

התניה על סטטוס "עובד" והשלכותיה

גיא דוידוב*

תקציר

הקוגנטיות נתפסת כעקרון יסוד של דיני העבודה. ויתור של עובד על זכויות מכוח חוקי העבודה או מכוח הסכמים קיבוציים חסר תוקף, וכך גם ויתור על סטטוס "עובד" שמהווה את שער הכניסה למכלול הזכויות. בשנים האחרונות התעוררה מחלוקת קשה לגבי מקרים שבהם בהתאם למבחני הפסיקה ההתקשרות היא של יחסי עבודה, אולם ההסכם בין הצדדים שהציג את ההתקשרות כיחסי מזמין-קבלן עצמאי העניק למועסק תמורה גבוהה יותר מזו שהיה מקבל כ"עובד". השאלה המרכזית שעוררה מחלוקת בין השופטים היא האם לאפשר קיזוז של הסכום ששולם "בעודף" על-ידי המעסיק מהזכויות המגיעות בדיעבד לעובד (אשר לא שולמו לו בשל הסיווג השגוי). מאמר זה מבקר את שתי הגישות שהוצעו בבית הדין הארצי לעבודה לפתרון הסוגיה ומציע גישה חלופית. המאמר מראה כי אחת הגישות – שכונתה הגישה החישובית ומאפשרת במרבית המקרים קיזוז – תומכת הלכה למעשה באפשרות של "מכירת" זכויות קוגנטיות. על בסיס הצדקות פטרנליסטיות, הצדקות של פגיעה באחרים ושיקולים מסדר שני, המאמר טוען כי אין מקום לאפשר זאת. מנגד, הגישה החלופית – שכונתה הגישה ההרתעתית ומתנגדת בדרך כלל לקיזוז – אינה מבחינה בין הצורך בפיצוי על הפרת החובות הלא-מומוניות לבין הצורך בפיצוי עונשי הרתעתי, ומובילה לתוצאות בעייתיות. המאמר מציע דרכים לחישוב הפיצוי הראוי בגין שלילת הזכויות הלא-מומוניות (כתוצאה מהסיווג השגוי), וכן דרכים להשגת הרתעה, בפרט תוך בחינת תום-הלב של הצדדים והשלכותיו על הפיצוי העונשי הראוי.

מבוא. א. הגישה החישובית ופגיעתה בזכויות קוגנטיות. ב. הצדקות פטרנליסטיות להתערבות ברצון העובד. ג. פגיעה באחרים ושיקולים מסדר שני. ד. הפיצוי הראוי בגין שלילת הזכויות הלא-מומוניות. ה. דרכים להשגת הרתעה. ו. סיכום. ז. נספח: תחשיב העלות למעסיק בהעסקה של "עובד" לעומת קבלן (זכויות כספיות בלבד).

מבוא

כלל יסוד של דיני העבודה הוא הקוגנטיות של חוקי המגן: לא ניתן להתנות עליהם.¹ סעיף בחוזה שבו מסכימים הצדדים כי שכרו של עובד יהיה נמוך משכר המינימום הינו חסר תוקף, וכך לגבי שורה ארוכה של זכויות נוספות. הסיבה הפשוטה לכך היא שהצורך בחוקי המגן נובע מפערי הכוחות בין הצדדים, שבגללם יש חשש שהעובד יסכים מחוסר ברירה לתנאים שאנו כחברה סבורים שאינם ראויים. ההנחה היא כי במרבית המקרים העובד אינו באמת מסכים לעבוד בשכר נמוך מהמינימום, אלא חותם על החוזה בלית ברירה. מאחר שהמחוקק ראה לנכון להתערב ולמנוע שכר מתחת לרף מסוים, ממילא ברור שהוראה זו חייבת להיות קוגנטית. אם החוק יתיר להתנות עליו, הרי שלמעשה הוא יתיר לשלם שכר שנמוך משכר המינימום, ואז אין בו שום טעם.

מכלל היסוד של קוגנטיות חוקי המגן נובעת גם הקוגנטיות של סטטוס "עובד". חוקי המגן חלים רק על מי שמוגדר "עובד", להבדיל מקבלן עצמאי. אם יוכלו הצדדים לבחור להגדיר אדם בחוזה כקבלן עצמאי, ובכך להתחמק מתחולת כל חוקי המגן, אזי לא תהיה משמעות לקוגנטיות של חוקים אלה. לשון אחר: אם החוק מבקש למנוע התחמקות מהוראותיו, אזי ברור שלא די באיסור התניה על הסעיף הקובע את גובה שכר המינימום, אלא יש הכרח גם באיסור על התחמקות מתחולת החוק בדרך של התניה על הסטטוס של עובד.

* פרופסור מן המניין, הקתדרה לדיני עבודה ע"ש אליאס ליברמן, האוניברסיטה העברית. תודתי לאיתי זיו-אב ולעמית מזרחי על עזרה מצוינת במחקר, לשופט האנונימי על הערות מועילות ולמערכת "משפטים" על עבודה מעולה ויסודית. מחקר זה נתמך על-ידי הקרן הלאומית למדע (מענק מס' 1611/19).

¹ ראו למשל סעיף 12 לחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987; דב"ע לג/3-12 **איליה צ'יבוטרו – אטלקה אברהם**, פד"ע ד 173. הקוגנטיות (nonwaiver או nonwaivability) נחשבת לעקרון יסוד של דיני העבודה; לדיון עדכני ראו SERGIO GAMONAL C & CÉSAR F ROSADO MARZÁN, PRINCIPLED LABOR LAW: U.S. LABOR LAW THROUGH A LATIN AMERICAN METHOD CH 4 (2019).

לכן קבעה הפסיקה, בארץ ובעולם, מימים ימימה, כי הקביעה אם אדם הוא עובד או קבלן תוכרע לפי מבחנים אובייקטיביים ולא לפי בחירת הצדדים עצמם כפי שבאה לידי ביטוי בחוזה.²

הניחו כעת כי פלוני סווג כקבלן, אך למעשה, לפי המבחנים האובייקטיביים שנקבעו בפסיקה, הוא עובד. לאחר סיום היחסים הוא מגיש תביעה לבית הדין לעבודה, אשר קובע כי הסטטוס הנכון הוא של עובד. במצב כזה אין ספק, לאור עקרונות היסוד שאוזכרו לעיל, כי יש להיענות לתביעתו של פלוני לקבלת זכויות מכוח חוקי המגן, שמגיעים לו כעובד ולא ניתנו לו בגלל הסיווג השגוי כקבלן. אולם בבית הדין הארצי לעבודה התעוררה בשנים האחרונות מחלוקת קשה בשאלה, כיצד בדיוק לחשב את זכויותיו, ובעיקר, האם לקבל טענה מצד המעסיק לקיזוז סכומים אשר פלוני קיבל ביתר על בסיס ההנחה כי הוא קבלן, סכומים שלא היה מקבל אילו הוגדר מלכתחילה על-ידי הצדדים כעובד.³ בתוך כך, המחלוקת היתה גם על השאלה מהי הסנקציה המתאימה, אם בכלל, שיש להשית על המעסיק בשל הסיווג השגוי. מטרתו של מאמר זה להציע פתרון לשאלות אלה.

שתי גישות מרכזיות הוצעו בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה. לפי האחת, שכונתה הגישה ההרתעתית, כדי להגשים את תכליתם של דיני העבודה יש להקפיד על קוגנטיות הסטטוס ולהרתיע מפני סיווגים מוטעים או שקריים. אמנם נקבע כי את זכויות העובד יש לחשב לפי השכר הנמוך יותר שהיה מקבל אילו היה נחשב מלכתחילה עובד, אולם כברירת מחדל נקבע כי אין מקום להתחשבות לאחור, כלומר אין מקום לקיזוז הסכום העודף שקיבל העובד על בסיס ההנחה שהוא קבלן עצמאי. יש הצדקה לחרוג מכך, ולאפשר קיזוז, רק כאשר התקיים חוסר תום-לב קיצוני מצד העובד. שני מבחני עזר מצטברים להוכחת חוסר תום-לב כזה הם כאשר העובד הוא שבחר מרצונו בסטטוס של קבלן וכעת מבקש ליהנות בנוסף מזכויות של עובד; ובנוסף, הפער בין הסכום שהוא קיבל כקבלן לבין מה שהיה מקבל כעובד הינו גדול (ככלל, 50% לפחות), כך שתשלומי המעסיק במהלך תקופת ההתקשרות לא היו נמוכים יותר ממה שהיה משלם אילו היה מסווג את העובד נכונה, לאחר שמביאים בחשבון את עלויות המעסיק בגין חוקי המגן וזכויות סוציאליות.⁴

הגישה השנייה, שכונתה הגישה החישובית, מבקשת להבחין בין מקרים שבהם הסיווג השגוי הוא בוטה וברור, כלומר שהמעסיק חייב לדעת עליו, לבין מקרים שבהם הסיווג הנכון אינו חד-משמעי. במקרה הראשון אין מקום לקיזוז, ויתרה מכך, יש לחשב את זכויותיו של העובד לפי התמורה שקיבל כקבלן, כדי להשיג הרתעה מירבית. אבל כאשר הסיווג אינו חד-משמעי, או לפחות לא היה כזה בעת תחילת היחסים, יש לאפשר קיזוז, בכל מקרה בו השוואה חישובית בין עלות ההעסקה של עובד מקביל לבין התשלום שקיבל המועסק כקבלן חושפת פער, היינו שהעובד קיבל תשלום עודף. המשמעות המעשית היא, שהעובד בדרך כלל לא יקבל כל סעד, למרות ההכרזה העקרונית של בית הדין על כך שהסיווג היה שגוי.⁵ יש לציין כי בפועל יושמה גישה זו באופן שממהר לאפשר קיזוז ומתעלם, הלכה למעשה, מהשלב הראשון שלפיו תנאי מוקדם

² ראו למשל דב"ע לא/27-3 עיריית נתניה – דוד בירגר, פד"ע ג 177 (להלן: פרשת בירגר). לסקירה השוואתית ראו: Guy Davidov, Mark Freedland & Nicola Kountouris, *The Subjects of Labor law: "Employees" and Other Workers*, in RESEARCH HANDBOOK IN COMPARATIVE LABOR LAW (Matthew Finkin & Guy Mundlak eds., 2015) 115.

³ השאלה אם בכלל קיים עודף כזה, או שלמעשה פלוני קיבל כקבלן את אותו סכום שהיה מקבל כעובד – ואם קיים עודף, מה שיעורו – היא שאלה עובדתית, שלא אכנס כאן לדרכי בחינתה. אולם ברור כי נדרשות ראיות של ממש לכך, ולא די בתניה בחוזה שנוסח על-ידי המעסיק כדי לבסס זאת.

⁴ גישה זו פותחה לראשונה בפירוט בפסק-דין של הנשיא אדלר בע"ע 300256/98 אורי אייזיק – תה"ל, פד"ע לו 817 (2002) (להלן: פרשת אייזיק). הביטוי המלא והעדכני של גישה זו, כולל הצדקה מפורטת, מופיע בפסק-דינה של השופטת דוידוב-מוטולה בע"ע 110/10 רפי רופא – מרקם סוכנות לביטוח בע"מ, ניתן ביום 22.12.2011 (להלן: פרשת רופא). בית הדין הארצי פסק לפי הגישה ההרתעתית בפרשות אייזיק ורופא, וכן בע"ע 300267/98 טויטו – מ.ש.ב. הנדסת קירור ומיזוג אויר (1965) בע"מ, פד"ע לו 354 (2002); ע"ע 1466/04 תדיראן בע"מ – ברנדה קרסנטי, ניתן ביום 15.4.2007; ע"ע 99/06 מרכז קהילתי אזורי רמת הגולן – חנה יפהר, ניתן ביום 24.6.2007; ע"ע 570/07 פיליפ טיברמן – מקורות חברת מים בע"מ, ניתן ביום 24.12.2009 (להלן: פרשת טיברמן); ע"ע 450/07 גלובוס גרופ בע"מ – יואל מלכא, ניתן ביום 7.3.2010 (להלן: פרשת גלובוס גרופ); ע"ע 308-08 עמוס עברון – אנוש מערכות ניהול והנדסה חברה בע"מ, ניתן ביום 20.1.2011 (להלן: פרשת עברון); ע"ע 14122-07-10 מכללת רמת גן – אורי פרייס, ניתן ביום 13.9.2012. זאת בתמיכה של השופטים אדלר, רבינוביץ, ארד, וירט-לבנה, רוזנפלד, גליקסמן ודוידוב-מוטולה.

⁵ גישה זו הופיעה לראשונה בדעת המיעוט של השופט (כתוארו אז) פליטמן בפרשת עברון. בית הדין הארצי פסק לפי הגישה החישובית בע"ע 11-10-3575 ענת עמיר – חברת החדשות הישראלית, ניתן ביום 21.1.2015 (להלן: פרשת ענת עמיר), ואשרר זאת אגב אורחא בע"ע 13-02-56745 חברת החדשות הישראלית – שחר צרפתי, ניתן ביום 14.2.2016 (להלן: פרשת צרפתי). בניגוד לזו הביעו תמיכה בבית הדין הארצי הנשיא פליטמן והשופטת (במינוי זמני בארצי) אנגלברג-שהם בלבד. במקרה נוסף – ע"ע 11-09-55425 מיכאל גוטמן – שיכון ובינוי אחזקות בע"מ, ניתן ביום 5.9.2017 – נערך דיון בסוגיה אך נפסק כי התוצאה באותו מקרה זהה על-פי שתי הגישות. למען שלמות התמונה יצוין כי הנשיא פליטמן כינה את הגישה ההרתעתית בפסיקתו "הגישה האחוזית", אולם שופטי גישה זו דחו כינוי זה, והבהירו, כי הכלל בדבר פער של 50% הינו כלי עזר בלבד, ולא כלל טכני מספרי נוקשה (ראו פסק דינה של השופטת גליקסמן בפרשת ענת עמיר, בפסקה 1).

לכך הוא שהסיווג אינו חד-משמעי. כך, למשל, לא ברור כיצד ניתן לראות עוזרת במאי בחברת החדשות, שהיו לה את כל המאפיינים הרגילים של "עובדת", כמקרה של סיווג שאינו חד-משמעי.⁶ אבל לצורך הדיון במאמר אנו, כי הגישה החיובית כוללת גם את המרכיב המוצהר הזה, אף אם הוא לא יושם בפועל על-ידי השופטים התומכים באותה גישה.

למען שלמות התמונה יאמר, כי בפסיקה הועלו בעבר גם גישות נוספות, קיצוניות יותר לכאן ולכאן.⁷ אולם גישות אלה לא זכו לתמיכה בפסיקה בשנים האחרונות. בשלב זה אתמקד בשתי הגישות העיקריות שעליהן נסוב הדיון בפסיקה העכשווית של בית הדין הארצי. כמו כן, במאמר זה לא אתייחס לשאלת הבסיס החוקי של הקיזוז, שאף היא עוררה מחלוקת בפסיקה. לצורך ביצוע קיזוז נדרש שיהיה חיוב כספי של העובד כלפי המעסיק,⁸ והשאלה היא מהו המקור המשפטי לחיוב העובד להחזיר סכומים שקיבל בהתאם לחוזה מול המעסיק. המקור הנטען לחיוב כזה הוא חובת השבה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט או מכוח חוק החוזים, אולם אפשרויות אלה אינן פשוטות ומחייבות פרשנות יצירתית ואף מאולצת למדי.⁹ אנו, עם זאת, שניתן למצוא דרך משפטית לעגן את המסקנה הנורמטיבית, ואתמקד בשאלת הדין הראוי.

הלכה למעשה שתי הגישות – ההרתעתית והחיובית – נותנות משקל מרכזי לסוגיית תום-הלב של הצדדים. הגישה ההרתעתית מצהירה במפורש כי המוקד הוא שאלת תום-הלב של העובד. הגישה החיובית יוצרת הבחנה חדה בין מצבים שבהם המעסיק צריך היה לדעת שמדובר בעובד, לבין מצבים שבהם טעותו היתה סבירה – משמע, למעשה, שהוא פעל בתום-לב. השוני המרכזי בין הגישות נוגע לשאלת ברירת המחדל: בעוד הגישה ההרתעתית קובעת כברירת מחדל כי אין מקום לקיזוז, ורק במקרים של חוסר תום-לב קיצוני מצד העובד יש לחרוג מכך, הגישה החיובית קובעת למעשה כי ברירת המחדל היא קיזוז, ורק אם המעסיק פעל בחוסר תום-לב יש לשלול זאת ממנו. פסקי הדין המבטאים את הגישה החיובית אמנם לא מציינים זאת במפורש, אך מסקנה זו עולה מעצם ההתמקדות של הגישה החיובית באופן ההתנהגות של המעסיק דווקא, כנתון מכריע לשאלה אם לבצע קיזוז אם לאו.¹⁰ לשון אחר: אם שני הצדדים תמי-לב, לפי הגישה ההרתעתית העובד יזכה למלוא זכויותיו (ללא קיזוז), ואילו לפי הגישה החיובית יבוצע קיזוז.¹¹ זוהי משמעותה של ברירת המחדל.

⁶ פרשת **ענת עמיר**, הערה 5 לעיל. כפי שציין הנשיא פליטמן עצמו (בפסקה 11 לפסק-דינו): "בית הדין האזורי קיבל את טענות המערערות בדבר העובדות המבססות את השתלבותה במערך הארגוני של המשיבה, ובהן ביצוע העבודה באולפני המשיבה באופן רצוף ולאורך זמן, כפיפותה המקצועית לבמאי הראשי, כפיפותה המנהלית למשיבה, אשר באה לידי ביטוי בשיבוצה בסידור העבודה החודשי שחולק מבעוד מועד לעוזרי הבמאי, כמו גם בדיווחים שנדרשה המערערות להגיש על ימי עבודתה בכל חודש." עוד אפשר ללמוד מפסק-הדין כי העובדת נדרשה לבצע את כל העבודה בעצמה באופן אישי; מטלותיה כללו בין השאר הכשרת עובדים חדשים; לא היתה לה תעסוקה נוספת אלא בהיקף מצומצם על בסיס אקראי; והיא אף ביקשה מספר פעמים לעבור לסטטוס של "עובדת". הנימוק היחיד שנתן הנשיא פליטמן לקביעה שהסיווג אינו חד-משמעי היה הטענה ש"ניתנה למערערות זכות הבחירה... והיא דרשה להיות במעמד של נותנת שירות" (בפסקה 23 לפסק-דינו). השופטת גליקסמן ביקרה (בפסקאות 51-61 לפסק-דינה) את המסקנה כי היתה לעובדת בחירה חופשית בנושא, תוך הנמקה מפורטת. אך גם אם נניח כי היתה בחירה כזו, קשה להבין מדוע ניתן משקל משמעותי לכך בקביעת הסטטוס. השאלה, כיצד ראו הצדדים עצמם את היחסים, רלבנטית לכל היותר כמבחן עזר אחד, שולי למדי, כאשר כל המבחנים האחרים מובילים כאן למסקנה הפוכה (למבחנים הנוהגים להכרעה מיהו "עובד" ראו למשל פסק-דינו של הנשיא אדלר בע"ע 300021/98 **זאב טריינין – מיכה חריש**, פ"ד 433 (2002)). לדוגמה נוספת, אם כי מעט פחות בוטה, להתעלמות מהשלב הראשון, ראו פרשת **צרפתי**, הערה 5 לעיל, שעסקה במקלט/איש סאונד בחברת החדשות (לפירוט העובדות שהובילו למסקנה כי מדובר ב"עובד" ראו פסקה 4 לפסק-דינו של הנשיא פליטמן).

⁷ ראו, מחד, גישתם של השופטת ברק-אוסוסקין (למשל בפרשת **אייזיק**, הערה 4 לעיל) והשופט צור (למשל בפרשת **רופא**, הערה 4 לעיל), שתמכו בקיזוז באופן גורף, לרבות חיוב העובד בהשבת "עודף" אם היה כזה; וכן תמיכה מסוימת של השופטת (במניו זמני בארצי) ורבנר בגישה זו (ע"ע 10-09-31997 **אמנון רבזין – בנק לאומי**, ניתן ביום 29.3.2012). מנגד, ראו גישתו של השופט רבינוביץ, אשר לצד תמיכה במספר מקרים בגישה ההרתעתית, הביע את העמדה כי במקרים מסוימים יש לחשב את הזכויות לפי התמורה שהתקבלה כקבלן, כדי ליצור הרתעה חזקה יותר מזו שכלולה בגישה ההרתעתית (ע"ע 133/99 **מרג'ה אליאס רפיק – מתכת סדום תעשיות (1989) בע"מ**, פ"ד לח 223 (2003)).

⁸ סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; סעיף 20 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970; פרשת **רופא**, הערה 4 לעיל, בפסקה 50 לפסק-הדין של השופטת דוידוב-מוטולה.

⁹ לדיון ראו פרשת **רופא**, הערה 4 לעיל; פרשת **ענת עמיר**, הערה 5 לעיל. להצעה נוספת (על בסיס הדוקטרינה של "ביצוע בקירוב") ראו מאמרים של דוד לופו ומורן סבוראי, "האם אכן "חובת ההשבה"? על הדין הראוי בעת הכרה ביחסי עובד-מעסיק בדיעבד", **ספר אדלר** (יצחק אליאסוף ואח' עורכים, תשע"ו) 543.

¹⁰ וראו אמירה כמעט-מפורשת על כך בפסק דינו של הנשיא פליטמן בפרשת **ענת עמיר**, הערה 5 לעיל, בפסקה 36 לפסק דינו: "הגורמים הרלבנטיים העיקריים לקביעת זכאות נותן השירות שהוכר בדיעבד כעובד והוא תובע את מעסיקו... הם בהכרח שכר העובד על זכויותיו הסוציאליות ביחס לתמורה הקבלנית ומידת חוסר תום ליבו של המעסיק על פי נסיבות כל מקרה ומקרה" (ההדגשה אינה במקור).

¹¹ וראו דבריה של השופטת אנגלברג-שהם (שהצטרפה לעמדתו של הנשיא פליטמן) בפרשת **ענת עמיר**, הערה 5 לעיל, בפסקה 7 לפסק-דינה: "קיימים מקרים שבהם שני הצדדים קבעו מסגרת העסקה של יחסי קבלן מזמין אך איש מהם לא פעל בחוסר תום לב. האם במקרה שכזה, כאשר גם המעסיק לא פעל בחוסר תום לב, יש מקום להטיל עליו עלויות החורגות הן מההסכמה

כיצד ניתן להסביר את השוני הזה בין הגישות, אף שעל פני הדברים כל השופטים מביעים מחויבות לעיקרון הקוגנטיות של דיני העבודה?¹² נראה שהפער מבטא תפיסות שונות לגבי הקוגנטיות, וספציפית לגבי השאלה, אם יש מקום לאפשר למעסיק "לקנות" זכויות מסוימות של העובד, כלומר לשלם תמורתן בכסף במקום לקיים אותן "בעין", בהנחה שעסקה זו נעשית בהסכמתו של העובד. בפרק א' אסביר מדוע לדעתי יש לראות את הגישה החישובית כמבוססת על תפיסה המאפשרת מכירת זכויות קוגנטיות. לאחר מכן אניח, לצורך הדיון, כי מדובר בהסכמה אמיתית – בעסקה רצונית – ואבחן אם ראוי להכיר בה. אבקש להראות, כי הקוגנטיות לא נועדה רק למצבים שבהם מעסיק מבקש לכפות על עובד ויתור על זכויות, אלא גם למצבים שבהם העובד מעוניין בכך מרצונו החופשי. בפרק ב' אעמוד על הצדקות פטרנליסטיות, שנועדו למנוע החלטות שגויות של העובד בעניין ויתור על זכויות או מכירתן. בפרק ג' אוסיף הצדקות שעוסקות בחשש לפגיעה באחרים (ובפרט, החשש ליצירת "מירוץ לתחתית" בשוק העבודה) וכן הצדקות "מסדר שני" שעוסקות בקושי להוכיח את התנאים המצדיקים התערבות ברצון העובד. המסקנה מדיון זה הינה כי אמנם ייתכנו מקרים בהם אפשר להצדיק הסדרים חקיקתיים המאפשרים מכירת זכות קוגנטית כלשהי, אך זאת באופן יוצא דופן, ובכל מקרה לא ניתן להצדיק זאת כאשר מדובר במכירת כלל הזכויות באופן גורף. כלומר, ברירת המחדל הנכונה היא זו שאומצה על-ידי הגישה ההרתעתית: עובד אינו רשאי "למכור" את הסטטוס שלו. אטען, כי לעניין זה אין רלבנטיות לשאלת תום-הלב של הצדדים.

יחד עם זאת, ובניגוד לגישה ההרתעתית, אטען כי המסקנה שאין לאפשר ויתור על סטטוס "עובד" – גם לא כנגד תמורה – אינה שוללת את רעיון הקיזוז ככל שמדובר בזכויות כספיות בלבד. בסופו של דבר, כסף הוא בר-חלופיות (fungible) – סכום כסף נתון זהה בכל מובן לאותו סכום כסף שנשא כותרת אחרת. אם ברור לנו, מבחינה עובדתית, שהעובד קיבל סכום מסוים בעודף בזכות הגדרתו כ"קבלן", אפשר לראות את הסכום הזה כאילו שולם על-חשבון הזכויות הכספיות שהגיעו לו כעובד. לשון אחר: מבחינת הזכויות הכספיות (והן בלבד), אין הבדל בין אדם שקיבל שכר של 10,000 ש"ח ועוד תוספת כספית של 5000 ש"ח בשל זכויות שונות מכוח דיני העבודה, לבין אדם שקיבל 15,000 ש"ח כקבלן מתוך כוונה לגלם בסכום זה את הזכויות הסוציאליות. הסכום שהתקבל הוא זהה, ומבחינה כספית מצבו של העובד זהה. נראה שזהו הרעיון הבסיסי שעומד ביסוד הגישה החישובית, ויש בו היגיון רב. לעומת זאת כאשר מדובר בזכויות לא-ממוניות – זכויות מדיני העבודה שיש לקיים "בעין" – בשל הסיווג השגוי העובד לא נהנה מהן במשך כל תקופת עבודתו. התכליות הרבות והחשובות של דיני העבודה, בכל הקשור לזכויות לא-ממוניות, מסוכלות. בשל הפרה חמורה זו נדרש פיצוי על הנוקים הלא-כספיים – פיצוי שלא ראוי לקזז כנגד סכומים ששולמו בעודף – ונדרשת גם הרתעה שתסייע למנוע הפרות דומות במקרים עתידיים. בעניין זה של הצורך להבחין בין הזכויות הכספיות לזכויות לא-ממוניות, להבטיח פיצוי מלא גם על האחרונות, ולהוסיף על כך סעד הרתעתי במקרים המתאימים, אני מצטרף לדעתו של ד"ר יובל פרוקצ'יה, במאמר שפרסם לאחרונה.¹³ פרק ד' יוקדש לניסיון להעריך את גובה הפיצוי הראוי, ופרק ה' יתמקד בנושא ההרתעה.

בעניין ההרתעה יש חשיבות לבחינת תום-הלב של הצדדים, סוגיה אשר כאמור שתי הגישות מתמקדות בה. זהו השלב שבו, לטעמי, נושא זה הופך רלבנטי: בעת שאנו באים לקבוע את ה"עונש" המתאים על הסיווג השגוי. לצורך ההכרעה בעניין תום-ליבם של הצדדים הועלו בפסיקה שלושה רכיבים. ראשית, באיזו מידה העובד בחר בעצמו בסטטוס של קבלן, או מנגד, סטטוס זה נכפה עליו על-ידי המעסיק. רכיב זה מובא כרלבנטי בשתי הגישות, הן ההרתעתית והן החישובית. שנית, באיזו מידה הרוויח המעסיק מהגדרת העובד כקבלן, אם בכלל – דבר שניתן ללמוד מגובה התמורה והפער בינו לבין עלות ההעסקה של עובד. רכיב זה נכלל בגישה ההרתעתית. שלישית, באיזו מידה צריך היה להיות ברור מראש למעסיק שמדובר ב"עובד", לעומת מצב שבו חוסר הוודאות של הדין הותיר מקום לספק. רכיב זה נכלל בגישה החישובית. במסגרת פרק ה' אבחן כל אחד משלושת הרכיבים. פרק ו' יסכם.

א. הגישה החישובית ופגיעתה בזכויות קוגנטיות

בין הצדדים, הן מהעלות של השכר החלופי שלו היה זכאי העובד מלכתחילה (בצירוף זכויות סוציאליות)? לטעמי התשובה לכך היא שלילית" (ההדגשה אינה במקור).

¹² ראו, למשל, בפרשת **ענת עמיר**, הערה 5 לעיל, פסקה 22 לפסק-דינו של הנשיא פליטמן; פסקאות 28, 35 לפסק-דינה של השופטת גליקסמן.

¹³ יובל פרוקצ'יה, "על סיווגי העסקה מוטעים, הרתעה יעילה, ומעמדם הקוגנטי של דיני העבודה", יפורסם בעיוני משפט (2019).

ניתן לחלק את חוקי המגן בתחום העבודה לשניים: חוקים המקנים לעובדים זכויות כספיות, וחוקים המקנים זכויות שאינן מבוטאות בכסף אלא מחייבות את המעסיק לבצע דבר מה "בעין" (להלן: זכויות לא-כספיות או זכויות לא-ממוניות). זכויות מכוח הסכמים קיבוציים וצווי הרחבה, שאף הן קוגנטיות, בדומה לחוקי המגן,¹⁴ ניתנות לחלוקה דומה. כך, למשל, הזכות לשכר מינימום, לפיצויי פיטורים, לדמי הבראה, לגמול שעות נוספות ולדמי חופשה הן זכויות כספיות. לעומת זאת, הזכות לצאת לחופשה (בפועל), המגבלה על שעות העבודה (בפועל), מגבלות על הפררוגטיבה הניהולית שנובעות מחובת תום-לב מוגברת, הגנות מפני פיטורים והגנות מפני הפליה, הן דוגמאות לזכויות לא-כספיות. לעיתים אפשר, לצרכים מסוימים, לכמת את שווי הזכויות האלה,¹⁵ אבל מטרתן אינה להעניק לעובדים כסף אלא הגנות אחרות. בחלק מהמקרים יש קשר הדוק בין שני סוגי הזכויות, בדרך כלל במובן זה שזכויות כספיות מסוימות מיועדות לתמוך בקידום זכויות לא-כספיות (למשל, הגמול הכספי בגין עבודה בשעות נוספות נועד להוות תמריץ שלילי להעסקת שעות נוספות בפועל). מכל מקום, על אף קשרים מעין אלה, קיימת הבחנה ברורה למדי בין שני סוגי הזכויות.

ברמה העקרונית כלל שופטי בית הדין הארצי – לרבות הנשיא לשעבר פליטמן שהוביל את הגישה החישובית – הצהירו כאמור על מחויבות לעקרון הקוגנטיות. אולם הלכה למעשה הגישה החישובית מובילה לפגיעה בזכויות קוגנטיות, בשני מובנים – שלצורך הבנתם מועיל להסתייע בהבחנה בין שני סוגי הזכויות. ראשית, אם נתמקד בזכויות הכספיות בלבד, לפי הגישה החישובית אין כל סנקציה בגין הסיווג השגוי: המעסיק יידרש לשלם בדיעבד את שווי הזכויות הכספיות שחסך שלא כדן, ולא יותר מזה (זאת בכפוף למקרה החריג שבו יוכח שהמעסיק פעל בחוסר תום-לב שכן מדובר היה במקרה ברור לחלוטין של יחסי עבודה). בנסיבות אלה, בכל מקרה שבו ניתן להצביע על ספק מסוים לגבי סיווג העובד – ובשל אופי המבחן לקיום יחסי עבודה, שנתון לשיקול דעת שיפוטי,¹⁶ דבר זה אינו נדיר – אין למעסיק מה להפסיד. מרבית העובדים כלל לא תובעים, בשל חסמים שונים (מגבלות של ידע בדבר זכויותיהם, חוסר במשאבים הנדרשים להגשת תביעה, חשש מהתנכלות או מתדמית שלילית בשוק העבודה).¹⁷ לגבי עובדים אלה, המעסיק נהנה מ"רווח נקי" כאשר הוא מסווג אותם כקבלנים ונמנע מתשלום הזכויות הכספיות מכוח דיני העבודה. ואם עובד מסוים התגבר על החסמים ותבע, ממילא שווי ה"נזק" עבור המעסיק אינו עולה על מה שהיה אמור לשלם מלכתחילה. כתוצאה מכך יש חשש להרחבה ניכרת של סיווג עובדים כ"קבלנים" באופן שגוי והתחמקות נרחבת מדיני העבודה הקוגנטיים.

ניתן אמנם לומר, כי העובדה שאין סנקציה בגין הסיווג השגוי היא מדיניות במישור התרופה, ולא במישור החובות והזכויות עצמן. ואכן, ברמה התיאורטית, שופטי הגישה החישובית אינם חולקים על כך שהזכויות הקוגנטיות מחייבות את המעסיק. אולם העובדה שאין כל סנקציה בגין הפרה משליכה באופן מהותי על קיומה של הזכות עצמה. "בהעדר תרופה – אין זכות".¹⁸ אין משמעות להצהרה תיאורטית בגין היותה של זכות קוגנטית, אם בפועל לא ניתנים סעדים משפטיים שמאפשרים את מימוש הזכות ככזו. הטיעון המובא כאן מתייחס לאופן שבו מיושם רעיון הקוגנטיות הלכה למעשה, ולא לאופן בו הוא מאוזכר באופן רעיוני שאינו זוכה להגנה מעשית.

המובן השני שבו הגישה החישובית פוגעת בקוגנטיות נוגע לזכויות הלא-כספיות, מהן העובד צריך ליהנות – לפי חוקי המגן – תוך כדי תקופת העבודה. בהקשר זה קיימת פגיעה אנושה וחמורה במיוחד. לקבלן עצמאי אין זכויות (מול המעסיק) לצאת לחופשה שנתית, או למקסימום של שעות עבודה ביום, או להגנות מפני פיטורים או הפליה, או להתאגד וליהנות מהגנה של ארגון עובדים, וכיוצא בזה. בכל תקופת הסיווג השגוי, העובד לא נהנה מזכויות אלה – להן הוא זכאי לפי דין – והמעסיק מנגד נהנה מה"פטור" שיצר לעצמו (בניגוד לדין) מקיום החובות אלה. ההימנעות מקיום חובות אלה של המעסיק מעניקה לו גמישות ניהולית רבה יותר, שיש לה כמובן גם ערך כספי עבורו. שופטי הגישה ההרתעתית סברו כי יש להביא בחשבון את הפגיעה הזו בעת קביעת ההסדר בעניין קיזוז, באופן שייצור הרתעה כנגד סיווג שגוי ויצמצם את המקרים שבהם

¹⁴ זאת מכוח חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, סעיפים 20, 30.

¹⁵ ראו על כך בפרק ד' להלן.

¹⁶ על מבנה המבחן ראו איל זמיר, "עובד או קבלן", משפטים כב 113 (1992); סטיב אדלר, "היקף תחולת משפט העבודה – מכפיות לתכלית", ספר מנחם גולדברג 18 (2001); גיא דוידוב, "פרשנות תכליתית בדיני עבודה: מיהו עובד?", ספר סטיב אדלר 261 (2016).

¹⁷ Guy Davidov, *The Enforcement Crisis in Labour Law and the Fallacy of Voluntarist Solutions*, 26 INT. J. OF COMP. LAB. L. AND IND. REL. 61 (2010).

¹⁸ גבריאלה שלו ויהודה אדר, דיני חוזים – התרופות (התשס"ט) 1.01.

נשללות מעובדים הזכויות הלא-כספיות במהלך תקופת העבודה.¹⁹ מנגד, עמדת הגישה החישובית היתה כי יש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו, אולם בפועל הנשיא פליטמן דחה את כל הזכויות הלא-כספיות לצורך התחשב בערך.²⁰ כלומר, באופן מעשי הגישה החישובית תומכת בפתרון שלפיו לא ניתן כל פיצוי על ההתעלמות מחוקי המגן הלא-כספיים בכל תקופת העבודה. המשמעות היא שלמעסיקים אין תמריץ שלילי כנגד סיווג שגוי, להיפך – אם תאומץ הגישה החישובית, הם צפויים להרוויח רבות מסיווג שגוי, בכפוף לחריג האמור של חוסר תום-לב מוכח. כתוצאה מכך יש חשש ממשי לפגיעה מסיבית בקיום חוקי המגן וממילא בפגיעה בכל התכליות של דיני העבודה.

ההסבר שנתן הנשיא פליטמן להתעלמות מהזכויות הלא-כספיות הינו כי העובדים בחרו מרצונם החופשי (העדיפו) את הסטטוס של קבלן עצמאי ואת הוויתור על זכויות קוגנטיות שבא עימו.²¹ מכאן עולה בבירור התפיסה (המשתמעת) של הגישה החישובית, לפיה כל עוד מדובר בהסכמה רצונית, יש לקבל את הוויתור על הסטטוס – אמנם לא במובן המלא של ויתור על הזכויות הכספיות, אבל במובן משמעותי ביותר של ויתור על הזכויות הלא-כספיות וכן הימנעות מסנקציה כלשהי בשל הסיווג השגוי. הנשיא פליטמן אינו מציין, אם הוויתור חייב להיות כנגד תמורה (למעשה "מכירה" של הסטטוס) או לא, ואף לא מקיים דיון בשאלה כיצד ניתן לדעת שהעובדת אכן בחרה בסטטוס של קבלן עצמאי מרצון חופשי אמיתי. אתיחס לסוגיות אלה בקצרה בפרק הבא. בשלב זה המטרה היא להראות, שהגישה החישובית למעשה מתייחסת לקוגנטיות כעקרון שאינו מוחלט אלא חלקי בלבד.

ניתן להסביר זאת גם באמצעות דוגמא מספרית. הניחו מעסיק שבמקום לשלם שכר של 10,000 ש"ח למועסק כ"עובד" בוחר להעסיק אותו כקבלן בתמורה של 11,500 ש"ח. הניחו עוד ששווי הזכויות הכספיות מכוח דיני העבודה הינו 4000 ש"ח בחודש (לצורך הפשטות נניח כי סכום זה משקף הן את העלות למעסיק והן את ההפסד לעובד). במצב כזה, המעסיק חוסך לעצמו עלות משמעותית של 2500 ש"ח בחודש עבור הזכויות הכספיות, ובנוסף מרוויח גמישות ניהולית רבה – וחסכון כספי נוסף – בשל הימנעותו מהצורך לקיים את החובות הלא-כספיות מכוח דיני העבודה. אם המועסק יתבע ויזכה, לפי הגישה החישובית הוא יקבל, בדיעבד, את הזכויות הכספיות שנשללו ממנו (כלומר 2500 ש"ח עבור כל חודש, בהנחה שהחישוב יעשה כראוי ולא בחסר, סוגיה שאליה אתיחס בנפרד בהמשך). אבל העובד לא יקבל שום פיצוי על הזכויות הלא-כספיות שמהן לא התאפשר לו ליהנות תוך כדי תקופת העבודה, וגם לא פיצוי על הסיווג השגוי. המעסיק מצידו לא יקבל שום "עונש" שיכול להוות תמריץ שלילי כנגד התנהגות דומה בעתיד או התנהגות דומה של מעסיקים אחרים. להיפך, גם לאחר תביעה שבה העובד זכה, אם מאומצת הגישה החישובית המעסיק עדיין נותר ברווח מהחלטתו לבחור בסיווג שגוי. תוצאות אלה מתקיימות, לפי הגישה החישובית, בתנאי שהמועסק בחר מרצונו החופשי באופן ההתקשרות הזה (שכולל בחובו ויתור על זכויות קוגנטיות). המשמעות, מבחינה מעשית (גם אם לא לגמרי מוצהרת), הינה נכונות לקבל עסקאות הנוגעות לזכויות קוגנטיות – ויתור מרצון, או מכירה כנגד הטבות אחרות, כאשר העובד מעוניין בכך.

ב. הצדקות פטרנליסטיות להתערבות ברצון העובד

ההסבר הפשוט לקוגנטיות הוא, כאמור, החשש ממצב שבו המעסיק כופה על עובד לוותר על זכויותיו. אלא שהעיסקה מוצגת ככזו שבה העובד הסכים, מרצונו החופשי, לוותר זה. הצגת דברים זו מעוררת שתי שאלות כבדות משקל: ראשית, כיצד ניתן לדעת – או אימתי ניתן לקבוע – כי מדובר בהסכמה אמיתית? ושנית, אם נניח כי אכן מדובר בהסכמה אמיתית (מרצון חופשי), האם צריך לתת לה תוקף ולאפשר אותה? במאמר זה לא אעסוק בשאלה הראשונה. מדובר בשאלה סבוכה, הן מבחינה ראייתית, והן מבחינה רעיונית (מהו רצון חופשי בשוק שבו מרביתנו חייבים לעבוד כדי להתפרנס, כשלי שוק הם שכיחים ביותר והאפשרויות התעסוקתיות שלנו מוגבלות?). אציין רק כי העובדה שהעובד חתם על חוזה שמגדיר אותו

¹⁹ פרשת **רופא**, הערה 4 לעיל, בפסקה 43 לפסק-דינה של השופטת דוידוב-מוטולה; פרשת **ענת עמיר**, הערה 5 לעיל, בפסקה 34 לפסק-דינה של השופטת גליקסמן.

²⁰ פרשת **ענת עמיר**, הערה 5 לעיל, בפסקה 34 לפסק-דינו. באותו מקרה ציינה השופטת אנגלברג-שהם את הצורך לפצות את העובד על נזקים לא-ממוניים, אולם הגבילה זאת משום מה למצבים שבהם המעסיק פעל בחוסר תום-לב, תוך אימוץ גישה מצמצמת מאד לזיהוי מצבים כאלה (שם, בפסקאות 8-9 לפסק-דינה). וראו גם פרשת **עברון**, הערה 4 לעיל, בפסקה 4 ג' לפסק-דינו של הנשיא פליטמן.

²¹ פרשת **ענת עמיר**, הערה 5 לעיל, בפסקה 34 לפסק-דינו: "נקודת המוצא לבחינת הזכויות שאינן כספיות לגבי נותן שירות שהתברר בדיעבד כעובד היא – בחירה חופשית אמיתית מלכתחילה שלא להיחשב כעובד, לאחר שניתנה האפשרות לשקול היתרונות והחסרונות של הבחירה..."

קבלן עצמאי אינה כשלעצמה ראייה לכך שמדובר בהסכמה אמיתית. כמו כן, ככלל יש מקום לבדוק אם התמורה שקיבל העובד כנגד הוויתור על זכות הינה כזו שיכולה להצביע על רצון חופשי אצל עובד סביר. כך, למשל, יש לוודא שהעובד לא ויתר על זכות בשווי קבוע וידוע מראש של 1000 ש"ח בתמורה לתוספת אחרת בשווי קבוע וידוע מראש של 900 ש"ח – דבר שאף אדם רציונלי לא יעשה מרצון חופשי. לצורך זה ניתן להיעזר גם בתחשיב בעניין שווי הזכויות הכספיות לעובד, שמצורף כנספח למאמר. בהקשר של ויתור על סטטוס, התחשיב חושף כי הזכויות הכספיות בלבד – מבלי להביא בחשבון את הזכויות הלא-כספיות – שוות לעובד ממוצע סך השווה לכ-42.5% מהשכר. עובד אשר מסכים לוותר על סטטוס כנגד תמורה נמוכה מכך מבצע לכאורה עיסקה הפסדית, אשר קשה לראותה כמבוססת על רצון חופשי. בכפוף להערות כלליות אלה, אניח לצורך המשך הדיון שבית הדין השתכנע כי העובד ויתר על זכויות קוגנטיות מרצון חופשי. לצורך פשוטות הדיון נניח כי מדובר ב"מכירה" של זכות כלשהי, או כלל הזכויות מכוח דיני העבודה, כנגד סכום כסף.

מהן הסיבות שיכולות להניע את העובד להסכמה זו? ראשית, ייתכן שהוא טועה לחשוב שהעיסקה מיטיבה עמו, אף שלמעשה אין הדבר כך. במקרים אלה השאלה היא, אם יש מקום להתערבות פטרנליסטית, שתמנע ממנו לפגוע בעצמו. לכך יוקדש הפרק הנוכחי. שנית, ייתכן שהעיסקה מיטיבה עמו מאחר שהוא שונה במובנים רלבנטיים מהעובד הפרדיגמטי שהמחוקק ראה לנגד עיניו (בין אם באופן כללי או למשך תקופה מסוימת).²² במקרים אלה השאלה היא אם יש נימוקים של פגיעה באחרים, או שיקולים מסדר שני, שמצדיקים התערבות. לכך יוקדש הפרק הבא.

תחילה, כאמור, למצב שבו עובד מסכים לוותר על זכויותיו אף שהדבר אינו לטובתו. הניחו בשלב זה שהחלטתו פוגעת בו בלבד ולא בצד שלישי כלשהו. נקודת המוצא היא כי יש לכבד את האוטונומיה של הפרט, ולאפשר לו לקבל החלטות באופן עצמאי, גם אם לעיתים אנו סבורים כי הן שגויות.²³ בטרם נבחן אם בכל זאת יש הצדקה לפגיעה באוטונומיה, מן הראוי להעריך את מידת הפגיעה בערך זה. התשובה לשאלה עד כמה קיימת פגיעה באוטונומיה במצב הנדון כאן תלויה בתפיסה שנאמץ לגבי מהות האוטונומיה. בספרות הפילוסופית ישנן שלוש גישות עיקריות.

לפי גישה אחת, החירות שלנו, וכן כבוד האדם, דורשים יכולת ל"שלטון עצמי".²⁴ קבלת החלטות עצמאית היא חלק מהאידיאל של agency, מהיכולת שלנו להשפיע על העולם,²⁵ שהכרחית להתפתחות ולזהות שלנו²⁶ ונותנת משמעות לחיינו. גישה זו שמה דגש על חופש הבחירה.²⁷ לפי גישה שניה, הדגש אינו על החלטות קונקרטריות אלא על היכולת שלנו לקדם את המטרות ארוכות הטווח שלנו – "לכתוב את סיפור חיינו".²⁸ העיקר אינו האמצעים או דרכי הפעולה הספציפיות, אלא המטרות/הערכים.²⁹ תפיסה כזו של אוטונומיה תזהה פגיעה פחותה, אם בכלל, במצבים שבהם מתערבים בהחלטות של הפרט באופן שאינו מתנגש עם ערכיו ומטרותיו (כפי שהם מובנים ברמת הפשטה גבוהה יותר), אלא דווקא מקדם אותן. גישה שלישית מזהה התערבות בהחלטות של פרטים כעלבון או זלזול או התנהגות שאינה מכבדת – בשל כך שאדם אחר מתיימר לדעת טוב יותר ממני מה טוב בשבילי.³⁰ לפי תפיסה זו, הפגיעה באוטונומיה פחות משמעותית, אם בכלל,

²² על "שחקנים לא סטנדרטיים" ראו CHRISTIAN COONS & MICHAEL WEBER, PATERNALISM: THEORY AND PRACTICE 18-21 (2013).

²³ JOHN STUART MILL, ON LIBERTY 70 (2001).

²⁴ JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO SELF CH 18-19 (1986).
לרעיון זה כאל "הגדרה עצמית", או "הכוונה עצמית", או "בעלות עצמית"; ראו למשל Steven Wall, *Self-Ownership and Paternalism*, 17 J. POLITICAL PHILOSOPHY 399 (2009).
בעוד אחרים תופסים חירות כמשמעות אפסרית אחת לאוטונומיה; הבחנות אלה אינן חשובות לצרכים הנוכחיים.

²⁵ Thomas Hurka, *Why Value Autonomy*, 13 SOC. THEORY AND PRACTICE 361, 366 (1987).

²⁶ David L. Shapiro, *Courts, Legislatures, and Paternalism*, 74 VA. L. REV. 519, 546 (1988).

²⁷ GERALD DWORCKIN, THE THEORY AND PRACTICE OF AUTONOMY 31-32 (1988).
אם כי, כפי שהוא מצייין בהמשך (בפרק החמישי לספר), ריבוי אפשרויות בחירה אינו תמיד עדיף.

²⁸ David Enoch, *Hypothetical Consent and the Value(s) of Autonomy*, 128 ETHICS 6, 31 (2017).

²⁹ Alan Fuchs, *Autonomy, Slavery, and Mill's Critique of Paternalism*, 4 ETHICAL THEORY AND MORAL PRACTICE 29 (2001).
231, 244. על ההבחנה בין אמצעי למטרה בהקשר זה ראו: SARAH CONLY, AGAINST AUTONOMY: JUSTIFYING COERCIVE PATERNALISM (2013); JULIAN LE GRAND & BILL NEW, GOVERNMENT PATERNALISM: NANNY STATE OR HELPFUL FRIEND? Ch 5 (2015).
יישום הבחנה זו לא תמיד קל; ראו COONS & WEBER, לעיל הערה 22, בעמ' 9-10 (למשל, האם אמירה לרוכב אופנוע שההנאה ברכיבה ללא קסדה לא מצדיקה סיכון חיים מהווה התערבות ב"ערכים" שלו?). ראו על כך גם Jessica Begon, *Paternalism*, 76 ANALYSIS REVIEWS 355, 358 (2016).

³⁰ Seana Valentine Shiffrin, *Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accommodation*, 29 Philosophy & Public Affairs 205, 218 (2000); JONATHAN QUONG, LIBERALISM WITHOUT PERFECTION 80 (2010); Nicolas

כאשר ההתערבות אינה נעשית על-ידי פרט אחר אלא על-ידי המדינה, ואינה נעשית על בסיס אישי אלא בחקיקה או פסיקה כלליות.³¹ במצבים כאלה, אין סיבה של ממש להיעלב.

בענייננו, החלטה למנוע מפלוני את האפשרות למכור את זכויותיו מהווה פגיעה באוטונומיה שלו לפי הגישה הראשונה, אך לא לפי הגישה השנייה והשלישית. לעניין הגישה השנייה, אמנם יכולה לעלות טענה לפיה בחירה להיות קבלן עצמאי להבדיל מעובד שכיר אינה עניין של אמצעים אלא עניין מהותי של ערכים ומטרות. עם זאת, הנחת המוצא שלנו היא שמבחינה מהותית אופי ההתקשרות הוא של עובד שכיר (כך קבע בית הדין בדיעבד כשהנושא הגיע לפתחו). כלומר שלא מדובר בבחירה אם להיות עצמאי או שכיר, אלא בהחלטה של הפרט אך ורק לגבי ההשלכות המשפטיות של ויתור על סטטוס "עובד", כלומר ויתור על זכויות מסוימות. לשון אחר: איננו מתערבים בהחלטה של הפרט אם להקים עסק ולהתקשר באמצעותו עם לקוחות, או לחלופין לבצע עבודה במתכונת שכוללת תלות וכפיפות. ההתערבות היא רק בשאלה, אם לאפשר לעובד לבחור התקשרות מהסוג השני אבל עם הכללים המשפטיים שמיועדים לפי חוק לסוג הראשון. קשה לראות בכך מטרה או ערך של הפרט (להבדיל מאמצעי).³²

יתכן שהגישות לגבי מהות האוטונומיה יכולות להתקיים במקביל, באופן שהן משקפות היבטים שונים של אוטונומיה. לפי תפיסה כזו, הערך המוגן כולל גם את חופש הבחירה, גם את החופש לקדם מטרות ארוכות טווח, וגם את ההגנה מפני העלבון שכרוך בכך שאחרים מחליטים עבורנו. על בסיס הנחה זו, אם הדין שולל מהפרט את האפשרות למכור את זכויותיו יש בכך פגיעה באוטונומיה – אולם מבחינת עוצמת הפגיעה, יש להביא בחשבון את ההיבטים הנפגעים. בענייננו, העובדה שלצד הפגיעה בחופש הבחירה, אין בהסדר קוגנטי נוקשה משום פגיעה בזכותו של עובד "לכתוב את סיפור חייו" מבחינת המטרות/הערכים, וגם אין משום עלבון, מלמדת שהפגיעה פחות חמורה מאשר במקרים פוטנציאליים אחרים של פגיעה באוטונומיה. אפשרות אחרת היא להבין את הגישות כחלופיות זו לזו, ומתיימרות לספק הצדקה ממצה לזכות לאוטונומיה (כפי שהן אכן מוצגות על-ידי מחבריהן). אם נאמץ תפיסה כזו, אזי המצדדים בגישה השנייה והשלישית יוכלו לעצור את הדיון כאן, בהעדר פגיעה באוטונומיה, ואילו המצדדים בגישה הראשונה ימשיכו לבחינת ההצדקות לפגיעה כזו.

כיצד ניתן להצדיק את הפגיעה באוטונומיה? ברור שנדרשת הצדקה לכך, גם אם נניח שהפגיעה אינה חמורה במיוחד בנסיבות העניין. מהספרות בנושא פטרנליזם עולות ארבע הצדקות אפשריות (שאפשר לראותן כהצדקות לפטרנליזם, בנסיבות מסוימות, או כחריגים להגדרת הפטרנליזם, אם משמרים את הקונוטציה השלילית של מונח זה). ראשית, התערבות משפטית בהחלטות הפרט יכולה להיות מוצדקת אם היא באה להגן על החירות (או: האוטונומיה) שלו עצמו.³³ ג'ון סטיוארט מיל, שכתב את הטקסט המכונן כנגד פטרנליזם, נתן את הדוגמה של הסכמה להיכנס לעבדות: אם אדם מסכים להגביל את חירותו באופן כה קיצוני, נדרשת התערבות כדי להגן על יכולתו לקבל החלטות/בחירות באופן עצמאי.³⁴ את אותו רעיון הרחיבו אחרים גם למקרים פחות קיצוניים – אפשר למשל לתהות אם החלטה לעשן, שמובילה לקיצור חיים, כורכת בכך גם פגיעה בחירות.³⁵

הרלבנטיות למקרה שלפנינו קשורה לטענה, לפיה אחת המטרות של דיני העבודה היא לקדם חירות. ממבט ראשון טענה זו מנוגדת לתפיסה המקובלת, ואולי אף האינטואיטיבית, לפיה דיני העבודה הקוגנטיים פוגעים בחירות של הצדדים לטובת מטרות אחרות. עם זאת, Kahn-Freund טען כבר לפני שנים רבות כי למעשה, חוקי המגן מקדמים את החירות של העובד: אמנם מבחינה פורמלית, הם מגבילים את האפשרות שלו לוותר על זכויות, אך מבחינה מהותית, זכויות אלה מגבילות את החופש של המעסיק ובכך מחזקות את החירות

Chris Mills, *Cornell, A Third Theory of Paternalism*, 113 MICH. L. REV. 1295 (2015)

The Problem of Paternal Motives, 25 UTILITAS 446 (2013); Begon, *supra* note 28

Peter De Marneffe, *Avoiding Paternalism*, 34 PHILOSOPHY & PUBLIC AFFAIRS 68, 76 (2006); Cornell, *supra* note 31

30.

³² אפשר אמנם לטעון, כי הגדרתו החיצונית-משפטית של אדם כקבלן משפיעה על תפיסתו העצמית, ומשכך מהווה מטרה/ערך

שחשוב לו. אולם אם חשוב לו באמת להיות קבלן עצמאי, מבחינת הזהות העצמית, ביכולתו לבחור בהתקשרות שכוללת

מאפיינים אמיתיים של קבלן. לא זה המקרה שבו אנו עוסקים.

QUONG³³, הערה 30 לעיל, בעמ' 98.

Mill³⁴, הערה 23 לעיל, בעמ' 94.

Donald H. Regan, *Justifications for Paternalism*, in NOMOS XV: THE LIMITS OF LAW 189, 193 (J. R. Pennock³⁵

and J. W. Chapman eds., 1974)

של העובד מפני המעסיק – את החופש שלו לתת עדיפות לאינטרסים שלו ושל משפחתו על פני האינטרסים של המעסיק.³⁶

תפיסה זו קיבלה חיזוק משמעותי בשנים האחרונות משני זרמים חשובים בספרות בנושא ההצדקות לדיני העבודה, ששניהם מתבססים על תובנות מתחום הפילוסופיה הפוליטית כדי לבסס טענה דומה, לפיה דיני העבודה מקדמים את החירות החיובית/מהותית (להבדיל מחירות שלילית/פורמלית). זרם אחד מסתמך על התפיסה הפילוסופית הרפובליקנית אשר לפיה חירות משמעה צמצום שליטה (domination),³⁷ וזרם שני רואה חירות כמינימום של יכולות (capabilities).³⁸ כך או כך, הדגש הוא על הטענה שחירות אינה רק אי-התערבות בהחלטות של הפרט, אלא גם (ואולי אף בעיקר) העמדת הפרט במצב שבו הוא חופשי באופן מהותי, ולא רק פורמלי – לקבל החלטות, להביע דעות, לקדם את מטרותיו וכיוצא בזה. לשם כך צריך לצמצם את המידה שבה הוא תלוי באנשים אחרים וכפוף אליהם, וכן להבטיח כי יש לו את הכלים – התנאים הנדרשים – כדי לפעול באופן חופשי. הטענה של ההוגים שמקדמים את גישת ה- non-domination או את גישת ה- capabilities היא שהחברה בכללותה, והמוסדות/מבנה המשטר/זכויות היסוד שלה, צריכים לקדם את החירות במובנים אלה, כמטרת-על. הטענה של חוקרים בדיני עבודה – מספר הולך וגובר של חוקרים בשנים האחרונות³⁹ – היא שאותן גישות מהוות גם בסיס תיאורטי והצדקה לדיני העבודה. ובענייננו אפשר לומר, כי אם הדין מונע מהעובד לוותר על זכויותיו, גם כאשר מדובר במכירתן כנגד תמורה, יש בכך אולי פגיעה באוטונומיה במובן הצר, אבל באותה עת יש בכך כדי לקדם את החירות החיובית/מהותית שלו, במובנים האמורים לעיל.

אפשר להרחיב רעיון זה צעד נוסף ולטעון, כי פגיעה באוטונומיה של העובד מוצדקת לא רק כדי להגן על חירותו, אלא גם על כבוד האדם שלו. לדיני העבודה תכליות רבות, וההגנה על כבוד האדם בכלל זה.⁴⁰ באופן דומה, ד"ר חני אופק-גנדלר טוענת כי חוקי המגן מהווים קונקרטיזציה של זכויות יסוד, אשר מוקנות לאדם באשר הוא ונובעות מאנושיותו, ומכאן חשיבות האיסור לוותר עליהם.⁴¹ ניתן על כן לטעון שהאינטרס החברתי בהגנה על זכויות אלה חורג מהרצון הפרטי של העובד (שמביע רצון לוותר על זכות מסוימת) – כלומר שהחשיבות החברתית בהגנה על חירותו (במובן של חופש הבחירה שלו) אינה בהכרח גוברת על החשיבות החברתית בהגנה על כבוד האדם שלו ועל אנושיותו. לשון אחר: בחירה של אדם לוותר על סטטוס של עובד, גם אם היא מבטאת את רצונו החופשי, כרוכה בפגיעה מסוימת בחירותו, בכבודו ובאנושיותו – שכן חוקי המגן מגינים על ערכים אלה (באמצעות הבטחת שכר מינימלי, שעות עבודה מקסימליות, ימי חופשה, הגנות מפני פיטורים שרירותיים, הגנות מפני הפליה והטרדה מינית, ועוד ועוד).

הצדקה שניה להתערבות בהחלטות שגויות של הפרט, גם אם רק הוא עצמו נפגע מהן, נוגעת לחוסר במידע. מיל נתן דוגמה קיצונית של אדם שעומד לחצות גשר שבור, ואין זמן מספיק להסביר לו את מצב הגשר

³⁶ PAUL DAVIES & MARK FREEDLAND, *KAHN-FREUND'S LABOUR AND THE LAW* 24-25 (1983); Virginia Mantouvalou, *Human Rights and Unfair Dismissal: Private Acts in Public Spaces*, 71 MODERN L. REV. 37 912, 925 (2008); Samuel R. Bagenstos, *Employment Law and Social Equality*, 112 MICH. L. REV. 225 (2013); Alan Bogg & Cynthia Estlund, *Freedom of Association and the Right to Contest: Getting Back to Basics*, in VOICES AT WORK: CONTINUITY AND CHANGE IN THE COMMON LAW WORLD 141 (Alan Bogg & Tonia Novitz eds, 2014); Brishen Rogers, *Employment Rights in the Platform Economy: Getting Back to Basics*, 10 HARV. L. & POL'Y REV. 479 (2016); David Cabrelli & Rebecca Zahn, *Theories of Domination and Labour Law: An Alternative Conception for Intervention?* 33 INT. J. COMP. LABOUR L. AND IND. REL. 399 (2017); Alan Bogg, *Republican Non-Domination and Labour Law: New Normativity or Trojan Horse*, 33 INT. J. COMP. LABOUR L. AND IND. REL. 391 (2017); Guy Davidov, *Subordination vs Domination: Exploring the Differences*, 33 INT. J. COMP. LABOUR L. AND IND. REL. 365 (2017).

³⁷ SIMON DEAKIN AND FRANK WILKINSON, *THE LAW OF THE LABOUR MARKET: INDUSTRIALIZATION, EMPLOYMENT AND LEGAL EVOLUTION* 290 (2005); Judy Fudge, *The New Discourse of Labor Rights: From Social to Fundamental Rights?*, 29 COMP LAB LAW & POL'Y J. 29 (2007); Brian Langille, *Labour Law's Theory of Justice*, in THE IDEA OF LABOUR LAW 190 (Guy Davidov and Brian Langille eds, 2011); Kevin Kolben, *Labour Regulation, Capabilities, and Democracy*, in LABOUR LAW AND DEVELOPMENT 60 (Colin Fenwick & Shelley Marshall eds, 2016); Ricardo Del Punta, *Labour Law and the Capability Approach*, 32 INT. J. COMP. LABOUR L. AND IND. REL. 383 (2017); Guy Davidov, *The Capability Approach and Labour Law: Identifying the Areas of Fit*, in THE CAPABILITY APPROACH TO LABOUR LAW (Brian Langille ed, 2019) 42.

³⁸ ראו הערות 37, 38 לעיל.

³⁹ Guy DAVIDOV, *A PURPOSIVE APPROACH TO LABOUR LAW* (2016) CH 4.
⁴⁰ חני אופק-גנדלר, "זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב – הרהורים חוקתיים על משפט העבודה", *משפטים* 63 (תשס"ז) 63. הטעון הוא כי זכויות קוגנטיות שנובעות מ"גרעין" חוקי היסוד אינן נתונות לווייתור (או להכפפה לעקרון תום-הלב), וכי יש מקום לחזקה פרשנית, שלפיה חקיקת המגן הקוגנטית כולה חופפת לאותו גרעין.

ולזהיר אותו.⁴² בנסיבות אלה יש הצדקה לעצור אותו (להתערב בהחלטתו). לגישתו של מיל, אם אותו אדם מתעקש לחצות את הגשר גם לאחר שקיבל את המידע, אין עוד הצדקה להתערבות. בספרות מכונה התערבות על רקע חוסר במידע "פטרנליזם רך", שמבקש להיות מוגבל למצבים שבהם החלטת הפרט אינה באמת וולונטרית (לפחות במובן מסוים של מונח זה).⁴³

בענייננו, ייתכנו מקרים שבהם החלטת עובד לוותר על זכות מסוימת "בעין" לטובת כסף אינה דורשת מידע רב. עם זאת, ישנם תחומים שבהם המידע הנדרש לקבלת החלטה הוא רב ומורכב – למשל בענייני פנסיה. הסיכוי שעובד ממוצע מודע למלוא ההשלכות הפיננסיות של ויתור על הפקדות לקרן פנסיה, גם הוא אם מחליט על חסכון עצמי במקום, נמוך למדי. אם מדובר בויתור גורף על כל זכויות דיני העבודה – במקרה של ויתור על סטטוס – האפשרות שהעובד יהיה באמת מודע למלוא ההשלכות היא אפסית. אין בנמצא רשימה מקיפה ונגישה לציבור של כל הזכויות מכוח דיני העבודה (חוקים, תקנות, הסכמים קיבוציים, צווי הרחבה, נוהג, פסיקה). וגם אם העובד יגבש לעצמו רשימה כזו, קשה להניח שיהיה לו את מלוא המידע הנדרש כדי להעריך את השווי הכספי של כל הזכויות האלה – ובפרט של הזכויות הלא-ממוניות – דבר שגם מומחים לדיני עבודה יתקשו לעשות. הנימוק של חוסר במידע יכול, על כן, להצדיק התערבות בהחלטת עובד לוותר על הסטטוס, כדי להגן עליו, גם על פי גישות מצמצמות שתומכות בפטרנליזם "רך" בלבד.⁴⁴

הצדקה פטרנליסטית **שלישית** מבוססת על קיומם של כשלים קוגניטיביים שגורמים לנו לעיתים קרובות לקבל החלטות לא רציונליות. מחקרים בפסיכולוגיה הוכיחו באופן חד-משמעי כי בני אדם אינם רציונליים ומקבלים החלטות שגויות.⁴⁵ בין הכשלים המוכרים, אנחנו נוטים לסבול מאופטימיות מוגזמת (כלומר להעריך בחסר סיכונים עתידיים); מקוצר ראייה (כלומר לתת משקל מוגזם להווה ומשקל נמוך מדי לעתיד); מביטחון-יתר (כלומר אמונה מוגזמת ביכולתנו לצפות ולהבין דברים, שכוללת גם תפיסה מוטעית לפיה נורמות חברתיות וכן עמדות לגבי המצב הראוי מחייבות משפטית אף שהן לא כאלה); מחוסר שליטה עצמית (כלומר קושי לפעול בהתאם להחלטות העצמיות, למשל לגבי חסכון); ומהטיית הזמינות (שגורמת לנו להביא בחשבון נתונים שזמינים לנו בקלות בזיכרון, למשל בגלל אירועים בולטים, ולהתעלם מנתונים אחרים).

מחקרים אלו היוו את הבסיס לכלכלה ההתנהגותית, ובכלל זה לתמיכה ברגולציה שמשנה את ברירת המחדל או באופן אחר "דוחפת" (nudges) את הפרטים לכיוון ההחלטה הרציונלית.⁴⁶ אמנם החוקרים הבולטים בזרם זה – Richard Thaler ו-Cass Sunstein – יעדיפו להימנע מרגולציה כופה (קוגנטית),⁴⁷ כלומר יבקשו להשאיר פתח לפרט לקבל החלטה שונה מזו שהחוק דוחף אליה. זאת מתוך אמונה חזקה בחשיבות האוטונומיה של הפרט, שגוברת מבחינתם על השיקולים הנגדיים. אולם על בסיס אותם כשלים אפשר גם להצדיק את הצעד הנוסף, במקרים המתאימים, של קוגנטיות. לאור ההטיות הקוגניטיביות, יש בסיס לחשש כי עובדים יעריכו בחסר את חשיבות החיסכון הפנסיוני, את הצורך בביטחון התעסוקתי וכן את שווי הזכויות האחרות "בעין". כך, למשל, בהעדר התערבות כופה, מרבית העובדים עלולים שלא לחסוך מספיק לפנסיה; עשויים לחשוב בטעות שהם לא צפויים לפיטורים או הפליה או הטרדה מינית או התעמרות ולכן לא זקוקים להגנות מפני אלה; צפויים להאמין בטעות שהדין מקנה להם הגנות מעבר למציאות (ובהקשר הנוכחי, שהם ייהנו מהגנות דומות גם כ"קבלנים"); וכיוצא בזה.⁴⁸ בכך יש כדי להצדיק את

⁴² Mill, הערה 23 לעיל, בעמ' 88.

⁴³ Joel Feinberg, *Legal Paternalism*, 1 CANADIAN J. OF PHILOSOPHY 105, 111 (1971). דוגמה בולטת לחוסר וולונטריות, לפי גישה זו, היא החלטה שהתבססה על מידע חסר.

⁴⁴ ליישום והצדקת הסדרים קוגנטיביים מסיבה זו בהקשרים של הגנת הצרכן ראו שמואל בכר ואורן בר-גיל, "הגנת הצרכן", בתוך **הגישה הכלכלית למשפט** (אוריאל פרוקציה עורך, מכון סאקר 2012) 223; איל זמיר, "הבסיס התיאורטי של חוק המכר (דירות)", **משפטים** ל (תש"ס) 459, 485.

⁴⁵ לסקירת ספרות זו ראו למשל: Jeffrey, *The Efficiency of Paternalism*, 84 Virginia L. Rev. 229 (1998); J. Rachlinski, *The Uncertain Psychological Case for Paternalism*, 97 NW. U. L. REV. 1165 (2002); RICHARD H. THALER & CASS R. SUNSTEIN, *NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH, AND HAPPINESS* Ch 1 (2008).

⁴⁶ Cass R. Sunstein & Richard H. Thaler, *Libertarian Paternalism is not an Oxymoron*, 70 U. CHICAGO L. REV. 46 (2003); THALER & CASS R. SUNSTEIN, *supra* note 45.

⁴⁷ שם. שימור היכולת לבחור הוא חלק חשוב ממה שהם מגדירים כפטרנליזם "ליברטריאני".
⁴⁸ טיעון קשור הינו כי יחסי עבודה, בשל היותם מבוססים על "חווה יחס" – יחסים ארוכי-טווח ומורכבים שמחייבים מידה של אמון הדדי – מקשים על העובד לחשוב על הצדדים השליליים של מאפייני ההתקשרות. בגלל שהעובד נכנס ליחסים מתוך ציפייה לקשר ארוך טווח שמבוסס על אמון, הוא עשוי להדחיק/להתעלם מרמזים לכך שהמעסיק פועל מלכתחילה באופן שפוגע בזכויותיו. אפשר לראות זאת ככשל רציונלי, או כביטוי לתהליך החברתי של יצירת החווה. ראו על כך: John C. Coffee, Jr., *The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role*, 89 COLUM. L. REV. 1618, 1677 (1989).

הקוגנטיות של זכויות רבות מדיני העבודה שמונעת את מכירתן, כדי להגן על העובדים מפני אי-הרציונליות שלהם.⁴⁹ למעשה, גם Sunstein עצמו הביע תמיכה בכך בכתבה מוקדמת יותר, שהתייחסה באופן ספציפי לדיני עבודה.⁵⁰

הצדקה **רביעית** ואחרונה מתבססת על ההבנה שלאנשים יש העדפות "מסדר שני" לגבי הבחירות שלהם, ולאור זאת הם עשויים להסכים לפטרנליזם שיכבול אותם.⁵¹ תפיסה זו ידועה כ"הסכמה היפוטטית" או כ"תיאוריית חרטה",⁵² שמבוססת על ההנחה שבדיעבד אנשים יתחרטו על ההחלטה המקורית – שלמעשה אינה לטובתם – ויקבלו בברכה את ההתערבות בה.⁵³ ההסבר לכך יכול לנבוע מכך שהפרט מכיר במגבלות של הרציונליות האנושית והיכולת לקבל החלטות מורכבות, או מחזיק בתפיסה כללית שסומכת על המדינה ותומכת בכך שתתערב לטובת הפרט.⁵⁴ במקרה שעומד כאן לדיון, עובד שהוגדר כקבלן תובע בדיעבד זכויות של עובד. יתכן שהוא מנצל באופן ציני את הקוגנטיות מתוך רצון לקבל כפל זכויות. אך אפשרות לא פחות סבירה הינה כי בדיעבד העובד הבין כי יש לו זכויות שלא נכון היה לוותר עליהן. לשון אחר: ניתן להצביע על עצם התביעה כחיזוק ל"חרטה" בנסיבות המקרה – כלומר הבעת נכונות של העובד עצמו, בנקודת הזמן המאוחרת, לפגיעה באוטונומיה שלו בדרך של איון ההסכמה לוותר על הסטטוס (ההסכמה שניתנה בנקודת הזמן המוקדמת).

בשורה התחתונה, ישנם נימוקים טובים למנוע מעובד את האפשרות למכור את זכויותיו מכוח דיני העבודה, כאשר אנו כחברה יודעים כי עיסקה זו אינה מיטיבה איתו. נימוקים אלה משכנעים במיוחד כאשר מדובר במכירה של **מכלול** הזכויות, באמצעות ויתור על סטטוס – במקרה זה כל ההצדקות שהוזכרו לעיל מצטברות ובעוצמה חזקה. עם זאת ייתכנו – תיאורטית לפחות – גם מצבים שבהם העובד אינו טועה, אין לו חוסר במידע וניתן לאפיין את החלטתו למכור את זכויותיו כרציונלית, במובן שהיא מקדמת את רווחתו. האם גם אז ישנן הצדקות להתערבות? בכך דן הפרק הבא.

ג. פגיעה באחרים ושיקולים מסדר שני

החלטות של הפרט שנוגעות אליו בלבד נהנות מהנחת המוצא, שלפיה כל אדם זכאי לקבל החלטות עבור עצמו. כפי שראינו לעיל, נדרשת הצדקה מיוחדת כדי להתערב באופן פטרנליסטי ולמנוע מהפרט לקבל החלטות מסוימות. המצב שונה כאשר החלטותיו של הפרט פוגעות באחרים. במקרה כזה ברור שהמשפט יכול להתערב כדי להגן על אותם נפגעים.⁵⁵ השאלה היא אם ויתור על זכויות מדיני העבודה יכול להיתפס כפגיעה באחרים.

בשלב ראשון יש צורך לאפיין את המקרים שבהם ניתן לומר שהויתור על זכויות עבודה נעשה על-ידי העובד באופן שמקדם את רווחתו. סביר להניח כי מצב זה אינו שכיח שכן חוקי המגן קובעים רף מינימלי ("רצפה") של זכויות בלבד. כך, למשל, מבחינת הזכות לחופשה שנתית, החוק קובע מספר ימים מינימלי, כאשר לעיתים קרובות עובדים מסכמים מול המעסיק בחוזה אישי על מספר גבוה יותר. עובד שאינו חובב חופשות לא ידרוש מספר גבוה יותר של ימי חופשה אלא יתמקד בדרישות בתחום השכר או בתחומים אחרים במקום. ובכל זאת, עשויים להתקיים מצבים – גם אם לא שכיחים – שבהם עובד מעוניין לוותר גם על הרמה

⁴⁹ לילך לוריא, אוריל ליבל ויובל פלדמן, "דיני עבודה", בתוך **הגישה הכלכלית למשפט** (אוריאל פרוקציה עורך, 2012), 477, 493. ליישום דומה בהקשר צרכני ראו אמיר בכר, "לקראת חקיקתו של חוק חוזה הלואה", **הפרקליט** נ (תש"ע) 581-614.

⁵⁰ Cass R. Sunstein, *Human Behavior and the Law of Work*, 87 VIRGINIA L. REV. 205 (2001). במאמר זה המחבר מביע תמיכה ברמה מסוימת של הגנות קוגנטיות בתחום העבודה, לצד רמה נוספת שאותה העובדים יהיה רשאים "למכור".
⁵¹ Zamir, הערה 45 לעיל.

⁵² DWORIN, *supra* note 27, at 124; Horacio Spector, *Philosophical Foundations of Labour law*, 33 FLORIDA STATE U. L. REV. 1119, 1140 (2006); Danny Scoccia, *In Defense of Hard Paternalism*, 27 LAW AND PHILOSOPHY, 351, 358-359 (2008).

⁵³ Anthony T. Kronman, *Paternalism and the Law of Contracts*, 92 YALE L.J. 763, 780 (1983); Shapiro, *supra* note 26, at 549.

⁵⁴ Duncan Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 MARYLAND L. REV. 563, 572 (1982); Shapiro, *supra* note 26, at 548-9.

⁵⁵ על פגיעה בצדדים שלישיים כהצדקה לרגולציה בתחום העבודה, בהקשר של דיני פיטורים, ראו Stewart J. Schwab, *Wrongful Discharge Law and the Search for Third-Party Effects*, 74 TEX. L. REV. 1943 (1996). רעיון זה הורחב להקשרים נוספים בדיני עבודה על-ידי Sunstein, הערה 50 לעיל, בעמ' 259 ואילך.

הבסיסית של חופשה הקבועה בחוק. למשל, הוא מעוניין בקידום ולצורך זה מבקש להשקיע את כולו בעבודה בתקופה מסוימת. במצבים כאלה העובד עשוי לרצות למכור את זכותו לחופשה תמורת שכר גבוה יותר. יתכן אמנם שמדובר בהחלטה שפוגעת בביראותו של העובד ולמעשה אינה לטובתו, ויש הצדקה להתערבות פטרנליסטית מהנימוקים שפורטו בפרק הקודם (למשל חוסר במידע או התעלמות מסיכונים טווח רחוק). ויחד עם זאת, יתכנו גם מקרים שבהם זו החלטה מושכלת ורציונלית עבורו, למשל אם מדובר בויתור על הזכות לתקופה מוגבלת בלבד. יתכנו גם מקרים שבהם התמורה המוצעת לעובד כנגד הויתור על זכות היא כה גבוהה, שמדובר בעיסקה שקשה (ואולי אפילו לא רציונלית) לסרב לה. בנסיבות כאלה מתעוררת השאלה של פגיעה באחרים.⁵⁶

אם לגבי זכות קונקרטית מדובר בטווח מקרים מצומצם בלבד שבו תיתכן החלטה רציונלית לוותר על הזכות, הרי כאשר אנו עוסקים בויתור על סטטוס – שכולל "חבילה" רחבה של זכויות, כספיות וכאלה שאינן כספיות – על אחת כמה וכמה. ובכל זאת, נניח לצורך הדיון שהעובד מקבל תמורה נאה כנגד ויתור זה, וכי בנסיבות המקרה הספציפי של אותו עובד, בהן אין לו צורך במרבית הזכויות הלא-ממוניות, העיסקה מקדמת את רווחתו. עם זאת, במידה כזו או אחרת צפויה במקרים כאלה פגיעה באחרים. ניתן להצביע על שלושה מעגלים של אחרים שעשויים להיפגע.

ראשית, תיתכן פגיעה באנשים ספציפיים, בעיקר בני משפחה – למשל כאשר אדם עובד שעות רבות מדי, או מוותר על חופשה. גם במקרים בהם אפשר לראות את ההחלטה כרציונלית מבחינתו האישית של העובד, עשויה להיות פגיעה בבני המשפחה. אמנם, חזקה על אדם שאכפת לו מבני משפחתו והוא מביא את האינטרסים שלהם בחשבון. ויחד עם זאת, בהחלט אפשר לדמיין מקרים שבהם עובדים (בעיקר גברים) מעדיפים להשקיע את כל זמנם בעבודה במקום לשאת חלק מהנטל של טיפול במשפחה – באופן שמנוגד לאינטרסים של בני המשפחה.⁵⁷ במובן זה, ויתור על סטטוס של עובד – שכורך בחובו ויתור על הזכות למגבלת שעות עבודה וכן זכויות נלוות שנועדו להקל על השילוב בין עבודה למשפחה – עשוי להביא לפגיעה בבני משפחה, שעשויה להוות נימוק להתערבות של הדין.⁵⁸ עם זאת, יש להודות שהתערבות בהחלטה של אדם כמה זמן לבלות עם בני משפחתו (ולא בעבודה) מהווה פגיעה משמעותית באוטונומיה, ולכן מדובר בטיעון שחשוף לקשיים של ממש.

מעגל שני שעשוי להיות מושפע לרעה מהחלטה של עובד לוותר על זכויות הוא עובדים אחרים אצל אותו מעסיק (ולמעשה גם אצל מעסיקים אחרים באותו ענף). הקוגנטיות נועדה לייצר רף תחתון שמעצב את השוק בדרך מסוימת: כל העובדים יקבלו שכר מעל המינימום הקבוע בחוק, חופשה מעל הרף המינימלי הקבוע בחוק, וכיוצא בזה. חקיקה קוגנטית משאירה טווח רחב של אפשרויות למעסיקים ולעובדים ליצור ביניהם הסכמות לגבי תנאי העבודה, אבל טווח זה אינו בלתי מוגבל: עליו לכבד את דרישות המינימום לגבי כל נושא (זכות) כפי שנקבעו בחוק. ויתור של עובד על זכויות – ככל שנאפשר זאת – ישפיע על שוק העבודה ובכך על עובדים אחרים, שכן מרגע שנפתחה אופציה כזו תיווצר ציפייה מצד מעסיקים – או אף דרישה – לויתור דומה מצד עובדים אחרים.⁵⁹ כך, למשל, אם למעסיק נוח יותר "לקנות" מעובדיו את הזכויות מכוח חוק שעות עבודה ומנוחה, הסכמה של עובד אחד, גם אם היא רציונלית וכדאית עבורו (ונעשית מרצון חופשי), עשויה לגרור דרישה דומה מעובדים אחרים, שעבורם ועבור משפחתם קבלת הזכות "בעיני" דווקא חשובה.⁶⁰

⁵⁶ על רעיון הצדק הקולקטיבי בהקשר זה, ראו אופק-גנדלר, הערה 41 לעיל, בעמ' 80.
⁵⁷ על ההשקעה הנמוכה של גברים בטיפול במשפחה לעומת נשים, ראו: International Labour Office, CARE WORK AND CARE JOBS FOR THE FUTURE OF DECENT WORK (ILO, 2018) 43-47.

⁵⁸ מבחינת האינטרס החברתי הכולל מדובר גם בפגיעה בשוויון המגדרי. לכך אתייחס בנפרד בהמשך, במסגרת המעגל השלישי.
⁵⁹ מציאות זו בולטת ובוטה במיוחד במקרים בהם הויתור נדרש/מתבקש מהעובד כתנאי לעצם ההתקשרות. כך, למשל, אם העובד מתבקש להסכים לשכר הנמוך משכר המינימום כתנאי לקבלתו לעבודה. ספק רב אם אפשר לראות "בחירה" של העובד להסכים לכך כבחירה מרצון חופשי (סוגיה שכאמור בפתח פרק ב' לעיל מחייבת דיון נפרד ולא אכנס אליה במאמר זה לעומקה). אבל אם נניח, לצורך הדיון, שהחלטה כזו של העובד יכולה להיחשב מרצון חופשי, אזי ברור שהיא צריכה להיפסל בשל הנימוק של פגיעה בעובדים אחרים. במקרים כאלה ההשפעה על שוק העבודה תהיה בוטה וברורה, ותסכל לחלוטין את מטרתו של חוק שכר מינימום.

⁶⁰ ניתן להוסיף ולטעון, כי בטווח הארוך העיסקה אינה כדאית גם לעובד עצמו (ולא רק לעובדים אחרים), וכי החלטתו לוותר על זכות קוגנטית נובעת מ"בעיית הפעולה המשותפת" (collective action problem) – למשל בשל החשש של כל עובד שעובדים אחרים יוותרו והמעסיק ייתן להם עדיפות. במובן זה, ייתכן שכלל קוגנטי, שמונע עסקאות כאלה, למעשה אינו מהווה התערבות ברצון של העובד, אלא מסייע להגשמת הרצון האמיתי של הצדדים. ראו בהקשר זה: אוריאל פרוקציה, "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק? תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי היסוד במשפט", משפטים י"ח (תשמ"ט) 395, 406 ואילך; איל זמיר, פירוש והשלמה של דיני חוזים (1996), 82 ואילך.

בשל פערי כוח המיקוח, עובדים רבים יתקשו לסרב לדרישה כזו.⁶¹ כתוצאה מכך, קיים חשש לסיכול כלל תכליות דיני העבודה. רק במקרים יוצאי דופן, למשל כאשר מדובר בעובד בודד בתחום מסוים אצל אותו מעסיק, החשש מפגיעה כזו בעובדים אחרים אינו מתקיים.

היבט נוסף של ההשפעה על עובדים אחרים נוגע לצדק החלוקתי ביחסים בין העובדים, בעיקר בהקשר של שעות העבודה. נכונות של עובד אחד לעבוד יותר שעות מהמקסימום המותר עשויה לפגוע בהזדמנות של עובדים אחרים להתקבל לעבודה או לעבוד במשרה מלאה, כלומר עודף עבודה של פלוני פוגע בהזדמנויות של אחרים שפחות שעות "יירכשו" מהם. אמנם, חוק שעות עבודה ומנוחה מאפשר העסקה בשעות נוספות, גם כאשר מדובר בעובדים שלא ויתרו על סטטוס; אולם זו העסקה שיש מחיר בצידה (גמול שעות נוספות). במקרה של ויתור על סטטוס, המעסיק יכול לחסוך את העלות הנוספת ועל כן יהיה לו קל יותר להעסיק את פלוני יותר שעות במקום לקחת עובד נוסף – תוך פגיעה בצדק החלוקתי, שמהווה את אחת התכליות של חוק שעות עבודה ומנוחה.⁶²

מעגל שלישי שעשוי להיפגע מויתור של עובד על זכויות קוגנטיות הוא הציבור בכללותו. זאת בשני מובנים. ראשית, החלטות של העובד שפוגעות בביטחון הכלכלי שלו לעת זקנה (למשל, ויתור על זכות לפנסיה) או בבריאות שלו (עבודה ללא מגבלת שעות, ללא חופשה וכולי), עשויות להוביל לכך שיהיה בעתיד לנטל על ציבור משלמי המיסים. במובן זה הפגיעה באחרים מצטרפת לפגיעה בעובד עצמו, כלומר מהווה שיקול נוסף לצד השיקול הפטרנליסטי להתערבות. שנית, לחלק מהזכויות יש חשיבות ציבורית-חברתית שחורגת מהאינטרס של העובד עצמו. כך, למשל, הזכות לשוויון הזדמנויות בעבודה אינה רק זכות אישית אלא גם ציבורית – הסכמה של העובד להפליה אינה "פותרת" את מלוא הבעייתיות בהפליה. גם אם החלטה כזו היא רציונלית עבור העובד עצמו בנסיבות מסוימות, עדיין ברור שייגרם נזק חברתי אם נתיר הפליה בעבודה – בגלל שהחוק נוצר כדי לשרש נורמות של אי-שוויון.⁶³ כך גם לגבי חוקים אחרים שיש להם השפעה ישירה או עקיפה על שוויון (חוק עבודת נשים, חוק שעות עבודה ומנוחה, חוק שכר שווה לעובדת ולעובד ועוד). וניתן לומר באופן כללי יותר: מאחר שחוקי העבודה באים לקדם ערכים חברתיים (מעבר להגנה על העובד עצמו) – כמו צדק חלוקתי, דמוקרטיה במקום העבודה ועוד⁶⁴ – תכליות אלה יסוכלו במידה כזו או אחרת אם נתיר ויתור על הזכויות שבאות לממש את אותם ערכים. במובן זה, ויתור על הזכות מביא לפגיעה בציבור כולו.⁶⁵ זאת בנוסף לחשיבות החברתית שבהגנה על כבוד האדם ועל אנושיותו, שכבר הוזכרה לעיל.⁶⁶

שיקול נוסף ונפרד כנגד ויתור על זכויות מדיני עבודה הוא שיקול מסדר שני, שעניינו הקושי להכריע בכל הסוגיות העובדתיות שפורטו לעיל כרלבנטיות להכרעה. טענתי לעיל, שכדי להצדיק מבחינה נורמטיבית הכרה משפטית בויתור על זכויות נדרשים מספר תנאים: (א) הסכמה אמיתית (מרצון חופשי) של העובד לוותר על זכויות; (ב) העיסקה מיטיבה עם העובד בנסיבות המקרה (אחרת חלות ההצדקות להתערבות פטרנליסטית);⁶⁷ (ג) אין פגיעה משמעותית באחרים ספציפיים או בציבור או בעובדים אחרים. מבחינה עיונית, אם מתקיימים כל התנאים האלה, יש הצדקה לאפשר עיסקה שבה העובד מוכר את זכויותיו. אולם ההכרעה בשאלה אם תנאים אלה מתקיימים קשה מאד ליישום. לעיתים קרובות קשה מאד לקבוע, בדיעבד, אם היה רצון חופשי לויתור בנקודת זמן קודמת. בדומה לכך, קשה מאד להעריך אם ההסכם מיטיב עם העובד הספציפי באופן ששולל את ההצדקות לפטרנליזם, שכן הכרעה בכך תלויה בנסיבות האישיות של העובד (למשל, האם הוא לא זקוק לחופשה שנתית ככלל העובדים?). גם לגבי הפגיעה באחרים, בדרך כלל

⁶¹ על משמעות אי-שוויון בכוח המיקוח ראו Guy Davidov, *The Reports of My Death are Greatly Exaggerated: 'Employee' as a Viable (Though Overly-Used) Legal Concept*, in BOUNDARIES AND FRONTIERS OF LABOUR LAW: GOALS AND MEANS IN THE REGULATION OF WORK 133 (Guy Davidov & Brian Langille eds., 2006); DAVIDOV, *supra* note 40, CH 3. אחת הדרכים המקובלות להבין אי-שוויון בכוח היא כמצב של כשלי שוק מבניים (ראו שם).
⁶² על צדק חלוקתי כתכלית של דיני העבודה, ובכלל זה צדק חלוקתי בין עובדים לבין עצמם, ראו Guy Davidov, *Distributive Justice and Labour Law*, in Philosophical Foundations of Labour Law 141 (Hugh Collins, Gillian Lester and Virginia Mantouvalou eds., 2018).

⁶³ שרון רבין-מרגליות, "הסברים התנהגותיים למשפט העבודה ויחסי עבודה", *משפט ועסקים* ג (תשס"ה) 123, 135; Samuel R. Bagenstos, *Employment Law and Social Equality*, 112 MICH. L. REV. 225, 242 (2013). אפשר אמנם "לפתור" את הבעיה הספציפית על-ידי קביעה שאותו מועסק יחשב עובד רק לצורך חוקי השוויון וקבלן עצמאי לצרכים אחרים, כלומר להתיר ויתור על סטטוס באופן חלקי. ייתכן שפתרון זה היה מספק אילו הטיעון הספציפי הזה, בהקשר של שוויון, היה הטיעון היחיד כנגד ויתור על סטטוס.

⁶⁴ לסקירת הערכים שדיני העבודה מקדמים ראו DAVIDOV, הערה 40 לעיל, פרק 4.

⁶⁵ לטיעון זה ראו גם Sunstein, הערה 50 לעיל, בעמ' 263.

⁶⁶ ראו טקסט ליד הערות 40, 41 לעיל.

⁶⁷ אפשרות חלופית היא שהעסקה לא מיטיבה עם העובד, אבל למרות זאת לא חלות בנסיבות המקרה ההצדקות הפטרנליסטיות. בהקשר הנוכחי אני מבקש להתמקד בסוגיות שדורשות הוכחה עובדתית ולא בסוגיות הנורמטיביות.

יהיה קשה לקבוע עובדתית אם היתה כזו ובאיזו מידה (למשל, האם צפויה בעתיד פגיעה במשלמי המיסים בגלל שהעובד הספציפי לא חסך לפנסיה? האם היתה לוותר השפעה לרעה על עובדים אחרים אצל אותו מעסיק, במובן של לחץ עליהם לוותר גם כן?).

במקרים בהם קשה להכריע בסוגיות עובדתיות מעין אלה, מה צריכה להיות ברירת המחדל? האם עלינו להעדיף את האוטונומיה של הפרט, או שמא לתת עדיפות לשיקולים הנגדיים, שפורטו בהרחבה לעיל, בזכות התערבות באוטונומיה ושליטת האפשרות לוותר על זכויות קוגנטיות? לדעתי יש מקום להתבסס על הנחת מוצא, שלפיה המחוקק קבע זכויות לטובתם של העובדים, באופן שמיטיב איתם ומקדם את רווחתם – זכויות שמרבית העובדים מעוניינים בהם. לצד זאת, פערי הכוחות בין הצדדים, שחלים במרבית המקרים, מעוררים חשש לוותרים שלא מרצון. ועל כל זה מצטרפים הטיעונים הפטרנליסטיים והטיעונים הנוספים שפורטו לעיל, שמעלים ספק רב בכך שהחלטה בדבר ויתור על זכויות היא רצויה עבור העובד עצמו ועבור החברה בכללותה. במיוחד כך כאשר על הפרק ויתור גורף של כלל הזכויות (באמצעות ויתור על סטטוס) ולא זכות קונקרטית. בנסיבות אלה, נראה לי שיש לתת עדיפות לקוגנטיות, במקרים של ספק, גם במחיר של פגיעה באוטונומיה. כלל קוגנטי, שמונע ויתור על סטטוס באופן גורף, יסייע כדי להגן מפני ויתורים לא מוצדקים שעשויים להיות שכחים – ויהיה מוצדק גם במחיר של איסור למעלה מן הצורך, לעיתים רחוקות, על ויתורים שניתנים להצדקה.⁶⁸

שני הפרקים האחרונים הראו, שניסיון להצדיק ויתור על זכויות מדיני העבודה צריך לעמוד במספר ניכר של מכשולים. סביר להניח שרוב מכריע של המקרים בהם עובד מוותר על זכויות אינו עומד בתנאים אלה, ולכן אם נבחן כל מקרה לגופו, ברוב המקרים נגיע למסקנה כי יש להתעקש על הקוגנטיות. יש אמנם אפשרות שבנסיבות מיוחדות ויתור מצד עובד יעמוד בכל התנאים, אולם שיקולים מסדר שני שמקשים על זיהוי מקרים חריגים אלה תומכים בהקפדה על הקוגנטיות גם אז – לפחות כאשר מדובר בויתור על סטטוס.⁶⁹ כלומר, לא ניתן לקבל את התוצאה שעולה מהגישה החישובית, שלפיה במצב דברים "נייטרלי" שבו שני הצדדים תמי-לב יש לתת תוקף לויתור של העובד על הסטטוס, וכתוצאה מכך להימנע מפיצוי על שליטת הזכויות הלא-כספיות וכן מהשתת סנקציה על המעסיק בשל הסיווג השגוי.

ד. הפיצוי הראוי בגין שליטת הזכויות הלא-ממוניות

בשל סיווג שגוי, העובד נפגע בכל תקופת עבודתו מאי-קיום חוקי המגן. ראינו שגם אם הויתור נעשה בהסכמתו, ואפילו מרצונו החופשי כנגד תמורה, אין לתת לכך תוקף. לכן הוא זכאי בדיעבד למלוא הזכויות שהגיעו לו כעובד ונשללו ממנו. לגבי הזכויות הכספיות הנובעות מחוקי המגן, ניתן לחשב במדויק מהם הסכומים שנשללו ממנו. בנספח למאמר מוצע חישוב כזה לגבי עובד ממוצע. מאחר שכאמור, כסף הוא בר-חלופיות – "כסף הוא כסף" – ניתן לדעתי להביא בחשבון תשלומים שבוצעו בעודף כחלק מהתמורה הקבלנית, כאילו שולמו על חשבון הזכויות הכספיות מכוח דיני העבודה. בהיבט זה יש הגיון רב בגישה החישובית, ובלבד שאכן ברור – על בסיס הכרעה עובדתית שמתבססת בין השאר על השוואה לעובדים מקבילים – שהמועסק קיבל סכומים בעודף (שקיימת "דלתא" בלשון הפסיקה). הכרעה עובדתית זו היא רבת-חשיבות: אין לקבל מצב שבו כל מעסיק שמשלם שכר שמעל המינימום יוכל להימנע מתשלום זכויות סוציאליות, ולאחר מכן, אם נתבע, לטעון שהתמורה העודפת מעבר למינימום צריכה להיחשב על חשבון זכויות אלה.⁷⁰ רק אם הוכח שהמעסיק שילם תמורה גבוהה יותר ממה שמקבל עובד מקביל, מתוך כוונה לכלול בתמורה גם את ערך הזכויות הסוציאליות, ניתן לקבל קיזוז בדיעבד של מרכיב זה. ועם זאת, לגבי

⁶⁸ אמנם, ניתן גם ליישם את הטיעון הזה רק באותם מקרים שבהם קיים קושי להכריע עובדתית הלכה למעשה, כלומר לבחון כל מקרה לגופו. עם זאת, בהנחה שאנחנו מבקשים לקבוע כלל משפטי גורף בזכות הקוגנטיות של הסטטוס, מכל הנימוקים שפורטו לעיל, השיקול מסדר שני המפורט כאן מהווה טיעון תומך בכך.

⁶⁹ אם מדובר בויתור על זכות בודדת, להבדיל מויתור על סטטוס, היישום של הטיעונים שפורטו בשני הפרקים האחרונים עשוי להיות שונה, באופן שעשוי להצדיק לעיתים פתרונות ביניים שיש בהם אפשרות לויתור חלקי על זכות. כך, למשל, יתכנו מצבים שבהם נרצה להתיר ויתור בגבולות של תנאים מוגדרים מראש – *constrained waiver*. ראו על כך: Sunstein, *supra*, n 50; Cynthia L. Estlund, *Between Rights and Contract: Arbitration Agreements and Non-Compete Covenants as a Hybrid Form of Employment Law*, 155 U. PENN. L. REV. 379 (2006). רעיונות אלה דורשים מחקר נוסף ובכל מקרה מן הראוי יהיה להסדיר אותם בחקיקה.

⁷⁰ טענה ברוח זו נדחתה על-ידי בית הדין הארצי בע"ע 1144/04 אברהם מרחיב – מוקד אמון סביון (1981) בע"מ, ניתן ביום 21.12.2006.

הזכויות **שאינן כספיות**, ברור שנדרש פיצוי; הקושי שבו יתמקד פרק זה הוא כיצד לקבוע את הפיצוי הראוי.⁷¹

אם ניתן לקזז מהסכום אשר מגיע לעובד עבור הזכויות הכספיות את ה"דלתא", עשויה לעלות תהייה מדוע לא לעשות זאת גם מהפיצוי בגין הזכויות הלא-כספיות (ככל שהדלתא גבוהה משווי הזכויות הכספיות). לאור הדיון בפרקים הקודמים שהצביע על הצורך להקפיד על הקוגנטיות, אני סבור שיש להימנע מכך. המסקנה שלפיה אין לאפשר "מכירה" של סטטוס מובילה לכך שאין לקבל הסכמה בין הצדדים לפיה המעסיק משלם סכום כסף במקום הזכויות בעין. הפיצוי מגיע בגין אי-קיום חובות אלה, "בעין", במהלך תקופת העבודה – ואין לקזז ממנו סכומים ששולמו בעודף מעבר לשווי הזכויות הכספיות. טענת "כסף הוא כסף" יכולה לחול כאשר המעסיק **שילם** סכום כסף, והיה צריך לשלם סכום כסף; אז ניתן לומר כי אין חשיבות רבה לשאלה כיצד אותו סכום הוגדר, כל עוד העובד קיבל אותו ומועד. ואילו במקרה של זכויות לא-כספיות, העובד לא קיבל אותן במועד, או בכלל, ועל כך הוא זכאי לפיצוי בדיעבד. בהקשר זה, אם נאפשר קיזוז, המשמעות תהיה שאנו מאפשרים הלכה למעשה את "קניית" הזכויות האלה בכסף מלכתחילה.

אפנה אם כן לדיון בפיצוי הנדרש. הגישה ההרתעתית לא הפרידה בין פיצוי על הזכויות הלא-ממוניות לבין הצורך בענישה הרתעתית (שבו אדון בנפרד בפרק הבא). הפתרון המשותף לשני אלה, לפי הגישה ההרתעתית, הינו הימנעות מקיזוז (אלא אם מתקיים החריג של חוסר תום-לב קיצוני). מתוך הנחה שהעובד קיבל יותר בזכות סיווגו השגוי כקבלן, הוא יקבל את כל מה שמגיע לו בזכויות כספיות, ובנוסף ימשיך להחזיק בסכומים שקיבל בעודף בשל הסיווג השגוי. שיטה זו למעשה קובעת כי סכום הפיצוי על הזכויות הלא-ממוניות וכן ה"קנס" העונשי/הרתעתי לשם הרתעה שווים יחדיו לסכום שהחליט המעסיק לשלם בעודף כשהגדיר את העובד כקבלן. מאחר שסביר להניח כי סכום העודף מחושב על-ידי מעסיקים לפי שווי הזכויות הכספיות דווקא, או שלחלופין הוא משקף את כוח המיקוח של הצדדים, אין שום קשר בינו לבין שווי הזכויות הלא-ממוניות, לא כל שכן בינו לבין הפיצוי העונשי הראוי. בצדק, על כן, הושמעה הביקורת כי פתרון זה נראה שרירותי⁷² וכן מוביל להעדר הלימה בין ההפרה לבין הסנקציה.⁷³ זאת ועוד, גם בנסיבות שבהן כלל אין פער בין הסכום ששולם למועסק כקבלן לבין זה שהיה אמור לקבל כעובד – כלומר אין שום "דלתא" – הפסיקה לא יצרה כל מנגנון להבטיח פיצוי על הפגיעה בזכויות הלא-ממוניות. כמו כן, קשה לקבל את התוצאה לפיה בנסיבות של חוסר תום-לב קיצוני, שבהן יבוצע קיזוז, לא ישולם כל פיצוי על שלילת הזכויות הלא-כספיות במהלך תקופת העבודה (זאת בנוסף להעדר פיצוי עונשי על הסיווג השגוי עצמו). הערבוב בין הפיצוי הנדרש על נזקים ממשיים (גם אם לא-ממוניים) לבין פיצוי הרתעתי גורם, הלכה למעשה, לדיון חסר בפסיקה ולפיצוי חסר על אותם נזקים.

כאמור בפרק אי לעיל, הגישה החישובית תומכת באופן מעשי בפתרון שלפיו לא ניתן כל פיצוי על ההתעלמות מחוקי המגן הלא-כספיים בתקופת העבודה, וגם לא ניתן כל פיצוי עונשי/הרתעתי. מובן כי פתרון זה בעייתי אף יותר מזה של הגישה ההרתעתית, ופוגע קשות בתכליות של דיני העבודה.⁷⁴

שלב ראשון בדרך לקביעת הפיצוי הראוי בגין שלילת הזכויות הלא-ממוניות הוא פירוט של אותן זכויות ומשמעותן. אפתח בזכויות שפורטו בפרשת **רופא** אשר אליהן התייחס גם הנשיא פליטמן, כדי לבחון את הנימוקים שהביאו אותו להתעלם מהן. ראשית יש להזכיר את הזכות לצאת לחופשה בפועל. זכות זו נפרדת מהתשלום בגין ימי חופשה, שכבר הובא בחשבון במסגרת הזכויות הכספיות. הנשיא פליטמן סבור שלא מגיע פיצוי שכן לא ניתן להניח שעובד שהוגדר קבלן לא יצא בפועל לחופשה, גם בהעדר זכות חוקית לכך.⁷⁵ גישה זו יוצרת חזקה בלתי סבירה לטובתו של המעסיק. בפועל קיימים מקרים רבים שבהם אנשים ממעטים לצאת לחופשה בשל עומס עבודה. בנסיבות אלה קיים הבדל ממשי בין מי שמוגדר עובד – וכתוצאה מכך חוק חופשה שנתית מגן עליו בכך שהוא קובע מינימום קוגנטי של ימי חופשה ומטיל מגבלות על אפשרות

⁷¹ מבחינה מעשית-דיונית, ראוי עקרונית שהעובד יתבע פיצוי כזה, כרכיב תביעה נפרד. יחד עם זאת, ככל שהעובד תבע את זכויותיו לפי השכר הגבוה (התמורה החוזית הקבלנית), ובית הדין הכריע שהתקיימה "דלתא" ומחליט לבצע קיזוז, יש מקום לדעתי לקבוע מנגד את גובה הפיצוי הראוי בגין שלילת הזכויות הלא-כספיות, גם אם העובד לא תבע זאת במפורש. כמובן שבמקרה כזה הסכום שניתן לפסוק לטובת העובד לא יעלה על הסכום אותו תבע.

⁷² ראו למשל הנשיא פליטמן בפרשת **ענת עמיר**, הערה 5 לעיל, בפסקה 27 לפסק-דינו.

⁷³ פרוקציה, הערה 13 לעיל.

⁷⁴ ראו פסקה 40 לפסק-דינה של השופטת דוידוב-מוטולה בפרשת **רופא**, הערה 4 לעיל; פסקה 32 לפסק-דינה של השופטת גליסקמן בפרשת **ענת עמיר**, הערה 5 לעיל. לביקורת על ההימנעות מפיצוי בגין הזכויות הלא-ממוניות ראו גם פרוקציה, הערה 13 לעיל.

⁷⁵ פרשת **ענת עמיר**, הערה 5 לעיל, בפסקה 34 ב' לפסק-דינו.

הצבירה, לטובת ניצול ימי החופשה בפועל – לבין קבלן, שלא נהנה מהגנה כזו. אמנם, ייתכן שגם הקבלן האותנטי ממעט לצאת לחופשה, מסיבות כלכליות, אבל לפחות לא מאחר שהינו כפוף למעסיק שמגביל אותו בהקשר זה. ואילו בענייננו, מדובר במועסק שאינו באמת עצמאי, שכפוף הלכה למעשה למעסיק (ולכן נקבע שהוא "עובד"), שאינו חופשי לקחת חופשה במועדים שנוחים לו אלא נדרש להסכמת המעסיק – אך בכל זאת לא נהנה מהגנת החוק. בהנחה שאין ראיות על ימי החופשה שלקח העובד בפועל, שיוכחו כי מספרם לא פחת מזה שדורש החוק (או ההסכם הקיבוצי במקום העבודה), צריך להניח שהיתה כאן פגיעה ביכולת של העובד ליהנות מחופשה. המחיר של ויתור על זכות קוגנטית זו משתנה ממקרה למקרה, כתלות במצבו המשפחתי של העובד, במצב בריאותו, ובמשתנים אישיים נוספים. קשה להעריך אותו, אבל בוודאי לא ניתן להתעלם ממנו.

קבוצה נוספת של זכויות, שהוזכרה על-ידי שופטי הגישה ההרתעתית, היא תחושת שייכות למקום העבודה, אפשרויות קידום, חופש התארגנות (והגנה ארגונית שבה איתו) וביטחון תעסוקתי. הנשיא פליטמן מניח כי העובד כנראה שלא היה מעוניין בכל הזכויות האלה ולא נפגע מהעדרן, על בסיס נקודת מוצא, כמוזכר לעיל, שהעובד ביצע "בחירה חופשית אמיתית מלכתחילה שלא להיחשב כעובד".⁷⁶ ברם, גם אם נניח שאכן היתה בחירה חופשית, אין ספק שיש מחיר לעובד בויתור על זכויות אלה, גם אם גובה המחיר משתנה ממקרה למקרה. המחיר קיים גם אם לעיתים העובד עצמו אינו מודע לו, או מעריך אותו בחסר. מעבר לכך, לעיתים קרובות כלל לא מתקיימים התנאים שמצביעים על אפשרות לבחירה חופשית – וגם אז מתעורר הצורך לקבוע את שווי הפיצוי לעובד בגין הזכויות הלא-ממוניות.

בנוסף למרכיבים הלא-כספיים שהוזכרו בפרשות **רופא וענת עמיר**, אשר פורטו לעיל, יש להביא בחשבון גם את הזכות למגבלה על שעות עבודה ועל עבודה בשבת (להבדיל מפיצוי כספי על עבודה בשעות נוספות או בשבת);⁷⁷ מכלול ההגנות מכוח חוק עבודת נשים, לרבות הזכות לחופשת לידה, להיעדרות נוספת לאחר לידה וכן זכויות כמו "שעת הנקה";⁷⁸ את ההגנות שפותחו בפסיקה מכוח חובת תום-הלב המוגברת שחלה ביחסי עבודה, לרבות הזכות לשימוע לפני פיטורים, וכן הזכות כנגד התעמרות בעבודה;⁷⁹ את ההגנות כנגד הפליה;⁸⁰ ואת ההגנה כנגד הטרדה מינית, אשר כוללת סטנדרט מחמיר יותר כאשר מדובר ביחסי עבודה.⁸¹ בהקשר של ביטחון תעסוקתי, יש להביא בחשבון הן את מכלול ההגנות מכוח חוק (הגנות מכוח חוק עבודת נשים, חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, חוק הגנת השכר ועוד), והן ביטחון תעסוקתי מכוח הסכמים קיבוציים, ככל שישנם במקום העבודה.

לצורך הערכת הפיצוי הראוי ניתן לחלק את הפגיעה למספר מרכיבים, או "ראשי נזק":⁸² פגיעה באוטונומיה (בשל מניעת האפשרות להתאגד, ובשל הפגיעה בחופש הבחירה לצאת לחופשה, להימנע מעבודה בשעות נוספות או בשבת, לצאת לחופשת לידה, וכן להעדר מהעבודה באופן מלא או חלקי לאחר לידה);⁸³ פגיעה

⁷⁶ פרשת **ענת עמיר**, הערה 5 לעיל, בפסקה 34 לפסק-דינו.

⁷⁷ חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, סעיפים 2, 3, 9.

⁷⁸ חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954. זכויות אלה אוזכרו בחלקן על-ידי השופטת גליקסמן בפרשת **ענת עמיר**, הערה 5 לעיל, בפסקה 48 לפסק-דינה.

⁷⁹ על הזכות לשימוע ראו ע"ע 300353/98 **יוסף הרמן – סניול ישראל בע"מ**, ניתן ביום 29.12.2002. על ההגנה מפני התעמרות ראו סעיף (י-ם) 14-03-38335 **מנחם נפתלי – משרד ראש הממשלה**, ניתן ביום 10.2.2016. עקרונית יכולים בתי המשפט האזרחיים להחיל מכוח חובת תום-הלב החוזית הגנות דומות גם על קבלנים עצמאיים, בנסיבות של יחסים ארוכי-טווח שדומים ליחסי עבודה. אבל ברור מהפסיקה ארוכת-השנים שחובת תום-הלב מובילה לזכויות חזקות ומשמעותיות יותר כאשר מדובר ביחסי עבודה ובפסיקה של בתי הדין לעבודה. לסקירת כללים שנגזרו מחובת תום-הלב בהקשר של יחסי עבודה (בלבד) ראו DAVIDOV, הערה 40 לעיל, פרק 7.

⁸⁰ ראו בעיקר חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998; חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996.

⁸¹ חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, סעיף 3(א)(6)(ג).

⁸² המרכיבים שנבחרו כאן דומים בחלקם ל"ראשי נזק" מקובלים בנייני חוזים ודיני נזיקין, אף כי אין חפיפה מלאה. חשוב לזכור, כי הרעיון של "ראשי נזק" מוכרים הוא כלי עזר בלבד, ואין בו שום דבר מחייב. הנפגע זכאי לפיצוי על כל נזק שנגרם לו בשל הפרת החוזה (לא משנה מה "שמו"), אשר נדרש לשם השבת המצב לקדמותו, בהתקיים הדרישות של קשר סיבתי וצפויות. ראו סעיפים 10 ו-13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970; גבריאלה שלו ויהודה אדר, הערה 18 לעיל, 7.02, 7.18, 7.50.

⁸³ פיצוי על פגיעה באוטונומיה מוכר בפסיקה הישראלית מאז ע"א 2781/93 **דעקה נ' בית החולים "כרמל"**, פ"ד נג(4) 526 (1999), והתרחב בהדרגה בשנים שלאחר מכן מדיני הנזיקין גם לתחומי משפט נוספים, כולל דיני החוזים. מגמת ההרחבה באה לידי ביטוי גם בגובה הפיצוי שנפסק בשל פגיעה מסוג זה. לסקירה ולגישות שונות בנושא ראו: יצחק עמית, "סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה", **ספר שטרסברג-כהן 465** (2017); צחי קרן-פז, "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות", **המשפט י"א** 187 (התשס"ז). בע"א 2278/16 **פלונת נ' מדינת ישראל**, ניתן ביום 12.3.2018, אומצה גישתו המצמצמת של השופט עמית בנושא זה; אולם גם הוא משאיר פתח לפסיקת פיצוי על פגיעה באוטונומיה במקרים מסוימים. ההתנגדות שלו להרחבת השימוש בפיצוי מעין זה קשורה בעיקרה לחשש מכפל פיצוי, מקום שבו כבר ניתן

ברגשות ועוגמת נפש (בשל הניתוק מהקהילה במקום העבודה, מניעת תחושת שייכות, וכן הסיכון הגדול יותר להטרדה מינית, התעמרות או הפליה);⁸⁴ אובדן הזדמנויות תעסוקתיות (בשל מניעת האפשרות להתקדם במקום העבודה, לגשת למכרזים פנימיים וכיוצא בזה, וכן הסיכון הגדול יותר להפליה);⁸⁵ אובדן הנאות החיים (בשל מניעת זכויות לחופשה בפועל ולשעות עבודה מוגבלות); ואובדן ביטחון תעסוקתי (בשל מניעת ההגנה האירגונית, הן זו הקבועה בהסכמים קיבוציים והן ההגנה בפועל על-ידי ארגון העובדים; מניעת ההגנות החוקיות כנגד פיטורים; וכן מניעת הזכות לשימוע, הזכות כנגד התעמרות, ושאר הגנות שפותחו בפסיקה מכוח חובת תום-הלב המוגברת).

הנטייה בדין הכללי היתה בעבר למעט בפסיקה פיצוי על נזק לא-ממוני – כזה שלא ניתן לכימות בקלות – אולם על גישה זו נמתחה ביקורת,⁸⁶ והמגמה היא כיום בכיוון שמרחיב זאת.⁸⁷ בבתי הדין לעבודה הוכרה האפשרות לפסוק פיצוי על עוגמת נפש במקרים של פיטורים פוגעניים במיוחד.⁸⁸ הנטייה להימנע מפסיקה פיצוי כזה במקרים "רגילים" מובנת, לאור העובדה שהעובד ממילא זכאי לפיצויי פיטורים על עצם הפיטורים, ובנוסף נפסק לזכותו פיצוי על פיטורים שבוצעו שלא כדין (למשל, תוך הפרת חובת השימוע). אולם במקרה הנוכחי, לא מדובר בפיצוי נוסף, על פגיעה שכבר זכתה לפיצוי – אלא בצורך ראשוני לפצות על נזקים שלא כסו כלל. לכך יש להוסיף, כי בשנים האחרונות גוברת הנכונות בפסיקה בתי הדין לעבודה לפסוק פיצוי משמעותי על נזקים לא-ממוניים במקרים של פגיעה בשוויון או בזכויות אחרות, מכוח הוראות חוק ספציפיות המתירות ואף מעודדות זאת.⁸⁹

מטבעם של פיצויים על נזק לא-ממוני שהם נעשים במידה רבה על דרך אומדן. עם זאת כדי להימנע משרירותיות וכן מפיצוי חסר בשל נזקים ממשיים (גם אם לא-ממוניים), יש תועלת בביצוע הערכה בנפרד לגבי כל אחד מראשי הנזק שאוזכרו לעיל, על בסיס מידת הפגיעה באותו רכיב בנסיבות המקרה הקונקרטי. כל הרכיבים מתייחסים לנזק מתמשך, ולכן צריכים להביא לקביעת פיצוי על בסיס חודשי (או שנתי), שיוכפל במספר החודשים/השנים כדי לפצות על כל תקופת העבודה.

אינני סבור שיהיה זה נכון להציע כאן סכומים לפיצוי, מעבר לפירוט העקרונות הכלליים. עם זאת, אבקש להציע כלי עזר לחישוב הפיצוי בגין אובדן ביטחון תעסוקתי, שהוא הרכיב המשמעותי ביותר לדעתי. בהקשר זה ניתן להיעזר במחקרים שמעריכים את שווי הביטחון התעסוקתי מנקודת המבט של העובדים, זאת בהתייחס לביטחון תעסוקתי שמושג מכוח הסכמים קיבוציים (או מכוח הסדרה אחרת כאשר מדובר בעובדים מאוגדים בשירות המדינה). מחקר שנערך לאחרונה בישראל העריך את שווי ה"קביעות" עבור העובדים בשיעור של 20% מהשכר.⁹⁰ מאחר שמדובר במחקר בודד, שבחן קבוצה קטנה יחסית של משתתפים מאותו מקצוע (עובדים סוציאליים), לא ניתן להסיק ממנו בהכרח לגבי השווי של רכיב הביטחון התעסוקתי בכל הקשר. עם זאת ניתן ללמוד מכך על סדרי הגודל שבהם מדובר. תוצאת המחקר האמור אינה מפתיעה אם נביא בחשבון את הערך הרב שיש ליציבות במקום העבודה ולהגנה מפני פיטורים ללא סיבה מספקת, כפי שגם משתקף מהמחקרים הרבים שהצביעו על ההשלכות השליליות של חוסר ביטחון בעבודה (job insecurity) מובנים של מתח, דכאון, ובעיות בריאותיות וחברתיות אחרות.⁹¹ ברור, על כן, כי קיים הבדל

פיצוי משמעותי על נזק לא-ממוני לפי ראשי נזק אחרים. בענייננו לא זה המצב. מבחינת הסכום יש לתת את הדעת לכך שבמקרים רבים שנידונו בפסיקה, הפגיעה באוטונומיה היתה בדרגה חמורה: טיפול רפואי שלא ניתנה לו הסכמה מראש. במקרה של סיווג שגוי, הפגיעה באוטונומיה נמוכה בהרבה, אך מנגד, היא אינה חד-פעמית אלא נמשכת על פני כל תקופת העבודה.

⁸⁴ בהקשר זה ראו יפעת ביטון, "כאבים באזור הכבוד" – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות, **משפט וממשל** ט 137 (תשס"ו).
⁸⁵ ברכיב זה יש גם נזק ממוני, לצד נזק שאינו ממוני. ככל שיש ראיות על אובדן הזדמנויות ספציפיות בשל הסיווג השגוי, שהביא לנזק כספי, מגיע פיצוי גם על כך בנפרד. לדרכי חישוב הנזק כאשר מדובר באובדן סיכוי ולא ידוע אם הסיכוי היה מתמשך בפועל, ראו דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים: כרך ד'** (התשס"ד) 39.98. כאן ההתייחסות היא להיבט המופשט יותר של הנזק, בשל אובדן ההזדמנויות – שקיים גם אם לא מדובר בהזדמנויות קונקרטיות.

⁸⁶ גבריאלה שלו ויהודה אדר, הערה 18 לעיל, 7.31.

⁸⁷ שם, 7.32-7.33. וראו גם דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים: כרך ד'** (התשס"ד), 39.13.

⁸⁸ ע"ע 360/99 **אהרון כהן – מדינת ישראל**, פד"ע לח 1.

⁸⁹ לסקירה ודיון ראו צבי פרנקל, "פיצויים ללא הוכחת נזק, פיצויים ללא הוכחת נזק של ממון ופיצויים לדוגמה בחוקי העבודה בישראל", **ספר אדלר** (יצחק אליאסוף ואחי עורכים, תשע"ו) 497.

⁹⁰ קיים הבדל משמעותי בין הסכום שעובדים מוכנים לוותר עליו מתוך שכרם בתמורה לקביעות (כאשר הם מגיעים ממקום עבודה ללא קביעות) – שעומד על 14% לפי המחקר – לבין התוספת בשכר שתמורתה הם יסכימו לוותר על קביעות כאשר כבר יש להם כזו – שעומדת על 30%. כלומר יש חשיבות רבה לנקודת המוצא. ההערכה של 20% היא לגבי השווי הממוצע. ראו: Eitan Hourie, Miki Malul and Raphael Bar-El, *The Value of Job Security: Does Having It Matter?*, 139 SOCIAL INDICATORS RESEARCH 1131 (2018).

⁹¹ לסקירות מחקרים בתחום ראו למשל: Magnus Sverke, Johnny Hellgren and Katharina Naswall, *No Security: A Meta-Analysis and Review of Job Insecurity and Its Consequences*, 7 J. OF OCCUPATIONAL HEALTH

משמעותי בין הפיצוי הראוי בנסיבות של אובדן סטטוס במקום עבודה מאורגן אשר יש בו ביטחון תעסוקתי, לבין מקום עבודה שאינו מאורגן.⁹² עם זאת, גם ללא קביעות כתוצאה מהסכס קיבוצי, להגנות שמספק הדין לעובדים כנגד פיטורים – הן הגנות חוקיות כנגד פיטורים מפלים או בקשר להריון או בעקבות תלונה (למשל), והן הגנות מכוח הפסיקה כמו חובת שימוע – יש חשיבות רבה עבור העובדים.⁹³ לכן גם במקומות שאינם מאורגנים יש מקום לפיצוי משמעותי ברכיב זה.

ה. דרכים להשגת הרתעה

פיצוי העובד על הזכויות שנשללו ממנו בתקופת העבודה הוא חיוני, אבל לא תמיד מספיק. אם המעסיק רק נדרש לשלם בדיעבד מה שהיה אמור לשלם מלכתחילה, אין כל הרתעה כנגד סיווג שגוי. במצב כזה, מעסיקים רבים יפעלו ב"שיטת מצליח" – הם ינקטו בסיווג שגוי, מתוך ידיעה כי מרבית העובדים לא יתבעו, בשל חסמים שונים, ובמקרה יוצא הדופן שבו הוגשה תביעה, אין להם מה להפסיד מעבר למה שהיו אמורים לשלם מלכתחילה. במציאות כזו, עובדים רבים לא יהנו מהזכויות שחוקי העבודה היקנו להם. בתי הדין לעבודה לא יכולים לתת לכך יד. מכאן ההכרח, שהודגש בצדק על-ידי שופטי הגישה ההרתעתית, לתת סעד שיש בו הרתעה כנגד סיווג שגוי. זאת במטרה לצמצם ככל האפשר את התופעה.

בפסיקה הועלו שתי דרכים להשגת הרתעה. שופטי הגישה ההרתעתית ביקשו לייצר הרתעה באמצעות הימנעות מקיזוז, למעט במקרים של חוסר תום-לב קיצוני מצד העובד. כלומר, בכפוף לחריג תום-הלב, מעסיק ששילם יותר לעובד בשל הגדרתו כקבלן יידרש לשלם פעמיים, במובן מסוים: תשלום הזכויות לעובד יבוא בנוסף לתשלום שבוצע בעודף במהלך תקופת ההתקשרות. כפי שהוסבר לעיל, הקושי בגישה זו כפול. ראשית, יש בה ערבוב בין הפיצוי על הזכויות הלא-ממוניות לבין ה"קנס" שנועד להשיג הרתעה. שופטי הגישה ההרתעתית לא מפרידים בין השניים, אלא מניחים, כך נראה, כי ההימנעות מקיזוז תכסה את שתי המטרות. נכון יותר להפריד ביניהן ולעשות מאמץ לחשב את הפיצוי הראוי לכל מטרה בנפרד.⁹⁴ שנית, סכום הפיצוי וה"קנס" תלויים בגובה ה"דלתא", באופן שכל ששולם לעובד עודף גדול יותר, כך ה"עונש" למעסיק גדול יותר. תוצאה זו נראית בעייתית ולא-צודקת.

מנגד, שופטי הגישה החישובית הציעו באופן תיאורטי להטיל על המעסיק פיצוי בשל הפרת חובת תום-הלב שבאה לידי ביטוי בסיווג השגוי ובעקבותיו שלילת הזכויות "בעין".⁹⁵ אולם הלכה למעשה, גם במקרה בוטה וברור של סיווג שגוי, הם נמנעו מליישם רעיון זה.⁹⁶

פתרון אפשרי הוא לקבוע כי השכר ששולם בפועל הוא השכר שלפיו יחושבו הזכויות, גם אם הוא לא כונה על-ידי הצדדים "שכר" אלא תמורה קבלנית. לפי גישה זו, בית הדין צריך להימנע מהכרה בקיומה של "דלתא", כלומר לסרב, במקרים של סיווג שגוי, לבדוק מה היה השכר החלופי ככל שהמועסק היה מוגדר מלכתחילה עובד. דומה כי זוהי הגישה המקובלת בעולם הרחב; למיטב ידיעתי, הבעיה שבה עוסק מאמר זה כלל לא התעוררה במדינות אחרות, מאחר שלא מקובלת קביעת שכר אחר (נמוך יותר) לצורך חישוב הזכויות.⁹⁷ גישה כזו היא דרך אפשרית להשיג הרתעה, אולם נראה שהיא מחמירה מדי עם המעסיק, וכן

PSYCHOLOGY 242 (2002); Marianna Virtanen, *Temporary Employment and Health: A Review*, 34 INT. J. EPIDEMIOLOGY 610 (2005); World Health Organization, *Closing the Gap in a Generation: Health Equity Through Action on the Social Determinants of Health* (CSDH 2008), http://whqlibdoc.who.int/publications/2008/9789241563703_eng.pdf

⁹² ואכן, בפרשת **טיברמן**, הערה 4 לעיל, שבה נקב הנשיא אדלר לראשונה בשיעור של 50% כתוספת של עלות השכר (כרף מינימלי שיכול להצדיק קיזוז לגישתו), הוא התייחס במפורש לכך שכוונתו היא למקום עבודה מאורגן. ראו פסקה 19 לפסק-דין.

⁹³ על חשיבות הצדק הפרוצדורלי לעובדים ראו למשל: KATHERINE STONE, FROM WIDGETS TO DIGITS: EMPLOYMENT REGULATION FOR THE CHANGING WORKPLACE Ch 5 (2004); Jeffrey Hirsch, *The Law of Termination: Doing More with Less*, 68 MARYLAND L. REV. 89, 108-110 (2008).

⁹⁴ יש לציין כי הרעיון של פיצוי עונשי בהקשר זה הועלה בפסיקה, אף שלא יושם הלכה למעשה: ראו פסק-דין של השופט נטע רות בע"ב (ת"א) 3879/05 **ירון שאול – גלובוס גרופ בע"מ**, ניתן ביום 9.7.2007. רעיון זה זכה לתמיכה גם מצד השופט רבינוביץ במסגרת הערעור על פסק-דין זה (פרשת **גלובוס גרופ**, הערה 4 לעיל).

⁹⁵ פרשת **ענת עמיר**, הערה 5 לעיל, בפסקה 8 לפסק-דין של השופטת אנגלברג-כהן ובפסקה 23 לפסק-דין של הנשיא פליטמן; פרשת **צרפתי**, הערה 5 לעיל, בפסקה 21 לפסק-דין של הנשיא פליטמן.

⁹⁶ ראו בעיקר פרשת **ענת עמיר**, הערה 5 לעיל. וראו הערה 6 לעיל לפירוט עובדות המקרה.

⁹⁷ מאחר שהבעיה לא מתעוררת, קשה למצוא אסמכתאות לכך. מקרה חריג שבו מצאתי התייחסות בפסיקה זרה לפער בין התמורה שהתקבלה על בסיס הגדרה של קבלן לבין השכר שהתובע היה מקבל כ"עובד" הוא S. Mitri Haulage Ltd. v Christopher Martin, Ontario Labour Relations Board, judgment of May 26, 2016. באותו עניין נפסק שחישוב הזכויות ייעשה לפי התמורה הגבוהה, תוך התעלמות מה"דלתא".

עשויה ליצור חוסר הלימה בין חומרת ההתנהגות של המעסיק לבין הסנקציה (שכן דווקא מי ששילם יותר לעובד ייענש יותר).⁹⁸ מכל מקום מרגע שאומצה בפסיקה הישראלית הגישה שמאפשרת "סעיפי גדרון",⁹⁹ ובהמשך גם מאפשרת להוכיח שכר חלופי ללא סעיף גדרון,¹⁰⁰ נוצר הצורך ליצור הרתעה בדרכים אחרות.

כפי שטען לאחרונה בצדק ד"ר יובל פרוקצ'יה, הטלת פיצוי עונשי, בנפרד מהפיצוי על הזכויות הלא-ממוניות, היא הפתרון המועדף להשגת הרתעה.¹⁰¹ כך ניתן לקבוע את הפיצוי באופן שתואם את מכלול נסיבות המקרה. כך גם ניתן להימנע מסנקציה מחמירה מדי הנובעת מחישוב הזכויות לפי התמורה החוזית והתעלמות מהדלתא, כאשר זו אכן קיימת. אופטימלית, היה מקום לקבוע את הפיצוי העונשי בחקיקה;¹⁰² אולם בתי הדין לעבודה יכולים לקבוע פיצוי כזה גם בהעדר הסדר חקיקתי מפורש. אף שפיצויים עונשיים אינם מקובלים בדרך כלל בדיני חוזים – וגם בדיני נזיקין, השימוש בהם חריג יחסית – נראה כי הם אפשריים, גם בדין הכללי.¹⁰³ באופן ספציפי בתחום העבודה, ישנן הוראות חוק רבות שמקנות סמכות לפסיקת פיצויים עונשיים,¹⁰⁴ וניתן להקיש מכך גם על התאמת השימוש בכלי זה בתביעה על סיווג שגוי.

יש להבהיר כי השגת מידה מסוימת של הרתעה אפשרית גם ללא פיצוי עונשי, שכן בכל הקשור לזכויות הלא-ממוניות, אין קשר הכרחי בין גובה הפיצוי המגיע לעובד לבין הרווח של המעסיק כתוצאה מההפרה. כך, למשל, אם הנזק לעובד כתוצאה מאובדן ביטחון תעסוקתי במקום עבודה מאורגן יוערך ב-20% מהשכר, ויביא לפיצוי בשיעור כזה, אין זה אומר שהתועלת למעסיק כתוצאה משלילת הביטחון התעסוקתי שווה לאותו סכום. ברור שיש תועלת משמעותית למעסיק מהגמישות הניהולית שמושגת בשל ההתחמקות מכללים של ביטחון תעסוקתי, אבל אין סיבה להניח שהיא במידה דומה לנזקו של העובד (ואינני מכיר הערכות אמפיריות בדבר מידת התועלת למעסיק). כך גם לגבי ההתחמקות מתחולת מגבלות על הטרדה מינית, התעמרות והפליה – אף שיש בה תועלת למעסיק במובנים של גמישות ניהולית וצמצום החשיפה לתביעות, אין היא בהכרח מקבילה לפיצוי המגיע בגין פגיעה ברגשות/עוגמת נפש כתוצאה מאי-קיום דינים אלה. לכן, ככל שהפיצוי שיינתן בגין זכויות לא-ממוניות יהיה גבוה ומשמעותי יותר, ייתכן שייווצר פער בינו לבין התועלת שהפיק המעסיק מהימנעותו מביצוע בעין של זכויות העבודה הלא-ממוניות. במקרה כזה, עצם החיוב יביא להפסד למעסיק ולהרתעה מפני סיווג שגוי בעתיד. עם זאת, בהחלט לא ניתן להניח כי די בכך. מן הראוי לשקול גם פיצוי עונשי-הרתעתי בכל מקרה של סיווג שגוי.

הצורך במנגנון עונשי לשם הרתעה במקרים של חוזה הנגוע באי-חוקיות זכה לאחרונה לדיון גם בספרות הכללית בדיני חוזים. במאמר שכתב פרופ' עמרי בן-שחר הוא בוחן את השאלה מה צריך להיות ההסדר המחליף במקום החלק הבטל בחוזה בשל אי-חוקיות. הוא מצביע על קיומן של שלוש חלופות: ההסדר הסביר/מתון בנסיבות העניין; ההסדר המינימלי שמוותר/נסבל לפי הדין (הגבול המינימלי לחוקיות); או הסדר עונשי שמחמיר יותר עם הצד שניסח את החוזה. בן-שחר בוחן את הסוגיה מזווית של ניתוח כלכלי, ועל בסיס גישה זו הוא סבור כי בדרך כלל דווקא ההסדר המינימלי הוא המועדף, שכן הוא יביא לתוצאה היעילה ביותר. עם זאת, הוא מוסיף כי להסדר המינימלי קיימת מגבלה ברורה במישור התמריצים, שכן הוא עשוי לתמרץ חוזים לא-חוקיים, בהעדר סנקציה כנגדם. לכן הוא קובע חריג, שלפיו במקרים שבהם "הקו של אי-חוקיות" נחצה בידיעה ובמכוון – בחוסר תום-לב – יש מקום להסדר חלופי עונשי.¹⁰⁵ זאת ועוד,

⁹⁸ ראו פרוקצ'יה, הערה 13 לעיל.

⁹⁹ המונח "סעיף גדרון" מתייחס לתניה בחוזה קבלנות שלפיה אם יקבע בית הדין בדיעבד שמדובר ביחסי עבודה, הזכויות יחושבו לפי שכר שונה מהתמורה הקבלנית. בית הדין נתן תוקף לתניה כזו בדב"ע מו/128-3 בנימין גדרון – מדינת ישראל, ניתן ביום 15.6.1987.

¹⁰⁰ ראו פרשת אייזיק, הערה 4 לעיל.

¹⁰¹ פרוקצ'יה, הערה 13 לעיל. במאמר זה המחבר סבור כי אין מקום לפיצוי עונשי ככל שמאמצים גישה שמתירה ויתור על סטטוס כאשר הדבר מקדם את רווחתו של העובד. אני סבור כי יש לדחות גישה כזו מהנימוקים שפורטו בפרקים ב-ג' לעיל.
¹⁰² כך, למשל, בקליפורניה קובע החוק, בעקבות תיקון משנת 2011, כי סיווג שגוי ביועין (willful misclassification) של עובד קבלן עצמאי יוביל לקנס אזרחי (civil penalty) – שדומה ל"עיצום כספי" – שבין 5000 דולר ל-15,000 דולר לכל הפרה, וסכומים גבוהים יותר למפר סדרתי (שנוקט בסיווג שגוי באופן שיטתי). ראו California Labor Code, Section 226.8. בנוסף, בארה"ב רשויות המס נוהגות לדרוש ממעסיקים, במקרים של סיווג שגוי, לשלם בדיעבד את תשלומי המס הנדרשים, כולל קנסות על אי-תשלום במועד. זאת בכפוף לחריגים מסוימים, שנקבעו ב- Revenue Act of 1978, Section 530.

¹⁰³ דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים: כרך א' (מהדורה שנייה, 2018), סעיף 12.131; ישראל גלעד, דיני נזיקין – גבולות האחריות (2012), סעיף 2.82. להצעה להרחבת השימוש בפיצויים עונשיים בדין הישראלי ודיון בהצדקות להטלת פיצוי עונשי ראו אור קרסין, "הדוקטרינה של פיצויים עונשיים במשפט הישראלי – בחינה מחודשת", מחקרי משפט כט (התשע"ד) 571.

¹⁰⁴ לסקירה ודיון ראו פרנקל, הערה 89 לעיל; פרוקצ'יה, הערה 13 לעיל.
¹⁰⁵ Omri Ben-Shahar, Fixing Unfair Contracts, 63 STANFORD L. REV. 869 (2011). בן-שחר מציין מספר מאפיינים שרלבנטיים לעניין ההכרעה אם מדובר בחוסר תום-לב (בעמ' 3-901): האם יש קו גבול ברור או כזה שפתוח לשיקול דעת; מידת הפער בין ההסדר שנקבע לחוזה לבין ההסדר המותר (בענייננו, עד כמה היה צריך להיות ברור למעסיק שמדובר למעשה

ההעדפה העקרונית של בן-שחר להסדר חלופי מינימלי מתבססת על ההנחה שהנושא המוסדר בחוזה הלא-חוקי הוא חלוקת. בעניין כזה הוא מניח, שהצדדים ממילא יתקנו את ההסדר החלופי של בית המשפט כדי להגיע לחלוקה הרצויה על-ידם. הוא מודה שכאשר מדובר בסוגיה שאינה חלוקתית גרידא, כלומר כאשר אנחנו מבקשים להשיג מטרות חברתיות, ההסדר המינימלי פחות מתאים. למעשה, כפי שהבהירו לאחרונה פרופ' איל זמיר ואורי כץ, המקרה של הסדר חלוקתי בלבד (או בעיקר) הוא יוצא דופן; ברוב המקרים שבהם מתעוררת שאלה של אי-חוקיות מדובר בהסדרים שמנוגדים לאינטרסים חברתיים אחרים (מעבר לעניין החלוקה בין הצדדים).¹⁰⁶ בוודאי כך הוא לגבי מכלול הזכויות הלא-ממוניות בדיני עבודה. זמיר וכץ מבקרים את בן-שחר וטוענים כי במרבית המקרים דווקא ההסדר הסביר/מתון הוא המועדף, כברירת מחדל – ולא ההסדר המינימלי – בין השאר בזכות העובדה שהוא משיג מידה מסוימת של הרתעה.¹⁰⁷ בהקשר של הסוגיה נשוא המאמר הנוכחי, יכולות להיות דעות שונות בשאלה מהו ההסדר המינימלי, ההסדר המתון וההסדר העונשי. הנקודה החשובה לענייננו היא הצורך בכך שההסדר הנבחר יכלול גם מרכיב של הרתעה.

כאמור, שתי הגישות בפסיקה מתבססות על שיקולי חוסר תום-לב כרלבנטיים להכרעה הסופית בשאלת הקיזוז. לטעמי, השלב הנכון לבחינת תום-הלב הוא שלב קביעת גובה הפיצוי העונשי בשל הסיווג השגוי. כפי שצינו בצדק זמיר וכץ, הרתעה נדרשת גם ללא קשר לשאלת תום-הלב, כדי לתמרץ את ההתנהגות החוקית (או הרצויה): במונחים של ניתוח כלכלי, הטלת פיצוי עונשי (במידה כזו או אחרת) על מונע הנזק הזול יותר תסייע להוביל למניעת הנזק.¹⁰⁸ בענייננו, ברור שהמעסיק הוא אשר יכול למנוע את הנזק, הוא זה שיכול וצריך לדעת מראש מהו הדין ויש לתמרץ אותו לבדוק זאת ולהימנע מהסדרים שמנוגדים לדין.¹⁰⁹ כלומר, יש מקום לפיצוי הרתעתי מסוים גם ללא חוסר תום-לב. יחד עם זאת, התנהלות בחוסר תום-לב מצד המעסיק מצדיקה פיצוי עונשי משמעותי יותר, ומנגד, הגיוני לקבוע שהתנהלות חסרת תום-לב מצד העובד עצמו תצדיק הפחתה של הפיצוי העונשי שנפסק לזכותו. לכן יש רלבנטיות לנושא תום-ליבם של הצדדים; גם אם פחותה משמעותית מהחשיבות שניתנה לסוגיה זו בפסיקה. אבחן כעת את שלושת הפרמטרים שהועלו בפסיקה כמכריעים לעניין תום-הלב של הצדדים.

(1) מי יזם את צורת ההתקשרות

לפי הגישה ההרתעית, אחד ממבחני העזר להכרעה אם העובד נהג בחוסר תום-לב קיצוני – שאז יש הצדקה לפי גישה זו לקיזוז – הוא השאלה מי יזם את העסקת העובד כקבלן. ככל שהיזומה הגיעה מהעובד עצמו – ובהנחה שמתקיים גם התנאי השני שיידון להלן שלפיו המעסיק לא הרוויח מכך – אזי דרישתו של התובע להנות בדיעבד גם מהזכויות של עובד, במקביל לזכויות מהן נהנה כקבלן, היא חסרת תום-לב במידה שמצדיקה קיזוז.¹¹⁰ גם בגישה החישובית ניתן לסווגיית היזומה משקל מרכזי. לפי גישה זו ההתמקדות היא בתום-הלב של המעסיק ולא של העובד, כאשר שופטי גישה זו מסיקים מעצם העובדה שהעובד ביקש להיות בסטטוס של קבלן עצמאי כי המעסיק מבחינתו פעל בתום-לב.¹¹¹

לפני שפונים לבחון את המשמעות שראוי לתת לשאלה מי יזם את צורת ההתקשרות, חשוב להדגיש את החשיבות של בחינת העובדות כהוויתן ולא כפי שהן מוצגות בחוזה העבודה. בעת בחינת קיומם של יחסי עובד-מעסיק, בדרך כלל בתי הדין לעבודה מצטיינים בהתבססות על העובדות "בשטח", הלכה למעשה, ולא על תיאור היחסים בחוזה.¹¹² המעסיק יכול ברובם המכריע של המקרים לנסח את החוזה כרצונו, ואין זה

בחוזה עבודה); העובדה שמנסח החוזה הוא "שחקן חוזר" (הן בגלל שהוא אמור לדעת את הדין טוב יותר, והן בגלל שהרתעה שלו חשובה למקרים הבאים שלו עצמו); והשאלה עד כמה ההסדר שנקבע מקובל בשוק (מתוך הנחה שאם המעסיק העתיק פרקטיקה נוהגת אולי הוא חשב שהיא חוקית ולא בדק זאת בעצמו).

¹⁰⁶ Eyal Zamir & Ori Katz, *Substituting Invalid Contract Terms: Theory and Empirical Findings* (unpublished draft).

¹⁰⁷ וראו גם עופר גרוסקופף, "חוזה פסול", בתוך דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים: כרך ג'** (התשס"ד) 473, 578: "התערבות בית המשפט בחוזים פסולים לא נועדה להגשים את רצון הצדדים, כי אם להגן על האינטרס הציבורי. הפעלת הסנקציה של פסילת תניה כנגד הצד החזק נושאת ערך חינוכי-הרתעתי, והיא עשויה להוות דרך ראויה לקידום התכלית שביסוד דין הפסלות".

¹⁰⁸ Zamir & Katz, *supra* note 106.

¹⁰⁹ כדברי השופטת גליקסמן בפרשת **ענת עמיר**, הערה 5 לעיל, בפסקה 33: "אין סימטריה בין העובד לבין המעסיק... על המעסיק מוטלת האחריות לסיווג הנכון של מועסק כעובד".

¹¹⁰ ראו פרשת **רופא**, הערה 4 לעיל, פסקה 67 לפסק-דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

¹¹¹ ראו פרשת **ענת עמיר**, הערה 5 לעיל, בפסקה 23 לפסק-דינו של הנשיא פליטמן, ופסקאות 8-9 לפסק-דינה של השופטת אנגלברג-שהם.

¹¹² ראו למשל פרשת **בירגר**, הערה 2 לעיל. לחשיבות של בחינת המציאות בשטח (ולא הכתוב בחוזה) בהקשר של יחסי עבודה, ראו *GAMONAL C & ROSADO MARZÁN*, הערה 1 לעיל; וראו *Autoclenz Ltd v Belcher* [2011] UKSC 41.

מפתיע שהחווה מנוסח באופן שנועד להקטין ככל האפשר את חבוינותיו. למרות זאת, היו גם מקרים בהם לקו בתי הדין בתפיסה פורמליסטית, שמתמקדת בנוסח החווה במקום במציאות.¹¹³ כך גם פסקי הדין של הנשיא פליטמן בהקשר הנוכחי: אף שברור שמעסיק שנהנה מייעוץ משפטי צפוי לכלול בחווה הוראה, לפיה העובד דרש מיוזמתו להיות בסטטוס של קבלן עצמאי, משום מה הנשיא פליטמן נותן לכך משקל מכריע, כאילו זו ראייה שמשקפת את המציאות האמיתית ולא את כוחו העדיף של המעסיק בניסוח החווה.¹¹⁴

נניח, עם זאת, לצורך הדיון, שישנן ראיות אחרות, מעבר לחווה עצמו, שבזכותן ניתן להסיק מי יזם את צורת ההתקשרות. קיימות ארבע אפשרויות: (א) יוזמה של העובד שמתקבלת בברכה על-ידי המעסיק; (ב) יוזמה של המעסיק שמתקבלת בברכה על-ידי העובד; (ג) יוזמה של המעסיק שמתקבלת רק בלית ברירה – ניתן לומר תחת מידה של כפייה – על-ידי העובד; ולבסוף, (ד) יוזמה של העובד שמתקבלת בלית ברירה – בחוסר רצון – על-ידי המעסיק.

כאמור בפרקים ב'–ג' לעיל, ככלל אין מקום לתת תוקף לעיסקה שבה עובד "מוכר" את זכויותיו הקוגנטיות. ככל שמדובר ביוזמה של המעסיק (חלופות ב'–ג' לעיל) אזי ברור שאין לתת כל "פרס" למעסיק בדמות של החרגה מעיקרון הקוגנטיות. גם אם מדובר ביוזמה של העובד עצמו, ככל שמדובר בעיסקה ששני הצדדים חפצים בה, מרצון חופשי (חלופה א'), אינני סבור שיש לתת משקל רב לשאלה מי העלה את הרעיון. כאשר הניסיון לשלול זכויות קוגנטיות נעשה בשיתוף פעולה רצוני של המעסיק – גם אם לא מיוזמתו – הוא נושא במידה רבה של "אשם" וצריך גם לשאת באחריות (נשאר בצד בשלב זה את האפשרות שהמעסיק אינו מודע לדין ולכך שסטטוס אינו נתון לבחירת הצדדים, סוגיה שתיבחן בנפרד בהמשך). כפי שהדגישו שופטי הגישה ההרתעתית, כדי לשמור על הקוגנטיות חשוב לייצר הרתעה בדמות של תמריץ כנגד שלילת זכויות קוגנטיות. בכל מקרה שבו המעסיק נושא באחריות למהלך של התחמקות מהוראות קוגנטיות – גם אם מדובר באחריות משותפת ביחד עם העובד – יש מקום להפעיל הרתעה כזו. לשון אחר: יש מקום לפיצוי עונשי. ועם זאת, אם הוויתור נעשה בהסכמה אמיתית של העובד – חלופות א'–ב' לעיל – הגיוני שעובדה זו תובא בחשבון ותוביל להפחתה מסוימת בגובה הפיצוי (בהשוואה ל"עונש" הראוי כאשר הוויתור נכפה על העובד).

נותר המקרה שבו הבחירה בסטטוס של קבלן עצמאי נעשתה ביוזמה או דרישה של העובד, כאשר המעסיק מתנגד לכך, אך לבסוף מקבל זאת בלית ברירה. ההסתברות של מקרה כזה נמוכה, להערכתנו, אבל אפשרית – למשל כאשר מדובר בעובד בעל כישורים יוצאי דופן, ולכן כוח מיקוח רב, שהמעסיק זקוק לו במיוחד. מדוע שעובד כזה יתעקש על סטטוס של קבלן עצמאי? יתכן שהוא מבקש למקסם את הסכום שיקבל במזומן (במקום זכויות סוציאליות), או למקסם את גובה התמורה בזכות הטבות מס לעצמאים. יתכן גם שהמעסיק כבול בהסכמים קיבוציים שקובעים את גובה שכר שמגיע לעובד וכוללים סעיף שאוסר עליו לשלם יותר.¹¹⁵ סעיף כזה אינו שכיח בהסכמים קיבוציים, אבל אפשרי. וגם בהעדרו ייתכן שארגון העובדים מתנהל על בסיס ההנחה שהוא קיים ומתנגד לאפשרות של חוזה אישי שמשפר זכויות לעובד מסוים הכפוף להסכם הקיבוצי. במקרים כאלה אכן ניתן לדמיין סיטואציה שבה המעסיק נעתר לדרישת העובד לגבי סטטוס של קבלן עצמאי בחוסר רצון, כאשר הדרישה נועדה לאפשר לעובד לקבל שכר גבוה יותר מהמותר בהסכם הקיבוצי. בנסיבות חריגות כאלה יש הצדקה לצמצם או לבטל את הפיצוי העונשי.

המסקנה היא כי ברוב המקרים השאלה מי יזם את צורת ההתקשרות אינה רלבנטית, ולדעתי אין מקום להתמקד בה. ברוב המקרים, מן הראוי להטיל אחריות על המעסיק כמי שיזם את הסיווג השגוי או לפחות שיתף פעולה איתו, ובכך פעל בחוסר תום-לב. רק במקרים חריגים – חלופה ד' לעיל – ניתן להסיק מידה מסוימת של תום-לב מצד המעסיק שתצדיק הפחתה או ביטול הפיצוי העונשי. כמו כן יש מקום להפחתה מסוימת (קטנה יותר) של הפיצוי כאשר ניתן ללמוד על הסכמה אמיתית של העובד לויתור על הסטטוס – חלופה א'–ב' לעיל – או אולי צריך לומר, הגדלה של הפיצוי העונשי בהעדר הסכמה כזו לויתור.

(2) מי הרוויח מצורת ההתקשרות

¹¹³ ראו למשל ע"ע 116/03 משרד החינוך – משה חגיבי, ניתן ביום 2.2.2006.

¹¹⁴ ראו למשל פרשת ענת עמיר, הערה 5 לעיל, בפסקה 2(א) לפסק-דינו.

¹¹⁵ בהעדר סעיף מפורש כזה בהסכם הקיבוצי, אין מניעה לשלם על-פי חוזה אישי יותר מהקבוע בהסכם הקיבוצי. ראו סעיף 22 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957.

סוגיה נוספת שעשויה להיות רלבנטית היא האם המעסיק או העובד הרוויחו מצורת ההתקשרות. לפי שופטי הגישה ההרתעתית, שמתמקדים בבחינת השאלה אם העובד נהג בחוסר תום-לב קיצוני, מצב שבו המעסיק הרוויח מהסיווג השגוי שולל את האפשרות לחוסר תום-לב מצד העובד. כך יש להבין את העובדה שמבחן זה מצטבר לקודמו: גם אם יש אינדיקציות לכך שהעובד חסר תום-לב – ובראשן, לפי השופטים, העובדה שהוא זה שיזם את צורת ההתקשרות כקבלן – המעסיק לא יוכל ליהנות מטענה כזו, אם הוא עצמו נהנה מצורת ההתקשרות והפיק ממנה רווח. גם במיסוגור הנוכחי, שבו אנחנו מבקשים לבדוק את תום-ליבם של הצדדים לצורך ההכרעה בדבר גובה הפיצוי העונשי, נראה ששאלה זו רלבנטית. כאשר המעסיק הרוויח מסיווג שגוי, יש להניח כי הוא בחר בו במטרה כזו: כדי ליהנות מההתחמקות מחובותיו על-פי דין כמעסיק, על חשבון העובד.

כיצד נדע אם המעסיק הרוויח מהסיווג השגוי? כאמור, העלות למעסיק אינה בהכרח זהה לגובה ההפסד לעובד. כפי שעולה מהנספח למאמר, עלות העסקה של אדם כ"עובד" גוררת איתה עלויות כספיות ישירות בשיעור של כ-44% (על בסיס נתונים של עובד ממוצע). כלומר שהגדרת אותו עובד כ"קבלן" חוסכת באופן אוטומטי למעסיק סכום השווה ל-44% משכרו. לכך מצטרפות הזכויות הלא-ממוניות, אשר קשה להעריך את שוויין, אולם ברור כי מנקודת המבט של המעסיק הן מיתרגמות לעלות משמעותית (וחיסכון משמעותי במקרים של סיווג שגוי). כלל האצבע שקבעו שופטי הגישה ההרתעתית, לפיו נדרש פער של 50% לפחות, משקף הערכה מינימלית ביותר לגבי עלות הזכויות הלא-ממוניות. זאת בפרט בשים לב לנתונים על שווי הזכויות הכספיות כפי שמפורט בנספח, שמשקפים שווי גבוה מכפי שעלה מהחישובים שהובאו בפסיקה. סביר להניח שהעלות של כלל הזכויות הלא-ממוניות למעסיק גבוהה יותר מ-6%, אבל בשל הקושי להעריך בכמה בדיוק, נראה סביר לקבוע זאת כשווי המינימלי במקומות עבודה שבהם אין קביעות. במקומות עם קביעות ראוי לדעת להוסיף לכך 10% נוספים.¹¹⁶

הטענה של הנשיא פליטמן, לפיה העובד בחר באופן חופשי בצורת ההתקשרות של מזמין-קבלן, ולכן כנראה אינו מייחס חשיבות רבה לקביעות ולשאר הזכויות הלא-ממוניות, אינה רלבנטית בשלב הנוכחי שבו אנו בוחנים את עלויות המעסיק (מעבר לעובדה שטענתי לעיל שטענה זו אינה נכונה כשלעצמה). גם אם נניח, שהעובד הספציפי אכן נותן משקל נמוך לזכויות הלא-ממוניות, והשווי שלהן עבורו אינו גבוה, אין לכך השפעה על העלות של זכויות אלה עבור המעסיק. מבחינתו של האחרון, למגבלות על הגמישות הניהולית יש עלות זהה כלפי העובדים בין אם הם מייחסים חשיבות לזכויותיהם או לא.

אם כן, כאשר מעסיק מסווג עובד כקבלן, ומשלם לו תמורה שאינה עולה על 150% מהשכר שהיה מקבל כעובד – או 160% במקומות עבודה עם קביעות – יש להניח כי המעסיק מרוויח מהסיווג השגוי. עובדה זו צריכה לבוא לידי ביטוי בקביעת גובה הפיצוי העונשי. כמובן, ככל שהרווח של המעסיק כתוצאה מהסיווג השגוי גדול יותר – כלומר ככל שה"דלתא" קטנה יותר – אזי הפיצוי העונשי צריך להיות גבוה יותר בהתאם.

מנגד, ייתכנו גם מצבים שבהם העובד הוא זה שהרוויח מהסיווג השגוי, במובן הכלכלי – זאת כאשר ה"דלתא" גבוהה במיוחד. אינני סבור כי עובדה זו שוללת את ההצדקה לפיצוי עונשי, בשים לב למסקנה שאליה הגעתי לעיל בדבר הצורך בהקפדה על הקוגנטיות והאיסור על "מכירת" הסטטוס, גם אם התמורה גבוהה. יחד עם זאת, הגיוני במקרים כאלה, בהם העובד נהנה (במישור הכלכלי) מהסיווג השגוי, להפחית את שיעור הפיצוי העונשי.

(3) האם הדין צריך היה להיות ברור למעסיק

שופטי הגישה החישובית נותנים משקל רב לשאלה, אם צריך היה להיות ברור מראש למעסיק שמדובר בעובד. לגישתם, במצב שבו חוסר הוודאות של הדין הותיר מקום לספק, יש לראות את המעסיק כמי שפעל בתום-לב. אולם חשוב שהפסיקה תבהיר כי האחריות הראשונית להכרת הדין היא על המעסיק. זאת הן

¹¹⁶ כפי שהוסבר לעיל, אין קשר הכרחי בין השווי של הקביעות עבור העובדים עצמם לבין העלות של הקביעות עבור המעסיק. מבחינת המעסיק, מדובר במגבלה על הגמישות הניהולית – היכולת לפטר, ובמהירות, את העובד. לכך יש גם השלכות על יחסי הכוח בין הצדדים וכוח המיקוח ההדדי שלהם במהלך ההתקשרות. הזכויות האחרות שאינן כספיות מגבילות אף הן בדרכים שונות את הגמישות הניהולית – את כוחו של המעסיק לקבל החלטות באופן חד-צדדי, שאינו כפוף למגבלות דיני העבודה (חקיקה ופסיקה) ולחובות תום-לב מוגברות שמחייבות אותו להביא בחשבון את האינטרסים של העובד. אין באפשרותי להציע כאן כלים להערכת עלות הקביעות מבחינתו של המעסיק, דבר שדורש מחקר נפרד. ההצעה של 10% מבוססת על הערכה גסה בלבד.

מאחר שהוא הצד ה"חזק" ביחסים, שעליו מוטלת האחריות ומוטלות מרבית החובות בחוקי העבודה, והן מאחר שהוא "שחקן חוזר" שבדרך כלל מעסיק יותר מעובד אחד, וגם יכול להיעזר ביועצים (עורכי דין, רואי חשבון).¹¹⁷ בעידן הנוכחי יש גם מידע רב באינטרנט שמאפשר למעסיקים קטנים לברר את הדין ביתר קלות. אין שום היגיון בגישה שמתירה למעסיקים להתחמק מאחריות בדרך של "עצימת עיניים" או הימנעות מנקיטת הצעדים הנדרשים כדי לברר את הדין. ההיפך הוא הנכון: חיוני שהדין יכלול אמירה ברורה, ויצור תמריצים מתאימים, לכך שמעסיקים יידעו שעליהם מוטלת האחריות לברר את הדין. אין בכך נטל כבד מדי, שהרי נקודת המוצא הפשוטה היא, כי מעסיק ששוכר את שירותיו של אדם אחר, צריך להעסיק אותו כעובד. מעסיק שמעוניין לחרוג מכך ולהתקשר עם אדם אחר, שאינו עסק בעל לקוחות רבים, בסטטוס של קבלן עצמאי, צריך לדעת שעליו הנטל לברר אם הדין מאפשר זאת, ועליו האחריות אם הוא פעל בניגוד לדין.

זאת ועוד: חשוב להבהיר למעסיקים כי סטטוס אינו עניין של בחירה אלא נקבע לפי המבחנים האובייקטיביים שפותחו בפסיקה. מכאן נובע כי מצב שבו המעסיק מציע לאדם שמתקבל לעבודה שתי חלופות, האחת לעבוד כשכיר והשנייה לעבוד כקבלן עצמאי בתמורה גבוהה יותר, אינו תקין בעליל (בהנחה שמדובר באותה מתכונת של מאפייני התקשרות מהותיים). החלופה השנייה, של התקשרות במתכונת של מזמין-קבלן, מתאימה כאשר המעסיק פונה מלכתחילה לעסק קיים, בעל לקוחות נוספים, ומבקש לקנות ממנו את השירות. בהנחה שזה לא המצב, ומדובר במתכונת של התקשרות עם אדם שאין לו עסק פעיל, ומוזמן לבצע עבודה בהיקף משרה מלא או משמעותי, עם מאפיינים של השתלבות, אזי המעסיק צריך לדעת שאלה יחסי עבודה ואין אפשרות להציע אופציה חלופית. הדין צריך להעביר את המסר הזה באופן ברור וליצור תמריץ שלילי חזק כנגד סיווגים שגויים או שקריים. לכן בכל מצב שבו הוצגה בחירה לעובד בין שתי חלופות משפטיות בהתייחס לאותם מאפייני התקשרות בפועל, יש לקבוע שהמעסיק פעל בחוסר תום-לב.¹¹⁸

על אף האמור לעיל, מן הראוי להכיר בשלוש סיטואציות שיכולות להצדיק הפחתה של הפיצוי העונשי. ראשית, יתכנו מקרים שבהם משפטנים סבירים יכולים להיות חלוקים, מלכתחילה, לגבי השאלה אם מדובר בעובד או קבלן. לדעתי מצבים אלה אינם שכיחים. העובדה שהמבחן משאיר פתח לשיקול דעת וכולל באופן מובנה מידה של עמימות,¹¹⁹ אין משמעה שלא ניתן במרבית המקרים לדעת את הדין ואינה יכולה להיות נימוק להתחמקות שיטתית ממנו. אבל אם נניח מקרה גבולי מאד, של 50%-50% לגבי שאלת הסיווג הנכון (או קרוב לכך), שהוכרע בסוף לטובת סטטוס של עובד – הגיוני שבית הדין יביא בחשבון את הגבוליות של ההכרעה בעת הדיון בגובה הפיצוי העונשי.

שנית, קיימת אפשרות שחל שינוי הדרגתי באופי ההתקשרות, כך שפלוגי שהחל לעבוד כקבלן עצמאי אותנטי, הפסיק במשך השנים את עבודתו עבור לקוחות אחרים והשתלב יותר ויותר אצל המזמין, עד שהפך מבחינה מהותית לעובד. האם במצבים כאלה יש מקום לפטור את המעסיק מפיצוי עונשי, למרות שכשל בזיהוי השינוי ונמנע מתיקון הסיווג של פלוגי? לדעתי גם במצבים כאלה, עקרונית הנטל צריך להיות על המעסיק, שצריך לשאת באחריות לא רק לסווג נכון עובדים מלכתחילה, אלא גם לתקן את הסיווג אם חל שינוי באופי היחסים במהלך תקופת ההתקשרות. ועם זאת, במקרים מיוחדים שבהם בית הדין משתכנע, כי למעסיק קשה היה לדעת על העובדות שהשתנו, ראוי להביא זאת בחשבון לטובתו.

שלישית, ייתכנו מצבים שבהם הדין השתנה תוך כדי תקופת ההעסקה, באופן שהרחיב את היקף ההגדרה של "עובד". במקרים כאלה, קיימת אפשרות שהמעסיק פעל כשורה בעת תחילת ההתקשרות – אולי אף על בסיס ייעוץ משפטי – ולאחר מספר שנים השתנה הדין מבלי שהוא היה מודע לכך או סביר היה לצפות ממנו לברר זאת.¹²⁰ במצבים כאלה ראוי לראות את המעסיק כתם-לב ולהימנע מפיצוי עונשי. עם זאת יש לשים לב לכך שמדובר במצבים יוצאי דופן ונדירים במיוחד. ניתן לומר שהיתה תזוזה בפסיקה בנוגע לנקודת הגבול

¹¹⁷ ראו פרשת **רופא**, הערה 4 לעיל, פסקה 41 לפסק-דינה של השופטת דוידוב-מוטולה; פרשת **ענת עמיר**, הערה 5 לעיל, פסקה 33 לפסק-דינה של השופטת גליקסמן.

¹¹⁸ לפי הנשיא פליטמן, בחירה מעין זו הוצעה לעובדת בפרשת **ענת עמיר**, הערה 5 לעיל (ראו פסקה 23 לפסק-דינו). לאור האמור, קשה לקבל את גישתו שנותנת לגיטימציה להצעת שתי חלופות כאלה. יצוין, כי למעשה כלל לא ברור שבפני העובדת עמדה בחירה. הנשיא פליטמן מסתמך על כך שהחווה בין הצדדים (שמובא בפסקה 2' לפסק-דינו, ונוסח כמובן על-ידי המעסיק) מציג את המבנה המשפטי כבחירה של העובדת. אולם ברור שביחסי עבודה לא ניתן להניח כי האמור בחוזה משקף בהכרח את המציאות, כפי שהסבירה השופטת גליקסמן באותו מקרה, והביאה ראיות רבות לכך שלא היתה בחירה חופשית מצד העובדת בניסיונות המקרה (בפסקאות 61-52 לפסק-דינה).

¹¹⁹ ראו מקורות בהערה 16 לעיל.

¹²⁰ אמנם, אפשר לטעון שהכלל המשפטי צריך ליצור ציפייה מהמעסיק לבדוק מחדש את הסטטוס של המועסקים לפי הדין העדכני מידי שנה (או תקופה אחרת). על פניו נראה לי שסטנדרט כזה יהיה מחמיר מדי, בכל הקשור לשאלת הפיצוי העונשי.

בין עובד לקבלן עצמאי במחצית השנייה של שנות התשעים של המאה הקודמת.¹²¹ לגבי עובדים שהתקבלו לעבודה באותה תקופה או לאחר מכן, אין מקום לטענה של שינוי בדין. לגבי עובדים שהתקבלו לעבודה לפני כן, קודם שפוטרים את המעסיק מאחריות לסיווג השגוי יש לבחון אם לפי הדין במועד תחילת העבודה אכן היתה לו סיבה טובה להניח כי מדובר ביחסי מזמין-קבלן. במצבים חריגים כאלה יש מקום להימנע מפיצוי עונשי או להפחית את הפיצוי העונשי. כמובן שעדיין מגיע לעובד פיצוי על הזכויות שנשללו ממנו, הן הכספיות והן אלה שאינן כספיות – החל מהמועד בו השתנה הדין לטובתו.

1. סיכום

סיווג שגוי של עובדים כקבלנים – בין אם נעשה בטעות או במועד ובמכוון – הוא בעיה שכחה, בישראל כמו במדינות רבות אחרות, עם השלכות קשות עבור העובדים.¹²² בשל בעיית האכיפה השלטת בתחום העבודה,¹²³ ההשלכות אינן רק על הצדדים שעניינם מגיע לבתי הדין לעבודה. ישנם מקרים רבים שבהם העובדים הנפגעים אינם תובעים, ולכן ישנה חשיבות רבה במיוחד לקביעת הדין באופן שיצור תמריצים למעסיקים לפעול כראוי ולהימנע מסיווג שגוי.

בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה התגבשה הסכמה, לפיה במקרים של סיווג שגוי חישוב הזכויות יבוצע לא על-פי התמורה שקיבל העובד כקבלן, אלא לפי השכר שהיה מקבל אילו היה מוגדר מלכתחילה עובד. ניתן להבין את ההיגיון בהחלטה זו; אולם יש להיזהר מפני מסקנה מהירה מדי בדבר קיומה של "דלתא" בין התמורה הקבלנית לשכר, רק על בסיס קביעה בעניין זה בחוזה שנוסח על-ידי המעסיק. ישנם מקרים שבהם הסיווג השגוי אינו מגיע עם תמורה גבוהה יותר, ואז אין הצדקה לחשב את הזכויות על בסיס שכר נמוך יותר מזה ששולם בפועל. בהנחה שישנן ראיות ממשיות לקיום דלתא, ומחשבים את הזכויות לפי שכר נמוך יותר מהתמורה הקבלנית ששולמה, מתעוררת שאלת הקיזוז. לצד שאלה זו – שבה התמקדה המחלוקת בפסיקה – מתעוררות שתי שאלות נוספות, שאינן תלויות כלל בקיומה של דלתא. ראשית, מהו הפיצוי הראוי בגין הזכויות הלא-ממוניות, שהגיעו לעובד אך הוא לא נהנה מהן במהלך תקופת העבודה בשל הסיווג השגוי. שנית, האם יש מקום לפסוק פיצוי עונשי-הרתעתי בשל הסיווג השגוי.

בבית הדין הארצי שורר קונצנזוס, במישור העקרוני, בדבר חשיבותה של הקוגנטיות בדיני עבודה. אולם ניתוח ההבדלים בין שתי הגישות המתחרות בשאלת הקיזוז – הגישה ההרתעתית והגישה החישובית – חשף כי למעשה קיימים חילוקי דעות של ממש בעניין בסיסי זה. חלק מהשופטים, אף שאינם אומרים זאת במפורש, מוכנים למעשה לקבל "מכירה" של זכויות קוגנטיות – ואף מכירה של כלל הזכויות שבאות ביחד עם הסטטוס של עובד – כל עוד היא נעשית מרצונו החופשי של העובד. פרקים ב-ג' של המאמר הוקדשו לבחינה ביקורתית של גישה זו. טענתי, כי גם אם נניח ויתור מרצון חופשי (דבר שיש לפקפק בו ולדרוש ראיות של ממש להוכחתו), יש מקום לשמור על הקוגנטיות ולמנוע עסקאות מעין אלה – זאת מסיבות של פטרנליזם, הגנה על צדדים שלישיים ושיקולים מסדר שני. כך ברוב המקרים כאשר מדובר במכירה של זכות ספציפית, וכך באופן מוחלט כאשר מדובר במכירת סטטוס עובד עם כל "חבילת" הזכויות של דיני העבודה.

על בסיס דיון זה דחיתי את נקודת המוצא של הגישה החישובית, שמקלה ראש בויתור על זכויות קוגנטיות. עם זאת, יש מידה רבה של צדק בטענה של הגישה החישובית, בזכות ביצוע קיזוז בכל הקשור לזכויות שהן כספיות גרידא. בעניין זה ניתן לומר כי "כסף הוא כסף" ואין הבדל ממשי, מבחינת העובד, אם קיבל סכום כסף כזכויות של עובד או כחלק מהתמורה של קבלן. הגיוני בהחלט להביא בחשבון את סכום הדלתא ולראותו כאילו שולם הלכה למעשה כנגד זכויות כספיות שהגיעו לעובד מכוח דיני העבודה.

את המחצית השנייה של המאמר (פרקים ד'-ה') הקדשתי לדיון בפיצוי הנדרש מעבר לתשלום המגיע בגין הזכויות הכספיות. תחילה עמדתי על המרכיבים השונים של הנזק הלא-ממוני שנגרם לעובד. ביקרתי את הגישה החישובית, שהלכה למעשה התעלמה לחלוטין מזכויות אלה, אף שמדובר בנזק ממשי שנגרם לעובד בשל הסיווג השגוי. אף שאין מנוס משימוש בדרך האומדן בתחום זה, הצעתי מספר דרכים להעריך את הנזק

¹²¹ מגמה זו באה לידי ביטוי, למשל, בדנג"ץ 4601/95 סרוסי חי יוסף נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד נב(4) 817 (1998), ובע"ע 300274/96 שאול צדקא – מדינת ישראל-גל"צ, פד"ע לו 625 (2001).

¹²² ראו פרשת רופא, הערה 4 לעיל, פסקאות 38-40 לפסק-דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

¹²³ ראו Davidov, הערה 17 לעיל; DAVIDOV, הערה 40 לעיל, פרק 9.

(והפיצוי הראוי) בצורה מבוססת יותר מאשר זו שננקטה על-ידי שופטי הגישה ההרתעתית. לבסוף בחנתי את הדרכים להשגת הרתעה, והצעתי פרמטרים לקביעת שיעור הפיצוי העונשי הראוי, על בסיס תום הלב של הצדדים. במסגרת זו הראיתי, כי במרבית המקרים אין לתת חשיבות לשאלה מי יזם את צורת ההתקשרות, שכן למעסיק יש אחריות לכך; כי המעסיק אינו תם-לב אם הוא הרוויח מצורת ההתקשרות, דבר שככלל נכון אם הדלתא קטנה מ-50% במקום עבודה לא מאורגן או 60% במקום מאורגן; וכי בדרך כלל אין להכיר בטענה של "אי ידיעת הדין" מצד המעסיק.

הפתרון המוצע במאמר לסוגיית השלכות ההתניה על סטטוס משלב אלמנטים משתי הגישות בפסיקה, ובמובן מסוים יכול להתקבל כ"פשרה" בין שתיהן. באותה עת, בהיבטים מסוימים הניתוח במאמר מבקר את שתי הגישות גם יחד. לצד זאת, הדיון שנכלל במאמר לגבי הקוגנטיות והאפשרות לחרוג ממנה יכול לשמש גם לבחינת סוגיות נוספות, ומחקרי המשך, שקשורים לגבולות הקוגנטיות.

ז. נספח: תחשיב העלות למעסיק בהעסקה של "עובד" לעומת קבלן (זכויות כספיות בלבד) (בסוגריים מרובעים: תחשיב ההפסד לעובד, ככל שהוא שונה)

הערה כללית: במקומות שבהם השיעור האחוזי של העלות תלוי בגובה השכר ו/או בוותק בעבודה, בוצע החישוב על בסיס הנתונים של עובד ממוצע: ותק של 10 שנים,¹²⁴ שכר של 10,474 ש"ח.¹²⁵

פיצויי פיטורים: 8.33%

יש להבהיר כי סכום זה משולם ברובו גם במקרה של התפטרות, וזאת כחלק מההפקדה לקרן פנסיה שאינה מוחזרת למעסיק, בהתאם לצו ההרחבה לפנסיה חובה.

הפקדה לפנסיה: 6.5%

יש לציין כי בפסיקה צוין בדרך כלל סכום נמוך יותר ברכיב זה, בהתאם לחובת ההפקדה שהיתה נהוגה בעת מתן פסק הדין, ועלתה בהדרגה עד 6.5% כיום.

[מבחינת ההפסד לעובד, בפרשת ענת עמיר ציינה השופטת גליקסמן כי הוא גבוה בהרבה מסכום ההפקדה של המעסיק.¹²⁶ אכן, שווי הזכויות הפנסיונית כולל ריבית ורווחי השקעה בשוק ההון, וכן את עצם הביטוח הפנסיוני – שכולל גם ביטוח למצבים של נכות (או אובדן כושר עבודה) או מוות (בזכות הזכאות לשארים בקרן פנסיה, או מרכיב של ביטוח חיים במסגרת ביטוחי מנהלים). לאור זאת, אם בשל הסיווג השגוי אין לעובד חיסכון לפנסיה בגין שנות עבודתו אצל המעסיק, הנזק עבורו גדול בהרבה מההפסד של שווי הפקדות המעסיק. עם זאת, לצורך חישוב המחיר המינימלי של ההפסד לעובד, ניתן להניח שהעובד חוסך באופן עצמאי לפנסיה, ומפריש עבור עצמו את מלוא הסכומים שאמור היה להפריש המעסיק. במקרה כזה, ההפסד הוא רק בשיעור של 6.5% ברכיב זה (זהה לגובה העלות למעסיק). לעומת זאת כאשר רוצים לבחון את ההפסד המלא לעובד כתוצאה מהסיווג השגוי, יש מקום לבחון אם בוצעה בפועל הפקדה לפנסיה על-ידו, ואם לא, הנזק הוא רב בהרבה, ודורש חישוב אקטוארי.¹²⁷]

דמי חופשה: בין 4.38% ל-8.5%, בהתאם לוותק העובד והמקובל במקום העבודה. לעובד ממוצע 7.53%. בפרשת רופא ציינה השופטת דוידוב-מוטולה כי רכיב זה נע בין 4% ל-8.33%.¹²⁸ מנגד, הנשיא פליטמן בפרשת ענת עמיר חישב רכיב זה כ-4% בלבד.¹²⁹ כפי שציינה בצדק השופטת גליקסמן בפרשה זו, השיעור גבוה יותר כאשר מדובר בעובדים ותיקים יותר.¹³⁰ לפי חוק חופשה שנתית, הזכאות בחמש שנות העבודה הראשונות היא ל-16 ימי חופשה (כולל שישי ושבת). 16 ימים מתוך 365 ימים בשנה הם 4.38%. אולם הזכאות לפי החוק הולכת וגדלה עם הוותק, עד כדי 28 ימים בשנה לעובדים 14 שנים ומעלה. לגבי עובדים שעליהם חל צו ההרחבה למעבר ל-5 ימים בשבוע – חלק ניכר מהעובדים במשק – שיעור זה אף עולה עד 23 ימי עבודה, שהם 31 ימים קלנדריים, לעובדים 9 שנים ומעלה. ישנם גם מקומות עבודה שמקנים זכויות משופרות לחופשה מעבר למינימום הקבוע בחוק. במקרה של 31 ימי חופשה, השיעור מתוך 365 ימים בשנה הוא 8.5%.

לעובד עם ותק ממוצע של 10 שנים, הזכאות היא ל-24 ימים (כולל שישי ושבת) לפי החוק (6.57% מהשכר), או 31 ימים לפי צו ההרחבה (8.5% מהשכר). לצורך החישוב הכללי המובא כאן, יובא בחשבון הממוצע בין שני אלה, שעומד על 7.53%.

דמי מחלה: 2% בממוצע.

¹²⁴ רונית נדיב, ותק במקום העבודה וניידות תעסוקתית בישראל (משרד התמ"ת – דפי מידע בנושא שוק העבודה, 2004). לפי מחקר זה הוותק הממוצע בעבודה עומד בישראל על 9.7 שנים. למיטב ידיעתי אין בנמצא נתון עדכני יותר.

¹²⁵ נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לשנת 2018, זמין ב: https://www.cbs.gov.il/he/mediarelease/DocLib/2019/077/26_19_077b.pdf

¹²⁶ בפסקה 46 לפסק דינה.

¹²⁷ בהקשר זה יש לציין, כי מאז 2017 חלה חובת הפרשה לקרן פנסיה גם על עובדים עצמאים, אם כי החובה היא בשיעורים נמוכים יותר. ראו סעיף 3 לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנות התקציב 2017 ו-2018), תשע"ז-2016.

¹²⁸ בפסקה 65 לפסק-דינה.

¹²⁹ בפסקה 28 לפסק-דינו.

¹³⁰ בפסקה 65 לפסק-דינה.

בפרשת **רופא**, שופטי הגישה ההרתעתית העריכו את העלות של רכיב זה ב-2.0%¹³¹ מנגד טען הנשיא פליטמן בפרשת **ענת עמיר**,¹³² כי השכר החלופי שהיה מקבל המועסק אילו הוגדר מלכתחילה "עובד" כולל כבר בתוכו את דמי המחלה המגיעים לפי דין – כלומר את האפשרות להעדר מהעבודה בתשלום במקרה של מחלה. הסיבה לפער בין שתי הגישות היא הנחה עובדתית שונה לגבי השאלה אם התמורה לקבלן משתלמת גם בימים של מחלה. הגיוני להניח שלא: בפרשת **ענת עמיר**, למשל, עולה מהעובדות שהתשלום בוצע לפי תעריף ליום עבודה בפועל,¹³³ וממילא העובדת לא קיבלה תשלום במקרה של מחלה. במצב כזה, ברור שהמעסיק חוסך את התשלום במקרה של מחלה – בהשוואה למה שהיה אמור לשלם לפי חוק דמי מחלה – והעובד נפגע כספית באותו שיעור. תיאורטית ייתכנו גם מקרים שבהם התמורה שמקבל העובד כ"קבלן" היא תמורה חודשית קבועה – כפי שהיה למשל בפרשת **רופא**.¹³⁴ אבל במקרים כאלה, השאלה היא האם התמורה תמשיך להיות זהה גם במקרה שבו העובד חולה לתקופה ממושכת. סביר להניח שלא. לשון אחר: ברור שיש עלות עבור המעסיק לחוק דמי מחלה, חוק המאפשר היעדרות בתשלום במקרה של מחלה. האם המעסיק חוסך עלות זו כאשר הוא מסווג את העובד כקבלן עצמאי? בהנחה (הסבירה) שהתשלום למועסק המוגדר כקבלן מבוצע לפי ימי עבודה בפועל, ולא כולל תשלום על ימי היעדרות בשל מחלה, התשובה היא חיובית. ובאופן מקביל, קיים הפסד לעובד, שלא מקבל תשלום על ימי המחלה שלו. מספר ימי המחלה להם זכאי עובד לפי חוק דמי מחלה עומד על 18 בשנה, כאשר בענפים מסוימים נקבעו זכויות גבוהות יותר. אולם העלות בפועל למעסיק – וכן ההפסד לעובד שלא מקבל זכות זו – תלויים במספר ימי המחלה שניצל העובד הספציפי, ולא בזכאות המקסימלית. ישנן שתי דרכים אפשריות להערכת העלות. ראשית, לפי נתונים שנאספו על-ידי גופים בינלאומיים, הניצול של ימי מחלה בישראל עומד על כ-4 ימי עבודה בשנה,¹³⁵ שהם 1.54% מהשכר (על בסיס 260 ימי עבודה בשנה). אפשרות שניה היא להעריך את העלות בעזרת העובדה שחוק דמי מחלה מאפשר למעסיקים לרכוש ביטוח דמי מחלה, ובמקרה כזה התשלום בעת מחלה מבוצע על-ידי חברת הביטוח. דמי הביטוח משקפים את ההסתברות לניצול ימי מחלה, ועומדים ככל הנראה על סך שבין 1.6% ל-2.5% מהשכר.¹³⁶ לאור זאת, הערכה של 2% בממוצע נראית סבירה.

דמי חגים : 2.46%

בפרשת **רופא**, דעת הרוב (הגישת ההרתעתית) לא ציינה דמי חגים כחלק מהתחשיב. בפרשת **ענת עמיר** השופטת גליקסמן טענה כי יש להביא בחשבון גם מרכיב זה.¹³⁷ מנגד טען הנשיא פליטמן את אותה טענה שהעלה לגבי דמי מחלה, היינו שהתשלום עבור חגים כבר כלול ב"שכר החלופי".¹³⁸ הדיון דלעיל בנוגע לדמי מחלה חל גם כאן, והמסקנה הזוהה היא שיש להביא בחשבון גם מרכיב זה. זאת בהנחה שהתמורה שמקבל המועסק כקבלן הינה לפי ימי או שעות עבודה בפועל, ולא תמורה חודשית קבועה שאינה משתנה כאשר החודש כולל ימי חג. כמובן שאם בנסיבות מקרה ספציפי הנחה זו אינה מתקיימת, יש לשנות את התחשיב בהתאם.

לפי צו הרחבה כללי משנת 2000, עובדים שאינם מקבלים שכר חודשי זכאים לתשלום בגין ימי חג, בהנחה שעבדו בימים שלפני ואחרי החג.¹³⁹ זאת בהתייחס ל-9 ימי חגים (לעובדים יהודים). כלומר, במהלך כל שנה שלמה, מעסיק של "עובד" צריך לשלם את שכרו הרגיל ב-9 ימים שבהם העובד נעדר מעבודתו בשל

¹³¹ בפסקה 65 לפסק-דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

¹³² בפסקה 33 לפסק-דינו.

¹³³ פסקה 2(ג) לפסק-דינו של הנשיא פליטמן.

¹³⁴ פסקה 3 לפסק-דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

¹³⁵ לפי דו"ח של ה-OECD, בשנת 2017 מספר ימי ההיעדרות מעבודה בשל מחלה בישראל עמד על 3.8 בשנה. בשנים 2013 עד 2016 נע מספר ימי ההיעדרות בין 4.2 ל-4.6 בשנה. ראו OECD.Stat, Absence From Work Due to Illness, מספר ימי ההיעדרות ממחלה של עובדים בישראל עמד ב-2015 על 4 ימים בשנה, ובמהלך 20 השנים שבין 1995 ל-2015 נע בין 3.5 ל-5 ימים. ראו World Health Organization, Absenteeism From Work Due to Illness, https://gateway.euro.who.int/en/indicators/hfa_411-2700-absenteeism-from-work-due-to-illness-days-per-employee-per-year/visualizations/#id=19398.

¹³⁶ ראו למשל תקנון קרן עמיתים, <https://www.amitim.com/wp-content/uploads/2017/10/Takanon-kupatgemel-haklaim-2017.pdf>; (2.5%); תקנון קרן מקפת, <https://www.migdal.co.il/He/MigdalMakefet/Solutions/Documents/Regulations/KupatGemelMahala.pdf>; (2.5%); ולצד זאת אפשרות לחסכון, לכאורה, של עד 40% מהסכום הנהוג בקרנות הוותיקות באמצעות סוכנות ביטוח, <https://www.lcc-ins.com/116572>; ביטוח-דמי-מחלה.

¹³⁷ בפסקה 65 לפסק-דינה.

¹³⁸ בפסקה 33 לפסק-דינו.

¹³⁹ צו הרחבה – הסכם מסגרת 2000 מיום 7.6.2000, <https://employment.molsa.gov.il/Employment/WorkRights/ExtesionsOrders/H2.pdf>.

חג – חובה שלא חלה כאשר המועסק מוגדר כקבלן. מתוך 365 ימים בשנה,¹⁴⁰ מדובר ב-2.46% מהימים. לשון אחר, לעובד שכיר, התגמול עבור ימי חג שווה ל-2.46% משכרו – וזוהי גם העלות למעסיק.

דמי הבראה: תלוי בוותק ובגובה השכר; 2.1% לעובד ממוצע.

לפי דעת הרוב בפרשת **רופא**, יש לכלול בתחשיב 2% עבור דמי הבראה.¹⁴¹ הנשיא פליטמן חישב זאת בפרשת **ענת עמיר** כ-2.5%.¹⁴² מהו השיעור הנכון? דמי הבראה משולמים לכלל העובדים במשק, לאחר שהשלימו שנת עבודה מלאה במקום העבודה, בהתאם לצו הרחבה כללי.¹⁴³ בחלק ממקומות העבודה קיימים הסדרים מיטיבים, מבחינת מספר ימי הבראה או התעריף לכל יום. בהנחה שאין הסדר מיטיב כזה, התעריף ליום הבראה נכון ל-2018 הוא 378 ש"ח ליום במגזר הפרטי, 426 ש"ח ליום במגזר הציבורי; ומספר הימים מתחיל מחמישה ימי הבראה, עם ותק של שנה אחת, ועולה עד עשרה ימי הבראה עם ותק של 20 שנות עבודה ומעלה. במשך תקופה משמעותית, כאשר העובד עם ותק שבין ארבע לעשר שנים, הזכאות היא לשבעה ימי הבראה.

לעובד ממוצע עם ותק של עשר שנים במשרה מלאה, דמי הבראה השנתיים עומדים על 2646 ש"ח, שהם 220.5 ש"ח לחודש. נכון ל-2018, דמי הבראה עבור עובד כזה עומדים על 2.1% מהשכר הממוצע.

החזר הוצאות נסיעה: תלוי במרחק מהעבודה ובגובה השכר; 2.18% לעובד ממוצע.

בפרשת **רופא** הוזכרו דמי נסיעות כרכיב שיש צורך לכלול בתחשיב, אך מבלי להעריך את שיעורם באחוזים מהשכר.¹⁴⁴ הנשיא פליטמן העריך אותם בפרשת **ענת עמיר** בשיעור של 4% מהשכר.¹⁴⁵ גם החזר הוצאות הנסיעה הוא רכיב ששיעורו שונה ממקום עבודה אחד למשנהו, וכן נקבע בשקלים ולא כאחוז מהשכר. לכן גם רכיב זה קשה להערכה. המינימום הוא התעריף שנקבע בצו ההרחבה הכללי בנושא, שלפיו מגיע החזר של 22.60 ש"ח ליום, אך לא יותר מהתעריף של כרטיס "חופשי חודשי" שמתאים להגעת העובד ממקום מגוריו למקום העבודה. העלות של כרטיס כזה עומדת נכון למועד הכתיבה על סך של 213 ש"ח בתוך הערים הגדולות וסביבתן הקרובה, 243 ש"ח בסביבה המעט רחוקה יותר.¹⁴⁶ לפי הממוצע בין סכומים אלה, בהשוואה לשכר הממוצע, מדובר בשיעור של 2.18% מהשכר. ייתכן שהשיעור הגבוה יותר שבו נקב הנשיא פליטמן נובע מכך שמעסיקים רבים נוהגים לשלם החזר בסכומים גבוהים יותר, שנועדו לפצות על הוצאות נסיעה ברכב פרטי שגבוהות בהרבה מהעלות של תחבורה ציבורית. כמו כן, לעיתים כרטיס "חופשי חודשי" אחד אינו מספיק, כאשר עובד מתגורר במקום מרוחק או מבודד יחסית. אולם למיטב ידיעתי אין בנמצא נתונים על השיעור הממוצע של הוצאות הנסיעה במשק.

קרן השתלמות: 7.5% (למעט במקומות העבודה בהם אין זכות כזו).

בתחשיב שערך הנשיא פליטמן בפסקי הדין שלו, הוא התעלם מרכיב זה, ללא הנמקה. בפועל, חלק משמעותי מהעובדים נהנה מזכות זו. אמנם, השיעור הכולל של העובדים שזכאים – מכוח חוזה אישי או הסכם קיבוצי – לקרן השתלמות, עומד על 34% בלבד. עם זאת, השיעור עולה משמעותית ככל שמדובר בעובדים שהכנסתם גבוהה יותר. בעשירון השמיני, השיעור עומד על 62%, בעשירון התשיעי על 80%, ובעשירון העשירי 93% מהעובדים נהנים מקרן השתלמות.¹⁴⁷ מאחר שעובדים בכירים הם אלה שנוטים יותר להיות מסווגים כקבלנים עצמאיים, ראוי להניח לצורך תחשיב כללי – שאינו מתייחס למקרה ספציפי – כי עובד שסווג כקבלן עצמאי מפסיד את ההטבה הזו, והמעסיק מצידו חוסך את ההוצאה הזו. גובה הפקדות המעסיק לקרן השתלמות הוא 7.5%.

תשלום חלק המעסיק למוסד לביטוח לאומי: תלוי בגובה השכר; 5.22% לעובד ממוצע.

¹⁴⁰ מתוך תשעת ימי החג, שמונה הם חגים דתיים שיכולים ליפול גם על ימי שישי-שבת, ולכן החישוב הוא מתוך 365 ימים ולא מתוך ימי העבודה.

¹⁴¹ בפסקה 65 לפסק-דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

¹⁴² בפסקה 28 לפסק-דינו.

¹⁴³ צו הרחבה בדבר השתתפות המעביד בהוצאות הבראה ונופש מיום 19.12.2016, <https://employment.molsa.gov.il/Employment/WorkRights/ExtesionsOrders/H101.pdf>.

¹⁴⁴ בפסקה 65 לפסק-דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

¹⁴⁵ שם, בפסקה 28.

¹⁴⁶ למחירי אגד ראו: <http://www.egged.co.il>/מאמר-801-חופשי-חודשי-שבועי-ויומי.aspx. למחירי דן ראו: <https://www.dan.co.il/pages/1351.aspx>.

¹⁴⁷ ראו משרד האוצר, דו"ח הכנסות המדינה לשנים 2015-2016, פרק ד': תחזית הטבות המס לשנת 2018, עמ' 21. נגיש ב: https://mof.gov.il/ChiefEcon/StateRevenues/StateRevenuesReport/DocLib/2015-2016/Report2015-2016_04.PDF.

לגבי התשלום לביטוח לאומי הובא בחשבון לפי דעת הרוב בפרשת **רופא** סכום של 4.98% מהשכר.¹⁴⁸ מנגד טען הנשיא פליטמן בפרשת **ענת עמיר**,¹⁴⁹ כי מאחר שנקבע בדיעבד שמדובר בעובד, ממילא עומדות לו הזכויות לדמי אבטלה, ולעניין זכאות לדמי לידה, הרי אלה משתלמים גם לעצמאית ואף שולמו לפי התמורה הגבוהה יותר שקיבלה כקבלן עצמאי. אולם גם כאן, מדובר בחסכון משמעותי למעסיק, ומנגד הפסד לעובד בשל הגדרתו כקבלן. דמי הביטוח הלאומי שמשלם מעסיק עבור עובד שכיר הם 3.55% מהשכר שעד 60% השכר הממוצע (נכון למועד הכתיבה, 6164 ש"ח), ו-7.60% מהשכר שמעבר לכך ועד התקרה (שעומדת נכון למועד הכתיבה על 43,890 ש"ח).¹⁵⁰ כאשר העובד מוגדר כקבלן עצמאי, המעסיק חוסך את ההוצאה הזו. אם נניח עובד בעל שכר ממוצע, אזי חישוב מהיר מגלה כי דמי הביטוח הלאומי שהמעסיק צריך לשלם עבור עובד שכיר, וחוסך במקרה של סיווג שגוי, עומדים על 5.22% מהשכר. [לצורך חישוב ההפסד לעובד יש להביא בחשבון את העבודה שהעובד צריך לשלם בעצמו, כעצמאי, דמי ביטוח של 2.87% על ההכנסה שעד 60% מהשכר הממוצע, ו-12.83% על חלק ההכנסה שמעבר לכך ועד לתקרה הנ"ל. זאת כאשר כעובד שכיר, הסכום המנוכה משכרו לטובת ביטוח לאומי עומד על 0.40% בלבד על החלק שעד 60% מהשכר הממוצע, ו-7% על השכר שמעבר לכך. אם כן, ההפסד מבחינת העובד עומד על 2.47% על חלק ההכנסה הנמוך ו-5.83% על החלק הגבוה. לעובד בעל שכר ממוצע, מדובר בהפסד של 3.85% מהשכר.]

שעות נוספות : בהתאם לביצוע בפועל.

חלק ניכר מהעובדים במשק מועסק במסגרת שעות נוספות ומקבל תמורה נוספת בשכר בשל כך. אדם המסווג באופן שגוי כקבלן לא יהנה מזכות כספית זו. אם הוא מקבל את התמורה לפי יום עבודה או לפי חודש, ייתכן שאין שיטה זו מביאה בחשבון את מספר שעות העבודה בפועל. אם הוא מקבל את התמורה לפי שעות, הוא לא יקבל תוספת של גמול שעות נוספות בגין שעות אלה – בניגוד לעובד שכיר. מן הראוי להביא גם רכיב זה בחשבון, אם יש נתונים לגבי העובד הספציפי. למיטב ידיעתי אין בנמצא נתונים על מספר שעות העבודה הנוספות הממוצע במשק.

סך הכל עלות הזכויות הכספיות למעסיק (לפי עובד ממוצע; לא כולל שעות נוספות): 43.82% מהשכר.
סך הכל ההפסד לעובד עצמו כתוצאה מהסיווג השגוי (לעובד ממוצע; בהתייחס לזכויות כספיות בלבד; וכן לא כולל שעות נוספות; ובהנחה שדאג לעצמו לחסכון פנסיוני): 42.45% מהשכר.

¹⁴⁸ בפסקה 65 לפסק-דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

¹⁴⁹ בפסקה 33 לפסק-דינו.

¹⁵⁰ שיעור דמי הביטוח הלאומי קבוע בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, לוח י"י.