

זכויות עובדים, זכויות קניין ומה שביניהן: הגנה על שכר העבודה של עובדים עצמאים

מאת

נטע ברק-קורן*

מעמד העובדים העצמאים לא זכה עד כה להתייחסות מעמיקה במשפטנו, ונהוג לסבור כי מאפייניו אינם מצדיקים הסדרה משפטית ייחודית שתבחין אותו ממעמד העובדים השכירים שלו יחד הענף המשפטי של דיני העבודה. רשימה זו מערערת על ההבחנה הדיכוטומית הרווחת בין שני מעמדות העובדים וקוראת לפיתוחם וליצירתם של מנגנונים משפטיים שיקנו זכויות עבודה או "זכויות מעין-עבודתיות" לעובדים עצמאים. עוד נטען כי פיתוחם של מנגנונים אלה אינו צריך להיות מוגבל לדיני העבודה, וכי אפשר להגן על העובד העצמאי גם באמצעות המשפט הפרטי.

דרך הילוכה של הרשימה הוא כדלקמן: ראשית יידונו המאפיינים והמצבים שבהתקיימם מוצדק לספק הגנה משפטית לעובדים עצמאים נוכח תכליתיהם הבסיסיות של דיני העבודה. לאחר מכן תודגם הטענה העקרונית באמצעות דיון בזכות להגנה על השכר. זכות זו, הגם שאינה עומדת לעובד העצמאי במשפט העבודה, זוכה להגנה ניכרת במשפט הפרטי באמצעות הזכות הקניינית לעיכובן. הדיון בהגנה על שכרו של העובד העצמאי ימחיש את התפקיד המרכזי שיכול למלא המשפט הפרטי ביצירת זכויות עבודה ושמירה עליהן, אך גם את החוסרים הקיימים בהגנת שכרו של העובד העצמאי כיום. חוסרים אלה ינותחו בחלקה האחרון של הרשימה ויוצעו להם פתרונות, בעיקר מתחומי המשפט הפרטי, אך גם מתחומי משפט העבודה.

מבוא. א. מיהו העובד העצמאי? 1. מאפיינים כלכליים וחברתיים; 2. העובד העצמאי מנקודת המבט של דיני העבודה; 3. לקראת הגדרה תכליתית של העובד העצמאי; ב. הגנת השכר: חוקי העבודה והביטחון הסוציאלי. ג. הגנת השכר: העיכובן. 1. זכות העיכובן במערכת היחסים בין "נושה-עצמאי" ל"חייב-מזמין"; 2. זכות

* בעת הגשת המאמר לפרסום הייתה הכותבת תלמידת שנה ד בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה לד"ר חני אופק על הנחייתה את עבודת הסמינר שעל בסיסה נכתב מאמר זה, ולפרופ' איל זמיר, לעו"ד עמית קורן, למר זאב גוטרייך ולגב' יעל מזוז, שהערותיהם והצעותיהם מאירות העיניים סייעו לי מאוד בהפיכת העבודה למאמר. תודה גם לחברי מערכת כתב העת משפטים על הערותיהם המועילות. האחריות לכתוב במאמר היא כמובן שלי בלבד. גרסה קודמת של מאמר זה זכתה בפרס גולדברג לשנת 2011, ע"ש נשיא בית הדין הארצי לעבודה, השופט מנחם גולדברג ז"ל. תודתי שלוחה לאגודה הישראלית למשפט העבודה והביטחון הסוציאלי ולמשפחת גולדברג על הוקרתם ותמיכתם הנדיבה.

העיכבון במערכת היחסים בין "נושה-עצמאי" לצדדים שלישיים; 3. סיכום ביניים: העיכבון בראי המבחנים להענקת זכויות מעין-עבודתיות לעובד העצמאי; ד. בין הגנת השכר להגנת העיכבון – הדין הרצוי. 1. מגבלות פנימיות על יכולתו של העיכבון להגן על העובד העצמאי – ופתרונות אפשריים; 2. מגבלות חיצוניות על יכולתו של העיכבון להגן על העובד העצמאי – ופתרונות אפשריים; 3. לפני סיום: האם זכות העיכבון רחבה שלא לצורך?; סיכום.

מבוא

התפיסה החברתית הרווחת בישראל מכירה בשני סוגי עובדים – עצמאים ושכירים. אלה גם אלה עובדים לפרנסתם אם כי במתכונות העסקה שונות.¹ אף על פי כן ההגנה המשפטית של דיני העבודה ניתנת בישראל (ולא רק בה) לעובדים שכירים בלבד. דיני העבודה אינם מחילים עצמם על העובדים העצמאים, קל וחומר שאינם מקנים להם זכויות. יתר על כן, גם כאשר מקיימת הפסיקה דיון במאפייניו של העובד העצמאי בדרך כלל נעשה הדבר כחלק מהעיסוק החוזר ונשנה בשאלה "מיהו עובד", קרי לא כדי להכליל את העובד העצמאי במעגל נמעני הדין אלא כדי להחריגו מדיני העבודה. העובד העצמאי משמש לדיני העבודה תשליל שעליו מעוצבת דמותו של העובד השכיר, שהוא העובד היחיד הנתפס כזכאי להגנה.²

- 1 יוער כי הזהות המושגית בין שני סוגי העובדים קיימת גם בשפות אחרות, אולם לפחות בחלקן מתייחדת לעובדים שכירים מילה נוספת בשפה. למשל, באנגלית שני סוגי העובדים נקראים workers, אך רק השכיר נקרא employee. ראו למשל Charles J. Muhl, *What is an Employee?*, 3 (2002) MONTHLY LAB. REV. 125. *The Answer Depends on the Federal Law*. על הניסיון המעניין שנעשה בבריטניה להרחיב את תחולת דיני העבודה לסוגים נוספים של עובדים באמצעות מעבר משימוש במילה employee לשימוש במילה worker ראו: Guy Davidov, *Who Is a Worker?*, 34 INDUSTRIAL L.J. 57, 57 (2005). לעומת העובד השכיר לעובד העצמאי יש מגוון כינויים וביטויים בשפה האנגלית המציינים את חוסר תלותו, בדומה לשפה העברית – independent contractor, free agent, freelancer – אך אין לו מילה "עצמאית" משלו. כך גם באיטלקית – lavoratore משמשת להתייחסות לעובד משני הסוגים, אך רק עובד שכיר הוא dipendente או impiegato (מילה שמקורה, כמו בעברית, בפועל "לשלם" – pagare – ופירושה "עובד בשכר/בתשלום"). הבחנות דומות קיימות גם בצרפתית ובשפות אחרות.
- 2 יוער כי הפסיקה הציעה כמה פעמים להכיר בקיומו של מעמד ביניים של עובדים, המצוי בתווך בין השכיר והעצמאי. דא עקא ש"המשתתף החופשי", כפי שכונה בפסיקה, לא זכה בפועל לזכויות עבודה כלל (למעט בדעת המיעוט של הנשיא אדלר בע"ע (ארצי) 300274/96 צדקא – מדינת ישראל – גלי צה"ל, פד"ע לו 625 (2001), שלא התקבלה); לכן אין כיום נפקות עצמאית למושג המשתתף החופשי, ודינו זהה לזה של קבלן עצמאי. ראו: בג"ץ 5168/93 מור נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד (4) 628, פסק דינו של הנשיא ברק (1996); פרשת צדקא, שם, פסקי דינם של הנשיא אדלר מזה

בשורה של ההבחנה בין עובדים שכירים לעצמאים עומדת התפיסה הוותיקה שלפיה תעסוקתם של עובדים עצמאים אינה מקיימת את התכליות המרכזיות של דיני העבודה. דינים אלה נועדו לצמצם את פערי הכוחות המובנים בין העובד למעביד, בעצמם תולדה של יחסי הכפיפות שבין העובד ומעבידו ושל התלות הרבה הנוצרת בין השניים. לעומת זאת העצמאי הטיפוסי נתפס כעובד אוטונומי, שהיעדר כפיפותו למזמין העבודה מייחד את הצורך להתערב במאפייני תעסוקתו. עוד רווחת הטענה כי העובד העצמאי בחר להיכנס ליחסי עבודה חופשיים מרגולציה מרצונו, ומשום כך יש לכבד את האוטונומיה המוקנית לו ולהימנע מהסדרת התעסוקה העצמאית.

הצגה זו של הדברים לוקה בחסר. אף כי אין להתכחש לכך שבאופן טבעי קיימים הבדלים ניכרים בין העובד השכיר לעצמאי, גם אין להתעלם מכך שאוכלוסיית העובדים העצמאים אינה עשויה מקשה אחת. מאחורי אב-הטיפוס של אותו עובד עצמאי החופשי לעשות כרצונו, משוחרר ממגבלות הדין והמעביד, נפרס מנעד רחב של צורות תעסוקה עצמאית המקיימות מידה זו או אחרת של כפיפות ותלות במזמיני העבודה. הימנעות המשפט מזיהוי ומהסדרתן של צורות תעסוקה אלה חוטאת לצורך להגן – גם אם באופן חלקי ושונה – על העצמאים העובדים בהן.

במאמר זה אבקש לטעון כי יש הצדקה לפיתוחם ויצירתם של מנגנונים שיקנו זכויות עבודה – או כפי שיכוננו כאן, לשם נוחות ההבחנה, זכויות "מעין-עבודתיות" – לעובדים עצמאים. פיתוח זה אינו חייב להיעשות רק במסגרת משפט העבודה, שהבנייתו לאורך השנים הותירה מקום מועט לשילובו של העובד העצמאי. אדרבה, על העובד העצמאי אפשר להגן גם באמצעות המשפט הפרטי, בין בעזרת כלים קיימים, הניתנים לפירוש ב"רוח" תכליות משפט העבודה, ובין בכלים חדשים, שיווצרו ברוח זו מלכתחילה. אבסס ואדגים את הטענה, במישור העקרוני והמעשי כאחד, באמצעות דיון בזכות להגנה על שכר העבודה. אראה כיצד זכות זו, שאינה עומדת לעובד העצמאי במשפט העבודה, ניתנת לאכיפה באמצעות דיני הקניין, בראש ובראשונה באמצעות זכות העיכבון. אצביע על הקשר ההדוק שבין ההגנה על השכר וזכות העיכבון, המשמשת לעובד העצמאי אמצעי לחץ אפקטיבי לדרישת שכרו מהמזמין ולהבטחת שכרו כנגד נושים אחרים. לצד זאת אראה כי התאמת העיכבון להגנה על שכרו של העובד העצמאי אינה מושלמת: במובנים מסוימים היא אינה חזקה מספיק, ובמובנים אחרים היא חזקה מדי. כך אראה כי לזכות העיכבון בעיצובה הנוכחי קיימות מגבלות פנימיות וחיזוניות כאחד, המונעות ממנה להגן הגנה מספקת על שכרו של העובד העצמאי. חלק ממגבלות אלה אפשר לפתור באמצעות כוונן ופירוש מחדש של העיכבון, כפי שאציע במאמר; חלקן אפשר לרכך באמצעות ייסוד כלים נוספים במשפט הפרטי, שישלימו את הגנת העיכבון במקום

והשופט (כתוארה אז) ארד מזה. עוד על המשתתף החופשי ראו להלן בפרק א. אף כי ייתכן שיש מקום לצקת תוכן וזכויות למעמד הביניים של משתתף חופשי, דיון זה ייותר מחוץ לתחומה של רשימה זו, המתמקדת בעובד העצמאי בלבד.

שבו אין הוא יכול לסייע; בחלק מהמקרים אין מנוס מלשוב לדיני העבודה ולהחיל הוראות מסוימות מחקיקת המגן על העובדים העצמאים. לבסוף יש לוודא כי ההגנה החזקה של העיכבון אינה ניתנת בעודף, לעצמאים שאינם זקוקים או ראויים לה, וגם בכך ארון ואציע פתרונות.

הפרק הראשון יניח קווים לדמותו של העובד העצמאי במישור החברתי ובמשפט העבודה ויגבש את המאפיינים שבהתקיימם מוצדק לראות בו מושא לזכויות מעין-עבודתיות. הפרק השני יעסוק בזכות לשכר עבודה כפי שפותחה במשפט העבודה, ביחס לעובדים השכירים. על רקע זה תוצג בפרק השלישי זכות העיכבון, זכות אובליגטורית וקניינית שמאפייניה ותכליותיה הופכים אותה למועמדת רבת-עניין להגנה על שכר עבודתם של העובדים העצמאים. ננתח את מכלול היבטיו של העיכבון ונעמוד על תכליותיו. בפרק הרביעי אבחן את המגבלות הפנימיות והחיצוניות של העיכבון ואעמת את ההגנה המוענקת לעובד העצמאי באמצעות העיכבון עם ההגנה המוענקת לעובד השכיר באמצעות דיני העבודה. מכאן אגזור מסקנות והצעות באשר לדין הנורמטיבי הרצוי.

א. מיהו העובד העצמאי?

1. מאפיינים כלכליים וחברתיים

העובדים העצמאים בארץ מתפרסים על פני כלל ענפי התעסוקה ועוסקים במגוון פעילויות כלכליות, החל מתחומי השירותים, המסחר והפיננסים וכלה בענפי התיקונים, הבנייה והחקלאות. כרבע מאוכלוסיית העצמאים עוסקת במכירות ושירותים, ורבע נוסף הוא עובדים מקצועיים; שיעורם של העצמאים במקצועות אלה עולה על שיעור השכירים המועסקים במקצועות אלה. גם שיעור המנהלים בקבוצת העצמאים גבוה.³ מבחינת היקף הפעילות העסקית אפשר למצוא גישות והגדרות שונות לעובד העצמאי:⁴ בקוטב המינימלי נמצאת הגדרת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, הרואה בעובד העצמאי עובד המבצע את עבודתו לחלוטין בעצמו: "אנשים העובדים בעסקם או במשק שלהם, ואינם

3 רוג'ית נדיב וסיגל שלח דיוקן העצמאים ומאפייני תעסוקתם 1970–2001: 44–45, 48 (מינהל תכנון מחקר וכלכלה, משרד התמ"ת, מאמר 15.03, 2001) www.tamas.gov.il/cmsTamat/Rsrc/koach/ (2001); tichnun_koach_adam/tichnun_pirsumim/pir_skirot/diokan-azmae.pdf; הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל 61, לוח 18.3 (2010) (להלן: שנתון סטטיסטי 2010) www.cbs.gov.il/shnaton61/st18_03x.pdf.

4 כפי שמציינות החוקרות נדיב ושלח, שם, בעמ' 15 ו-30, בישראל קיים ערב רב של גופים האוספים נתונים על עצמאים, אך כל גוף עושה כן לצרכיו שלו, ולכן קיים מחסור בנתונים עקיבים ומהימנים על מגזר זה. הדבר משליך על היעדרה של הגדרה קבועה של המושג.

מעסיקים אחרים בשכר או בתמורה אחרת".⁵ בפועל נהוג להכליל בקבוצה זו גם חברות שאינן מעסיקות שכירים כלל (חברות של אדם אחד – העובד העצמאי).⁶ העמדה שלפיה עצמאי הוא עובד ברשות עצמו בלבד אינה מחויבת, וגישות אחרות מכלילות בקבוצת העובדים העצמאים גם מעסיקים קטנים וזעירים.⁷ גם חוק הביטוח הלאומי אינו שולל את האפשרות שעובד עצמאי יעסיק אחרים.⁸ מבחינה כמותית, כמחצית מהעסקים הפועלים בישראל מנוהלים על ידי עצמאים ברשות עצמם וחברות שאינן מעסיקות שכירים כלל.⁹ אם מרחיבים את קבוצת העצמאים באופן שתכלול גם את אלה המעסיקים בין עובד שכיר אחד לארבעה, מדובר בכ-85% מהעסקים בישראל. רק 0.7% מהעסקים מוגדרים כעסקים גדולים, המעסיקים למעלה מ-100 עובדים.¹⁰

נתונים אלו עשויים להטעות. אף על פי שרובם המכריע של העסקים בישראל מצויים בבעלות עצמאים (בין לפי ההגדרה הצרה ובין לפי הגדרת הביניים), מרבית כוח העבודה במשק הוא שכיר, ומרבית התוצר העסקי מיוצר בעסקים הגדולים. שיעור העובדים הרשומים כעצמאים בכיטוח הלאומי עומד יציב בעשור האחרון על כ-11% מהעובדים

- 5 ראו שנתון סטטיסטי 2010, לעיל ה"ש 3, לוח 18.0 – "עבודה ושכר – הסברים, הגדרות ומקורות" www.cbs.gov.il/shnaton61/st12_00.pdf.
- 6 ראו שם, לוח 18.3; עמי צדיק "עסקים קטנים ובינוניים בישראל ובמדינות המפותחות" (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2007) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01628.pdf. המסמך הוגש לוועדת הכלכלה.
- 7 עד כמה קטנים? דומה שגם שאלה זו שנויה במחלוקת. נדיב ושלח, לעיל ה"ש 3, מחלקות את מגזר העצמאים למעסיקים ברשות עצמם, מעסיקים של שני עובדים לכל היותר ומעסיקים של שלושה עובדים ומעלה (ראו שם, בעמ' 32, ה"ש 9 ובעמ' 34). אולם יש גם המשימים את הגבול בהעסקתם של ארבעה עובדים (ראו צדיק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 4). הגבול העליון המוזכר בנושא הוא העסקה של עד עשרה עובדים (אליעזר שוורץ "ניתוח סוגיית ביטוח אבטלה לעצמאיים ובחינת האפשרות להנהיגו בישראל" 1–2 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2007) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01651.pdf).
- 8 ס' 1 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה–1995, הגדרת "עובד עצמאי". הסעיף מוסיף ומתנה את הגדרת העובד העצמאי בדרישות של היקף עבודה שבועי, ולחלופין סף הכנסה חודשית, ולחלופין (בעזרת לוח א לחוק) שילוב של שתי הדרישות יחדיו. צו הביטוח הלאומי (סיווג מבוטחים וקביעת מעבידים), התשל"ב–1972 מוסיף וקובע את סיווגם של עובדים ספציפיים – דוגמת נהג מונית, מחלק דואר ועוד – כעובדים עצמאים ככל שמתמלאים בעניינם תנאים מסוימים.
- 9 מדובר בכ-237,000 עסקים מתוך כ-464,600. נתונים אלו מראים יציבות רבה בשנים האחרונות. השוואת שנתון סטטיסטי 2010, לעיל ה"ש 3, לוח 18.3 (בין שנים 2007–2010); וכן ראו צדיק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 3.
- 10 ואם נרחיב את הקבוצה לכלול גם את אלה המעסיקים בין 4 ל-9 עובדים, נגיע לכדי 92% מהעסקים. 7.3% נוספים הם בעלי עסקים קטנים עד בינוניים (עד 100 עובדים בעסק). ראו שנתון סטטיסטי 2010, לעיל ה"ש 3, לוח 18.3.

במשק בלבד¹¹ (הגם שנתון זה מעיד רק בחלקו על השפעת העצמאים על המשק, שכן הוא אינו כולל את העובדים השכירים המועסקים על ידי העוסקים הזעירים).¹² המעסיקים הגדולים (מעל 100 עובדים), שהם 0.7% בלבד מכלל העסקים במשק, מרכזים את עיקר הכוח הכלכלי בשוק העסקי ומפיקים בעצמם מחצית מהתוצר העסקי בישראל.¹³ היקף הפעילות העסקית ביחס לכמות העסקים העצמאיים, לצד מיעוט העצמאים מכלל העובדים במשק, מראה כי הכוח הכלכלי של כל עסק עצמאי קטן יחסית. על כך יש להוסיף כי בניגוד לסברה הרווחת, מחקרים בישראל ובעולם מראים כי פערים בשכר בין עצמאים לשכירים נוטים ככלל דווקא לטובת השכירים, במיוחד בעשירונים הבינוניים-נמוכים,¹⁴ אף על פי שהעצמאים עובדים יותר מעובדים שכירים – בממוצע 10 שעות שבועיות יותר.¹⁵ כ-31% מהעצמאים משתכרים שכר מינימום או

11 שיעור זה מביא בחשבון עובדים שהם גם שכירים וגם עצמאים (מדובר בכ-3% מכלל העובדים במשק, המתווספים ל-8% שהם עצמאים בלבד). לנתונים אלו בשנת 2001 ראו נדיב ושלח, לעיל ה"ש 3, בעמ' 34; לנתונים אלו בשנת 2005 ראו שוורץ, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1; לנתונים אלו לשנים 2007 ו-2008 ראו ז'ק בנדלק ממוצעי שכר והכנסה לפי יישוב ולפי משתנים כלכליים שונים (המוסד לביטוח לאומי, מנהל המחקר והתכנון, 2009), וז'ק בנדלק ממוצעי שכר והכנסה לפי יישוב ולפי משתנים כלכליים שונים (המוסד לביטוח לאומי, מנהל המחקר והתכנון, 2010) (להלן: בנדלק ממוצעי שכר והכנסה 2008). הסקרים זמינים באתר הביטוח הלאומי, בכתובת: www.btl.gov.il/Publications/survey/Pages/default.aspx. יודגש כי כפי שנאמר לעיל בה"ש 3, אין כיום תיאום בין המוסדות השונים בישראל בנתונים הנאספים על מגזר העצמאים, בעיקר לאור ההגדרות השונות שמאמצים מוסדות אלו בשאלה מיהו עצמאי. נתוני הביטוח הלאומי הנסקרים כאן בעיקר הם אינם זהים לחלוטין לנתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שהוצגו לעיל, שכן לכל גוף הגדרה שונה במעט של העובד העצמאי – כפי שראינו לעיל. לפירוט ראו נדיב ושלח, לעיל ה"ש 3, בעמ' 30–31.

12 שם, בעמ' 13.

13 לכלל הנתונים על אודות הפערים בין בעלות לתוצר העסקי ראו צדיק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 4 ואילך.

14 ראו שוורץ, לעיל ה"ש 7, בעמ' 3; בנדלק ממוצעי שכר והכנסה 2008, לעיל ה"ש 11, בעמ' 27, סקר 228; נדיב ושלח, לעיל ה"ש 3, בעמ' 47–48. יוער כי נתונים אלו מבוססים על נתוני הביטוח הלאומי, הנחשבים למהימנים מאלו של מפקדי האוכלוסין (מאחר שבמפקדים רווחת נטיית העצמאים לדווח על הכנסותיהם דיווח חסר, תמריץ הקיים במידה פחותה בהרבה במוסד לביטוח לאומי; ראו שם, בעמ' 31, 47). ממצאים אלה והממצאים שיתוארו בהמשך רווחים כנראה בכל העולם. ראו: Judy Fudge, *Labour Protection for Self-Employed Workers*, 3 JUST. LAB. 36 (2003) (להלן: Fudge, *Labour Protection*); JUDY FUDGE, ERIC TUCKER & LEAH VOSKO, (2002) THE LEGAL CONCEPT OF EMPLOYMENT – MARGINALIZING WORKERS – REPORT FOR THE LAW COMMISSION OF CANADA (2002), available at www.atkinson.yorku.ca/ace/publications/Law_Commission_of_Canada.pdf, בעמ' 2–8 ובעמ' 15.

15 נדיב ושלח, לעיל ה"ש 3, בעמ' 45–46, 89. החוקרות מציינות כי לכמות השעות הגבוהה יש ביטוי ברמת שכר גבוהה יותר רק בשני העשירונים העליונים של העצמאים, ואילו בשבעת העשירונים

פחות מכך, ו-28% משתכרים את השכר הממוצע במשק או פחות מכך; רק כ-4% מהעצמאים משתכרים משכורות המוגדרות גבוהות מאוד (ארבע פעמים השכר הממוצע במשק או יותר).¹⁶

במישור החברתי ראוי להדגיש כמה מגמות: מבחינה מגדרית שיעור הנשים העובדות כעצמאיות קטן – רק כחמישית מכלל העצמאים לעומת מחצית מכלל השכירים. גם שיעור הנשים העצמאיות המעסיקות עובדים אחרים קטן יחסית.¹⁷ מבחינת התפלגות לאומית שיעור הערבים העובדים כעצמאים מתוך כלל העובדים הערבים במשק גבוה משיעור היהודים המקביל. הדבר מרמז על העדפה יחסית של מסלול העבודה העצמאית בקרב האוכלוסייה הערבית, כנראה בתגובה לחסמים המבניים המשפיעים על עובדים ערבים בשוק העבודה השכירה. נתונים אלה חוזרים על עצמם גם באשר ליוצאי עדות המזרח, אך בהיקפים קטנים יותר. משמע, גם שיעור יוצאי עדות המזרח העובדים כעצמאים גדול יחסית.¹⁸ התפלגות ההשכלה בקבוצת העצמאים היא דו־קוטבית: בחלוקה פנימית העצמאים מתרכזים בקטגוריות ההשכלה הנמוכות (0–11, 12 שנות לימוד) ובקטגוריה של 16 שנות לימוד ויותר. זאת לעומת השכירים, הנוטים להתפלג התפלגות אחידה בקטגוריות ההשכלה השונות. עוד ניכר כי העובדים העצמאים משכילים פחות מהשכירים, ובמידה ניכרת (למעלה מ-56% מהעצמאים הם בעלי השכלה תיכונית ומטה לעומת 45% מהשכירים), ואילו שיעור השכירים המשכילים עולה במעט על שיעור העצמאים המשכילים (28.3% משכילים למול 25%).

הממצאים מלמדים אפוא שמרבית העובדים העצמאים עובדים שעות רבות יותר; מרוויחים פחות מעובדים שכירים; חלק ניכר מהם משכיל פחות מהעובדים השכירים; שיעור קבוצות האוכלוסייה החלשות בקרבם גבוה יחסית. קיימים גם עובדים עצמאים משכילים, המשתכרים היטב – כפי שיש עובדים שכירים המרוויחים סכומי עתק – אולם אלה אינם מייצגים את התופעה בכללותה.

הראשונים של העצמאים רמת השכר נמוכה מזו של שבעת העשירונים הראשונים של השכירים; היחס משתווה בעשירון השמיני (ראו שם, בעמ' 89). זאת אף על פי שכלל העצמאים – על פני כלל העשירונים – עובדים שעות רבות יותר מהשכירים. שם.

16 נדיב ושלח, לעיל ה"ש 3, בעמ' 90. יוער כי נתונים אלה תקפים לשנת 2001, השנה שבה נערך המחקר. אולם בשל היציבות הניכרת לאורך השנים ביתר המדדים המעודכנים על ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מדי שנה, אפשר לשער כי גם כיום נתוני השכר דומים.

17 נדיב ושלח, לעיל ה"ש 3, בעמ' 36–37, 86; Fudge, Labour Protection, לעיל ה"ש 14, בעמ' 39–40.

18 נדיב ושלח, לעיל ה"ש 3, בעמ' 38–40, 86. המחברות מציינות שמדובר באסטרטגיה מוכרת של קבוצות מיעוט אתניות למול היעדר שוויוניות בשוק העבודה (ראו Fudge, Labour Protection, לעיל ה"ש 14, בעמ' 39–40, וכן ראו את המקורות שאליהם מפנות המחברות שם, בעמ' 39). מעניין לראות שהממצאים באשר לנשים בשוק העבודה העצמאית אינם דומים לאלה של הקבוצות האחרות הסובלות מהיעדר שוויוניות בשוק העבודה.

אם ברצוננו לבחון באילו תנאים יכול וצריך העובד העצמאי להפוך מושא לזכויות מעין-עבודתיות, עלינו לעמוד לא רק על המאפיינים הכלכליים והחברתיים של העבודה העצמאית אלא גם על התפיסות המשפטיות המקובלות באשר לעובד העצמאי ולמאפיינים המצדיקים הגנה על עבודה בכלל. השלב השני בדרך להגדרת העובד העצמאי מצוי אפוא בדיני העבודה עצמם.

2. העובד העצמאי מנקודת המבט של דיני העבודה

נקודת המבט של דיני העבודה חשובה מאוד להבנת מהותו של העובד העצמאי ולהגדרתו. אף שדיני העבודה אינם חלים על העובד העצמאי, הם שותפים להגדרתו על דרך השלילה: בדיני העבודה העובד העצמאי מוגדר בראש ובראשונה על דרך הניגוד לעובד השכיר,¹⁹ כאדם המבצע שירות או מלאכה תמורת תשלום מבלי שנמען העבודה יהא מעבידו. על מנת להנגידו לעובד השכיר הוא מכונה לרוב בשם "קבלן". קיומם של יחסי עובד-מעביד עומד אפוא בשורש ההבחנה בין העובד השכיר לעובד העצמאי. דא עקא, שאבחונם ואפיונם של יחסים אלה מטריד זה שנים ארוכות שופטים ומלומדים; אלה גם אלה מתקשים לתאר את יחסי העבודה תיאור ממצה, ולכן מתקשים גם למתוח את הקו בין העובד השכיר לעצמאי.²⁰ עוד בשנות השבעים היטיב השופט ויתקון לתאר את המצב באמרו כי "המבחנים אינם מבחינים וההגדרות אינן מגדירות",²¹

19 ראו את ניסיונו של הנשיא אדלר להגדיר את העצמאי בפרשת צדקא, לעיל ה"ש 2, בעמ' 655: "מדובר במבצע עבודה שאינו עובד או 'משותף חופשי', המנהל עסק, בדרך-כלל עסק של מתן שירות". זוהי כמובן הגדרה טאוטולוגית בשל חלקה הראשון, והיא ממחישה היטב את השיוריות של העובד העצמאי בדיני העבודה; יותר משיש לו מאפיינים אינטרינזיים משל עצמו, הוא מוגדר כשיורי לאחר, כשלילתו של העובד השכיר (וכאן גם המשותף החופשי).

20 ראו למשל: MARC LINDER, THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP IN ANGLO-AMERICAN LAW: A HISTORICAL PERSPECTIVE (1989); Otto Kahn-Freund, *Legal Framework*, in THE SYSTEM OF INDUSTRIAL RELATIONS IN GREAT BRITAIN: ITS HISTORY, LAW AND INSTITUTIONS 42 (A. Flanders & H. A. Clegg eds., 1956); Matthew W. Finkin, *Introduction, Special Issue: Employed or Self-Employed? The Role and Content of the Legal Distinction*, 21 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 1 (1999); Hugh Collins, *Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws*, 10 OXFORD J. LEGAL STUD. 353 (1990). לעיסוק הענף ומרובה-ההתחבטויות בסוגיה זו בישראל ראו למשל מנחם גולדברג "למהות המושג עובד" הפרקליט כו 389 (1970); מנחם גולדברג "מהותם של יחסי עובד-מעביד" הפרקליט לב 81 (1978); איל זמיר "עובד או קבלן" משפטים כב 113 (1993); סטיב אדלר "היקף תחולת משפט העבודה – מכפיפות לתכלית" ספר מנחם גולדברג 17 (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן-ישראל, יצחק אליאסוף ונחום פינברג עורכים, 2001) (להלן: אדלר "מכפיפות לתכלית").

21 ע"א 454/71 ולנסי נ' פיונפיר קונקרטי, פ"ד כו(2) 322, 324 (1971).

ודומה כי הקשיים שאליהם התייחס לא פסו עם השנים שחלפו. מגוון תבניות ההעסקה במשק הולך ומתרחב לפי צורכי השוק המשתנים, ההתפתחויות הרגולטיביות והדינמיקה החברתית. עובדים יכולים לבצע את עבודתם בבית, במשרד, ברחוב ומחוץ לגבולות מדינתם; עובדים יכולים לבלות חודשים ארוכים בעבודה (למשל כאשר הם מצויים בשליחות ממושכת מטעם מקום עבודתם) או ימים ספורים בלבד; עובדים אף יכולים להיות שכירים ועצמאים בעת ובעונה אחת, כלפי מעסיקים ומזמינים שונים. רבגוניות זו מטשטשת את יחסי העובד-מעביד המסורתיים ומקשה על גיבוש הגדרה אחידה וכוללת-כול, שתקיף את כל צורות העבודה השכירה. המחוקק נמנע מלנסות להסדיר הגדרה כאמור בחוק, והשאיר את השאלות בדבר זהותו של עובד וזהותו של עצמאי לפתחם (ולפיתוחם) של בתי הדין לעבודה. חשיבותם של יחסי העבודה בחיי הפרט והחברה, השונות הרבה והשלכות הרחוב הניכרות של הסיווג הביאו לידי כך שבמרוצת השנים פותחו, נדחקו והוחלפו מבחנים שונים, וספק אם מוצה הדין בעניין גם כיום.²² נקודת המוצא הרעיונית לטיפול בסוגיה היא שקיומם של יחסי עבודה נלמד מהמציאות האובייקטיבית ולא מהדרך הסובייקטיבית שבה בחרו הצדדים לתאר את יחסיהם.²³ יחסי הצדדים מועברים דרך המבחן הכללי-מעורב, שאינו אלא אגד של מבחני משנה רבים שנועדו לזקק ממערכת היחסים סממנים של יחסי עבודה.²⁴ המרכזי

22 גולדברג "מהותם של יחסי עובד-מעביד", לעיל ה"ש 20, בעמ' 85; בג"ץ 123/81 אלקטרה בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לו(1) 423 (1982) (להלן: פרשן אלקטרה); בג"ץ 319/78 שמן תעשיות בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לד(2) 75 (1979) (להלן: פרשת שמן). כן ראו דברי נשיא בית הדין לעבודה בר ניב לעניין זה בדב"ע (ארצי) לא/27-3 עירית נתניה – בירגה, פד"ע ג 177, 181 (1971): "אומר מיד, שהמבחן אשר לפיו ייקבע, אם פלוני מעמדו הוא מעמד של 'עובד' או של 'מפרנס עצמאי', לא יכול שיהא יציב לדורות, קיים בכל הנסיבות וטוב ליישום לכל המטרות. המסגרת החברתית-כלכלית שבה מתקיימים היחסים שאת מהותם באים להגדיר, מהות העבודה מבחינת תהליכי הייצור ודרכי השירות, האמצעים שלהם מזדקקים, יחסה של החברה לעבודה ול'עובד' ומטרת החוק או מערכת החוקים שבהקשר ליישומם באים לקבוע את המבחן – כל אלה גורמים משתנים הם, ועם השינוי, ישתנה המבחן".

23 ע"א 426/63 המוסד לביטוח לאומי נ' זינגר, פ"ד יח(2) 299 (1964); ע"א 611/69 סבאג נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(2) 70 (1970).

24 יוער כי בעבר נהגו בתי הדין לעבודה לראות בחלק מהמבחנים "תנאי סף" שבהיעדרם אין להכיר באדם כעובד. עם תנאי סף אלה אפשר למנות את הדרישה לקיומו של קשר חוזי, לקיומו של "מפעל" שבו יועסק העובד, למתן שכר תמורת העבודה ולביצוע העבודה באופן אישי. חשיבותן של הדרישות כדרישות סף פחתה מאוד במרוצת השנים, ככל שהתגמשו צורות ההעסקה, והן הפכו לחלק ממארג המבחנים הכללי. לעניין זה ראו פסק דינה של השופטת דורנר בדנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817 (1998). בפרשה זו לא התקיים קשר חוזי בין העותר למועצה המקומית ירוחם, ובכל זאת נקבע שאין בכך כדי למנוע הכרה בו כעובד (הגם שלאחר מכן נאמר שהכלל נותר כי קיום חוזה עבודה הוא תנאי הכרחי לקיומם של יחסי עובד-מעביד). ועוד: בע"ע (ארצי) 1403/01 סרוגי – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע לט 686 (2004) הוכרה סרוגי כעובדת אף

שבהם הוא מבחן ההשתלבות, שפותח בפסיקה עוד בשנות השבעים.²⁵ למבחן ההשתלבות פן חיובי, הבוחן את מידת השתלבותו של העובד במפעל המעביד, ופן שלילי, הבוחן את המידה שבה "משתלב" העובד במפעל משלו. במסגרת הפן החיובי בוחן בית הדין עד כמה עבודת העובד היא חלק אינטגרלי מפעילות המעסיק, ועד כמה היא ארוגה בתוך המערך הארגוני והמנהלי של העסק. במסגרת הפן השלילי יש לבחון אם לעובד עסק משלו, המשרת את המפעל כגוף חיצוני.²⁶ הסממנים השליליים של מבחן ההשתלבות לצד מבחני משנה נוספים אמורים להעיד הלכה למעשה אם העובד הוא עצמאי.²⁷ המאפיינים המלמדים לשיטתו של בית הדין הארצי לעבודה על עצמאות העובד הם אלה: יכולתו לבצע את העבודה באמצעות אחרים ולא באופן אישי; יכולתו לקבוע כיצד לנהל את עסקו, איזו עבודה לקבל ומתי לקבלה; היעדר כפיפות או קיום כפיפות מועטה להוראות המעסיק, למסגרת זמן או למסגרת עבודה קבועה; קיומו של עסק בעל מערך ארגוני עצמאי; קיומם של לקוחות נוספים מלבד המעסיק; החזקת אמצעי ייצור; נטילת סיכון כלכלי שבצדו סיכוי לרווח; הדרך שבה מוצגים היחסים לצדדים שלישיים (כגון רשויות המס או המוסד לביטוח לאומי).²⁸ ההכרעה הסופית אם מדובר בעובד שכיר או בקבלן עצמאי תיפול לפי המשקל המצטבר של המבחנים השונים, שאף אחד מהם אינו הכרחי כשלעצמו אך יחדיו הם אמורים להצביע על הכיוון הנכון לסיווג.²⁹

על פי שלא קיבלה שכר בעת עבודתה, ובע"ע (ארצי) 300256/98 אייזיק – תה"ל – תכנון המים לישראל בע"מ, פד"ע לו 817 (2001) הוכר אייזיק כעובד אף על פי שביצע חלקים מעבודתו שלא באופן אישי, אלא באמצעות אדם אחר.

25 פרשת בירגר, לעיל ה"ש 22. יוער כי מבחן ההשתלבות דחק את רגליו של מבחן השליטה, שהיה המבחן המקובל לאיתורם של יחסי עבודה במשפט האנגלי. מבחן זה התמקד באיתורם של יחסי כפיפות, ובפרט שם את מרכז הכובד של יחסי העבודה בזכותו של המעביד לקבוע לא רק מה יעשה העובד אלא גם את האופן שבו תבוצע המלאכה (על מבחן השליטה והמעבר ממבחן זה למבחן ההשתלבות ראו Roscoe T. Steffen, *Independent Contractor and the Good Life*, 2 U. CHI. L. REV. 501, 502 (1935); זמיר "עובד או קבלן", לעיל ה"ש 20, בעמ' 124–126; Otto Kahn-Freund, *Servants and Independent Contractors*, 14 MODERN L. REV. 504 (1951).

26 פרשת בירגר, לעיל ה"ש 25; פרשת מור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 642. ע"ע (ארצי) 300021/98 טריינין – חריש, פד"ע לו 433, פסק דינו של הנשיא אדלר (2002).

27 ראו למשל את דברי הנשיא אדלר בפרשת צדקא, לעיל ה"ש 2, בעמ' 655, שם ניסה הנשיא להגדיר את העובד העצמאי דרך מבחני הפן השלילי של מבחן ההשתלבות.

28 פרשת טריינין, לעיל ה"ש 26, שם; פרשת בירגר, לעיל ה"ש 25; פרשת סרוסי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 830; פרשת מור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 645–646; פרשת אלקטרה, לעיל ה"ש 22; פרשת שמן, לעיל ה"ש 22; זמיר "עובד או קבלן", לעיל ה"ש 20, בעמ' 131–132. לדמיון הקיים במבחנים שפיתחה הפסיקה בארצות הברית בשאלה זו ראו Muhl, לעיל ה"ש 1, בעמ' 5.

29 כמאמר הנשיא גולדברג בדב"ע נב/254-3 פריץ – מפעל הפיס, פד"ע כו 372, 380 (2004): "[...] את התשובה לשאלת קיום יחסי עובד-מעביד, לומד בית-הדין ממשקלם המצטבר של מכלול המבחנים; במקרים כגון זה שבפנינו, אין בית-הדין נזקק למבחנים כאל אמות מידה מוחלטות, אלא שכל מבחן

מבחינים אלה תורמים להבחנת העובד העצמאי מהשכיר, אולם אינם מספקים הגדרה ממצה לעובד העצמאי כמושא לזכויות מעין-עבודתיות, בראש ובראשונה מאחר שאינם מאפשרים להבחין בין המושג הכללי של "קבלן", התופס כל ישות משפטית המספקת שירותים ללקוחותיה, בין שמדובר באדם בודד או בחברה גדולה, לבין המושג המצומצם של "העובד העצמאי" המוכל בו.³⁰ אמנם מבחני הפסיקה פותחו על רקעם של סכסוכים שעירבו לרוב אדם בודד או מעסיק זעיר בתפקיד העובד התובע זכויות סוציאליות ולא חברה גדולה או מעסיק רב-עובדים,³¹ ויש להניח שישות משפטית מהסוג האחרון לא תעלה על דעתה להגיע לבית הדין לעבודה ולתובע זכויות כשל עובד. אולם אין די בכך, משום שהמבחנים אינם מאפשרים להבחין בין שני המושגים, הבחנה נדרשת אם ברצוננו לבחון את האפשרות להחיל הגנות "מעין-עבודתיות" על העבודה העצמאית ולהגן רק על הנזקקים לכך.³² אין להסתפק אפוא בהגדרת "הקבלן/העצמאי" שמספקים מבחניה של פסיקת העבודה; עלינו להוסיף עליה שיקולים שיבחינו בין קבלן במובנו הכללי והרחב לעובדים עצמאיים הראויים להגנת הדין.

הטעם השני לאי-מיצויים של מבחני הפסיקה את הגדרת העובד העצמאי הוא שאין בהם כדי לספק הגדרה ממצה אף לעובד השכיר. מאחר ששתי ההגדרות הן על פי רוב תמונת ראי האחת לחברתה, הגדרת העצמאי שמספקים דיני העבודה פגיעה לאותם

מהווה סממן, ואל ההכרעה מגיע בית-הדין לאחר שקילת מצבור הסממנים שבכל אחת מכפות המאזניים".

30 טלו לדוגמה את הגדרת השופט טל בפרשת מור, לעיל ה"ש 2, הסבור כי "קבלן עצמאי" הוא מי שמחזיק ב"עסק הנהנה מייעול העבודה ומהחיסכון בהוצאות [...] נושא בעול ההשקעות באמצעי ייצור ובהון חוזר [...] יוזמה, ארגון, סיכויי רווח וסכנת הפסד" (שם, בעמ' 636), ובמקום אחר: "מי שזכאי לתשלום רק בעבור תוצאה להבדיל ממאמץ" (שם, בעמ' 635). מלבד העובדה שמאפיינים אלה לא הכרחיים להגדרת העצמאי (טלו לדוגמה קבלני תיקונים, המקבלים שכר בסיסי עבור עצם הביקור בבית הלקוח או בדיקת המכשיר הזקוק לתיקון; שכרם של אלה ישתלם להם גם אם בסופו של דבר לא יצלח התיקון או יתברר כי עלותו גבוהה מכפי שמוכן הלקוח לשלם, קרי קבלן עצמאי יכול ששכרו ישתלם עבור מאמץ ולא דווקא עבור תוצאה), אף אין ביכולתם להבחין בין תאגיד רב-עובדים לבין אדם בודד המחזיק בעסק פרטי. גם המאפיינים שמונה הנשיא ברק באותה פרשה – מערך ארגוני עצמאי, השקעה עצמאית בתשתיות, סיכון כלכלי וקיומם של לקוחות במנותק ובאופן עצמאי מהמעסיק – רלוונטיים לכל בעל עסק, גדול כקטן (שם, בעמ' 642).

31 פסקי הדין הקרדינליים שקבעו הלכות בסוגיה זו – פרשת בירגר, לעיל ה"ש 25; פרשת צדקא, לעיל ה"ש 2; פרשת מור, לעיל ה"ש 2; פרשת סרוסי, לעיל ה"ש 24; פרשת טריינין, לעיל ה"ש 26; פרשת אייזיק, לעיל ה"ש 24 ועוד – כולם העמידו במרכזם אדם בודד ולא גוף רב-עובדים. מתוכם פסק הדין היחיד שעסק באדם שהעביד אחרים היה פרשת טריינין, וגם בפרשה זו היה מדובר במעסיק זעיר: 3–5 עובדים, ובהם בתו של התובע.

32 ניסיון לראות בכל הקבלנים עובדים עצמאיים, יהא מספר מועסקיהם והיקף פעילותם העסקית אשר יהא, אינו מתיישב אף לא עם אחת מההגדרות הקיימות כיום לעובד העצמאי במחקר התעסוקה בישראל. ראו פירוט לעיל בפרק א.1.

קשיים המובנים בהגדרת השכיר: גבולות עמומים, היעדר יכולת להצביע על תנאים הכרחיים או מספקים לקיומם של יחסי עבודה ותוצאה שיכולה להשתנות מהותית ממקרה למקרה.³³ זאת ועוד, הדיון במאפייני העצמאי בפסיקת העבודה נערך כדי לקבוע מיהם העובדים שאינם ראויים להגנת דיני העבודה, ולפיכך אין תמה שאין הוא מתמקד באותם מאפיינים שיכולים דווקא להצדיק את הגנת הדין – גם אם הגנה שונה מזו של דיני העבודה.

3. לקראת הגדרה תכליתית של העובד העצמאי

אל מול הקשיים המתגלים במבחנים המסורתיים ראוי לשוב ולדקדק בתכליות דיני העבודה, שכן ככל שקיימת הצדקה למתן זכויות מעין-עבודתיות לעובדים עצמאים, הרי שזו מצויה בתכליות אלה. הצדקה כאמור, אם תימצא, יכולה להוליך את הבחינה התכליתית בשני מסלולים אפשריים: הרחבת תחולתם של דיני העבודה על העובדים העצמאים והרחבת תחולתן של תכליות דיני העבודה למשפט הפרטי. טרם ניגש לבחינת התכליות עצמן, חשוב להתעכב בין שני מסלולים אלה.

למסלול הראשון יש כיום מהלכים בפסיקה. שורשיו נטועים בגישת הפרשנות התכליתית, הדוגלת בבחינת המושג "עובד" לפי תכליתו של ההקשר החקיקתי הקונקרטי שבו הוא מעוגן. לפי גישה זו, תכליתו של דבר חקיקה א יכולה לחייב הגדרה מסוימת של עובד, ואילו תכליתו של דבר חקיקה ב יכולה לחייב הגדרה אחרת.³⁴ הפרשנות התכליתית מוצגת לעתים כחלופית למבחנים המסורתיים,³⁵ אולם מתאים יותר לראות בה אמצעי פרשני כללי, החולש על הסיווג "ממעוף הציפור" ומסייע לפיתוחם וליישומם של מבחנים שונים לפי שינויי העתים. מטבע הדברים הפנייה לעקרונות הכלליים מתעוררת

33 ראו את מסקנותיו של זמיר במאמרו "עובד או קבלן", לעיל ה"ש 20, שלפיהן אי אפשר תמיד לקבוע אמות מידה ברורות, חד-משמעיות ותקפות להבחנה בין עובד לקבלן. הפסיקה מתקשה לקבוע אמות מידה ברורות לא רק להבחנה בין העובד השכיר לעצמאי אלא גם בין העצמאי למשתתף החופשי; ראו בפרשת צדקא, לעיל ה"ש 2, בעמ' 659–660. עוד על המשתתף החופשי בפסיקה ראו להלן ה"ש 39–40 והטקסט הצמוד להן.

34 פרשת מור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 647; בג"ץ 55/62 אזולאי נ' ראש עיריית צפת, פ"ד טז 1465, 1469 (1962); בג"ץ 12/51 מזרחי נ' עיריית ירושלים, פ"ד ה(1) 666, 675 (1951); פרשת סרוסי, לעיל ה"ש 24, פסק דינו של השופט חשין; גולדברג "על מהותם של יחסי עובד-מעביד", לעיל ה"ש 20, בעמ' 84–85; אדלר "מכפיפות לתכלית", לעיל ה"ש 20, בעמ' 26. לדעה הדוגלת במתן משמעות שונה לעובד בחוקים שונים ראו פרשת סרוסי, שם; בג"ץ 6859/98 אנקונינה נ' פקיד הבחירות אור עקיבא, פ"ד נב(5) 443 (1998). ולדעה החוששת ממתן פרשנות שונה למונח "עובד" בחוקי עבודה שונים ראו את דברי השופט רבינוביץ בפרשת צדקא, לעיל ה"ש 2.

35 ראו למשל דברי הנשיא אדלר בפרשת טריינין, לעיל ה"ש 26, בעמ' 450: "לדידי, נסיבות המקרה שבפנינו אינן מצביעות על עבודה בחבנית העסקה חדשה או בלתי שגרתית ולכן אין מקום ליישם את מבחן התכלית [...]".

במקרים קשים שבהם המבחנים הרגילים אינם מספקים תשובה ברורה.³⁶ במקרים אלה השימוש בפרשנות התכליתית נעשה לצורך הרחבת תחולת דיני העבודה לקבוצות אוכלוסייה נוספות של עובדים, שלא היו נחשבים עובדים לפי המבחנים המקובלים.³⁷ אם כן, לפי הגישה התכליתית, לא מן הנמנע כי עובדים עצמאים יזכו בזכויות סוציאליות מסוימות אף על פי שברגיל אינם נחשבים לעובדים.

אלא שפרשנות לחד ומציאות לחד. עד כה כל אימת שהזדמן לבית המשפט סכסוך קונקרטי שבו עמדה על הפרק האפשרות להכיר בעובד עצמאי כמושא לזכויות עבודה מסוימות, העדיפה הפסיקה לקבוע כי התובע הוא עובד לכל דבר ועניין ולא לסווגו כעובד להקשר מסוים בלבד.³⁸ נטייה זו בולטת במיוחד בעניין יציר הביניים הפסיקתי הקרוי "משתתף חופשי". המשתתף החופשי נברא כדי לתאר הקשרים תעשייתיים מסוימים שבהם אדם לכאורה אינו עובד – אך גם אינו קבלן: הוא "משתתף" במקום העבודה ותורם לו לפי צורכי המעביד, אך הוא "חופשי" יותר מעובד רגיל בעבודתו. לכאורה מתבקש שאם קיים מעמד ביניים כזה, המצוי בתווך בין עובד וקבלן, יוענקו לו לכל הפחות זכויות עבודה מסוימות. דא עקא שהפסיקה נרתעה עד כה מקביעה זו. היא אמנם הכירה בקיומו של מעמד המשתתף החופשי, אולם נמנעה מלהעניק לו נפקות אופרטיבית עצמאית וקבעה שדינו זהה לזה של עובד עצמאי.³⁹ התוצאה היא שהגישה

36 לעניין השאלה אימתי ניוקק ל"מבחן התכלית" ראו את עמדותיהם השונות של הנשיא אדלר וסגנית הנשיא ברק בפרשת טריינין, לעיל ה"ש 26; כן ראו פרשת צדקא, לעיל ה"ש 2, בעמ' 649 למטה, ובעמ' 650 ואילך (פסק דינו של הנשיא אדלר) וכן בעמ' 675 (פסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ארד). בנוסף ראו אדלר "מכפיפות לתכלית", לעיל ה"ש 20, בעמ' 31, 34.

37 ראו שם, בעמ' 25, וכן בעמ' 37–38.

38 ראו את ניתוחם של שלושת השופטים בפרשת מור, לעיל ה"ש 2 (השופט טל, בדעת מיעוט, קבע כי התובע כלל אינו עובד); דעת הרוב בפרשת צדקא, לעיל ה"ש 2, בעמ' 673–674. אמנם, בפרשת סרוסי, לעיל ה"ש 24, נקבע שנבחר ציבור יכול להיחשב עובד לצורך קבלת דמי אבטלה, אולם פסיקה זו לא תורגמה לנכונות לעשות כן גם בעניינו של העובד העצמאי – ולראיה פסק הדין בפרשת צדקא, המאוחר לזה שניתן בפרשת סרוסי. יתר על כן, הן בפרשת סרוסי והן בפרשות אחרות נקבע שאף על פי שלמושג "עובד" אין משמעות אוניברסלית, יש לו משמעות אחת וקבועה בתחומם המוגדר של חוקי המגן בעבודה. ברק בפרשת מור ואדלר בכתביו ("מכפיפות לתכלית", לעיל ה"ש 20, בעמ' 33) עוד הותירו פתח לפריצת אחידות ההגדרה גם בקבוצה סגורה זו של חוקים, אולם הדבר טרם יושם בפועל.

39 ראשיתו של מושג "המשתתף החופשי" בדב"ע (ארצי) לג/9-3 רשות השידור – סיוון, פד"ע ד 520 (1973), שם נקבע כי ד"ר סיוון, שהעביר תכנית רדיו שבועית לרשות השידור, לא היה עובד הרשות כי אם משתתף חופשי בה, שאינו זכאי להגנת דיני העבודה. בפרשת מור, לעיל ה"ש 2, קבע בית המשפט העליון כי קטגוריית המשתתף החופשי אינה מתייחדת לענף התקשורת, אולם חזר בשנית על ההלכה שלפיה משתתף חופשי אינו זכאי להגנת דיני העבודה. השופט טל קבע כי המשתתף החופשי "איננו קטגוריה בפני עצמה אלא רק תיאור של מצב ביניים", וציין כי "את המטרה [לפרוס את חסות חוקי המגן הסוציאליים גם על סוגי אנשים שאינם 'עובדים' ממש, אך גם אינם בעלי עסק עצמאי –

התכליתית, בפועל, לא הצליחה עד כה לקדם את כניסתה של העבודה העצמאית – ולו רק צורות מתונות וחלקיות שלה, כמשתתף החופשי – לדיני העבודה.⁴⁰

נב"ק] יש להשיג באמצעות האיגודים המקצועיים ובאמצעות חקיקה, ולא על-ידי פרשנות מאולצת של המושג 'עובד' שתחול גם על משתתף חופשי" (שם, בעמ' 636). בהמשך התייחסו השופטים למעמד הביניים "מעין-עובד", הנוהג בדין הגרמני וזוכה לזכויות סוציאליות חלקיות; השופט גולדברג התנגד להחלה חלקית כאמור וקבע כי "המשפט הישראלי אינו מבחין, לעניין תחולת משפט העבודה, בין 'משתתף חופשי' ובין 'משתתף אורח' – זה כזה לא ייחשב כ'עובד' [...] ההיקש מהדוקטרינה של 'מעין עובד' הנהוגה במשפט הגרמני, אינו תואם את מערכת דיני העבודה בשיטתנו. שכן, בעוד שבמשפט הגרמני ייחנה אותו 'דמוי-עובד' מזכויות חלקיות [...] הרי שבמשפט הישראלי הוא ייחשב כ'עובד' לכל דבר לעניין משפט העבודה, ויחנה ממלוא הזכויות המוקנות ל'עובד' [...] החוק הישראלי אינו יוצר הבחנה בין דרגות שונות של עובדים, ועל-כן ספק הוא אם יש מקום בשיטתנו למעמד של 'מעין-עובד'" (שם, בעמ' 649). אף הנשיא ברק, שמבין שופטי ההרכב גילה את האהדה הרבה ביותר לקונסטרוקציית ה"מעין-עובד", נמנע מלאמצה במפורש; בפסק דינו קבע כי המשיב היה עובדו של העותר, ולא משתתף חופשי או מעין-עובד (שם, בעמ' 644–645, וכן בעמ' 647). בפרשת צדקא, לעיל ה"ש 2, עשה הנשיא אדלר ניסיון לשנות את ההלכה ולהחיל זכויות עבודה מסוימות על המשתתף החופשי. אדלר נותר במיעוט, והשופטת (כתוארה אז) ארד, בדעת רוב, שללה את עמדתו במפורש וציינה כי המשתתף החופשי, כמוהו כעצמאי, מצוי מחוץ ליחסי העבודה המסורתיים (שם, בעמ' 673, 680). עם זאת ארד הותירה פתח להחלת זכויות מתחום העבודה והביטחון הסוציאלי גם על מי שאינו עובד, "ברבות הימים עם השתנות העיתים", אם הדבר ימצא מוצדק לאור תכלית החוק הרלוונטי ונסיבות העניין (שם, בעמ' 673 ואילך).

40 כאן המקום לציין את הצעת חוק המשתתף החופשי, התשס"ט–2009, המבקשת לשנות מהמצב הקיים ולהקנות למשתתף החופשי זכויות עבודה מסוימות. הצעת החוק מגדירה את מערכת היחסים בין המזמין למשתתף החופשי כך: "מזמין" – מי שאצלו, בשירותו או עבורו מתבצעת העבודה האישית של המשתתף החופשי; "משתתף חופשי" – מי שהוא בעל מקצוע או בעל ידע מיוחד שהתקשר בחוזה עם מזמין לשם ביצוע עבודה אישית שלא על בסיס קבוע, ושלפחות 75% מהכנסתו מגיעה אישית לפי סעיף (1)2 או (2)2 לפקודת מס הכנסה באותה תקופת התקשרות מקורם בהתקשרות עם אותו מזמין. על משתתף חופשי כהגדרתו בהצעה הוחלה סדרה של חוקים, כגון חוק הגנת השכר, התשי"ח–1958, חוק שכר מינימום, התשמ"ז–1987, חוק דמי מחלה, התשל"ו–1976, חוק עבודת נשים, התשי"ד–1954, חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח–1988 ועוד, וכן כמה צווי הרחבה. עוד נקבע כי הוראות החוק קוגנטיות. משמע, בהתקיים קשר עבודה אישי ולא קבוע, בצירוף תלות כלכלית ניכרת במעסיק אחד – יסווג המשתתף החופשי כעובד לכל דבר ועניין (כמעט). ההצעה טרם עלתה לקריאה ראשונה. גישתה של הצעת החוק נושאת דמיון ניכר לרפורמה שבוצעה בשנים האחרונות בספרד בכל הקשור לעובד העצמאי ובפרט ל"עובד העצמאי המדומה" (bogus self-employed) שהוגדר בחוק *Estatuto del Trabajador Autónomo*, 20/2007, ומאוחר יותר בצו המלכותי 197/2009, כ-"economically dependent self-employed worker". עובד זה צריך שיהיה לו לקוח אחד מרכזי, שבו הוא תלוי לצורך הפקת 75% מהכנסתו לכל הפחות. ראו ברוח הנציבות האירופית: Miguel Gutierrez Perez, *Expert Report: Self-Employment and Bogus Self-Employment in the Construction Industry in Spain*, in SELF EMPLOYMENT AND BOGUS SELF-EMPLOYMENT IN THE EUROPEAN CONSTRUCTION INDUSTRY: ABSTRACTS OF 11 COUNTRY REPORTS (2009), available at www.efbww.org/pdfs/Final%20report%20Spain.pdf; וכן באתר Eurofound: www.eurofound.europa.eu/comparative/tn0801018s/es0801019q.htm (נצפה לאחרונה ב-9.1.2012).

המסלול השני של הבחינה התכליתית הוא המסלול שברצוני לפתח ברשימה זו. כיוונו הפוך: במקום להשתמש בתכליות משפט העבודה להרחבת תחולתם של חוקי המגן לקבוצות אוכלוסייה נוספות, מקרין הוא מתכליות דיני העבודה למשפט הפרטי. הצעידה במסלול זה חשובה דווקא משום שאיני מבקשת למוטט את החיץ בין עובדים שכירים ועצמאים; גם אם הגבול ביניהם עשוי לעתים להיות דק מדק, וגם אם בשל עמימות הגבול פולשים שני המושגים האחד לטריטוריה של האחר, ליבותיהם עודן מובחנות זו מזו. משום כך ראוי להוסיף ולטפל בכל אחד מהם בסביבתו הטבעית. באשר לעובד העצמאי פירושו לבחון אם קיימים כלים במשפט הפרטי שאפשר בכל זאת להתאים לצרכיו כעובד.⁴¹ במסלול זה תשמשי הגישה התכליתית כדי לחלץ את המאפיינים המרכזיים של יחסי העבודה המצדיקים מתן הגנה לעובדים באשר הם עובדים. לאחר מכן אבחן אימתי מתקיימים מאפיינים אלה בעובדים העצמאים, ואילו משמעויות יש ליתן להם בסביבה משפטית שהיא חיצונית לדיני העבודה. יודגש כי שני מסלולי הבחינה התכליתית אינם מוציאים זה את זה. כפי שאראה בפרק הרביעי לרשימתי, ייתכן בהחלט שנזדקק לשילוב שני המסלולים כדי להגן הגנה אפקטיבית על המנעד הרחב והמגוון של העובדים העצמאים – שחלקם קרובים לקוטב העובד השכיר הטיפוסי וחלקם קרובים לקוטב העובד העצמאי הטיפוסי. בדרך זו יש לצעוד בריסון המתבקש, בשים לב לכך שמתן זכויות מעין-עבודתיות לעובדים עצמאים הוא שדה משפטי שטרם נחרש לעומק, ויש ללמוד כיצד לעבוד בו בהדרגה. את הדרך ברשימה זו אתחיל כאמור במסלול השני, ולצורך כך אקדים ואגש לבחינת המאפיינים העיקריים של יחסי העבודה שיכולים להצדיק מתן הגנה לעובדים באשר הם עובדים – גם אם הם עובדים עצמאים.

41 דוגמה לניסיון לילך במסלול זה אפשר למצוא בדירקטיבה EEC/86/653 של האיחוד האירופי, שביצעה הסדרה של יחסיהם של self-employed commercial agents עם לקוחותיהם, כולל הוראות לעניין תשלום מינימלי, הודעה מוקדמת על סיום היחסים ופיצויים לעת סיום ההתקשרות. כפי שמציין פרופ' פול דיויס, הדירקטיבה יוצרת משטר משפטי חיצוני לדיני העבודה אך מושפע מאוד מתכליות דיני העבודה. היתרון של משטר מעין זה הוא ביכולתו "לתפור" במדויק כללי עבודה המתאימים לקבוצה המסוימת של העובדים העצמאים שאת עניינה רוצים להסדיר. אולם לדרך זו ישנו גם חיסרון משמעותי, והוא המאמץ היקר הכרוך בעיצוב נורמות פרטניות (על פני הרחבה גורפת של דיני העבודה לקבוצות אלה). החלק הרלוונטי ממאמרו של דיוויס: Paul L. Davis, *Wage Employment and Self-Employment – A Common Law View*, in REPORTS TO THE 6TH EUROPEAN CONGRESS FOR LABOUR LAW AND SOCIAL SECURITY 165, 188–190 (Jerzy Buzek ed., 1999), מצוטט אצל אדלר "מכפיפות לתכלית", לעיל ה"ש 20, בעמ' 28–29. יוער כי ברשימה זו איני מתיימרת לילך בדרך דומה לזו של הדירקטיבה וליצור משטר כולל המתאים רק לעובדים עצמאים מסוימים; כוונתי היא לבודד עקרונות מסוימים שיאפשרו לבחון מכשירים רבים במשפט הפרטי ולכווננם להגנה על עובדים עצמאים.

אם כן, מהם המאפיינים העומדים בשורש ההצדקה החברתית להגן על עובדים? המאפיין המרכזי של יחסי העבודה, שנתפס מראשית דרכם של דיני העבודה כהצדקה להתערבות בחופש החוזים ולרגולציה מצד המדינה, הוא פערי כוחות ואי-שוויון בכוח המיקוח (unequal bargaining power). מאפיין זה עומד בבסיס התשתית האידאולוגית המוצהרת של דיני העבודה: לפצות על נחיתותם הכלכלית של העובדים ולהביא ליתר איזון בחלוקת הכוח והעושר בחברה.⁴² בפרשת מור מתאר השופט טל את חוסר השוויון ביחסי הכוח ביחסי העבודה בזו הלשון:

על-פי רוב, יחסי הכוחות בין עובדים למעבידים אינם מאוזנים, והצדק החברתי מחייב התערבות להגן על העובד. דיני העבודה נועדו אפוא למנוע ניצולם של עובדים ולהגן על מעמדם, משום שאילו הדבר הושאר ל'כוחות השוק' ולדיני החוזים, מעמדם של העובדים היה עלול להיפגע.⁴³

על מרכזיותם של פערי המיקוח בדיני העבודה נכתבו תלי תלים של מאמרים,⁴⁴ וגם בפסיקה בישראל נודע להם מקום מרכזי ביותר.⁴⁵ מאפיין זה מתאר מצב שבו אחד

42 ראו באופן כללי את Kahn-Freund, *Legal Framework*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 14–26 (Some SIMON DEAKIN & GILLIAN S. MORRIS, *LABOUR LAW* 131; *reflections on Law and Power* (2nd ed. 1998); MICHAEL POOLE, *THEORIES OF TRADE UNIONISM: A SOCIOLOGY OF INDUSTRIAL RELATIONS* (1984); פרנסיס רדאי "ארבעים שנה לדיני העבודה" משפטים יט 787 (1989).

43 פרשת מור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 637 (פסק דינו של השופט טל); ראו גם דברי השופט גולדברג שם, בעמ' 648: "מידת ההרחבה של הגדרת 'עובד' הינה פועל יוצא מן המטרה הסוציאלית של הגנה על מי שבשל נחיתותו היחסית ותלותו במעביד טעון הגנה [...] נחיתות יחסית זו של העובד נובעת בעיקרה מכוח המיקוח המוגבל הנתון בידו בקביעת תנאי ההעסקה, ומהצורך שלו ביציבות ובוודאות כלכלית לאורך זמן, המגבילות את יכולת הניידות שלו ממקום עבודה אחד לאחר ויוצרות את תלותו במעסיק".

44 ראו למשל: 152 MAX WEBER, *THE THEORY OF SOCIAL AND ECONOMIC ORGANIZATION* (Anketell M. Henderson & Talcott Parsons trans. & eds., 1947); OTTO KAHN-FREUND, *LABOUR AND THE LAW* 8 (1972) (כהן-פרוינד כותב שם כי המטרה העיקרית של דיני העבודה (principal purpose) היא לשמש "Countervailing force to counteract the inequality of bargaining power which is inherent and must be inherent in employment relationship"; PAUL DAVIES & MARK FREEDLAND, *KAHN-FREUND'S LABOUR AND THE LAW* 1–20 (3rd ed. 1983); Lammy Betten, *The Role of The Contract in Transforming Labour Relations, in THE EMPLOYMENT CONTRACT IN TRANSFORMING LABOUR RELATIONS* 1–2 (Lammy Rookes v. Barnard, [1964] A.C. 1129 (H.L), 1219; Betten ed., 1995) האדסון, בהתייחסו למטרתו של הפרלמנט הבריטי בחקיקת דיני העבודה, כי: "It is easy now to see that Parliament in 1906 might have felt that the only way of giving labour an equality of bargaining power with capital was to give it special immunities which the common law (did not permit)".

מהצדדים לעסקה ניון ביכולת השפעה על פרטיה ומאפייניה הגדולה מזו של הצד השני בנסיבות הנתפסות כבלתי הוגנות. במישור הנורמטיבי זהו שיקול המצוי בצומת שבין צדק חלוקתי ופטרנליזם, שכן הבסיס להתערבות החברתית מושתת על הצורך לחלק בין הצדדים את משאב הכוח חלוקה שוויונית יותר, ועל ההנחה כי ללא התערבות חיצונית לא יצליח הצד החלש לאזן את משוואת הכוח בעצמו. מצב זה אינו ייחודי לדיני העבודה. זהו כשל שוק נפוץ במשפט הפרטי, המתואר על ידי רבים כהצדקה המרכזית להתערבות המשפט בשוק החופשי ובחופש החוזים.⁴⁶ עם זאת השימוש הנרחב שנעשה בשיקול זה זכה גם לביקורת – הן מצד תומכי השוק החופשי הן מצד הדוגלים בחלוקה מחדש של משאבי החברה – בעיקר בטענה שמדובר בשיקול כוללני יתר על המידה, שאינו מסגיר את הפרמטרים הממשיים להפעלתו.⁴⁷ אולי משום כך התפתח הדין הנורמטיבי

45 פרשת מור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 651; פרשת צדקא, לעיל ה"ש 2, בעמ' 641 (פסק דינו של הנשיא אדלר), ובעמ' 670 (פסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ארד); דב"ע (ארצי) 3-237/97 שמואלי – רשות השידור, פד"ע לו 577, 593 (2001) (פסק דינה של סגנית הנשיא ברק); עע"ם 9241/09 שלג לבן 1986 בע"מ – עיריית אשקלון (פורסם בנוב, 8.7.2010). ההנחה בדבר קיומם של פערים אינהרנטיים בכוח המיקוח בין עובד למעביד היא העומדת ביסוד ההתאגדות בארגוני עובדים והמשא ומתן הקיבוצי. ראו למשל עס"ק (ארצי) 23/10 אקרשטיין תעשיות בע"מ – כח לעובדים, ארגון עובדים דמוקרטי (פורסם בנוב, 24.3.2010). כן ראו זמיר "עובד או קבלן", לעיל ה"ש 20, בעמ' 161–162.

46 לדיון בהצדקות להתערבות ביחסי הכוחות בין הצדדים במשפט הפרטי ראו Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV. L. REV. 1685, 1735–1736, (1976) (להלן: *Kennedy, Form and Substance*). קנדי מציג הן את הטענות האינדיבידואליסטיות, המתנגדות להתערבות המשפט בכוחם הכלכלי של הצדדים, והן את התשובות האלטרואיסטיות, המדגישות שהמשפט מעולם לא היה ניטרלי אלא תמיד היה לו חלק מרכזי ביצירת פערי המיקוח הכלכליים ובשימורם; הכרה בכך שומטת את הקרקע מתחת לטיעון המתנגד להתערבות המשפט כאמור.

47 לעניין הביקורת הכלכלית על אודות התערבות המבוססת על פערים בכוח המיקוח ראו למשל שם. מזווית ראייה אחרת ראו Duncan Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Power*, 41 MD. L. REV. 563 (1982) (להלן: *Kennedy, Distributive and Paternalist Motives*). במאמרו זה טוען קנדי כי שיקול פערי המיקוח מכסה בפועל על שימוש בשיקולים חלוקתיים ופטרנליסטים, שכן הוא מונע מרצון לסייע לצד החלש על חשבון החזק (שם, בעמ' 615) או מבקורת על דרכי ההתמודדות עם סיכונים שנוטל הצד החלש (שם, בעמ' 623). לשיטתו של קנדי, שיקולים של צדק חלוקתי ופטרנליזם מסבירים הסדרים משפטיים שונים טוב יותר, שכן פערי המיקוח אינם מסוגלים להסביר את טיב ההסדר הנבחר אלא רק את הצורך בקיומו של הסדר (שם, בעמ' 618). מסקנה זו אינה מחויבת, ומהעבר השני אין זה ברור ששיקולים חלוקתיים ופטרנליסטיים יעילים יותר בהסברת טיב ההסדר. כך גם באשר לצדק חלוקתי נטען לא אחת ששיקול זה אינו מסוגל להסביר את טיב ההסדר הנבחר אלא רק את הצורך בקיומו. יתר על כן, אף על פי שלא אחת אפשר לפרק את סוגיית פערי המיקוח, משל הייתה וקטור, לכמה ממדים (ממד הצדק החלוקתי, ממד הפטרנליזם, ולעניות דעתי אף לממד

באיה-השוויון ביחסי העבודה לכלול שני מאפיינים נוספים: תלות וכפיפות.⁴⁸ מאפיין התלות מתייחס בעיקר לתלות הכלכלית (economic dependency) של העובד במקום עבודתו ולפיכך במעבידו, אולם חשוב לציין שלתלות יש גם רכיבים חברתיים ופסיכולוגיים.⁴⁹ מאפיין הכפיפות (subordination) מתייחס למרות שמפעיל המעביד כלפי העובד, הבאה לידי ביטוי בחובתו של העובד ככלל לציית להוראות המעביד ולמלא אחר המשימות שזה מספק לו, ולפררוגטיבה הנתונה למעביד לנהל את זמנו של העובד ואת מקום העבודה כענייני רוחו.⁵⁰ ביחד ולחוד שני מאפיינים אלה ממקדים את חוסר השוויון ביחסי הכוחות שבין העובד למעביד בשני מישורים קונקרטיים המצדיקים רגולציה של יחסי העבודה והגנה על עובדים. למעבר בין מישורי ההתבוננות השונים – המישור הכללי והמישורים הקונקרטיים – נודעת חשיבות, שכן הוא מאפשר לנו לבחון הן את הרציונלים הפרטניים המצדיקים הגנה על עובדים והן את הרציונל הכללי המצדיק הגנה זו ומבססה. עם זאת יש לשים לב כי איה-השוויון בכוח המיקוח אינו מתמצה בתלות

שלישי של צדק תועלתני, קיים יתרון גם בדיון מאוחד בתופעה, שיש לה ממשות בחיי המסחר והתעסוקה, היא כשלעצמה. מכל מקום, ברשימה זו לא רק אטען בדבר הצורך בקיומו של הסדר אלא גם אציע גם קווים לטיבו, על סמך הניתוח.

48 על יחסי הגומלין שבין מאפייני התלות והכפיפות ראו פרשת מור, לעיל ה"ש 2, פסק דינו של הנשיא ברק בעמ' 650; DAVIES & FREEDLAND, לעיל ה"ש 44, שם; Bettin, לעיל ה"ש 44, שם; מחקר ההשוואתי של ארגון Eurofound, שמצא כי מרכיב המפתח בהגדרת יחסי עבודה במדינות אירופה שנסקרו במחקר הוא יחסי שליטה וכפיפות, והתלות הכלכלית משנית לכך – אך זוהי לתנופה בעת המודרנית עקב הנסיונות להתמודד עם צורות העסקה חדשות: ROBERTO PEDERSINI, EUR. INDUS. RELATIONS OBSERVATORY, 'ECONOMICALLY DEPENDENT WORKERS', EMPLOYMENT LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS (June 14, 2002), available at Guy Davidov, *The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection*, 52 U. TORONTO L.J. 357, 361 (2002) (להלן: Davidov, *The Three Axes*). לשיטתו של Davidov, הנטייה לסווג את יחסי העבודה לפי כפיפות/שליטה (control/subordination) ותלות כלכלית (economic dependency) מאפינת את מרבית שיטות המשפט בעולם (שם, בעמ' 365–371). הוא תומך בכלליות בסיווג זה, אך סבור שאינו ממצה את הבעיה. לשיטתו, את התלות הכלכלית יש לבחון בעיקר כחוסר יכולת לפזר סיכון על פני כמה מעבידים, ולצדה יש לבחון גם את התלות הפסיכולוגית והחברתית של העובד במקום עבודתו. לצד האמור את מבחן הכפיפות/שליטה יש לשיטתו להחליף בבחינה אם "חסרים דמוקרטיים" מאפיינים את יחסי העבודה. שם, בעמ' 376 ואילך, בעמ' 394 ואילך.

49 שם.

50 מאפיין הכפיפות-מרות הוא האומד המרכזי בשיטות משפט רבות להכרעה בדבר קיומם של יחסי עבודה: PEDERSINI, לעיל ה"ש 48, שם; זמיר "עובד או קבלן", לעיל ה"ש 20, בעמ' 120–121. גם בשיטתנו היה זה המבחן המרכזי עד לעלייתו של מבחן ההשתלבות, וכיום הוא משתבץ במכלול מבחני המשנה שנסקרו לעיל. שם; פרשת בירגר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 186–189.

ובכפופות. גם בהיעדר כפיפות במובנה המקובל, ועוד לפני שנוצרת תלות כלכלית, צדדים הנושאים ונותנים על עסקה למתן שירותים עשויים לעשות כן מעמדות כוח לא שוויוניות, שישפיעו על הדרך שבה יעוצבו יחסיהם בהמשך.

לטעמי, ההצדקה להתערבות ביחסי העבודה העצמאית מותנית בהתקיימות ניכרת – גם אם לא מלאה – של המאפיינים הניצבים בבסיס דיני העבודה בעניין העובדים העצמאים. חשוב להדגיש שעסקינן לא בעובדים סמויים, המכונים עצמאים אך בפועל העצמאות היא מהם והלאה אלא בעובדים עצמאים שעל אף עצמאותם זקוקים להגנה. ביסוס ראשוני לכך אפשר למצוא בממצאים העובדתיים שנסקרו לעיל בפרק א.1. כזכור, הממצאים מלמדים שמרבית העובדים העצמאים עובדים שעות רבות יותר; מרוויחים פחות מעובדים שכירים; חלק ניכר מהם משכיל פחות מהעובדים השכירים; שיעור קבוצות האוכלוסייה החלשות בקרבם גבוה יחסית. נתונים אלה מלמדים על נחיתות כלכלית וחברתית בשוק התעסוקה ומרמזים כשלעצמם על חוסר שוויון ביחסי הכוחות שבין עובדים עצמאים ומזמיני השירות שעמם הם עובדים. אמנם עובדים עצמאים אינם פועלים בדרך כלל במסגרת של כפיפות. זוהי הסיבה העיקרית שבשלה אין הם יכולים להשתבץ כפשוטו בדיני העבודה, שכן קיומו של מעביד הוא תנאי מכונן לתחולת מרבית הוראות דיני העבודה, ובהיעדר יחסי כפיפות יקשה לאתר מיהו מעבידם של עובדים אלה. עם זאת בתנאים מסוימים עשויים העובדים העצמאים לחוות בכל זאת יחסי כפיפות, ככל שהשירות שהם מספקים כללי יותר ומוגדר פחות ומחייב מידה רבה יותר של זמינות וגמישות לצורכי המעביד (ולכן גם מונע מהם להיות אדונים לזמנם וחופשיים לארגן את עבודתם ככל שירצו). ועוד, גם בהיעדר יחסי כפיפות עשויים העובדים העצמאים להימצא בעמדת נחיתות, המונעת מהם למצות את זכויותיהם וגורמת להם לפתח תלות כלכלית במזמינים השונים. כאשר עמדת הנחיתות שבה הם מצויים היא ניכרת, וכאשר תלותם הכלכלית גדולה, היעדרו של שיקול הכפיפות אינו מצדיק התעלמות מהצורך להגן על העובדים העצמאים ולפצות על חולשתם היחסית. זאת בפרט נוכח העובדה שחולשה זו מאפיינת היבט כה נכבד ומרכזי בחייהם האישיים והמקצועיים – עבודתם.

ואכן, מבט עדכני על דיני העבודה מגלה כי בישראל ובעולם מאפיין התלות הכלכלית מודגש כיום יותר ממאפיין הכפיפות, עקב התובנה כי תלות כלכלית לבדה עשויה להצדיק הגנה חברתית. לתובנה זו יש הדים משתמעים בפסיקת העבודה בישראל,⁵¹ והיא

51 כך נקבע כי "נשוא משפט העבודה הוא 'העבודה שיש בה תלות', וה'עובד' שבו מדובר הוא זה ש'תלוי בזולת שאצלו הוא עובד' [...]" (שם, בעמ' 188). עוד ראו פרשת מור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 638; פרשת צדקא, לעיל ה"ש 2, בעמ' 658. מקרה כוחן לעניין זה הוא הדיון שעורכת הפסיקה בכמה פסקי דין בסוגיית "המשתתף החופשי". הדיון בתכליות העבודה מפותח ומעמיק יותר באשר למושג זה מאחר שמדובר בתבנית עבודה שטרם הותוו בבירור גבולותיה ומאפייניה. לפיכך כאשר נדרשת הפסיקה לסווג אדם כמשתתף חופשי, בדרך כלל הדיון ביחס שבין השיקולים השונים מעמיק מזה

מקבלת הכרה מפורשת במדינות שהסדירו בחוק הגנות מעין-עבודתיות בשביל עובדים עצמאים או מעין-עובדים.⁵²

הביטוי של תלות במערכת יחסי העבודה העצמאית עשוי להיות רבגוני למדי. מבלי להתיימר לכסות את כל מנעד הביטויים של תלות במזמין העבודה אפשר להצביע על כמה מצבים אפשריים. ראשית, יש לבחון את היקף העלות השקועה של העובד העצמאי בעסקת השירותים שבינו לבין המזמין. ככל שסוג העבודה או השירות שמבצע העובד העצמאי דורש השקעה גדולה יותר מצדו קודם למועד התשלום הנוהג בעסקאות מסוג זה, כן עשוי העובד העצמאי למצוא עצמו, לאחר שהשקיע זמן, עמל וחומרים בעבודה, בהפסד ניכר אם שכרו לא ישולם, או אם לא ישולם במועד. מאפיין זה מתחדד ככל שהעבודה שנעשית בשביל המזמין היא ייחודית וספציפית, דבר המקשה על מזעור הנזקים באמצעות הסבת התוצר לשימוש של מזמין אחר. שנית, יש לבחון את ההיקף הכלכלי של עבודת העצמאי. ככל שעסקו של העובד העצמאי פועל בהיקפים קטנים יותר, דבר שעשוי לבוא לידי ביטוי בגודל העסק ובמספר המועסקים בו, יש להניח שתלותו בגורמים החיצוניים שעמם הוא עובד גדלה. שלישית, יש לבחון את משך ההתקשרות העסקית בין העובד העצמאי למזמין. ככל שמערכת היחסים בין הצדדים נמשכת זמן רב יותר, אזי גם אם העסקאות המרכיבות אותה הן בהיקף קטן יחסית, בחלוף הזמן עשויה להיווצר לעובד העצמאי תלות כלכלית ניכרת במקור הפרנסה שמספק לו המזמין. לבסוף יש לבחון את התלות הכלכלית הכללית בין העובד העצמאי למזמין השירות. ככל שחלק ניכר מתפוקת עבודתו של העובד העצמאי או כולה נעשית בשביל מספר מצומצם של מזמינים, תלותו בהם גדלה.

בנוסף, יש לבחון פערים ספציפיים בכוח המיקוח בין העצמאי למזמין שאינם מתמצים בפניה השונות של התלות. למשל, כאשר העובד העצמאי פועל בשוק דינמי ותחרותי מאוד, שבו כוח המיקוח שלו לעומת המזמינים השונים קטן, הוא עשוי למצוא עצמו בעמדת נחיתות בשמירה על זכויותיו בעסקה. שוק תחרותי הוא אמנם יעד לכלכלי

שבסיווגו של עובד או קבלן סתם. מעניין לראות אפוא שאף על פי שהוקדש דיון נרחב לשאלת כפיפותו של המשתתף החופשי, משקלו של מאפיין זה בתוצאה הסופית פחות ממשקלו של מאפיין התלות הכלכלית. ראו שם, ובפרט בעמ' 667; פרשת מור, שם.

52 ראו DEAKIN & MORRIS, לעיל ה"ש 42, בעמ' 171 (שבו מתארים המחברים את מעמד ה-quasi-dependent labour שנוצר בבריטניה באשר למספר מצומצם של תבניות העסקה, ובהן מתמחים, עובדים עצמאים תלויים, עובדים מהבית ועובדים זמניים, הזוכים בשל תלותם הכלכלית למעמד כשל עובדים); PEDERSINI, לעיל ה"ש 48, שם. כן ראו את הרפורמה שבוצעה לעניין זה בספר, לעיל ה"ש 40, ואת הוראות הדין הגרמני: Edith Gross, *Self-Employment and Bogus Self-Employment in the Construction Industry in Germany*, in SELF EMPLOYMENT AND BOGUS SELF-EMPLOYMENT IN THE EUROPEAN CONSTRUCTION INDUSTRY: ABSTRACTS OF 11 COUNTRY REPORTS 40-42 (2009), available at [www.efbww.org/pdfs/annex%209%20-%20Brochure%20part%202%20\[EN\].pdf](http://www.efbww.org/pdfs/annex%209%20-%20Brochure%20part%202%20[EN].pdf).

חשוב ורצוי, אולם תחרות אכזרית עשויה גם לבוא על חשבון זכויות בסיסיות של המתחרים או של התלויים בהם. תופעה זו מוכרת לנו גם מיחסי העבודה הקונוונציונליים: כאשר חברות המספקות שירותי ניקיון מתחרות זו בזו במכרז, הן מציעות לא פעם הצעות כה תחרותיות עד שאי אפשר לספק במסגרתן שכר מינימום וזכויות בסיסיות לעובדים. מצב זה עשוי לקרות גם כאשר המתחרים הם עובדים עצמאים. דוגמה בולטת היא כאשר העצמאי נדרש לספק למזמין אשראי בהיקף ניכר מבלי שקיימת לו יכולת מיקוח של ממש באשר לתנאי התשלום (כך במצב השכיח של תשלום שוטף + 30 ימים או יותר). ככל שהפער בין מועד מתן השירות למועד התשלום הנהוג בשוק גדל, מוצא עצמו העובד העצמאי בעמדת נחיתות גדולה יותר אל מול מזמיני השירות, ועשוי להתקשות לגבות את שכרו. כפי שהוזכר בעמוד הקודם, במצבים מסוימים עובדים עצמאים עשויים להיות גם ביחסים שיש בהם מן הכפיפות, ככל שהשירות שהם מספקים מחייב מידה רבה של זמינות וגמישות לצורכי המעביד, ובאופן כללי מונע מהם לארגן את עבודתם בחופשיות מלאה.

רשימת המאפיינים היא כמובן פתוחה. ככל שמספר רב יותר של אינדיקציות של תלות, אי-שוויון ביחסי הכוח וכפיפות מתקיים בעסקה הנבחנת, כך גוברת הלגיטימציה להעניק לעובד העצמאי הגנה. ועוד, ככל שאינדיקציות אלה מתקיימות באשר למרבית או כלל העסקאות שמנהל העובד העצמאי אפשר להסיק שעמדת הנחיתות שבה הוא מצוי היא נמשכת ומצטברת, וגובר הצורך לספק לעובד זה הגנה. במילים אחרות, הקושי בהבטחת שכר העבודה או תנאיה הופך לאקוטי כאשר כל פרנסתו של העובד העצמאי מושתתת על עסקאות שאף באחת מהן אין ביכולתו להבטיח את זכויותיו. אמנם מחד גיסא עובד כזה ניחן ביכולת טובה יותר לפזר את נזקו מזו המוקנית לבעל חוזה יחיד ובודד, אולם מאידך גיסא מדובר בחולשה מובנית וחוזרת על עצמה במשלח ידו. על דרך האינדוקציה, אם לא נספק לעובד העצמאי הגנה מפני המצב שאליו הוא עשוי להיקלע, ייתכן שיגיע עד מהרה לאבדן פרנסתו. נשוב למתח בין פנים אלו בהמשך הדרך.

ממקבץ המבחנים הלא ממצה שמניתי עולה כי אם ברצוננו לבחון אימתי יוכל העובד העצמאי לשמש מושא לזכויות מעין-עבודתיות, יש לבחון את סוג העבודה שהעצמאי עושה ואת התשומות שהוא נדרש להשקיע בעבודתו, ולהסיק אם מתקיימים בה סממנים של תלות ופערי מיקוח. ככל שיתרבו ענפי העבודה העצמאית שבהם מתבצעת הבחינה, כך יתגבש מיפוי של מאפייני העבודה העצמאית באותו ענף, ויהיה אפשר לתפור ולהתאים את מידתה וסוגה של ההגנה שלה זקוקים העובדים העצמאים המועסקים בענף זה. מטבע הדברים משימה זו עשויה להיות מורכבת, שכן העובדים העצמאים רבים ושונים זה מזה. יש להניח כי ההגנה שטכנאי מחשבים זקוק לה אינה זהה לזו שהמטפלת הקלינית העצמאית זקוקה לה; אף לא כל העצמאים מגלים תלות כלכלית במזמין העבודה או מצויים בעמדת נחיתות לעומתו. רשימה זו אינה מתיימרת להציע כלל מיון אחד ויחיד לבעיה סבוכה זו. אפשר לשער כי כפי שדיני העבודה תרים זה שנים ארוכות

אחר תשובה פסקנית לשאלה "מיהו עובד?" וטרם נמצאה תשובה, יעמוד בפני המשפט קושי דומה לאפיין באבחה אחת את קטגוריית העובדים העצמאים הראויים לשמש מושא לזכויות מעין-עבודתיות.⁵³

* * *

בשים לב לממצאים העובדתיים שסקרתי, ואף על פי שדיני העבודה שמו לעצמם במוצהר לפצות על נחיתות כלכלית ומעמדית של עובדים ולאזן את חלוקת המשאבים בחברה, מדוע לא זכו העובדים העצמאים ככלל להגנת דיני העבודה?⁵⁴ דרך התמודדות עם ההסברים ללקונה זו במשפט אתמורד גם עם הביקורת האפשרית על מתן זכויות מעין-עבודתיות לעובדים עצמאים.

ההסבר המסורתי להיעדר הגנה משפטית לעובדים העצמאים הוא כיבוד האוטונומיה של הפרט. נהוג לראות בעצמאים יזמים חופשיים השואפים לפעול באופן אוטונומי ולהתנהל ללא מעורבותו הכופה של הרגולטור, כשהם משוחררים ממרות כלשהי.⁵⁵

53 קושי זה אינו מיוחד לשיטה הישראלית. ראו למשל: DANIEL H. PINK, FREE AGENT NATION: HOW AMERICA'S NEW INDEPENDENT WORKERS ARE TRANSFORMING THE WAY WE LIVE (2001); Steffen, לעיל ה"ש 25, בעמ' 502. יוער כי עסקינן כעת, וברשימה זו בכלל, בסיווג העובד העצמאי במישור ה"עבודתי-סוציאלי" של המושג. קרוב לוודאי שכפי שהמושג "עובד" יכול לקבל פרשנות שונה במערכות דינים שאינן דיני העבודה (דיני המס, דיני הנוזיקין, דיני הקניין הרוחני וכיוצא בזה) – כך גם העובד העצמאי עשוי לקבל תוכן שונה בדינים שונים.

54 יוצאי דופן הם דיני הביטוח הסוציאלי, המעניקים הגנה מסוימת, אף כי לטעמי לא רחבה מספיק, לעובדים עצמאים. חוק הביטוח הלאומי מקנה לעובדים העצמאים, בכפוף לתשלום דמי ביטוח לאומי, כמה זכויות סוציאליות חשובות: דמי לידה וחופשת לידה (ס' 39–40, 49 ו-57 לחוק); ביטוח נפגעי עבודה (ס' 75(א)(2), 79, 83, 92–94, 99, 153–154 לחוק); תגמול למשרתי מילואים (ס' 272–275 לחוק) ולמתנדבים (ס' 290 לחוק). יוער כי החוק קובע תעריפי ביטוח שונים לעובדים שכירים ועצמאים: ראו סעיפים 245, 337, 340–342 ו-361 לחוק. עוד מוחלת על העובדים העצמאים פקודת הביטוח בעבודה לצד מרבית תקנותיה. לעומת זאת חוקי המגן אינם חלים על עובדים עצמאים למעט הוראה יוצאת דופן בחוק שעות עבודה ומנוחה, שנועדה להחיל את האיסור על עבודה במנוחה השבועית גם על עובדים עצמאים (ס' 9א(א) לחוק). יתר הוראות החוק אינן חלות על עובדים עצמאים.

יוער כי ביולי 2011 אושרה בממשלה הצעת חוק הביטוח הלאומי (תיקון – דמי אבטלה לעובד עצמאי), התשס"ט–2009, המציעה, לראשונה אי פעם, לעגן בחוק הביטוח הלאומי דמי אבטלה לעובד העצמאי. המנגנון המוצע אינו זהה לזה הקיים לעובד השכיר אלא יוצר מעין קופת פיצויי פיטורין, שאפשר לפדותם רק שלוש פעמים בחיים ורק לאחר שש שנים מיום תחילת ההפקדה לביטוח; מימון הביטוח עתיד להתבצע באמצעות העלאה ניכרת של דמי הביטוח הלאומי המשולמים על ידי עובדים עצמאים. במועד כתיבת שורות אלה הצעת החוק טרם אושרה בכנסת.

55 זוהי לכל הפחות העמדה החברתית הרווחת ביחס לעצמאים – אולם מחקרים שנעשו על אוכלוסיית העצמאים חלוקים בנקודה זו. יש המוצאים סימנים שעצמאים אכן מגלים צורך יותר באוטונומיה

היעדר התערבות משמעו אפוא כיבוד האוטונומיה של העצמאי, ובכלל זאת כיבוד הסיכון שנטל על עצמו משהחליט לעסוק בעבודה עצמאית. אמנם יש ליתן לשיקול זה משקל, אולם אל לו להרתיענו מרגולציה של העבודה העצמאית. עקרון חופש החוזים והאוטונומיה המלאה של הצדדים לעצב את ההתקשרות ביניהם כרצונם כבר אינם זוכים במשפט למעמד מוחלט. משקלם של שיקולים אלה פחת הן בדיני העבודה הן בדין החוזים הכללי, ואת מקומם תפסו יותר ויותר ערכים של הגינות והתחשבות בזולת.⁵⁶ שיקולים חלוקתיים ופטרנליסטיים מעצבים כיום חלק ניכר מהמשפט הפרטי, על רקע תובנות חוצות מגזרים ותחומים כי האוטונומיה משמשת לא פעם לא יותר מכסות למערכות יחסים שבהן לפחות אחד הצדדים אינו חופשי באמת לעשות כרצונו.⁵⁷ אין לראות אפוא בשיקול האוטונומיה מחסום כשלעצמו; אדרבה, יש לבחון את מצבם של העובדים העצמאים לגופו: האם סובלים הם מנחיתות מובנית ומאי-שוויון בכוח המיקוח לעומת מזמין העבודה? ואם כן – מה יכולה להיות התרופה לכך?

- ועצמאות כעוסקים; כך ראו Eric J. Fredland & Roger D. Little, *Self-Employed Workers: Returns to Education and Training*, 1 ECON. EDUC. REV. 315 (1981); David G. Evans & Linda Leighton, *Some Empirical Aspects of Entrepreneurship*, 79 AM. ECON. REV. 519 (1989). מחקרים אחרים מראים שרגולציה המקשה על עבודה כשכיר או מונעת עבודה כזו משפיעה גם היא על מעבר מעבודה שכירה לעצמאית ועל הבחירה בעבודה עצמאית מלכתחילה. ראו Victor Fuchs, *Self-Employment and Labor Force Participation of Older Males*, 17 J. HUM. RESOURCES 339 (1982); Howard M. Iams, *Jobs of Persons Working After Receiving R. SCASE & R. GOFFEE, Retired Work Benefit*, 50 SOC. SEC. BULL. 4 (1987) במחקרם של The ENTREPRENEURIAL MIDDLE CLASS (1982), נמצא שחלק ניכר מהעובדים העצמאים אינם בוחרים בעיסוקם מתוך רצון בעצמאות אלא נדחפים אליו כדי לחפש הכנסה שאין להם כשכירים. מנגד ראו את ממצאי הסקר רחב ההיקף שנערך באיחוד האירופי בשנת 1998 בקרב כ-30,000 עובדים ושכירים ומצא בין היתר שהחלום להיות עצמאי משותף לשכירים ועצמאים כאחד: GIOVANNI GASPARINI, EUROPEAN FOUND. FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *SELF-EMPLOYMENT: CHOICE OR NECESSITY?* (2006), available at www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2000/22/en/1/ef0022en.pdf
- 56 ראו, כרשימה לא ממצה, מנחם גולדברג "חופש החוזים והגבלתו בהסכם עבודה קיבוצי ובחווה עבודה אישי" המשפט ב 177 (1994); גבריאלה שלו "מה נותר מחופש החוזים" משפטים יז 465 (1986); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 44–77 (1991); איל זמיר "הבסיס התיאורטי של חוק המכר (דירות)" משפטים ל 459 (2000); מיגל דויטש "החווה הכפוי והחופש מהתקשרות בחווה" עיוני משפט טז 35 (1991); נילי כהן "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לו 13 (1987).
- 57 Kennedy, *Form and Substance*, לעיל ה"ש 46; Kennedy, *Distributive and Paternalist*; Antony T. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89; לעיל ה"ש 47; GRANT GILMORE, *THE DEATH OF CONTRACT* (1974). YALE L.J. 472 (1980);

הסבר שני שניתן להזנחת העובדים העצמאים בחוק טמון בדעה הרווחת שלפיה מעמד העצמאים הוא מעמד מבוסס, המחזיק בהון ובאמצעי ייצור, ולפיכך יכול וצריך העצמאי לנתב את פעילותו העסקית ואת חסכונו באופן שיוכל לדאוג לעצמו בעת משבר – בעצמו.⁵⁸ המחזיקים בסברה זו גורסים כי אין צורך להקצות משאבים מדינתיים לצורך התקנת רשת ביטחון לעובד העצמאי, ומוטב לתעל את משאבי המדינה לאפיקים אחרים שלהם תרומת המדינה נחוצה. פשוט מאוד: אין צורך להגן על העובד העצמאי כי הוא אינו זקוק להגנה. הנחה זו נסתרת במידה רבה מהמציאות, כפי שאפשר ללמוד מהממצאים העובדתיים ששטחתי לעיל. יתר על כן, ההתנהגות האנושית מלמדת שרוב האנשים אינם מתנהגים ברציונליות ואינם דואגים לחיסכון ליום סגריר, בין שהם שכירים ובין שהם עצמאים. מסיבה זו שכיחים בעולם הסדרי פנסייה מנדטוריים, הכופים על אנשים לחסוך לגיל מבוגר.⁵⁹ אל לנו להניח אפוא שהעובד העצמאי יהיה בעל אמצעים לדאוג לעצמו בעת משבר; יש לבחון דרכים להגן על זכויותיו, ובמידת הצורך ליתן לו תמריצים לפעול לצורך כך מבעוד מועד.⁶⁰

ההסבר השלישי להזנחת העובדים העצמאים הוא הסבר מקומי ישראלי. יש הטוענים כי ההזנחה היחסית של סקטור העצמאים בשיטתנו נובעת מהאקלים האידאולוגי ששרר בישראל עד אמצע שנות השמונים, שאותותיו ניכרים במשק גם כיום. הטענה היא שאופייה האידאולוגי הסוציאליסטי של המדינה בתחילת דרכה (לרבות בשנים שבהן נחקקה ליבת דיני העבודה) והכוח הרב שנועד להסתדרות העובדים הכללית מאז ועד היום הביאו לידי העדפת העובדים השכירים, ה"פועלים", על פני העובדים העצמאים, ה"בורגנים".⁶¹ העדפה זו עוגנה, כך נראה, בהנחה האמורה שלפיה מעמד העצמאים הוא מעמד מבוסס, אך בד בבד נטועים שורשיה גם בקושי לייצר קבוצת מיקוח אפקטיבית מהעובדים העצמאים נוכח פיזורם על פני תחומי תעסוקה רבים ושונים והיעדר מעביד מוגדר שאליו אפשר לבוא בדרישות. סביר להניח שקושי זה לייצר מוקדי כוח בעלי משקל יצר תמריץ שלילי לגופים מרכזיים במשק הישראלי – דוגמת ההסתדרות הכללית – לפרוס חסות על העובדים העצמאים. ככל שיש אמת בהסבר זה, נראה לי כי יש בו כדי לחזק את הצורך בהגנה על העובדים העצמאים כיום. העובדים העצמאים אינם עשויים

58 נדיב ושלח, לעיל ה"ש 3, בעמ' 14, Davidov, *The Three Axes*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 359.
59 למשל: Deborah M. Weiss, *Paternalistic Pension Policy: Psychological Evidence and Economic Theory*, 58 U. CHI. L. REV. 1275 (1991); Peter A. Diamond, *A Framework for Social Security Analysis*, 8 J. PUB. ECON. 275 (1977).

60 לעניין זה יוער כי במובחן מדיני העבודה, דיני הביטחון הסוציאלי אכן מעניקים הגנה מסוימת לעובדים העצמאים. חוק הביטוח הלאומי משווה לעניין ביטוח אמהות, נפגעי עבודה, משרתי מילואים ומתנדבים את מעמדם של העובדים העצמאים לזה של שכירים. בהקשר זה ראו גם ה"ש 54 לעיל.

61 נדיב ושלח, לעיל ה"ש 3, בעמ' 35.

מעור אחד, וכפי שיש בהם בעלי עסקים חזקים המחזיקים בהון ובאמצעי ייצור, יש בהם גם בעלי עסקים קטנים שמאפייני עבודתם אינם רחוקים מאלה של העובדים השכירים. הקושי ליצור התאגדות חזקה ואפקטיבית של עובדים עצמאים, בגלל שונותם הגבוהה והתפרסותם על פני ענפי תעסוקה רבים, דווקא מספק למשפט סיבה טובה להתערב להגנה על העובדים העצמאים: היכולת להתאגד מאפשרת לעובדים להשוות את עמדת המיקוח שבה הם מצויים לזו של המעביד. בהיעדר יכולת אפקטיבית כזו, על המשפט לפצות על החסר.

עד כאן אני מקווה שעלה בידי לשכנע בטענה כי יש לבחון את האפשרות להעניק הגנה מן הדין לעובדים העצמאים, וכי בחינה זו יש לעשות לאורן של תכליות משפט העבודה. הצעתי כמה וכמה מאפיינים קונקרטיים המעידים על אי-שוויון בכוח המיקוח, על תלות כלכלית ואף על מידה של כפיפות, שיכולים להעיד כי תכליות משפט העבודה מתקיימות בעובדים עצמאים מסוימים, וטענתי שבהתקיים מאפיינים אלה יש לראות בעובד העצמאי מושא לזכויות מעין-עבודתיות. כמו כן הצגתי הסברים שונים לכך שזכויות כאמור טרם עוגנו במידת הצורך במשפט, והתמודדתי עם הסברים אלה בדרכי להסביר מדוע אין בהם כדי לחסום רגולציה של יחסי העבודה העצמאית. משבא על סיומו חלק זה בדיון, אפנה לבאר מהן זכויות מעין-עבודתיות, ובמילים אחרות: באילו כלים משפטיים יש לצייד את העובד העצמאי הזקוק להגנה. כפי שצינתי בפתח הדברים, רשימה זו אינה מתימרת להציע פתרון כולל לעניינם של העובדים העצמאים; מטרתה להציע מסגרת לניתוח הבעיה ולטיפול בה, ולהמחיש ולבסס את הניתוח. זאת אעשה דרך מיקוד הדיון בזכות שמעמדה מרכזי בכל מערכת יחסי עבודה: הזכות לשכר עבודה. בפרקים הבאים אבחן את מאפייניה של זכות זו במשפט העבודה ואת התחליפים שאפשר להציע לה בשביל העובדים העצמאים. באמצעות בחינה זו ניישם את המתווה המוצע.

ב. הגנת השכר: חוקי העבודה והביטחון הסוציאלי

מעבר ל"גדר" המפרידה בין שכיר לעצמאי מעניקים דיני העבודה לעובד השכיר שורה ארוכה של זכויות. זכויות אלה מתווספות מהדין למוסדר בחוזה העבודה האישי הנכרת בין העובד השכיר למעבידו, ולעתים קרובות יוצרות הסדרים קוגנטיים, שביכולתם להתגבר גם על הסכמות מפורשות שנקבעו בין הצדדים בחוזה.⁶²

62 ראו למשל דב"ע (ארצי) לג/12-3 צ'יבוטרו – אברהם, פד"ע (ד) 173 (1972); דב"ע (ארצי) נה/145-3 משרד השיכון – בוכריס, פד"ע לו 1 (1997); פרשת אלקטרה, לעיל ה"ש 22; דב"ע (י-ם) נו/299-3 לוי – גונוגה (פורסם בנבו, 3.6.1997); דב"ע (ארצי) לח/59-3 סילשי – ארכיטקט אהרון דורון ושות' בע"מ, פד"ע (1) 32, 44 (1978); דב"ע (ארצי) לח/23-3 אהרן – בנק ירושלים לפיתוח ומשכנתאות בע"מ, יא 219 (1978); דב"ע לח/4-10 הנהלת תעשיית אסבסט צמנט נהריה – מועצת

במשפחת ההוראות הקוגנטיות של דיני העבודה שמור מקום של כבוד להוראות המגנות על הזכות לשכר עבודה. זכות זו מוגנת בחוק שכר מינימום ובחוק הגנת השכר.⁶³ המשפט הישראלי הכיר במספר רב של זכויות הנגזרות מהזכות לשכר עבודה, החל מקביעת מינימום השכר ועיגון הזכות הבסיסית לקבל שכר במועד וכלה בזכות לקבל תשלומים בגין שעות נוספות, ימי חופשה, ימי מחלה וכל יתר התשלומים המגיעים לעובד במהלך עבודתו ובמשך עבודתו.⁶⁴

הדין נוקט כמה אמצעים חשובים להגנה על שכר העובד (השכיר). האמצעי הראשון הוא הגנה על גובה שכר העבודה באמצעות חוק שכר מינימום לעיל. חוק זה נועד לקבוע רף תחתון אשר אין לשלם לעובד מתחתיו ואף אי אפשר להתנות עליו. אמצעי שני הוא פיצויי הלנת שכר המשתלמים בגין שכר שאינו משולם לעובד במועדו, ללא הוכחת נזק.⁶⁵ שלישית, החוק מחייב את המעביד לנהל רישום של שעות עבודת העובד ושכרו ולמסור לעובד רישום זה, וכן מעביר את נטל ההוכחה בדבר חוב השכר מהעובד למעביד, אם רישום כזה לא נעשה או לא נמסר לעובד. עוד מחויב המעביד להציג מודעה במקום בולט לעין שבשליטתו, המיידעת את העובד בדבר זכויותיו.⁶⁶ רביעית, חוק פיצויי פיטורין מעניק לעובד מעין משכורת לאחר הפיטורין. בדין הישראלי נהוג לראות בפיצויי הפיטורין חלק מהשכר בהנחה שמדובר בתגמול דחוי, היורד ממילא משכר העובד במהלך תעסוקתו.⁶⁷ תגמול זה ניתן לעובד בנסיבות מסוימות גם כאשר הוא

פועלי נהריה, פד"ע 7 (1978); תב"ע (ת"א) נב/1873-3 גלעד – אינפומדיה בע"מ (פורסם בנבו, 19.12.1996).

63 ע"ע (ארצי) 1144/04 מרחיב – מוקד אמוץ סביון (1981) בע"מ (פורסם בנבו, 21.12.2006); ע"ע (ארצי) 1054/01 טוילי – דהרי, פד"ע לו 746 (2002); ע"ע (ארצי) 1112/02 גרינברג – מדינת ישראל – משרד החינוך והתרבות, פד"ע לט 509 (2003); ע"ע (ארצי) 623/06 בוטלזי – מלון שלום פלאזה אילת בע"מ (פורסם בנבו, 11.2.2010); ע"ע (ארצי) 670/06 רוט – רם מבנים בע"מ (פורסם בנבו, 1.10.2009); בג"ץ 3512/04 שזיפי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, נט (4) 70, פס' 5 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2004).

64 הגדרת "שכר-עבודה" בסעיף 1 לחוק הגנת השכר.

65 ס' 17 לחוק הגנת השכר; סטיב אדלר "פיצוי הלנה: חוק ופסיקה" שנתון משפט העבודה ו 5 (1996). על עמידתם של בתי הדין לעבודה על פיצויי ההלנה ראו ס"ק (ארצי) 10/06 התאחדות התעשיינים בישראל – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 12.3.2007); ע"ע (ארצי) 4/03 קרן השתלמות לעובדי הרשויות המקומיות בע"מ – עראבה מועצה מקומית, פד"ע לט 376 (2003); ע"ע (ארצי) 135/05 עיריית קרית מלאכי – סבן (פורסם בנבו, 19.1.2006).

66 ס' 24 לחוק הגנת השכר, בלויית ס' 26ב, ס' 25ב(א) וס' 26א(ב); ס' 6ב לחוק שכר מינימום.

67 חוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963; גיא מונדלק "אפיון ההסדרה המשפטית לגבי פיטורי עובד – מברירת מחדל חוזית להסדרה קוגנטית, ומה שביניהם" עיוני משפט כב 819, 833-836 (1999).

מתפטר מעבודתו מרצונו.⁶⁸ על כל אלו יש להוסיף את הסנקציות הפליליות הקבועות בחוק הגנת השכר ביחס למעביד שאינו מעניק לעובד את זכויותיו⁶⁹ ואת סמכויות הפיקוח והאכיפה המוקנות למפקחי משרד התמ"ת.⁷⁰

כל עוד המעביד חי ומתפקד מבחינה משפטית, העובד יכול לתבוע ממנו זכויותיו ישירות בבתי הדין לעבודה. אולם בכך אין מתמצה ההגנה הניתנת לעובד, שכן שכרו מוגן גם כשהמעביד מצוי בפשיטת רגל או בפירוק. בעניין עובדיו של פושט הרגל חורג הדין ממנהגו להחיל שוויון גמור בין הנושים ומעניק לעובדי המעביד מעמד של נושים בדין קדימה בחוב שכר העבודה.⁷¹ אמנם הגנה זו אינה חזקה מאוד: ראשית, היא מוגבלת בתקרה (אם כי זו הוגבהה בשנים האחרונות);⁷² שנית, עדיפותו של העובד בפירעון אמנם גבוהה מזו של הנושים הכלליים ובעל השיעבוד הצף, אך נמוכה מזו של הנושים המובטחים.⁷³ מאחר שכך, העובד עשוי למצוא עצמו נפרע רק מחלק קטן מחובו של המעביד כלפיו, אם בכלל יצליח להיפרע (הדבר תלוי בכמות הנכסים שנותרו בחברה

68 הסדר זה קרוי התפטרות בדין מפורט, ומעניק את הפיצוי גם למי שהתפטר מרצונו עקב הרעה מוחשית בתנאי עבודתו או שינוי נסיבות גדול. ראו סעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורים. ליישום זכות זו בפסיקה ולסייגיה ראו: דב"ע (ארצי) ל/12-3 חברה לקונסטרוקציות ואינסטלציה כבדה בע"מ – נגריין, פד"ע ב 12 (1970); דב"ע נד/24-3 טור – מעשה אומן בע"מ, פד"ע כז 507 (1994); ע"ע (ארצי) 1354/01 כהן – טרייד אין א.ר. בע"מ (פורסם בנבו, 21.8.2003).

69 סעיפים 25 ו-26 לחוק הגנת השכר מפלילים בין היתר התנהגויות כגון אי-מסירת תלוש שכר לעובד או מסירת תלוש שגוי (כעבירת אחריות קפידה), ניכוי סכומים אסורים בניכוי משכר העובד או ניכוי סכומים מותרים ואי-העברתם ליעדם החוקי והלנת שכר. מרבית העונשים בגין עברות אלו הם קנסות, אך במקרים של הלנת שכר ואי-העברת כספים שנוכו כדין ליעדם החוקי – קובע החוק גם עונש מאסר.

70 הגם שאין להכחיש כי סמכויות האכיפה הללו מופעלות בצמצום רב. ראו את חוק הגנת השכר (עיצום כספי), התשס"ט–2009.

71 ס' 195, 354 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג–1983; ס' 78 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם–1980; רות בן-ישראל "העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם והבטחת זכויות עובדים לעת חדלות פירעון של מעסיק בפועל" הפרקליט מז 9, 16 (2003); ציפורה כהן פירוק חברות 606 (2000).

72 תקרה זו משתנה כתלות בהיות המעביד חברה או אדם פרטי. ראו בסעיפי החוק המוזכרים לעיל בה"ש 71. בעבר הייתה התקרה לא גבוהה (ביולי 2009 עמדה התקרה על כ-9,000 ש"ח לחוב שכר בלבד ו-13,500 לחוב הכולל שכר ופיצויי פיטורין), אולם זו הועלתה באוגוסט 2009 לסך של 21,000 ש"ח לחוב שכר ו-31,500 ש"ח לחוב הכולל שכר ופיצויי פיטורין (ראו סעיפים 23 ו-25 לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט–2009 שהעלו את התקרה בפקודת החברות ופקודת פשיטת הרגל, בהתאמה). סכום זה מתעדכן בכל ראשית שנה אזורית לפי תנודות השכר הממוצע.

73 ס' 195, 354 לפקודת החברות. דין הקדימה גם אינו כולל פיצויי הלנת שכר – ראו ס' 19(א) לחוק הגנת השכר.

ובהיקף נשייתם של הנושים המובטחים). מסיבה זו פרוסה לו רשת ביטחון שנייה, בחוק הביטוח הלאומי. ביטוח זכויות העובדים בפשיטת רגל ופירוק תאגיד, הקבוע בחוק, נועד לערוב לתשלום השכר שדין הקדימה אינו מכסה, בין שסכום החוב עולה על תקרת דין הקדימה ובין שקופת המעביד ריקה. אמנם גם רשת ביטחון זו תחומה בתקרה, אולם התקרה גבוהה בהרבה מזו של דין הקדימה.⁷⁴

העובד העצמאי אינו זכאי לשלל ההגנות המנויות בחוק הגנת השכר ובחוק שכר מינימום. גם חוק הביטוח הלאומי אינו ערב לעובד העצמאי ואינו פורס למענו רשת ביטחון לעת פירוק או פשיטת רגל של מזמין העבודה, כזו הפרוסה בשביל העובד השכיר.⁷⁵ יש לזכור כי עובד המסווג כ"קבלן" מצוי מחוץ לתחום דיני העבודה, והדין החל ביחסיו עם מזמין העבודה הוא ככלל הדין הקבוע בחוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974. שתי מערכות הדינים מוציאות זו את זו, הן לפי התפיסה הפרשנית של דיני העבודה הן לפי הגדרת התחולה של חוק חוזה קבלנות, הקובע כי יחול רק כאשר "הקבלן אינו עובדו של המזמין".⁷⁶

לכאורה היה אפשר להרחיב את תחולת חוקי המגן של משפט העבודה כדי שיחולו גם על העובדים העצמאים. אולם כפתרון כולל זהו אינו צעד סביר. הוא ממוטט כליל את החיץ שבין העבודה השכירה לעבודה העצמאית אף שאין זהות בין השתיים – גם בהנחה שמתקיימים בעובד העצמאי המאפיינים של תלות כלכלית, כפיפות חלקית ואי-שוויון

74 פרק ח (ס' 180–194) לחוק הביטוח הלאומי; בן-ישראל, לעיל ה"ש 71, בעמ' 16. גובה התקרה המרבי הוא כיום כ-109,000 ש"ח. גמלה לפי פרק זה תינתן לעובד אם ניתן לגבי מעבידו צו לפירוק או הכרזה כפושט רגל (ס' 182 לחוק). יוער כי גמלה בנסיבות אלו משתלמת הן לעובד עצמו, בגין חוב שכר עבודתו ופיצויי פיטורים ככל שמגיעים לו (לפי ס' 183 לחוק), והן לקופת הגמל, בגין הפרשות שהמעביד חב לה בשביל העובד (לפי ס' 184 לחוק). לא למותר לציין כי עובד כזה, אם לא ימצא עבודה חלופית לאחר פשיטת הרגל או הפירוק של מעבידו, יהיה זכאי גם לדמי אבטלה (שלהם העובד העצמאי אינו זכאי כיום).

75 פרק ח לחוק הביטוח הלאומי, העוסק בביטוח זכויות עובדים בפשיטת רגל ובפירוק תאגיד, מחיל עצמו במפורש רק על מי שמבוטח כעובד לפי פרק ה לחוק, העוסק בביטוח נפגעי עבודה דווקא. פרק ה מבחין בפירוש בין מבוטח "עובד" ומבוטח "עובד עצמאי". אם נותר ספק בעניין, קובע פרק ח במפורש כי גמלה תשתלם בגין פשיטת רגל של "מעביד העובד" ושיעורה (עד כדי תקרה) יהיה "סכום חוב שכר העבודה" (המוגדר בסעיף 180 לפרק ח כ"משמעותו בסעיף 1 לחוק הגנת השכר", החל על עובדים שכירים בלבד) ו"פיצויי הפיטורים" (המוגדרים אף הם בסעיף 180 כ"פיצויי פיטורים המגיעים מכוח חוק פיצויי פיטורים או מכוח הסכם קיבוצי"). ראו עוד מנחם גולדברג "עובד/מעביד – תמונת מצב" עיוני משפט יז 19 (1992).

76 ס' 1 לחוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974. לדין מעמיק בסוגיית יחסי העבודה מנקודת ראותו של החוק ראו איל זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 95–121 (1994) (להלן: זמיר חוק חוזה קבלנות).

בכוח המיקוח שתוארו לעיל.⁷⁷ גם החלה חלקית צפויה לעורר קושי. אשר לחלק מהזכויות הקבועות בחוק הגנת השכר – כגון תשלומים בגין ימי חופשה ודמי הבראה – אף אין מדובר בפתרון ישים, בין מאחר שאי אפשר לעמוד על היקפן בעסקת שירותים רגילה ובין מאחר שההנחה היא שהעובד העצמאי מתמחר זכויות אלה ממילא לתוך שכרו. חלק אחר מהזכויות – למשל הזכות לתשלום בגין שעות נוספות – מעורר קושי משום שאין למזמין ברגיל דרך לפקח על העובד העצמאי ולוודא כמה שעות הוא עובד. רק מערכות יחסים הנמשכות זמן ממושך עם מזמין אחד, ובהן משקיע העובד העצמאי את מרב זמנו ועבודתו במתן שירות לאותו מזמין, יכולות להצדיק החלה של זכויות העבודה הקבועות בחוקי המגן וליישמן באופן מעשי. אכן, לא בכדי נהוג לכרוך החלה גורפת של דיני העבודה על העובד העצמאי עם הדרישה כי 75% מההכנסה (לפחות) של אותו עובד תופק באופן אישי ואצל מזמין מסוים.⁷⁸ היקף הכנסה זה מקל את האפשרות לראות במזמין "מעין מעביד" ולהטיל עליו חבויות כמתבקש. באשר לאפשרות להחלה חלקית של הגנת השכר, קרי הגנה על מקצת הזכויות בנסיבות מסוימות של עבודה עצמאית – הדיון בה יתבצע בפרק הרביעי לרשימה זו, העוסק בדין הרצוי.

אפשרות נוספת ליתן הגנה לעובד העצמאי היא להרחיב את רשת הביטחון הקבועה בחוק הביטוח הלאומי כדי שתגן גם על עובדים עצמאים. פתרון זה, אף אם ייוסד (ועל הקשיים הצפויים לו אעמוד בפרק הרביעי), איננו יכול להיות המכשיר המשפטי העיקרי להגנה על שכר העובדים העצמאים. מנגנון הערבות המעוגן בביטוח הלאומי הוא מעגל הגנה שני (ויש שיאמרו אף שלישי) בשביל העובדים השכירים; זוהי רשת מגן שאליה פונים העובדים רק במצב שבו המעביד חדל לתפקד והוכרו כפושט רגל או כתאגיד בפירוק, וגם כך רק אם חובו של העובד רב מהסכום שאפשר לפרעו בדין הקדימה, או אם קופת הכינוס קטנה מלספק את חוב המעביד לעובדים. לכן הביטוח הלאומי אינו תחליף, ואף לא ראוי שישמש תחליף, למילוי חובות המעבידים כלפי עובדיהם וחובות המזמינים

77 כפי שכתב Davis, לעיל ה"ש 41: "It is unlikely that there will be a wholesale extension of labour law rights to the dependent self-employed, if only because distinguishing the dependent from the independent self-employed is likely to be difficult as distinguishing the employed from the self-employed, and running the risk of catching the users of the services of the independent self-employed in the full scope of the labour law net is not likely to be a risk that many governments will wish to run [...]". מובן שלרגולציה קשיחה ומפורטת דוגמת דיני העבודה יש עלויות, ויש להשיתן באופן צודק ויעיל. החלה רחבה מדי עשויה לדכא התקשרויות עם עובדים עצמאים, להשית עלויות גבוהות מדי על מזמינים ועוד. לניתוח כלכלי עדכני של דיני העבודה ראו Simon Deakin & Frank Wilkinson, *Labour Law and Economic Theory: a Reappraisal*, in LAW AND ECONOMICS AND THE LABOUR MARKET (Gerrit de Geest, Jacques Siegers & Richard van den Berg eds., 1999).

78 ראו את הצעת חוק המשתתף החופשי, לעיל ה"ש 40, ואת הרפורמות השונות שהוזכרו שם.

כלפי העובדים העצמאים שבשירותם, כדבר שבשגרה. הטלת נטל העמידה בהתחייבויות השכר השוטפות על הביטוח הלאומי תעודד מוסר תשלומים ירוד ותאפשר למעסיקים או למזמינים להחזין את עלויות התנהגותם על העובדים – השכירים או העצמאים – ועל הציבור כולו (באמצעות המדינה). כפי שלעובדים השכירים עומדים מנגנונים משפטיים לימות שגרה – זכויותיהם הקבועות בחוקי המגן ויכולתם לפנות לבית הדין לעבודה – כך יש לתור גם אחר מנגנון משפטי דומה שיוכל לשרת את העובדים העצמאים.

אעבור אפוא לדון במנגנון קנייני המזכה את העובד העצמאי בהגנה על שכר עבודתו: זכות העיכבון. הקישור בין העיכבון להגנה על שכר עבודתם של עובדים עצמאים כתחליף לדיני העבודה לא נעשה עד כה בספרות ובפסיקה. אף על פי כן מנגנון משפטי זה עומד כבר כיום לעובד העצמאי לפי חוק חוזה קבלנות, ואף על פי שאינו חף מקשיים, יש ביכולתו לשמש כלי ראשוני ועיקרי להגן על שכרם של עובדים עצמאים רבים. בפרק הבא אעמוד על מאפייני זכות העיכבון ועל יתרונותיה וחסרונותיה למול הגנת השכר הניתנת לעובד השכיר. בפרק הרביעי אציע דרכים לשיפור זכות זו כדי שתטיב להגן על עובדים עצמאים, ואבחן חלופות נוספות להגנה על שכרו של העובד העצמאי.

ג. הגנת השכר: העיכבון

1. זכות העיכבון במערכת היחסים בין "נושה-עצמאי" ל"חייב-מזמין"

העיכבון הוא מוסד משפטי שראשיתו במשפט המקובל, שם הוא קרוי a legal lien או possessory lien.⁷⁹ המסגרת הכללית לזכות העיכבון במשפט הישראלי קבועה בסעיף 11(א) לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971, הקובע כי "עיכבון הוא זכות על פי דין לעכב מיטלטלין כערוכה לחיוב עד שיסולק החיוב" (ההדגשה הוספה – נב"ק). זכות זו מותנית בהתקיימותם של שני תנאים עובדתיים: (1) צד א מחזיק בנכס שקיבל לידיו מצד ב; (2) צד ב חב חיוב כלשהו כלפי צד א. בהתקיימם, רשאי צד א לעכב את הנכס ולהתנות את השבתו לצד ב בקיום החיוב.⁸⁰ זהו אפוא סעד עצמי, המאפשר למעכב, כל

79 בתחום זה, כמו בתחומים רבים אחרים, ירשה מדינת ישראל את ההסדרים שהותוו בפקודות המנדטוריות. ראו נינה זלצמן עיכבון 24–26 (1998); § 68 HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND (5th ed. 2008), 801, 817–818, 846.

80 לעניין ה"נכס" יש להעיר שתי הערות: ראשית, אין חובה שהנכס יהיה בבעלות החייב אלא די בכך שיש לחייב זכות כדין להחזיק בנכס, שמכוחה העבירו למעכב. ראו זלצמן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 66. שנית, הנכס המעוכב אינו מוגבל בטיבו לנכסי מיטלטלין בלבד אף על פי שמיקומה של הזכות בחוק המיטלטלין היה יכול להשמיע אחרת. סעיף 11(ה) לחוק מרחיב את הזכות גם למקרקעין, בהתאמות המחויבות, והזכות מתפרסת גם על פני נכסים כגון מסמכים, תכניות, כספים (בנסיבות מסוימות), ויש

עוד הוא מחזיק בנכס, להפעיל על החייב לחץ למלא את חובו.⁸¹ עם זאת העיכוב אינו משנה את מצבו הקנייני של הנכס ואף אינו מאפשר למעכב להיפרע מהנכס או להפיק ממנו רווח במשך העיכוב.⁸² לפי סעיף 11(ד) לחוק המיטלטלין, אם יוותר המעכב על הנכס מרצונו – יפקע העיכוב. קווים בסיסיים אלו מאפיינים את העיכוב גם במשפט האנגלי-אמריקאי.⁸³ מהאמור לעיל עולה כי העיכוב הוא בעיקרו של דבר אמצעי לחץ: על הנושה להמתין שמניעת השימוש בנכס תעשה את שלה ותניע את החייב למלא את חיובו. מאחר שפעמים רבות שוויו של הנכס המעוכב עולה פי כמה וכמה על שווי החוב, הפעלת העיכוב נוטה להיות אמצעי לחץ אפקטיבי ביותר.

המצבים שבהם יכול להתגלגל נכס בר-עיכוב לידי צד א אינם מוגדרים בחוק המיטלטלין כי אם בחוקים הקונקרטיים היוצרים את זכות העיכוב בהקשריה השונים ("זכות על פי דין"), ומעניקים אותה לנושה מבלי שיצטרך לשאת ולתת על קיומה.⁸⁴ חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) מעניק את זכות העיכוב הרחבה ביותר שבדין, בקבעו

הטוענים שאף זכויות. ראו מיגל דויטש קניין כרך ב 216–225 (1997); פש"ר (ת"א) 1748/02 עמילין שירותי מכס בע"מ נ' נאמן ומנהל מיוחד של משב הנדסה, פס' 9 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.5.2003) (לעניין עיכוב מסמכים) (להלן: פרשת עמילין); פש"ר (ת"א) 2043/01 מנהל מיוחד של חברת גן אורנים בע"מ נ' טופ פוינט השקעות בע"מ, פס' 42 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.5.2004) (לעניין היכולת לעכב כספים).

81 דויטש, לעיל ה"ש 80, בעמ' 205–206, סעיף 11.8; זלצמן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 105–120.

82 זלצמן, שם, בעמ' 19; ע"א 790/85 רשות שדות התעופה נ' גרוס, פ"ד מד(3) 185, 192 (1990); פש"ר (ת"א) 1001/00 סדיטק בע"מ נ' אגודה שיתופית בארות יצחק, פס' 34 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.2.2002) (להלן: פרשת סדיטק).

83 ה-possessory lien במשפט המקובל הוגדר כמעט באופן זהה להגדרה המצויה בסעיף 11(א) לחוק המיטלטלין, וראו ב-19 "ע"א 790/85 רשות שדות התעופה נ' גרוס, פ"ד מד(3) 185, 192 (1990); retain that which is in his possession belonging to another, till certain demands of him, the "a right in one man to: Hammonds v. Barclay [1802] 2 East 227, 235; person in possession, are satisfied" HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, לעיל ה"ש 79, שם. במשפט האמריקאי הזכות אינה מעוגנת במשפט הפדרלי כי אם בחוקים ובמשפט המקובל של כל מדינה ומדינה, ולפיכך נוטה הזכות להשתנות במידת מה ממדינה למדינה. ראו למשל: 51 Am. Jur. 2d Liens §29 (2012); OR. REV. STAT. §87.152 (2009); Williamson v. Winningham 186 P.2d 644 (Okla. 1947); Herpel v. Farmers Ins. Co., Inc., 795 S.W.2d 508, 509 (Mo. 1990); Williams v. Greer, 122 S.W.2d 247, 248 (Tex. Civ. App. 1938); Federal Land Bank of Omaha v. Boese, 373 N.W.2d 118, 120 (Iowa 1985); Navistar Financial Corp. v. Allen's Corner Garage and Towing Service, Inc., 505 N.E.2d 1321 (Ill. Ct. App. 2d Dist 1987); Braufman v. Hart Publication, 48 N.W.2d 546 (Minn. 1951); O'Brien v. Buxton 156 A. 17 (N.J. 1931); Justice v. Bussard, 114 N.E.2d 305 (Ohio Mun. Ct. 1953).

84 זלצמן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 47–50. נוסף על העיכוב הניתן מכוח הדין, מאפשר סעיף 11(ה) לחוק המיטלטלין את יצירתו של עיכוב בהסכם. אולם סוג זה של עיכוב אינו רלוונטי להמשך הדיון ולכן לא נעסוק בו בהזדמנות זו.

כי כל נפגע מהפרת חוזה זכאי לעכב נכס שהגיע אליו עקב החוזה לצורך קבלת התשלום המגיע לו עקב ההפרה.⁸⁵ לחוק התרופות מצטרפים חוק הנאמנות, חוק השליחות, חוק המכר, חוק השומרים, חוק לשכת עורכי-הדין וחוקים נוספים – כולם מעניקים זכות עיכבון במערכות היחסים המשפטיות שעליהן הם חולשים.⁸⁶

מטבע הדברים, במוקד הדיון בפרק זה יעמוד העיכבון הניתן לקבלן לפי חוק חוזה קבלנות. חוק זה אינו החוק היחיד המסדיר היבטים בעבודת העצמאי, אולם הוא הכללי והעיקרי שבהם. לצד חוק חוזה קבלנות גם חוקים אחרים יוצרים זכויות עיכבון שעשויות לשמש מינים של עובדים עצמאים. למשל, השומר, השלוח, עורך הדין, המלונאי ולעתים אפילו הנאמן – מקיימים אף הם סממנים של עובדים עצמאים ובהקשרים רבים מצויים או יכולים למצוא עצמם במשבצת העובד העצמאי.⁸⁷ מפאת קוצר היריעה נמקד את דיוננו בזכות הכללית העומדת לעובד העצמאי לפי חוק חוזה קבלנות.

סעיף 5 לחוק קובע כי "לקבלן תהא זכות עכבון על נכס שמסר לו המזמין לביצוע מלאכתו או למתן שירותו, כדי תשלום הסכומים המגיעים לו עקב עסקת הקבלנות" (ההדגשה הוספה – נב"ק). גם עיכבון הקבלן דורש אפוא שני תנאים לקיומו: נכס וכנגדו חיוב.⁸⁸ לצורך דיוננו נתעכב על שניים ממרכיבי הזכות: המרכיב הראשון, "כדי תשלום הסכומים המגיעים לו", פורט את המרכיב המקביל בסעיף 11(א), "חיוב", מכלל חיוב סתמי ולא מוגדר לחיוב קונקרטי וספציפי – תשלום שכר עבודת הקבלן. המרכיב השני, "עקב עסקת הקבלנות", מגדיר את היקף החיוב הכספי המובטח בעיכבון. מחלקו הראשון של הסעיף – "לביצוע מלאכתו או למתן שירותו" – היה אפשר להסיק כי העיכבון ישמש להבטחת הסכומים המגיעים לקבלן עקב ביצוע המלאכה או מתן השירות. דא עקא שמגיעה סיפת הסעיף וקובעת כי מדובר בסכומים המגיעים לקבלן עקב עסקת הקבלנות. על פני הדברים נראה שהסיפה באה להרחיב את היקף החיוב הכספי המובטח בעיכבון, ואכן הפסיקה נוטה לאתר את "עסקת המסגרת" שלפיה התנהלו הצדדים ולאפשר לבעל העיכבון לזכות במלוא סכום החוב בגינה, גם אם בפועל הורכבה העבודה מרצף של עסקאות קטנות שבמהלכן שוחרר הנכס לידי החייב (אולם לא בכל

85 ס' 19 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

86 ס' 8(ג) לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979; ס' 12(א) לחוק השליחות, התשכ"ה-1965; ס' 31 לחוק המכר, התשכ"ח-1968; ס' 9 ו-12(ה) לחוק השומרים, התשכ"ז-1967; ס' 88 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961; ס' 20 לפקודת מסילות הברזל, התשל"ב-1972; ס' 54 לחוק הספנות (כלי שיט), התש"ך-1960. עוד ראו דויטש, לעיל ה"ש 80, בעמ' 208-212.

87 להרחבה ראו את הדיון שעורך זמיר בויקות הקיימות בין דמויות אלו ובין הקבלן: זמיר חוק חוזה קבלנות, לעיל ה"ש 76, בעמ' 135-136, 140-149, 158-159.

88 שם, בעמ' 554-555.

הנסיבות: כאשר בעל העיכבון בתחרות עם נושים נוספים, סעיף 11(ד) שאוזכר לעיל עשוי לגבור.⁸⁹

מהדיון עד כאן אפשר לראות כי זכות העיכבון היא מועמדת טבעית וחזקה להגנה על שכר העובד העצמאי: הדרך שבה הובנתה הזכות לצד הסעד העצמי הגלום בה מאפשרים לה לשמש מגן יעיל על שכר עבודה.⁹⁰ הגם שהמשפט הישראלי אינו נוטה לקשור את העיכבון לעובד העצמאי, התכלית ההיסטורית של הזכות היא ליתן בידי עובדים עצמאים כלים אפקטיביים בגביית שכרם:⁹¹ כך מקורן של זכויות העיכבון שהעניק הדין לאומן, לשלוח ואף לעורך הדין.⁹² הבטוחה הקניינית הוקנתה לבעלי מקצוע אלה במתכוון מהדין, באופן המתגבר על הצורך במשא ומתן או רישום, לאחר שהתברר כי המכשירים המשפטיים הרגילים אינם מסייעים די וכדי לשמש אמצעי לחץ זול ופשוט להפעלה.⁹³

89 ע"א 5789/04 המשביר הישן בע"מ נ' לוגיטיקר בע"מ, פס"כ לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 10.6.2007) (להלן: פרשת המשביר הישן); פרשת עמילין, לעיל ה"ש 80, פס"כ 6 לפסק הדין. זמיר חוק חוזה קבלנות, לעיל ה"ש 76, בעקבות פרשת גרוס (לעיל ה"ש 82) מצביע שם, בעמ' 578–583 על כך שמבחן "עסקת המסגרת" חל רק במערכת היחסים הפנימית בין הנושה והחייב, ואילו במערכת היחסים בין הנושה לנושים נוספים תינתן ככלל פרשנות מצומצמת יותר למונח "עסקה" וס' 11(ד) לחוק המיטלטלין יגבר. ואכן, כך נהג בית המשפט בפרשת גרוס, כשקבע כי הסכום המובטח לקבלן בעיכבון מכסה אך ורק את החוב בגין התיקון האחרון שבוצע בנכס המעוכב. דויטש, לעיל ה"ש 80, בעמ' 292–293, מבקר נחרצות הלכה זו וסבור שמבחן "עסקת המסגרת" צריך לחול תמיד, בין במערכת היחסים הפנימית ובין בחיצונית. לדיון ביתר היבטים של מערכת היחסים החיצונית בין הקבלן לנושים נוספים של החייב ראו להלן בפרק ג.2.

90 ואכן, זמיר בספרו מצביע על כך שחלק ניכר מהדיון בפסיקה בזכות העיכבון הכללית נערך אגב הדיון בעיכבון הקבלן; ראו זמיר חוק חוזה קבלנות, לעיל ה"ש 76, בעמ' 553.

91 ראו זלצמן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 25–28; GRANT GILMORE, SECURITY INTEREST IN PERSONAL PROPERTY §33 (1965); WILLIAM B. WALLACE, MECHANIC'S LIEN LAWS IN CANADA 1–2 (1920). שם, בעמ' 3, טוען WALLACE כי זכות העיכבון הקבלני בארצות הברית ובקנדה מקורה בלחץ המהגרים שהגיעו ממדינות משפט קונטיננטליות, כמו צרפת והולנד, וביקשו לחוקק במדינות החדשות את אותן הגנות שלהן היו זכאים במולדתם שממנה היגרו.

92 במשפט המקובל נהוג לקרוא לעיכבונות אלו בשמות ספציפיים כגון Artisan's lien, Repairer's lien. עוד ראו HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, לעיל ה"ש 79, § 26; 841 Am. Jur. 2d Liens.

93 WALLACE, לעיל ה"ש 91, שם; GILMORE, לעיל ה"ש 91, שם; וכן זלצמן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 113; במשפט האנגלי-אמריקאי שימש העיכבון מראשית דרכו כלי להגנה על שכרם של בעלי מקצוע עצמאיים מכל הסוגים – מכונאים, עורכי דין, רופאים, חוטבי עצים ועוד. ראו Paul G. Kauper, *Insolvency Statutes Preferring Wages Due Employees*, 30 MICH. L. REV. 504, 508 (1931): "The common law lien as a security device for the claims of manual laborers was adapted to the needs of artisans as independent contractors in an economic era characterized by hand-labor and home industry"; ואכן, מאז נקראה אפוא זכות בעל המלאכה לעכב נכס כערוכה לחיוב בשמות כגון Artisan's Lien או Repairman's Lien. ראו: Larry D. Moffet, *Liens*.

מובן שהתשלום המגיע לעובד העצמאי בגין עבודתו מעוגן בחוזה שכרת עם המזמין, ולפיכך דיני החוזים הכלליים, כמו גם דיני עשיית עושר שלא במשפט, מגנים על חיוב זה. אולם פנייה לערכאות אינה סעד יעיל ואפקטיבי במידה שווה לסעד העצמי הגלום בעיכוב הנכס. כל נשכח שהעובד העצמאי אינו יכול לפנות לבתי הדין לעבודה, שבאמצעות התקנת סדרי דין גמישים וקביעת אגרות נמוכות מקלים על עובדים שכירים את הגישה לערכאות.⁹⁴ העובד העצמאי אינו נהנה מיתרונות אלו בעת הגשת תביעתו, וזכות העיכוב, כסעד עצמי, מאפשרת לו דרך יעילה וזולה להגן על חובו ולהימנע מפנייה לערכאות בחלק גדול מהמקרים.⁹⁵

עם זאת לא תמיד הסעד העצמי הגלום בעיכוב מועיל לעובד העצמאי. המזמין יכול לעמוד בסירובו למלא אחר חיובו, וגרוע מכך – הוא עשוי להיקלע לקשיים שיהפכו את גביית החוב למורכבת בהרבה. כאשר המזמין החייב סולבנטי אך עומד בסירובו למלא את חיובו, יכול המעכב-העצמאי לפתוח בהליכים לגביית חובות, לרבות על ידי עיקול ומכירה של הנכס באמצעות מערכת ההוצאה לפועל. גם כאן העובדה שקיים בידו נכס ספציפי עשויה להקל מאוד על הליך הגבייה (ככל שמדובר בנכס סחיר; אם העיכוב מוטל על מסמכים שיש להם חשיבות בעיני החייב בלבד, לא יועיל הדבר למעכב בהגיעו להוצאה לפועל). אולם כאשר המזמין נקלע לקשיי פירעון, וכאשר מתחילה תחרות על נכסיו בין נושים אחדים, נפרצת מערכת היחסים הצרה בין העובד העצמאי למזמין,

Priority under U.C.C. Section 9-310—Artisan's Lien Takes Priority Over Prior Perfected Security Interests Notwithstanding Lack of Continuous Possession of Repaired Property, 48 MISS. L.J. 1113, 1115–1116 (1977); Gerald Hess, *Priority Conflicts Between Security Interests and Washington Statutory Liens for Services and Materials*, 25 GONZ. L. REV. 453, 453–454 (1990).

94 בית הדין הארצי לעבודה מנחה את בתי הדין האזוריים זה שנים ארוכות להשתחרר "מכבלי ההליך האדברסרי" ולסייע לעובדים, בפרט לא מיוצגים, בבירור התובענות (דין (ארצי) לט/114-3 איגוד המפרסמים – פרוסט, פד"ע יא 144, פס' 11 לפסק הדין (1989)). עוד ראו דב"ע (ארצי) לב/15-3 אורבך – סמו, פד"ע ג 468, 473 (1972); ע"ע (ארצי) 148/08 פרידמן חכשורי חברה להנדסה ולבנין בע"מ – פרהאט, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא אדלר (פורסם בנבו, 30.12.2008). ראו גם סעיף 33 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, המקנה לבית הדין לעבודה גמישות בסדרי הדין, וסעיף 32 לחוק, הקובע כי בית הדין לעבודה אינו כפוף לדיני הראיות הרגילים. שתי הוראות אלה מקלות מאוד על המתדיינים בבתי הדין לעבודה.

95 עוד ראו זמיר חוק חוזה קבלנות, לעיל ה"ש 76, בעמ' 557–558. כמובן, כי עצם העובדה שהמעכב אינו נדרש לפנות לבית המשפט כדי לתבוע את חובו או להקים את זכותו לעיכוב הנכס אינה ערובה לאי-פנייתו של החייב בעצמו לבית המשפט לבקש את שחרור הנכס מידי המעכב. כידוע, אין בנמצא זכות משפטית החסינה מהתדיינות משפטית, אולם אין בכך כדי להפחית מחשיבות היתרון הגלום למעכב בכך שאינו צריך לרדוף אחר החייב ולהמתין לטחינת גלגלי הצדק בעודו חושש שמא יעלם הנכס ועמו יעלם החייב.

ודרוש לברר מהו מעמדה של זכות העיכבון כלפי צדדים נוספים. סיטואציה זו זהה במהותה לזו שבה מצוי העובד השכיר עת נכנס מעבידו לקשיי פירעון, והשפעתה על העובד העצמאי עשויה להיות ניכרת וקשה.

2. זכות העיכבון במערכת היחסים בין "נושה-עצמאי" לצדדים שלישיים

האם גם צדדים שלישיים, החיצוניים למערכת היחסים שבין המזמין לעצמאי, כפופים לזכות העיכבון? התשובה הפשוטה לשאלה זו היא חיובית: במשפט הישראלי כבמשפט המקובל מוקנה לעיכבון מעמד של בטוחה קניינית.⁹⁶ בשונה ממרבית הבטוחות (אך בדומה למשכון מופקד) אין העיכבון חייב ברישום נוכח הפומביות שמספקת החזקת הנכס.⁹⁷ מעמדו כבטוחה מעוגן בפקודת פשיטת הרגל ובפקודת החברות, הקובעות שתיהן שבעל העיכבון הוא נושה מובטח של החייב לצד בעל המשכון.⁹⁸ נשייה מובטחת היא זכות קניינית חזקה, המשימה את בעליה בראש הייררכיית הנושים. אולם כיצד תיפתר תחרות אפשרית בין בעל העיכבון ונושים מובטחים אחרים?

שאלה זו, שיקשה למצוא לה תשובה במגוון החוקים המסדירים את זכות העיכבון ואת הנשייה המובטחת,⁹⁹ הונחה בפני בית המשפט העליון בפרשת גרוס.¹⁰⁰ בפרשה זו נוצרה תחרות בין כמה נושים של חברת תעופה בפירוק: מחד גיסא ניצבה התעשייה האווירית, שביצעה עבודות טיפול, תחזוקה ותיקונים במטוסים השייכים לחברה וטענה לעיכבון קבלני בהם עד שיושב לה חובה בגין עבודה זו; מאידך גיסא ניצבו כמה בנקים שהחזיקו בשטרי משכון על המטוסים וטענו כי אלה מקנים להם קדימות בפירעון חובם. לכאורה חולש על הבעיה הכלל הרגיל בתחרות בין זכויות קניין: "ראשון בזמן – ראשון בזכות", קרי עיכבון שנוצר לאחר שהוטל שיעבוד על הנכס ייסוג, ואילו עיכבון הקודם

96 במשפט האנגלי ראו §248(b), HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND; Insolvency Act (1986), לעיל ה"ש 79, §821, §560. במשפט האמריקאי ראו §782, 68A Am. Jur. 2d, Secured Transactions (1993).

97 זלצמן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 131-133, HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, לעיל ה"ש 79, §821.
98 הגדרת "נושה מובטח" בסעיף 1 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980; ס' 353 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983. לדיון במלוא הסממנים הקנייניים של הזכות ראו זלצמן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 100-105.

99 זמיר חוק חוזה קבלנות, לעיל ה"ש 76, בעמ' 570.

100 עוד קודם לכן התעוררה השאלה בבית המשפט, בה"מ (מחוזי ת"א) 10195/75 כונס נכסי טרנס מרים בע"מ (בפירוק) נ' החברה המאוחדת למזרח הקרוב בישראל בע"מ, פ"מ התשל"ז(2) 82 (1975). פסק דינו של בית המשפט המחוזי זכה לביקורת במאמרם של אלקס הרטמן ודורון נוימן "סדר העדיפויות בין זכות המשכון ובין זכות העיכבון" משפטים י 535 (1980); חלקים נרחבים מביקורת זו אומצו על ידי שופטי בית המשפט העליון בפסק הדין בפרשת גרוס, לעיל ה"ש 82.

לשיעבוד יגבר.¹⁰¹ אף על פי כן קבעה הלכת גרוס כי יש לתת עדיפות דווקא לעיכבון הקבלן, בהתקיים שני שיקולים: הראשון, האינטרס החברתי בשטף המסחר בשוק הקבלנות. לפי שיקול זה אין לדרוש מהקבלן לברר מהי מצבת הזכויות בכל נכס שהוא מקבל לידיו טרם עבודתו, מאחר שדרישה כזו תפגע בדינמיות ובשטף חיי המסחר בשוק הקבלנות, המורכב מעסקאות קטנות ושוטפות.¹⁰² השיקול השני להעדפת הקבלן הוא השיפור שהלה מבצע בנכס. הרי הקבלן מקבל את הנכס לצורך "ביצוע מלאכתו או למתן שירותו", וככל שעבודתו מעלה את ערך הנכס או מונעת ירידה בערכו – אין זה הוגן לתת לבעל המשכון ליהנות מכך מבלי לשאת בעלויות ההשבחה. ממילא אפשר לטעון שזכותם של הנושים היא רק להיפרע מהנכס כפי שהיה קודם לתיקון, ועל כן אין לנושים זכות בעליית ערך הנכס והם אינם ניזוקים מהקדמת התשלום לבעל העיכבון.¹⁰³

הקביעה שנעשתה בפרשת גרוס סללה את הדרך לאבחון פנימי בתוך זכויות העיכבון: ברגיל, כאשר בעל זכות עיכבון מתחרה עם בעל זכות משכון הוא אינו גובר אלא אם כן הוא עומד בכלל "ראשון בזמן, ראשון בזכות". אולם כאשר מדובר בעיכבון קבלני גובר העיכבון גם אם התגבש מאוחר לזמן היווצרות המשכון. אם כך, בעלי העיכבון הקבלני, המזוהים עם קבוצת העובדים העצמאים, מקבלים העדפה על פני בעלי עיכבון מכוח דין אחר, שאינו מקיים את שיקולי המדיניות האמורים.¹⁰⁴ יוצא כי הלכת גרוס חיזקה את ההגנה הניתנת לשכר העובד העצמאי באמצעות העיכבון: הן בכך שהעלתה את מעמדו של עיכבון הקבלן ביחס ליתר הנשיות המובטחות, והן בכך שייחדה את העיכבון הקבלני מעיכבונות אחרים. אדגיש כבר בשלב זה כי הלכת גרוס אינה מתיימרת לקרוא לתוך העיכבון הקבלני תכנים סוציאליים; בעל העיכבון בפרשת גרוס לא היה העובד העצמאי הטיפוסי כי אם מפעל גדול, והתנאים שהוצבו בפסק הדין אינם מתאימים לכל עצמאי באשר הוא. אף ספק אם השוק לתיקון מנועי מטוסים הוא אכן שוק דינמי עד כדי כך

101 זלצמן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 303.

102 פרשת גרוס, לעיל ה"ש 82, בעמ' 204, 211–212.

103 שם, בעמ' 205; זמיר חוק חוזה קבלנות, לעיל ה"ש 76, בעמ' 571.

104 פרשת גרוס, לעיל ה"ש 82, בעמ' 203; דויטש, לעיל ה"ש 80, בעמ' 267–270 ("שיקולים דומים לאלה החלים ביחס לעיכבון לטובת הקבלן אינם חלים באשר למקרים אחרים של עיכבון על פי דין [...]"), ובהמשך מעיר דויטש כי שיקול ההשבחה עשוי להתקיים לעתים גם במקרה של עיכבונות אחרים אך אין די בו להצדיק את עדיפות העיכבון). יוער כי הפסיקה נוטה לפרש את הלכת גרוס באופן המשאיר פתח לעיכבונות אחרים לגבור גם הם בתחרות הזכויות, אולם רק ככל שהם עומדים בשיקולי המדיניות שנקבעו בהלכה, והבדיקה לעניין זה נוטה להיות מחמירה ביחס לזו המתבצעת לגבי העיכבון הקבלני. לעניין עיכבון מכוח חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) ראו ע"א 4588/06 אלוניאל בע"מ נ' כונס הנכסים, פס' 11 לפסק הדין (פורסם בנבו, 30.9.2009) (להלן: פרשת אלוניאל), ולעניין עיכבון מכוח חוק החוזים או מכוח חוק המכר ראו ה"פ (מחוזי חי') 77/01 לב נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פס' 45–47 לפסק הדין (פורסם בנבו, 28.2.2002). כן ראו להלן ה"ש 128 והטקסט הצמוד לה.

שאינן זה סביר לדרוש מהקבלן לבדוק את מצבת הזכויות בנכס קודם לקבלת הנכס לטיפולו. אף על פי כן יש חשיבות רבה לניתוח השיקולים שהפעיל בית המשפט בפרשה זו. גרעין מעין-עבודתי מציין מליבתם, וראוי להאירו ולעמוד על משמעויותיו.

שיקול המסחר התקין. שיקול זה מעמיד במרכזו את המאפיינים הכלכליים של עבודת הקבלן. נפקותו העיקרית היא בקביעה כי שוק הקבלנות, החופף במידה רבה את שוק העובדים העצמאים, ראוי להגנה מיוחדת לאור מאפייניו הגם שיש בכך כדי לפגום במידת ההגנה הניתנת לשווקים אחרים. העדפה זו של שוק הקבלנות זכתה לביקורת בספרות ובפסיקה. כך נטען כי "עסקת קבלנות לביצוע תיקונים בנכס אינה שונה מכל עסקה אחרת למתן שירות באשראי", וכי עדיפות לשוק הקבלנות פוגעת בשוק ההלוואות שמייצגים בעלי המשכון ועשויה להוביל להעלאת שיעורי הריבית, ובסופו של דבר – לפגיעה בקבלנים עצמם (להלן: "טיעון העלאת המחירים").¹⁰⁵ ביקורת זו מדויקת רק בחלקה. אמנם אין מנוס מהמסקנה שכאשר מעדיפים זכות קניינית אחת על פני האחרת ערכה של הראשונה עולה ואילו ערכה של השנייה יורד. במובן זה קידום השוק האחד אכן נעשה במחיר פגיעה בשוק האחר. אולם בחינה מעמיקה יותר תעיד שקיימים טעמים תועלתניים טובים להעניק לשוק הקבלנות הגנה גדולה מזו הניתנת לשוק ההלוואות, וכי עסקת קבלנות אכן נבדלת מעסקת הלוואה.

כדי לעמוד על צדקת ההבדל יש לברר כיצד נראה "מסחר תקין" בשני השווקים. בשוק ההלוואות מלווה הדורש בטוחה תמורת הלוואתו מעוניין בזכויות הקניין בנכס, ברצותו להתגונן מפני תרחיש שבו ההלוואה לא תיפרע באמצעות הזכות להיפרע מהנכס המשמש בטוחה. בשל ההשפעה הנובעת לקיומו של משכון על הבעלות בנכס דורש הדין מהמלווה לרשום את זכותו למשכון במרשם פומבי כדי שתוכל לל, ואגב כך נדרש המלווה ממילא לוודא את מצבת הזכויות בנכס.¹⁰⁶ הבדיקה, הביורור במרשם והחלפת המידע הם חלק מהעסקה, ומכאן ש"המסחר התקין" בשוק ההלוואות עובר ממילא דרך בדיקת הזכויות בנכס. לעומת זאת בשוק הקבלנות אין לקבלן המבצע מלאכה בנכס עניין בזכויות הבעלות בו,¹⁰⁷ והפומביות שבהחזקת הנכס מייצרת את הצורך לרשום את העיכוב במרשם למען ידעו יתר הנושים על קיומו. בשונה מהמלווה, ביורור מצבת הזכויות בנכס אינה נלווית לעסקה באופן טבעי, ואם נדרוש מהקבלן העצמאי לברר את מצב הזכויות בנכס קודם להסכמתו לבצע בו את המלאכה, נמצא עצמנו מסרבליים את עבודתו, מאטים את ה"מסחר התקין" ומפריעים לו.

יש במסקנה זו גם להבהיר כי "טיעון העלאת המחירים" אינו משכנע כפי שהוא נראה במבט ראשון. הותרת כלל הקדימות בזמן על כנו משמעה הותרת הקבלנים בחוסר ודאות באשר לכוחו של העיכובן וחיובם הלכה למעשה לבצע בדיקת זכויות בנכס. בדיקה זו

105 זלצמן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 313. פרשת אלוניאל, לעיל ה"ש 104, פס' 9 לפסק הדין.

106 ראו ס' 3 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967. פרשת גרוס, לעיל ה"ש 82, בעמ' 204.

107 שם.

עשויה לייקר את שירותי העצמאי ולהביא לעליית מחירי המלאכה הקבלנית בדיוק כפי שמתן עדיפות לעיכבון עשוי להביא לעליית מחירי ההלוואות. "טיעון העלאת המחירים" הוא אפוא טיעון דו-צדדי; אי אפשר ללמוד ממנו כשלעצמו מהו סדר העדיפות הרצוי, ואין בכוחו לשלול מתן עדיפות לעיכבון ככל שמתקיימים טעמים נוספים וטובים לכך. לבר מהטעם בדבר ההיזקקות הטבעית למרשם שציינתי לעיל אפשר להצביע על טעמים טובים נוספים ליתן עדיפות לקבלן העצמאי. בניגוד לשוק ההלוואות, שוק הקבלנות – ובפרט הקבלנות המתבצעת על ידי עובדים עצמאים – מתאפיין לרוב בדינמיות גבוהה, בעסקאות בהיקף כלכלי קטן יחסית, בתדירות גבוהה ובטווחי זמן קצרים למתן השירות או ביצוע המלאכה.¹⁰⁸ בשוק כזה אין זה סביר לדרוש מהעצמאי לסור ולבדוק אם קיים שיעבוד על כל נכס הנמסר לטיפולו.¹⁰⁹ זאת ועוד, נניח שהעובד העצמאי היה מבצע את הבדיקה, מגלה כי קיים שיעבוד על הנכס ומסרב לטפל בו – האם תוצאה זו הייתה רצויה מבחינתם של בעל הנכס ובעל השיעבוד? התשובה המסתברת לשאלה זו היא שלילית: בעל השיעבוד רוצה בשימור ערך הנכס שעליו רובץ שיעבודו, ואם זה לא יזכה לתחזוקה ראויה, סופו שיתדרדר בערכו ועמו ערך הבטוחה. מובן שגם בעל הנכס מעוניין לשמור על ערכו. מלכתחילה סביר שבחרו השניים ברישום השיעבוד ולא בהפקדתו (ככל שזו הייתה אפשרית), משום שהעריכו את היכולת להשתמש בנכס ולהפיק ממנו רווח (מה שעשוי לגרור בלאי ותיקונים) יותר משהעדיפו את הביטחון בהפקדתו אצל המלווה, שעשוי להיכרך בהוצאות החזקה שונות.¹¹⁰ יוצא כי ממילא אין

108 ראו לעניין זה את הניתוח שמבצע בית המשפט המחוזי (סגן הנשיא ביי) בהחלטת הביניים בפרשת לב, בבואו לאבחן את העיכבון הקבלני מהעיכבון שלו טענו המעכבים בפרשה, שהנכס הגיע לידם בעסקת מכר מקרקעין. פרשת לב, לעיל ה"ש 104, החלטה מיום 9.7.2001, בעמ' 696.

109 הרטמן ונוימן, לעיל ה"ש 100, בעמ' 540.

110 לעניין זה יש להעיר שתי הערות: ראשית אבהיר כי איני מעלה טיעון של "דיתור מכללא" (ראו והשוו: הרטמן ונוימן, לעיל ה"ש 100, בעמ' 537–538, למול פרשת גרוס, לעיל ה"ש 82, בעמ' 205). בכוונתי אך להצביע על מניעיהם הכלכליים של הצדדים וכיצד הם עשויים לסייע לנו לענות על השאלה. ההערה השנייה נוגעת ליחס שבין עיכבון למשכון מופקד: זלצמן טוענת בספרה כי מתן עדיפות לעיכבון צפוי לספק תמריץ שלילי להשתמש בשיעבודים רשומים אף על פי שהאינטרס החברתי הוא לעודד שיעבודים כאלה, המאפשרים ניצול כלכלי מרבי של הנכס הממושכן. חששה של זלצמן הוא שמעתה יעדיף הנושה-המלווה לקבל משכון מופקד ככל שהדבר אפשרי, ובכך להבטיח עצמו מפני הסיכון של פגיעה ביכולת ההיפרעות מהנכס (לעיל ה"ש 79, בעמ' 314). דומני כי טיעון זה נוטה לפשטנות-יתר. הבחירה במשכון מופקד על פני משכון רשום אינה שוקלת רק את יכולת ההיפרעות מהנכס אלא גם את טיבו של הנכס ואם בכלל ניתן להפקידו, כמו גם את עלויות ההפקדה – העלויות של אחסון הנכס, טיפול בו ושמירה עליו. אפשר להניח שמרכיב אחרון זה קובע ממילא את הבחירה בין רישום המשכון והפקדתו, שכן אם אין עלויות להפקדת הנכס, מדוע לשחררו מידי בעל המשכון? עיכבון קבלני אינו הסכנה היחידה האורבת לבעל המשכון עקב שחרור הנכס מידי הנכס יכול להתקלקל, להיפגע, להיגנב, להימכר לפי תקנת השוק לקונה תם לב וכיוצא בזה.

לנו עניין בסוג העסקאות המדובר לתמרץ את העוסק לברר את מצב הזכויות בנכס, וממילא יש לראות בבעל המשכון כמי שהיה מודע לאפשרות להיווצרותו של עיכובן מאוחר בנכס והשלים עמה.

האפיון הדינמי של שוק התעסוקה העצמאית רלוונטי גם להתמודדות עם טענה אפשרית שלפיה אין להעניק עדיפות לקבלן מהטעם שהיה יכול לדרוש בטוחה עצמאית מהמזמין, ומשלא עשה כן – אין זה הוגן שנושים שדאגו לעצמם לבטוחות יישאו בנטל. טיעון קרוב המובא על ידי זלצמן הוא שהקבלן יכול להתנות את עבודתו בתשלום מראש, מלא או חלקי.¹¹¹ אולם יש לזכור כי חלק ניכר מהעובדים העצמאים נעדרים כוח מיקוח לדרוש בטוחה או תשלום מראש כאמור, בשים לב להיקפים ולתדירויות שבהם מתבצעות עסקאות בין מזמיני שירות ועצמאים. היעלה על הדעת כי במציאות המסחרית המוכרת לנו בעל המוסך, המוביל או טכנאי המחשבים ידרשו לרשום משכון על הנכס שלו הם נותנים שירות? תדירות העסקאות שהם מבצעים, היקפן הכלכלי הקטן והתחרותיות בשוק – כל אלו יוצרים מציאות שבה אין זה סביר לדרוש בטוחה ואין לצפות שמזמין השירות יענה לדרישה כזו ממילא.¹¹² למעשה, אם ביחסי העבודה הרגילים פערי המיקוח נסבים בין היתר על תלותו של העובד במעביד לצד חוסר התלות היחסי של המעביד בעובד, אזי אצל עובדים עצמאים רבים חוסר התלות של מזמיני השירות ויכולתם להחליף על נקלה את השירות הניתן מידי עצמאי אחד בשירותו של אחר הם שיוצרים את הפער האמור בכוח המיקוח.

כשאי אפשר לדרוש בטוחה, קל וחומר שאי אפשר לדרוש תשלום מראש. הפקדת מלוא שכר העבודה בידי הקבלן בטרם הוברר שביכולתו לבצע את העבודה בצורה משביעת רצון אינה סבירה ואינה מקובלת. דרישה לתשלום מראש מאפיינת לרוב נושים מונופוליסטים או נושים המציעים מוצר בעל ביקוש רב או הנחה ניכרת תמורת התשלום מראש (כנגד הריבית שאפשר להפיק מהכסף בזמן שהוא מצוי בידיהם). תשלום מראש לרוב אינו מקובל אלא במערכות יחסים ששורר בהן אמון בין הצדדים: על המזמין לבטוח בנותן השירות שיספק את השירות ולא יברח עם הכסף. תנאי מקדמי זה אינו

111 זלצמן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 313.

112 מפאת חשיבות הדברים ראוי להביאם במלואם כפי שנוסחו בפרשת גרוס, לעיל ה"ש 82, בעמ' 212: "ההנחה היא, שבמהלך חיי המסחר הרגילים, ובמיוחד בעסקאות קטנות ושוטפות של תיקונים, שמירה וכדומה, לא תמיד מעשי הוא למשכן את הנכס על-פי הוראות חוק המשכון, תשכ"ז–1967, ובוודאי שאין זה מעשי נוכח השווי המיוערי של עיסקת השירות מול עלויות עיסקת המשכון. אמנם, במקרים בהם נמצא הנכס בחזקת הנושה, הרי אין כל הכרח לרשום את המשכון אצל רשם החברות או רשם המשכונות, לפי העניין, כדי לכונן משכון תקף, ודי בהחזקת הנושה בנכס בצירוף קיומו של הסכם משכון בין הצדדים, שהרי זהו משכון מופקד בגדר סעיף 4(2) לחוק המשכון. אלא שפעמים רבות (כפי שהדבר במקרה שלנו) הנכס הטעון תיקון או שמירה כבר מושכן קודם לכן לאחר. העיכובן מוקנה, אם כן, תוך הנחה שללא בטוחה לא יסכימו הנושים לתת את שירותם, בעוד שיצירת משכון אינה מעשית".

מתקיים במרבית מערכות היחסים. יתר על כן, גם תשלום מקדמה אינו יכול לשמש חלופה לבטוחה. הלוא המקדמה רק מצמצמת נזקים, לא מכסה אותם, ומדוע יש לדרוש מהמעכב לוותר על האפשרות לגבות את מרבית חובו כאשר מי שרושם בטוחה מבטיח בה את מלוא החוב? סיכומו של דבר: לא בכדי (וכפי שכבר צוין) זכות העיכבון נוצרה כדי להתגבר על פערי המיקוח הקיימים בין נותני שירותים ובין מזמיני השירות, פערים המקשים על שימוש בכלים ההסכמיים המקובלים להבטחת שכר העבודה.¹¹³

בכל המובנים שתיארתי זה עתה נראה כי שיקול המסחר התקין מותאם בדיוק רב למידותיו של העובד העצמאי. אולם היות שבית המשפט לא תיחס את הדיון לשוק העובדים העצמאים אלא קבע את הלכתו ביחס לקבלנים בכלל, מתבקשת השאלה אם ההגנה הניתנת בעקבות פסק הדין לקבלנים שאינם עובדים עצמאים אינה הגנתית. דומה כי ספק אם מוצדק לפתור באופן גורף כל קבלן מבדיקה של מרשם הזכויות הפומבי גם אם השירות שהוא מספק אינו מתאפיין בזרימה חופשית, היקפים כלכליים קטנים וטווחי זמן קצרים, וגם אם יש בידיו כוח מיקוח לדרוש בטוחה או תשלום מראש. נסיבותיה העובדתיות של פרשת גרוס עצמה מעלות את הספק אם היה נכון ליתן עדיפות לתעשייה האווירית בגין עסקת תיקונים במטוסים, שלא הוברר כי המאפיינים האמורים מתקיימים בה ובשכמותה. מקובלת עליו אפוא הטענה כי יש להקפיד בשיקול המסחר התקין ולא לראות בו הצדקה גורפת לפטור כל קבלן מבדיקת הזכויות במרשם.¹¹⁴ אשוב לנקודה זו בהמשך, עת אדון בצורך לכוונן את העיכבון באופן טוב יותר להגנה על העובד העצמאי.

שיקול ההשבחה. השיקול השני שקבע בית המשפט לעדיפות העיכבון – השיפור שהקבלן מבצע בנכס – מוצדק בראש ובראשונה מזווית מימונית, כמקרה פרטי של הכלל שלפיו עדיפות תוענק לשיעבוד שמימן את רכישת הנכס (להלן: 'סל"ן'), כיוון שלולא המימון לא היה נרכש הנכס, ולנושים ממילא לא היה במה לתפוס.¹¹⁵ בדומה לכך, לנושה המובטח יש זכות בנכס רק כשווי טרם בוצעו בו התיקונים, ולכן מתבקש להעניק עדיפות למי שהעלה את שווי הנכס באמצעות תיקונו כדי גובה ההשבחה. בשיקול

113 לעיל ה"ש 90–92 והטקסט הצמוד להן. על הריכוז של העובדים העצמאים בתעשיית השירותים גם בימים אלה ראו למשל נדיב ושלח, לעיל ה"ש 3, בעמ' 27, 57–58.

114 זלצמן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 322.

115 בדעה זו מחזיק דויטש, ראו לעיל ה"ש 80, בעמ' 207, וכן ראו בפרשת גרוס עצמה, לעיל ה"ש 82, בעמ' 205; בית המשפט נסמך בנקודה זו באופן מלא על מאמרם של הרטמן ונוימן, לעיל ה"ש 100, בעמ' 540. שיקול זה מוסבר בהרחבה גם בפרשת אלוניאל, לעיל ה"ש 104, פס' 9 לפסק הדין. עוד נראה כי שיקול ההשבחה ניתן לעיגון גם בדיני עשיית עושר שלא במשפט, כגישת המשפט האמריקאי לגבי חלק מהעובדות (ראו למשל Lake Ozark Const. Industries v. Osage Land Co., 168 S.W.3d 471 (Mo. 2005); Carson v. Roediger, 513 N.W.2d 713 (Iowa 1994); L.L.C., 168 S.W.3d 471 (Mo. 2005); Carson v. Roediger, 513 N.W.2d 713 (Iowa 1994); Basic Modular Facilities, Inc. v. Ehsanipour, 70 Cal. App. 4th 1480 (1999); אולם אחרת נקודה זו לפעם אחרת.

ההשכחה אפשר להתבונן גם מזווית נוספת, "מעין-עבודתית", שכן אין זה הוגן ש"האומן המתקן יצא וידיו על ראשו" מבלי לקבל שכר עבור עבודתו בעוד בעל המשכון נהנה מהעבודה שבוצעה.¹¹⁶ מבט זה על שיקול ההשכחה פותח פתח לשיקול מדיניות נוסף שראוי לדבר בו, הדומה לשיקול ההשכחה אך אינו חופף לו. לדעתי עדיפותו של העיכוב של העובד העצמאי מוצדקת לא רק משום שנותן השירות (העצמאי) תרם לנכס בעבודתו אלא אף אם אין ביכולתו להוכיח כי העלה את ערכו של הנכס, משום שהאינטרס החברתי הוא להגן על עמל שהושקע וראוי שיזכה בשכר.

חיזוק לשיקול זה אפשר למצוא בדרך שבה עוצבה העדיפות הניתנת לעיכובן במשפט האנגלי-אמריקאי. לצורך כך נרחיב מעט את היריעה ונתאר את ההסדר הנוהג בארצות הברית ובקנדה. כזכור, העיכובן במשפטנו שאוב מהמשפט המקובל, וכפי שצייתי למעלה, הסדרי העיכובן במשפט הישראלי ובמשפט האנגלי-אמריקאי קרובים זה לזה גם כיום.¹¹⁷ קרבה זו אינה נעצרת בפן הפנימי של הזכות, והיא ניכרת גם בעיצוב נפקותה החיצונית והקניינית. כלל העדיפות שהתגבש בהלכת גרוס הושפע לא מעט¹¹⁸ מכלל העדיפות הקבוע בסעיף 9-333 (לשעבר סעיף 9-310) לקוד המסחרי האמריקאי (U.C.C.),¹¹⁹ ולזה הקנדי, הקבוע בסעיף 32 לקוד הבטוחות הקנדי (P.P.S.A.),¹²⁰

116 פרשת גרוס, לעיל ה"ש 82, בעמ' 205. גם כאן מדובר בשיקול שהובא במקור על ידי הרטמן ונוימן ואומץ על ידי בית המשפט. יוער כי ניסוח זה הובא על ידי הרטמן ונוימן בהתייחס לבעל מוסך לתיווני רכב המעכב כלי רכב, קבלן קרוב יותר לדמותו הרווחת של העובד העצמאי מחברת התעשייה האווירית.

117 ראו לעיל ה"ש 83 והטקסט הצמוד לה. עם זאת לצד הדמיון בין הסדרי העיכובן בשתי שיטות המשפט, ראוי לתת את הדעת על כך שחוקי העיכובן בארצות הברית הם מדינתיים, דבר המוביל לחוסר אחידות מסוים בדיני העיכובן: (1996) 8 (1996) 53 Am. Jur. 2d, Mechanics' Liens § 8. על הבעייתיות בכך ראו: Ethan Glass, *Old Statues Never Die... Nor Do They Fade Away: A Proposal for Modernizing Mechanics' Lien Law by Federal Action*, 27 OHIO N.U. L. REV. (2001) 67. אמנם, כלל העדיפות הקבוע בסעיף 9-333 התקבל על ידי כלל המדינות ומספק אחידות מסוימת בשאלת תחרות הזכויות, אולם סעיף 9-333 עצמו מאפשר לחוקים המדינתיים להתנות עליו ולקבוע כלל עדיפות אחר (סיפת סעיף (b)), ותפקידו מתמצה בהתוויית מסגרת כללית ואילו הזכות עצמה נוצרת בחוקי המדינות. בעקבות זאת בכל מדינה קיימים הסדרים שונים באשר לעיכובנות ספציפיים. ראו Mark A. Gittelman & Earl T. Stamm, *The Dangers of Being a Secured Lender: Where Filing a Financing Statement May Not Be Enough*, 94 COM. L.J. 377, 390 (1989); Arthur Murphey, *Cars, Creditors, and The Code: The Diverse Interpretations of Section 9-310*, 1970 WASH. U. L.Q. 135, 138-140 (1970).

118 פרשת גרוס, לעיל ה"ש 82, בעמ' 203.

119 ראו Uniform Commercial Code (last update 2004) www.law.cornell.edu/uniform/ucc.html; ה-U.C.C. אומץ בכל מדינות ארצות הברית (האחרונה שבהן הייתה לואיזיאנה, בשנת 2001); לסטטוס העדכני של אימוץ הקוד בחוקי המדינות השונות ראו www.law.cornell.edu/uniform/ucc.html#a9 (נצפה לאחרונה ב-25.2.2011). לבד משאלת העדיפות, הקוד אינו מסדיר

סעיף 9-333 ל-U.C.C. קובע כלל בררת מחדל: העיכבון יהא עדיף על פני כל יתר הבטוחות אלא אם מקורו בחוק הקובע באופן מפורש כלל עדיפות אחר. הסעיף מוסיף ומתנה עדיפות זו במאפיינים קונקרטיים וספציפיים של העיכבון: כמו בשיטתנו לא כל עיכבון זכאי לעדיפות. ראשית, לפי סעיף (a)(2) ל-U.C.C. צריך שמקור העיכבון יהיה בדין; שנית, בעל הזכות צריך להחזיק בנכס באופן פיזי (סעיף (a)(3)); שלישית, ומרכזי לענייננו, הסעיף מזכה את העיכבון בעדיפות האמורה רק בתנאי שהוא:

[...] secures payment or performance of an obligation for services or materials furnished with respect to goods by a person in the ordinary course of the person's business [...].¹²¹

על אף הדמיון הניכר בין הכלל הפסיקתי הישראלי לזה האמריקאי, אם נקרב מבטנו נראה כי שלא כמו הדין הישראלי, סעיף 9-333 אינו דורש את השבחת הנכס כתנאי לקבלת עדיפות, אלא רק שבנכס "הושקעו שירותים או חומרים". ואכן, בתי המשפט בארצות הברית קבעו בעקיבות שהעלאת ערך הנכס אינה תנאי לעליונות העיכבון על בטוחות אחרות, והתנאי היחיד הוא שתושקע עבודה או יוצאו הוצאות ביחס לנכס מהסוג

היבטים נוספים של זכות העיכבון, ויתר פניה מוסיפים להיות מעוצבים בחוק ובפסיקה של המדינות השונות: ראו (2007) U.C.C. §9-109(d)(2); Murphey, לעיל ה"ש 117, בעמ' 138. הדין הקנדי עוקב בבסיסו אחר זה האמריקאי בכל הקשור לעיכבון. אונטריו, הפרובינציה הראשונה לעגן בחוק עיכבונות של בעלי מלאכה עצמאיים, עוד במאה ה-19, אימצה לצורך החקיקה דוגמה אמריקאית. ראו Frank E. Hodgins, *The Liability of an Owner under the Mechanics' Lien* (1887) WALLACE; Acts, 7 CAN. L. TIMES 69, לעיל ה"ש 91, בעמ' 2. לקראת סוף שנות השבעים החלו חלק מהפרובינציות לאמץ את ה-Personal Property Security Act, קוד מודל (בדומה ל-U.C.C.) המסדיר את מכלול תחום הבטוחות ומוזכר עד מאוד את פרק 9 ל-U.C.C. על כך ראו: Jacob Ziegel, *Personal Property Security Legislation Comes to Saskatchewan*, 3 CAN. BUS. L.J. 463 (1979). פרובינציות אחרות אימצו את ה-P.P.S.A. רק בתחילת שנות התשעים: ראו BRITISH COLUMBIA LAW INSTITUTE, REPORT ON THE UNIFORM LIEN ACT 3 (BCLI Rep. Personal No. 23, 2003) (להלן דוח העיכבון של קולומביה הבריטית). לחוקי המדינות ראו למשל: Personal Property Security Act, S.S. 1993, c. 62 (Can.) (Statutes of Saskatchewan); Personal Property Security Act, C.C.S.M. 1993, c. P35 (Can.) (Manitoba); Personal Property Security Amendment Act, S.B.C. 1990, c. 11 (Can.) (British Columbia).

121 ההדגשות הוספו – נב"ק. סעיף 32 ל-P.P.S.A. הקנדי וזה בלשונו לנוסח הישן של סעיף 9-333 אך מבחינה תוכנית זהו כמעט בכל לנוסח הנוכחי: "32. A lien on goods that arises as a result of the provision, in the ordinary course of business, of materials or services in respect of the goods, has priority over a perfected or unperfected security interest in the goods unless the lien arises under an Act that provides that it is not to have such priority"

ש"בדרך כלל" יכול להעלות את ערך הנכס או לשמרו (אך אינו מחויב לעשות כן).¹²² זהו הבדל ניכר: במקום לדרוש השבחה, תוצר אפשרי אך לא מתחייב של עבודה, דורש המשפט האמריקאי את העבודה עצמה.¹²³ ברי כי הסרת דרישת ההשבחה מרחיבה את ההגנה על העובדים העצמאים, שכן היא מבטלת הבחנה אפשרית בין עובד עצמאי שיכול להראות כי השביח את הנכס לעובד עצמאי שיכול להראות רק כי עבד על הנכס מבלי שהביא להשבחתו (השוו לטכנאי המצליח לתקן את הנכס שהופקד בידיו לטכנאי שעובד על הנכס שעות רבות אך איננו מצליח לתקנו). הרחבה זו מוצדקת ככל שקבוצת הנהנים מהעדיפות הניתנת לעיכבון מתמקדת בעובדים הזקוקים להבטחת שכרם אך אינם מסוגלים לעשות כן בתנאי השוק. ואכן, מנסחי הקוד כתבו בשעתם כי הרציונל שמאחורי העדיפות הניתנת לעיכבון בקוד הוא בראש ובראשונה עבודתי, ורציונל השל"ן, אף שקיים, לכל היותר משני לו.¹²⁴ ההכרה המפורשת של הסעיף בערכן של פעולות לשימור ערך הנכס (ולא רק להשבחתו) תואמת קו זה.¹²⁵

GILMORE 122, לעיל ה"ש 91, בעמ' 887-889; RESTATEMENT OF SECURITY, §61(A) (1941); *In re Big Boy Mobile Homes of Knoxville, Inc.*, 10 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 1307 (Tenn. 1972); *U.S. v. Crittenden* 563 F.2d 678, 690-691 (Ga. 1977); *Smith v. Atlantic Boat Builder Co.*, 356 So. 2d 359, 367 (Fla. 1978); *Security National Bank v. Reiginger*, 610 P.2d 1222 (Okla. 1980)

123 עוד בנקודה זו ראו § 4 *Mechanics' Liens* 53 Am. Jur. 2d, 780 P.2d 89; *Barber v. Honorof*, 780 P.2d 89; *Sun Solutions, Inc. v. Brandt*, 709 P.2d 1079 (Or. 1985); *Logan Equipment Corp. v. Profile Const. Co., Inc.*, 585 A.2d 73 (R.I. 1991)

124 וראו במילותיהם המפורשות של יוצרי ה-U.C.C. בטייטת הקומנטאר ממאי 1949 (8 UNIFORM COMMERCIAL CODE DRAFTS 503, 592 (Elizabeth Slusser Kelly ed., 1984)), המבהירות מהו מרכז הכובד של הכלל ומהו השיקול המשני: "The types of lien, by this section given priority, are non-contractual and dependent on status (such as mechanics' liens). Their development, at common law and under statute, testifies to a general belief that the beneficiaries of such liens are peculiarly dependent upon and in need of security for their services and materials, which are customarily furnished before payment is made. It is thus entirely appropriate that such liens (securing claims arising from work which has enhanced the value of the collateral to the benefit of both the contractual financier and his borrower) should be given a prior status". הקוד אמנם עבר כמה וכמה שינויים מאז נכתבו דברים אלו, אולם אף אחד מהשינויים לא עמעם את ההנמקה הבסיסית המובאת בשורות אלו. יתרה מכך, בחוקי המדינות השונות ההכרה בכך שהעבודה עצמה היא מושא הזכות, ללא הכרח שתתקיים השבחה, מפורשת אף יותר מבקוד. ראו למשל בחוקי משיגן: MICH. COMP. LAWS SERV. § 570.185 (LexisNexis); *N.Y. Lien Law*, § 8-180 (Consol. 2012) (*Artisan's Lien on animals*, ובחוקי ניו יורק: *Personal Property*).

125 וראו את עמדת המשפט הישראלי בסוגיית השימור, להלן ה"ש 142 והטקסט הצמוד לה.

נטיית הדין האמריקאי לראות בעיכבון מכשיר ייעודי להגנה על שחר עבודה מתחזקת לאור הגבלת העדיפות שבקוד לאדם שהשקיע בנכס עבודה או חומרים ב"מהלך הרגיל של עסקיו" (ראו לעיל).¹²⁶ הגבלה זו אינה קיימת בדין הישראלי, המעניק עדיפות גם לעיכבונות משביחים שאינם נובעים מיצרנות מקצועית.¹²⁷ ייחודה של עדיפות העיכבון לפעילות יצרנית תורם לביסוס קשר חד-ערכי בין עיכבון ועבודה במשפט האמריקאי, שמחזק בתורו את אופייה המעין-עבודתי של הזכות.

הגם שחידוד העיכבון להגנה על זכויות מעין-עבודתיות לא נעשה בפסיקתנו, אפשר לאתר בפסיקה בכל זאת גישה מרחיבה לדרישת ההשבחה: למשל, בפרשת אלוניאל נטה השופט גרוניס לסבור כי להבדיל מעיכבונות אחרים, במקרה של עיכבון קבלני אפשר להניח שאכן התקיימה השבחה ואין צורך לבדוק בציציות הנכס אם אכן הושבת.¹²⁸ בערכאות הנמוכות מראים בתי המשפט נכונות להכיר בקשת רחבה של פעולות כמשביחות, מבלי לדקדק לרוב אם אכן העלו את ערך הנכס. למשל, פעולות אדמיניסטרטיביות לשחרור מוצרים מהמכס, אחסון מוצרים ותיגום, ואף פעולות הבוררות כשלעצמה – כל אלו נחשבו משביחות.¹²⁹ למותר לציין כי ככל שדרישת ההשבחה מתפרשת פירושה רחב וכוללני יותר וחלה על מגוון רב של נכסים, מגן העיכבון הלכה למעשה על שכרם של עובדים עצמאים וקבלנים רבים יותר. עם זאת יש לזכור כי גם כאן הרחבת העדיפות לכל קבלן וקבלן לוכדת ברשתה גם קבלנים שאינם ראויים בהכרח להגנה. צעד זה אינו מחויב המציאות. במקום ליתן עדיפות לכל הקבלנים, בין שיש ביכולתם לבצע בדיקה של המרשם ובין שלא, ובין שמצויים הם בעמדה להבטיח את שכרם ובין שלא, מוטב להציב בפירושה של השקעת עבודה או חומרים בנכס

126 על פרשנותו של ביטוי זה ראו: Hess, לעיל ה"ש 93, בעמ' 459, 464–466; ראו למשל United States National Bank v. Atlas Auto Body, Inc., 335 N.W.2d 288 (Neb. 1983), שם זכות העיכבון של בעל המוסך השתרעה רק על התיקונים שביצע לרכב ולא על אחסונו, שכן הוא אינו עוסק במהלך הרגיל של עסקיו באחסון מכוניות.

127 לנטיית הפסיקה הישראלית להעניק את עדיפות העיכבון גם לעיכבון לא קבלני, ככל שהוא משביח את הנכס, ראו להלן ה"ש 129.

128 פרשת אלוניאל, לעיל ה"ש 104, פס' 12 לפסק הדין. ראו גם דבריו המפורשים של השופט רובינשטיין בפרשת המשביר הישן, לעיל ה"ש 89, פס' יד לפסק דינו.

129 שם, פס' יח לפסק דינו של השופט רובינשטיין; פרשת עמילין, לעיל ה"ש 80, פס' 9 לפסק הדין. פש"ר (מחוזי ת"א) 1500/02 י.מ.ל.א. הנדסה בע"מ נ' רובננקו, פס' 7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 30.1.2003). יוער כי כאשר מדובר בעיכבון לא קבלני בתי המשפט דווקא נוטים לדקדק ולבחון את קיומה של ההשבחה. למשל, בה"מ (מחוזי ת"א) 217/95 גלרון חברה להובלה (1976) בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 18.2.1996) קבע בית המשפט המחוזי כי בעל העיכבון אינו עדיף על המשעבד, שכן אין הוא קבלן אלא משכיר שלא השביח את הנכס. כמו כן בפרשת אלוניאל, לעיל ה"ש 104, נקבע כי הקונים שהחזיקו בנכס מכוח זכות העיכבון שבחוק התרופות לא השביחו את הנכס, ולכן אינם זכאים לעדיפות על הבנק בעל המשכנתה.

כחלק ממהלך העסקים הרגיל מחד גיסא ולעמוד בדקדוק רב על התקיימות שיקול המסחר התקין מאידך גיסא. שילוב זה יבטיח הגנה על מנעד רחב של עובדים עצמאים מבלי להרחיב את ההגנה לשווקים קבלניים שבהם היא אינה נדרשת. לצד האמור, אין מניעה כי תנאי ההשכחה יוסיף להתקיים לצד שיקול המסחר התקין, ויאפשר לנושים, גם אם אינם קבלנים, לזכות בעדיפות – ככל שעומדים הם ברציונל השל"ן.

3. סיכום ביניים: העיכוב בראי המבחנים להענקת זכויות מעין-עבודתיות לעובד העצמאי

הדיון בעיצוב נפקותו החיצונית של העיכוב הניח נדבך מרכזי בביסוס מתודת הניתוח שהצגתי בפרק הראשון: פנייה למשפט הפרטי ואיתור כלים היכולים לשמש להגנה על העובד העצמאי, ולאחר מכן בחינת כלים אלה לאורך של תכליות מעין-עבודתיות. הראיתי כיצד יכול העיכוב לשמש כלי יעיל ומתאים להגנה על שכרו של העובד העצמאי בחיי היום-יום העסקיים, כמו גם לעת קריסה כלכלית של מזמין השירותים והיווצרות תחרות עם יתר נושיו. אשר לנסיבות מהסוג האחרון טענתי כי מתן עדיפות לעיכוב הקבלני הוא ככלל צעד ראוי, בשים לב לחשיבותו של כלי זה בהגנה על שכרם של עובדים עצמאים. דרך הדיון בשיקולים שהותוו בהלכת גרוס עמדתי על ההצדקות להבניית העיכוב ככלי להגנה על שכר העבודה והצבעתי על החסרונות הטמונים במתן עדיפות לזכות כאשר אין היא נדרשת להגנה על זכויות של עובדים עצמאים. הצדקתי וביססתי את שיקול המסחר התקין אך ציינתי כי יש למקדו כדי שלא יחול על קבלנים שאין הצדקה ליתן הגנה עודפת להתנהלותם העסקית, וטענתי כי אין להתנות את עדיפות העיכוב בהשכחת הנכס אלא בעצם השקעת העבודה. חידודים אלה יסייעו לכוון את הגנת העיכוב לאלה הזקוקים לה – העובדים העצמאים.

ניתוח העיכוב מאפשר גם להעמיק בטענה הכללית ששטחתי לעיל בפרק הראשון, שלפיה המבחן להענקת זכויות מעין-עבודתיות לעובד העצמאי הוא קיומם של מאפיינים המעידים על תלות כלכלית, חוסר שוויון בכוח המיקוח, ולעתים אף על כפיפות. מאפיינים אלה באו לידי ביטוי בניתוח ההגנה הנדרשת על שכרו של העצמאי והשלכותיה על עיצוב העיכוב. הדיון בשיקול המסחר התקין העלה כי הקבלן העצמאי מצוי בעמדת נחיתות לעומת המזמין: מאפייני עבודתו אינם מאפשרים לו לברר באופן סביר על אודות מצבת הזכויות בנכס הנמסר לו לטיפול, ולכן מבחינה מעשית אין לו יכולת ממשית לסרב לעבודה סירוב מושכל או לבקש בטוחה, וממילא על פי רוב לא יוכל להבטיח את שכרו בדרך אחרת. נחיתות זו מבססת את הצורך בהגנה מן הדין על שכרו של העובד העצמאי, הן ברגיל והן בימי תחרות עם נושים אחרים. עמדת הנחיתות שבה מצוי העובד העצמאי מחריפה ככל שתלותו הכלכלית במזמין גבוהה יותר, וכך גם כאשר סוג העבודה או השירות שמבצע העובד העצמאי דורש מצדו השקעה הקודמת למועד התשלום הנוהג

בעסקאות מסוג זה. במקרה כזה עשוי העובד העצמאי למצוא עצמו – לאחר שהשקיע זמן, עמל וחומרים בעבודה – בהפסד ניכר. גם מטעם זה יש להבטיח שיוכל לגבות את שכרו.¹³⁰ הדיון בזכות העיכבון ממחיש אפוא את הצורך בבחינה קונקרטית של סוג העבודה או השירות שמבצע העצמאי ואת התשומות שהוא נדרש להשקיע בה. עוד יצוין כי הצורך להעניק לעובד העצמאי הגנה חזקה גובר ככל שנחיתתו באה לידי ביטוי במרבית העסקאות שהוא מנהל או בכללן; הקושי בהבטחת השכר הופך לאקוטי אם כל פרנסתו של העצמאי מושתתת על עסקאות שאף באחת מהן אין ביכולתו להבטיח תשלום. אמנם מחד גיסא עובד כזה נידון ביכולת פיזור נזק טובה מזו המוקנה לבעל חוזה בודד העומד מול אפשרות שיופר חוזהו. אולם מאידך גיסא החוזים שעושה עובד עצמאי כזה הם רפטטיביים, ועל דרך האינדוקציה, אם לא נספק לו הגנה מפני המצב שאליו הוא עשוי להיקלע הוא עשוי להגיע עד מהרה לאבדן פרנסתו. חשוב לציין שהעיכבון בעיצובו הנוכחי והמוצע מסייע לעובד העצמאי להתגבר על נחיתות זו הן בשגרה שבה הוא מספק לו אמצעי לחץ אפקטיבי לדרישת שכרו הן במצב שבו נקלע המזמין לקשיים, שנותח בהרחבה לעיל.

אחתום את הדיון בחלק זה בהערה חשובה באשר ליחס שבין שיקול המסחר התקין לשיקול ההשבחה: בית המשפט לא קבע בפרשת גרוס מהו היחס שבין שני השיקולים שהציב (מצטברים? חלופיים?), ובפסיקה ובספרות מסתמנת נטייה לבסס את עדיפותו של העיכבון הקבלני – שעליה אין מחלוקת – על שיקול ההשבחה בלבד ולא על שיקול המסחר התקין.¹³¹ לדעתי אין לקבל טענה זו ויש לראות בשני השיקולים כרוכים זה בזה, ולכל הפחות לבצע ביניהם שקלול תמורות (tradeoff), כך שאם שיקול המסחר התקין מתקיים בעצמה גבוהה, יזכה העובד העצמאי בעדיפות גם אם לא יוכל להראות השבחה בנסיבות העניין. מלבד היותה של השבחה כאמור דרישה לא ממצה, המסתכנת בהגנת-חסר על העובדים העצמאים, עדיפות לעיכבון על פני בטוחות אחרות אינה יכולה לעמוד ללא שיקול המסחר התקין, שכן בלעדיו אי אפשר להצדיק את הפטור הניתן לבעל העיכבון מבדיקת מצבת הזכויות בנכס המגיע לידי צורך מלאכתו. השבחה בלבד אינה גוזרת את ה"דחיפות" וה"שטף" המצדיקים פטור מבדיקה במרשם, ועמו את מתן העדיפות לעיכבון על אף היותו מאוחר בזמן. המשפט אינו מעוניין לתמרץ השקעת משאבים עיוורת בנכס ככל שאפשר להימנע מכך בקלות בבדיקה פשוטה. מנגד דחיפות

130 וראו את דבריהם של יוצרי ה-U.C.C. האמריקאי, המצוטטים לעיל בה"ש 124.
 131 יש לשים לב בעניין זה לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס בפרשת אלוניאל, לעיל ה"ש 104, פס' 9-10 לפסק דינו. אמנם, הדיון בפסק הדין לא עסק בעיכבון קבלני אלא בעיכבון מכוח סעיף 19 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), אולם גרוניס דן במפורש בהלכת גרוס ומבקר את שיקול המסחר התקין. עוד ראו זלצמן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 315, וכן המקורות המוזכרים לעיל בה"ש 129.

ושטף לבדם אין די בהם אם לא הושקעה עבודה.¹³² הקשר לנכס הכרחי כדי ליתן לעובד עצמאי עדיפות לגביו; אם העובד העצמאי לא ביצע את העבודה שלשמה הופקד הנכס בידיו, אין הוא זכאי לעיכבון בו גם אם זה דרוש לו לכיסוי חוב אחר של המזמין, שלא צמח מעבודתו.

לאחר שעמדתי על הפוטנציאל הגלום בזכות העיכבון לשמש מכשיר אפקטיבי להגנה על שכרם של העובדים העצמאים לצד הקשיים המונעים ממנה לעשות כן באופן מספק, יש להעמיק את הדיון ולהשוות ישירות את היקף ההגנה הניתנת לעובד העצמאי באמצעות העיכבון להגנה הניתנת לעובד השכיר באמצעות ההגנות השונות המוקנות לו בחוק. כך יהיה אפשר לבחון אם ההגנה הניתנת לעובד העצמאי מספקת, ואם לא – מה אפשר לעשות בנדון.

ד. בין הגנת השכר להגנת העיכבון – הדין הרצוי

כפי שתואר בהרחבה, נפקותה החיצונית של זכות העיכבון פותחה במשפטנו באופן שחזק את הקשר שבין העיכבון לעובד העצמאי לאור העדיפות שנתנה הפסיקה לעיכבון הקבלני – העומד באופן טבעי וישיר לעובדים עצמאים רבים – על פני בטוחות אחרות ועל פני עיכבונות אחרים. תורמת לכך העובדה ששני השיקולים שנקטו לביסוס עדיפות זו הם בעלי זיקה מעין-עבודתית גם אם אין הם מתאימים במלואם להגנה על העובדים העצמאים. טיבם הכללי של השיקולים מלמד שהשלכותיהם עשויות לחרוג ממערכת הנסיבות שבה הועלו לראשונה. לכן אף על פי שההלכה נקבעה בעניין תחרות בין עיכבון ומשכון, נראה כי השיקולים שבבסיסה תקפים במידה שווה גם בעימות בין העיכבון וזכויות קנייניות אחרות.¹³³ נוסף על כך, עוד קודם לקביעת עדיפותו של בעל העיכבון על פני נושים מובטחים אחרים, הוקנתה לו עדיפות מהדין אל מול נושים לא מובטחים. בזמן שחלף מאז ניתנה הלכת גרוס קבעה הפסיקה במפורש כי מעמדו העדיף של העיכבון על פני נושים לא מובטחים אינו כפוף לשיקולי המדיניות שהוצבו בפרשת גרוס,

132 ולחלופין, אם הנכס לא הושבח ממש – כפי שצוין בסוף פרק ג.2.

133 דויטש, לעיל ה"ש 80, בעמ' 267, קובע כי פסק הדין בעניין גרוס "עוסק בעימות בין קבלן לבין בעל משכון קודם, אולם אותו הגיון חל גם באשר לעימות בין קבלן לבין בעל זכויות קנייניות קודמות אחרות", ובהמשך הדברים מדגים וטוען כי על זכות העיכבון לגבור אף על הבעלות עצמה במקרה שבו הנכס הועבר לידי הקבלן שלא כדין, וכך טוען גם ויסמן במאמרו "הנכסים הכפופים לזכות העיכוב של עורך הדין" הפרקליט כג 50, 52, 56-57 (1977) (המאמר אמנם נקרא על שם עיכבון עורך הדין, אך עוסק, בעמודים הללו, גם בדין העיכבון הקנייני הכללי). זמיר חוק חוזה קבלנות, לעיל ה"ש 76, בעמ' 572, חולק על דויטש בנקודה זו ומציע שבנסיבות מסוימות תותנה העדיפות הניתנת לקבלן בתום לבו.

ולפיכך קדימותו של המעכב ביחס לנושים הכלליים נשארת בעינה גם אם לא השביח את הנכס.¹³⁴

אם כן, נקודת המוצא לדיון בפרק זה היא שהעדיפות המוגברת שלה זכה העיכבון הקבלני בתחרות עם צדדים שלישיים, לצד יתרונותיו הרבים כאמצעי לחץ על החייב בימים כתיקונם, הפכו זכות זו לחזקה ביותר. בד בבד אבקש לטעון כי המהלך המשפטי בעניין העיכבון והעובד העצמאי לא הושלם. במובנים מסוימים זכות העיכבון בעיצובה הנוכחי אינה חזקה מספיק להגנה על העובד העצמאי, ובמובנים אחרים היא עשויה להיות חזקה מדי.

מדוע אין די בעיצובה הנוכחי של זכות העיכבון להגנה על שכר העובד העצמאי? אפשר להצביע על כמה סיבות, חלקן פנימיות וקשורות במהותה של זכות העיכבון ובתנאיה, וחלקן חיצוניות ונובעות ממגבלותיה הטבעיות של זכות העיכבון.

1. מגבלות פנימיות על יכולתו של העיכבון להגן על העובד העצמאי – ופתרונות אפשריים

המגבלה הראשונה שבשלה אין די בזכות העיכבון כדי להגן על אוכלוסיית העובדים העצמאים בכללותה היא שלא כל עובד עצמאי מקבל לידיו מלכתחילה נכס בר-עכוב ממזמין השירות. העיכבון במהותו תלוי בקיומו של נכס בר-עכוב, ובחלק לא קטן מעסקאות השירותים נכס כזה עשוי שלא לעבור מיד ליד. יוצא שקיימים עובדים עצמאים שמתקיימים בהם השיקולים המצדיקים הגנה מהדין, אך מבחינתם לעיכבון אין כל ערך כמנגנון להגנת שכרם.

אף על פי שבעיה זו אכן קיימת, היא מצומצמת מכפי שנראה במבט ראשון. ראשית, אין צורך במכוננית או בדירת מגורים כדי שלעיכבון יהיה מה לתפוס; אפשר לעכב נכס מכל סוג, כולל כספים, מסמכים, תכניות, ולעתים אף זכויות מופשטות.¹³⁵ לכן גם אם נראה שלעצמאים רבים אין נכס בעל ערך שיוכלו לעכב, בפועל בהחלט ייתכן שקיים נכס שכזה. מאפיין נוסף המצמצם את הבעיה הוא העובדה שעצמאים רבים מספקים שירותים שהתשלום בעבורם משתלם בו במקום. הדוגמה הפרדיגמטית של האומן המתקן אינה מייצגת את כל העצמאים. ספרים, קוסמטיקאים, חשמלאים, עוזרי בית – כולם דוגמאות לנותני שירותים עצמאים שמקבלים תשלום במועד שבו ניתן השירות, מבלי שנוצר פער זמנים ממשי ההופך את השירות לעסקה באשראי. עצמאים מסוג זה אינם זקוקים להגנת העיכבון, שכן הנוהג בשוק שבו הם פועלים הוא לשלם מיד, ולכן העובדה שאינם

134 ראו פרשת המשביר הישן, לעיל ה"ש 89, שבה קבע בית המשפט שלעניין עקרון השוויון בין הנושים אין נפקות לסיווג העיכבון כמשביח אם לאו; זכות המעכב כנושה מובטח מהדין ביחס לנושים הכלליים נשמרת.

135 ראו המקורות המוזכרים לעיל בה"ש 80.

מקבלים נכס להחזקתם לרוב אינה מעלה ואינה מורידה.¹³⁶ למעשה, אין מתקיים בעניינם כלל פער המיקוח בעניין הבטחת התשלום, המתקיים בעניינם של העובדים העצמאים שבהם דנו עד כה. אם יבחר הקוסמטיקאי להעניק את שירותיו בהקפה, הוא נוטל על עצמו סיכון מחושב וידוע, שאינו מובנה במהלך הרגיל של עסקיו, ויש ביכולתו לתמחר סיכון זה בנפרד וכנדרש. אין פירושו שהקוסמטיקאי ודומיו אינם ראויים להגנות מעין-עבודתיות מסוימות, אולם להגנת השכר במוכן שבו אנו עוסקים כאן הם אכן אינם נזקקים.

אם נשוב לאותם עובדים עצמאים שאתרע גורלם ואין הם מחזיקים בנכס בר-עיוכוב של הלקוח, ובכל זאת נותנים הם את שירותם באשראי, נראה כי אין הצדקה להפלות בינם לבין אותם עובדים ששפר מזלם והתגלגל לידיהם נכס כזה. למשל, אין הצדקה להפלות בין קבלן הבניין, שיכול לעכב את הנכס עד לתשלום שכר עבודתו, למתווך המקרקעין, שנעדר יכולת זו ומתקשה לא אחת לגבות את שכר התיווך. ככל שמתקיימים בעובד העצמאי המאפיינים שתוארתי, היעדרו של נכס בר-עיוכוב הופך את עמדתו לנחותה עוד יותר וראויה עוד יותר להגנה, שכן אפילו במישור היחסים הפנימי בינו לבין לקוחותיו אין בידי אמצעי לחץ שיבטיח את גביית שכרו. אם ברצוננו לספק לו הגנה, יש למצוא לו מנגנון חלופי לזכות העיוכוב.

חלופה אפשרית לזכות העיוכוב לאוכלוסייה זו של עובדים עצמאים היא משכון סטטוטורי. מכשיר משפטי זה אומץ בארצות הברית ובקנדה להרחבת ההגנה הניתנת לעובדים העצמאים באמצעות זכות העיוכוב.¹³⁷ זהו משכון מהדין, העומד לעובד העצמאי גם ללא החזקה בנכס – בכפוף לרישום הזכות (ודוקו: אף על פי שלכאורה נראה מנגנון זה כוויתור על העיוכוב לטובת שיעבוד רגיל, נשים לב כי הסדר זה מקורו בדין ולא בהסכמת הצדדים). בארצות הברית הוחל המשכון הסטטוטורי בענף הבנייה (construction lien, mechanics' lien),¹³⁸ ובקנדה נקבע משכון סטטוטורי הן בענף הבנייה הן בענף הרכב (non-possessory lien). תכליתו של המשכון הסטטוטורי היא ליתן זכות מהדין, בדומה לעיוכוב, גם בנסיבות שבהן אי אפשר או לא רצוי להחזיק בעיוכוב,

136 עם זאת מאחר שהנוהג הוא שהתשלום משתלם לאחר שהשירות ניתן, ייתכן מצב שבו לקוח עוזב מבלי לשלם. שיחות עם נותני שירותים דוגמת אלו שהוזכרו מעלות שבעיה זו אינה נפוצה (תופעה שכשלעצמה נראה שניתנת להסבר ביותר מדרך אחת), והיא קיימת במידה פחותה כשהשירותים ניתנים בבית הלקוח.

137 ראו את הניתוח ההיסטורי וההצעות הערכניות המובאות ברוח העיוכוב של קולומביה הבריטית, לעיל ה"ש 120, בעמ' 4 ואילך, ואת הניתוח הדומה ברוח על אודות הרפורמה בעיוכוב של אלברטה: ALBERTA LAW REFORM INSTITUTE, REPORT ON LIENS, REPORT FOR DISCUSSION NO. 13 (1992) (להלן: דוח העיוכוב של אלברטה). כמו כן ראו: Ontario Ministry of the Attorney-General, Discussion Paper over Repair and Storage Liens, 10 CAN. BUS. L.J. 359 (1985) (להלן: מסמך אונטריו).

Hess, לעיל ה"ש 93, בעמ' 456, Glass; לעיל ה"ש 117, בעמ' 68, 75.

אם בשל היעדר יכולת מעשית לעכב את הנכס הרלוונטי ואם בשל האינטרס הציבורי שנכס זה יהיה פעיל ולא ימצא בחזקת המעכב. התפיסה היא שהותרת הנכס חופשי מעיכבון משרתת הן את החייב הן את הנושה: החייב יכול לחזור ולהשתמש בנכס ולהפיק ממנו פירות שסייעו לו בהשבת חובו לנושה, והנושה מצדו פטור מעלויות אחסון הנכס ושמירתו, שבהן הוא חב כל עוד הנכס ברשותו.¹³⁹ יתר על כן, במובנים מסוימים מדובר אף בזכות חזקה מעיכבון רגיל, שכן הנושה שלו היא מוקנית יכול לממש את הנכס כאילו היה מוטל עליו משכון רגיל.¹⁴⁰ פתרון זה עשוי להתאים לעובדים עצמאים שאין להם נכס בר-עיוכוב במציאות הנוכחית. למשל, אם נשוב לדוגמה של מתווך המקרקעין, נראה כי המתווך היה יכול להסתייע מאוד במשכון סטטוטורי שיוטל על הנכס אשר לו סיפק תיווך אך שאין הוא רשאי לעכבו. פתרון כזה מצריך מטבע הדברים רפורמה בדיני העיכבון, שתבוסס על ניתוח הסקטורים הכלכליים השונים שבהם פועלים העצמאים, אבחון הסקטורים החשופים לכשל היעדר הנכס – דוגמת מתווכי המקרקעין – וחקיקה מתאימה.

על המגבלה השנייה אשר בשלה זכות העיכבון כיום אינה מספיקה להגנת העובד העצמאי כבר רמזתי לעיל. מגבלה זו נובעת מטיבו המצמצם של שיקול ההשבחה שאימץ בית המשפט בפרשת גרוס, על אף הפן המעין-עבודתי הגלום בו במבט ראשון. אמנם לכאורה ראינו עוד בפרק ג.2 לעיל כי בתי המשפט נוטים להגמיש את דרישת ההשבחה בעניינו של בעל עיכבון קבלני (קבוצה שבה כלול העובד העצמאי). אולם על אף גמישותו של המבחן נראה כי ייתכנו מצבים שבהם מלאכת הקבלן לא תשפיע כלל על שווי הנכס המעוכב. למשל, כאשר מלאכת הקבלן לא הצליחה להביא להשבחת הנכס, או כאשר הנכס המעוכב ניתן לעובד לצורך ביצוע עבודתו (למשל ככלי עבודה), אך לא הוא מושא העבודה המבוצעת. נראה שמצב אחרון זה מוכל בלשונו של סעיף 5 לחוק חוזה קבלנות (דבר במילים "נכס שמסר לו המזמין לביצוע מלאכתו או למתן שירותו" אינו מחייב שהנכס שנמסר יהיה דווקא מושא העבודה), ואי אפשר לטעון לגביו שעבודת הקבלן השביחה את הנכס (ייתכן שאף נהפוך הוא, ובכלל נגרם לו בלאי). מצב זה עשוי להיווצר למשל כאשר המזמין מבקש לחזור בו מהעסקה ואינו מעוניין עוד בתוצרי העבודה, והנכס היחיד שעודנו בעל ערך הוא זה שנמסר לעובד העצמאי לצורך ביצוע העבודה עצמה.

139 מסמך אונטריו, לעיל ה"ש 137, בעמ' 359–360; דוח העיכבון של קולומביה הבריטית, לעיל ה"ש 120, בעמ' 2; Roderick J. Wood & Michael I. Wylie, *Non-Consensual Security Interests in Personal Property*, 30 ALBERTA L. REV. 1054, 1058–1059 (1992).
 140 Glass, לעיל ה"ש 117, בעמ' 67, 75; מסמך אונטריו, לעיל ה"ש 137, בעמ' 359; דוח העיכבון של אלברטה, לעיל ה"ש 137, בעמ' 1; Builders' Lien Act, R.S.A. 2000 c. B-7 s.49, s.54 (Can.); Alta.; Construction Lien Act, R.S.O. 1990, c. C.30, s.68 (Can. Ont.).

להבדיל מעמדת המשפט בארצות הברית ובקנדה, שנמנע מלדרוש השבחה ומספק בהשקעת העבודה עצמה, טרם ביררה הפסיקה עד תום איזו עדיפות, אם בכלל, תוקנה לעובד עצמאי שלא יוכל להצביע על השבחה כאמור.¹⁴¹ כפי שטענתי לעיל, יש לאמץ מבחן של השקעת עבודה או חומרים כחלק ממהלך העסקים הרגיל כחלופה למבחן ההשבחה בכל האמור בעובדים העצמאים, ובכך אפשר יהיה להתגבר על הקשיים המתעוררים במבחן ההשבחה ולהיטיב את ההגנה הניתנת לעובדים העצמאים בגביית שכרם (ראו לעיל בפרק ג.2). בנוסף, לפחות בנוגע לפעולות שנקטו לשימור ערך הנכס נראה כי אין סיבה להימנע מהענקת הגנה זהה למבצען, בהנחה שלולא היה המעכב משמר את ערך הנכס היה ערכו יורד, ולכן בפועל שווה השימור להשבחה.¹⁴²

הסיבה השלישית שבגינה זכות העיכוב אינה מעניקה הגנה מספקת לשכר העובדים העצמאים היא העובדה שהעיכוב ניתן להתנאה ולביטול בהסכם ואין לו מעמד קוגנט. ¹⁴³ זאת בניגוד לחוקי המגן של משפט העבודה, שכוחם בהיותם דין כופה. אכן, הצורך בעיגון זכויות כקוגנטיות גובר ככל שקיים חשש שפערי הכוחות בין הצדדים יובילו לפגיעה עקיבה בזכויותיו של הצד החלש בחוזה שעליו ברצוננו להגן.¹⁴⁴ ככל שהעובד העצמאי מצוי בעמדת נחיתות מתמשכת ורציפה, יש לשאוף ליתן לו הגנה קוגנטית, כך שגם אם יידרש לוותר על העיכוב לצורך ביצוע עסקת העבודה, תעמוד לו זכותו זו. דוגמה להסדר מסוג זה אפשר למצוא בקנדה, שם עוגנה זכות עיכוב קוגנטית בחלק מהפרובינציות.¹⁴⁵ עם זאת יש לזכור שלא כל אינטרס של הצד החלש לעסקה ראוי לעיגון כזכות קוגנטית, ונראה שיהיה עלינו לברור בקפידה את העובדים העצמאים שעליהם נרצה להגן בדין כופה. ייתכן שבמקום להפוך את דיני העיכוב לדינים

141 בדומה לכך, הפסיקה גם טרם נדרשה לעדיפותם של עיכובן השומר ועיכובן השלוח, שלא פעם הם עובדים עצמאים, אך מידת השבחתם את הנכס לעתים מוטלת בספק. ראו דויטש, לעיל ה"ש 80, בעמ' 210, 212, וכן זלצמן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 315–316.

142 וראו לעניין זה את התייחסותו האוהדת של השופט רובינשטיין בפרשת המשביר הישן, לעיל ה"ש 89, פסקה יז לפסק דינו.

143 רע"א 5095/93 פ.א. ארבן בע"מ נ' גבי א.ג.ר שותפות לבנין ופיתוח, פ"ד מט(1) 730, 739 (1995).
144 ראו למשל ניתוחה של גבריאלה שלו דיני חוזים 611–620 (מהדורה שנייה, התשנ"ה) את חוק החוזים האחידים, התשמ"ג–1982 והסיבות לחקיקתו. טיעונים דומים הועלו באשר לחוקים צרכניים שונים דוגמת חוק הגנת הצרכן, התשמ"א–1981 וחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעתם של רוכשי דירות), התשל"ה–1974, וכמובן הם מושמעים ברמה לצורך הצדקת הקוגנטיות של חוקי המגן בדיני העבודה.

145 Construction Lien Act, R.S.O. 1990, c. C.30, s.4 (Can. Ont.): "An agreement by any person who supplies services or materials to an improvement that this Act does not apply to the person or that the remedies provided by it are not available for the benefit of the person is void"

קונגטיים, מוטב יהיה להחיל את חוקי המגן הרלוונטיים על עובדים עצמאים המצויים בעמדת נחיתות קשה כאמור באופן סלקטיבי. עוד על אפשרות זו ראו מיד.

2. מגבלות חיצוניות על יכולתו של העיכבון להגן על העובד העצמאי – ופתרונות אפשריים

לצד המגבלות הפנימיות שסקרנו, המוכנות בתנאים המכוננים את זכות העיכבון (כגון דרישת הנכס) ואת נפקירותיה (כגון דרישת ההשבחה), לעיכבון יש גם מגבלות המתבטאות בגבולות החיצוניים התוחמים באופן טבעי את מנעד ההגנה שיש ביכולתו לספק לשכרו של העובד העצמאי. גבולות אלה נובעים מפשטותו של העיכבון: מכשיר זה אינו מכוון לבחון את מרכיבי השכר באופן מהותי אלא להגן על השכר הכולל כפי שנקבע בין העובד העצמאי למזמין העבודה. משום כך, העיכבון אינו דק בשלל הזכויות הקונקרטיות שקובעים דיני העבודה במסגרת הגנת שכרו של העובד השכיר. בחלק מהמקרים זכויות אלה ממילא אינן רלוונטיות לעובד העצמאי (ולכן הגנתו אינה נגרעת); בחלק אחר מהמקרים תתעורר שאלה באשר למידת ההצדקה להעניק לעובד העצמאי. בחינה זו תעמוד במוקד פרק זה.

גבולו הטבעי הראשון של העיכבון הוא כוללניותו: העיכבון אינו מספק הגנה פרטנית לרכיבי השכר השונים, אלא חל על שכרו של העצמאי כמקשה אחת. אולם מגבלה זו, שתכונה לשם הנוחות מגבלת רכיבי השכר, מצומצמת על פי רוב. מטבע הדברים חלק מההגנות הקונקרטיות על השכר הניתנות לעובד השכיר אינו ישים כלל בעניינו של העובד העצמאי. עובדים עצמאים אינם נוהגים לחשוף בפני מזמין השירות את תחשיב השעות שלפיו יעבדו או את אומדן ימי החופשה והמחלה שלהם יזדקקו. נתונה להם אוטונומיה לתמחר את שכר עבודתם, וההנחה היא שתמחור זה כולל גם תגמול בדבר ימי מחלה, חופשה או שעות נוספות, ואף חיסכון לפנסייה ולעתות של היעדר תעסוקה ("אבטלה"). אף אם תקפותן של הנחות אלה מוטלת בספק,¹⁴⁶ לא ברור כלל אם אפשר להעריך את היקפן של זכויות אלה ביחס לעסקת שירותים מסוימת, או אם קיים יתרון בעניין זה למחוקק על פני העובד העצמאי. מאחר שהעובדים העצמאים אחראים ככלל למעקב אחר עבודתם ולתמחור שכרם באופן חופשי, גם ההסדרים המעבירים את נטל הראיה על חוב השכר למעביד אינם רלוונטיים להם על פי רוב; הרי אם עובדים אלה מנהלים לעצמם את רישומי השעות, אי אפשר להעביר את נטל ההוכחה בעניין חוב שכרם למזמין.

ניכר אפוא שבעניינו של העובד העצמאי קיים קושי לפרוט את השכר למרכיביו ולהגן על כל מרכיב בנפרד. עם זאת במצבים מסוימים הפעלת חלק מההגנות שבחוקי המגן על

146 ראו למשל את דברי ההסבר של הצעת החוק למתן דמי אבטלה לעובדים עצמאים, לעיל ה"ש 54, ואת המקורות שאליהם הפניתי לעיל בה"ש 59.

העובד העצמאי תהא מוצדקת – פשוט מכיוון שגובה השכר המובטח באמצעות העיכבון יהיה נמוך מדי. ככל שמערכת היחסים בין העובד העצמאי לבין המזמין ממושכת יותר, כך יכול המזמין להעריך את משך העבודה של העובד העצמאי טוב יותר ולעמוד על היחס שבינו לבין גובה השכר. לפיכך גוברת ההצדקה להטיל על המזמין את תשלום הזכויות האמורות ככל שהשיעור המשתלם לעצמאי נמוך מזה שהיה צריך להשתלם לו לפי המינימום הקבוע בחוקי המגן (בין לעניין גובה השכר ובין לעניין הזכויות הנוספות). כך גם כאשר השירות שמספק העצמאי מחייב זמינות גבוהה ומתבצע בלוחות זמנים קצרים. במקרה כזה תשלום שעות נוספות יהא מוצדק ככל שמתקיימים בעובד העצמאי מאפיינים של תלות ומעין כפיפות, המונעת ממנו לארגן את זמנו באופן חופשי ומאלצת אותו לתוך סד הזמנים של המזמין – מבלי שיש לו כוח המיקוח לדרוש שכר הולם בגין השירות.

התשתית העיונית להחלה חלקית של חוקי המגן כמוצע כאן הונחה זה מכבר בפסיקה.¹⁴⁷ עם זאת, כפי שציניתי, הפסיקה נרתעה עד כה מליישמה – אולי מכיוון שטשטוש נוסף של הגבולות בין העובד השכיר לעצמאי והחלה בדידה וסלקטיבית של חוקי המגן עשויים ליצור סדר חברתי חדש בדיני העבודה. עם זאת, ככל שישנם במשק עובדים עצמאים אשר מצויים בעמדת נחיתות מתמשכת ואינם זוכים להגנה מתאימה – דעתי היא כי יש להגן על זכויותיהם ולפתוח בפניהם לצורך כך את שערי בית הדין לעבודה.

דילמה דומה מתעוררת במגבלה השנייה של העיכבון – היעדר יכולת ליתן בידו העצמאי פיצויי הלנת שכר. כלום מוצדק להטיל על המזמין פיצוי שמהותו עונשית עקב האיחור בתשלום שכרו של העצמאי? התשובה לכך לדעתי נעוצה בסוגיית התלות הכלכלית. הטעם המרכזי שמאחורי פיצוי ההלנה הוא התלות הגבוהה של העובד השכיר במועד התשלום החודשי. לעובד השכיר לרוב מקום עבודה אחד, ומרבית (אם לא כל) קיומו השוטף מותלה במשכורתו. אי־תשלום המשכורת במועד עשוי לגרום את העובד ואת משפחתו למחסור קיומי ולהיעדר יכולת לפרוע את חובותיו.¹⁴⁸ חומרת הסנקציה – הפיצוי העונשי – נגזרת אפוא מחומרת התוצאה שהיא באה למנוע; פיצויי הלנת שכר נועדו בראש ובראשונה להרתיע מעבידים מהלנת שכר העובדים ולא לפצות על הנזק שנגרם (שאם לא כן היה אפשר להסתפק בפיצוי חוזי רגיל לפי דיני התרופות). ספק אם אפשר להצדיק תוצאה עונשית כזו בעניינם של מי שאינם מעבידים. כאשר לעובד העצמאי עצמו, הרי שלהבדיל מהעובד השכיר הוא מתפרנס לרוב מכמה לקוחות, ואף משכורתו מתקבלת במועדים שונים, כנגזרת של מועד ביצוע עסקאותיו. תלותו בכל אחד מלקוחותיו נמוכה על פי רוב מזו של העובד השכיר, ופיזור הנזק שלו טוב מזה של

147 ראו לעיל ה"ש 34 והטקסט הצמוד לה.

148 אליהו בן טובים ומנחם פסטרנק "פיצויי הלנת שכר – הצורך ברפורמה" הפרקליט מד 483, 489–492 (1999); אדלר "פיצויי הלנה: חוק ופסיקה", לעיל ה"ש 65.

השכיר.¹⁴⁹ כל אלה שיקולים נגד זכאותו לפיצויי הלנת שכר (ובפרט כאמור שיש ביכולתו ממילא לזכות לפיצוי חוזי על הנזק שנגרם לו עקב העיכוב בתשלום). עם זאת ככל שנתח עבודתו של העובד העצמאי בשביל המזמין מהווה חלק ניכר יותר מפרנסתו, וככל שההשקעה הכלכלית הנדרשת ממנו לצורך ביצוע המלאכה גדולה יותר, יכול העובד העצמאי לפתח תלות גבוהה במועד התשלום שנקבע. במקרים נדירים תיתכן הצדקה להעניק לעובד העצמאי גם פיצויי הלנה על שכרו שעוכב. עם זאת נראה לי כי בשל טיב ההגנה שבה מדובר – פיצוי עונשי – ובשל קיומו של סעד חלופי – פיצוי רגיל – המקרים שבהם יהיה מוצדק להטיל פיצויים עונשיים על מזמין יהיו נדירים.

בחירתן של שתי המגבלות החיצוניות הראשונות של העיכובן מחדדת את הבעיה שהגדרתי בראשית הפרק: כפי שאפשר לראות, בין במקרה של פיצויי הלנת שכר ובין במקרה של תשלומים בגין חופשה, הבראה, מחלה או שעות נוספות, העיכובן כשלעצמו אינו מסוגל למלא את הפער שבין המצוי לרצוי. העיכובן אמנם מאפשר לעובד העצמאי לעכב את הנכס לצורך הבטחת התשלום המגיע לו מן המזמין עקב העסקה, אולם הוא אינו מתווה קווים מנחים לחישוב התשלום ואינו קובע כללים להתערבות בתשלום שנקבע. לשם כך יש צורך בהחלה ישירה – וכפי שראינו, סלקטיבית – של חוקי המגן.

המקרה המורכב ביותר – המערב גם היבטים פנימיים בפעולת העיכובן וגם מגבלות חיצוניות על העיכובן – הוא הזכות להגנה על השכר לעת פירוק או פשיטת רגל של המעביד או המזמין. כפי שציינתי לעיל בפרק השני, המנגנון המשולב העומד לעובד השכיר, המורכב מדין קדימה ומרשת מגן שפורס הביטוח הלאומי, אינו עומד לעובד העצמאי. אף על פי כן העצמאי מחזיק בזכות עיכובן הניצבת במעמד גבוה מזה של דין קדימה במדרג הנושים, שאף אינה מוגבלת בתקרה. לכאורה נראה אפוא כי העובד העצמאי זוכה להגנה חזקה מזו המוקנה לעובד השכיר. אולם בפועל נראה לי כי עצמתה של ההגנה שלה זוכה העצמאי חלשה מכפי שנראה במבט ראשון. ראשית, גם אם זכות הקדימה הניתנת לעובד השכיר מוגבלת בתקרה מסוימת ונמצאת במדרג נמוך מהעיכובן במישור התחרות בין הנושים, אין לכך נפקות רבה נוכח ביטוח השכר שמספק המוסד לביטוח לאומי. סכום הביטוח, שתקרתו היא כיום כ-109,000 ש"ח, מפצה הן על מקומו של העובד השכיר בתור הנושים והן על התקרה שקבועה לחובו בפקודת החברות (כ-31,000 ש"ח). מרבית העובדים השכירים הנזקקים לביטוח השכר אינם מגיעים כלל לגובה התקרה.¹⁵⁰ לעומת זאת, הגם שהשכר המובטח באמצעות העיכובן לכאורה אינו מוגבל בתקרה, בפועל הפסיקה נותנת עדיפות לעצמאי כנגד נושים אחרים רק באשר לחוב שמקורו בעסקה הספציפית שלשמה הופקד בידיו הנכס; אם יצא הנכס בעבר מידי

149 בן-ישראל, לעיל ה"ש 71, בעמ' 21–22.

150 מנתוני הביטוח הלאומי לשנת 2010 רק 8.2% מהעובדים מגיעים לתקרה המרבית. ראו המוסד לביטוח לאומי סקירה שנתית 2010 פרק 3(11) – ביטוח זכויות עובדים בפשיטת רגל ובפירוק תאגיד (2010) (להלן: הביטוח הלאומי – סקירה לשנת 2010).

העובד העצמאי וחזר לידיו מבלי ששולם לו סכום התיקון, הוא נחשב מי שוויתר על חובו ולא יזכה בעדיפות ביחס לסכום זה – גם אם עסקת העבר היא חלק מ"עסקת המסגרת" הכללית שבה התקשר עם המזמין.¹⁵¹ על כך יש להוסיף שממילא השכר המובטח באמצעות העיכבון צפוי להיות נמוך מזה של העובד השכיר (שכן מדובר בנתח מסוים מפרנסת העצמאי ולא בשכרו הכולל), ולפיכך הנטל המוטל על קופת הנכסים של המזמין ממילא קטן יותר, וודאי לעומת יתר הנושים המובטחים. יקשה לטעון אפוא שההגנה על שכרו של העובד העצמאי בעת חדלות פירעון חזקה מזו הניתנת לעובד השכיר באותן נסיבות, או שעדיפותו באה על חשבוננו של העובד השכיר.

בחינה תכליתית של ההצדקות העומדות בבסיס ההגנה הניתנת לעובד השכיר מזה ולעובד העצמאי מזה מעלה כי ההצדקות שניתנו בספרות לדין הקדימה נושאות גם דמיון גם שוני להצדקות שניתנו לעדיפות העיכבון של העובד העצמאי. קבוצת נימוקים אחת לביסוס העדיפות הניתנת לעובד השכיר על פני יתר הנושים מבוססת על עמדת נחיתות שמקורה באי־שוויון בכוח המיקוח. כך נטען כי מעמדו ותלותו של העובד השכיר מאלצים אותו לתת למעביד הלוואה מבלי שיש לו יכולת לבחור את נושי המעביד או להבטיח את יציבותו הכלכלית.¹⁵² עובדה זו משימה אותו בנחיתות לעומת נושיו האחרים של המעביד, ששקלו וברדקו את מצבו הכלכלי, את התחייבויותיו ואת הסיכון שבהלוואה ובחרו בהלוואה מרצון. בנוסף, חוסר השוויון בכוח המיקוח אינו מאפשר לעובד לדרוש בטוחה כערובה לשכרו, ועל כן הוא זקוק לדין הקדימה.¹⁵³ הנה כי כן, נימוקים אלה דומים במידה רבה לנימוק המסחר התקין שהובא בפרשת גרוס: היעדר היכולת לוודא את יציבותו הכלכלית של המעביד ולדרוש בטוחה לשכר מקבילים לחוסר

151 השוו לעיל ה"ש 89 והטקסט הצמוד לה. בהלכת גרוס, לעיל ה"ש 82, בעמ' 207–213 נקבע כי הסכום המובטח לקבלן בעיכבון מכסה אך ורק את החוב בגין התיקון האחרון שבוצע בנכס המעוכב ולא חובות נוספים שצמחו בעקבות ביצוע תיקונים בנכס, ככל שזה יצא מחזקת הקבלן המעכב בין תיקון לתיקון. בעקבות הלכת גרוס קבע זמיר כי מבחן "עסקת המסגרת" חל רק במערכת היחסים הפנימית בין הנושה והחייב, ואילו במערכת היחסים בין הנושה לנושים נוספים תינתן ככלל פרשנות מצומצמת יותר למונח "עסקה" וסעיף 11(ד) לחוק המיטלטלין יגבור (לעיל ה"ש 76, בעמ' 578–583). דויטש, לעיל ה"ש 80, בעמ' 292–293, מבקר נחרצות הלכה זו וסבור שמבחן "עסקת המסגרת" צריך לחול תמיד, בין במערכת היחסים הפנימית ובין בחיצונית, אולם דעתו לא נתקבלה עד כה בפסיקה.

152 Kauper, לעיל ה"ש 93, בעמ' 507–508; (Shaw, 56 Mass. 371 (Mass. 1848) Thayer v. Mann, C. J.): ("We think the policy of the statute was to secure to a class of very needy and efficient laborers, who are very dependent and meritorious *but who have little means of knowing the credit of their employers*, the small amount due them for very recent service") (ההדגשה הוספה – נב"ק).

153 Kauper, לעיל ה"ש 93, בעמ' 508; בן-ישראל, לעיל ה"ש 71, בעמ' 21–22.

הסבירות בביצוע בדיקת הזכויות בנכס וחוסר היכולת לדרוש בטוחה חלופית,¹⁵⁴ ויחד מכוונים מאפיינים אלה למערכות יחסים שבהן נעדר העובד (עצמאי או שכיר) כוח מיקוח הדרוש לשליטה על הסיכון הכלכלי בעסקה. בהיעדר כוח זה, ההגנה על השכר נמצאת מוצדקת.

קבוצת הנימוקים השנייה מתמקדת בתרומת העובד למקום העבודה. לטענה זו שני ראשים נפרדים: ראשית נטען כי עדיפות העובד נשענת על זכות מעין-קניינית במקום העבודה. לפי הטענה, מקום העבודה מושגת לא רק על הונו הכלכלי של המעביד אלא גם על הונו האנושי של העובדים, המושכר למעביד תמורת שכר עבודה. ההון האנושי שהם תורמים לעסק מקנה להם זכות מעין-קניינית בעסק ומעמד מיוחד ביחס ליתר הנושים.¹⁵⁵ זאת ועוד, העדיפות הניתנת לעובדים משרתת גם את האינטרסים של הנושים ושל המעביד. הבטחת שכר העובדים מעודדת אותם להוסיף לעבוד כדי שהעסק יוכל להמשיך להניב הכנסות. בדרך זו מצטמצמים הפסדיו של העסק, משתמר ערכו ואף מתאפשר שיקומו.¹⁵⁶ מאחר ששימור ערכו של העסק הוא אינטרס המשותף לכלל הנושים, יש לנושים אינטרס גם במתן דין קדימה לעובדים. נימוקים אלה נושאים דמיון מסוים לנימוק שהבאתי לעיל שלפיו בעל הבטוחה עשוי להיות מעוניין במתן שירות לנכס הנמסר לעצמאי: כשם שעבודת העובדים נושאת בחובה פוטנציאל חיובי לשימור ערכו של מקום העבודה, כך גם עבודת העצמאי עשויה לשמר את ערך הנכס או להעלותו (אף כי אין מתחייב שכך יהיה) ובכך להיטיב את מצבם של הנושים. עם זאת במצב המשפטי הנוכחי וכל עוד לא תוחלף דרישת ההשבחה בדרישת השקעת העבודה, ישתמר גם הבדל ניכר בין שני ההסדרים: העובד השכיר אינו נדרש להוכיח כי עבודתו הייתה פרודוקטיבית ושימרה בפועל את ערכו של מקום העבודה, ואילו העובד העצמאי נדרש להוכיח כי השביח את הנכס כדי לזכות בעדיפות העיכבון.

הנימוק השלישי המובא למתן הגנה מוגברת לעובד השכיר במצבים של פירוק המעביד הוא תלותו הכלכלית במעביד. בקיצור נמרץ, הטענה היא כי העובדים השכירים

154 ראו לעיל ה"ש 112 והדיון בטקסט הצמוד לה בגוף המאמר.
 155 Joseph W. Singer, *The Reliance Interest in Property*, 40 STAN. L. REV. 611 (1988);
 בן-ישראל, לעיל ה"ש 71, בעמ' 18–19; מיכל הורוביץ "בחינת מעמדה הנורמטיבי של זכות
 העובדים לביטחון תעסוקתי" עבודה, משפט וחברה ח 127, 143 ואילך (2001); רות בן-ישראל דיני
 עבודה כרך א 36–39 (מהדורה שנייה, 2002); Kauper; לעיל ה"ש 93, בעמ' 508.
 156 Kauper, שם, בעמ' 508–509; Bedford v. Newark Machine Co., 16 N. J. Eq. 117 (1863);
 (Green, Ch.) ("It seems probable that the terms of the act now in question [...] were
 adopted, not only to secure remuneration to the operatives, but upon a principle of sound
 public policy to encourage manufacturers by inducing the operatives to continue their
 labor, notwithstanding the inability, real or apprehended, of the employer to pay their
 wages"); Campbell v. Taylor Manufacturing. Co., 56 A. 1132 (N.J. 1903) (Grey, V. C).

מקיימים תלות כלכלית מוחלטת במעביד ומסתמכים עליו לפרנסתם באופן מלא; תלות זו מצדיקה מתן הגנה מיוחדת על שכרם גם אם זו באה על חשבון נושים אחרים.¹⁵⁷ ברי כי תלותו של העובד השכיר אינה דומה על פי רוב לזו של העובד העצמאי: העובד השכיר תלוי במעביד בודד לקבלת שכרו, ואילו לעובד העצמאי יכולת לפזר את סיכונים על פני כמה מזמיני עבודה. עם זאת כפי שציינתי בפרק הראשון לרשימה זו, נימוק התלות הכלכלית הוא אחד הנימוקים המרכזיים ליתן הגנה לעובדים עצמאים שמתקיימת בהם תלות כזו. ייתכנו מאפיינים שונים שיעידו על קיומה של תלות: העלות השקועה הנדרשת מהעובד העצמאי קודם לתשלום, ייחודיות העבודה שהוא מבצע עבור המזמין, ההיקף הכלכלי של פעילותו, משך ההתקשרות בינו לבין המזמין והתלות הכלכלית במזמין – הנגזרת מנתח הפרנסה שהוא מספק לעובד העצמאי – כל אלה עשויים להעיד על תלות ניכרת, המצדיקה עדיפות גבוהה בהגנה על השכר. אכן, יש ליתן את הדעת על כך שהעובד העצמאי שבו מדובר ברשימה זו הוא בעל עסק קטן וחוסן כלכלי מועט. אף על פי שסיכונים מפוזרים על פני מזמינים שונים, הסיכון הכלכלי שהוא נוטל מלכתחילה בצאתו לעבודה עצמאית גדול בהרבה מזה של העובד השכיר בקבלו את העבודה (ומנוסח על ידי הכלכלנים במונחים של "הישרדות")¹⁵⁸: בכל שנה נפתחים בישראל 45,000 עסקים חדשים בממוצע ונסגרים 39,000, ורובם המוחלט עסקים קטנים; רק לעתים רחוקות מגמה זו מתהפכת. תמונת מצב זו, בשילוב עם אינדיקציות לתלות במזמין הקונקרטי, מצדיקה בהחלט הגנה על שכרו של העובד העצמאי. יתר על כן, השוואת עצמת העיכבון למנגנון המשולב של דין קדימה וביטוח השכר שבחוק מעלה כי זכות העיכבון אינה מעניקה בהכרח הגנה עדיפה לעובד העצמאי על זו הניתנת לעובד השכיר.¹⁵⁹ יתר על כן, במצב הקיים קיימים עובדים עצמאים המשוללים הגנה מכול וכול מאחר שאינם מחזיקים בידיהם נכס בר-עיקוב. עובדים אלו יוצאים קירחים מכאן ומכאן: בניגוד לעובדים השכירים, הם אינם מצויים במעמד של דין קדימה ואינם זכאים למנגנון הערבות, ויחד עם זאת הם אינם זוכים להגנת העיכבון ונאלצים לעמוד בסופו של תור הנושים, אף על פי שחלק ניכר מהשיקולים המצדיקים את

157 בן-ישראל, לעיל ה"ש 71, בעמ' 21; פרשת *Thayer v. Mann*, לעיל ה"ש 152, בעמ' 374: "we think the policy of the statute was to secure to a class of very needy and efficient laborers, who are very dependent and meritorious [...]"

158 צדיק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 5 למשל.

159 במאמר מוסגר אעיר כי ללא קשר להשוואה בין העובד השכיר לעצמאי ראוי לשיטתי להגביל את העדיפות המוחלטת הניתנת לנושים המובטחים, וכבר הועלו הצעות בספרות להגבילה לתקרה מסוימת. ראו בעיקר Lucian A. Bebchuk & Jesse M. Fried, *The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy: Further Thoughts and a Reply to Critics*, 82 CORNELL L. REV. 1279, 1323–1325 (1997); William J. Woodward, *The Realist and Secured Credit*: וכן: Grant Gilmore, *Common-Law Courts, and the Article 9 Reform Process*, 82 CORNELL L. REV. 1511 (1997).

העדיפות שמקנה הדין לעובדים השכירים, קל וחומר לעובדים העצמאים, מתקיים בעניינם. כפי שציינתי לעיל, פתרון אפשרי אחד לעובדים אלה הוא המשכון הסטטוטורי.¹⁶⁰

אפשרות נוספת היא מתן מעמד של נושה בדין קדימה גם לעובד העצמאי. דין הקדימה של העובד העצמאי יכול שיהיה מוגבל בתקרה בדומה לדין הקדימה של העובד השכיר (אם כי אין הכרח שהתקרות יהיו זהות בגובהן, ואף סביר שזו של העובד העצמאי תהא נמוכה יותר – משיקולי הפיזור סקרתית לעיל). בנוסף, עליו לכלול הוראה שתימנע כפל-קדימות ביחס לחוב המובטח באמצעות העיכון (כאמור, גם עובדים עצמאים המחזיקים בידם נכס בר-עיקוב אינם מובטחים ביחס למלוא חובם הפוטנציאלי מהמזמין, אלא רק ביחס לחוב שמקורו בעסקה האחרונה אשר בשלה הגיע לידיהם הנכס; משכך, עשויים הם להסתייע בדין קדימה ביחס ליתרת חובם, אולם יש להבטיח שלא יזכו בכפל עדיפות ביחס לחוב המובטח בעיכון). אולם אף על פי שמעמד של נושה בדין קדימה, שאינו מותנה בקיומו של נכס בר-עיקוב, עשוי לשפר את יכולתם של עובדים עצמאים לגבות את שכרם; הוא אינו צפוי להיות שלם ללא המרכיב המשלים של דין הקדימה – רשת הביטחון הקבועה בחוק הביטוח הלאומי.

האם יש להרחיב אפוא את רשת הביטחון הקבועה בחוק הביטוח הלאומי כדי שתגן על עובדים עצמאים? בפרק השני לרשימה זו עמדתי על מקצת מהטעמים העקרוניים שבשלם אין להסתמך על פיתרון זה כפיתרון מרכזי או יחיד. אולם גם כפיתרון משלים להרחבת רשת המגן צפויים כמה מכשולים מעשיים: ראשית, רשת המגן הפרוסה כיום לעובדים השכירים ממומנת מדמי ביטוח שמשלמים המעסיקים בשיעור 0.02% משכרו החודשי של העובד ומהשתתפות הממשלה בשיעור דומה.¹⁶¹ בהיעדר מעסיק החב בדמי ביטוח קבועים, פריסת רשת דומה לעובדים העצמאים תחייב קרוב לוודאי את העלאת דמי הביטוח שהעובדים העצמאים משלמים לביטוח הלאומי לצורך מימון ביטוח השכר, וכן את הגדלת השתתפות המדינה.¹⁶² ספק אם פתרון זה משתלם כלכלית לאוכלוסיית העובדים העצמאים בכללותה, שכן אלה ביניהם המקבלים בשגרה נכסים להחזקתם עשויים לא להזדקק לו במידה מספקת כדי לספוג את עלות הביטוח. אולם עובדים עצמאים שזכות העיכון אינה אפקטיבית מבחינתם מחמת היעדרו של נכס בר-עיקוב, או מאחר שהיא אינה מכסה את מלוא החוב הנוצר ב"עסקת המסגרת", עשויים למצוא פתרון זה יעיל לצורכיהם.

קושי שני בהרחבת רשת המגן לעובדים העצמאים כרוך בקביעת פרטי רשת המגן. למשל, ביטוח השכר של העובדים השכירים מוגבל בתקרה בגובה 13 פעמים השכר

160 ראו לעיל ה"ש 137–139 והטקסט הצמוד להן.

161 הביטוח הלאומי – סקירה לשנת 2010, לעיל ה"ש 150, בעמ' 1.

162 זאת בדומה לפתרון המקודם כיום על ידי הממשלה בנוגע לדמי אבטלה לעובדים העצמאים, וראו לעיל ה"ש 54.

הממוצע במשק. תקרה זו נקבעה על סמך ההנחה כי השכר המבוטח היה מקור ההכנסה העיקרי של העובד השכיר ועל סמך המגבלה הקבועה בחוק, שלפיה הביטוח מכסה שנת עבודה אחת לכל היותר. איזו תקרה יש לקבוע לביטוח שכרו של העובד העצמאי, המורכב חלקים-חלקים מסכומים המשתלמים לו בעבור עסקאות השירות השונות שבהן הוא קשור? נראה שהתקרה הרצויה צריכה לשקף את יחסיות חוב השכר הנתבע על ידי העובד העצמאי ביחס לכלל הכנסתו, אולם בשל השונות הניכרת ביחס חוב זה בקרב העובדים העצמאים יקשה לקבוע תקרת ביטוח קבועה לשכר שיבוטח ברשת המגן. קושי זה קיים במידה שווה גם בקביעת תקרה לדין קדימה לעובד העצמאי, כפי שהוצע לעיל. חיסרון נוסף של מתווה רשת המגן ושל דין הקדימה כאחד הוא התנייתם בהכרזה על המעביד כפושט רגל או כתאגיד בפירוק.¹⁶³ תהליך הפירוק ארוך וכרוכות בו הוצאות משפטיות גבוהות. למעביד ולמזמין אין אינטרס בייזומו, ורק נושה בעל יכולת כלכלית ואורך נשימה, שסכום חובו עולה על הוצאות ההליך, ייזום את ניהולו. לא פעם אין בנמצא נושה כזה, בעיקר כאשר הנושים יודעים שלאחר מימוש הבטוחות השונות לא ייוותרו נכסים לחלוקה.¹⁶⁴ גם לעובדים השכירים אין על פי רוב המשאבים ליזום את הליך הפירוק או התמריץ לעשות כן כאשר עלות ההליך צפויה לחצות את סכום החוב.¹⁶⁵ יכולתו הכלכלית של העובד העצמאי אינה צפויה להיות גבוהה יותר ככל שמתקיימים בו המאפיינים שמנתי בפרק הראשון, והתמריץ הכלכלי שלו ליזום את הליך הפירוק צפוי להיות אף נמוך יותר ככל שסכום השכר הנתבע הוא חלק קטן יותר מהכנסתו, וכשעלות הליך הפירוק נותרת גבוהה ואינה יחסית לגובה החוב. אפשר אפוא לסכם ולקבוע כי אף על פי שיש לדין קדימה לעובד העצמאי ולהרחבתה של רשת המגן פוטנציאל לשפר את הגנת השכר הניתנת לחלק מהעובדים העצמאים כיום, פתרונות אלה מעוררים גם קשיים מעשיים לא פשוטים. הרחבת רשת המגן בפרט מצריכה בחינה מדוקדקת, שכן עלויותיה הניכרות עשויות להפחית מהצדקתה.

3. לפני סיום: האם זכות העיכבון רחבה שלא לצורך?

בתחילת החלק הרביעי לרשימה זו טענתי כי המהלך המשפטי בעניין העיכבון והעובד העצמאי לא הושלם. בפרקים האחרונים הראיתי כי זכות העיכבון בעיצובה הנוכחי אינה חזקה מספיק להגנה על העובד העצמאי. הצבעתי על מגבלות פנימיות המונעות מהעיכבון לספק הגנה מלאה לעובד העצמאי – מגבלת הנכס, דרישת ההשבחה

163 ס' 182 לחוק הביטוח הלאומי.

164 כהן, לעיל ה"ש 71, בעמ' 605-610.

165 הביטוח הלאומי – סקירה לשנת 2010, לעיל ה"ש 150, בעמ' 2; וכן ראו את התייחסותה של השופטת ברק-אוסוסקין לקשיים שבמצב זה בע"ע (ארצי) 34/03 שפרן – אלויש (פורסם בנבו, 14.5.2006), ובע"ע (ארצי) 1017/01 געימאת – דולפין ים בע"מ (פורסם בנבו, 11.2.2004).

ודיספוזיטיביות העיכבון – ועל גבולותיה החיצוניים, המונעים ממנה ליתן הגנה מפורטת ומתוחכמת כזו הניתנת לעובד השכיר באמצעות דיני העבודה. הפתרונות שהוצעו חלקם מצויים בגדרי הזכות וחלקם מחייבים ייסוד מנגנונים חדשים לשיפור ההגנה על העובד העצמאי. כעת אבקש להשלים את הטיעון: שכן, בעוד שזכות העיכבון אינה חזקה מספיק במובנים מסוימים, במובנים אחרים היא עשויה להיות חזקה מדי.

הגנת-היתר של זכות העיכבון עשויה לחול כל אימת שהרציונלים המצדיקים הגנה על העובד העצמאי אינם מתקיימים, ואין בנמצא רציונל אחר שיצדיק את עצמת נפקותה החיצונית של הזכות בנסיבות העניין. מצב אופייני הוא כאשר העדיפות החזקה של העיכבון על פני בטוחות אחרות ניתנת לקבלנים ששיקול המסחר התקין אינו מתקיים בעניינם. למשל, כאשר היקפן הכספי של העסקאות המבוצעות גדול והן נעשות בדקדוק ולא בחופזה, אין זרימה חופשית וקלה של המסחר שעליה יש להגן, ואין הצדקה לפטור את הקבלן מבדיקת המרשם,¹⁶⁶ גם אם בדיעבד התברר שהקבלן השביח את הנכס בעבודתו.¹⁶⁷ אכן, כפי שמעמד הנושה המובטח אינו ניתן לבעל "סל"ן שלא רשם את שיעבודו, יסוד ההשבחה לא יגבר לבדו על ההסדר המרכזי של דיני הבטוחות, המחייב את בדיקת המרשם ורישום הזכות. חיזוק לתפיסה זו אפשר למצוא בהסדר המיוחד של עיכבון במקרקעין בדינים האמריקאי והקנדי. עיכבון זה, המכונה Mechanic's Lien, בנוי במתכונת של משכון סטטוטורי ולא כעיכבון רגיל. עיכבון זה מתייחד לקבלני בניין, לקבלני משנה ולכל מי שתורם בעבודתו לפרויקטי בנייה (כולל על פי רוב אדריכלים), והוא דורש רישום לצורך שכלולו.¹⁶⁸ כללי העדיפות במקרה של תחרות בין זכות זו לבין בטוחות אחרות אינם עוקבים אחר הכלל הקבוע בסעיף 9-333 (שמלכתחילה מתייחס למיטלטלין בלבד, כעולה מהגדרת "goods" שבסעיף (9-102(44)), ונוטים להיות מפורטים ומורכבים בהרבה. במדינות רבות העדיפות הניתנת לבעל ה-Mechanic's Lien נמוכה מזו של בטוחות קודמות (למשל בחוקיהן של קליפורניה, מסצ'וסטס וקרוליינה הדרומית).¹⁶⁹ עם זאת ה-Mechanic's Lien מזכה את בעליו לא רק בזכות לעכב את

166 ראו את נימוקי בית המשפט בפרשת לב (החלטה מיום 9.7.2001), לעיל ה"ש 108, בעמ' 696, כשהוא מתאר עסקה שאינה עומדת בשיקול המסחר התקין: "מדובר בעסקה שהיא 'דינמית' פחות מה'עסקה' של תיקוני רכב. מדובר בפעולה שאדם עושה אותה בתדירות נמוכה הרבה יותר במהלך חייו. זו היא בדרך-כלל עסקה בעלת היקף כספי גדול הנעשית ברצינות ולא בחופזה".

167 לעיל ה"ש 131 והטקסט הצמוד לה.

168 Hess, לעיל ה"ש 93, בעמ' 456.

169 לקליפורניה ראו CAL. CIV. CODE §3134–3140 (Deering 2012); למסצ'וסטס MASS. ANN. S.C. CODE ANN. § 29-5-70. לדרום קרוליינה ראו LAWS ch. 254, § 7 (LexisNexis 2012). SUMMARY COURT JUDGES BENCH BOOK, Ch. O. – Liens and Incumbrances (1976), וכן www.judicial.state.sc.us/summaryCourtBenchBook/HTML/CivilIO.htm. לעומתן, מדינת ניו יורק למשל השאירה את סדר העדיפויות על כנו, אולם מאפשרת לבעל שיעבוד מאוחר לתפוס את הקדימות ביחס למעכב וביחס לנושים אחרים ככל שהוא מתחייב, בעת רישום השיעבוד, להשתמש

הנכס, אלא גם בזכות לממשו דרך פנייה לערכאות.¹⁷⁰ בהתחשב באמור לעיל, שינוי סדר העדיפויות נראה לי מוצדק: עסקאות קבלנות במקרקעין מתאפיינות בדינמיות פחותה ובהיקפים כלכליים כבדים, המפחיתים ממשקל טיעון המסחר התקין. בנוסף, מעורבים בהן בעלי מלאכה רבים, שכולם משקיעים עבודה בנכס וראויים לשכר. יש אפוא היגיון הן בפניית הקבלן לבדיקת המרשם, והן בכך שלא יקבל עדיפות גורפת על פני בעלי מלאכה אחרים ובעלי בטוחות קודמות. בנוסף, האפשרות לממש את הנכס משנה לחלוטין את אופייה של הזכות. הכוח הרב שמיוש הזכות נותן בידי המעכב עשוי בהחלט לדרוש את איזונה והגבלתה במישורים אחרים.

יתר על כן, גם כאשר שוק הקבלנות הספציפי מאופיין במסחר זורם ושוטף אין בהכרח ליתן עדיפות לקבלן. את שיקול המסחר התקין יש לפרש באופן תכליתי: אם יש לקבלן גישה נוחה לאינפורמציה על אודות הבטוחות בנכס ועל אודות יכולת הפירעון של החייב, נכון לתמרץ את הקבלן לחשוף את המידע ולהשתמש בו, יותר מאשר להעניק לו פטור מבדיקה באמצעות העיכבון. גם אם הקבלן מבצע שירות חיוני לציבור, המסופק באופן שוטף, מהיר וזמין, הרי שאם אין עלות לבירור המידע הדרוש – גם אין הצדקה ליתן בידי הקבלן פטור מבירור זה. נהפוך הוא, אם נתמרץ את הקבלן לבצע את הבירור, הדבר עשוי לחסוך את עצם הכניסה למצב החבות כמו גם חלק מהסכסוכים העתידיים בין הנושים. יש בכך גם משום קידום דרישת תום הלב בהתנהלותו של הקבלן בקשריו עם החייב ועם יתר הנושים.

סיכום

במוקד רשימה זו עמדה ההגנה על שכר עבודתו של העובד העצמאי. טענתי כי בחינה תכליתית של מאפייני העבודה העצמאית מעידה כי בנסיבות מסוימות יש ליתן הגנה מעין-עבודתית לעובד העצמאי על אף שונותו מן העובד השכיר. זיקוק המאפיינים המצדיקים הגנה מעין זו הוא מלאכה מורכבת שראשיתה ברשימה זו, ויש להניח כי תתעצב לאורך זמן. קרוב לוודאי כי נתקשה לגבש הגדרה ממצה של העובד העצמאי גם בעתיד. ניסיונם של דיני העבודה בכל העולם מלמד כי הגדרת העובד השכיר אף היא אינה ממצה, ואין להניח כי המשימה תהא פשוטה יותר עם הגדרת העובד העצמאי. עם זאת ברשימה זו הצבעתי על השיקולים והמאפיינים המרכזיים שנדרשים להגדרה זו, ותקוותי שאלה יוסיפו ויכוונו את העושים במלאכת ההבחנה.

בכספי פדיון הבטוחה ראשית כול לתשלום שכר העבודה שהתבצעה והשיפורים שהתבצעו בנכס.

ראו N.Y. LIEN LAW § 2-13(1), § 2-13(3) (Consol. 2012).

Glass 170, לעיל ה"ש 117, בעמ' 67, 75.

את הדיון העקרוני בטענה כי יש ליתן הגנה מעין-עבודתית לעובד העצמאי ערכתי באספקלריה של הזכות לשכר עבודה. את טענתי כי עלינו לחפש מכשירים משפטיים להגנה על העובדים העצמאים בסביבתו המשפטית הטבעית של העובד העצמאי המחשתי באמצעות זכות העיכבון. זכות זו נחנה במאפיינים חשובים המאפשרים לה לשמש מנגנון חלופי להגנה החסרה על שכרם של העובדים העצמאים במשפט הישראלי. עם זאת הצבעתי על החסרונות הטמונים בכלי זה ועל הצורך לטייבו ולעדן את פרשנותו ותחולתו, כמו גם להוסיף אמצעים להגנה על השכר, במשפט הפרטי ובאמצעות דיני העבודה כאחד. השוואת העובד השכיר לעובד העצמאי שבוצעה בפרק האחרון ברשימה זו חידדה את השוני המהותי בהגנות הניתנות לשני סוגי העובדים: ההסדר שנקבע להגנת שכרם של העובדים השכירים הוא אחיד, ברור ושוויוני, ואילו זכות העיכבון, שבאה להגן על שכרו של העובד העצמאי, היא מכשיר גס מדי ולא מספק.

סוף דבר, כולי תקווה שהאור החדש שנזרק על הקשר שבין העובד העצמאי וזכות העיכבון ברשימה זו, יאיר את הדרך לעיסוק נרחב יותר בדרכים המשפטיות לספק פתרונות ראויים לאוכלוסיית העובדים העצמאים. אין ספק כי עיסוק זה מאתגר ומציב מכשולים לא פשוטים באיתור, מיון וסיווג קבוצות האוכלוסייה הראויות להגנה, כמו גם ביצירת הפתרונות הראויים בשביל העובדים העצמאים. על אף הקושי דומני כי עיסוק זה הכרחי; מאפייניה העכשוויים של התעסוקה בישראל ובעולם והפיתוח הנמשך של צורות העסקה עצמאיות חדשות אינם מאפשרים לנו להמשיך ולהתעלם מסקטור העובדים העצמאים. עלינו לטפל בחולשותיו ובמצוקותיו של העובד העצמאי כדי להבטיח כי התכליות העומדות בבסיס דיני העבודה יישמרו חיות ועדכניות גם בשינוי העתים.