

על סיווגי העסקה מוטעים, הרתעה יעילה, ומעמדם הקוגנטי של דיני העבודה

מאת
יובל פרוקצ'יה*

כוחה של כל מערכת רגולטורית להגשים את יעדיה תלוי בכוחה להרתיע מפני ניסיונות לחמוק מתחולתה. בתחום העבודה אתגר זה בא לידי ביטוי בנסיבות שבהן צדדים ליחסי עבודה מסווגים את יחסיהם החוזיים כיחסי מזמין וקבלן. סיווג זה מוביל באופן טיפוסי לשתי תוצאות מקבילות: תוצאה אחת היא כי זכויותיו של העובד על פי דיני העבודה מופרות; התוצאה האחרת היא כי השכר המשולם לעובד גבוה יותר, לנוכח הירידה בעלות העסקתו. הסיווג המוטעה, המוביל להפרתו של משפט העבודה, מעורר את השאלה אילו אמצעים ראוי לנקוט כדי להרתיע מפניו. הסנקציה המרכזית המשמשת לכך במשפט הנוהג היא אי-ההכרה בזכותו של המעסיק לקיוו: משמוטלת על המעסיק חבות בגין הפרת זכויותיו של העובד, נשללת ממנו הזכות לקזז מתוכה את השכר העודף ששילם עקב הסיווג הקבילני. העובד זוכה אפוא במלוא הפיצוי בגין זכויותיו, מבלי שהוא נדרש להשיב את השכר שקיבל ביתר. מאמר זה מצביע על כמה חסרונות מהותיים שבהם לוקה סנקציה זו כאמצעי הרתעתי. ראשית, שלילת הקיוו מובילה לעיתים להרתעת חסר מפני הסיווג המוטעה, ולעיתים להרתעת יתר מפניו. שנית, היא מתמרצת מעסיקים שכבר החליטו להפר את הדין לעשות כן בדרך הפוגעת פגיעה חמורה במיוחד ברווחת העובד. לבסוף, שלילת הקיוו נוגדת את עקרון ההלימה, באשר היא מטילה סנקציה קלה בגין הפרה חמורה של הדין, וסנקציה חמורה בגין הפרה קלה שלו.

על רקע חסרונות אלה המאמר מציע לאמץ משטר חלופי, המושתת על הטלתו של פיצוי עונשי. תחת משטר זה היקף הפיצוי ייקבע ביחס ישר לחומרת ההפרה, ויהיה בו כדי לתקן את הכשלים שבהם לוקה הסנקציה הקיימת – הן בהיבט ההרתעה והן בהיבט ההלימה. ההיקף הקונקרטי של הפיצוי ייגזר מן השאלה מפני אילו סיווגים מוטעים מבקשים להרתיע – האם רק מפני סיווגים מוטעים הפוגעים ברווחת העובד, או שמא מפני כל סיווג מוטעה באשר הוא. המאמר דן בשתי האפשרויות האמורות ובהיקף הפיצוי הנגזר מכל אחת מהן.

* דוקטור למשפטים, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. על הערות מצוינות אני מבקש להודות לאיל זמיר, לעידו עשת, לקוראים האנונימיים ולמערכת עיוני משפט. תודה רבה גם לדור פסקא על עבודת המחקר המעולה.

מבוא

- א. קיזוז והשבה בבית הדין לעבודה
 ב. שלילת הקיזוז וההשבה כסנקציה בגין סיווג מוטעה
 1. שלילת הקיזוז
 2. שלילת ההשבה
 ג. פיצוי עונשי כחלופה לשלילת הקיזוז
 1. כללי
 2. היקפו של הפיצוי העונשי כסנקציה בגין סיווג מוטעה
 (א) גישה ראשונה: הרתעה מפני סיווגים מוטעים הפוגעים ברווחת העובד
 (ב) גישה שנייה: הרתעה מפני כלל הסיווגים המוטעים
 (ג) סנקציה עונשית בגין סיכויי תביעה נמוכים?
 ד. קשיים בכימות הנזק
 סיכום

מבוא

אחת משאלות היסוד הניצבות בבסיסה של כל מערכת רגולטורית היא כיצד להרתיע מפני הפרה של הוראותיה. בדיני העבודה שאלה זו מוצאת את אחד מביטוייה המובהקים בנסיבות שבהן צדדים מסווגים את יחסיהם כיחסי מזמין וקבלן, אף שלאמיתו של דבר יחסיהם הם של עובד ומעסיק. מובן שתוצאה אחת הנובעת מן הסיווג הקבלני היא שנמנעות מן המועסק הזכויות שמקנים דיני העבודה לעובדים. אולם הסיווג הקבלני מוביל לעיתים קרובות גם לתוצאה נוספת, שדווקא מיטיבה עם המועסק; מאחר שעלות ההעסקה של "קבלן" נמוכה מזו של "עובד", המועסק זוכה בשכר גבוה מזה שהיה משולם לו אילו סיווגו הצדדים את יחסיהם כיחסי עבודה.

המקרה הטיפוסי שבו סיווג מוטעה מגיע לדיון שיפוטי הוא מקרה שבו תקופת ההעסקה תמה, והמועסק – שהוגדר בחוזה כקבלן – תובע הכרה בדיעבד במעמדו כעובד. אם טענתו מתקבלת, התוצאה הישירה היא כי המעסיק נדרש לשלם לו את תמורתן של הזכויות הסוציאליות שנשללו ממנו בתקופת העסקתו. אולם אז מתעוררת גם שאלה מורכבת יותר – באשר לדינו של השכר ששולם לו ביתר עקב הסיווג הקבלני. המעסיק בשלב זה מבקש לטעון טענת "קיזוז": לפי טענה זו, מאחר שהשכר הקבלני עולה על שכר העובד, המעסיק זכאי לקזוז מתוך חבותו בגין הזכויות הסוציאליות את תוספת השכר ששולמה עקב הסיווג הקבלני. לעיתים פערי השכר אף עולים על ערך תמורתן של הזכויות הסוציאליות, ואז המעסיק עשוי לתבוע "השבה" – כלומר לדרוש כי לא זו בלבד שלא יישא בחבות כלשהי כלפי העובד, אלא שהעובד הוא שיישא בחבות כלפיו.

השאלה בדבר זכותו של המעסיק לקיזוז ולהשבה עומדת במרכזה של מחלוקת ארוכת שנים בבית הדין לעבודה. זאת, משום שהיא כרוכה בשאלות היסוד של דיני העבודה – בדבר תכליתם העמוקה של דינים אלה, ובדבר האמצעים הנדרשים כדי להבטיח את אכיפתם.

במבט ראשון, ההכרה בזכותו של המעסיק לקיזוז (ואולי אף להשבה) נראית על פניה מתבקשת. תיקונו של הסיווג המוטעה מיועד להציב את הצדדים במקום שבו היו עומדים לו קוימו הוראות הדין. אם העובד זוכה בתמורתן של הזכויות הסוציאליות ובמקביל מחזיר את השכר שקיבל ביתר – הרי המצב לכאורה הושב לקדמותו. לעומת זאת, אם הוא זכאי לתמורתן של הזכויות ואינו נדרש להשיב את הפרשי השכר, הרי הוא ניצב בעמדה עדיפה מזו שהיה עומד בה תחת הסיווג הנכון. במקביל לכך, המעסיק משלם יותר מהנדרש ממנו על פי דיני העבודה ואף יותר ממה שהוסכם בחוזה, שכן הוא נושא הן בעלותן של הזכויות הסוציאליות והן בעלות שכר המשקפת את אי-הקנייתן. ההכרה בתביעת המעסיק נדרשת אפוא כדי למנוע התעשרות של העובד על חשבוננו – התעשרות החורגת מן המתחייב על פי הדין הקוגנטי והמנוגדת להסכם שבין הצדדים.

אולם מורכבותה של השאלה בדבר זכות הקיזוז וההשבה מקורה בחשש, כי הכרה בלתי-מסויגת בה עלולה לנטרל את כוחם המרתיע של דיני העבודה. אם המעסיק זכאי להחזיר בגין השכר ששולם ביתר, משמעות הדבר היא כי הוא אינו נושא בסנקציה כלשהי בגין הפרתה של הרגולציה הקוגנטית. מנקודת מבטו, הסיווג המוטעה עשוי להוביל לאחת משתיים: אם העובד לא ישיג על הסיווג הקבלני, הרי עקיפתם של דיני העבודה צלחה; ואם יתבע סיווג מחדש, הרי המעסיק יישא באותה העלות שהיה נושא בה לו סווגו היחסים מלכתחילה כחסי עבודה. לפיכך הניסיון לעקוף את דיני העבודה טומן בחובו פוטנציאל לרווח עבור המעסיק, מבלי שכרוך בו סיכון להפסד. החשש הוא אפוא כי הכרה בזכויות הקיזוז וההשבה עלולה לפגום באפקטיביות של הרגולציה ולערער את כוחה המרתיע.

כאמור, ההתלבטות שבין שני השיקולים האמורים – השאיפה למנוע התעשרות בלתי-מוצדקת מצד אחד, והצורך להרתיע מפני הפרת הדין מן הצד האחר – מוצאת את ביטויה במחלוקת ארוכת שנים בפסיקה של בית הדין הארצי לעבודה. לאורך השנים היו בקרב שופטיו מי שתמכו בהכרה רחבה בזכות הקיזוז (ובמידה פחותה בזכות להשבה), והיו מי שתמכו בהכרה מצומצמת בה. ההלכה, אפוא, השתנתה, התעדכנה והתהפכה בבית הדין שוב ושוב. התחושה כי מה שעומד מנגד הוא כושר עמידתה של המערכת הרגולטורית כולה הקשתה על ההתכנסות לעבר פתרון מוסכם.

מאמר זה מבקש לבחון את השאלה מהם מאפייניה הרצויים של סנקציה בגין עקיפתם של דיני העבודה באמצעות סיווג מוטעה. מסקנה מרכזית שתעלה מן הניתוח היא כי שלילת הקיזוז וההשבה אינה סנקציה רצויה. הקושי המרכזי נובע מהיעדרו של יחס ישר בין מידת חומרתה של הסנקציה ובין חומרת ההתנהגות שבגינה היא מוטלת. כדי לסנקציה תהיה אפקטיבית עליה להיות כבדה יותר כאשר הפרה חמורה, וקלה יותר כאשר הפרה קלה. ואולם לשלילת הקיזוז וההשבה מאפיינים הפוכים: כשהשכר הקבלני נמוך, היא משיתה על המעסיק עלות נמוכה (או אפסית), ודווקא כאשר השכר הקבלני גבוה היא משיתה עליו עלות כבדה. בכך היא מובילה להרתעת חסר מפני הפרות חמורות, להרתעת יתר מפני הפרות קלות ולכישלון ביצירתה של הרתעה שולית.¹ מבנה זה פוגע בכוחם של דיני העבודה להכווין את התנהגותם של מעסיקים. יתרה מזו, מהיבט הצדק, הסנקציה מפרה את "עקרון ההלימה",

1 "הרתעה שולית" משמעה תמרוצו של מי שכבר בחר להפר את הדין, כך שיעדיף הפרה קלה על פני הפרה חמורה. לדיון נרחב יותר, ראו להלן פרק ב.1.

המחייב התאמה בין משקלה של ההפרה למשקלה של הסנקציה. זהו עקרון יסוד במדיניות ענישה, המשותף לסנקציות פליליות ואזרחיות כאחד.

ככל שנדרשת סנקציה מרתיעה בגין סיווג מוטעה, פיצוי עונשי הוא אמצעי עדיף משלילת הקיזוז. פיצוי עונשי מאפשר ליצור מתאם בין חומרת הסנקציה לחומרת ההפרה. הוא מאפשר השהה של סנקציה חמורה כאשר השכר הקבלני נמוך, וסנקציה קלה יותר כאשר השכר הקבלני גבוה. החלפה של שלילת הקיזוז בפיצוי עונשי תאפשר אפוא להימנע מהרתעת החסר ומהרתעת היתר; היא תאפשר ליצור הרתעה שולית רצויה, ואף תאפשר להימנע מהפרתו של עקרון ההלימה.

מעבר זה אל הפיצוי העונשי מעורר שאלה מסדר שני, והיא השאלה כיצד ראוי לקבוע את שיעורו. שאלה זו בתורה קשורה קשר הדוק לפרשנות תכליתו של הדין המהותי. תפיסות שונות באשר לתכליתם העמוקה של דיני העבודה עשויות להוביל למסקנות שונות בדבר מאפייניה של המדיניות העונשית הרצויה.² לאור זאת נבחין לצורך הדיון בין שתי תפיסות מקובלות באשר לתכליתם של דינים אלה. על פי תפיסה אחת, דיני העבודה מיועדים למנוע את ניצולו של העובד בידי המעסיק, שלעיתים מחזיק ביתרון של כוח, ביתרון של מידע וביתרון של שליטה הנובעים מסמכות הניהול שלו. דיני העבודה מבקשים בנסיבות אלה להגן על העובד, ולהבטיח כי רווחתו לא תפחת מסף מינימלי. תפיסה זו רואה אפוא את מטרתם המרכזית של דיני העבודה בהגנה על רווחתו של העובד.³ לעומת זאת על פי התפיסה האחרת מטרתם של דיני העבודה היא למנוע את המקח והממכר בזכויות בסיסיות של העובד, שכן מסחורן (ה"קומודיפיקציה" שלהן) גורע כשלעצמו ממעמדו כבן-אנוש. על פי תפיסה זו דיני העבודה מבקשים להותיר זכויות מסוימות של העובד, הקשורות לאנושיותו, מחוץ לזירת המסחר השוקי. תפיסה זו עשויה אפוא להצדיק הגבלה על זכות ההתניה, גם אם הגבלה זו אינה מקדמת את רווחת העובד ואולי אפילו כאשר היא גורעת ממנה.⁴

עמדה המתמקדת בקידום רווחתו של העובד נדרשת להכיר בכך שלסיווג המוטעה השפעות נוגדות על רווחה זו. מנקודת מבטו של העובד, הסיווג המוטעה טומן בחובו הן חיסרון (בדמות שלילת הזכויות על פי דיני העבודה) והן יתרון (בדמות השכר הקבלני הגבוה). מדיניות המבקשת לקדם את רווחת העובד נדרשת אפוא להביא בחשבון את שני השיקולים האמורים כאחד; עליה להרתיע את המעסיק מפני סיווג מוטעה בנסיבות שבהן הוא פוגע ברווחת העובד, אך להימנע מן ההרתעה כאשר הוא משפר רווחה זו. לעומת זאת עמדה המבקשת למנוע כל התניה שוקית על הזכויות הסוציאליות עשויה שלא לראות הצדקה לסיווג המוטעה אפילו כאשר יש בו כדי להיטיב עם העובד.

הניתוח מעלה כי תחת תפיסה המתמקדת בהגנה על רווחת העובד, הרתעה אפקטיבית ככלל מתקבלת כאשר זכות הקיזוז מוכרת, ופיצוי עונשי אינו מוטל. חריג לכך חל במצבים שבהם מתעורר חשש כי עובדים עלולים שלא לתבוע חרף זכאותם לפיצוי חיובי. במקרים אלה פיצוי עונשי יידרש כדי למלא את החסר ההרתעתי שנגרם עקב אי-הנכונות לתבוע, ובמידה הנדרשת כדי למלא חסר זה. לעומת זאת תחת תפיסה המבקשת למנוע כל סיווג

2 לדיון בתכליות השונות שהוצעו לדיני העבודה, ראו דיון להלן בפרק 2.ג.

3 ראו כמפורט להלן בפרק 2.ג.א).

4 ראו כמפורט להלן בפרק 2.ג.ב).

מוטעה כאשר הוא, נדרש פיצוי עונשי המבטיח כי המעסיק לא יפיק ממנו כל רווח. היקף הפיצוי תחת גישה זו ייטה אפוא להיות גבוה יותר.

שתי תפיסות תרופתיות אלה מתיישבות עם אופיים הקוגנטי של דיני העבודה, אם כי הן נשענות על פרשנויות שונות בדבר תכליתם. שתי התפיסות מבקשות להרתיע מפני כל התנה חוזית שיש בה כדי לגרוע מסף הרווחה המינימלי שדיני העבודה מבקשים להבטיח לעובד. שתיהן מבטיחות, כי אם יחסי העבודה סווגו בדרך השוללת את זכויות העובד, רווחתו בסופו של ההליך לא תהיה נמוכה משהייתה אילו זכויותיו הוקנו לו. הפער שבין התפיסות נוגע לשאלה עד כמה הסנקציה בגין הסיווג המוטעה צריכה להרחיק לכת. על פי תפיסה המעמידה את רווחת העובד במרכז, אין צורך לקבוע סנקציה מרתיעה כאשר הסיווג הקבלני שיפר את רווחת העובד. על פי תפיסה המבקשת למנוע את עצם ההתניה החוזית, הרי יש לקבוע סנקציה מרתיעה בכל מצב שבו היחסים סווגו באופן מוטעה, וזאת בין שהסיווג שיפר את רווחת העובד ובין שהוא גרע ממנה.⁵

שתי התפיסות כאשר לתכליתם של דיני העבודה חולקות את הנחת הבסיס, שלפיה המעסיק נדרש לשאת (לפחות) במלוא הנזק שגרם לעובד באמצעות הסיווג המוטעה. לאור זאת שתי הגישות מסכימות, כי – בניגוד למקובל כיום – בחישובו של נזק זה יובאו בחשבון לא רק הזכויות הממוניות שנשללו (כגון תשלום עבור שעות נוספות, דמי חופשה או פיצויי פיטורין), אלא גם הזכויות הלא-ממוניות (כגון האפשרות לקידום, לביטחון תעסוקתי, להשתלבות חברתית במקום העבודה וכדומה). הזכויות הלא-ממוניות הן קשות לכימות, שכן ערכן לעובד נגזר משורה של משתנים סובייקטיביים וספקולטיביים, שהוכחתם קשה או בלתי-אפשרית.⁶ קושי זה שימש בעבר הצדקה לשלילת הקיזוז. אלא שלנוכח חסרונותיה של סנקציה זו עדיף להחליפה בפיצוי על נזק לא-ממוני, הנפסק בדרך של אומדנה. הפיצוי בגין זכויות אלה אינו פיצוי עונשי, שכן הוא מיועד להיטיב נזק שנגרם בפועל עקב ההעסקה

5 לדיון בדרכים שונות ומגוונות שבהן אפשר לעצב כללים קוגנטיים, לרבות בהיבטים תרופתיים, ראו Eyal Zamir & Ian Ayres, *Mandatory Rules* (2019), available at <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3420179>. הצורך לבחור בין אפשרויות תרופתיות שונות בגין הפרה של הוראה כופה מתעורר גם בהקשרים אחרים במשפט. טלו למשל הוראה בדיני הנזיקין, המגדירה התנהגות מסוימת כ"עוולה". בהינתן הגדרה זו על הדין לקבוע הסדר תרופתי המרתיע מפני הפרתה. אפשרות אחת היא לקבוע, כי המעוול יחוב כלפי הניזוק פיצוי השווה לגובה הנזק (כמקובל בדיני הנזיקין הנוהגים). אפשרות אחרת היא לקבוע, כי המעוול יחוב פיצוי שיאיין את התועלת שהפיק מן המעשה. לכל אחת מן האפשרויות השלכות שונות על תמריצי ההתנהגות של מזיקים. האפשרות הראשונה עשויה לתמרץ מזיק לבצע את העוולה בנסיבות שבהן תועלתו מן המעשה עולה על הנזק שייגרם לניזוק. האפשרות השנייה מרתיעה מפני ביצוע העוולה בכל הנסיבות, ללא תלות ביחס שבין התועלת ובין הנזק. ואולם בהבדל זה שבין ההסדרים התרופתיים אין כדי לטשטש את המכנה המשותף ביניהם; שניהם כאחד מקנים תוקף ומשמעות להגדרת המעשה כעוולה במובן זה ששניהם מגינים על הניזוק מפני הנזק שההתנהגות העוולתית הייתה גורמת לו. שאלת האיסור ושאלת התרופה הן אפוא שאלות נפרדות, במובן זה שאופייה הרצוי של התרופה אינו נובע בהכרח מעצם קיומו של האיסור.

6 לדיון, ראו להלן פרק ד.

הקבלנית. אך לאור הקושי הטבוע בכימותו, יש לפסוק פיצוי זה ללא עמידה על הוכחת שיעורו של הנזק. לבית הדין סמכות הקבועה בחוק, המאפשרת פסיקת פיצוי בדרך זו.⁷

*

המאמר עוסק בשאלה כיצד ראוי להתמודד עם הפרתם של דיני העבודה באמצעות סיווג מוטעה. הוא מתמקד אפוא בשאלת התרופה בגין הפרתה של הזכות, להבדיל מדיון במאפייניה של הזכות עצמה. אף שאופייה הרצוי של התרופה נגזר מתכליתה של הזכות המהותית, המאמר אינו נוקט עמדה בשאלה איזו מן התפיסות המתחרות עדיפה. במקום זאת הוא עוסק בשאלה מהו ההסדר התרופתי הנגזר מכל אחת מן התפיסות המוצגות. ההנחה המרכזית העומדת בבסיס הדיון היא כי בעצם אימוצה של רגולציה מגולמת התכלית כי הוראותיה יקוימו, וכי תהיה הרתעה מפני הפרתן. הניתוח מצביע על הקושי שמעוררים הכללים הקיימים בהיבט ההרתעתי, ומציע דרכים להתמודדות עמו.

המאמר בנוי באופן הבא: פרק א מציג את התפתחות ההלכה בסוגיית הסיווג המוטעה בבית הדין לעבודה ואת המחלוקות העקרוניות שליוו אותה. פרק ב בוחן את ההשלכות של שלילת הקיזוז וההשבה בהיבט ההרתעה ובהיבט ההלימה, ומסביר מדוע רצוי להחליף את שלילת הקיזוז בסנקציה חלופית. פרק ג מציג את יתרונותיו היחסיים של הפיצוי העונשי, ובוחר את היקפו הרצוי כנגזר מן התפיסות השונות בדבר תכליתם של דיני העבודה. פרק ד דן בקושי לכמת את הנזק הלא-ממוני שגורם הסיווג המוטעה, ובדרכי ההתמודדות עם קושי זה. הפרק האחרון מסכם.

א. קיזוז והשבה בבית הדין לעבודה

שאלת הסיווג המוטעה נדונה למכביר בעשורים האחרונים בבתי הדין לעבודה, ושופטים שונים הביעו בעניינה עמדות שונות ומנוגדות. בתחילת הדרך בית הדין לא ראה בהקניית הזכויות לקיזוז ולהשבה משום איום על כוחם המרתיע של דיני העבודה.⁸ על פי תפיסתו, תכליתם של דיני העבודה היא לקבוע רף זכויות מינימלי שבו מחויבים הצדדים לעמוד; לפיכך כל הסדר חוזי המקיים את הסטנדרט הנדרש ואינו מבקש להתנות עליו – יש להקנות לו תוקף.

על רקע זה הוכר בפרשת גדרון תוקפה של הוראה חוזית שנכללה בחוזה קבלני, אשר קבעה מה יהיה שכרו של המועסק אם יסווג בדיעבד כעובד.⁹ בית הדין קבע כי כל עוד שכר העובד שנקבע בחוזה עומד בסטנדרטים המינימליים הנדרשים על פי דיני העבודה, הצדדים רשאים לקבוע את היקפו, ובית הדין יכבד את קביעתם. הוראות מסוג זה, שמאז זכו לכינוי

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

8 ראו למשל נחום פינברג "גמישות חוזית ביחסי עבודה" הפרקליט מ 422, 428-424 (1992); שרון רבין מרגליות "נקודות מפנה במשפט העבודה האישי" דין ודברים ו 341, 350 (2011).

9 דב"ע (ארצי) מ/128-3 גדרון – מדינת ישראל, פס" 8 לפסק דינו של השופט אדלר (פורסם בנבו, 15.6.1987).

"סעיפי גדרון", סללו אפוא את הדרך לקיזוז ולהשבה: באמצעות הסכמה על שכר קבלני גבוה ושכר עובד נמוך, סעיפי גדרון אפשרו למעסיקים לתבוע חוזר של השכר ששולם ביתר עקב הסיווג מחדש. פסקי דין מאוחרים הכירו אפוא בסעיפי גדרון,¹⁰ ובמקרים מסוימים אף הכירו בזכות לקיזוז בהיעדרו של סעיף כזה.¹¹ הכרה זו נומקה בעיקר בטעמים של תום לב ושל מניעת התעשרות שלא כדין.^{12,13}

- 10 ראו למשל דב"ע (ארצי) נד/77-3 רוטנברג – תדיראן בע"מ, פד"ע כו 454 (1994).
- 11 ראו למשל דב"ע (ארצי) נה/145-3 מדינת ישראל, משרד השיכון – בוכריס, פד"ע לו(1) 1, 10 (2001). ראו את דברי השופטת ברק: "נראה לי, שאם יתברר שהעובד בעל ההסכם האישי קיבל יותר כסף מעובד במעמדו ודרגתו אין מניעה לחייב אותו עובד בהשבת ההפרש. עובד כזה התעשר שלא כדין ועל כן יש להשיב את מצבו לקדמותו כפי שהיה אילו קיבל משכורת של עובד". עמדה זו הובעה על ידה גם ב"ע"ע (ארצי) 300267/98 טויטו – מ.ש.ב. הנדסת קירור למיווג אוויר (1965) בע"מ, פד"ע לז 354, 363 (2002). ראו גם ע"ע (ארצי) 300256/98 אייזיק – תה"ל תכנון המים לישראל בע"מ, פ"ד לו 817, 831 (2001); ע"ע (ארצי) 1039/02 עמית – מדינת ישראל-משרד הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 19.5.2003) (עמדת השופטת ארד בהסכמת הנשיא אדלר וסגנית הנשיא ברק); וכן עמדת השופט צור ב"ע"ע (ארצי) 570/07 סיברמן – מקורות חברת מים בע"מ (פורסם בנבו, 24.12.2009).
- 12 ראו ע"ע (ארצי) 99/06 מרכו קהילתי רמת הגולן – יפהר, פס" 7-10 לפסק דינו של השופט צור (פורסם בנבו, 24.6.2007). ראו גם ע"ע (ארצי) 10-09-31997 רבזין – בנק לאומי לישראל בע"מ, פס" 18, 21 לפסק דינה של השופטת ורבנר (פורסם בנבו, 29.3.2012). עמדה זו נומקה גם באי-השוויון שהיה נוצר בין עובדים שחווה ההעסקה עימם כלל סעיף גדרון לעומת אחרים שבחזיהם לא נכלל סעיף שכזה. ראו לעניין זה גם את עמדתו של השופט פליטמן בפרשת אייזיק, לעיל ה"ש 11, בעמ' 851.
- 13 לאחרונה נמתחה ביקורת על ביסוסה הדוקטרינרי של הזכות לקיזוז ולהשבה על דיני עשיית עושר ולא במשפט. לפי טענת הביקורת המעסיק אינו זכאי להשבה של פערי השכר מכוח דיני עשיית עושר, שכן חובתו לשלם את השכר הקבלני מקורה בחוזה תקף. ראו דוד לופו ומורן סבוראי "האם אכן 'חובת ההשבה'? על הדין הראוי בעת הכרה ביחסי עובד-מעסיק בריעבר" ספר סטיב אדלר 543, 551-552 (יצחק אליאסוף ואח' עורכים, 2016) (הספר להלן: ספר סטיב אדלר). עמדה דומה הביעה גם השופטת דוידוב-מוטולה בפס" 56 לחוות דעתה ב"ע"ע (ארצי) 110/10 רופא – מרקם סוכנות לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 22.12.2011). אכן, התעשרות שמקורה בזכות חוזית היא ככלל התעשרות "כדין", שדיני עשיית עושר אינם חלים בעניינה. ואולם בהקשר הנוכחי זיכוי של עובד הן בערך הזכויות הסוציאליות והן בשכר הקבלני מצמיח טובת הנאה העולה על טובת הנאה שהוסכם עליה בחוזה. כאשר טובת הנאה חורגת מן הזכות החוזית, אין לשלול את תחולתם של דיני עשיית עושר. ראו לעניין זה דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 138-139 (מהדורה שלישית, 2015) ("מי שזוכה בטובת הנאה כזו [החורגת מן החוזה – י' פ'], איננו יכול לחסות בצילו של החוזה ולטעון שהוא מזכה אותו בטובת הנאה זו"). ראו גם גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני החוזים – התרופות, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 703-705 (2009). שאלה נפרדת היא אם ראוי, במסגרתם של דיני עשיית עושר, להורות בנסיבות אלה על השבה. זוהי שאלה של מדיניות, שלבית המשפט נתון שיקול דעת בעניינה (ראו ס' 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979). על ההכרעה בשאלה להיגזר מן ההשלכות הצפויות של ההשבה, ובפרט מן היחס שבין השלכות אלה לתכליתם של דיני העבודה (על טיבה של הפרשנות התכליתית באשר

בהמשך הדרך הלכה והתפתחה בבית הדין תפיסה מתחרה, אשר בניגוד לתפיסה המקורית ראתה בקיזוז ובהשבה משום איום על תוקפם המחייב של דיני העבודה.¹⁴ החשש היה, כי אם בעת סיווג מחדש המעסיק יהיה זכאי לעמוד באותו המקום שבו היה עומד לו קיים את הוראות הדין, הרי אז הפרת הדין תהיה נטולת עלות עבורו. בהיעדר סנקציה, החשש הוא כי למעסיק לא יהיה תמריץ מספיק להימנע מן הסיווג המוטעה מלכתחילה. יתרה מזו, הובע חשש כי קיזוז והשבה יותירו את המעסיק בעמדה עדיפה מזו שהיה ניצב בה לו סווגו היחסים נכונה, משום שחלק מזכויות העובד אינן ממוניות, וכימותן קשה להוכחה.¹⁵ על רקע זה ראתה גישה זו בשלילת הקיזוז וההשבה משום אמצעי להתמודדות עם הבעיה. הטלת סנקציה על המעסיק צפויה לעודדו לקיים את הזכויות בעין; וככל שהיא צפויה להצליח בכך, קשיי הכימות ממילא אינם צפויים להתעורר.

ההתנגדות לקיזוז ולהשבה נבעה גם מטעם נוסף, הממוקד בתמריציו של העובד. בהקשר זה הובע החשש כי הכרה בזכות הקיזוז וההשבה תרתיע עובדים מלהגיש תביעות בגין סיווגים מוטעים. הכרה בזכותו של המעסיק לקיזוז משמעה ירידה בערך תביעתו של העובד. חמור מכך, הכרה בזכות המעסיק להשבה עלולה אף לחשוף את העובד לחבות

לתחולתם של דיני עשיית עושר על רקע של חוזה תקף, ראו ד"ר 20/82 אדרס חמרי בניין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221 (1988), ובייחוד את פסק דינו של השופט (ברק). לחלופין אפשר לבסס את זכות הקיזוז וההשבה גם על עקרון תום הלב בקיום חיובים, לפי ס' 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 694. עמידה הן על תשלום השכר הקבלני והן על תשלום ערכן של הזכויות הסוציאליות עשויה להתפרש כעמדה הנוגדת את רוח העסקה ומטרתה, ולפיכך כעמדה שאינה מתיישבת עם חובת תום הלב. לדיון בקטגוריה זו, ראו גבריאלה שלו דיני חוזים החלק הכללי – לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 106 (2005). מובן שהשאלה אם ראוי להכיר בזכות הקיזוז מכוח חובת תום הלב היא שאלה של מדיניות. לעמדות שונות באשר לתחולתה ולדרכי הפעלתה של חובת תום הלב בדיני העבודה, ראו חני אופק-גנדלר "זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב – הרהורים חוקתיים על משפט העבודה" משפטים 63 (2007), ואלישבע ברק-אוסוסקין "הלעולם קוגנטי? דרכו של בית הדין בנתיבי ההגמשה לאור עקרון תום הלב" ספר אליקה ברק-אוסוסקין 59, 126-129 (סטפן אדלר ואח' עורכים, 2012).

14 ראו למשל את פרשת אייזיק, לעיל ה"ש 11, בעמ' 845-846; פרשת טויטו, לעיל ה"ש 11, בעמ' 367-368. פרשת רופא, לעיל ה"ש 31, בפס' 47-49 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

15 ראו למשל את עמדת השופטת רוזנפלד בפרשת טיברמן, לעיל ה"ש 11, ואת עמדת השופטת דוידוב-מוטולה בפרשת רופא, לעיל ה"ש 13. השופטת דוידוב-מוטולה מנתה בהקשר זה את הזכויות הבאות: "אפשרויות קידום, ביטחון תעסוקתי בדמות הגנה מפני פיטורים שלא כדין, קבלה בעין ובזמן אמת של הזכויות הסוציאליות הנקובות בחוקי המגן ובהסכמים הקיבוציים, הזכות לבחור ולהיבחר לנציגות העובדים ולקבל את סיועה הארגוני משך כל תקופת העבודה, הזכות לקחת חלק במאבק קיבוצי ושביתה, הזכות – והחובה – לקיים יחסי שיתוף מול המעסיק תוך תחושת שייכות למקום העבודה וגם 'מערכת יחסים אישית ואנושית... באופן סביר בהתאם לסוג העיסוק בו מדובר' " (עמ' 25 לפסק הדין). ראו גם ע"ע (ארצי) 450/07 גלובוס גרופ בע"מ – מלכא, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא אדלר (פורסם בנבו, 7.3.2010).

כלפי המעסיק.¹⁶ לפיכך, מדיניות המתירה קיזוז והשבה עלולה להרתיע עובדים מלתבוע. שלילת הקיזוז וההשבה צפויה אפוא לחזק את תמריצי התביעה, ואגב כך גם לחזק גם את כוחו ההרתעתי של הדין.

לאור זאת הלכה והתבססה בבית הדין עמדה הדוגלת בהגבלתם של הקיזוז ושל ההשבה. עמדה זו, שמאוחר יותר זכתה לכינוי "הגישה ההרתעית",¹⁷ הגבילה במידה ניכרת את זכות הקיזוז, ושללה לחלוטין את זכות ההשבה.¹⁸ זכות הקיזוז הוכרה רק בהתקיים שני תנאים מצטברים: ראשית, כי השכר הקבלני יהיה גבוה במידה "ניכרת" מן השכר שהיה משולם למועסק כעובד;¹⁹ ושנית, כי יתקיים אחד מהשניים הבאים: (א) שהחווה יכול ל"סעיף גדרון"; או (ב) שיתברר כי לעובד ניתנה האפשרות לבחור במעמד של "עובד", אך הוא בחר במתכונת ההעסקה הקבלנית מרצונו.²⁰ במקביל לבחינתם של תנאים אלה נקבע, שבהפעלת שיקול הדעת יוקנה משקל למידת תום ליבם של הצדדים. בפרט, אם העובד הוא שיוזם את מתכונת ההעסקה הקבלנית ונהנה ממנה, ובתביעתו להכרה כ"עובד" הוא מבקש ליהנות באופן אפורטוניסטי גם מזכויותיו של עובד – הנטייה תהיה להכיר בזכות המעסיק

16 ראו למשל את הדיון בפרשת **טיברמן**, לעיל ה"ש 11, בפס' 18 לפסק דינו של הנשיא אדלר ("לדעתי, אין 'להעניש' עובד התובע את זכויותיו כעובד. האפשרות, כי תתאשר דרישה להשבה של סכומים מעבר לאלה שנפסקו במסגרת התביעה להכרה ביחסי עובד-מעביד עלולה להרתיע עובדים מהגשת תביעות כאמור ולרפות את ידיהם. סיכון כזה עומד בניגוד לעקרונות יסוד של משפט העבודה").

17 ראו את עמדת הנשיא אדלר בפרשת **טויטו**, לעיל ה"ש 11. לסקירה מאוחרת יותר, ראו את פרשת **רופא**, לעיל ה"ש 13.

18 ראו למשל את פרשת **גלובוס גרופ**, לעיל ה"ש 15, בפס' 7-8 לפסק דינו של הנשיא אדלר; פרשת **רופא**, לעיל ה"ש 13, בפס' 31 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה ("גם אם מתקיימים התנאים החריגים לביצוע קיזוז – אין לחייב את העובד להשיב סכומים העולים על אלה שנפסקו לזכותו").

19 תנאי זה נועד להקנות עדיפות למעסיקים המשלמים שכר קבלני גבוה, המגלם את אובדן הזכויות הסוציאליות. לפי עמדתו של הנשיא אדלר הפער הנבחן הוא בין השכר הקבלני ל"עלות השכר", הכוללת גם את עלותן של הזכויות הנלוות. ראו את פרשת **טיברמן**, לעיל ה"ש 11, בפס' 19 לפסק דינו של הנשיא אדלר. עם זאת הגישה הזו אינה מקובלת על הכל. ראו את חוות דעתה של השופטת רוזנפלד, שם, בפס' 4 לפסק דינה. בפס' 9 לפסק דינו בפרשת **גלובוס גרופ**, לעיל ה"ש 15, ציינ הנשיא אדלר, כי לעמדתו פער "ניכר" הוא פער העומד על 150% לכל הפחות. לעמדה דומה ראו את פסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה בפרשת **רופא**, לעיל ה"ש 13. עוד קבע הנשיא אדלר בפס' 9 לפסק דינו בפרשת **גלובוס גרופ**, שם, כי כאשר ההעסקה הקבלנית היא במשרה חלקית, שכר העבודה שיושווה לה יהיה כשל משרה מלאה, באופן המפחית במידה רבה את האפשרות כי ייוותר "פער ניכר" הנדרש לשם התרת הקיזוז.

20 פרשת **טויטו**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 369; פרשת **אייזיק**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 847; ע"ע (ארצי) 1466/04 **תדיראן בע"מ – קרסנטי**, פס' 28 לפסק דינה של השופטת וירט ליבנה (פורסם בבנו, 15.4.2007).

לקיזוז; ומנגד, אם המעסיק כפה את מתכונת ההעסקה הקבלנית על העובד, או שהפר את דיני העבודה ביודעין – הרי הנטייה תהיה לשלול את זכותו.²¹ בשלבי התפתחותה המאוחרים יותר של הגישה ההרתעתית חלו בה תמורות מסוימות, שהגבילו עוד יותר את התנאים להכרה בזכות הקיזוז. כך נקבע כי אם נכפתה על העובד מתכונת ההעסקה הקבלנית, זכות הקיזוז תישלל כליל.²² התפתחות זו ייתרה למעשה את נפקותו של סעיף גדרון, שכן תום הלב נדרש כעת כתנאי לקיזוז, בין שהחוזה כלל סעיף גדרון ובין שלא כלל סעיף כזה.²³ היו אף מי שביקשו לקבוע כי אם הסיווג המוטעה נעשה ביודעין, בית הדין לא רק ידחה את תביעת הקיזוז, אלא גם יחשב את ערכן של הזכויות הסוציאליות על בסיס השכר הקבלני – להבדיל מן השכר שהיה משולם למועסק כעובד – ובכך יגדיל את חבותו של המעסיק לאחר הסיווג המחודש.²⁴ המעבר מן הגישה המסורתית לגישה ההרתעתית לא זכה לתמיכתם של כלל השופטים בבית הדין הארצי לעבודה. לפיכך התפתחה מחלוקת בין שתי הגישות, שמצאה את ביטויה בפסיקה. לאורך תקופה ארוכה התנהלה מחלוקת זו ללא הכרעה ברורה, וההלכה בבית הדין הארצי התהפכה תדיר. הגישה המסורתית הומרה בגישה ההרתעתית בפרשות אייזיק וטיטו בשנת 2002.²⁵ כחמש שנים מאוחר יותר הושבה על כנה הגישה המסורתית, בפרשת יפהר,²⁶ ואילו שנתיים מאוחר יותר נהפכה ההלכה פעם נוספת בפרשת טיברמן.²⁷

- 21 ראו ע"ע (ארצי) 431/07 סוכנובר – מדינת ישראל-משרד הביטחון, אגף השיקום, פסק דינו של הנשיא אדלר (פורסם בנבו, 6.4.2008); בפרשת גלובוס גרופ, לעיל ה"ש 15, הנשיא אדלר הוסיף, כי כאשר מעסיק דוחק בעובד לקבל את מתכונת ההעסקה הקבלנית, יהיה זה שיקול להימנע מקיזוז. לגישת השופטת רוזנפלד בפרשת טיברמן, לעיל ה"ש 11, אם התנהגות העובד נגועה בחוסר תום לב קיצוני, הרי קיזוז עשוי להיפסק גם כאשר התנאים הנוספים שנקבעו בפרשת אייזיק אינם מתקיימים (סעיף גדרון או יוזמת העסקה קבלנית מטעם העובד). ראו שם, בפס' 4 לפסק דינה. לגישה דומה, ראו גם פרשת רופא, לעיל ה"ש 13, בפס' 59, 61 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.
- 22 פרשת גלובוס גרופ, לעיל ה"ש 15, בפס' 10 לפסק דינו של הנשיא אדלר.
- 23 פרשת רופא, לעיל ה"ש 13, בפס' 63 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.
- 24 ראו למשל את עמדתו של השופט רבינוביץ' ב"ע"ע (ארצי) 133/99 מרג'ה – מתכת סדום תעשיות (1989) בע"מ, פר"ע לח 223, 236 (2003): "לשם קידום התכלית ההרתעתית – י' פ' על בית-הדין לא רק לשלול השבה במקרים המתאימים... אלא גם... [לקבוע את התמורה הקבלנית המוסכמת – י' פ' כבסיס לחישוב הזכויות הסוציאליות, כך שהמחיר הגבוה יהפוך צורת העסקה מעין זו לבלתי כדאית" (ההדגשות במקור). עמדה זו זכתה לרוב בפסק הדין האמור, אך פסיקה מאוחרת יותר לא ציטטה אותה כהלכה.
- 25 פרשת אייזיק, לעיל ה"ש 11; פרשת טיטו, לעיל ה"ש 11.
- 26 פרשת יפהר, לעיל ה"ש 12. הלכת אייזיק נהפכה בפרשה זו בידי השופט צור בתמיכתם של שני נציגי הציבור, יעקובסון והילב. על עמדה זו חזר השופט צור גם בפסקי דין מאוחרים יותר, ראו למשל את פרשת סוכנובר, לעיל ה"ש 21; פרשת טיברמן, לעיל ה"ש 11.
- 27 שם, בפסק דינו של הנשיא אדלר.

בעוד מחלוקת זו מתנהלת, הלכה והתבססה בבית הדין גם גישה שלישית. גישה זו, שבמשך הזמן זכתה לכינוי "הגישה החישובית", שילבה יסודות משתי הגישות המתחרות הקודמות.²⁸ הגישה החישובית אימצה את הגישה ההרתעתית במצבים שבהם המעסיק ידע או היה צריך לדעת על סיווגם הנכון של יחסי העסקה. במצבים אלה נשללו הזכויות לקיוזו ולהשבה, ואף הובעה הדעה כי השכר שעל פיו יחושבו הזכויות הסוציאליות יהיה השכר הקבילני.²⁹ לעומת זאת הגישה החישובית אימצה את הגישה המסורתית בנוגע למצבים שבהם היה עשוי להתעורר ספק לגיטימי בדבר סיווגם הנכון של יחסי העסקה. במצבים אלה הוכרה זכות רחבה לקיוזו, אך נשללה הזכות להשבה.³⁰ הגישה החישובית, שהוצגה לראשונה בפרשת עברון בשנת 2011 והייתה בה דעת מיעוט, הפכה לדעת הרוב בשנת 2015 בפרשת עמיר.³¹ נכון למועד כתיבת שורות אלה זוהי ההלכה הנוהגת בבית הדין לעבודה.³²

ב. שלילת הקיוזו וההשבה כסנקציה בגין סיווג מוטעה

למרות הפער שבין הגישה ההרתעתית לגישה החישובית, שתיהן נשענות על ההנחה כי שלילת הקיוזו וההשבה היא אמצעי מתאים ליצירתה של ההרתעה הנדרשת. המחלוקת ביניהן נוגעת בעיקרה לאופי הנסיבות שבהן ראוי להחיל את הסנקציה, להבדיל ממחלוקת בדבר התאמתה העקרונית. אולם לסנקציה זו מאפיינים ההופכים אותה לסנקציה לא־רצויה. פרק זה מאיר מאפיינים אלה ודן במשמעותם.

סעיף 1 להלן בוחן את הקושי שמעוררת שלילת הקיוזו. סעיף 2 מסביר מדוע קושי זה אינו מתעורר באשר לשלילת ההשבה. מסקנת הדברים תומכת אפוא בהכרה בזכות הקיוזו, אך באי־הכרה בזכות להשבה.

1. שלילת הקיוזו

שלילת הקיוזו היא כמובן סנקציה, שבנסיבות מסוימות טמון בה כוח הרתעתי.³³ אולם תכונותיה של סנקציה זו עושות אותה לאמצעי הרתעתי לא־מתאים; לעיתים השפעתה חלשה מדי ולא־אפקטיבית, ולעיתים חמורה ומופרזת. הקשר הנוצר בגדרה בין חומרת

28 ע"ע (ארצי) 308-08 עברון – אנוש מערכות ניהול והנדסה חברה בע"מ (פורסם בנבו, 20.1.2011).

29 שם, בפס' 2 לפסק דינו של השופט פליטמן.

30 שם, בפס' 2-3 לפסק דינו של השופט פליטמן.

31 ע"ע (ארצי) 11-10-3575 עמיר – חברת החדשות הישראלית בע"מ (פורסם בנבו, 21.1.2015).

32 ראו ע"ע (ארצי) 11-09-55425 גוטמן – שיכון ובינוי אחזקות בע"מ (פורסם בנבו, 5.9.2017).

וכן תע"א (ארצי) 13-02-56745 חברת החדשות הישראלית בע"מ – צרפתי (פורסם בנבו, 14.2.2016). יש לציין כי בבית הדין הארצי לעבודה מכהנות שתי שופטות, אשר בעבר הביעו התנגדות מפורשת לעמדה זו – השופטות גליקסמן ודוידוב־מוטולה. ראו את פרשת עמיר, לעיל ה"ש 31, וכן את פרשת רופא, לעיל ה"ש 13. כמו כן, מאז שניתן פסק הדין אשר הפך את ההלכה, התמנו שופטים חדשים אשר טרם הביעו עמדה בסוגיה.

33 כאמור, זוהי "סנקציה" במובן זה, שיש בה כדי להטיל על המעסיק נטל כבד מהנדרש כדי להיטיב את נזקו של העובד עקב הסיווג המוטעה.

ההפרה שבעטייה היא מוטלת ובין גובה העלות שהיא מסבה למעסיק הוא קשר הפוך. תכונה זו מונעת יצירה של מערכת תמריצים רצויה. נוסף על כך, יש בסנקציה זו כדי להפר עקרון יסוד של צדק; בהטילה עונש קל בגין הפרות חמורות ועונש כבד בגין הפרות קלות, אין היא מקיימת את עקרון "ההלימה" העונשי. עיקרון זה, שהוא אבן יסוד בתורת הענישה,³⁴ אף נקבע כעיקרון המנחה והמכריע של מדיניות הענישה הפלילית במשפט הישראלי.³⁵ הדיון שלהלן יציג אפוא את הקושי העולה מן השימוש בשלילת הקיזוז כדרך להרתיע מפני הסיווג המוטעה. השלכותיו רלוונטיות הן לגישה ההרתעתית והן לגישה החישובית, בנסיבות שבהן הסנקציה מוחלת במסגרתן.

לשם המחשת הדברים, טלו עובד ומעסיק, המסווגים את יחסיהם באופן מוטעה כיחסי מזמין וקבלן. אילו סיווגו את יחסיהם כנדרש, שכרו של העובד היה עומד על 100. בפועל הוא סווג כקבלן, ושולם לו שכר קבלני. נשווה כעת בין שני מקרים אפשריים: במקרה אחד, השכר הקבלני עמד אף הוא על 100, ואילו במקרה האחר, השכר הקבלני עלה על שכר העובד, ועמד על 140. מנקודת מבטו של העובד המקרה הראשון חמור מן השני: אף שבשני המקרים הסיווג המוטעה שלל ממנו את זכויותיו הסוציאליות, במקרה השני גולמה בו גם הטבה, שהתבטאה בהעלאת שכרו. לאור זאת, היה אפשר לצפות כי הסנקציה שתושת על המעסיק במקרה הראשון תהיה חמורה מאשר במקרה השני.³⁶ אולם שלילת הקיזוז מובילה לתוצאה ההפוכה. דווקא במקרה הראשון – החמור יותר – היא אינה משיתה על המעסיק סנקציה כלשהי. מאחר שבמקרה זה שכר העובד והשכר הקבלני שווים, ממילא אין הפרש שכר שהמעסיק היה עשוי לקזוז. לעומת זאת במקרה השני, שבו ההפרה קלה יותר, שלילת הקיזוז היא סנקציה ממשית, שכן יש בה כדי למנוע מן המעסיק החזר שכר בגובה ערכן של הזכויות הסוציאליות.

תכונות אלה הופכות את הסנקציה לאמצעי לא-אפקטיבי להכוונת התנהגות. כשהפרש שבין שכר העובד לשכר הקבלני הוא נמוך, ערכה של זכות הקיזוז נמוך אף הוא (או, בדוגמה שלעיל, אפסי). לפיכך ההרתעה המושגת משלילתה של הזכות צפויה להיות חלשה, ובפרט עלולה להיות חלשה מדי. עבור מעסיק שלא שילם לעובד יותר לנוכח ההעסקה הקבלנית שלילת הקיזוז אינה כרוכה בעלות כלשהי, ועל כן אין בה כדי להרתיעו כלל. תוצאה זו מתקבלת דווקא במצב דברים שבו הנזק שנגרם לעובד הוא הגדול ביותר, משום שלא הוקנתה לו כל הטבה כספית כנגד שלילת זכויותיו הסוציאליות. לעומת זאת כשהפרש בין השכר הקבלני לשכר העובד גדול, כך גם הסנקציה המגולמת בשלילת הקיזוז. הרתעת המעסיק היא

34 ראו למשל ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 45-51 (1984). לדיון תיאורטי כללי, ראו Alec Walen, *Retributive Justice*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., 2016).

35 ס' 40ב' לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שכותרתו "העקרון המנחה בענישה – הלימה", קובע כך: "העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו (בסימן זה – העיקרון המנחה)".

36 זאת משום שאם נאמר אחרת משמעות הדבר היא, שבהינתן שלילתן של הזכויות הסוציאליות דיני העבודה אינם רואים חיסרון או קושי בתשלום של שכר נמוך, ההופך את ההעסקה לפוגענית יותר. ברי, כי תחת כל התפיסות הרווחות באשר לתכליתם של דיני העבודה הפרה היא חמורה יותר ככל שהיא מאפשרת העסקה פוגענית יותר.

אפוא החזקה ביותר דווקא כשנזקו של העובד הוא הקל ביותר. מאחר שאין מגבלה עקרונית על גובהה של הפרש השכר, הסנקציה הנובעת משלילת הקיזוז עלולה להיות גבוהה מדי.³⁷ הסנקציה צפויה אפוא ליצור הרתעת חסר במקרים מסוימים והרתעת יתר במקרים אחרים. זאת ועוד, חוסר האפקטיביות של שלילת הקיזוז כסנקציה הרתעתית מתבטא אף באי־יצירתה של "הרתעה שולית" מתאימה. "הרתעה שולית" עניינה האופן שבו סנקציה משפיעה על מי שכבר בחר להפר את הנורמה, אך טרם הכריע אם להפר אותה בדרך קלה או בדרך חמורה.³⁸ סנקציה מובילה ל"הרתעה שולית" רצויה, אם יש בה כדי לתמרץ מפרי חוק להעדיף הפרות קלות על פני הפרות חמורות. בהקשר של דיני העבודה, הרתעה שולית מושגת אם מעסיק שכבר החליט לסווג את יחסי העסקה באופן שגוי לכל הפחות מתומרץ לשלם למועסק שכר קבלני גבוה, המגלם מבחינה כספית את אי־הקנייתן של הזכויות הסוציאליות. אלא שגם בהיבט הרתעה השולית שלילת הקיזוז לא רק שאינה מקדמת את התוצאה הרצויה, אלא מקדמת את היפוכה. מאחר שהסנקציה עולה עם עליית השכר הקבלני, הרי היא מתמרצת מעסיקים מפריים לשלם לעובדיהם שכר קבלני נמוך ככל האפשר. אם מעסיק כבר החליט לשלול מן העובד את זכויותיו הסוציאליות, הרי כעת הוא נושא בסיכון לסנקציה כבדה יותר ככל שהשכר הקבלני גבוה יותר. לפיכך, גם בהיבט זה, הסנקציה יוצרת מבנה תמריצים הפוך מכפי שנדרש כדי להגשים את תכליתו ההרתעתית של הדין.³⁹

מעבר לשיקול הרתעה, היחס ההפוך שבין חומרת ההפרה לחומרת העונש מנוגד אף לעקרון ההלימה העונשי.⁴⁰ ודוקו, שלילת הקיזוז וההשבה היא סנקציה בעלת מאפיינים עונשיים; תכליתה אינה לפצות את העובד בגין נזק שנגרם לו, אלא להעניש את המעסיק כדי להרתיעו או כדי לגמול לו בגין הפסול שבמעשהו. אלא שסנקציה שאינה מקיימת יחס ישר בין חומרת המעשה לחומרת העונש אינה עומדת באמות המידה המתחייבות מעקרון ההלימה. לפיכך לא זו בלבד שאין בה כדי להגשים את המטרה ההרתעתית, אף אין בה כדי לקיים תכונת יסוד הנדרשת כדי שתיחשב לסנקציה צודקת.

37 בהנחה שהסנקציה שרצוי להשית על המעסיק אינה אינסופית בהיקפה, עשויים להיות הפרשי שכר שהסנקציה הנגזרת מהם עולה על הסנקציה הרצויה.

38 ראו למשל בהקשר של הדין הפלילי: George J. Stigler, *The Optimum Enforcement of Laws*, 78 J. POL. ECON. 526, 527 (1970) ("If the thief has his hands cut off for taking five dollars, he had just as well take \$5,000") ראו גם Steven Shavell, *A Note on Marginal Deterrence*, 12 INT'L REV. L. & ECON. 345 (1992).

39 בפרשת עמיר, לעיל ה"ש 31, שבה הסביר הנשיא פליטמן את טעמיו להעדפת הגישה החישובית על פני הגישה ההרתעתית, הוא ציין בין היתר, כי על פי הגישה ההרתעתית מעסיק המשלם שכר קבלני גבוה צפוי לשאת בסנקציה כבדה יותר ממעסיק המשלם שכר נמוך. הנשיא פליטמן ראה תוצאה זו כשרירותית ובלתי־צודקת, ולכן כטעם לסגת מן הגישה ההרתעתית (ראו שם, פס' 27 לפסק דינו). עם זאת הוא לא עמד על הקשר שבין מאפייני זה לבין האפקטיביות של הסנקציה כאמצעי הרתעתי. לאור זאת אף לא היה בכך כדי להשפיע על עמדתו, שלפיה גם במסגרת הגישה החישובית הקיזוז יישלל בנסיבות שבהן המעסיק ידע או היה צריך לדעת כי סיווג העסקה הוא שגוי.

40 ראו לעיל ה"ש 34 ו-35.

הקושי שמעוררת הסנקציה של שלילת הקיזוז חוצה הבדלים בתפיסות עולם באשר לתכליתם הרצויה של דיני העבודה. תהא התפיסה באשר לתכליתם אשר תהא, קשה למצוא טעם המצדיק הסרה של כל סנקציה מרתיעה כאשר ההפרה היא חמורה, והטלת סנקציה כבדה דווקא כאשר ההפרה היא קלה. קשה למצוא טעם המצדיק את תמרוצו של מעסיק, שכבר בחר להפר את הדין, להעדיף דווקא את הגרסה הפוגענית ביותר של הפרה זו. לפיכך הצורך לבחון חלופה עדיפה לשלילת הקיזוז הוא צורך בעל תחולה כללית ורחבה.

*

כאמור לעיל, הן הגישה ההרתעתית והן הגישה החישובית אינן שוללות את הקיזוז לחלוטין, אלא אך מגבילות אותו. הגישה ההרתעתית נוטה לשלול את הקיזוז כאשר פערי השכר אינם עולים על חמישים אחוזים, כאשר העובד פעל בתום לב וכאשר המעסיק לא אפשר לעובד לבחור בסיווג של יחסי עבודה.⁴¹ הגישה החישובית נוטה לשלול את הקיזוז כל אימת שהמעסיק ידע או היה צריך לדעת כי הסיווג הקבלני הוא מוטעה.⁴² בנסיבות שבהן כל אחת מן הגישות מכירה בזכות הקיזוז ברי כי הבעיות האמורות אינן צפויות להתעורר. אך הבעיות ישוּבו ויעלו בגדרן של שתי הגישות במצבים שבהם הסנקציה מוחלת במסגרתן. יש להזכיר עוד כי הן הגישה ההרתעתית במתכונתה המחמירה והן הגישה החישובית קובעות, כי כשמעסיק ידע שהסיווג מוטעה או היה צריך לדעת על כך – לא זו בלבד שהוא אינו זכאי לקיזוז, אלא שהזכויות הסוציאליות מחושבות על בסיס השכר הקבלני, להבדיל משכר העובד.⁴³ קביעה זו מחמירה את הבעיה עוד יותר, בעיקר מן ההיבט של ההרתעה השולית. לאורו של כלל זה מעסיק המשלם שכר קבלני גבוה נקנס לא רק בהפרש שבין השכר הקבלני לשכר העובד, אלא גם בתשלום גבוה יותר עבור הזכויות הסוציאליות, שכן זכויות אלה מחושבות על בסיס השכר הקבלני ששולם בפועל. התוצאה היא אפוא, כי אם מעסיק כבר החליט להפר את דיני העבודה, הוא נושא בתמריץ חזק עוד יותר להימנע מתשלום של שכר קבלני גבוה, לא רק בשל עלותו הישירה, אלא גם בשל הסנקציה המוגברת שתושג עליו אם יחסי העבודה יסווגו מחדש. גם כלל זה מנוגד אפוא לתכלית שאותה מבקשת הסנקציה לשרת.

2. שלילת ההשבה

האם אותם הנימוקים התומכים בהכרה בזכות הקיזוז תומכים גם בהכרה בזכות רחבה יותר להשבה? כפי שנדרן לעיל, טענת המעסיק מוגבלת ל"קיזוז" בלבד במקרים שבהם ההפרש שבין שכר העובד לשכר הקבלני נמוך מערכן של הזכויות הסוציאליות. טענתו חורגת מ"קיזוז" ועולה כדי טענת "השבה" כאשר הפרשי השכר עולים על ערכן של הזכויות הסוציאליות. לפיכך קבלתה של תביעת השבה משמעה כי לא זו בלבד שהמעסיק אינו חב דבר לעובד בעקבות הסיווג המחודש, אלא שהעובד הוא שחב בתשלום למעסיק.⁴⁴

41 ראו לעיל ה"ש 17-21 והטקסט הנלווה להן.

42 ראו לעיל ה"ש 28-30 והטקסט הנלווה להן.

43 ראו לעיל ה"ש 24 ו-29 והטקסט הנלווה להן.

44 ראו רות בן ישראל דיני עבודה כרך ב 399 (2002).

הגישה המסורתית תמכה בזכותו של המעסיק להשבה מן הטעם שאחרת העובד יתעשר על חשבוננו שלא על פי דין.⁴⁵ לפי עמדה זו לעובד זכות מכוח דיני העבודה לעמוד במקום שבו היה ניצב אילו הוקנו לו זכויותיו. לפיכך, אם הסיווג המוטעה הניב עבורו רווח, הרי שיקולי מניעת ההתעשרות מורים על השבתו. גישות מאוחרות יותר – הן זו ההרתעתית והן זו החישובית – לא חלקו על העמדה העקרונית שלפיה שלילת ההשבה עלולה להוביל להתעשרות של העובד, אך ראו בצורך ההרתעתי משום שיקול גובר, שיש בו כדי להכשיר התעשרות זו.⁴⁶ ואכן השיקול ההרתעתי עמד ביסוד ההבחנה שערכו גישות אלה בין הקיזוז להשבה – הבחנה שהובילה להגבלה חלקית של הקיזוז ולשלילה מוחלטת של ההשבה. החשש היה, כי האפשרות להטיל חבות על העובד כלפי המעסיק תרטיע עובדים מלהגיש תביעות בגין סיווגים מוטעים, וכי בהיעדר תמריץ מספיק לתבוע, ייחלש במידה ניכרת כוחם של דיני העבודה להכווין את התנהגותם של הצדדים.

אך את המסקנה כי ראוי לשלול את ההשבה אפשר גם להשתית על נימוק רחב וכללי יותר. הרגולציה בדיני העבודה קובעת סטנדרט מינימום שממנו אין לרדת, אך אפשר לעלות ממנו. אם חוזה אישי מקנה לעובד פחות מכפי שנדרש על פי הדין, הרי הוראות הדין גוברות עליו. אך אם החוזה מקנה יותר מן המינימום הנדרש, הרי זכויותיו של העובד מוגדרות על פי החוזה. מן היחס האמור נובעת הבחנה רלוונטית בין תביעותיו של המעסיק לקיזוז ולהשבה. הקיזוז כשלעצמו אינו פוגע בזכויותיו של העובד – לא באלה שמקורן בדין ולא באלה שמקורן בחוזה. הקיזוז אינו נוגד את הוראות הדין, משום שגם בהינתן קיזוז, בסופו של התהליך העובד זוכה לאותה התמורה שהיה מקבל אילו סווגו יחסי העסקה נכונה.⁴⁷ הקיזוז אף אינו נוגד את החוזה (מעבר לנדרש על פי דיני העבודה), משום שבהינתן קיזוז, התמורה המוקנית לו על עבודתו אינה נופלת מזו שהובטחה לו בחוזה. כל פועלו של הקיזוז הוא המרתה של תמורה כספית שהובטחה עבור עבודה קבלנית בתמורה המפצה על שלילתן של הזכויות הסוציאליות.

תביעת ההשבה לעומת זאת מפחיתה מן התמורה הכוללת שהובטחה לעובד. ההשבה אומנם אינה נוגדת את זכויותיו מכוח הדין, שכן גם בהינתן השבה הוא אינו זכאי לפחות משהיה מקבל תחת סיווג העסקה נכון; אך ההשבה פוגעת בזכותו לתמורה שנקבעה בחוזה. בגדרו של החוזה, הצדדים הסכימו כי העובד יהיה זכאי לתוספת שכר העולה על ערכן של הזכויות הסוציאליות. לפיכך, אם תתקבל תביעתו של המעסיק להשבה, יהיה בכך כדי לשחרר את המעסיק מן החיוב לשלם את התמורה המובטחת. ההשבה אינה פסולה אפוא משום שהיא נוגדת את הוראותיו של משפט העבודה; היא פסולה משום שהיא נוגדת את האמור בחוזה שבין הצדדים.

עולה מכך, שבניגוד לשלילת הקיזוז, שלילת ההשבה כלל אינה מהווה סנקציה. אין בה כדי להעניש את המעסיק, או לחייבו בתשלום תמורה גבוהה מכפי שהתחייב בחוזה. ממילא אין בשלילת ההשבה כדי לעורר את החששות השונים שמעוררת שלילת הקיזוז – להרתעת

45 ראו לעיל ה"ש 11 והטקסט הנלווה לה.

46 ראו למשל את דברי הנשיא אדלר בפס' 7 לפסק דינו בפרשת טויטו, לעיל ה"ש 11.

47 זאת בכפוף לפיצוי בגין כלל הזכויות שנשללו, לרבות הזכויות הלא-ממוניות. ראו על כך דיון להלן בפרק ד.

חסר, להרתעת יתר או לפגיעה בהרתעה השולית. מאותו הטעם אף אין לראות בשלילת ההשבה משום מקור להתעשרות שלא על פי דין מצד העובד. תשלום מלוא התמורה המובטחת מקורו בהתחייבות החוזית של המעסיק כלפיו. אין מדובר ב"התעשרות" לא־צודקת יותר מכפי שכל רווח שמפיק צד לחוזה יוצר "התעשרות" שכזאת.

סיכומו של דבר, התביעות לקיזוז ולהשבה אינן שקולות, והנימוקים להכרה בתביעה לקיזוז אינם חלים על התביעה להשבה. המעסיק מחויב מכוח החוזה לשלם את מלוא התמורה המובטחת. אי־שחרורו של המעסיק מחובה זו אינו מהווה סנקציה, ואין בו כדי להעשיר את העובד שלא כדין. נהפוך הוא: אילו הוכרה הזכות להשבה, היה בכך כדי להפקיע את הזכות שעליה הושתתה ההסכמה החוזית בין הצדדים.

ג. פיצוי עונשי כחלופה לשלילת הקיזוז

1. כללי

הדיון עד כה האיר את הקושי שמעוררת הסנקציה של שלילת הקיזוז. קושי זה בא לידי ביטוי הן בהיבט ההרתעה והן בהיבט ההלימה. לאור זאת מתעוררת השאלה אם ניתן לזהות סנקציה חלופית לשלילת הקיזוז, שתכונותיה עדיפות.

פרק זה מציע כי פיצוי עונשי עשוי לשמש חלופה שכזאת. פיצוי עונשי, מטבעו, מאפשר להתאים את גובה הסנקציה לחומרת ההפרה. שיעורו של הפיצוי העונשי יכול להיקבע כך שיהיה גבוה יותר כאשר ההפרה היא חמורה, ונמוך יותר כאשר ההפרה היא קלה. בתוך כך, פיצוי עונשי המוחל היטב עשוי להבטיח, כי בהתאם לרמת ההרתעה המבוקשת, ההרתעה מפני הפרות חמורות לא תהיה נמוכה מדי וההרתעה מפני הפרות קלות לא תהיה מופרזת. יתרה מזו, שמירה על יחס ישר בין היקף הפיצוי לחומרת ההפרה תאפשר יצירה של הרתעה שולית רצויה. שיעורו של הפיצוי העונשי אף עשוי להיות רגיש לטיב היסוד הנפשי שבבסיס ההפרה. מעסיק שניסה בידועין לעקוף את דיני העבודה, ושעל כן נדרשת בעניינו הרתעה ממשית יותר, יישא בשיעור פיצוי גבוה יותר.⁴⁸ לעומת זאת מעסיק ששגה בתום לב בסיווגם של יחסי ההעסקה – בייחוד לנוכח העמימות האפשרית באשר להגדרתם של יחסי עובד ומעסיק⁴⁹ – יישא בפיצוי בשיעור מופחת (או שלא יישא בפיצוי עונשי כלל). המדיניות

48 ראו אור קרסין "הדוקטרינה של פיצויים עונשיים במשפט הישראלי – בחינה מחודשת" מחקרי משפט כט 571, 606–611 (2014); ע"א 2144/13 עזבון מנטין נ' הרשות הפלסטינאית, פס' 136–138 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 6.12.2017); ע"א 4576/08 בן־צבי נ' היס, פס' 38 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 7.7.2011); ע"א 1080/07 עזבון פלוני נ' משטרת ישראל, פס' 10 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 8.11.2009); בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פס' 36 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 15.4.2015). על הקשר שבין פיצוי עונשי יעיל ליסוד הנפשי של המפר, ראו A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARV. L. REV. 869, 908-909 (1998).

49 שיקול זה הוא אחד השיקולים המנחים את הגישה החישובית. ראו למשל בפרשת עברון, לעיל ה"ש 28.

המוצעת היא אפוא לבטל את המגבלות הקיימות על הקיזוז, ולקדם את המטרה ההרתעתית באמצעות פיצוי עונשי בלבד.⁵⁰

כבר מראשית ימיה של המדינה הכירה שיטת המשפט הישראלית בסמכותו של בית המשפט לפסוק פיצוי עונשי. סמכות זו שאובה בחלקה מחיקוקים ספציפיים, היוצרים אותה במפורש,⁵¹ ובחלקה האחר היא נתונה לו מכוח "סמכות טבועה", שמקורה עוד במשפט המקובל⁵² ושבת המשפט העליון הכיר בקיומה כבר בשנותיו הראשונות.⁵³ מקור כפול זה של סמכות חל גם בתחומי הקונקרטיים של משפט העבודה. לצד הוראות חוק המקנות לבית הדין סמכות מפורשת לפסוק פיצוי עונשי – ובראשה הסמכות לפסוק פיצוי הלנה⁵⁴ – בית הדין הכיר אף הוא בקיומה של סמכות כללית טבועה.⁵⁵

50 בפרשת גלובוס גרופ, לעיל ה"ש 15, הציע בית הדין האזורי לעבודה כי נוסף לכללים המגבילים את הקיזוז, יוטל על המעסיק גם פיצוי עונשי. בבית הדין הארצי דחה הנשיא אדלר הצעה זו בנימוק כי בדין הקיים ישנם הכלים הנדרשים ליצירת הרתעה, ועל כן אין צורך ברכיב עונשי נוסף (ראו שם, בפס' 11 לפסק דינו). לעומת זאת השופט רבינוביץ' תמך באותה פרשה בהצעת בית הדין האזורי (ראו שם, בפס' 10 לפסק דינו). כאמור, בשונה מן ההצעה שהובעה בבית הדין האזורי, ההצעה המובאת כאן היא להרתיע מפני הסיווג המוטעה באמצעות פיצוי עונשי מבלי לשלול את הקיזוז.

51 ראו למשל ס' 28 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981; ס' 183(ג) לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967; ס' 30א(י) (1) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982; ס' 11(א) לחוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה), התשע"ב-2012. ראו גם ס' 2(ג) לחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011, אשר בוטל בפרשת אבנרי, לעיל ה"ש 48.

52 לסקירה של הפיצוי העונשי במשפט המקובל האנגלי והאמריקני, ראו את פרשת עזבון מנטיץ, לעיל ה"ש 48, בפס' 123-128, 132 לפסק דינו של השופט סולברג. ראו גם רע"א 9670/07 פלונית נ' פלוני, פס' כד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.7.2009). לסקירה נרחבת של הסמכות בהקשר מקומי והשוואתי, אשר נוגעת גם לדיני החוזים, ראו יהודה אדר התשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים 29-108 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2003).

53 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 שיוכן בע"מ, פ"ד יב 1261, 1277 (1958). ראו גם פרשת פלונית, לעיל ה"ש 52, בפס' כב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

54 ראו ס' 26א(ב) (1) לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958; ס' 5(ב) (1) לחוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה (תנאי עבודה והליכי מיון לקבלה לעבודה), התשס"ב-2002; ס' 3(א) (1) לחוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל התקין), התשנ"ז-1997; ס' 4(ב) (1) לחוק הזכות לעבודה בישיבה ובתנאים הולמים, התשס"ז-2007; ס' 33(א) (ב) לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957. לדיון בחוקים אלה ובפרשנותם, ראו צבי פרנקל "פיצויים ללא הוכחת נזק, פיצויים ללא הוכחת נזק של ממון, ופיצויים לדוגמה בחוקי העבודה בישראל" ספר סטיב אדלר, לעיל ה"ש 13, 497, בעמ' 528-542.

55 רב"ע (ארצי) נ/129-3 פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ, פ"ד 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 ע"ע (ארצי) 10-08-33680

בפיתוח דרכי הפעלתה של הסמכות להורות על פיצוי עונשי מנו בתי המשפט ובתי הדין לעבודה כמה תכליות מרכזיות שפיצוי זה עשוי לשרת. תכלית אחת היא גמולית; במקרים שבהם נלווה למעשה אשם מוסרי כבד, הפיצוי העונשי מאפשר השתה של סנקציה החורגת מן הפיצוי הרגיל, ואשר "הולמת" את חומרתו.⁵⁶ תכלית קרובה היא זו האקספרסיבית; הפיצוי העונשי מאפשר לבית המשפט לבטא ברבים את סלידתו מן המעשה, וכן את תפיסתו כי בהטלת החובה לפצות אין כדי לבטא את מלוא חומרתו.⁵⁷ תכלית שלישית היא הרתעתית; במקרים שבהם פיצוי רגיל אינו צפוי להבטיח את ההרתעה הנדרשת, למשל משום שסיכויי הגשת התביעה נמוכים או משום שביסוס עילת התביעה מעורר קשיי הוכחה מיוחדים, פיצוי עונשי משמש להשלמת החסר ההרתעתי.⁵⁸

אך חרף יתרונותיו של הפיצוי העונשי, ולמרות ההכרה בסמכות העקרונית לפסוק אותו, הן בתי המשפט והן בתי הדין לעבודה מיעטו לממש סמכות זו בפועל.⁵⁹ ואכן לצד הטעמים

-
- דיזינגוף קלאב בע"מ – זואילי, פס' 32 לפסק דינה של הנשיאה ארד (פורסם בנבו, 16.11.2011) ("לצד סמכותם של בתי המשפט ובתי הדין לעבודה לפסוק פיצויים עונשיים הלכתיים, קיימות בדין הישראלי הוראות חוק הקובעות סמכות מפורשת לפסוק פיצויים עונשיים"); ע"ע (ארצי) 402/07 ניצנים – חברה לאבטחה וניהול פרויקטים מיוחדים בע"מ – חודאדי, פס' 47 לפסק דינה של השופטת רוזנפלד (פורסם בנבו, 19.1.2010) ("לבית הדין לעבודה נתונה הסמכות לפסוק במקרים הנמצאים מתאימים לכך, פיצויים שיש להם מאפיינים עונשיים"); ע"ע (ארצי) 30585-09-12 חברת יישום פתרונות אנושיים בע"מ – בוס, פס' 27 לפסק דינו של השופט איטח (פורסם בנבו, 4.8.2013).
- 56 ראו את פרשת עזבון מנטין, לעיל ה"ש 48, בפס' 109-111 לפסק דינו של השופט סולברג. ראו גם קרסין, לעיל ה"ש 48, בעמ' 578-580.
- 57 ראו את פרשת עזבון מנטין, לעיל ה"ש 48, בפס' 112-115 לפסק דינו של השופט סולברג, וכן קרסין, לעיל ה"ש 48, בעמ' 580-584. ראו גם גר טדסקי, יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 579 (מהדורה שנייה, 1976) ("פיצויים [עונשיים] הם פיצויים – י' פ' שעל המזיק לשלם לניזוק בסכום שאינו משקף הערכה של הנזק שגרם המזיק לניזוק על ידי עוולה, אלא בא להעניש את המזיק על התנהגותו המזיקה ובכך לבטא סלידה ממנה". דברים אלה צוטטו בהסכמה בבית הדין הארצי לעבודה בפסק הדין המנחה בנושא זה. ראו פרשת דיזינגוף קלאב, לעיל ה"ש 55, בפס' 32 לפסק דינה של הנשיאה ארד).
- 58 ראו Polinsky & Shavell, לעיל ה"ש 48. ראו גם את פרשת עזבון מנטין, לעיל ה"ש 48, בפס' 115-118 לפסק דינו של השופט סולברג; קרסין, לעיל ה"ש 48, בעמ' 589-598. בהקשר הכללי של דיני הנזיקין, ראו למשל 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"ע 8133/03 יצחק נ' לוטם שיווק בע"מ, פ"ד נט(3) 66, 75-76 (2004); ע"ע 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 (פורסם בנבו, 20.5.2010).
- 59 ראו למשל בפרשת בן-צבי, לעיל ה"ש 48, פס' 38 לפסק דינו של השופט ריבלין ("כיום מכירה הפסיקה בארץ בסמכותם של בתי המשפט לפסוק פיצויים עונשיים, אולם אלה שמורים למקרים חריגים ביותר"). ראו גם את פרשת עזבון מנטין, לעיל ה"ש 48, בפס' 134-135 לפסק דינו של השופט סולברג. בהקשר של דיני העבודה, ראו פרשת דיזינגוף קלאב, לעיל ה"ש 55, בפס' 32 לפסק דינה של הנשיאה ארד.

התומכים בפסיקתו של פיצוי עונשי, השימוש באמצעי זה עורר גם התנגדות וביקורת. טענה מרכזית נגד השימוש בפיצוי עונשי הייתה כי ההליך האזרחי חסר את ההגנות הפרוצדורליות הנדרשות לשם הצדקתה של סנקציה עונשית.⁶⁰ בניגוד למשפט הפלילי, המתנהל על פי סדרי דין וכללי ראיות המגינים על נאשם מפני הרשעת שווא, פיצוי עונשי אזרחי מוטל על בסיס כללי פרוצדורה וראיות שאין בהם את ההגנות האמורות. טענה אחרת היא, כי התנהגויות המצדיקות סנקציה עונשית לעיתים קרובות חוצות גם את הרף הפלילי, כך שההליך האזרחי וההליך הפלילי עשויים להתנהל במקביל בנוגע לאותה ההתנהגות. מאחר שייעודו של ההליך הפלילי הוא בירור של שאלות בתחום העונשי ומבנהו של ההליך מותאם לכך, עדיף שההכרעות בתחום העונשי יוכרעו כולן במסגרתו.⁶¹ טענה נוספת היא, כי פיצוי עונשי אינו צודק מנקודת המבט של יחסי הפוגע והנפגע; מאחר שהוא מותיר את הנפגע במצב עדיף מהמצב שהיה בו טרם הפגיעה (הוא מקנה לו "מתת שמיים"), אין הוא עולה בקנה אחד עם עקרונות של צדק מתקן.⁶²

ייתכן אפוא כי נטייתם של בתי המשפט ובתי הדין לעבודה למעט בפסיקה של פיצוי עונשי נובעת מקשיים אלה.⁶³ במקרים שבהם פיצוי עונשי נפסק, פסיקתו נשענת בדרך כלל על סמכות חקיקתית מפורשת, להבדיל מן הסמכות הטבועה. ואולם בסוגיית הסיווג המוטעה, האפשרות להסתייע במקורות חקוקים כדי ליצור את ההרתעה הנדרשת היא מוגבלת למדי. כאמור, הסמכות החקוקה המרכזית בדיני העבודה היא הסמכות לפסוק פיצויי הלנה. ואולם פיצויי הלנה אינם חלים על כלל הזכויות הנשללות באמצעות הסיווג המוטעה, ועל כן אין בהם כדי להרתיע מפני הפרתן. חשוב מכך, הקריטריון שעל בסיסו הם מושגות – כשיעור מערכה הכלכלי של הזכות שנשללה – אינו מאפשר לפתור את הקושי ההרתעתי נשוא הדיון. כדי לקדם הרתעה רצויה, על הפיצוי להיות גבוה יותר ככל שהעסקה הקבלנית פוגענית יותר (כלומר, ככל שהשכר ששולם בגדרה נמוך יותר). ואולם פיצויי ההלנה אינם מובילים לתוצאה זו: אם הם מחושבים על בסיס שכר העובד ההיפותטי, אזי הם אינם רגישים להיקפו של השכר הקבלני, ועל כן אינם רגישים לחומרתו של הסיווג המוטעה; ואם הם מחושבים על בסיס השכר הקבלני ששולם בפועל, אזי שיעורם עולה ככל שהשכר הקבלני עולה – כלומר הם מובילים לתוצאה הפוכה מזו הנדרשת.

60 ראו קרסין, לעיל ה"ש 48, בעמ' 584-586; פרשת עזבון מנטיין, לעיל ה"ש 48, בפס' 121 לפסק דינו של השופט סולברג. ראו גם פרנקל, לעיל ה"ש 54, בעמ' 499.

61 ואכן, תחילה נקבע כי הרציונל העונשי-הרתעתי של הפיצוי העונשי מתממש "בשעה שאין המשפט הפלילי חל". ראו ע"א 9656/03 עזבון מרציאנו נ' זינגר, פס' לד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 11.4.2005). ראו גם את פרשת עזבון אטינגר, לעיל ה"ש 58, בעמ' 563; פרשת פלונית, לעיל ה"ש 52, פס' כג-כו לפסק דינו של השופט רובינשטיין; פרשת עזבון מנטיין, לעיל ה"ש 48, פס' 140 לפסק דינו של השופט סולברג.

62 ראו את פרשת עזבון אטינגר, לעיל ה"ש 58, בעמ' 564; פרשת עזבון מנטיין, לעיל ה"ש 48, פס' 121-122 לפסק דינו של השופט סולברג, וכן את דבריו של הלורד דיפלוק המובאים שם. ראו גם Catherine M. Sharkey, *Punitive Damages as Societal Damages*, 113 YALE. L.J. 347 (2003).

63 ראו לעיל ה"ש 59.

הפיצוי העונשי אינו יכול אפוא להישען על הסמכות הקבועה בחקיקה ספציפית, ועליו להיפסק מכוח הסמכות הטבועה. אומנם, כפי שנדרון לעיל, הפיצוי העונשי אינו נקי מקשיים. ואולם גם שלילת הקיזוז לוקה באותם הקשיים עצמם. שלילת הקיזוז היא עצמה סנקציה עונשית: בשונה מסנקציה המבקשת אך לפצות את הנפגע על נזקו, היא מענישה את הפוגע כדי לגמול לו וכדי להרתיעו. אף היא מוטלת על נתבע בהליך אזרחי, מבלי שמוקנות לו הזכויות הפרוצדורליות הנלוות להליך פלילי. אף היא מותירה את התובע בעמדה עדיפה מזו שהיה ניצב בה אלמלא המעשה האסור, ובכך מקנה לו "מתת שמיים". אלא שלהבדיל מן הפיצוי העונשי המקובל, היא אף לוקה באי-התאמה בין חומרת העונש לחומרת ההפרה. בעוד שהפיצוי העונשי המקובל יכול להיקבע בדרך השומרת על יחס ישר בין חומרת ההפרה לחומרת הסנקציה, שלילת הקיזוז קובעת יחס הפוך. שלילת הקיזוז פוגעת בהרתעה העיקרית ובהרתעה השולית, ואף בתכלית האקספרסיבית של הסנקציה העונשית ובתכלית הגמול שלה. יהיו אפוא חסרונותיו של הפיצוי העונשי אשר יהיו, אין בהם כדי לבסס יתרון של שלילת הקיזוז על פניו.

מה הן אפוא האפשרויות העומדות בפני דיני העבודה כדי להתמודד עם בעיית הסיווג המוטעה? אפשרות אחת היא לוותר על סנקציה עונשית כלשהי לנוכח החסרונות הגלומים בה. אלא שעמדה זו עלולה להוביל להרתעת חסר, בעיקר במצבים שבהם עובדים עלולים שלא לתבוע בגין הפרת זכויותיהם. האפשרות האחרת היא להחיל סנקציה עונשית – מן הסוג של שלילת הקיזוז או מן הסוג של פיצוי עונשי. מן הטעמים שנדונו לעיל הפיצוי העונשי עדיף משלילת הקיזוז – הן במישור ההרתעה והן במישור ההלימה. לפיכך, ככל שנדרשת סנקציה המרתיעה מפני הפרתם של דיני העבודה, ראוי לעבור ממדיניות של שלילת קיזוז למדיניות הנשענת על פיצוי עונשי.

אף שבית הדין נמנע עד כה מלהטיל פיצוי עונשי בגין סיווג מוטעה, בפסיקתו עלתה מדי פעם האפשרות כי תושט על מעסיק חבות בגין הפרת חובת תום הלב, ששיעורה ייקבע על פי "מידת חוסר תום ליבו" של המעסיק.⁶⁴ גישה זו לא יושמה עד כה בצורה נרחבת, אך יישומה עשוי להוביל לתוצאה הדומה לזו של פיצוי עונשי. מידת חוסר תום הלב של המעסיק אינה אמת מידה לנזקו של העובד, אלא לחומרת מעשהו של המעסיק. השימוש באמת מידה זו מיועד אפוא למנוע את המעשה הפסול ולהרתיע מפניו, להבדיל מהטבת נזקו של הנפגע. אף שתוצאה זו עשויה להיות רצויה, נראה כי מבחינה דוקטרינרית עדיף במקרה זה לקרוא לילד בשמו ולכנותו בפשטות "פיצוי עונשי".⁶⁵ כך או כך, מן הטעמים שנדונו לעיל, אמצעי זה הוא עדיף משלילת הקיזוז.

64 ראו את פרשת עמיר, לעיל ה"ש 31, בפס' 23 לפסק דינו של הנשיא פליטמן, ובפס' 8-9 לפסק דינה של השופטת אנגלברג-שהם. ראו גם את פרשת צרפתי, לעיל ה"ש 32, בפס' 21 לפסק דינו של הנשיא פליטמן.

65 זאת משום שעל פי הכללים הנוהגים, חובת תום הלב אינה מקור להטלתו של פיצוי עונשי. ס' 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 אינו קובע הוראה תרופתית כלשהי בגין הפרת החובה, ואולם התפיסה הרווחת היא כי תכלית התרופה היא להיטיב את נזקו של הנפגע, להבדיל מענישת המפר. ראו לעניין זה בג"צ 59/80, שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה (1) 828 (1980).

2. היקפו של הפיצוי העונשי כסנקציה בגין סיווג מוטעה

אימוץ של פיצוי עונשי כסנקציה בגין סיווג מוטעה מעורר שאלה נוספת – מסדר שני – והיא כיצד ראוי לקבוע את היקפו של פיצוי זה. שאלת ההיקף לא התחדדה בדיון שנערך עד כה בבית הדין לעבודה, משום שהשימוש בשלילת הקיזוז הותיר לבית הדין מרחב תמרון מוגבל למדי בקביעת היקפה של הסנקציה. העונש הנגזר משלילת הקיזוז נקבע על בסיס הפרשי השכר, שהשליטה בהם נתונה לצדדים ולא לבית הדין. המעבר משלילת הקיזוז לפיצוי עונשי יקנה לבית הדין שיקול דעת בקביעת היקפה של הסנקציה, וממילא יחייבו לגבש מדיניות סדורה באשר לדרך הפעלתו.

מאחר שהפיצוי העונשי מיועד לשרת את המטרות שבבסיס הדין המהותי, היקפו הרצוי נגזר מן התפיסה בדבר תכליתו של דין זה. לדיני העבודה הוצעו תכליות שונות ומגוונות. העיקריות שבהן הן איזון כוח המיקוח המוטה לטובת המעסיק; קידומו של צדק חלוקתי; תיקון כשלי שוק; כיבוד אנושיותו של העובד; שימור התפיסה כי "עבודה אינה מצרך"; ומיתון פגיעותו הטבעה של העובד, הנובעת מיחסי הכפיפות.⁶⁶ הדיון הנוכחי מציע חלוקה של התכליות האמורות לשתי גישות כוללות מרכזיות. על פי הגישה האחת תפקידם המרכזי של דיני העבודה הוא להגן על רווחתו של העובד. מגישה זו עולה כי ראוי להרתיע מפני הסיווג המוטעה אם יש בו כדי לפגוע בעובד, אך אין להרתיע מפניו אם הוא מיטיב עימו. על פי הגישה האחרת יש להרתיע מפני כלל הסיווגים המוטעים. רמת ההרתעה הנגזרת מגישה זו עשויה להיות גבוהה יותר. הדיון שלהלן עוסק אפוא בשאלה, מהו הפיצוי העונשי הנגזר מכל אחת משתי הגישות האמורות.

(א). גישה ראשונה: הרתעה מפני סיווגים מוטעים הפוגעים ברווחת העובד

הגישה הראשונה רואה את דיני העבודה כמבקשים לקדם את רווחת העובד. על פי גישה זו "חוקי המגן", כפי ששמו מעיד עליהם, מיועדים להגן על זכותו של העובד לתמורה ולתנאי עבודה שאינם נופלים מסף מינימלי. הם מבקשים למנוע את ניצולו בידי המעסיק, גם כאשר כוח המיקוח שלו חלש, וגם אם אין בידו לעמוד על תנאי ההעסקה המינימליים בכוחות עצמו. מטרתם לקדם צדק חלוקתי, ולמתן את פגיעותו הטבעה של העובד עקב יחסי הכפיפות. גישה זו מעמידה אפוא את טובת העובד בראש מעייניה.⁶⁷

66 לדיון בתכליות אלה (ובאחרות) ובמשמעותן, ראו למשל BOUNDARIES AND FRONTIERS OF LABOUR LAW: GOALS AND MEANS IN THE REGULATION OF WORK (Guy Davidov & Brian Langille eds., 2006); THE IDEA OF LABOUR LAW (Guy Davidov & Brian Langille eds., 2011). לדיני העבודה – או למצער לחלקים מהותיים בהם – הובעה גם התנגדות, שמקורה בעיקר בניתוח הכלכלי של המשפט. לסקירה מן העת האחרונה, ראו Stewart J. Schwab, *Law-and-Economics Approaches to Labour and Employment Law*, 33 INT. J. COMP. LLIR 115 (2017).

67 כך למשל מסביר Kahn-Freund את תכליתם של דיני העבודה: "The relationship between an employer and an isolated employee is typically a relationship between a bearer of power and one who is not a bearer of power... The main object of labour law has always been, and we venture to say always will be, to be a countervailing force to

מנקודת מבט זו ההתייחסות אל הסיווג המוטעה צריכה להביא בכלל חשבון לא רק את חסרוננו של הסיווג המוטעה בשלילת הזכויות הסוציאליות, אלא גם את יתרוננו בהעלאת השכר. השפעתו הכוללת של הסיווג המוטעה על רווחת העובד תלויה ביחס שבין שתי השפעות אלה. כאשר פערי השכר נמוכים, הסיווג המוטעה פוגע ברווחתו. ואולם כאשר הם גדולים מספיק, הוא עשוי גם להיטיב עימו. הכלל המשפטי האידיאלי ימנע אפוא את הסיווג המוטעה כאשר הוא פוגע ברווחת העובד, אך יאפשר אותו כאשר הוא משפר את רווחתו.⁶⁸ כפי שיוסבר להלן, מטרה זו עשויה להיות מושגת באמצעות כלל המכיר בזכות הקיוון ושאינו מטיל פיצוי עונשי נוסף. תוצאה זו תהיה תלויה בהנחה, כי לעובדים יש את הנכונות לעמוד על זכויותיהם ולהגיש תביעה בגין הסיווג המוטעה כל אימת שערך התביעה חיובי. הדיון שלהלן יניח בשלב ראשון כי הנחה זו מתקיימת, ולאחר מכן יבחן בנפרד את משמעותה ואת השלכתה על הניתוח.⁶⁹

כדי להמחיש את תוצאותיו הצפויות של כלל הנמנע מהשתתף של פיצוי עונשי, טלו את הדוגמה הבאה. נניח כי כאשר המועסק מסווג כעובד, שכרו עומד על 100, והוא זכאי לזכויות סוציאליות שערכן 40.⁷⁰ בפועל הוא מסווג כקבלן, ושכרו הקבלני עולה על 100. נניח עוד, כי אם העובד תובע את זכויותיו בגין הסיווג השגוי, הוא זכאי לערכן של הזכויות

counteract the inequality of bargaining power which is inherent and must be inherent in the employment relationship”

PAUL DAVIES & MARK FREEDLAND, KAHN-FREUND’S LABOUR AND THE LAW 18 (3rd ed. 1983). כך, באופן דומה, מתארת מוטיבציה זו רות בן ישראל: “היד הנעלמה של השוק אינה מבטיחה בהכרח רווחה לכלל האוכלוסייה. גם אם כללי השוק מצליחים להגדיל את העוגה הכוללת, אין הדבר מחייב בהכרח שכל העובדים ייהנו מכך. נהפוך הוא, הגדלת הרווחים באופן כללי מושגת לרוב דווקא על ידי ניצול ועוני של חלק מציבור העובדים. כללי השוק החופשי עשויים להגדיל את הפערים בשכר ולגרום לעובדים בעשירונים העליונים להשתכר יותר, ולעובדים הנמנים עם העשירונים התחתונים להשתכר פחות. המעורבות החברתית נדרשת בנסיבות האלה כדי לדאוג שפערי השכר לא יגדלו על חשבון העובדים החלשים” (רות בן ישראל דיני עבודה כרך א 40 (2002)).

68 כאמור כאן אין כל הנחה קונקרטיית בדבר היקפו של הנזק (אם הוא גדול או קטן); בדבר הנסיבות שבהן ערכם של פערי השכר עולה על ערך הזכויות או בדבר כושרו הקוגניטיבי של העובד להבחין בין סיווג מוטעה המיטיב עימו לסיווג מוטעה המרע עימו. כל שהניתוח מניח הוא כי ייתכנו מצבים שבהם הסיווג המוטעה ישפר את רווחת העובד, וכי לבית הדין ישנה היכולת להעריך בדיעבד את הנזק שנגרם לו עקב הסיווג המוטעה. ההנחה האחרונה, בדבר יכולתו של בית הדין להעריך נזק זה, משותפת גם לשלוש הגישות הקיימות בבית הדין (המסורתית, ההרתעתית והחישובית). לדיון בגורמים שעשויים להקשות על הערכה זו, ראו דיון להלן בפרק ד.

69 ראו פרק ג.2.ג. להלן.

70 לצורך הטיעון אין צורך להכריע בשאלה כיצד יש לאמוד ערך זה, אם בדרך סובייקטיבית (על פי תפיסתו האינדיבידואליות של העובד), או בדרך אובייקטיבית (על פי תפיסתו של בית הדין, בדרך שעשויה לשקף שיקולים פטרנליסטיים או לשקלל מידע שאינו נתון בהכרח לעובד). תהיה אשר תהיה הדרך הרצויה לאמוד את הנזק, ההנחה היא כי דרך זו משתקפת בנתוני הדוגמה. כמו כן ההנחה היא כי נתוני הדוגמה משקפים את ערך הזכויות על כלל רכיביהן, לרבות הזכויות הלא-ממוניות. לדיון מפורט בזכויות אלה, ראו להלן בפרק ד.

הסוציאליות (בסך 40), אך מנגד המעסיק זכאי לקיזוזם של הפרשי השכר. נבחין כעת בין שתי אפשרויות: האפשרות האחת היא כי פערי השכר נמוכים מערכן של הזכויות הסוציאליות, כך שהשכר הקבלני עומד למשל על 110. בנתונים אלה הסיווג המוטעה פגע בעובד, במובן זה שערכן של הזכויות הסוציאליות עולה על תוספת השכר (10 > 40). מאחר שערך התביעה במקרה זה הוא חיובי (שכן $30 = 10 - 40$), לעובד יהיה תמריץ לתבוע גם בהיעדר פיצוי עונשי. האפשרות האחרת היא כי פערי השכר גבוהים מערכן של הזכויות הסוציאליות, כך שהשכר הקבלני עומד למשל על 150. הסיווג הקבלני היטיב אפוא עם העובד (שכן $150 < 40 + 100$). במקרה זה תביעתו תהיה חסרת ערך, משום שערכן של הזכויות הסוציאליות יקוּזו במלואן מהפרשי השכר ($0 < 50 - 40$). בהיעדר פיצוי עונשי, העובד לא יתבע אפוא במקרה זה. עולה מן הדברים כי תחת כלל שאינו מטיל פיצוי עונשי, ושמכיר בזכות הקיזוז, לעובד תמריץ לתבוע אם ורק אם הוא נפגע מן הסיווג המוטעה. בהתאם לכך, המעסיק מורתע מן הסיווג המוטעה אם יש בו כדי לפגוע ברווחתו של העובד, אך לא אחרת. זוהי מסקנה כללית, שאינה מוגבלת לנתוני הדוגמה גרידא. כאשר הסיווג המוטעה פוגע בעובד, הרי זה מפני שערכן של הזכויות הסוציאליות נמוך מהפרשי השכר; במקרים אלה, גם לאחר הקיזוז, ערכה של תביעת העובד נותר חיובי. לפיכך לעובד ישנו תמריץ לתבוע, המרתיע את המעסיק מלפגוע בו. לעומת זאת כאשר הפרשי השכר עולים על ערכן של הזכויות הסוציאליות, הסיווג המוטעה מיטיב עם העובד. בהתאם לכך, קיזוז הפרשי השכר הופך את התביעה לחסרת ערך. במקרה זה המעסיק אינו מורתע מפני הסיווג המוטעה, ואף זו תוצאה שיש בה כדי לקדם את רווחתו של העובד.

עולה מן הדברים, כי הקו המבחין בין סיווגים מוטעים שיימנעו לאלה שלא יימנעו חופף את הקו המבחין בין סיווגים מוטעים הפוגעים בעובד לאלה המיטיבים עימו. לפיכך ככל שעובדים צפויים לתבוע כאשר ערך תביעתם חיובי, ההגנה על רווחתם אינה מצריכה השתה של פיצוי עונשי. יתרה מזו, הטלה של פיצוי עונשי בנסיבות אלה צפויה לפגוע ברווחת העובד, שכן היא צפויה להרתיע מפני סיווגים מוטעים המיטיבים עימו. יש לשים לב כי הצדקה זו להכרה בזכות הקיזוז ולהימנעות מהטלתו של פיצוי עונשי חלה גם כאשר הסיווג המוטעה נקבע במכוון. ההצדקה לאי־הטלתה של סנקציה עונשית אינה נשענת על ההנחה כי הסיווג המוטעה הוא תוצר של שגגה, כי מקורו בעמימות הגדרתם של יחסי עובד־מעביד או בקושי לצפות את פסיקתו העתידית של בית הדין; היא אף אינה נשענת על הנחה כלשהי בדבר הנסיבות הקונקרטיות של ההעסקה (למשל, אם לעובד כוח מיקוח חזק או חלש) או על זהותו של הצד אשר יזם את הסיווג המוטעה (העובד או המעסיק). ההצדקה נשענת על כך שהסיווג הקבלני עשוי בנסיבות מסוימות להועיל לעובד. ההרתעה שיוצר הכלל מכוונת את תמריצייהם של הצדדים, כך שרווחתו של העובד תושא בהתחשב במכלול תנאי העסקתו. תוצאה זו מתקבלת ללא תלות באופי הנסיבות שבהן הסיווג המוטעה אומץ.⁷¹

71 מעניין לציין, כי עמדה קרובה לעמדה זו אומצה בפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה בנוגע לתשלום פרמיה גלובלית עבור שעות נוספות. חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 על פי לשונו מחייב מעקב פרטני אחר שעות העבודה הנוספות של העובד ותשלום פרמיה התואמת אותו. במקביל לכך חוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, אוסר על תשלום של "שכר כולל", שבגדרו המעסיק משלם פרמיה קבועה עבור השעות הנוספות מבלי לעקוב אחר היקפן. עם זאת בית הדין

(ב). גישה שנייה: הרתעה מפני כלל הסיווגים המוטעים

ההנחה, שלפיה תכליתם של דיני העבודה היא להגן על רווחתם של עובדים ועליה בלבד, היא כאמור הנחה השנויה במחלוקת. יש מי שרואים במימרה הידועה כי "עבודה אינה מצרך"⁷² – כמבטאת לא רק את הערך שבקידום רווחתם של עובדים, אלא גם את השאיפה להוציא את זכויותיהם הבסיסיות אל מחוץ לזירת המסחר של השוק.⁷³ על פי תפיסה זו תכלית הדין מתממשת בקביעה, כי זכויותיו היסודיות של העובד – הקשורות באנושיותו – אינן מושא למשא ומתן ואינן עומדות למכירה.⁷⁴ אין לסחור בהן ואין להציב עבורן תג מחיר כדי שהאינטראקציה המסחרית לא תשחק את התפיסה החברתית בדבר מעמדן המוסרי.⁷⁵ על פי עמדה זו, אפוא, גם שכר קבלני גבוה, שההפרש בינו לבין שכר העובד עולה על הערך

הארצי לעבודה אישר הסדר בין עובד למעסיק, שלפיו הפרמיה תשולם בסכום קבוע. ההכרה הותנתה בכך, כי התשלום הקבוע לא ייפול מן הסכום שהיה משולם עבור מספרן הממוצע של השעות הנוספות, כי שכר הבסיס שממנו נגזר תשלום זה לא ייפול משכר המינימום וכי רכיב השעות הנוספות יופיע כסעיף נפרד בתלוש השכר. הכרה זו נומקה בכך, שבתנאים אלה זכויות העובד לא יקופחו ושתכלית הדין תוגשם. ראו ע"ע (ארצי) 23402-09-15 ברד – קנסטו בע"מ (פורסם בנבו, 28.2.2017), וכן מד/34-3 (ארצי) אלון – בנק ישראל, פד"ע טז(1) 76 (1984). עמדה זו של בית הדין הארצי דומה במהותה לעמדה הנבחנת כאן, אך במובן מסוים היא מרחיקת לכת אף יותר. בסוגיית השעות הנוספות פרשנותו של בית הדין הארצי ניצבת במתח אל מול לשונו של החוק, שעל פני הדברים מורה על מעקב פרטני אחר השעות שבהן הועסק העובד בפועל. מתח דומה אינו מתעורר במקרה של הסיווג המוטעה ביחסי העבודה. גם בהקשר הנוכחי מדובר בהכרה בהסדר שאין בו כדי לקפח את זכויות העובד ושאינו מנוגד לתכליתו של הדין, אך כדי לאפשרו אין צורך להתגבר על לשונו של חוק מפורש. כל שנדרש הוא להכיר בזכות הקיזוז, שהיא עצמה זכות שאפשר לעגנה בדיני עשיית עושר או בעקרון תום הלב, ומנגד להימנע מהטלתו של פיצוי עונשי, שאין חולק כי המדיניות בדבר הטלתו נתונה לשיקול דעתו של בית הדין.

72 ראו ס' 1 להצהרת פילדלפיה משנת 1944 בדבר מטרת ארגון העבודה הבינלאומי: ILO Record of Proceedings, International Labour Conference, 26th Session, Philadelphia, Paul O'Higgins, "Labour Is Not a Commodity" An Irish (Montreal, 1944). ראו גם

73 *Contribution to International Labour Law*, 26 INDUSTRIAL LAW JOURNAL 225 (1997)
 באישיות ובאנושיות, ראו למשל ELIZABETH ANDERSON, VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS (1993); MARGARET J. RADIN, CONTESTED COMMODITIES (1996) לביקורת על עמדה זו, ראו למשל MICHAEL J. TREBILCOCK, THE LIMITS OF FREEDOM OF CONTRACT 23-58 (1993); Eric Mack, *Dominos and the Fear of Commodification*, in NOMOS XXXI: MARKETS AND JUSTICE 198 (John W. Chapman & J. Roland Pennock eds., 1989). לדיון בהקשר הישראלי, ראו אופק־גנדרלר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 78-72.

74 ראו למשל HUGH COLLINS, EMPLOYMENT LAW 3-5 (2nd ed. 2010).

75 ספרות אמפירית מסוימת תומכת בהשערה, כי בנסיבות מסוימות האפשרות לסחור בזכויות עולה לשחוק את ההתייחסות המוסרית כלפיהן. דוגמה ידועה היא זו של גניזי ורוסטיקני, Uri Gneezy & Aldo Rustichini, *A Fine is a Price*, 29 J. LEGAL STUD. 1 (2000).

המופק מן הזכויות הקוגנטיות, אין בו כדי להכשיר את הסיווג המוטעה או להצדיקו. גם אם העובד מעוניין להחליף את זכויותיו הבסיסיות בשכר גבוה, אין לאפשר לו לעשות כן. ככל שזוהי המטרה שדיני העבודה מבקשים לקדם, הרי ברי כי עשויה להיגזר מכך הצדקה להטלתו של פיצוי עונשי בגין סיווג מוטעה. פיצוי שכזה צפוי אומנם לפגוע ברווחתו של העובד, ככל שיש בו כדי להרתיע מפני סיווגים מוטעים המיטיבים עימו; אך אם רווחתו אינה נתפסת כשיקול מכריע, אזי אין בכך כדי לשלול את ההצדקה להטלתו.

גישה זו מותירה פתוחה את השאלה, כיצד יש לקבוע את היקפו הקונקרטי של הפיצוי העונשי. תפיסה הרואה פסול בסיווג המוטעה כשלעצמו, עשויה לראות שורה של שיקולים כרלוונטיים להערכת ההיקף הרצוי של פיצוי זה. כך למשל, היא עשויה לשקול את טיב היסוד הנפשי שעמד ברקע הסיווג המוטעה – אם נקבע בתום לב או במזיד; את המידה שבה ניצל המעסיק את חולשתו ואת תלותו של העובד בו כדי לשלול ממנו את זכויותיו; את גובה השכר הקבלני ששולם, ואת היחס שבינו לבין שכר העובד; את חלקו של העובד בהחלטה לאמץ את מתכונת ההעסקה הקבלנית; את המידה שבה תנאי ההעסקה בפועל חרגו מן הנדרש על פי דיני העבודה; וכן את שכיחותם הכוללת של סיווגים מוטעים ואת הצורך בהרתעת הרבים. אם המטרה היא הרתעה מוחלטת מפני כלל הסיווגים המוטעים, הרי אז על הפיצוי העונשי להיקבע באופן שיאייץ את התועלת שהפיק ממנו המעסיק. במקרה זה על בית הדין לאמוד תועלת זו, ולהבטיח כי הפיצוי העונשי יעלה עליה.

אכן, ריבוי השיקולים שעשויים להשפיע על ההחלטה בדבר היקפו של הפיצוי העונשי מקשים על יצירתן של אמות מידה אחידות ובהירות. אם על הפיצוי העונשי להיות רגיש לכלל השיקולים האמורים, היקפו הסופי יצטרך לשקף איזון ביניהם. תהליך האיזון יושפע קרוב לוודאי גם מערכיו הסובייקטיביים של השופט היושב בדיון. אכן, הקושי להיאחז בקריטריון ברור לפיצוי עומד בבסיסה של אחת ההתנגדויות המרכזיות לשימוש בפיצוי עונשי במשפט האזרחי.⁷⁶ בניגוד לפיצוי המבקש להיטיב נזק, הנגזר ממסקנה עובדתית בדבר היקף הנזק שנגרם, פיצוי עונשי נגזר ממידת חומרתו של המעשה, שהערכתה תלויה בתפיסתו הערכית של השופט. לאור זאת ייתכן, כי כברירה שבין "סטנדרט" לבין "כלל" עדיף שהחלתו של הפיצוי העונשי תידמה יותר ל"כלל", באמצעות אימוצן של נורמות פיצוי בעלות אופי קבוע וקשיח יחסית, אשר יצמצמו את מרחב שיקול הדעת ויגבירו את עקביותו של הדין ואת צפיותו.⁷⁷

אך תהיה אשר תהיה הבחירה במישור זה, אין בקושי האמור כדי לפגוע ביתרון העקרוני הנתון לפיצוי העונשי על שלילת הקיזוז, שכן גם שלילת הקיזוז היא סנקציה עונשית. אף היא מיועדת להעניש את המעסיק בגין התנהגותו הפסולה, להבדיל מפיצוי העובד בגין נזקיו. אלא שבניגוד לפיצוי העונשי, תוצאותיה הן שרירותיות. הפיצוי העונשי, על אף חסרונותיו, לכל הפחות שואף ליצור מתאם בין חומרת הפרה לחומרת הסנקציה. בהערכת היקפו של הפיצוי העונשי השופט נותן את הדעת לחומרת הפרה, ומבקש ליצור התאמה בינה לבין

76 ראו לעיל ה"ש 60-63 והטקסט הנלווה להן.

77 באשר להבחנה שבין כללים לסטנדרטים, ראו למשל Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV. L. REV. 1685 (1976); Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992).

חומרנו של העונש המוטל. הפיצוי העונשי מאפשר לשופט להסיר ממערכת השיקולים היבטים לא-רלוונטיים, המטים את התוצאה לכיוון הפוך מהנדרש, ומנגד מאפשר לו לכלול במערכת השיקולים את כלל ההיבטים שראוי להביאם בחשבון.

(ג). סנקציה עונשית בגין סיכויי תביעה נמוכים?

הדין בשתי הגישות הנורמטיביות הניח עד כה, כי כאשר יחסי העסקה מסווגים באופן מוטעה לעובד יש תמריץ לתבוע בגינם, כל עוד ערך תביעתו הוא חיובי. אולם טעמים בעלי משקל עשויים לעורר ספק באשר לנכונותה של הנחה זו. ככל שהנחה זו אינה נכונה, הרי יש בכך כדי ליצור חסר הרתעתי, אשר עשוי להצדיק את החלטה של סנקציה עונשית נוספת תחת שתי התפיסות הנורמטיביות כאחד.

הימנעותם של עובדים מלתבוע – חרף הפגיעה בהם – עשויה לנבוע מטעמים שונים. ראשית, עובד עשוי שלא להיות מודע לכך שסיווג ההעסקה הוא מוטעה, וכי יש בידו עילת תביעה בעלת ערך חיובי. זאת הן בשל חסרוננו של ידע משפטי והן בשל העמימות הטבועה בהגדרה המשפטית של המושג "עובד".⁷⁸ שנית, העובד עשוי להירתע מעלויות ההתדיינות ומן היתרון שלעיתים קרובות נתון למעסיק בניהול התביעה ובגישה לייעוץ משפטי. שלישית, כל עוד יחסי העבודה עם המעסיק נמשכים, העובד עלול לחשוש מערעורה של מערכת היחסים עימו; ולאחר שיחסים אלה הסתיימו, הוא עלול לחשוש כי מעסיקים אחרים יראו בהגשת התביעה משום עדות לאופיו המתעמת או המתנצח. רביעית, העובד עשוי לחוש מחויבות מוסרית להסכמתו עם המעסיק, ולראות טעם לפגם בהגשת תביעה המבוססת על התכחשות להסכם זה.⁷⁹

יהיה אשר יהיה הטעם לאי-הגשתה של תביעה בגין הסיווג המוטעה, ככל שסיכויי התביעה נמוכים יותר, כך צפויה להעמיק הפגיעה בכוחו ההרתעתי של הדין. ואכן, הספרות העוסקת בניתוח הכלכלי של המשפט רואה בסיכויי תביעה נמוכים משום הצדקה מרכזית להחלתו של פיצוי עונשי.⁸⁰ על פי תפיסה זו על הפיצוי העונשי לאזן את הגירעון ההרתעתי הנוצר עקב תביעות שאינן מוגשות, באמצעות השתתו של פיצוי יתר כאשר תביעות מוגשות.

78 לשיקולים הרבים והשונים הנשקלים בהקשר של "המבחן המעורב" להגדרת עובד, ראו ע"ע (ארצי) 300021/98 טריינין – חריש, פד"ע לז 433 (2002). ראו גם איל זמיר "עובד או קבלן" משפטים כב 113 (1992).

79 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, ראו למשל 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).

80 ראו Polinsky & Shavell, לעיל ה"ש 48, בעמ' 908.

מטרתו להוביל לכך, שבשקלול הסיכוי כי תביעה לא תוגש עם פיצוי היתר שיוטל אם תוגש – תוחלת החבות שיראה המעסיק מראש תרתיעו מן ההפרה במידה הנדרשת.⁸¹ שיקול זה בהטלתו של פיצוי עונשי עשוי להישקל בין שהסיווג המוטעה נתפס כפסול כשלעצמו ובין שהוא נתפס ככזה רק אם יש בו כדי לפגוע ברווחת העובד. בשני המקרים פיצוי עונשי עשוי להשיב על כנה את ההרתעה שנגרעה עקב האפשרות כי לא תוגש תביעה. אם המטרה היא להרתיע רק מפני סיווגים מוטעים הפוגעים בעובדים, הרי על הפיצוי העונשי להתמצות בסכום האמור. אם הוא נתפס כפסול כשלעצמו, והמטרה היא להרתיע גם מפני סיווגים פסולים המיטיבים עם עובדים, הרי על הסכום האמור להצטרף לפיצוי שהיה נפסק אילו היו סיכויי התביעה ודאיים. כך או כך, על הרכיב העונשי, המיועד להשיב על כנה את ההרתעה שנגרעה עקב האפשרות לאי־הגשת התביעה, להיקבע באופן זהה תחת שתי הגישות. אף שבית המשפט העליון קיבל הצדקה זו לפיצוי עונשי כשיקול עקרוני לגיטימי,⁸² עיקרון זה לא יושם עד כה באופן ממשי. ייתכן כי הטעם לכך קשור לקושי מעשי שיישומו מעורר. כדי לאמור את הפיצוי העונשי הראוי נדרשים נתונים בדבר סיכויי הגשת התביעה כפי שראה אותם המעסיק בעת כריתת החוזה. על הנתונים להיות מדויקים במידה הנדרשת לעת שבה הם נאספים, להתעדכן עם הזמן ולהיות רגישים להבדלים שבין מעסיקים שונים ונסיבות העסקה שונות. מטבע הדברים, נתונים מסוג זה קשים לאיסוף. לאור זאת על שיקול הדעת בהשתתו של הפיצוי העונשי להיות מושפע לא רק מן הצורך להתמודד עם הגירעון ההרתעתי, אלא גם מן השאיפה להימנע מפיצוי יתר, לנוכח הנתונים החסרים בדבר היקפו הרצוי.

ד. קשיים בכימות הנזק

כאמור, הסיווג המוטעה צריך לזכות את העובד בפיצוי בגין הנזק שנגרם לו וכן בפיצוי עונשי, ככל שנקבע שיש מקום להטילו. אלא שהרכיב הראשון – הפיצוי על הנזק – הוא רכיב שלעיתים קרובות קשה לכמת את שיעורו המדויק, ובפרט קשה לתרגמו לסכום כספי המשקף את היקפו.⁸³ קושי זה מעורר חשש, כי הלכה למעשה העובד עלול שלא לזכות בפיצוי המיטיב את מלוא נזקו. הקושי לכמת את הנזק הועלה בפסיקה כטעם עצמאי להצדקת שלילתו של הקיזוז. על פי עמדה זו האיום בשלילת הקיזוז יתרום להרתעה מפני הסיווג המוטעה מלכתחילה, ויוביל לכך שזכויות העובד תקוימנה בעין. בכך יחסך הצורך לאמור את הנזק בדיעבד, ויוסר החשש מפיצוי חסר.⁸⁴

81 במדויק יותר, אם נניח כי סיכויי התביעה נתונים על ידי ההסתברות p , וכי אילו הוגשה התביעה בוודאות החבות הרצויה הייתה d , הרי החבות הרצויה בהינתן סיכויי התביעה בפועל נתונה על ידי $\frac{d}{p}$. כך, תוחלת החבות שיראה המעסיק בעת כריתת החוזה תהיה $d = p \cdot \frac{d}{p}$. הרכיב העונשי מתוך הפיצוי העונשי האמור נתון אפוא על ידי $\frac{d}{p} - d$.

82 ראו לעיל ה"ש 58.

83 לדיון בקושי זה, ראו למשל את עמדת השופטת רוזנפלד בפרשת טיברמן, לעיל ה"ש 11; עמדת השופטת דוידוב־מוטולה בפרשת רופא, לעיל ה"ש 13; ועמדת הנשיא אדלר בפרשת גלובוס גרופ, לעיל ה"ש 15.

84 שם.

אכן, חלק לא מבוטל מן הזכויות המוקנות למועסק מכוח מעמדו כעובד הן זכויות "לא-מומוניות", שערכן הכספי קשה להערכה. זכויות אלה כוללות היבטים של רווחה נפשית או פיזית (כגון ביטחון תעסוקתי, התערות חברתית במקום העבודה או חופשה שנתית) וכן היבטים של רווחה פוטנציאלית (כגון האפשרות לקידום או לשיפור תנאי ההעסקה בעתיד באמצעות הצטרפות לארגון עובדים). החשיבות שאדם מייחס לביטחון תעסוקתי או להתערות חברתית נגזרת ממבנה אישיותו הסובייקטיבי. העובד אינו יכול להוכיח את היקף הפגיעה הסובייקטיבית, ובית הדין אינו יכול להישען על ראיות מהימנות בפסיקת הפיצוי. באופן דומה, האפשרות כי תנאי העסקתו של עובד היו משתפרים בעתיד – בשל קידום או בשל הצלחה של מאבק ארגוני – היא אפשרות היפותטית וספקולטיבית. משקלו המדויק של פוטנציאל זה קשה להוכחה, ודאי לנוכח העובדה כי העובד (שסוג קבלן) מעולם לא השתלב בפועל במקום העבודה. הסיווג המוטעה מנע לא רק את האפשרות למימוש הפוטנציאל, אלא גם את האפשרות להוכיח מהו הנזק שנגרם עקב שלילתו.

תיאוריות שונות של המשפט חלוקות באשר לאפשרות העקרונית להמיר ערכים פיזיים ונפשיים בערכים כספיים. בעוד שהגישה הכלכלית למשפט מניחה בדרך כלל כי המרה שכזו היא אפשרית,⁸⁵ ישנן תפיסות אחרות השוללות אותה.⁸⁶ אלא שגם התפיסות השוללות אותה אינן גורסות כי כשנגרם נזק פיזי או נפשי על בית המשפט להימנע מלפסוק פיצוי בגינו.⁸⁷ גם אם הנזק קשה לכימות, אין משמעות הדבר כי ראוי להותיר את הניזוק ללא סעד; אף לא נובע מכך שפסיקת הפיצוי צריכה להיות שרירותית, בדרך שאין בה זיקה בין עוצמת הנזק להיקף הפיצוי. ואכן, למרות הקושי המובנה, המרה שכזו היא שכיחה בהקשרים רבים במשפט. דיני הניזיקין אמונים על עריכת איזון בין העלות הכספית הכרוכה במניעתן של תאונות לבין הנזק – לעיתים קרובות הפיזי והנפשי – הנובע מאי-מניעתן. גם בזירת המשפט הפלילי, המשאבים המופנים למערכת האכיפה נגזרים מאיזון שנערך בין עלות ההרתעה ובין האפקטיביות שלה. איזון זה משקף את משקלו היחסי של הנזק הפיזי והנפשי שצפוי להיגרם לקורבן עבירה לעומת העלות הכספית הנדרשת לשם מניעתה. יתרה מזו, כל החלטה תקציבית של המדינה מערבת מטבעה השוואה בין עלות כספית לבין תועלת שאינה כספית; בהיעדר יכולת לתרגם תועלות פיזיות ונפשיות לערכים כספיים, לא הייתה מתאפשרת הקצאה של התקציב למטרות השונות. הצורך בתרגום זה הוא אפוא צורך שאין ממנו מנוס, והוא אינו תלוי בתורה הנורמטיבית שבה מחזיק המתבונן. יתרה מזו, כדי שמלאכת התרגום לא תהיה שרירותית, הקריטריונים שעל פיהם היא מתבצעת צריכים להיות עקביים וסדורים.⁸⁸

85 ראו למשל (Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness versus Welfare* 450-454 (2002)).

86 ראו למשל (Joseph Raz, *The Morality of Freedom* 327 (1986); Margaret J. Radin,

Compensation and Commensurability, 43 *Duke L.J.* 56 (1993); Cass R. Sunstein, *Incommensurability and Valuation in Law*, 92(4) *Mich. L. Rev.* 779 (1994)).

87 ראו למשל Radin, לעיל ה"ש 86.

88 ראו Kaplow & Shavell, לעיל ה"ש 85. מדיניות לא-סדורה ולא-עקבית עלולה להטות

משאבים משימושים רצויים לשימושים לא-רצויים, ובכך לגרום למחסור במקומות שבהם הצורך במשאבים הוא הגדול ביותר. על הקשר שבין מדיניות לא-סיסטמטית לבין אובדן של חי אדם רבים, ראו למשל: Stephen Breyer, *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective*

גם בתחום החוזי, שיחסי העבודה חוסים תחתיו, קושי זה מתעורר באופן שכיח. הפרת החוזה גורמת לעיתים קרובות לנזק לא-ממוני, למשל בגרימת כאב וסבל או במניעת הנאה.⁸⁹ פסיקת פיצוי בגין נזק זה מחייבת המרה של הפגיעה הפיזית או הנפשית לערכים כספיים. בשל הקושי המובנה הכרוך בתהליך זה, דיני החוזים אינם מתנים את הזכאות לפיצוי ביכולתו של הנפגע להוכיח את שיעורו. בפרט, חוק התרופות קובע, כי אם "גרמה הפרת החוזה נזק שאינו נזק ממון, רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות הענין".⁹⁰ הוראה זו היא ישימה לסוגיית הסיווג המוטעה: הזכויות המוקנות לעובד מכוח הדין הקוגנטי הן חלק מחוזה העבודה, ולפיכך שלילתן היא הפרה של חוזה זה. העובד זכאי אפוא לפיצוי על נזקי, לרבות על היבטיו הלא-ממוניים. פיצוי זה אינו עונשי, אלא פיצוי בגין נזק שנגרם בפועל: תכליתו אינה להעניש את המפר או לפצות את הניזוק ביותר מכפי נזקו.⁹¹ מטרתו היא למנוע את פיצוי החסר שהיה מתקבל לו הותנתה זכות הפיצוי בהוכחת היקפו של הנזק.

בית הדין הארצי לעבודה לא השתמש עד כה בסמכות זו בדונו במקרים של סיווג מוטעה. ייתכן שהדבר נובע מנטיית הכללית לצמצם את השימוש בה,⁹² וייתכן כי הוא נבע מן השימוש שעושה בית הדין בשלילת הקיזוז, כאמצעי חלופי להטבת הנזק הלא-ממוני.⁹³ אלא שהפיצוי החוזי הישיר עדיף משלילת הקיזוז. שיעורה של הסנקציה הכרוכה בשלילת הקיזוז נגזר מן ההפרש שבין שכר העובד לשכר הקבלני, שאין דבר בינו לבין ערכן של הזכויות הלא-ממוניות. היחס שבין סכומים אלה הוא אקראי; הפרשי השכר עשויים להיות גבוהים

RISK REGULATION, 21-29 (1993); W. KIP VISCUSI, FATAL TRADEOFFS: PUBLIC AND PRIVATE RESPONSIBILITIES FOR RISK 32 (1992).

89 לדיון על כך, ראו למשל דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ד 676-682 (2011); שלו ואדר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 299-312.

90 ס' 13 לחוק התרופות. הוראות קוגנטיות, מעצם הגדרתן, הן חלק מן החוזה ללא תלות בהסכמת הצדדים. ראו למשל שלו, לעיל ה"ש 13, בעמ' 14-15 ("גם לחוזה חוקי יש ומתווספות הוראות חוק המיועדות להשלים את הסכמת הצדדים. כאשר הוראות אלה חלות בלי קשר (ולעיתים בניגוד) לכוונת הצדדים אנו מכנים אותן הוראות קוגנטיות, שלא ניתן להתפשר עמן (לדוגמה: הוראות בחוקי עבודה בדבר שכר מינימום)"). לפיכך, כאשר צד נמנע מקיומה של חובה קוגנטית, שהיא חלק מן החוזה, ברי כי אפשר לראותו כמי שהפר את החוזה (ראו ס' 1 לחוק התרופות). לדיון, ראו גם עופר גרוסקופף "חוזה פסול" חוזים כרך ג 473, 501-502 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003).

91 כך גם נקבע בפסיקה. ראו למשל ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי, פ"ד לה (4) 31, 41 (1981). עם זאת בבית הדין לעבודה ההבחנה שבין פיצוי עונשי לפיצוי על נזק לא-ממוני לא תמיד נשמרה. ראו למשל בפרשת דיונינגוף קלאב, לעיל ה"ש 55.

92 לפסקי דין המביעים מדיניות זו, ראו למשל ע"ע (ארצי) 635/06 לוי – עיריית ירושלים, פס' 4 (פורסם בנבו, 11.2.2007) והמקורות המובאים שם. לסקירת עמדתה של הפסיקה הכללית גם מחוץ לדיני העבודה, ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 300-312.

93 האפשרות להטיל פיצוי בגין נזק לא-ממוני הועלתה בידי השופטת אנגלברג-שהם בפרשת עמיד, לעיל ה"ש 31, בפס' 8-9 לפסק דינה. עם זאת ראוי לעמדתה להגביל את פסיקתו של פיצוי זה למקרים שבהם המעסיק פעל בחוסר תום לב. מאחר שהפיצוי הוא בגין נזק שנגרם בפועל, להברידל מהענשת המעסיק, נראה כי אין צורך בסייג האמור.

מערך הזכויות או נמוכים ממנו, ואין בין הדברים כל קשר או מתאם. כאשר השכר הקבלני נמוך, השימוש בשלילת הקיזוז אינו מתקן את פיצוי החסר או את הרתעת החסר הנובעים מקשיי הכימות; וכאשר השכר הקבלני גבוה, שלילת הקיזוז מובילה לפיצוי יתר ולהרתעת יתר. אמצעי זה לוקה בכך, שכלל השיקולים הרלוונטיים בדבר היקפו של הנזק אינם נשקלים בגדרו, ומנגד הוא מושפע משיקול לא-רלוונטי, הנוגע להפרשי השכר. השרירות הכרוכה באמצעי זה מובילה הן לאי-צדק והן לחוסר יעילות.

הפיצוי החוזי הישיר לעומת זאת שואף ליצור התאמה בין היקף הפיצוי להיקף הנזק.⁹⁴ אין בו כדי לפטור מעסיק מחובת הפיצוי דווקא כאשר שילם שכר קבלני נמוך, או להטיל עליו חבות ביתר דווקא כששילם שכר גבוה. יש בו כדי לאפשר לבית הדין לשקלל כל מידע רלוונטי העומד לרשותו בנוגע לנזק שנגרם, ולהימנע משקלולם של פרמטרים לא-רלוונטיים, המשבשים את אומדנו הנכון של הנזק.

סיכום

כוחם של דיני העבודה להכווין התנהגות מותנה ביכולתם להרתיע מפני סיווגים מוטעים של יחסי ההעסקה. אלא שהאמצעי שנבחר כדי להגשים את המטרה ההרתעתית אינו אמצעי מתאים. שלילת הקיזוז יוצרת יחס הפוך בין חומרת ההפרה לחומרת הסנקציה. היא גורמת להרתעת חסר במקרים מסוימים, להרתעת יתר במקרים אחרים, להרתעה שולית הפוכה מן הנדרשת ולהפרת עקרון ההלימה. ככל שאין די בפיצוי על נזק כדי ליצור את ההרתעה הנדרשת, הרי עדיף השימוש בפיצוי עונשי. שיעורו של הפיצוי העונשי יכול להיקבע ביחס ישר לחומרת ההפרה, וכך להתגבר על הבעיות האמורות – הן בהיבט ההרתעה והן בהיבט ההלימה.

על היקפו הקונקרטי של הפיצוי העונשי להיגזר מן התכלית שמדיניות ההרתעה מבקשת להגשים. ככל שהתכלית היא הגנה על רווחת העובד, הרי נדרשת הבחנה בין סיווגים מוטעים הפוגעים בו לאלה המיטיבים עימו, ועל הסנקציה לשאוף למנוע את הסיווגים המוטעים מן הסוג הראשון בלבד. פיצוי עונשי יהיה מוצדק על פי גישה זו רק לשם איזונו של גירעון הרתעתי הנגרם מאי-הגשתן של תביעות בעלות ערך חיובי. אם לעומת זאת התכלית היא מניעתם של סיווגים מוטעים באשר הם, הרי אז יידרש פיצוי עונשי גבוה יותר, שירתיע גם מפני סיווגים מוטעים שמיטיבים עם העובד.

הטעמים להכרה בטענת הקיזוז של המעסיק אינם עומדים באשר לטענת ההשבה. דיני העבודה מבקשים לקבוע רף מינימלי לחובותיו של המעסיק כלפי העובד, אך הם אינם קובעים עבורם רף מקסימלי. לפיכך, כאשר מעסיק מתחייב לשלם לעובד תמורה העולה על זו שהייתה משולמת לו אילו סווג כעובד – חיובו הוא ברתוקף. תוקפו אינו נובע מדיני העבודה הקונגטיים, אלא מן החוזה שנכרת בין הצדדים.

הסיווג המוטעה כרוך בנזק לעובד, שחלקו קשה להערכה ולכימות. חלקו הוא בעל אופי סובייקטיבי – פיזי ונפשי – וחלקו הוא בעל אופי ספקולטיבי. הקושי שמעלה בעיית הכימות שימש בעבר הצדקה לשלילת הקיזוז. הלך המחשבה היה כי שלילת הקיזוז תעודר

את קיום הזכויות בעין, באופן שייתר את הצורך לאמוד את שוויין הכספי בדיעבד. אלא שמן הצורך בהרתעת המעסיק לא נובעת הצדקה לשימוש בסנקציה זו דווקא. אפשרות עדיפה היא פסיקת פיצוי בגין נזק לא־ממוני, שאינו מחייב הוכחה של שיעור הנזק. ככל שנדרשת הרתעה נוספת מעבר לפיצוי זה (יהיו הטעמים לכך אשר יהיו), עדיף לפסוק פיצוי עונשי. הדיון בהיקפו הרצוי של הפיצוי העונשי מעלה אל פני השטח שאלה עקרונית בדבר תכליתם של דיני העבודה. שאלה זו נדחקה עד כה לקרן זווית, משום שהשימוש בשלילת הקיזוז לא הותיר לבית הדין שיקול דעת של ממש בקביעת היקפה של הסנקציה. היקף זה נגזר מן ההפרש שבין שכר העובד ההיפותטי לבין השכר הקבלני, משתנים שלבית הדין אין כל השפעה על שיעורם. המעבר לפיצוי עונשי ירחיב את שיקול הדעת הנתון לבית הדין, ובכך יאפשר להתאים את הסנקציה למטרות המדיניות שדיני העבודה מבקשים לקדם.

