

על תרופות ותמריצים בדיני העבודה:

אשם תורם, כללי סיבתיות ופיצויים עונשיים

מאת

יובל פרוקצ'יה*

אחד האתגרים המרכזיים הניצבים בפני דיני העבודה הוא ההתמודדות עם המניע שלא לקיימם. הפרת הדין נעשית לעתים קרובות באמצעות "סיווג העסקה מוטעה" – הסדר חוזי הקובע כי יחסי הצדדים הם של מזמין וקבלן, אף שלמעשה מדובר ביחסי עבודה. הסיווג המוטעה מוביל לשלילה גורפת של הזכויות הקוגנטיות שדיני העבודה מבקשים להקנות לעובד. ואולם לצד הפגיעה בעובד הסיווג המוטעה עשוי גם להיטיב עימו – למשל בהעלאת שכרו, או בהגברת הגמישות התעסוקתית הנתונה לו.

רשימה זו עוסקת בשלש שאלות מרכזיות המעסיקות את דיני העבודה בהתמודדות עם הסיווג המוטעה. האחת היא מה דינו של עובד שיזם את הסיווג המוטעה כדי לזכות בהטבות הגלומות בו, ולאחר מכן תבע את המעסיק בגין שלילת מעמדו וזכויותיו. האם ראוי להכיר בעקרון "האשם התורם" בנסיבות אלה, ומכוחו להקנות למעסיק הגנה? ואם כן, מה צריכות להיות השלכותיו של האשם התורם על זכויותיו מכות הדין הקוגנטי? שאלה שניה היא כיצד ראוי להגדיר את הנזק שנגרם לעובד עקב הסיווג המוטעה באורח סיבתי. האם ראוי לקזז מן הנזק את ערך ההטבות שהעובד הפיק מן הסיווג המוטעה? ואם כן, על פי אילו כללים יש לערוך קיזוז זה? שאלה שלישית היא כיצד ראוי להגדיר את תכליתו ההרתעתית של הפיצוי העונשי. האם על שיקולי ההרתעה להתמקד בנזק שנגרם לעובד הבודד, או שמא עליהם לשקף גם השפעות חיצוניות שנגרמו לציבור העובדים כקולקטיב? שאלה נגזרת היא אם ראוי לפסוק פיצוי עונשי גם בנסיבות בהן לעובד הבודד לא נגרם כל נזק, ואפילו כאשר הסיווג המוטעה היטיב עימו.

מבוא. א. התפתחות דיני הסיווג המוטעה. ב. אשם תורם. 1. אשם תורם ותמריצי ההתנהגות. 2. טעות בהערכת יחס התמורות. 3. טעות שיפוטית בזיהוי הצד היוזם. ג. קשר סיבתי וקיזוז תועלות. ד. פיצוי עונשי ונזק – שיקולים אישיים והשפעות חיצוניות. ה. סיכום.

מבוא

דיני העבודה מבקשים להכווין התנהגות. כוחם לעשות כן מותנה בכך שהוראותיהם יקוימו, וזאת דווקא בנסיבות שבהן, בשוק בלתי מוסדר, צדדים היו פועלים בניגוד להן. לפיכך, אחד האתגרים המרכזיים הניצבים בפני דיני העבודה הוא הצורך להתמודד עם המניע שלא לקיימם. דרך מרכזית שבה מניע זה בא לידי ביטוי, היא באימוצו של "סיווג העסקה מוטעה" – הסדר חוזי שבו צדדים

* מרצה בכיר, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן.

מבקשים להשתחרר מתחולתם של דיני העבודה, באמצעות סיווג המועסק כ"קבלן", אף שעל פי הדין יש לסווגו כ"עובד".

מאחר שדיני העבודה ככלל אינם חלים על "קבלנים", הסיווג המוטעה מוביל להפרה גורפת של הזכויות שדיני העבודה מבקשים להקנות ל"עובדים". הסיווג המוטעה פוגע אפוא בעובד, במובן זה שהוא שולל את זכויותיו. ואולם לצד פגיעה זו, הסיווג המוטעה עשוי גם להיטיב עם העובד במובנים אחרים. ככלל, שכרם של "קבלנים" גבוה מזה של "עובדים", משום שהעסקה קבלנית כרוכה בעלויות נמוכות יותר עבור המעסיק. יתרה מכך, הסיווג הקבלני לעתים מקנה לעובד תנאי עבודה גמישים יותר, אפשרות נוחה יותר לעבוד אצל מעסיקים נוספים, ולעתים אף גלומים בו יתרונות מס.¹

על רקע זה, שאלה מרכזית שדיני העבודה נדרשים לה היא מהי המדיניות המשפטית שראוי להחיל ביחס לסיווג המוטעה. מה צריכה להיות תכליתה העקרונית של מדיניות זו? ואילו כללים תרופתיים נדרשים כדי לממשה בדרך מיטבית? המדיניות בסוגייה זו אינה מוסדרת בחקיקה, ועל כן פיתוחה נעשה בגדרה של ההלכה הפסוקה. תהליך עיצובה של המדיניות התאפיין במחלוקות ארוכות שנים ובשינויי הלכה רבים ותכופים.²

הסוגייה התבררה כמורכבת, בשל הצטברות של כמה טעמים. טעם אחד קשור בכך שחלק מן הנזק שנגרם לעובד מעורר קשיים טבועים של הוכחה.³ כך למשל, הסיווג המוטעה עלול להוביל לאובדן הזכות לביטחון תעסוקתי, או הזכות להתערות חברתית במקום העבודה. שיעור הנזק הנובע משלילתן של זכויות אלה נגזר במידה רבה מתכונותיו האישיות של העובד ומהעדפותיו. ההיבט הסובייקטיבי של נזק זה מעורר קושי טבוע של הערכה וכימות. נזקים אחרים קשים להוכחה בשל אופיים הספקולטיבי. כך למשל, עובד שמעמדו נשלל מאבד את הסיכוי כי בעתיד יזכה לקידום. הפגיעה הנובעת מכך נגזרת מן השאלה אם הסיכוי לקידום היה אכן מתממש, ואם כך אזי באיזה מועד, ואילו הטבות היו מוקנות לעובד בעקבותיו. מאחר שתכונות אלה, של סובייקטיביות וספקולטיביות, מאפיינות חלק לא מבוטל מן הנזק הנובע מן הסיווג המוטעה – נדרשת התמודדות עם הקושי הכרוך בפסיקת פיצוי עבור נזק ששיעורו אינו ידוע. היבט אחר של מורכבות נובע מן העובדה שגם אילו אפשר היה לקבוע פיצוי השווה להיקפו המדויק של הנזק, עדיין לא היה בפיצוי כזה כדי להרתיע את המעסיק מן השימוש בסיווג המוטעה.

¹ לדין בהטבה המגולמת בהגברת הגמישות התעסוקתית, ראו למשל לילך לוריא **דיני עבודה ורווחה במאה ה-21** -216 (2013). על ההבחנה בדיני מס ההכנסה בין עובדים וקבלנים, ראו יעקב נוסים "בין עובד לעצמאי בדיני מס הכנסה" **עיוני משפט** לג 135 (2010).

² לסקירת ההתפתחות, ראו יובל פרוקצ'יה "על סיווגי העסקה מוטעים, הרתעה יעילה, ומעמדם הקוגנטי של דיני העבודה" **עיוני משפט** מג 171, 176-181 (2020).

³ קושי זה עלה באופן שכיח בפסיקה. ראו למשל פס' 1 לפסק דינה של השופטת רוזנפלד בע"ע (ארצי) 570/07 **טיברמן – מקורות חברת מים בע"מ** (פורסם בנבו, 24.12.2009); ע"ע (ארצי) 450/07 **גלובוס גרופ בע"מ – מלכא**, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא אדלר (פורסם בנבו, 7.3.2010); בע"ע (ארצי) 110/10 **רופא – מרקם סוכנות לביטוח בע"מ**, פס' 56 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה (פורסם בנבו, 22.12.2011); לדין נרחב יותר ראו שם, בעמ' 197-200.

אם, במקרה שבו התביעה מוכרעת לרעת המעסיק, החבות מוגבלת לגובה הנזק – משמעות הדבר היא כי לעתים קרובות היקפה לא יעלה על העלות הכרוכה בקיום הדין מלכתחילה. במקרים אלה, הפרת הדין לא תעמיד את המעסיק בכל סיכון להפסד.⁴ כדי להרתיע את הסיווג המוטעה, נדרש אפוא כי החבות תכלול גם רכיב עונשי, המתווסף לפיצוי על הנזק. ואולם תרופות עונשיות הן חריגות מאד במשפט הפרטי, במיוחד בהקשרים חוזיים. בתי המשפט, כמו בתי הדין לעבודה, נזהרים מאד מלהחילן, אלא כאשר מצויה לכך הסמכה ספציפית בחוק.⁵

על רקע קשיים אלה, התגבשו בבית הדין הארצי לעבודה תפיסות שונות באשר לטיבה של המדיניות הרצויה.⁶ ואולם חרף המחלוקת, ושינויי ההלכה התכופים, התפתחה הסכמה כי על המדיניות להישען על שני אדנים עיקריים. האדן האחד הוא כי לעובד זכאות לפיצוי רק בגין רכיבי נזק שיש בידו להוכיח (רכיבים שכונו "הזכויות הממוניות"). משמעות הדבר היא כי עבור ההיבטים הסובייקטיביים והספקולטיביים של הנזק ("הזכויות הבלתי ממוניות") – העובד לא זכה לפיצוי, ועל כן, במובן זה, נזקו הוערך בחסר. לצד זאת, האדן השני היה כי מסכום הפיצוי, ככלל אין לקזז את ערך ההטבות שהסיווג המוטעה הקנה לעובד (ובראשן ההטבה הגלומה בעליית השכר).⁷ קביעה זו הובילה דווקא להערכה של הנזק ביתר. נראה כי הנחת הרקע הייתה כי השילוב שבין שני אדנים אלה עשוי להוביל לתוצאה מאוזנת.⁸ בפרט, אם הסכום המשולם בחסר (עקב קשיי ההוכחה) נמוך מן הסכום המשולם ביתר (עקב ההימנעות מן הקיזוז) – אזי הפיצוי המשולם בסופו של יום גבוה מהיקף הנזק. ואם כך, המדיניות מביטחה הן את הטבת נזקו של העובד והן את הרתעת המעסיק מאימוצו של הסיווג המוטעה מלכתחילה.

ברשימה קודמת הצבעתי על שורה של קשיים שמדיניות זו מעוררת, והצעתי לשנותה.⁹ קושי אחד נובע מכך ששיעורן היחסי של שתי ההטבות הוא אקראי, ועל כן אין מקום לציפיה כללית כי שילובן יוביל לתוצאה רצויה. קושי אחר, מרכזי יותר, הוא כי שלילת הזכות לקיזוז אינה אמצעי מתאים ליצירת הרתעה. זוהי סנקציה המאופיינת *ביחס הפוך בין חומרת המעשה וחומרת העונש*: ככל שהסיווג המוטעה גורם לעובד נזק כבד יותר, כך הסנקציה הגלומה בשלילת הקיזוז קלה

⁴ ראו פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 2 בעמ' 197-191, וכן גיא דוידוב "התניה על סטטוס 'עובד' והשלכותיה" משפטים נ 87, 113-122 (תש"ף).

⁵ ראו למשל ע"א 4576/08 **בן צבי נ' היס**, פס' 38 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 7.7.2011) ("כיום מכירה הפסיקה בארץ בסמכותם של בתי המשפט לפסוק פיצויים עונשיים, אולם אלה שמורים למקרים חריגים ביותר"). ראו גם ע"א 2144/13 **עזובן מנטין נ' הרשות הפלסטינאית**, פס' 135-134 לפסק-דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 6.12.2017). בהקשר של דיני העבודה, ראו גם ע"ע (ארצי) 33680-08-10 **דיזנגוף קלאב בע"מ נ' זואילי**, פס' 32 לפסק-דינה של הנשיאה נ' ארד (פורסם בנבו, 16.11.2011).

⁶ לסקירת התפיסות השונות, ראו פרוקצ'יה, ה"ש 2 בעמ' 179-181.

⁷ לכלל זו הוכרו חריגים מסוימים, שטיבם המדויק עמד במרכזה של המחלוקת בין גישות שונות. ראו שם.
⁸ ראו למשל בפס' 44 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה בפרשת **רופא**, לעיל ה"ש 3 ("כיוון שמבחינה פרקטית אין לנו דרך לכמת את [הזכויות הבלתי ממוניות] – התוצאה הינה כי מחד נפסקות לזכות העובד רק הזכויות [הממוניות] (וגם הן – כפוף לתקופת ההתיישנות ונטלי ההוכחה), ומאידך – נוקף לחובתו מלוא הפרש שבין השכר החלופי לתמורה ה"קבלנית" ששולמה לו").

⁹ פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 2.

יותר.¹⁰ יחס זה מוביל להרתעת יתר במקרים מסוימים, להרתעת חסר במקרים אחרים, ולקשיים נוספים.¹¹

לאור זאת, ההצעה הייתה לחדול מן השימוש בשלילת הקיזוז כאמצעי להרתעת המעסיק, ולהמירה בסנקציה של פיצוי עונשי – שהיקפו יעמוד ביחס ישר לחומרת ההפרה.¹² נוסף על כך, כדי להבטיח את הטבת נזקו של העובד, הוצע כי הפיצוי עבור הזכויות "הבלתי ממוניות" (שערכן קשה להוכחה) ייפסק בדרך של אומדן – מכוח הסמכות לעשות כן הקבועה בחוק.¹³ ההצעה ביקשה אפוא להסיר את שני העיוותים בהערכת הנזק – זה שהוביל לפיצוי חסר (עקב קשיי ההוכחה), וזה שהוביל לפיצוי יתר (עקב שלילת הקיזוז). את התכלית ההרתעתית (הנדרשת מעל ומעבר לפיצוי על הנזק) היא ביקשה להגשים באמצעות פיצוי עונשי ששיעורו מותאם לחומרת ההפרה.

בפרשת כותה – מדינת ישראל, שנדונה לאחרונה בבית הדין הארצי לעבודה במוטב תשעה, התקבלה הלכה המאמצת את העקרונות האמורים של ההצעה.¹⁴ ואולם לצידם של עקרונות אלה, ההלכה אימצה גם שורה של הסדרים נוספים הנוגעים להיבטים מרכזיים של הדין המהותי והתרופתי. הסדרים אלה עומדים במוקד הדיון של הרשימה הנוכחית. הרשימה מבקשת לבחון הסדרים אלה על רקע עקרונותיה של המדיניות החדשה.

*

הסדרים הנוספים נוגעים לשלש שאלות מרכזיות שטרם זכו לליבון סיסטמטי בגידרם של דיני העבודה. הסדר אחד נוגע למקומו של עקרון האשם התורם בהם. דיני העבודה מיועדים ככלל להגן על זכויות העובד, ולפיכך, במקרים רבים, הצד אשר יזום את ההפרה ומניע אותה הוא המעסיק. ואולם לעתים הצד המבקש להתנות על הדין הקוגנטי הוא דווקא העובד עצמו – המעוניין בהטבות השונות שהמעמד הקבלני עשוי להציע. האם יש לראות פסול בתביעת העובד לפיצוי בגין העסקתו הקבלנית, בנסיבות שבהן הוא עצמו הגורם אשר יזם אותה? האם חלקו של

ראו חלק א להלן. לדיון מפורט יותר ראו שם בעמ' 184-181.

¹⁰ היחס ההפוך אף פוגע ב"הרתעה השולית" – כלומר בתימרוץ מעסיק שכבר בחר להפר את הדין, להעדיף הפרה קלה על פני הפרה חמורה. לדיון בהרתעה השולית כשיקול בעיצובה של מערכת רגולטורית, ראו למשל George J. Stigler, *The Optimum Enforcement of Laws*, 78 J. POL. ECON. 526, 527 (1970) וכן Steven Shavell, *A Note on Marginal Deterrence*, 12 INT'L REV. L. & ECON. 345 (1992). במישור שיקולי הצדק, היחס ההפוך מנוגד ל"עקרון ההלימה" העונשי, הקובע כי על הענישה להיות פרופורציונלית לחומרת המעשה שבגינו היא מושתת. עקרון זה נקבע במשפט הישראלי כעקרון מנחה בתורת הענישה. ראו סעיף 40ב' לחוק העונשין, תשל"ז-1977 ("העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו"). לדיון בשיקולים אלה, ובהקשרם לדיני הסיווג המוטעה, ראו פרוקציה, לעיל ה"ש 2 בעמ' 184-181.

¹¹ שם, בעמ' 187-186.

¹² שם, בעמ' 197-200.

¹³ ע"ע (ארצי) 15868-04-18 כותה - מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.4.2021) (להלן: "פרשת כותה"). העקרונות שהוזכרו לעיל אומצו פה אחד.

¹⁰

¹¹

¹²

¹³

¹⁴

העובד בהפרה צריך להשפיע על היקף התחולה של דיני העבודה כלפיו, או על סוג התרופות שלהן הוא זכאי? ואם כן, כיצד ראוי לעצב דינים אלה של "אשם תורם"? שאלה אחרת מתעוררת בנסיבות שבהן המעסיק הוא היוזם של הסיווג המוטעה. כאשר המעסיק עומד על אימוצה של מתכונת ההעסקה הקבלנית, ובכך שולל מן העובד את זכויותיו, אין חולק כי העובד זכאי לתבוע פיצוי על נזקו. "נזק" זה מוגדר על ידי ערך הזכויות שנשללו, *בקיזוז התועלת* שהסיווג המוטעה הסב לו. ואולם על פי אילו עקרונות יש לערוך קיזוז זה? האם הטבות מסוג מסוים צריכות להיות מקוזזות רק כנגד נזקים מאותו הסוג? האם ראוי לאפשר קיזוז של כלל רכיבי התועלת מכלל רכיבי הנזק, ללא תלות בסוג ההטבה או הנזק? התשובות לשאלות אלה נגזרות מעקרונות הסיבתיות, ומהגדרת המטרה שהפיצוי מיועד לשרת. שאלה שליטית נוגעת לטיב ההרתעה שיש לשאוף אליה, ולשיקולים שצריכים להשפיע על שיעורו של הפיצוי העונשי. כפי שהוסבר בעבר בספרות, הפרה של דיני העבודה עשויה לעתים לפגוע לא רק בעובד האינדיבידואלי שזכויותיו נשללו, אלא גם בציבור העובדים כקולקטיב.¹⁵ ההפרה עשויה לתרום להתפתחותה של דינמיקה בשוק העבודה, שממנה עלולים להיפגע גם עובדים אחרים. לאור זאת עולה השאלה האם הפיצוי העונשי, הנפסק לזכותו של עובד בודד, צריך לבטא גם את האפשרות לקיומן של השפעות חיצוניות? האם ראוי לפסוק פיצוי עונשי גם כאשר לעובד התובע לא נגרם נזק כלל, או אפילו כאשר הסיווג המוטעה היטיב עימו?

*

חלק א שלהלן מציג את ההתפתחות של דיני הסיווג המוטעה. כאמור, דין זה התאפיין בעשרים השנים האחרונות בשינויים רבים ותכופים, המשקפים את מורכבות הסוגייה ואת חשיבותה. חלק זה מציג ביתר פירוט את הבעיות שעוררה המדיניות הקודמת ואת עקרונותיה של המדיניות החדשה.

החלקים הבאים בוחנים באורח ביקורתי את ההסדרים שאומצו ביחס לשלש השאלות שהוצגו לעיל. הדיון בהסדרים אלה מתמקד בניחותא תמריצי ההתנהגות שיוצרים כללים חלופיים, ובהשפעתם של כללים אלה על כוחם של דיני העבודה להגשים את תכליתם.¹⁶ חלק ב עוסק בכללי האשם התורם. שאלה זו עוררה מחלוקת עקרונית בין תשעת חברי המותב, שהתפצלו בסוגייה זו ביחס של חמישה לארבעה. עמדת המיעוט גרסה כי כאשר העובד יוזם את הסיווג המוטעה מטעמו, ובכל זאת תובע בגין הזכויות שהופרו – מעמדו כ"עובד" יישלל, ותביעתו

¹⁵ ראו חלק ד' להלן.

¹⁶ הניתוח התאורטי של דיני העבודה עוסק לעתים בהיבט "האקספרסיבי" שלהם, כלומר בטענה כי פרטים עשויים להיות מושפעים מן המסר הנורמטיבי העולה מכלל משפטי, במובחן מהשפעתו המרתיעה. לדיון כללי בהיבט האקספרסיבי של המשפט ככוח מניע ראו RICHARD McADAMS, THE EXPRESSIVE POWERS OF LAW: THEORIES AND LIMITS (2015); LYNN STOUT, CULTIVATING CONSCIENCE: HOW GOOD LAWS MAKE GOOD PEOPLE (2011); Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, Alex 144 U. PA. L. REV. 2021 (1996). לדיון בהיבט האקספרסיבי של המשפט בדיני העבודה, ראו למשל: C. Geisinger & Michael Ashley Stein, *Expressive Law and the Americans with Disabilities Act*, 114 MICH. L. REV. 1061 (2016). הדיון הנוכחי אינו מתמקד בהיבט זה.

תידחה על כלל רכיביה כבר בשלב מקדמי. לעומת זאת, עמדת הרוב גרסה כי גם כאשר העובד הוא שהניע את אימוצו של הסיווג המוטעה, תביעתו כנגד המעסיק תישמע. יתרה מכך, זכאותו לפיצוי מלא תעמוד על כנה, ובמקרים מסוימים הוא אף עשוי לזכות בפיצוי עונשי.

במבט ראשון מחלוקת זו נראית כיורדת לשורש תכליתם של דיני העבודה – ובעיקר לשאלה מהו היחס שבין הצורך לשמר את אופיים הקוגנטי והמחייב, ובין הצורך להרתיע את ניסיונו של העובד לעשות בהם שימוש לרעה. היא אף נראית כנוגעת לשאלה מה מקומם של שיקולים פטרנליסטיים בדיני העבודה: האם רצונו של העובד לוותר על הזכויות עשוי להוביל לפגיעתו, או שמא יש להכיר בתוקפן חרף הוויתור, בשל החשש כי העדפתו הנגלית אינה משקפת את טובתו. על פני הדברים נראה כי ההשתייכות לעמדות הרוב או המיעוט מבטאת הבדלי תפיסה עקרוניים באשר למטרות העומדות בבסיס דיני העבודה, ובאשר לטיבו של האיזון הראוי בין מטרות אלה. על רקע מחלוקת זו, **חלק ב** מנתח את ההשפעה של כל אחת מן הגישות על תמריצי ההתנהגות של העובד והמעסיק. תוצאה בלתי אינטואיטיבית שעולה מן הניתוח היא כי **שתי הגישות צפויות להשפיע על התמריץ לאמץ את הסיווג המוטעה באורח דומה**: תחת שני הכללים, התנאים שבהם העובד ירצה ליזום את ההעסקה הקבלנית הם בקירוב אותם התנאים. משמעות הדבר היא כי, בניגוד להנחה שעמדה בבסיס הדיון, לבחירה בין הגישות לא צפויה להיות השפעה של ממש על קיומו של הדין הקוגנטי או על רמת אכיפתו. ממילא לא צפויה לו השפעה ממשית על האיזון הערכי שלכאורה עומד בלב המחלוקת – בין הצורך להגן על אופיו הקוגנטי של הדין ובין הצורך למנוע שימוש לרעה בזכות.

עם זאת, הניתוח מציע כי לבחירה בין הגישות צפויה להיות השפעה על היבטים אחרים בעלי חשיבות, שעד כה לא הובאו בחשבון. הגישה הנבחרת צפויה להשפיע על הקצאת הסיכונים בין הצדדים, על תמריצי המעסיק לגלות מידע הנתון לו באורח לא סימטרי, ועל טיבו של הבסיס הראייתי המשמש את בית הדין בקביעת ממצאים עובדתיים. בכל ההיבטים האמורים, הניתוח מצביע על יתרונות הנתונים לעמדת הרוב.

חלק ג עוסק בכללים הנוגעים לזכותו של המעסיק לקזז מן הנזק את ההטבות שהוקנו לעובד עקב ההעסקה הקבלנית. אף שזכות זו הוכרה במובנה העקרוני, היא נותרה מסוייגת. בפרט נקבע כי הפרשי שכר ניתנים לקיזוז מן הנזק הממוני, אך אין לקזזם כנגד נזק שאינו ממוני. יתרה מכך, לא הוכרה במפורש זכות לקיזוז של הטבות בלתי ממוניות כנגד נזק כלשהו. הדיון בחלק זה מנתח את משמעותם של סייגים אלה. הגבלת הזכות לקיזוז נוגדת את כללי הסיבתיות בהערכת הנזק, ועל כן היא משבשת את הערכתו. יתרה מזאת, היא מובילה לחוסר שוויון, שכן משמעותה היא כי עובדים שונים שנוזקם זהה אינם זכאים לאותו הפיצוי. מסקנת הדיון היא אפוא כי ראוי להסיר מגבלות אלה, ולאפשר קיזוז של כלל רכיבי התועלת מתוך כלל רכיבי הנזק.

חלק ד עוסק בקריטריונים המנחים את פסיקתו של הפיצוי העונשי. על פי התפיסה הנוהגת, פיצוי עונשי נדרש לבטא הן את נזקו של העובד הבודד והן את הנזק שנגרם לציבור העובדים כקולקטיב. לפיכך, פיצוי עונשי נפסק גם במקרים שבהם הסיווג המוטעה לא גרם לעובד האינדיבידואלי כל נזק. על רקע זה, הטענה בחלק ד היא כי פסיקתו של פיצוי עונשי לשם הרתעת הנזק הקולקטיבי צריכה להיות שמורה למקרים שבהם גרם לעובד הבודד נזק. במקרים שבהם

הסיווג המוטעה שיפר את מצבו של העובד הבודד, פסיקתו של פיצוי עונשי מעוררת קושי בשני מובנים. ראשית, כוחו המרתיע של הפיצוי העונשי מוטל בספק, לאור כוחם של הצדדים לנטרל את השפעתו באמצעות גילומו בתנאי ההתקשרות. שנית, וחשוב מכך, הנזק הקולקטיבי ככלל אינו מתקיים בנסיבות שבהן לא נגרם לעובד הבודד נזק. שיקולים שברוחת ציבור העובדים מובילים אל המסקנה כי הפיצוי האישי על הנזק והפיצוי העונשי צריכים ללכת יד ביד: פיצוי עונשי נדרש רק כאשר נגרם נזק גם לעובד התובע.

חלק ה מסכם בקצרה.

א. התפתחות דיני הסיווג המוטעה

הסיווג המוטעה מוביל כאמור להפרת ההוראות הקוגנטיות של דיני העבודה. העובד אינו מממש את הזכויות שדיני העבודה מבקשים להקנות לעובדים, ואולם בצד זאת מוקנים לו בדרך כלל שכר גבוה יותר והטבות נוספות.¹⁷ השאלה בדבר טיבה של המדיניות המשפטית הרצויה עוררה בפסיקה התלבטות ארוכת שנים. לאורך שני העשורים האחרונים, תפיסות תרופתיות הוחלו, נהפכו, והוחלפו שוב ושוב.¹⁸ ההתלבטות נבעה מן ההבנה כי המדיניות ביחס לסיווג המוטעה נוגעת ב"מרכז העצבים של משפט העבודה",¹⁹ שכן יש לה השפעה מכרעת על יכולתו להשליט את כוחו הרגולטורי. היא אף נבעה מן הבעיות הייחודיות שמעורר הסיווג המוטעה, ומן המורכבות הכרוכה בפתרון.

כאמור, התפיסה שקדמה להלכה החדשה הייתה מבוססת על שני עקרונות מרכזיים, שכל אחד מהם הוביל להטייה הפוכה בהערכת הנזק. היעדר הפיצוי בגין הזכויות הבלתי ממוניות הוביל להערכתו בחסר, בעוד שהמגבלה על קיזוז הטבות הובילה להערכתו ביתר. שיעורה של כל אחת מן ההטבות נגזר מגורמים נסיבתיים בלתי תלויים, ועל כן היחס ביניהן השתנה ממקרה למקרה. התוצאה שהתקבלה מהחלטה של מדיניות זו הייתה אפוא אקראית: במקרים מסוימים החבות לא הספיקה לשם הטבת הנזק, ובמקרים אחרים היא הייתה מוגזמת.

ואולם הקושי שמדיניות זו עוררה היה אף יסודי יותר. שלילת הקיזוז אינה אמצעי אפקטיבי לצרכי הרתעה, משום שהסנקציה הגלומה בה עומדת ביחס הפוך לנזקי ההפרה. לשם הדגמה, טלו "עובד", שאילו מעמדו סווג נכון, שכרו היה עומד על 100. בפועל נשלל ממנו מעמד העובד, ומשולם לו שכר קבלני. אם השכר הקבלני עומד על 150, ובדיעבד נקבע כי המעסיק אינו זכאי לקיזוז הפרשי השכר – משמעות הדבר היא כי הסנקציה הגלומה בשלילת הקיזוז היא 50. לעומת זאת, אם השכר הקבלני עומד על 100 (כלומר הוא זהה לשכר שהיה משולם תחת הסיווג הנכון) – משמעות הדבר היא כי הסנקציה הגלומה בשלילת הקיזוז היא 0. יוצא אפוא כי במקרה הראשון, שבו שולמה לעובד תוספת שכר ניכרת (50), הוטלה סנקציה חמורה; ודווקא במקרה השני – שבו

¹⁷ על ההשלכות במישור הגמישות התעסוקתית ובמישור המס, ראו לוריא ונוסים בהתאמה, לעיל ה"ש 1.

¹⁸ ראו פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 2 בעמ' 176-181.

¹⁹ ראו למשל בפרשת כותה, לעיל ה"ש 14, פס' 73 לפסק דינה של הנשיאה וירט-ליבנה ופס' 33 לפסק דינה של השופטת דירוב-מוטלה. כמו כן ראו מרדכי מירוני "התפתחויות ומגמות במשפט העבודה הקיבוצי הואינדיווידואלי - 2010-2011" דין ודברים ח 153, 175 (תשע"ד).

לא שולמה לעובד תוספת כלשהי, לא הוטלה סנקציה כלל. שלילת הקיזוז מענישה אפוא בחומרה מעסיק ששילם שכר גבוה, ופוטרת מעונש את זה ששילם שכר נמוך. שלילת הקיזוז מובילה להרתעת חסר כאשר ההפרה חמורה, ועלולה להוביל להרתעת יתר כאשר ההפרה קלה. לנוכח קשיים אלה, הרשימה הקודמת הציעה כאמור שינוי במדיניות, הן בהיבט הסנקציה והן בהיבט הפיצוי. בהיבט הסנקציה הוצע להמיר את שלילת הקיזוז בפיצוי עונשי, שהיקפו תואם את חומרת ההפרה.²⁰ הכוח לפסוק פיצוי כזה שאוב מן "הסמכות הטבועה" הנתונה לבית המשפט, שהוכרה בפסיקתו של בית המשפט העליון עוד בשנותיה הראשונות של המדינה.²¹ בהיבט הנזק, הוצע לתקן את שתי ההטיות בעת ובעונה אחת. כדי לתקן את ההטיה הנובעת משלילת הקיזוז – הוצע להכיר בקיומה של זכות לקיזוז. וכדי לתקן את ההטיה הנובעת מאי הכללתן של הזכויות הבלתי ממוניות – הוצע כי ייפסק בגינן פיצוי בדרך של אומדן (כלומר, ללא צורך בהוכחת שיעור הנזק). מכוח הסמכות הקבועה בסעיף 13 לחוק התרופות.²² כמובן שפיצוי ללא הוכחת נזק, אינו "תרופת פלא" לקשיי ההערכה; אם הנזק קשה לכימות, פסיקתו בדרך של אומדן אינה צפויה להניב תוצאה מדויקת. ואולם פסיקת הפיצוי בדרך זו עדיפה על פני הניסיון "לאזן" את פיצוי החסר באמצעות שלילה של זכות הקיזוז. ערכן של הזכויות הבלתי ממוניות, וערכן של ההטבות – הם גורמים בלתי תלויים, שאין ביניהם קשר ענייני. פסיקת הפיצוי בדרך של אומדן יוצרת לכל הפחות קשר מקורב בין הנזק שנגרם והפיצוי שנפסק. הפיצוי נקבע בעקבות הפעלה של שיקול דעת המוכווון למטרה זו, ושיש בו כדי לשקלל את הגורמים הנסיבתיים שעשויים בכל זאת להשליך על הערכתו הנכונה.

בפרשת **כותה** בית הדין הארצי לעבודה דן מחדש בהיבטיו השונים של דין הסיווג המוטעה, ואימץ את העקרונות האמורים של ההצעה. בפרט, פסק הדין קבע כי העובד יהיה זכאי לפיצוי גם בגין הזכויות הבלתי ממוניות, וכי שיעורו ייקבע בדרך של אומדן. כן נקבע כי שלילת הקיזוז לא תשמש עוד כאמצעי להרתעת המעסיק. במקום זאת החבות המושתתת ללא הוכחת נזק תמלא תפקיד כפול: היא תשמש לפיצוי בגין הזכויות הבלתי ממוניות, והיא אף תכלול רכיב "הרתעתי", ששיעורו ייקבע על פי חומרת ההפרה. אף שבית הדין לא כינה רכיב זה בשם "פיצוי עונשי",

²⁰ פרוקציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 187-186.

²¹ ראו ע"א 216/54 **שניידר נ' גליק**, פ"ד ט 1331, 1335 (1955); ע"א 81/55 **כוכבי נ' בקר**, פ"ד יא 225, 234 (1957); ע"א 277/55 **רבינוביץ נ' סלע** **חברת שיכון בע"מ**, פ"ד יב 1261, 1277 (1958). ראו גם רע"א 9670/07 **פלונת נ' פלוני**, פס' כב לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.7.2009). לסקירת מקורותיה של הסמכות הטבועה במשפט המקובל האנגלי והאמריקאי, ראו פרשת **מנטין**, לעיל ה"ש 5 פס' 123-128, 132 לפסק-דינו של השופט סולברג. כן ראו יהודה אדר **התשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים** 29-108 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2003).

²² סעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות) קובע כי "גרמה הפרת החוזה נזק שאינו נזק ממון, ראשי בית המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות הענין."

הובהר כי הוא מיועד להטיל חבות העולה על הנזק.²³ לפיכך, במהות הדברים, פיצוי זה שימש לשתי המטרות – הן להטבת הנזק, והן להרתעת המעסיק באמצעות רכיב עונשי.²⁴ במובנים האמורים, הלכת כותה עשתה ככרת דרך בתיקון הקשיים שעוררה המדיניות שקדמה לה. ואולם בד בבד עם אימוצם של שינויים אלה, היא החילה גם שורה של הסדרים מהותיים נוספים, שהם נושא עיסוקה של הרשימה הנוכחית.

ההלך בפרשת כותה איחד שני ערעורים שונים שעסקו בסיווג מוטעה.²⁵ במקרה הראשון, המדינה העסיקה את התובע כמנהל מחלקת "ניהול תקין" במשרד המשפטים, אך חרף היותו "עובד" על בסיס המבחנים המקובלים, היא סיווגה את העסקתו כקבלנית. על פי קביעת בית הדין, המניע שעמד בבסיס הסיווג הקבלני היה רצונה של המדינה לעקוף את מגבלת התקנים בשירות הציבורי, ולחמוק מהחלתם של הסכמים קיבוציים.²⁶ במקרה השני, התובע עבד בתפקידי ניהול בחברה מסחרית, והוא עצמו ביקש כי יוחל עליו סיווג קבלני מוטעה. על פי קביעת בית הדין, מטרתו המרכזית הייתה לחסוך בתשלומי מס בגין עסק אחר שבבעלותו.²⁷ ההשוואה בין המקרים הבליטה את הצורך לקבוע כיצד מעורבותו של העובד באימוץ הסיווג המוטעה צריכה להשפיע על היקף זכויותיו. לצד זאת, ההכרה בקיומה של זכות קיוויו עוררה את השאלה כיצד יש לקבוע את עקרונות החלתה של הזכות, והצריכה ביאור של הקשר שבין עקרונות אלה ובין הגדרת הנזק. לבסוף, ההכרה באפשרות לפסוק חבות עונשית עוררה את השאלה מהם הקריטריונים שראוי כי ינחו את פסיקתם. שאלות אלה עומדות בליבו של ההסדר, והן בעלות השפעה מהותית על טיבו ועל כוחו להגשים את מטרתו. לנוכח אופייה הראשוני של ההלכה, והעמדות המנוגדות שהובעו

²³ פרשת כותה, לעיל ה"ש 14, פס' 70 לפסק דינה של הנשיאה וירט-ליבנה, ופס' 24 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטלה.

²⁴ ההישענות על ההוראה שבסעיף 13 לחוק התרופות לצורך פסיקת פיצוי עונשי מעוררת קושי, שכן הסעיף, על פי נוסחו, מוגבל לפיצוי בגין נזק. בהתאם לכך, הפסיקה אף קבעה כי "בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי במסגרת סעיף 13 לחוק התרופות, על בית המשפט לשאוף לפיצוי הנפגע, ולא להעניש המפר. סעיף 13 לחוק התרופות לא נועד להוות מנוף לפסיקת פיצויים עונשיים בדיני החוזים". ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי, פ"ד לה (4) 31, 41 (פורסם בנבו, 13.7.1981) (השופט ברק).

מטעם זה עדיף היה לעגן את הפיצוי העונשי בסמכות הטבועה הנתונה לבתי המשפט. לסקירת הדין ביחס לסמכות זו, ראו פרשת מנטיץ, לעיל ה"ש 5, פס' 134–128 לפסק-דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 6.12.2017). בהקשר הקונקרטי של דיני העבודה, ראו למשל דב"ע (ארצי) נו/129-3 פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481, 502 (1997) (השופט ברק) ("פסיקת פיצויים עונשיים נתונה לסמכותם של בתי-המשפט כסמכות טבועה [...] מכוח הסמכות הטבועה יש לפעול על-פי תכליתו של החוק"). ראו גם ע"ע (ארצי) 33680-08-10 דיונון קלאב בע"מ נ' זואילי, פס' 32 לפסק-דינה של הנשיאה נ' ארד (פורסם בנבו, 16.11.2011) ("לצד סמכותם של בתי המשפט ובתי הדין לעבודה לפסוק פיצויים עונשיים הלכתיים, קיימות בדין הישראלי הוראות חוק הקובעות סמכות מפורשת לפסוק פיצויים עונשיים"). לדיון מפורט יותר, ראו פרוקציה, לעיל ה"ש 2 בעמ' 186-190.

²⁵ ההלך עסק גם בערעור ובערעור שכנגד במקרה נוסף, שאינם מעניינינו כאן, שכן במקרה זה נקבע כי הסיווג הקבלני היה סיווג נכון. זהו המקרה של גבריאל כותה עצמו (ע"ע 15868-04-18 גבריאל כותה – עיריית רעננה, ע"ע-12372-04 עיריית רעננה – גבריאל כותה).

²⁶ ע"ע 7338-10-17 דן רבין – מדינת ישראל-משרד המשפטים.

²⁷ ע"ע 34665-10-17 זאב לוי - זרעים גדרה בע"מ.

בפסק הדין – יש להניח כי הדיון בהן יוסיף להתפתח ולהתעדכן. החלקים הבאים דנים בכל אחד מהיבטים אלה בנפרד.

ב. אשם תורם

1. אשם תורם ותמריצי ההתנהגות

מה דינו של עובד שתובע את המעסיק בגין שלילת זכויותיו על פי דיני העבודה, בנסיבות שבהן הוא עצמו הצד אשר יזם את ההעסקה הקבלנית ופעל לאימוצה? בפסקי הדין של בית הדין לעבודה, האשם המיוחס לעובד בנסיבות אלה מנוסח בדרך כלל בלשון של "חוסר תום לב". ואולם הביטוי הקונקרטי של חוסר תום הלב בנסיבות אלה, הוא קיומו של "אשם תורם": הטענה המופנית כלפי העובד היא כי מעורבותו בסיווג המוטעה היא התנהגות הנגועה באשם, וכי אשם זה אף תרם סיבתית להפרת הדין. מעורבותו במעשה ההפרה צריכה אפוא להשפיע על אופי התרופה שלה יהיה זכאי ועל היקפה.²⁸

כאמור, התמריץ ליטול חלק פעיל בהפרה של דיני העבודה נובע מהטבות שונות שהסיווג הקבלני עשוי להציע, כגון שכר גבוה יותר, גמישות תעסוקתית רבה יותר, ואפשרות לעבוד במקומות עבודה נוספים. עובד המבקש להיות מסווג כקבלן, עשוי אפוא לשאוף "לרקוד על שתי החתונות": להפיק בשלב ראשון את התמורה כקבלן מכוח החוזה, ובשלב שני לתבוע את התמורה כעובד מכוח דיני העבודה.

כמובן שהמהות הקוגנטית של דיני העבודה נועדה להכווין את הצדדים לקיימם בפועל, תוך אימוץ מלכתחילה של הסיווג הנכון. ניצול מהותם הקוגנטית לשם גריפת תמורה כפולה – של

²⁸ "חוסר תום לב" הוא מושג כללי יותר מ"אשם תורם", באשר הוא עשוי להתייחס לכל התנהגות שנלווה לה אשם. ואולם בהקשר הנוכחי, חוסר תום הלב בא לידי ביטוי בדרך מסוימת – היא המעורבות (בת האשם) של העובד בהחלטה להפר את דיני העבודה, שאף תרמה סיבתית להפרתם בפועל (ראו פס' 56 לחוות דעתה של הנשיאה וירת-ליבנה). הביטוי הקונקרטי המשמש לתיאור התנהגות מסוג זה הוא "אשם תורם". ראו Restatement (Second) of Torts § 463: "Contributory negligence is conduct on the part of the plaintiff which falls below the standard to which he should conform for his own protection, and which is a legally contributing cause co-operating with the negligence of the defendant in bringing about the plaintiff's harm". לדין באשם תורם כמופע קונקרטי של חוסר תום לב ביחסים חוזיים, ראו ע"א Eximin S.A. 3912/90 תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ, פ"ד מז(4) (1993). כן ראו גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני החוזים – התרופות, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 374-384 (2009), ואריאל פורת, הגנת אשם תורם בדיני חוזים 25-27 (1997). בשיטות שונות האשם התורם מוביל לתוצאות שונות. הכלל המסורתי של המשפט המקובל קבע כי אשמו התורם של התובע מוביל לדחיית תביעתו במלואה. הכלל המקובל יותר כיום קובע כי אשמו התורם של התובע מוביל לחלוקת הנזק בין הצדדים, בדרך המשקפת את אחריותם היחסית. במרבית מדינות ארצות הברית נוהג כיום כלל ביניים, ולפיו התביעה נדחית במלואה אם אשמו היחסי של התובע עולה על 50%, אך הנזק מחולק בין הצדדים אם אשמו היחסי נופל מ-50%. לדין בגירסאות השונות של כלל האשם התורם, ראו § 218-220 (2d ed. 2021). כפי שיידון להלן, עמדת המיעוט בפרשת כותה מצדדת בכלל דומה לזה המסורתי, ואילו עמדת הרוב מצדדת בכלל מסוג חדש, בגידרו האשם התורם משפיע רק על היקף הזכאות לפיצוי עונשי.

קבלן ושל עובד בעת ובעונה אחת – הוא שימוש לרעה בזכות. הקונפליקט שבין השאיפה להרתיע את המעסיק מהפרת הדין, והשאיפה למנוע מן העובד לעשות בו שימוש לרעה – שב ועלה לאורך השנים, הן בפסיקה של בית הדין והן בכתיבה האקדמית.²⁹ הצורך ביישובו של קונפליקט זה מעורר את השאלה באילו אמצעים ראוי לנקוט כדי להרתיע עקיפה של תכליות הרגולציה בידי המעסיק והעובד כאחד.

שאלה זו עמדה במוקד המחלוקת בפרשת **כותה**. עמדות השופטים התפצלו לעמדות רוב ומיעוט, ביחס של חמישה לארבעה. את עמדת המיעוט הובילה נשיאת בית הדין הארצי, השופטת וירט-ליבנה. על פי גישה זו, עובד היוזם את הסיווג הקבלני לשם הפקת טובת הנאה עשוי לאבד את מעמדו כעובד, ובנסיבות אלה דין תביעתו להידחות כבר בשלב מקדמי. משמעות הדבר היא כי, על פי גישת המיעוט, האשם המיוחס לעובד עשוי להוביל לאובדן זכויות העובד כולן. שופטי הרוב חלקו על עמדה זו. עמדת הרוב, בהובלת השופטת דוידוב-מוטולה, גרסה כי אשם מצד העובד ככלל לא ישלול את עצם המעמד.³⁰ גם אם העובד יזם את הסיווג המוטעה והניע את אימוצו – יהיה לו הכוח לתבוע פיצוי על נזקיו, והוא אף יהיה זכאי לפיצוי עונשי. נפקותו של האשם התורם תהיה רק בכך שהיקפו של הפיצוי העונשי יהיה מופחת.³¹

²⁹ ראו למשל בע"ע 55425-09-11 **מיכאל גוטמן – שיכון ובינוי אחזקות בע"מ** (פורסם בנבו, 5.9.2017) ("ההלכה המכירה בקבלן עצמאי כ"עובד" נועדה במקורה להגן על עובד מפני ניצול על ידי מעסיק ולשמור שזכויותיהם של עובדים מוחלשים לא תפגענה. בזהירות נאמר כי פניות רבות לבית הדין על בסיס הלכה זו אינן של עובדים מוחלשים דווקא אלא של עובדים חזקים המשתכרים שכר הגבוה משמעותית משכרם של עובדים שכירים מן המגזר. אין בכך כדי לקבוע כי ההלכה שגויה אלא שעל בתי הדין לפעול ליישומה בזהירות ובמקרים המתאימים, כאשר כחלק בלתי נפרד מהבחינה החשובית הנעשית יש לבחון את תום ליבם של הצדדים ואת כדאיות ההתקשרות"). לעמדה דומה ראו דוד לופו ומורן סבוראי "האם אכן 'חובת ההשבה' ? על הדין הראוי בעת הכרה ביחסי עובד-מעסיק בדיעבד" **ספר סטיב אדלר** 543, 569 (יצחק אליאסוף ואח' עורכים, 2016) ("נראה כי יש להדוף ניסיונות חסרי תום לב לתפוס 'טרמפ' על הגנות אלה במקרים שאינם מצדיקים את הגנותיו של משפט העבודה המגן"). שרון רבין מרגליות "מה נותר ממשפט העבודה המגן?" **ספר מנחם גולדברג** 477 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2002) ("הרטוריקה השיפוטית בדבר עליונותו הנורמטיבית של עקרון תום הלב על הפז הכופה של חקיקת המגן ומשפט העבודה הקיבוצי, נועדו לסגור את הצוהר בפני שימוש לא נאות במאפייניו הכופים של משפט העבודה המגן על ידי עובדים, תופעה שהתעצמה בשנים האחרונות"). אלישבע ברק-אוסוסקין "הלעולם קוגנטי? דרכו של בית הדין בנתיבי ההגמשה לאור עקרון תום הלב" **ספר אליקה ברק-אוסוסקין** 128 (סטפן אדלר ואח' עורכים, 2012). ("אין לעוות את המציאות. המציאות היא שקיימים מקרים, ולו ספורים, שבהם מועמד לעיסוק מסכים או אף מבקש לבצע את העבודה כעצמאי. הדבר משתלם לו במובהק יותר מאשר אילו נחשב עובד. תום הלב יגבר במקרים אלו"). לעמדה נוגדת, המבקשת להימנע מהכפפת הדין הקוגנטי לעקרון תום הלב, ראו חני אופק-גנדלר "זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב – הרהורים חוקתיים על משפט העבודה" **משפטים** לז 63 (2007).

³⁰ זאת בכפוף לחריג המצומצם שנקבע בדב"ע (ארצי) נה-145-3 **מדינת ישראל, משרד השיכון – בוכריס**, פד"ע (2) 67 (פורסם בנבו, 3.3.1997). חריג זה קובע כי "חוסר תום לב" משווע" עשוי לגבור על המעמד במקרים "מעטים וקיצוניים" ו"נדירים". תחולתו צרה כל כך עד כי הוא "כמעט ולא יושם בפסיקתו של בית דין זה לאורך השנים". ראו פס' 30 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

³¹ הכלל שבו תומכת עמדת המיעוט הוא אנלוגי לכלל ה"אשם התורם", שחל בעבר בגידרו של המשפט המקובל בעילות תביעה מן המשפט הפרטי. זהו כלל מן הסוג של "הכל או כלום" ("all-or-nothing rule"), הקובע כי אשם מצדו

על פני הדברים המחלוקת בין שתי הגישות מצטיירת כמחלוקת ערכית בדבר חשיבותן היחסית של נורמות יסוד בדיני העבודה. בתחרות שבין מהותן הקוגנטית של הזכויות, ובין החובה לנהוג בתום לב (שאף היא קוגנטית) – כל אחת מן הגישות מדגישה את חשיבותו של ערך אחר. בעוד שגישת המיעוט מייחסת משקל מכריע לעקרון תום הלב, גישת הרוב מעדיפה את השמירה על הקוגנטיות של דיני העבודה. בתוך כך, עמדת המיעוט נראית כמרתיעה יותר את ההתנהגות בת האשם של העובד, וכמרתיעה פחות את ההפרה של הדין הקוגנטי. יתרה מזאת, המחלוקת אף נראית קשורה במקומה של מדיניות פטרנליסטית בדיני העבודה: בעוד שגישת המיעוט שוללת את תחולתן של זכויות העובד כאשר העובד וויתר עליהן מרצונו, גישת הרוב מקנה להם תחולה חרף רצון זה.³²

ואולם בחינה נוספת של המחלוקת מעלה כי הקשר שבין תפיסות העולם המגולמות בכל אחת מן הגישות, ובין השפעותיהן הצפויות בפועל, אינו חד כפי שנדמה תחילה. המחלוקת נחזית כנוגעת לתכליתם העמוקה של דיני העבודה, אך למעשה אין זה ברור כי יש לה השלכה מהותית על תמריצי ההתנהגות של העובד ושל המעסיק. אף שהכללים הם שונים – ובפרט מקנים זכויות שונות וחבות אחרת – הבחירה ביניהם אינה צפויה להשליך באורח מהותי על נכונות הצדדים לאמץ את הסיווג המוטעה. אף על פי כן, בחירה זו אינה נטולת משמעות: היא בעלת נפקות מטעמים מהותיים אחרים, השונים מאלה שלכאורה עומדים בחזית הוויכוח.

עמדת המיעוט מציבה בפני העובד ברירה: אם הוא מעוניין במתכונת העסקה כעובד – ברירת המחדל היא כי הוא זכאי לה; ואם הוא בוחר מרצונו במתכונת העסקה קבלנית – הוא זכאי לתמורה הקבלנית, אך מאבד את זכויותיו כעובד. כך או כך, הוא אינו זכאי לשתי התמורות

של התובע מוביל לדחיית התביעה במלואה. החלופה המודרנית לכלל "האשם התורם" היא כלל "האשם היחסי", שהוא מן הסוג של "כלל חלוקה" ("sharing rule"), הקובע כי אשם מצדו של התובע מוביל רק להפחתת הפיצוי בגין הנזק, במידה המשקפת את משקלו היחסי של האשם. מעניין לציין כי גישת הרוב בפרשת **כותה** אינה תואמת לאף אחד מן הכללים האמורים. בניגוד ל"אשם התורם" המסורתי – גישת הרוב אינה שוללת את זכות הפיצוי במלואה; ובניגוד ל"אשם היחסי" – היא אף אינה מפחיתה מן החבות בגין הנזק. העובד הנגוע באשם מפוצה על מלוא נזקו, גם כאשר אשמו שלו תרם להתגבשות העילה שבגינה הוא תובע. נפקותו היחידה של האשם היא בהפחתת הזכאות לפיצוי עונשי.

את כלל "האשם היחסי" אפשר אפוא לראות כפתרון ביניים, בין גישת הרוב וגישת המיעוט: הוא מותיר בידי העובד ה"אשם" זכאות לפיצוי, אך מגביל זכאות זו לסכום הנופל מגובה הנזק. מן הטעמים שיידונו להלן, גם כלל זה – בדומה לכללים המוצעים על ידי הרוב והמיעוט – צפוי להרתיע את הסיווג המוטעה אם הוא מוזק לעובד, אך לא להרתיעו כאשר הוא מטיב עמו.

לתפיסה התומכת במדיניות פטרנליסטית בפרשת **כותה**, לעיל ה"ש 14, ראו פס' 14 לפסק-דינה של השופטת דוידוב-מוטולה. [מתעורר] קושי ממשי במתן תוקף לויתור על מעמד ה"עובד"... נוכח חוסר במידע על היקף הזכויות המלא והמשמעותיות הכלכליות והאחרות הכרוכות בויתור כזה. לכך יש להוסיף קיומם של כשלים קוגניטיביים - המהווים את הבסיס לכלכלה ההתנהגותית [...] בשלהם עובדים עלולים לקבל החלטות לא רציונליות". לתפיסה המתנגדת למדיניות פטרנליסטית ראו פס' 10 לפסק דינו של השופט פוליאק. ("גם אם אני סבור כי בחירתו של יחיד אינה הבחירה המיטבית, ואף בחירה שגויה, אין בידי לקבל את ההנחה לפיה קפיה של מתכונת התקשרות על אדם – קל וחומר, אדם שבידיו כלים לערוך בחירה מושכלת - נדרשת "לצורך קידום חירות מהותית של העובד עצמו" והיא אף עולה בקנה אחד עם האוטונומיה של העובד. דומה בעיני כי גם לתפיסה הפטרנליסטית צריך שיהיו גבולות").

במצטבר. תמריצי ההתנהגות שכלל זה יוצר הם לפיכך ברורים: כאשר התמורה הכוללת כעובד **עולה** על התמורה כקבלן – לעובד תמריץ להימנע מליזום את הסיווג המוטעה; וכאשר התמורה הכוללת כעובד **נופלת** מן התמורה כקבלן – לעובד תמריץ ליזום אותו. קיומה או היעדרה של הרתעה תלויה אפוא ביחס שבין התמורות: הסיווג המוטעה מורתע כאשר הוא צפוי לפגוע ברווחתו של העובד, אך אינו מורתע כאשר הוא צפוי לשפר אותה.³³

בנסיבות שבהן העובד מעוניין בהעסקה הקבלנית, וחווה קבלני אכן נכרת, יש להניח כי הסיווג המוטעה משפר גם את רווחתו של המעסיק. אלמלא המעסיק הרוויח ממתכונת זו, הוא לא היה מוכן לשלם תמורה קבלנית גבוהה יותר. המקרים שבהם גישת המיעוט מוכנה לוותר על מעמד העובד הם אפוא אלה שבהם ההעסקה הקבלנית משפרת את הרווחה המשותפת של הצדדים. שיפור זה הוא אפשרי בנסיבות שבהן מתכונת זו היא יעילה יותר, כלומר היא מאפשרת את פיצוי העובד בגין שלילת הזכויות, ובכל זאת להותיר את המעסיק ברווח.

בניגוד לעמדת המיעוט, עמדת הרוב קובעת כי בחירתו של העובד בסיווג המוטעה אינה שוללת את עצם המעמד, אלא אך מפחיתה את זכאותו לפיצוי עונשי. תחת גישה זו העובד זכאי לזכויות על פי דיני העבודה גם כאשר הוא עצמו יזם את ההעסקה הקבלנית, בכפוף לקיומו הפרשי השכר. אף שהעובד זכאי בנסיבות אלה גם לפיצוי עונשי, אחריותו לסיווג המוטעה מובילה לכך כי פיצוי זה הוא נמוך יחסית.³⁴ הסירוב לשלול את מעמד העובד, אפילו כאשר הוא עצמו אחראי לסיווג המוטעה, משקף את התפיסה כי צדדים אינם יכולים להפר את הדין הקוגנטי, ובכך לחולל שינוי בזכויות העובד המהותיות. בכך עמדת הרוב מבקשת לעמוד על תוקפו המחייב של הדין הקוגנטי, ולעודד את הצדדים לקיימו מלכתחילה.³⁵

ואולם מבט נוסף על מערכת התמריצים שיוצרת גישת הרוב מגלה כי היא למעשה דומה לזו שיוצרת גישת המיעוט. בדומה לגישת המיעוט, עמדת הרוב מרתיעה את הצדדים מאימוצו של הסיווג המוטעה כאשר הוא **פוגע ברווחת העובד**. זאת משום שגישת הרוב מביחה כי בנסיבות אלה הסיווג המוטעה לא יוכל להועיל למעסיק. כאשר התמורה כעובד גבוהה מן התמורה כקבלן, גישת הרוב מטילה על המעסיק חבות בגין הנזק שהסיווג המוטעה גרם לעובד. הוא לפיכך אינו מופטר מן החובה לשלם את מלוא התמורה שהייתה משולמת תחת הסיווג הנכון, ולכן הוא אינו מרוויח מן ההפחתה בעלות ההעסקה. יתרה מזאת, המעסיק עלול לשאת גם בחבות עונשית. גישת הרוב מובילה אפוא לכך שאם הסיווג המוטעה פוגע בעובד, הוא גורם נזק גם למעסיק.

מן הצד האחר, ובדומה לגישת המיעוט, גישת הרוב ככלל אינה מרתיעה את הסיווג המוטעה כאשר הוא **משפר את רווחת העובד**. בנסיבות אלה, הסיווג המוטעה אינו גורם לעובד נזק – ולכן (בהינתן החלטה של זכות הקיוו) המעסיק אינו נושא בכל חבות בגין נזק. הוא אמנם עשוי לשאת בפיצוי עונשי אפילו בהיעדר נזק, אך ככל שהצדדים יכולים לצפות את היקפה של חבות זו –

³³ ניתוח זה של תמריצי העובד מבוסס על ההנחה כי העובד יודע מהו היחס בין התמורה כעובד והתמורה כקבלן. לדין במקרים שבהם הנחה זו אינה מתקיימת, ראו חלק ב.2 להלן.

³⁴ עצם החבות בפיצוי עונשי מנומקת בכך שהסיווג המוטעה עלול להשפיע לא רק על העובד הבודד, אלא גם על ציבור העובדים כקולקטיב. לדין בחשש זה, ובהשלכות שראוי כי יהיו לו על החבות בפיצוי עונשי, ראו חלק ד' להלן.

³⁵ ראו פס' 31-34 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

כוחה כאמצעי מרתיע אינו מובן מאליו. מבחינה כלכלית, הזכאות לפיצוי עונשי אינה אלא תמורה כספית עתידית, שבדרך כלל אפשר יהיה לגלמה בתנאי ההתקשרות מראש, באמצעות הפחתה מן התמורה המשולמת בהווה.

על אף האמור, יש להניח כי בעולם המעשה השקילות במבנה התמריצים בין עמדת הרוב ועמדת המיעוט אינה שקילות מלאה. אם הפיצוי העונשי יהיה גבוה (חרף העובדה שהסיווג המוטעה שיפר את רווחת העובד, והעובד הוא אשר יזם אותו) – האפשרות לגלמו במלואו תיעשה מוגבלת.³⁶ כך גם אם הצדדים יתקשו בהערכת הסיכוי כי יגיעו לכדי התדיינות משפטית, או בהערכת היקפו המדויק של הפיצוי העונשי, אם ייפסק. ואולם ככל שהיקפו של הפיצוי העונשי נמוך יותר, כך קשיים אלה יאבדו ממשמעותם. עמדת הרוב אכן קובעת כי במקרים שבהם העובד נושא באחריות לסיווג המוטעה, היקפו של הפיצוי העונשי צפוי להיות נמוך (או אף עשוי להגיע לאפס).³⁷ במקרים אלה השקילות במבנה התמריצים שיוצרות שתי הגישות היא כמעט מלאה: כאשר המעסיק אינו נושא בחבות בגין נזק (שכן בנסיבות אלה הסיווג המוטעה לא גרם לנזק), והפיצוי העונשי הוא נמוך, ולפחות בחלקו מגולם בתנאי ההתקשרות – אין בגישת הרוב כדי ליצור הרתעה ממשית, כאשר טמון בסיווג המוטעה הפוטנציאל לשיפור הרווחה המשותפת.³⁸ הדמיון במבנה התמריצים שיוצרות גישות הרוב והמיעוט מומחש בדוגמאות א' וב' שלהלן. דוגמה א' מתארת מצב שבו התועלת המשותפת של הצדדים מהעסקה בסיווג נכון עולה על זו הצפויה מהעסקה בסיווג מוטעה.

³⁶ להסבר מפורט בדבר המגבלה על אפשרות הגילום במקרה זה, ראו ה"ש 41 להלן.

³⁷ נסיבות אלה התקיימו באחד המקרים שנדונו בפרשת **כותה**. במקרה זה דעת הרוב אכן שללה את הפיצוי העונשי כולו. ראו ה"ש 14 לעיל בפס' 47-56 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה, שאליו הצטרפו ארבעת השופטים האחרים שתמכו בדעת הרוב.

³⁸ ההרתעה צפויה להיות חלשה אף יותר בנסיבות שבהן הסיכוי להתדיינות משפטית הוא נמוך. סיכוי נמוך עשוי לנבוע משורה של טעמים. העובד עשוי שלא להיות מודע לכך כי הסיווג הקבלני חסר תוקף משפטי – הן בשל נגישות נמוכה לייעוץ משפטי והן בשל עמימות ההגדרה המשפטית של המונח "עובד"; הוא עשוי להירתע מעלות ההתדיינות הגבוהה; הוא עלול לחשוש מערעור מערכת היחסים עם המעסיק, או מיצירת מוניטין שלילי בשוק העבודה; והוא עשוי לחוש מחויבות מוסרית לעמוד בהתחייבותו החוזית לקבל על עצמו את מתכונת ההעסקה הקבלנית. על הטעמים השונים להיעדר נכונות להגיש תביעה, ראו Guy Davidov, *The Enforcement Crisis in Labour Law*, 26 INTL. J. COMP. LAB. L. & INDUS. REL. 61, 63 (2010); David Weil & Amanda Pyles, *Why Complain? Complaints, Compliance and the Problem of Enforcement in the U.S. Workplace*, 27 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 59, 82-86 (2007). על הנורמה של קיום הבטחות חוזיות, גם כשאין נאכפות, ראו Christoph Vanberg, *Why Do People Keep Their Promises? An Experimental Test of Two Explanations*, 76 ECONOMETRICA 1467 (2008); Tess Wilkinson-Ryan, *Legal Promise and Psychological Contract*, 47 WAKE FOREST L. REV. 843, 854-863 (2012).

דוגמה א': סיווג מוטעה הפוגע ברווחת העובד

העסקה כקבלן	העסקה כעובד	
130	100	שכר
0	40	ערך זכויות ממוניות
0	20	תועלת בלתי ממונית
130	160	תמורה כוללת

בעוד שמעמד העובד מקנה לו תמורה בערך כולל של 160 (100 בשכר, 40 בזכויות ממוניות, ו-20 בזכויות בלתי ממוניות), מעמד הקבלן מקנה לו תמורה כוללת של 130. הן גישת המיעוט והן גישת הרוב מרתיעות במקרה זה את הסיווג המוטעה. גישת המיעוט תוביל לכך שהעובד לא ירצה בו: מאחר שגישת המיעוט אינה מאפשרת לו ליהנות משתי התמורות במצטבר, הוא יעדיף את מתכונת ההעסקה כעובד, שהתמורה בה גבוהה יותר. לעומת זאת, גישת הרוב תוביל לכך שהמעסיק לא ירצה בסיווג המוטעה: מאחר שגישת הרוב מחייבת את המעסיק לפצות על מלוא הנזק (גבוהה 30), ובנוסף לכך חושפת אותו לסיכון של פיצוי עונשי – מוטב למעסיק לאמץ מלכתחילה את הסיווג הנכון ולהימנע מן הפיצוי העונשי ומעלויות ההתדיינות. לפיכך, במקרים שבהם הסיווג המוטעה פוגע בעובד – שתי הגישות כאחד מרתיעות אותו.³⁹

דוגמה ב' מתארת את האפשרות האחרת, שבה התמורה על ההעסקה כקבלן עולה על זו של ההעסקה כעובד. דוגמה זו שונה מן הקודמת רק בכך שכעת השכר הקבלני עומד על 190, כך שהתמורה הכוללת מן ההעסקה הקבלנית (190) גבוהה מזו של התמורה כעובד (160). כאמור לעיל, מצב דברים זה אפשרי כאשר ההעסקה הקבלנית תומנת בחובה פוטנציאל לשיפור רווחה לא רק של העובד אלא גם של המעסיק (שכן אחרת, אין למעסיק תמריץ לשלם תמורה קבלנית גבוהה יותר).

³⁹ תוצאה זו אף מתחדדת בנסיבות שבהן עלות המעסיק בהקניית הזכויות הבלתי ממוניות נמוכה מן התועלת שזכויות אלה מקנות לעובד. כך למשל, בנתוני דוגמה א, יתכן כי התועלת הבלתי ממונית נובעת מן הזכות להתערות חברתית, וכי הקנייתה לעובד אינה מטילה על המעסיק נטל כלכלי. בנסיבות אלה הסיווג המוטעה יורתע אף ביתר שאת. המעסיק יורתע אז לא רק מן החבות בגין נזקי הסיווג המוטעה (בסך 30) ובגין החבות העונשית, אלא גם בגין העובדה שהעלות הישירה של ההעסקה כעובד (140) היא נמוכה משהייתה אילו הקניית התועלת הבלתי ממונית הטילה עליו נטל כלכלי.

דוגמה ב': סיווג מוטעה המשפר את רווחת העובד

העסקה כקבלן	העסקה כעובד	
190	100	שכר
0	40	ערך זכויות ממוניות
0	20	תועלת בלתי ממונית
190	160	תמורה כוללת

במקרה זה אף אחת מן הגישות אינה צפויה להרתיע את הסיווג המוטעה. תחת עמדת המיעוט, העובד יעדיף את הסיווג המוטעה, כדי לזכות בתמורה הקבלנית. מאחר שבנסיבות אלה העובד יאבד את המעמד, המעסיק לא יישא בסנקציה אם ייעתר לפנייתו של העובד – ועל כן יתמרץ לקבלה. ככלל, כך יהיה גם תחת עמדת הרוב. המעסיק לא יחשוש מחבות בגין נזק, שכן במקרה זה ההעסקה הקבלנית לא גרמה לעובד כל נזק. אמנם עמדת הרוב עשויה להטיל על המעסיק פיצוי עונשי, ובכך לכאורה לפגוע בכוחו להפיק תועלת מן הסיווג המוטעה. אך כאמור, בנסיבות אלה הפיצוי העונשי צפוי להיות נמוך למדי, הן משום שהעובד הפיק תועלת מן הסיווג המוטעה, והן משום שהוא עצמו יזם אותו.⁴⁰ כל עוד הפיצוי העונשי נמוך מפער התמורות (בגובה 30), הצדדים יוכלו לסכל את השפעתו באמצעות הפחתה בשכר הקבלני המגלמת את היקפו הצפוי.⁴¹ ככל שיש בידי הצדדים המידע הנדרש לצורך גילום הפיצוי העונשי, פיצוי זה יאבד אפוא מכוחו המרתיע;

⁴⁰ ראו ה"ש 37 לעיל.

⁴¹ כך למשל, אם הצדדים מניחים כי העובד יתבע את הפיצוי העונשי, ויקבל פיצוי שהיקפו 20 – הם יוכלו להפחית את התמורה הקבלנית מ-190 ל-170, ובדרך זו להבטיח כי ההעסקה הקבלנית תשפר את הרווחה של שניהם. בנתונים אלה, התמורה הסופית של העובד תוסיף לעמוד על 190, אך במקום שתהיה מגולמת כולה בשכר, היא תהיה מגולמת בחלקה בשכר (170) ובחלקה בזכאות הנוספת לפיצוי (20). יש לשים לב, עם זאת, שאפשרות הגילום תלויה בכך שהפיצוי העונשי הצפוי הוא נמוך (כפי שאכן קובעת הפסיקה), ובפרט כי יהיה נמוך מפער התמורות (30). אם הפיצוי עולה על פער התמורות, ועומד למשל על 40, הצדדים יוכלו לגלמו רק באופן חלקי (עד כדי פער התמורות בסך 30). אם ינסו להפחית את השכר הקבלני ביותר מאשר 30, העובד יהיה זכאי לא רק לפיצוי עונשי, אלא גם לפיצוי בגין נזק – שכן התמורה כקבלן תיעשה נמוכה מן התמורה כעובד. מאחר שבנסיבות אלה כל שקל שיופחת מן השכר יתורגם לשקל נוסף של חבות בגין נזק – הצדדים לא יוכלו עוד להשתמש בהפחתת השכר כאמצעי לניטרול השפעתו של הפיצוי העונשי. מגבלה זו על אפשרות הגילום תהיה רלוונטית בעיקר בנסיבות שבהן הטבת השכר שהוקנתה לעובד עקב הסיווג הקבלני היא נמוכה. ככל שהשכר הקבלני גבוה יותר, כך אפשרות הגילום תיעשה רחבה יותר, משני טעמים מובחנים: האחד, כי אפשר יהיה להפחית סכום ניכר יותר מן השכר מבלי שתוטל על המעסיק חבות בגין נזק; והשני, כי הפיצוי העונשי יהיה נמוך יותר, שכן פער התמורות גבוה יפחית מרמת החומרה שתיוחס להתנהגות המעסיק. לכך יש להוסיף כי אפשרות הגילום תתרחב ככל שבמועד הכריתה הצדדים יראים הסתברות נמוכה יותר כי תתקיים ביניהם התדיינות משפטית. ככל שהסתברות זו רחוקה יותר מוודאות, כך תפחת התוחלת של הפיצוי העונשי, ועל כן הגילום המלא שלו ייעשה אפשרי אפילו כאשר היקפו האבסולוטי גבוה.

וככל שכימות הפיזי העונשי מעורר קושי – כוחו להרתיע יהיה תלוי בהיקפו. מאחר שהיקפו בנסיבות אלה נמוך, כוחו המרתיע יישאר חלש. במקרים אלה, גישת הרוב אינה צפויה אפוא לייצר הרתעה של ממש מפני הסיווג המוטעה. לפיכך, גם בנסיבות אלה, התמריצים הנגזרים משתי הגישות צפויים להיות דומים.

*

עולה מן הדיון כי המצבים שבהם גישת המיעוט תרתיע את הסיווג המוטעה, ואלה שבהם גישת הרוב תעשה זאת – הם אותם המקרים בקירוב. ההשפעה של שתי הגישות על תמריצי הצדדים מובילה לכך שלבחירה ביניהן לא צפויה להיות השפעה מהותית על השאלות שלכאורה ניצבות בלב הוויכוח: באיזו מידה ראוי לעמוד על עקרון הקוגנטיות של דיני העבודה; עד כמה יש לכבד את האוטונומיה של הצדדים; מה מקומם של שיקולים פטרנליסטיים בהחלת הדין; ובאיזו מידה יש לאכוף את עקרון תום הלב. מאחר שהכללים המתחרים אינם צפויים להכווין את הצדדים להתנהגויות שונות מהותית, ההכרעה ביניהם אינה צפויה להשפיע על האיזון שבין ערכים אלה, לפחות כל עוד הצדדים מוחזקים כמי שמגיבים לתמריצים שיוצר הכלל המשפטי.

יחד עם זאת, ממסקנה זו לא נובע כי לבחירה בין העמדות המתחרות אין משמעות כלל. הבחירה ביניהן עשויה להשפיע על היבטים מהותיים אחרים ביחסי הצדדים, גם אם לא אלה שעליהם לכאורה נסב הוויכוח. הדיון שלהלן עוסק בשני היבטים מרכזיים שבהם לכל אחת מן העמדות צפויה להיות השפעה אחרת על רווחת הצדדים ועל מימוש תכליתו של ההליך השיפוטי. ההיבט האחד קשור באפשרות כי בעת כריתת חוזה ההעסקה, לעובד מידע חסר באשר ליחס שבין התמורה כעובד והתמורה כקבלן. אם העובד עשוי לסבור בטעות כי התמורה הקבלנית גבוהה מזו הצפויה לו כעובד – להכרעה בין הגישות השפעה על תוצאותיה של טעות זו, ובפרט על השאלה אם יוכל לתקנה בדיעבד. ההיבט האחר קשור באפשרות כי בעת ניהול ההליך, לבית הדין נתון מידע חלקי בלבד באשר לזהותו של הצד שיוס את הסיווג המוטעה. הבחירה בין החלופות התרופתיות עשויה להשפיע על הסיכון כי ההכרעה העובדתית בדבר זהותו של הצד היוזם תהיה שגויה. כפי שיידון בחלקים הבאים, בשני היבטים אלה, עמדת הרוב היא בעלת תכונות המקנות לה יתרון על פני עמדת המיעוט.

2. טעות בהערכת יחס התמורות

הדיון עד כה הניח כי התמורה מן ההעסקה כקבלן והתמורה מהעסקה כעובד, שתיהן ידועות מראש במועד שבו נכרת חוזה ההעסקה. ואולם מידע זה אינו נתון תמיד באופן וודאי. ככל שהוא נתון, זמינותו לצדדים ככלל אינה סימטרית: לעובד – שבמועד כריתת החוזה הוא חיצוני למקום העבודה – יכולת פחותה להעריך את היקפה הצפוי של התמורה, והשינויים שעשויים לחול בה לאורך זמן. כך למשל, העובד עלול שלא להעריך נכונה את מתווה עליית השכר, את סיכויי הקידום, את הסיכוי כי המעסיק ידרש לצמצומים שישפיעו על הביטחון התעסוקתי, או את הדרך שבה תנאי ההעסקה יושפעו מהיבטים קיבוציים של יחסי העבודה. חלק מנתונים אלה עשויים להיות אי וודאיים גם מנקודת-מבטו של המעסיק. ואולם בהשוואה שבין העובד והמעסיק,

למעסיק גישה נוחה יותר לנתונים הרלוונטיים, ובידיו אף הכוח לקבוע מדיניות ניהולית שתשפיע על התפתחותם של נתונים אלה בעתיד.

אי הסימטריה במידע בין הצדדים עלולה להוביל לכך שכאשר עובד יוזם את ההעסקה הקבלנית – יוזמה זו אינה נובעת מיתרונותיה של מתכונת העסקה זו מנקודת-מבט, אלא מהערכה שגויה של משמעותיותה. יתרה מזאת, כאשר העובד טועה בהערכת היחס שבין התמורות, ההעסקה הקבלנית אף עלולה להיות בלתי יעילה במישור המצרפי: כאשר ההסדר החוזי נשען על הנחות עובדתיות שגויות, אין ערובה לכך שיהיה בו כדי להשיא את התועלת המשותפת של הצדדים.⁴²

לאור זאת, הכלל התרופתי החל על עובד אשר יוזם את הסיווג המוטעה, צריך להיבחן גם על רקע האפשרות כי יוזמת העובד היא תוצר של טעות באשר לערכן היחסי של התמורות. השאלה שאפשרות זו מעוררת היא אם לטעותו של עובד, אשר יוזם את ההעסקה הקבלנית, צריכה להיות נפקות במישור התרופתי. הן עמדת המיעוט והן עמדת הרוב עשויות להקנות נפקות לטעות בנסיבות מסוימות. ואולם בעוד שעמדת המיעוט מקנה לעובד הגנה מצומצמת, עמדת הרוב מקנה לו הגנה כוללת ומלאה.

כזכור, עמדת המיעוט מציעה לשלול את מעמד העובד בנסיבות שבהן הוא עצמו חפץ בהעסקה הקבלנית, ולאחר שנהנה מיתרונותיה, חזר ותבע את זכויות ההעסקה כעובד. ואולם יש להניח כי שלילת המעמד אינה חולשת גם על נסיבות שבהן "רצונו" של העובד הוא תולדה של הטעיה שהטעה אותו המעסיק. אם המעסיק ידע כי התמורה כעובד עולה על התמורה כקבלן, אך גרם לעובד לסבור הפוך (בין בהטעיה אקטיבית ובין בהפרת חובת גילוי) – אין לראות בבחירתו בסיווג הקבלני כהבעה של "רצון" תקף. עמדת המיעוט עשויה אפוא להגן על העובד אם יש בידו להוכיח כי טעותו נבעה מהטעיית המעסיק. ואולם הגנה הנשענת על הצורך להוכיח הטעיה היא הגנה חלשה, בעיקר לנוכח הקושי לזהות בדיעבד אילו נתונים היו ידועים למעסיק בעת הכריתה. כדי לייחס למעסיק הטעיה, יש לקבוע כי ידע את הפרטים הנדרשים לקביעת יחס התמורות במידה גבוהה של וודאות. ואולם כאמור לעיל, היחס בין התמורות נגזר ממשתנים אי וודאיים הנוגעים לתפקודו העתידי של העובד, להחלטות ניהוליות שיתקבלו בעתיד, ולשלל גורמים נסיבתיים חיצוניים – חלקם צפויים וחלקם בלתי צפויים – שישפיעו בעתיד על עסקו של המעסיק. למעסיק יכולת עדיפה לצפות נתונים אלה, אך קשה לייחס לו ידיעה קונקרטית ביחס אליהם, במידה המאפשרת לקבוע כי הפר חובת גילוי.⁴³

⁴² לדיון ראו עמרי בן שחר ויובל פרוקצ'יה "חוזים" הגישה הכלכלית למשפט 174-172 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).
⁴³ על חובת הגילוי נמתחה בספרות גם ביקורת רחבה וכללית יותר, שעיקרה הוא כי מצד אחד הטלת החובה כרוכה בעלויות ניכרות, ומצד שני מחקר אמפירי רחב היקף מעיד על כך שמידת האפקטיביות שלה נמוכה. כישלונה של חובת הגילוי מוסבר בכשלים רגולטוריים וחקיקתיים, בהיעדר ציות, ובעיקר באי יכולתם של נמעני הגילוי להבין את המידע, לעבד אותו ולהפנימו, במיוחד כאשר המידע הוא מורכב ורב ממדי. ראו OMRI BEN SHAHAR & CARL SCHNEIDER, MORE THAN YOU WANTED TO KNOW: THE FAILURE OF MANDATED DISCLOSURE (2014).

לעומת זאת, ההגנה המוקנית לעובד על פי עמדת הרוב היא רחבה וכוללת יותר. עמדת הרוב מציעה להקנות לעובד מעין "ביטוח" מפני טעות בהערכה של יחס התמורות, שתוקפו אינו תלוי ביכולת להוכיח התנהגות פסולה של המעסיק. כאשר מתברר בדיעבד כי התמורה הקבלנית נמוכה מן התמורה כעובד, עמדת הרוב מותירה בידי העובד את האפשרות לתבוע את התמורה שהייתה מוקנית לו תחת הסיווג הנכון. משמעות הדבר היא שכאשר עובד בוחר בסיווג מוטעה – הוא רוכש זכאות אפקטיבית לגבוהה מבין התמורות, וזכאות זו ניתנת למימוש גם אם יתברר בדיעבד כי טעה. עמדת הרוב מבטיחה אפוא כי המעסיק, המחזיק ביתרון המידע, הוא גם זה הנושא בסיכון לטעות. הקצאת הסיכון לצד המיודע מונעת ממנו את האפשרות לעשות שימוש לרעה במידע שברשותו, וזאת מבלי שבית המשפט נדרש לקבוע ממצא פוזיטיבי באשר לטיב הנתונים שהיו ידועים לו במועד הכריתה. מאחר שהמעסיק אינו יכול עוד ליהנות מנגישותו הפחותה של העובד למידע, הפער במידע מאבד ממשמעותו.

עמדת הרוב מבטיחה עוד כי הנסיבות שבהן הצדדים יאמצו את הסיווג המוטעה לא יושפעו מן האפשרות לטעות. כאשר התמורה הכוללת כעובד גבוהה מן התמורה כקבלן – הסיווג המוטעה יורתע, שכן ההעסקה הקבלנית לא תוכל להסב למעסיק רווח.⁴⁴ וכאשר התמורה הכוללת כעובד נמוכה מן התמורה כקבלן – הסיווג המוטעה לא יורתע, שכן במקרה זה הסיווג המוטעה כלל אינו תולדה של טעות. לפיכך, כוחו ההרתעתי של הדין יוותר כשהיה אילו המידע שבידי העובד היה מידע מלא. לעומת זאת, מאחר שעמדת המיעוט מאפשרת למעסיק להרוויח מטעותו של העובד, יש בה כדי להחליש את כוחו ההרתעתי של הדין. תחת עמדת המיעוט, הסיווג המוטעה יאומץ לא רק כאשר התמורה הקבלנית גבוהה מן התמורה כעובד, אלא גם כאשר היא נמוכה ממנה, אך העובד טעה באשר ליחס התמורות.⁴⁵

עמדת הרוב ועמדת המיעוט נבדלות אפוא ביניהן במידת האפשרות שהן מותירות למעסיק לעשות שימוש במידע העודף העומד לרשותו. עמדת המיעוט מאפשרת למעסיק ליהנות מיתרון

⁴⁴ זאת בהנחה כי העובד יעמוד על זכויותיו ויתבע את הפרשי התמורה בדיעבד. אם ההנחה היא כי העובד עשוי שלא לתבוע, אזי במקרה זה – כמו במקרים שבהם המעסיק הוא שיום את הסיווג המוטעה – יידרשו פיצויים עונשיים כדי להבטיח את ההרתעה הנדרשת. ראו פרוקציה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 196-197.

⁴⁵ הדיון שלעיל מניח כי הטעות היא חד-צדדית, כלומר כי בעת כריתת חוזה ההעסקה המעסיק מחזיק במידע, בעוד העובד שרוי באי וודאות. ואולם יתכנו גם מקרים שבהם אי הוודאות באשר ליחס התמורות היא משותפת, כלומר שהעובד והמעסיק כאחד שרויים באי וודאות באשר לאופן שבו התפתחויות עתידיות ישנו את יחס התמורות. במקרים אלה, לאף אחת מן העמדות לא צפויה להיות השפעה מובהקת על רמת ההרתעה מפני הסיווג המוטעה, לעומת זו שהייתה מתקבלת אילו המידע היה מלא. משמעותה של עמדת הרוב היא שכאשר הצדדים בחרו בסיווג המוטעה – העובד זכאי לתמורה שתתברר כגבוהה יותר. זכות זו מקנה לעובד ערך כלכלי, אך מנגד מטילה עלות כלכלית זהה על המעסיק. הערך והעלות של הזכות צפויים להיות מגולמים בתנאי ההתקשרות, ובפרט להוביל להפחתה בשכר הקבלני בסכום השקול לערכה של הזכות. יוצא אפוא כי תחת עמדת הרוב, העובד נהנה מזכות נוספת, אך משלם את מחירה באמצעות הפחתת השכר. לעומת זאת, עמדת המיעוט נמנעת מהענקת הזכות הנוספת לעובד, אך גם הימנעות זו מגולמת בשכר. לפיכך, כאשר אי הוודאות היא משותפת, הבחירה בין שתי העמדות אינה צפויה להשפיע על רמת ההרתעה: יש בה כדי לשנות את היקף חובותיו של המעסיק ואת גובה השכר; אך אין בה כדי להשפיע על התמריץ הכולל לאמץ את מתכונת ההעסקה הקבלנית.

זה, ולשלם לעובד תמורה מופחתת כאשר העובד מעריך את יחס התמורות באופן שגוי. לעומת זאת עמדת הרוב מונעת את הפיכתו של יתרון המידע ליתרון כלכלי. בכך היא מונעת העסקה שהתמורה בגינה נמוכה מתנאי המינימום שדיני העבודה מבקשים להבטיח. היא אף מקדמת את יעילות החוזה, באשר היא מבטיחה שאפילו אם הסכמתם של הצדדים היא לאימוץ מתכונת העסקה קבלנית – הסכמה זו תישען על הנחות עובדתיות נכונות.

3. טעות שיפוטית בזיהוי הצד היוזם

היבט אחר שבו המחלוקת בין עמדת הרוב ועמדת המיעוט היא בעלת השלכה, נוגע למקרים שבהם קיימת אי בהירות ביחס לשאלה מי מן הצדדים שימש ככוח המניע לאימוצו של הסיווג המוטעה. בבסיסן של שתי הגישות עומדת ההנחה כי לבית הדין יכולת לקבוע, לעתים שנים רבות בדיעבד, מי מן הצדדים יזם את מתכונת העסקה הקבלנית. ואולם השאלה מיהו היוזם של היבט מסוים בקשר חוזי היא שאלה המעוררת קושי מובנה. המשא ומתן לכריתת חוזה הוא שיח אינטראקטיבי, שבמסגרתו מסרים שצד מעביר מושפעים הן מרצונותיו שלו, והן מהערכתו את רצונותיו של הצד האחר. צד עשוי "ליזום" היבטים מסוימים של ההסדר החוזי דווקא משום שהוא סבור כי הם משרתים את הצד שכנגד, וזאת כדי לקבל את הסכמתו בסוגיות אחרות העומדות לדיון. גם הצעות המונעות כולן מן האינטרס של המציע, אינן עשויות מעור אחד: צד עשוי "ליזום" את הסיווג הקבלני במובן זה שהוא מבקש לקיים לגביו חשיבה משותפת, והוא עשוי "ליזום" אותו במובן זה שהוא עומד על אימוצו כתנאי להתקשרות בחוזה. לאור מורכבות זו, השאלה "מיהו היוזם" של ההסדר הקבלני היא שאלה שהתשובה המהותית לה ממוקמת בתוך מנעד רחב של אפשרויות ביניים. יתרה מכך, ההכרעה העובדתית בשאלה מיהו הצד שפעל באורח אקטיבי לשם אימוצו מעוררת קושי במישור הראייתי. ההליך המשפטי שבו השאלה מתבררת מתנהל זמן רב לאחר שהמשא ומתן הסתיים. בשלב ההתדיינות המשפטית, לכל אחד מן הצדדים תמריץ לתאר את מהלכו בדרך הפוכה. מלבד התיאור שמספקים הצדדים, המקורות הראייתיים שאפשר להסתייע בהם לצורך ההכרעה השיפוטית הם מועטים.

לנוכח קשיים אלה, הסיכון לקביעה שיפוטית מוטעית ביחס לזהותו של הצד היוזם הוא סיכון טבוע. הכלל התרופתי – הנשען על קביעה זו – צריך אפוא להיבחן גם על רקע האפשרות כי המידע בדבר זהותו של הצד ה"יוזם" לא יהיה נגיש במלואו לבית הדין. גם בהיבט זה, עמדת הרוב ועמדת המיעוט נבדלות ביניהן. עמדת המיעוט בוחנת את אשמו של העובד בשלב מקדמי, שבו ההשוואה בין התמורה כעובד והתמורה הקבלנית טרם נדונה במסגרת ההליך. אם בית הדין מגיע למסקנה כי העובד הוא שיוזם את הסיווג המוטעה – אזי תביעתו נדחית כבר בשלב זה.⁴⁶ לעומת

⁴⁶ הנשיאה וירט-ליבנה ציינה כמה שיקולים מרכזיים העשויים להשפיע על שלילת מעמד העובד מן התובע: כי הוא ירע מהן הזכויות שעליהן וויתר; כי הוויתור נעשה מתוך מניעיו שלו, ולא בשל כוח המיקוח העודף של המעסיק; כי העסקה הקבלנית לא נועדה לשרת את אינטרס המעסיק; וכי כלל אין מדובר בעובד הטעון הגנה (פס' 56 לפסק-דינה של הנשיאה וירט-ליבנה). עקרונית, אין בכך כדי לשלול את שקילתו של יחס התמורות כבר בשלב המקדמי, שכן, כאמור לעיל, יחס זה עשוי להשליך על הקביעה העובדתית כי העסקה הקבלנית שירתה את אינטרס העובד.

זאת, עמדת הרוב בוחנת את אשמו רק בשלב הסופי של הדיון – לאחר שכלל הפרטים באשר לתמורה בפועל והתמורה כעובד התבררו. אשמו של העובד רלוונטי, על פי עמדה זו, רק לצורך קביעת זכאותו לרכיב הפיצוי העונשי.

גם בהיבט זה עמדת הרוב היא בעלת יתרון. בנסיבות שבהן קיימת עמימות בשאלה מי מן הצדדים הוא הגורם שהניע את אימוצו של הסיווג המוטעה, נתונים בדבר הפער שבין התמורה כעובד והתמורה כקבלן הם בעלי ערך ראייתי. כאשר המעסיק מוכן לשתי תצורות ההעסקה – לעובד תמריץ ליזום את זו הקבלנית רק כאשר התמורה הכרוכה בה גבוהה יותר. היחס בין התמורות הוא אפוא ראייה רלוונטית לצורך ביסוס הטענה כי היוזמה לסיווג המוטעה הייתה של העובד. אם התמורה הקבלנית נמוכה מן התמורה כעובד, קשה להשתכנע כי לעובד היה עניין לעמוד עליה. ואם המעסיק טוען כי, חרף התמורה הנמוכה, העובד הוא שיזם אותה – אזי זוהי טענה המצריכה הסבר. האם העובד יזם אותה בשל טעות בהערכת היחס בין התמורות? ואם כן, האם המעסיק היה צריך לדעת על טעות זו ולהתריע עליה? האם העובד יזם את ההעסקה הקבלנית משום שסבר שאחרת לא יועסק כלל? האם המעסיק תרם להבנה זו? ואם כן, האם "יוזמתו" של העובד לאמץ את הסיווג המוטעה אינה אלא ביטוי לרצונו של המעסיק לעקוף את דיני העבודה הקוגנטיים? כך או כך, העובדה כי התמורה הקבלנית נופלת מן התמורה כעובד היא בעלת השלכה ראייתית על השאלה מי מן הצדדים היה הגורם המניע לאימוצו של הסיווג המוטעה. העובד מוחזק כמי שאינו מעוניין ליזום דווקא את מתכונת ההעסקה שהתמורה בה נמוכה. לראיה זו חשיבות בשל אופייה האובייקטיבי: היא מושתתת לא על גרסאותיהם המאוחרות של הצדדים באשר לדרך שבה התנהל השיח ביניהם, אלא על הגיונם של הדברים, ועל הקשר שבין המניע לאימוצו של הסיווג המוטעה, ובין השאלה מי יזם אותו בפועל.⁴⁷

כאשר בית הדין נדרש לשאלה אם העובד הוא שיזם את הסיווג המוטעה, חשוב אפוא כי יהיו לפניו הנתונים בדבר פער התמורות. כאמור, עמדת המיעוט היא כי יש לקבל את ההכרעה בדבר אשמו של העובד בשלב המוקדם לשלב חישוב הזכויות. משמעותה של עמדה זו היא כי ההכרעה מתקבלת מבלי להיזקק לראיה מהותית, ועל כן כרוך בה סיכוי מוגבר לטעות שיפוטית. אם בית

ואולם הנשיאה וירט-ליבנה מבהירה בהמשך כי "היה ונקבע כי 'העובד' פעל בחוסר תום לב כזה המחזק את משמעות ההסכמה או הרצון שלא לעבוד במתכונת של עובד שכיר, כבר בשלב הזה (ולא בשלב של חישוב הזכויות) תינתן לכך נפקות ויקבע כי לא מתקיימים יחסי עובד ומעסיק, ולכן אינו זכאי לזכויות כלשהן" (פס" 76 לפסק דינה של הנשיאה, ההדגשה במקור). מדברים אלה עולה כי "חישוב הזכויות" (כלומר קביעת הממצאים באשר ליחס התמורות) ייעשה רק בשלב השני, לאחר שכבר נקבע כי ראוי להכיר במעמדו של התובע כעובד.

שאלת היחס שבין המניע לכריתה של חוזה ובין תוכנו של החוזה מתעוררת באופן אנלוגי גם בגדרם של דיני הכפייה. פורמלית, דיני הכפייה מיועדים להבטיח כי החוזה נכרת מתוך רצון חופשי, ולכאורה אין הם מבקשים להגביל את תוכנה של ההתקשרות החוזית. ואולם כפי שהראה איל זמיר, הפרדה זו בין המניע להתקשרות לתוכן שלה היא במידה רבה מלאכותית, באשר היא מתעלמת מן הקשר שבין שתי השאלות במישור הראייתי. כאשר חוזה, מבחינת תוכנו, מוטא באופן ניכר כנגד צד אחד, קל יותר להשתכנע כי צד זה התקשר בחוזה עקב לחץ ששלל את רצונו החופשי. בהתאם לכך, בתי המשפט, בדונם בשאלות של כפייה, בוחנים את תוכן החוזה באופן שכיה, ולתוכן השפעה ניכרת על תוצאות הדיון בסוגיית הכפייה. ראו איל זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים: עושק וכפייה כמקרי מבחן" **עלי משפט** י"ג 7, 29-34 (תשע"ז).

הדין אינו יודע מהו יחס התמורות, הוא אינו יכול לעמוד על המניע שהיה (או לא היה) לעובד ליזום את ההעסקה הקבלנית. לעומת זאת, עמדת הרוב היא כי יש לקבל את ההכרעה בדבר אשם העובד רק בסופו של ההליך, לאחר שכלל הפרטים הרלוונטיים לובנו. בעמדה זו יש אפוא כדי להפחית את הסיכוי לטעות.⁴⁸

יתרה מזאת, גם בנסיבות שבהן טעות שיפוטית כבר נפלה, עלותה של הטעות היא גבוהה יותר תחת עמדת המיעוט. כאשר מיוחס לעובד אשם אף שלא הוא אשר יזם את הסיווג המוטעה – עמדת המיעוט מסבה לו פגיעה מוגברת. על פי שיטת המיעוט, ייחוס האשם מוביל לשלילת המעמד, השקולה לשלילתן של זכויות העובד כולן. לעומת זאת, על פי שיטת הרוב, ייחוס האשם מוביל רק להפחתת הזכאות לפיצוי עונשי. מאחר שהעובד נותר זכאי לכלל זכויותיו האחרות, הפגיעה הנובעת מייחוס מוטעה של אשם היא פחותה. מן הצד האחר, כאשר השגיאה השיפוטית היא הפוכה – כלומר העובד מופטר מאחריות אף שלמעשה הוא אשר יזם את הסיווג המוטעה – לעמדת המיעוט אין כל יתרון על פני עמדת הרוב. במקרה זה, שתי העמדות כאחד מובילות לאותה התוצאה, לפיה מלוא האחריות מוטלת על כתפיו של המעסיק.

עולה מכך שהקושי הטבוע בזיהוי הצד ה"יזום" מטה את הכף לעבר עמדת הרוב: עמדה זו מפחיתה את הסיכוי לטעות שיפוטית, באשר היא מאפשרת להכרעה להתקבל על בסיס תשתית ראייתית מוצקה יותר. היא אף מפחיתה את הנזק הנובע מטעות שיפוטית, שכן הסנקציה שהיא משיתה על העובד קלה יותר. כל זאת, מבלי שלבחירה בין שתי העמדות השפעה על כוחו ההרתעתי של הדין בנסיבות שבהן הקביעה השיפוטית אינה מוטעית.⁴⁹ יתרונות אלה הם ניכרים, אפוא, בנסיבות שבהן זהותו של הצד היזום היא עמומה מבחינה מהותית, או קשה לזיהוי מבחינה ראייתית.

ג. קשר סיבתי וקיזוז תועלות

נדבך מרכזי בהלכה החדשה הוא כי העובד זכאי לפיצוי בגין הנזק שנגרם לו עקב הסיווג הקבלני, אך זאת בקיזוז השכר ששולם ביתר. הקיזוז מאפשר התאמה של הפיצוי לנזק שאירע בפועל עקב ההעסקה הקבלנית. העקרון שלפיו פיצוי מגלם את הנזק "הנקי" שנגרם לנפגע – כלומר הנזק בניכוי התועלת שגרמה הפעולה – הוא עקרון בעל תחולה רחבה במשפט הפרטי, הנובע ביסודו מכללי הסיבתיות. כך למשל, בתחום החוזים, הפרה של חיוב לספק נכס עשויה להסב לנפגע נזק ותועלת כאחד: מצד אחד, היא מונעת את האפשרות ליהנות מן הנכס שלא סופק; מן הצד האחר, היא מאפשרת לנפגע לזכות עסקה חלופית שלא הייתה מתאפשרת אחרת, ושרווח בצידה. בנסיבות אלה, ה"נזק" הכולל שההפרה גרמה באופן סיבתי הוא ההפרש שבין אובדן ההנאה ובין

⁴⁸ הקושי עשוי להיפתר גם תחת עמדת המיעוט, אם בשלב המקדמי תותר הבאת ראיות באשר ליחס התמורות. ואולם אפשרות זו מייטרת במידה רבה את התפיסה הדיונית העומדת ביסוד עמדת המיעוט, ולפיה הדיון מחולק לשלב מוקדם (שבו נקבעת אחריות התובע לסיווג המוטעה) ולשלב מאוחר (שבו מובאות ראיות לשם חישוב הזכויות). בווריאציה המותרת על חלוקה דיונית זו, עמדת המיעוט עשויה לשמר את התוצאה המהותית השוללת סעד מתובע האחראי לסיווג המוטעה, ובה בעת להפחית את הסיכון לטעות שיפוטית.

⁴⁹ ראו חלק ב.1 לעיל, שבו הנחת הדיון הייתה כי זהותו של הצד היזום ידועה.

הרווח מן העסקה החלופית. אילו הנזק הוערך על פי אובדן ההנאה לברדה, היה בכך כדי להציב את הנפגע בעמדה טובה משהיה בה אלמלא התרחשה ההפרה.⁵⁰

עקרון זה חל גם בדיני הנזיקין. כך למשל, נניח כי רופא נדרש לבחור בין שתי שיטות טיפול שעלותן זהה – שיטה א' שתותיר את המטופל בנזק ודאי של 500 ברגלו, או שיטה ב' שתותיר אותו בנזק ודאי של 600 בידו. בנסיבות אלה ברי כי עדיפה הבחירה בשיטה א', שנזקה הכולל נמוך יותר. ואולם אם הרופא התרשל, ובחר בכל זאת בשיטה ב' – חבותו לא תעמוד על כלל נזקו של המטופל (בסך 600) אלא רק על הנזק שנוסף עקב ההחלטה הרשלנית (בסך 100). הבחירה בשיטה ב' במקום בשיטה א' אמנם גרמה למטופל נזק של 600 עקב הפגיעה בידו, אך גם חסכה ממנו נזק של 500 ברגלו. ה"נזק" הכולל שנגרם עקב הפעולה הרשלנית נגזר מן הפער שבין העלות ובין התועלת שגרמה הפעולה הרשלנית.⁵¹

ואולם עקרונות אלה של סיבתיות, על אף תחולתם הכללית, לא הוחלו באופן דומה בסוגיית הסיווג המוטעה. עד לפרשת **כותה**, "נזקו" של העובד ככלל הוגדר על בסיס ערך הזכויות שהעסקה הקבלנית מנעה את מימושו, מבלי שנוכחה ממנו התועלת שהעסקה הקבלנית הסבה לו. קיוזו התועלת לא נתפס כמהלך הנדרש לשם הגדרת הנזק הנובע *סיבתית* מן הסיווג המוטעה. תפיסה זו באה לידי ביטוי ברטוריקה של עמדת הרוב, גם בפרשת **כותה** עצמה.⁵² אף שבפרשה זו

⁵⁰ ראו למשל דניאל פרידמן וגילי כהן **חוזים** כרך ד פס' 39.142-39.143 (2011) ("הבסיס לניכוי נעוץ בעקרון הפיצויים עצמו, והוא הפיצוי נועד לתקן את הנזק. מכאן שאם הנזק פחת עקב טובת הנאה שמקורה בהפרה, יהא הנפגע זכאי לנזק המופחת בלבד"). למקורו של עקרון זה במשפט האנגלי, ראו *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Railways Co. of London (No. 2), [1912] A.C. 673*, שם דובר על צד שהתחייב לספק טורבינות למפעל, אך אלה שסיפק לא עמדו בתכונות הנדרשות על פי החוזה. כתוצאה מן ההפרה התאפשר למפעל להתקשר בעסקה חלופית, שבגדרה הוא רכש טורבינות יעילות וזולות יותר. בפסק הדין נקבע אפוא כי ההפרה לא גרמה למפעל נזק בר פיצוי (פרט להוצאות הנוגעות לפרק הזמן שקדם לרכישת הטורבינות החדשות).

⁵¹ דוגמה זו לקוחה מאריאל פורת **נזיקין** 496-497 (התשע"ג). אותו העקרון חל גם בדיני עשיית עושר ולא במשפט. כאשר פעולה מובילה להתעשרותו של אדם שלא כדין, אך בה בעת מטילה עליו עלות, ההתעשרות ככלל מחושבת על בסיס הפער שבין התועלת והעלות. בהתאם לכך, סעיף 3 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 קובע כי "הזוכה רשאי לנכות ממה שעליו להשיב אה מה שהוציא או התחייב להוציא או השקיע באופן סביר להשגת הזכיה". לדין ראו דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** פס' 29.27-29.30 (כרך ב', מהדורה 3, 2017).

⁵² ביטוי לכך הוא העובדה כי עמדת הרוב אינה רואה בשלילת הקיוזו משום "סנקציה", המובילה לפיצוי העולה על הנזק. כך נכתב בפס' 20 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה: "פסיקה [השוללת את זכות הקיוזו] התבססה על מספר הנחות, [ובהן] שקיים קושי משפטי, בהתבסס על ניתוח של דיני החוזים ודיני עשיית העושר, להגדיר את [הפרשי השכר] כסכום "יתר" שהמועסק חייב להחזירו... **משכך, לא נקבעה שם "סנקציה" של שלילת קיוזו, אלא נקבע כי הזכות לקיוזו - שאינה מובנת מאליה - קמה רק במצבים חריגים של חוסר תום לב קיצוני**" (ההדגשה אינה במקור). פרשת **כותה**, לעיל ה"ש 14. ואולם עמדה הפוכה באה לידי ביטוי בעמדת המיעוט של הנשיאה וירט-ליבנה: ("הפסיקה עסקה בשאלה אלו אמצעים לנקוט כנגד המעסיק על מנת להתרועעו מלבצע מלכתחילה סיווג מוטעה. הסנקציה המרכזית היא - שלא להכיר בזכותו של המעסיק לקיוזו השכר העודף ששילם עקב הסיווג הקבלני"). ראו פס' 69 לפסק דינה.

הוכרה הזכות העקרונית לקיזוז, הכרה זו היא חלקית בלבד. בפרט נקבע כי הזכות לקיזוז כפופה לסייג מהותי: הפרשי השכר יכולים להיות מקוזזים מן הנזק הממוני, אך אין הם יכולים להיות מקוזזים מזה הבלתי ממוני.⁵³ יתרה מזאת, פסק הדין אינו מתייחס כלל לאפשרות של קיזוז תועלת בלתי ממונית שהעובד הפיק מהעסקתו הקבלנית. כך למשל, ההעסקה הקבלנית עשויה להסב תועלת בדרך של הגברת הגמישות התעסוקתית – לאפשר עבודה בשעות נוחות יותר, או חריגה מנהלי העבודה הרגילים אצל המעסיק. פסק הדין אינו קובע אם תמורה בלתי ממונית זו ניתנת אף היא לקיזוז. ממילא, לא נקבע אם קיזוז כזה יהיה אף הוא כפוף למגבלה (למשל, אם יתאפשר רק כנגד הנזק הבלתי ממוני).

כדי לקיים את עקרונות הסיביות, קיזוז התועלת צריך שייעשה ללא מגבלה: יש לאפשר את קיזוז של התועלת כולה (על כלל רכיביה) מן הנזק כולו (על כלל רכיביו). מאחר שהמגבלה שהוטלה אינה מקיימת עקרונות אלה, יש בה כדי לעוות את הערכתו הנכונה של הנזק. בפרט, היא מובילה לכך שהערכת הנזק עשויה להיות תלויה בדרך האקראית שבה הנזק והתועלת מחולקים בין הקטגוריה הממונית לזו הבלתי ממונית. יתרה מזאת, הסטייה מעקרונות הסיביות צפויה להוביל להבדלים שרירותיים בהיקף הפיצוי הנפסק לתובעים שונים שסבלו את אותו הנזק. המגבלה עלולה אפוא להוביל לא רק להערכת יתר של הנזק, אלא גם לאי שוויון.

דוגמאות ג' וד' שלהלן ממחישות את הקשיים הנובעים מן המגבלה שהוטלה על זכות הקיזוז. שתי הדוגמאות מתארות עובד שסווג באופן מוטעה כקבלן. העמודה השמאלית מתארת את התמורה שקיבל העובד על בסיס סיווגו הקבלני, בעוד שהעמודה האמצעית מתארת את התמורה שהיה מקבל אילו סווג כעובד. בשתי הדוגמאות ההעסקה הקבלנית גרמה לעובד נזק כולל זהה בסך 10, המשקף את הפער שבין התמורה הקבלנית הכוללת (140) והתמורה הכוללת שהיה מקבל כעובד (150).

⁵³ בפרט, השופט דוידוב-מוטולה קובעת כך: "להסרת ספק מובהר כי "דלתא" זו (ככל שקיימת) אינה ניתנת לקיזוז מול הפיצוי הבלתי-ממוני, והמעסיק אף אינו יכול לתבוע את השבתה באופן עצמאי". שם, פס' 22 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה (ההדגשה במקור). אמנם בהמשך השופטת מסייגת את הדברים מעט, בציינה כי "ניתן לקחת בחשבון במקרים המתאימים [את גודל הדלתא] כחלק ממכלול השיקולים בעת קביעת שיעור הפיצוי הלא-ממוני" (ההדגשה במקור). מדברים אלה משתמע כי בנסיבות מסוימות קיזוז חלקי עשוי להיות אפשרי. ואולם ממכלול הדברים עולה כי גם אם קיזוז עשוי להתאפשר בנסיבות מסוימות, אין הכוונה להקנות זכות עקרונית לקיזוז, וממילא קיזוז אינו צפוי להיות מלא.

דוגמה ג': הסיווג המוטעה פוגע בעובד ; מגבלת הקיזוז אינה משבשת את אומדן הנזק

העסקה כקבלן	העסקה כעובד	
140	100	שכר
0	40	ערך זכויות ממוניות
0	10	ערך זכויות בלתי ממוניות
140	150	תועלת כוללת
נזק כולל מן ההעסקה הקבלנית: 10		

דוגמה ד': הסיווג המוטעה פוגע בעובד ; מגבלת הקיזוז משבשת את אומדן הנזק

העסקה כקבלן	העסקה כעובד	
120	100	שכר
0	40	ערך זכויות ממוניות
20	10	ערך זכויות בלתי ממוניות
140	150	תועלת כוללת
נזק כולל מן ההעסקה הקבלנית: 10		

המגבלה על זכות הקיזוז עלולה לשבש את הערכת הנזק, אף שהיא אינה מובילה לכך בהכרח. דוגמה ג' מתארת מצב אפשרי שבו המגבלה על זכות הקיזוז אינה משבשת את אמידתו הנכונה של הנזק. בנתוני הדוגמה, העובד איבד 40 בגין אי קיומן של הזכויות הממוניות, וזכה בתוספת שכר של 40. לפיכך, בקטגוריה הממונית, הפרשי השכר יקוזזו במלואם מן הנזק הממוני. התוצאה הסופית היא כי החבות הנותרת לאחר הקיזוז היא 10 – תוצאה המשקפת את נזקו הריאלי של העובד.

ואולם המגבלה מעוותת את הערכתו הנכונה של הנזק בנתונים מן הסוג של דוגמה ד'. דוגמה זו שונה מדוגמה ג' רק בכך שהשתנה בה ההרכב הפנימי של התמורה הקבלנית: במקום שכר בסך 140 ותועלת בלתי ממונית בסך 0, כעת השכר עומד על 120 והתועלת הבלתי ממונית עומדת על 20. פרט לכך הכל נותר זהה: התמורה הקבלנית הכוללת נותרה 140, התמורה הכוללת כעובד נותרה 150, ועל כן הנזק הכולל הנובע מן ההעסקה הקבלנית הוא עודנו 10. ואולם במקרה זה המגבלה על זכות הקיזוז מובילה לחבות כפולה או משולשת של המעסיק. בקטגוריה הממונית, המעסיק יורשה לקזז את מלוא תוספת השכר בסך 20. ואולם בקטגוריה הבלתי ממונית, הקיזוז יהיה חלקי בלבד. כאמור, פסק הדין אינו מתייחס לשאלת ההכרה בזכות לקיזוז בקטגוריה הבלתי ממונית. אם קיזוז כזה יתאפשר, חבותו של המעסיק תופחת ב-10 נוספים, ועל כן חבותו הסופית

תעמוד על 20 – סכום כפול מנזקו הריאלי של העובד. ואם הקיזוז בקטגוריה הבלתי ממונית לא יתאפשר, אזי העיוות אף יחמיר, שכן חבותו הסופית של המעסיק תעמוד על 30 – סכום הגבוה מן הנזק הריאלי פי שלשה.⁵⁴

דוגמאות ג' וד' ממחישות את החשש כי מגבלה על זכות הקיזוז, המובילה לחריגה מכללי הסיביות, עלולה לא רק לשבש את הערכתו המדויקת של הנזק, אלא גם ליצור פערים שרירותיים בהיקף הפיצוי בין תובעים שונים. העובדים בדוגמאות ג' וד' סבלו את אותו הנזק כתוצאה מן הסיווג הקבלני, ולכן זכאותם המהותית היא לפיצוי זהה. המגבלה על הקיזוז גורמת לשוני בהיקף הפיצוי, ובפער שעשוי להיות ניכר.

הבעיה שהמגבלה על הקיזוז מעוררת עשויה לבוא לידי ביטוי גם בדרך אחרת. דוגמאות ג' וד' הניחו כי ההעסקה הקבלנית גרמה לעובד נזק העולה על התועלת. ואולם כאשר התמורה הקבלנית גבוהה מספיק, יחס זה עשוי להתהפך, ולהוביל לכך שהסיווג המוטעה ישפר את רווחתו של העובד. במצבים אלה התעוררה השאלה אם ראוי להכיר בזכותו של המעסיק לתבוע *השכר* מן העובד – כך שהעובד לא רק שלא יזכה בפיצוי עקב הסיווג המוטעה, אלא יידרש לשאת בחבות כלפי המעסיק. מדיניות ארוכת ימים של בית הדין לעבודה היא כי במקרים אלה המעסיק אינו חייב בפיצוי על נזק, אך מנגד אינו זכאי לתבוע את העובד להשבה.⁵⁵ מדיניות זו היא מוצדקת, מן הטעם

לעתים הצדדים עשויים לגלם את העיוות בהערכת הנזק ובכך למנעו. לשם דוגמה, טלו את המקרה הבא:

העסקה כעובד	העסקה כקבלן	
100	150	שכר
40	0	ערך זכויות ממוניות
20	0	ערך זכויות בלתי ממונית
160	150	תועלת כוללת
נזק כולל מן ההעסקה הקבלנית: 10		

בדומה לדוגמה ד', הנזק הכולל הנובע מן ההעסקה הקבלנית עומד במקרה זה על 10. ובדומה לה, המגבלה על זכות הקיזוז צפויה להוביל לכך שקיזוז התועלת (בסך 50) ייערך באופן חלקי בלבד (שכן הזכויות הממוניות עומדות על 40). המגבלה תוביל אפוא לכך שהפיצוי שייפסק יעמוד על 20 – סכום כפול מן הנזק שנגרם בפועל. התוצאה היא כי העובד יוצב בעמדה עדיפה על פני זו שהיה ניצב בה תחת הסיווג הנכון (עם תועלת כוללת של 170 במקום 160). אלא שבשונה מדוגמה ד', אם הצדדים צופים עיוות זה מראש, הם יכולים לגלמו בתנאי ההתקשרות. במקום לקבוע שכר קבלני של 150, הם עשויים להפחיתו ל-140, וכך להשיג הלימה בין גובה הפיצוי ובין הנזק שנגרם בפועל. אך כפי שנדון לעיל, האפשרות המעשית לגילום צפויה להיתקל בקשיים מעשיים, בנסיבות שבהן הצדדים מתקשים להעריך את הסיכוי להתדיינות משפטית או מתקשים לכמת את חבותו הצפויה של המעסיק. חשוב מכך, כפי שעולה מדוגמה ד', ישנן נסיבות שבהן אפשרות הגילום אינה עומדת אפילו כאשר כלל הנתונים ידועים. כך בפרט כאשר השכר הקבלני נמוך מערך הזכויות הממוניות, ועל כן לא ניתן להפחיתו מבלי להגדיל במקביל את חבותו הצפויה של המעסיק.

ראו למשל ע"ע (ארצי) 300267/98 טויטו – מ.ש.ב. הנדסת קירור למיווג אוויר (1965) בע"מ, פד"ע לז 354, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא אדלר (פורסם בנבו, 23.5.2002); ע"ע (ארצי) 308-08 עברון – אנוש מערכות ניהול והנדסה חברה בע"מ פס' 3 לפסק דינו של הנשיא פליטמן (פורסם בנבו, 20.1.2011); פרשת רופא, לעיל ה"ש 3, פס' 66 לפסק

54

55

שהתמורה (הגבוהה) שהתחייב המעסיק לשלם היא בעלת תוקף חוזי מחייב. כאשר מעסיק מתחייב לשלם תמורה העולה על המינימום הנדרש על פי דיני העבודה – אין הצדקה לשלילת תוקפה של ההתחייבות, שכן דיני העבודה אינם קובעים רף עליון לתמורה, אלא רף תחתון בלבד. המעסיק כפוף אפוא לחיובו החוזי, והעובדה כי חיוב זה נעשה על רקע של סיווג מוטעה, אין בה כדי להקנות לו זכות להפחית מן התמורה המובטחת.⁵⁶

במצב דברים שבו הסיווג המוטעה הועיל לעובד, התוצאה המתבקשת היא אפוא כי איש מן הצדדים לא יוכל לתבוע פיצוי מרעהו. ואולם המגבלה על זכות הקיזוז עלולה להוביל לתוצאה שלפיה, חרף הנזק השלילי, המעסיק יחוב בפיצוי כלפי העובד. יתרה מזאת, גם במצבים אלה, המגבלה על הפיצוי צפויה להוביל לפער שרירותי בין עובדים שונים, שאף שסבלו את אותו הנזק אינם זכאים לאותו הפיצוי.

דוגמאות ה' ו' ממחישות קושי זה. בשתי הדוגמאות התמורה הקבלנית הכוללת עומדת על 150, והיא גבוהה מן התמורה הכוללת שהייתה משולמת למועסק כעובד, שעומדת על 140. הפער בין הדוגמאות נוגע רק לאופן שבו התמורה מחולקת בין הקטגוריה הממונית והבלתי ממונית.

דוגמה ה': הסיווג המוטעה מיטיב עם העובד; מגבלת הקיזוז אינה משבשת את אומדן הנזק

העסקה כקבלן	העסקה כעובד	
150	100	שכר
0	40	ערך זכויות ממוניות
0	0	תועלת בלתי ממונית
150	140	תועלת כוללת
נזק כולל מן העסקה הקבלנית: 10-		

דינה של השופטת דוידוב-מוטולה; ע"ע (ארצי) 3575-10-11 עמיר – חברת החדשות הישראלית בע"מ פס' 25 לפסק דינו של הנשיא פליטמן (פורסם בנבו, 21.1.2015).
⁵⁶ לדין נרחב יותר, ראו פרוקצ'יה לעיל ה"ש 2, בעמ' 186-184.

דוגמה ו': הסיווג המוטעה מיטיב עם העובד ; מגבלת הקיזוז משבשת את אומדן הנזק

העסקה כקבלן	העסקה כעובד	
130	100	שכר
0	40	ערך זכויות ממוניות
20	0	תועלת בלתי ממונית
150	140	תועלת כוללת
נזק כולל מן ההעסקה הקבלנית: 10-		

בדומה לדוגמה ג', דוגמה ה' מתארת מקרה שבגדרו המגבלה על אפשרות הקיזוז אינה אפקטיבית, ולכן אינה משבשת את הערכתו הנכונה של הנזק. בפרט, בקטגוריה הממונית העובד סבל נזק בסך 40, אך מנגד זכה בתוספת שכר של 50. הנזק הממוני יקוזז אפוא במלואו מהפרשי השכר. התוצאה היא כי נזקו של העובד יוערך ב-0, אף שנזקו הריאלי שלילי, ועומד על 10- (140-150). תוצאה זו היא כאמור ראויה, שכן חיובו החוזי של המעסיק לשלם תמורה העולה על המינימום הנדרש הוא חיוב חוזי תקף.

הקושי מתעורר בנתוני דוגמה ו', שבה המגבלה על זכות הקיזוז הופכת לאפקטיבית. דוגמה ו' שוב שונה מדוגמה ה' רק בהרכב התמורה הקבלנית: במקום שכר קבלני בסך 150 ותועלת בלתי ממונית בסך 0, בדוגמה ו' השכר עומד על 130, והתועלת הבלתי ממונית עומדת על 20. גם כאן, פרט לשינוי האמור, שתי הדוגמאות הן זהות: התמורה הקבלנית נותרה כשהייתה (150), התמורה שהייתה מוקנית למועסק כעובד נותרה זהה (140), והנזק הכולל מן הסיווג המוטעה נותר אף הוא כשהיה (10-). ובכל זאת, בנתוני הדוגמה הנוכחית, המעסיק יישא בחבות חיובית כלפי העובד. בקטגוריה הממונית המעסיק יורשה לקזז 30 כנגד ערכן של הזכויות הממוניות. בקטגוריה הבלתי ממונית לא יתאפשר קיזוז כלשהו, שכן בנתוני הדוגמה לא נגרעה מן העובד תועלת בלתי ממונית. התוצאה היא כי המעסיק יחוב בפיצוי חיובי של 10 אף שהנזק הריאלי הוא שלילי, ועומד על 10-⁵⁷. המגבלה על זכות הקיזוז משבשת אפוא את אמידתו הנכונה של הנזק כל אימת שהיא אפקטיבית. כאשר המגבלה חוסמת את האפשרות לקזז חלק מן התועלת – התוצאה היא כי הנזק מוערך שלא על פי כללי הסיביות, ועל כן מוערך ביתר. בהתאם למאפיינים שרירותיים של המקרה, המגבלה עשויה להיות בלתי אפקטיבית – כלומר שלא להגביל את האפשרות לקיזוז מלוא התועלת (כפי שבדוגמאות ג' וה' לעיל). היותה של המגבלה אפקטיבית במקרים מסוימים, ובלתי אפקטיבית באחרים, מובילה להטלת חבות בלתי שווה במקרים שבהם הסיווג המוטעה גרם את אותו הנזק.

⁵⁷ גם בדוגמה זו העיוות בהערכת הנזק מתקבל ללא תלות בשאלה אם תוכר הזכות העקרונית לקיזוז בגדרה של הקטגוריה הבלתי ממונית. בין שהזכות תוכר ובין שלא, די בכך שהתועלת הבלתי ממונית (בסך 20) אינה מקוזזת במלואה, כדי שבסופו של יום תוטל על המעסיק חבות חיובית חרף נזקו השלילי של העובד.

*

בפסיקתו של בית הדין לעבודה לא פעם עלתה השאלה מה מקורה הנורמטיבי של תביעת המעסיק לקיזוז. בית הדין בחן אפשרויות שונות, ובהן דיני עשיית עושר ולא במשפט, חובת תום הלב, זכות הביטול בגין פגם בכריתת החוזה, זכות הביטול בגין הפרת החוזה, דיני החוזה הפסול, ודיני פרשנות והשלמה של חוזים.⁵⁸ אף שחלק מן המקורות האמורים עשויים אף הם לשמש עיגון לזכות זו,⁵⁹ מקורה הטבעי ביותר של זכות הקיזוז הוא כאמור בעקרונות הכלליים של הסיבתיות. ההעסקה הקבלנית היא פעולה המסכה עלות ותועלת גם יחד; מאחר שה"נזק" נגזר מן הפער בין השניים, אמידה נכונה שלו מצריכה את ניכוי של השני מן הראשון.

ממסקנה זו לא נובע כי החבות הכוללת המושתת על המעסיק חייבת להיות מוגבלת לנזק שנגרם באורח סיבתי. היקף החבות הסופי עשוי להיגזר גם משיקולים נוספים מלבד השאיפה לפצות בגין נזק. בפרט, היא עשויה לכלול רכיב עונשי, הנדרש כדי למלא את החסר ההרתעתי שהיה נוצר בלעדיו.⁶⁰ ואולם דווקא כאשר המתווה התרופתי כולל רכיב עונשי לצד רכיב הפיצוי

⁵⁸ לניתוח ולסקירה, ראו לופו וסבוראי, לעיל ה"ש 29, וכן פס' 50-60 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה בפרשת **רופא**, לעיל ה"ש 3.

⁵⁹ בפרט, דיני עשיית עושר ולא במשפט עשויים לשמש לכך. אמנם הזכויות שקיבל העובד מכוח החוזה הקבלני הן זכויות כדין, זיכוי בכפל תמורות – כלומר הן בתמורה כקבלן והן בתמורה כעובד – מצמיח טובת הנאה החורגת מן החוזה. בנסיבות אלה דיני עשיית עושר הם בעלי תחולה, חרף קיומו של החוזה. ראו דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך א 138-139 (מהדורה שלישית, 2015) ("מי שזכה בטובת הנאה [החורגת מן החוזה], איננו יכול לחסות בצילו של החוזה ולטעון שהוא מזכה אותו בטובת הנאה זו"). ראו גם שלו ואדר, לעיל ה"ש 28 בעמ' 703-705. לחלופין, אפשר לראות בזכות הקיזוז כנובעת מחובת תום הלב בקיום חיובים, שכן דרישת העובד לכפל תמורות נוגדת את "רוח העסקה ומטרתה". ראו גבריאלה שלו ואפי צמח **חוזים** 81 (מהדורה רביעית, 2019).

בפסיקה הועלתה אף אפשרות לראות את זכות הקיזוז כנובעת מדיני הפרשנות וההשלמה של החוזה (סעיפים 25-26 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973, ס"ח 694). על פי קונסטרוקציה זו, ההתחקות אחר כוונתם המשותפת של הצדדים מובילה אל המסקנה כי ראו בשכר הקבלני משום "שכר כולל", הממצה את כלל זכויותיו של העובד. החלת ההוראות הקוגנטיות של דיני העבודה מחייבת את "פירוק" התמורה הקבלנית לרכיביה – רכיב השכר ורכיב הזכויות הסוציאליות. כל עוד שכר העבודה המתקבל בדרך זו אינו נופל משכר המינימום (או מן השכר שהיה נקבע תחת הסכם קיבוצי) – אין לחייב את המעסיק בתשלום נוסף בגין הזכויות הסוציאליות. לעמדה ברוח זו ראו את פסק-דינו של השופט פליטמן בע"ע (ארצי) 300256/98 **אייזיק – תה"ל תכנון המים לישראל בע"מ**, פ"ד לו 817, 850-852 (פורסם בנבו, 10.6.2002).

⁶⁰ על הצורך בפיצוי עונשי מטעמים אלה, ראו A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARV. L. REV. 869 (1998) וכן Catherine M. Sharkey, *Punitive Damages as Societal Damages*, 113 YALE. L. J. 347 (2003). הצדקה זו להטלתו של פיצוי עונשי הוכרה בפסיקה, אך נעשה בה שימוש מצומצם בלבד. ראו אור קרסין "הדוקטרינה של פיצויים עונשיים במשפט הישראלי – בחינה מחודשת" **מחקרי משפט** כט 571, 580-584 (2014). כמו כן ראו פרשת **מנטיץ**, לעיל ה"ש 5, פס' 118-115 לפסק דינו של השופט סולברג; ע"א 140/00 **עובד אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ**, פ"ד נח(4) 486, 515 (2004); ע"א 8133/03 **יצחק נ' לוטם שיווק בע"מ**, פ"ד נט(3) 66, 75-76 (2004); ע"א 407/89 **צוק אור בע"מ נ' קאר סקיריטי בע"מ**, פ"ד מח(5) 661, 699 (1994); רע"א

– ההבחנה הברורה בין הרכיבים מקבלת משנה חשיבות. אם לא נדע איזה חלק מן החבות מפצה על ה"נזק" המוגדר על פי כללי הסיבתיות, לא נדע גם מהו "העונש" שראוי להטיל. טשטוש הגבולות בין רכיב הפיצוי לרכיב העונשי צפוי אפוא להוביל לענישה שרירותית, שהיקפה אינו יכול להיקבע בדרך מושכלת. העמידה על עקרונות הסיבתיות בהגדרת הנזק – המחייבת בתורה את הסרת המגבלות על זכות הקיזוז – נדרשת גם כדי להבטיח את הצדקתה של הענישה, וכדי להבטיח יחס שוויוני לתובעים הניצבים בעמדה זהה.

ד. פיצוי עונשי ונזק – שיקולים אישיים והשפעות חיצוניות

שינוי התפיסה של בית הדין לעבודה ביחס לתוצאותיו התרופתיות של הסיווג המוטעה כלל כאמור שני יסודות מרכזיים. היסוד האחד הוא ההכרה בכך שהעובד אינו זכאי לתמורה כקבלן ולתמורה כעובד בעת ובעונה אחת. יסוד זה בא לידי ביטוי בהכרה בזכותו העקרונית של המעסיק לקיזוז השכר ששולם ביתר. היסוד השני הוא ההכרה באפשרות להטיל על המעסיק חבות בפיצוי עונשי. חבות זו אינה מיועדת להיטיב את נזקו של העובד, אלא להרתיע את המעסיק מאימוצו של הסיווג המוטעה. בהיעדר פיצוי עונשי (ובהינתן זכות קיזוז) – היה מתעורר חשש כי המעסיק לא יורתע מהפרתם של דיני העבודה. חבות בגין נזק בלבד הייתה מציבה אותו בעמדה דומה לזו שהיה ניצב בה אילו ההעסקה סווגה נכון מלכתחילה. הפיצוי העונשי נדרש אפוא כדי להבטיח שאם המעסיק מבקש לפגוע בעובד באמצעות הפרה של דיני העבודה – הפרה זו תישא בחובה לא רק פוטנציאל לרווח, אלא גם סיכון להפסד.

הדין שקדם לפרשת כותה הטיל למעשה חבות עונשית על המעסיק, מבלי לכנותה בשם: משמעות השלילה של זכות הקיזוז היא כי התובע לא רק פוצה בגין הנזק שנגרם לו עקב שלילת המעמד כעובד, אלא גם הורשה להותיר בכיסו את השכר שקיבל עקב סיווגו כקבלן. הפיצוי עלה אפוא על גובה הנזק, ובמובן זה כלל יסוד עונשי. אלא שכאמור לעיל, פסיקת פיצוי עונשי דווקא בדרך של שלילת הקיזוז עוררה קושי מטעמים של הרתעה ושל צדק.⁶¹ בפרט היא הובילה להרתעת חסר של הפרות חמורות, להרתעת יתר של הפרות קלות, לפגיעה בהרתעה השולית, ולהפרה של עקרון ההלימה העונשי.⁶² אחד מחידושיה המרכזיים של הלכת כותה הוא בהמרת הסנקציה של שלילת הקיזוז בפיצוי עונשי ישיר, שהיקפו עומד ביחס ישיר לחומרת ההפרה, ולפיכך אינו חשוף לאותם הקשיים.

הקביעה כי המעסיק עשוי לחוב בפיצוי עונשי ישיר מעוררת שאלה מסדר שני, והיא כיצד ראוי לקבוע את שיעורו של פיצוי זה. בניגוד לחבות בגין נזק – ששיעורה נגזר בעיקרו מנתונים עובדתיים באשר להיקף הפגיעה – שיעורו של הפיצוי העונשי נגזר כולו משיקולי מדיניות. שיעורו הרצוי של הפיצוי העונשי תלוי בתכלית שאותה מבקשים להגשים באמצעותו. תפיסות שונות

1700/10 דוביצקי נ' שפירא, פסקה י"ג לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 20.5.2010). לדין בהקשר לסיווג מוטעה ראו פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 196-197.

ראו דיון בחלק א' לעיל.

שם. קושי זה הוכר בגדרה של הלכת כותה. ראו ה"ש 14 לעיל, בפס' 69 לפסק דינה של הנשיאה וירט-ליבנה ופס' 20 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

61

62

ביחס לתכליתם של דיני העבודה עשויות להוביל למסקנות שונות בדבר העקרונות שצריכים לעמוד בבסיסו.⁶³

בפרשת כותה בית הדין לא קבע מסמרות בשאלה כיצד ייקבע שיעורו של הפיצוי העונשי, ובמקום זאת הוא הותיר אותה לפיתוח בפסיקה עתידית.⁶⁴ ואולם שאלה מרכזית שנדונה בפסק הדין נוגעת לטיב הקשר שבין שיעורו של הפיצוי העונשי ובין שיעורו של הנזק שנגרם לעובד עקב הסיווג המוטעה. כאמור, הסיווג המוטעה לא תמיד גורם לעובד נזק. בפרט, בנסיבות שבהן התמורה כקבלן עולה על התמורה כעובד – היא אף עשויה להסב לו תועלת. במקרים אלה, ברי כי העובד אינו זכאי לפיצוי כלשהו בגין נזק. אך האם במצבים אלה ראוי לזכותו בפיצוי עונשי? פסק הדין המרכזי של דעת הרוב (מפי השופטת דוידוב-מוטולה), השיב לשאלה זו בחיוב. הטעם המרכזי לכך היה נעוץ בתפיסה כי לסיווג המוטעה השפעה לא רק על רווחתו של העובד הבודד, אלא גם על רווחתם של העובדים כקבוצה. בפרט, גם כאשר הוויתור על זכות קוגנטיב מועיל לעובד אחד, הוא עלול לפגוע בציבור העובדים בכללותו.⁶⁵ במצבים אלה, הבעיה הגלומה בויתור אינה החשש מפגיעה בעובד, אלא החשש מהשפעה חיצונית שלילית של הוויתור על עובדים אחרים. לאור זאת, נקבע כי היעדר נזק לעובד התובע עשוי לפעול להפחתתו של הפיצוי העונשי, אך אין בו כדי להוביל בהכרח לאינו המוחלט.

תפיסה זו מעוררת קשיים משני סוגים. הקושי האחד קשור בהנחה המובלעת בניתוח, ולפיה הפיצוי העונשי הוא אמצעי אפקטיבי להשגת הרתעה מפני השפעות חיצוניות שליליות. כאמור בחלק ב לעיל, ככל שהפיצוי העונשי ניתן לצפייה, כוחו ההרתעתי מוטל בספק. אם לסיווג המוטעה פוטנציאל להגדיל את רווחתם המשותפת של הצדדים, לצדדים יהיה אינטרס משותף לאמצו חרף הפיצוי העונשי, תוך גילומו בדרך של הפחתת השכר הקבילני. בסופו של יום, הפיצוי העונשי אינו אלא תשלום העברה שהדין מחייב את המעסיק לשלם לעובד במועד מאוחר; וכיוון שהצדדים יכולים להפחית את ערכו הצפוי של הפיצוי מן התמורה המשולמת מלכתחילה, הם יכולים לבטל את השפעתו.⁶⁶ אמנם האפשרות לגלם מעוררת קשיים מעשיים, הנובעים מאי

⁶³ לדין נרחב יותר, ראו פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 197-191.

⁶⁴ ראו פס' 71 לפסק-דינה של הנשיאה וירט ליבנה; פס' 26 לפסק-דינה של השופטת דוידוב מוטולה.

⁶⁵ פס' 31 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה. הטענה כי להפרת דיני העבודה בחוזה אישי עשויה להיות השפעה חיצונית שלילית גם על עובדים אחרים נדונה גם בספרות. ראו עמרי ידלין "תום-הלב במשפט העבודה בישראל: מן הכלל אל הפרט" **עיוני משפט** כב 867 (1999); חני אופק-גנדלר, לעיל ה"ש 29 בעמ' 81-78; שרון רבין מרגליות, לעיל ה"ש 29 בעמ' 483-484; דוידוב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 103-107. לטיעון אנלוגי בסוגיית הפיטורין שלא כדין ראו Stewart J. Schwab, *Wrongful Discharge Law and the Search for Third-Party Effects*, 74 TEX. L. REV. 1943 (1996) וכן Cass R. Sunstein, *Human Behavior and the Law of Work*, 87 VA. L. REV. 205, 259-264 (2001).

⁶⁶ בכך הפיצוי העונשי בנסיבות אלה מובחן מפיצוי עונשי שנועד להשפיע על תמריצי הקיום או ההפרה של החוזה. כאשר ההחלטה אם לקיים את החיוב החוזי מתקבלת בשלב המאוחר למועד הכריתה, פיצוי עונשי צפוי לתמרץ את החייב לקיים, כדי להימנע מן הצורך לשאת בו. ואולם כאשר ההפרה מוטמעת כבר בתנאי ההתקשרות מלכתחילה, גילומה בתנאי ההתקשרות מנטרלים את השפעתה על תמריצי ההתנהגות. לניתוח המקרים בהם פיצוי עונשי משפיע על תמריצי הפרה המאוחרים למועד הכריתה, ראו Polinsky & Shavell, לעיל ה"ש 60, בעמ' 936-939.

וודאות באשר להיקפו המדויק ולסיכויי פסיקתו, והיא אף תלויה בכך שהפיצוי העונשי אינו חוצה רף מקסימלי של היקף.⁶⁷ אך כל עוד הפיצוי העונשי המוטל בנסיבות אלה נמוך יחסית (ועל כן השלכתה של טעות אפשרית בהערכה אף היא נמוכה), השפעתו על תמריצי הצדדים צפויה להיות מוגבלת גם לנוכח אי וודאות זו.

אך כאמור, קושי נוסף, עמוק יותר, שעולה מן התפיסה של עמדת הרוב, קשור בהנחה כי הסיווג המוטעה אכן יוצר השפעות חיצוניות שליליות. כאמור, הספרות זיהתה את האפשרות כי לסיווג מוטעה של עובד מסוים תהיה השפעה שלילית על עובדים אחרים.⁶⁸ ואולם ניתוח זה נשען על ההנחה כי הסיווג המוטעה פוגע גם ברווחתו של העובד הבודד. ההנחה כי ההשפעה השלילית על עובדים אחרים מתקיימת גם כשהסיווג המוטעה משפר את רווחתו של העובד הבודד איננה מובנת מאליה.

ההשפעות החיצוניות של הסיווג המוטעה עשויות לבוא בשתי צורות עיקריות. חלקן "חומריות" – כלומר, נוגעות לפגיעה אפשרית בתועלת החומרית של עובדים אחרים; וחלקן "תרבותיות" – כלומר, נוגעות לפגיעה אפשרית בנורמות ההתנהגות הרווחות במקום העבודה.⁶⁹ הספרות העלתה שני טעמים מרכזיים שבגינם הוויתור על הדין הקוגנטי עלול להוביל לפגיעה חומרית בעובדים אחרים. טעם אחד נוגע להשפעת הוויתור על התחרות בין מעסיקים. כאשר מעסיק מופטר מן הצורך לקיים את סטנדרט ההעסקה המינימלי שקובעים דיני העבודה, הוא זוכה ביתרון תחרותי על פני מעסיקים שמקיימים אותו. משכך, אלה המקיימים אותו עלולים להתקשות לשרוד בשוק. הסיווג המוטעה מייצר אפוא לחץ לכינונו של שיווי-משקל חדש, שבגדרו סטנדרט ההעסקה המקובל נמוך יותר.⁷⁰ הטעם השני נוגע להשפעת הוויתור על התחרות בין עובדים. האפשרות לסטות מן הדין הקוגנטי לרעת העובד עלולה לעורר בעיה של "פעולה משותפת" (collective action problem) בקרב מועמדים לקבלה לעבודה.⁷¹ התחרות בין המועמדים עלולה לתמרץ אותם לוותר על תנאי העסקה העומדים ברף המינימום הנדרש על פי דין, כדי לשפר את סיכוייהם לזכות במשרה. אך אם כלל המועמדים מוכנים לאותם הוויתורים – איש מהם לא יזכה ביתרון למעשה, ותנאי העבודה של כולם יורעו.

שתי הבעיות האמורות הן למעשה שני צדדים של אותו המטבע: כאשר דיני העבודה קובעים תנאי העסקה העולים ברמתם על אלה שהיו נקבעים בשוק נטול רגולציה – האפשרות להתנות

⁶⁷ ראו ה"ש 41 לעיל.

⁶⁸ ראו המקורות הנזכרים בה"ש 65 לעיל.

⁶⁹ ראו למשל Sunstein, לעיל ה"ש 65, בעמ' 262-264.

⁷⁰ ראו למשל ירליין, לעיל ה"ש 65; רבין מרגליות, לעיל ה"ש 29 בעמ' 483-484.

⁷¹ אפשר לפרש את הבעיה גם כביטוי לדילמת אסיר. לדיון, ראו אופק-גנדלר, לעיל ה"ש 29 בעמ' 78; ירליין, שם, בעמ' 872. יש לציין, עם זאת, כי העמידה הקולקטיבית על תנאי העסקה משופרים (ועל כן יקרים יותר עבור המעסיק) צפויה להוביל גם ליירידה בביקוש לעובדים מצד מעסיקים. ככל שהיירידה בביקוש משמעותית יותר, כך נשחק האינטרס הקולקטיבי של עובדים בעמידה על תנאי העסקה המשופרים. לפיכך, הטענה בדבר קיומה של בעיית פעולה משותפת מצריכה סיוג: העובדים קולקטיבי אינם מעוניינים תמיד בעמידה על תנאי העסקה משופרים. אינטרס זה מתגבש רק בנסיבות שבהן השיפור הקולקטיבי בתנאי העסקה גובר על הפגיעה הנובעת מן היירידה בביקוש לעבודה.

עליהם צפויה להוביל להרעה בתנאי העסקה, עד כדי חזרה לתנאים שהיו נקבעים בשוק בלתי מוסדר. לפיכך, כאשר עובד מסכין עם הסדר העסקה המרע את מצבו (לעומת הסטנדרט הנדרש על פי הדין) – יש בכך כדי להשפיע לא רק על רווחתו שלו, אלא גם על שיווי-המשקל הכללי, שבתורו משפיע על רווחתם של העובדים כולם.⁷²

כדי שסיווג מוטעה יחולל את הדינמיקה האמורה, נדרש כי יתקיימו מספר תנאים. ראשית נדרש כי המעסיק יהיה מעוניין בהסדר המרע את מצבו של העובד; שנית נדרש כי המעסיק לא יורתע מן הסנקציה המשפטית הכרוכה באימוצו של הסדר זה (למשל, עקב הסתברות תביעה נמוכה); ושלישית נדרש כי למעסיק יהיה כוח המיקוח הנדרש כדי לכפות על העובד את רצונו. כאמור, בנסיבות אלה, הסיווג המוטעה, שמוזיל את עלויות ההעסקה, עלול להניע מעסיקים אחרים לנהוג בדרך דומה, כדי שיוכלו להמשיך ולהתחרות. כמו כן, הוא עשוי להניע מועמדים למשרות דומות לוותר על תנאי העסקה כדי לשפר את סיכויי קבלתם. ואולם הדינמיקה האמורה אינה מתקיימת בנסיבות שבהן הסיווג המוטעה *היטיב* את מצבו של העובד הבודד. העובדה כי ההסדר שאומץ משפר את מצבו של העובד מלמדת כי לפחות אחד מן התנאים האמורים לא התקיים: ייתכן כי המעסיק עצמו לא היה מעוניין בהסדר הפוגע בעובדיו (מטעמים ערכיים, מורליים או ארגוניים); ייתכן כי הוא הורתע מן הסנקציה הצפויה לו אם יעשה כן; וייתכן כי לא היה לו כוח המיקוח הנדרש כדי לכפות את רצונו. יהיו המניעים אשר יהיו – אין בנסיבות אלה בסיס כללי להנחה כי הסדרי ההעסקה אחרים אצל אותו מעסיק יהיו פוגעניים. ממילא אין מקום להנחה כי מתקיים *קשר סיבתי* בין הסיווג המוטעה במקרהו של העובד הבודד, ובין הסדרי העסקה פוגעניים שאומצו בעניינם של עובדים אחרים. קשר כזה וודאי אינו נובע מן הדינמיקה התחרותית שעליה נשען טיעון ההשפעות החיצוניות.

לפיכך, כאשר הסיווג המוטעה העומד לבחינה לא הרע את מצבו של העובד התובע – אין מקום להנחה כי יש בו כדי להזיק לקבוצת העובדים כקולקטיב. כדי לספק את תכלית ההרתעה מפני פגיעה קולקטיבית בציבור העובדים, די אפוא אם הזכאות לפיצוי עונשי תוגבל למצבים שבהם הסיווג המוטעה פגע בעובד התובע.⁷³

⁷² תופעה אנלוגית עשויה להתעורר גם בהקשרים שוקיים אחרים שאינם נוגעים ליחסי עבודה. למשל, כאשר מוכר מציג מצג שווא ביחס למוצר, שרק חלק מן הצרכנים נחשפים לו ומסתמכים עליו – הדבר עלול לגרום נזק גם לצרכנים שלא נחשפו למצג השווא ושללא הסתמכו עליו. נזקם של האחרונים נובע מהשפעת המצג על שיווי-המשקל בשוק: הצרכנים המסתמכים מעלים את נכונותם לשלם, ובכך גורמים לעליית מחיר. משהמחיר עלה, גם הלקוחות שלא הסתמכו נאלצים לשלם יותר. לניתוח תופעה זו ולדרכי ההתמודדות עימה בהקשר הצרכני, ראו Alon Klement, Zvika Neeman & Yuval Procaccia, *The Reliance Requirement in Consumer Fraud and Misrepresentation*, 54 INTERNATIONAL REVIEW OF LAW AND ECONOMICS 95 (2018).

⁷³ בספרות הועלתה גם אפשרות לפגיעה מסוג אחר, הממוקדת בשעות עבודה ומנוחה. ראו למשל ידלין, שם, בעמ' 877-881; דוידוב, לעיל ה"ש 4 בעמ' 106. כאשר יחסי ההעסקה מסווגים נכון, חוק שעות עבודה ומנוחה קובע כי העסקה מעבר לשעות העבודה הרגילות מקנה לעובד זכאות פרמיה. חובת תשלום הפרמיה מעודדת את המעסיק להימנע מהעסקת העובד בשעות נוספות, ובמקום זאת לשכור עובדים נוספים (בשכר רגיל) לשם ביצוע העבודה הנדרשת. ככל שהמעסיק אכן בוחר להעסיק עובדים אחרים, יש בכך כדי להועיל לעובדים אלה – שכן הוא מאפשר

כאמור, ההשפעה של ויתור על זכויות על עובדים אחרים עשויה לבוא לידי ביטוי לא רק במישור החומרי אלא גם בזה התרבותי. הדין הקוגנטי מבקש להשפיע על נורמות ההתנהגות הרווחות במקום העבודה, למשל באמצעות דינים הנוגעים לאיסור הפליה או הטרדה מינית. בהקשר זה החשש הוא כי ההשפעה החיצונית השלילית של הסיווג המוטעה מתבטאת בשחיקתן של נורמות שדיני העבודה מבקשים לבסס. הוצאתם של עובדים מגדר תחולתם של דיני העבודה עשויה אולי להעביר מסר בלתי רצוי, שלפיו הזכות כי נורמות אלה יקוימו אינה אלא זכות כלכלית – שאפשר לסחור בה בעבור מחיר מתאים. האפשרות לוותר על מעמד העובד עלולה אפוא לפגוע בתכלית האקספרסיבית של דינים אלה, וברוחה שעובדים אחרים מפקים מהחלתם.

ואולם המענה לחשש זה הוא כי הסיווג המוטעה אינו משחרר את המעסיק מן החובה לקיים את הנורמות האמורות. ההימנעות מהטלתו של פיצוי עונשי, אין בה כדי לשנות את מעמדו המשפטי של ה"עובד" ולהפכו לבעל מעמד של "קבלן". העובדה כי הצדדים סיווגו את יחסיהם בניגוד לדיני העבודה, אין פירושה כי דיני העבודה מפסיקים לחול על יחסיהם. לפיכך, אם עובד שהצדדים סיווגו אותו כקבלן הופלה או הוטרד מינית – אין בכך כדי למנוע החלה של דיני ההפליה או ההטרדה המינית בעניינו. המעסיק נותר כפוף לתוצאות המשפטיות שנובעות מהפרת הדין – הן בהיבט הפיצוי על הנזק, הן בהיבט העונשי, והן באפשרות למתן סעד שאינו כספי. מאחר שכוחם המרתיע של דינים אלה עומד בעינו חרף הסיווג המוטעה, אין להניח כי הסיווג המוטעה, כשלעצמו, יוביל לעלייה בשיעורם של מקרי האפליה או ההטרדה המינית. יתרה מזאת, היה ומעסיק בכל זאת הפר את זכויות עובדיו תוך התבססות על סיווג המוטעה – הרי פגיעה זו היא "נזק", וככל סיווג מוטעה אחר הגורם נזק, אין מניעה להטיל בגינו חבות עונשית. לפיכך, גם

את הצטרפותם למעגל התעסוקה. הסיווג המוטעה, לעומת זאת, מאפשר העסקה בשעות נוספות ללא תשלום פרמיה. לפיכך, אימוצו של סיווג מוטעה צפוי לכאורה לנטרל את התמריץ להעסקת עובדים נוספים, ולשלול את התועלת שעובדים אלה היו מפקים מכך.

ואולם גם אפשרות זו אינה מצדיקה הטלה של פיצוי עונשי בנסיבות שבהן הסיווג המוטעה לא גרם לעובד המקורי נזק. זאת, משום שהעסקתו של העובד המקורי במתכונת קבלנית אינה משפיעה על שיקוליו של המעסיק אם לשכור עובדים נוספים או לא. אם המעסיק מעוניין לחסוך את תשלום הפרמיה – פתוחה בפניו הדרך לשכור עובדים נוספים, גם אם העובד המקורי סווג כקבלן. ואם המעסיק מעוניין כי דווקא העובד המקורי יבצע את העבודה הנוספת – יהיה עליו לזכותו בשכר קבלני המגלם גם את הפרמיה שהייתה משולמת לו אילו סווג כעובד. זאת, משום שהקניית תמורה קבלנית שאינה מגלמת את ערך הפרמיה, משמעותה כי הסיווג הקבלני גרם לעובד המקורי נזק (בהשוואה לסיווגו כעובד). כאשר הסיווג המוטעה גורם נזק – מוסכם על הכל כי המעסיק חב בפיצוי מלא על נזק זה (לרבות עבור הפרמיה שנשללה), ובנוסף לכך הוא חב גם בפיצוי עונשי. לפיכך, אם המעסיק בוחר להעסיק את העובד המקורי בשעות נוספות – אין בכוחו להשתחרר מן החובה לשלם את אותה הפרמיה גם אם הוא מסווג כקבלן. המעסיק ניצב אפוא בפני אותן שתי אפשרויות ללא תלות בסיווגו של העובד המקורי: בכוחו להעסיק עובדים נוספים ללא תשלום פרמיה, ובכוחו להעסיק את העובד המקורי בשעות נוספות תוך תשלום הפרמיה. לאור זאת, לסיווג המוטעה לא צפויה להיות השפעה על סיכוייהם של עובדים אחרים להצטרף למעגל התעסוקה.

שיקול זה אינו מבסס הצדקה להטלה של פיצוי עונשי כאשר הסיווג המוטעה אך היטיב את מצבו של העובד התובע.⁷⁴

הטלתו של פיצוי עונשי כדרך להתמודדות עם השפעות חיצוניות של הסיווג המוטעה, מעוררת אפוא בעיה כפולה. ראשית, ככל שלצדדים היכולת לגלם את הפיצוי העונשי בתנאי ההתקשרות, כוחו כאמצעי הרתעתי הוא מוגבל. שנית, וחשוב מכך, הצורך באמצעי הרתעתי אינו מתעורר בנסיבות שבהן הסיווג המוטעה משפל את רווחתו של העובד הבודד. סיווג מוטעה המיטיב עם העובד אינו גורם כשלעצמו נזק לעובדים אחרים. לפיכך, בהיעדר נזק לעובד התובע, שיקולי הרתעה אינם תומכים בהטלתו של פיצוי עונשי.

התניית הפיצוי העונשי בקיומו של נזק אינדיבידואלי עשויה אף לשרת מטרה נוספת. אם הכלל מאפשר לעובד לזכות בפיצוי עונשי בהיעדר נזק – העובד עלול ליזום את הסיווג המוטעה מתוך מטרה לזכות בפיצוי זה. הזכאות לפיצוי העונשי מעוררת אפוא שימוש לרעה בזכות. תמריץ זה נחלש אם הזכאות לפיצוי עונשי מותנית גם בקיומו של נזק אינדיבידואלי: אם העובד ידע כי בהיעדר נזק הוא לא יזכה בפיצוי על נזק (שלא קיים) ואף לא בפיצוי עונשי – יהיה בכך כדי להרתיע את התמריץ ליזום את הסיווג המוטעה ממניעים פסולים. גישה זו צפויה אף לייעל את ההליך המשפטי: התביעות המוגשות לבית הדין ייטו להיות רק אלה שבהן הסיווג המוטעה גרם לעובד נזק. בכך ייחסכו עלויות של התדיינות משפטית, הן לצדדים והן למערכת השיפוט.

ה. סיכום

הדין התרופתי של הסיווג המוטעה קובע במידה רבה את מרחב תחולתם של דיני העבודה כולם. בהתאם לכך, הוא משקף את המורכבות הכרוכה ברגולציה של יחסי העבודה. הסיווג המוטעה גורם לעובד נזק, אך עשוי גם להסב לו תועלת. לעתים הוא נכפה על העובד, ולעתים דווקא העובד הוא זה אשר יזום אותו. חלק מן הנזק ניתן להערכה באמצעות כללי הוכחה סטנדרטיים, וחלק אחר נגזר ממאפיינים סובייקטיביים וספקולטיביים, שהשפעתם קשה להערכה. הנזק לעתים מופנם על ידי העובד, ולעתים מוחצן גם לעובדים אחרים.

הלכת כותה עשתה כברת דרך משמעותית בעיצובו של דין תרופתי סדור ועקבי מכפי שהיה לפנייה. ההכרה בזכות לפיצוי בגין הנזק הבלתי ממוני תרמה ליצירת הפנמה מדויקת יותר של הנזק. המרת הסנקציה של שלילת הקיזוז בפיצוי עונשי תרמה ליצירת יחס ישר בין היקפה של הסנקציה לחומרת ההפרה. ואולם בממדים אחרים של הדין התרופתי – בפרט בשאלות של אשם תורם, כללי סיבתיות ופיצוי עונשי – מתעוררת מורכבות המצריכה פיתוח נוסף. רשימה זו מראה כי ההכרעה במחלוקת סביב השלכותיו של האשם התורם אינה צפויה להשפיע מהותית על התמריץ לאמץ את הסיווג המוטעה. עם זאת, היא צפויה להשפיע על היבטים חשובים אחרים – על הקצאת

⁷⁴ לכאורה אפשר היה לטעון כי בנסיבות שבהן העובד סווג כקבלן, מתעורר החשש כי לא יהיה לו תמריץ מספיק לתבוע עקב הפרת הנורמה – שכן בעת ההחלטה אם להגיש תביעה הוא רואה לנגד עיניו רק את התועלת האישית מהגשתה, ולא את זו הציבורית. בחשש זה יש ממש, כל עוד הפיצוי לעובד הבודד אינו מגלם גם את הנזק הציבורי. ואולם ככל שחשש זה מתעורר, הוא חל באותה המידה גם כאשר הסיווג אינו מוטעה. בפרט, גם כאשר יחסי ההעסקה מסווגים נכון, ההחלטה לתבוע בגין הפרת הנורמה התרבותית מונעת מן האינטרס העצמי לתבוע, ולא מזה הציבורי.

הסיכונים בין הצדדים על רקע אי הסימטריה במידע, ועל טיב הראיות שעל בסיסן שאלת האשם התורם מוכרעת. נוסף על כך, הרשימה מצביעה על הקושי שמעוררת המגבלה על זכות הקיזוז, המובילה לאומדן נזק שאינו מקיים את עקרונות הסיבתיות. המגבלה צפויה להוביל להערכה עודפת של הנזק, ולאפליה בפיצוי בין תובעים שונים שסבלו את אותו הנזק. לבסוף, היא מצביעה על הקשר שבין הנזק שהסיווג המוטעה גורם לעובד הבודד, ובין ההשפעה החיצונית שהוא גורם לעובדים אחרים. בעוד שסיווג מוטעה הפוגע ברווחת העובד הבודד מייצר גם השפעות חיצוניות, סיווג מוטעה המיטיב עם העובד הבודד אינו צפוי לייצר השפעות דומות. לפיכך, בהיעדר נזק לעובד הבודד, שיקולי רווחה מורים על הימנעות גם מפסיקתו של פיצוי עונשי.