (1983) 1415. ראה גם הסימפוזיום על דיני העבודה שהתקיים באוניברסיטת שיקגו בשנת 1984: 945-1192 *U. Chi. L.R.* (1984) 51. לניתוח ההבחנה בין עובד לקבלן מנקודת מבט טרזיאליסטית ראה לינדר (לעיל, הערה 13).

19 לעניין זה יש השלכה על ראיית הסיווג כשאלה משפטית או עובדתית — דבר המשפיע על נכונותה של ערכאת-הערעור להתערב בהכרעת הערכאה הראשונה לגבי הסיווג. ככל שמכירים בכך שקשיי הסיווג נעוצים בשאלות נורמטיביות כן גדלה הנטייה להכיר בכך שמדובר בשאלה משפטית. לרעות שונות

ריבוי ההשלכות של קיום יחסי-עבודה והשיקולים הנבדלים המתקשרים לכל אחת מהן הולידו שתי מגמות נוגדות לעניין סיווג היחסים. מגמה אחת היא לצמצם את תוצאותיה של כל הכרעה בדבר מעמדו של המועסק לעניין המיוחד שלשמו היא נעשתה. לפי מגמה זו, המסקנה שפלוגי הוא עובד לעניין האחריות בנוזקין, למשל, אינה משפיעה על סיווגו לכל עניין אחר²⁰. המגמה ההפוכה היא להימנע ככל האפשר מסיווגים סותרים של אותה מערכת עובדתית הן משיקולים של נוחיות מנהלית ומשפטית הן כדי שלא לכרסם באופיים של יחסי-העבודה כסטטוס, על כל הכרוך בכך. גישה זו אינה כופרת בכך שלעיתים מרחיבים או מצמצמים את המשמעות הרגילה הנודעת לביטוי "עובד" לצורך תחולתו של חיקוק זה או אחר. הטענה היא, שבהעדר הרחבה או צמצום מיוחדים שכאלה יש ליחסי-עבודה משמעות אחת, כללית ורגילה בכל תחומי המשפט²¹. המגמה הרווחת יותר היא לצמצם את נפקיות הסיווג, אף כי קשה להעריך עד כמה מגמה מוצהרת זו היא גם מגמת הפסיקה למעשה²². בין כך ובין כך, בבואם לקבוע את מעמדו של מועסק

בסוגיה זו ראה ע"א 47/48 אגושביץ נ' פטרמן, פ"ד ה' 4, 19-17, 23-22; ע"פ 78/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' ילנין, פ"ד י' 1429, 1430; דב"ע ל/3-1 רון שמאל — נציגות הבית המשותף, פד"ע א' 42, 47 (בשלושתם נטו לסווג את השאלה כשאלה עובדתית, לפחות ביסודה); דב"ע כ"ב/2 אידל — רזימן, פד"ע יד' 181, 184; ע"א 429/68 דובדבני נ' פקיד השומה, פד"א כ' 157 (שאלה מעורבת של עובדות ודין); דב"ע מז' 89-02 המוסד לביטוח לאומי — רונבאום, פד"ע יט' 29, 31 (הדגשת הצד המשפטי של ההכרעה, בהתבסס על עובדות המקרה). מאחר שבמקרים רבים המחלוקת מתייחסת למשמעות המשפטית של העובדות, כיום אין עוד רתיצה ממשית של ערכאות-הערעור להתערב בקביעת הערכאה הראשונה, ובמידה רבה נהגו כך גם בעבר, למעשה אם לא להלכה. על התפתחויות מקבילות במשפט האנגלי ראה: P.S. Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (London, 1967) 33-34; N. Fagan, *Contracts of Employment* (London, 1990) 21-22.

20 ראה בג"צ 55/62 אזולאי נ' ראש עיריית צפת, פ"ד טז' 1465, 1469; ע"א 502/78 מדינת ישראל נ' ניסים, פ"ד לה' (4) 748, 758; אדרעי (לעיל, הערה 10), 317 ואילך; נ' גוטמן, משפט העבודה האזרחי והקיצוני (גבעתיים, מהדורה שישית, תשנ"א) 228; מ' גולדברג ו' האוזמן, דיני עבודה, (תל-אביב, מהדורה עשירית, תשנ"א) 1-4 — 1-5.

21 דב"ע ל/2-8 חיימוביץ — מדינת ישראל, פד"ע ח' 472, 474-475. כאשר חיקוק או הלכה פסוקה כוללים בגדר "עובד" גם אדם שאין לו קשר חוזי עם ה"מעביד", אדם המבצע את עבודתו בהתנדבות או אדם "שאינו בינו לבין קרובו המעסיקו יחס של עובד ומעביד" — ברור שמטרתם אינה להגדיר יחסי-עבודה, אלא דווקא לסטות מ"המובן הרגיל" שלהם (תהא משמעותו של מושג זה אשר תהיה). עצם הדיבור על יחסי-העבודה כיוצרים מעין סטטוס (כלומר: ככעלי נפקות בעניינים רבים ושונים) מניח, שישנו גרעין פחות או יותר ידוע לביטוי "עובד". על משמעות "בלתי-רגילות" של הביטוי ראה סעיף 1 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח-1968 (קרוכי משפחה); א' ברק, אחריות שילוחית בידי נוזקין (ירושלים, תשכ"ד) 128; ג' טרסקי (עורך), י' אנגלרד, א' ברק ומ' חשין, דיני הנוזקין — תורת הנוזקין הכללית, (ירושלים, מהדורה שנייה, תשל"ז) 266§, עמ' 443-444 (להלן: דיני-הנוזקין); פסק-דין ניסים, שם ("עובד" ללא יחס חוזי וללא שכר, לענין האחריות השילוחית בנוזקין). עטיה (לעיל, הערה 19, 31-33) מציע להימנע ככל האפשר משימושים פיקטיביים במונח "עובד", בשל ההשלכות השליליות של שימוש נרחב בפיקציות משפטיות (בפסק-דין ניסים נמנע השופט ברק מלהסתמך על התגדרה הפיקטיבית של "עובד" והשתית את האחריות השילוחית על מושג ה"שלוח" הנוזקי). מתח דומה בין אחידות לפרטיקולריות בקביעת מעמדו של מועסקים קיים בשיטות-משפט נוספות. ראה, למשל, F. Schmidt, *The Law of Labour Relations in Sweden* (Stockholm, 1962) 54-58.

22 ההשלכות השונות של הסיווג קשורות לצדדים שונים (הצדדים לחוזה, רשויות-המס, נוזקים) ולעילות תביעה שונות, ולכן כל התדיינות מתייחסת על-פירוב רק להשלכה אחת של הסיווג. לעתים רחוקות

לעניין פלוני, נעזרים בתי-המשפט בהלכות שנפסקו בהקשרים משפטיים שונים ומגוונים. כל עוד מתחשבים בהבדלים שבין שיקולי המדיניות החלים בכל אחד מההקשרים, היעזרות כזו עשויה להיות פוריה ביותר.

ב. טכניקות משפטיות לטיפול בסוגיה

כמו במקרים אחרים שבהם מבקשים לקבוע אמת-מידה להבחנה בין שתי תופעות, כאשר מנסים להבחין בין יחסי-עבודה לקבלנות תרים אחר מאפיין או מאפיינים הקיימים באחת ממערכות-היחסים ואינם קיימים במערכת האחרת. בדרך-כלל מתחילים את ה"חיפוש" בסממנים חיצוניים, כמו חובת המועסק לבצע את עבודתו בשעות קבועות ביום, אופן חישוב השכר או בלעדיות התעסוקה²³. עד-מהרה נוכחים לדעת, שכל כלל המתבסס על סממנים אלה ניתן להפרכה (למשל: שכרו של עובד עשוי להיות מחושב לפי כמות התפוקה ולא לפי יחידות-זמן, בעוד שקבלנים רבים גובים את שכרם לפי יחידות-זמן). בתגובה לכך מנסים לאתר את הגורם ה"אמיתי" המונח ביסוד אותם סממנים חיצוניים ולהשתמש בו כגנה-המידה להבחנה. לא עוד מבחן טכני כזה או אחר, אלא עמידה על "מהות" היחסים. מהו אותו גורם מהותי המאפיין את יחסי-העבודה (להבדיל מחוזי-קבלנות)? בין התשובות ששיטות-משפט שונות נותנות לשאלה זו ניתן להזכיר את ה"שליטה" של המעסיק על עבודת המועסק²⁴, את היחס של "כפיפות אישית"²⁵ – או "כפיפות

ניתן להשוות בין תוצאותיהן של שתיים או יותר התרשימות לגבי אותה מערכת-יחסים עצמה. סיווגים סותרים של אותה מערכת עובדתית היו בעבר 5/69 לאופר נ' המוסד לביטוח לאומי, פס"מ עז 114; ובעמ"ה (ת"א) 243/66 לאופר נ' פקיד השומה (לא פורסם, על-פי גולדברג (תשל"ט) (לעיל, הערה 3), 84; וכן בחב"ל (חי) 22/67 יכין חקל נ' המוסד לביטוח לאומי, פכ"ל יא 127; ובעמ"ה 200/64 יכין חקל נ' פקיד השומה (נוכר בפסק-הדין של בית-הדין לביטוח לאומי, האמור לעיל).

23 ראה ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי (תל-אביב, תשכ"ט) 64 ואילך (צמידות לשעות קבועות במשפט העברי); ההבחנה בין "שכיר היחיד" ל"שכיר הרבים" בסעיף 422 למגילה (הקריטריון של בלעדיות העבודה לצורך הכתנה דומה להבחנה בין עובד לקבלן).

24 מבחן ה-"control" או ה-"right to control" הוא המבחן המסורתי במשפט האנגלו-אמריקני. ראה K. W. Wedderburn, *The Worker and the Law* (London, 3rd ed., 1986) 112; Williston on Contracts (Rochester and San Francisco, 3rd ed., 1967, updated to 1990) IX, §1012A, pp. 16-29; H.A. Simon, "Distinguishing Employees from Independent Contractors: Lessons from the California Experience" 14 *Employee Relations L.J.* (1989) 569 (לעיל, הערה 4), 8 ואילך. דומה שאף בהולנד המבחן הראשי הוא מבחן של פיקוח ושליטה. ראה S.R. Schuit et al., *Dutch Business Law* (Deventer, 3rd ed., 1988) 9-12 — 10-12; *International Labour Law Reports*, II (Alphen aan den Rijn, 1979) 15-18. אף ורהפטיג (שם, 74) מגיע למסקנה שגורם הזמן הוא רק סימפטום חיצוני להבחנה בין עובד לקבלן במשפט העברי וכי ההבחנה נעוצה בהיותו של העובד נתון לפיקוח המעביד (ובאיי-היותו "אחראי להוצאת המלאכה"). ליפשיץ (לעיל, הערה 15) סבור כי אף במשפט העברי, הפיקוח והשליטה אינם אלא סממנים גלויים לדבר המהותי: האופי הקנייני של הזיקה בין המעביד לעובד. מחקרו של פרופ' ליפשיץ הוא דוגמה מובהקת לנסיון לפתור את הקושי להבחין בין עובד לקבלן באמצעות עמידה על המהות האמיתית של היחסים.

25 זהו המושג המקובל במשפט הגרמני: M. Weiss, *Labour Law and Industrial Relations in the Federal Republic of Germany* (Deventer, 1987) 39-41.

משפטית²⁶ בין העובד למעביד – ואת "השתלבות" המועסק במפעל המעסיק²⁷. דא עקא, שעד-מהרה נוכחים לדעת, כי גם פתרונות אלה אינם משביע-רצון. ה"כותרות" השונות אינן מסוגלות להשיב באופן מספק לשאלת הסיווג, ולכל היותר הן מצביעות על דגשים מסוימים בניתוח הסוגיה. לא קשה למצוא מצבים שבהם אין משמעות למבחנים אלה. לדוגמה: בדרך-כלל אין משמעות ל"שליטת" המעביד על אופן ביצוע המלאכה כאשר המעביד חסר את הכישורים הדרושים להפעלת שליטה כזו. כמרכן אין משמעות ל"השתלבות" העובד במפעל המעביד כאשר מפעל כזה אינו קיים (כמו במקרה של עובד-ניקיון בבית פרטי). אך חשוב מכך, בניגוד למקום או לזמן של ביצוע העבודה, שאותם ניתן לברר ולקבוע בקלות יחסית, במקרים רבים "כפיפות", "שליטה" או "השתלבות" אינן עובדות שקל להיווכח בקיומן או בהיעדרן. גם אם בתחילה "שליטה" או "כפיפות" מרמזות למצב עובדתי כלשהו, עם השימוש בהן כאמת-מידה לעריכת ההבחנה במצבים שונים ומשתנים הן מאבדות את התוכן הקונקרטי שהיה להן והופכות למושגים מופשטים. למעשה אלו הן מסקנות משפטיות שאותן מסיקים ממכלול העובדות בכל מקרה ומקרה. יוצא, שקיום יחס של "שליטה" או "השתלבות" שוב איננו המבחן לקיומם של יחסי-עבודה, אלא כינוי אחר למסקנה שיחסים כאלה אכן קיימים²⁸.

בשלב זה (שבו מצויות כל שיטות-המשפט הידועות לנו) ניתן לבחור בין דרכי-פעולה אחדות: דרך אחת היא לעדן ולשכלל מבחן-על זה או אחר, או להציע מבחן חדש אשר יתגבר על הקשיים שנתגלו ביישום המבחנים הקיימים. ברוח זו נוטה המשפט הישראלי לזנוח את מבחן השליטה ולאמץ תחתיו את מבחן ההשתלבות²⁹. ברוח דומה הוצע להחליף את המבחנים הקיימים במבחנים כמו "המציאות הכלכלית" או ה"enterprise control"³⁰. למעשה, כל שיטות-המשפט המוכרות לנו

26 "subordination juridique" או "le lien juridique de subordination" ("קשר הכפיפות המשפטית") הוא המבחן המקובל במשפט הצרפתי. ראה G.H. Camerlynck & M.A. Moreau-Bourlès, *Le Contrat de Travail*, 2e ed., T. I (Paris, 1982, Mise à jour 1988) 58–79; *Encyc. Dalloz, Droit* 2–3; *Civil*, 2e ed., T. III *Contrat d'entreprise*, Nos. 1–10, pp. 2–3; H. Mazeaud, L. Mazeaud & J. (independance juridique) *Mazeaud, Leçons de Droit Civil* (Paris, 2e ed., T. 3, 1963) §§1332–1333, pp. 1071–1073.

27 מבחן ה"Integration" או ה"Organization". זהו המבחן שאימץ בית-הדין לעבודה בישראל, בעקבות פסק-דין של הלורד רינג בענין *Stevenson Jordan and Garrison Ltd. v. MacDonald and Evans* [1952] 1 T.L.R. 101.

28 ריידאט (לעיל, הערה 3, בעמ' 7) מתאר את מבחן השליטה כך: "an ex post facto rationalization of a conclusion reached on the basis of other factors". ראה גם מריט (לעיל, הערה 14), 111. בהתייחסו להלכה שהמבחן הקובע הוא אם המועסק עובד אצל הזולת או אצל עצמו כתב בר-ניב: "ברור שבקביעה זו אין לראות מבחן כלל, באשר אין בו אלא העמדת השאלה בניתוח אחר" (צ' בר-ניב, "דיני עבודה", סדרי שלטון ומשפט (תל-אביב, תשל"א) 489, 492). מעניין, כי מבחן זה דומה מאד ל"פן השלילי" של מבחן ההשתלבות, כפי שנקבע בבית-הדין הארצי לעבודה בנשיאותו של השופט בר-ניב, זמן לא רב אחר כתיבת המאמר הנזכר (ראה להלן, תת-פרק 2.ג). גם על מבחן ההשתלבות, כפי שנקבע בפסק-דין סטיבנסון, שם, נאמר: "Whether or not this new test [...] does more than restate the question rather than providing an answer to it may be open to doubt [...]" (*F.C. of T. v. Barrett*, (1973) 129 C.L.R. 395).

29 ראה להלן, תת-פרק 2.ג.

30 על גירסה אחת של מבחן "המציאות הכלכלית", ראה מריט (לעיל, הערה 14). על מבחן "המציאות

נוטות ללכת בדרך זו, המאפשרת לבית-המשפט לעטוף את שיקול-דעתו בנוסחאות מילוליות. קיומו של מבחן יחיד או מבחן ראשי יוצר מראית-עין של ודאות וביטחון משפטיים. אומרים כי, גם אם למבחן הראשי יש "שולי עמימות", הרי גרעינו ודאי ומוצק. כמו כל כלל, אף לו יש אי-אלו "חריגים", אך הם אינם גורעים מכלליותו. מאמינים שמבחן-על יחיד מסוגל למנוע הכרעות שרירותיות או סותרות של שופטים שונים ולמנוע הכרעה לפי השקפותיו האישיות של השופט. דרך זו מתיישרת היטב עם התפישות הרווחות של משפט ושפיטה. לדעתנו, הקושי הוא שאין זו אלא מראית-עין. כפי שנשתדל להראות בהמשך, מבחן-העל, בין שהוא מבחן השליטה, מבחן ההשתלבות או כל מבחן אחר, איננו נותן תשובה, ולו חלקית, לשאלת הסיווג, אלא הוא ניסוח אחר לשאלה עצמה.

דרך אחרת היא לוותר על מבחן סובסטיבי כזה או אחר ולהסתפק באינטואיציה של השופט. ברוח זו הציגו את מבחן "האדם הנכון מהשוק" או "מה אדם רגיל היה אומר למראה חוזה פלוני" — חוזה של עובד הוא או חוזה של עצמאי?³¹. דרך זו עדיפה על הדרך הראשונה בכך שאין היא מנסה להסוות את הכרעת השופט מאחורי סיסמאות כמעט-ריקות. אולם חסרונן של מבחן "האדם הנכון" (כמו "חוש המומחיות של המשפטן"), הוא שאין זה מבחן חלופי או מבחן כלל, אלא ויתור על עצם הניסיון להתוות קריטריונים כלשהם³². ויתור כזה שולל את האפשרות להסתמך על דיונים קודמים באותו נושא ומגביר עוד יותר את אי-הודאות. ויתור כזה מתיישר עם תפישה שלפיה הכרעות שיפוטיות אינן נגזרות כלל מגורמים אפריוריים, ובמובן זה הן פרסונליות ושרירותיות. תפישה זו סותרת את הרטוריקה השיפוטית המקובלת, ולדעתנו אף אין היא משקפת את העשייה השיפוטית למעשה.

הכלכלית", כפי שעוצב בארצות-הברית בהקשר של תחיקה להגנת עובדים, ראה ליגר (לעיל, הערה 13), 185-249; דוידסון (לעיל, הערה 14), 209-213. על מבחן ה-"Enterprise Control", המשלב אלמנטים של מבחני השליטה וההשתלבות, ראה R. Flannigan, "Enterprise Control: The Servant and Independent Contractor Distinction" 37 U. Toronto L.J. (1987) 25.

31 בג"צ 319/78 שמן תעשיות נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד לד(2) 75, 82. השופט ח' כהן הלך בעקבות השופט האנגלי Somervell (1951) 2 K.B. 343, 352-353, *Cassidy v. Ministry of Health*, אשר מצדו הסתמך על פסק-דין אנגלי קודם: 1 K.B. 543, 553, [1910] *Simmons v. Heath Laundry Co.*. ברוח דומה מדבר וודרברן על "מבחן הפיל": "Most courts now appear to use this 'elephant-test': for the employee — an animal too difficult to define but easy to recognize when you see it" (וודרברן (לעיל, הערה 24), 116. הצעות אלה מבוססות על ההערכה (הנכונה כשהיא לעצמה), שכרוב המכריע של המקרים (אשר אינם מגיעים לדיון משפטי בשאלה זו) השאלה כלל אינה מתעוררת, וכרוך לגמרי אם מדובר בעובד או בקבלן.

32 לביקורת נוקבת על הצעה זו, ראה פסק-דין איגוד המפרסמים (לעיל, הערה 6), 150. בית-הדין לעבודה יצא שם נגד דברי השופט ח' כהן בעניין שמן, ושאל: "מי הוא אותו 'אדם רגיל', אותו 'אדם נכון שבשוק' אשר ידע לקבוע ולפסוק אם מנתח פלוני הוא 'עובד' או 'עצמאי', אם אותו מנצח על תזמורת הוא 'עובד עצמאי' ואם אותו פסנתרן הוא 'עובד' התזמורת או 'עצמאי'. סביר להניח כי מספר התשובות יהיה כמספר הנשאלים חלקי שניים, ועת בבית-משפט מדובר — כמספר השופטים [...]". ביקורת זו זכתה לגיבוי בבג"צ 123/81 אלקטרה נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד לו(1) 423, 429. לביקורת דומה על הצעות דומות ראה O. Kahn-Freund, "Servants and Independent Contractors" 14 *Modern L.R.* (1951) 504, 507 עשיה (לעיל, הערה 19), 37.

אכן, גם "האדם הנבון" אינו מכריע בשאלת הסיווג על-ידי הטלת מטבע. במידה רבה אותן אינדיקציות המשמשות לקביעת קיומה או היעדרה של "השתלבות" או "כפיפות", הן הקובעות את האינטואיציה של השופט לגבי סיווג היחסים. ההבדל בין שתי הדרכים הוא רטורי בעיקרו. אולם כשם שאיננו מצדדים ברטוריקה המסווה את שיקול-הדעת השיפוטי ואת ההתייחסות למגוון אינדיקציות ושיקולים ערכיים מאחורי "מבחן-על" ראשי, כן איננו מצדדים ברטוריקה המתעלמת מאותם אינדיקציות ושיקולים ומסתפקת באינטואיציה.

דרך רדיקלית אחרת היא לוותר כליל על ההבחנה בין עובד לקבלן, ותחת זאת לשקול בכל הקשר את הנימוקים המהותיים התומכים בתוצאה זו או אחרת, ולפי אותם נימוקים לעצב כללים שיקבעו ישירות את תחולתה של אותה תוצאה. כך, למשל, הוצע לנתק בין תחולת הדינים הבאים להגן על מועסקים ולשפר את מעמדם הכלכלי והחברתי (דיני בטיחות בעבודה, ביטוח אבטלה), ובין קיום יחסי-עבודה. במקום זאת הוצע לקשור את התחולה של דינים אלה ישירות למעמד הכלכלי-חברתי של אנשים, תוך הכרה ב-"universal entitlement to various benefits and protections"³³. אף דרך זו אינה נראית לנו מספקת. מלבד השאלות הפוליטיות הכרוכות בה (במיוחד בדוגמה שהזכרנו) ומעבר לכך שהיא דורשת שינוי החוקים הנוזקים להבחנה בין עובד לקבלן, ספק אם דרך זו תפתור את הקשיים הכרוכים בהבחנה הנדונה. מערכת-דינים שתגשים את הרפורמה המוצעת לא תהיה פטורה מהמגבלות הטבועות של הגדרות וכללים משפטיים להכריע באופן אפרורי ברור בעניינים ספציפיים. ככל שהקושי להגדיר יחסי-עבודה כרוך במחלוקות אידיאולוגיות ומעמדיות, הרי שהן לא תיעלמנה גם אם נמיר את ההבחנה הנדונה במושגים ובכללים אחרים; שכן שיטה זו איננה קוראת לוותר כליל על כללים משפטיים, אלא רק להמיר את הכללים המגוונים הנסמכים על קיומם או היעדרם של יחסי-עבודה בכללים ספציפיים שיתבססו על הבחנות אחרות, לפי המתאים בכל הקשר והקשר.

ניתן לומר, שאף ההבדל בין דרך זו לדרכים הקודמות הוא רטורי בעיקרו; שכן בפועל בתי-המשפט מנצלים את המניפולטיביות של המבחנים השונים כדי להגיע בכל מקרה ומקרה לתוצאה הנראית להם ראויה ביותר, בהתחשב במכלול השיקולים המוסדיים, הערכיים והתוצאתיים. אולם נדמה שההבדל הוא יותר מאשר רטורי. התוצאות של כללים פרטיקולריים שיתבססו על אמות-מידה אחרות לא תהיינה זהות בהכרח לתוצאות המתקבלות לפי ההבחנה בין עובד לקבלן. גם כיום תוצאות רבות, התלויות בקיומם או בהיעדרם של יחסי עבודה, חלות גם בלי קשר ליחסים אלה. למשל: אחריות שילוחית בנויקין מוטלת גם על אנשים שאינם מעבידים; מעמד של נושה מועדף בפשיטת-רגל ניתן לא רק לעובדים; וכיוצא באלה. ההבחנה בין יחסי עבודה לקבלנות איננה חזות הכול ודומה שאיש אינו מציע להסתפק בה. אולם נראה שזוהי הבחנה סבירה ומועילה. על אף כל קשייה, לא נראה שהחלפת הבחנה זו בהבחנות אחרות (החלפה הכרוכה בעלויות חקיקה ושפיטה ניכרות) תמנע את הקשיים.

33 לינדר (לעיל, הערה 13), 239-249 (הציטוט מעמ' 240).

דרך נוספת, רביעית, היא להשלים עם כך שאין מקום למבחן על יחיד, או אפילו למבחן ראשי, ותחת זאת לבחון בכל סיטואציה עובדתית – לפי מכלול נסיבותיה ולפי מכלול שיקולי המדיניות הרלבנטיים לגביה – את מגוון האינדיקציות והמאפיינים הרלבנטיים להבחנה בין עובד לקבלן.³⁴ בניגוד לדרך הראשונה דלעיל, דרך זו מוותרת על הניסיון העקר להעניק לקריטריון זה או אחר מעמד בלעדי או מועדף להבחנה. כפי שנבקש להראות בהמשך, הניסיון של שיטות-משפט רבות מלמד ששום מבחן ראשי איננו ממצה את הסוגיה אפילו בהקשר ספציפי זה או אחר (כמו אחריות שילוחית בנוזיקין או זכויות קניין רוחני). לכן מוטב לעמוד על המרכיבים והמאפיינים השונים והמשתנים של יחסי-העבודה ולברר בכל מצב ובכל הקשר משפטי אילו מאפיינים יכולים לתרום במידה מירבית להבחנה. בניגוד לדרך השנייה, דרך האינטואיציה, אין כאן התעלמות מהצורך להסתייע בקריטריונים ובאינדיקציות או מהתועלת שבהסתייעות כזו, אלא דווקא הדגשה של צורך ותועלת אלה. בניגוד לדרך השלישית, איננו סבורים שכדאי לוותר על ההבחנה בין עובד לקבלן. בניגוד לכל אחת מהדרכים הקודמות, דרך זו מכירה בכך שאין פתרון משביע-רצון לבעיית ההבחנה בין עובד לקבלן – לא במבחני-על, לא באינטואיציה של השופט ולא באמצעות המרתה בהבחנות אחרות (שתעוררה קשיים דומים). אנו מצדדים בדרך זו.

בהמשך נסקור חלק מהקריטריונים שנדונו בפסיקה ובספרות אגב ההבחנה בין עובד לקבלן. ננתח את הסוגיות והמגבלות של כל קריטריון ונעמוד על היחס ביניהם. נתייחס גם לשיקולים שהועלו בהקשרים המשפטיים המגוונים שבהם נדונה השאלה.³⁵ סקירה זו תוכל לשמש לבניית הטיעונים וטיעוני-הנגד הקשורים לכל אחת מאבני-הבוחן. אגב כך נגלה, שכמעט כל הלכה פסוקה ביחס לכל אחת מהאינדיקציות, תוכנה או תחולתה, נסתרה בפסיקה אחרת. כן נגלה, מתוך ההשוואה לשיטות-משפט אחרות, כי סדנא דארעא חד הוא. בסקירה נדגיש את הפערים בין הרטוריקה ובין הפרקטיקה השיפוטית ואת חולשתו של עצם הניסיון להיאחז במבחני-על סובסטנטיביים להכרעה בין עובד לקבלן.

ג. מבחנים ואינדיקציות

1. פיקוח ושליטה על אופן ביצוע המלאכה

לפי מבחן השליטה, המאפיין את יחסי העבודה הוא שהמעביד זכאי לקבוע לא רק מה יעשה העובד, אלא גם את האופן שבו תכוצע המלאכה.³⁶ לעומת זאת, קבלן

34 השווה עטיה (לעיל, הערה 19), 38-39.

35 למידת הספציפיות של הדיון יש השלכה על האפשרות לנתח את שיקולי המדיניות הרלבנטיים. כאשר בית-משפט נדרש לסווג חוזה, הוא עושה כן על רקע מחלוקת בשאלה ספציפית בין צדדים מסוימים ולכן הוא יכול להתחשב בשיקולים הנוגעים לאותה מחלוקת ולאונם צדדים. מאחר שדיון בחתך של דינים שונים היה מצריך היקף עצום, מאחר שבכל הקשר יכולות להתעורר שאלות שונות (למשל: דיון הנוגע לתחולת חוק חוזה קבלנות עשוי להתייחס לכל אחד מהכללים החלים על חוזה קבלנות לפי החוק), מאחר שבכל הקשר והקשר ישנם שיקולי מדיניות סותרים ומאחר שאנו מאמינים שניתן לבחון את השאלה באופן כללי, נסתפק בדיון הכללי ונזכיר רק חלק משיקולי המדיניות העשויים להיות רלבנטיים.

36 פסקי-הדין הנחשב בסיס למבחן זה הוא *Yewens v. Noakes* [1880] 6 Q.B. 530. ראה וודרברן (לעיל, הערה 24), 112-113; עטיה (לעיל, הערה 19), 40-49; ריידאוס (לעיל, הערה 3), 7 (במשפט האנגלי);

נדרש לבצע את המשימה שנשל על עצמו, אך אין הוא נתון לפיקוח המזמין לגבי אופן הביצוע. מבחן זה שלט בכיפה במשפט האנגלי עד לשנות השישים לערך, וגם כיום, למרות הכרסום במעמדו והשינויים שחלו בו, הוא עדיין המבחן הרווח ביותר במשפט האנגלו-אמריקני. מבחן זה נקלט בארץ בשל קביעתו המפורשת באחדות מהפקודות המנדטוריות, ובעיקר בשל הזיקה שהיתה בין המשפט הישראלי למשפט האנגלי.³⁷

בעקבות הספרות המשפטית ובעקבות הפסיקה של בית-הדין לעבודה ישנה בארץ נטיה רחבה לדחות את מבחן השליטה ולהעדיף על פניו את מבחן ההשתלבות. הספרות והפסיקה נוטות לתאר את מבחן השליטה כמבחן מיושן, שאינו עומד במבחן הביקורת להלכה ולמעשה. עוד מציינים, שהוא הולך ונזנח הן בשיטות המשפט המקובל הן במשפט הקונטיננטלי לטובת מבחן ההשתלבות.³⁸

אשר לבחינה ההשוואתית, מבחן הארגון או ההשתלבות שקבע השופט דנינג אמנס יושם בפסקי-דין אחדים, אך בד-בבד נמתחה עליו בפסיקה ביקורת נוקבת. למעשה, בניגוד לקביעות הנזכרות לעיל, באנגליה ובשיטות המשפט המקובל מבחן השליטה עודנו המבחן המרכזי.³⁹ אף בקונטיננט, למרות התבטאויות רבות בגנות

וויליסטון (לעיל, הערה 24), שם (במשפט האמריקני); (Sydney, *Law of Employment in Australia* (1989) 20-25 (במשפט האוסטרלי); ברק (לעיל, הערה 21) 140-127; דיני הנויקין (לעיל, הערה 21), 448-443. לרעיון הפיקוח והשליטה יש סימוכין גם במשפט העברי. ראה ורהפטיג (לעיל, הערה 23), 72-64; פסק-דין אגושביץ, (לעיל, הערה 19), 12. וראה ביקורתו של ליפשיץ (לעיל, הערה 15).
37 ראה, למשל, פסק-דין אגושביץ, לעיל, הערה 19 (אימון המבחן לצורך פקודת פיצויי עובדים, 1947, הגם שההגדרה החקוקה בפקודה זו לא התייחסה במפורש למבחן השליטה); ע"א 325/60 היימן נ' אילקה, פ"ד 7 (אגב תחולתו של הנהוג לשלם פיצויי-פיטורין לעובדים); ע"א 571/68 ינאי נ' מנספולר, פ"ד כג(1) 501 (לעניין הבעלות בזכות-יוצרים); ע"א 582/71 המוסד לביטוח לאומי נ' רשות הנמלים, פ"ד כז(1) 650, 656-654 (בנויקין); ע"א 95/56 לביא את אחים מישצנסקי נ' פקיד השומה, פ"ד יא 526 (מס הכנסה).

38 ראה ברק (לעיל, הערה 21), 135-132; דיני הנויקין (לעיל, הערה 21), 445; בר-ניב (לעיל, הערה 28), 493; גולדברג (תשל"ל) (לעיל, הערה 3), 395-393, 398-397; גולדברג (תשל"ט) (לעיל, הערה 3); ראי (לעיל, הערה 15), 792; ר' בן-ישראל, "העבחר" רבעל התפקיד על-פי דין — האמנם עובדים הם?", שנתון משפט העבודה כרך ב (תשנ"א) 67; ע"א 431/72 "בית-שאן" מאפיה קואופרטיבית נ' פיירשטיין, פ"ד כז(2) 66, 71; פסק-דין עיריית נתניה (לעיל, הערה 13); דב"ע לב/2-12 מדינת ישראל — אקר, פד"ע ד 203; דב"ע לג/0-177 מורשקוביץ — המוסד לביטוח לאומי, פד"ע ה 79. על ירידת קרנו של מבחן השליטה במכורתו ראה פסק-דין רון שמואל (לעיל, הערה 19); פסק-דין עיריית נתניה הנ"ל; ברק, שם.

39 *Ready Mixed Concrete v. Minister of Pensions* [1968] 2 Q.B. 497, 524. על המעמד של מבחן השליטה באנגליה, ארצות-הברית, אוסטרליה, קנדה וניו-זילנד ראה וודרכון (לעיל, הערה 24); עטיה (לעיל, הערה 19), 49-40; וויליסטון (לעיל, הערה 24); סיימון (לעיל, הערה 24); D.N. Stewart & J.L. Kramer, "An Empirical Answer to the Problem of Determining 'Employee' or 'Independent Contractor' Status" 58 *Taxes - The Tax Magaz.* (1980) 747; D.W. Brodie, *Individual Employment Disputes* (New York, 1991) 5; C.P. Mills, "Defining the Contract of Employment" 7 *Aust. Bus. L.R.* (1979) 229; C.P. Mills, "The Contract of Employment: Control is Economic Reality" 10 *Aust. Bus. L.R.* 270 (1982) מקקן; B. Brooks, *Contract of Employment* (Sydney, 3rd ed., 8 ואילך); (לעיל, הערה 4), 17-21 (1986); פליגן (לעיל, הערה 36); (לעיל, הערה 4), 21-26 (1988). כאשר לתחולת דיני-עבודה מגינים, נטוש מאבק בארצות-הברית בין מבחן זה למבחן

רעיון השליטה ובזכות רעיון ההשתלבות, מבחני הכפיפות והשליטה לא נזנחו. עדיין נזקקים למבחנים אלה, גם אם חל כרסום במשקלם ובהיקף תחולתם.⁴⁰ לגופו של עניין, הטענה הרווחת היא שמבחן השליטה התאים אולי לתנאי הכלכלה והתעסוקה בתקופה שבה הוא עוצב, אך שוב אין הוא מתאים למציאת החיים המודרנית.⁴¹ הביקורת מתמקדת במעמדם של בעלי-מקצוע בתחומים הדורשים מומחיות ומקצועיות מיוחדים (מרע, הנדסה, רפואה) או שבהם נתון לעובד שיקול-דעת רחב ועצמאי לגבי אופן ביצוע עבודתו (עובדי-ציכור המפעלים שיקול-דעת עצמאי פחות או יותר). לכך ניתן להוסיף גם מקצועות שבהם תנאי העבודה מקשים מאוד על פיקוח אפקטיבי (למשל: קברניט באונייה) ומקצועות שבהם הקוד האתי דורש מהעובד שלא לבטל את שיקול-דעתו בפני זה של המעביד (מבקרים פנימיים, רואי-חשבון, יועצים משפטיים). בכל התחומים האלה המעסיק איננו מסוגל או איננו רשאי לפקח ולהדריך את העובד לגבי אופן ביצוע עבודתו, כך שלא נותרת משמעות רבה למבחן השליטה. יתירה מזו: כשם שמבחן השליטה מאבד ממשמעותו ככל שמדובר בעבודות מתוחכמות יותר, כן הוא מאבד ממשמעותו ככל שמדובר בעבודות פשוטות יותר. הפסיקה מלמדת שדווקא בעבודות פשוטות, כמו שטיפת רצפות, מריטת נוצות או ההיבטים הטכניים של נהיגה בכלי-רכב, אין שום משמעות לפיקוח המעביד על האופן שבו מבצע העובד את מלאכתו.⁴² מבחינות מסוימות ביקורת זו על מבחן השליטה אף חזקה יותר מהביקורת המתמקדת בחוסר-הכישורים של המעביד לפקח על עבודתם של בעלי-מקצוע מומחים; שכן במקרה האחרון יכול המעביד, לפחות להלכה, לבצע את הפיקוח באמצעות אנשים אחרים. לעומת זאת, אין שום טעם שהמעביד – בין בעצמו ובין באמצעות מאן-דהוא מטעמו – יתערב ויורה לפועלת כיצד עליה להניף את המטאטא שלה.⁴³ צד זה של הביקורת אף מחליש את הטענה ה"היסטורית", כאילו מבחן השליטה התאים יותר לתנאי התעסוקה בעבר.⁴⁴

40 "המציאות הכלכלית", המדגיש יותר את חלות העובד במעבידו (לינדר (לעיל, הערה 13)); דוידסון (לעיל, הערה 14).

41 ראה קמרינג (לעיל, הערה 26), 77-75; המשפט המסחרי ההולנדי (לעיל, הערה 24); אוסף בינלאומי של פסקי-דין ביני-עבודה (לעיל, הערה 24) (בהולנד); על היחלשות מעמדו של מבחן השליטה בשוודיה ראה שמידט (לעיל, הערה 21), 59-60.

42 כהן-פרוינד (לעיל, הערה 32), 506-505; עטיה (לעיל, הערה 19), 49-46; ברק (לעיל, הערה 21), 140; ברייב (לעיל, הערה 28), 493-492, H.W. Arthurs, D.D. Carter & H.J. Glasbeek, *Labour Law*; 64-65, *Industrial Relations in Canada* (Deventer, 2d ed., 1984); פסק-דין בית-שאן (לעיל, הערה 38), שם; עמ"ה (ת"א) 347/66 מ' ב"צ נ' פקיד השומה, פס"מ נו 400, 402.

43 ראה ע"א 611/69 סבאג נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(2) 70, 72; דב"ע לא-2/6 עטיה – דירות עם, פד"ע ג 220, 223; תב"ע ל-8/25 מדינת ישראל – ש.ח. בע"מ, פד"ע ב פט (שלושתם לגבי עבודות-ניקיון); דב"ע לא-3/25 סלם – הולצמן, פד"ע ג 326, 328 (מריטת נוצות); פסק-דין גיסים (לעיל, הערה 20), 759 (הפעלת כלי-רכב בידי הנהג).

44 כלשונן של השופט לנדוי בפסק-דין סבאג, שם.

45 לביקורת על הטענה ההיסטורית לגופה ראה מילס (1979) (לעיל, הערה 39), 231-232; מריט (לעיל, הערה 14), 107-106. מחברים אלה מציינים, שבמחצית השנייה של המאה הי"ט (התקופה שבה עוצב מבחן השליטה) ההפרדה בין הון למיומנות, בין הבעלות בפרימות תעשייתיות ובין המומחיות הדרושה לעבודה בהן כבר היתה חיווין נפרץ.

עד כה הצבענו על מקרים שבהם שליטת המעסיק איננה תנאי הכרחי לקיום יחסי-עבודה. שליטה כזו אף איננה תנאי מספיק לקיום יחסים כאלה. גם בחוזי-קבלנות מובהקים, כמו חוזה שבו מתחייבת חברת-בנייה לבצע פרויקט הנדסי, עשוי החוזה לנקוב בשמו של מפקח מטעם המזמין ולחייב את הקבלן לציית להוראותיו לגבי אופן ביצוע המלאכה⁴⁵. ביקורת נוספת על מבחן השליטה מצביעה על כך, שבמקרים רבים הגבול בין מהות המלאכה לאופן הביצוע שלה הוא דק מאוד. כזכור, הבחנה זו בין ה"מה" ל"איך" עומדת ביסוד מבחן השליטה. מבחינת היקף העצמאות ושיקול-הדעת הניתנים למועסק, פירוט מדוקדק של מהות המלאכה בחוזה עשוי לשקול כנגד שליטה נמשכת על אופן הביצוע⁴⁶.

אחד הנסיונות להתגבר על חולשותיו של מבחן השליטה הוא לתארו כמתייחס לזכות השליטה ולא-דווקא לשליטה המופעלת למעשה⁴⁷. דיוק זה עשוי לסייע במקרים מסוימים⁴⁸. עם זאת, אין הוא אלא פתרון פיקטיבי לסיטואציות שבהן פיקוח אפקטיבי הוא בלתי-אפשרי, אסור או פשוט מיותר. במקרים כאלה לא זו בלבד שאין פיקוח למעשה, אלא שגם הזכות לפקח אינה קיימת. היא איננה קיימת משום שגלוי וידוע לצדדים (ולבית-המשפט), ששליטה על האופן שבו העובד מבצע את מלאכתו היא, כאמור, בלתי-אפשרית, אסורה או מיותרת.

ניסיון משמעותי יותר לשיפור מבחן השליטה מתייחס למושג השליטה — במקום שליטה על האופן שבו מתבצעת העבודה, שליטה על היבטיה הארגוניים: שעות העבודה ומקומה, כפיפות לפיקוח משמעותי וכדומה⁴⁹. במידה רבה המשמעות של שינוי זה היא אימוץ מבחן ההשתלבות תחת הכותרת של מבחן השליטה. ייתכן שטכניקה זו נחוצה כאשר החוק או ההלכה מחייבים להיזקק לכותרת של מבחן השליטה (כמו במקרה של פקודת הנזיקין), אולם מבחינה עניינית אין כל הצדקה להכניס את מבחן ההשתלבות תחת כנפיו של מבחן השליטה⁵⁰. מאחר

45 השווה פסק-דין עיריית נתניה (לעיל, הערה 13), 189-188. מילס (1979) (לעיל, הערה 39, 243-244) מבקש לטחון טענה זו כטיעונים שונים, ובין היתר שהמפקח אינו אלא בורר ופרשן של החוזה, שהמפקח בוודאי אינו המעסיק של הקבלן ושפיקוחו מוגבל לעניינים מקצועיים. ראה גם פסק-דין ולנסי (לעיל, הערה 3), 325-324 (בהתייחסו למעסיק המסתייע במפיצים ציין השופט ויתקון, כי "מבחינת הפיקוח כמעט שאין נפקא מינה אם הוא משתמש בעובדיו השכירים או בקבלנים עצמאיים". וגם כאשר מדובר בקבלנים, "היותם של אלה כפופים למשמעתו אינו יכול להפכם לעובדים שכירים"). ראה גם תב"ע לא-722/3 רוכמן — גרפקו, פד"ע 1 סח, ע.

46 ראה עטיה (לעיל, הערה 19), 43-41, Vol II: (1989) 26th ed., London, Chitty on Contracts. Specific Contracts, §3861, p. 724.

47 וודברן (לעיל, הערה 24), 112; ריידאוט (לעיל, הערה 3), 7; פלניגן (לעיל, הערה 30), 37; פסק-דין אגושביץ (לעיל, הערה 19); גולדברג (תשל"ל) (לעיל, הערה 3), 394; בן-ישראל (לעיל, הערה 38), 74. 48 לדיוק זה השלכה על סוגיות נוספות, כמו האפשרות של ריבוי מעבידים לאותו עובד. ראה ברק (לעיל, הערה 21), 138-137.

49 ראה בהן-פרוינר (לעיל, הערה 32), 507; עטיה (לעיל, הערה 19), 49-46; ברק (לעיל, הערה 21), 135-132; דיני הנזיקין (לעיל, הערה 21), 444-445; דב"ע מא-143/0 המוסד לביטוח לאומי — המרפאה לריפוי שיניים, פד"ע יד 113, 126-127 (כפיפות הארגונית של רופאת-שיניים למרפאה העירה על היותה עובדת).

50 טכניקה דומה אך הפוכה היא לכלול את מבחן השליטה תחת כנפיו של מבחן ההשתלבות (פסק-דין גינזבורג (לעיל, הערה 13), 158; בן-ישראל (לעיל, הערה 38), 75, 80; גוטמן (לעיל, הערה 20), 1728-1728)). כשם שהנטייה לראות במבחן ההשתלבות אמצעי-עזר למבחן השליטה צמחה על רקע הגדרת חקוקה המחייבת להיזקק לאחרון, כך הנטייה לראות בשליטה ביטוי להשתלבות העובד במפעל

שלדעתנו אין כלל צורך במבחן-על ששאר המבחנים מסייעים על-ידו, נדון במבחן ההשתלבות (ובמגבלותיו) בנפרד.

2. מבחן ההשתלבות

מגבלותיו הנוכחות של מבחן השליטה הורגשו במשפט האנגלי ובשיטות-משפט אחרות כבר לפני עשרות שנים⁵¹. בצד ההכרה במגבלות אלה הלכו והתפתחו דינים שתחולתם על עובדים אינה קשורה לקיומו או היעדרו של פיקוח על העבודה. כך, הרציונלה של דיני-המסים או של תחיקת הביטחון הסוציאלי, אשר קובעים כללים מיוחדים לעובדים ולמעבידים, אינה קשורה לפיקוח המעביד על עבודת העובד. אפילו דיני האחריות השילוחית בנוזקין נוטים להתרחק מהרעיון של אשם המעביד ולהתבסס יותר על רעיונות כמו פיזור הנוזק⁵². בין בצדו של מבחן השליטה, בין כמבחן-עזר לקיומה של שליטה ובין כתחליף למבחן זה התפתח מבחן הארגון (organization) או ההשתלבות (integration). לפי מבחן זה, עובד הוא מי שמועסק כחלק אינטגרלי של הפירמה המעסיקה, בעיקר מהכחינה הארגונית והמנהלית; בעוד שקבלן, גם כאשר הוא מבצע מלאכה כלשהי עבור המעסיק, עושה זאת כגורם חיצוני, ולא כחלק מהמערך הארגוני הרגיל של המעסיק⁵³.

מקובל לומר, שלמבחן ההשתלבות שני היבטים או שני "סימני-היכר" עיקריים: "האחד חיובי, והוא שמבצע העבודה יהווה חלק מהמערך הארגוני הרגיל של המפעל, והשני, שאינו אלא הפן האחר של אותו מטבע, והוא שלילי – שמבצע

צומחת על רקע ההלכה הפסוקה במשפט העבודה הישראלי, שאימצה את מבחן ההשתלבות כמבחן ראשי (ראה להלן תת-פרק ג.2). כל אחת מטכניקות אלה מעידה על המניפולטיביות של הכותרות השונות.

- 51 ראה כהן-פרוינד (לעיל, הערה 32) וסקירת המשפט הקונטיננטלי בפסק-דין חץ שמואל (לעיל, הערה 19), 55-51.
- 52 עטיה (לעיל, הערה 19), 28-12, 41-40; ברק (לעיל, הערה 21), 25-33.
- 53 כהן-פרוינד (לעיל, הערה 32); פסק-דין סטיבנסון (לעיל, הערה 27), 111; וודרברן (לעיל, הערה 24), 113 ואילך; פלניגן (לעיל, הערה 30), 59-55; מקקן, מקקרי וספירין (לעיל, הערה 4), 25-24; ברוקס (לעיל, הערה 39), 24-21; ברק (לעיל, הערה 21), 132-135, 140. בין פסקי-הדין שעיצבו ויישמו מבחן זה במשפטנו ניתן למנות את פסק-דין רון שמואל (לעיל, הערה 19); פסק-דין עיריית נתניה (לעיל, הערה 13) אשר נחשב כהלכה היסודית; פסק-דין אקר (לעיל, הערה 38); דב"ע 0-30/לג-המוסד לביטוח לאומי – אבא כהן, פד"ע ד 393, 400; דב"ע 9-9/רשות השידור – ד"ר ראובן סיוון, פד"ע ד 520; דב"ע 3-64/לג-פירד הנהלת רכוש – שטסלר פד"ע ה 108; דב"ע 3-72/לג-אגודה צרכנית שיתופית תל-אביב – גרטהוויז, פד"ע ה 141, 148-146; דב"ע 0-181/לד-קוואסמה – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע ו 234, 240; דב"ע לה-56-ההסתדרות הרפואית בישראל – ברון, פד"ע ז 169; פסק-דין ציון (לעיל, הערה 11), 249-250; תב"ע לז/3-220 לוי – מדינת ישראל, פד"ע ט יב; תב"ע לו/2-87 אגריה – החברה לבנין ולעבודות ציבוריות, פד"ע ט פה; דב"ע לז/3-89 לז/3-90 נתיבי גפס – עמטאל הצופה, פד"ע י 88; דב"ע לז/110-3 רייסמן – נתיבי גפס, פד"ע יא 126, 135 ואילך; פסק-דין איגוד המפרסמים (לעיל, הערה 6), 151 ואילך; דב"ע שס/3-12 "סהר" חברה לביטוח – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע יא 232, 237-339; דב"ע שס/3-114 רחנר – אלקטרה, פד"ע יב 108 (אשר עתירה לביטול נדחתה בפסק-דין אלקטרה, לעיל, הערה 32); דב"ע מב/2-26 מדינת ישראל – סעיד, פד"ע יד 272; דב"ע מד/3-25 רחנפלד – עיריית קריית מוצקין, פד"ע טו 444; דב"ע תשנ/3-14 נקש – מדינת ישראל, פד"ע כא 180, 183-184.

העבודה לא יפעל בביצוע עבודתו במסגרת עסק משלו⁵⁴. הכללת שני מאפיינים אלה תחת הכותרת של מבחן ההשתלבות איננה הכרחית, ובאותה מידה ניתן היה לראות ב"פן השלילי" קריטריון נפרד ועצמאי⁵⁵. יעידו על כך המקרים שבהם פסק בית-הדין לעבודה שלפי הפן החיובי של המבחן ניתן היה לומר שמדובר בעובד, ורק יישום הפן השלילי הוביל למסקנה שאין מדובר ביחסי עובד-מעביד⁵⁶.

כיצד קובעים אם מועסק פלוני משולב במערך הארגוני הרגיל של המעסיק? בעניין זה ניתן לחשוב על אינדיקציות מגוונות. אחת האינדיקציות היא מידת הפיקוח של המעסיק על ההיבטים הטכניים והארגוניים של העבודה, כמו שעות-העבודה, המקום שבו היא מתבצעת, חלוקת המשימות בין העובדים השונים, הרכב צוותי-העבודה וההירארכיה בין העובדים השונים⁵⁷. אינדיקציה זו קרובה למבחן השליטה המסורתי, אך פטורה מחלק ניכר של הקשיים שהוא מעורר. כאשר מתקיים פיקוח ארגוני הדוק, זו ראייה חזקה לקיום יחסי-עבודה. עם זאת, במקרים רבים פיקוח כזה קיים רק באופן חלקי, והשאלה היא מהי מידת השליטה הארגונית הדרושה לקיום השתלבות⁵⁸. "עובדי-בית", אנשים בתפקידי ייעוץ וניהול בכירים, יוצרים שונים (מתוזאים, מלחינים, במאים, רעיונאים, עורכי תוכניות בכלי-התקשורת

54 פסק-דין אגודה צרכנית שיתופית (לעיל, הערה 53), 147 (ההדגשות במקור). ליישום הפן השלילי של מבחן ההשתלבות ראה דב"ע לא/4-1 בנק אוצר לחייל – מרכז הסתדרות הפקידים, פד"ע ב 260, 266-267; פסק-דין אבא כהן (לעיל, הערה 53), 400; פסק-דין מושקוביץ (לעיל, הערה 38), 82-83; תביע לה/62-2 שמחייב – קורמן, פד"ע ז לט, מג; דב"ע לח/3-7 וולף – שמן תעשיות, פד"ע ט 315 (אשר בוטל בבג"צ שמן (לעיל, הערה 31)); תביע לח/3-561 יציב – איגוד העיתונאים היומיים, פד"ע י קט; פסק-דין רייסמן (לעיל, הערה 53), 137; פסק-דין רוזנר (לעיל, הערה 53), 123-125; פסק-דין סהר (לעיל, הערה 53), 238-239; דב"ע מא/2-23 מרשי – הרצאה מודיעין, פד"ע יב 428, 435-436; פסק-דין סעיד (לעיל, הערה 53); דב"ע מג/3-96 איתן שמיר בע"מ – עזבון פירוחמן, פד"ע טז 422; תביע מב/2-160 בוכרים – מתכת סדום, פד"ע טז סב; דב"ע מג/3-106 ולטר – גור בטח, פד"ע טז 85; דב"ע מה/3-82 הרשליקוביץ – פזוג, פד"ע יז 97; פסק-דין אדר (לעיל, הערה 6); פסק-דין נקש (לעיל, הערה 53); ראה גם צייטי (לעיל, הערה 46), § 3864, עמ' 726.

55 לניתוח שני הפנים כשני מבחנים נפרדים ראה משפט העבודה באוסטרליה (לעיל, הערה 36), 28-30; ורידאט (לעיל, הערה 3), 11 (המכנה את הפן השלילי "the small businessman test"). סטיוארט וקרמר (לעיל, הערה 39, עמ' 750) עומדים על שתי האפשרויות, מבחן מורכב או שני מבחנים נפרדים, ומאמצים את האפשרות האחרונה. ווירברן (לעיל, הערה 24, עמ' 113) מכנה את הפן השלילי של המבחן "the 'own-boss' test". כינוי זה מרמז לזיקה הקרובה שבין הפן השלילי של מבחן ההשתלבות לאחד המבחנים של המשפט העברי: "דגבי שכירות איתא להאי טעמא ד'עבדי הם ולא עבדים לעבדים, אבל בקבלנות אין זה עבד אלא לעצמו" (פירוש רש"י לתקנת רב, ש"פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום" (בבא מציעא, עו, א, ד"ה שאני). ראה גם ורהפטיג (לעיל, הערה 23); פסק-דין אגושביץ (לעיל, הערה 19), 8 (ר"ע 12). העובדה שמבחן זה מוכר במשפט העברי, שאינו מכיר את מבחן ההשתלבות, מעידה אף היא על עצמאותו.

56 פסק-דין יציב (לעיל, הערה 54); פסק-דין ולטר (לעיל, הערה 54), 89 (מעמדו של "סוכן משנה" בסוכנות ביטוח); פסק-הדין של בית-הדין האזורי לעבודה בעניין הרשליקוביץ (כמתואר בפסק-הדין של בית-הדין הארצי (לעיל, הערה 54), 99). בדב"ע מה/3-44 ברוך כהן – רים, פד"ע טז 416, ובעניין וולף (לעיל, הערה 54) הסכימו הצדדים בערעור, כי נתקיים במועסקים הפן החיובי של מבחן ההשתלבות, והמחלוקת נטבה על הפן השלילי בלבד.

57 ראה פסק-דין עיריית נתניה (לעיל, הערה 13), 188-190; פסק-דין רשות השידור (לעיל, הערה 53), 526-527; פסק-דין לוי (לעיל, הערה 53), טז; פסק-דין איגוד המפרסמים (לעיל, הערה 6), 154; פסק-דין רייסמן (לעיל, הערה 53), 137.

58 ורידאט (לעיל, הערה 3), 8.

ועיתונאים), סוכנים ומפיצים — כל אלה עשויים לפעול הן כעובדים הן כקבלנים, ובכל מקרה דרגת השליטה הארגונית על עבודתם עשויה להיות גבולית. קריטריון נוסף שמרבים להתייחס אליו הוא מרכזיותן וחיוניותן של המשימות שמבצע המועסק לפעילותו הכוללת של המעסיק⁵⁹. בבסיסו של מבחן ההשתלבות מצוי הדימוי של מעסיק — מפעל תעשייתי, פירמה המספקת שירותים, רשות ציבורית — הפועל באמצעות עובדים קבועים שהם חלק בלתי-נפרד מהמפעל, ומבחינות רבות הם המפעל עצמו. בעוד שעובדים אלה מבצעים את הפעולות העיקריות של המפעל, עשוי המפעל להגשים משימות מסוימות באמצעות מועסקים חיצוניים. בדרך-כלל מדובר במשימות ארעיות או נלוות שאינן עיקר פעילותו של המפעל⁶⁰. אך גם קנה-מידה זה בעייתי למדי: במקרים רבים קשה לומר מהו עיקר ומהו טפל ונלווה לתפקוד הרגיל של המפעל. האם הכשרת סוכני-ביטוח חדשים היא חלק מהפעילות הרגילה של חברת-ביטוח, או דבר נלווה⁶¹? זאת ועוד: אין כל מניעה שמפעל יבצע גם מלאכות נלוות באמצעות עובדים, לרבות עובדים ארעיים שאינם חלק מהתקן הקבוע שלו⁶²; ומצד שני אין מניעה שמפעל ימסור חלקים מרכזיים וחיוניים של פעילותו לכיצוע בידי קבלנים או קבלני-משנה⁶³. מוטב אפוא להתמקד במידת השתלבותו של המועסק במפעל ולא במידת השתלבותו של העיסוק.

הליכי ההתקשרות עם המועסק אף הם עשויים להצביע על מידת השתלבותו בגוף המעסיק. כאשר המעסיק הוא מוסד ציבורי או מפעל גדול, ישנם בדרך-כלל הליכים קבועים לקבלת עובדים חדשים. העובדה שאדם נתקבל לעבודה בהתאם להליכים אלה מעידה על שילובו במפעל. אולם גם זו ראייה בעייתית: ראשית, גופים גדולים נוהגים לקבוע לעצמם כללים והליכים גם לעניין התקשרות עם קבלנים. לכן עצם קיומו של הליך-העסקה מסודר איננו ראייה חזקה לעניין הסיווג. שנית, כאשר מדובר בעובדים המועסקים בתקן המפעל, בהתאם למסגרות ולהליכים הרגילים, בדרך-כלל מלכתחילה לא תתעורר לגביהם שאלת הסיווג לפי כל קנה-מידה⁶⁴.

59 ראה פסק-דין סלם (לעיל, הערה 42); עיריית נתניה (לעיל, הערה 13), 189, 190; רשות השידור (לעיל, הערה 53), 525; אבא כהן (הערה 53 לעיל), 400; קוואסמה (לעיל, הערה 53), 240; סהר (לעיל, הערה 53), 238; ונקש (לעיל, הערה 53), 183. ראה גם A.L. Bioff & R.E. Paul, "Employee and Independent Contractors — Legal Implications of Conversion from One to the Other" 649, 663-664 (1981) *Comm/Ent L.J.* 4; סטיוארט וקרמר (לעיל, הערה 39), 751 (ההנחיות של רשויות-המס בארצות-הברית). בשני מקורות אלה נדונה חיוניות המשימות בקשר למבחן השליטה ולא בהקשר של השתלבות. הדבר שב ומלמד, ששני המבחנים אינם אלא כינויים להחייבותם של יחסי-עבודה.

60 פסק-דין קוואסמה (לעיל, הערה 53), 240.

61 בפסק-דין סהר (לעיל, הערה 53, עמ' 238) נפסק שמדובר בחלק מהפעילות הרגילה של חברת-הביטוח. בעניין רשות השידור (לעיל, הערה 53, עמ' 525) פסקו, שהתקיים סימן-היכר זה של מבחן ההשתלבות, משום שהיה מדובר ב"פעולה הצריכה למילוי תפקידיה של רשות השידור [המעסיקה — א' ד']". ניסוח זה כמעט מאיץ את משמעותו של מרכיב זה. ראה גם פסק-דין אבא כהן (לעיל, הערה 53), 400 (רחיצת מכוניות של מאפיה, המשמשות לחלוקת לחם, מהווה "אחד התפקידים ההכרחיים במכלול העבודות במפעל המאפיה").

62 ראה, למשל, פסק-דין ציון (לעיל, הערה 11).

63 ראה, למשל, ע"א 708/69 פסטרנק נ' "דגן", פ"ד כד(2) 824.

64 להוציא, בחלק מהמקרים, מבחן השליטה הגמורה (שנדון לעיל, בתת-פרק ג.1).

מקרים אלה אינם מגיעים להכרעה שיפוטית. על-פירוב, הספקות מתעוררים לגבי מעסיקים שאינם מקיימים נוהלי-העסקה קבועים ומגובשים או באותם מקרים שמעסיק מוסדי סטה מאותם נהלים. כדי למנוע עקיפה של דיני-העבודה, פסק בית-הדין לעבודה כי אי-קיום נוהלי-העסקה הרגילים לגבי עובדים אינו שולל את קיומם של יחסי-עבודה⁶⁵. יוצא שאינדיקציה זו (הרלבנטיות רק לגבי מעסיקים גדולים וממוסדים יחסית) היא במקרים רבים בלתי-נחוצה (כאשר נהגו לפי הליכי ההעסקה הרגילים) או בלתי-מועילה (כאשר לא קיימו הליכים אלה). אינדיקציות נוספות העשויות להצביע על מידת השתלבותו של המועסק במערך הארגוני של המעסיק הן התמשכות הקשר בין הצדדים⁶⁶, כוחו של המעסיק להטיל על המועסק משימות משתנות⁶⁷, שליטת המעסיק על אופן ביצוע המלאכה⁶⁸, כפיפות משמעתית⁶⁹, הזיקה האישית של המועסק למפעל ובלעדיות עיסוקו⁷⁰, הסתייעותו של המועסק בעובדים אחרים של המעסיק⁷¹, מקום ביצוע המלאכה⁷², אופן התשלום⁷³, הספקת החומרים הדרושים לביצוע המלאכה⁷⁴ וכדומה. בכל האינדיקציות האלה לא נדון כאן, משום שדנו בהן, או נדון בהן, בנפרד. המצב דומה למדי כאשר כוחנים את "הפן השלילי" של מבחן ההשתלבות, שלפיו לא ייחשב אדם כעובד אם הוא פועל במסגרת עסק משל עצמו. קיומו של עסק עצמאי או היעדרו נבחן לפי אינדיקציות שונות, ובין היתר החזקת אמצעי ייצור בשכירות או בבעלות⁷⁵ ומשקלם בעסקה⁷⁶, ביצוע הפעילות בחצרים

- 65 דב"ע לז/27-2 ברומבר – מדינת ישראל, פד"ע ט 176, 180; פסק-דין אבו רביעה (לעיל, הערה 5); פסק-דין ציון (לעיל, הערה 11), 248-249. בעיה זו קרובה לשאלה, עד כמה יש להחשב בתוויות ובמצגים של הצדדים. ראה על כך להלן, תת-פרק 8.1.
- 66 פסק-דין עיריית נתניה (לעיל, הערה 13), 190.
- 67 פסק-דין ההסתדרות הרפואית (לעיל, הערה 53), 173; דב"ע לז/3-55 אולו – הייליג את זקס חברה להלבשה, פד"ע ח 85, 89; פסק-דין לוי (לעיל, הערה 53), טז; פסק-דין איגוד המפרסמים (לעיל, הערה 6), 153-154.
- 68 פסק-דין עיריית נתניה (לעיל, הערה 13), 188; דב"ע לט/3-112 זכורובסקי – בית הכנסת הגדול, פד"ע יא 309, 316; בן-ישראל (לעיל, הערה 38), 79-80.
- 69 השווה דב"ע לד/3-9 אדמון – מדינת ישראל, פד"ע ה 169, 174 (על מעמדם של "משתתפים חופשיים").
- 70 פסק-דין אלקטרה (לעיל, הערה 32), 427; דב"ע לב/3-1 "גלוב" שירות נסיעות – לוי, פד"ע ג 246, 251; פסק-דין וייסמן (לעיל, הערה 53), 137; פסק-דין איגוד המפרסמים (לעיל, הערה 6), 152.
- 71 פסק-דין רשות השידור (לעיל, הערה 53), 525-526; פסק-דין רייסמן (לעיל, הערה 53).
- 72 פסק-דין עיריית נתניה (לעיל, הערה 13), 190; פסק-דין אקר (לעיל, הערה 38); פסק-דין אולו (לעיל, הערה 69), 89; פסק-דין סהר (לעיל, הערה 53), 238-239.
- 73 פסק-דין סהר (לעיל, הערה 53), 238-239.
- 74 פסק-דין רשות השידור (לעיל, הערה 53), 525-526; פסק-דין רייסמן (לעיל, הערה 53), 137.
- 75 פסק-דין עיריית נתניה (לעיל, הערה 13), 188-189; פסק-דין רשות השידור (לעיל, הערה 53), 525; פסק-דין אגודה צרכנית שיתופית (לעיל, הערה 53), 148; פסק-דין יציב (לעיל, הערה 54); פסק-דין בוכרים (לעיל, הערה 54); פסק-דין איתן שמיר (לעיל, הערה 54), 427-428; פסק-דין הרשליקוביץ (לעיל, הערה 54), 101-102; פסק-דין לוי (לעיל, הערה 53); בן-ישראל (לעיל, הערה 38), 78-79.
- 76 פסק-דין אגודה צרכנית שיתופית (לעיל, הערה 53), 148-151; פסק-דין גינזבורג (לעיל, הערה 13), 159; פסק-דין שמחייב (לעיל, הערה 54), מג; פסק-דין ברוך כהן (לעיל, הערה 56), 419.

שברשות המועסק⁷⁷, נשיאה בהוצאות⁷⁸, חובת ביצוע אישי או העסקת עובדים על-ידי המועסק⁷⁹, נשיאה בסיכוני הפסד והנאה מסיכויי רווח⁸⁰, החזקה בזיכיון⁸¹, התאגדות המועסק בתאגיד לביצוע המלאכה⁸² וביצוע אותה מלאכה עבור מעסיקים שונים⁸³. יש לזכור, כי אין מניעה שאדם יפעל כבעל עסק עצמאי ביחסיו עם פלוני, וכעובד ביחסיו עם אלמוני. לכן עצם קיומו של עסק עצמאי אינו שולל יחסי-עבודה, ובלבד שהעבודה או השירות הניתנים במסגרת יחסי-העבודה אינם חלק מפעילותו של העסק העצמאי⁸⁴. במידה רבה רשימת מאפיינים אלה היא ה"תשליל" של רשימת האינדיקציות המשמשת לאיתור הפן החיובי של מבחן ההשתלבות (שאותה פירטנו לעיל).

ריבוי האינדיקציות הנדרשות להפעלת שני הפנים של מבחן ההשתלבות מלמד על חולשת המבחן. למעשה, כל אחת מאינדיקציות אלה היא ראייה לקיומם של יחסי עובד-מעביד או להיעדרם. השימוש ביחסים אלה כאינדיקציה לקיומה של השתלבות או להיעדרה מעיד שההשתלבות איננה המבחן לקיום יחסי-העבודה אלא המסקנה שנתקיימו יחסים כאלה. אין זו אלא הצגת השאלה בניסוח אחר⁸⁵. לכן לא ניתן לגבש עמדה ברורה לגבי מידת חשיבותו של מבחן ההשתלבות בהקשר המיוחד של דין זה או אחר. גם אם ניתן להעריך עד כמה כל אחת מהאינדיקציות שעליהן נשען מבחן ההשתלבות רלבנטית לעניין תחולתו של דין כלשהו, קשה לומר זאת לגבי המבחן בכללותו. זו גם הסיבה מדוע אנו דנים באינדיקציות אלה בנפרד, ולא במסגרת הדיון על מבחן-על כזה או אחר.

לבסוף, כמו מבחן השליטה, אף השתלבות ארגונית איננה תנאי הכרחי או מספיק לקיום יחסי-עבודה. למשל: יחסי-עבודה עשויים להתקיים ללא

77 פסק-דין שמן (לעיל, הערה 31), 82-83 (החזקת משרד על חשבון המועסק); פסק-דין הרשליקוביץ (לעיל, הערה 54), 101; פסק-דין ברוך כהן (לעיל, הערה 56), 419.

78 פסק-דין פירר הנהלת רכוש (לעיל, הערה 53), 111; פסק-דין לוי (לעיל, הערה 53), 5; פסק-דין יציב (לעיל, הערה 54); פסק-דין סהר (לעיל, הערה 53), 238-239 (נשיאת המעסיק בכל ההוצאות מעידה על היעדר עסק עצמאי); פסק-דין מרשי (לעיל, הערה 54), 435-436; פסק-דין סעיד (לעיל, הערה 53) (היעדר השקעה מצד המועסק כאינדיקציה להיעדר עסק עצמאי); פסק-דין בוכריס (לעיל, הערה 54); פסק-דין איתן שמיר (לעיל, הערה 54), 428.

79 פסק-דין פירר הנהלת רכוש (לעיל, הערה 53), 111; לוי (לעיל, הערה 53), 5; בוכריס (לעיל, הערה 54); איתן שמיר (לעיל, הערה 54), 428; ברוך כהן (לעיל, הערה 56); הרשליקוביץ (לעיל, הערה 54); נקש (לעיל, הערה 53), 184.

80 דאח פסק-דין שמן (לעיל, הערה 31), 82-83; מושקוביץ (לעיל, הערה 38), 83; פירר הנהלת רכוש (לעיל, הערה 53), 111; יציב (לעיל, הערה 54); מרשי (לעיל, הערה 54), 435-436; סעיד (לעיל, הערה 53), (היעדר "חשבון של רווח או הפסד תפעולי" מעיד על היעדר עסק עצמאי); איתן שמיר (לעיל, הערה 54), 428; הרשליקוביץ (לעיל, הערה 54), 101; נקש (לעיל, הערה 53), 184.

81 פסק-דין שמן (לעיל, הערה 31), 82-83; פסק-דין הרשליקוביץ (לעיל, הערה 54), 101-102.

82 פסק-דין הרשליקוביץ (לעיל, הערה 54).

83 ראה פסק-דין רייסמן (לעיל, הערה 53), 137; יציב (לעיל, הערה 54); סעיד (לעיל, הערה 53) (איי-הצעת השירות לשום גורם אחר מעידה על היעדר עסק עצמאי); בוכריס (לעיל, הערה 54); הרשליקוביץ (לעיל, הערה 54), 101-102.

84 פסק-דין גלוב (לעיל, הערה 70) (דעת הרוב); דב"ע מט' 0-43 המוסד לביטוח לאומי — ארז, פד"ע כ 518.

85 ראה גם לעיל, הערה 28 הטקסט הסמוך לה. פוקאטס (לעיל, הערה 39, 26), מתאר את מבחן ההשתלבות במילים: "deceptively simple and logical".

השתלבות כאשר לא קיים "מפעל" שבו ניתן להשתלב⁸⁶. כאשר הורה מעסיק מטפל או מטפלת לשם השגחה על ילדו הפעוט, המועסק עשוי להיות עובד הגם שאין השתלבות ואין במה להשתלב⁸⁷. יתר על כן: גם אם קיים מפעל, כאשר מדובר בעובדים ארעיים המועסקים לצורך ביצוע משימות מיוחדות, סיווגם כעובדים אינו נסתר רק בשל כך שאין הם משולבים מבחינה ארגונית במפעל⁸⁸. לעומת זאת, השתלבות איננה תנאי מספיק לקיום יחסי-עבודה, כפי שמעידים המקרים של חברים באגודות שיתופיות, דירקטורים בתאגידים ואולי אף ספורטאים החברים באגודות-ספורט⁸⁹. אדם עשוי להיות משולב ב"מפעל" גם אם הוא מבצע את עבודתו בהתנדבות או ללא חוזה (למשל: מתגוררים בבתי-חולים). אף כאשר קבלן מבצע פרויקט בסיועם של קבלני-משנה, ייתכן שקבלן-משנה יהיה משולב במידה זו אחרת במערך הארגוני של הקבלן הראשי, לפחות לפי חלק מהאינדיקציות שמנינו, ובכל-זאת לא ייחשב כעובד.

כאינדיקציה ליחסי-עבודה, השתלבות העובד במפעל המעביד היא בעייתית למדי. כמבחן ראשי לקיום יחסי-עבודה אין בה יותר מאשר סך כל האינדיקציות שעל-פיהן קובעים אם היתה השתלבות או לא היתה. הדבקות במבחן השליטה, ולאחר ההכרה במוגבלותו, הדבקות במבחן ההשתלבות — כאשר ברור למדי שאף אחד מהם אינו משיב לשאלת הסיווג, אלא רק חוזר עליה בשינויי דגש ונוסח — מעוררות שאלות כלליות של טכניקה ורטוריקה שיפוטיות שלא זה המקום לעמוד עליהן. שאיפה לוודאות ולביטחון משפטיים והסוואת שיקול-דעת שיפוטי בנוסחאות מילוליות הן שני הסברים אפשריים לתופעה.

3. ביצוע אישי

בפסק-דין אגושביץ, שבמשך שנים רבות נחשב כהלכה היסודית לגבי סיווג היחסים קבלן-עובד, פסק השופט זילברג, כי "אין נפקא מינה בדבר, אם הנפגע היה מחוייב לעשות בעצמו את המלאכה, או שהיה רשאי לעשותה על ידי אחרים

86 כפי שפסק בית-הדין כבר בענין עיריית נתניה (לעיל, הערה 13), 189.
 87 דב"ע מב/3-123 סגל — גור, פד"ע יד 190, 193 (והשווה גם דב"ע לג/108-0 המוסד לביטוח לאומי — כץ, פד"ע ה 31). ראה גם פסק-דין קוואסמה (לעיל, הערה 53), 240 (ביצוע עבודות מסגרות בבית המעסיק. לגופו של ענין נפסק, שלא נוצרו יחסי-עבודה, אך זאת לאחר שהצביעו על כך שמבחן ההשתלבות אינו רלבנטי במקרה זה). בעיה זו תתעורר כל-אימת שאדם פרטי מעסיק עובד לצרכים אישיים, משפחתיים או ביתיים.
 88 ראה, למשל, פסק-דין ציון (לעיל, הערה 11); דב"ע לו/3-101 טויטר — מגן דוד אדום, פד"ע ט 238; פסק-דין ברומבר (לעיל, הערה 65), 180-181. אכן, בכל המקרים הצליח בית-הדין למצוא "השתלבות" של העובדים הארעיים במפעל המעסיק. אולם דבקותו הנחרצת של בית-הדין במבחן ההשתלבות, יותר משסייעה לזהות את יחסי-העבודה היוותה במקרים אלה מכשול לזיהוי.
 89 ראה פסק-דין דן (לעיל, הערה 10), 224 (חבר באגודה שיתופית); עזבון בלה ורי (לעיל, הערה 10), 15 (מנהלים, שותפים וחברים באגודה שיתופית). להשקפה הפוכה (קרי, הסתמכות על מבחן ההשתלבות גם כשהספק נוגע למעמדו של בעל-מניות, דירקטור ומנהל אדמיניסטרטיבי בחברה) ראה תב"ע, ל/705-3 מיכאלי — ח.מ.ד., פד"ע ד יד, ית. לניתוח ההשקפות השונות בעניין מעמדם של ספורטאים ראה ת"א (ת"א) 531/86 ספיר נ' מכבי יפו אגודה להתעמלות וספורט, פס"מ תשמ"ז ב 313.

[...] 90. זמן קצר לאחר כינונם של בתי-הדין לעבודה נזקק בית-הדין הארצי לסוגיה זו, ובחוות-דעת מפורטת, שהסתמכה על עקרונות משפט העבודה ועל סקירה השוואתית נרחבת, אימץ השקפה הפוכה. בית-הדין קבע, כי "יסוד היסודות" של יחסי-העבודה הוא הקשר האישי של העובד למקום עבודתו, וחובתו לבצע את העבודה בעצמו⁹¹. על קביעה זו חזר בית-הדין לעבודה בפסקי-דין רבים, ואף בפסיקת בתי-המשפט הכלליים יש לה תימוכין⁹². לעתים הזיקה האישית למקום העבודה משמשת מבחן עצמאי לקיום יחסי-עבודה; במקרים אחרים היא מובאת רק כאחת האינדיקציות לעניין הפן החיובי או הפן השלילי של מבחן ההשתלבות; וכמובן, יש הרואים בה מרכיב של מבחן השליטה⁹³. כך או כך, זהו אחד הקריטריונים הרווחים ביותר בפסיקה.

הקשר האישי שבו מדובר הוא חד-סידורי. הכוונה לזיקה האישית של העובד למקום עבודתו, בעוד שמצד המעביד אין שום דרישה לזיקה אישית. הבעלים של הפירמה המעסיקה עשוי להתחלף מכלי שהדבר יגרע מזיקתו של העובד למפעל, וישנם אף הסדרים מיוחדים להגנת העובד במקרה של התחלפות המעסיק⁹⁴.

90 פסק-דין אגושכין (לעיל, הערה 19), 9-10 (ההדגשות במקור). ראה גם שם, 13. ראה גם תב"ל (ת"א) 84/56 קוליק נ' המוסד לביטוח לאומי, פכ"ל 2 39, 43.

91 פסק-דין רון שמואל (לעיל, הערה 19), 53-56. העובדה שגנן העמיד מחליף עלי-חשבונו בעת שנקרא לשירות-מילואים שימשה שם נימוק מרכזי לשלילת קיומם של יחסי-עבודה. השווה *Braddell v. Baker* 104 L.T. 673, 676 (1911). להדגשת חשיבותו של היסוד הפרסונלי ביחסי העבודה ראה גם את שני מאמריו של מילס, הנזכרים לעיל, בהערה 39 (Alphen aan den Rijn, 1978) 23-24 (פסק-דין ואנוטציה על המשפט השבדי); שמידט (לעיל, הערה 21), 56, 58-59. בפסיקת בית-הדין לעבודה ראה, למשל, פסק-דין בנק אוצר החייל (לעיל, הערה 54); דב"ע לא/3-14 לוי — מפעלי מצברים "וולקן" פד"ע ג 9; פסק-דין עטיה (לעיל, הערה 42), 222; פסק-דין גלוב (לעיל, הערה 70); פסק-דין מושקוביץ (לעיל, הערה 38), 83; תב"ע לג/3-68 אוזר — אולמי פאר, פד"ע ה, כב, כה; פסק-דין אג'בריה (לעיל, הערה 53), צ"צא; פסק-דין רייסמן (לעיל, הערה 53), 139; פסק-דין איגוד המפרסמים (לעיל, הערה 6), 152; פסק-דין זבורובסקי (לעיל, הערה 68), 315; פסק-דין סגל (לעיל, הערה 87), 194; פסק-דין איתן שמיר (לעיל, הערה 54); פסק-דין ברוך כהן (לעיל, הערה 56). בפסיקת בית-המשפט העליון ראה פסק-דין היימן (לעיל, הערה 43), 11 (עצם הצעת המועסק להעמיד מחליף בעת היעדרו, הצעה שנדחתה בידי המעסיק, הצביעה על העדר יחסי-עבודה); פסק-דין ולנסי (לעיל, הערה 3), 325-324 (העובדה שבעל-משאית היה חופשי להפעילה בידי נהג אחר הצביעה כבירור על היעדר יחסי-עבודה). בפסק-דין ניסים (לעיל, הערה 20), 758 התייחס השופט ברק לאופי האישי של חווה העבודה, "שהוא כה חיוני ליחסי עבודה בדרך כלל". ראה גם פסק-דין פסטרנק (לעיל, הערה 63); פסק-דין מ' ב"צ (לעיל, הערה 41), 403; סעיף 5 להצעת חוק חוזה עבודה, התשמ"ה-1985 (הצ"ח 128) ("עובד יבצע בעצמו [...]").

93 כדוגמאות לשימוש במבחן כמבחן עצמאי ראה פסק-דין רון שמואל (לעיל, הערה 19), 53-56; אבא כהן (לעיל, הערה 53), 400; אולו (לעיל, הערה 78), 89; זבורובסקי (לעיל, הערה 68), 315. לשימוש במבחן כחלק ממבחן ההשתלבות ראה פסק-דין גלוב (לעיל, הערה 70), 251; מושקוביץ (לעיל, הערה 38), 83; פירד הנהלת רכוש (לעיל, הערה 53); פסק-דין ברוך כהן (לעיל, הערה 56). בפסק-דין איגוד המפרסמים (לעיל, הערה 6), 151-152 תואר המבחן הן כמבחן עצמאי הן כאחד "השכילים" שבהם ניתן להגיע לתוצאה של השתלבות. לתיאור הקשר האישי כמרכיב של מבחן השליטה הגמורה ראה ברוקס (לעיל, הערה 39), 28 (כוחו של המועסק להעביר את ביצוע העבודה לאחר איננו מתיישב עם זכות המעסיק לשלוט על אופן ביצוע המלאכה); פסק-דין מ' ב"צ (לעיל, הערה 41), 403 (מבחן הקשר האישי "זהה כמעט" לזכות הפיקוח של המעביד).

94 ראה, למשל, סעיף 30 לחוק הגנת השכר, תשי"ח-1958; סעיף 3 לחוק חופשה שנתי, תשי"א-1951. ראה גם סעיף 8 להצעת חוק חוזה עבודה, התשמ"ה-1985; ח' הדרוף, זכויות עובדים בהילופי מעבידים,

לפי ההלכה הנדונה, עובד אינו חייב להיעזר באנשים נוספים מטעמו כדי להשלים את המשימה שהמעביד חפץ להשלימה, ואף אינו זכאי לעשות כן. עובד שנבצר ממנו לבצע את עבודתו מסיבה כלשהי (מחלה, אבל, שירות-מילואים או חופשה) אינו חייב להעמיד מחליף שיבצע את העבודה במקומו ואינו זכאי לכוף על המעביד את העסקתו של מחליף כלשהו⁹⁵. לעומת זאת, בחוזה-קבלנות רבים זכאי הקבלן להיעזר באנשים נוספים או למסור את ביצוע המלאכה או חלק ממנה לאחר, והוא חייב לעשות כן אם אין הוא מסוגל בעצמו לבצע את המוטל עליו. לפי הלכה זו, כאשר מועסק מעסיק עובדים המסייעים לו בביצוע המלאכה זוהי ראייה חזקה לכך שהוא קבלן⁹⁶. הוא-הדין במועסק הדואג להעמדת מחליף על חשבונו בעת שנבצר ממנו זמנית לבצע את המלאכה⁹⁷.

מאפיין הזיקה האישית הוא יותר קונקרטי ומוגדר ממאפיין ההשתלבות, אך גם בו אין לראות קריטריון מובהק לסיווג היחסים. בראש-דבראשונה ניתן להשתמש בו רק ככיוון אחד, כלומר: היעדרה של זיקה אישית היא אינדיקציה להיעדרם של יחסי עובד-מעביד, אך הימצאותה של זיקה כזו אינה מלמדת על קיום יחסים כאלה. בחוזה-קבלנות רבים, ובמיוחד חוזים שבמרכוזם עומדים חיובי השתדלות, חייב הקבלן לקיים את חיוביו באופן אישי⁹⁸.

זאת ועוד: במקרים רבים קשה להתוות את הגבול בין זיקה אישית לזיקה שאינה אישית. זכותו של המועסק או חובתו להעמיד מחליף לתקופה שבה נבצר ממנו לבצע את מלאכתו הן דוגמה ברורה לקושי זה. לכאורה יש לברר אם זכות או חובה כאלה קיימות ובהתאם לכך לקבוע אם נתקיימה הזיקה האישית. דא עקא, שבמרבית המקרים הצריכים לענייננו אין בחוזה התייחסות לנושא זה. על-כן, כאשר באים להכריע אם ישנה חובה או זכות להעמדת מחליף, עושים זאת על-פי סיווג הקשר כקשר אישי או בלתי-אישי (כלומר: סיבה ומסובב מתהפכים). למעשה, כאשר בתי-המשפט מסתמכים על העמדת מחליף לצורך סיווג היחסים, הם עושים זאת באופן רטרופקטיבי. כלומר: מהעובדה שהמועסק דאג להעמדת מחליף בעת

בפירוק חברה ובכינוס נכסים (תל-אביב, תשמ"ח) 38-20; רדאי (1989) (לעיל, הערה 15), 96-91; ג' טרסקי, "על פגיעותה של זכות הנמחה מצד הממחה והחייב" משפטים יח (תשמ"ח) 5, 27.

95 פסק-דין רון שמואל (לעיל, הערה 19), 56-53; פסק-דין פירר הנהלת רכוש (לעיל, הערה 53), 111.

96 ראה, למשל, פסק-דין וולקן (לעיל, הערה 92); פסק-דין מושקוביץ (לעיל, הערה 38), 83; פסק-דין ולד (לעיל, הערה 7), 287-286. קריטריון זה משמש גם בשיטות-משפט אחרות. ראה (במשפט הצרפתי) *Juris-Classeur, Civil, Art. 1780 à 1783, Louage d'ouvrage et d'industrie, Art. 1787, Fasc. H* §28, p. 6 (1976); שמידט (לעיל, הערה 21), 59.

97 ראה, למשל, פסק-דין רון שמואל (לעיל, הערה 19), 56-53; ולנסי (לעיל, הערה 3), 325-324; היימן (לעיל, הערה 37), 11; איתן שמיר (לעיל, הערה 54); לוי (לעיל, הערה 53).

98 ראה פסק-דין עיריית נתניה (לעיל, הערה 13), 182; פסק-דין סגל (לעיל, הערה 87), 194; גולדברג (תשל"ט) (לעיל, הערה 3), 93; בן-ישראל (לעיל, הערה 38), 76; עטיה (לעיל, הערה 19), 60. אם כי אפילו בנקודה זו אין תמימות-דעים מלאה בפסיקה. לפחות במקרה אחד סברו, כי מבחן הקשר האישי עשוי לשמש גם אינדיקציה חיובית לקיום יחסי-עבודה, וזאת משום שמדובר בעיסוק שרכים מסוגלים לבצעו (הוראה): תב"ע לב/9-30 ישראל — מדינת ישראל, פר"ע ד סח, וראה גם W. Kenny & M. Hulén, "Determining Employee or Independent Contractor Status" 20 *Tax Adviser* (1989) 661, 663 (הפריט הרביעי ברשימת האינדיקציות של רשויות-המס בארצות-הברית).

שנבצר ממנו לבצע את עבודתו או שהעמדת המחליף היתה טעונה אישור המעסיק, מסיקים שהקשר היה אישי (במקרה השני) או לא-אישי (בראשון). נקודת-התורפה של ניתוח זה היא, שאין קשר הכרחי בין התנהגותם של הצדדים במקרה כזה ובין זכויותיהם וחובותיהם המשפטיות. גם אם מדובר בחוזה-עבודה מובהק, עובד נאמן יעשה כמיטב יכולתו כדי לסייע למעביד למצוא מחליף לתקופה שבה נבצר ממנו לבצע את העבודה, וזאת כחלק ממערכת-היחסים הנרקמת בחוזה מתמשך⁹⁹. המעביד מצדו לא יסרב להסתייע במחליף גם אם הקשר עם המועסק הקבוע הוא קשר אישי מובהק. לעומת זאת, גם כאשר קבלן זכאי להעביר את ביצוע המלאכה לאחר, קשה להעלות על הדעת שהוא יתעלם מעמדתו הסבירה של המזמין לגבי זהות המחליף. בין משום החינניות של מערכת-יחסים תקינה בהתקשרויות ארוכות-טווח, בין משום החשש לפגיעה במוניטין ובין משום החובה לקיים חלים בתום-לב – קשה להסיק מסקנות ברורות מהתנהגות הצדדים במקרים כאלה לגבי חובת הקיום האישי של המועסק. כתוצאה מכך, בית-המשפט יכול לבחור במסקנה שתהלוך את התווית שהוא מבקש להעניק ליחסים.

כאמור, קשר אישי בין הצדדים איננו תנאי מספיק לקיום יחסי-עבודה. האם חובת הביצוע האישי היא, כפי שמקובל להניח, תנאי הכרחי ליחסים אלה? כבר בפסק-דין רון שמואל הטעים בית-הדין כי באין אופי פרסונלי לחיובי המועסק, לא תתעורר בדרך-כלל שאלת ההבחנה בין עובד לקבלן, והוסיף מיד: "אמרנו 'בדרך כלל' מאחר ובתחום בו אנו דנים אין מקום לפסקנות"¹⁰⁰. ואכן, פסק-דין רבים שניתנו מאז הוכיחו כי ייתכנו יחסי עובד-מעביד גם כאשר המועסק דואג להעמדת מחליף בעת שנבצר ממנו לבצע את העבודה וגם כאשר הוא מסתייע בעוזר מטעמו, בין שהעוזר הוא קרוב-משפחה ובין שכיר, בין שהדבר נעשה באופן חריג ובין באופן קבוע¹⁰¹. קיים אפוא פער ניכר בין הדרך שבה מדברים על מבחן הביצוע האישי ובין הדרך שבה מפעילים אותו למעשה¹⁰².

ככל שיש למבחן הקשר האישי "גרעין קשה", הרי הוא מתמצה בכך שקיום חוזה-עבודה מותנה בכך שלפחות חלק מהעבודה צריכה להיעשות בידי המועסק¹⁰³. אם המועסק זכאי להעביר את המלאכה בשלמותה לביצועם של אנשים אחרים ולא לבצע שום חלק ממנה בעצמו, הרי זו ראייה מכרעת לקיומו של חוזה-קבלנות. אולם התועלת שניתן להפיק מהמבחן בניסוחו זה היא שולית מאוד. מקרים שבהם

99 פסק-דין עטיה (לעיל, הערה 42), 222 (והשווה גם פסק-דין אזרחי (לעיל, הערה 92)).

100 פסק-דין רון שמואל (לעיל, הערה 19), 53.

101 בעניין עטיה (לעיל, הערה 42, עמ' 222). נפסק שעובד-ניקיון היה עובד למרות שבעת מחלתו בוצעה העבודה בידי אשתו או ילדיו. אף בעניין גינבורג (לעיל, הערה 13), העובדה שהמועסק הוחלף פעם אחת בידי אחיו בביצוע העבודה לא מנעה את סיווגו כעובד. אותה הלכה הופעלה גם כאשר ההיעזרות באדם אחר לא הייתה צורך יוצא-דופן אלא נהג שנמשך חודשים אחדים (פסק-דין כרוך כהן (לעיל, הערה 56), 417 ו-419) או אף שנים רבות (פסק-דין גלוב (לעיל, הערה 70)); פסק-דין אבא כהן (לעיל, הערה 53), 400-401). ההלכה יושמה גם בפסק-דין הרשליקוביץ (לעיל, הערה 54), 99; אולו (לעיל, הערה 67), 89; איגוד המפרסמים (לעיל, הערה 6), 152. לפסק-דין אלה ניתן להוסיף, כמובן, את פסק-דין אגושביץ (לעיל, הערה 19), שקדם בכעשרים שנה להלכת רון שמואל ואשר בו פתחנו את הדין.

102 ראה גולדברג (תשל"ט) (לעיל, הערה 3), 93.

103 עטיה (לעיל, הערה 19), 59-60. השווה פסק-דין מ' ב"צ (לעיל, הערה 41).

המועסק עצמו אינו נוטל שום חלק בכיצוע העבודה בשום פרק-זמן אינם מעוררים את שאלת הסיווג בין קבלן לעובד.

4. היות המועסק חלק מתאגיד או מתכונת-עובדים

תאגיד, בתור שכזה, אינו יכול להיחשב כעובד, ולו רק מפני שעובד נדרש לבצע לפחות חלק מהעבודה באופן אישי¹⁰⁴. אולם מכך אין זה מתחייב שאדם בשר-ודם לא יוכל להיחשב כעובד רק משום שבעת ובעונה אחת הוא גם חבר בתאגיד העוסק בביצוע אותם מלאכות או שירותים. חברות בתאגיד כזה עשויה להעיד על קיומו של עסק עצמאי (הפן השלילי של מבחן ההשתלבות), וכתוצאה מכך – על העדר יחסי-עבודה¹⁰⁵. אך מסקנה זו איננה הכרחית, משום שאדם הפועל כקבלן ביחסיו עם מעסיק פלוני עשוי להיות עובד של מעסיק אלמוני¹⁰⁶. כל עוד המעסיק מתקשר בחוזה עם העובד ולא עם התאגיד, אין בכך כדי לשלול יחסי-עבודה¹⁰⁷. כאשר המועסק הוא תאגיד, זוהי אפוא ראייה מכרעת לכך שלא מדובר ביחסי-עבודה, אף כי מספר המקרים שבהם ניתן יהיה להשתמש בראיה זו הוא קטן ביותר. העובדה שהמועסק (אדם בשר-ודם) הוא חלק מתאגיד היא ראייה מסוימת בכיוון של חוזה-קבלנות, אך, כאמור, משקלה אינו רב. העובדה שהמועסק הוא אדם פרטי איננה ראייה לכאן או לכאן.

כאשר אין מדובר בתאגיד אלא בקבוצת-אנשים לא מאוגדת, הקבוצה בתור שכזו מנועה מלעשות פעולות משפטיות ולכן איננה יכולה להיות צד לחוזה-העסקה. בפועל מעסיקים נוהגים לנהל משא-ומתן ולהתקשר עם המנהיג של "חבורת-עובדים" כזו לשם ביצוען של עבודות שונות. על-פירוב המעסיק אינו בא בדברים עם שאר חברי הקבוצה (שהרכבה אף עשוי להשתנות במהלך הזמן). מבחינה משפטית ייתכנו צורות אחדות להעסקה של חבורת-עובדים. אפשרות אחת היא, שמנהיג הקבוצה הוא שלוח של שאר החברים, המתקשר בשמם עם המעסיק. במקרה כזה, הגם שרק המנהיג בא בדברים עם המעסיק, נוצר קשר חוזי ישיר בין המעסיק ובין כל אחד מחברי הקבוצה. הקשר עשוי להיות של עבודה¹⁰⁸ או של קבלנות¹⁰⁹. אפשרות אחרת היא, שמנהיג הקבוצה איננו שלוח של שאר החברים, ואז נוצרות שתי מערכות חוזיות: האחת בין המעסיק למנהיג, והשנייה בין המנהיג לחברי הקבוצה. בדרך-כלל המנהיג ייחשב במקרה כזה כקבלן של המעסיק הראשי

104 ראה לעיל, תת-פרק 3.2; עטיה (לעיל, הערה 19), 60; פסק-דין הרשליקוביץ (לעיל, הערה 54), 102. אולם יש להזהר שלא לאפשר הסוואת תחיי-עבודה כחוזי-קבלנות על-ידי חיוב העובדים להתאגר ולהתקשר עם המעביד באמצעות התאגיד. ראה משפט העבודה באוסטרליה (לעיל, הערה 36), 26.

105 פסק-דין הרשליקוביץ (לעיל, הערה 54).

106 פסק-דין גלוב (לעיל, הערה 67); פסק-דין רייסמן (לעיל, הערה 53), 138-139.

107 פסק-דין גלוב (לעיל, הערה 67).

108 ראה, למשל, פסק-דין ציון (לעיל, הערה 11), 247-248. ראה גם פסק-דין קוליק (לעיל, הערה 90); דב"ע לא-30/3 הולבן – שרתון ים התיכון, פד"ע ג 373; ע"א (ת"א) 112,113/50 ארזר מפעלי ים נ' וינטרוב, פס"מ ה 37.

109 בעניין אגושביץ (לעיל, הערה 19) המשיב היה חבר בקבוצת טייחים, שהתקשרה באמצעות מנהיגה עם מעסיקים לשם ביצוע עבודה מסוימת. בית-המשפט פסק, שבין כל אחד מחברי הקבוצה לבין המעסיקים נוצר חוזה-קבלנות.

וכמעבד של שאר האנשים בקבוצה¹¹⁰. אולם אין לפסול לחלוטין את האפשרות של קיום יחסי-עבודה בין המנהיג למעסיק הראשי¹¹¹, או של קיום חוזה-קבלנות בין המנהיג לכל אחד מחברי הקבוצה¹¹².

קיומה של חבורת-עובדים איננו מהווה אפוא ראיה משמעותית לקיומם של יחסי-עבודה בין המעסיק לחברי הקבוצה או להיעדרם. עם זאת, מאפיינים אחרים של ההעסקה מובילים לכך שבמרבית המקרים אכן מדובר ביחסי-עבודה, בין שהמעביד הוא מנהיג הקבוצה ובין שזהו המעסיק הראשי¹¹³.

5. בלעדיות העבודה

כאשר בוחנים את זכות המעסיק לבלעדיות עבודתו של המועסק כאינדיקציה בשאלת הסיווג, יש להבחין בין שתי משמעותות של בלעדיות: משמעות אחת נוגעת למכלול עיסוקיו של המועסק – האם הוא מוצא את פרנסתו במתן שירות לקהל הרחב או שמא הוא מועסק על-ידי מעסיק אחד בלבד. לפי קריטריון זה, העובד הטיפוסי מועסק במשרה מלאה (ויחידה), בעוד שקבלנים (מתווכים, חברות-הובלה, עורכי-דין פרטיים) מציעים את שירותיהם לכל דורש. זה היה הקריטריון המכריע להבחנה בין "שכיר היחיד" ל"שכיר הרבים" לפי המגילה (מושגים המקבילים בערך ובקירוב לעובד ולקבלן), והוא מוכר בשיטות-משפט נוספות¹¹⁴. ברוח זו העובדה שאדם עסק בהתרמה רק כאחד מעיסוקיו שימשה

110 בעניין אגושביץ (לעיל, הערה 19) נפסק, כי כל החברים בקבוצת-ההייחוס היו קבלנים של המעסיק. אולם, כפי שציין בית-המשפט (בעמ' 6), הקבוצה כולה הסתייעה בעוד ארבעה "פועלים שכירים", שהועסקו על-ידיה; כלומר: נוצר קשר כפול של מזמינים – קבלנים/מעבידים – עובדים. דוגמה פשוטה יותר למנהיג שהוא קבלן (כלפי המעסיק הראשי) ומעביד (של חברי הקבוצה) מצויה, כמדומה, בתחום של פועלים חקלאיים המועסקים על-ידי "ראיסי", שאתם מתקשרים המעסיקים הראשיים.

111 זו היתה עמדתו של בית-המשפט המחוזי בעניין אגושביץ (כפי שתוארה בפסק-הדין של בית-המשפט העליון, (לעיל, הערה 19) וכך אף נפסק בעניין אוצר מפעלי ים (לעיל, הערה 108), 42-43. כפי שראינו למעלה, אין בעובדה שהמועסק מעסיק עובדים כדי לשלול בהכרח את מעמדו כעובד. ראה גם "גלעדי, דיני עבודה בישראל (תל-אביב, תשכ"ג) 22.

112 או נוצר מצב של קבלנות וקבלנות-משנה. לניתוח צורות ההעסקה של חבורת-עובדים באנגליה ראה עטיה (לעיל, הערה 19), 93.

113 המעמד החברתי והכלכלי של האנשים בחבורת-עובדים, מחד גיסא, ושל המעסיק הראשי, מאידך גיסא, אינו קשור לתבנית המשפטית של היחסים ביניהם. לכן קובעים חוקים אחדים, כי יראו כל חבר בחבורה כעובד של האדם שמסר את העבודה לחבורה אף בהעדר קשר ישיר ביניהם, בתנאי שהיה נחשכ כעובד לפי הקריטריונים הרגילים אילו היה קשר ישיר כזה. ראה, למשל, סעיף 28 לחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951; סעיף 34 לחוק חופשה שנתית, תשי"א-1951; סעיף 3 לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), תשכ"ח-1968. ראה גם עב"ל 16/60 רובין נ' המוסד לביטוח לאומי, פכ"ל ו 44; תב"ל (ת"א) 24/60 כהנא נ' המוסד לביטוח לאומי, פכ"ל ו 258; גולדברג (תשל"ט) (לעיל, הערה 3), 92; מירוני (לעיל, הערה 11), 517 ו-533.

114 ראה סעיפים 422, ר-423 למגילה; עטיה (לעיל, הערה 19), 62-63 (במשפט האנגלי); קני והולץ (לעיל, הערה 98), שם (בין הקריטריונים שאימצו רשויות-המס האמריקניות מצוי גם הקריטריון שלפיו "A worker is usually an independent contractor if he makes his services available to the general public on a regular and consistent basis"; שמדיט (לעיל, הערה 21), 58 (במשפט השכרי). סטיוארט וקרמר (הערה 39 לעיל, 751) דואים במבחן זה אינדיקציה לקיומו של עסק עצמאי או להיעדרו (הפן השלילי של מבחן ההשתלבות, שבו דנו לעיל, בתת-פרק 2.3).

אינדיקציה להעדר יחסי-עבודה בינו ובין המעסיק¹¹⁵. לעומת זאת, עבודה בשירותו של מעסיק אחד בלבד במשך שנים רבות מעידה על יחסי-עבודה¹¹⁶. אף הצורך באישור המעסיק לביצוע עבודות נוספות מחוץ לשעות-העבודה עשוי להצביע על קיום יחסי-עבודה¹¹⁷. מובן שמשקלה של אינדיקציה זו מוגבל ביותר וניתן לסתור אותה ללא קושי. עובדים רבים מועסקים ביותר ממקום-עבודה אחד, בין בימים שונים של השבוע ובין בשעות שונות של היממה, מבלי שישלל מעמדם כעובדים בכל אחד מהמקומות¹¹⁸. לעומת זאת, קבלנים עשויים להעניק שירות למזמין אחד בלבד במשך תקופות ארוכות מבלי שיהפכו משום-כך לעובדים¹¹⁹.

המשמעות השנייה של בלעדיות איננה נוגעת למכלול פעילויותיו של המועסק, אלא רק לפרק-הזמן שבו הוא מועסק בידי המעסיק. לפי משמעות זו, העובדה שאדם מעניק שירותים לאנשים שונים בעת ובעונה אחת מצביעה על היותו קבלן של כל אחד מהם. דוגמאות לכך הן טיפול בילדים אחדים במקביל עבור הורים שונים, בית-ספר המלמד תלמידים רבים או סוכן המפיץ מוצרים של פירמות שונות¹²⁰. לעומת זאת, כאשר אדם נדרש לייחד את מאמציו לעבודת המעסיק (בשעות שהוא מועסק על-ידו) זוהי ראיה לקיום יחסי-עבודה¹²¹. אך גם ראיה זו איננה חד-משמעית: עצם הרשות לבצע עבודות עבור מעסיקים אחרים במהלך שעות-העבודה הרגילות איננה מוציאה את היחסים מגדר יחסי-עבודה¹²². לעומת

115 ראה תב"ע ל/3-370 שטרויכלר — הליגה למלחמה בשחפת, פד"ע ד, מב. ראה גם פסק-דין אדו (לעיל, הערה 6), 64. אף בעניין היימן (לעיל, הערה 37), העובדה שהמועסק, מעצב חלונות-ראווה, סיפק את שירותיו לכעשרים פירמות נלקחה בחשבון לצורך סיווגו כקבלן.

116 ראה פסק-דין עיריית נתניה (לעיל, הערה 13), 190 (הבלעדיות מעידה על השתלבות, וזו מעידה על יחסי-עבודה).

117 ראה 254, 260 B.W.C.C. (1930) 23 *Hobbs v. Royal Arsenal Co-operative Society Ltd.*

118 ראה, למשל, פסק-דין היימן (לעיל, הערה 37), 11-12 (הדוגמה של עזרת-כית העובדת עבור מעסיקים שונים בימים שונים, אך איננה חדלה להיות עובדת של כל אחד מהם). דעת-הרוב בפסק-דין פירר הנהלת רכוש (לעיל, הערה 53), 112; פסק-דין אבא כהן (לעיל, הערה 53). גם המגילה הכידה בכך, שאותו אדם עשוי להיות שכיר-היחיד ושכיר-הרבים בפרק-זמן שונים.

119 עטיה (לעיל, הערה 19), 62 ממחיש זאת בדוגמה של סופר המחזיק לפרסם את כל ספריו באמצעות אותו מוציא-לאור. אף סוכנים מתחייבים לעתים שלא לעסוק בהפצת מוצרים של פירמות אחרות, מבלי שהדבר הופך אותם בהכרח לעובדים: פסק-דין שמן (לעיל, הערה 31). דוגמה נוספת היא זו של בעל-רכב שהתאים את רכבו לצרכים המיוחדים של הפירמה שעבורה, ועבורה בלבד, ביצע הזבלות, ולמרות זאת נחשב כקבלן: פסק-דין אגודה צרכנית שיתופית (לעיל, הערה 53), 150.

120 ראה פסק-דין סגל (לעיל, הערה 87), 195 (המבחן של "בלעדיות הפעילות בקטע הזמן שבו מדובר", אגב טיפול בילדים עבור הורים שונים); ע"א 638/70 איחוד בתי-ספר טכניקום נ' אדלר, פ"ד כה(2), 679, 684-686 (מעמדו של בית-ספר כשכיר-הרבים, לעומת מעמדו של מורה המועסק בידי משרד החינוך כשכיר-היחיד); פסק-דין ולד (לעיל, הערה 7), 286-287 (שוכר מכונית-ליטוש, שביצע עבודות עבור מזמינים שונים); אוסף בינלאומי של פסקי-דין בדיני-עבודה (לעיל, הערה 91) (בדין השבדי). גם בארצות-הברית אימצו רשויות-המס קריטריון זה וקבעו, כי "If a worker performs more than de minimis services for a number of unrelated persons at the same time, he is usually an independent contractor" (ראה קני והולץ (לעיל, הערה 98), שם).

121 ראה פסק-דין רוזנר (לעיל, הערה 53), 124 (סוכן-מכירות), והשווה וייס (לעיל, הערה 25), 41-42 (תנאי מוקדם למעמד של "מעין-עובד" לגבי סוכנים הוא היותם מוגבלים להפצת המוצרים של פירמה אחת בלבד. על הקטגוריה של "מעין-עובדים" במשפט הגרמני ראה גם להלן, הערה 243).

122 ראה, למשל, פסק-דין אולו (לעיל, הערה 67), 89.

זאת, ישנם קבלנים – במיוחד כאלה הגובים את שכרם לפי כמות הזמן שהם משקיעים במלאכה או בשירות – אשר אינם רשאים לבצע עבודות אחרות בשעות שהם עובדים עבור מזמין פלוני.

6. רמת התחכום של העבודה

לעתים מתחשבים בדרגת התחכום והמקצועיות של המועסק לצורך ההכרעה בין עובד לקבלן. ככל שהעיסוק מקצועי ומתחכם יותר, כן נוטים לראות במועסק קבלן ולא עובד¹²³. סיבה אפשרית להתחשבות בנתון זה היא היעדרה של שליטה אפקטיבית על האופן שבו מועסק מקצועי מבצע את מלאכתו (על רקע מבחן השליטה). סיבה אחרת היא המסורת שנהגה בחברות מסוימות, שלפיה בעלי מקצועות חופשיים (כמו רופאים או משפטנים) כלל לא נטלו שכר בעד מלאכתם; ואם קיבלו שכר, הרי שלא היה זה במסגרת יחסי עובד-מעביד¹²⁴. סיבה נוספת להתחשבות בגורם הנדון נעוצה בהנחה שלפיה המצב החברתי-כלכלי של מועסקים בלתי-מקצועיים פחות טוב מזה של בעלי מקצועות מתחכמים. מועסק בלתי-מקצועי תלוי יותר במעסיק ולכן הוא זקוק (וראוי) להגנה הסוציאלית שדיני העבודה מעניקים. התנאים שבהם נערך החוזה עם מועסק כזה עשויים להתאפיין בפערי-מידע ניכרים ובעיוותי-שוק אחרים. מציאות זו עשויה להצדיק הסדרה כופה של חוכן החוזה, בין משיקולי יעילות ובין משיקולים חלוקתיים או פוטנליסטיים¹²⁵. כללית, אם אכן ישנו מתאם בין רמת התחכום של המועסק לבין מצבו הכלכלי, ובמידה ששיקולים חלוקתיים משפיעים על ההקשרים המשפטיים שמבחינים בהם בין עובד לקבלן – הרי שדרגת התחכום והמקצועיות של המועסק היא נתון רלבנטי באותם הקשרים¹²⁶.

123 ראה, למשל, סעיף (d)(1)220 לרסטייטמנט השני על שליחות (בארצות-הברית); D.L. Morgan & Y.F. Goldberg, *Employees and Independent Contractors*, in *CCH Tax Transactions Library* 454 (Chicago, 1987, updated to 1990); בורקס (לעיל, הערה 39), 27 (הפרס הראשון ברשימה של 12 אינדיקציות, במשפט האוסטרלי).

124 ראה M. Kaser, *Roman Private Law* (Pretoria, 4th ed., 1984, Trans. of the 13th Germ. ed., by Aubry & Rau, *Droit Civil Français* (Paris, 6e ed., refondue, ; (ברומי) R. Dannenbring) 223 T. V., 1947) §§371 bis, 372, pp. 361–363 (צרפת של תחילת המאה העשרים). אף המונח "הונורר" (honorarium), המציין תמורה בעד שירותים מעין אלו, מרמז על תמורה הניתנת כעניין שבכבוד בלבד. 125 בהקשר הנוכי, לעתים קרובות מועסק עני אינו מסוגל לפצות אנשים שלישיים שניזוקו עקב עוולה שביצע במהלך העסקתו ולכן ישנה חשיבות מיוחדת להטלת אחריות שילוחית על מעסיקו, באמצעות הכרה בקיום יחסי-עבודה ביניהם. שיקול זה חל בין שתכלית הפיצויים להשיב את מצב הניזוק לקדמותו ובין שתפקידם ליצור תמריצים לנקיטת אמצעי-הזהרה ראויים, שכן אדם חסר-אמצעים עלול שלא להיזהר דיו, בירדעו שהוא "חסין-תביעה". אמנם, ניתן להטיל אחריות שילוחית ללא יחסי-עבודה, אולם במקרים רבים זוהי הדרך הפשוטה ביותר.

126 ככל שבתחום כלשהו מתחשבים במצבו החברתי-כלכלי של המועסק באופן ישיר ומפורש (כפי שהדבר, למשל, בדיני-מיסים), כן פוחת הצורך להתייחס לדרגת התחכום של העבודה כקריטריון לאותו מצב. על האפשרות להתחשב ישירות במצב הכלכלי-חברתי של הצדדים לצורך הסיווג ראה להלן, תהפוך 16.ג.

נגד התחשבות ברמת התחכום של העבודה עומדים הכרסום במעמדו של מבחן השליטה¹²⁷, ובמיוחד העובדה שכיום חלק גדול מבעלי המקצועות ה"חופשיים" – כמו רופאים, משפטנים או מהנדסים – מועסקים על-פי חוזה-עבודה מובהקים. זאת ועוד: ככל שמדובר בזיקה האישית שבין העובד למעביד, זיקה זו חזקה יותר דווקא בעיסוקים מתוחכמים. הסתייעות בעוזר או במחליף לביצוע מלאכה פיזית פשוטה לא תכריע את הכף נגד קיומם של יחסי-עבודה¹²⁸. מנגד, משפטן או מהנדס הרשאים שלא לבצע את העבודה בעצמם, לא ייחשבו בדרך-כלל כעובדים אלא כמספקי שירות בקבלנות. לבסוף, המתאם בין דרגת המומחיות של מועסקים ובין מצבם הכלכלי איננו מתקיים במקרים רבים.

בפסיקה הישראלית ממעטים להזכיר את רמת התחכום והמקצועיות של המלאכה כקריטריון להבחנה בין עובד לקבלן; ואם עושים כן, הרי זה כדי לציין שאין זה קריטריון חשוב או שאין זה קריטריון כלל¹²⁹. ההתקפה החריפה ביותר על מאפיין זה מצויה בפסק-דינו של השופט זילברג בעניין אגושביץ. בין היתר, הוכתר שם המבחן בתואר "התיאוריה המשונה, אשר הנפש המודרנית סולדת בה", ותואר כ"רעיון ארכאי"¹³⁰. בשל מעמדו של פסק-דין אגושביץ כהלכה יסודית בסוגיה הנדונה, אין זה מפליא שבתי-המשפט שוב לא פנו לקריטריון זה.

אף-על-פי-כן, בחינה קרובה של הפסיקה מגלה תמונה שונה. בעוד שבמקרים אחרים הפסיקה העלתה על נס מבחנים שבפועל נטו להתעלם מהם (כמו מבחן הביצוע האיש), הרי בעניין המקצועיות של המועסק הכחשת הקריטריון אינה מעידה בהכרח על אי-התחשבות בו למעשה. מדבריו של השופט זילברג עולה, כי סלידתו ממבחן המקצועיות נבעה מהתנגדותו להוצאת מועסקים מומחים ומלומדים מגדר עובדים. תמיכתו המשתמעת בהרחבת התחולה של דיני-העבודה, בהרחבת האחריות השילוחית של המעסיק וכדומה לא התיישרה עם אמת-מידה זו. כיום אין עוד ספק שגם מועסקים מקצועיים עשויים להיחשב כעובדים. מנגד, מתעורר לעתים הצורך לפרוש את הגנתם של דינים שונים (דיני-העבודה המגינים, חיקוקים למניעת הפליה בהעסקה) גם על מי שהם ספק עובדים, חזאת משום נחיתותם הכלכלית והחברתית¹³¹. בהקשר זה, התחשבות במידת התחכום והמקצועיות של המועסק עשויה דווקא להרחיב את גדר האנשים שייחשבו כעובדים. ואכן, עיון בפסיקה מגלה נטייה ברורה לסווג אנשים שעיסוקם בעבודות ניקיון, במריטת נוצות,

127 מבחינה היסטורית התהליך היה הפוך: התפשטות התופעה של עובדים מקצועיים היא שגרמה (בין היתר) לכרסום במעמדו של מבחן השליטה (ראה לעיל, תת-פרק 1.1), אולם הדבר אינו גורע מהטעון שלפיו הכרסום במבחן השליטה מפחית ממשקלו של הקריטריון הנדון.

128 ראה לעיל, הערה 101, ופסקי-הדין הנזכרים בה.

129 ראה, למשל, פסק-דין אבא כהן (לעיל, הערה 53), 399. לעתים הוזכרה מידת התחכום של העבודה בהקשר של חולשת מבחן השליטה (הן לגבי עבודות מקצועיות הן לגבי עבודות פשוטות מאוד) – ראה לעיל, תת-פרק 1.1. למיטב ידיעתנו, התייחסות משמעותית למבחן זה בפסיקה הישראלית מצויה רק בפסק-דין אגושביץ (לעיל, הערה 19), 8-9.

130 פסק-דין אגושביץ (לעיל, הערה 19), 8-9.

131 לשימוש נרחב ומפורש בקריטריון של מידת המיומנות הדורשה לביצוע המלאכה בפסיקה האמריקנית, שעניינה מניעת אפליה בתעסוקה, ראה דוידסון (לעיל, הערה 14).

במלצרות, בסנדלרות, ברחיצת מכוניות – ולהבדיל, בעלי-מום – כעובדים¹³². נטייה זו בולטת במיוחד במקרים שבהם נדרש מאמץ ניכר כדי להפחית ממשקלן של אינדיקציות המובילות דווקא למסקנה ההפוכה¹³³.

7. הזכות להעסיק, הכוח לפטר והזכות להתפטר

יש הרואים בכוחו של המעביד לבחור את עובדיו ולפטרם מאפיין חשוב של יחסי-עבודה, בין משום שכוחות אלה מבטאים או מחזקים את שליטת המעביד על ביצוע העבודה (או את תלותו של העובד במעביד) ובין בהיותם מאפיין עצמאי של היחסים¹³⁴. בעקבות הפסיקה האנגלית נזכרו אינדיקציות אלה גם בפסיקה הישראלית¹³⁵. אולם עיקר השימוש בהן היה לצורך זיהוי המעביד, במקרים שבהם לא היה ספק כי מדובר ביחסי-עבודה אך היתה מחלוקת בשאלה מיהו המעביד¹³⁶.

132 ראה, למשל, פסקי-דין בנק אוצר החייל (לעיל, הערה 54); ש.ח. (לעיל, הערה 42); עטיה (לעיל, הערה 42); פירד הנהלת רכוש (לעיל, הערה 53) (בכולם פסקי-דין שערורי-ניקין היו עובדים); סלם (לעיל, הערה 42) (מריטת נוצות); אורזר (לעיל, הערה 92) (מלצרות); תב"ע לב/393-3 מסג' – בן עוזי, פר"ע ו קיג (סנדלרות); פסקי-דין אבא בהן (לעיל, הערה 53) (רחיצת מכוניות); פסקי-דין אולו (לעיל, הערה 67) (חייט חרש-אילס). הנטייה הנדונה כמובן איננה מוחלטת וחד-משמעית, במיוחד כאשר מדובר בפסקי-דין של בית-המשפט העליון (שרגישותו לנושאים חברתיים פחותה, כנראה, מזו של בתי-הדין לעבודה). פסקי-דין אגושביץ וסבאג (לעיל, הערות 19 ו-42) הם דוגמאות בולטות לסיווג אנשים שעיסוקם במלאכות פשוטות יחסית (טיית ועובדות-ניקיון) כקבלנים. עם זאת, יש לזכור שפסקי-הדין הראשון ניתן לפני למעלה מארבעים שנה, והשני לפני למעלה מעשרים שנה. בפסקי-דין סבאג השופט ברנזון אמנם הצטרף למסקנה המשפטית של חבריו (השופטים לנדוי ומני), אך הוסיף כי "יש להצטער שמוסד ממשלתי נוקט בטכסיסים כאלה כלפי פועלת נקיון פשוטה, פרימיטיבית ואנאלפבתית, כדי לשלול ממנה את המעמד של עובדת שכירה עם הזכויות הרגילות המגיעות לה במעמד כזה" (שם, 74). ראה גם להלן, תת-פרק 16.1.

133 דוגמאות בולטות הן פסקי-דין אבא בהן ואולו (לעיל, הערות 53 ו-67). במקרה הראשון סיווגו אדם שעסק ברחיצת מכוניות כעובד, למרות שלא היתה השתלבות ארגונית משמעותית במפעל של המעסיק, לא היו שליטה או פיקוח על אופן ביצוע המלאכה, לא נתקיים מבחן הביצוע האישי, התשלום כוצע לפי תוצר, לא היו שעות קבועות לעבודה, לא נוכו מסים ודמי ביטוח לאומי במרבית תקופת ההעסקה והדגש בהתקשרות היה על התוצאה הסופית של המלאכה. במקרה השני סווג חייט תירש-אילס כעובד, הגם שבשעות העסקתו נהג לבצע עבודות גם עבור אנשים אחרים, שכרו חושב לפי יחידות תוצרת, לעתים רחוקות נעזר באדם אחר לביצוע המלאכה והוא אף סיפק מכשירים וחומרים מסוימים שנדרשו לביצוע המלאכה.

למידת תחכומו של המועסק יש השלכה עקיפה על הסיווג גם כאשר בית-המשפט שוקל את נפקותה של הסכמה מפורשת או משתמעת על אופן ההעסקה. כאשר מדובר במועסק מתוחכם, תגבר נטייתו של בית-המשפט להתחשב בהסכמתו ובהתנהגותו המוקדמות בעניין זה. ראה, למשל, פסקי-דין ולנסי (לעיל, הערה 3), 326, וראה באופן כללי להלן, תת-פרק 8.1.

134 ראה, למשל, 174 L.T. 417, 421 [1946] *Short v. J. and W. Henderson Ltd.* (אף כי נפסק שם שנתיקו יחסי-עבודה למרות שלא היתה למעביד החירות לבחור כעובד); וודרבן (לעיל, הערה 24), 112; מקקן, מקארי וסאפדין (לעיל, הערה 4), 15; עטיה (לעיל, הערה 19), 50-56; ציטי (לעיל, הערה 46), 3866-3865 §§ 727-726.

135 ראה, למשל, פסקי-דין אגושביץ (לעיל, הערה 19), 13, 17-16; קלוטן (לעיל, הערה 14), 389-388 (הכות לפטר כביטוי לתלות העובד במעביד); בית-שאן (לעיל, הערה 38), 71-70. בפסקי-דין ינאי (לעיל, הערה 37), 504-503, קבע השופט זילברג כי כוחו של המעביד להשעות או לפטר את העובד הוא "קטיגוריה משנית של מבחן הפיקוח". ראה גם ע"א 304/53 בהן נ' עובדן קביליו, פ"ד (3) 1401; פסקי-דין קוליק (לעיל, הערה 90), 43.

136 ראה, למשל, דב"ע מה/3-25 קיפניס – "אגד", פד"ע יז 14; פסקי-דין ההסתדרות הכללית (לעיל, הערה

כאשר דנים בהבחנה בין עובד לקבלן, המרכיב הראשון – זכותו של המעביד לבחור את עובדיו – כלל איננו רלבנטי. זכות המזמין לבחור בקבלן בוודאי איננה פחותה מזכותו של מעביד לבחור בעובדיו, וכיום היא אף רחבה יותר¹³⁷. באורח פרדוקסלי, דווקא תחולתן של הגבלות על ההעסקה מצביעה לעתים על כך שמדובר ביחסי-עבודה – מקום שחזי ה"קבלנות" אינם אלא מכשיר לעקיפת אותן הגבלות¹³⁸.

אשר להפסקת ההעסקה בידי המעביד, יש להבחין בין הפסקה בשל הפרת חוזה ובין הכוח להפסיק את הקשר באופן חד-צדדי אף ללא הפרה. הפסקת הקשר כתוצאה מביטול החוזה בשל הפרתו אפשרית בכל חוזה שהוא ולכן אינה יכולה לשמש יסוד מבחין בין קבלנות לעבודה. מדובר אפוא בכוח להפסיק את ההתקשרות אף ללא הפרה מצד המועסק, וההנחה היא שכוח כזה מסור למעביד ואינו נתון למזמין. הנחה זו, על שני חלקיה, איננה נכונה במקרים רבים מאוד. בתחום יחסי-העבודה חוקים שונים, ובעיקר הסכמים קיבוציים, מטילים הגבלות משמעותיות על כוחו זה של המעביד¹³⁹. אף בהעדר חיקוק או הסכמה מפורשת, תשתמע לעתים מהחוזה או מהנסיבות כוונה שלא להפסיק את ההתקשרות לפני שהושלמה משימה כלשהי, לפני שעברה תקופה מסוימת וכדומה¹⁴⁰. לעומת זאת, בחוזי-קבלנות רבים, ובמיוחד אלה המבוססים על זיקה אישית ואמון בין הצדדים, נתונה לצדדים, עקרונית, הזכות להביא את הקשר לסיומו בכל עת¹⁴¹. זאת ועוד: אף בחוזים שאינם מבוססים על קשר אישי יש מקום לטענה, כי בשל האופי הנמשך של חוזי-קבלנות זכאי המזמין – בתנאים מסוימים – לפרוש מהחוזה באופן חד-צדדי¹⁴². קושי נוסף שאינדיקציה זו מעוררת דומה לקושי שהצבענו עליו אגב

(11), 373; דב"ע מב/3-82 גולדשטרם – איגוד ערים אזורי רחובות (שירותי כבאות), פד"ע יד 221, 224. לדיון כללי בסוגיה זו ראה מירוני (לעיל, הערה 11).

137 בין החוקים המגבילים את כוחם של מעבידים לבחור בעובדיהם ניתן להזכיר את חוק שירותי התעסוקה, תשי"ט-1959 (ס"ח 32); חוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), תשי"ט-1949 (ס"ח 13). הגבלות נוספות נובעות מהסכמי-עבודה קיבוציים. הנטייה להוציא מגדר יחסי-עבודה מועסקים שהמעסיק אנוס להעסיקם מקורה בסוגיה של אחריות שילוחית בנוזקין, משום שבחירת המעביד בעובד נחשבת כאחת ההצדקות להטלת אחריות זו. פקודת הנוזקין בישראל איננה מוציאה מועסקים שהעסקתם נכפתה על המעסיק מגדר עובדים, אלא מכירה בהיותם עובדים, ובהוראה נפרדת (סעיף 13(א)(2)(ב)) פוטרת את המעביד מאחריות שילוחית למעשיהם. כדוגמה לסיווג מועסק שהמעסיק היה מחויב להעסיקו כעובד ראה דב"ע ל/3-9 ברני – נסים שנה, פד"ע א 113.

138 ראה פסקי-הדין הנוכחים בהערה 65 לעיל, והטקסט לידה.

139 ראה, למשל, תקנות העסקת נכי מלחמה, תשי"א-1951 (ק"ת 1090), שהוצאו מכוח חוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), תשי"ט-1949; סעיף 9 לחוק עבודת נשים, תשי"ד-1954 (ס"ח 154); סעיפים 1 ו-19 לחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957; in S. F. Raday, "Collective Dismissal", in S. Goldstein (ed.), *Israeli Reports to the Tenth International Congress of Comparative Law* (Jerusalem, 1978); פסק-דין בית שאן (לעיל, הערה 38), 71. לפי סעיף 11(א) להצעת חוק חוזה עבודה, החשמ"ה-1985, יוכל מעביד לסיים חוזה-עבודה שנערך לתקופה בלתי-קצובה רק "בשל סיבה מספקת".

140 עטיה (לעיל, הערה 19), 53-54.

141 השווה סעיף 14(א) לחוק השליחות, תשכ"ה-1965; סעיף 621 ל-BGB הגרמני.

142 ראה ג' טרסקי, "על זכות המזמין לפרוש מחוזה קבלנות או לשנותו" משפטים ה (תשל"ד) 738.

חובת הביצוע האישית. בכל המקרים שבהם לא הוסכם מראש אם למעסיק שמורה הזכות לסיים את ההתקשרות באופן חד-צדדי, השאלה אם זכות כזו קיימת תוכרע, בין היתר, לפי סיווגו של החוזה (ולא להיפך)¹⁴³. בחינה רטרואקטיבית של שימוש המעסיק בכוח זה אף היא איננה נקיה מקשיים, ומכל-מקום לא מצאנו בפסיקה מקרה שבו ניתן היה להסתמך על בחינה כזו¹⁴⁴.

ישנן שיטות-משפט, כמו המשפט העברי והמשפט האמריקני, שבהן מאפיינים את יחסי-העבודה בכך שהמועסק זכאי לסיים את ההתקשרות בכל עת מבלי שהדבר ייחשב כהפרת חוזה¹⁴⁵. בפסיקה הישראלית לא מצאנו היזקקות למאפיין זה ואין להניח, שאילו נזקקו לו היתה הפסיקה שונה או בהירה יותר¹⁴⁶. הקשיים שהצבענו עליהם באשר לכוחו של המעביד לפטר את העובד (הגבלות על הזכות מכוח הסכם או דין, לעומת קיום הזכות בחוזה-קבלנות לא-מעטים; ספק לגבי עצם קיומה של הזכות בהעדר הסכמה מפורשת וספקות לגבי משמעותה של הסכמה כזו וכו'), קיימים גם כאן.

8. כוונת הצדדים והתיאור החוזי

אחד הפסוקים המצוטטים ביותר בפסיקת בתי-הדין לעבודה ובספרות של דיני-העבודה בישראל לקוח מתוך פסק-דין עיריית נתניה: "[...] היותו של אדם 'עובד', הוא, לעניין אותן הזכויות והחובות שהחוק מקנה ושאינו לוותר עליהן או להתנות עליהן, דבר הקרוי 'סטטוס', 'רסטטוס' אין יוצרים בהסכם ואין מבטלים בהסכם [...]".¹⁴⁷ ככל שהשתמע מניסוח זה שמעמד משפטי אינו יכול להיווצר בהסכם אלא רק באקט חקיקתי, שיפוטי או מנהלי – הרי בית-הדין הבהיר בפסק-דין מאוחר יותר שלא לכך הכוונה וכי גם ה"סטטוס" של עובד מקורו בהתקשרות רצונית¹⁴⁸. למרות הבהרה זו, הפסיקה והספרות מרמזות על כך שההלכה בדבר

143 ואם מצויה בחוזה הסכמה מפורשת לעניין זה, ניתן לטעון שהיא לא באה אלא כדי להפוך את המצב המשפטי שהיה מתקיים אלמלא אותה הסכמה (הענקת הזכות בחוזה קבלנות, או שלילתה למרות שמדובר בחוזה עבודה).

144 בעניין עובד קבילי (לעיל, הערה 135, 1408), פסקו, כי אין להתחשב בכוח הפיטורין של המעסיק כל עוד כוח זה לא הופעל. ניתן לחלוק על קביעה זו, אך מכל-מקום פסק-הדין מתיישב עם ההשערה, שלפיה הצורך לטונג התקשרות בין מעסיק למועסק מתעורר כאשר התקשרות כזו קיימת, ולא לאחר שהיא הופסקה. אם הסוגיה עולה אגב עצם הפסקת ההתקשרות, קיומו של הכוח להפסיק את ההתקשרות עשוי להיות שנוי במחלוקת, ואז הוא לא יוכל לשמש ראיה לעניין הסיווג.

145 על המשפט האמריקני (בקשר להנחיות של רשויות-המס), ראה קמי הולץ (לעיל, הערה 98), שם; מורגן וגולדברג (לעיל, הערה 123), 459. באותה רוח ראה סעיף 11(ב) להצעת חוק חוזה עבודה, התשמ"ה-1985. בבג"צ 566/76 "אלקו" נ' בית הדין הארצי לעבודה (פ"ד לא(2) 197, 210) תיאר הנשיא שמגר את זכות ההתפטרות של עובדים כאחת "מחוזיות היסוד של הפרט". על עמדת המשפט העברי בעניין זה, ראה ורהפטיג (לעיל, הערה 23), 68-70; פסק-דין אגרשביץ (לעיל, הערה 19), 8-12. ליפשיץ (לעיל, הערה 15) מציין שחירות העובד להפסיק את עבודתו בכל עת נבעה דווקא מהאופי הקנייני של זכות המעביד במשפט העברי, בעוד שראיית הקשר בין העובד למעבידו כקשר אובליגטורי מאפשרת לשלול חירות זו.

146 המחקר של סטיבארט וקרמר ((לעיל, הערה 39), 749, הערה 18) מצביע על שוליותו של קריטריון זה גם בפסיקה האמריקנית בענייני מסים.

147 פסק-דין עיריית נתניה (לעיל, הערה 13), 190.

148 פסק-דין גינזבורג (לעיל, הערה 13), 158.

מקומו (המוגבל) של החוזה לעניין סיווג היחסים נובעת מאופיים המיוחד של יחסי העבודה כמעמד שמקורו בדיני העבודה. לנו נדמה, שאין הבדל מהותי בין הכללים לגבי סיווג חוזים בדרך-כלל ובין ההלכות בעניין סיווג מעמדו של מועסק. כאשר בוחנים את נפקות ההסכם לעניין סיווג היחסים, יש להבחין בין שלושה דברים שונים: האחד הוא הכינוי או התיאור החיצוני שהצדדים נתנו ליחסים ביניהם. השני הוא כוונת הצדדים לגבי הסיווג (בהנחה שהיתה להם כוונה משותפת). לא תמיד ישנה זהות בין הכינוי החיצוני לכוונה האמיתית של הצדדים. למשל: הצדדים עשויים לכנות את היחסים ביניהם כיחסי מזמין-קבלן, בעוד שלמעשה שניהם מתכוונים ליצור יחסי-עבודה. הדבר השלישי הוא תוכן הזכויות והחובות כפי שנקבעו בחוזה. התוכן שהצדדים יוצקים למעשה לחוזה שביניהם עשוי להיות זהה או שונה מהכינוי שהעניקו להתקשרות ועשוי להיות זהה או שונה מהכוונה שהיתה להם בעניין הסיווג. לדוגמה: הצדדים יכולים לכנות את החוזה שביניהם "חוזה-קבלנות" ואף להתכוון באמת ובתמים להימנע מיצירת זיקה של עובד-מעביד, אך בחינה אובייקטיבית של מערך הזכויות והחובות שלהם מלמד כי לפי תוכנו, החוזה הוא חוזה-עבודה. לא תמיד מבחינים בין שלושת הדברים משום שכאשר נדרשת הכרעה בין שני סוגי חוזים, ישנה התאמה לפחות בין שניים מתוך השלושה.

הכלל הרגיל לעניין סיווג חוזים הוא, שאין לייחס משקל רב לכינוי או לתיאור שנתנו הצדדים לקשר ביניהם, ובכל מקרה יש להעדיף סיווג ההולם את התוכן שהם יצקו לחוזה למעשה¹⁴⁹. אותו כלל חל בסוגיה של קבלן-עובד¹⁵⁰. אשר לכוונת הצדדים לגבי הסיווג, אף היא נתון רלבנטי, אך כלי-אימת שמדובר בהוראות קוגנטיות העשויות לחול על ההסכם, אין להתחשב בכוונה זו במידה שהיא סותרת את תוכן החוזה. אלמלא כן, לא היתה דרך פשוטה יותר לעקיפת ההוראות הכופות מאשר הסכמה על סיווג שונה להסכם¹⁵¹. מאחר שבדיני-העבודה מדובר בדרך-כלל

149 ראה, למשל, בג"צ 187/77 קופטש ג' שר הפנים, פ"ד לב(1) 309, 316, 319; ג' טרסקי, "חליפין בתשלום משלים" משפטים ט (תשל"ט) 311, 315.

150 פסק-דין סבאג (לעיל, הערה 42); בג"צ 115/77 הסתדרות מכבי ג' בית הדין לעבודה, פ"ד לב(1) 214, 219; פסק-דין עיריית נתניה (לעיל, הערה 13), 190; דב"ע לב/3-43 הלפרין — "הרסה", פד"ע ד 281, 290; תב"ע לד/3-80 בן-עמי — שופין, פד"ע ו, קה, קר; פסק-דין גינזבורג (לעיל, הערה 13), 157-158; פסק-דין רייסמן (לעיל, הערה 53), 135; תב"ע מא/2-99 אלג'מאל — אליו, פד"ע יג, קסט; דב"ע מב/3-71 חברת השמירה — עובדיה, פד"ע יד 218, 220; פסק-דין ולטנר (לעיל, הערה 54), 90; דב"ע תשנ/2-11 לוי — חברת מלונות שלום, פד"ע כב 285, 289; עמ"ה (ת"א) 378/67 דוברבני ג' פקיד השומה, פד"א א 302; עטיה (לעיל, הערה 19), 67-68.

לעתים נאמר כי גם אם התיאור החוזי אינו מכריע, הרי הוא יוצר חזקה לגבי סיווג היחסים, ונטל השכנוע מוטל על הצד המבקש לסתור חזקה זו. ראה, למשל, פסק-הדין בעניין שמן (לעיל, הערה 31), 80; גינזבורג (לעיל, הערה 13), 160; יציב (לעיל, הערה 54), קיא; רייסמן (לעיל, הערה 53), 134-135. קשה לרדת באיוו מידה יש להלכה זו נפקות מעשית, ובכל מקרה היא איננה רצויה. על-פירוב, למעסיק יש השפעה רבה יותר על התיאור החוזי, והוא גם זה שבדרך-כלל מבקש להסתמך על התיאור החוזי בנוסחתו להוכיח שלא נתקיימו יחסי-עבודה. אם דיני-העבודה מגלים לחלק מחדש את הכוחות בין הצדדים, הרי הלכה זו מקלה על המעביד לעקוף דינים אלה כליל.

151 ראה טרסקי (לעיל, הערה 149). השווה גם ג' טרסקי, "מחנה לצרכן" משפטים יט (תש"ן) 243; ד' גליקסברג, גבולות תכנון המס (ירושלים, תש"ן), פרקים שלישי ורביעי; סעיף 2(ב) לחוק המשכון;

בהוראות כופות, יחול כלל רגיל זה¹⁵². לענין זה אין נפקא מינה אם הצדדים ביטאו את כוונתם (הסותרת את מהות העסקה למעשה, כפי שהיא נקבעת לפי מכלול הנסיבות, האינדיקציות והשיקולים) באמצעות הכינוי שהעניקו לעסקה, באמצעות תנייה מפורשת הקובעת שלא יהיו בין הצדדים יחסי עובד-מעביד או בכל דרך אחרת¹⁵³. אם על יחסי העבודה חלים כללים דיספוזיטיביים, לצורך אותם כללים יש חשיבות רבה לכוונת הצדדים, אף כאשר היא משתמעת מהסיווג שהתכוונו לתת לחוזה¹⁵⁴.

9. הנאה מזכויות סוציאליות הניתנות לעובדים

מעבר להתקשרות החוזית ישנן חובות המוטלות על מעבידים מכוח חוק, נוהג או הסכמים קיבוציים. בין היתר ישנן הגבלות על השעות והימים שבהם ניתן להעסיק

¹⁵² י' ויסמן, חוק המשכון, תשכ"ז-1967 (ירושלים, תשל"ה, במסגרת הפירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טרסקין) 188, עמ' 70-75; פסק-דין עיריית נתניה (לעיל, הערה 13), 190; דב"ע מו/178-3 עמנואל יהודה — המועצה המקומית קריית מלאכי, פד"ע יט 176, 179; פסק-דין רוכמן (לעיל, הערה 45), ע'; פסק-דין נקש (לעיל, הערה 53), 183; מירוני (לעיל, הערה 11), 510-509; רדאי (לעיל, הערה 15), 192-193. שיטות משפט אחרות אינן כה נחרצות בהמעטת חשיבותה של כוונת הצדדים. למשל: סעיף (i)(2)220 לרסטייטמנט השני על שליחות קובע, כי אמונת הצדדים לגבי טיב ההתקשרות היא אחד הנתונים החשובים לצורך הסיווג (אגב האחריות השליחתית בנויקין), ואף ברוקס (לעיל, הערה 39), 27-29 וסקאטס (לעיל, הערה 39, 28-29) רואים בכוונה המפורשת של הצדדים אחד המבחנים. גם בישראל ישנם גוונים שונים לניסוחים בדבר מעמד של הכינוי החוזי וכוונת הצדדים לענין הסיווג ולכן לא אמרנו שהכינוי והכוונה אינם רלבנטיים, אלא רק שבמקרה של סתירה בינם ובין תוכן החיובים והזכויות של הצדדים, התוכן הוא המכריע. בין פסקי-הדין שבהם הודגשה החשיבות של כוונת הצדדים המוצהרת ניתן למנות את פסק-דין שזמן (לעיל, הערה 31); דב"ע מו/2-3 לוי — צרפתי, פד"ע יז 240, 243 (הכרעה בין עובד לשותף); פסק-דין המרפאה לריפוי שיניים (לעיל, הערה 49), 127 (היעדרה של הצהרה על אי-קיום יחסי-עבודה נלקחה כחשבון כראיה לקיום יחסים כאלה, בשל קיומה של הצהרה כזו בהתקשרות עם אנשים אחרים). כפי שניתן לשער, במקרים אלה התיישבה הכוונה המוצהרת של הצדדים עם הסיווג שביקשו לתת לעסקה. הדבר בולט בעניין שמן, שבו כיתה-המשפט העליון ובית-הדין האזורי לעבודה הדגישו גורם זה (שהחיישב עם מסקנתם כי מדובר בקבלנות); בעוד שבית-הדין הארצי התעלם ממנו (שכן הכוונה המוצהרת סתרה את מסקנתו שנתקיימו יחסי-עבודה). ראה פסק-דין וולף (לעיל, הערה 54).

¹⁵³ ראה פסק-דין הסתדרות מכבי (לעיל, הערה 150), שם; פסק-דין אקר (לעיל, הערה 38), 206; פסק-דין גינובורג (לעיל, הערה 13), 157-158. ראה גם פסק-דין רוכמן (לעיל, הערה 45), ע'; פסק-דין חברת השמירה (לעיל, הערה 150), שם; דב"ע מו/143-3 דפוס אבוקה — יפה, פד"ע יט 191; עמ"ה (ת"א) 138/71 "מנאתר" נ' פקיד השומה, פד"א א 194, 195; ווייס (לעיל, הערה 25), 73 (לפי פסקת בתי המשפט בגרמניה).

¹⁵⁴ עניין נוסף המתקשר לכוונת הצדדים ולאופן שבו הם ראו את ההתקשרות ביניהם הוא הנוהג הקיים לגבי סיווג התקשרויות מאותו סוג. ראה תב"ע לא/942-3 נוה — גילעם, פד"ע ה יג, טו; פסק-דין ולד (לעיל, הערה 7), 286-287; פסק-דין רוכמן (לעיל, הערה 45), ע'; פסק-דין רוזנר (לעיל, הערה 53) (ניתוח התבניות השונות שהתגבשו להעסקת סוכנים ומפיצים, כבסיס לניתוח המקרה הספציפי). השווה גם הערה i לסעיף 220 לרסטייטמנט השני על שליחות; מורגן וגולדברג (לעיל, הערה 123), 454.

עובדים; עובדים זכאים לחופשה שנתית בתשלום; ולעתים קרובות הם נהנים מהטבות נוספות, כמו תשורות לחג או הנחות על שירותים שהמעביד מספק לציבור¹⁵⁵. קיום חיובים אלה מעיד, שהצדדים ראו את ההתקשרות ביניהם כיחסי-עבודה, בעוד שאי-קיומם עשוי להעיד על ראיית ההתקשרות כחזה-קבלנות¹⁵⁶. מכאן, שעיקר החשיבות של מאפיינים אלה נעוצה בכך שהם מעידים על האופן שבו הצדדים עצמם ראו את הקשר ביניהם¹⁵⁷. מבחינה זו ישנו דמיון בין האינדיקציה הנדונה ובין כוונת הצדדים לגבי טיב ההתקשרות¹⁵⁸.

כמו אינדיקציות אחרות שהזכרנו, אף זו איננה נקיה מקשיים. בין היתר, משקלה מוגבל מאוד כאשר מדובר בהעסקה קצרה מאוד או ארעית. אשר להתקשרויות נמשכות, לעתים המעסיק מקיים רק חלק מהחובות המוטלות ברגיל על מעביד או מקיים אותן רק בחלק מתקופת ההעסקה, ואז קשה להסיק מסקנות מהתנהגותו הדרג-משמעות.

כאשר נזקקים לאינדיקציה הנדונה, יש לברר עד כמה התנהגותם של הצדדים בעניין זה או אחר (שעות עבודה ומנוחה, חופשה שנתית) אכן משקפת כוונה משותפת לגבי טיב היחסים; וגם אם מאתרים כוונה כזו, עדיין ייתכן שהיא אינה תואמת את מכלול הזכויות והחיובים ההדדיים, שלפיהם נקבעת מהות ההתקשרות. מידת השפעתם של הצדדים על קיום החובות הנדונות איננה שווה, ובדרך-כלל כוחו של המעסיק בעניין זה רב יותר. עצם הקביעה של חובות אלה בחוק מקורה בחשש שאלמלא הקביעה החוקית הכופה לא היה העובד זוכה באותן הטבות. על-כן, כאשר המעסיק מבקש להסתמך על כך שהמועסק לא נהנה מאותן זכויות כראיה להיעדרם של יחסי-עבודה, אין מייחסים לטענה זו משקל רב¹⁵⁹. הפרת חובה

155 ראה, למשל, חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951; חוק חופשה שנתית, תשי"א-1951; חוק הגנת השכר, תשי"ח-1958; פסק-דין עיריית נתניה (לעיל, הערה 13), 181-180 (תשורות לחג והנחה בשכר-הלימוד במוסדות-החינוך של העיריה).

156 בין פסקי-הדין שבהם הסתמכו על ראיה זו ניתן להזכיר את פסקי-דין סבאג (לעיל, הערה 42), 74 מ' ב"צ (לעיל, הערה 41), 403 רזכמן (לעיל, הערה 45). עא (בכולם אייציאה לחופשה שנתית העדיה על העדר יחסי-עבודה). ראה גם עטיה (לעיל, הערה 19), 76-66.

קשה לקשור בין האינדיקציה הנדונה למבחן השלישה, אך זיקתה למבחנים אחרים ברורה למדי. למשל: הנאה מזכויות סוציאליות של עובדים עשויה להצביע על השתלבות במפעל. כמ-כן, זכות העובד להיעדר מעבודתו בימי מחלה, א-כל, או להבדיל, בחופשתו השנתית, קשורה לשאלה אם עליו להעמיד מחליף במעמדים שבהם נבצר ממנו לבצע את מלאכתו (ראה לעיל, תת-פרק 3.ג).

157 השווה פסקי-דין ולנסי (לעיל, הערה 3), 326-325; רון שמואל (לעיל, הערה 19), 56; יציב (לעיל, הערה 54), קיא.

158 ראה לעיל, תת-פרק 8.ג. ניתן לומר שההנאה מזכויות סוציאליות היא ראיה פחות חזקה מאשר הסכמה חוזית מפורשת, שכן מדובר בהסקת מסקנה מעובדות פחות ישירות וחד-משמעיות. מנגד, אינדיקציה זו עדיפה על הסכמה מפורשת של הצדדים משתי בחינות: ראשית, מערכת-היחסים בין הצדדים עשויה להתפתח ולהשתנות במהלך הזמן. לכן התנהגויות נמשכות של הצדדים עשויות לשפוך אור רב יותר על יחסי הצדדים למעשה, מאשר הביטוי החד-פעמי של כוונתם ברצת החזה. שנית, לעתים קרובות החוזה בין הצדדים נערך מראש בידי המעסיק בכוונה מכוונת לבצר את מעמדו על-ידי שלילת תחולתם של דינים להגנת עובדים. אמנם, גם קיומן של חובות המוטלות על מעביד או אי-קיומן עשויים שלא להתיישב עם מהות ההתקשרות למעשה, אולם סתירה כזו קצת פחות מסתברת מאשר סתירה (מכוונת) בין מהות ההתקשרות להצהרה החוזית. התנהגות הצדדים לאורך זמן עשויה לשקף טוב יותר את כוונתם מאשר הכינור החוזי.

159 ראה, למשל, פסקי-דין אלקטרה (לעיל, הערה 32), 430. בין פסקי-הדין שלפיהם לא נהנה המועסק מהזכויות הסוציאליות הרגילות של עובד, ובכל זאת נחקלה טענתו שהיו בין הצדדים יחסי-עבודה,

חוקית אינה מובילה לאי־תחולתה של החובה¹⁶⁰. מתן משקל רב לראיה זו ימריץ מעבידים להפר את חובותיהם במטרה לשלול את המעמד של מועסקים כעובדים. עניין זה מוביל לחולשה נוספת של האינדיקציה הנדונה, והיא, שבמקרים רבים הזכויות הסוציאליות הנדונות הן הן העניין שלשמו דרושה ההכרעה בין קבלנות לעבודה. הסתמכות על כך שהמועסק לא נהנה מאותן זכויות היא, במקרה כזה, טיעון מעגלי¹⁶¹.

הניתוח דלעיל מלמד, שלא־ינדיקציה הנדונה יהיה משקל מירבי כאשר המועסק טוען לקיומם של יחסי עובד-מעביד ומסתמך על כך שבמהלך העסקתו הוא נהנה מחופשה שנתית ומזכויות סוציאליות אחרות. אולם עיון בפסיקה מגלה כי מקרים כאלה כמעט שאינם מגיעים להכרעה שיפוטית¹⁶². מסתבר שכאשר המעסיק מקיים את כל חובותיו כמעביד, הרי ממילא אין ספק אמיתי לגבי הגדרת היחסים. במקרים שהובאו בפני בתי־המשפט לא נהנה המועסק מזכויות סוציאליות של עובדים, כאשר במחציתם לערך נפסק שאכן לא היו יחסי־עבודה ובמחציתם נפסק שלמרות זאת היו יחסים כאלה.

10. מצג כלפי אנשים שלישיים, ובפרט כלפי רשויות־המס והמוסד לביטוח הלאומי

בתת־הפרק הקודם עמדנו על המשמעות של קיום החובות המוטלות בדרך־כלל על מעבידים כלפי עובדיהם או אי־קיומן. נוסף עליהן, מוטלות על מעבידים חובות כלפי גורמים שלישיים, כמו ניכוי מס־הכנסה משכרו של העובד ותשלום דמי ביטוח לאומי. לעומת זאת, מועסק שהוא קבלן חייב להסדיר את מעמדו כלפי רשויות־המס (לרבות מס־ערך־מוסף) וחייב בתשלום דמי ביטוח לאומי. מאחר

ניתן להזכיר את פסקי־הדין בעניין אלו (לעיל, הערה 78); אבא כהן (לעיל, הערה 53); גינובורג (לעיל, הערה 13), 161; יבין חקל (לעיל, הערה 22).

160 קשה לשער אי־שוויון גדול יותר בכוח המיקוח של הצדדים מאשר זה שהיה בעניין סבאג (לעיל, הערה 42). באותו עניין המעסיקה היתה מדינת ישראל, והמועסקת – "פועלת נקיון פשוטה, פרימיטיבית ואנאלפביתית". במשך למעלה מ־12 שנה הוחתמה המועסקת מדי חודש על טופס שבו "הצהירה" שהיא עובדת קבלנות ושהיא זו שתישא בתשלומים "לקרן ביטוח, לקרן ההשואה ולביטוח לאומי". המדינה הקפידה שלא להעניק לה חופשה שנתית, והיא גם לא תבעה דמי־חופשה. השופט ברנזון גינה "טכסיסים" אלה של המדינה, אך הצטרף לדעת חבריו כי "מבחינה משפטית טהורה" לא היו בין הצדדים יחסי־עבודה. התוצאה הפרדוקסלית היא, כי דווקא במקרים הקיצוניים ביותר של אי־שוויון בין מעסיק חזק, מתוחכם ועקיב, ובין מועסק כלתי־מתוחכם וחסר כוח־מיקוח, המעסיק מצליח לעקוף כליל את דיני־העבודה. עם זאת, יש לציין כי בפסקי־דין רבים, בפרט של בית־הדין לעבודה, הגישה הרווחת שונה למדי (ראה גם לעיל, תת־פרק 6.1, ולהלן, תת־פרק 6.2).

161 פסק־דין גינובורג (לעיל, הערה 13), 161.

162 בכל פסקי־הדין הנוכחים לעיל, בהערות 156 ו־157, נדונה האינדיקציה דנן בנסיבות שבהן המועסק לא נהנה מזכויות ומהטבות של עובד. לא מצאנו דוגמה הפוכה בפסיקה הישראלית. בע"א (ת"א) 169/59 הלאה וחסכון ראשון לציון נ' לוי (פס"מ כ"א 296) שילם המעסיק דמי ביטוח לאומי בעד המועסקת ונפסק שהיו בין השניים יחסי־עבודה. אולם מפסק־הדין משתמע, שעצם קיום יחסי־העבודה לא היה שוני במחלוקת ממשית.

שמעמדם של המעסיק והמועסק כלפי רשויות המס והמוסד לביטוח לאומי תלוי בטיב ההתקשרות, הרי שניתן להתחשב באותו מעמד כאחת הראיות לסיווג¹⁶³. כמו בעניין הזכויות הסוציאליות של העובד, אף האינדיקציה הנוכחית מבוססת על ההנחה שהתנהגות הצדדים כלפי הגורם השלישי מעידה על הדרך שבה הם ראו את ההתקשרות ביניהם. מכאן שהשיקולים שהצגנו בתת-הפרק הקודם שרירים בעיקרם גם כאן. גם כאן יש לברר תחילה עד כמה התנהגות הצדדים אכן מעידה על כוונה לגבי סיווג היחסים, עד כמה כוונה זו משותפת לשניהם ועד כמה כוונתם מתיישבת עם תוכן ההתקשרות למעשה. אין זה מפתיע אפוא, שהפסיקה מכילה כמעט את כל הווריאציות האפשריות: מועסקים שהופיעו כלפי רשויות המס והמוסד לביטוח לאומי כבעלי עסק עצמאי, ואכן נפסק שהיו כאלה¹⁶⁴; מועסקים שלמרות הופעתם (או הצגתם בידי המעסיק) כלפי הרשויות כקבלנים, נפסק שהיו עובדים¹⁶⁵; ומועסקים שנחשבו כעובדים לצורכי מס-הכנסה וביטוח לאומי, וכך גם נפסק לגביהם¹⁶⁶. כמו בעניין הזכויות הסוציאליות, אף כאן במרבית המקרים שהצריכו הכרעה שיפוטית לא קיים המעסיק את החובות המוטלות על מעביד, ובתי-המשפט נדרשו להחליט האם להתחשב בנתון זה ובאיו מידה.

קורידמיון נוספים בין הסוגיה הנדונה ובין עניין הזכויות הסוציאליות של עובדים הם הנטייה להדגיש את חולשת האינדיקציה הנדונה¹⁶⁷ והקושי המתעורר במקרים שבהם המעסיק מקיים חובות של מעביד רק בחלק מהתקופה¹⁶⁸. לעומת זאת, העובדה שמדובר בחובות כלפי גורם שלישי, ובפרט כלפי המדינה, מבדילה בין הסוגיות. בעוד שמועסק שהוא עובד מפסיד כתוצאה מאי-קיום חובות המעביד כלפיו, הרי שני הצדדים עשויים "להרוויח" מסיווג כוזב של היחסים ביניהם כלפי רשויות המס¹⁶⁹. קיים חשש, שאחד הצדדים יזום או יסכים למצג מסוים כלפי

163 ראה עטיה (לעיל, הערה 19), 68; ודרבין (לעיל, הערה 24), 112. הראיה הנדונה איננה מועילה כאשר המחלוקת נטושה על צמם תחולתן של החובות הנדונות, משום שאם הסתמכות על האינדיקציה הנדונה תוביל למצג-קסמים.

164 למשל: פסק-דין שטרזלר (לעיל, הערה 115); נה (לעיל, הערה 154); מושקוביץ (לעיל, הערה 38); רוכמן (לעיל, הערה 45), ע; יציב (לעיל, הערה 54); בוכריס (לעיל, הערה 54); אדר (לעיל, הערה 6).

165 למשל: פסק-דין עטיה (לעיל, הערה 42), 224; גלוב (לעיל, הערה 70); אבא כהן (לעיל, הערה 53); פירד הנהלת רכוש (לעיל, הערה 53), 112 (הסדר מיוחד בשל ריבוי מעבידים); גיטבורג (לעיל, הערה 13); רייסמן (לעיל, הערה 53); רוזנר (לעיל, הערה 53); ולטנר (לעיל, הערה 54), 90; נקש (לעיל, הערה 53), 183. ראה גם פסק-דין איגוד המפרטמים (לעיל, הערה 6), 156.

166 למשל: פסק-דין מיכאלי (לעיל, הערה 89), יז. ניכוי מס-הכנסה, תשלום דמי ביטוח לאומי וחשלושים לקופת-גמל העידו במקרה זה על יחס-עבודה. בית הדין קבע כי הצד המבקש לסתור את ההנחה העולה מהתנהגות הצדדים בעניין מס-הכנסה וביטוח לאומי – עליו נטל הראיה. ספק אם בית-הדין היה נוקט גישה זו אילו ההנחה שהיתה עולה מהתנהגות הצדדים בעניינים אלה היתה הפוכה.

167 ראה, למשל, פסק-דין אבא כהן (לעיל, הערה 53), 399; רייסמן (לעיל, הערה 53), 139; איגוד המפרטמים (לעיל, הערה 6), 156; פסק-דין אדר (לעיל, הערה 6), 63-64. לעומת זאת, ייתכנו נסיבות שבהן ראוי לייחס לראיה הנדונה משקל מיוחד, כפי שסברו שופטי-המיעוט בפסק-דין גלוב (לעיל, הערה 70), 249. באותו עניין, המועסק, שהיה רואה חשבון בהכשרתו ובעיסוקו, ביקש מהמעסיק שלא לנכות משכרו מס-הכנסה.

168 פסק-דין אבא כהן (לעיל, הערה 53); דב"ע לה/36-3 – כץ, פר"ע ו 333.

169 עמ"ה (ת"א) 143/64 בעלת סוכנות להפצת גז נ' פקיד שומה כפר סבא, קפ"ד ד(9), 3; עמ"ה (ת"א) 999/71 ברק נ' פקיד השומה, פד"א ו 64, 68; פסק-דין מנאטר (לעיל, הערה 153), 198-197.

רשויות-המס, ולאחר שימצה את היתרונות הכרוכים בכך, יבוא ויטען כי למעשה היחסים היו שונים כדי לזכות ביתרונות הכרוכים בסיווג האחר. במקרה כזה מדיניות ההגנה על עובדים מתנגשת עם מדיניות ההרתעה מפני השתמטות מתשלום מסים והרצון שלא לאפשר לחוטא לצאת נשכר¹⁷⁰. המעורבות של גורמים שלישיים אף עשויה לשפוך אור שונה על הנסיבות שבהן הוגדרו היחסים לצורכי מס¹⁷¹, ומוכן שיש להתחשב בקיום הגדרות מיוחדות של "עובד" או "קבלן" בחיקוקי המס או הביטוח הלאומי¹⁷².

11. חישוב השכר: זמן או תפוקה, סיכויי רווח והפסד, שיפוי על הוצאות

כנגד ביצוע המלאכה, החיוב המרכזי המוטל על המעסיק (בין מעביד ובין מזמין) הוא לשלם את השכר. כמעט כל מאפיין של התמורה הכספית, לרבות שיעורה וכינויה, נזכר בהקשר זה או אחר כראיה אפשרית לזיהוי החוזה¹⁷³.

אחת האנדיקציות היא אופן חישוב השכר: בעוד ששכרם של מרבית העובדים משולם לפי יחידות-זמן (שעות, ימים, חודשים), הרי בחוזי-קבלנות טיפוסיים (בנייה, הובלה, ייצוג משפטי בעריכת עסקה) מחושב השכר לפי מפתחות אחרים, ובפרט בזיקה להשלמת המלאכה או חלקים ממנה או לכמות התפוקה¹⁷⁴. הבדל זה מתקשר לקריטריונים אחרים, כמו בלעדיות העבודה במהלך ביצועה, הטלת משימות משתנות על המועסק, זמני הביצוע; ויש טוענים, אף השליטה על אופן ביצוע המלאכה¹⁷⁵. מרבית פסקי-הדין שהזכירו את הקריטריון הנדון עשו כן כדי

170 ראה וודרבן (לעיל, הערה 24), 114-115. ראה גם פסקי-דין ולנסי (לעיל, הערה 3), 325-326; בריק, שם.

171 ראה, למשל, פסקי-דין פירר הנהלת רכוש (לעיל, הערה 53), 112.

172 למשל: צו הביטוח הלאומי (סיווג מבוטחים וקביעת מעבידים), תשל"ב-1972.

173 על שיעור השכר כראיה לסיווג היחסים (בהנחה המשתמעת ששכרם של קבלנים גבוה יותר) ראה ברוקס (לעיל, הערה 39), 27; מקקן, מקארי וסאפירין (לעיל, הערה 4), 15. ייתכן שראיה זו קשורה לכך, שבחוזי-קבלנות עשוי השכר לכלול, נוסף על עבודת המועסק, גם מרכיבים רבים אחרים, אם המועסק אכן מספק מרכיבים כאלה. כמו כלים כבדים או חומרי-בניין, הרי שהיטוד המבחין נעוץ בהם, ולא דווקא בגובה השכר. כאשר מתמקדים בחמורה המשולמת בעד עצם עבודתו ומיומנותו של המועסק, הרי עובדים לא מעטים משתכרים יותר מקבלנים רבים. מקרה מיוחד שבו ייתכן קשר בין שיעור התמורה לסוג החוזה הוא זה שבו התמורה מחושבת כשיעור מסוים מהסכומים שהמועסק גובה מהלקוחות. כאשר האחוז הוא גבוה מאוד, זוהי ראיה אפשרית ל"עצמאות" של המועסק (פסקי-דין ולנסי (לעיל, הערה 54), 89). אשר לכינוי התמורה, אמנם מקובל לייחד את המונח "משכורת" לתמורה המשולמת לעובדים במועדים קבועים, אך מעבר לעמימות של השמות השונים, משקלם של הכינויים החוריים בענייננו מוגבל למדי ככל מקרה. ראה פסקי-דין גולדשטרם (לעיל, הערה 136), 224; פסקי-דין מלוות שלום (לעיל, הערה 150), שם.

174 השווה סעיף 220(2)(ג) לרסטייטמנט השני על שליחות; ציטי (לעיל, הערה 46), § 3867, עמ' 727; קני וחולן (לעיל, הערה 98), 663. הבחנה זו נחמכת מבחינה לשונית במשמעות היומיומית של הביטוי "עבודה בקבלנות", שמשמעותו תשלום לפי כמות התפוקה. אולם יש להיזהר בהסתמכות על ביטוי זה, משום שעל-פירוב הוא מתייחס ליחסי עבודה, וה"קבלנות" מתארת רק את אופן חישוב השכר. ראה פסקי-דין סבאג (לעיל, הערה 42), 72-73 (השופט לגדוי ראה ברברי המועסקת, שהעבודה היתה "קבלנית", משום הוראה בקיומו של חוזה-קבלנות; בעוד שהשופט כרנון עמד על משמעות הביטוי בשפה המדוברת); פסקי-דין ציון (לעיל, הערה 11), 249.

175 כאשר השכר מחושב לפי זמן, יש לצפות שהמועסק יקדיש את כל אותו הזמן לעבודה עבור מעסיקו. כוחו של המעסיק להטיל משימות משתנות מתיישב עם כך שהמועסק עומד לרשות המעסיק לתקופת-זמן

להרגיש שלא ניתן ללמוד ממנו דבר לעניין סיווג היחסים¹⁷⁶. אולם בחינה קרובה של הפסיקה מגלה, שאולי יש מקום להבחין בין תשלום לפי זמן ובין חישוב השכר לפי יחידות-תפוקה או באחוזים מתוך הפדיון או הרווחים. בעוד שתשלום לפי תפוקה, פדיון או רווחים אכן מתיישב במקרים רבים עם קיום יחסי-עבודה¹⁷⁷, הרי מעטים יותר המקרים שבהם שולם השכר לפי יחידות-זמן ולמרות זאת נפסק שמדובר בקבלנות¹⁷⁸. הבחנה זו בין המשקל שיש לייחס לצורות התשלום השונות עולה בקנה אחד גם עם נסיון של שיטות-משפט זרות¹⁷⁹. כמובן, במקרים לא-מעטים ניתן להסתייע באופן התשלום כדי לתמוך במסקנה שהיו יחסי עבודה (תשלום לפי זמן) או יחסי מומין-קבלן (תשלום לפי תוצר או באחוז מהרווח או מהפדיון)¹⁸⁰. כמו אבני-בוחן אחרות, אף אבן-בוחן זו נתקלת בקשיים במקרי-כיניים, ובענייננו

מסוימת, ולא עד להשלמתה של משימה כלשהי. כאשר השכר תלוי בהשלמת המלאכה או בכמות התפוקה, מבחינתו של המעסיק יש פחות חשיבות לשעות ולימים שבהם מתבצעת העבודה. סטיוארט וקרמר (לעיל, הערה 39), 752 מיישבים את המאפיין הנדון עם רעיון השליטה בנימוק שאם שכרו של העובד אינו תלוי בתפוקה שלו, דרוש פיקוח הדוק יותר על עבודתו. אף בפסק-דין מנארת (לעיל, הערה 153) קשרו את אופן התשלום למבחן השליטה.

176 ראה, למשל, פסק-דין אגושביץ (לעיל, הערה 19), 9 ו-13; ע"א 426/63 המוסד לביטוח לאומי נ' יונגר, פ"ד יח(2), 299, 302; פסק-דין ינאי הערה 37 לעיל, 504; פסק-דין יבין חקל (לעיל, הערה 22), 128; פסק-דין קלוטן (לעיל, הערה 14), 388. גם במשפט הצרפתי נוטים להמעיט מחשיבותו של קריטריון זה. ראה דלח (לעיל, הערה 26), פסקה 4, עמ' 3.

177 בין המקרים שבהם שולם השכר לא לפי יחידות-זמן, ובכל-זאת נפסק שנחקיימו בין הצדדים יחסי עבודה, ניתן למנות את פסק-דין אבא כהן (לעיל, הערה 53), 399; פסק-דין אדמון (לעיל, הערה 69), 174; פסק-דין מסג' (לעיל, הערה 132); פסק-דין נירמן (לעיל, הערה 168), 335; פסק-דין גיסון (לעיל, הערה 10) (לעניין מעמדו של מנהל ובעל-מניות בחברה, שהיה גם עובד); תב"ע לה/0-57 נפתלי – המוסד לביטוח לאומי, פ"ד ז לה; פסק-דין ציון (לעיל, הערה 11) (הורגש ש"שכר קבלני" מאפיין עובדים ומניינים); פסק-דין אולו (לעיל, הערה 67), 89; פסק-דין וולף (לעיל, הערה 54), 321 (ביחידה-משפט הגבוה לצדק ביטל את פסק-הדין, ובין היתר הסתמך על הצורה שבה נקבעה הכנסתו של הסוכן: פסק-דין שמן (לעיל, הערה 31), 82-83; פסק דין רוזנר (לעיל, הערה 53), 124-125; פסק-דין ברוך כהן (לעיל, הערה 56), 419; פסק-דין דובדבני (לעיל, הערה 150); עמ"ה (ת"א) 858/72 שפירי נ' פקיד השומה, פד"א ז 151, 153; פסק-דין קלוטן (לעיל, הערה 14). אף המחוקק מכיר בכך שעובדים עשויים לקבל את שכרם לפי תפוקה. ראה, למשל, סעיף 17(א) לחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, וסעיף 10 לחוק הגנת השכר, תשי"ח-1958. הוא-הדין בסעיף 2099 לקודקס האזרחי האיטלקי.

178 ראה, למשל, פסק-דין היימן (לעיל, הערה 37); מ' ב"צ (לעיל, הערה 41); אדר (לעיל, הערה 6). אף בעניין יציב (לעיל, הערה 54) נפסק, שמועסק שקיבל שכר יומי היה קבלן, אם כי ביהמ"שפט ציין שעובדה זו דווקא עומדת בסתירה למסקנתו הסופית (שם, ק').

179 ראה משפט העבודה באוסטרליה (לעיל, הערה 36), 26; עטיה (לעיל, הערה 19), 58. לפי מחקר-השוואתי ברבר מעמדם של סוכני-מכירות (שתוצאותיו הובאו בפסק-דין רוזנר (לעיל, הערה 53), 117-120) בצרפת ובשווייץ, אם שכרו של הסוכן משתלם באחוז מהמכירות, הדבר מתיישב הן עם קבלנות הן עם עבודה; אולם תשלום שאינו תלוי בהיקף המכירות מקים חזקה שמדובר ביחסי עבודה (שם, בעמ' 119).

180 כך, למשל, בפסק-דין מיכאלי (לעיל, הערה 89, יז) הסתייעו בראיה הנדונה כדי לתמוך במסקנה שהיו יחסי עבודה. בין המקרים שבהם תמכה צורת התשלום במסקנה שהמועסק היה קבלן ניתן למנות את פסק-דין נוה (לעיל, הערה 154); שמן (לעיל, הערה 31); ולנסי (לעיל, הערה 3); אגודה צרכנית שיתופית (לעיל, הערה 53); אגושביץ (לעיל, הערה 19); סבאג (לעיל, הערה 42).

אלו המקרים שבהם התשלום מתושב כחלקו לפי יחידות-זמן, ובחלקו – לפי תפוקה¹⁸¹.

אינדיקציות נוספות הקשורות לחישוב השכר הן שיפוי המועסק על הוצאות שהוציא לצורך עבודתו וקיומם של סיכויי רווח וסיכוני הפסד למועסק או היעדרם. לעתים דנים בשני מאפיינים אלה בנפרד, אולם במידה רבה אלה שני פנים של אותה מטבע¹⁸². העובד הטיפוסי אינו חייב לשאת בהוצאות כלשהן לשם ביצוע העבודה (להוציא ההגעה אליה), ואם נשא בהן, הוא זכאי לשיפוי מהמעביד¹⁸³. כתוצאה מכך, העובד אדיש בדרך-כלל לסיכון שההוצאות הכרוכות בביצוע העבודה יעלו על הרווחים ממנה, אך גם אינו זכאי להשתתפות ברווחי המפעל. לעומת זאת, הקבלן הטיפוסי נושא בכל הוצאותיו, ואם אכן הוא מצליח להפחיתן, הרי (אם שכרו נקבע ללא תלות בהוצאות) הוא מגדיל את רווחיו.

בהתאם לכך נפסק, ששיפוי המועסק על הוצאותיו מעיד על יחס-עבודה, בעוד שנשיאת המועסק בהוצאות היא ראיה לקבלנות¹⁸⁴. העדר רווח או הפסד תפעוליים התיישב עם חוזה-עבודה¹⁸⁵, בעוד שנשיאה בסיכוני הפסד והנאה מסיכויי רווח הצביעו לכיוון קבלנות¹⁸⁶. קריטריונים אלה קשורים קשר הדוק לצורת חישוב השכר, לפן השלילי של מבחן ההשתלבות, להספקת כלים בידי המועסק ולעניין התלות הכלכלית¹⁸⁷.

181 ראה, למשל, פסק-דין ברומבר (לעיל, הערה 65); פסק-דין אגודה צרכנית שיתופית (לעיל, הערה 53); פסק-דין ברוך בהן (לעיל, הערה 56).

182 לדיון נפרד ראה סטיוארט וקרמר (לעיל, הערה 39), 752; שמירט (לעיל, הערה 21), 58; אוסף בינלאומי של פסק-דין בדיני-עבודה (לעיל, הערה 91). לדיון משותף בשני העניינים ראה פסק-דין אגודה צרכנית שיתופית (לעיל, הערה 53), 148; איתן שמיר (לעיל, הערה 54), 428; מושקוביץ (לעיל, הערה 38), 83. על זכות העובד לשיפוי על הוצאותיו ראה צייטי (לעיל, הערה 46), § 3940, צמ' 790; ברוקס (לעיל, הערה 39), 62-64; וויליסטון (לעיל, הערה 24), § 1012B, צמ' 31-32; סעיף 7(ג) להצעת חוק חוזה עבודה, תשכ"ח-1968.

184 ראה פסק-דין אלקטרה (לעיל, הערה 32), 430-431; רוזנר (לעיל, הערה 53); פסטרנק (לעיל, הערה 63); ולנסי (לעיל, הערה 3), 325; שמן (לעיל, הערה 31), 82; אגודה צרכנית שיתופית (לעיל, הערה 53), 148; רוכמן (לעיל, הערה 45), ע' יציק (לעיל, הערה 54); ברקי (לעיל, הערה 169), 67-68. מאפיין זה החקיקים באין-ספור פסק-דין שבהם נדונו עיטוקים כמו חצרות, עבודות-ניקיון, הודאה והדרכה, שטיפת מכונות, עיצוב חלונות-ראווה ועוד. במקרים אלה כמעט אף פעם אין מסתמכים מפורשות על מאפיין זה, אולי משום שסיכויי רווח והפסד של המועסק הם תכונה הנעדרת מההתקשרות. מקרה חריג, שבו הסתמכו על המאפיין הנדון כסיוע למסקנה שהי יחס-עבודה, הוא פסק-דין סעיד (לעיל, הערה 53), 276.

186 פסק-דין שמן (לעיל, הערה 31), 83; מושקוביץ (לעיל, הערה 38), 83; ולטנר (לעיל, הערה 54), 89. מריס (לעיל, הערה 14) רואה בסיכויי הרווח את הקריטריון החשוב ביותר להבחנה בין עובד לקבלן. נקודת-ראות זו הולמת במיוחד חוקים להגנת עובדים ויש לה קשר אמיץ לנושא התלות הכלכלית, שבו נדון להלן, בתת-פרק 16.2.

187 חישוב השכר לפי תפוקה משמעו, שלמועסק ניתנת האפשרות להגביר את רווחיו, אך גם חושפת אותו לסיכון של פחיתת שכרו בשל ירידה בתפוקה מסיבה כלשהי. לכריכת נושא ההוצאות והרווחים בפן השלילי של מבחן ההשתלבות ראה, למשל, פסק-דין איתן שמיר (לעיל, הערה 54), 428; סעיד (לעיל, הערה 53), 276; נקש (לעיל, הערה 53), 184. ההוצאות שבהן מדובר הן במקרים רבים אלו הכרוכות ברכישה ובאחזקה של הכלים המשמשים את המועסק בביצוע מלאכתו, ומכאן הדיקה לעניין זה (ראה גם להלן, תת-פרק 15.2). סיכויי רווח משמעותיים של המועסק אינם מחייבים עם תלות כלכלית במעסק (על מבחן זה ראה להלן, תת-פרק 16.2). לבטוף, יש הקושרים בין שיפוי המועסק על הוצאותיו לבין שליטת המועסק על אופן ביצוע המלאכה, בנימוק שהדבר מעניק למעסיק יתר שליטה על פעולותיו

אולם כל מה שאמרנו על "העובד הטיפוסי" ועל "הקבלן הטיפוסי" נכון רק בחלק מהמקרים. אי-תלות בין מידת הצלחתו של המפעל ובין שכר העובדים פוגעת בתמריץ שלהם להגביר את יעילותם, ולכן יש למעביד עניין לקשור בין השניים על-ידי החליית השכר או חלק ממנו ברמת התפוקה של העובד או של המפעל בכלל¹⁸⁸. לעומת זאת, הטלת כל סיכויי הרווח וההפסד על שכר הקבלן, תוך התעלמות מההוצאות שיהיו לו למעשה בביצוע המלאכה, עשויה לייקר את המלאכה. אפילו מתעלמים מהגורם של שגאת סיכון, על התמורה שידרוש הקבלן לשקף את הסיכון של עליות, לרבות עליות חריגות ובלתי-מסתברות, בעלות המלאכה. אם מוסיפים לכך את שגאת הסיכון, הרי שעל השכר לכלול גם מרכיב של מעין ביטוח; במיוחד אם המזמין הוא מפזר-סיכון טוב יותר, ובמיוחד כאשר מדובר בסיכונים שלגביהם אין לקבלן יתרון משמעותי מבחינת האפשרות לצפות אותם או למונעם — עשויים הצדדים להעביר אל המזמין את סיכויי הרווח וההפסד, כולם או מקצתם. הדבר יכול להיעשות, למשל, בשיטה של cost-plus, שבה מקבל הקבלן שכר לפי הוצאותיו, בתוספת רווח ששיעורו נקבע מראש. על-כן אין זה מפתיע, שבמקרים מסוימים נשיאת המועסק בהוצאותיו (או חלק מהן) מתיישבת עם היותו עובד¹⁸⁹, בעוד שהשתתפות המעסיק בהוצאות המועסק אינה הופכת את האחרון לעובד¹⁹⁰. כוחם של הקריטריונים הנדונים מוגבל גם במקרי-ביניים שבהם המעסיק נושא רק בחלק מההוצאות המועסק¹⁹¹. או ששכרו של המועסק תלוי רק חלקית בתפוקתו.

12. התמשכות הקשר בין הצדדים

יחסי-עבודה עשויים להימשך תקופות ארוכות, עד כדי עשרות שנים. לעומת זאת, חוזי-קבלנות מוגבלים יותר בתקופותיהם. חוזי-קבלנות נערכים על-פי-רוב למשימה או לסדרת משימות מוגדרת או לתקופת-זמן קצובה מראש (שניתן להאריכה), בעוד שהעסקת עובדים נעשית, במקרים רבים, לתקופה שאינה קצובה מראש. התקשרות ארוכה היא אפוא אינדיקציה לקיומם של יחסי-עבודה, בעוד שהתקשרות קצרה, לתכלית מוגדרת, מצביעה על חוזה-קבלנות¹⁹². יש המנסים לקשור בין נתון זה ובין

ותגועותיו של המועסק (סטיוארט וקרמר (לעיל, הערה 39), 752).

188 על שיטות שונות ליצירת תמריצים להגברת התפוקה ראה R.G. Ehrenberg & R.S. Smith, *Modern Labor Economics* (Glenview, 2d ed., 1985) 333-355.

189 ראה, למשל, פסק-דין גינזבורג והרשליקוביץ (לעיל, הערות 13 ו-54).

190 פסק-דין מושקוביץ (לעיל, הערה 38), 83. בהתקשרויות בין עורכי-דין ללקוחותיהם מקובל שהלקוח (המזמין) משלם בעד ההוצאות הישירות הכרוכות בטיפול בעניינו.

191 כפי שהיה בפסק-דין שמחייב (לעיל, הערה 54) (שם נפסק שהמוביל לא היה עובד) ובפסק-דין הרשליקוביץ (לעיל, הערה 54) (שם נשאו העובדים בהוצאות הרכב, למעט מקרים שבהם נעשתה עבודתם מחוץ לעיר).

192 על כך שהתקשרות נמשכת עשויה להצביע על קיום יחסי עבודה ראה פסק-דין עיריית נתניה (לעיל, הערה 13), 190 (התמשכות הקשר מצביעה על השתלבות המעידה על יחסי עבודה); פסק-דין רחנר (לעיל, הערה 53), 119-118; סעיף 220(2) לרסטיטוט השני על שליחות; עטיה (לעיל, הערה 19), 67; סטיוארט וקרמר (לעיל, הערה 39), 751-750 (לפי מחקרם זהו אחד מארבעת הקריטריונים בעלי כוח ההבחנה הגבוה ביותר בפסיקה בריני מיסים). על כך שהתקשרות קצרה או ארעית מעידה על חוזה

שליטתו של המעסיק על אופן ביצוע המלאכה¹⁹³, אך דומה כי הוא מתקשר טוב יותר לרעיון ההשתלבות ובעיקר לתלות הכלכלית הנוצרת בהתקשרויות ארוכות מאוד¹⁹⁴. תלות כזו חשובה בהקשר של חוקים המבקשים לשנות את יחסי-הכוחות בין עובד למעביד ולשפר את מעמדם הכלכלי והחברתי של עובדים. כל אחת משתי ההנחות הלעיל נסתרת במקרים רבים. עובדים זמניים נשכרים לפרק-זמן קצרים של ימים או אף שעות¹⁹⁵, ובמקרים רבים הם זקוקים להגנת החוק אף יותר מעובדים קבועים במקומות-עבודה מאורגנים. מנגד, בחוזי-קבלנות רבים נוצרת מערכת-יחסים ארוכה בין הצדדים, העשויה להימשך שנים רבות¹⁹⁶. התמשכות היחסים בין הצדדים היא אפוא נתון נוסף שיש להתחשב בו, ומשקלו משתנה כנסיבות עובדתיות שונות ובהקשרים משפטיים שונים¹⁹⁷.

קבלנות ראה פסק-דין שטרובלר (לעיל, הערה 115) (חוסר-רציפות מעיד על קבלנות); רזנר, שם (על מעמדם של סוכנים ומפיצים "לעת מצוא" בשיטות-משפט זרות); ההסתדרות הרפואית (לעיל, הערה 53). סיימון (לעיל, הערה 24, 573) מצטט הגדרה חקוקה, שלפיה אדם לא ייחשב עובד אם השירותים שהוא נותן הם "in the nature of a single transaction not part of a continuing relationship with the employing unit". ראה גם *International Labour Law Reports* (Dordrecht, 1989) VII, 40-44. (פסק-דין איטלקי על בעלי-אופנועים המועסקים מדי פעם כשליחים); אוסף בינלאומי של פסק-דין ביני-עבודה (לעיל, הערה 91) (במשפט השכיר).

193 ראה הערה J לסעיף 220 של הרסטיטוט השני על שליחות.
194 על התמשכות הקשר ומבחן ההשתלבות ראה פסק-דין עיריית נתניה (לעיל, הערה 13), 190. על התלות הכלכלית הכרוכה ביחסים ממושכים ראה פסק-דין אגודה צרכנית שיתופית (לעיל, הערה 53) (שם פסקו כי הגם שנוצרה תלות כלכלית כזו, לא היה מדובר ביחסי-עבודה). על מבחני ההשתלבות והתלות ראה לעיל, תת-פרק 2.2; ולהלן, תת-פרק 16.1. לשיטתנו אין משמעות רבה לניסיון כזה או אחר לשלב את אמות-המידה השונות במסגרת מבחני-על כלשהם.

195 ראה פסק-דין ישראלי (לעיל, הערה 98), ענ; פסק-דין ציון (לעיל, הערה 11), 249; פסק-דין טייטל (לעיל, הערה 88), 240; פסק-דין ברוימבר (לעיל, הערה 65), 180-181; עטיה (לעיל, הערה 19), 67.
196 למשל, בפסק-דין היימן (לעיל, הערה 37) נפסק שלא נוצרו יחסי-עבודה למרות שהקשר בין הצדדים נמשך 24 שנים. ראה גם פסק-דין יציב (לעיל, הערה 54) (18 שנה); פסק-דין סבאג (לעיל, הערה 42) (עובדת נקיון שהועסקה במשך כ-13 שנים נחשבה כקבלנית); פסק-דין ישראלי (לעיל, הערה 98), ענ; פסק-דין אגודה צרכנית שיתופית (לעיל, הערה 53) (קרוב ל-11 שנים); פסק-דין רשות השידור (לעיל, הערה 53) (שש וחצי שנים); עטיה (לעיל, הערה 19), 67.

197 בעיה מיוחדת מתעוררת כאשר במשך תקופה ארוכה מתקשר המעסיק עם המועסק לביצוע משימות שפרק-הזמן של כל אחת מהן קצר: מלחים הנשכרים לכל הפלגה בנפרד, מאיינים המועסקים כל-אימת שהמעסיק נזקק להם לביצוע סקר וכדומה. בדרך-כלל המועסקים מבקשים להתייחס אל מערכת היחסים כיחידה אחת כדי לזכות במעמד של עובדים גם בתקופות שבין המשימות היחידות, ובהטכות הקשורות לוותק בעבודה. מצד אחד, ניתן לומר שאין זה קשר רצוף ומתמשך כמקובל ביחסי-עבודה, ולכן יש לראות במועסקים קבלנים. מצד אחר, אם כל אחת מהמשימות בנפרד עשויה היתה להיחשב כהעסקה של עובד זמני, אין זה הגיוני שהניסיון להביט על מערכת היחסים ככוליותה יהפוך אותן לחוזי קבלנות. על סוגיה זו ראה *Hellyer Bros. Ltd. v. McLeod* [1987] W.L.R. 728; [1987] I.C.R. 526 (נפסק שהמלחים לא היו עובדי המעסיקה בתקופות שבין ההפלגות); *Market Investigations Ltd. v. Minister of Social Security* [1969] 2 Q.B. 173 (נפסק שהמראיינת היתה עובדת לצרכי הביטוח הלאומי); ציטי (לעיל, הערה 46), § 3871, עמ' 729; ריידאוס (לעיל, הערה 3), 12-13; סטיוארט וקרמר (לעיל, הערה 39), 750-751.

13. זמני הביצוע – שעות קבועות או משתנות, היקף העבודה וחלקיותה

בדרך-כלל עובדים נדרשים לבצע את עבודתם בשעות ובימים קבועים. לעומת זאת, בחוץ-קבלנות (אף כאלה המתייחסים לשירות החוזר ונשנה לאורך תקופות ארוכות) על-פירוב אין זמנים קבועים לביצוע המלאכה או השירות, ולקבלן שמורה הזכות לקבוע את המועדים המדויקים¹⁹⁸. בהתאם לכך נפסק, כי מסגרת קבועה של ימים ושעות-עבודה, המוכתבת על-ידי המעסיק, מעידה על יחסי עובד-מעביד¹⁹⁹; בעוד שהעדר מסגרת כזו וזכותו של המועסק לקבוע לעצמו את זמני העבודה תומכים במסקנה שמדובר בקבלנות²⁰⁰.

אולם גם המסקנות שניתן לבסס על קריטריון זה אינן כה ברורות. ראשית, ישנם מקרים שבהם המועסק אינו נתון למסגרת קשוחה של שעות-עבודה, אך גם אינו חופשי לגמרי בקביעתו²⁰¹. במקרי-ביניים אלה ההבדלים הופכים להיות כמותיים בלבד, וההבדל מתעמעם. יתר על כן: ישנם פסקי-דין שבהם נפסק, כי העדר שעות-עבודה קבועות אינו גורע מקיומם של יחסי-עבודה²⁰², ובמקרים אחרים סווגו היחסים כיחסי-קבלנות למרות שהקבלן ביצע את עבודתו בשעות קבועות²⁰³. גמישותה של האינדיקציה הנדונה אינה נופלת אפוא מזו של האחרות.

האם העובדה שאדם אינו מועסק בהיקף מלא, אלא בהיקף חלקי, ואפילו למשך שעות אחדות בלבד כל שבוע, משליכה על סיווגו כעובד או כקבלן? ככל שבתי-המשפט מזכירים את חלקיותה של ההעסקה, הרי זה כדי להדגיש שהעסקה חלקית איננה גורעת מקיומם של יחסי-עבודה²⁰⁴. אולם הקביעה, שחלקיות ההעסקה איננה שוללת יחסי-עבודה, איננה שקולה כנגד הקביעה שחלקיות זו איננה רלבנטית

198 הבדל זה הוביל להשקפה, ששעות-עבודה קבועות מעידות על שליטת המעביד (ראה ההנחיות של רשויות-המס האמריקניות, קני והולן (לעיל, הערה 98), 663; וביתר דיוק, על שליטתו הארגונית, קרי – על השתלבות העובד במפעל (ראה עטיה (לעיל, הערה 19), 66). גם בפסק-דין גיסים (לעיל, הערה 20, עמ' 759) הדגיש בית-המשפט את הזיקה שבין הכוח לקבוע למועסק את שעות עבודתו ובין השליטה על ביצוע העבודה.

199 ראה פסק-דין המרפאה לריפוי שיניים (לעיל, הערה 49), 126-127; פסק-דין אדר (לעיל, הערה 6), 64; פסק-דין קוליק (לעיל, הערה 90), 43; עטיה (לעיל, הערה 19), 66; סטיוארט וקרמר (לעיל, הערה 39), 751.

200 ראה פסק-דין סבאג (לעיל, הערה 42), 72; פסק-דין רון שמואל (לעיל, הערה 19), 48 (נימוקי הנפרדים של אחד מחברי המותב); פסק-דין רוכמן (לעיל, הערה 45), ע (שעות-עבודה לא קבועות מעידות על העדר השתלבות ארגונית ולפיכך – על העדר יחסי-עבודה); פסק-דין המרפאה לריפוי שיניים (לעיל, הערה 49), 126; פסק-דין רשות השידור (לעיל, הערה 53); ורהפטיג (לעיל, הערה 23), 67-68 (במשפט העברי); עטיה (לעיל, הערה 19), 66; J.C.C. (לעיל, הערה 96), § 26, עמ' 5; אוסף בינלאומי של פסקי-דין ביני-עבודה (לעיל, הערה 91).

201 ראה, למשל, פסק-דין רוזנר (לעיל, הערה 53), 125; עיריית נתניה (לעיל, הערה 13). מסגרת-שעות גמישה, שאינה נחונה לקביעת המעסיק, אך גם אינה חופשית לגמרי, מאפיינת עיסוקים שבהם המועסק מבצע את משימותיו מתוך למקום עסקו של המעסיק, כמו הפצת מוצרים, מתן שירותי תיקונים ותחזוקה ללקוחות וגביית-מסים.

202 פסק-דין אבא כהן (לעיל, הערה 53), 399 (לאינדיקציה הנדונה אין משקל רב); פסק-דין ציון (לעיל, הערה 11).

203 למשל: פסק-דין היימן ואגודה צרכנית שיתופית (לעיל, הערות 37 ו-53).

204 ראה, למשל, פסקי-הדין בעניין אבא כהן (לעיל, הערה 53), 399; אדמון (לעיל, הערה 69), 174; ציון (לעיל, הערה 11), 249; גינזבורג (לעיל, הערה 13), 160-161; ברומבר (לעיל, הערה 65), 180-181.

לעניין הסיווג. אדם המועסק בהיקף חלקי, פחות משולב במערך הארגוני של המעסיק; הוא עשוי לתת שירותים גם לאנשים אחרים, ולא באורח בלעדי למעסיקו ("שכיר-הרבים")²⁰⁵; תלותו הכלכלית במעסיק פחותה²⁰⁶; האפשרות להטיל עליו משימות משתנות מצומצמת למדי; ולעתים אף פותחת האפשרות לפקח על האופן שבו הוא מבצע את המלאכה. אם נוסיף על כל אלה את העובדה, שבמקרים רבים מועסק בהיקף חלקי קובע לעצמו את שעות הביצוע, הרי ברור שחלקיות ההעסקה איננה בלתי-רלבנטית להגדרת מעמדו. עם זאת, אין לבקר את בתי-המשפט על שהם מדגישים דווקא את חולשתה של אמת-מידה זו, וזאת על רקע התרחבות התופעה של העסקת עובדים במשרות חלקיות (בין היתר, בשל עליית מספרן של הנשים בשוק-העבודה).

14. מקום ביצוע העבודה

גם המקום שבו נעשית העבודה הוא אינדיקציה אפשרית להבחנה בין עובד לקבלן. ביצוע המלאכה או השירות במפעל או במשרד של המעסיק מרמז על יחסי-עבודה; ביצועם בביתו או במקום עסקו של המועסק עשוי לתמוך במסקנה שמדובר בחוזה-קבלנות²⁰⁷. כמו אינדיקציות אחרות, אף מקום ביצועה של המלאכה עשוי להיתפש כאחד היסודות של מבחן ההשתלבות, במיוחד כאשר העבודה נעשית במקום שבו המועסק מנהל עסק משלו ולא במקום עסקו של המעסיק; שכן ישנה זיקה הדוקה בין מקום הביצוע ובין הפן השלילי של מבחן ההשתלבות (העדר עסק עצמאי). ניתן אף לקשור בין מקום ביצוע העבודה ובין השליטה על אופן ביצוע המלאכה: ביצוע המלאכה במקום עסקו של המעביד מאפשר פיקוח רצוף ואפקטיבי. אולם היחס המדויק בין המבחנים השונים איננו מהותי, ולעתים תהיה חשיבות למקום הביצוע גם מעבר למבחני ההשתלבות (כאשר אין "מפעל" שבו ניתן להשתלב או כאשר מדובר בעובדים ארעיים) או השליטה (כאשר מדובר במלאכות פשוטות ביותר או מסובכות ביותר)²⁰⁸.

חשיבות המאפיין הנדון משתנה ממצב למצב ומסוגיה לסוגיה, ובמקרים רבים משקלו מוגבל או שולי. ישנם עיסוקים שבהם אין כלל מקום יחיד או מוגדר

השווה גם שמידט (לעיל, הערה 21), 60.

205 ראה, למשל, העובדות בעניין רון שמואל (לעיל, הערה 19), בעניין גינזבורג (לעיל, הערה 13), ובעניין אדר (לעיל, הערה 6), 64.

206 ראה פסק-דין גינזבורג (לעיל, הערה 13), 160-161. כאשר אדם מספק את שירותיו באופן קבוע לכעשרים פירמות, כפי שהיה המצב בעניין היימן (לעיל, הערה 37), ברור שתלותו הכלכלית בכל אחת מהן אינה כה גדולה.

207 לדוגמה, בעניין אקר (לעיל, הערה 38) לימדה מורה לאנגלית הן במסגרת כיתות והן בשיעורים לתלמידים יחידים שהתקיימו בביתה. בשני המקרים נעשה ההוראה על-פי התקשרות עם משרד הבטחון, ששילם עבור ההוראה הפרונטלית ועבור ההוראה ה"פרטית". בית-הדין לעבודה עסק (בהסתמכו על מבחן ההשתלבות), שהשיעורים הפרונטליים ניתנו במסגרת יחסי עבודה; ואילו השיעורים ליחידים – במסגרת יחסי קבלנות. נסיבות דומות ומסקנה דומה היו גם בתב"ע לח/391-2 ובין – מדינת ישראל, פד"ע יא, כט. ראה גם פסק-דין ולטנר (לעיל, הערה 54), 88 (בין סוכני-ביטוח עצמאיים לעובדים בסוכנויות-ביטוח).

208 ראה לעיל, הערות 86, 87 ו-88, והטקסט הסמוך להן; תת-פרק 1.1, לעיל.

שבו נעשית העבודה²⁰⁹. גם בעיסוקים אחרים, מקום ביצוע העבודה איננו גורם מכריע. כאשר המלאכה או השירות אינם דורשים ניהול משרד או בית-עסק (למשל: מעקב אחר שידורי טלוויזיה), קשה להסיק מסקנה ברורה מעצם העובדה שהמלאכה נעשית במקום זה או אחר. במקרים רבים תוכן המלאכה מחייב לבצעה במקומו של המעסיק (עבודות גינון, ניקוי, בנייה), אך מכך לא נובע שמדובר ביחסי-עבודה דווקא. אף התפשטות התופעה של homeworkers (חייטים התופרים בביתם עבור מתפרה, כתבנים המדפיסים חומר עבור מוסדות שונים, מחברים בכלי-התקשורת) גורעת ממשקלו של ביצוע המלאכה בבית המועסק כראיה להעדרם של יחסי עובד-מעביד.

15. הספקת הכלים והחומרים הדרושים לביצוע העבודה

בדרך-כלל, על המעביד לספק את הכלים והחומרים הנחוצים לביצוע העבודה²¹⁰. לעומת זאת, קבלנים מצוידים לרוב במכשירים ובכלים הדרושים לביצוע המשימה שנטלו על עצמם. מכאן, שבמלאכות ובשירותים שביצועם דורש שימוש בכלי-עבודה או בחומרי-גלם ניתן להיעזר בזהותו של הצד המספק אותם לצורך הגדרת היחסים²¹¹. נתון זה מתקשר לשני הפנים של מבחן ההשתלבות²¹², ואף למבחנים

209 בעוד שמפעיל של מכונה תעשייתית או מלצר אינם יכולים לבצע את עבודתם אלא במפעל או במסעדה, הרי נהגים, עיתונאים או סוכני-מכירות מבצעים את עבודתם במקומות רבים ומשתנים (אף כי גם במקצועות מהקבוצה האחרונה ישנו על-פירוב מקום מרכזי – מוטן, משרד או מפעל – המשמש בסיס שממנו מתבצעת או מתנהלת העבודה). בין המקרים שבהם לא ניתן להסתייע במקום הביצוע ניתן להזכיר גם מציאת רעיונות בתחום הפרסום (פסק-דין אדר (לעיל, הערה 66)), מתן ייעוץ פסיכולוגי במוסדות שונים (פסק-דין בודמבר (לעיל, הערה 65)), והתרמה מבית לבית.

210 סעיף 7(א) להצעת חוק חוזה עבודה, תשכ"ח-1968. לשאלה אם מדובר בנוטל או בחיוב ראה ג' טדסקי, "סיכול התחזה", בתוך מסות במשפט (ירושלים, תשל"ח) 106, 166-169; וויליסטון (לעיל, הערה 24), 1013§ עמ' 46-41; צייטי (לעיל, הערה 46), 3933§ עמ' 783-784; מקקן מקארי וסאפירין (לעיל, הערה 4), 118-120; ברוקס (לעיל, הערה 39), 205-216.

211 העובדה שמועסק מספק את הכלים והחומרים הדרושים לביצוע המלאכה עשויה ללמד שאין מדובר ביחסי-עבודה, אך טכך לא נובע שמדובר בקבלנות. משקלם המרכזי של אמצעי-הייצור בעסקה עשוי להוציאה כליל מגדר חוזה "לעשיית מלאכה או למתן שירות" ולהופכה לעסקה שעיקרה העמדת נכסים לרשותו של המעסיק או לשימושו (ראה פסק-דין אגודה צרכנית שיתופית (לעיל, הערה 53), 148); פסק-דין לוי (לעיל, הערה 53), יז-יח). כמובן, כאשר המועסק מבצע את מלאכתו בחומרים שהוא מספק, ומעביר למעסיק את התוצר הסופי, העסקה עשויה להיחשב כחוזה להקניית נכס שיש לייצרו, ולא עוד כחוזה לביצוע מלאכה (ראה סעיף 8(ב) לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974; סעיף 2 לחוק המכר, תשכ"ח-1968; א' זמיר, חוק המכר, תשכ"ח-1968 (ירושלים, תשמ"ז), במסגרת הפירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טדסקי) §§ 86-112, 89-111). אנו עוסקים רק בקרה-גבול שבין קבלנות לעבודה.

212 בפסק-דין רשות השידור (לעיל, הערה 53, 525-526) נפסק, כי שימוש באמצעי-ייצור של המעסיק הוא ביטוי להשתלבות במפעל. מקרה מובהק שבו כלי-העבודה מצביע על קיום עסק עצמאי הוא זה שבו המועסק משתמש באותו כלי גם לביצוע עבודה עבור אנשים אחרים: ראה פסק-דין בוכרים (לעיל, הערה 54) (שימוש ברכבו של המועסק להסעת אנשים אחרים בשכר). העובדה שהמועסק השתמש ברכבו לביצוע העבודה שימשה במקרים רבים גימוק מרכזי למסקנה שהוא בעל עסק משלו. ראה, למשל, פסק-דין אגודה צרכנית שיתופית לוי (לעיל, הערה 53), שמחייב, יציב, מרשי, בוכרים ואיתן שמיר (לעיל, הערה 54).

נוספים, כמו אופן חישוב השכר²¹³, ביצוע אישי²¹⁴, יחסי-הכוחות בין הצדדים ומצבו הכלכלי של המועסק²¹⁵. ניתן אף לטעון, שמועסק המשתמש במכשירים משלו נהנה מיתר עצמאות לגבי השימוש בהם וכפוף פחות לפיקוחו של המעסיק²¹⁶. נתון זה אף מתקשר לרקע האידיאולוגי של דיני העבודה: בעוד שכירי המעבידים מצוי ההון המאפשר להם להפיק הכנסה מהנכסים שלהם ומעבודת הזולת, המשאב היחיד של העובדים הוא כוח עבודתם. מכאן נחיתותם הכלכלית של האחרונים, העשויה להצדיק התערבות ביחסי-הכוחות בין הצדדים²¹⁷.

כאמור, הכלל היסודי הוא, שהספקת מכשירים וחומרים בידי המעסיק מצביעה לכיוון יחסי-עבודה, בעוד שהספקתם בידי המועסק תומכת במסקנה שמדובר בקבלנות²¹⁸. למעשה, אינדיקציה זו הרבה יותר חשובה כאשר המועסק הוא המספק את הכלים או החומרים. הספקת כלי-עבודה וחומרים בידי המעסיק איננה נחשבת ראיה משמעותית²¹⁹, ובמקרים שבהם כלי-העבודה היו של המעסיק, לא

213 סיכויי רווח והפסד מחקשים להוצאות הכרוכות ברכישת כלים יקרים, אחזקתם הנמשכת וכו'. ראה, למשל, פסק-דין אגודה צרכנית שיתופית (לעיל, הערה 53), 148; איתן שמיר (לעיל, הערה 54), 428; רדי מיקסד קונקריט (לעיל, הערה 39), 526. כאשר מועסק מוביל טובין ברכבו, עשויה להיות נפמית לכך ששכרו מחושב על-פי כמות הטובין והמרחק של ההובלות, ולא לפי יחידות-זמן (פסק-דין ולנסי (לעיל, הערה 3)). בדומה לכך, יש חשיבות לשאלה, אם משולם למועסק שכר כלול או שכר נפרד בעד עבודתו ובעד השימוש בכלים (פסק-דין מרשי (לעיל, הערה 54), דעת המיעוט בעמ' 434). על אופן חישוב השכר כראיה לסיווג החוזה ראה לעיל, תת-פרק ג.11.

214 זכותו של המועסק לשלוח אדם אחר שיפעיל את הציוד שהוא מספק עשויה להצביע על משקלו המרכזי של הציוד בעסקה. ראה פסק-דין ולנסי (לעיל, הערה 3), 325; פסק-דין איתן שמיר (לעיל, הערה 54), 428. על מבחן הביצוע האישי ראה לעיל, תת-פרק ג.3.

215 העובדה שהמועסק הוא בעל-משאית, למשל, מצביעה בדרך-כלל על הן עצמי מסוים (פסק-דין ולנסי (לעיל, הערה 3), 324, 326). מנגד, התאמת הציוד של המועסק לצרכים המיוחדים של המעסיק מגבירה את תלותו של המועסק במעסיק (פסק-דין אגודה צרכנית שיתופית (לעיל, הערה 53), 150). על מבחני התלות הכלכלית ומצבו הכלכלי של המועסק ראה להלן, תת-פרק ג.16.

216 פסק-דין רדי מיקסד קונקריט (לעיל, הערה 39), 526; הערה k לסעיף 220 לרסטייטמנט השני על שליחות.

217 על הרקע ההיסטורי והאידיאולוגי של דיני-העבודה המודרניים ראה באופן כללי, M. Poole, *Theories of Trade Unionism* (London, revsd. ed., 1984); A. Sturmhthal, *Comparative Labor Movements* (Belmont, Calif., 1972); P. Virton, *Histoire et politique du droit du travail* (Paris, 1968); J. Schmidman, *Unions in Postindustrial Society* (Pennsylvania, 1979) 45–49. ראה גם לינדר (לעיל, הערה 13).

218 ראה עטיה (לעיל, הערה 19), 64–65; סעיף 220(2)(c) לרסטייטמנט השני על שליחות; ברוקס (לעיל, הערה 39), 27; סטיוארט וקרמר (לעיל, הערה 39), 752; משפט העבודה באוסטרליה (לעיל, הערה 36), 25–27; קני והולן (לעיל, הערה 98), 663; אוסף בינלאומי של פסק-דין ביני עבודה (לעיל, הערה 91); שמידט (לעיל, הערה 21), 58. בין המקרים שבהם סיפק המעסיק את הציוד הררוש ופסקו שהיו יחסי-עבודה ניתן להזכיר את פסק-דין ש.ח. (לעיל, הערה 42); פסק-דין אבא כהן (לעיל, הערה 53); פסק-דין רייסמן (לעיל, הערה 53); דב"ע לא/3-24 שויקי – כהן, דב"ע ג 281; פסק-דין נפתלי (לעיל, הערה 177) (בשני האחרונים סווגו נהגי מוניות כעובדים של בעלי המוניות). לעתים, כאשר הספקת הציוד בידי המעסיק מתיישבת עם המסקנה שהיו יחסי עבודה, בתי-המשפט כלל אינם טורחים להסתמך על עובדה זו (למשל: פסק-דין טריטו (לעיל, הערה 88)). בין המקרים שבהם עמדו על שימוש המועסק בחומרים או בכלים משלו כראיה לקיומו של חוזה-קבלנות ניתן למנות את פסק-הדין בעניין ולנסי (לעיל, הערה 3); אגודה צרכנית שיתופית ולוי (לעיל, הערה 53); בובריס, שמחייב, יציב, מרשי, ואיתן שמיר (לעיל, הערה 54).

219 ראה דלח (לעיל, הערה 26), §8, עמ' 3 (במשפט הצרפתי); פסק-דין אבא כהן (לעיל, הערה 53).

מנע הדבר את סיווג העסקה כקבלנות²²⁰. במקרים רבים קשה להסתייע באינדיקציה הגדונה, משום שכל אחד מהצדדים מספק חלק מהכלים או מהחומרים הדרושים לביצוע המלאכה²²¹.

הפסיקה מתמקדת אפוא בניתוח המשמעות של הספקת כלי-עבודה בידי המועסק. אין חולק שהספקת הכלים כשלעצמה איננה שוללת את מעמד המועסק כעובד, במיוחד בתחומים שבהם מקובל כי העובד מצטייד בכלים משלו²²². דוגמה בולטת לכך היא נגנים המשתמשים בכלי השייך להם, מבלי שהדבר שולל את מעמדם כעובדים²²³. לעומת זאת, כאשר עבודת המועסק תפלה לגמרי לציד או לכלים שהספקתם היא מרכז-העובד של העסקה, קרוב לוודאי שאין מדובר ביחסי-עבודה (וייתכן שאף אין מדובר בקבלנות)²²⁴. בדרך-כלל המשמעות של הספקת הכלים בידי המועסק איננה כה ברורה, ולעתים ההבדל בין המקרים הוא כמותי יותר מאיכותי. הפסיקה קובעת, כי יש לבחון את משקלם של הכלים, הן מבחינת שוויי המוחלט הן מבחינת שיעורם במכלול התמורה שהמועסק מעניק. ככל שמשקל זה גדול יותר, כן גוברת הנטייה להוציא את העסקה מגדר יחסי-עבודה (על-פירוב תוך תיאור המועסק כבעל עסק עצמאי שעיקרו העמדת אותם כלים לשימוש המעסיק)²²⁵. בפסק-דין אגודה צרכנית שיתופית תיאר בית-הדין הארצי לעבודה את המקרים

399; רשות השידור (לעיל, הערה 53); סבאג (לעיל, הערה 42), 72-73 (אמנם, שם נאמר שזו עובדה נייטרלית לעניין מבחן הפיקוח ולא ישירות לעניין הסיווג, אך בשל המעמד שהיה אז למבחן הפיקוח, זה הייתה-ה).

220 כאשר רשות השידור מפיקה תוכניות רדיו או טלוויזיה, האנשים העוסקים בהכנתן – בין שהם עובדי הרשות, קבלנים שהתקשרו עמם להכנת מופע מסוים או מתנדבים – כולם מסתייעים בצידוד של הרשות להקלטה, לעריכה וכדומה. במקרה כזה אין משמעות רבה לעובדה שהמעסיק מספק את הצידוד, כפי שנפסק בעניין רשות השידור (לעיל, הערה 53), 525-526. ראה גם פסק-דין רון שמואל (לעיל, הערה 19) (רוב המכשירים סופקו בידי המעסיק); סבאג (לעיל, הערה 42). ראה גם עטיה (לעיל, הערה 19), 65 (על נהגי מוניות).

221 ראה, למשל, פסק-דין רון שמואל (לעיל, הערה 19) (נפסק שהיתה קבלנות); פסק-דין ש.ח. (לעיל, הערה 42) (המעביד סיפק את חומרי-הניקוי, בעוד שהעובד – את הכלים: מטאטא, סמרטוטים וכו'); פסק-דין אג'בריה (לעיל, הערה 53); פסק-דין רייסמן (לעיל, הערה 53), 138; פסק-דין ברוך בהן (לעיל, הערה 56); פסק-דין הרשליקוביץ (לעיל, הערה 54) (בשני האחרונים סיפק המעביד כלים גדולים ויקרי-ערך, והעובד – כלים פשוטים וזולים יותר); פסק-דין ולנסי (לעיל, הערה 3) (המשאית של המוביל ומערבל-הבטון של המעסיק).

222 ראה, למשל, פסק-דין אגודה צרכנית שיתופית (לעיל, הערה 53), 149; פסק-דין איתן שמיר (לעיל, הערה 54), 427; פסק-דין אולו (לעיל, הערה 67), 89; פסק-דין מסגי (לעיל, הערה 132); עטיה (לעיל, הערה 19), 65.

223 פסק-דין איתן שמיר (לעיל, הערה 54), 427-428.

224 ראה לעיל, הערה 211; פסק-דין עיריית נתניה (לעיל, הערה 13), 188-189 (דוגמת הרוחפון); רשות השידור (לעיל, הערה 53), 525 (עצם הבעלות על אמצעי-הייצור מעידה על כך, שלמועסק מפעל משלו); אגודה צרכנית שיתופית (לעיל, הערה 53); שמחייב (לעיל, הערה 54), מג; גינזבורג (לעיל, הערה 13), 159 (חזרה על ההלכה ואבחון המקרה שלפניו); לוי (לעיל, הערה 53); יציב (לעיל, הערה 54); איתן שמיר (לעיל, הערה 54).

225 לפיכך דחה בית-הדין לעבודה ניסיון לגזור גזרה שווה בין עובד-ניקיון שביצע את עבודתו במטאטא ובמטלית משלו, למוביל שביצע הובלות במשאית השייכת לו. ראה פסק-דין אגודה צרכנית שיתופית (לעיל, הערה 53), 149; אולו (לעיל, הערה 67), 89; מרשי (לעיל, הערה 54); איתן שמיר (לעיל, הערה 54).

שבהם הספקת כלים בידי המועסק אינה מוציאה את ההתקשרות מגדר יחסי-עבודה כדלהלן: "לרוב לא תהיה הרכישה של כלי העזר קשורה בהשקעה ניכרת, ולעולם לא תהיה התמורה מחושבת מהותית מתוך שמביאים בחשבון את ה'השקעה'. יתר על כן, תמיד יהיה נשוא ההתקשרות – עבודתו של האדם ולא הפעלת אותו כלי עזר"²²⁶. במלים אחרות: בית-הדין הצביע על שלוש תכונות המאפיינות הספקת כלי-עבודה בידי עובדים: שוויים הנמוך של הכלים, אי-התחשבות בהם בחישוב השכר והעובדה ש"נשוא ההתקשרות" במקרים אלה הוא עבודת העובד ולא הפעלת הכלי. מאפיין רביעי שנזכר בפסיקה הוא המטרה שלשמה נרכש הכלי: כאשר מדובר בכלי או במכשיר שנרכש מלכתחילה לצרכים אישיים ולא לצורך ההתקשרות עם המעסיק, השימוש בו מתיישב עם יחסי-עבודה²²⁷.

הלכות אלה הן חלק מהנסיונות לגבש קריטריונים ברורים להבחנה בין עובד לקבלן, וחולשתן מעידה על אי-הצלחת אותם נסיונות. כדי להיווכח בחולשה זו, נעמוד על ארבעת המאפיינים שנזכרו בפסיקה (לא כסדרם). אשר לקריטריון של "נשוא ההתקשרות" – עבודת המועסק או הפעלת הכלי – הרי כמעט תמיד אין הוא אלא טאוטולוגיה. כאשר אשה מבצעת שליחויות באמצעות האופנוע שלה, מובילה טובין באמצעות המשאית שלה או מדפיסה ומסדרת טקסטים באמצעות מעבד-התמלילים שלה – "נשוא ההתקשרות" הוא, בעת ובעונה אחת, עבודת אותה אשה והפעלת אותו כלי או מכשיר. האמירה שמדובר בחוזה קבלנות משום שמושא ההתקשרות הוא הפעלת המשאית או מעבד-התמלילים היא טאוטולוגית בדיוק כמו האמירה שמדובר בחוזה-עבודה משום שמושא ההתקשרות הוא עבודתה של המועסקת בביצוע הובלות או בעריכת טקסטים. קביעות מעין אלה חוזרות בפסיקה, אך אין הן תורמות דבר לעצם ההבחנה²²⁸.

ההנחה, שלפיה במקרה של יחסי-עבודה אין מדובר בכלים יקרים, נסתרה בפסק-דין גינבורג²²⁹. באותו מקרה נפסק, כי אדם שהועסק בחלוקה ובאיסוף של טופסי ספורט-טוטו באמצעות מכונתו הפרטית (וכן בבדיקת הטפסים לאחר איסופם) היה עובד. מאחר שאין לומר על מכונת פרטית שרכישתה אינה כרוכה ב"השקעה ניכרת", המיר בית-הדין קריטריון זה בהבחנה בין מכונת המשמשת את המועסק גם לצרכיו הפרטיים, ובין משאית. שימוש במכונת פרטית, להבדיל

226 פסק-דין אגודה צרכנית שיתופית (לעיל, הערה 53), 149.

227 פסק-דין איגוד המפרסמים (לעיל, הערה 6), 153. דובר שם במעקב אחר תוכניות טלוויזיה, ובית-הדין פסק כי בעיסוק כזה אין חשיבות לשאלה של מי המכשיר שהמועסקת השתמשה בו, כשם שאין חשיבות לבעלות בשעון של שוטר הרושם דו"חות ומציין בהם את השעה.

228 בין היתר, יושם מבחן "נשוא ההתקשרות" בפסק-דין אולו (לעיל, הערה 67), 89; גינבורג (לעיל, הערה 13), 159; ברוך כהן (לעיל, הערה 56), 419; חרשליקוביץ (לעיל, הערה 54), 102. לא פחות טאוטולוגית היא הקביעה בעניין גינבורג (לעיל, הערה 13), 160: "[...] המשיב התקשר עם המערער, לא משום שהיה בעל מכונת והיה נהג טוב, אלא משום שראה אותו כאדם המתאים לבצע את הפעולות הקשורות במפעל הספורט-טוטו שהוא היה סוכנו, וגם היה בעל מכונת" [ההדגשה במקור]. הוא הדין בהבחנה שערכו בפסק-דין איתן שמיר (לעיל, הערה 54, עמ' 428) בין נכס שהוא "אמצעי-עזר לביצוע עבודה עיקרית" (עבודה), לנכס שהוא "הכלי לביצוע עיקר ההתקשרות" (קבלנות).

229 הערה 13 לעיל. אף הדוגמה של כנר המנגן בכינור הסטרדיכריוס שלו (פסק-דין איתן שמיר (לעיל, הערה 54), 427-428) מפריכה את ההנחה הנדונה.

ממשאית, אינו מוציא את ההתקשרות מגדר יחסי-עבודה²³⁰. כפי שניתן היה לצפות, אף הבחנה זו התמוטטה כעבור זמן קצר, כאשר פסקו שאדם שהוביל עיתונים במכוניתו הפרטית היה קבלן בעל עסק עצמאי וכי בעניין זה אין משמעות לסוג המכונית²³¹.

אף הקביעה, שבחישוב שכרו של עובד לעולם אין התחשבות מהותית בעלות הכלים שהוא מספק, איננה משכנעת. ניתן לשער, כי אם המועסק נדרש להשתמש בכלים שעלות רכישתם ואחזקתם אינה זניחה, הדבר נלקח בחשבון על-ידי שני הצדדים. ראינו, כי ייתכנו יחסי-עבודה גם כאשר המועסק משתמש בכלים שעלותם גבוהה, ובמקרים כאלה קרוב לוודאי שהצדדים מתחשבים בעלויות הרכישה והאחזקה של הכלים, בין אם ניתן לכך ביטוי נפרד ומפורש בתמורה החוזית²³² ובין אם לאו²³³. לבסוף, אף ההנחה שכלים שעובד משתמש בהם לכיצוע עבודתו לא נרכשו לאותה תכלית איננה תמיד נכונה²³⁴. כך, למשל, אדם עשוי לרכוש אופנוע במטרה למצוא תעסוקה כשליח.

יש להתחשב אפוא בזהותו של הצד המספק את כלי-העבודה, אך כמו אינדיקציות אחרות, אף משקלה של זו יהיה בדרך-כלל מוגבל. כאשר המועסק מספק כלים כבדים, כמו משאית, מנוף או דחפור – הפסיקה בישראל נוטה לומר שאין יחסי-עבודה²³⁵. לגבי מקרים אחרים קשה להצביע על נטייה ברורה, וכפי שראינו, הנסיונות לקבוע כללים ואבחנות בעניין זה לא עלו יפה. יתר על כן, ישנם מצבים שבהם הספקת כלי-עבודה בידי המעסיק היא ראיה לקיום חוזה קבלנות דווקא, ואילו הספקתם בידי המועסק מצביעה על יחסי-עבודה. שימוש בכלים של המעסיק עשוי לשמש ראיה לקיומו של חוזה קבלנות כאשר המעסיק גובה מהמועסק תשלום בעד שימוש זה²³⁶. לעומת זאת, כאשר המועסק מביא את הכלים שלו, ובמהלך הזמן המעסיק רוכש אותם ממנו – זוהי ראיה משמעותית לשילוב המועסק במפעל של המעסיק ולהיותו עובד²³⁷.

16. המעמד הכלכלי-חברתי היחסי של הצדדים; תלות כלכלית

דיני-העבודה התפתחו על רקע מציאות חברתית-כלכלית של אי-שוויון בחלוקת

230 על הלכה זו חזרו בפסק-דין ברוך כהן (לעיל, הערה 56), 419.

231 פסק-דין יציב (לעיל, הערה 54), קיא.

232 ראה פסק-דין ברוך כהן (לעיל, הערה 56), 418-419; וכן דעת-המיעוט (שניים מארבעת חברי המותב שנטלו חלק בדיון) בעניין מרשי (לעיל, הערה 54).

233 ראה פסק-דין גינזבורג (לעיל, הערה 13), 160.

234 ראה, למשל, פסק-דין אולו (לעיל, הערה 67) וריסמן (לעיל, הערה 53). כלי-החייטות במקרה הראשון ומכשירי הנגרות במקרה השני נרכשו לצורך עיסוקם של המועסקים.

235 ראה, למשל, פסק-דין ולנסי (לעיל, הערה 3); פסטרנק (לעיל, הערה 63); אגודה צרכנית שיתופית, לוי (לעיל, הערה 53); שמחייב, יציב, מרשי, בוכריס ואיתן שמיר (לעיל, הערה 54). כאמור, מכך לא נובע שחזים אלה ייחשבו חזיק-קבלנות, שכן לעיתים ניתן לראותם כמעין חזוי שכירות או כעסקאות מעורבות.

236 ראה פסק-דין אג'בריה (לעיל, הערה 53). והשווה גם פסק-דין ולד (לעיל, הערה 7); ופסק-דין המרפאה לריפוי שניים (לעיל, הערה 49) (ככל שהוא מתייחס לעניינו של ד"ר סימון).

237 פסק-דין רייסמן (לעיל, הערה 53).

הכוח והעושר, מציאות שבה סובלים העובדים מנחיתות ביחס למעבידים ולבעלי-ההון. דיני-העבודה מכוונים, בין היתר, להגן על עובדים מפני ניצול בידי מעבידים ולהביא ליתר איזון במערכת יחסי-העבודה. התלות הכלכלית של העובד במעבידו – ובאופן רחב יותר, ניצול מעמד העובדים בידי בעלי-ההון – הם חלק מהתשתית האידיאולוגית של דיני-העבודה²³⁸. לעומת זאת, דיני החוזים הכלליים, השווייטים, עורם קשורים במידה רבה לאידיאולוגיה הליברלית של חופש החוזים וכלכלת-שוק. מבחינה זו, קרי-הגבול בין עובד לקבלן מסמן גם את קרי-החזית בין אידיאולוגיות מנוגדות, בין אינדיבידואליזם וחופש החוזים, מצד אחד, ובין מגמות סוציאליסטיות מצד אחר. זהו, כמובן, תיאור פשטני מאוד של מציאות מורכבת הרבה יותר, הן מבחינת המגמות הסותרות הקיימות בתוך דיני-החוזים ובתוך דיני-העבודה, הן מבחינת התהליכים הפוליטיים והחברתיים שבהם מדובר²³⁹. עם זאת, השוואה בין הפסיקה של בתי-המשפט הכלליים לפסיקת בתי-הדין לעבודה (ואף השוואה בין פסקי-דין של שופטים שונים) מגלה את השפעת הגורם האידיאולוגי על סיווג מועסקים²⁴⁰.

האם נובע מכך, שיש לראות בתלות הכלכלית של המועסק במעסיקו ובמעמדו החברתי-כלכלי משום קריטריונים רלבנטיים לצורך סיווג היחסים? ראשית, יש לעמוד על כך שמדובר בשני קריטריונים קרובים, אך לא זהים. בעוד שהתלות נבחנת ביחסים הדו-צדדיים בין המועסק למעסיק הספציפי, הרי בחינת המצב הכלכלי-חברתי של המועסק מתייחסת למכלול התנאים הכלכליים והחברתיים של קיומו²⁴¹. ההבדל בין שתי נקודות-המבט מתגלה, למשל, כאשר אדם עני, המבצע מלאכות פשוטות ומקבל תמורתן שכר נמוך, נאלץ לעבוד עבור מעסיקים אחרים כדי להרוויח סכום שיספיק למחייתו. דווקא מצבו הקשה של המועסק והעובדה

238 ראה המקורות הנזכרים לעיל, בהערה 217; לינדר (לעיל, הערה 13); רדאי (1989) (לעיל, הערה 15).

239 להשקפות אידיאולוגיות שונות בקשר לדיני-העבודה ראה המקורות הנזכרים לעיל, הערות 18 ו-217;

לינדר (לעיל, הערה 13); F. Raday, "Costs of Dismissal — An Analysis in Community Justice", 9 *Int. R. L. & Econ.* (1989) 181.

240 בתי-הדין לעבודה נוטים להתחשב במעמד הכלכלי והחברתי של המועסק ולסווג כעובדים מועסקים

שמצבם הכלכלי-חברתי חמור. ראה, למשל, פסקי-דין אולו (לעיל, הערה 67); אבא כהן (לעיל, הערה

53); סלם (לעיל, הערה 42); בנק אורז לחייל (לעיל, הערה 54); פירי הנהלת רכוש (לעיל, הערה 53);

עטיה (לעיל, הערה 42); ש.ח. (לעיל, הערה 42). בד"כ, בפסקי-דין רשות השידור (לעיל, הערה 53)

ואדר (לעיל, הערה 6), סווגו מועסקים ממעמד חברתי-כלכלי גבוה כקבלנים. לעומת זאת, פסקי-דין

רבים של בית-המשפט העליון אינם משקפים נטייה דומה. ראה, למשל, פסקי-דין אגושביץ (לעיל, הערה

19) וסבאג (לעיל, הערה 42). ההבדלים בין השקפות-העולם של השופטים בולטים במיוחד בפסקי-דין

סבאג. בעוד שהשופט לנדוי בוחן את הסכמתה, הבנתה וידיעתה של המועסקת, מתמקד השופט ברנזון

ביחסי-הכוחות שבין מוסד ממשלתי, מצד אחד, ל"פועלת נקיין פשוטה, פרימיטיבית ואנאלפבית" מצד

אחר (אם כי גם הוא מצטרף לדעת חבריו). עם זאת, אין להסיק מסקנות מרחיקות-לכת מהשוואה בין

פסקי-הדין, משום שמדובר בפסיקה מתקופות שונות (כתוצאה מהקמתם המאוחרת של בתי-הדין לעבודה

וייחוד סמכותם מאז), משום שהעניינים אשר לשמם הרושה ההכרעה בבתי-הדין לעבודה עשויים להיות

שונים מאלה הנדונים בבתי-המשפט הכלליים ומשום שכמו טריבונלים אחרים, אף בית-הדין לעבודה

שואף להרחיב את סמכותו (על-ידי ראיית מועסקים כעובדים).

מתח דומה בין בתי-המשפט הכלליים ובין טריבונלים המופקדים על היבטים סוציאליים של יחסי-עבודה

קיים גם בשיטות-משפט אחרות. ראה, למשל, שמידט (לעיל, הערה 21), 56-58.

241 לינדר (לעיל, הערה 13), 236-237.

שכל אחד מהמעסיקים משלם לו שכר כה נמוך, גורמים לכך שהוא אינו תלוי באופן בלעדי באף אחד מהם. מבחינה מוסדית ופוליטית קל יותר לבתי-המשפט להתייחס לתלות בין הצדדים, מאשר להתחשב מפורשות במצב החברתי-כלכלי של המועסק. בתי-המשפט אינם ששים להתייחס לפערים מעמדיים בחברה. הם נוטים לדעה שיישום מדיניות חלוקתית הוא מתפקידן של רשויות אחרות, ואין זה ראוי לשופט "להדור דל בריבו". גישה זו בולטת במיוחד בפסק-דין אגושביץ, שם מתח השופט זילברג ביקורת נוקבת על התייחסותם של בתי-המשפט האנגליים (במאה הקודמת ובתחילת המאה הנוכחית) להשתייכות המעמדית של עובדים, אך בד-בבד ראה בתלות העובד כמעבירו את המאפיין הראשי של יחסי-העבודה (תלות שעליה ניתן ללמוד מכוחו של המעביד לפקח על אופן ביצוע המלאכה)²⁴².

בשיטות-משפט אחרות נזקקים הן לקריטריון התלות הכלכלית הן לבחינת מעמדו הכלכלי-חברתי של המועסק, לפחות כאשר הסיווג נעשה לצורך תחולתם של דיני-עבודה מגנים או תחיקה סוציאלית במובן רחב יותר²⁴³. אשר לישראל, התייחסות מפורטת יחסית לנושא התלות הכלכלית מצויה בפסק-דין אגודה צרכנית שיתופית. באותו עניין דובר בבעל-משאית אשר במשך כאחת-עשרה שנה ביצע עבור המעסיקה הובלות במשאית שהותאמה במיוחד למטרה זו (בהוצאה כספית ניכרת). בית-הדין הכיר בתלות הכלכלית המובהקת של בעל-המשאית במפעל ואף ציין, כי תלות כלכלית של המועסק במעסיקו היא "ברוב המקרים, מסימני ההיכר להיותו של אדם 'עובד'"²⁴⁴. עם זאת, בית-הדין הדגיש שתלות כלכלית איננה תנאי הכרחי או מספיק לקיום יחסי-עבודה. כאשר מדובר בעבודה חלקית, בעובד שיש לו מקורות-הכנסה נוספים או באנשים "המחזיקים בעמדות מפתח ולהם הכוח בתחום המדע והטכנולוגיה", הרי שיחסי-העבודה עשויים להתקיים ללא תלות של המועסק במעסיק. מנגד, תלות כלכלית עשויה להתקיים גם בין מפעלים שונים, בין יצרנים לקמעונאים, בין קמעונאי ללקוחותיו וכדומה²⁴⁵. בעניין אגודה צרכנית שיתופית פסק בית-הדין שתלותו של בעל-המשאית במעסיקה היתה

242 פסק-דין אגושביץ (לעיל, הערה 19), 8 ר"ר 13. ראה גם דבריו של ליפשיץ (לעיל, הערה 15) על פסק הדין.

243 על המשפט האמריקני ראה לינדר (לעיל, הערה 13), 185 ואילך; דוידסון (לעיל, הערה 14). על המשפט השבדי, ראה שמידט (לעיל, הערה 21), 56-58. במשפט הגרמני נזקקים לקריטריונים אלה לשם הגדרתה של קטגוריית-ביניים בין עובדים לקבלנים. קטגוריה זו כוללת מועסקים שקשה לראות בהם עובדים לפי אמות-המידה הרגילות, אך תלותם הכלכלית במעסיק ו/או מצבם הכלכלי מצדיקים להחיל עליהם חלק מדיני העבודה הנגזרים. קבוצה זו של "מעין עובדים" כוללת בין היתר "משתתפים חופשיים" המועסקים באמצעות התקשורת ההמונית, "עובדי-בית", סוכנים ומפיצים. המבחנים החקוקים המשמשים להגדרת קבוצה זו כוללים את שיעורו של השכר המשולם למועסק מתוך כלל הכנסותיו, שיעור הכנסתו ודרישה לביצוע אישי של המלאכה. ראה וייס (לעיל, הערה 25), 41-43. אף במשפט השבדי מחילים חלק מדיני העבודה המגנים על מועסקים שאינם עובדים לפי אמות-המידה הרגילות. ראה שמידט (לעיל, הערה 21), 67-71. השווה גם קמרלינק (לעיל, הערה 26), 62-64.

244 פסק-דין אגודה צרכנית שיתופית (לעיל, הערה 53), 150.

245 דווקא השקפת-עולם חברתית (להבדיל מאינדיבידואליסטית), המדגישה את התלות ההדדית בין כל בני החברה – לרבות בפעילותם הכלכלית – איננה תומכת מבחינה זו בקריטריון התלות הכלכלית. השקפה כזו מתיישבת טוב יותר עם קריטריון המעמד החברתי-כלכלי של המועסק או אף עם ניתוק הוויקה בין תחולת החקיקה הסוציאלית לקיומם של יחסי עבודה. ראה לינדר (לעיל, הערה 13), בעיקר בעמ' 15, 207, 233-249; וכן הפסקה, הסמוכה להערה 33 לעיל.

"תלות כלכלית מפעלית", כלומר: שלא נתקיימו יחסי-עבודה. פסקי-דין נוספים משלימים את קשת האפשרויות: קיומה של תלות כמאפיינת יחסי-עבודה, היעדרה של תלות בקבלנות וקיום יחסי-עבודה אף ללא תלות של העובד במעביד²⁴⁶. עיון בפסיקה הישראלית מגלה, שהתלות הכלכלית (ועוד יותר מכך, המצב הכלכלי של המועסק) מוזכרת במקרים מעטים יחסית. עם זאת, מסתבר כי גם אילו הרבו להזכירה, לא היה הדבר משנה במידה משמעותית את מסקנותיהם של בתי-המשפט במקרים השונים. גם ללא התייחסות מפורשת לקיומה של תלות כלכלית או להיעדרה, נתון זה נלקח בחשבון באמצעות מאפיינים רבים אחרים הקשורים אליו. בין אלה ניתן למנות את בלעדיות העבודה, כוחו של המעסיק לפטר את המועסק, קיומו של "עסק עצמאי" או היעדרו, קיומם של סיכויי רווח והפסד למועסק, זמני הביצוע והיקף ההעסקה, התמשכות הקשר בין הצדדים והספקת כלים יקרים בידי המועסק²⁴⁷. הוא הדין לגבי מצבו הכלכלי של המועסק, אשר גם ללא בחינתו הישירה והמפורשת ניתן להתחשב בו באמצעות קריטריונים כמו הספקת כלים יקרים בידי המועסק, מידת התחכום הנדרש בעיסוק שבו מדובר ואולי אפילו שיעור השכר²⁴⁸. נובע מכך, שמבחן התלות הכלכלית דומה לכותרות כמו "השתלבות" או "שליטה" יותר מאשר לעובדות קונקרטיות כמו השעות שבהן נעשית המלאכה או המפתח שלפיו מחושב השכר. עיון בפסיקה האמריקנית, שהעדיפה את מבחן "המציאות של תלות כלכלית" על-פני מבחן השליטה, מלמד שלא ניתן להכריע בשאלת התלות אלא מתוך כדיקת אותם מאפיינים ספציפיים²⁴⁹. כמו "השתלבות", אף "תלות כלכלית" מתארת במקרים רבים את המסקנה שהיו יחסי-עבודה, ולא את המבחן שעליו מבססים מסקנה זו. אכן, היזקקות שכיחה לכותרת של תלות כלכלית עשויה להשפיע על המשקל או הדגש הניתן לשיקולים השונים. אולם מאחר שלהערכתנו ניתן משקל רב גם כיום למעמד החברתי-כלכלי של המועסק וליחסי-הכוחות בין הצדדים (במיוחד בפסיקת בתי-הדין לעבודה),

246 בין המקרים שבהם הסתמכו מפורשות על קיומה של תלות כלכלית לתמיכה במסקנה שדובר ביחסי-עבודה ניתן להזכיר את פסקי-דין אולו (לעיל, הערה 67), 90; דעת-המיעוט בפסקי-דין מרשי (לעיל, הערה 54), 434; ופסקי-הדין של בית-הדין לעבודה בעניין חולף ((לעיל, הערה 54), 322; פסקי-הדין בוטל בידי בית-המשפט הגבוה לצדק בעניין שמן (לעיל, הערה 31)). להיעדרה של תלות כראיה לאי-קיום יחסי עבודה ראה, למשל, פסקי-דין חיימן (לעיל, הערה 37) וסגל (לעיל, הערה 87), 193. לבסוף, פסקי-דין שבו נפסק כי התקיימו יחסי-עבודה, הגם שנתקבלה הטענה שלא היתה תלות של המועסק במעסיק, הוא פסקי-דין גינזבורג (לעיל, הערה 13), 160-161. במקרים רבים נוספים התיישב או לא התיישב הקריטריון של תלות כלכלית עם המסקנה שהיו או לא היו יחסי עבודה, מבלי שהזכירו אותו במפורש.

247 לדיון בקריטריונים אלה ראה לעיל, תת-פרקים 5.ג, 7.ג, 2.ג, 11.ג, 13.ג, 12.ג, ר"ג 15.ג.
248 על שני המאפיינים הראשונים ראה לעיל, תת-פרקים 15.ג ו-6.ג. על שיעור השכר כקריטריון אפשרי ראה לעיל, הערה 173. להערכה דומה של הפסיקה בקנדה (קרי: התחשבות ניכרת אך לא מוצהרת במצב הכלכלי-חברתי של המועסק) ראה ארתורס, קרטור ריגלסביק (לעיל, הערה 41), 67-68.

249 ראה הפסיקה שאליה מתייחסים לינדר (לעיל, הערה 13), 185-195 ודוידסון ((לעיל, הערה 14), 209-222). זו גם מסקנתו של מריט (לעיל, הערה 14, עמ' 120 ואילך), הדוגל במבחן המציאות הכלכלית.

הרי ספק אם שינוי הכותרות היה משנה את תוצאות הסיווג²⁵⁰. מבחינה טקטית ייתכן שיש יתרון להימנעות מהתייחסות מפורשת לעניינים אלה.

17. ועוד...

לרשימה מייגעת זו של מבחנים, קריטריונים ואינדיקציות ניתן להוסיף עוד כהנה וכהנה. למשל: אומרים, כי במקרה של יחסי עובד-מעביד "מושא החוזה" הוא עבודת העובד, בעוד שבקבלנות "מושא החוזה" הוא תוצר מלאכתו של הקבלן²⁵¹. בדומה לכך, מאפיינים יחסי-עבודה בכוחו של המעביד להטיל על העובד משימות משתנות במהלך ההעסקה²⁵². עוד מתחשבים בהכשרה מקצועית שהעניק המעסיק

250 ראה לעיל, הערות 131-133 ו-241, והסקט הנלווה להן. הערכה דומה הושמעה לגבי החלטותיה של ה-National Labor Relations Board בארצות-הברית. כתגובה לניסיון החקיקתי להגביל את ההיקפות לאמות-מידה של תלות כלכלית ומעמד כלכלי-חברתי משתמשת הוועדה ברטוריקה של מבחן השליטה, אך למעשה מיישמת במקרים המתאימים את אמות-המידה הנזכרות. ראה J.G. Getman & B.B. Pogerbin, *Labor Relations — The Basic Processes, Law and Practice* (New York, 1988) 17-18. על המאבק בין בית-המשפט העליון של ארצות-הברית ובין כתיב-החוקקים לגבי היקפו של המושג "עובד" ראה ליגור (לעיל, הערה 13), 185-232.

251 ראה, למשל, פסק-דין אגושביץ (לעיל, הערה 19), 12; פסק-דין סבאג (לעיל, הערה 42), 73; פסק-דין ולנטי (לעיל, הערה 3), 325; פסק-דין מ' כ"צ (לעיל, הערה 41), 403; ברק (לעיל, הערה 21), 131; ורפהטיג (לעיל, הערה 23), 72-74 (במשפט העברי); פסק-דין בנק אוצר לחייל (לעיל, הערה 54), 266; פסק-דין קוואטמה (לעיל, הערה 53), 240. למבחן זה שתי חולשות בולטות: ראשית, במקרים רבים אין לדעת מהו "מושא ההתקשרות". כך, למשל, כאשר אדם שוכר מוביל לביצוע הובלה חר-פעמית ניתן לומר ש"מושא החוזה" הוא עבודתו ומיומנותו של המוביל, אך בה במידה ניתן לומר ש"מושא החוזה" הוא התוצאה של העברת החפץ למקום הייעוד (השווה ע"א 404/54 גורדין נ' פילדסקי, פ"ד ט 1429). הקביעה של מושא החוזה היא מסקנה משפטית, שאלה מגיעים לפי אינדיקציות אחרות, כמו מידת הפיקוח של המעסיק על אופן ביצוע המלאכה, אופן חישוב השכר (לפי זמן או לפי תפוקה) וקיימה או היעדרה של חובת ביצוע אישי. ראה, למשל, פסק-דין גורדין, שם; ברק (לעיל, הערה 21), 131 (מבחן השליטה); ורפהטיג (לעיל, הערה 23), 72-74 (אופן חישוב השכר); פסק-דין בנק אוצר לחייל (לעיל, הערה 54), 266 (ביצוע אישי). חולשתו השנייה של המבחן היא, שאין הוא ישים כלל במקרים שבהם חיוביו המרכזיים של המעסיק הם חיובי השתדלות ולא חיובי תוצאה. רופא-מנתח או עורך-דין כדור-כלל אינם מחויבים להשיג תוצאה כלשהי, אלא רק להשתדל להשיגה. נזכיר עוד, כי לפי ניתוחו של ליפשיץ (לעיל, הערה 15), המושא האמיתי של יחסי העבודה הוא גופו של העובד.

252 בניגוד למבחן השליטה, אין מדובר כאן בפיקוח על הדרך שבה מבוצעת המלאכה (ה"איך"), אלא על כוחו הנמשך של המעביד לקבוע "מה" תהא המלאכה שבה יעסוק העובד. ראה, למשל, פסק-דין ההסתדרות הרפואית (לעיל, הערה 53), 173; פסק-דין אדמון (לעיל, הערה 69), 173-174; פסק-דין אולו (לעיל, הערה 67), 89; פסק-דין איגוד המפרסמים (לעיל, הערה 6), 153-154; ווייס (לעיל, הערה 25), 73 (בגרמניה); אוסף בינלאומי של פסק-דין ביני עבודה (לעיל, הערה 91) (כשכרדיה). כוחו של המעביד להטיל על העובד משימות משתנות עשוי להישלל בשל כישוריו המיוחדים של העובד (פסק-דין זבורובסקי (לעיל, הערה 68), 317), בשל הנסיבות המיוחדות של ההעסקה, או לפי הגבלה חוזית (פסק-דין איגוד המפרסמים (לעיל, הערה 6), 153-154). בד"בד, כאשר עורך-דין או רואה-חשבון נשכר כ-*retainer* של פירמה, הרי מהות הקשר היא שהקבלן מבצע עבור המזמין משימות משתנות, לפי הצרכים המתעוררים מפעם לפעם (פסק-דין אדר (לעיל, הערה 6)). מכל-מקום, אף בחוץ-קבלנות מובהקים ישנם מצבים שבהם שינוי הנסיבות בין כריתת החוזה להשלמת המלאכה מחייב שינוי בהגדרת המשימות שהקבלן נטל על עצמו. חיוב כזה עשוי להיקבע בחוזה עצמו, וגם אם לא נקבע בחוזה — במקרים רבים יהיה על הקבלן להיעתר לדרישת המזמין לפי עקרונות כלליים של תוס'לב והתחשבות הדדית בקיום חוזים.

למועסק²⁵³, בהספקת מדים בידי המעסיק לשימוש המועסק²⁵⁴, בחובת המועסק להתייצב בפני המעסיק עם הגיעו למקום העבודה ולפני עזיבתו²⁵⁵, בחובת המועסק להגיש דו"חות על פעילותו²⁵⁶, בהשוואה למערכות יחסים קודמות בין הצדדים ולהתקשרויות מקבילות בין המעסיק למועסקים אחרים²⁵⁷ ועוד. בשלב זה יוכלו הקוראת או הקורא לעמוד בעצמם על היחס בין אינדיקציות אלה לאינדיקציות אחרות, על המניפולטיביות של כל אחת מהן ועל מידת הרלבנטיות שלהן בהקשר המיוחד של תחולת דין זה או אחר. על-כן נסתפק בקריטריונים שמנינו.

סיכום

ברשימה זו הצגנו תמונה חלקית של סוגיית ההבחנה בין יחסי-עבודה לחוזה-קבלנות. התמונה היא חלקית משום שליכון מלא של הסוגיה היה מצריך ניתוח תלת-ממדי לאורך שלושה צירים: האחד הוא המטרות השונות שלשמן דרושה ההבחנה, כלומר: ההקשרים המשפטיים השונים ושיקולי המדיניות המתקשרים לכל אחד מהם; השני הוא תחומי-תעסוקה שונים (כמו הפצת מוצרים, הוראה, ניקיון); והשלישי הוא אבני-הבוחן המשמשות להבחנה. לכל אחת מאבני-הבוחן משמעות שונה בהקשרים משפטיים שונים ובמצבים עובדתיים שונים ולכן הניתוח המופשט של אבני-הבוחן שהצגנו הוא בהכרח דל. עם זאת, ההפניות המרובות לפסיקה שדנה בעיסוקים שבהם השאלה התעוררה תדירות, וההתייחסות לשיקולי-מדיניות בולטים באחדים מההקשרים שלשמן נערכת ההבחנה מילאו במידת-מה את הפער. הלקח המרכזי מהמחקר הוא שלילי בעיקרו: לא ניתן לקבוע אמות-מידה ברורות להבחנה בין עובד לקבלן, בין שמדובר בחנאים טכניים או פורמליים ובין שמדובר בכללים "מהותיים", היוורדים לשורש היחסים. המבחנים המהותיים (כגון "השתלבות" או "כפיפות משפטית") חוזרים על שאלת הסיווג בשינויי נוסח. בכל שיטות-המשפט משמשים מבחנים כאלה אמצעי רטורי להסוואת אי-האפשרות לקבוע אמות-מידה ברורות בסוגיה הנדונה. מבחני-העל אינם ניתנים להפעלה אלא תוך הסתמכות על אינדיקציות ספציפיות נוספות (כמו המועד והמקום של ביצוע המלאכה). אשר לאינדיקציות הספציפיות, אף אחת מהן כשהיא לעצמה, ואף קומבינציה שלהן, איננה מבטיחה תשובה חד-משמעית בכל מקרה. כל אחת מהן ישימה רק בחלק מהמקרים, ובמקרים רבים כל אחת מהן מובילה למסקנה שונה (ועדיין לא אמרנו דבר על המניפולטיביות של העובדות עצמן, להבדיל מזו של הכללים המשפטיים). התחשבות בשיקולי המדיניות הרלבנטיים חיונית

253 מורגן וגולדברג (לעיל, הערה 123), 453 ו-455.

254 פסק-דין הרשליקוביץ (לעיל, הערה 54), 99; סטיוארט וקרמר (לעיל, הערה 39), 749, הערה 18.

255 מקקן, מקארי וסאפירין (לעיל, הערה 4), 15; פסק-דין סבאג (לעיל, הערה 42), 72.

256 פסק-דין סעיד (לעיל, הערה 53), 276; מורגן וגולדברג (לעיל, הערה 123), 457; פסק-דין שמן (לעיל, הערה 31).

257 השוואה למועסקים אחרים או לצורת ההעסקה של אותו אדם בתקופות אחרות, נעשתה, למשל, בפסקי דין עיריית נתניה (לעיל, הערה 13); פסק-דין רחנר (לעיל, הערה 53), 123; פסק-דין קלוטן (לעיל, הערה 14) (בית-המשפט עשה מאמץ לדמות את תקופת-ההעסקה השנייה לתקופה הראשונה, שבה היו פחות ספקות לגבי קיומם של יחסי עבודה). ראה גם אוסף בינלאומי של פסקי-דין בדיני-עבודה (לעיל, הערה 91), 24; צייטי (לעיל, הערה 46), 38738, עמ' 730.

לעריכת ההבחנה, אך תמיד ניתן להעלות טיעוני מדיניות סותרים לגבי אותה שאלה עצמה. אף לא ניתן להסביר ולחזות את החלטות בתי-המשפט על בסיס הסבר פוליטי כלשהו, בין לפי האידאולוגיה הדומיננטית בתחום משפטי כלשהו ובין לפי השקפות-העולם של השופט. גם קביעות כמו "יש להתחשב במכלול העובדות והנסיבות של כל מקרה ומקרה" אינן מסייעות לחזות מראש כיצד יחליטו במקרה זה או אחר. מבחני "האדם מן השוק" או "השכל הישר" אינם אלא ויתור על עצם הניסיון לנסח מבחנים אפריוריים להכרעה.

מצד שני, לא נראה שהחלטות בתי-המשפט הן שרירותיות. תהא זו טעות לחשוב שהמניפולטיביות של העובדות, הכללים ושיקולי המדיניות מאפשרת לכל שופט להכריע כטוב בעיניו. יחסיות מוחלטת, שבה כל שופט יכול להחליט בכל מקרה (או בחלק מהמקרים) כאוות נפשו, איננה תיאור נאמן של המציאות כפי שחשים אותה הצדדים המעורבים בעשייה המשפטית או כפי שהיא נראית במבט מהצד. מסקנות אלה בולטות בסוגיה הנדונה, ובמידה רבה כוחן יפה גם בשאלות אחרות. בהקשר זה ניתן להשוות בין משפט לפיסול. בחיבור חשוב על פיסול מודרני ופוסט-מודרני מתארת רוזלינדר קראוס את התפתחות מושג הפסל בתרבות המערבית²⁵⁸. בתמצית, עד שלהי המאה הקודמת היתה למושג הפסל משמעות מוצקה למדי והיגיון פנימי ברור. פסלים שימשו בדרך-כלל מונומנטים ואמצעים להנצחת אישים ומאורעות. הם ניצבו במקומות מוגדרים (כיכרות, מבנים ציבוריים) והתייחסו באופן סימבולי לייעודם של אותם מקומות. משמעות מוגדרת זו התפוגגה בהדרגה החל משלהי המאה התשע-עשרה, עם התפתחות הפיסול המודרני. באמנות המודרנית איבד הפסל את משמעותו הקודמת ונכנס למעין מצב שלילי: "a kind of sitelessness, or homelessness, an absolute loss of place". לפיסול המודרני שוב לא היתה אותה זיקה למקום ספציפי. הפיסול המופשט שוב לא ביקש לסמל או להנציח אדם או אירוע, אלא הפך לאובייקט אוטונומי, המתייחס בעיקר לעצמו. תהליך זה הפך את הפיסול במשך תקופה מסוימת, אך בשנות החמישים והשישים הוא החל למצות את עצמו. הנגטיביות של הפיסול מנעה כל אפשרות להגדיר פסל באופן חיובי. בעצם ניתן היה להגדיר פסל רק על דרך השלילה: אותו דבר הנמצא בבניין או בחזיתו ואיננו בניין, או הנמצא בנוף ואיננו נוף. פיסול הפך להיות שילוב של אפיונים מוציאים (combination of exclusions), החיבור בין "לא-נוף" (או "לא-טבע") ל"לא-ארכיטקטורה". פסל הוא הדבר שאיננו נוף ואיננו בניין. בשלהי שנות השישים החלה תשומת-הלב של האמנים להתמקד בגבולות החיצוניים של צמד ניגודים זה. בפיסול הפוסט-מודרני הגבולות בין פיסול לארכיטקטורה ובין פיסול לנוף הולכים ומיטשטשים. גלי אבנים וסלעים המסודרים באופנים שונים, בניינים וגשרים שנעטפו ביריעות-בד, מחפורות בצורות שונות, מסדרונות שבסופם מכשירי טלוויזיה – כל אלה נכללים היום בגדר פיסול. פיסול בעידן הפוסט-מודרני הוא, בעת ובעונה אחת, נוף ולא-נוף, ארכיטקטורה ולא-ארכיטקטורה.

R. Krauss, "Sculpture in the Expanded Field", in: *The Originality of the Avant-Garde and Other Modernist Myths* (1985) 275–290

בהיקש מניתוח זה ניתן לומר, שתפישה פוסט-מודרנית של המשפט דורשת התמקדות בגבולות החיצוניים של המשפט ובניגוד שבין משפט לשירות (או אנרכיה) ובין משפט לפוליטיקה. נדמה לנו, שההבחנה בין עובד לקבלן ממחישה את הבעייתיות של ההנחות הרווחות, שלפיהן משפט איננו שירות ואיננו פוליטיקה. הניתוח שערכנו מרמז על כך שמשפט הוא, בעת ובעונה אחת, שירות ולא-שירות, פוליטיקה ולא-פוליטיקה.

בפתח המאמר אמרנו, שננסה לבנות ולהרוס את ההבחנה בין עובד לקבלן. דימינו ניסיון זה למשימה של תיאור אותו אובייקט משתי נקודות-מבט בעת ובעונה אחת. כעת ניתן להרהר אם מדובר בתיאור של אובייקט אחד משתי נקודות-מבט או שמא בתיאור של שני אובייקטים שונים; שכן לסוגיה המשפטית אין קיום אובייקטיבי במציאות חיצונית, שניתן לתארה באופן נאמן ומדויק או באופן כוזב. המושגים המשפטיים "עובד" ו"קבלן" וההבחנה המשפטית ביניהם קיימים בתמונה המשפטית בלבד.