

התניה על סטטוס "עובד" והשלכותיה

מאת

גיא דוידוב*

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" שהוא שער הכניסה למכלול הזכויות. בשנים האחרונות התעוררה מחלוקת קשה במקרים שבהם לפי מבחני הפסיקה ההתקשרות היא של יחסי עבודה, אולם ההסכם בין הצדדים שהציג את ההתקשרות כיחסי מזמין-קבלן עצמאי העניק למועסק תמורה גבוהה מזו שהיה מקבל כ"עובד". השאלה המרכזית שעוררה מחלוקת בין השופטים היא אם לאפשר קיזוז של הסכום ששילם המעסיק "בעודף" 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 והמתנגדת בדרך כלל לקיזוז – אינה מבחינה בין הצורך בפיצוי על הפרת החובות הלא-ממוניות לבין הצורך בפיצוי עונשי הרתעתית, ומובילה לתוצאות בעייתיות. המאמר מציע דרכים לחישוב הפיצוי הראוי בגין שלילת הזכויות הלא-ממוניות (בשל הסיווג השגוי) וכן דרכים להשגת הרתעה, אשר מחייבות בין השאר את 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-ממוניות. ה. דרכים להשגת הרתעה. 1. מי יזם את צורת ההתקשרות; 2. מי הרוויח מצורת ההתקשרות. ו. סיכום. ז. נספח: תחשיב העלות למעסיק בהעסקה של "עובד" לעומת קבלן (זכויות כספיות בלבד).

* פרופסור מן המניין, הקתדרה לדיני עבודה ע"ש אליאס ליברמן, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי לאיתי זיר-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).

מבוא

כלל יסוד של דיני העבודה הוא הקוגנטיות של חוקי המגן: לא ניתן להתנות עליהם.¹ סעיף בחוזה שבו הצדדים מסכימים כי שכרו של עובד יהיה נמוך משכר המינימום הוא חסר תוקף, וכך גם כאשר לשורה 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 נמוך 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", בשונה מקבלן עצמאי. אם יוכלו הצדדים לבחור להגדיר אדם בחוזה כקבלן עצמאי, ובכך להתחמק מתחולת כל חוקי המגן, לא תהיה משמעות לקוגנטיות של חוקים אלה. לשון אחר: אם החוק מבקש למנוע התחמקות מהוראותיו, ברור שלא די באיסור התניה על הסעיף הקובע את שיעור שכר המינימום, אלא יש הכרח גם באיסור על התחמקות מתחולת החוק בדרך של התניה על הסטטוס של עובד. 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, וזה קובע כי הסטטוס הנכון הוא של עובד. במצב כזה אין ספק, בשל עקרונות היסוד שאוזכרו לעיל, כי יש להיענות לתביעתו של פלוני לקבלת זכויות מכוח חוקי המגן, שמגיעות 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 אם לקבל טענה מצד המעסיק לקיזוז סכומים אשר פלוני קיבל ביתר על בסיס ההנחה כי הוא קבלן, סכומים שלא היה מקבל אילו הגדירוהו הצדדים מלכתחילה "עובד".³ בתוך כך הייתה המחלוקת גם

1 ראו למשל ס' 12 לחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987; דב"ע (ארצי) לג/12-3 צ'יבוטורו – אברהם, פד"ע ד 173 (1972). 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).

2 ראו למשל דב"ע (ארצי) לא/3-27 עירית נתניה – בירגר, פד"ע ג 177 (1971). לסקירה השוואתית, ראו Guy Davidov, Mark Freedland & Nicola Kountouris, *The Subjects of Labor Law: "Employees" and Other Workers*, COMPARATIVE LABOR LAW 115 (Matthew W. Finkin & Guy Mundlak eds., 2015).

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

על השאלה מהי הסנקצייה המתאימה, אם בכלל, שיש להשית על המעסיק בשל הסיווג השגוי. מטרתו של מאמר זה היא 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. אומנם נקבע כי את זכויות העובד יש לחשב לפי השכר הנמוך יותר שהיה מקבל אילו נחשב מלכתחילה עובד, אולם כברירת מחדל נקבע כי אין מקום להתחשבות לאחור, כלומר אין מקום לקיזוז הסכום העודף שקיבל העובד על סמך 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 הוא מבקש ליהנות גם מזכויות של עובד), ונוסף על זה, הפער בין הסכום שהוא קיבל כקבלן לבין מה שהיה מקבל כעובד גדול (ככלל, 50% לפחות, ולכן תשלומי המעסיק במהלך תקופת ההתקשרות לא היו נמוכים 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 היה חייב לדעת עליו, לבין מקרים שבהם הסיווג הנכון אינו חד-משמעי. במקרה הראשון אין מקום לקיזוז, ויתרה מזאת, יש לחשב את זכויותיו של העובד לפי התמורה שקיבל כקבלן כדי להשיג הרתעה מרבית. אבל כאשר הסיווג אינו חד-משמעי, או לפחות לא היה כזה בעת תחילת היחסים, יש לאפשר קיזוז בכל מקרה שבו 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 לפיה הסיווג היה שגוי.⁵ יש לציין כי בפועל יושמה גישה זו באופן שממהר לאפשר קיזוז ומתעלם, הלכה

4 גישה זו פותחה לראשונה בפירוט בפסק דינו של הנשיא אדלר בע"ע (ארצי) 300256/98 איזיק – תה"ל תכנון המים לישראל בע"מ, פד"ע לו 817 (2002). הביטוי המלא והעדכני של גישה זו, כולל הצדקה מפורטת, מופיע בפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה בע"ע (ארצי) 110/10 רופא – מרקם סוכנות לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 22.12.2011). בית הדין הארצי פסק לפי הגישה ההרתעתית בפרשות איזיק ורופא (שם), וכן בע"ע (ארצי) 300267/98 טויטו – מ.ש.ב. הנדסת קירור ומיזוג אויר (1965) בע"מ, פד"ע לו 354 (2002); ע"ע (ארצי) 1466/04 תדיראן בע"מ – קרסנטי (פורסם בנבו, 15.4.2007); ע"ע (ארצי) 99/06 מרכז קהילתי אזורי רמת הגולן – יפהר (פורסם בנבו, 24.6.2007); ע"ע (ארצי) 570/07 סיברמן – מקורות חברת מים בע"מ (פורסם בנבו, 24.12.2009); ע"ע (ארצי) 450/07 גלובוס גרופ בע"מ – מלכא (פורסם בנבו, 7.3.2010); ע"ע (ארצי) 308-08 עברון – אנוש מערכות ניהול והנדסה חברה בע"מ (פורסם בנבו, 20.1.2011); ע"ע (ארצי) 14122-07-10 מכללת רמת גן – פרייס (פורסם בנבו, 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 בעניין עברון (שם). בית הדין הארצי פסק לפי הגישה החישובית בע"ע (ארצי) 3575-10-11 עמיר – חברת החדשות הישראלית בע"מ (פורסם בנבו, 21.1.2015), ואשרר זאת אגב אורחא בע"ע (ארצי) 56745-02-13 חברת החדשות הישראלית – צרפתי (פורסם בנבו, 14.2.2016). בגישה זו הביעו תמיכה בבית הדין הארצי הנשיא פליטמן והשופטת (במינוי זמני בארצי) אנגלברג-שהם בלבד. במקרה נוסף – ע"ע (ארצי) 55425-09-11

למעשה, מהשלב הראשון שלפיו תנאי מוקדם לכך הוא שהסיווג אינו חד-משמעי. למשל, לא ברור כיצד ניתן לראות בעוזרת במאי בחברת החדשות, שהיו לה כל המאפיינים הרגילים של "עובדת", מקרה של סיווג שאינו חד-משמעי.⁶ אבל לצורך הדיון במאמר אניח כי הגישה החישובית כוללת גם את המרכיב המוצהר הזה, אף אם השופטים התומכים באותה גישה לא יישמו אותה.

למען שלמות התמונה ייאמר 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 נסב הדיון בפסיקה העכשווית של בית הדין הארצי. כמו כן לא אתייחס במאמר זה לשאלת הבסיס החוקי של הקיזוז, שאף היא עוררה מחלוקת בפסיקה. לצורך ביצוע קיזוז נדרש שיהיה חיוב כספי של העובד כלפי המעסיק,⁸

גוטמן – שיכון ובינוי אחזקות בע"מ (פורסם בנבו, 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% הוא כלי עזר בלבד ולא כלל טכני מספרי נוקשה (ראו פסק דינה של השופטת גליקסמן בעניין עמיר, שם, פס' 1).

6 ראו שם. כפי שציין הנשיא פליטמן עצמו (שם, פס' 11): "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; מטלותיה כללו בין השאר הכשרת עובדים חדשים; לא הייתה לה תעסוקה נוספת אלא בהיקף מצומצם על בסיס אקראי; היא אף ביקשה כמה 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" (שם, פס' 23). השופטת גליקסמן ביקרה (שם, פס' 51–61) את המסקנה כי הייתה לעובדת בחירה חופשית בנושא, ונימקה זאת במפורט. אך גם אם נניח כי הייתה בחירה כזו, קשה להבין מדוע ניתן משקל משמעותי לכך בקביעת הסטטוס. השאלה כיצד ראו הצדדים עצמם את היחסים רלוונטיים 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 (ארצי) 300021/98 טריינין – חריש, פד"ע לז 433 (2002)). לדוגמה נוספת, אם כי בוטה מעט פחות, להתעלמות מהשלב הראשון, ראו עניין צרפתי (לעיל ה"ש 5) שעסקה במקליט/איש סאונד בחברת החדשות (לפירוט העובדות שהובילו למסקנה כי מדובר ב"עובד" ראו שם, פס' 4 לפסק דינו של הנשיא פליטמן).

7 ראו מחד גישתם של השופטת ברק-אוסוסקין (למשל בעניין אייזיק, לעיל ה"ש 4) והשופט צור (למשל בעניין רופא, לעיל ה"ש 4), שתמכו תמיכה גורפת בקיזוז, לרבות חיוב העובד בהשבת "עודף" אם היה כזה, וכן תמיכה מסוימת של השופטת (במינוי זמני בארצי) ורבנר בגישה זו (ראו ע"ע (ארצי) 10-09-31997 רבזין – בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 29.3.2012)). מנגד ראו גישתו של השופט רבינוביץ, אשר לצד תמיכה בכמה מקרים בגישה ההרתעתית, הביע את העמדה כי במקרים מסוימים יש לחשב את הזכויות לפי התמורה שהתקבלה כקבלן כדי ליצור הרתעה חזקה מזו שכלולה בגישה ההרתעתית (ראו ע"ע (ארצי) 133/99 מרג'ה – מתכת סדום תעשיות (1989) בע"מ, פד"ע לח 223, פס' כא לפסק דינו (2003)).

8 ראו ס' 53 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; ס' 20 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק החוזים – תרופות); עניין רופא, לעיל ה"ש 4, פס' 50 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

והשאלה היא מהו המקור המשפטי לחיוב העובד להחזיר סכומים שקיבל לפי החוזה עם 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 עם זאת אניח שניתן למצוא דרך משפטית לעגן את המסקנה הנורמטיבית, ואתמקד בשאלת הדין הראוי.

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

כיצד ניתן להסביר את השוני הזה בין הגישות, אף שעל פני הדברים כל השופטים מביעים מחויבות לעקרון הקוגנטיות של דיני העבודה?¹² נראה שהפער מבטא גישות שונות לגבי הקוגנטיות, וספציפית בנוגע לשאלה אם יש מקום לאפשר למעסיק "לקנות" זכויות מסוימות של העובד, כלומר לשלם תמורתן בכסף במקום לקיים אותן "בעין", בהנחה שעסקה זו נעשת 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

9 לדיון ראו עניין רופא, שם; עניין עמיר, לעיל ה"ש 5. להצעה נוספת (על בסיס הדוקטרינה של "ביצוע בקירוב"), ראו מאמרם של דוד לופו ומורן סבוראי "האם אכן 'חובת ההשבה'? על הדין הראוי בעת הכרה ביחסי עובד-מעסיק בדיעבד" ספר סטיב אדלר 543 (יצחק אליאסוף ואח' עורכים, 2016).

10 וראו אמירה כמעט-מפורשת על כך בפסק דינו של הנשיא פליטמן בעניין עמיר, לעיל ה"ש 5, פס' 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 הוספה).

11 וראו דבריה של השופטת אנגלברג-שהם (שהצטרפה לעמדתו של הנשיא פליטמן) בעניין עמיר, שם, פס' 6 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 בין הצדדים, הן מהעלות של השכר החלופי שלו היה זכאי העובד מלכתחילה (בצירוף זכויות סוציאליות)? לטעמי התשובה לכך היא שלילית" (ההדגשה הוספה).

12 ראו למשל שם, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא פליטמן; שם, פס' 28, 36 לפסק דינה של השופטת גליקסמן.

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 (ובייחוד החשש ליצירת "מרוץ לתחתית" בשוק העבודה) וכן הצדקות "מסדר שני" שעוסקות בקושי להוכיח את התנאים המצדיקים התערבות ברצון העובד. המסקנה מדיון זה היא כי אומנם ייתכנו מקרים שבהם אפשר להצדיק הסדרים חקיקתיים המאפשרים מכירת זכות קוגנטית כלשהי, אך רק במקרים יוצאי דופן, ומכל מקום לא ניתן להצדיק זאת כאשר מדובר במכירה גורפת של כלל הזכויות. כלומר, ברירת המחל הנכונה היא זו שאימצה הגישה ההרתעתית: עובד אינו רשאי "למכור" את הסטטוס שלו. אטען כי לעניין זה אין רלוונטיות לשאלת תום הלב של הצדדים.

עם זאת, ובניגוד לגישה ההרתעתית, אטען כי המסקנה שאין לאפשר ויתור על סטטוס "עובד" – גם לא כנגד תמורה – אינה שוללת את רעיון הקיזוז כשמדובר בזכויות כספיות בלבד. בסופו של דבר, כסף הוא בר-חליפיות (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 בסכום 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 5,000 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 שביסוד 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 הנזקים הלא-כספיים – פיצוי שלא ראוי לקזוז 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 מידת 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 רלוונטי: 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 בידי המעסיק. רכיב זה מובא כרלוונטי בשתי הגישות, הן ההרתעתית והן החישובית; שנית, באיזו מידה הרוויח המעסיק מהגדרת העובד כקבלן, אם בכלל – דבר שניתן ללמוד משיעור התמורה ומהפער שבינו לבין עלות ההעסקה

13 ראו יובל פרוקצ'יה "על סיווגי העסקה מוטעים, הרתעה יעילה, ומעמדם הקוגנטי של דיני העבודה" עיוני משפט מג (צפוי להתפרסם ב-2020) (להלן: פרוקצ'יה "על סיווגי העסקה").

של עובד. רכיב זה נכלל בגישה ההרתעתית; שלישית, באיזו מידה היה צריך להיות ברור מראש למעסיק שמדובר ב"עובד", לעומת מצב שבו חוסר הוודאות של הדין הותיר מקום לספק. רכיב זה נכלל בגישה החישובית. בפרק ה אבחן כל אחד משלושת הרכיבים. פרק ו יסכם.

א. הגישה החישובית ופגיעתה בזכויות קוגנטיות

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 לצרכים מסוימים אפשר 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 סנקצייה בגין הסיווג השגוי: המעסיק יידרש לשלם בדיעבד את שווי הזכויות הכספיות שחסך שלא כדין, ולא יותר מזה (בכפוף למקרה החריג שבו יוכח שהמעסיק פעל בחוסר תום-לב, שכן מדובר במקרה ברור לחלוטין של יחסי עבודה). בנסיבות אלה, בכל מקרה שבו ניתן להצביע על ספק מסוים בנוגע לסיווג העובד – ובשל אופי המבחן לקיום יחסי עבודה, שנתון לשיקול דעת שיפוטי,¹⁶ דבר זה אינו נדיר – אין למעסיק מה להפסיד. מרבית העובדים אינם תובעים כלל בשל חסמים שונים (מגבלות של ידע בדבר זכויותיהם, חוסר במשאבים הנדרשים להגשת תביעה, חשש מהתנכלות או

14 זאת מכוח ס' 20 ו-30 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957.

15 ראו על כך להלן פרק ד.

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 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2001); גיא דוידוב "פרשנות תכליתית בדיני עבודה: מיהו עובד" ספר סטיב אדלר 261 (יצחק אליאסוף ואח' עורכים, 2016).

מתדמית שלילית בשוק העבודה).¹⁷ אשר לעובדים 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. לכן יש חשש להרחבה ניכרת של סיווג שגוי של עובדים כ"קבלנים" והתחמקות נרחבת מדיני העבודה הקוגנטיים.

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

המובן השני שבו הגישה החישובית פוגעת בקוגנטיות נוגע לזכויות הלא-כספיות, שמהן העובד צריך ליהנות – לפי חוקי המגן – בתקופת העבודה. בהקשר זה קיימת פגיעה חמורה במיוחד. לקבלן עצמאי אין זכויות (מול המעסיק) לצאת לחופשה שנתית, או למספר מרבי של שעות עבודה ביום, או להגנות מפני פיטורים או הפליה, או להתאגד וליהנות מהגנה של ארגון עובדים וכיוצא בזה. בכל תקופת הסיווג השגוי אין העובד נהנה מזכויות אלה – שלהן הוא זכאי לפי דין – והמעסיק מנגד נהנה מה"פטור" שיצר לעצמו (בניגוד לדין) מקיום החובות האלה. 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 קיומו, באופן שיהיה בו כדי להרתיע מסיווג שגוי ולצמצם את המקרים שבהם נשללות מעובדים הזכויות הלא-כספיות במהלך תקופת העבודה.¹⁹ מנגד, עמדת הגישה החישובית הייתה כי יש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו, אולם בפועל דחה הנשיא פליטמן את כל הזכויות הלא-כספיות לצורך התחשיב שערך.²⁰ כלומר, מעשית, הגישה החישובית תומכת בפתרון שלפיו לא ניתן כל פיצוי על ההתעלמות מחוקי המגן הלא-כספיים בכל תקופת העבודה. המשמעות היא שלמעסיקים אין תמריץ שלילי נגד סיווג שגוי, להפך – אם תאומץ הגישה החישובית, הם צפויים להרוויח

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

18 גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות ס' 1.01 (2009).

19 ראו עניין רופא, לעיל ה"ש 4, פס' 43 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה; עניין עמיר, לעיל ה"ש 5, פס' 34 לפסק דינה של השופטת גליקסמן.

20 ראו שם, פס' 34 לפסק דינו של הנשיא פליטמן. 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, באמצעה גישה מצמצמת מאוד לזיהוי מצבים כאלה (שם, פס' 8–9 לפסק דינה). כן ראו עניין עברון, לעיל ה"ש 4, פס' 4 ג' לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) פליטמן.

רבות מסיווג שגוי, בכפוף לחריג האמור של חוסר תום לב מוכח. לכן יש חשש ממשי לפגיעה מסיבית בקיום חוקי המגן וממילא בפגיעה בכל התכליות של דיני העבודה. ההסבר שנתן הנשיא פליטמן להתעלמות מהזכויות הלא-כספיות הוא 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, שלפיה כל עוד מדובר בהסכמה רצונית, יש לקבל את הוויתור על הסטטוס – אומנם לא במובן המלא של ויתור על הזכויות הכספיות, אבל במובן רחב ביותר של ויתור על הזכויות הלא-כספיות וכן הימנעות מסנקצייה כלשהי בשל הסיווג השגוי. הנשיא פליטמן אינו מציין אם הוויתור חייב להיות כנגד תמורה (למעשה "מכירה" של הסטטוס) או לא, ואף אינו 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 כעיקרון שאינו מוחלט אלא חלקי בלבד. ניתן להסביר זאת גם באמצעות דוגמה 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 הוא 4,000 ש"ח בחודש (לצורך הפשטות נניח כי סכום זה משקף הן את העלות למעסיק והן את ההפסד לעובד). במצב כזה המעסיק חוסך לעצמו עלות ניכרת של 2,500 ש"ח בחודש עבור הזכויות הכספיות, ונוסף על זה מרוויח גמישות ניהולית רבה – וחיסכון 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 2,500 ש"ח עבור כל חודש, בהנחה שהחישוב ייעשה כראוי ולא בחסר. אעסוק בסוגיה זו בנפרד בהמשך). אבל העובד לא יקבל שום פיצוי על הזכויות הלא-כספיות שמהן לא התאפשר לו ליהנות בתקופת העבודה, וגם לא פיצוי על הסיווג השגוי. המעסיק מצידו לא יקבל שום "עונש" שיכול להוות תמריץ שלילי נגד התנהגות דומה בעתיד או התנהגות דומה של מעסיקים אחרים. להפך, 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), היא 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 שהעסקה מוצגת ככזו שבה העובד הסכים, מרצונו החופשי, לוותר על

21 עניין עמיר, לעיל ה"ש 5, פס' 34 לפסק דינו של הנשיא פליטמן: "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 [...]".

הצגת דברים זו מעוררת שתי שאלות כבודות משקל: ראשית, כיצד ניתן לדעת – או אימתי ניתן לקבוע – כי מדובר בהסכמה אמיתית? שנית, 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 כקבלן עצמאי כשלעצמה אינה ראייה שמדובר בהסכמה אמיתית. כמו כן ככלל יש מקום לבדוק אם התמורה שקיבל העובד כנגד הוויתור על זכות יכולה להצביע על רצון חופשי אצל עובד סביר. כך למשל יש לוודא שהעובד לא ויתר על זכות בשווי קבוע וידוע מראש של 1,000 ש"ח בתמורה לתוספת אחרת בשווי קבוע וידוע מראש של 900 ש"ח – דבר ששום אדם רציונלי לא יעשה מרצון חופשי. לצורך זה ניתן להיעזר גם בתחשיב בעניין שווי הזכויות הכספיות לעובד, שמצורף כנספה למאמר (פרק ז). 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 מזה מבצע לכאורה עסקה הפסדית, אשר קשה לראות בה מבוססת על רצון חופשי. בכפוף להערות כלליות אלה אניח, לצורך המשך הדיון, שבית הדין השתכנע כי העובד ויתר על זכויות קוגנטיות מרצון חופשי. לצורך פשטות הדיון נניח כי מדובר ב"מכירה" של זכות כלשהי, או של כלל הזכויות מכוח דיני העבודה, כנגד סכום כסף.

מהן הסיבות שיכולות להניע את העובד להסכמה זו? ראשית, ייתכן שהוא טועה לחשוב שהעסקה מיטיבה עימו אף שלמעשה אין הדבר כך. במקרים אלה השאלה היא אם יש מקום להתערבות פטרנליסטית שתמנע ממנו לפגוע בעצמו. לכך יוקדש הפרק הנוכחי. שנית, ייתכן שהעסקה מיטיבה עימו מאחר שהוא שונה במובנים רלוונטיים מהעובד הפרדיגמטי שהמחוקק ראה לנגד עיניו (אם ככלל 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 בעצמו, גם אם לעיתים אנו סבורים כי הן שגויות.²³ בטרם נבחן אם בכל זאת יש הצדקה לפגיעה באוטונומיה, ראוי להעריך את מידת הפגיעה בערך זה. התשובה לשאלה עד כמה נפגעת האוטונומיה במצב הנדון כאן תלויה בתפיסה שנאמץ בדבר מהות האוטונומיה. בספרות הפילוסופית יש שלוש גישות עיקריות.

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

23 ראו JOHN S. MILL, ON LIBERTY 70 (2001).

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 שלנו.²⁶ ונותנת משמעות לחיינו. גישה זו מדגישה את חופש הבחירה.²⁷ לפי גישה אחרת, הדגש אינו על החלטות קונקרטיות 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 תזוהה פגיעה פחותה, אם בכלל, במצבים שבהם מתערבים בהחלטות של הפרט באופן שאינו מתנגש עם ערכיו ועם מטרותיו (כפי שהם מובנים ברמת הפשטה גבוהה יותר), אלא דווקא מקדם אותן. הגישה השלישית מזהה התערבות בהחלטות של פרטים כעלבון או זלזול או התנהגות שאינה מכבדת – משום שאדם אחר מתיימר לדעת טוב ממני מה טוב בשבילי.³⁰ לפי תפיסה זו, הפגיעה באוטונומיה קשה פחות, אם בכלל היא קיימת, כאשר ההתערבות אינה נעשית בידי פרט אחר אלא מצד המדינה ואינה נעשית על בסיס אישי אלא בחקיקה או בפסיקה כללית.³¹ במצבים כאלה אין סיבה של ממש להיעלב.

בענייננו, החלטה למנוע מפלוני את האפשרות למכור את זכויותיו היא פגיעה באוטונומיה שלו לפי הגישה הראשונה אך לא לפי הגישה השנייה והשלישית. לעניין הגישה השנייה, אומנם יכולה לעלות טענה שלפיה בחירה להיות קבלן עצמאי, בשונה מעובד

- 24 ראו JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO SELF ch. 18–19 (1986). אחרים מתייחסים לרעיון זה כאל "הגדרה עצמית" או "הכוונה עצמית" או "בעלות עצמית". ראו למשל Steven Wall, *Self-Ownership and Paternalism*, 17 J. POL. PHIL. 399 (2009). חלק מהחוקרים מתייחסים לחופש (או חירות) בנפרד מאוטונומיה, ואילו אחרים תופסים חירות כמשמעות אפשרית אחת לאוטונומיה; הבחנות אלה אינן חשובות לצרכים הנוכחיים.
- 25 ראו Thomas Hurka, *Why Value Autonomy*, 13 SOC. THEORY & PRACTICE 361, 366 (1987).
- 26 ראו David L. Shapiro, *Courts, Legislatures, and Paternalism*, 74 VA. L. REV. 519, 546 (1988).
- 27 ראו GERALD DWORIN, THE THEORY AND PRACTICE OF AUTONOMY 31–32 (1988). אם כי, כפי שהוא מציין בהמשך (בפרק החמישי לספר), ריבוי אפשרויות בחירה אינו תמיד עדיף.
- 28 ראו David Enoch, *Hypothetical Consent and the Value(s) of Autonomy*, 128 ETHICS 6, 31 (2017).
- 29 Ian E. Fuchs, *Autonomy, Slavery, and Mill's Critique of Paternalism*, 4 ETHICAL THEORY & MORAL PRACTICE 231, 244 (2001). 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 ה"ש 22, בעמ' 9–10 (למשל האם אמירה לרוכב אופנוע שההנאה ברכיבה ללא קסדה לא מצדיקה סיכון חיים היא התערבות ב"ערכים" שלו?). ראו על כך גם Jessica Begon, *Paternalism*, 76 ANALYSIS REVIEWS 355, 358 (2016).
- 30 ראו Seana V. Shiffrin, *Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accommodation*, 29 PHIL. & PUB. AFF. 205, 218 (2000); JONATHAN QUONG, LIBERALISM WITHOUT PERFECTION .80 (2010); Nicolas Cornell, *A Third Theory of Paternalism*, 113 MICH. L. REV. 1295 (2015) לביקורות ולדיון בנושא ראו Chris Mills, *The Problem of Paternal Motives*, 25 UTILITAS 446 (2013); Begon, לעיל ה"ש 29.
- 31 ראו Peter De Marneffe, *Avoiding Paternalism*, 34 PHIL. & PUB. AFF. 68, 76 (2006); Cornell, לעיל ה"ש 30.

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, שאין מדובר בבחירה אם להיות עצמאי או שכיר אלא בהחלטה של הפרט אך ורק בדבר 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 (בשונה מאמצעי).³²

ייתכן שהגישות בדבר מהות האוטונומיה יכולות להתקיים בד בבד, בשקף כל אחת 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 חמורה פחות מבמקרים פוטנציאליים אחרים של פגיעה באוטונומיה. אפשרות אחרת היא להבין את הגישות כחלופיות זו לזו, ומתיימרות לספק הצדקה ממצה לזכות לאוטונומיה (כפי שאכן מציגים אותן מחבריהן). אם נאמץ תפיסה כזו, אזי המצדדים בגישה השנייה והשלישית יוכלו לעצור את הדין כאן, בהיעדר 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 לראות בהן הצדקות לפטרנליזם, בנסיבות מסוימות, או חריגים 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 על האוטונומיה) שלו עצמו.³³ ג'ון סטיוארט מיל, שכתב את הטקסט המכונן נגד פטרנליזם, נתן את הדוגמה של הסכמה להיכנס לעבדות: אם אדם מסכים להגביל את חירותו הגבלה כה קיצונית, נדרשת התערבות כדי להגן על יכולתו לקבל החלטות/בחירות בעצמו.³⁴ את אותו

32 אומנם, אפשר לטעון כי הגדרתו החיצונית-משפטית של אדם כקבלן משפיעה על תפיסתו העצמית, ומשכך היא מטרה/ערך חשובים 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.

33 ראו QUONG, לעיל ה"ש 30, בעמ' 98.

34 ראו MILL, לעיל ה"ש 23, בעמ' 94.

רעיון הרחיבו אחרים גם למקרים קיצוניים פחות – אפשר למשל לתהות אם החלטה לעשן, שמובילה לקיצור חיים, כורכת בכך גם פגיעה בחירות.³⁵ הרלוונטיות למקרה שלפנינו קשורה לטענה שאחת המטרות של דיני העבודה היא לקדם חירות. ממבט ראשון טענה זו מנוגדת לתפיסה המקובלת, ואולי אף האינטואיטיבית, שלפיה דיני העבודה הקוגנטיים פוגעים בחירות הצדדים לטובת מטרות אחרות. עם זאת Kahn-Freund טען כבר לפני שנים רבות כי למעשה חוקי המגן מקדמים את חירותו של העובד: אומנם מבחינה פורמלית הם מגבילים את האפשרות שלו לוותר על זכויות, אך מבחינה מהותית זכויות אלה מגבילות את החופש של המעסיק ובכך מחזקות את חירותו של העובד מפני המעסיק – את החופש שלו לתת עדיפות לאינטרסים שלו ושל משפחתו על פני האינטרסים של המעסיק.³⁶

תפיסה זו קיבלה חיזוק של ממש בשנים האחרונות משני זרמים חשובים בספרות בנושא ההצדקות לדיני העבודה, ששניהם מתבססים על תובנות מתחום הפילוסופיה הפוליטית כדי לבסס טענה דומה שלפיה 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 בחירות מינימום 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

- Donald H. Regan, *Justifications for Paternalism*, THE LIMITS OF LAW: NOMOS XV 189, 193 35
(James R. Penncock & John W. Chapman eds., 1974).
- .PAUL DAVIES & MARK FREEDLAND, KAHN-FREUND'S LABOUR AND THE LAW 24–25 (1983) 36
- Virginia Mantouvalou, *Human Rights and Unfair Dismissal: Private Acts in Public Spaces*, 71 37
MOD. L. REV. 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. & IND. REL. 339
(2017); Alan Bogg, *Republican Non-Domination and Labour Law: New Normativity or
Trojan Horse?*, 33 INT. J. COMP. LABOUR L. & IND. REL. 391 (2017) גישה זו
Guy Davidov, *Subordination vs Domination: Exploring the Differences*, 33 INT. J. COMP. ראו
LABOUR L. & IND. REL. 365 (2017).
- SIMON DEAKIN & FRANK WILKINSON, THE LAW OF THE LABOUR MARKET: 38
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 101 (Guy Davidov & Brian Langille eds., 2011); Kevin Kolben, *Labour Regulation,
Capabilities, and Democracy*, in LABOUR REGULATION AND DEVELOPMENT 60 (Colin
Fenwick & Shelley Marshall eds., 2016); Riccardo Del Punta, *Labour Law and the Capability
Approach*, 32 INT. J. COMP. LABOUR L. & IND. REL. 383 (2016) גישה זו ראו
Guy Davidov, *The Capability Approach and Labour Law: Identifying the Areas of Fit*, in THE
.CAPABILITY APPROACH TO LABOUR LAW 42 (Brian Langille ed., 2019)

מהותית – ולא רק פורמלית – 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 הכלים – התנאים הנדרשים – כדי לפעול בחופשיות. 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 בינייניים עבודה – מספר הולך וגובר של חוקרים בשנים האחרונות³⁹ – היא שאותן גישות מהוות גם בסיס תאורטי 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 כדי להגן לא רק על חירותו אלא גם על כבוד האדם גם על כבוד האדם בכלל זה.⁴⁰ בדומה לזה, ד"ר חני אופק-גנדלר טוענת כי חוקי המגן הם קונקרטיזציה של זכויות יסוד, אשר מוקנות לאדם באשר הוא ונובעות מאנושיותו, ומכאן חשיבות האיסור לוותר עליהם.⁴¹ על כן ניתן 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, מספר שעות עבודה מרבי, ימי חופשה, הגנות מפני פיטורים שרירותיים, הגנות מפני הפליה והטרדה מינית ועוד ועוד).

הצדקה שנייה 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 ולהזהיר 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

39 ראו לעיל ה"ש 37, 38.

40 DAVIDOV, A : (להלן: GUY DAVIDOV, A PURPOSIVE APPROACH TO LABOUR LAW ch. 4 (2016) (PURPOSIVE APPROACH).

41 ראו חני אופק-גנדלר "זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב – הרהורים חוקתיים על משפט העבודה" משפטים לז' 63 (2007). הטיעון הוא כי זכויות קוגנטיות שנובעות מ"גרעין" חוקי היסוד אינן נתונות לוותר (או להכפפה לעקרון תום הלב), וכי יש מקום לחזקה פרשנית שלפיה חקיקת המגן הקוגנטית כולה חופפת את אותו גרעין.

42 MILL, לעיל ה"ש 23, בעמ' 88.

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

בענייננו ייתכנו מקרים שבהם החלטת עובד לוותר על זכות מסוימת "בעין" לטובת כסף אינה דורשת מידע רב. עם זאת יש תחומים שבהם המידע הנדרש לקבלת החלטה הוא רב ומורכב, למשל בענייני פנסיה. הסיכוי שעובד ממוצע מודע למלוא ההשלכות הפיננסיות של ויתור על הפקדות לקרן פנסייה, גם אם הוא מחליט על חיסכון 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 מלוא המידע הנדרש כדי להעריך את השווי הכספי של כל הזכויות האלה – ובייחוד של הזכויות הלא-ממוניות – דבר שגם מומחים לדיני עבודה יתקשו לעשות. הנימוק של חוסר במידע יכול אפוא 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 חד-משמעית כי בני אדם אינם רציונליים ומקבלים החלטות שגויות.⁴⁵ מן הכשלים המוכרים: אנחנו נוטים לסבול מאופטימיות מוגזמת (כלומר להעריך בחסר סיכונים עתידיים); מקוצר ראייה (כלומר לתת משקל מוגזם להווה ומשקל קטן מדי לעתיד); מביטחון יתר (כלומר אמונה מוגזמת ביכולתנו לצפות ולהבין דברים, שכוללת גם תפיסה מוטעית שלפיה נורמות חברתיות וכן עמדות כלפי המצב הראוי מחייבות משפטית אף שהן אינן כאלה); מחוסר שליטה עצמית (כלומר קושי לפעול לפי ההחלטות העצמיות, למשל בעניין חיסכון); וכן מהטיית 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 "דוחפת" (nudges) את הפרטים בדרך אחרת לכיוון ההחלטה הרציונלית.⁴⁶ אומנם החוקרים הבולטים בורם זה – Richard Thaler ו-Cass Sunstein – יעדיפו להימנע מרגולציה כופה (קוגניטיבית),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. ברם, על בסיס אותם כשלים אפשר גם

44 ליישום ולהצדקה של הסדרים קוגניטיביים מסיבה זו בהקשרים של הגנת הצרכן ראו שמואל בכר ואורן בר-גיל "הגנת הצרכן" הגישה הכלכלית למשפט 223 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012); איל זמיר "הבסיס התיאורטי של חוק המכר (דירות)" משפטים ל 459, 485 (1999).

45 לסקירת ספרות זו ראו למשל Eyal Zamir, *The Efficiency of Paternalism*, 84 VIRGINIA L. REV. (1998) 229 (להלן: Zamir, *Efficiency of Paternalism*); Jeffrey 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 ראו Cass R. Sunstein & Richard H. Thaler, *Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron*, 70 THALER & SUNSTEIN; U. CHICAGO L. REV. 1159 (2003), לעיל ה"ש 45.

47 שם. שימור היכולת לבחור הוא חלק חשוב ממה שהם מגדירים כפטרנליזם "ליברטריאני".

להצדיק את הצעד הנוסף, במקרים המתאימים, של קוגנטיות. בשל ההטיות הקוגניטיביות יש בסיס לחשש כי עובדים יעריכו בחסר את חשיבות החיסכון הפנסיוני, את הצורך בבטיחות התעסוקתי וכן את שווי הזכויות האחרות "בעין". כך, למשל, בהיעדר התערבות כופה, מרבית העובדים עלולים שלא לחסוך מספיק לפנסיה; עלולים לחשוב בטעות שהם אינם צפויים לפיטורים או להפליה או להטרדה מינית או להתעמרות, ולכן אינם זקוקים להגנות מפני אלה; צפויים להאמין בטעות שהדין מקנה להם הגנות רבות משיוקנו במציאות (ובהקשר הנוכחי, שהם ייהנו מהגנות דומות גם כ"קבלנים") וכיוצא באלה.⁴⁸ בכך יש כדי להצדיק את 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 בכתיבה מוקדמת יותר, שהתייחסה ספציפית לדיני עבודה.⁵⁰

הצדקה רביעית ואחרונה מתבססת על ההבנה שלאנשים יש העדפות "מסדר שני" בנוגע לבחירות שלהם, ולכן הם יכולים להסכים לפטרנליזם שיכבול אותם.⁵¹ תפיסה זו ידועה כ"הסכמה היפותטית" או כ"תאוריית חרטה",⁵² שמבוססת על ההנחה שאנשים יתחרטו בדיעבד על ההחלטה המקורית – שלמעשה אינה לטובתם – ויקבלו בברכה את ההתערבות בה.⁵³ ההסבר לכך יכול לנבוע מכך שהפרט מכיר במגבלות של הרציונליות האנושית ושל היכולת לקבל החלטות מורכבות, או מחזיק בתפיסה כללית שסומכת על המדינה ותומכת בכך שתתערב לטובת הפרט.⁵⁴ במקרה שעומד כאן לדיון, עובד שהוגדר קבלן תובע בדיעבד זכויות של עובד. ייתכן שהוא מנצל לרעה את הקוגנטיות בתכנון מוקדם מתוך רצון לקבל כפל זכויות, אך אפשרות סבירה לא פחות היא כי בדיעבד הבין העובד כי יש לו זכויות

48 טיעון קשור הוא כי יחסי עבודה, בשל היותם מבוססים על "חוזה יחס" – יחסים ארוכי טווח ומורכבים שמחייבים מידה של אמון הדדי – מקשים על העובד לחשוב על הצדדים השלישיים של מאפייני ההתקשרות. היות 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 ב זאת כשל רציונלי או ביטוי לתהליך החברתי של יצירת החוזה. ראו John C. Coffee, Jr., *The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role*, 89 COLUM. L. REV. 1618, 1677 (1989).

49 ראו לילך לוריא, אורלי ליבל ויובל פלדמן "דיני עבודה" הגישה הכלכלית למשפט 477, 493 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012). ליישום דומה בהקשר צרכני ראו אמיר בכר "לקראת חקיקתו של חוק חוזה הלוואה" הפרקליט נ 581, 614–617 (2010).

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

51 Zamir, *Efficiency of Paternalism*, לעיל ה"ש 45.
52 ראו DWORKIN, לעיל ה"ש 27, בעמ' 124; Horacio Spector, *Philosophical Foundations of Labour*; 33 FLA. ST. U. L. REV. 1119, 1140 (2006); Danny Scoccia, *In Defense of Hard Paternalism*, 27 LAW & PHIL. 351, 358–359 (2008).

53 Anthony T. Kronman, *Paternalism and the Law of Contracts*, 92 YALE L.J. 763, 780 (1983); Shapiro, לעיל ה"ש 26, בעמ' 549.

54 Duncan Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 MD. L. REV. 563, 572 (1982); Shapiro, לעיל ה"ש 26, בעמ' 548–549.

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 (הסכמה שניתנה בנקודת הזמן המוקדמת).

בשורה התחונה, יש נימוקים טובים למנוע מעובד את האפשרות למכור את זכויותיו מכוח דיני העבודה, כאשר אנו כחברה יודעים כי עסקה 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 – תאורטית לפחות – גם מצבים שבהם העובד אינו טועה, לא חסר לו מידע, וניתן לאפיין את החלטתו למכור את זכויותיו כרציונלית, במובן זה שהיא מקדמת את רווחתו. האם גם אז יש הצדקות להתערבות? בכך דן הפרק הבא.

ג. פגיעה באחרים ושיקולים מסדר שני

החלטות של הפרט שנוגעות לו בלבד נהנות מהנחת המוצא שכל אדם זכאי לקבל החלטות עבור עצמו. כפי שראינו לעיל, נדרשת הצדקה מיוחדת כדי להתערב התערבות פטרנליסטית 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 להתפס כפגיעה באחרים.

בשלב ראשון יש צורך לאפיין את המקרים שבהם ניתן לומר שהויתור על זכויות עבודה נעשה בידי העובד באופן שמקדם את רווחתו. סביר להניח כי מצב זה אינו שכיח, שכן חוקי המגן קובעים רף מינימלי ("רצפה") של זכויות בלבד. למשל, מבחינת הזכות לחופשה שנתית, החוק קובע מספר ימים מינימלי, כאשר לעיתים קרובות עובדים מסכמים עם המעסיק בחוזה אישי מספר גדול יותר. עובד שאינו חובב חופשות לא ידרוש מספר גדול יותר של ימי חופשה אלא יתמקד בדרישות בתחום השכר או בתחומים אחרים במקום. ובכל זאת ייתכנו מצבים – גם אם לא שכיחים – שבהם עובד מעוניין לוותר גם על הרמה הבסיסית של חופשה הקבועה בחוק. למשל, הוא מעוניין בקידום, ולצורך זה מבקש להשקיע את כולו בעבודה בתקופה מסוימת. במצבים כאלה העובד יכול לרצות למכור את זכותו לחופשה תמורת שכר גבוה יותר. אומנם ייתכן שמדובר בהחלטה שפוגעת בבריאותו של העובד, ולמעשה אינה לטובתו, ויש הצדקה להתערבות פטרנליסטית מהנימוקים שפורטו בפרק הקודם (למשל חוסר במידע או התעלמות מסיכונים טווח רחוק). עם זאת ייתכנו גם מקרים שבהם זו החלטה מושכלת ורציונלית עבורו, למשל אם מדובר בויתור על הזכות לתקופה מוגבלת בלבד. ייתכנו גם מקרים שבהם התמורה המוצעת לעובד כנגד

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 בידי Sunstein (ראו Sunstein, *Human Behavior*, לעיל ה"ש 50, בעמ' 259 ואילך).

הוויתור על זכות היא כה גבוהה, שמדובר בעסקה שקשה (ואולי אפילו לא רציונלי) לסרב לה. בנסיבות כאלה מתעוררת השאלה של פגיעה באחרים.⁵⁶ אם באשר לזכות קונקרטיית 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, שבהן אין לו צורך במרבית הזכויות הלא-ממוניות, העסקה מקדמת את רווחתו. עם זאת במידה כזו או אחרת צפויה במקרים כאלה פגיעה באחרים. ניתן להצביע על שלושה מעגלים של אחרים שעלולים 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. אומנם חזקה על אדם שאכפת לו מבני משפחתו, והוא מביא את האינטרסים שלהם בחשבון, ועם זאת אפשר לדמיין מקרים שבהם עובדים (בעיקר גברים) מעדיפים להשקיע את כל זמנם בעבודה במקום לשאת בחלק מהנטל של טיפול במשפחה, בניגוד לאינטרסים של בני המשפחה.⁵⁷ במובן זה, ויתור על סטטוס של עובד – שכורך ויתור על הזכות למגבלת שעות עבודה וכן זכויות נלוות שנועדו להקל את השילוב בין עבודה למשפחה – עלול לפגוע בבני משפחה, והפגיעה יכולה להיות נימוק להתערבות של הדין.⁵⁸ עם זאת יש להודות שהתערבות בהחלטה של אדם כמה זמן לבלות עם בני משפחתו (ולא בעבודה) היא פגיעה קשה באוטונומיה, ולכן מדובר בטיעון שחשוף לקשיים של ממש.

מעגל שני שעלול 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 באלה. חקיקה קוגנטית משאירה טווח רחב של אפשרויות למעסיקים ולעובדים ליצור ביניהם הסכמות על תנאי העבודה, אבל טווח זה אינו בלתי מוגבל: עליו לכבד את דרישות המינימום בכל נושא (זכות) כפי שנקבעו בחוק. ויתור של עובד על זכויות – אם נאפשר 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 למשל, אם למעסיק נוח

56 על רעיון הצדק הקולקטיבי בהקשר זה ראו אופק-גנדלר, לעיל ה"ש 41, בעמ' 80.

57 על ההשקעה המעטה של גברים בטיפול במשפחה לעומת נשים ראו International Labour Office, Care Work and Care Jobs for the Future of Decent Work 43–47 (ILO, 2018).

58 מבחינת האינטרס החברתי הכולל מדובר גם בפגיעה בשוויון המגדרי. לכך אתייחס בנפרד בהמשך, במסגרת המעגל השלישי.

59 מציאות זו בולטת ובוטה במיוחד במקרים שבהם הוויתור נדרש/מתבקש מהעובד כתנאי לעצם ההתקשרות. למשל, אם העובד מתבקש להסכים לשכר הנמוך משכר המינימום כתנאי לקבלתו לעבודה. ספק רב אם אפשר לראות ב"בחירה" של העובד להסכים לכך בחירה 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 החלטה מרצון חופשי, אזי ברור שהיא צריכה להיפסל בשל

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 "בעין" דווקא חשובה.⁶⁰ בשל פערי כוח המיקוח יתקשו עובדים רבים לסרב לדרישה כזו.⁶¹ לכן 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 קיים.

היבט נוסף של ההשפעה על עובדים אחרים נוגע לצדק החלוקתי ביחסים בין העובדים, בעיקר בהקשר של שעות העבודה. נכונות של עובד אחד לעבוד מספר שעות רב מהמספר המרבי המותר עלולה לפגוע בהזדמנות של עובדים אחרים להתקבל לעבודה או לעבוד במשרה מלאה, כלומר עודף עבודה של פלוני פוגע בהזדמנויות של אחרים ש"יירכשו" מהם שעות עבודה מעטות יותר. אומנם 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 שעות רבות יותר במקום לקחת עובד נוסף – תוך פגיעה בצדק החלוקתי, שמהווה את אחת התכליות של חוק שעות עבודה ומנוחה.⁶²

מעגל שלישי שעלול להיפגע מויתור של עובד על זכויות קוגנטיות הוא הציבור בכללותו, בשני מובנים: ראשית, החלטות של העובד שפוגעות בביטחון הכלכלי שלו לעת זקנה (למשל ויתור על זכות לפנסייה) 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 היא שיקול נוסף לצד השיקול הפטרנליסטי להתערבות. שנית, לחלק מהזכויות יש חשיבות ציבורית-חברתית שחורגת מהאינטרס של העובד עצמו. למשל, הזכות לשוויון הזדמנויות בעבודה אינה רק זכות אישית אלא גם ציבורית – הסכמה של העובד להפליה אינה "פותרת" את מלוא הבעייתיות

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 העסקה 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 בבחינת התערבות ברצון העובד, אלא מסייע להגשמת הרצון האמיתי של הצדדים. בהקשר זה ראו אוריאל פרוקצ'יה "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי היסוד במשפט" משפטים יח 395, 406–429 (1988); איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 82 ואילך (1996).

61 על משמעות אי-השוויון בכוח המיקוח ראו Guy Davidov, *The Reports of My Death are Greatly Exaggerated: 'Employee' as a Viable (Though Overly-Used) Legal Concept*, in BOUNDARIES WORK 133 AND FRONTIERS OF LABOUR LAW: GOALS AND MEANS IN THE REGULATION OF DAVIDOV, A PURPOSIVE APPROACH; (Guy Davidov & Brian Langille eds., 2006), לעיל ה"ש 40, פרק 3. אחת הדרכים המקובלות להבין אי-שוויון בכוח היא כמצב של כשלי שוק מבניים (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 & Virginia Mantouvalou eds., 2018).

בהפליה. גם אם החלטה כזו היא רציונלית עבור העובד עצמו בנסיבות מסוימות, ברור שייגרם נזק חברתי אם נתיר הפליה בעבודה – היות שהחוק נוצר כדי לשרש נורמות של אי־שוויון.⁶³ כך גם באשר לחוקים אחרים שיש להם השפעה ישירה או עקיפה על שוויון (חוק עבודת נשים, חוק שעות עבודה ומנוחה, חוק שכר שווה לעובדת ולעובד ועוד). וניתן לומר במילים כלליות יותר: מאחר שחוקי העבודה באים לקדם ערכים חברתיים (נוסף על הגנה על העובד עצמו) – כמו צדק חלוקתי, דמוקרטיה במקום העבודה ועוד⁶⁴ – תכלית 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 נוסף על החשיבות החברתית שבהגנה על כבוד האדם ועל אנושיותו, שכבר הוזכרה לעיל.⁶⁶

שיקול נוסף ונפרד נגד ויתור על זכויות מדיני עבודה הוא שיקול מסדר שני, שעניינו הקושי להכריע בכל הסוגיות העובדתיות שפורטו לעיל כרלוונטיות להכרעה. טענתי לעיל שכדי להצדיק מבחינה נורמטיבית הכרה משפטית בויתור על זכויות נדרשים כמה תנאים: (א) הסכמה אמיתית (מרצון חופשי) של העובד לוותר על זכויות; (ב) העסקה מיטיבה עם העובד בנסיבות המקרה (שאם לא כן חלות ההצדקות להתערבות פטרנליסטית);⁶⁷ (ג) אין פגיעה קשה באחרים ספציפיים או בציבור או בעובדים אחרים. מבחינה עיונית, אם מתקיימים כל התנאים האלה, יש הצדקה לאפשר עסקה שבה העובד מוכר את זכויותיו. אולם ההכרעה בשאלה אם תנאים אלה מתקיימים קשה מאוד ליישום. לעיתים קרובות קשה מאוד לקבוע, בדעבד, אם היה רצון חופשי לויתור בנקודת זמן קודמת. בדומה לזה, קשה מאוד להעריך אם ההסכם מיטיב עם העובד הספציפי הטבה ששוללת את ההצדקות לפטרנליזם, שכן הכרעה בכך תלויה בנסיבותיו האישיות של העובד (למשל, אם הוא אינו זקוק לחופשה שנתית ככלל העובדים). גם באשר לפגיעה באחרים, בדרך כלל יהיה קשה לקבוע עובדתית אם הייתה כזו ובאיזו מידה (למשל, אם צפויה בעתיד פגיעה במשלמי המיסים מפני שהעובד הספציפי לא חסך לפנסייה, או אם הייתה לויתור השפעה לרעה על עובדים אחרים אצל אותו מעסיק, במובן של לחץ עליהם לוותר גם כן).

במקרים שבהם קשה להכריע בסוגיות עובדתיות מעין אלה, מה צריכה להיות ברירת המחל? האם עלינו להעדיף את האוטונומיה של הפרט, או שמא לתת עדיפות לשיקולים הנגדיים, שפורטו בהרחבה לעיל, בזכות התערבות באוטונומיה ושליטת האפשרות לוותר על

63 שרון רבין-מרגליות "הסברים התנהגותיים למשפט העבודה ויחסי עבודה" משפט ועסקים ג 123, 135 (2005); Samuel R. Bagenstos, *Employment Law and Social Equality*, 112 MICH. L. REV. 225, ; (2013) 242. אומנם אפשר "לפתור" את הבעיה הספציפית בקביעה שאותו מועסק ייחשב עובד רק לצורך חוקי השוויון וקבלן עצמאי לצרכים אחרים, כלומר להתיר ויתור חלקי על סטטוס. ייתכן שפתרון זה היה מספק אילו היה הטיעון הספציפי הזה, בהקשר של שוויון, הטיעון היחיד נגד ויתור על סטטוס.

64 לסקירת הערכים שדיני העבודה מקדמים ראו DAVIDOV, A PURPOSIVE APPROACH, לעיל ה"ש 40, פרק 4.

65 לטיעון זה ראו גם Sunstein, *Human Behavior*, לעיל ה"ש 50, בעמ' 263.

66 ראו לעיל טקסט הסמוך לה"ש 40, 41.

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

זכויות קוגנטיות? לדעתי יש מקום להתבסס על הנחת מוצא שלפיה המחוקק קבע זכויות לטובתם של העובדים המיטיבות איתם ומקדמות את רווחתם – זכויות שמרבית העובדים מעוניינים בהן. לצד זאת פערי הכוחות בין הצדדים, שחלים במרבית המקרים, מעוררים חשש לויתורים שלא מרצון. ואל כל זה מצטרפים הטענות הפטרנליסטיים והטיעונים הנוספים שפורטו לעיל, שמעלים ספק רב בכך שהחלטה בדבר ויתור על זכויות 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 גורף על סטטוס, יסייע כדי להגן מפני ויתורים לא מוצדקים שיכולים להיות שכיחים, 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 שבהם עובד מוותר על זכויות אינו עומד בתנאים אלה, ולכן אם נבחן כל מקרה לגופו, ברוב המקרים נגיע למסקנה כי יש להתעקש על הקוגנטיות. אומנם יש אפשרות שבנסיבות מיוחדות ויתור מצד עובד יעמוד בכל התנאים, אולם שיקולים מסדר שני שמקשים זיהוי של 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 "ניטרלי" שבו שני הצדדים תמי לב יש לתת תוקף לויתור של העובד על הסטטוס, וכתוצאה מכך להימנע מפיצוי על שלילת הזכויות הלא-כספיות וכן מהשתתת סנקציה על המעסיק בשל הסיווג השגוי.

ד. הפיצוי הראוי בגין שלילת הזכויות הלא-ממוניות

בשל סיווג שגוי העובד נפגע בכל תקופת עבודתו מאי-קיום חוקי המגן. ראינו שגם אם הוויתור נעשה בהסכמתו, ואפילו מרצונו החופשי כנגד תמורה, אין לתת לכך תוקף. לכן הוא זכאי בדיעבד למלוא הזכויות שהגיעו לו כעובד ונשללו ממנו. אשר לזכויות הכספיות הנובעות מחוקי המגן, ניתן לחשב במדויק מהם הסכומים שנשללו ממנו. בנספח למאמר

68 אומנם, ניתן גם ליישם את הטענות 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 הוא טיעון תומך בכך.

69 אם מדובר בויתור על זכות בודדת, בשונה מוויתור על סטטוס, יישומם של הטענות שפורטו בשני הפרקים האחרונים עשוי להיות שונה, כזה שעשוי להצדיק לעיתים פתרונות ביניים שיש בהם אפשרות לויתור חלקי על זכות. למשל, ייתכנו מצבים שבהם נרצה להתיר ויתור בגבולות של תנאים מוגדרים מראש – *Constrained Waiver*. ראו Sunstein, *Human Behavior*, לעיל ה"ש 50; Cynthia L. Estlund, *Between Rights and Contract: Arbitration Agreements and Non-Compete Covenants as a Hybrid Form of Employment Law*, 155 U. PA. L. REV. 379 (2006). רעיונות אלה דורשים מחקר נוסף, ומכל מקום יהיה ראוי להסדיר אותם בחקיקה.

מוצע חישוב כזה בנוגע לעובד 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 היגיון 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 גבוה מהמינימום יוכל להימנע מתשלום זכויות סוציאליות, ולאחר מכן אם נתבע, לטעון שהתמורה העודפת שמעל למינימום צריכה להיחשב על חשבון זכויות אלה.⁷⁰ רק אם הוכח שהמעסיק שילם תמורה גבוהה ממה שמקבל עובד מקביל, מתוך כוונה לכלול בתמורה גם את ערך הזכויות הסוציאליות, ניתן לקבל קיזוז בדיעבד של מרכיב זה. ועם זאת אשר לזכויות 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", אפשר שתעלה התהייה מדוע לא לעשות זאת גם מהפיצוי בגין הזכויות הלא-כספיות (אם הדלתא 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 שלפיה המעסיק משלם סכום כסף במקום הזכויות בעין. הפיצוי מגיע בגין אי-קיום חובות אלה, "בעין", במהלך תקופת העבודה – ואין לקזז ממנו סכומים ששולמו בעודף יותר משווי 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 ובמועד. 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 אפוא 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, הוא 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, ונוסף על זה 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

70 טענה ברוח זו נדחתה בבית הדין הארצי בע"ע (ארצי) 1144/04 מרחיב – מוקד אמן סביון (1981) בע"מ (פורסם בנבו, 21.12.2006).

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

המעסיק לשלם בעודף כשהגדיר את העובד כקבלן. מאחר שסביר להניח כי סכום העודף מחושב בידי 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 אפוא הושמעה הביקורת כי פתרון זה נראה שרירותי,⁷² והוא מוביל להיעדר הלימה בין ההפרה לבין הסנקציה.⁷³ זאת ועוד, גם בנסיבות שבהן אין פער כלל בין הסכום לשולם 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 שלפיה בנסיבות של חוסר תום לב קיצוני, שבהן יבוצע קיזוז, לא ישולם כל פיצוי על שלילת הזכויות הלא-כספיות במהלך תקופת העבודה (נוסף על היעדר 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 א לעיל, הגישה החישובית תומכת מעשית 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 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 שאין מגיע פיצוי שכן לא ניתן להניח שעובד שהוגדר קבלן לא יצא בפועל לחופשה, גם בהיעדר זכות חוקית לכך.⁷⁵ גישה זו יוצרת חזקה לא 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 – ולכן חוק חופשה שנתית מגן עליו בקובעו מינימום קוגנטי של ימי חופשה ומטיל מגבלות על אפשרות הצבירה, לטובת ניצול ימי החופשה בפועל – לבין קבלן שאינו נהנה מהגנה כזו. אומנם ייתכן שגם הקבלן האותנטי ממעט לצאת לחופשה, מסיבות כלכליות, אבל לפחות לא משום היותו 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 שיוכיחו כי מספרם לא פחת מזה שדורש החוק (או ההסכם הקיבוצי במקום העבודה), צריך

72 ראו למשל עניין עמיר, לעיל ה"ש 5, פס' 27 לפסק דינו של הנשיא פליטמן.

73 ראו פרוקציה "על סיווגי העסקה", לעיל ה"ש 13.

74 ראו עניין רופא, לעיל ה"ש 4, פס' 40 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה; עניין עמיר, לעיל ה"ש 5, פס' 32 לפסק דינה של השופטת גליקסמן. לביקורת על ההימנעות מפיצוי בגין הזכויות הלא-ממוניות, ראו גם פרוקציה "על סיווגי העסקה", לעיל ה"ש 13.

75 עניין עמיר, לעיל ה"ש 5, פס' 34 ב לפסק דינו של הנשיא פליטמן.

להניח שהייתה כאן פגיעה ביכולתו 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 שהזכירו שופטי הגישה ההרתעתית היא תחושת שייכות למקום העבודה, אפשרויות קידום, חופש התארגנות (והגנה ארגונית שבאה איתו) וביטחון תעסוקתי. הנשיא פליטמן מניח כי העובד כנראה לא היה מעוניין בכל הזכויות האלה ולא נפגע מהיעדרן, על בסיס נקודת מוצא, כמוזכר לעיל, שהעובד ביצע "בחירה חופשית אמיתית מלכתחילה שלא להיחשב כעובד".⁷⁶ ברם גם אם נניח שאכן הייתה בחירה חופשית, אין ספק שיש מחיר לעובד בויתור על זכויות אלה גם אם המחיר משתנה ממקרה למקרה. המחיר קיים גם אם לעיתים העובד עצמו אינו מודע לו, או מעריך אותו בחסר. מלבד זאת, לעיתים קרובות אין מתקיימים כלל התנאים שמצביעים על אפשרות לבחירה חופשית, וגם אז מתעורר הצורך לקבוע את שווי הפיצוי לעובד בגין הזכויות הלא-ממוניות. נוסף על המרכיבים 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 נגד הפליה;⁸⁰ את ההגנה נגד 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, אם קיימים במקום העבודה.

76 שם, פס' 34.

77 ס' 2, 3 ו-9 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951.

78 חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954. זכויות אלה אזכרה בחלקן השופטת גליקסמן בעניין עמיר, לעיל ה"ש 5, פס' 48 לפסק דינה.

79 על הזכות לשימוע, ראו ע"ע (ארצי) 300353/98 הרמן – סונול ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 29.12.2002). על ההגנה מפני התעמרות, ראו סע"ש (אזורי-ים) 38335-03-14 נפתלי – מדינת ישראל – משרד ראש הממשלה (פורסם בנבו, 10.2.2016). עקרונית יכולים בתי המשפט האזרחיים להחיל מכוח חובת תום הלב החוזית הגנות דומות גם על קבלנים עצמאים, 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, A PURPOSIVE APPROACH, לעיל ה"ש 40, 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 ס' 3(א)(6)(ג) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998.

לצורך הערכת הפיזי הראו ניתן לחלק את הפגיעה לכמה 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 להיעדר מהעבודה היעדרות מלאה או חלקית לאחר לידה);⁸³ פגיעה 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 באלה, וכן הסיכון הגדול יותר להפליה);⁸⁵ אובדן הנאות החיים (בשל מניעת זכויות לחופשה בפועל ולשעות עבודה מוגבלות); אובדן ביטחון תעסוקתי (בשל מניעת ההגנה הארגונית, הן זו הקבועה בהסכמים קיבוציים והן ההגנה בפועל על-ידי ארגון העובדים; מניעת ההגנות החוקיות נגד פיטורים; וכן מניעת הזכות לשימוע, הזכות נגד התעמרות ושאר הגנות שפותחו בפסיקה מכוח חובת תום הלב המוגברת).

הנטייה בדין הכללי הייתה בעבר למעט בפסיקת פיזי 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 פיזי על עוגמת נפש במקרים

82 המרכיבים שנבחרו כאן דומים בחלקם ל"ראשי נזק" מקובלים בדיני 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 לפיזי על כל נזק שנגרם לו בשל הפרת החוזה (לא משנה מה "שמו"), אשר נדרש לשם השבת המצב לקדמותו, בהתקיים הדרישות של קשר סיבתי וצפיות. ראו ס' 10 ו-13 לחוק החוזים – תרופות; שלו ואדר, לעיל ה"ש 18, ס' 7.02, 7.18, 7.50.

83 פיזי על פגיעה באוטונומיה מוכר בפסיקה הישראלית מאז פסק הדין בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, 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 בסכום הפיזי שנפסק בשל פגיעה מסוג זה. לסקירה ולגישות שונות בנושא ראו יצחק עמית "סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה" ספר שטרסברג-כהן 465 (אהרון ברק ואח' עורכים, 2017); צחי קרן-פז "פיזי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" המשפט יא 187 (2006). בע"א 2278/16 פלונית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.3.2018), אומצה גישתו המצמצמת של השופט עמית בנושא זה, אולם גם הוא משאיר פתח לפסיקת פיזי על פגיעה באוטונומיה במקרים מסוימים. ההתנגדות שלו להרחבת השימוש בפיזי מעין זה קשורה בעיקרה לחשש מכפל פיזי מקום שבו כבר ניתן פיזי גדול 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 הייתה בדרגה חמורה: טיפול רפואי שלא ניתנה לו הסכמה מראש. במקרה של סיווג שגוי, הפגיעה באוטונומיה קטנה בהרבה, אך מנגד היא אינה חד-פעמית אלא נמשכת על פני כל תקופת העבודה.

84 בהקשר זה ראו יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" – פיזי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" משפט וממשל ט 137 (2005).

85 ברכיב זה יש גם נזק ממוני לצד נזק שאינו ממוני. אם יש ראיות על אובדן הזדמנויות ספציפיות בשל הסיווג השגוי, שהביא לנזק כספי, מגיע פיזי גם על כך בנפרד. לדרכי חישוב הנזק כאשר מדובר באובדן סיכוי ולא ידוע אם הסיכוי היה מתממש בפועל ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ד ס' 39.98 (2003). כאן ההתייחסות היא להיבט המופשט יותר של הנזק, בשל אובדן הזדמנויות – שקיים גם אם אין מדובר בהזדמנויות קונקרטיות.

86 שלו ואדר, לעיל ה"ש 18, ס' 7.31.

87 שם, ס' 7.32–7.33. כן ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 85, ס' 39.13.

של פיטורים פוגעניים במיוחד.⁸⁸ הנטייה להימנע מפסיקת פיצוי כזה במקרים "רגילים" מובנת בשל העובדה שהעובד ממילא זכאי לפיצויי פיטורים על עצם הפיטורים, ונוסף על זה נפסק לזכותו פיצוי על פיטורים שבוצעו שלא כדין (למשל, בהפרת חובת השימוע). אולם במקרה הנוכחי אין מדובר בפיצוי נוסף, על פגיעה שכבר זכתה לפיצוי, אלא בצורך ראשוני לפצות על נזקים שלא כוסו כלל. על זה יש להוסיף כי בשנים האחרונות גוברת הנכונות בפסיקת בתי הדין לעבודה לפסוק פיצוי לא מבוטל 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 של 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 נכון להציע כאן סכומים לפיצוי, מעבר לפירוט העקרונות הכלליים. עם זאת אבקש להציע כלי עזר לחישוב הפיצוי בגין אובדן ביטחון תעסוקתי, שהוא הרכיב הגדול ביותר לדעתי. בהקשר זה ניתן להיעזר במחקרים שמעריכים את שווי הביטחון התעסוקתי מנקודת מבטם של העובדים, בהתייחס לביטחון תעסוקתי שמושג מכוח הסכמים קיבוציים (או מכוח הסדרה אחרת כאשר מדובר בעובדים מאוגדים בשירות המדינה). מחקר שנעשה לאחרונה בישראל העריך את שווי ה"קביעות" עבור העובדים בשיעור של 20% מהשכר.⁹⁰ מאחר שמדובר במחקר יחיד, שבחן קבוצה קטנה יחסית של משתתפים מאותו מקצוע (עובדים סוציאליים), לא ניתן להסיק ממנו בהכרח את שווי 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 שמשתקף גם מהמחקרים הרבים שהצביעו על ההשלכות השליליות של חוסר ביטחון בעבודה (job insecurity) במובנים של מתח, דיכאון ובעיות בריאותיות וחברתיות אחרות.⁹¹ על כן ברור כי קיים הבדל רב בין

88 ראו ע"ע (ארצי) 360/99 כהן – מדינת ישראל, פר"ע לח 1 (2003).

89 לסקירה ודיון ראו צבי פונקל "פיצויים ללא הוכחת נזק, פיצויים ללא הוכחת נזק של ממון ופיצויים לדוגמה בחוקי העבודה בישראל" ספר סטיב אדלר 497 (יצחק אליאסוף ואח' עורכים, 2016).

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

91 לסקירות מחקרים בתחום ראו למשל Magnus Sverke, Johnny Hellgren & Katharina Naswall, *No Security: A Meta-Analysis and Review of Job Insecurity and Its Consequences*, 7 J. OCC. HEALTH PSYCHOL. 242 (2002); Marianna Virtanen et al., *Temporary Employment and Health: A Review*, 34 INT'L J. EPIDEMIOLOGY 610 (2005); World Health Organization, *Closing the*

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 בשל הסכם קיבוצי, להגנות שהדין מספק לעובדים נגד פיטורים – הן הגנות חוקיות נגד פיטורים מפלים או בקשר להיריון 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 לא מבוטל 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 מפני סיווג שגוי. במצב כזה מעסיקים רבים יפעלו ב"שיטת מצליח" – הם ינקטו סיווג שגוי בידיעה כי מרבית העובדים לא יתבעו בשל חסמים שונים, ובמקרה יוצא הדופן שבו תוגש תביעה, אין להם מה להפסיד יותר ממה שהיו אמורים לשלם מלכתחילה. במציאות כזו עובדים רבים לא ייהנו מהזכויות שחוקי העבודה הקנו להם. בתי הדין לעבודה אינם יכולים לתת לכך יד. מכאן ההכרח, שהדגישו בצדק שופטי הגישה ההרתעתית, לתת סעד שיש בו הרתעה מפני סיווג שגוי כדי 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 נוסף על תשלום 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 אינם 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 בשיעור ה"דלתא" – ככל

Gap in a Generation: Health Equity Through Action on the Social Determinants of Health (CSDH 2008), <http://bit.ly/2NnhkPu>

92 ואכן, בעניין טיברמן (לעיל ה"ש 4, פס' 19), שבו 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.

93 KATHERINE V.W. STONE, FROM WIDGETS TO משל ראו לעובדים ראו למשל ה"ש 5 (2004); Jeffrey DIGITS: EMPLOYMENT REGULATION FOR THE CHANGING WORKPLACE ch. 5 (2004); Jeffrey M. Hirsch, *The Law of Termination: Doing More with Less*, 68 MD. 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 דינה של השופטת נטע רות בעב' (אזורי ת"א) 3879/05 שאול – גלובוס גרופ בע"מ (פורסם בנבו, 9.7.2007). רעיון זה זכה לתמיכה גם מצד השופט רבינוביץ במסגרת הערעור על פסק דין זה (ראו עניין גלובוס גרופ, לעיל ה"ש 4).

שהעודף ששולם לעובד גדול יותר, כך ה"עונש" למעסיק גדול יותר. תוצאה זו נראית בעייתית ולא צודקת.

מנגד, שופטי הגישה החישובית הציעו תאורטית 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 זה שלפיו יחושבו הזכויות, גם אם הוא לא כונה בפי 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 אם המועסק היה מוגדר מלכתחילה עובד. דומה כי זוהי הגישה המקובלת בעולם הרחב. למיטב ידיעתי, הבעיה שבה עוסק מאמר זה לא התעוררה כלל במדינות אחרות, מאחר שאין 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 עשויה ליצור חוסר הלימה בין חומרת התנהגותו 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 שיתאם 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

95 ראו עניין עמיר, לעיל ה"ש 5, פס' 8 לפסק דינה של השופטת אנגלברג-שהם, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא פליטמן. כן ראו עניין צרפתי, לעיל ה"ש 5, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא פליטמן.

96 ראו בעיקר עניין עמיר, לעיל ה"ש 5 (לפירוט עובדות המקרה ראו לעיל ה"ש 6).

97 מאחר שהבעיה אינה 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 "עובד" הוא S. Mitri Haulage Ltd. v. Martin, 2016 CarswellOnt 8232 (Can. Ont. LRB) (באותו עניין נפסק שחישוב הזכויות ייעשה לפי התמורה הגבוהה, בהתעלמות מה"דלתא").

98 ראו פרוקצ'יה "על סיווג העסקה", לעיל ה"ש 13.

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 (ארצי) מו/128-3 גדרון – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.6.1987).

100 ראו עניין אייזיק, לעיל ה"ש 4.

101 ראו פרוקצ'יה "על סיווג העסקה", לעיל ה"ש 13. 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 החוק קובע, בעקבות תיקון משנת 2011, כי סיווג שגוי ביודעין ("Willful Misclassification") של עובד כקבלן עצמאי יוביל לקנס אזרחי (Civil Penalty) – שדומה ל"עיצום כספי" – שבין 5,000 דולר ל-15,000 דולר לכל הפרה, וסכומים גבוהים יותר למפר סדרתי (שנוקט סיווג שגוי בשיטתיות). ראו Cal. Labor Code § 226.8 (Deering 2017). נוסף על זה, בארצות הברית רשויות המס נוהגות לדרוש ממעסיקים, במקרים של סיווג שגוי, לשלם בדיעבד את תשלומי המס הנדרשים,

יכולים לקבוע פיצוי כזה גם בהיעדר 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 ספציפית בתחום העבודה יש 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 שיעור הפיצוי המגיע לעובד לבין הרווח של המעסיק מההפרה. למשל, אם הנזק לעובד שנגרם מאובדן ביטחון תעסוקתי במקום עבודה מאורגן יוערך ב-20% מהשכר ויביא לפיצוי בשיעור כזה, אין זה אומר שהתועלת למעסיק שאותה יפיק משלילת הביטחון התעסוקתי שווה לאותו סכום. ברור שיש תועלת רבה 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 באשר להתחמקות 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 בשל אי-קיום דינים אלה. לכן ככל שהפיצוי שניתן בגין זכויות לא-ממוניות יהיה גדול 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 לא ניתן להניח כי די בכך. ראוי 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 שמותר/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 ההסדר המינימלי יש מגבלה ברורה במישור התמריצים, שכן הוא עשוי לתמרץ חוזים לא-חוקיים, בהיעדר סנקצייה נגדם. לכן הוא קובע חריג שלפיו במקרים שבהם "הקו של אי-חוקיות" נחצה בידיעה ובמכוון – בחוסר תום לב

כולל קנסות על אי-תשלום במועד, בכפוף לחריגים מסוימים, שנקבעו ב- Revenue Act of 1978, Pub. L. No. 95-600, § 530, 92 Stat. 2763, 2885-2886 (1978) (codified as amended at I.R.C. § 3401 (2017)).

103 דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א' ס' 12.131 (מהדורה שנייה, 2018); ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחרייות ס' 2.82 (2012). 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 571 (2014).

104 לסקירה ודיון ראו פרנקל, לעיל ה"ש 89; פרוקציה "על סיווגי העסקה", לעיל ה"ש 13.

– יש מקום להסדר חלופי עונשי.¹⁰⁵ זאת ועוד, ההעדפה העקרונית של בן-שחר להסדר חלופי מינימלי מתבססת על ההנחה שהנושא המוסדר בחוזה הלא-חוקי הוא חלוקתי. בעניין כזה הוא מניח שהצדדים ממילא יתקנו את ההסדר החלופי של בית המשפט כדי להגיע לחלוקה הרצויה בעיניהם. הוא מודה שכאשר מדובר בסוגיה שאינה חלוקתית גרידא, כלומר כאשר אנחנו מבקשים להשיג מטרות חברתיות, ההסדר המינימלי מתאים פחות. 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 (מלבד עניין החלוקה בין הצדדים).¹⁰⁶ בוודאי כך הוא באשר למכלול הזכויות הלא-ממוניות ביני 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 מושא המאמר הנוכחי, יכולות להיות דעות שונות בשאלה מהו ההסדר המינימלי, ההסדר המתון וההסדר העונשי. הנקודה החשובה לענייננו היא הצורך שההסדר הנבחר יכלול גם מרכיב של הרתעה.

כאמור, שתי הגישות בפסיקה מתבססות על שיקולי חוסר תום לב כרלוונטיים להכרעה הסופית בשאלת הקיזוז. לטעמי, השלב הנכון לבחינת תום הלב הוא שלב קביעת סכום הפיצוי העונשי בשל הסיווג השגוי. כפי שצינינו 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 הנוק הזול יותר תסייע להוביל למניעת הנוק.¹⁰⁸ בענייננו, ברור שהמעסיק הוא אשר יכול למנוע את הנוק, הוא 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. עם זאת התנהלות בחוסר תום לב מצד המעסיק מצדיקה פיצוי עונשי כבד יותר, ומנגד, הגיוני לקבוע שהתנהלות חסרת תום לב מצד העובד עצמו תצדיק הפחתה של הפיצוי העונשי שנפסק

105 Omri Ben-Shahar, *Fixing Unfair Contracts*, 63 STAN. L. REV. 869 (2011). בן-שחר מציין כמה מאפיינים רלוונטיים לעניין ההכרעה אם מדובר בחוסר תום לב (בעמ' 901–903): 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 בחוזה עבודה); העובדה שמנסח החוזה הוא "שחקן חוזר" (הן משום שהוא אמור לדעת את הדין טוב יותר, והן משום 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 Preliminary Empirical Findings* (Sep. 26, 2019) <http://bit.ly/34DQtED>.

107 וראו גם עופר גרוסקופף "חוזה פסול" חוזים כרך ג 473, 578 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003): "התערבות בית המשפט בחוזים פסולים לא נועדה להגשים את רצון הצדדים, כי אם להגן על האינטרס הציבורי. הפעלת הסנקצייה של פסילת תניה כנגד הצד החזק נושאת ערך חינוכי-הרתעתי, והיא עשויה להוות דרך ראויה לקידום התכלית שביסוד דין הפסלות".

108 Zamir & Katz, לעיל ה"ש 106.

109 כדברי השופטת גליקסמן בעניין עמיר (לעיל ה"ש 5, פס' 33): "אין סימטריה בין העובד לבין המעסיק [...] על המעסיק מוטלת האחריות לסיווג הנכון של מועסק כ'עובד'".

לזכותו. לכן יש רלוונטיות לנושא תום ליבם של הצדדים, גם אם פחותה במידה רבה 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 ההרתעתית, 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. אם היוזמה הגיעה מהעובד עצמו – ובהנחה שמתקיים גם התנאי השני שיידון להלן שלפיו המעסיק לא הרוויח מכך – אזי דרישתו של התובע ליהנות בדיעבד גם מהזכויות של עובד בנוסף לזכויות שמהן נהנה כקבלן, היא חסרת תום לב במידה שמצדיקה קיזוז.¹¹⁰ גם בגישה החישובית ניתן לסוגיית היוזמה 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 חשיבותה של בחינת העובדות כהווייתן 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 ברובם המכריע של המקרים המעסיק יכול לנסח את החוזה כרצונו, ולא מפתיע שהחוזה מנוסח ניסוח שנועד להקטין ככל האפשר את חבותיו. למרות זאת היו גם מקרים שבהם לקו בתי הדין בתפיסה פורמליסטית שמתמקדת בנוסח החוזה במקום במציאות.¹¹³ כך גם פסקי הדין של הנשיא פליטמן בהקשר הנוכחי: אף שברור שמעסיק שנהנה מייעוץ משפטי צפוי לכלול בחוזה הוראה שלפיה העובד דרש מיוזמתו להיות בסטטוס של קבלן עצמאי, משום מה הנשיא פליטמן נותן לכך משקל מכריע, כאילו זו ראייה שמסקפת את המציאות האמיתית ולא את כוחו העדיף של המעסיק בניסוח החוזה.¹¹⁴

עם זאת נניח, לצורך הדיון, שיש ראיות אחרות, מלבד החוזה עצמו, שבזכותן ניתן להסיק מי יזם את צורת ההתקשרות. קיימות ארבע אפשרויות: (א) יוזמה של העובד שמתקבלת בברכה אצל המעסיק; (ב) יוזמה של המעסיק שמתקבלת בברכה אצל העובד; (ג) יוזמה של המעסיק שמתקבלת רק בלית ברירה – ניתן לומר במידה של כפייה – אצל העובד; ולבסוף, (ד) יוזמה של העובד שמתקבלת בלית ברירה – בחוסר רצון – אצל המעסיק.

110 ראו עניין רופא, לעיל ה"ש 4, פס' 67 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

111 ראו עניין עמיר, לעיל ה"ש 5, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא פליטמן, פס' 8-9 לפסק דינה של השופטת אנגלברג-שהם.

112 ראו למשל עניין בירגר, לעיל ה"ש 2, פס' 27 לפסק הדין. לחשיבות של בחינת המציאות בשטח (ולא הכתוב בחוזה) בהקשר של יחסי עבודה, ראו GAMONAL C. & ROSADO MARZÁN, לעיל ה"ש 1, פרק 3; Autoclenz Ltd. v. Belcher [2011] ICR 1157 (SC).

113 ראו למשל ע"ע (ארצי) 116/03 מדינת ישראל משרד החינוך – חג'בי (פורסם בנבו, 2.2.2006).

114 ראו למשל עניין עמיר, לעיל ה"ש 5, פס' 2 לפסק דינו של הנשיא פליטמן.

כאמור בפרקים ב-ג לעיל, ככלל אין מקום לתת תוקף לעסקה שבה עובד "מוכר" את זכויותיו הקוגנטיות. כשמדובר ביוזמה של המעסיק (חלופות ב-ג לעיל), אזי ברור שאין לתת כל "פרס" למעסיק בדמות של החרגה מעקרון הקוגנטיות. גם אם מדובר ביוזמה של העובד עצמו, כשמדובר בעסקה 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 נגד שלילת זכויות קוגנטיות. בכל מקרה שבו המעסיק נושא באחריות למהלך של התחמקות מהוראות קוגנטיות – גם אם מדובר באחריות משותפת 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 בסכום הפיצוי (לעומת ה"עונש" הראוי כאשר הוויתור נכפה על העובד).

נותר המקרה שבו הבחירה בסטטוס של קבלן עצמאי נעשתה ביוזמה או בדרישה של העובד, כאשר המעסיק מתנגד לכך, אך לבסוף מקבל זאת בליט ברירה. ההסתברות של מקרה כזה נמוכה, להערכתי, אבל אפשרית – למשל כאשר מדובר בעובד בעל כישורים יוצאי דופן, ולכן בעל כוח מיקוח רב, שהמעסיק זקוק לו במיוחד. מדוע שעובד כזה יתעקש על סטטוס של קבלן עצמאי? ייתכן שהוא מבקש למקסם את הסכום שיקבל במזומן (במקום זכויות סוציאליות) או למקסם את סכום התמורה בזכות הטבות מס לעצמאים. ייתכן גם שהמעסיק כבול בהסכמים קיבוציים שקובעים את סכום השכר שמגיע לעובד וכוללים סעיף שאוסר עליו לשלם יותר.¹¹⁵ סעיף כזה אינו שכיח בהסכמים קיבוציים, אבל אפשרי. וגם בהיעדרו 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 בדבר סטטוס של קבלן עצמאי בחוסר רצון, כאשר הדרישה נועדה לאפשר לעובד לקבל שכר גבוה מהמותר בהסכם הקיבוצי. בנסיבות חריגות כאלה יש הצדקה לצמצם את הפיצוי העונשי או לבטלו.

המסקנה היא כי ברוב המקרים השאלה מי יזם את צורת ההתקשרות אינה רלוונטית, ולדעתי אין מקום להתמקד בה. ברוב המקרים, ראוי 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 של 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 בהיעדר הסכמה כזו לויתור.

115 בהיעדר סעיף מפורש כזה בהסכם הקיבוצי, אין מניעה לשלם על פי חוזה אישי יותר מהקבוע בהסכם הקיבוצי (ראו ס' 22 לחוק הסכמים קיבוציים).

2. מי הרוויח מצורת ההתקשרות

סוגיה נוספת שעשויה להיות רלוונטית היא אם 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 שיזם את צורת ההתקשרות כקבלן – המעסיק לא יוכל ליהנות מטענה כזו אם הוא עצמו נהנה מצורת ההתקשרות והפיק ממנה רווח. גם במסגור הנוכחי, שבו אנחנו מבקשים לבדוק את תום ליבם של הצדדים לצורך ההכרעה בדבר סכום הפיצוי העונשי, נראה ששאלה זו רלוונטית. כאשר המעסיק הרוויח מסיווג שגוי, יש להניח כי הוא בחר בו למטרה זו: כדי ליהנות מההתחמקות מחובותיו על פי דין כמעסיק, על חשבון העובד.

כיצד נדע אם המעסיק הרוויח מהסיווג השגוי? כאמור, העלות למעסיק אינה בהכרח זהה לסכום 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, הגדרת אותו עובד כ"קבלן" חוסכת אוטומטית 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 ניכרת (וחיסכון ניכר במקרים של סיווג שגוי). כלל האצבע שקבעו שופטי הגישה ההרתעתית, שלפיו נדרש פער של 50% לפחות, משקף הערכה מינימלית ביותר באשר לעלות הזכויות הלא-ממוניות, ביחוד 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 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 עוד 10%.¹¹⁶

הטענה של הנשיא פליטמן, שלפיה העובד בחר בחירה חופשית בצורת ההתקשרות של מזמין-קבלן, ולכן כנראה אינו מייחס חשיבות רבה לקביעות ולשאר הזכויות הלא-ממוניות, אינה רלוונטית 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 קטן לזכויות הלא-ממוניות, והשווי שלהן עבורו אינו גבוה, אין לכך השפעה על העלות של

116 כפי שהוסבר לעיל, אין קשר הכרחי בין שווי 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 הכוחות בין הצדדים ועל כוח המיקוח ההדדי שלהם במהלך ההתקשרות. הזכויות האחרות שאינן כספיות מגבילות אף הן בדרכים שונות את הגמישות הניהולית – את כוחו של המעסיק לקבל החלטות חד-צדדית, באופן 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.

זכויות אלה עבור המעסיק. מבחינתו של המעסיק, למגבלות על הגמישות הניהולית יש עלות זהה כלפי העובדים בין שהם מייחסים חשיבות לזכויותיהם ובין שלא. 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 סכום הפיצוי העונשי. כמובן, ככל שהרווח של המעסיק מהסיווג השגוי גדול יותר – כלומר ככל שה"דלתא" קטנה יותר – אזי הפיצוי העונשי צריך להיות גבוה יותר בהתאם. מנגד, ייתכנו מצבים שבהם העובד הוא 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. עם זאת הגיוני במקרים כאלה, שבהם העובד נהנה (במישור הכלכלי) מהסיווג השגוי, להפחית את שיעור הפיצוי העונשי.

3. האם הדין היה צריך להיות ברור למעסיק

שופטי הגישה החישובית נותנים משקל רב לשאלה אם היה צריך להיות ברור מראש למעסיק שמדובר בעובד. לגישתם, במצב שבו חוסר הוודאות של הדין הותיר מקום לספק, יש לראות במעסיק מי שפעל בתום לב. אולם חשוב שהפסיקה תבהיר כי האחריות הראשונית להכרת הדין היא על המעסיק, הן 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 ורואי 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. ההפך הוא הנכון: חיוני שהדין יכלול אמירה ברורה וייצור תמריצים מתאימים לכך שמעסיקים ידעו 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

117 ראו עניין רופא, לעיל ה"ש 4, פס' 41 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה; עניין עמיר, לעיל ה"ש 5, פס' 33 לפסק דינה של השופטת גליקסמן.

השירות. בהנחה שזה לא המצב, ומדובר במתכונת של התקשרות עם אדם שאין לו עסק פעיל, ומוזמן לבצע עבודה בהיקף משרה מלא או נרחב, עם מאפיינים של השתלבות, אזי המעסיק צריך לדעת שאלה יחסי עבודה, ואין אפשרות להציע אופצייה חלופית. הדין צריך להעביר את המסר הזה בבירור וליצור תמריץ שלילי חזק נגד 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, ראוי להכיר בשלוש סיטואציות שיכולות להצדיק הפחתה של הפיצוי העונשי: ראשית, ייתכנו מקרים שבהם משפטנים סבירים יכולים להיות חלוקים, מלכתחילה, בשאלה אם מדובר בעובד או קבלן. לדעתי מצבים אלה אינם שכיחים. העובדה שהמבחן משאיר פתח מובנה לשיקול דעת וכולל 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 מאוד, של 50%–50% בדבר שאלת הסיווג הנכון (או קרוב לכך), שהוכרע בסוף לטובת סטטוס של עובד – הגיוני שבית הדין יביא בחשבון את הגבוליות של ההכרעה בעת הדיון בסכום הפיצוי העונשי.

שנית, קיימת אפשרות שחל שינוי הדרגתי באופי ההתקשרות, ופלוני החל 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 אף שכשל בזיהוי השינוי ונמנע מתיקון הסיווג של פלוני? 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 היה קשה לדעת על העובדות שהשתנו, ראוי להביא זאת בחשבון לטובתו.

שלישית, ייתכנו מצבים שבהם הדין השתנה בתקופת ההעסקה, והרחיב את היקף ההגדרה של "עובד". במקרים כאלה קיימת אפשרות שהמעסיק פעל כשורה בעת תחילת ההתקשרות – אולי אף על בסיס ייעוץ משפטי – ולאחר כמה שנים השתנה הדין מבלי שהוא היה מודע לכך או היה סביר לצפות ממנו לברר זאת.¹²⁰ במצבים כאלה ראוי לראות במעסיק תם לב ולהימנע מפיצוי עונשי. עם זאת יש לשים לב שמדובר במצבים יוצאי דופן ונדירים

118 לפי הנשיא פליטמן, בחירה מעין זו הוצעה לעובדת בעניין עמיר (לעיל ה"ש 5, פס' 23). לאור האמור, קשה לקבל את גישתו שנותנת לגיטימציה להצעת שתי חלופות כאלה. יצוין כי למעשה לא ברור כלל שבפני העובדת עמדה בחירה. הנשיא פליטמן מסתמך על כך שהחווה בין הצדדים (שמובא שם, פס' 2) לפסק דינו), אשר נוסח כמובן בידי 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 הייתה בחירה חופשית מצד העובדת בנסיבות המקרה (שם, פס' 52–61 לפסק דינה).

119 על מבנה המבחן ראו לעיל ה"ש 16. וראו DAVIDOV, A PURPOSIVE APPROACH, לעיל ה"ש 40, בעמ' 122.

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

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

1. סיכום

סיווג שגוי של עובדים כקבלנים – בין שנעשה בטעות או במודע ובמכוון – הוא בעיה שכיחה, בישראל כמו במדינות רבות אחרות, עם השלכות קשות על העובדים.¹²² בשל בעיית האכיפה השולטת בתחום העבודה,¹²³ ההשלכות אינן רק על הצדדים שעניינם מגיע לבתי הדין לעבודה. יש מקרים רבים שבהם העובדים הנפגעים אינם תובעים, ולכן יש חשיבות רבה במיוחד לקביעת הדין באופן שיהיה בו כדי ליצור תמריצים למעסיקים לפעול כראוי ולהימנע מסיווג שגוי.

בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה התגבשה הסכמה שלפיה במקרים של סיווג שגוי יבוצע חישוב הזכויות 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 שניסח המעסיק. יש מקרים שבהם הסיווג השגוי אינו מגיע עם תמורה גבוהה יותר, ואז אין הצדקה לחשב את הזכויות על בסיס שכר נמוך מזה ששולם בפועל. בהנחה שיש ראיות ממשיות לקיום דלתא, ומחשבים את הזכויות לפי שכר נמוך 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, אם 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 ההרתעית והגישה החישובית – חשף כי למעשה קיימים חילוקי דעות של ממש בעניין

121 מגמה זו באה לידי ביטוי למשל בדנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817 (1998); ובע"ע (ארצי) 300274/96 צדקא – מדינת ישראל – גלי צה"ל, פד"ע לו 625 (2001).

122 ראו עניין רופא, לעיל ה"ש 4, פס' 38–40 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

123 ראו Davidov, *The Enforcement Crisis*, לעיל ה"ש 17; Davidov, A Purposive Approach, לעיל ה"ש 40, בפרק 9.

בסיסי זה. חלק מהשופטים, אף שאינם אומרים זאת במפורש, מוכנים למעשה לקבל "מכירה" של זכויות קוגנטיות – ואף מכירה של כלל הזכויות שבאות 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 – מסיבות של פטרנליזם, הגנה על צדדים שלישיים ושיקולים מסדר שני. כך ברוב המקרים של המקרים כאשר מדובר במכירה של זכות ספציפית, וכך לחלוטין כאשר מדובר במכירת סטטוס עובד עם כל "חבילת" הזכויות של דיני העבודה.

על בסיס דיון זה דחיתי את נקודת המוצא של הגישה החישובית, שמקילה 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 מאוד להביא בחשבון את סכום הדלתא ולראות בו כאילו שולם הלכה למעשה כנגד זכויות כספיות שהגיעו לעובד מכוח דיני העבודה.

את המחצית השנייה של המאמר (פרקים ד–ה) הקדשתי לדיון בפיצוי הנדרש נוסף על התשלום 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 דרכים להעריך את הנזק (והפיצוי הראוי) הערכה מבוססת מזו שנקטו 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 לייחס חשיבות לשאלה מי יזם את צורת ההתקשרות, שכן למעסיק יש אחריות לכך; כי המעסיק אינו תם לב אם הוא הרוויח מצורת ההתקשרות, דבר שכלל נכון אם הדלתא קטנה מ-50% במקום עבודה לא מאורגן או 60% במקום מאורגן; כי 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 על הקוגנטיות ועל האפשרות לחרוג ממנה יכול לשמש גם לבחינת סוגיות נוספות ולמחקר 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 בסכום השכר 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, כחלק מההפקדה לקרן פנסייה שאינה מוחזרת למעסיק, לפי צו ההרחבה לפנסייה חובה.

הפקדה לפנסייה: 6.5%

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

[מבחינת ההפסד לעובד, בפרשת 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 פנסייה, או מרכיב של ביטוח חיים במסגרת ביטוחי מנהלים). לפיכך אם בשל הסיווג השגוי אין לעובד חיסכון לפנסייה בגין שנות עבודתו אצל המעסיק, הנזק שנגרם לו גדול בהרבה מההפסד של שווי הפקדות המעסיק. עם זאת לצורך חישוב המחיר המינימלי של ההפסד לעובד ניתן להניח שהעובד חוסך עצמאית לפנסייה ומפריש עבור עצמו את מלוא הסכומים שהיה המעסיק אמור להפריש. במקרה כזה ההפסד הוא רק בשיעור של 6.5% ברכיב זה (זהה לגובה העלות למעסיק). לעומת זאת כאשר רוצים לבחון את ההפסד המלא לעובד שנגרם מהסיווג השגוי, יש מקום לבחון אם הוא הפקיד בפועל לפנסייה, ואם לא, הנזק הוא רב בהרבה, ודורש חישוב אקטוארי¹²⁷].

124 רוגית נדיב ותק במקום העבודה וניידות תעסוקתית בישראל (משרד התמ"ת – דפי מידע בנושא שוק העבודה, 2004) <http://bit.ly/2NQNIyb>. לפי מחקר זה הוותק הממוצע בעבודה בישראל הוא 9.7 שנים. למיטב ידיעתי אין בנמצא נתון עדכני מזה.

125 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה הודעה לתקשורת – השכר הממוצע ברוטו למשרת שכיר של עובדים ישראלים בשנת 2018 (2019) <http://bit.ly/2NnpeZ2>.

126 ראו עניין עמיר, לעיל ה"ש 5, פס' 46 לפסק דינה של השופטת גליקסמן.

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

דמי חופשה: בין 4.38% ל-8.5%, לפי ותק העובד והמקובל במקום העבודה. לעובד ממוצע 7.53%.

בפרשת רופא ציינה השופטת דוידוב-מוטולה כי רכיב זה נע בין 4% ל-128.8.33% מנגד, הנשיא פליטמן חישב בפרשת עמיר 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. אשר לעובדים 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. יש מקומות עבודה שמקנים זכויות משופרות לחופשה יותר מן המינימום הקבוע בחוק. במקרה של 31 ימי חופשה, השיעור מתוך 365 ימים בשנה הוא 8.5%.

לעובד בעל 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, שהוא 7.53%.

דמי מחלה: 2% בממוצע.

בפרשת רופא העריכו שופטי הגישה ההרתעתית את העלות של רכיב זה כ-2%.¹³¹ מנגד טען הנשיא פליטמן בפרשת עמיר כי השכר החלופי שהיה מקבל המועסק אילו הוגדר מלכתחילה "עובד" כבר כולל בתוכו את דמי המחלה המגיעים לפי דין – כלומר את האפשרות להיעדר מהעבודה בתשלום במקרה של מחלה.¹³² הסיבה לפער בין שתי הגישות היא הנחה עובדתית שונה בדבר השאלה אם התמורה לקבלן משתלמת גם בימים של מחלה. הגיוני להניח שלא: בפרשת 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 – לעומת מה שהיה אמור לשלם לפי חוק דמי מחלה – והעובד נפגע כספית באותו שיעור. תאורתית ייתכנו גם מקרים שבהם התמורה שמקבל העובד כ"קבלן" היא תמורה חודשית קבועה – כפי שהיה למשל בפרשת רופא.¹³⁴ אבל במקרים כאלה השאלה היא אם 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

128 עניין רופא, לעיל ה"ש 4, פס' 65 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

129 עניין עמיר, לעיל ה"ש 5 פס' 28 לפסק דינו של הנשיא פליטמן.

130 שם, פס' 65.

131 עניין רופא, לעיל ה"ש 4, פס' 65 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

132 עניין עמיר, לעיל ה"ש 5, פס' 33 לפסק דינו של הנשיא פליטמן.

133 שם, פס' 32.

134 עניין רופא, לעיל ה"ש 4, פס' 3 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

בפועל ואינו כולל תשלום על ימי היעדרות בשל מחלה, התשובה היא חיובית. ובאופן מקביל, קיים הפסד לעובד, שאינו מקבל תשלום על ימי המחלה שלו. מספר ימי המחלה שלהם עובד זכאי לפי חוק דמי מחלה הוא 18 בשנה, כאשר בענפים מסוימים נקבעו זכויות רבות יותר. אולם העלות בפועל למעסיק – וכן ההפסד לעובד שאינו מקבל זכות זו – תלויים במספר ימי המחלה שניצל העובד הספציפי ולא בזכאות המרבית. יש שתי דרכים אפשריות להערכת העלות. ראשית, לפי נתונים שאספו גופים בין-לאומיים, ניצול ימי מחלה בישראל הוא כ-4 ימי עבודה בשנה,¹³⁵ שהם 1.54% מהשכר (על בסיס 260 ימי עבודה בשנה). אפשרות שנייה היא להעריך את העלות בעזרת העובדה שחוק דמי מחלה מאפשר למעסיקים לרכוש ביטוח דמי מחלה, ובמקרה כזה את התשלום בעת מחלה מבצעת חברת הביטוח. דמי הביטוח משקפים את ההסתברות לניצול ימי מחלה, והם ככל הנראה בסך שבין 1.6% ל-2.5% מהשכר.¹³⁶ לפיכך הערכה של 2% בממוצע נראית סבירה.

דמי חגים: 2.46%

בפרשת רופא לא ציינה דעת הרוב (הגישת ההרתעתית) דמי חגים כחלק מהתחשיב. בפרשת עמיר טענה השופטת גליקסמן כי יש להביא בחשבון גם מרכיב זה.¹³⁷ מנגד טען הנשיא פליטמן את אותה טענה שהעלה בדבר דמי מחלה, היינו שהתשלום עבור חגים כבר כולל ב"שכר החלופי".¹³⁸ הדיון דלעיל בנוגע לדמי מחלה חל גם כאן, והמסקנה הזוהי היא שיש להביא בחשבון גם מרכיב זה בהנחה שהתמורה שמקבל המועסק כקבלן היא לפי ימי עבודה ושעות עבודה בפועל, ולא תמורה חודשית קבועה שאינה משתנה כאשר החודש כולל ימי חג. מובן שאם בנסיבות מקרה ספציפי הנחה זו אינה חלה, 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 החג ואחריו,¹³⁹ 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 חג – חובה שלא חלה כאשר המועסק מוגדר

135 לפי דוח של ה-OECD, בשנת 2017 היה מספר ימי היעדרות מעבודה בשל מחלה בישראל 3.8 בשנה. בשנים 2013 עד 2016 נע מספר ימי היעדרות בין 4.2 ל-4.6 בשנה. ראו OECD.Stat, *Absence From Work Due to Illness*, <http://bit.ly/2NLHWbX>. לפי דוח של ארגון העבודה הבין-לאומי, מספר ימי היעדרות ממחלה של עובדים בישראל היה ב-2015 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*, <http://bit.ly/32sGv7j>.

136 ראו למשל עמיתים קרנות הפנסיה הוותיקות "תקנון קופת גמל למטרה אחרת" <http://bit.ly/2Nr5kfC> (2.5%); קרן מקפת "תקנון קופת גמל לדמי מחלה" (5.7.2010) <http://bit.ly/34E7nTE> (2.5%); ולצד זאת אפשרות לחסכון, לכאורה, של עד 40% מהסכום הנהוג בקרנות הוותיקות באמצעות סוכנות ביטוח, ראו אתר להבנים סוכנות לביטוח <http://bit.ly/36FPPbx> (בקשה להצעת ביטוח --> ביטוח דמי מחלה).

137 עניין עמיר, לעיל ה"ש 5, פס' 65 לפסק דינה של השופטת גליקסמן.

138 שם, פס' 33 לפסק דינו של הנשיא פליטמן.

139 צו הרחבה – הסכם מסגרת לפי חוק הסכמים קיבוציים, מיום 7.6.2000, י"פ התש"ס 4002, <http://bit.ly/2Cm02Md>.

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 ובסכום השכר; 2.1% לעובד ממוצע.
לפי דעת הרוב בפרשת רופא, יש לכלול בתחשיב 2% עבור דמי הבראה.¹⁴¹ הנשיא פליטמן חישב זאת בפרשת עמיר כ-2.5%¹⁴². מהו השיעור הנכון? דמי הבראה משולמים לכלל העובדים במשק, לאחר שהשלימו שנת עבודה מלאה במקום העבודה, לפי צו 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 ו-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 ארוכה, כאשר העובד עם ותק שבין ארבע לעשר שנים, הזכאות היא לשבעה ימי הבראה.

לעובד ממוצע בעל ותק של עשר שנים במשרה מלאה, דמי הבראה השנתיים הם 2,646 ש"ח, שהם 220.5 ש"ח לחודש. נכון ל-2018, שיעורם של דמי הבראה עבור עובד כזה הוא 2.1% מהשכר הממוצע.

החזר הוצאות נסיעה: תלוי במרחק מהעבודה ובסכום 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 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 נכון למועד הכתיבה היא 213 ש"ח בתוך הערים הגדולות ובסביבתן הקרובה, 243 ש"ח בסביבה הרחוקה מעט 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

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 עניין רופא, לעיל ה"ש 4, פס' 65 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

142 עניין עמיר, לעיל ה"ש 5, פס' 28 לפסק דינו של הנשיא פליטמן.

143 צו הרחבה בדבר השתתפות המעביד בהוצאות הבראה ונופש מיום 19.12.2016, י"פ התשע"ז 1434 <https://bit.ly/2IT28Xe>.

144 עניין רופא, לעיל ה"ש 4, פס' 65 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

145 עניין עמיר, לעיל ה"ש 5, פס' 28 לפסק דינו של הנשיא פליטמן.

146 למחירי אגד ראו 2JXrNII <http://bit.ly/2JXrNII>. למחירי דן, ראו 2PRL88m <http://bit.ly/2PRL88m>.

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 שבהם אין זכות כזו). בתחשיב שערך הנשיא פליטמן בפסקי הדין שלו הוא התעלם מרכיב זה, ללא הנמקה. בפועל, חלק ניכר מהעובדים נהנה מזכות זו. אומנם השיעור הכולל של העובדים שזכאים – מכוח חוזה אישי או הסכם קיבוצי – לקרן השתלמות, הוא 34% בלבד. עם זאת השיעור עולה במידה ניכרת כשמדובר בעובדים שהכנסתם גבוהה יותר. בעשירון השמיני השיעור הוא 62%, בעשירון התשיעי 80%, ובעשירון העשירי 93% מהעובדים נהנים מקרן השתלמות.¹⁴⁷ מאחר שעובדים בכירים נוטים יותר להיות מסווגים כקבלנים עצמאים, ראוי להניח לצורך תחשיב כללי – שאינו מתייחס למקרה ספציפי – כי עובד שסווג כקבלן עצמאי מפסיד את ההטבה הזו, והמעסיק מצידו חוסך את ההוצאה הזו. שיעור הפקדות המעסיק לקרן השתלמות הוא 7.5%.

תשלום חלק המעסיק למוסד לביטוח לאומי: תלוי בסכום השכר; 5.22% לעובד ממוצע. אשר לתשלום לביטוח לאומי הובא בחשבון לפי דעת הרוב בפרשת רופא סכום של 4.98% מהשכר.¹⁴⁸ מנגד טען הנשיא פליטמן בפרשת 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 בחיסכון ניכר 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 הגבוה מזה ועד התקרה (שנכון למועד הכתיבה היא 43,890 ש"ח).¹⁵⁰ כאשר העובד מוגדר קבלן 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, הם 5.22% מהשכר.

[לצורך חישוב ההפסד לעובד יש להביא בחשבון את העובדה 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 שאוזכרה לעיל. זאת, כאשר כעובד שכיר הסכום המנוכה משכרו לטובת ביטוח לאומי הוא 0.40% בלבד על החלק שעד 60% מהשכר הממוצע, ו-7% על השכר הגבוה מזה. אם כן, ההפסד מבחינת העובד הוא 2.47% על חלק ההכנסה הנמוך ו-5.83% על החלק הגבוה. לעובד בעל שכר ממוצע מדובר בהפסד של 3.85% מהשכר].

147 ראו משרד האוצר דוח הכנסות המדינה לשנים 2015–2016 פרק ד: תחזית הטבות המס לשנת 2018 21 <http://bit.ly/2NoCVHj>

148 עניין רופא, לעיל ה"ש 4, פס' 65 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

149 עניין עמיר, לעיל ה"ש 5, פס' 33 לפסק דינו של הנשיא פליטמן.

150 שיעור דמי הביטוח הלאומי קבוע בלוח י' לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה–1995.

שעות נוספות: לפי הביצוע בפועל.

חלק ניכר מהעובדים במשק מועסק בשעות נוספות ומקבל תמורה נוספת בשכר בשל כך. אדם המסווג בטעות כקבלן לא ייהנה 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. ראוי להביא גם רכיב זה בחשבון, אם יש נתונים לגבי העובד הספציפי. למיטב ידיעתי אין בנמצא נתונים על מספר שעות העבודה הנוספות הממוצע במשק.

סך הכול עלות הזכויות הכספיות למעסיק (לפי עובד ממוצע; לא כולל שעות נוספות):
43.82% מהשכר.

סך הכול ההפסד לעובד עצמו בגלל הסיווג השגוי (לעובד ממוצע; בהתייחס לזכויות כספיות בלבד; לא כולל שעות נוספות; בהנחה שדאג לעצמו לחסכון פנסיוני): 42.45% מהשכר.