

## על תרופות ותמריצים בדיני העבודה: אשם תורם, כללי סיבתיות ופיצויים עונשיים

מאת

יובל פרוקצ'יה\*

אחד האתגרים העיקריים הניצבים בפני דיני העבודה הוא ההתמודדות עם המניע שלא לקיימם. הפרת הדין נעשית לעיתים 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.

מאמר זה עוסק 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 מכוח הדין הקוגנטי? שאלה שנייה היא כיצד ראוי להגדיר את הנזק שנגרם לעובד מן הסיווג המוטעה. האם ראוי לקזז מחבתו של המעסיק 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 שהסיווג המוטעה גרם לעובד היחיד, או שמא עליהם לשקף גם נזק שהוא גרם לציבור העובדים כקולקטיב? שאלה נגזרת היא אם ראוי לפסוק פיצוי עונשי גם בנסיבות שבהן לא נגרם לעובד היחיד 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 וקיוון 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 לא מוסדר היו צדדים פועלים בניגוד להן. לפיכך, אחד האתגרים העיקריים הניצבים בפני דיני העבודה הוא הצורך להתמודד עם המניע שלא לקיימם. דרך מרכזית שבה מניע זה בא לידי ביטוי היא אימוצו של "סיווג העסקה מוטעה"

\* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן.

– הסדר חוזי שבו צדדים 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 מבחינת המעסיק. יתרה מזאת, הסיווג הקבלני לעיתים מקנה לעובד תנאי עבודה גמישים יותר, אפשרות נוחה יותר לעבוד אצל מעסיקים נוספים, ולעיתים אף גלומים בו יתרונות מס.<sup>1</sup>

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 בסוגיה זו אינה מוסדרת בחקיקה, ועל כן פיתוחה נעשה בגדרה של ההלכה הפסוקה. תהליך עיצובה של המדיניות התאפיין במחלוקות ארוכות שנים ובשינויי הלכה רבים ותכופים.<sup>2</sup>

הסוגיה התבררה כמורכבת בשל הצטברות של כמה טעמים: טעם אחד הוא שחלק מן הנזק שנגרם לעובד מעורר קשיים טבועים של הוכחה.<sup>3</sup> 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. למשל, עובד שמעמדו נשלל מאבד את הסיכוי שבעתיד יזכה לקידום. הפגיעה הנובעת מכך נגזרת מן השאלה אם הסיכוי לקידום אכן היה מתממש, ואם כן, באיזה מועד, ואילו הטבות הוא היה מקנה לעובד. 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 אם היה אפשר לקבוע פיצוי השווה להיקפו המדויק של הנזק, לא היה די בפיצוי זה כדי להרתיע את המעסיק מן השימוש בסיווג המוטעה. אם חבות המעסיק מוגבלת לשיעור הנזק (כלומר לערך הזכויות שהופרו),

1 לדיון בהטבה המגולמת בהגברת הגמישות התעסוקתית ראו למשל לילך לוריא **דיני עבודה ורווחה במאה העשרים ואחת** 216–217 (2013). על ההבחנה בדיני מס ההכנסה בין עובדים לקבלנים 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, ומעמד הקוגנטי של דיני העבודה" **עיוני משפט** מג 171, 176–181 (2020) (להלן: פרוקצ'יה "על סיווגי העסקה מוטעים").

3 קושי זה עלה בפסיקה לעיתים קרובות. ראו למשל ע"ע (ארצי) 570/07 **טיברמן – מקורות חברת מים בע"מ**, פס' 1 לפסק דינה של השופטת רוזנפלד (נבו 24.12.2009); ע"ע (ארצי) 450/07 **גלובוס גרופ בע"מ – מלכא**, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא אדלר (נבו 7.3.2010); ע"ע (ארצי) 110/10 **רופא – מרקם סוכנות לביטוח בע"מ**, פס' 56 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה (נבו 22.12.2011); לדיון נרחב יותר ראו פרוקצ'יה "על סיווגי העסקה מוטעים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 197–200.

משמעות הדבר היא כי לעיתים קרובות היקפה לא יעלה על העלות הכרוכה בקיום הזכויות מלכתחילה. במקרים אלה הפרת הדין לא תעמיד את המעסיק בכל סיכון להפסד.<sup>4</sup> כדי להרתיע את הסיווג המוטעה נדרש אפוא כי החבות תכלול גם רכיב עונשי, שיתווסף לפיצוי על הנזק. ואולם תרופות עונשיות הן חריגות מאוד במשפט הפרטי, במיוחד בהקשרים חוזיים. בתי המשפט, כמו בתי הדין לעבודה, נזהרים מאוד מלהחילן, אלא כאשר מצויה לכך הסמכה ספציפית בחוק.<sup>5</sup>

על רקע קשיים אלה התגבשו בבית הדין הארצי לעבודה תפיסות שונות באשר לטיבה של המדיניות הרצויה.<sup>6</sup> אולם חרף המחלוקת וחרף שינויי 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 הלא ממוניות") לא זכה העובד לפיצוי, ועל כן במובן זה הוערך נזקו בחסר. האדן השני הוא כי מסכום הפיצוי ככלל אין לקזז את ערך ההטבות שהסיווג המוטעה הקנה לעובד (ובראשן ההטבה הגלומה בעליית השכר).<sup>7</sup> קביעה זו הובילה דווקא להערכה של הנזק ביתר. נראה כי הנחת הרקע הייתה כי השילוב של שני עקרונות אלה, שהשפעותיהם מנוגדות, עשוי להוביל לתוצאה מאוזנת.<sup>8</sup>

במאמר קודם הצבעתי על שורה של קשיים שמדיניות זו מעוררת, והצעתי לשינויה.<sup>9</sup> קושי אחד נובע מכך ששיעורן היחסי של שתי ההטבות הוא אקראי, ועל כן אין מקום לציפייה כללית ששילובן 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 לחומרת העונש**: ככל שהנזק שהסיווג המוטעה גורם לעובד כבד יותר, כך

- 4 ראו פרוקצ'יה "על סיווגי העסקה מוטעים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 191-197; גיא דוידוב "התניה על סטטוס 'עובד' והשלכותיה" **משפטים** נ 87, 113-122 (2020).
- 5 ראו למשל ע"א 4576/08 **בן צבי נ' היס**, פס' 38 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (נבו 7.7.2011) ("כיום מכירה גם הפסיקה בארץ בסמכותם של בתי המשפט לפסוק פיצויים עונשיים [...]), אולם אלה שמורים למקרים חריגים ביותר"). ראו גם ע"א 2144/13 **עובד מנטין נ' הרשות הפלסטינאית**, פס' 134-135 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו 6.12.2017). בהקשר של דיני העבודה ראו גם ע"ע (ארצי) 10-08-33680 **דיונגוף קלאב בע"מ – זואילי**, פס' 32 לפסק דינה של הנשיאה ארד (נבו 16.11.2011).
- 6 לסקירת התפיסות השונות ראו פרוקצ'יה "על סיווגי העסקה מוטעים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 179-181.
- 7 לכלל זה הוכרו חריגים מסוימים, שטיבם המדויק עמד במרכזה של המחלוקת בין גישות שונות. ראו שם.
- 8 ראו למשל פרשת **רופא**, לעיל ה"ש 3, בפס' 44 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה ("כיוון שמבחינה פרקטית אין לנו דרך לכמת את [הזכויות הלא ממוניות] – התוצאה הינה כי מחד נפסקות לזכות העובד רק הזכויות [הממוניות] (וגם הן – כפוף לתקופת ההתיישנות ונטלי ההוכחה), ומאידך – נזקף לחובתו מלוא הפרש שבין השכר החלופי לתמורה הקבלנית ששולמה לו").
- 9 פרוקצ'יה "על סיווגי העסקה מוטעים", לעיל ה"ש 2.

הסנקציה הגלומה בשלילת הקיזוז קלה יותר.<sup>10</sup> יחס זה מוביל להרתעת יתר במקרים מסוימים, להרתעת חסר במקרים אחרים, ולקשיים נוספים.<sup>11</sup> לאור זאת ההצעה הייתה לחדול מן השימוש בשלילת הקיזוז כאמצעי להרתעת המעסיק ולהמירה בסנקציה של פיצוי עונשי – שהיקפו יעמוד ביחס ישר לחומרת הפרה.<sup>12</sup> נוסף על כך, כדי להבטיח את הטבת נזקו של העובד הוצע כי הפיצוי עבור הזכויות "הלא ממוניות" (שערכן קשה להוכחה) ייפסק בדרך של אומדן – מכוח הסמכות לעשות כן הקבועה בחוק.<sup>13</sup> ההצעה ביקשה אפוא להסיר את שני העיוותים בהערכת הנזק – זה שהוביל לפיצוי חסר (בשל קשיי ההוכחה) וזה שהוביל לפיצוי יתר (בשל שלילת הקיזוז). את התכלית ההרתעתית (הנדרשת מעל ומעבר לפיצוי על הנזק) היא ביקשה להגשים באמצעות פיצוי עונשי ששיעורו מותאם לחומרת הפרה.

בפרשת **כותה**, שנדונה בבית הדין הארצי לעבודה במותב תשעה, התקבלה הלכה המאמצת את העקרונות האמורים של ההצעה.<sup>14</sup> ואולם לצידם של עקרונות אלה אימצה ההלכה 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 סיסטמתי בגדרם של דיני העבודה. הסדר אחד נוגע למקומו של עקרון האשם התורם בהם. דיני העבודה מיועדים ככלל להגן על זכויות העובד, ולפיכך במקרים רבים הצד היוזם את הפרה ומניע אותה הוא המעסיק. ואולם לעיתים 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 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"?

10 ראו פרק א להלן. לדיון מפורט יותר ראו פרוקציה "על סיווגי העסקה מוטעים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 184-181.

11 היחס ההפוך אף פוגע ב"הרתעה השולית", כלומר בתמרוץ 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); 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 שבגיניו היא מושתת. עיקרון זה נקבע במשפט הישראלי כעיקרון מנחה בתורת הענישה. ראו ס' 40ב' לחוק העונשין, התשל"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, ובקשר שלהם לדיני הסיווג המוטעה, ראו פרוקציה "על סיווגי העסקה מוטעים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 184-181.

12 שם, בעמ' 186-187.

13 שם, בעמ' 197-200.

14 ע"ע (ארצי) 15868-04-18 גבריאל כותה – מדינת ישראל משרד המשפטים (נבו 7.4.2021). העקרונות שהוזכרו לעיל אומצו פה אחד.

שאלה אחרת מתעוררת בנסיבות שבהן המעסיק הוא הצד שיזם את 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 יש לקזז הטבות מסוג מסוים 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 שלישית נוגעת לטיב ההרתעה שיש לשאוף אליה ולשיקולים שצריכים להשפיע על שיעורו של הפיצוי העונשי. כפי שהוסבר בעבר בספרות, הפרה של דיני העבודה עשויה לעיתים לפגוע לא רק בעובד האינדיווידואלי שזכויותיו נשללו אלא גם בציבור העובדים כקולקטיב.<sup>15</sup> ההפרה עשויה לתרום להתפתחותה של דינמיקה בשוק העבודה שגם עובדים אחרים עלולים להיפגע ממנה. לפיכך עולה השאלה אם הפיצוי העונשי, הנפסק לזכותו של עובד יחיד, צריך לבטא גם את האפשרות כי הסיווג המוטעה שלו הוביל לפגיעה בעובדים אחרים. האם ראוי לפסוק פיצוי עונשי גם כאשר לעובד התובע לא נגרם נזק כלל או אפילו כאשר הסיווג המוטעה היטיב עימו?

\*\*\*

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

הפרקים הבאים בוחנים באורח ביקורתי את ההסדרים שאומצו בנוגע לשלש השאלות שהוצגו לעיל. הדיון בהסדרים אלה מתמקד בנייתו תמריצי ההתנהגות שיוצרים כללים חלופיים ובהשפעתם של כללים אלה על כוחם של דיני העבודה להגשים את תכליתם.<sup>16</sup> **פרק ב** עוסק בכללי האשם התורם. שאלה זו עוררה מחלוקת עקרונית בין תשעת חברי המותב, שהתפצלו בסוגיה זו ביחס של חמישה לארבעה. עמדת המיעוט גרסה כי כאשר העובד יוזם את הסיווג המוטעה מטעמיו, ובכל זאת תובע בגין הזכויות שהופרו, מעמדו כ"עובד" יישלל, ותביעתו תידחה על כלל רכיביה כבר בשלב מקדמי. לעומת זאת, עמדת הרוב גרסה כי גם כאשר העובד הוא שהניע את אימוצו של הסיווג המוטעה, תביעתו נגד

15 ראו פרק ד להלן.

16 הניתוח התאורטי של דיני העבודה עוסק לעיתים בהיבט ה"אקספרסיבי" 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*, 144 U. PA. L. REV. 2021 (1996). לדיון בהיבט האקספרסיבי של המשפט בדיני העבודה ראו למשל Alex 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.

המעסיק תישמע. יתרה מזאת, זכאותו לפיצוי מלא תעמוד על כנה, ובמקרים מסוימים הוא אף עשוי לזכות בפיצוי עונשי.

במבט ראשון מחלוקת זו נראית כיוודת לשורש תכליתם של דיני העבודה, ובעיקר לשאלה מהו היחס שבין הצורך לשמר את אופיים הקוגנטי והמחייב ובין הצורך להרתיע את ניסיונו של העובד להשתמש בהם לרעה. היא אף נראית כנוגעת לשאלה מה מקומם של שיקולים פטרנליסטיים בדיני העבודה: האם רצונו של העובד לוותר על הזכויות עשוי להוביל לפקיעתן, 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 שבבסיס דיני העבודה, ובאשר לטיבו של האיזון הראוי בין מטרות אלה.

על רקע מחלוקת זו פרק ב מנתח את ההשפעה של כל אחת מן הגישות על תמריצי ההתנהגות של העובד ושל המעסיק. תוצאה לא 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 אותם התנאים בקירוב. משמעות הדבר היא כי בניגוד להנחה שעמדה בבסיס הדיון, לבחירה בין הגישות לא צפויה השפעה של ממש על קיומו של הדין הקוגנטי או על רמת אכיפתו. ממילא לא צפויה לה 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. בכלל ההיבטים האמורים הניתוח מצביע על יתרונות של עמדת הרוב.

**פרק ג** עוסק בכללים הנוגעים לזכותו של המעסיק לקזז מן הנזק את ההטבות שהוקנו לעובד מן ההעסקה הקבלנית. אף שזכות זו הוכרה במובנה העקרוני, היא נותרה מסויגת. בפרט נקבע כי הפרשי שכר ניתנים לקיזוז מן הנזק הממוני, אך אין לקזזם כנגד נזק שאינו ממוני. יתרה מזאת, לא הוכרה במפורש זכות לקיזוז של הטבות לא ממוניות כנגד נזק כלשהו. הדיון בפרק 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 שנוקם זהה אינם זכאים לאותו הפיצוי. מסקנת הדיון היא אפוא כי ראוי להסיר מגבלות אלה ולאפשר קיזוז של כלל רכיבי התועלת מתוך כלל רכיבי הנזק.

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

עונשי מעוררת קושי, בשני מובנים: ראשית, כוחו המרתיע של הפיצוי העונשי מוטל בספק בשל כוחם של הצדדים לנטרל את השפעתו באמצעות גילומי בתנאי ההתקשרות; שנית, וחשוב מזה, הנזק הקולקטיבי ככלל אינו מתקיים בנסיבות שבהן לא נגרם לעובד היחיד נזק. שיקולים שברוחות 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.

## 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.<sup>17</sup> השאלה בדבר טיבה של המדיניות המשפטית הרצויה עוררה בפסיקה התלבטות ארוכת שנים. לאורך שני העשורים האחרונים תפיסות תרופתיות הוחלו, נהפכו והוחלפו שוב ושוב.<sup>18</sup> ההתלבטות נבעה מן ההבנה כי המדיניות ביחס לסיווג המוטעה נוגעת ב"מרכז העצבים של משפט העבודה",<sup>19</sup> שכן יש לה השפעה מכרעת על יכולתו של הדין 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 להטיה הפוכה בהערכת הנזק. היעדר הפיצוי בגין הזכויות הלא ממוניות הוביל להערכתו בחסר, ואילו המגבלה על קיזוז ההטבות 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 גבוהה מן הנדרש.

ואולם הקושי שמדיניות זו עוררה היה אף יסודי יותר. שלילת הקיזוז אינה אמצעי אפקטיבי לצורכי הרתעה, משום שהסנקציה הגלומה בה עומדת ביחס הפוך לנזקי ההפרה. לשם הדגמה טלו "עובד" שאילו סווג מעמדו נכון, היה שכרו 100. בפועל נשלל ממנו מעמד העובד, ומשולם לו שכר קבלני. אם השכר הקבלני הוא 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 הוא 100 (כלומר הוא זהה לשכר שהיה משולם לפי 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 לא שולמה לעובד תוספת כלשהי – לא הוטלה סנקציה כלל. שלילת הקיזוז מענישה אפוא בחומרה מעסיק ששילם שכר גבוה ופוטרת מעונש את זה

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

18 ראו פרוקציה "על סיווגי העסקה מוטעים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 176–181.

19 ראו למשל פרשת כותה, לעיל ה"ש 14, פס' 73 לפסק דינה של הנשיאה וירט-ליבנה ופס' 33 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה. כן ראו מרדכי מירוני "התפתחויות ומגמות במשפט העבודה הקיבוצי והאינדוידואלי 2010–2011" דין ודברים ח 175, 153 (2014).

ששילם שכר נמוך. שלילת הקיזוז מובילה להרתעת חסר כאשר ההפרה חמורה, ועלולה להוביל להרתעת יתר כאשר ההפרה קלה.

לנוכח קשיים אלה הציעה הרשימה הקודמת כאמור שינוי במדיניות, הן בהיבט הסנקציה והן בהיבט הפיצוי. בהיבט הסנקציה הוצע להמיר את שלילת הקיזוז בפיצוי עונשי שהיקפו תואם את חומרת ההפרה.<sup>20</sup> הכוח לפסוק פיצוי כזה שאוב מן "הסמכות הטבועה" הנתונה לבית המשפט, שהוכרה בפסיקתו של בית המשפט העליון עוד בשנותיה הראשונות של המדינה.<sup>21</sup> 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 הלא ממוניות – הוצע כי ייפסק בגינן פיצוי בדרך של אומדן (כלומר ללא צורך בהוכחת שיעור הנזק), מכוח הסמכות הקבועה בסעיף 13 לחוק התרופות.<sup>22</sup> מובן 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 הלא 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 לפיצוי שנפסק. הפיצוי נקבע בעקבות הפעלת שיקול דעת המוכוון למטרה זו, שיש בו כדי לשקלל את הגורמים הנסיבתיים שעשויים בכל זאת להשליך על הערכתו הנכונה.

בפרשת **כותה** דן בית הדין הארצי לעבודה מחדש בהיבטיו השונים של דין הסיווג המוטעה, ואימץ את העקרונות האמורים של ההצעה. פסק הדין הכיר בזכותו של העובד לפיצוי בגין הזכויות הלא ממוניות, וקבע כי שיעורו ייפסק בדרך של אומדן. כן נקבע כי שלילת הקיזוז לא תשמש עוד אמצעי להרתעת המעסיק. במקום זאת החבות המושתתת ללא הוכחת נזק תמלא תפקיד כפול: היא תשמש לפיצוי בגין הזכויות הלא ממוניות, והיא אף תכלול רכיב "הרתעתי", ששיעורו ייקבע על פי חומרת ההפרה. אף שבית הדין לא כינה רכיב זה בשם "פיצוי עונשי", הובהר כי הוא מיועד להטיל חבות העולה על הנזק.<sup>23</sup> לפיכך

20 פרוקציה "על סיווגי העסקה מוטעים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 186–187.

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 (נבו 6.7.2009). לסקירת מקורותיה של הסמכות הטבועה במשפט המקובל האנגלי והאמריקאי ראו פרשת **מנטין**, לעיל ה"ש 5, בפס' 123–128, 132 לפסק דינו של השופט סולברג. כן ראו יהודה אדר **התשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים** 108–29 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים 2003).

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

23 פרשת **כותה**, לעיל ה"ש 14, בפס' 70 לפסק דינה של הנשיאה וירט-ליבנה, וכן שם בפס' 24 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

במהות הדברים פיצוי זה שימש לשתי המטרות – הן להטבת הנזק והן להרתעת המעסיק באמצעות רכיב עונשי.<sup>24</sup>

במובנים האמורים, ההלכה שנקבעה בפרשת **כותה** עשתה כברת דרך בתיקון הקשיים שעוררה המדיניות שקדמה לה. אך בד בבד עם אימוצם של שינויים אלה היא החילה גם שורה של הסדרים מהותיים נוספים, שהם נושא עיסוקו של המאמר הנוכחי.

ההליך בפרשת **כותה** איחד שני ערעורים שונים שעסקו בסיווג מוטעה:<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> 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 קיזוז עוררה את השאלה כיצד יש לקבוע את עקרונות החלטה 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 מטרותיו. לנוכח אופייה הראשוני של ההלכה והעמדות המנוגדות שהובעו בפסק הדין, יש להניח כי הדיון בהן יוסיף להתפתח ולהתעדכן. החלקים הבאים דנים בכל אחד מהיבטים אלה בנפרד.

- 24 ההישענות על ההוראה שבסעיף 13 לחוק התרופות לצורך פסיקת פיצוי עונשי מעוררת קושי, שכן הסעיף, על פי נוסחו, מוגבל לפיצוי בגין נזק. לאור זאת הפסיקה אף קבעה כי "בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי במסגרת סעיף 13 לחוק התרופות, על בית המשפט לשאוף לפיצוי הנפגע, ולא להענשת המפר. סעיף 13 לחוק התרופות לא נועד להוות מנוף לפסיקת פיצויים עונשיים בדיני החוזים". ראו ע"א 348/79 **גולדמן נ' מיכאלי**, פ"ד לה(4) 31, 41 (נבו 13.7.1981) (השופט ברק). מטעם זה היה מוטב לעגן את הפיצוי העונשי בסמכות הטבועה הנתונה לבתי המשפט. לסקירת הדין בנוגע לסמכות זו ראו פרשת **מנטין**, לעיל ה"ש 5, בפס' 128-134 לפסק דינו של השופט סולברג. בהקשר הקונקרטי של דיני העבודה ראו למשל דב"ע (ארצי) נ/3-129 – **פלוטקין – אחים איזנברג בע"מ**, פד"ע לג 481, 502 (1997) (השופטת ברק) ("פסיקת פיצויים עונשיים נתונה לסמכותם של בתי המשפט כסמכות טבועה [...] מכוח הסמכות הטבועה יש לפעול על-פי תכליתו של החוק"). ראו גם פרשת **זואילי**, לעיל ה"ש 5, בפס' 32 לפסק דינה של הנשיאה ארד ("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 פרוקצ'יה "על סיווגי העסקה מוטעים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 186-190.
- 25 ההליך עסק גם בערעור ובערעור שכנגד במקרה נוסף, שאינם מענייננו כאן, שכן במקרה זה נקבע כי הסיווג הקבלני היה נכון. זהו המקרה של גבריאלי כותה עצמו. ראו פרשת **כותה**, לעיל ה"ש 14.
- 26 ע"ע (ארצי) 7338-10-17 **רבין – משרד המשפטים** (נבו 7.4.2021).
- 27 ע"ע (ארצי) 34665-10-17 **לוי – זרעים גדרה בע"מ** (נבו 7.4.2021).

## 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 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 זכויותיו שלו. מעורבותו במעשה ההפרה צריכה אפוא להשפיע על אופי התרופה שלה יהיה זכאי ועל היקפה.<sup>28</sup>

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.

מובן 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 קבלן ושל עובד בעת ובעונה אחת – הוא שימוש לרעה בזכות. הקונפליקט שבין השאיפה להרתיע את המעסיק מהפרת הדין והשאיפה למנוע מן העובד להשתמש בו לרעה

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 פרשת **כותה**, לעיל ה"ש 14, בפס' 56 לפסק דינה של הנשיאה וירט-ליבנה). הביטוי הקונקרטי המשמש לתיאור התנהגות מסוג זה הוא "אשם תורם". ראו Restatement (2d.) § 463, Contributory Negligence Defined: "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". לדיון 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 חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי** 374–384 (טובה אולשטיין עורכת 2009); אריאל 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%. לדיון בגרסאות השונות של כלל האשם התורם ראו DAN B. DOBBS, PAUL T. HAYDEN & ELLEN M. BUBLICK, THE LAW OF TORTS §§ 218–220 (2nd ed. 2021). כפי שיידון להלן, עמדת המיעוט בפרשת **כותה** (לעיל ה"ש 14) מצדדת בכלל דומה לזה המסורתי, ואילו עמדת הרוב מצדדת בכלל מסוג חדש, שבגדרו האשם התורם משפיע רק על היקף הזכאות לפיצוי עונשי.

שב ועלה לאורך השנים, הן בפסיקה של בית הדין והן בכתיבה האקדמית.<sup>29</sup> הצורך ביישוב קונפליקט זה מעורר את השאלה אילו 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.<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup>

29 ראו למשל בע"ע (ארצי) 55425-09-11 **גוטמן – שיכון ובינוי אחזקות בע"מ**, פס' 43 לפסק דינה של השופטת אנגלברג-שהם (נבו 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 המניין. אין בכך כדי לקבוע כי ההלכה שגויה אלא שעל בתי הדין לפעול ליישומה בזהירות ובמקרים המתאימים, כאשר כחלק בלתי נפרד מהבחינה החישובית 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 2001) ("הרטוריקה השיפוטית בדבר עליונותו הנורמטיבית של עקרון תום הלב על הפן 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** 63 (2007).

30 זאת בכפוף לחריג המצומצם שנקבע בדב"ע (ארצי) נה/145-3 **משרד השיכון – בוכריס**, פד"ע (2) 67 (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 פרשת **כותה**, לעיל ה"ש 14, בפס' 30-31 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

31 הכלל שבו תומכת עמדת המיעוט הוא אנלוגי לכלל "האשם התורם", שחל בעבר בגדרו של המשפט המקובל בעילות תביעה מן המשפט הפרטי. זהו כלל מן הסוג של "הכל או כלום" (rule all-or-nothing), הקובע כי אשם מצידו 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 מצידו של התובע מוביל רק להפחתת הפיצוי בגין הנזק במידה המשקפת את משקלו היחסי של האשם. מעניין לציין שגישת הרוב בפרשת **כותה** (לעיל ה"ש 14) אינה תואמת אף אחד מן הכללים האמורים.

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 גישת 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 למקומה של מדיניות פטרנליסטית בדיני העבודה: בעוד גישת המיעוט שוללת את תחולתן של זכויות העובד כאשר העובד ויתר עליהן מרצונו, גישת הרוב מקנה להם תחולה חרף רצון זה.<sup>32</sup>

ואולם בחינה נוספת של המחלוקת מעלה כי הקשר שבין תפיסות העולם המגולמות בכל אחת מן הגישות ובין השפעותיהן הצפויות בפועל אינו ברור כפי שנדמה תחילה. המחלוקת נחזית כנוגעת לתכלית העמוקה של דיני העבודה, אך למעשה לא ברור כי יש לה השלכה מהותית על תמריצי ההתנהגות של העובד ושל המעסיק. אף שהכללים הם שונים – וממילא מקנים זכויות שונות וקובעים חבות אחרת – הבחירה ביניהם אינה צפויה להשליך מהותית על נכונות הצדדים לאמץ את הסיווג המוטעה. אף על פי כן הבחירה בין הכללים 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. מנגד, אם הוא בוחר מרצונו במתכונת העסקה קבלנית – הוא זכאי לתמורה הקבלנית אך מאבד את זכויותיו כעובד. כך או כך, הוא אינו זכאי לשתיה התמורות במצטבר. תמריצי ההתנהגות שכלל זה יוצר הם אפוא 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 תלויים אפוא ביחס שבין התמורות: הסיווג המוטעה

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

32 לתפיסה התומכת במדיניות פטרנליסטית ראו שם, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה ([מתעורר קושי ממש] במתן תוקף לויתור על מעמד העובד' [...]) 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 שם, בפס' 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 פְּפִיה 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").

מורתע כאשר הוא צפוי לפגוע ברווחתו של העובד, אך אינו מורתע כאשר הוא צפוי לשפר אותה.<sup>33</sup>

בנסיבות שבהן העובד מעוניין בהעסקה הקבלנית, וחווה קבלני אכן נכרת, יש להניח כי הסיווג המוטעה משפר גם את רווחתו של המעסיק. אלמלא הרוויח המעסיק 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. לפי גישה זו, העובד זכאי לזכויות על פי דיני העבודה גם כאשר הוא עצמו יזם את ההעסקה הקבלנית, כפוף לקיוויו הפרשי השכר. אף שהעובד זכאי בנסיבות אלה גם לפיצוי עונשי, פיצוי זה נמוך יחסית בשל אחריותו לסיווג המוטעה.<sup>34</sup> הסירוב לשלול את המעמד, חרף אחריותו של העובד, משקף את התפיסה שצדדים אינם יכולים לחולל שינוי בזכויות העובד באמצעות הפרה של הדין הקוגנטי. בכך עמדת הרוב מבקשת לעמוד על תוקפו המחייב של הדין הקוגנטי ולעודד את הצדדים לקיימו מלכתחילה.<sup>35</sup>

אולם 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. בנסיבות אלה גישת הרוב מבטיחה כי 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 אינו מופטר מן החובה לשלם את מלוא התמורה שהייתה משולמת לפי 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 מטיל עלות נוספת גם על המעסיק.

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 המעסיק אינו נושא בכל חבות בגין נזק. אומנם הוא עשוי לשאת בפיצוי עונשי אפילו בהיעדר נזק, אך כשהצדדים יכולים לצפות את היקפה של חבות זו – כוחה כאמצעי מרתיע אינו מובן מאליו. מבחינה כלכלית, הזכאות לפיצוי עונשי אינה אלא תמורה כספית עתידית, שבדרך כלל אפשר לגלמה בתנאי ההתקשרות מראש באמצעות הפחתה מן התמורה המשולמת בהווה.

33 ניתוח זה של תמריצי העובד מבוסס על ההנחה שהעובד יודע מהו היחס בין התמורה כעובד לתמורה כקבלן. לדיון במקרים שבהם הנחה זו אינה מתקיימת ראו פרק ב.2. להלן.

34 עצם החבות בפיצוי עונשי מנומקת באפשרות שהסיווג המוטעה ישפיע לא רק על העובד היחיד אלא גם על ציבור העובדים כקולקטיב. לדיון בחשש זה ובהשלכות שראוי כי יהיו לו על החבות בפיצוי עונשי, ראו פרק ד להלן.

35 פרשת כוחה, לעיל ה"ש 14, בפס' 31-34 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

על אף האמור יש להניח כי בעולם המעשה השקילות במבנה התמריצים בין עמדות הרוב והמיעוט אינה שקילות מלאה. אם הפיזיו העונשי גבוה (חרף העובדה שהסיווג המוטעה שיפר את רווחת העובד, והעובד הוא הצד אשר יזם אותו), האפשרות לגלמו במלואו תיעשה מוגבלת.<sup>36</sup> כך גם אם הצדדים יתקשו להעריך את הסיכוי שיגיעו לכדי התדיינות משפטית או את היקפו המדויק של הפיזיו העונשי, אם ייפסק. ואולם ככל שהיקפו של הפיזיו העונשי נמוך יותר, כך קשיים אלה יאבדו ממשמעותם. עמדת הרוב אכן קובעת כי במקרים שבהם העובד נושא באחריות לסיווג המוטעה, היקפו של הפיזיו העונשי צפוי להיות נמוך (ואף עשוי להגיע לאפס).<sup>37</sup> נטייה זו אף תעמוד ביתר שאת כאשר הסיווג המוטעה לא פגע בעובד אלא היטיב עימו. 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), והפיזיו העונשי נמוך, ולפחות בחלקו מגולם בתנאי ההתקשרות, אין בגישת הרוב כדי ליצור הרתעה ממשית.<sup>38</sup>

הדמיון במבנה התמריצים שיוצרות גישות הרוב והמיעוט מומחש בדוגמאות א ו-ב שלהלן. דוגמה א מתארת מצב שבו התועלת המשותפת של הצדדים מהעסקה בסיווג נכון עולה על זו הצפויה מהעסקה בסיווג מוטעה.

#### דוגמה א. סיווג מוטעה הפוגע ברווחת העובד

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

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

37 נסיבות אלה התקיימו באחד המקרים שנדונו בפרשת **כוחה**, לעיל ה"ש 14. במקרה זה, דעת הרוב אכן שללה את הפיזיו העונשי כולו (שם, 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 מכמה טעמים: העובד עשוי שלא להיות מודע להיותו של הסיווג הקבלני חסר תוקף משפטי – הן בשל נגישות פחותה ליעוץ משפטי והן בשל עמימות ההגדרה המשפטית של המונח "עובד"; הוא עשוי להירגע מעלות ההתדיינות הגבוהה; הוא עלול לחשוש מערעור מערכת היחסים עם המעסיק או מיצירת מוניטין שלילי בשוק העבודה; הוא עשוי לחוש מחויבות מוסרית לעמוד בהתחייבותו החוזית לקבל עליו את מתכונת העסקה הקבלנית. על הטעמים השונים להיעדר נכונות להגיש תביעה ראו Guy Davidov, *The Enforcement Crisis in Labour Law and the Fallacy of Voluntarist Solutions*, 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).

בנתוני הדוגמה, מעמד העובד מקנה תמורה בערך כולל של 160 (100 בשכר, 40 בזכויות ממוניות ו-20 בזכויות לא ממוניות), ואילו מעמד הקבלן מקנה 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 גדולה יותר. לעומת זאת גישת הרוב תוביל לכך שהמעסיק לא ירצה בסיווג המוטעה: מאחר שגישת הרוב מחייבת את המעסיק לפצות על מלוא הנזק (בשיעור 30), ונוסף על כך 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 יובילו להרתעתו.<sup>39</sup>

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 שיעור השכר הקבלני הוא 190, כך שהתמורה הכוללת מן ההעסקה הקבלנית (190) גבוהה מזו של התמורה כעובד (160). כאמור לעיל, מצב דברים זה אפשרי כאשר ההעסקה הקבלנית טומנת בחובה פוטנציאל לשיפור רווחה לא רק של העובד אלא גם של המעסיק (שאם לא כן, אין למעסיק תמריץ לשלם תמורה קבלנית גבוהה יותר).

#### דוגמה ב. סיווג מוטעה המשפר את רווחת העובד

העסקה כקבלן	העסקה כעובד	
190	100	שכר
0	40	ערך זכויות ממוניות
0	20	תועלת לא ממונית
<b>190</b>	<b>160</b>	<b>תמורה כוללת</b>

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 יאבד העובד את המעמד, המעסיק לא יישא בסנקציה אם ייעתר לפנייתו של העובד, ועל כן יתומרץ לקבלה. ככלל, כך יהיה גם תחת עמדת הרוב. המעסיק לא יחשוש מחבות בגין נזק, שכן במקרה זה ההעסקה הקבלנית לא גרמה לעובד כל נזק. אומנם 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

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

שהעובד הפיק תועלת מן הסיווג המוטעה והן משום שהוא עצמו יזם אותו.<sup>40</sup> יתרה מזאת, כל עוד הפיצוי העונשי נמוך מפער התמורות (בשיעור 30), יוכלו הצדדים לסכל את השפעתו באמצעות הפחתה בשכר הקבלני המגלמת את היקפו הצפוי.<sup>41</sup> אם יש בידי הצדדים המידע הנדרש לצורך גילום הפיצוי העונשי, פיצוי זה יאבד מכוחו המרתיע; ואם כימות הפיצוי העונשי מעורר קושי – כוחו להרתיע יהיה תלוי בהיקפו. מאחר שהיקפו בנסיבות אלה קטן, 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. לבחירה בין הגישות לא צפויה אפוא 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.

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

40 ראו לעיל ה"ש 37.

41 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 להיות 190, אך במקום שתהיה מגולמת כולה בשכר, היא תהיה מגולמת בחלקה בשכר (170) ובחלקה בזכאות הנוספת לפיצוי (20). עם זאת יש לשים לב שאפשרות הגילום תלויה בהיותו של הפיצוי העונשי הצפוי נמוך (כפי שאכן קובעת הפסיקה), ובפרט שיהיה נמוך מפער התמורות (30). אם הפיצוי עולה על פער התמורות, ושיעורו הוא למשל 40, יוכלו הצדדים לגלמו רק במידה חלקית (עד כדי פער התמורות בסך 30). אם ינסו להפחית את השכר הקבלני ביותר מ-30, יהיה העובד 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, לא יוכלו הצדדים עוד להשתמש בהפחתת השכר כאמצעי לנטרול השפעתו של הפיצוי העונשי. מגבלה זו על אפשרות הגילום תהיה רלוונטית בעיקר בנסיבות שבהן הטבת השכר שהוקנתה לעובד בשל הסיווג הקבלני היא נמוכה. ככל שהשכר הקבלני גבוה יותר, כך אפשרות הגילום תיעשה רחבה יותר, משני טעמים מובחנים: האחד, כי יהיה אפשר להפחית סכום ניכר יותר מן השכר בלי שתוטל על המעסיק חבות בגין נזק; השני, כי הפיצוי העונשי יהיה נמוך יותר, שכן פער תמורות גבוה יפחית מרמת החומרה שתיוחס להתנהגות המעסיק. על זה יש להוסיף כי אפשרות הגילום תתרחב אם במועד הכריתה הצדדים רואים הסתברות נמוכה יחסית לקיום התדיינות משפטית ביניהם. ככל שהסתברות זו רחוקה יותר מוודאות, כך תפחת התוחלת של הפיצוי העונשי, ועל כן הגילום המלא שלו ייעשה אפשרי אפילו כאשר היקפו האבסולוטי גדול.

השיפוטי. ההיבט האחד קשור לאפשרות שבעת כריתת חוזה ההעסקה **לעובד מידע חסר באשר ליחס שבין התמורה כעובד לתמורה 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 לאפשרות שבעת ניהול ההליך לבית הדין מידע חלקי בלבד באשר לזהותו של הצד שיוזם את הסיווג המוטעה. הבחירה בין החלופות התרופתיות עשויה להשפיע על הסיכון שההכרעה 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 לא תמיד מידע זה נתון בוודאות. יתרה מזאת, זמינותו לצדדים ככלל אינה סימטרית: לעובד, שבמועד כריתת החוזה הוא חיצוני למקום העבודה, יכולת פחותה להעריך את היקפה הצפוי של התמורה ואת השינויים 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-ודאיים גם מנקודת מבטו של המעסיק. אולם בהשוואה שבין העובד למעסיק, למעסיק גישה נוחה יותר לנתונים הרלוונטיים, ובידיו אף הכוח לקבוע מדיניות ניהולית שתשפיע על התפתחותם של נתונים אלה בעתיד.

אי-הסימטרייה במידע שבין הצדדים עלולה להוביל לכך שעובד יזום את ההעסקה הקבלנית לא בשל יתרונותיה עבורו, אלא בשל הערכה שגויה של משמעותיה. יתרה מזאת, כאשר העובד טועה בהערכת היחס שבין התמורות, ההעסקה הקבלנית 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.<sup>42</sup>

לאור זאת יש לבחון את הכלל התרופתי החל על עובד אשר יזום את הסיווג המוטעה, גם על רקע האפשרות שיוזמתו היא תוצר של טעות באשר לערכן היחסי של התמורות. השאלה שאפשרות זו מעוררת היא אם לטעותו 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. יש להניח, עם זאת, 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

42 לדיון ראו עמרי בן-שחר ויובל פרוקצ'יה "חוזים" הגישה הכלכלית למשפט 172-174 (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012).

גילוי), אין לראות בבחירתו בסיווג הקבלני הבעה של "רצון" תקף. עמדת המיעוט עשויה אפוא להגן על העובד אם יש בידו להוכיח כי טעותו נבעה מהטעיית המעסיק. אך הגנה הנשענת על הצורך להוכיח הטעיה היא הגנה חלשה, בעיקר בשל 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 ודאות. ואולם כאמור לעיל, היחס בין התמורות נגזר ממשתנים אי-ודאיים הנוגעים לתפקודו העתידי של העובד, להחלטות ניהוליות שיתקבלו בעתיד ולשלל גורמים נסיבתיים חיצוניים – חלקם צפויים וחלקם לא צפויים – שישפיעו בעתיד על עסקו של המעסיק. יכולתו של המעסיק לצפות נתונים אלה גדולה יותר, אך קשה לייחס לו ידיעה קונקרטית ביחס אליהם במידה המאפשרת לקבוע כי הפר חובת גילוי.<sup>43</sup>

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 לפי הסיווג הנכון. משמעות הדבר היא שכאשר עובד בוחר בסיווג מוטעה, הוא רוכש זכאות אפקטיבית לגבוהה מן התמורות. זכאות זו ניתנת למימוש גם אם יתברר בדיעבד כי הערכתו המקורית הייתה מוטעית. עמדת הרוב מבטיחה אפוא כי המעסיק, המחזיק ביתרון המידע, יהיה זה הנושא בסיכון לטעות. הקצאת הסיכון לצד המיועד מונעת ממנו את האפשרות להשתמש לרעה במידע שברשותו. מאחר שהמעסיק אינו יכול עוד ליהנות מגישתו 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, המעסיק יורתע מלסווג באופן מוטעה, שכן ההעסקה הקבלנית לא תוכל להסב לו רווח.<sup>44</sup> לעומת זאת, כאשר התמורה הכוללת כעובד נמוכה מן התמורה כקבלן, הצדדים לא יורתעו מן הסיווג המוטעה, שכן במקרה זה הסיווג אינו תולדה של טעות כלל. לפיכך כוחו ההרתעתי של הדין ייוותר כשהיה אילו היה בידי העובד מידע מלא. מנגד, 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

43 על חובת הגילוי נמתחה בספרות ביקורת רחבה וכללית יותר, שעיקרה הוא כי מצד אחד הטלת החובה כרוכה בעלויות ניכרות, ומצד אחר מידת 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 E. SCHNEIDER, MORE THAN YOU WANTED TO KNOW: THE FAILURE OF MANDATED DISCLOSURE (2014).

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

הקבלנית גבוהה מן התמורה כעובד, אלא גם כאשר היא נמוכה ממנה אך העובד טעה באשר ליחס התמורות.<sup>45</sup>

עמדת הרוב ועמדת המיעוט נבדלות אפוא ביניהן במידת האפשרות שהן מותירות למעסיק להשתמש ביתרון המידע העומד לרשותו. עמדת המיעוט מאפשרת למעסיק ליהנות מיתרון זה ולשלם לעובד תמורה מופחתת כאשר העובד טעה בהערכת יחס התמורות. 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. עמדת הרוב אף מקדמת את יעילות החוזה, כאשר 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 לעמדת המיעוט היא בעלת השלכה, נוגע למקרים שבהם קיימת אי בהירות באשר לזהותו של הצד שהניע את אימוצו של הסיווג המוטעה. בבסיסן של שתי הגישות עומדת ההנחה שלבית הדין יכולת לקבוע, לעיתים שנים רבות בדיעבד, מי מן הצדדים יזם את מתכונת ההעסקה הקבלנית. אך 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, 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 מעלה אותו כאפשרות הראויה לדיון, והוא עשוי "ליזום" אותו במובן זה שהוא עומד על אימוצו כתנאי להתקשרות בחוזה. בשל מורכבות זו, השאלה "מיהו היוזם" של ההסדר הקבלני היא שאלה שהתשובה המהותית לה ממוקמת בתוך מנעד רחב של אפשרויות ביניים. יתרה מזאת, ההכרעה העובדתית בשאלה מיהו הצד שפעל באורח אקטיבי לשם אימוצו מעוררת קושי במישור הראייתי. ההליך המשפטי שבו השאלה מתבררת מתנהל זמן רב לאחר שהמשא

45 הדיון שלעיל מניח כי הטעות היא חד-צדדית, כלומר כי בעת כריתת חוזה ההעסקה המעסיק מחזיק במידע, ואילו העובד שרוי באי ודאות. אולם ייתכנו 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 השפעה מובהקת על רמת ההרתעה מפני הסיווג המוטעה לעומת זו שהייתה מתקבלת אילו היה המידע 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, ולהוביל 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 שיעור השכר, אך אין בה כדי להשפיע על התמריץ הכולל לאמץ את מתכונת ההעסקה הקבלנית.

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.

בשל קשיים אלה הסיכון לקביעה שיפוטית מוטעת בנוגע לזהותו של הצד היוזם הוא סיכון טבוע. את הכלל התרופתי, הנשען על קביעה זו, צריך אפוא לבחון גם על רקע האפשרות שהמידע 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 השוואת התמורה כעובד לתמורה הקבלנית טרם נדונה במסגרת ההליך. אם בית הדין מגיע למסקנה כי העובד הוא שיוזם את הסיווג המוטעה, אזי תביעתו נדחית כבר בשלב זה.<sup>46</sup> לעומת זאת עמדת הרוב בוחנת את אשמו רק בשלב הסופי של הדיון, לאחר שכלל הפרטים באשר לתמורה בפועל ולתמורה 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 אימוץ הסיווג המוטעה, נתונים בדבר הפער שבין התמורה כעובד לתמורה כקבלן הם בעלי ערך ראייתי. כאשר המעסיק מוכן לשתי תצורות ההעסקה, לעובד תמריץ ליוזם 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. לכן, אם המעסיק טוען כי חרף התמורה הנמוכה העובד הוא שיוזם אותה, זוהי טענה המצריכה הסבר. האם העובד יזם אותה בשל טעות בהערכת היחס שבין התמורות? ואם כן, האם המעסיק היה צריך לדעת על טעות זו ולהתריע עליה? האם העובד יזם את ההעסקה הקבלנית משום שסבר שאם לא יעשה כן 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 ליוזם דווקא את מתכונת ההעסקה שהתמורה בה נמוכה. לראיה זו חשיבות בשל אופייה האובייקטיבי: היא מושתתת לא על גרסאותיהם המאוחרות של הצדדים באשר לדרך שבה

46 ראו פרשת **כותה**, לעיל ה"ש 14, בפס' 56 לפסק דינה של הנשיאה וירט-ליבנה בו ציינה את התנאים בהם ייטה בית הדין (לשיטתה) לשלול את מעמד העובד מן התובע: הוא ידע מהן הזכויות שעליהן ויתר; הוויתור נעשה מתוך מניעיו שלו ולא בשל כוח המיקוח העדיף של המעסיק; ההעסקה הקבלנית לא נועדה לשרת את אינטרס המעסיק; וככלל אין מדובר בעובד הטעון הגנה. בעקרונות אלה אין כדי לשלול את שקילותו של יחס התמורות בשלב המקדמי, שכן כאמור לעיל, יחס זה עשוי להשליך על הקביעה העובדתית כי ההעסקה הקבלנית שירתה את אינטרס העובד. 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**" (שם, בפס' 76 לפסק דינה, ההדגשה הוספה). 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.

התנהל השיח ביניהם אלא על הגיונם של הדברים ועל הקשר שבין המניע לאימוצו של הסיווג המוטעה ובין השאלה מי יזם אותו בפועל.<sup>47</sup>

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 בלי להיזקק לראיה מהותית, ועל כן כרוך בה סיכוי מוגבר לטעות שיפוטית. בהיעדר מידע על יחס התמורות, קשה 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.<sup>48</sup>

יתרה מזאת, גם בנסיבות שבהן טעות שיפוטית כבר נפלה, עלותה של הטעות צפויה להיות גבוהה יותר תחת עמדת המיעוט. אם הטעות היא בייחוס אשם לעובד אף שהמעסיק אחראי לסיווג המוטעה, עמדת המיעוט תסב לעובד פגיעה מוגברת. בעוד שעמדת המיעוט תוביל לשלילת זכויות העובד כולן, עמדת הרוב תוביל רק להפחתה בהיקף זכאותו לפיצוי עונשי. מאחר שהעובד לא יאבד את זכויותיו האחרות, הפגיעה בו תהיה פחותה. מנגד, אם הטעות היא הפוכה – דהיינו ייחוס אשם למעסיק אף שהעובד אחראי לסיווג המוטעה – לעמדת המיעוט לא יהיה כל יתרון על פני עמדת הרוב. במקרה זה שתי העמדות תובלנה לאותה התוצאה, ולפיה מלוא האחריות תוטל 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. תוצאה זו מתקבלת בלי שלבחירה בין שתי העמדות השפעה על כוחו ההרתעתי של הדין בנסיבות שבהן הקביעה השיפוטית אינה מוטעית.<sup>49</sup> יתרונות אלה הם ניכרים אפוא בנסיבות שבהן זהותו של הצד היוזם היא עמומה מבחינה מהותית, או קשה לזיהוי מבחינה ראייתית.

47 שאלת היחס שבין המניע לכריתה של חוזה ובין תוכנו של החוזה מתעוררת אנלוגית גם בגדרם של דיני הכפייה. פורמלית, דיני הכפייה מיועדים להבטיח כי החוזה נכרת מתוך רצון חופשי, ולאכאורה 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 במידה ניכרת נגד צד אחד, קל יותר להשתכנע כי צד זה התקשר בחוזה מתוך לחץ ששלל את רצונו החופשי. לפיכך לתוכן החוזה השפעה ניכרת על תוצאות הדיון בסוגיית הכפייה. ראו איל זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים: עושק וכפייה כמקרי מבחן" עלי משפט יג 7, 29–34 (2016).

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 שביסוד עמדת המיעוט, ולפיה הדיון מחולק לשלב מוקדם (שבו נקבעת אחריות התובע לסיווג המוטעה) ולשלב מאוחר (שבו מובאות ראיות לשם חישוב הזכויות). בווריאציה המוותרת 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 פרק ב.1. לעיל, שבו הנחת הדיון הייתה כי זהותו של הצד היוזם ידועה.

### ג. קשר סיבתי וקיוז תועלות

נדבך מרכזי בהלכה החדשה הוא כי העובד זכאי לפיצוי בגין הנזק שנגרם לו מן הסיווג הקבלני, אך זאת בקיוזו השכר ששולם ביתר. הקיוזו מאפשר התאמה של הפיצוי לנזק שאירע בפועל בשל ההעסקה הקבלנית. העיקרון שלפיו פיצוי מגלם את הנזק ה"נקי" שנגרם לנפגע – כלומר הנזק בניכוי התועלת שגרמה הפעולה – הוא בעל תחולה רחבה במשפט הפרטי ונובע ביסודו מכללי הסיבתיות. 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, ומן הצד האחר היא מאפשרת לנפגע לכוות עסקה חלופית שלא הייתה מתאפשרת אחרת, ושרווח בצידה. בנסיבות אלה ה"נזק" הכולל שההפרה גרמה באופן סיבתי הוא ההפרש שבין אובדן ההנאה ובין הרווח מן העסקה החלופית. אילו הוערך הנזק על פי אובדן ההנאה לברדה, היה בכך כדי להציב את הנפגע בעמדה טובה משהיה בה אלמלא התרחשה ההפרה.<sup>50</sup>

עיקרון זה חל גם בדיני הנזיקין: נניח למשל 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 קטן 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 בשל ההחלטה הרשלנית (בסך 100). אמנם הבחירה בשיטה ב במקום בשיטה א גרמה למטופל נזק של 600 בשל הפגיעה בידו, אך גם חסכה ממנו נזק של 500 ברגלו. ה"נזק" הכולל שנגרם מן הפעולה הרשלנית נגזר מן הפער שבין העלות לתועלת שגרמה הפעולה הרשלנית.<sup>51</sup>

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

50 ראו למשל דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ד פס' 39.142–39.143 (2011) ("הבסיס לניכוי נעוץ בעקרון הפיצויים עצמו, והוא שהפיצוי נועד לתקן את הנזק. מכאן שאם הנזק פחת עקב טובת הנאה שמקורה בהפרה, יהא הנפגע זכאי לנזק המופחת בלבד"). למקורו של עיקרון 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 באלה שסיפק לא היו התכונות הנדרשות על פי החוזה. בשל ההפרה התאפשר למפעל להתקשר בעסקה חלופית, שבגדרה הוא רכש טורבינות יעילות וזולות יותר. בפסק הדין נקבע אפוא כי ההפרה לא גרמה למפעל נזק בפיצוי (לבד מההוצאות הנוגעות לפרק הזמן שקדם לרכישת הטורבינות החדשות).

51 דוגמה זו לקוחה מאריאל פורת **נזיקין** 496–497 (2013). אותו העיקרון חל גם בדיני עשיית עושר ולא במשפט. כאשר פעולה מובילה להתעשרותו של אדם שלא כדיון, אך בה בעת מטילה עליו עלות, ההתעשרות ככלל מחושבת על בסיס הפער שבין התועלת לעלות. לפיכך סעיף 3 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 קובע כי "הזוכה רשאי לנכות ממה שעליו להשיב את מה שהוציא או התחייב להוציא או השקיע באופן סביר להשגת הזכיה". לדיון ראו דניאל פרידמן ואלרן שפירא **בראור דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך ב' פס' 29.27–29.30 (מהדורה שלישית 2017).

עצמה.<sup>52</sup> אף שבפרשה זו 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 הלא ממוני.<sup>53</sup> יתרה מזאת, פסק הדין אינו מתייחס כלל לאפשרות של קיזוז תועלת לא ממונית שהעובד הפיק מהעסקתו הקבלנית. 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 לא ממונית זו ניתנת אף היא לקיזוז. ממילא לא נקבע אם קיזוז כזה יהיה אף הוא כפוף למגבלה (למשל, אם יתאפשר רק כנגד הנזק הלא ממוני).

כדי לקיים את עקרונות הסיבתיות על הקיזוז להיעשות ללא מגבלה: יש לאפשר את קיזוזה 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, ובפרט לגרום לכך שהערכת הנזק תהיה תלויה בדרך האקראית שבה הנזק והתועלת מחולקים בין הקטגוריה הממונית לזו הלא ממונית. נוסף על כך, הסטייה מעקרונות הסיבתיות 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' ו-ד שלהלן ממחישות את הקשיים הנובעים מן המגבלה שהוטלה על זכות הקיזוז. שתי הדוגמאות מתארות עובד שסווג בניגוד לדין כקבלן. העמורה השמאלית מתארת את התמורה שקיבל על בסיס סיווגו הקבלני, ואילו העמורה 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) לתמורה הכוללת שהיה מקבל כעובד (150).

52 ביטוי לכך היא העובדה כי עמדת הרוב אינה רואה בשלילת הקיזוז משום "סנקציה" המובילה לפיצוי העולה על הנזק. כך נכתב ב פרשת כותה, לעיל ה"ש 14, בפס' 20 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה: "פסיקה [...] (השוללת את זכות הקיזוז) 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 קיזוז, אלא נקבע כי הזכות לקיזוז – שאינה מובנת מאליה – קמה רק במצבים חריגים של חוסר תום לב קיצוני" (ההדגשה הוספה). העמדה ההפוכה באה לידי ביטוי בעמדת המיעוט של הנשיאה וירט-ליבנה. ראו שם, בפס' 69 לפסק דינה ("הפסיקה עסקה בשאלה אלו אמצעים לנקוט כנגד המעסיק על מנת להרתיעו מלבצע מלכתחילה סיווג מוטעה. הסנקציה המרכזית היא – שלא להכיר בזכותו של המעסיק לקיזוז השכר העודף ששילם עקב הסיווג הקבלני").

53 השופטת 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, בפס' 22 לפסק דינה). אומנם בהמשך השופטת מסייגת את הדברים מעט, בציינה כי במקרים מתאימים אפשר להביא בחשבון את גודל הדלתא "כחלק ממכלול השיקולים בעת קביעת שיעור הפיצוי הלא-ממוני" (שם, בפס' 22). 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 כעובד	העסקה כקבלן	
100	140	שכר
40	0	ערך זכויות ממוניות
10	0	ערך זכויות לא ממונית
150	140	תועלת כוללת
<b>נזק כולל מן ההעסקה הקבלנית: 10</b>		

**דוגמה ד. הסיווג המוטעה פוגע בעובד ; מגבלת הקיזוז משבשת את אומדן הנזק**

העסקה כעובד	העסקה כקבלן	
100	120	שכר
40	0	ערך זכויות ממוניות
10	20	ערך זכויות לא ממונית
150	140	תועלת כוללת
<b>נזק כולל מן ההעסקה הקבלנית: 10</b>		

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 יקוזו במלואם מן הנזק הממוני. התוצאה הסופית היא כי החבות הנותרת לאחר הקיזוז היא 10, תוצאה המשקפת את נזקו הריאלי של העובד.

מנגד, בנתונים מן הסוג של **דוגמה ד**, המגבלה מעוותת את הערכתו הנכונה של הנזק. דוגמה זו שונה מדוגמה ג רק בכך שהשתנה בה ההרכב הפנימי של התמורה הקבלנית: במקום שכר בסך 140 ותועלת לא ממונית בסך 0, כעת השכר הוא 120 והתועלת הלא ממונית היא 20. לבד מאלה הכול נותר זהה: התמורה הקבלנית הכוללת נותרה 140, התמורה הכוללת כעובד נותרה 150, ולפיכך הנזק הכולל הנובע מן ההעסקה הקבלנית הוא עודנו 10. אולם במקרה זה המגבלה על זכות הקיזוז מובילה לחבות כפולה או משולשת של המעסיק. בקטגוריה הממונית המעסיק יורשה לקזז את מלוא תוספת השכר בסך 20. אך בקטגוריה הלא ממונית הקיזוז יהיה חלקי בלבד. כאמור, פסק הדין אינו מתייחס לשאלת ההכרה בזכות לקיזוז בקטגוריה הלא ממונית. אם קיזוז כזה יתאפשר, חבותו של המעסיק תופחת ב-10 נוספים, ועל כן חבותו הסופית תהיה 20 – סכום כפול מנזקו הריאלי של העובד. יתר על כן, אם הקיזוז בקטגוריה הלא ממונית לא יתאפשר, העיוות אף יחמיר, שכן חבותו

הסופית של המעסיק תעמוד על 30 – סכום הגבוה מן הנזק הריאלי פי שלושה.<sup>54</sup> דוגמאות ג ו-ד ממחישות את החשש כי מגבלה על זכות הקיזוז המובילה לחריגה מכללי הסיבתיות עלולה לא רק לשבש את הערכתו המדויקת של הנזק אלא גם ליצור פערים שרירותיים בהיקף הפיצוי בין תובעים שונים. העובדים בדוגמאות ג ו-ד סבלו את אותו הנזק 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 ו-ד הניחו כי ההעסקה הקבלנית גרמה לעובד נזק העולה על התועלת. אך כאשר התמורה הקבלנית גבוהה מספיק, יחס זה עשוי להתהפך, כך שהסיווג המוטעה ישפר את רווחתו של העובד. במצבים אלה התעוררה השאלה אם ראוי להכיר בזכותו של המעסיק לתבוע השבה מן העובד. כך לא זו בלבד שהעובד לא יזכה בפיצוי בשל הסיווג המוטעה, אלא הוא יידרש לשאת בחבות כלפי המעסיק. מדיניות ארוכת ימים של בית הדין לעבודה היא כי במקרים אלה המעסיק לא יהיה זכאי להשבה.<sup>55</sup> מדיניות זו מוצדקת, מן הטעם 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.

54 לעיתים הצדדים עשויים לגלם את העיוות בהערכת הנזק ובכך למונעו. לשם דוגמה, טלו את המקרה הזה:

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

במקרה זה, בדומה לדוגמה ד, הנזק הכולל הנובע מן ההעסקה הקבלנית הוא 10. ובדומה לה, בשל המגבלה על זכות הקיזוז צפוי שקיזוז התועלת (בסך 50) ייערך חלקית בלבד (שכן שיעור הזכויות הממוניות הוא 40). בשל המגבלה הפיצוי שייפסק יהיה 20 – סכום כפול מן הנזק שנגרם בפועל. התוצאה היא כי העובד יוצב בעמדה עדיפה על פני זו שהיה ניצב בה לפי 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, ובכך להשיג הלימה בין שיעור 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 מזה, כפי שעולה מדוגמה ד, יש נסיבות שבהן אפשרות הגילום אינה עומדת אפילו כאשר כלל הנתונים ידועים. זו תהיה התוצאה כאשר השכר הקבלני נמוך מערך הזכויות הממוניות, ועל כן לא ניתן להפחיתו בלי להגדיל במקביל את חבותו הצפויה של המעסיק.

55 ראו למשל ע"ע (ארצי) 300267/98 טויטו – מ.ש.ב. הנדסת קירור למיזוג אוויר (1965) בע"מ, פד"ע לז 354, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא אדלר (2002); ע"ע (ארצי) 308-08 עברון – אנוש מערכות ניהול והנדסה חברה בע"מ, פס' 3 לפסק דינו של הנשיא פליטמן (נבו 2011.1.20); פרשת רופא, לעיל ה"ש 3, בפס' 66 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה; ע"ע (ארצי) 3575-10-11 עמיר – חברת החדשות הישראלית בע"מ, פס' 25 לפסק דינו של הנשיא פליטמן (נבו 2015.1.21).

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.<sup>56</sup> 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 תוטל על המעסיק חבות. יתרה מזאת, גם במצבים אלה המגבלה על הפיצוי צפויה להוביל לפער שרירותי בין עובדים שונים, שאף שסבלו את אותו הנזק הם אינם זכאים לאותו הפיצוי.

**דוגמאות ה-10** ממחישות קושי זה. בשתי הדוגמאות התמורה הקבלנית הכוללת היא 150, והיא גבוהה מן התמורה הכוללת בסך 140 שהייתה משולמת למועסק כעובד. הפער בין הדוגמאות נוגע רק לאופן שבו התמורה מחולקת בין הקטגוריה הממונית לזו הלא ממונית.

**דוגמה ה-10. הסיווג המוטעה מיטיב עם העובד; מגבלת הקיזוז אינה משבשת את אומדן הנזק**

העסקה כעובד	העסקה כקבלן	
100	150	שכר
40	0	ערך זכויות ממוניות
0	0	תועלת לא ממונית
140	150	תועלת כוללת
<b>נזק כולל מן ההעסקה הקבלנית: 10-</b>		

**דוגמה ו-10. הסיווג המוטעה מיטיב עם העובד; מגבלת הקיזוז משבשת את אומדן הנזק**

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

בדומה לדוגמה ג, **דוגמה ה-10** מתארת מקרה שבגדרו המגבלה על אפשרות הקיזוז אינה אפקטיבית, ולכן אינה משבשת את הערכתו הנכונה של הנזק. במקרה זה, העובד סבל נזק בסך 40 בקטגוריה הממונית, 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, ושיעורו הוא 10- (140-150). תוצאה זו היא כאמור ראויה, שכן חיובו החוזי של המעסיק לשלם תמורה כוללת העולה על המינימום הנדרש הוא חיוב חוזי תקף.

56 לדיון נרחב יותר ראו פרוקציה "על סיווגי העסקה מוטעים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 184-186.

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 לא ממונית בסך 0, בדוגמה ו השכר הוא 130, והתועלת הלא ממונית היא 20. גם כאן לבד מהשינוי 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-). אך בכל זאת, בנתוני הדוגמה הנוכחית, המעסיק יישא בחבות חיובית כלפי העובד. בקטגוריה הממונית המעסיק יורשה לקזז 30 כנגד ערכן של הזכויות הממוניות. בקטגוריה הלא ממונית לא יתאפשר קיזוז כלשהו, שכן בנתוני הדוגמה לא נגרעה מן העובד תועלת לא ממונית. התוצאה היא כי המעסיק יחוב בפיצוי חיובי של 10 אף שהנזק הריאלי הוא שלילי, ושיעורו 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 הסיבתיות, ועל כן מוערך ביתר. בהתאם למאפיינים שרירותיים של המקרה, המגבלה עשויה להיות לא אפקטיבית, כלומר שלא להגביל את האפשרות לקיזוז מלוא התועלת (כמו בדוגמאות ג ו-ה לעיל). היותה של המגבלה אפקטיבית במקרים מסוימים ולא אפקטיבית באחרים מובילה להטלת חבות לא שווה במקרים שבהם הסיווג המוטעה גרם לעובדים שונים את אותו הנזק.

\*\*\*

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.<sup>58</sup> אף שחלק מן המקורות האמורים עשויים אף הם לשמש עיגון לזכות זו,<sup>59</sup> מקורה הטבעי ביותר של זכות הקיזוז הוא כאמור בעקרונות

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

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

59 בפרט דיני עשיית עושר ולא במשפט עשויים לשמש לכך. אומנם הזכויות שקיבל העובד מכוח החוזה הקבלני הן זכויות כדין, וזכויות ככאלו 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 ואלרין 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"). כן ראו 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 (ס' 25-26 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973). על פי קונסטרוקציה זו, כוונתן המשותפת של הצדדים הייתה לראות בשכר הקבלני משום "שכר כולל", הממצה את כלל זכויותיו של העובד. החלת

הכלליים של הסיבתיות. ההעסקה הקבלנית היא פעולה המסיבה 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 המושגת על המעסיק חייבת להיות מוגבלת לנזק שנגרם באורח סיבתית. היקף החבות הסופי עשוי להיגזר גם משיקולים החורגים מן השאיפה לפצות בגין נזק. בפרט היא עשויה לכלול רכיב עונשי, הנדרש כדי למלא את החסר ההרתעתי שהיה נוצר בלעדיו.<sup>60</sup> אך נראה כי דווקא כאשר המתווה התרופתי כולל רכיב עונשי לצד רכיב הפיצוי, 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 ה"עונש" 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 בנוגע לתוצאות 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

ההוראות הקוגנטיות של דיני העבודה מחייבת את "פירוק" התמורה הקבלנית לשני רכיביה – רכיב השכר ורכיב הזכויות הסוציאליות. כל עוד שכר העבודה המתקבל בדרך זו אינו נופל משכר המינימום (או מן השכר שהיה נקבע בהסכם 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, פס' 2–6 לפסק דינו של השופט פליטמן (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); 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, 584–580 (2014). כן ראו פרשת **מנטין**, לעיל ה"ש 5, בפס' 115–118 לפסק דינו של השופט סולברג; ע"א 140/00 **עזבון 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 סקוירטי בע"מ**, פ"ד מח(5) 661, 699 (1994); רע"א 1700/10 **דוביצקי נ' שפירא**, פס' יג לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 20.5.2010). לדיון בהקשר לסיווג מוטעה ראו פרוקציה "על סיווגי העסקה מוטעים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 196–197.

בלבד הייתה מציבה אותו בעמדה דומה לזו שהיה ניצב בה אילו נערך מלכתחילה סיווג נכון. 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 בלי לכנותה בשם: משמעות השלילה של זכות הקיזוז היא כי התובע לא רק פוצה בגין הנזק שנגרם לו משלילת המעמד כעובד, אלא גם הורשה להותיר בכיסו את השכר שקיבל ביתר בשל סיווגו כקבלן. הפיצוי עלה אפוא על שיעור הנזק, ובמובן זה כלל יסוד עונשי. אלא שכאמור לעיל, פסיקת פיצוי עונשי דווקא בדרך של שלילת הקיזוז עוררה קושי מטעמים של הרתעה ושל צדק.<sup>61</sup> בפרט היא הובילה להרתעת חסר של הפרות חמורות, להרתעת יתר של הפרות קלות, לפגיעה בהרתעה השולית ולהפרה של עקרון ההלימה העונשי.<sup>62</sup> 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 מעוררת שאלה מסדר שני והיא כיצד ייקבע 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 בנוגע לתכליתם של דיני העבודה עשויות להוביל למסקנות שונות בדבר העקרונות שצריכים לעמוד בבסיסו.<sup>63</sup>

בפרשת **כותה** בית הדין לא קבע מסמרות בשאלה כיצד ייקבע שיעורו של הפיצוי העונשי, ובמקום זאת הוא הותיר אותה לפיתוח בפסיקה עתידית.<sup>64</sup> אך שאלה מרכזית שנדונה בפסק הדין נוגעת לטיב הקשר שבין שיעורו של הפיצוי העונשי ובין שיעורו של הנזק שנגרם לעובד מהסיווג המוטעה. כאמור, הסיווג המוטעה לא תמיד גורם לעובד נזק, ובנסיבות שבהן התמורה כקבלן עולה על התמורה כעובד, הוא אף עשוי 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 השיב לשאלה זו בחיוב. הטעם המרכזי לכך היה נעוץ בתפיסה כי לסיווג המוטעה השפעה לא רק על רווחתו של העובד היחיד אלא גם על רווחתם של העובדים כקבוצה. גם כאשר הוויתור על זכות קוגנטית מועיל לעובד אחד, הוא עלול לפגוע בציבור העובדים בכללותו.<sup>65</sup> במצבים אלה הבעיה הגלומה בויתור אינה החשש

61 ראו את הדיון בפרק א לעיל.

62 שם. קושי זה הוכר בפרשת **כותה**, לעיל ה"ש 14, בפס' 69 לפסק דינה של הנשיאה וירט-ליבנה ובפס' 20 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

63 לדיון נרחב יותר ראו פרוקצ'יה "על סיווגי העסקה מוטעים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 191–197.

64 פרשת **כותה**, לעיל ה"ש 14, בפס' 71 לפסק דינה של הנשיאה וירט-ליבנה ובפס' 26 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

65 שם, בפס' 731. הטענה כי להפרת דיני העבודה בחוזה אישי עשויה להיות השפעה 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); אופק-גנדלר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 78–81; רבין-מרגליות, לעיל

מפגיעה בעובד היחיד אלא החשש כי סיווגו המוטעה של עובד זה יעודד פגיעה בעובדים אחרים. לפיכך 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 להנחה המובלעת בניתוח, לפיה הפיצוי העונשי הוא אמצעי אפקטיבי להשגת הרתעה מפני אימוץ הסיווג המוטעה. כאמור בפרק ב לעיל, כשהפיצוי העונשי ניתן לצפייה, כוחו ההרתעתי מוטל בספק. אם לסיווג המוטעה פוטנציאל להגדיל את רווחתם המשותפת של הצדדים, יהיה לצדדים אינטרס משותף לאמצו חרף הפיצוי העונשי תוך גילומו בדרך של הפחתת השכר הקבלני. בסופו של דבר, הפיצוי העונשי אינו אלא תשלום העברה שהדין מחייב את המעסיק לשלם לעובד במועד מאוחר, וכיוון שהצדדים יכולים להפחית את ערכו הצפוי מן התמורה המשולמת מלכתחילה, הם יכולים לבטל את השפעתו.<sup>66</sup> אמנם האפשרות לגלם מעוררת קשיים מעשיים הנובעים מאי־ודאות באשר להיקפו המדויק ולסיכויי פסיקתו ואף תלויה בכך שהפיצוי העונשי אינו חוצה רף מקסימלי של היקף;<sup>67</sup> אך כל עוד הפיצוי העונשי המוטל בנסיבות אלה קטן יחסית (ועל כן השלכתה של טעות אפשרית בהערכה אף היא נמוכה), השפעתו על תמריצי הצדדים צפויה להיות מוגבלת גם בשל אי־ודאות זו.

אך כאמור, קושי נוסף, עמוק יותר, שעולה מן התפיסה של עמדת הרוב, קשור להנחה שהסיווג המוטעה אכן טומן בחובו את הפוטנציאל לפגוע בעובדים אחרים. כאמור, הספרות זיהתה את האפשרות כי בנסיבות מסוימות סיווג מוטעה של עובד מסוים ישפיע לרעה על ציבור העובדים כקולקטיב.<sup>68</sup> ואולם ניתוח זה נשען על ההנחה שהסיווג המוטעה פוגע גם ברווחתו של העובד היחיד. ההנחה שההשפעה השלילית על עובדים אחרים חלה גם כשהסיווג המוטעה משפר את רווחתו של העובד היחיד איננה מובנת מאליה.

ההשפעות של הסיווג המוטעה על עובדים אחרים עשויות לבוא לידי ביטוי 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.<sup>69</sup> הספרות העלתה שני טעמים עיקריים שבגינם הוויתור על הדין הקוגנטי עלול להוביל לפגיעה חומרית בעובדים אחרים: טעם אחד נוגע להשפעת הוויתור על התחרות בין מעסיקים. כאשר מעסיק מקנה לעובד תמורה פחותה מזו הנדרשת על פי הדין,

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); Cass R. Sunstein, *Human Behavior and the Law of Work*, 87 VA. L. REV. 205, 259–264 (2001) (להלן: Sunstein, *Human Behavior*).

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. אך כאשר ההפרה מוטמעת כבר בתנאי ההתקשרות מלכתחילה, גילומה בתנאי ההתקשרות מנטרלים את השפעתה על תמריצי ההתנהגות. לניתוח המקרים שבהם פיצוי עונשי משפיע על תמריצי הפרה המאוחרים למועד הכריתה ראו Polinsky & Shavell, לעיל ה"ש 60, בעמ' 936–939.

67 ראו לעיל ה"ש 41.

68 ראו המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 65.

69 ראו למשל Sunstein, *Human Behavior*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 262–264.

הוא זוכה ביתרון תחרותי על פני מעסיקים המקנים לעובדיהם תמורה מלאה. משכך, אלה המקיימים את הדין עלולים להתקשות לשרוד בשוק. הסיווג המוטעה מייצר אפוא לחץ לכינונו של שיווי משקל חדש שבגדרו כלל המעסיקים מפרים את הדין וסטנדרט ההעסקה יורד.<sup>70</sup> 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.<sup>71</sup> 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 עליהם צפויה להוביל להרעה בתנאי העסקה עד כדי חזרה לתנאים שהיו נקבעים בשוק לא 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.<sup>72</sup>

כדי שסיווג מוטעה יחולל את הדינמיקה האמורה, נדרש כי יתקיימו כמה 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 בשל הסתברות תביעה נמוכה); שלישית, 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 התמורה שהוקנתה לעובד באמצעות הסיווג המוטעה **עולה** על הסטנדרט הנדרש. העובדה כי ההסדר שאומץ משפר

70 ראו למשל ידלין, 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; ידלין, לעיל ה"ש 65, בעמ' 872. עם זאת יש לציין כי העמידה הקולקטיבית על תנאי העסקה משופרים (ועל כן יקרים יותר למעסיק) צפויה להוביל גם לירידה בביקוש לעובדים מצד מעסיקים. ככל שהירידה בביקוש גדולה יותר, כך נשחק האינטרס הקולקטיבי של עובדים בעמידה על תנאי העסקה המשופרים. לפיכך הטענה בדבר קיומה של בעיית פעולה משותפת מצריכה סיווג: העובדים כקולקטיב לא **תמיד** מעוניינים בעמידה על תנאי העסקה משופרים. אינטרס זה מתגבש רק בנסיבות שבהן השיפור הקולקטיבי בתנאי העסקה גובר על הפגיעה הנובעת מן הירידה בביקוש לעבודה.

72 תופעה מקבילה עשויה להתעורר גם בהקשרים שוקיים אחרים שאינם נוגעים ליחסי עבודה. למשל, כאשר מוכר מציג מצג שווא בנוגע למוצר שרק חלק מן הצרכנים נחשפים לו ומסתמכים עליו, הדבר עלול לגרום נזק גם לצרכנים שלא נחשפו למצג השווא ושלא 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 INT'L REV. L. & ECON. 95 (2018).

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; ייתכן כי לא היה לו כוח המיקוח הנדרש כדי לכפות את רצונו. יהיו המניעים אשר יהיו – אין בנסיבות אלה בסיס כללי להנחה שהסדרי ההעסקה האחרים אצל אותו מעסיק יהיו פוגעניים. ממילא אין מקום להנחה שמתקיים קשר סיבתי בין הסיווג המוטעה במקרהו של העובד היחיד ובין הסדרי העסקה פוגעניים שאומצו בעניינם של עובדים אחרים. קשר כזה ודאי אינו נובע מן הדינמיקה התחרותית שעליה נשען הטיעון כי עובדים אחרים צפויים להיפגע.

לפיכך כאשר הסיווג המוטעה העומד לבחינה לא הרע את מצבו של העובד התובע, אין מקום להנחה שיש 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.<sup>73</sup>

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 לא רצוי שלפיו הזכות שנורמות אלה יקוימו אינה

73 בספרות הועלתה גם אפשרות לפגיעה מסוג אחר, הממוקדת בשעות עבודה ומנוחה. ראו למשל ידלין, לעיל ה"ש 65, 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 לפרמיה. חובת תשלום הפרמיה מעודדת את המעסיק להימנע מהעסקת העובד בשעות נוספות, ובמקום זאת לשכור עובדים נוספים (בשכר רגיל) לשם ביצוע העבודה הנדרשת. כשהמעסיק אכן בוחר להעסיק עובדים אחרים, יש בכך כדי להועיל לעובדים אלה, שכן הוא מאפשר את הצטרפותם למעגל התעסוקה. לעומת זאת הסיווג המוטעה 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 מפיקים מכך.

אולם 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 אם לאו. אם המעסיק מעוניין לחסוך את תשלום הפרמיה, פתוחה לפניו 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 (לעומת סיווגו כעובד). כאשר הסיווג המוטעה גורם נזק, מוסכם על הכול כי המעסיק חב בפיצוי מלא על נזק זה (לרבות עבור הפרמיה שנשללה), ונוסף על זה הוא חב 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 בתשלום הפרמיה. לפיכך הסיווג המוטעה אינו צפוי להשפיע על סיכוייהם של עובדים אחרים להצטרף למעגל התעסוקה.

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 מפיקים מהחלתם.

המענה לחשש זה הוא כי הסיווג המוטעה אינו משחרר את המעסיק מן החובה לקיים את הנורמות התרבותיות האמורות. ההימנעות מהטלתו של פיצוי עונשי אין בה כדי לשנות את מעמדו המשפטי של ה"עובד" ולהפכו לבעל מעמד של "קבלן". העובדה שהצדדים סיווגו את יחסיהם בניגוד לדיני העבודה, אין פירושה שדיני העבודה מפסיקים לחול על יחסיהם. לפיכך אם עובד שהצדדים סיווגו אותו כקבלן הופלה או הוטרה 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 ההפליה או ההטרדה המינית. יתרה מזאת, היה ומעסיק בכל זאת הפר את זכויות עובדיו על סמך סיווגם המוטעה, הרי פגיעה זו היא "נזק", וככל סיווג מוטעה אחר הגורם נזק, אין מניעה להטיל בגינו חבות עונשית. לפיכך גם שיקול זה אינו מבסס הצדקה להטלת פיצוי עונשי כאשר הסיווג המוטעה אך היטיב את מצבו של העובד התובע.<sup>74</sup>

הטלתו של פיצוי עונשי כדרך להתמודדות עם השפעות קולקטיביות של הסיווג המוטעה מעוררת אפוא בעיה כפולה: ראשית, כשלצדדים היכולת לגלם את הפיצוי העונשי בתנאי ההתקשרות, כוחו כאמצעי הרתעתי הוא מוגבל; שנית, וחשוב מזה, הצורך באמצעי הרתעתי אינו מתעורר בנסיבות שבהן הסיווג המוטעה **משפר** את רווחתו של העובד היחיד. 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 אינדיווידואלי 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 מעודדת אפוא שימוש לרעה בזכות. תמריץ זה נחלש אם הזכאות לפיצוי עונשי מותנית גם בקיומו של נזק אינדיווידואלי: 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.

74 לכאורה היה אפשר לטעון כי בנסיבות שבהן העובד סווג כקבלן מתעורר החשש כי לא יהיה לו תמריץ מספיק לתבוע בגין 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 היחיד אינו מגלם גם את הנזק הציבורי. אך נראה כי חשש זה חל באותה המידה גם כאשר הסיווג אינו מוטעה. גם כאשר יחסי ההעסקה מסווגים נכון, ההחלטה לתבוע בגין הפרת הנורמה התרבותית מונעת מן האינטרס העצמי לתבוע, ולא מזה הציבורי.

## 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. לעיתים הוא נכפה על העובד, ולעיתים דווקא העובד הוא שיוזם אותו. חלק מן הנזק ניתן להערכה באמצעות כללי הוכחה סטנדרטיים, וחלק אחר נגזר ממאפיינים סובייקטיביים וספקולטיביים, שהשפעתם קשה להערכה. לעיתים הנזק מופנם על ידי העובד, ולעיתים מוחצן גם לעובדים אחרים.

ההלכה שנקבעה בפרשת **כותה** עשתה כברת דרך ניכרת בעיצובו של דין תרופתי סדור ועקיב מכפי שהיה לפניו. ההכרה בזכות לפיצוי בגין הנזק הלא 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. מאמר זה 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 הסיכונים בין הצדדים על רקע אי-הסימטריה במידע ועל טיב הראיות שעל בסיסן שאלת האשם התורם מוכרעת. נוסף על זה, המאמר מצביע על הקושי שמעוררת המגבלה על זכות הקיזוז, המובילה לאומדן נזק שאינו מקיים את עקרונות הסיבתיות. המגבלה צפויה להוביל להערכה עודפת של הנזק ולהפליה בפיצוי בין תובעים שונים שסבלו את אותו הנזק. לבסוף הוא מצביע על הקשר שבין הנזק שהסיווג המוטעה גורם לעובד היחיד ובין הנזק שהוא גורם לעובדים אחרים. בעוד שסיווג מוטעה הפוגע ברווחת העובד היחיד עשוי לעודד פגיעה גם בעובדים אחרים, סיווג מוטעה המיטיב עם העובד היחיד אינו צפוי להוביל לתוצאות דומות. לפיכך בהיעדר נזק לעובד היחיד, שיקולי רווחה מורים על הימנעות מפסיקתו של פיצוי עונשי.