רגולציה להכרה בזכויות בעבודה של עובדים עצמאיים ואי־שוויון בשכר

לילך ליטור*

מגמות של פוסט פורדיזם ועליית הקפיטליזם הגלובלי הובילו להתפתחות תבניות העסקה בלתי שגרתיות. המאמר דן בתופעה הנרחבת של חברות המעסיקות עובדים עצמאיים שאינם זוכים לרשת הגנה של תנאי העסקה מינימליים. חלק מתופעה זו כולל את מי שסווגו באופן שגוי כעצמאיים, אך בפועל העסקתם דומה לזו של עובדים שכירים. בפסיקה פותחו מבחנים להכרה בדיעבד בסטטוס של עובד לעניין קבוצה זו, אך מבחנים אלה לעיתים אינם מספקים וכן כרוכים בפנייה אקטיבית לערכאות. חלק אחר מהתופעה נוגע לעובדים עצמאיים אשר תלויים בפרנסתם בפירמה עיקרית שמקבלת מהם שירות. המבחנים שפותחו בפסיקה להכרה ביחסי עובד־מעסיק מותירים חלל של עובדים עצמאיים שאינם יכולים להיות מוכרים בסטטוס של עובד. אלה הם מועסקים שדה יורה מנהלים עסק משלהם, אך דה פקטו הם תלויים כלכלית במעסיק אחד ומבצעים את העבודה באופן אישי ואינם מעסיקים עובדים משלהם. קבוצה נוספת היא עובדי פלטפורמה אשר חשופים לפגיעות ייחודיות בשל תנאי העבודה הספציפיים של שליחים והעסקתם דרך אפליקציות. התופעה של העסקה נרחבת של עובדים עצמאיים דורשת גיבוש רגולציה מתאימה ביחס לכל אחת משלוש הקבוצות הנ״ל. קבוצות שונות אלה של עובדים עצמאיים הם לכאורה חיצוניים לפירמה, ואינם מוגדרים כעובדים, ועל כן אינם זכאים לכלל הזכויות השונות בעבודה או להגנות על פי חוקי המגן. דא עקא, היעדר תחולת הדינים המגינים על עובדים, ובכלל זה אלה החלים במישור הקיבוצי, לגבי עובדים עצמאיים מוביל לאי־שוויון ולדפוסי העסקה פוגעניים. המאמר בוחן גישות תאורטיות שונות שעשויות לעמוד בבסיס הסדרה של סוגיית העובדים העצמאיים – הגישה המרקסיסטית פוסט תהליכית מול הגישה היזמית תחרותית. המאמר יבחן גם דגמים רגולטוריים שהתפתחו במדינות מסוימות, ובעיקרן איטליה וספרד, ובאופן חלקי במדינת קליפורניה ובמדינות האיחוד האירופי, שבהן אימצו מודל רגולטורי אשר מאפשר מתן הגנות לקבוצת עובדים עצמאיים. הדגם הרגולטורי במדינות אלה כולל רגולציה גם כלפי הקבוצות הנ״ל. בחינת המדיניות בישראל לאורך השנים מצביעה על היעדר עיגון של מנגנוני הגנה על עובדים עצמאיים בדין. המאמר מציג חסמים רגולטוריים שהובילו להיעדר התפתחות של רגולציה בנושא

* **ד״ר לילך ליטור**, תחום מדיניות ציבורית והחטיבה למשפט, המחלקה לסוציולוגיה, מדע המדינה ותקשורת, האוניברסיטה הפתוחה. ברצוני להודות למרכז חת, המכללה למינהל, על מענק מחקר שאפשר את קיומו של מחקר זה.

nevo.co.il

עובדים עצמאיים כוללים בין השאר תפיסות מסוימות של רגולטורים וחוסר מודעות מספקת של מקבלי ההחלטות לצורך בכך. חסם מרכזי בהקשר זה נוגע להשפעת תאגידים ובעלי הון וחברות הפלטפורמה עצמן ורצונם להימנע מרגולציה ומהכרה בזכויות לעובדים עצמאיים. חסמים רגולטוריים במישור נוסף נובעים מתפיסה מושרשת מסורתית של מדינת רווחה קורפורטיסטית שבה ארגוני עובדים מסורתיים הם דומיננטיים ותופסים מקום מרכזי. תפיסה זו מובילה לחוסר נכונות להכרה בדפוסים חדשים של התארגנויות של עובדים אינדיבידואליים. המאמר מבקש למצוא פתרונות חדשים למשפט הישראלי, שאינו כולל כיום רגולציה בנושא עובדים עצמאיים. מטרת המחקר, אם כן, היא לשרטט קווים מנחים לרגולציה מתאימה שתכליתה הפחתת אי־ השוויון בשכר הנובע מהעסקה מקפחת ונזילה של עובדים עצמאיים. העובדים העצמאיים אינם נהנים מהגנות בדין, והמאמר מציג תאוריה חדשנית ושונה ומציע למחוקק לאמץ רגולציה מבנית בנושא. המאמר ממליץ לאמץ מודל רגולטורי להסדרת זכויות לעובדים עצמאיים, בדומה לנהוג במדינות אחרות – דוגמת המודל הקיים באיטליה וספרד ובאופן חלקי בקליפורניה ובאיחוד האירופי. כמו כן, המאמר מציע להתאים את חקיקת העבודה למציאות החדשה, באופן שייתן מענה לבעיות מיוחדות שנלוות להעסקת עובדים עצמאיים המתאפיינת בין השאר בהלנת שכר בשל מוסר תשלומים ירוד, בשימוש באמצעים דיגיטליים והעסקה מרחוק ולעיתים בתלות שהיא כלכלית בטיבה בפירמה שמספקת שירות. המאמר ממליץ גם לראות בתאגידים המעסיקים עובדים חיצוניים ככאלה הכפופים לחובות מיוחדות. עוד מוצע לראות בפלטפורמות הדיגיטליות כגופים מעין ציבוריים דר־ מהותיים, הכפופים לחובה לכבד זכויות יסוד בעבודה ולפעול בסבירות ובשקיפות.

מבוא. א. הקשיים בהעסקת עובדים עצמאיים. 1. אי שוויון והעסקת עובדים עצמאיים. 2. קבוצות שונות של עובדים עצמאיים והצעות חוק בנושא. **ב. גישות לרגולציה בנושא עובדים עצמאיים.** 1. הגישות השונות והצדקה לגיבוש רגולציה להגנת זכויותיהם של עובדים עצמאיים. 2. חובות אמון ומעמד מיוחד של יחסי עבודה בין פירמות לעובדים עצמאיים – התפיסה של תומס פיקטי. 3. הצורך בהטלת חובות מיוחדות לגבי עובדים עצמאיים המועסקים מרחוק ותחת מעקב דיגיטלי – ותפיסת קפיטליזם המעקב של זובוף. **ג. עובדים עצמאיים בישראל ושאלת התחולה של חוקי המגן והזכות להתארגנות ושביתה.** 1. המבחן לסטטוס של עובד והעסקת קבלנים עצמאיים – שאלת התחולה של זכאויות אינדיבידואליות מחוקי המגן. 2. סוגיית ההתארגנות והשביתה של עובדים עצמאיים. **ד. דגמי רגולציה בנושא עובדים עצמאיים במדינות שונות.** 1. דגם הרגולציה בנושא עובדים עצמאיים באיחוד האירופי. 2. דגם הרגולציה בנושא עובדים עצמאיים באיטליה. 3. דגם הרגולציה בנושא עובדים עצמאיים בספרד. 4. דגם הרגולציה בנושא עובדים עצמאיים בקליפורניה. **ה. השפעת מוסדות וחסמים לגיבוש רגולציה להסדרת זכויות בעבודה של עובדים עצמאיים בישראל.**.1. השפעת מוסדות וחסמים בנוגע לרגולציה להסדרת זכויות של עובדים עצמאיים בישראל. (א). המצב המשפטי בישראל – היעדר רגולציה להכרה בזכויות עובדים עצמאיים והצורך בשינוי. (ב) השפעת מוסדות וחסמים לרגולציה – ניתוח

nevo.co.il

ראיונות ומקורות ראשוניים. (1) מתודולוגיה, מקורות ראשוניים וראיונות. (ב) חסם מבני ראשון – המדינה ורגולטורים. (ג) חסם מבני שני – מודל ההתארגנות ומדיניות של ארגוני העובדים. (ד) חסם מבני שלישי – התנגדות מעסיקים וארגוני מעסיקים. **ו. עקרונות המודל הרגולטורי המוצע – שרטוט קווים למודל רצוי.** 1. המודל המוצע. (א) רכיב ראשון במודל הרגולטורי – הסדרה לגבי קבוצה ראשונה: מי שסווגו באופן שגוי כקבלנים עצמאיים. (ב) רכיב שני במודל הרגולטורי - הסדרה לגבי קבוצה שניה: הכרה בזכויות לעובדים עצמאיים תלויים כלכלית. (ג) רכיב שלישי במודל הרגולטורי – הסדרה לגבי קבוצה שלישית: עובדי פלטפורמה. 2. התמודדות עם ביקורות אפשריות לעניין המודל הרגולטורי המוצע והרחבת ההגנות על עובדים עצמאיים. **סיכום.**

מבוא

בשנים האחרונות, עם צמיחתה של כלכלת החלטורה והתעצמות מגמות של קפיטליזם גלובלי, אנו עדים להשתרשותם של דפוסי העסקה בלתי שגרתיים מגוונים.[1] חלחול תפיסות של פוסט פורדיזם[2] ונאו־ליברליזם הביא לשינויים במבנה הפירמה וביחסי העבודה ולביזור וגמישות בהעסקה.[3] כך התפתחה העסקת עובדים בתבניות העסקה בלתי שגרתיות שלרוב אינה נסמכת על חוזה העסקה מסורתי פורמלי, אלא נעשית בדרכים אחרות. חלק מהמגמה נובע משינויים טכנולוגיים והתפתחות האינטרנט והאפליקציות הדיגיטליות, אשר מאפשרות העסקה מרחוק או באמצעות פלטפורמות דיגיטליות, וחלקן נובע מהשתרשות צורות העסקה גמישות.[4] מגמה זו כוללת גם העסקה נרחבת של עובדים עצמאיים. עובדים אלה הם עובדים חיצוניים לפירמות

1 Janine Berg, *Protecting Workers in the Digital Age: Technology, Outsourcing, and the Growing Precariousness of Work*, 41 COMPAR. LAB. L. & POL'Y J. 69 (2019); Nikos Koutsimpogiorgos, et al., *Conceptualizing the Gig Economy and its Regulatory Problems*, 12 POL'Y & INTERNET 525 (2020).

2 המונח פורדיזם מבוסס על שמו של יצרן הרכב האמריקאי הנרי פורד והוא מתאר את תקופת המפעלים הגדולים בראשית המאה העשרים, שבה הועסקו עובדים רבים בדפוס דומה בפס ייצור. משטר הייצור החדש של הפוסט פורדיזם מבוסס על רוח הקפיטליזם המאוחר והגלובליזציה ומשקף התגבשות תבניות העסקה בלתי שגרתיות והעסקה גמישה, עליית כוחו של ההון וירידת כוחה של העבודה, תוך צמיחת מדיניות נאו־ליברלית, שעיקריה הם ליברליזציה של ההון והשווקים, דה רגולציה משקית, צמצום שירותי הרווחה וירידת כוחם של העובדים. דני פילק "ישראל מודל אלפיים: פוסט־פורדיזם ניאו־ליברלי" **שלטון ההון: החברה הישראלית בעידן הגלובלי** 34 (דני פילק ואורי רם עורכים 2004); אורי רם "הפערים החדשים: קפיטליזם גלובלי, פוסט־פורדיזם ואי שוויון" **שלטון ההון: החברה הישראלית בעידן הגלובלי** 16 (דני פילק ואורי רם עורכים 2004).

3 פילק, שם; רם, שם.

4 Michael Knapp, Alina Sawy & Dieter Bögenhold, *Independent Contractors, IPros, and Freelancers: New Puzzle Pieces in a Conceptual Jungle*, 19 INT'L REV. OF ENTREPRENEURSHIP 333 (2021).

nevo.co.il

הנתפסים כקבלנים עצמאיים ועל כן אינם זכאים כלל לזכויות שונות בעבודה או להגנות על פי חוקי המגן, כגון העסקה בשכר מינימום, חופשה שנתית וימי מחלה, וכן אינם זכאים לפנסיה ולזכויות בתחום הביטחון הסוציאלי. חוקרים הצביעו על כך שהיעדר הזכאות לזכויות בעבודה בלט במיוחד בתקופת הקורונה, כאשר עובדים עצמאיים במדינות שונות מצאו את עצמם לעיתים עומדים לפני שוקת שבורה.[5] בחלק מהמדינות הקורונה הובילה לרגולציה וחקיקת קורונה ייחודית שהעניקו לראשונה זכויות סוציאליות של מענקים ותמיכות למובטלים גם לעובדים עצמאיים.[6] גם בישראל הוענקו זכויות מסוימות לעובדים עצמאיים בתקופת מגפת הקורונה.[7] חקיקת קורונה מסוג זה חידדה את הצורך לבחון מחדש את הרגולציה בנושא עובדים עצמאיים.

בישראל פותחו בפסיקה מבחנים שונים ליחסי עובד־מעסיק, ואלה מאפשרים לעיתים להכיר בדיעבד בסטטוס של עובד במקרים של סיווג פורמלי מוטעה של אדם כעצמאי.[8] לעניין זה, על פי המבחן המעורב שאומץ בפסיקה להכרה ביחסי עובד־מעסיק ומורכב בעיקרו ממבחן ההשתלבות, נדרש להראות כי האדם אינו מפעיל עסק משל עצמו וכן כי הוא משתלב בעסקו של המעסיק כחלק אינטגרלי ממנו.

דא עקא, השימוש במבחנים ליחסי עובד ומעסיק דורש לא אחת להצביע בפועל על כפיפות ושליטה של המעסיק ועל היעדר ניהול של עסק ומותיר חלל של עובדים עצמאיים שדה יורה הם עצמאיים ומנהלים עסק יזמי משלהם, אך יחד עם זאת דה פקטו הם מבצעים את העבודה באופן אישי, ולעיתים אף תלויים כלכלית במעסיק אחד. אלה אינם יכולים להיות, אומנם, מסווגים בסטטוס של עובד על פי מבחני הפסיקה ליחסי עובד-מעסיק, אך הם נמצאים בעמדת מיקוח מוחלשת מול הפירמה שאיתה הם קשורים ורק לה הם נותנים שירות בלבד, כמעין עובדים. לעניין זה נדרשת רגולציה שתיתן מענה לקטגוריית ביניים זו המצויה בתווך שבין עובד לבין יזם עצמאי של ממש. התופעה של עובדים עצמאיים תלויים אלה דורשת גיבוש רגולציה מתאימה. בנוסף נדרשת רגולציה לגבי עובדים עצמאיים שסווגו באופן שגוי ככאלה, שעה שהצורך לפנות לבית הדין מציב קושי בפני קבוצות של עובדים מוחלשים שהערכאות אינן נגישות להם, כאשר גם המבחנים עצמם בנושא זה מספקים מענה חלקי.

ההגדרה של עובדים עצמאיים שתשמש למאמר זה היא: עובדים בהעסקה עצמית (self employed) המבצעים את העבודה באופן אישי, ואינם מעסיקים עובדים משלהם (עובדי סולו).[9] המאמר יתייחס לשלוש קבוצות שונות של עובדים עצמאיים אלה. קבוצה ראשונה היא עובדים שסווגו באופן שגוי כעצמאיים, חרף היותם מבצעים בפועל תפקיד זהה לעובדים

5 Orly Lobel, *We Are All Gig Workers Now: Online Platforms, Freelancers & the Battles over Employment Status & Rights during the Covid-19 Pandemic*, 57 SAN DIEGO L. REV. 919 (2020).

6 חקיקה בארצות הברית שהעניקה זכויות גם לפרילנסרים למענקים ותנאים סוציאליים למובטלי הקורונה – Coronavirus Aid Relief and Economic Security Act, 2020.

7 למשל, שולמו דמי בידוד לעצמאיים מהמוסד לביטוח לאומי.

8 גיא דוידוב "התניה על סטטוס 'עובד' והשלכותיה" **משפטים** נ 87 (2020).

9 הגדרה זו לקוחה מן המודל הספרדי שבו ישנה חקיקה ייעודית לעובדים עצמאיים – חוק המועסקים העצמאיים 2007, Self Employed Act, 2007 (Law. No. 20/2007).

שכירים עם מאפייני ביצוע עבודה דומים. קבוצה נוספת היא עובדים עצמאיים תלויים: אלה עובדים עצמאיים הנמצאים במערכת יחסים של תלות כלכלית עם הפירמה שאיתה מבוצעת עיקר עבודתם. עוד יעסוק המאמר בקבוצה שלישית של עובדי פלטפורמה, המהווים קבוצה נפרדת בשל הישענות על פלטפורמות דיגיטליות כמעסיקות.

יש לתת את הדעת על כך שהעסקתם של עובדים עצמאיים היא פעמים רבות נזילה ומקפחת והשכר שהם משתכרים הוא נמוך.[10] עבודתם של עובדים עצמאיים אצל תאגידים המעסיקים אותם מתאפיינת ביחסי עוצמה. אותם עובדים נדחקים לשולי שוק העבודה ומועסקים בהעסקה מקפחת וללא יכולת להיאבק על תנאי עבודה.

הקושי בישראל טמון בעיקרו בהיעדר רגולציה בכל הנוגע לעובדים עצמאיים אלה. יש בכך משום חזרה לתקופה הסמוכה למהפכה התעשייתית באמצע המאה התשע עשרה, שבה הועסקו עובדים בהעסקה מקפחת ללא זכויות בעבודה וללא חקיקה המגינה עליהם. חקיקה בתחום העבודה וכן ההכרה בזכויות קיבוציות נועדו לגשר על הפער האינהרנטי בכוח המיקוח שבין העובד למעסיק המהווה כשל שוק.[11] היעדר תחולה לחקיקת עבודה מסוימת בכל הנוגע לעובדים עצמאיים יוצרת אם כן קושי ומחזירה אחורה את הגלגל למצב הבסיסי שבו קיים פער מובנה בעוצמה שבין העובדים למעסיק.

להעסקה מקפחת של עובדים עצמאיים ישנם כמה היבטים. היבט ראשון הוא היעדר תחולה של זכויות אינדיבידואליות ותנאים מסוימים הנובעים מחוקי המגן, כגון ימי מחלה ושכר מינימום. היבט שני טמון בהיעדר תחולה של זכויות קיבוציות להתארגנות, משא ומתן קולקטיבי ושביתה. זכות ההתארגנות היא זכות יסוד חשובה שנועדה לאפשר לעובדים להיאבק על קיום בכבוד ותנאי עבודה נאותים ושכר.[12] המציאות של העסקת עובדים עצמאיים מעוררת צורך בחשיבה מחודשת על תחולת הזכות להתארגנות כלפי עובדים אלה באופן שיאפשר להם להיאבק על רמת שכר נאותה ותנאים ראויים בעבודה. ההתארגנות נועדה לגשר על הפער בכוח המיקוח שבין העובד הבודד למעסיק ולהעמיד כוח מול כוח. היעדר היכולת של עובדים עצמאיים להתארגן מותירה אותם בעמדה נחותה ומאפשרת לתאגידים בעלי העוצמה לפעול באופן מקפח. היבט שלישי נוגע לשאלה של זכאויות לתנאי רווחה, פנסיה וקצבאות. היבט נוסף הוא הצורך להידרש לסוגיות ייחודיות לעובדים עצמאיים, שאינן מתעוררות לגבי עובדים שכירים, ושעליהן יש לתת את הדעת ולהסדירן.

מטרת המחקר, אם כן, היא לבחון מודלים רגולטוריים הנוגעים להסדרת זכויות בעבודה של עובדים עצמאיים, ולהציע מודל רגולטורי רצוי שראוי לאמץ.

המחקר יבחן מודלים שונים של רגולציה להסדרת זכויות בעבודה של עובדים עצמאיים. מטרת המחקר היא לשרטט קווים מנחים לרגולציה מתאימה, שתכליתה היא הפחתת אי־השוויון בשכר הנובע מהעסקה מקפחת של עובדים עצמאיים. המודלים הרגולטוריים השונים

10 Orsola Razzolini, *Self-Employed Workers and Collective Action: A Necessary Response to Increasing Income Inequality*, 42 COMPAR. LAB. L. & POL'Y J. 293 (2021).

11 אורי וייס "כיצד להתמודד עם פערי חוזק בשוק העבודה?" **דין ודברים** יג 257 (2019).

12 סטיב אדלר "התארגנות עובדים בישראל, מגמות, היבטים משפטיים ומדיניות" **ספר אליקה ברק אוסוסקין** 517 (סטפן אדלר ואח' עורכים 2012).

נבדלים ביניהם כתוצאה מהשפעה של הבדלים מוסדיים בין מדינות שונות וכלכלה פוליטית. תאוריות מוסדיות של כלכלה פוליטית בנושא רגולציה רואות הבדלים בכוחות המשפיעים כגון השפעת קבוצות אינטרסים שונות ולובי. כך למשל תיתכן השפעת קבוצות של בעלי המוניות או חברות פלטפורמה על הרגולציה הנקבעת לגבי עובדי פלטפורמה ונהגים בחברות פלטפורמה אלה.[13] המאמר יציג גורמים שונים לגירעון הרגולטורי הקיים בישראל בנושא של עובדים עצמאיים הנובעים מסיבות הנעוצות במוסדיות ומבנה מוסדי מסוים.

המחקר בישראל בנושא עובדים עצמאיים נמצא בראשיתו, והספרות בסוגיה זו היא יחסית מועטה. הספרות הקיימת בנושא התמקדה בעיקר בבחינת ההפעלה של פרשנות תכליתית בפסיקה בישראל בנוגע למונח עובד.[14] כותבים ציינו לעניין זה כי הגישה בפסיקה בנושא הכרה בסטטוס של עובד בדיעבד אינה אחידה ואינה שיטתית, שעה שרווחות בפסיקה מגמות וגישות שונות ללא מדיניות קוהרנטית.[15] גם מרבית הספרות בעולם בנושא עסקה באפשרות להחיל מבחנים שונים ליחסי עובד־מעסיק על מנת להכיר בעובדים חיצוניים לפירמה כמועסקים בארגון לצורך מתן זכויות שונות בעבודה, ובעיקר תוך התמקדות בכלכלת הפלטפורמה.[16] במקרים אחרים הספרות עסקה בסיווג פיקטיבי של עובדים כקבלנים עצמאיים בישראל, תוך התחמקות מתחולת חקיקה קוגנטית, ושאלת הפיצוי או חובת ההשבה במקרים כאלה.[17] ספרות נוספת עסקה בסוגיה של עובדים בתבניות העסקה בלתי שגרתיות או עובדים בסטטוס מיוחד שאינם עצמאיים וגם אינם שכירים, כמו למשל מתנדבים או עובדי קבלן.[18]

הספרות גם הדגישה את התפיסה המסורתית בדבר היותו של חוזה העבודה בסיס לתחולתן של הגנות על העובד, ובכלל זה הגנות מחוקי המגן.[19] חוזה העבודה נתפס כשונה במידה רבה מחוזה מסחרי רגיל באופן המצדיק התערבות של הרגולטור בחופש החוזים תוך גיבושן של חובות ייחודיות לחוזה עבודה. התפיסה בדבר ייחודיותו של חוזה העבודה שימשה בעבר מסד

13 Kathleen Thelen, *Regulating Uber: The Politics of the Platform Economy in Europe and the United States*, 16 PERSP. ON POL. 938 (2018).

14 גיא דוידוב "פרשנות תכליתית בדיני עבודה: מיהו עובד" **ספר סטיב אדלר** 261 (יצחק אליאסוף ואח' עורכים 2016).

15 דוידוב, לעיל ה"ש 8. גיא דוידוב מצביע על שתי גישות מנוגדות שרווחות בבית הדין לעבודה – האחת היא הגישה החישובית, אשר תומכת באפשרות של המרת זכויות קוגנטיות בפיצוי כספי על סמך הצדקות שונות, וגישה מנוגדת כונתה גישה הרתעתית, שאינה מאפשרת התניה על זכויות קוגנטיות.

16 Alan Bogg, *Taken for a Ride: Workers in the Gig Economy*, 135 LAW Q. REV. 219 (2019); Alan Bogg, *Square Pegs and Round Holes? Collective Bargaining and the Self-Employed*, 42 COMPAR. LAB. L. & POL'Y J. 409 (2022); Valerio De Stefano, *The Rise of the "Just-In-Time Workforce": On-Demand Work, Crowd Work and Labor Protection in the "Gig-Economy"*, 37 COMPAR. LAB. L. & POL'Y J.471 (2016); Berg, לעיל ה"ש 1.

17 דוידוב, לעיל ה"ש 8.

18 שלומית ינסקי רביד "מיהו עובד? מבט חדש על יחסי עובד–מעביד באמצעות סוגיית הפטנטים והיצירות של עובדים" **עבודה חברה ומשפט** יב 381 (2010).

19 דוד לופו ומורן סבוראי "האם אכן 'חובת ההשבה'? על הדין הראוי בעת הכרה ביחסי עובד-מעסיק בדיעבד" **ספר סטיב אדלר** 543 (יצחק אליאסוף ואח' עורכים 2016).

להשתת חובות שונות על תאגידים ומעסיקים בשוק העבודה.[20] על פי תפיסה זו, ההצדקה להטלת חובות על חברות כלפי עובדיהן טמונה בפער בכוח המיקוח שבין הצדדים וכן בעצם ההדדיות של חוזה העבודה. הדדיות זו מתבטאת בראייתו של חוזה העבודה כחוזה יחס שבו מערכת יחסים מתמשכת לאורך זמן, הכוללת יחסי אמון ונאמנות דו־צדדית, שממנה נגזרות גם חובות של תום לב וכן חובות נוספות המוטלות על הצדדים.[21] מתפיסת חוזה העבודה צומחות גם הזכויות של אותם אלה המוגדרים כעובדים במסגרת החוזה שבין הצדדים ליחסי העבודה. ברם, התפיסה המסורתית הרואה בחוזה העבודה כמקור להשתת חובות על מעסיקים אינה מתאימה לתמורות שחלו בשוק העבודה והיא מותירה עובדים עצמאיים רבים מחוץ למעגל ההגנות של משפט העבודה – בעיקר אלה שאינם יכולים להיות מסווגים בסטטוס של עובד על פי מבחני הפסיקה לשאלה מיהו עובד.

הספרות הקיימת לא עסקה עד היום ברגולציה הנדרשת בנוגע לעובדים עצמאיים וכן בגישות התאורטיות השונות ובמודלים רגולטוריים אפשריים. הספרות גם לא עסקה בקבוצות עובדים עצמאיים שאינם יכולים להיות מוגדרים בסטטוס של עובד, אך בשל היותם מבצעים עבודה באופן אישי ותלויים כלכלית בפירמות יש מקום לגבש רגולציה שתגן עליהם.

מחקר זה מבקש להציג גישות תאורטיות שונות לעניין עובדים עצמאיים וכן לערוך לראשונה בחינה השוואתית של מודלים רגולטוריים אשר אומצו במדינות מתועשות, כנקודת מוצא למודל שיש לאמץ בישראל בנושא עובדים עצמאיים. המחקר גם מבקש לבחון את האפשרות להשתית את הרגולציה הנוגעת לעובדים עצמאיים ולשרטט את הקווים למודל רגולטורי רצוי בהתבסס על מודלים הקיימים במדינות אחרות. עוד מבקש המחקר לעסוק לראשונה במודל הרגולטורי הספציפי המתאים לקבוצות עובדים עצמאיים שונות הנבדלות ביניהן, ובין השאר לדון ברגולציה מתאימה כלפי מי שאינם יכולים להיות מוגדרים בסטטוס של עובד על פי מבחני יחסי עובד-מעסיק שפותחו בפסיקה.

יש לציין כי בספרות נדונה גם המשמעות של שינויים טכנולוגיים על השאלה של תחולת דיני העבודה ועל נושאים של פרטיות העובדים.[22] ברם, מחקרים אלה דנו בעיקר בנושא של השפעת השינויים הטכנולוגיים על חלוקת הזמן בין עבודה למנוחה ושאלת התגמול לעובד הכרוך בחלוקה זו. המחקרים הללו לא עסקו בסוגיה הספציפית של העסקת פרינלסרים ועובדים עצמאיים. לעניין זה המאמר ידון בקשיים ייחודיים העולים מהעסקה מרחוק של פרילנסרים או עובדי פלטפורמה והשפעת שילוב מערכות דיגיטליות.

עוד מבקש המחקר הנוכחי לבחון את הרגולציה הנדרשת בפריזמה של תורת הגופים הדו־מהותיים. תורת הגופים הדו־מהותיים גורסת כי קיימים גופים בעלי סטטוס מיוחד, אשר לאור מאפייניהם הם כפופים לזכויות יסוד ונורמות ציבוריות, כמו החובה לפעול בסבירות,

20 אלישבע ברק "הכלכל עובד העיתונאי? זכויות וחובות הבעלים של עיתון ועיתונאים מכוח יחסי העבודה" **קשר** 27, 3 (2000).

21 אלישבע ברק "עקרון תום הלב במשפט העבודה" **ספר ברנזון** כרך ב: בני סברה 499 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים 2000).

22 תמי קצביאן "עובד(ת) של הזמן" **עבודה, חברה ומשפט** יז 9 (2022).

חרף היותם מאורגנים כגופים פרטיים.[23] המאמר יטען כי יש לראות לפחות בחלק מהגופים המעסיקים עובדים עצמאיים ככפופים לחובות מיוחדות לאור יחסי עוצמה שהם מקיימים עם עובדיהם החיצוניים המוגדרים כעובדים עצמאיים.

המחקר רלוונטי למקבלי החלטות בישראל ועשוי לסייע בגיבוש מודל רגולטורי מתאים להסדרת הסוגייה של עובדים עצמאיים, באופן שיוביל לצמצום אי־השוויון בשכר ודפוסי העסקה מקפחים של עובדים חיצוניים אלה. המודל שיוצע עשוי לשמש את קובעי המדיניות על מנת לפתח הסדרה מתאימה בסוגיית העובדים העצמאיים. במאמר ייבחנו כמה מקרי בוחן של רגולציה הנעשית במדינות שונות, בין השאר בחקיקה ותקנות ופסיקה, והמחקר גם יבחן עמדות של ארגוני עובדים וגורמי רגולציה בתחום וחסמים וקשיים לגיבוש הסדרה לעניין זה.

המאמר יציע מודל רצוי לרגולציה שישורטט על סמך תובנות ממודלים קיימים, ותוך ניתוח לאור הגישות והדוקטרינות השונות וכן לאור גישת הכלכלה הנאו־מוסדית ותורת הגופים הדו־מהותיים.

מבנה המאמר הוא כדלקמן: הפרק הראשון יעסוק בקשיים העולים מהעסקת עובדים עצמאיים לרבות אי־השוויון הכרוך בדפוס העסקה זה, וכן הפרק יציג את הקבוצות השונות של עובדים עצמאיים שלגביהם נדרשת רגולציה. עוד יעסוק הפרק בהצעות חוק שהיו לאורך השנים בנושא הסדרת רגולציה לגבי עובדים עצמאיים. הפרק השלישי ידון בגישות תאורטיות שונות לרגולציה בנושא עובדים עצמאיים – הגישה המרקסיסטית פוסט תהליכית והגישה היזמית תחרותית, ובדוקטרינות הנגזרות מגישות אלה. עוד יעסוק הפרק בהצדקה לאימוץ הגישה המרקסיסטית פוסט תהליכית כמסד לגיבוש רגולציה לגבי עובדים עצמאיים. הפרק יעסוק גם בגישה של תומס פיקטי בדבר המעמד המיוחד של יחסי עבודה עם עובדים עצמאיים המצדיקה רגולציה בסוגיית העובדים העצמאיים. כמו כן יציג הפרק את הגישה של קפיטליזם המעקב של שושנה זובוף, שאף היא מגבשת הצדקה לרגולציה בנושא. הפרק השלישי יעסוק בעובדים עצמאיים בישראל ושאלת התחולה של חוקי המגן וזכויות קיבוציות. הפרק הרביעי יציג דגמי רגולציה שהתפתחו במדינות שונות המאפשרים מתן הגנות לעובדים עצמאיים – האיחוד האירופי, מדינת קליפורניה, וכן איטליה וספרד. הפרק החמישי עוסק במוסדות וחסמים לגיבוש רגולציה להסדרת זכויות עובדים עצמאיים בישראל, ובכלל זה חסמים הנובעים מן המדינה והרגולטורים, חסמים מבניים הנוגעים למודל ההתארגנות ומדיניות ארגוני העובדים וחסמים הנוגעים להתנגדות מעסיקים וארגוני מעסיקים. הפרק השישי משרטט קווים למודל רגולטורי מוצע, וזאת בהתייחס לשלוש הקבוצות השונות של עובדים עצמאיים שנדונות במאמר, וכן דן בביקורות אפשריות על היישום של המודל הרגולטורי המוצע וההתמודדות עימן.

23 אסף הראל **גופים דו מהותיים: גופים פרטיים במשפט המנהלי** (2008).

nevo.co.il

א. הקשיים בהעסקת עובדים עצמאיים

1. אי-שוויון והעסקת עובדים עצמאיים

חלק משמעותי מאי־השוויון בשכר והתופעה של "עובדים עניים" ניתן לייחס למגזר של עובדים עצמאיים.[24] רבים מקרב מגזר זה מועסקים בשכר נמוך ללא כל ביטחון תעסוקתי ומבלי שהם זכאים לתנאים סוציאליים, באופן שמוביל להעמקת אי־השוויון בשכר בחברה נתונה. זאת חרף העובדה שחלק ניכר מעובדים אלה דומים במאפייניהם לעובדים שכירים, אך הם מסווגים כעצמאיים ועל כן נשללות מהם ההגנות שמהן נהנים עובדים שכירים. בישראל שיעור העצמאיים שאינם מעסיקים עובדים עומד על כ־7.5%.[25] חוקי העסקה הם מגן חשוב מפני עוני ומחסור ומהווים חלק אינטגרלי ממדינת הרווחה.[26] היעדר כפיפות לחוקי עבודה מצד מעמד העובדים העצמאיים הוא פתח לדחיקתם לסטטוס של עניים.

עובדים עצמאיים תוארו לעיתים בספרות כמשתייכים למעמד ה"פרקריאט",[27] המתואר כמעמד חדש של עובדים המועסקים באופן מקפח כפרילנסרים או במסגרת כלכלת הפלטפורמה. היווצרות מעמד זה היא תולדה של הגלובליזציה והנאו־ליברליזם כמו גם שינויים טכנולוגיים. ה"פרקריאט" מכונה המעמד הפגיע. המעמד כולל עובדים המועסקים באופן לא סדיר, במשרות שאינן מספקות שכר הוגן ותנאים סוציאליים. אלה כוללים את הפרילנסרים ואת העובדים השעתיים והזמניים בענפי הוראה, בריאות ורווחה לצד עובדי קבלן. לעיתים להעסקה זו נדחקים עובדים צעירים, מהגרים ומיעוטים. חלקים מעובדים אלה חשים ייאוש ותסכול עקב הפגיעה הכלכלית בהם והקושי שלהם להתקיים בכבוד. זהו מעמד מוחלש הסובל מאי־ יציבות בהעסקה והיעדר תנאים בסיסיים להם זכאים בדרך כלל עובדים. כך למשל עולה מדו"חות של הנציבות של האיחוד האירופי כי שיעור העובדים העניים מקרב מגזר העובדים העצמאיים הוא גבוה במיוחד.[28] גם בישראל עסקינן במעמד פגיע[29] שנשללות ממנו זכויות סוציאליות וזכויות בעבודה.

בהיבט אחד דחיקתם של עובדים עצמאיים להעסקה מקפחת נובעת מהיעדר תחולה של חוקי המגן, כגון חוק שכר מינימום. חוקי המגן נקבעו כחלק מרשת המגן של מדינת הרווחה שנועדה להגן על עובדים מתוך הבנה שהפער האינהרנטי בינם לבין המעסיק יוצר כשל שוק.

24 Razzolini, לעיל ה"ש 10.

25 אביעד הומינר רוזנבלום "המעמד הפגיע בישראל: עובדים לא מוכרים ושכירים לא מוגנים" **דו"ח קרן ברל כצנלסון** (2022) https://tinyurl.com/ysy89yju.

26 Veena B. Dubal, *Economic Security & the Regulation of Gig Work in California: From AB5 to Proposition 22*, 13 EUR. LAB. L.J. 51 (2022).

27 גיא סטנדינג **הפרקריאט: המעמד המסוכן החדש** פתח דבר (יסמין הלוי מתרגמת 2021). משמעות המושג פרקריאט הוא הלחם של המילים פרולטריון והעסקה מקפחת ופגיעה – precarious.

28 Ramón Peña-Casas, et al., *In-Work Poverty in Europe, A Study of National Policies*, EUROPEAN COMMISSION (2019), https://tinyurl.com/y6z37uth.

29 הומינר רוזנבלום, לעיל ה"ש 25.

בהיעדר רגולציה מדינתית מתאימה בדמות חוקי המגן, עובדים אלה נדונים פעמים רבות להעסקה בתנאים מקפחים ולעוני. היעדר תחולה של חוקי המגן על עובדים עצמאיים מאפשר להעסיקם בשכר נמוך וללא תנאים הולמים. במישור נוסף הפגיעה בעובדים עצמאיים ואי־השוויון המתגבש נובעים מהיעדר תחולת זכויות קיבוציות להתארגנות, משא ומתן קולקטיבי ושביתה. זכות ההתארגנות היא זכות יסוד חשובה שנועדה לאפשר לעובדים להיאבק על קיום בכבוד ותנאי עבודה נאותים ושכר. דא עקא, עובדים עצמאיים לרוב אינם זכאים להתארגן בארגוני עובדים ואינם רשאים לנהל משא ומתן קיבוצי או לשבות.

בניגוד למצב בישראל, עובדים עצמאיים לרוב נוטים להתארגן במדינות שונות בארגוני עובדים משל עצמם, ואלה לעיתים קרובות אינם מוכרים כארגוני עובדים פורמליים על ידי הרשויות ונשארים מחוץ להגנות שהחוק מאפשר לארגוני עובדים רגילים. במדינות שונות התארגנות, משא ומתן קיבוצי או שביתה של עובדים עצמאיים תיחשב כהפרה של דיני ההגבלים העסקיים ואי־התחרות. למשל בבריטניה הייתה צמיחה של ארגונים של פרילנסרים ועובדים עצמאיים.[30] ברם לפי ההגדרה בחקיקה האנגלית המתייחסת לנושא של זכות ההתארגנות וזכויות קיבוציות נוספות המופיעה בחוק יחסי העבודה האנגלי,[31] החוק מעניק רק לעובד זכויות קיבוציות.[32]

בישראל ישנה החרגה של ארגוני עובדים מסורתיים מתחולתם של דיני ההגבלים העסקיים, ברם התארגנות אחרת כמו זו של עובדים עצמאיים תיחשב כהפרה של כללי אי־ התחרות. בישראל זכויות קיבוציות מוכרות רק לארגון עובדים רגיל המוכר ככזה. לעיתים קרובות עובדים עצמאיים אלה משתכרים שכר נמוך ומועסקים בתנאים מקפחים. עובדים עצמאיים לעיתים מצויים אף במצב שבו קיים פער גדול בכוח המיקוח בינם לבין הארגון אשר בו הם מועסקים כעובדים חיצוניים. יחד עם זאת, הם אינם יכולים להתארגן או לנהל משא ומתן קולקטיבי באופן שעשוי היה לשפר את מצבם בשוק העבודה. העובדה שבאופן מסורתי ארגוני עובדים זכו לפטור מכללי ההגבלים העסקיים ואי־ התחרות אפשרה להם היסטורית לנהל משא ומתן וכך להביא לצמצום אי־ שוויון ולעלייה ברמת השכר המשולם לעובדים שכירים. כיום, כאשר פירמות מתקשרות גם עם עובדים חיצוניים שהם עובדים עצמאיים, מתעורר צורך להרחיב את תחולת הפטור מהגבלים עסקיים באופן שיחול לעיתים גם על התארגנויות של פרילנסרים ועובדים עצמאיים, שיאפשר לנהל משא ומתן קולקטיבי ולצמצם אי־שוויון.

30 Bogg, *Square Pegs and Round Holes?*, לעיל ה"ש 16.

31 Trade Union and Labor Relations (Consolidation) Act 1992, § 296(1)(b).

32 According to the Trade Union and Labor Relations (Consolidation) Act, 1992, § 296 (1)(b), a worker means: "An individual who works or normally works or seeks to work under any other contract whereby he undertakes to do or perform personally any work or services for another party to the contract who is not a professional client of his".

2. קבוצות שונות של עובדים עצמאיים והצעות חוק בנושא

המאמר יתייחס לשלוש קבוצות של עובדים עצמאיים – עובדים שסווגו באופן שגוי כעצמאיים, עובדים עצמאיים תלויים וקבוצת עובדי פלטפורמה. לגבי קבוצות אלה נדרשת רגולציה שתסדיר באופן ברור את הזכויות ותנאי ההעסקה.

הקבוצה הראשונה היא אלה אשר סווגו אומנם כקבלנים עצמאיים בהעסקה עצמית, אך בפועל לפי המאפיינים של העסקתם הם צריכים היו להיות מסווגים בסטטוס של עובד. אלה הם עובדים אשר נמצאים תחת שליטה של הפירמה המעסיקה ומשתלבים במערכת הארגונית של הפירמה ואינם מנהלים עסק עצמאי משלהם. עובדים אלה, אשר לרוב עומדים במבחנים ליחסי עובד-מעסיק ומסווגים בדיעבד כעובדים, צריכים להיות זכאים לכלל הזכויות וההגנות של עובדים שכירים. ראוי לעגן הסדרים אלה בחקיקה על מנת שהמדיניות בנושא תהיה ברורה וסדורה ותחול על כלל המועסקים בקטגוריה זו.

קושי ניכר וצורך בהסדרה נוגעים לקבוצה השנייה של עובדים עצמאיים תלויים. עובדים עצמאיים תלויים יוגדרו כדלקמן: עובדים המסווגים כמועסקים בהעסקה עצמית, שאינם מעסיקים עובדים ומבצעים את העבודה באופן אישי, והנמצאים במערכת יחסים מתמשכת לאורך זמן של תלות כלכלית עם הפירמה שאיתה עיקר עבודתם. אלה עובדים שאינם יכולים להיות מסווגים בסטטוס של עובד רגיל, אך קיים קושי של תלות כלכלית ומאפיינים רבים שמצדיקים גיבוש רגולציה שתספק הגנות על קבוצה זו.

בהצעת חוק שהוגשה בישראל בשנת 2020 בנושא פרילנסרים אומצה הגדרה דומה.[33] בהצעת החוק, שהוגשה כהצעת חוק פרטית על ידי ח"כ ניצן הורביץ, הוגדר משתתף חופשי כמי שהוא בעל מקצוע או ידע מיוחד שהתקשר בחוזה עם מזמין לשם ביצוע עבודה אישית, ושלפחות 75% מהכנסתו באותה תקופת התקשרות מקורם בהתקשרות עם אותו מקבל השירות. ההצעה ביקשה להחיל על עובדים אלה חלק ניכר מחוקי המגן וצווי ההרחבה, וביניהם חוק שכר מינימום, חוק שעות עבודה ומנוחה, צו ההרחבה בנוגע לפנסיה, חוק דמי מחלה וכן את האפשרות להתקשר בהסכמים קיבוציים.

יש לציין כי ההבחנות המסורתיות שבין עובד לבין עצמאי אינן נותנות מענה לקטגוריית ביניים זו שצמחה של עובד עצמאי תלוי שנמצא בתווך בין שתי הקטגוריות הקיימות של עובד שכיר ושל עצמאי. העובד העצמאי התלוי בקטגוריית הביניים הוא בעל תכונות ספציפיות שאינן מאפיינות שכיר או עצמאי רגיל. הוא דומה לשכיר באופן ביצוע העבודה ובכך שעיקר עבודתו אצל מעסיק יחיד והוא אינו מעסיק עובדים משלו, אך יחד עם זאת לא מתקיימים בינו לבין המעסיק יחסי עובד־מעסיק במובנם הרגיל מסיבות שונות, כמו למשל הקמת עסק משלו ושימוש בציוד ששייך לו, זאת באופן שמוביל להיעדר תחולת הגנות וזכויות סוציאליות בסיסיות.

לעובד עצמאי תלוי יש רק חלק מן המאפיינים של עובד רגיל. הצורך ברגולציה במקרה זה עולה במקרים שבהם לא ניתן ליישם את המבחן המעורב לקביעת יחסי העבודה גם במקרים שבהם האדם משתלב בעסקו של המעסיק ואינו מנהל עסק עצמאי לגמרי, אך עדיין לא ניתן

33 הצעת חוק המשתתף החופשי, התש"ף–2020, פ/248/23.

להגדירו בסטטוס של עובד. העובד העצמאי שונה מן העובד השכיר הרגיל בכך שהוא חופשי להחליט אם לקבל הצעת עבודה, וכן אוטונומי להחליט אם להפחית או להגדיל את היקף העבודה. יחד עם זאת, לא ניתן לסווגו כעצמאי לכל דבר לנוכח סממנים שונים המצביעים על תלות וקשר הדוק עם המעסיק, כגון תלות כלכלית, יחסים מתמשכים לאורך זמן וביצוע העבודה באופן אישי. לעובד העצמאי אין הכנסה קבעה מראש, אלא הוא תלוי בהצעות של המעסיק שמקבל את העבודה והוא גם תלוי בביצוע התשלום על ידי הפירמה המעסיקה. בשונה מן העובד העצמאי התלוי, עצמאי רגיל בעל עסק עשוי לבצע את העבודה באמצעות עובדים והוא רשאי להפעיל את עסקו באמצעות חברה או שותפות או במיקור חוץ. העצמאי הרגיל גם קובע כיצד לנהל את עסקו ויכול להשפיע על גובה הכנסותיו והוצאותיו באמצעות קהל לקוחות גדול.

יש לציין כי דפוס העסקה מתמשכת כפרילנסר שהוא עובד תלוי התפשט לענפי תעסוקה שההשתכרות בהם נמוכה, כגון תרגום, עריכה וגרפיקה. פירמות שונות פועלות באופן שפוגע בזכויות עובדים המשתייכים לכל דבר ועניין למערכת הארגונית של המעסיק, אך נשללות מהם זכויות מגן בסיסיות בשל צורת ההתקשרות והיעדר עמידה במבחני עובד־מעסיק שהפסיקה התוותה, וזאת חרף פערים בכוח המיקוח מול המעסיק.[34]

עובד עצמאי תלוי עשוי להיקלע לקשיים ייחודיים שאינם מאפיינים עובדים שכירים. כך עובד עצמאי תלוי עשוי להימצא בבעיה כלכלית במצב שבו בדרך כלל הוא אינו מקבל מייד את התשלום המגיע לו בחודש שבו בוצעה העבודה, אלא שהתשלום בדרך קבע נדחה למועד שהוא חודשיים שלושה לאחר הוצאת החשבונית (בדפוס של שוטף פלוס שישים או דפוס של שוטף פלוס תשעים המקובל במשק). בעיה נוספת היא חשש ממקרים של פירוק או פשיטת רגל של המעסיק. במקרים אלה העובדים העצמאיים שעובדים בהיקף גדול עם מזמין עיקרי אחד שהגיע לחדלות פירעון עלולים להימצא במצב שבו השכר שלהם אינו משולם. במצבים כאלה עובד עצמאי תלוי עשוי להיקלע למשבר בשל התחייבויות והלוואות שהוא נטל על עצמו לצורך ביצוע העבודה והקמת העסק או רכישת הציוד, שהוא נותר חשוף אליהן, כאשר מצד שני תזרים התקבולים הופסק באחת, דבר שאינו מאפיין עובד שכיר רגיל. עניין אחר הוא שינוי גדול בהיקף ההכנסות של עובד עצמאי תלוי ותנודתיות מחודש לחודש.

כמה הצעות חוק שהונחו על שולחן הכנסת לאורך השנים ולא הבשילו לכדי חקיקה ביקשו להתמודד עם מצבים אלה. הצעת חוק ראשונה שכוונה להתמודדות עם קשיים ייחודיים אלה של עובדים עצמאיים נועדה להבטיח תשלום לפרילנסרים תוך 30 יום. הצעת החוק הוגשה על ידי תמר זנדברג בשיתוף מירי רגב. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר שאוכלוסייה זו מתאפיינת במוסר תשלומים בעייתי. כך למשל בתחום האומנות והתקשורת מוסר תשלומים ירוד מוביל לדחיית מתן השכר אפילו לכמה חודשים לאחר ביצוע העבודה והגשת החשבון. דברי ההסבר הדגישו את הצורך של כל עובד לדעת מתי יקבל את שכרו ולהסתמך על כך. הצעת החוק באה לאכוף מוסר תשלומים אחיד וראוי לאומנים, עיתונאים ומרצים המועסקים כעצמאיים במקום להפקירם לחסדי השוק ולאלץ אותם לרדוף אחר מעסיקים מליני שכר. דברי

34 ד"כ 114 (19.8.2020).

ההסבר מדגישים שעל אף שזו אוכלוסייה גדולה ומוחלשת, היא לא זכתה להתייחסות בחוק. יחד עם זאת, הצעת החוק לא הבשילה לכדי חקיקה.[35] הצעת חוק נוספת בהקשר דומה ביקשה לחייב את המדינה ורשויות מקומיות לשלם תוך שלושים יום לפרילנסרים ועצמאיים קטנים – הצעת חוק הגבלת אשראי ספקים למוסדות המדינה, התשע"ה–2014.[36]

הצעת חוק שנייה בעניין זה היא הצעת חוק הביטוח לאומי (תיקון – ביטוח זכויות עצמאי שעיקר הכנסתו מעסק שמצוי בפשיטת רגל או בפירוק), התשע"ח–2018.[37] הצעת החוק שהציעו רועי פולקמן ומירב בן ארי נועדה לתת הגנות לעובד עצמאי תלוי שהפירמה שממנה עיקר פרנסתו נקלעה לפשיטת רגל. סוכם כי במצב כזה אם עסקינן בעצמאי שלפחות שבעים אחוזים מהכנסתו מקורם בהתקשרות עם מזמין, תשולם לו גמלה בגובה שכר עבודתו הממוצע בחצי השנה שקדמה לפשיטת רגל או פירוק.

הצעת חוק שלישית כללה הסדרה של מצבי אבטלה של עובדים עצמאיים ואפשרות לקבלת דמי אבטלה – הצעת חוק הביטוח הלאומי (תיקון דמי אבטלה לעצמאים), התשע"ח–2017.[38] בדיונים בהצעת החוק נאמר כי ההצעה נועדה להסדיר מצב של הפליה כלפי עובדים עצמאיים כמו פרילנסרים, שנשללת מהם זכאות לדמי אבטלה, באופן שאינו מתיישב עם תכלית החוק והעקרונות העומדים בבסיס תורת הביטחון הסוציאלי. ענף האבטלה נועד בעיקרו לאפשר מינימום של קיום בכבוד לכל אלו אר נקלעו למצב של היעדר פרנסה על פני תקופה של כמה חודשים ולסייע להם לשוב למעגל התעסוקה. עקרונות אלה מתקיימים גם לגבי עובדים עצמאיים תלויים ובעיקר פרילנסרים. הצעת החוק כללה הסדרה של קרן אבטלה ייעודית כענף ביטוח נפרד אשר יהווה את מקור המימון לדמי אבטלה לעובדים אלה. ההסדר כולל מתן דמי אבטלה על בסיס ההכנסה בשנתיים שקדמו למועד של תחילת האבטלה. הוצע להגביל את קבלת דמי האבטלה לשלוש פעמים בחיים.

קבוצה נפרדת שלישית בתוך העובדים העצמאיים היא קטגוריה של עובדי פלטפורמה המהווים קבוצה נפרדת בשל הישענות על פלטפורמות דיגיטליות כמעסיקות. חלק מעובדים אלה מסווגים באופן שגוי כעצמאיים חרף היותם תחת שליטה של הפירמה המעסיקה, וחלקם לא. יחד עם זאת העובדה שהם פועלים תחת אפליקציה אינטרנטית מצדיקה גיבוש רגולציה ייחודית. עובדים אלה חשופים במיוחד לפגיעה בפרטיות שלהם ולדפוסים פוגעניים של דירוגים על פי שביעות רצון של לקוחות ומעקב אחרי מסלולי נסיעה וזמנים. הם מתקשים ביצירת תקשורת בין עובדים שונים ובינם לבין הפירמה המעסיקה בדרכים רגילות, והנגישות שלהם לאפשרויות התארגנות קשות יותר.

35 צבי לביא "הצעת חוק: שכר פרליסנרים ישולם תוך 30 יום" **ynet** (6.7.2014) https://tinyurl.com/5n7bd3k5.

36 הצעת חוק הגבלת אשראי ספקים למוסדות המדינה, התשע"ה–2014, פ/753/19.

37 הצעת חוק הביטוח לאומי (תיקון – ביטוח זכויות עצמאי שעיקר הכנסתו מעסק שנמצא בפשיטת רגל או בפירוק), התשע"ח–2018, פ/5175/20.

38 הצעת חוק הביטוח הלאומי (תיקון דמי אבטלה לעצמאים), התשע"ח–2017, פ/4635/20.

nevo.co.il

ב. גישות לרגולציה בנושא עובדים עצמאיים

1. הגישות השונות והצדקה לגיבוש רגולציה להגנת זכויותיהם של עובדים עצמאיים

הצגת הגישות השונות – הגישה היזמית תחרותית מול הגישה המרקסיסטית פוסט תהליכית

שתי גישות אפשריות בנושא רגולציה לגבי עובדים עצמאיים שהמאמר מבקש להציג הן הגישה היזמית תחרותית והגישה המרקסיסטית פוסט תהליכית. הגישה היזמית תחרותית רואה בעובד העצמאי יזם בעל עסק אשר אינו זכאי לזכויות בתחום העבודה והרווחה, ובכלל זה נשללות ממנו כלל הזכויות מחוקי המגן. כמו כן חלים עליו כללי ההגבלים העסקיים ואי־ התחרות המונעים ממנו זכויות קיבוציות, כגון הזכות למשא ומתן קיבוצי ושביתה.

גישה זו התפתחה בין השאר על רקע התפיסה בדבר הערך היזמי העצמי של עובדים עצמאיים שמוביל אותם לאמץ זהות יזמית. הגישה גורסת כי העובד העצמאי מקבל את העסק היזמי כחלק מרכזי בעולם ההעסקה וכחלק מהזהות שלו. עובדים אלה רואים ערך רב בשימור היכולת שלהם לפעול באופן אוטונומי ולכן מעדיפים לנהל עסק משלהם ולשמור על החופש שלהם לפעול.[39]

במועצת אירופה ציינו לעניין זה בדצמבר 1998 את הרוח היזמית שעומדת בבסיס בחירתם של פרטים לעסוק בדפוסי העסקה אלה שיש בהם גמישות רבה, יכולת התאמה למצבים משתנים וכדומה.[40] גישה זו מובילה גם לאימוץ דוקטרינה תחרותית. על פי דוקטרינה זו, יש לראות בעובד העצמאי כקבלן עצמאי יזם לכל דבר, ועל כן אין מקום למתן זכויות הנוגעות לתעסוקה וקשורות לעובדים שכירים. על פי גישה זו, לכל היותר מתאפשרת הכרה בזכויות של עובדים שסווגו באופן שגוי כעצמאיים אך עונים על כלל הקריטריונים והמאפיינים של עובדים שכירים.

לעומת זאת הגישה השנייה, היא הגישה המרקסיסטית – פוסט תהליכית, יוצאת מנקודת מוצא בדבר קיומם של מבנים בחברה המשקפים יחסי עוצמה בין מעסיקים לעובדים. מבנים חברתיים כאלה שבהם קיים כוח רב למעסיקים מול חולשה של העובדים עשויים להתקיים בתבניות העסקה בלתי שגרתיות של עובדים עצמאיים שונים, כגון אלה התלויים כלכלית בפירמה, בנוסף לאנשים שסווגו באופן שגוי כעצמאיים.[41]

39 John Storey, *Graeme Salaman & Kerry Platman, Living with Enterprise in an Enterprise Economy: Freelance and Contract Workers in the Media*, 58 HUM. RELATIONS 1033 (2005).

40 ALAIN SUPIOT & PAMELA MEADOWS, BEYOND EMPLOYMENT: CHANGES IN WORK AND THE FUTURE OF LABOR LAW IN EUROPE, Chapter 1, work and private power 3 (1st ed. 2001).

41 Nicole S. Cohen, *Cultural Work as a Site of Struggle: Freelancers and Exploitation*, *in* MARX AND THE POLITICAL ECONOMY OF THE MEDIA 36 (Christian Fuchs & Vincent Mosco eds., 2015).

הגישה המרקסיסטית פוסט תהליכית התפתחה מתוך התאוריה התהליכית בעבודה. הפריזמה של התאוריה התהליכית המסורתית בעבודה שהגה בשנות השבעים ברוורמן, בהתבסס על התפיסה המרקסיסטית,[42] שמה דגש על כפיפות של העובד ושליטה של הפירמה בתהליך העבודה.[43] על פי תאוריה זו, העובד העצמאי מתואר כניצב במנותק משליטה על התהליך של העבודה, מהמוצרים שהוא מייצר או מהשירותים שהוא מספק ומעובדים אחרים. לעומת זאת, הפריזמה של הגישה המרקסיסטית הפוסט תהליכית מתמקדת בתהליך של קיפוח של עובדים עצמאיים מצד תאגידים למטרות רווח בעידן הפוסט פורדיסטי. הגישה המרקסיסטית הפוסט תהליכית גורסת שהרעיון מאחורי תהליך העבודה שכרוך בתבניות העסקה פוסט פורדיסטיות, כמו אלה של פרילנסרים, עבר שינוי. מטרת התהליך אינה עוד לייצר מוצר בר שימוש, אלא שהוא הפך להיות תהליך שנועד להגדלת שורת הרווח של בעל ההון, ולכן נקודת המבט היא שונה.[44] התפיסה היא שתהליך הקיפוח והעושק של העובד, במיוחד זה שתלוי כלכלית במעסיק לצורך קיומו, מצדיק גיבוש רגולציה מתאימה להגנת העובדים העצמאיים.

העסקת עובדים עצמאיים מוצגת אומנם פעמים רבות כמצב שבו לעובד העצמאי ניתן לכאורה חופש לפעול ועצמאות וכן גמישות שהיא רצויה מבחינתו, אבל המציאות היא לעיתים ניתוק של העובד מהתהליך שלמעשה נשלט במידה רבה על ידי הפירמה עצמה, ששולטת על מהלך הדברים. מעבר לכך, עצם התלות הכלכלית שקיימת לעיתים בין העובד העצמאי לפירמה הוא זה שמחליף את הכפיפות והשליטה המסורתיים ויוצר צורך ברגולציה מגינה. על פי גישה זו, את העולם הפוסט פורדיסטי עדיין ניתן לאפיין כזירה של מאבק מרקסיסטי בין הון לעבודה ושל קומודיפיקציה. לעיתים העובד העצמאי מבקש לייצר דברים בצורה מסוימת, ואילו הפירמה דורשת ממנו עבודה בעלת אופי מסוים ותוצר ספציפי. למשל בתחום האומנות והתרבות, הפירמה עשויה לבקש מיוצר לבצע עבודה בעלת מאפיינים מסוימים שיהיו מסחריים יותר, גם אם הוא היה מעדיף אחרת (כמו לכתוב תסריט בדרך מסוימת).

חוקרים בגישה זו, דוגמת כהן, מציינים כי בעידן הפוסט פורדיסטי הדגש אינו על השליטה של הפירמה על התהליך, וגם אם לפרילנסר ישנה שליטה ואוטונומיה מסוימת, הדגש הוא על הניצול של כוח העבודה בידי בעלי ההון.[45] כך הדגש עבר משאלות של כפיפות והשתלבות בארגון המעסיק לסוגיה של ניצול. על פי הגישה הזו, העידן הדיגיטלי והשינויים הטכנולוגיים יחד עם פוסט פורדיזם הביאו איתם פרגמנטציה של העבודה וחלוקה של העבודה לחלקים קטנים וארעיים. במקום עבודה קבועה של עובד אחד, נעשתה חלוקה לעובדים עצמאיים שכל אחד מהם מבצע חלק קטן מהשירות. למשל בתחום התרבות, עבודות של תרגום, עיצוב, שרטוט, מחולקות לחלקים קטנים ומועברות לפרילנסרים שמבצעים משימות קטנות, לצד ריבוי תופעות של מיקור חוץ בפירמות, באופן שמחזק את ההון ומחליש את העבודה.

42 HARRY BRAVERMAN, LABOR AND MONOPOLY CAPITAL: THE DEGRADATION OF WORK IN THE TWENTIETH CENTURY (1974) (1998).

43 Cohen, לעיל ה"ש 41.

44 שם.

45 שם.

המבנה החברתי שנוצר שכרוך בניצול של העובדים העצמאיים מוביל לצורך ברגולציה שתספק להם הגנה. הניצול ניכר בהעסקה מקפחת בהיבטים שונים. בין השאר המעבר מתשלום לפי שעות לתשלום עבור תוצר מסוים מוביל פעמים רבות להיעדר תשלום ראוי על מלוא השעות. חלק מהשעות הרבות שהעובד העצמאי משקיע עבור תכנון, רכישת ציוד וחומרים, ארגון העבודה, שכתוב של חומרים וכדומה אינו משולם.[46]

גישה זו מגבשת בסיס לדוקטרינה בדבר תלות כלכלית שנוהגת במדינות שונות. במסגרת הדוקטרינה של התלות הכלכלית, קיימת דרישה להעסקה מתמשכת וקבועה בפירמה מסוימת כתנאי לרגולציה מגינה. על פי דוקטרינה זו, העובדים העצמאיים התלויים הם כאלה ששמורה להם הזכות לארגן את עבודתם באופן עצמאי, כלומר אין דרישה לכפיפות מלאה של העובד למעסיק ולשליטה של המעסיק על פעולותיו. במדינות שונות הנהיגו, אם כן, הבחנה בין יזמים של ממש שהם בעלי עסק ולא חלות עליהם הגנות מעולם העבודה, לבין עובדים עצמאיים שהם יזמים למחצה שזכאים לחלק מהזכויות של עובדים ותנאי ההעסקה שלהם.[47] הגישה המרקסיסטית פוסט תהליכית מבססת את הדוקטרינה בדבר תלות כלכלית המצדדת בהענקת זכויות לעובדים עצמאיים אשר תלויים בפירמה מבחינה כלכלית. עובדים אלה זכאים לזכויות רבות בעבודה חרף העובדה שאינם מסווגים כעובדים שכירים רגילים של הפירמה ואינם עומדים במבחנים של הכרה ביחסי עובד ומעסיק.[48]

עובדים עצמאיים תלויים הם אלה אשר תלויים במעסיק בהיבטים כלכליים ושנמצאים באופן קבוע ומתמשך בכפיפות כלכלית זו. אומנם אלה אנשים שאינם יכולים להיתפס בגדרי המבחנים של יחסי עובד-מעסיק, אך עצם היותם נשענים על מקום עבודה מסוים לצורך קיום בכבוד מחייב כיבוד הזכויות החברתיות שלהם בעבודה.[49] לעניין זה יש לציין כי הרציונל העומד בבסיס יחסי העבודה הוא הכפיפות של העובד למעסיק וההיררכיה של מקום העבודה, אשר מגבשים צורך ברגולציה ובמתן הגנות לזכויותיו של העובד. גם כאשר עסקינן בעובדים עצמאיים תלויים, הרציונל לגיבוש הגנות על העובד עדיין מתקיים. אומנם אין זה מקרה של עובד רגיל אשר הכפיפות שלו למעסיק מלאה ומשתרעת על כל התחומים, אך עצם הכפיפות הכלכלית לממונה שגם מארגן את העבודה מחייב את הפירמה בחובות מסוימות כלפי אותו עובד עצמאי. חזקת חולשת העובד מול המעסיק עדיין שרירה ומתקיימת גם שעה שאנו עוסקים בעובדים עצמאיים תלויים, באופן שמגבש הצדקה לרגולציה שתגן על זכויותיהם.

לרוב הדוקטרינה בדבר תלות כלכלית תבחן כמה היבטים על מנת לקבוע זכאות לזכויות בעבודה: ביצוע עבודה באופן אישי, עבודה עבור ממונה עיקרי אחד (פירמה אחת), עבודה שאינה דורשת הון אישי של העובד העצמאי וארגון ויוזמה של העבודה על ידי הממונה (על ידי הפירמה).

46 שם.
47 SUPIOT & MEADOWS, לעיל ה״ש 40.
48 Miroslava Knapková, *Dependent Self-Employment–Italy as a Good Practice Example*, 22 J. OF ECON. & SOC. RSCH. (2021).
49 SUPIOT & MEADOW, לעיל ה״ש 40, בעמ׳ 14.

ההצדקה לאימוץ הגישה המרקסיסטית פוסט תהליכית והדוקטרינה בדבר תלות כלכלית

ניתן היה להעלות, לכאורה, כמה טענות המצדדות באימוץ הגישה התחרותית יזמית והדוקטרינה התחרותית, באופן שיוביל להימנעות מרגולציה שתיצור הגנות לגבי עובדים עצמאיים.

ראשית, הגישה שמה דגש על חופש החוזים ועל התפיסה שהתחייבויות יש לקיים. כך גם תניות חוזיות בין עובד עצמאי לפירמה שמעסיקה יש לכאורה לכבד ולאכוף פי שהן.[50]

שנית, תפיסה ליברלית עשויה גם להוביל למחשבה שיש מקום לכבד את הרצון החופשי של העובד העצמאי להיות מועסק בצורה מסוימת המאפשרת לו יותר גמישות וחופש. לעניין זה ניתן להשמיע את הטענה כי חלק מן העובדים העצמאיים מעוניינים בדפוס העסקה ארעי וגמיש שמאפשר להם שלא להיות כפופים למקום עבודה קבוע ונוקשה. יש המדגישים בהמשך לכך כי עובדים פרילנסרים בוחרים בדרך זו מתוך מודעות מלאה ומתוך רצון שלא להשתלב בעבודה רגילה, ובעניין זה לא נדרשת התערבות מדינתית.

שלישית, תיתכן טענה שמאחורי העסקה של עובדים עצמאיים עומד הרצון של אנשים אלה להקים עסק ולמקסם רווחים כיזמים, ועל כן אין מקום להתערבות מדינתית בנושא. מתוך נקודת מבט זו, ניתן לטעון כי העובדים העצמאיים בוחרים בעבודה בשעות ממושכות וסופי שבוע מתוך רצון לייצר יותר ולהרוויח יותר.[51] כמו כן ניתן לטעון כי לעובדים העצמאיים יש שליטה על מהלך העבודה וכך למשל הם יכולים לעיתים לסרב לקבל עבודה או להעבירה לאדם אחר שיבצע אותה.

אולם, יש מקום לדחות את הטענות האמורות ולאמץ את הגישה המרקסיסטית פוסט תהליכית ובהמשך לכך גם את הדוקטרינה בדבר תלות כלכלית. אשר לטענה הראשונה שלעיל, הרי שיש מקום לדחות אותה. הרציונל של אימוץ גישה מרקסיסטית פוסט תהליכית ושל הדוקטרינה בדבר התלות הכלכלית הוא שרגולציה בנושא תנאי העסקה וזכאויות בעבודה נועדה לחול במצבים של פער בכוח המיקוח בין העובד למעסיק, שבהם לא מתקיים הלכה למעשה שוק חופשי אמיתי. פער כזה בכוח המיקוח עשוי להתקיים גם לגבי עובדים עצמאיים, ובמקרים כאלה קמה הצדקה להרחבת התחולה של הגנות בעבודה.[52] הרציונל של עיגון הגנות לגבי עובדים עצמאיים נובע מן התפיסה שלפיה כפיפות להוראות של מעסיק, שלרוב קובעת סטטוס של עובד, היא פחות משמעותית מאשר תלות פיננסית במעסיק מסוים ובשכר שהוא משלם. לכן הטענה היא שיש לנטוש מבחנים מסורתיים שבודקים את השליטה של המעסיק וכפיפות להוראותיו ולאמץ מבחנים חדשים. כאשר העובד תלוי פיננסית בפירמה אחת מרכזית והוא נמצא בכפיפות כלכלית מתמשכת לפירמה זו, הרי שיש מקום להכיר בזכויות החברתיות שלו כדי לאפשר לו קיום בכבוד. הרעיון של הענקת זכויות והגנות למועסקים רגילים היה

50 Greig De Peuter, *Creative Economy and Labor Precarity: A Contested Convergence*, 35 J. OF COMMUNICATION INQUIRY 417 (2011).

51 Angela McRobbie, *Clubs to Companies: Notes on the Decline of Political Culture in Speeded Up Creative Worlds*, 16 CULTURAL STU. 516 (2002).

52 SUPIOT & MEADOWS, לעיל ה"ש 40.

מבוסס על הצורך להבטיח ביטחון תעסוקתי וכלכלי למי שכפופים למעסיק. משעה שנוצר הצורך להבטיח ביטחון תעסוקתי וכלכלי לחלק מהקבלנים העצמאיים, נדרש שינוי במדיניות.[53] כך ניתן לטעון כי היות העובד מנותק משליטה על התהליך של העבודה מתבטא לאו דווקא בהיעדר שליטה במוצרים שהוא מייצר או מהשירותים שהוא מספק ומעובדים אחרים, אלא משליטה פיננסית או שליטה בהזדמנויות לעבוד באופן שמצדיק גיבוש רגולציה מתאימה.

אשר לטענה השנייה שלעיל, הרי שיש מקום לדחות גם אותה. על פי הגישה המרקסיסטית פוסט תהליכית יש להתבונן באופן ביקורתי על ההעסקה של עובדים עצמאיים. הגישה רואה בחלקם ככאלה שנדחקו לדפוסי העסקה אלה בלית ברירה. על פי גישה זו, שעה שעסקינן בעובדים עצמאיים התלויים מבחינה כלכלית בפירמה אחת ומועסקים בה באופן קבוע ומתמשך, הרי שיש מקום להעניק להם זכויות.[54]

אשר לטענה השלישית, חוקרים ציינו לעניין זה כי למעשה החשיבות בעידן הפוסט פורדיסטי היא לא לשאלה של השליטה דווקא, אלא לסוגיה של הניצול. הניצול של כוח העבודה על ידי בעלי ההון מבטא מאבקי כוח מרקסיסטיים ומצדיק גיבוש רגולציה. מעבר לכך הפירמות דואגות להעסיק בהעסקה מקפחת וללא תנאים ובשכר ותנאי עבודה נמוכים, ועל כן העובדים העצמאיים נדחקים לשעות עבודה ממושכות וביצוע עבודה בהיקפים רבים מתוך ניסיון להתפרנס בכבוד.[55] בעידן הפוסט פורדיסטי נעשה מעבר מהעסקה קבועה עם ביטחון תעסוקתי של עובדים רגילים להעסקה נזילה של עובדים עצמאיים בשכר נמוך וללא תנאים מינימליים. צורה זו של עבודה לרוב גם כרוכה מעצם טבעה בשעות עבודה ארוכות ובעבודה בשעות הערב ובסופי שבוע. הציפייה היא שתהיה עמידה לרשות הפירמות בכל שעה ובכל מצב, כאשר ביצוע העבודה הוא לפי דרישה וקיימת פעמים רבות ציפייה לזמינות רבה.

2. חובות אמון ומעמד מיוחד של יחסי עבודה בין פירמות לעובדים עצמאיים – התפיסה של תומס פיקטי

דומה כי יש מקום להכיר במעמד מיוחד של יחסי עבודה בין תאגידים לעובדים עצמאיים ובמיוחד אלה הנוגעים לפלטפורמות דיגיטליות באופן שמגבש בסיס להכרה בזכויות עובדים עצמאיים אלה שהם חיצוניים לפירמה.

תפיסת הדה קומודיפיקציה כחלק מרעיון מדינת הרווחה מצביעה על כך שהעבודה אינה מצרך ואינה דומה לסחורה.[56] בניגוד לציוד ומכונות שלגביהם המעסיק יכול להסתפק במתן

53 Maurizio Del Conte & Elena Gramano, *Looking to the Other Side of the Bench: The New Legal Status of Independent Contractors Under the Italian Legal System*, 39 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 579 (2017).

54 Cohen, לעיל ה"ש 41.

55 שם.

56 Lyle Scruggs & James Allan, *Welfare-State Decommodification in 18 OECD Countries: a Replication and Revision*, 16 J. OF EUR. SOC. POL'Y 55 (2006); Vida Panitch, *Basic Income, Decommodification and the Welfare State*, 37 PHIL. & SOC. CRITICISM 935 (2011).

ערך כלכלי, הרי שלגבי עובדים לא די בתשלום שכר, אלא שנדרש מעבר לכך לכבד את העובדים ולהכיר בזכויות האדם שלהם. תפיסה זו צריכה להתקיים גם לגבי עובדים עצמאיים דוגמת פרילנסרים או עובדי פלטפורמה ועובדי קבלן המועסקים כעובדים חיצוניים. תפיסת הדה קומודיפיקציה מגבשת חובות אמון מיוחדות של התאגיד כלפי העובדים העצמאיים המועסקים אצלו, באופן שמצדיק הכרה בזכויותיהם של המועסקים החיצוניים.

דא עקא הקפיטליזם הנאו־ליברלי שהתפתח אפשר לתאגידים להתחמק מאחריותם כלפי העובדים ולהימנע מכפיפות לזכויות לעובדים באמצעות הגדרתם כחיצוניים לפירמה ובעיקר קבלנים עצמאיים, פרילנסרים ועובדי פלטפורמה.

לעניין זה, פיקטי דן בגבולות השיטה הקפיטליסטית וטען כי ישנן מערכות יחסים אשר צריכות ליהנות ממעמד מיוחד לנוכח הממד האנושי המאפיין אותן. כך הדבר לגבי יחסי עובד־מעסיק, שהם מערכת יחסים מיוחדת. פיקטי חרד מהחלת נורמות של ניתוח כלכלי קר ויבש על יחסי עבודה, על מנת שלא להפוך את העובד לאמצעי ייצור בדומה למכונות במפעל.[57]

בספרו קיצור תולדות השוויון מציין פיקטי כי התפתחות מעמד של עובדים שאינם שכירים רגילים, אלא נחשבים עובדים עצמאיים, החלישה מאוד את ההגנות על העובדים ויצרה אי־שוויון. במקום אחר פיקטי מציין כי אי־שוויון נוצר בין השאר בשל התפתחותן של פלטפורמות דיגיטליות של ענקיות האינטרנט כמו פייסבוק, גוגל ואמזון,[58] אשר נתפסות פעמים רבות כמונופולים לכל דבר.[59] לצד זאת, אי־שוויון דומה נוצר גם בשל התפתחותן של פלטפורמות דיגיטליות בתחום השירותים, דוגמת וולט ואובר, שהן חברות בין־לאומיות האוחזות בידן כוח רב, אשר מנוצל לעיתים באופן הפוגע במעמד העובדים.

פיקטי מדגיש את הצורך ברפורמה בחקיקה ובגיבוש רגולציה חדשה להגנת עובדים עצמאיים. לדבריו בעת האחרונה הוחלש מאוד מעמד העובד השכיר עם התפתחות מעמד היזם העצמאי שהוא עובד חיצוני. מהלך זה הביא בעקבותיו באופן בלתי נמנע פחות הפרשות ופחות הגנות – התפתחות שהעובדים הרלוונטיים יכלו להיווכח בהשלכותיה המזיקות בעת המגפה הכלל עולמית בשנים 2020–2021. לדברי פיקטי, התפתחותן של הפלטפורמות הדיגיטליות והגידול במספרים של עובדי כלכלת החלטורה המקבלים תשלום על פי משימה הם כיום איום אדיר לא רק על מעמד העובד השכיר, אלא גם על החירויות שלנו בכלל, ולא יהיה אפשר להיאבק בו אלא באמצעות השתלטות מחודשת של המדינה על מגזר זה ויישום חקיקה חדשה המסדירה את התחום.[60]

3. הצורך בהטלת חובות מיוחדות לגבי עובדים עצמאיים המועסקים מרחוק ותחת מעקב דיגיטלי – ותפיסת קפיטליזם המעקב של זובוף

הפגיעה האפשרית בזכויות העובדים העצמאיים המועסקים כעובדי פלטפורמה בולטת בכמה היבטים ייחודיים הנלווים להעסקת עובדים באמצעים דיגיטליים ובהעסקה מרחוק.

57 תומא פיקטי **קיצור תולדות השוויון** (עופר סיטבון מתרגם 2021).

58 THOMAS PIKETTY, CAPITAL IN THE TWENTY-FIRST CENTURY (2017).

59 Pepper D. Clupper & Kathleen Thelen, *Are We All Amazon Primed? Consumers and the Politics of Platform Power*, 53 COM. POL. STU. 288 (2020).

60 פיקטי, לעיל ה״ש 57.

ראשית, לפלטפורמות דיגיטליות המעסיקות עובדים עצמאיים שהם עובדי פלטפורמה, כגון אובר ווולט, יש פוטנציאל לפגוע בזכויות לפרטיות ולקבלת מידע של עובדי הפלטפורמה. חלק מהמעקב של הפלטפורמות אחרי עובדיהן כמו נהגים ושליחים יכול לכלול בין השאר ניטור ואיתור פעולות של העובד בכל עת. עניין זה עשוי להיות פוגעני.

בהקשר זה טבעו חוקרים כגון זובוף את המונח קפיטליזם המעקב Age of surveillance Capitalism.[61] המושג מתאר כלכלת שוק שבה ארגונים גדולים דוגמת גוגל ופייסבוק אוספים מידע רב על הרגלי המשתמשים באינטרנט ללא ידיעתם לצורך מעקב, ניתוח פרופיל צרכני ופרסומות פרסונליות להקמת רווח.

המרחב הדיגיטלי פעיל גם בתחום העבודה ומאפשר ניטור אחרי עובדים וחדירה לפרטיותם. בכל הנוגע לעובדי פלטפורמה הפוטנציאל לפגיעה בפרטיות רב. הפלטפורמות לעיתים קרובות עוקבות אחר העובדים בדרכים שונות. הן מנטרות את זמני הכניסה לאפליקציה, מיקומם של העובדים ומהירות הנסיעה שלהם, והן עוקבות כל העת אחרי מסלולי הנסיעה של הנהגים באמצעות האפליקציה. חברות הפלטפורמה מרכזות בידן מידע רב הנוגע לפעולות של העובד וחוות דעת של המשתמשים עליו. כל אלה הם בעלי פוטנציאל לפגיעה בזכות לפרטיות של העובד. מעבר לכך, הפלטפורמות לעיתים קרובות אינן מספקות מידע בסיסי לעובדים לגבי אופן הפעולה שלהן, הדרך שבה האפליקציה מחלקת את העבודה בין העובדים, אופן הדירוג שלהם והדרך שבה האפליקציה אוספת מידע.

גם האפשרות לעבודה מרחוק יוצרת מצידה דרישות חדשות מהעובדים ואפשרות לפגיעה בזכויותיהם. הדבר בולט במיוחד לגבי עובדים עצמאיים שהם פרילנסרים. אלה עובדים פעמים רבות מביתם, והתאגיד שמעסיק אותם אינו מספק להם משרד או עמדת עבודה בפירמה עצמה. כך הם מוצאים את עצמם נאלצים לעבוד באופן שלעיתים קרובות הוא אינו נוח וללא תשתית מתאימה. במצב כזה שבו פרילנסר או קבלן עצמאי קטן עובד מהבית ומספק שירות לפירמה, ההפרדה בין הבית לעבודה מיטשטשת ולעיתים קרובות הדבר פוגע בעובדים.

לעניין עובדים עצמאיים, לצד גמישות מסוימת שמתאפשרת, קיימת ציפייה לעבודה ממושכת במשך שעות רבות ולזמינות מסביב לשעון. עבודה מהבית גם כרוכה בעלויות של מימון חשמל ותשלום על ציוד, מחשב, דיו ומדפסת. למעשה העסקת פרינלסרים מאפשרת לתאגידים להתחמק מהצורך לספק לעובדים מקום עבודה סביר שבו יהיה להם שולחן וציוד. עובדים נאלצים לעבוד מביתם, מהחדר של אחד הילדים או מלפטופ שמוצב במטבח ללא תנאים מינימליים. היעדר הספקה של מקום סביר לעבוד בו ותשתית פוגע לעיתים קרובות ברווחה של העובד. כך נדרשת רגולציה חדשה שתיתן מענה לכך שחלק ניכר מהעובדים העצמאיים עובדים מרחוק, תוך התאמה של חוקי העבודה למציאות החדשה.

61 Shoshana Zuboff, The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power (2019).

nevo.co.il

ג. עובדים עצמאיים בישראל ושאלת התחולה של חוקי המגן והזכות להתארגנות ושביתה

1. המבחן לסטטוס של עובד והעסקת קבלנים עצמאיים – שאלת התחולה של זכאויות אינדיבידואליות מחוקי המגן

בישראל קיימת חלוקה בינרית בין מי שמצוי בסטטוס של מועסק לבין קבלן עצמאי. חוקי המגן בישראל, כגון חוק שכר מינימום, התשמ"ז–1987 וחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א–1951, חלים רק על מי שמצוי בסטטוס של מועסק, ולא על פרילנסרים או עצמאיים.

המדיניות בישראל אימצה גישה יזמית תחרותית, לפיה אין הכרה בזכויות לעובדים עצמאיים, ולכל היותר ישנה נכונות להכרה בדיעבד באופן חלקי בזכויות רק לאלה שסווגו באופן שגוי כקבלנים עצמאיים.

פסיקת בית הדין לעבודה בעשור האחרון הייתה נכונה במצבים מסוימים לראות בעובדים עצמאיים ככאלה המסווגים באופן שגוי כמי שאינם עובדים. זאת לעיתים במטרה להתחמק מתחולת חוקי המגן. למשל בפרשת **מור**, בלש שהתקשר כפרילנסר עם מעסיקו סווג באופן שגוי כפרילנסר, ובית הדין היה נכון לראות בו כמי שהיה מקום לסווגו כעובד, ועל כן להכיר בדיעבד בתחולה של כמה זכאויות מחוקי המגן.[62] בפסיקה נקבע כי המבחן המרכזי הוא המבחן המעורב הכולל בעיקרו את מבחן ההשתלבות. הפן הפוזיטיבי של מבחן ההשתלבות בודק אם האדם משתלב בפירמה באופן אינטגרלי. המבחן הנגטיבי של ההשתלבות בוחן אם האדם מנהל עסק עצמאי משלו.

כך בפרשת **צדקא** קבע בית הדין כי ניתן לעשות שימוש במבחן המעורב, הכולל בבסיסו את מבחן ההשתלבות על כפל פניו – פן חיובי ופן שלילי, לגבי עיתונאי פרילנסר שהועסק ככתב חוץ בגלי צה"ל.[63] השימוש במבחן המעורב הביא להכרה בזכאות להגנות שונות מחוקי המגן. בית הדין לעבודה ציין בפרשת **צדקא** כי המבחן המעורב הוא מבחן רחב יריעה הכולל כמה קריטריונים, וביניהם מבחן מהות או כפיפות, שאלת רציפות ההעסקה והסדירות שלה, כמו גם התמשכותה לאורך זמן.

בפרשת **חזנוביץ'** הייתה פנייה ראשונה לערכאות של עובדי פלטפורמה בתביעה לקבלת זכויות שונות מחוקי המגן.[64] בפרשה זו פנו שליחי וולט לבית הדין האזורי לעבודה בבקשה לאשר תובענה ייצוגית שתכיר בזכאותם לזכויות מחוקי המגן. בית הדין האזורי לעבודה החליט להיעתר לבקשה. בית הדין היה נכון להכיר בעובדי פלטפורמה ככאלה שסווגו באופן שגוי כפרילנסרים לנוכח התקיימותו של מבחן ההשתלבות. בית הדין הדגיש את יכולת הפיקוח של וולט באמצעות האפליקציה על השליחים. נקבע כי השליטה על השליחים נעשית בין השאר באמצעות דירוג שביעות הרצון של לקוחות. כמו כן החברה שולטת על השליחויות המופנות

62 בג"ץ 5168/93 **מור נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נ(4) 628 (1996).
63 ע"ע (ארצי) 300274/96 **צדקא – גלי צה"ל**, פד"ע לו 625 (2001).
64 ת"צ (אזורי ת"א) 35327-08-20 **חזנוביץ' – וואלט אנטרפריזס ישראל בע"מ** (נבו 3.8.2022).

לכל נהג, קביעת התנאים להתקשרות עם הלקוח ואופן ביצוע העבודה וכן קביעת מסלולי נסיעה.

יש לציין כי בית הדין לעבודה אימץ גישה בפרשת **כותה** לפיה בעת הכרה בדיעבד ביחסי עובד-מעסיק ניתן לקבוע פיצוי לא ממוני על מניעת ביטחון תעסוקתי וזכויות לעובד, לצד קיזוז בין שכר עודף להיעדר מתן תנאים סוציאליים. יש בכך אלמנט הרתעתי שעשוי להוביל מעסיקים להימנע מסיווג מוטעה של עובדים כקבלנים עצמאיים כאשר הדבר עומד בניגוד למצב במציאות.[65]

ברם, המבחנים שנקבעו אינם מספקים ועשויים להוביל להימנעות מהכרה ביחסי עובד-מעסיק במקרים שבהם הדבר נדרש. המבחנים שמים דגש במבחן ההשתלבות השלילי על היעדר מתן שירות לפירמות נוספות. במקרה של ביצוע עבודה גם לפירמה נוספת, ישנה נטייה לראות באותו אדם כמנהל עסק משלו. כך למשל בפרשת **לבר** נשלל סטטוס של עובד מאדם שהיה בעמדת ניהול בקונסרבטוריון, אך ביצע עבודה גם לפירמה נוספת. נקבע כי אותו אדם ששימש כמנהל בקונסרבטוריון והשתלב בו מבחינה ארגונית תוך שהוא אחראי על עובדים אחרים נחשב כקבלן חיצוני, ולא כעובד. ניתן לבקר פסיקה זו ולציין כי ייתכנו מצבים שבהם עובדים מועסקים בשני מקומות עבודה או שלושה בו זמנית, והדבר אינו צריך לשלול בהכרח הכרה בסטטוס של עובד. כמו כן מעת שאדם נמצא בעמדת ניהול ואחראי על עובדים באותה פירמה, הרי שיש מקום להכיר בו כעובד בשל השתלבות כחלק אינטגרלי מהפירמה.

מן המקובץ עולה כי אומנם, קיימת אפשרות לעיתים להכיר בדיעבד ביחסי עובד־ מעסיק בבית הדין לעבודה, אולם, הדבר נעשה באופן ספורדי, תוך בחינה קזואיסטית ממקרה למקרה, וללא שישנה רגולציה סדורה של הדברים שיש בה כדי לספק פתרון שיטתי והולם. יש גם לתת את הדעת על כך שמרבית המקרים של העסקת עובדים כלל אינם מגיעים לערכאות, ורק במיעוטם של המקרים אכן העובדים פונים בתביעה להכרה ביחסי עובד־ מעסיק בדיעבד. יתרה מזאת, המבחנים עצמם לסטטוס של עובד אינם מספקים ומאפשרים רק הכרה חלקית ביחסי עובד-מעסיק. ניתן לבקר את המבחנים ולציין כי ראוי ליתן דגש על הסמכויות הניתנות לעובד ועל האחריות הניהולית שלו במסגרת המבחן של ההשתלבות.[66] שעה שהעובד העצמאי מרכז בידיו סמכויות רבות, יש מקום להכיר בסטטוס של עובד, גם אם הוא נותן שירות לארגונים נוספים. מעבר לכך אין לשלול אוטומטית הכרה בסטטוס של עובד רק בשל ביצוע עבודה למקום עבודה נוסף. מעבר לאמור, עיקר הקושי עולה במקרים שבהם על פי מבחני הפסיקה לא מתקיימים יחסי עובד-מעסיק, אך יחד עם זאת עסקינן באדם שיש לו תלות פיננסית בפירמה. במקרים כאלה העובד עשוי למצוא את עצמו במשבר וקושי כלכלי, וזאת למשל במצבים של הימנעות מתשלום על ידי הפירמה, ללא אפשרות לתבוע או לקבל פיצוי על הלנת שכר או במצבים של העסקה של שעות רבות ללא קבלת שכר הולם.

65 ע"ע (ארצי) 15856-04-18 **כותה – משרד המשפטים** (נבו 7.4.2021).

66 ע"ע (ארצי) 62173-01-19 **לבר – החברה העירונית לתרבות נוער ספורט ונופש באשקלון בע"מ** (נבו 11.12.2021).

nevo.co.il

2. סוגיית ההתארגנות והשביתה של עובדים עצמאיים

בישראל קיים פטור מתחולת חוקי ההגבלים העסקיים על פעולתם של ארגוני עובדים מסורתיים פורמליים. ס׳ 3(9) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ״ח–1988 קובע כי פטור מתחולתם של חוקי התחרות יחול על ״הסדר שארגון עובדים או ארגון מעבידים צד לו וכל כבילותיו נוגעות להעסקתם של עובדים ולתנאי העבודה״. במקביל, חוק הסכמים קיבוציים, התשי״ז–1957 וחוק יישוב סכסוכי עבודה, התשי״ז–1957 חלים על מי שמוגדר כעובד וששוררים בינו לבין הפירמה יחסי עובד ומעסיק. אולם, פעולה של עובדים עצמאיים במסגרת משא ומתן קיבוצי והסכמות בין עובדים או במסגרת שביתה עשויות להיתפס כהפרה של חוקי התחרות.

בפרשת **סוכני הדואר**,[67] סוכני דואר עצמאיים התארגנו בארגון סוכני הדואר וביקשו להכיר בהם כארגון שיש לנהל עימו משא ומתן קיבוצי ואף נקטו שביתה שכללה סגירה מתואמת של סניפי דואר. ברקע ההתארגנות עמדה דרישה לנהל משא ומתן עם סוכני הדואר בעקבות מהלך רפורמה מצד הממשלה לשינויים מבניים בתחום הדואר והפיכת הדואר לחברה ממשלתית. בפרשה זו עמדה השאלה האם ניתן להכיר בזכות ההתארגנות וזכות השביתה של סוכני הדואר העצמאיים. בבית המשפט נקבע כי אין להכיר בארגון סוכני הדואר כארגון עובדים ואין חובה לנהל עימו משא ומתן. נפסק כי לסוכני הדואר כעצמאיים לא עומדת זכות התארגנות ומשא ומתן קיבוצי, ואף לא עומדת להם זכות השביתה. עוד נקבע כי כל מהלך התארגנות כזה של עובדים עצמאיים מהווה הפרה של חוקי התחרות. ערעור בנושא לבית המשפט העליון נדחה.

בפרשה אחרת בעניין **סלמה** נעשה מאמץ על ידי פרילנסר, שהועסק כנגן סקסופון בתזמורת, ליזום הקמת ועד והתארגנות של עובדי התזמורת.[68] בעקבות הדברים הופסקה העסקתו בתזמורת. הנגן ביקש להחיל עליו את ההגנה הקבועה בחוק ההסכמים הקיבוציים מפני פיטורין על רקע התארגנות ראשונית וניסיון ליזום התארגנויות. אולם, נקבע כי מכיוון שעסקינן בעובד עצמאי, ולא במועסק, הרי שההגנות מחוק ההסכמים הקיבוציים הנוגעות להתארגנות ראשונית אינן חלות.

ד. דגמי רגולציה בנושא עובדים עצמאיים במדינות שונות

1. דגם הרגולציה בנושא עובדים עצמאיים באיחוד האירופי

בעוד בישראל אומצה גישה יזמית תחרותית שלפיה אין הכרה בהגנות וזכויות לעובדים העצמאיים, באיחוד האירופי נעשתה בשנים האחרונות הסדרה אשר משקפת באופן חלקי גישה מרקסיסטית פוסט תהליכית. באיחוד האירופי נקבעה רגולציה בנושא עובדים עצמאיים הן על

67 ת״א (מחוזי ת״א) **ארגון סוכני הדואר נ׳ חברת דואר ישראל בע״מ** (נבו 25.1.2016).

68 ע״ש (אזורי י-ם) 23556-04-19 **סלמה – קרן אהבת קדומים - התזמורת האנדלוסית הים תכונית** (נבו 23.12.2021).

nevo.co.il

ידי בית הדין לצדק של האיחוד האירופי והן על ידי מוסדות האיחוד – נציבות האיחוד האירופי והפרלמנט האירופי.

באירופה קיימת חקיקה בנושא הגבלות על תחרות אשר במקור אמורה הייתה לחול על עובדים עצמאיים. משמעותה של הרגולציה בנושא אי־תחרות היא למעשה איסור כללי שהיה יכול לחול על הסכמים קיבוציים של עובדים עצמאיים והגבלה על זכותם למשא ומתן קיבוצי. על פי סעיף 101 לאמנה של האיחוד, קיים איסור על הסכמות שתכליתן היא הגבלה של המסחר בתוך השוק האירופי ובמיוחד הסכמות הנוגעות לתיאום מחירים.[69] כך הסכמים קיבוציים של עובדים עצמאיים או ניסיון לבצע משא ומתן קיבוצי או להגיע להסכמות בקרב עובדים עצמאיים לפעול יחד כנגד המעסיק עשויים להיתפס כהפרה של חוקי התחרות.

בית הדין לצדק (European Court of Justice-ECJ) קבע בפסיקות שונות, ובעיקר בפרשת **אלבני**,[70] וכן בפרשת **קונסטן**,[71] כי ניתן להתיר את קיומן של מגבלות מסוימות על תחרות לצורך הגנה על תנאי עבודה של עובדים עצמאיים.[72] בפרשת **אלבני** נבחנה אפשרות להחיל את כללי אי־התחרות וההגבלים העסקיים האוסרים על הסכמות בין עובדים עצמאיים (10(1) TEEU) לגבי הסכם קיבוצי הנוגע לקרן פנסייה. בפרשת **אלבני** נקבע לגבי קרן פנסייה אחידה כי אין תחולה לכללים של האיחוד בנושא אי־תחרות על הסכם קיבוצי בנושא פנסייה המתייחס לעובדים עצמאיים.[73] ההנמקה התייחסה לכך שכללי האיחוד נדרשים לקדם גם היבטים חברתיים, ולא רק כלכליים.

בפרשת **קונסטיין** דובר על סוגיה הנוגעת לתחולת הסכם קיבוצי בנושא שכר מינימום (החל על עובדים בארגון מסוים ומבטיח להם שכר מינימלי) גם על עובדים עצמאיים – פרילנסרים המועסקים בארגון. באותה פרשה ארגון עובדים הולנדי ניהל משא ומתן להחלת הסכם גם על נגנים בתזמורת שהיו פרילנסרים שהועסקו במיקור חוץ כנגנים מחליפים.[74] הרשות לתחרות ההולנדית קבעה שאין פטור להסכם קיבוצי כזה מתחולת חוקי ההגבלים העסקיים.

השאלה הייתה אם הסכם קיבוצי המחיל זכויות אלה גם לגבי פרילנסרים מפר את כללי אי־התחרות של האיחוד 10(1) TEEU. נקבע כי כאשר עסקינן בכאלה שסווגו באופן שגוי כפרילנסרים כאשר העסקתם דומה למועסקים, הרי שהדבר אינו מהווה הפרה של כללי אי־תחרות של האיחוד האירופי.[75] בית הדין קבע כי הסכם קיבוצי שמחיל על פרילנסרים נותני

69 Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, art. 101, May. 9, 2008 O.J. (C 115) [hereinafter TFEU].

70 Case C-67/96 Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, ECLI:EU:C:1999:430.

71 Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v. Staat der Nederlanden, ECLI:EU:C:2014:2411.

72 Case C-67/96, לעיל ה״ש 70 ; Case C-413/13, **שם**.

73 Case C-67/96, **שם**.

74 Valerio De Stefano & Antonio Aloisi, *Fundamental Labour Rights, Platform Work and Human Rights Protection of Non-Standard Workers*, *in* RESEARCH HANDBOOK ON LABOUR, BUSINESS AND HUMAN RIGHTS LAW 359 (Janice R. Bellace & Beryl terr Haar eds., 2019).

75 Case C-413/13, **לעיל ה״ש** 71.

שירות במיקור חוץ את אותן הגנות החלות על עובדים רגילים עשוי להיות פטור מתחולת כללי אי־תחרות, אם אותם פרילנסרים מועסקים בתנאים דומים כתף אל כתף כמו המועסקים הרגילים בארגון.[76] רק במקרה שבו עובדי מיקור חוץ מבצעים את אותה עבודה כתף אל כתף כמו מועסקים רגילים בארגון, עומדות להם זכויות קולקטיביות באופן שבו הם מוחרגים מכללי אי־התחרות המונעים תיאום מחירים ודרישות שכר מתואמות.[77] עוד בית המשפט הדגיש את מבחן השליטה והכפיפות להוראות של ממונה.

בדומה לכך, בשנת 2017 קבע בית הדין בפרשת *Elite Taxi* לגבי נהגי אובר כי יש להחיל הגנות בחקיקה מדינתית גם על עובדי פלטפורמה שסווגו באופן שגוי כעצמאיים, כאשר בפועל העסקתם דומה יותר לשכירים רגילים. נפסק כי חברת אובר קובעת עבור הנהגים נושאים שונים כולל מחיר מקסימלי וכן את איכות השירות, באופן שעשוי להביא בסופו של דבר לפסילת הנהג. הפסיקה של בית הדין לצדק בנושא אובר התרחשה בעקבות עתירה שנעשתה לאחר פסיקות של בתי המשפט בספרד.[78]

לעומת זאת, בפרשת **יודל**, נקבע כי עובדי פלטפורמה אינם נכללים בגדר עובדים על פי ההגדרה לעובד באיחוד האירופי.[79] בית הדין נימק את פסיקתו בכך שעובדי הפלטפורמה היו רשאים להעביר את המשימה שנמסרה להם לאדם אחר ולהחליפה וכן לקבוע את לוח הזמנים של עבודתם. הדבר נקבע על אף שעובדי הפלטפורמה היו מצויים בעמדת מיקוח מוחלשת מול הפלטפורמות הדיגיטליות והחברות העומדות מאחוריהן.

שתי יוזמות חדשות לרגולציה המגינה על עובדים עצמאיים ניכרות לאחרונה באיחוד האירופי מצד הנציבות האירופית וכן הפרלמנט האירופי.[80]

יוזמה אחת הנוגעת לעובדי פלטפורמה מתייחסת להרחבת תחולת הגנות על תנאי העסקה גם לגבי עובדי פלטפורמה מסוימים.[81] זוהי יוזמה של הפרלמנט האירופי להצעה להגנות על

76 Antonio Aloisi & Elena Gramano, *Workers Without Workplaces and Unions Without Unity: Non-Standard Forms of Employment, Platform Work and Collective Bargaining*, *in* EMPLOYMENT RELATIONS IN THE 21ST CENTURY, 107 BULL. COMPAR. LAB. REL. 37 (Valeria Pulignano & Frank Hendrickx eds., 2019).

77 Eva Grosheide & Beryl Ter Haar, *Employee-Like Worker: Competitive Entrepreneur or Submissive Employee? Reflections on ECJ, C-413/13, FNV Kunsten Informatie*, *in* LABOUR LAW AND SOCIAL RIGHTS IN EUROPE: THE JURISPRUDENCE OF INTERNATIONAL COURTS SELECTED JUDGMENTS 21 (Stefano Bellomo, Nicola Gundt & Jose Maria Mirando Boto eds., 2018).

78 Case C-434/15 Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain, ECLI:EU:C:2017:981 (Dec. 20, 2017).

79 Case C-692/19 B v. Yodel Delivery Network Ltd., ECLI:EU:C:2020:288 (Apr. 22, 2020).

80 Ricardo M. Buendia Esteban, *Examining Recent Initiatives to Ensure Labour Rights for Platform Workers in the European Union to Tackle the Problem of Domination*, 28 TRANSFER: EUR. REV. LAB. & RSCH. 475 (2023).

81 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, COM (2020) 825 final (Dec. 15, 2020).

עובדי פלטפורמה הכוללת הרחבת תחולה של סטטוס של עובד לגבי עובדי פלטפורמה אשר עונים לקריטריונים מסוימים.[82]

ההצעה גם כוללת הכרה בזכויות קיבוציות להתארגנות ומשא ומתן קיבוצי. על פי ההצעה של הפרלמנט האירופי, נטל ההוכחה יועבר לחברת הפלטפורמה הדיגיטלית להוכיח שאותו אדם אינו עובד, כאשר עובדי הפלטפורמה ייהנו מחזקה, הניתנת לסתירה, בדבר היותם עובדים. ההצעה מבקשת לבסס נגישות לזכויות בעבודה על בסיס מערכת היחסים האמיתית ששוררת למעשה בין הצדדים, ולא על האופן שבו הצדדים הגדירו את היחסים באופן פורמלי.[83] ההצעה מבקשת לגשר על הפער המובנה בכוח המיקוח שבין תאגידים ופלטפורמות דיגיטליות לבין עובדי הפלטפורמה ולמנוע מהתאגידים את היכולת לסווג באופן מוטעה את העובדים כנותני שירות מסחרי.

בעקבות יוזמה זו של הפרלמנט האירופי, נחקקה דירקטיבה שמתייחסת לזכויות בעבודה של עובדים עצמאיים מסוימים.[84] המטרה בכך היא לשפר את תנאי העבודה של עובדי פלטפורמה באיחוד האירופי.[85] לאחר סבבים של התייעצויות בנוגע ליוזמה החדשה, הציעה הנציבות האירופית הצעה לדירקטיבה בנושא עובדי פלטפורמה שעברה את הליכי החקיקה ונכנסה לתוקף בשלהי 2024.[86] הצעת הדירקטיבה נסמכת על סעיף באמנה האירופית.[87] ההצעה מבקשת לשפר את פעולת חברות הפלטפורמה כלפי העובדים.[88] תכלית הדירקטיבה היא להבטיח מינימום של תנאי העסקה לעובדי פלטפורמה שיחולו ויחייבו בכל מדינות האיחוד. הדירקטיבה נועדה להגדיר באופן ברור מיהם עובדי פלטפורמה[89] ואילו הן פלטפורמות דיגיטליות[90] ולהבטיח הוגנות ושקיפות בהתנהלות הפלטפורמות הדיגיטליות. הקריטריונים להגדרת עובדי פלטפורמה שתהיה להם נגישות וכפיפות לזכויות בעבודה כוללים את היכולת של הפלטפורמה לקבוע רמות ביצוע של השירות ומידת השליטה של הפלטפורמה

82 Fair working conditions, rights and social protection for platform workers – new forms of employment linked to digital development, Parl. Eu. Doc. 2019/2186 (INI).

83 Buendia Esteban, **לעיל ה"ש 80**.

84 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work, COM (2021) 762 (Dec. 9, 2021) https://tinyurl.com/yxdchstp.

85 Emanuele Menegatti, *Platform Workers: Employees or not Employees? The EU's Turn to Speak*, 23 ERA FORUM 313 (2023).

86 Proposal for a Directive of the European Parliament, **לעיל ה"ש 84**.

87 TFEU art. 154(2). **הצעת הדירקטיבה נסמכת על סעיף זה באמנה האירופית.**

88 Proposal for a Directive of the European Parliament, **לעיל ה"ש 84**.

89 "Article 2(1)(4), a platform worker is any person working on a platform subject to a contract or employment relationship according to national law and based on a factual assessment".

90 **ס' 2 של הדירקטיבה המוצעת מגדיר פלטפורמה דיגיטלית** Article 2(1)(1), "digital labor platform means any natural or legal person providing a commercial service which operates digitally, on-demand, and organizes work".

על העבודה, ובכלל זה היכולת של הנהגים לקבוע לוח זמנים וסדר יום ויכולתם לסרב לקבל עבודה מסוימת וכן יכולתם לבנות מאגר לקוחות עצמאי וחיצוני לפלטפורמה.

החזקה בדבר היותם של עובדי פלטפורמה בגדר עובדים הזכאים לזכויות של עובדים קיימת כל עוד שני קריטריונים מתקיימים. אפשר לסתור את החזקה אם מצביעים על כך שבפועל רק קריטריון אחד מתקיים או אף אחד מהקריטריונים. הדירקטיבה המוצעת עשויה להביא גם למניעת תחולה של כללי אי־ התחרות של האיחוד האירופי במקרה של משא ומתן קיבוצי או הסכמים קיבוציים של עובדי פלטפורמה.

יוזמה שנייה מצד הנציבות האירופית European Commision נוגעת ישירות לפן הקיבוצי של זכויות בעבודה של עובדים עצמאיים ולמתן פטור בנסיבות מסוימות מתחולתם של כללי ההגבלים העסקיים על עובדים עצמאיים אלה.

היוזמה החלה בפרסום מצד הנציבות של האיחוד האירופי של כמה אפשרויות להסדרת התחולה של כללי אי־התחרות לגבי עובדים עצמאיים והזמנה למשוב ותגובות בנושא.[91] לאחר מכן בספטמבר 2022 נציבות האיחוד האירופי קבעה כללים מנחים לגבי יישום חקיקת התחרות האירופית בכל הנוגע לעובדים עצמאיים מסוימים.[92] כללים אלה כוללים אפשרות להימנע מתחולתם של כללי התחרות על עובדים עצמאיים, העונים להגדרות מסוימות, כפתח להגנה עליהם ומתן אפשרות להכרה בזכות להתארגנות ומשא ומתן קיבוצי של עובדים עצמאיים אלה. בדרך זו תיתכן אפשרות לעובדים עצמאיים להגיע להסכמים קיבוציים שיספקו להם הגנה ולנהל משא ומתן קיבוצי. ההנחיות מתייחסות לעובדים עצמאיים המוגדרים ככאלה שאין להם עובדים משלהם ואשר נשענים בעיקר על עבודתם האישית לצורך הספקת השירות – "עובדי סולו" (solo self-employed person). עובדים אלה יהיו רשאים בעצמם או באמצעות נציגים לחתום על הסכם קיבוצי להסדרת תנאי העסקתם, והדבר לא ייחשב כהפרה של חוקי התחרות של האיחוד האירופי. מטרת הכללים שפורסמו היא לאפשר נגישות של עובדי פלטפורמה לזכות למשא ומתן קיבוצי, על מנת שיהיה באפשרותם להתמקח על המחיר שהם דורשים עבור עבודתם.

2. דגם הרגולציה בנושא עובדים עצמאיים באיטליה

בניגוד למצב בישראל, שבה המדיניות כלפי עובדים עצמאיים אימצה למעשה גישה יזמית תחרותית שאינה כוללת הכרה בזכויות עובדים עצמאיים, באיטליה אומצה גישה שונה. באיטליה אומץ מודל רגולטורי המשקף את הגישה המרקסיסטית פוסט תהליכית, הכולל את הדוקטרינה בדבר תלות כלכלית. מודל זה מעניק זכויות לאלה אשר נתפסים כעובדים עצמאיים

91 Inception Impact Assessment on collective bargaining agreements for the self-employed – scope of application of EU competition rules Ares (2021) 102652, EUROPEAN COMMISSION (2021B) (Jan. 6, 2021) https://tinyurl.com/4rfabmuv.

92 Guidelines regarding the application of EU competition law in relation to self-employed persons Guidelines on the application of Union competition law regarding solo self-employed -2022/C 374/02, EUROPEAN COMMISSION (Sept. 30, 2022), https://tinyurl.com/yc8md8d4.

תלויים שמהווים קטגוריה שלישית – בין מועסקים רגילים לבין יזמים. הרקע לאימוץ מודל רגולטורי זה הוא המבנה החוקתי של איטליה ותפיסה של זכויות בעבודה כזכויות יסוד. ההכרה בזכויות בעבודה כזכויות בסיסיות חשובות מובילה לתפיסתן כמשתרעות גם על מערכות יחסים מורכבות וגם על תבניות העסקה בלתי שגרתיות אלה.[93] באופן מסורתי באיטליה, על פי החוק האזרחי, הגנות אינדיבידואליות שונות כגון הגנות מפיטורין חלו רק על מועסקים רגילים אשר התקשרו עם המעסיק בחוזה העסקה שבו נקבעה כפיפות שלהם לפירמה המעסיקה Civil code (1942). החוק האזרחי קבע הבחנה דיכוטומית ברורה בין עצמאיים למועסקים רגילים.[94] הגדרת מועסק מדגישה היבטים של מתן הוראות על ידי הממונה וכפיפות מלאה לממונה.[95] הדבר נשען על התפיסה של חוזה העסקה כמכשיר שבאמצעותו מתגבשת יכולת השליטה על המועסק. על פי הפסיקה האיטלקית, נקבעו מבחנים להכרה ביחסי עובד-מעסיק הכוללים פרמטרים שונים לכפיפות ושליטה ובעיקר חובה לפעול על פי הוראות ברורות מהמעסיק.

יחד עם זאת, המודל הרגולטורי האיטלקי כולל רגולציה שמתייחסת למתן הגנות לאלה שאינם מוגדרים כמועסקים על פי המבחנים וההגדרות של יחסי עובד ומעסיק. הרגולציה קובעת הגנות לקטגוריית ביניים של מעין עובדים. הרגולציה כוללת הן הרחבת התחולה של הזכאויות בחוקי העבודה והרווחה גם לגבי עובדים עצמאיים והן יצירת הגנות ייחודיות לקטגוריה זו.

המודל הרגולטורי האיטלקי מעניק, אם כן, זכויות בעבודה לקטגוריית ביניים לגבי מי שמבצע את העבודה באופן אישי.[96] הדוקטרינה בדבר תלות כלכלית שהוכרה במודל הרגולטורי האיטלקי מתייחסת בין השאר לקטגוריית העסקה מתואמת ומתמשכת וביצוע עבודה באופן אישי – ה־co-co-co, כמזכה בזכויות בעבודה coordinated and continuous (collaborations). רעיון ההעסקה המתואמת והמתמשכת מאפשר הכרה בזכויות בעבודה לאלה אשר נמצאים במערכת יחסי עבודה ממושכת וקבועה[97] עם הפירמה. ההגדרה של קטגוריית הביניים מופיעה בחוק הפרוצדורה האזרחי האיטלקי.[98] הסיבה לרגולציה מיוחדת לקטגוריית ביניים זו של מעין עובדים נעוצה במאפיינים הייחודיים של הקטגוריה, ובכלל זה ביצוע העבודה באופן אישי, מעט אמצעים ארגוניים וציוד של העובד.

רגולציה שנקבעה לגבי קטגוריה זו בשנת 2003 התייחסה למי שכונו עובדי פרויקטים. על פי חוק הפרוצדורה האזרחי מעין עובדים בקטגוריה זו הוגדרו ככאלה שנמצאים בשיתוף פעולה עם ממונה תחת מערכת יחסים שהיא מתואמת על ידי המעסיק וממושכת, והעבודה מבוצעת בה באופן אישי. מערכת היחסים מתאפיינת בהיעדר כפיפות ישירה למעסיק. מערכת היחסים נחשבת כמתואמת על ידי המעסיק כאשר העבודה מבוצעת בהתאמה לעקרונות כלליים

93 Case No. 1 1960, Corte cost. (It); Case No 29, Corte cost. (It).

94 Art. 2222,2094 C.c. (It).

95 Art. 2094 C.c. (It).

96 Knapková, לעיל ה״ש 48.

97 Antonio Aloisi & Elena Gramano, *A Solution in Search of a Problem? Collective Rights and the Antitrust Labor Exemption in Italy*, *in* LABOR IN COMPETITION LAW 223 (Sanjukta Paul, Shae McCrystal & Ewan McGaughey eds., 2022).

98 The Italian Code of Civil Procedure, Art. 409.

ושיטות עבודה שנקבעות בהסכם בין הצדדים. יחד עם זאת, העובד מארגן באופן אוטונומי את ביצוע העבודה הספציפית שמתבצעת כל פעם וההוצאה לפועל של המשימות.[99]

ב־2003 נקבעה רגולציה שהתייחסה לעובדי פרויקטים[100] שעודכנה לאחר מכן ב־2012.[101] הרגולציה נגעה לעובדים המועסקים דרך הסכם לביצוע פרויקט (project-based collaborations). בהסכם מסוג זה העובד נותר אוטונומי לחלוטין לגבי ביצוע העבודה והמשימות ונקבעות התוצאות המצופות. במסגרת הרגולציה מ־2012, שכונתה גם הרפורמה של מונטי פורנו, נקבע כי יש להעניק לעובדים עצמאיים אלה כשכר מינימום את השכר המינימלי הנוהג בענף הרלוונטי שנקבע בהסכמים קיבוציים ומשא ומתן קיבוצי לאותו ענף.[102] למשל, נקבע כי נציגי שירות לקוחות במרכזי מענה טלפוני שהועסקו כקבלנים עצמאיים יקבלו שכר ברמה זהה לשכר שנקבע לבעלי תפקיד מקביל של נציגי שירות בהסכמים קיבוציים באותו ענף. במקרים של היעדר הסכמים קיבוציים בענף הרלוונטי, שיעור השכר הוצמד להסכמים קיבוציים ארציים. נקבע כי במקרה כזה השכר המשולם אינו יכול להיות נמוך מהשכר המינימלי שנקבע בהסכמים קיבוציים כלליים ארציים, בהתייחס לעובדים הפועלים באותו הסקטור ומבצעים תפקיד דומה. רמת השכר שנקבעת בהסכמים קיבוציים ענפיים הופכת, אם כן, למנדטורית ומחייבת גם את הפירמות המעסיקות קבלנים עצמאיים ופרילנסרים. באופן זה תנאים שנקבעים בהסכמים קיבוציים לגבי עובדים שכירים סטנדרטיים מוחלים גם על אלה המועסקים כפרילנסרים וקבלנים עצמאיים. מטרת הרגולציה הייתה להבטיח הגינות כלפי עובדים עצמאיים אלה והפחתת התמריץ למעסיק להעסיק עובדים בדפוסי העסקה פוגעניים כדרך להתחמק מתשלום שכר ראוי.[103]

כיום באיטליה דוקטרינת התלות הכלכלית ותפיסת ההעסקה המתואמת והמתמשכת ה־co-co-co מאפשרת הכרה בזכויות בעבודה רבות לאלה שנכללים בגדר קטגוריה זו אשר נמצאים במערכת יחסי עבודה ממושכת וקבועה[104] עם הפירמה. המודל הרגולטורי שהתקבל מתייחס לשלושה היבטים: זכויות אינדיבידואליות, תנאים של ביטחון סוציאלי וכן זכויות קיבוציות. במישור האינדיבידואלי, קטגוריה זו היא של עובדים המתאפיינים בכפיפות חלקית למעסיק, והם זכאים כתוצאה מכך לזכויות שונות של עובדים ולתנאי העסקה החלים על עובדים. כך הורחבה תחולת החקיקה העוסקת בהגנות על עובדים בסכסוכים אינדיבידואליים גם על עובדים עצמאיים אלה.[105] החקיקה בנוגע לסכסוכים אינדיבידואליים הורחבה לגבי מי שנופל לגדר ההגדרה של העסקה מתמשכת ומאורגנת ומבוצעת באופן אישי — co-co-co. חקיקה זו הוחלה בין השאר על סוכנים, נציגי מכירות או נציגים מסחריים של חברות. החקיקה הורחבה גם לגבי רופאים ועורכי דין שהועסקו בשירותי הבריאות הממלכתיים.[106]

99 Aloisi & Gramano, לעיל ה״ש 97.
100 Legislative Decree No. 276 (2003).
101 Law No. 92/2012.
102 Monti-Fornero Reform, Law No. 92/2012.
103 Aloisi & Gramano, לעיל ה״ש 97.
104 שם.
105 Act No. 533/1973 (Amending Art. 409 c. of Italian Code of Civil Procedure 1942).
106 Supiot & Meadows, לעיל ה״ש 40.

החל משנת 2015 חלה באיטליה רפורמה ברגולציה לגבי הקטגוריה של מעין עובדים. הזכויות הוסדרו בחקיקה שזכתה לכינוי חוק הג׳ובים – חקיקה אשר מקנה זכויות לעובדים עצמאיים תלויים.[107] ברפורמה זו נקבעו הגנות בעבודה באופן שחל גם על העובדים העצמאיים בקטגוריית הביניים.[108] בחוק נקבע כי זכויות מלאות בעבודה והגנות ניתנות לאדם המבצע עבודה באופן אישי, לאורך זמן, עבור ממונה שמארגן את השיטות והביצוע של העבודה כולל התייחסות לזמן ומקום ביצוע העבודה – ס׳ 2 לחוק Decree 81, 2015.[109] המשמעות היא שמי שמועסק כפרילנסר שעבודתו מאורגנת על ידי ממונה זוכה להגנות נרחבות, על אף שהוא אינו עונה לגדר עובד על פי ההגדרה של עובד בחוק האזרחי Civil (code). בעבודה מאורגנת על ידי ממונה הכוונה ברפורמה של 2015 לקביעת זמני ביצוע העבודה ומקום הביצוע והספקת העבודה.

הסוגיה של קטגוריית הביניים והחקיקה של חוק הג׳ובים הגיעה לפתחו של טריבונל בטורין באיטליה בנושא עובדי פלטפורמה ב־2018.[110] מדובר היה בשליחים שהועסקו על ידי חברת Digital Services. השליחים הועסקו בשלב ראשון תחת חוזה לתקופה קצובה, ולאחר שהוא פג הם המשיכו להיות מועסקים באופן אינדיבידואלי בדרכים שונות, ללא כפיפות מפורשת וברורה לפלטפורמה הדיגיטלית. אומנם, הפלטפורמה ארגנה את המשמרות ואת זמני ביצוע המשלוחים ומיקומם וניטרה את מיקומם של השליחים באמצעות מעקב GPS, אך במקרה זה עובדי הפלטפורמה שימרו בידם אוטונומיה מסוימת לקבוע חלק גדול מן הדברים. השליחים קבעו מתי הם עובדים ואילו משלוחים הם בוחרים לבצע. בית המשפט הדגיש כי לא מתקיימים המבחנים לסטטוס של עובד מכיוון שמבחני עובד־ מעסיק בעיקר דורשים כפיפות למעסיק וחובה לבצע הנחיות ברורות מצד המעסיק והוראות לגבי אופן ביצוע העבודה. בית המשפט הדגיש שלא הייתה חובה לקבל שליחות ולבצע עבודה מסוימת. בהמשך לכך בית משפט לערעורים בטורין קבע כי חרף העובדה שהשליחים אינם נופלים להגדרה של עובדים, הם יהיו זכאים לתחולה של חקיקת העבודה בהתאם לסעיף 2 לחוק הג׳ובים 2015.[111]

החוק קבע למעשה תת־קטגוריה של קבלנים עצמאיים שנהנים מסטטוס המזכה אותם בזכויות בעבודה. תת־קטגוריה זו כוללת את כל מי שנמצא בשיתוף פעולה עם אדם שממונה עליו, במסגרת יחסי עבודה המתאפיינים בהמשכיות, תיאום וממד אישי של ביצוע העבודה. כך

107 Aloisi & Gramano, **לעיל ה״ש 97**.

108 D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81, G.U. June 24, 2015, n. 144 (It), Art. 2. https://tinyurl.com/aws5kcup.

109 Legge 22 maggio 2017, n. 81, G.U. June 13, 2017, n. 135 (It), Art. 2.; Del Conte & Gramano, **לעיל ה״ש 53**.

110 Tribunal of Turin (11 April 2018, No. 778) - Digital Services XXXVI Italy s.r.l. (Foodora–Argomenti di Diritto del Lavoro, vol. 4/5. 22); Antonio Aloisi, With Great Power Comes Virtual Freedom: A Review of the First Italian Case Holding that (Food-delivery) Platform Workers are not Employees, COMPAR. LAB. L. & POL'y J. Dispatch No. 13 – Italy (2018) (Dispatches section available online at https://tinyurl.com/297s3dsz).

111 Elena Gramano & Giovanni Gaudio, *New Trade Union Strategies for New Forms of Employment: Focus on Italy*, 10 EUR. LAB. L.J. 240 (2019).

נקבעה תחולה של הזכאויות בתחום תנאי ההעסקה גם לעובדים עצמאיים שאינם עומדים במבחנים שמגדירים סיווג של יחסי עובד־מעסיק.

אשר לזכויות אינדיבידואליות של תנאי העסקה, אלה הורחבו לעובדים עצמאיים תלויים. באיטליה נהגים של אובר או שליחים של מזון מהיר נחשבים ככאלה שנכללים בקטגוריה של יחסי עבודה המאורגנים על ידי הממונה.[112] כלומר, הם נחשבים ככלולים בקטגוריה החדשה שהוצגה בחוק הג׳ובים.[113] בית המשפט העליון האיטלקי קבע כי השליחים יהיו זכאים לחלק מהזכויות, ואילו אלה שביחסי עבודה עם ממונה אחד בלבד זכאים לכל תנאי ההעסקה מחוקי המגן כולל שכר מינימום והגנות של בטיחות בעבודה.[114] חקיקה אחרת קובעת שבמצב של תלות כלכלית יש להקפיד גם למנוע ניצול או נזק בעת סיום מערכת היחסים העסקית – Article 9 of Law No. 192 of 1998.[115]

בהיבט של הבטחת תשלומים, סעיף 2 לחקיקה מ־2002 קובע הרחבת תחולה של דירקטיבה בנושא הבטחת תשלומים ומועדי תשלום מאוחרים בעסקאות מסחריות גם לגבי קבלנים עצמאיים העונים על קריטריונים מסוימים.[116] הדבר מאפשר תשלום ריבית בגין איחורים בתשלום לאחר שהשירות או העבודה בוצעו. סעיף 3 לחוק קובע חזקה לפיה איחור בתשלום של 60 יום לאחר שהחשבונית הופקה נחשב מקפח. מעבר לכך, הקבלן העצמאי זכאי לקבלת הוצאות שהיו לו בקשר עם קבלת התשלום. הרעיון הוא להבטיח יכולת קיום. חלק מההוראות מתייחסות גם לעניין חוזים מקפחים ומפלים שניתן לבטל.

אשר להגנות של ביטחון סוציאלי, החקיקה (Act 335/1995) קבעה עוד בשנות התשעים זכאויות לתנאים של ביטחון סוציאלי, ובכלל זה חובת תשלום של עשרה אחוזים כהפרשה לביטוח סוציאלי המתייחסת לקצבת זקנה, נכות ומקרים שנוגעים לפטירה וקצבת שארים.[117] לגבי עובדי פרויקטים המועסקים בפרויקט ספציפי, חקיקה משנת 2003 קבעה זכאות לזכויות סוציאליות מסוימות, הכוללות חופשת לידה וימי מחלה במקרה של אשפוז, וכן חובת הפרשות לצורך ביטוח סוציאלי לתקופת זקנה – ACT 30/2003.[118]

בשנים האחרונות המדיניות שנוגעת לעובדים עצמאיים תלויים בתחום הביטחון הסוציאלי הורחבה במסגרת הרפורמה של חוק הג׳ובים. בעוד עצמאיים רגילים אינם זכאים להטבות הנוגעות לביטוח סוציאלי כגון ביטוח אבטלה, עובדים עצמאיים תלויים בקטגוריית הביניים של מעין עובדים זכאים לזכאויות הקשורות לביטחון סוציאלי, ובכלל זה ביטוח אבטלה.[119] כלומר, לגבי אלה שנמצאים בקטגוריה של העסקה מתמשכת, המאורגנת על ידי הממונה

112 Del Conte & Gramano, לעיל ה״ש 53; Gramano & Gaudio, שם.
113 D.Lgs. 15 giugno 2015, לעיל ה״ש 108.
114 Cass., sez. L., 24 Gennaio 2020, n. 1663 LDE it. 2020, I, 1 (It).
115 Article 9 of Law No. 192 of 1998.
116 Legislative Decree No. 231 (2002) on Implementation of Directive 2000/35/EC.
117 Knapková, לעיל ה״ש 48.
118 Werner Eichhorst, et al., *Social Protection Rights of Economically Dependent Self-Employed Workers*, STUDY OF POLICY DEPARTMENT, ECONOMIC AND SCIENTIFIC POLICY (2013).
119 The Italian Code of Civil Procedure, Art. 409 n.3.

והמתבצעת באופן אישי, קיימת רגולציה המעניקה הטבות של ביטחון סוציאלי באופן נרחב. Co-Co-Co – continuous, coordinated and mainly personal, המודל הרגולטורי מעניק כמה הטבות הנוגעות לביטחון סוציאלי לקטגוריית ביניים זו של מעין עובדים. ראשית, קבלת פנסייה. קבלת הפנסיה ניתנת במסגרת הסדר פנסיה נפרד מזה של העובדים הרגילים. שנית, זכאות לימי מחלה במקרה של אשפוז וכמה מקרים נוספים. חופשת מחלה יכולה להימשך מינימום 4 ימים. ימי מחלה יכולים להיות עד 61 ימים בשנה, עם אפשרות להארכה לעד 180 יום בשנה במקרים קשים של סרטן או מחלה כרונית. שלישית, חופשת לידה. רביעית, כיסוי לנכות. לגבי ההיבט של זכאויות לביטחון סוציאלי, ישנה הסדרה של זכאות לפנסיה דרך קרנות פנסיה פרטיות, כמו כן על פי סעיף 13 זכאות לחופשת לידה של חודשיים. סעיף 14 קובע גם אפשרות של ביצוע משותף של העבודה.[120] סעיף 14 קובע גם זכאות לחופשת מחלה, ומחלה בזמן היריון, לגבי עובדים עצמאיים שהועסקו באופן קבוע אצל אותה פירמה וזאת עד 150 ימים בשנה.[121]

אשר למישור הקיבוצי, זכות ההתארגנות בארגוני עובדים עוגנה בחוקה – בסעיף 39(1).[122] זכות ההתארגנות הכללית של אזרחים מעוגנת בסעיף 18 לחוקה. זכות השביתה עוגנה אף היא בחוקה בסעיף 40, תוך קביעה כי ניתן להגבילה אך ורק בחוק.[123] ההגבלה היחידה בחוק נוגעת לצו בנושא שירותים ציבוריים, ומעבר לכך אין הגבלות נוספות.

ככלל, לעובדים עצמאיים עומדת זכות להתארגנות. עוד בשנות השבעים בית המשפט החוקתי האיטלקי קבע כי הפסקת עבודה על ידי יזמים קטנים וקבלנים עצמאיים שאינם מעסיקים עובדים לא תיחשב כהשבתה אסורה, אלא כשביתה רגילה, כפי שהדבר לגבי עובדים.[124]

סעיף 2 לחוק הג׳ובים 2015 קבע כי הסכמים קיבוציים ארציים יכולים להתנות על חקיקת העבודה הרגילה ולקבוע הסדרים אחרים לענפים מסוימים או תחומים. הסדרים אחרים ושונים מאלה שקבועים בחקיקת העבודה יכולים להיקבע כך לגבי עובדים עצמאיים תלויים בהסכמים קיבוציים משלהם. בהמשך לכך אכן נחתמו באיטליה הסכמים קיבוציים שנוגעים לעובדים עצמאיים תלויים ומסדירים את תנאי עבודתם.

נפסק כי עובדים עצמאיים קטנים אשר מבצעים עבודה עבור תאגיד באופן פרסונלי זכאים לזכות לנקוט שביתה. בית המשפט העליון האיטלקי קבע שסוגים מסוימים של עובדים עצמאיים נכללים בקטגוריה זו. כך נקבעה למשל בבית המשפט העליון זכאות לזכויות קיבוציות בעבודה לגבי רופאים שהועסקו במיקור חוץ להספקת שירותים שבסל הבריאות.[125] עוד נקבע כי גם סוכנים ונציגי מכירות זכאים לזכות למשא ומתן קיבוצי ושביתה.[126] מעבר לכך

120 Legge 22 maggio 2017, n. 81, G.U. June 13, 2017, n. 135 (It), Art. 13–14.
121 Gramano & Gaudio, לעיל ה״ש 111.
122 Article 39, para 1, of the Italian Constitution, states that trade union organization is free.
123 Article 40 of the Italian Constitution.
124 Case No. 222/1975, Corte cost. (It).
125 Case No. 3278/1978, Corte supreme (It).
126 Cass., 29 Giugno 1978, n. 3278 Foro it. 1980, I, 25 (It).

קיימת אפשרות לעובדים עצמאיים לחתום על הסכם קיבוצי הנוגע להם. בעקבות זאת נחתם בין השאר הסכם קיבוצי הנוגע לאנשי מכירות המועסקים כקבלנים עצמאיים. ההסכם קבע מינימום של שכר ועמלות המשולמים להם.[127]

Law No. 81 of 2017 שנכלל ברפורמה בשנת 2017 קובע הגנות חדשות על עובדים עצמאיים. אלה עובדים הנכללים בקטגוריה של עובדים עצמאיים לא יזמיים. הם עובדים שאינם עונים על הדרישות של הקטגוריה של חוק הג׳ובים. הרגולציה לעניין עובדים אלה כוללת שלושה היבטים: הענקת זכות למשא ומתן קיבוצי ואפשרות לחתום על הסכם קיבוצי המסדיר תנאי העסקה, הבטחת תנאים של ביטחון סוציאלי וכן הבטחת תשלומים.

ב־2019 נחקק חוק נפרד לגבי עובדי פלטפורמה ושליחים. החוק החדש אפשר להסכמים קיבוציים לקבוע את רמת השכר לשליחים על אופנועים ורוכבי אופנועים עובדי פלטפורמה. החקיקה אפשרה להגיע להסכם קיבוצי שיסדיר את זכויות עובדי הפלטפורמה. אלה עובדי פלטפורמה שאינם נכנסים לגדר יחסי עובד-מעסיק והם אוטונומיים. על פי החוק, בהיעדר הסכם קיבוצי ארצי בנושא, לא ניתן לשלם לעובד פלטפורמה תשלום שהוא פר משלוח. במצב של היעדר הסכם קיבוצי ארצי ספציפי בנוגע לעובדי פלטפורמה שמסדיר זאת, עובדי פלטפורמה יקבלו שכר שעתי רגיל. השכר השעתי נגזר מהסכומים המשולמים לתפקידים מקבילים בסקטורים דומים בהסכמים קיבוציים ארציים. כמו כן קיימת חובה לשלם תוספת עבור משלוחים בלילה, בסופי שבוע ובחגים וכן במצבי מזג אוויר קשה.

3. דגם הרגולציה בנושא עובדים עצמאיים בספרד

בניגוד למצב בישראל, שבה המדיניות אימצה גישה יזמית תחרותית, בספרד אומצה הגישה המרקסיסטית פוסט תהליכית והדוקטרינה בדבר תלות כלכלית. במסגרת זו, אומץ מודל רגולטורי אשר קובע קטגוריה שלישית של עובדים שהם בין עצמאיים לבין מועסקים – עובדים למחצה.[128] קטגוריה זו מתייחסת לעובדים התלויים מבחינה כלכלית בלקוח אחד. הם אומנם אינם משתלבים באופן אינטגרלי בארגון שלו הם נותנים שירות, אבל יחד עם זאת הם תלויים בו. אלה הם עובדים עצמאיים המספקים שירות בהיקף של 75% ללקוח אחד.[129] החקיקה קבעה הפרשה לצורך הבטחת זכויות סוציאליות של עובדים עצמאיים אלה בהיקף של 30% מהשכר.[130]

בספרד קיים חוק העוסק בעובדים עצמאיים – חוק המועסקים העצמאיים (Self Employed Act 2007).[131] החוק מקנה זכויות מגוונות למועסקים עצמאיים.[132] החוק מגדיר עובדים

127 Gramano & Gaudio, לעיל ה״ש 111.

128 Self- Employment Law (2007, 20) (Spain).

129 Karol Morales-Muñoz & Beltran Roca, *The Spatiality of Collective Action and Organization Among Platform Workers in Spain and Chile*, 54 ENV'T & PLAN. A: ECON & SPACE 1411 (2022).

130 Adrian Todoli-Signes, *Workers, the Self-Employed and TRADEs: Conceptualisation and Collective Rights in Spain*, 10 EUR. LAB. L.J. 254 (2019).

131 Self- Employment Law, לעיל ה״ש 128.

עצמאיים כאנשים שמבצעים באופן אישי וישיר את העבודה, וזאת על חשבונם ומחוץ לארגון של המעסיק או מזמין העבודה.

חוק המועסקים העצמאיים מעניק הגנות שונות לעובדים עצמאיים בנוגע לזכויות יסוד. כך, החוק מקנה הגנה כנגד הפליה בעבודה לעובדים עצמאיים. הזכות לשוויון היא זכות חוקתית בספרד אשר תחולתה משתרעת על כל אדם.[133] מעבר לכך החוק עצמו מקנה הגנה למועסקים עצמאיים מפני הפליה בביצוע העבודה שלהם.[134] בחוק נקבע גם כי הוראה בחוזה שבין העובד העצמאי לפירמה אשר משמעותה הפליה בעבודה תיחשב כפסולה וחסרת תוקף.[135]

כמו כן, חוק המועסקים העצמאיים הספרדי קובע זכות לפרטיות וכן הגנה מפני הטרדה מינית או הטרדה על רקע מין ומגדר.[136] הזכות לפרטיות קבועה גם כזכות חוקתית בחוקה הספרדית.[137] עוד נקבע בחוק הסדר בנוגע לתשלומים לעובדים עצמאיים. נקבע כי יש חובה לשלם בתוך שלושים יום.[138] ניתן להסכים על תשלום בתוך 60 יום. החוק קובע כי חריגה ממועדים אלה תחייב את הפירמה המזמינה בריבית בשיעור הריבית שפורסמה על ידי הבנק האירופי המרכזי או כזו שהוסכמה בין הצדדים.

החוק מקנה לעובדים עצמאיים זכויות הנוגעות לביטחון סוציאלי. במקביל החוק מחייב אותם בהפרשות מתאימות.

חוק העובדים העצמאיים הספרדי קובע הגנות על זכויות קיבוציות. נקבע שעובדים עצמאיים יהיו זכאים להצטרף לארגון כדי להגן על האינטרסים המקצועיים שלהם.[139] האפשרות להצטרף לארגון עובדים שמורה לעובדים עצמאיים שאינם מעסיקים עובדים משלהם. יחד עם זאת, משא ומתן קיבוצי והסכמים בנושא שכר מינימום אינם אפשריים. הדבר יהווה הפרה של כללי התחרות. הסכמים קיבוציים בנושא שכר מינימלי יהיו אפשריים רק אם עסקינן בעובדים עצמאיים עם סיווג שגוי, בהתאם לפסיקה של בית הדין האירופי לצדק. כמו כן בית המשפט החוקתי הספרדי קבע כי עובדים עצמאיים אינם נהנים מזכות השביתה. נקבע כי הזכות לשביתה שמורה לעובדים רגילים.[140]

בסעיף 11 לחוק מוגדרת קטגוריה נפרדת של עובדים עצמאיים תלויים כלכלית (economically dependent self-employed worker)[141], תוך אימוץ של הדוקטרינה של תלות כלכלית. עובדים עצמאיים תלויים אלה עובדים אשר עונים על ההגדרה של עצמאיים (ואינם נחשבים בסטטוס של עובד), אולם הם זוכים להגנות מיוחדות נוספות בחוק.

132 Todoli-Signes, לעיל ה״ש 130.
133 Spanish Constitution, Art. 14.
134 Self- Employment Law, לעיל ה״ש 128, ס׳ 6.3.
135 שם.
136 שם, ס׳ 4.3.
137 Spanish Constitution, Art. 18.1.
138 Self- Employment Law, לעיל ה״ש 128, ס׳ 4.3.
139 שם, ס׳ 19.1(a).
140 Sentence 11/1981, Constitutional Court (Spain).
141 Self- Employment Law, לעיל ה״ש 128, ס׳ 11.

לגבי קטגוריה זו של עובדים עצמאיים תלויים הוגדרו זכויות ייחודיות: קיימת אפשרות לקבוע בהסכם בין הצדדים שעות עבודה מקסימליות.[142] מקסימום זה נקבע על ידי הצדדים עצמם, אך מעת שזה נקבע הרי שהדבר צריך להיאכף.[143] הפירמה המעסיקה יכולה להוסיף עד היקף של 30% יותר מאשר נקבע מלכתחילה בין הצדדים. חוק המועסקים העצמאיים קובע זכאות לחופשה של 18 ימים.[144] קיימות אפשרויות להפסיק את העבודה לפרקי זמן מסוימים מסיבות מוצדקות כגון מגבלה רפואית. אלה כוללות בין השאר אילוצים משפחתיים – אירועים משפחתיים שהעובד צריך להיות נוכח בהם באופן לא צפוי, סכנה לבריאות או לחיים של העובד העצמאי, מקרה של נכות או מוגבלות זמנית, מצבי סיכון בעקבות היריון או הנקה.[145]

הסדר אחר מתייחס לסיום חוזה העסקה. החוק קובע כי לגבי העובדים העצמאיים התלויים הפסקת העסקה ללא הצדקה תגרור מתן פיצוי לעובד העצמאי. מקרים שמצדיקים סיום חוזה מצד העובד הם מקרים של נכות שלא מאפשרת לבצע את העבודה, הפרות של ההתחייבויות החוזיות שגוררות רצון של העובד העצמאי לסיים את החוזה ומקרה שבו העובד העצמאי היה קורבן להטרדה מינית.[146]

גם במישור הקיבוצי הוענקו בחוק זכויות לעובדים עצמאיים תלויים. בניגוד לעצמאיים רגילים, עובדים עצמאיים תלויים נהנים גם מהזכות למשא ומתן קיבוצי ויכולים לחתום על הסכמים קיבוציים.[147]

בשנים האחרונות אומץ מודל רגולטורי המכיר בחלק מהעובדים העצמאיים שסווגו ככאלה באופן שגוי כמועסקים לכל דבר, כאשר הם עונים על חמישה קריטריונים להכרה בסטטוס של עובד, ובעיקרם כפיפות ושליטה של הפירמה. השינוי נוצר בעקבות שביתות ומחאות של נהגי דליברו בשנת 2017 שהקימו ארגון לא פורמלי (Riders X Rights RxD). העובדים העצמאיים התארגנו באמצעות רשתות חברתיות כמו פייסבוק וטוויטר כנגד מדיניות של חברת דליברו שפגעה בתנאי העסקתם.[148]

אכן, בשנים האחרונות, בעקבות מאבקים קולקטיביים של השליחים והנהגים המועסקים דרך אפליקציות, בספרד הרחיבו תחולה של הגנות גם על חלק מהעובדים העצמאיים שנמצאים בסיטואציה של רגישות יתר כגון אותם עובדי פלטפורמה.[149] בית המשפט הספרדי קבע הרחבה של הגנות לגבי נהגים של אובר וכן שליחים ככאלה שנכנסים לקטגוריה של מועסק.[150] נפסק כי הסיווג שלהם כעצמאיים היה שגוי, ולמעשה עסקינן במועסקים רגילים. במסגרת זו

142 שם, ס׳ 14.3.
143 שם, שם.
144 שם, ס׳ 14.1.
145 שם, ס׳ 16.
146 שם, ס׳ 15.
147 שם, ס׳ 3.2.
148 Morales-Muñoz & Roca, לעיל ה״ש 129.
149 Yolanda Sanchez-Uran Azana, *Economia de Plataformas Digitales y Sevicio Compuestos*, 57 La Ley, Union Europea (2018).
150 S.T.S. 588/2019, T.S.J., Nov. 27, 2019, ECLI: ES: TSJM:2019:11243 (on the Glovo case); T.S. (Sept. 25, 2020), ECLI:ES:TS:2020:2924.

nevo.co.il

נעשתה הכרה בשליחים של דליברו (Deliveroo) כמועסקים וככאלה שחלים ביניהם לבין הפלטפורמה הדיגיטלית יחסי עובד-מעסיק – שנקבעה בבית המשפט העליון הספרדי בספטמבר 2020, וכן נקבע דבר דומה לגבי שליחי האפליקציה גלובו (Glovo).

בספרד, לצד מבחנים הקיימים בפסיקה המאפשרים לזהות עובדי פלטפורמה כעובדים, קיימת חקיקה המסדירה את הנושא.[151] לפי חוק העובדים קיימת חזקה הניתנת לסתירה בדבר מעמד כעובד Workers Statute Art. 8(1). כדי לסתור את החזקה, על הפלטפורמה להוכיח כי השירות מסופק במסגרת הארגון והניהול הרגיל של הלקוח. בשנת 2021 נחקק חוק השליחים Ley Rider Act, לפיו על פלטפורמות דיגיטליות בספרד להעסיק שליחים ונהגים, העונים על תנאים מסוימים, כמועסקים רגילים.[152] החוק גם מחייב לתת מידע לארגון של נציגי השליחים בדבר פעולת האפליקציה המשפיעה על העסקתם. החוק כולל קריטריונים מסוימים להגדרת עובד פלטפורמה הכפוף לתחולת החוק. בעקבות החקיקה, בתי המשפט הספרדיים החלו לפסוק פסיקה אוהדת יותר לעובדי פלטפורמה.

יש לציין כי כתגובה לחקיקת החוק, חברות פלטפורמה עושות מאמץ לשנות את מערכת היחסים עם העובדים באופן שעשוי להוציא אותם מתחולת החוק (למשל על ידי מתן אוטונומיה רבה יותר לנהגים לתכנון מסלול הנסיעה וכדומה), וחלקן עוברות לצורות העסקה אחרות. כך למשל חברת אובר בספרד נוטה לעבור לעשות שימוש בעובדי קבלן המועסקים דרך סוכנות לכוח אדם, במקום עובדי פלטפורמה עצמאיים, על מנת להימנע מתחולת החוק.

4. דגם הרגולציה בנושא עובדים עצמאיים בקליפורניה

בארצות הברית חוקי ההגבלים העסקיים (Sherman Act) אוסרים על כל פעולה של התארגנות וניסיון של תאום של מחירים.[153] בראשית הדרך כל פעולה של התארגנות של עובדים נתפסה כהפרעה למסחר וכעבירה פלילית. בשלב מאוחר יותר חוק העבודה האמריקאי (National Labor Relations Act - NLRA) קבע פטור מתחולת ההגבלים העסקיים רק בנוגע למשא ומתן ופעולה קולקטיבית של מי שמוגדרים כמועסקים – employees.[154] נקבע במפורש כי הפטור מתחולת דיני ההגבלים העסקיים אינו חל על עובדים עצמאיים.[155]

לעומת זאת, פעולה של עובדים עצמאיים, שמתאמים את מחיר העבודה שלהם וחוברים יחד כדי לנהל משא ומתן קיבוצי עם דרישות משותפות, נתפסת כהפרה של חוקי ההגבלים העסקיים.[156] על פי חוקי ההגבלים העסקיים האמריקאיים, עובדים עצמאיים צפויים להליכים אזרחיים ופליליים על רקע ניסיונות להגיע להסכמות בין מי שאמורים להיות מתחרים, במיוחד על רקע המחיר שהם דורשים עבור עבודתם. תיאום דרישות למחיר עבור עבודה ותנאים בין

151 Menegatti, לעיל ה"ש 85.
152 Royal Decree Law (2021, 7) (Spain).
153 Sherman Act of 1890, 15 U.S.C.A. §§ 1–7 (West).
154 Cynthia Estlund & Wilma B. Liebman, *Collective Bargaining Beyond Employment in the United States*, 42 COMPAR. LAB. L. & POL'Y J. 371 (2021).
155 Labor Management Relations Act of 1947, 29 U.S.C. ("Taft - Hartley Act").
156 Estlund & Liebman, לעיל ה"ש 154.

עובדים עצמאיים שאמורים להיות מתחרים בשוק מהווה הפרה של חוקי ההגבלים העסקיים ונתפסת כניסיון לתיאום מחירים.

בשנות התשעים בפרשת *Superior Court Trial Lawyers (SCTL)* הנושא הגיע לפתחו של בית המשפט העליון בפרשה שנגעה לשביתת עורכי דין שייצגו נאשמים לפני בית המשפט העליון.[157] עורכי הדין היו עובדים עצמאיים. הם פתחו בשביתה והסכימו שלא לקבל על עצמם עבודה חדשה של ייצוג מבית המשפט עד אשר יעלו את התשלום על עבודתם. הם פנו לאפיק של שביתה כמוצא אחרון. בית המשפט מצא שיש בהסכמות בין עורכי הדין ובשביתה פעולה של תיאום מחירים אופקית שהיא הפרה של חוקי התחרות.

בשנים האחרונות העסקה מקפחת של עובדים עצמאיים ובעיקר עובדי פלטפורמה בארצות הברית הביאה לפעולות של נהגים כנגד העסקה שאינה כפופה להגנות ואף לשביתות של עובדי פלטפורמה.[158] בארצות הברית הקונפליקט בין חוקי ההגבלים העסקיים לבין משא ומתן קיבוצי ושביתה של עובדים עצמאיים הגיע בשנים האחרונות להתנגשות בפרשה שנגעה לנהגי אובר כעובדי פלטפורמה. פרשה זו התרחשה בעקבות היוזמה של העיר סיאטל להרחיב תחולה של הזכות למשא ומתן קיבוצי לנהגים עובדי פלטפורמה כמו נהגי אובר, תוך קביעת צו בנושא.[159] היוזמה נכשלה לנוכח פסיקה של בית המשפט שקבעה כי המשא ומתן הקיבוצי של נהגי אובר הוא הפרה של חוקי ההגבלים העסקיים.[160] בית המשפט קבע כי תחולת הפטור מדיני ההגבלים העסקיים היא לגבי מועסקים בלבד – employee.[161]

מדיניות יוצאת דופן על רקע המגמה הכללית של היעדר הכרה בזכויות לעובדים עצמאיים בארצות הברית היא המדיניות של מדינת קליפורניה. מדינת קליפורניה אימצה רגולציה שמכירה בזכויות לעובדים עצמאיים ומרחיבה תחולה של חקיקת עבודה לגבי עובדים אלה, תוך אימוץ חלקי של דוקטרינה של תלות כלכלית. הדבר מתבטא בהחלטה של מדינת קליפורניה לקבוע בחקיקה הרחבת הגדרת עובד כך שתכלול גם פרילנסרים ואת רוב עובדי הפלטפורמה.[162] על פי החקיקה שמדינת קליפורניה חוקקה בשנת 2019 – חוק AB5 – עובדים עצמאיים תחת תנאים מסוימים אמורים להיות מסווגים כמועסקים לצורך הגנות של חוקי המגן הנכללים בחקיקה מדינתית של מדינת קליפורניה.

היוזמה לחוק נולדה בעקבות החלטה של בית המשפט העליון של מדינת קליפורניה מ־2018 בפרשת *Dynamex*, אשר קבעה הרחבה של סטטוס מועסק בכל הנוגע לחקיקה של מדינת קליפורניה הנוגעת לשכר ושעות עבודה.[163] נקבע כי כל עובד ייחשב מועסק, אלא אם כן

157 FTC v. Superior Ct. Trial Laws Association, 493 U.S. 411 (1990).

158 Faizz Siddiqui, *Uber and Lyft Drivers Strike for Pay Transparency After Algorithms Made it Harder to Understand*, WASH. POST: TECHNOLOGY (May 8, 2019) https://tinyurl.com/3mr4c2fb.

159 Seattle WASH, MUN. CODE § 6.310 (1996).

160 Chamber of Commerce of the United States v. City of Seattle, 890 F.3d 769 (9th Cir. May 2018).

161 שם.

162 Assemb. B. 5, 2019–2020. Leg. Reg. Sess. (Cal. 2019).

163 Dynamex Operations West inc. v. Superior court of Los Angeles, 4 Cal.5th 903, 232 Cal. Rptr. 3d 1, 416 P.3d 1 (2018).

החברה תוכל להוכיח שלושה דברים – מבחן המכונה מבחן ABC: העובד חופשי לבצע עבודות ולספק שירותים ללא השליטה וההנחיה של החברה; העובד מבצע פעולות שהן מחוץ לתחום העסקים הרגילים של החברה הזו; והעובד מבצע באופן עצמאי מסחר או עיסוק שדומה באופיו לאופי העבודה שמבוצעת עבור החברה.

החקיקה AB5 אימצה ניסוח מחודש של מבחני עובד ומעסיק בהתאם לקביעת בית המשפט העליון בקליפורניה באופן שעשוי להתאים גם למציאות המשתנה של שוק העבודה. על פי מבחנים אלה, המכונים ABC, שנועדו למנוע סיווג מוטעה של עובדים כקבלנים עצמאיים ולהבטיח סיווג אותנטי, יש להוכיח את שלושת התנאים האמורים. הנטל להוכיח את קיומם של הקריטריונים במסגרת מבחן ה־ABC מוטל על המעסיק המבקש לסווג את המועסק כקבלן עצמאי. די בכך שאחד הקריטריונים אינו מתקיים בכדי למנוע סיווג של המועסק כקבלן עצמאי. החוק נקבע באופן שבו תחת כנפיו עשויים לחסות עובדים עצמאיים רבים, למעט אלה שהוחרגו מתחולתו באופן ספציפי, ואלה הם עורכי דין, סוכני ביטוח ומתווכים.

חריגים נוספים נקבעו בתיקון לחוק שנקרא AB2257 והם כללו גם צלמים, עורכים, כותבים, מוסיקאים ומתורגמנים.[164]

החקיקה החדשה – חוק AB5 חלה על מרבית העובדים העצמאיים באופן כללי, למעט אותם חריגים ספציפיים שנקבעו. החקיקה אמורה הייתה לחול גם לגבי אותם עובדים עצמאיים ספציפיים שהם עובדי פלטפורמה.[165] ברם, בעקבות לחצים מצד חברות כמו אובר וליפט עלתה הצעה לקבוע פטור מתחולת החוק לחברות פלטפורמה (proposition 22). ההצעה עמדה למשאל עם במדינת קליפורניה. הדבר נעשה לאחר שהחברות כמו אובר וליפט השקיעו הון עתק במסע תקשורתי כנגד החוק שצלח. הציבור הצביע בעד סעיף פטור בחוק לגבי עובדי פלטפורמה בתחום שליחויות והסעות.

המשמעות של סעיף הפטור שנכנס לתוקף בעקבות משאל העם היא השארת עובדי הפלטפורמה בסטטוס של עובדים עצמאיים, וכך נכשל הניסיון להגדירם בסטטוס של עובדים.[166] סעיף הפטור גם כלל הגבלה על משא ומתן קיבוצי וכן הגבלה מסוימת על אפשרות לשינויו במסגרת חקיקה עתידית.[167] יחד עם זאת, ישנן הגנות מסוימות שכן הוחלו על עובדי פלטפורמה, וזאת בנוגע לשכר מינימום וזכויות סוציאליות מסוימות.[168]

164 Assemb. B. 2257 Worker classification: employees and independent contractors: occupations: professional services (2019–2020).

165 Anne Decknatel & Lauren Hoff-Downing, *ABC on the Books and in the Courts: An Analysis of Recent Independent Contractor and Misclassification Statues*, 18 U. PA. J.L. & SOC. CHANGE 53 (2015).

166 Taryn Launa, *California Voters Approve Prop. 22, Allowing Uber and Lyft Drivers to Remain Independent Contractors*, L.A TIMES, (Nov. 3, 2020) https://tinyurl.com/223fmecf.

167 עתירות כנגד הצעה 22 ובעיקר כנגד המגבלות על שינוי בעתיד הוגשו לבתי משפט חוקתיים. עתירה הוגשה לבית המשפט החוקתי של קליפורניה בטענה שישנה בחוק מגבלה לא חוקתית על כוחם של מחוקקים לשנות את החוק. בית המשפט קיבל את העתירה Cal. Ct. App. Castellanos v. State of California, No. RG21088725 (2021). אולם קיים ערעור על כך שתלוי ועומד.

168 Estlund & Liebman, לעיל ה"ש 154.

בעקבות הצלחת משאל העם החל מאבק משפטי כנגד תוצאות משאל העם בטענה לחוסר חוקתיות. בפרשת Castellanos שנפסקה במרץ 2023 נקבע כי תוצאות משאל העם תקפות, ואינן מעוררות קושי חוקתי.[169]

ה. השפעת מוסדות וחסמים לגיבוש רגולציה להסדרת זכויות בעבודה של עובדים עצמאיים בישראל

התגבשות מודלים רגולטוריים שונים להסדרת יחסי העבודה של עובדים עצמאיים במדינות שונות נובעת מהשפעה של הבדלים מוסדיים בין המדינות וכלכלה פוליטית.

תאוריות מוסדיות של מוסדיות חדשה בנושא רגולציה רואות במוסדות המאפיינים מדינות ושיטות שונות את הסיבה לשוני בדגם הרגולטורי.[170] גישות מוסדיות רציונליות מייחסות לכללים וחוקים ומבנים חברתיים ושלטוניים השפעה על אופן הרגולציה הנקבעת. בהקשר לכך קיימת חשיבות להבדלים בכוחות המשפיעים. כך למשל קיימת חשיבות להשפעת קבוצות אינטרסים שונות או לובי על המודל הרגולטורי שמתגבש. גם מוסדיות היסטורית יכולה לשפוך אור על הסיבות להיעדר רגולציה כלפי עובדים עצמאיים כאשר אלה נובעות בין השאר ממבנה מוסדי היסטורי – מבנה מדינת הרווחה והיחס לארגוני עובדים, מבנה החקיקה וכדומה.[171]

בישראל היו קיימים כמה חסמים להסדרת רגולציה של יחסי עבודה וזכויות בעבודה לעובדים עצמאיים שנובעים ממבנה מוסדי מסוים, כפי שיפורט להלן.

לצורך אבחון החסמים השונים, שמנעו גיבוש רגולציה בנושא, נבחנו מקורות ראשוניים וגם נערכו ראיונות עם אנשי ארגוני עובדים ורגולטור בתחום.

1. השפעת מוסדות וחסמים בנוגע לרגולציה להסדרת זכויות של עובדים עצמאיים בישראל

(א) המצב המשפטי בישראל – היעדר רגולציה להכרה בזכויות עובדים עצמאיים והצורך בשינוי

בישראל נוהג המודל הרגולטורי שבו קיימת שלילה של הגנות חוקי העבודה מעובדים עצמאיים ובכלל זה עובדי פלטפורמה, כאשר חוקי המגן חלים רק על מועסקים רגילים.[172] בחוקים אלה הגדרת התחולה מתייחסת רק לעובדים שכירים. כך למשל בחוק דמי מחלה, התשל"ו–1976 מוגדרת בסעיף 1 לחוק תחולה על עובד במשכורת ועובד בשכר.

169 Castellanos v. State of California, 89 Cal.App.5th 131, 305 Cal.Rptr.3d 717 (2023).

170 ניסים כהן "יזמי מדיניות ועיצוב מדיניות ציבורית: המקרה של חוק ביטוח בריאות ממלכתי" **ביטחון סוציאלי** 89, 5 (2012).

171 Thelen, לעיל ה"ש 13.

172 חוקים אלה כוללים בין השאר את חוק חופשה שנתית, התשי"א–1951 ; חוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג–1963 ; חוק שכר מינימום, התשמ"ז–1987 ; חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א–1951.

תכלית הקוגנטיות העומדת בבסיס חקיקת המגן היא להגן על זכויות היסוד של העובדים ולהבטיח קיום בכבוד.[173] החקיקה למעשה קובעת אגד זכויות מינימלי שלהן יהיה זכאי העובד. דא עקא, במקרה שבו עסקינן בעובדים עצמאיים, חרף העובדה שתכלית זו פעמים רבות עדיין רלוונטית, הם נותרים חשופים ללא כפיפות לחוקי המגן וללא הגנה על זכויותיהם. היעדר תחולת חוקי המגן על עובדים עצמאיים מסוגים מסוימים, כמו אלה שאינם מעסיקים עובדים וכפופים למעסיק אחד עיקרי או מעסיק שיש בינו לבין העובד העצמאי יחסי שליטה, למעשה חותר תחת תפיסת הקוגנטיות של חקיקה זו. הדבר מאפשר למעשה למעסיק להתחמק מתחולת חקיקת המגן באמצעות סיווג מועסקים כחיצוניים לפירמה. מעבר לכך, גם חקיקת הרווחה ובכלל זה חקיקה בנושא ביטוח לאומי אינה מתייחסת דיה לעובדים עצמאיים.

חלק מהקושי הנוגע להיעדר תחולה של הגנות בחקיקה כרוך בכך שעובדים עצמאיים, דוגמת פרילנסרים, עובדים מרחוק. כך למשל קיים קושי בנושא תאונות עבודה אצל מי שעובד מהבית כמו פרילנסרים. ככלל, הנטייה תהיה לומר שזוהי תאונה בבית, ולא תאונת עבודה, ועל כן לא יחול כיסוי של הגנות וזכאויות של תאונת עבודה. כמו כן, קיימים חוקים שתכליתם הגנה על עובדים במקום העבודה שאינם חלים כלל על עובדים עצמאיים. כך לדוגמה חקיקה בנושא הטרדות מיניות (חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח–1998) אינה חלה על עובדים עצמאיים שאין בינם לבין המעסיק יחסי עבודה פורמליים, חרף העובדה שלעיתים קרובות ישנו פער ביחסי הכוחות בין עובדים עצמאיים למעסיק. כך, בעת אירוע של הטרדה מינית המערב פרילנסרית שמגיעה למקום עבודה, היא עשויה למצוא את עצמה עומדת לפני שוקת שבורה וללא מענה.[174]

במישור הקיבוצי, חוק יישוב סכסוכי עבודה וכן חוק ההסכמים הקיבוציים מתייחסים רק למי שיש בינו לבין המעסיק יחסי עובד ומעסיק. תכלית חקיקת העבודה הקיבוצית היא להעמיד כוח מול כוח ולאזן את הפער שבין העובדים לבין התאגידים והמעסיקים. חרף הרלוונטיות של תכלית זו – של גישור על הפער המובנה בין הצדדים – גם לעובדים עצמאיים רבים שנמצאים בעמדת מיקוח נחותה מול התאגידים, אין תחולה של חקיקת העבודה הקיבוצית לגבי עובדים עצמאיים אלה, ובכלל זה לגבי עובדי פלטפורמה.

מעבר לכך, החקיקה בנושא הגבלים עסקיים (חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח–1988) חלה על התארגנות ובעיקר על משא ומתן קיבוצי ושביתה של עובדים עצמאיים. על כן כל ניסיון של עובדים עצמאיים דוגמת פרילנסרים להגיע להסכם קיבוצי עשוי להיתפס ברשת של כללי ההגבלים העסקיים ולהיחשב כמעשה בלתי חוקי.

173 חני אופק גנדלר "זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב־הרהורים חוקתיים על משפט העבודה" **משפטים** לז 63 (2007).

174 לעניין זה הוגשה על ידי ח"כ מיכל רוזין הצעת חוק: הצעת חוק למניעת הטרדה מינית (תיקון – הרחבת תחולה על עובדים עצמאים, מתנדבים ועובדי כלכלת הפלטפורמה), התשפ"ב–2022, פ/3933/24.

(ב) השפעת מוסדות וחסמים לרגולציה – ניתוח ראיונות ומקורות ראשוניים

התגבשות מודלים רגולטוריים מגוונים להסדרת יחסי העבודה של עובדים עצמאיים במדינות שונות נובעת כתוצאה מהשפעה של הבדלים מוסדיים בין המדינות וכלכלה פוליטית. תאוריות מוסדיות בנושא רגולציה רואות במוסדות המאפיינים מדינות ושיטות שונות את הסיבה לשוני בדגם הרגולטורי. גישות מוסדיות מייחסות לכללים וחוקים ומבנים חברתיים ושלטוניים השפעה על אופן הרגולציה הנקבעת. לעניין זה קיימת חשיבות להבדלים בכוחות המשפיעים כמו קבוצות אינטרסים שונות ולובי.[175]

בישראל היו קיימים כמה חסמים להסדרת רגולציה של יחסי עבודה וזכויות בעבודה לעובדים עצמאיים כפי שיפורט להלן.

(1) מתודולוגיה, מקורות ראשוניים וראיונות

לצורך אבחון החסמים השונים שמנעו גיבוש רגולציה בנושא, נבחנו ממצאים ממקורות ראשוניים ונערכו ראיונות.

מתודולוגיה:

* **מספר המרואיינים** – התבצעו שישה ראיונות. חמישה ראיונות לאנשי ארגון עובדים ועוד ריאיון עם רגולטור.
* **שיטת דגימה, אופן ביצוע וניתוח הראיונות ואפיון המרואיינים** – המחקר התבסס על גישה איכותנית וראיונות עומק במטרה להבין תהליכים ולהשיג תובנות ונתונים על התופעות הנחקרות.

התבצעו ראיונות חצי מובנים באמצעות שאלון, אך התאפשר גם מענה חופשי ופתוח.

בדגימה ובחירת מרואיינים הייתה מטרה של בחירת אנשי ארגוני עובדים בעלי ותק ובתפקידים בכירים בארגון העובדים בעלי סמכויות ניהול או התוויית מדיניות, וכן כאלה שמתוקף תפקידם אחראים על נושא הפרילנסרים והעובדים העצמאיים. כמו כן נבחר רגולטור שאמון על התחום של יחסי עבודה בתפקיד ניהולי בכיר.

אשר לאפיון הספציפי של המרואיינים: מבחינת השתייכות ארגונית, נבחרו מרואיינים בעלי השתייכות ארגונית שתייצג מגוון ארגוני עובדים – חלקם מהסתדרות העובדים הכללית, חלקם מההסתדרות הלאומית ומארגון כוח לעובדים.

מבחינת מעמד, סמכויות ניהוליות והתוויית מדיניות – נבחרו אנשי ארגון עובדים בתפקידי ניהול בכירים אשר אמונים על התוויית מדיניות בנושא עובדים עצמאיים או היו מעורבים בניסיונות התארגנות של עובדים כאלה. חלקם היו מעורבים והופיעו בפני ועדה של משרד הכלכלה בנושא כלכלת הפלטפורמה. כמו כן נערך ריאיון עם רגולטור בתפקיד ניהולי בכיר במערך האמון על יחסי עבודה.

מקורות ראשוניים: נאספו מקורות ראשוניים שונים הנוגעים למדיניות בנושא עובדים עצמאיים. נאספו חומרים בנוגע לדיונים בוועדות הכנסת, דיוני ועדות ייחודיות של משרד

175 Thelen, לעיל ה"ש 13.

nevo.co.il

העבודה, פרוטוקולים מישיבות במשרדי ממשלה וחומרים שהוכנו על ידי רשויות ציבוריות שונות בנושא עובדים עצמאיים.

בנוסף נעשה חיפוש בדברי ימי הכנסת על פי מילות החיפוש – פרילנסר, משתתף חופשי, עצמאי, ואותרו מקורות ראשוניים בנושא זה.

(2) חסם מבני ראשון – המדינה ורגולטורים

מדיונים בכנסת בהצעות חוק שהוגשו בעבר בנושא עובדים עצמאיים תלויים עולים התנגדות של שרי העבודה ואגף התקציבים להצעות חוק שונות על רקע עלויות כספיות וחשש מהיעדר יכולת פיקוח ומעקב וארגון טכני. למשל בדיון בהצעת חוק בנושא מתן דמי אבטלה לעובדים עצמאיים תלויים[176] ציין שר העבודה את החשש מעלות כספית גדולה שתיפול נטל על המדינה והיעדר יכולת בקרה, ובעקבות הדברים הצעת החוק לא עברה בהצבעה. באותו דיון השר ציין כי חרף העובדה שההצעה לתת דמי אבטלה היא מוצדקת, אין לצדד בה, וקרא לחברי הקואליציה להכשיל את הצעת החוק בשל חשש מהיקף כספי גדול ולא ברור.[177]

מפרוטוקולים של ישיבות ועדות שונות שהתקיימו בנושא עובדים עצמאיים עולה כי בעבר המחוקק התמקד בהסדרה בחוק שנוגעת לגישור על פערי כוחות רגילים בין מעסיק לעובד המוגדר ככזה, ולא הייתה תשומת לב לתבניות בלתי שגרתיות.[178] יש לציין כי מזה כמה שנים ישנו צוות משותף לכמה משרדי ממשלה הבוחן את נושא זכויות הפרילנסרים.[179] גם בביטוח הלאומי עצמו זיהו את הצורך להסדיר את הנושא של העובדים העצמאיים שנותרים חשופים במקרים כמו פגיעה בעבודה.[180] אולם, חרף המודעות לבעיות הכרוכות בהעסקת עובדים עצמאיים, כולל היעדר ביטוח אבטלה, וכן חשיפה בעת פשיטת רגל של המעסיק, הרגולטורים במשרדי הממשלה והמחוקק נמנעים מגיבוש רגולציה בנושא. כך על אף העובדה שהתכנס צוות פלטפורמה במשרד הכלכלה בשנת 2021, הדיונים לא הובילו להסדרת הסוגייה ולא הניבו שינוי בחקיקה.

מהראיונות עולה כי חלק מהרגולטורים אף מדגישים את הצורך להימנע מרגולציה כפויה בנושא של עובדים עצמאיים וביניהם עובדי פלטפורמה, מתוך צורך לשמר את הגמישות של מבנה ההעסקה והחופש של המועסקים לבחור לעבוד בתמורה גבוהה לשעה בהעסקה שהיא נזילה וללא הפרשות, במקום בהעסקה רגילה שהיא קשיחה והתמורה בפועל נמוכה יותר.[181]

176 הצעת חוק הביטוח הלאומי (תיקון דמי אבטלה לעצמאים), התשע"ח–2017, פ/4635/20.

177 ד"כ 38 (17.1.2018).

178 פרוטוקול ישיבה 1 צוות כלכלת הפלטפורמה במשרד הכלכלה (10.2.2022), דברי דבי אליעזר, יועצת משפטית זרוע העבודה.

179 "ועדת העבודה והרווחה: האם נטל הוכחת אי קיום יחסי עובד-מעביד יוטל על הפלטפורמות הדיגיטליות?" **חדשות הכנסת** (15.12.2021), https://tinyurl.com/ycxnaexd.

180 שם, דברי אלעד זכות, יועץ למנכ"ל הביטוח הלאומי.

181 פרוטוקול ישיבה 4 של צוות כלכלת הפלטפורמה במשרד הכלכלה (24.3.2022), דברי נעמי היימן מהרשות לעסקים קטנים ובינוניים במשרד הכלכלה.

גם מדיון בכנסת בהצעת חוק הביטוח הלאומי (תיקון – ביטוח זכויות עצמאי שעיקר הכנסתו מעסק שמצוי בפשיטת רגל או פירוק), התשע״ח–2018[182] עולה התנגדות של שר העבודה לקדם את הצעת החוק ללא תמיכה של הממשלה. עוד עולה לעיתים הימנעות של הבטוח הלאומי ואגף התקציבים לקדם את הצעת החוק בשל העובדה שלא ברורות העלויות והמשמעויות הכלכליות של הטבה מסוג זה שיפלו נטל על שכם המדינה או עלולים להיות מכבידים על המשק.[183]

מהראיונות עולה כי חלק ניכר מהקשיים נובע לעיתים מתפיסות של רגולטורים בנושא, שחלקם אינו פרו רגולציה בכל הנוגע לעובדים עצמאיים ורואה ברגולציה כזו חסם מפני תחרות חופשית וכנטל כלכלי על המדינה והמשק. כמו כן עולה כי רגולטורים ומקבלי החלטות לא הקדישו תשומת לב רבה לנושא עד לאחרונה, לעיתים בשל חוסר מודעות לנושא. מדיונים על הצעת חוק שהוגשה בעבר לעניין פרילנסרים – הצעת חוק המשתתף החופשי, התש״ף–2020 עולה כי הרקע לחשש הוא היעדר מודעות של הפקידות בכלל והפקידות באוצר בפרט למשמעות של העסקה בדפוס כזה, והתפיסה שלעיתים קרובות היא כרוכה בבעיה של מוסר תשלומים וחשש מהעדר תשלומים שוטפים נדרשים עבור זכויות והגנות סוציאליות.[184]

מעבר לכך עולה מהראיונות כי חלק מהחסמים נובע גם מאידאולוגיה נאו־ליברלית שקיימת אצל קבוצות אינטרסים מסוימות שמפעילות לובי בקרב הממשל, ולעיתים תפיסות נאו־ליברלית בקרב הממשל עצמו והפקידות במשרדי הממשלה שמובילה לרצון להימנע מרגולציה חדשה ולצמצם רגולציה קיימת.[185]

עוד עולה מהראיונות כי חלק מהרגולטורים סבור כי אין מקום לגיבוש רגולציה בנושא פרילנסרים מכיוון שאלה בחרו מיוזמתם להיות עצמאיים, ולכן אין מקום שהמדינה תממן זאת או תידרש לכך. זוהי תפיסה נאו־ליברלית של מחוקקים ופקידים שמטילים את האחריות על האדם העובד לדאוג לגורלו, ואינם מוכנים לפעול כדי להגן על כבוד העובד העצמאי. המדינה ככלל מסרבת לממן רשת ביטחון לאלה הנתפסים כעצמאיים. הדבר נובע גם מרצון של פקידות בתחומים הכלכליים והתקציביים שלא לממן זאת כדי שלא לפרוץ את התקציב.

מעיון בדברי ימי הכנסת ניתן לראות כי החשש מנטל על המדינה כמעסיקה הוא אחד הגורמים העומדים ברקע ההימנעות מהסדרת הנושא. החשש עולה מדיונים על הצעת חוק שהוגשה בעבר לעניין פרילנסרים – הצעת חוק המשתתף החופשי, התש״ף–2020.[186] מהדיון

182 הצעת חוק הביטוח לאומי, לעיל ה״ש 37.

183 ד״כ 30 (5.12.2018).

184 ד״כ 114 (19.8.2020), דברי ח״כ ניצן הורביץ.

185 **מריאיון עם איש ארגון עובדים עולה כי** כשההסתדרות מנסה כיום ליזום רגולציה של רשת ביטחון לעצמאיים או לפרילנסרים, היא נתקלת בתפיסה שלפיה יש לצמצם את הרגולציה על השוק, ולא להוסיף רגולציה נוספת שעשויה להכביד על הפעילות בשוק. ישנה תפיסה שחלחלה שיש לחתור לצמצום הרגולציה, ולכן כל רגולציה נוספת נתפסת כבבעייתית. למשל יש רצון לבטל דרישת רישיון לעיסוק כמתווכים, על אף שזה נדרש כדי להבטיח אמינות ואחריות, ובדומה לכך יש רצון להימנע מרגולציה שתבטיח מינימום תנאים ורשת ביטחון לעובדים עצמאיים ובכלל זה פרילנסרים ועובדי פלטפורמה.

186 ד״כ 114, לעיל ה״ש 184.

nevo.co.il

בכנסת עולה כי חלק מההימנעות של המדינה מלתמוך בהצעה נובע מכך שהחוק יחול גם על המדינה כמזמינת שירות. כתוצאה מחשש זה בעת הדיון בהצעת החוק סגן שר העבודה נמנע מתמיכה באותה הצבעה בחוק.[187]

לעניין זה, גם מהראיונות עולה כי אחד החסמים לרגולציה טמון בכך שהמדינה שימשה לאורך השנים כמעסיקה של פרילנסרים. יש לציין כי למדינה נוח ולפרקים וזול יותר להעסיק בתבניות בלתי שגרתיות, והדבר מהווה לעיתים תמריץ שלילי להסדרה של הנושא.

עוד עולה מהראיונות, כי לאורך השנים לא היו יוזמות להסדרת זכויות בעבודה לעובדים עצמאיים, מעבר ליוזמה הספציפית שנוגעת לעובדי פלטפורמה שהייתה בתקופה של השרה אורנה ברביבאי לוועדה שתבחן את הנושא – יוזמה שלא הבשילה לכדי שינוי ברגולציה. הדבר נבע מכך שמי שהועסק כפרילנסר נחשב כמעסיק, ומטרת הרגולציה הייתה ליצור הגנות רק על מי שמצוי בסטטוס של עובד. לעניין זה הרציונל היה שמעסיקים הם בעלי יכולת לדאוג לעצמם לרשת הגנה מתאימה.[188]

מעבר לכך, אחד החסמים הקיימים לגיבוש המלצות לרגולציה בנושא הוא היעדר מידע ונתונים לממשל. אין מידע מספיק על היקף ההעסקה של פרילנסרים או עובדי פלטפורמה באופן שמקשה על גיבוש רגולציה ובין השאר מנע מצוות המשא ומתן בנושא כלכלת הפלטפורמה בתקופת השרה אורנה ברביבאי לגבש המלצות למדיניות.[189]

(3) חסם מבני שני – מודל ההתארגנות והמדיניות של ארגוני העובדים

המבנה של שוק העבודה בישראל ויחסי העבודה העניקו מקום מרכזי לארגוני העובדים המייצגים עובדים שכירים רגילים, וחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז–1957 וכללי היציגות אף הם הובילו להימנעות מהתארגנות של עובדים בתבניות בלתי שגרתיות.

מבנה שוק העבודה בישראל ודפוס מדינת הרווחה שהתגבש התבססו על קורפורטיזם ועל ההסתדרות כארגון עובדים דומיננטי שהיה גם מצוי בקשר הדוק לזירה הפוליטית ומעורב בגיבוש חוקי המגן והסדרת הרגולציה בנושאי עבודה. מדינת הרווחה הקורפורטיסטית שהתפתחה עוד מתקופת היישוב ובעשורים הראשונים למדינה נשענה על ההסתדרות כגוף מרכזי שהיה מעורב בעיצוב המדיניות למשק וכן סיפק שירותים ציבוריים וקהילתיים שונים. האוריינטציה של ההסתדרות כגוף המייצג עובדים שכירים רגילים הובילה להטיה של הרגולציה המסורתית לכיוון זה.

187 שם, דברי סגן שר העבודה נהרי. יתרה מזאת, מהדיון עלה כי גם במקרה שבו פסק דין של בית הדין לעבודה קבע לגבי פרילנסרים שונים בטלוויזיה החינוכית כי מתקיימים יחסי עובד-מעסיק, המדינה נמנעה מלהורות לטלוויזיה החינוכית להחיל זאת לגבי כלל הפרילנסרים בערוץ.

188 עולה כי התפיסה היא שככל שישנם פרילנסרים שכיום אינם מעסיקים עובדים, הרי שייתכן שבעתיד הם יתפתחו לעסק רגיל ויעסיקו עובדים, ולכן התפיסה הייתה שאין מקום להגנות.

189 מריאיון עם רגולטור האמון על תחום יחסי העבודה עולה כי לא אספו מידע מספיק על כך בעבר ויש מקום לחקור ולאסוף נתונים על אופן ההעסקה והיקפה. רגולטורים נתקלו בכך בדיונים של הוועדה הבין־משרדית להסדרת תנאי העבודה של עובדי פלטפורמה שהקימה השרה אורנה ברביבאי ב־2022. לכן נערכה פגישה עם הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, שגם להם לא היה מידע על כך. היעדר מידע על היקף התופעה הפריע לצוות המשא ומתן לגבש המלצות.

nevo.co.il

לעניין זה נבחנו החסמים הקיימים בישראל לרגולציה בנושא מבחינת מבנה העבודה המאורגנת בראיונות שנערכו עם אנשי ארגוני עובדים או רגולטור בתחום יחסי העבודה. נמצא כי ארגוני העובדים לאורך השנים, ועד לאחרונה, לא ייחסו חשיבות להסדרת יחסי העבודה של עובדים עצמאיים, אלא דווקא התמקדו במגזר העובדים השכירים הרגיל. זאת באופן שהוביל להיעדר הסדרה של תחום זה. למעשה, רק בראשית שנת 2023 השיקה לראשונה ההסתדרות הכללית את חטיבת הפרילנסרים, אשר קודם לכן לא הייתה קיימת.[190]

מהראיונות עולה כי בעבר המדיניות של ארגוני העובדים בנושא היוותה חסם מפני התארגנות של פרילנסרים וכך גם הכללים העולים מן החקיקה, שאף לא אפשרו עקרונית גביית דמי חבר מפרילנסרים. לאחרונה, משבר הקורונה העלה את הצורך בהתארגנות של עובדים עצמאיים. עובדים אלה מצאו את עצמם מתקשים לפעול ולתפקד במציאות של סגרים וחולי והחלו לחפש אפשרויות להתארגנות. בתקופת הקורונה הן ההסתדרות הכללית והן ההסתדרות הלאומית פתחו ענף של התארגנות פרילנסרים.

גם עלייה בשיעור העובדים העצמאיים הובילה לצורך מוגבר במציאת מסגרת מארגנת, וכך ארגוני העובדים החלו לשנות את המדיניות בנושא. סיבה נוספת להתעוררות כיום של התארגנות בקרב פרילנסרים היא הרשתות החברתיות, שמאפשרות תקשורת ויצירת קשר בין אנשים שונים שמועסקים בתחום.[191]

אשר לחסמים הנובעים ממבנה החקיקה, הרי שקיים קושי בכך שחוק ההסכמים הקיבוציים אינו מתייחס לפרילנסרים, אלא מוטה לשכירים. הדבר הוביל לכך שלא היה בעבר טעם לפרילנסרים להצטרף לארגון עובדים ולהתארגן, מכיוון שלא ניתן היה להגיע להסכם קיבוצי.

אחת הבעיות בהתארגנות והסכמים קיבוציים של פרילנסרים היא חשש לפגיעה בהגבלים עסקיים ופגיעה בתחרות. בכל הסכם קיבוצי של פרילנסרים יש לקבל היתר של הממונה על התחרות שהדבר אינו פוגע בהגבלים עסקיים. באופן עקרוני החשש לפגוע בתחרות מונע רגולציה להכרה בזכויות עובדים עצמאיים.[192]

מהראיונות עולה כי אומנם גם בעבר היו מקרים ספורדיים של ארגונים מקצועיים של עובדים עצמאיים שרצו ייצוג בהסתדרות, כמו נהגי מוניות או עיתונאים, אבל ההסתדרות מובנית לתת ייצוג לעובדים שכירים ועל כן התארגנות של פרילנסרים הייתה פחות טבעית. כמו כן, לאור העובדה שההסתדרות הייתה מובנית לאורך השנים לייצוג עובדים שכירים,

190 ניצן צבי כהן "חטיבת הפרילנסרים הוקמה בהסתדרות ותעניק שירותים לכ־300 אלף איש" **דבר** (8.2.2023), https://tinyurl.com/vyawphfp. בעת השקת החטיבה לפרילנסרים, יו"ר ההסתדרות ארנון בר־דוד מסר כי "ההסתדרות היא בית לכלל העובדות והעובדים בישראל, ומעכשיו היא גם הבית של הפרילנסרים. את פורום העצמאים הקמנו כדי לתת מענה לאוכלוסיית עובדים שנותרה ללא כל ביטחון תעסוקתי. כעת תיפתח בפורום חטיבת הפרילנסרים, שתטפל בהיבטים הייעודיים של עובדים שזכויותיהם נרמסות בקלות רבה מדי ללא הרף. לפרילנסרים יש עכשיו בית".

191 כך בעבר, ועד לפני כמה שנים התארגנות פרילנסרים נחשבה מחוץ לגדר. הדבר מקביל להתארגנויות בענפים שבעבר לא היו מאורגנים וכיום יש בהם התארגנות, כמו ענף הסלולר.

192 באופן חריג ישנם הסכמים קיבוציים של פרילנסרים – אק"ט – ארגון עובדי הסט והבמה, ושח"ם – ארגון השחקנים. כאן התקבל אישור של הממונה על התחרות על כך שלא תהיה בהסכם הקיבוצי פגיעה בתחרות, על אף שאלה פרילנסרים.

nevo.co.il

פרילנסרים גם לרוב לא יזמו פנייה להסתדרות ולא ידעו כיצד להצטרף. שוק העבודה השתנה כיום, ובעיקר אחרי הקורונה התגברה העסקה של פרילנסרים וגם התעורר צורך מוגבר בייצוג והסדרה של התחום. כמו כן, בשל מבנה החקיקה והיעדר אפשרות התארגנות לעובדים עצמאיים, הרבה מהעובדים העצמאיים, שכוללים גם קבלנים עצמאיים ופרילנסרים, מאורגנים בארגונים מקצועיים דווקא דוגמת הגילדות שהיו בעבר, והם אינם נוטים לעבור להתארגנות רגילה. לעניין זה אפשר לציין את ההתנגדות של הארגונים המקצועיים עצמם, שמתנגדים בשל חשש שהדבר יוביל להפחתה בכמות החברים בארגון.

(4) חסם מבני שלישי – התנגדות מעסיקים וארגוני מעסיקים

היעדר רגולציה בנושא זכויות בעבודה של עובדים עצמאיים נובע גם מחסם קיים של היעדר נכונות של מעסיקים וארגוני מעסיקים לאפשר הסדרה מסוג זה על רקע הישענות רבה על צורת העסקה גמישה זו וחשש מעלייה בעלויות העסקת עובדים. הדבר עולה מראיונות שנערכו עם אנשי ארגוני עובדים שנתקלו בהתנגדות של מעסיקים בשטח להתארגנויות מסוג זה. לעיתים הקושי נובע מכך שאין מעסיק מוגדר וברור מן העבר השני שניתן לקיים עימו משא ומתן לגבי תנאי העבודה. חסם זה הוא למעשה החסם המבני המרכזי שמונע העסקת פרילנסרים, עובדי קבלן וכדומה כעובדים פנימיים בפירמה. חסם זה הוא משמעותי ומוביל הלכה למעשה להעסקה מקפחת.

עולה כי מעסיקים כמו חברות פלטפורמה (דוגמת וולט) רואים במודל ההעסקה של עובדים עצמאיים כמודל הטומן בחובו יתרונות רבים, המאפשר חופש וגמישות רבה למועסקים וכן כזה שבו ההעסקה היא זמנית וארעית. הם מדגישים את היעדר הצורך בהסדרה של התחום וכי הכרה בעובדי פלטפורמה ככפופים לזכויות שונות אינה רצויה.[193] החברות ביקשו לציין כי רגולציה שהונהגה במקומות אחרים של מתן הטבות ותנאים לעובדי פלטפורמה אינה אחידה, ובמרבית המקרים אינה מתאימה למציאות בישראל. עוד החברות נוטות להדגיש כי רגולטורים רבים ובתי משפט מצאו שאין צורך בהכרה בתנאים או זכויות לעובדי פלטפורמה או חלק מהם. עולה מראיונות כי מעסיקים לרוב נוטים להעסיק פרילנסרים מטעמי נוחות וכדי להתחמק מתנאים שגלומים בהסכמים קיבוציים. הגמישות נוחה למעסיקים.[194]

193 פרוטוקול ישיבה 3 צוות כלכלת הפלטפורמה במשרד הכלכלה (3.3.2022), דברי ליאור אשכול מנכ"לית וולט. עמרי שיינפלד **נייר עמדת wolt לצוות כלכלת הפלטפורמה** (2022), https://tinyurl.com/yb5tcd9u.

194 ניתן לראות זאת למשל בחברה לפינוי אשפה שאנחנו מייצגים שיש בה לצד שכירים גם פרילנסרים. לעיתים פרילנסרים מוחלפים בנקל תוך תקופה קצרה באחרים. כיום אין לנו כארגון עובדים דרך לחייב מעסיקים לנהל משא ומתן עם פרילנסרים או לחתום איתם על הסכם קיבוצי, ובמיוחד שהדבר עשוי להיות אף מנוגד לחוק ועל כן זה יוצר חסם משמעותי להתארגנות. מטפלים פנו אלינו כדי שנסייע להתארגן. גם במאים ותסריטאים מכאן 11, כארגון כן היינו רוצים לייצג אותם, אך קיים קושי בשל צורת ההעסקה שלהם. כיום אין רגולציה מתאימה שיכולה לאפשר דרישה למשא ומתן ואין מעסיק מסודר שניתן לנהל מולו משא ומתן.

nevo.co.il

הקשיים להסדרת רגולציה של פרילנסרים הם לרוב התנגדויות של לובי של מעסיקים חזקים, כפי שכך בעולם, ששם הייתה לעיתים התנגדות להסדרה כזו, למשל מצד חברות פלטפורמה כמו אובר.

הקשיים בגיבוש התארגנות של פרילנסרים הם קושי משפטי וכן קושי ארגוני. לגבי פרילנסרים אין רגולציה מתאימה בחוק שיכולה לאפשר את קיומו של משא ומתן קיבוצי או חתימה על הסכם קיבוצי עם פרילנסרים. כמו כן עולה קושי גם מבחינה ארגונית, כשאין מעסיק מסודר שניתן לפעול מולו, וכן בעיית מימון, בשל היעדר יכולת לגבות דמי טיפול, ויש צורך לגבות באופן וולונטרי תמיכות בהתארגנות.

חסם דומיננטי שהיה הוא התפיסה של מעסיקים כמו למשל חברות פלטפורמה. חברות פלטפורמה טוענות כי הן אפליקציה בלבד ורק עוסקות בתיווך בין מזמינים שמזינים הזמנות לאפליקציה לבין נהגים עצמאיים, ואין להן יחסי עבודה עם המועסקים. זאת על אף שבפועל יש להן שליטה על נותני השירות והן אלה שקובעות כיצד האלגוריתמים יפעלו ומפתחות אותם.

עוד עולה מהראיונות כי בצוות שהוקם בעבר על ידי השרה אורנה ברביבאי ביחידה לחקר יחסי עבודה בנושא עובדי הפלטפורמה לא הייתה תמימות דעים לגבי השאלה אם רצוי לגבש רגולציה בנושא. חברות הפלטפורמה ציינו בדיונים שהן מעדיפות שהנושא יישאר מחוץ לחקיקה ולא יוסדר.[195]

ו. עקרונות המודל הרגולטורי המוצע – שרטוט קווים למודל רצוי

1. המודל המוצע

מוצע לאמץ מודל רגולטורי חדש בנושא עובדים עצמאיים ,שיתבסס על גישה מרקסיסטית תהליכית והדוקטרינה בדבר תלות כלכלית ויכלול כמה היבטים, כדלקמן.

(א) רכיב ראשון במודל הרגולטורי – הסדרה לגבי קבוצה ראשונה: מי שסווגו באופן שגוי כקבלנים עצמאיים

במסגרת המודל הרגולטורי החדש לגבי קבוצה ראשונה: מתן כלל הזכויות למי שמוגדר בסטטוס עובד ועומד במבחני עובד-מעסיק ושינוי במבחנים – במסגרת גישה זו יש להחיל את כלל הזכויות בעבודה לגבי אלה שסווגו באופן שגוי כעובדים עצמאיים, המוכרים בסטטוס של עובד ועומדים במבחני עובד-מעסיק. יש לעגן ברגולציה מתאימה את המבחנים להגדרת עובד ולקבוע תחולה של כלל ההגנות. שימוש במבחנים בפסיקה אינו מהווה הגנה מספקת, שעה שהגנה זו תלויה בהגשת תביעה לבית הדין. עובדים עצמאיים רבים כולל עובדי פלטפורמה

195 עוד עלה מדיוני הוועדה כי ישנם גם עובדי פלטפורמה שמעדיפים להישאר פרילנסרים, מכיוון שהדבר מאפשר להם גמישות.

נמנעים מהגשת תביעות על רקע מחסור במשאבים, קושי כלכלי, חוסר מודעות או היעדר גישה אחרת לערכאות.

המבחנים עצמם לסטטוס של עובד אינם מספקים ומאפשרים רק הכרה חלקית ביחסי עובד-מעסיק. לעניין זה, במסגרת מבחן ההשתלבות יש מקום לבחון את הדרגה של האדם ואת הסמכויות הניהוליות הניתנות.[196] שעה שהעובד העצמאי מרכז בידיו סמכויות רבות של קבלת החלטות ושיקול דעת נרחב, יש מקום להכיר בסטטוס של עובד. מעבר לכך במסגרת הפן השלילי במבחן ההשתלבות, אין לשלול אוטומטית הכרה בסטטוס של עובד רק בשל ביצוע עבודה למקום עבודה נוסף.

(ב) רכיב שני במודל הרגולטורי – הסדרה לגבי קבוצה שנייה: הכרה בזכויות לעובדים עצמאיים תלויים כלכלית

במסגרת גישה זו, יש להכיר בקטגוריית ביניים של עובדים עצמאיים תלויים, אשר יהיו זכאים לזכויות שונות בעבודה. זו תהיה קטגוריית ביניים לצד הקטגוריות הנפרדות של עצמאי ושל עובד שכיר. לעניין זה יש לאמץ לגבי קטגוריית הביניים החדשה מודל רגולטורי הדומה למודלים הנוהגים באיטליה וספרד ובאופן חלקי בקליפורניה.

המודל הרגולטורי בנושא עובדים עצמאיים תלויים יכלול כמה עקרונות וקווים מנחים, כדלקמן:

ראשית, מוצע כי המודל הרגולטורי יאמץ הסדרים שיאפשרו זכויות קיבוציות וחתימת הסכמים קיבוציים וכן היעדר תחולת כללי ההגבלים העסקיים.

המודל הרגולטורי צריך לאפשר הכרה בזכויות קיבוציות – זכות התארגנות לעובדים עצמאיים תלויים, וכן זכות שביתה. בדומה למודל הספרדי והאיטלקי, יש מקום לאפשר גם זכות למשא ומתן קיבוצי לעובדים עצמאיים אלה וחתימה על הסכם קיבוצי. הסכמים קיבוציים ושימוש בצעדים ארגוניים צריכים להיות מוחרגים מתחולת כללי ההגבלים העסקיים. בדומה לתוכנית שהוצעה באיחוד האירופי ב־2022, לגבי עובדי סולו – עובדים עצמאיים שאינם מעסיקים עובדים ומבצעים עבודה באופן אישי, אכן יש להימנע מתחולת כללי אי־התחרות ולאפשר חתימה על הסכם קיבוצי בנושא שכר.[197]

שנית, במסגרת המודל הרגולטורי החדש מוצע לאמץ הסדרים סוציאליים שיקנו זכויות הנוגעות לרווחה.

בישראל הונהגה ב־2017 חובה על עצמאיים להפריש לקופת פנסייה סכום מינימלי מסוים הנוגע לקצבת זקנה בלבד.[198] מוצע כי המודל הרגולטורי החדש, בדומה לנהוג באיטליה, יכלול מנגנון נרחב לקבלת פנסייה שתכלול מעבר לאפשרות לקצבת פנסייה בגיל זקנה, גם חובת הפרשה וזכאות לעניין קצבת נכות ושארים. כמו כן, באמצעות קרן פנסייה ייעודית זו

196 עניין **לבר**, לעיל ה"ש 66.

197 Guidelines regarding the application of EU competition law in relation to self–employed, לעיל ה"ש 92.

198 חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2017 ו־2018), התשע"ו–2016.

ישולמו גם תשלומים של דמי לידה, ימי מחלה בזמן היריון וטיפולי פוריות ותשלומים של ימי מחלה וכן בעת אשפוז.

לשם כך מוצע להקים קרן פנסייה נפרדת לעצמאיים תלויים שהפירמות המעסיקות וכן העובדים העצמאיים התלויים יחויבו להפריש אליה אחוז מסוים מהתשלום.

שלישית, מוצע לאמץ גישה גמישה ותכליתית בנוגע לזכויות במישור האינדיבידואלי.

מוצע לאמץ מודל רגולטורי המכיר בהענקת הגנות וזכויות לעובדים עצמאיים תלויים במישור האינדיבידואלי.

הרגולציה החלה צריכה להיות גמישה ולהימנע מהדיכוטומיה הנלווית כיום לחוקי העבודה. רגולציה זו תגדיר מצבים שבהם עובדים עצמאיים ייחשבו ככאלה הכפופים להגנות ותנאי העסקה. מוצע לאמץ גישה שהיא דינמית ומתאימה את חקיקת העבודה למצבים החדשים עם התאמות נדרשות.

לעניין זה יש לאמץ גישה תכליתית. הגישה תבחן את התכלית שעומדת בבסיס חקיקת העבודה ובאיזו מידה תכלית זו מתקיימת גם במצבים של העסקת עובדים עצמאיים. למשל חוק הגנת השכר, התשי"ח–1958 וחוק שכר מינימום, התשמ"ז–1987 נועדו להבטיח קיום בכבוד לעובד. תכלית זו רלוונטית גם שעה שעסקינן בעובדים עצמאיים תלויים. על כן יש מקום להרחבת פריסת התחולה של חקיקת המגן הזו.

בפרשת **בר אילן** ציין בית המשפט העליון כי יש מקום לפרש את המונח עובד ויחסי עובד-מעסיק שבחוק ההסכמים הקיבוציים ובחוק יישוב סכסוכי עבודה על פי דוקטרינת הפרשנות התכליתית. בפרשת **בר אילן** נקבע כי שעה שהתכלית של חקיקת העבודה הקיבוצית רלוונטית גם למצבים שבהם לא שוררים יחסי עובד-מעסיק במובנם הרגיל (כמו באותו מקרה שעסק בגמלאים של מקום העבודה), הרי שיש מקום להרחיב את הפריסה של החקיקה.[199] כך נקבע באותה פרשה כי זכות ההתארגנות, הזכות למשא ומתן קיבוצי וזכות השביתה חלות גם על גמלאים של מקום העבודה, חרף העובדה שאין ביניהם לבין המעסיק יחסי עובד ומעסיק במובן הרגיל, וזאת בהסתמך על פרשנות תכליתית של דברי החקיקה. אם כן, שימוש בפרשנות תכליתית היה עשוי לאפשר להרחיב את תחולת חקיקת העבודה הקיבוצית וזכות ההתארגנות, המשא ומתן הקיבוצי והשביתה גם במקרה שבו עסקינן.

מכאן שהיעדרה של רגולציה המעניקה זכויות לעובדים עצמאיים שונים – פרילנסרים, עובדי פלטפורמה, עובדי קבלן, הן במישור האינדיבידואלי והן במישור הקיבוצי, יוצר קושי רב. הדבר מעורר צורך ברפורמה ובהסדרה של הנושא בחקיקה במסגרת מתווה רגולציה חדש.

יש לציין כי גם המודל הקליפורני מציע הרחבת התחולה של חקיקה בנושא שכר לגבי מועסקים עצמאיים, להוציא כמה תחומים חריגים. בדומה למודל הקליפורני, מוצע לאמץ גם תחולה של חוק שעות עבודה ומנוחה בשינויים המחויבים באופן שניתן יהיה לשלם שעות נוספות, זאת על פי פס"ד של בית המשפט העליון של קליפורניה מ־2018 בפרשת *Dynamex*, בעניין הרחבה של סטטוס מועסק בכל הנוגע לחקיקה של מדינת קליפורניה הנוגעת לשכר

199 בג"ץ 1181/03 **אוניברסיטת בר אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד סד(3) 204 (2011).

ושעות עבודה,[200] ועל פי החקיקה שעיגנה את הפסיקה בקריטריונים של ABC. יש לציין כי תשלום שעות נוספות לעובדים עצמאיים תלויים עשוי לנבוע מפרשנות תכליתית של דבר החוק כאשר תכליתו להבטיח עבודה בשעות מסוימות ללא קיפוח ועבודה מסביב לשעון בשעות לא שעות, וכן מתן תגמול הולם בעת חריגה משעות אלה. הרציונל העומד מאחורי החוק מתקיים, אם כן, גם לגבי עובדים עצמאיים תלויים.

מוצע להכיר גם בזכות לחופשה. חוק חופשה שנתית צריך לחול גם על עובדים עצמאיים תלויים, שיש לאפשר להם הפסקות בעבודה, בדומה למודל הספרדי שמאפשר חופשה.[201]

כמו כן, מוצע לקבוע ברגולציה כי תנאי שכר מינימליים הנהוגים בהסכמים קיבוציים כלליים בענף בו העובדים העצמאיים התלויים מועסקים, יחייבו את הפירמות המעסיקות ויחולו כרמת שכר מינימלית גם לגבי עובדים עצמאיים. ההתייחסות תהיה לנהוג לגבי תפקידים מקבילים ובסקטורים דומים. גיבוש רגולציה חדשה זו יבטיח רצפה של שכר מינימלי.

רביעית, יש לאמץ הגנה מפני פגיעה בזכויות יסוד בעבודה.

מוצע במסגרת המודל הרגולטורי להקנות הגנה למועסקים עצמאיים מפני פגיעה בזכויות יסוד בעבודה. מוצע לקבוע הגנה מפני הפליה בביצוע עבודתם האישית, בדומה להגנה שניתנת לעובדים עצמאיים בספרד בחוק המועסקים העצמאיים הספרדי.[202] בהתאם לכך מוצע להרחיב את תחולתו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח–1988 באופן שיחול גם על מועסקים עצמאיים. הרחבת התחולה של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה תאפשר הגנה לעובדים עצמאיים בעת קבלה לעבודה, בזמן ההעסקה ולגבי סיום ההעסקה.

עוד מוצע לקבוע הגנה מפני פגיעה בזכות לפרטיות ומפני הטרדה מינית, בדומה לנהוג במודל הספרדי (בחוק המועסקים העצמאיים הספרדי).[203] לעניין זה יש לציין שהוגשה בשנת 2023 הצעת חוק פרטית להרחבת תחולת החוק למניעת הטרדה מינית באופן שיחול גם על עובדים עצמאיים ועובדי כלכלת הפלטפורמה.[204]

חמישית, יש לאמץ מודל רגולטורי אשר יש בו הסדרה של סוגיות ייחודיות לעובדים עצמאיים תלויים.

יש לאמץ הסדרה אשר יש בה פתרון לסוגיות ייחודיות הנוגעות להעסקת עובדים עצמאיים. עניין ראשון בהקשר זה הוא הקושי הנובע ממוסר תשלומים ירוד במשק והנוהג לדחות תשלומים לעובדים עצמאיים למשך חודשים. לעניין זה, בדומה למודל האיטלקי, יש מקום לאמץ הסדר שיבטיח קבלת תשלומים במועד קרוב לביצוע העבודה ולהוצאת החשבונית על ידי העובד העצמאי התלוי. מוצע לאמץ הסדר של תשלום בתוך חודש ממועד הוצאת החשבונית לפירמה. עוד מוצע בדומה לחקיקה באיטליה מ־2002 לראות בפיגור בתשלום של

200 *Dynamex Operations West inc.*, לעיל ה"ש 163.
201 Self- Employment Law, לעיל ה"ש 128, ס' 14.1.
202 שם, ס' 6.3.
203 שם, ס' 4.3.
204 הצעת חוק למניעת הטרדה מינית (תיקון – הרחבת תחולה על עובדים עצמאים, מתנדבים ועובדי כלכלת הפלטפורמה), התשפ"ג–2023, פ/2318/25. הצעת חוק פרטית של ח"כ חוה אטי עטיה הונחה בפני הכנסת ה־25.

מעל 60 ימים כמקפח וככזה שמזכה את העובד העצמאי התלוי בתשלום ריבית והפרשי הצמדה וכן בהחזר הוצאות שהוצאו לצורך גביית התשלום.[205] רגולציה חדשה זו תביא להבטחת מועדי תשלום סבירים. בדומה להסדר בספרד, מוצע לקבוע כי פיגור של מעל שישים ימים יזכה בריבית בשיעור הריבית שפורסמה על ידי הבנק המרכזי – בנק ישראל.[206] בדומה לחוק הספרדי, מוצע לעגן בחוק אפשרות להסכים על תשלום בתוך 60 יום.

עניין שני הוא מצב של פירוק או פשיטת רגל של הפירמה שבה מועסק העובד העצמאי התלוי כמקום העבודה העיקרי. במצב כזה שבו ניתן צו פשיטת רגל או צו פירוק כנגד הפירמה המעסיקה, העובד העצמאי עשוי למצוא את עצמו לא רק משולל תעסוקה והכנסות, אלא גם חשוף עם הלוואות וחובות שנטל על עצמו לצורך ביצוע העבודה או רכישת ציוד. קושי זה הוא ייחודי לעובדים עצמאיים תלויים ועלול לחדד את המשבר שאליו ייקלעו במצב כזה. על כן יש לאמץ הסדר שבו העובד העצמאי יקבל קדימות בקבלת תשלומים מקופת הפירוק של הפירמה, במצב שבו לפירמה נותרו נכסים שניתן לממש. כמו כן מוצע לקבוע הסדר שלפיו העובד העצמאי יקבל תמיכה כספית מקופת הפירוק לגבי כספים שהושקעו ישירות לצורך ביצוע העבודה הספציפית מול הפירמה שנקלעה לחדלות פירעון, כמו חומרים שנרכשו לשם ביצוע המשימה וכדומה.

עניין חמישי, הרגולציה צריכה להידרש לנושא של עבודה מהבית של פרילנסרים. ההסדרה צריכה לחייב מעסיקים לספק תנאים מינימליים פיזיים לעובדים עצמאיים המועסקים אצל ממונה השולט על פועלם ובאופן קבוע. כך ניתן לחייב את התאגיד המעסיק לספק תשתית של חלל עבודה משותף לכמה עובדים עצמאיים שניתן להגיע אליו מפעם לפעם כדי להדפיס או להשתמש בציוד מקצועי, וכן להשתתף בעלויות של עובדים אלה בבית מבחינת חשמל וציוד משרדי.

הרגולציה נדרשת להסדיר גם היבטים נוספים של רווחת העובד במסגרת עבודה מרחוק, כמו הרחבת ההגדרה של תאונת עבודה כך שתחול גם במצבים אלה. לגבי קטגוריה של עובדים עצמאיים תלויים, מוצע בדומה לספרד לאפשר להפסיק את העבודה לפרקי זמן מסוימים מסיבות מוצדקות כגון מגבלה רפואית, אילוצים משפחתיים – אירועים משפחתיים שהעובד צריך להיות נוכח בהם באופן לא צפוי, סכנה לבריאות או לחיים של העובד העצמאי, מקרה של נכות או מוגבלות זמנית, מצבי סיכון בעקבות היריון או הנקה.[207]

הסדר אחר מתייחס לסיום חוזה העסקה. החוק קובע כי לגבי העובדים העצמאיים התלויים הפסקת העסקה ללא הצדקה תגרור מתן פיצוי לעובד העצמאי. מקרים שמצדיקים סיום חוזה מצד העובד הם מקרים של נכות שאינה מאפשרת לבצע את העבודה, הפרות של ההתחייבויות החוזיות שגוררות רצון של העובד העצמאי לסיים את החוזה ומקרה שבו העובד העצמאי היה קורבן להטרדה מינית.[208]

205 Legislative Decree No. 231 (2002), לעיל ה״ש 116.
206 Self- Employment Law, לעיל ה״ש 128, ס׳ 4.3.
207 Self- Employment Law, לעיל ה״ש 128, ס׳ 16.
208 שם, ס׳ 15.

(ג) רכיב שלישי במסגרת המודל הרגולטורי – הסדרה לגבי קבוצה שלישית: עובדי פלטפורמה

יש לראות בעובדי פלטפורמה קבוצה ייחודית. חלק מן הקבוצה הוא עובדים שמסווגים באופן שגוי כעצמאיים. חלקה הוא אלה שאינם יכולים להיות מסווגים בסטטוס של עובד. יש צורך בהסדרה ייחודית לגבי עובדים אלה בשל מאפיינים ייחודיים של פעולתם.

ההסדרה לגבי עובדי פלטפורמה צריכה לכלול כמה עקרונות:

ראשית, יש להכיר בחזקה שעובדי פלטפורמה הם בסטטוס של עובד.

בדומה למודל הרגולטורי האירופי והיוזמה לדירקטיבה בנושא עובדי פלטפורמה, יש מקום לעגן ברגולציה חזקה את דבר היותם של עובדי הפלטפורמה בגדר עובדים רגילים. חזקה זו תהיה ניתנת לסתירה על ידי חברות הפלטפורמה במקרים קונקרטיים על ידי הוכחה של קיום עסק עצמאי. זאת בדומה להצעה לדירקטיבה בנושא עובדי פלטפורמה באיחוד האירופי שמתייחסת להרחבת תחולת הגנות על תנאי העסקה גם לגבי עובדי פלטפורמה מסוימים.[209]

בדומה למודל הרגולטורי הספרדי שלפיו גם קיימת חזקה הניתנת לסתירה בדבר מעמד כעובד, כדי לסתור את החזקה על עובד הפלטפורמה יהיה להוכיח כי השירות מסופק במסגרת עסק שמנהל אותו אדם. בדומה למודל בספרד וחוק השליחים והרוכבים Ley Rider Act 2021, על פלטפורמות דיגיטליות יהיה מוטל להעסיק שליחים ונהגים כמועסקים רגילים עם זכויות מלאות.[210]

שנית, תנאי עבודה ייחודיים של עובדי פלטפורמה – עניין שני נוגע לתנאי עבודה מיוחדים של שליחים ועובדי פלטפורמה שמשתמשים באופניים או אופנועים. מוצע לקבוע הסדר שנוגע לביצוע עבודה על ידי שליחים ורוכבים על אופנועים ואופניים במזג אוויר בעייתי או בשעות מאוחרות וסופי שבוע וחגים. לעניין זה מוצע לאמץ את ההסדר באיטליה מהחקיקה ב־2019 של תוספת תשלום על עבודת השליחים במזג אוויר בעייתי וגשום או חום קיצוני, בשעות מאוחרות ובסופי שבוע וחגים.

הרגולציה צריכה גם להסדיר את הצורך בהגנה על הזכות לפרטיות של עובדים עצמאיים המועסקים באמצעות טכנולוגיה, דוגמת עובדי פלטפורמה, והצורך בשקיפות של הדרך שבה פועלת האפליקציה.

שלישית, יש לתפוס את הפלטפורמות הדיגיטליות המעסיקות כגופים דו־מהותיים או מעין ציבוריים בעלי מעמד מיוחד.

פלטפורמות דיגיטליות דוגמת וולט ואובר אוחזות בידן עוצמה גדולה, בדומה לענקיות הטכנולוגיה פייסבוק וגוגל. הכוח הרב שגופים אלה מרכזים בידיהם והיותם תאגידים בין־לאומיים החולשים על ארצות רבות הופכים אותם לכאלה שכוחם שווה למדינות או לגופים ציבוריים.

209 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services, לעיל ה"ש 81.

210 Royal Decree Law (2021, 7) (Spain).

מעמדן המיוחד של חברות הפלטפורמה הללו מוביל לכך שיש לראות בהם גופים דו־מהותיים. גופים מעין ציבוריים או דו־מהותיים הם גופים בעלי מעמד מיוחד, אשר כפופים לחובות מוגברות בכל הנוגע לזכויות אדם. התגבשות תורת הגופים הדו־מהותיים החלה בפסיקה בראשית הדרך לגבי חברת החשמל, שהוכרה כגוף דו־מהותי על בסיס היותה מספקת שירות חיוני לציבור גדול ויחסי עוצמה מיוחדים הנגזרים מהסטטוס של החברה כמונופול בתחום.[211] נקבע כי גופים דו־מהותיים כפופים לזכויות יסוד וכן לחובות מנהליות בשל מעמדם המיוחד.[212]

חוקרים שונים ציינו כי יש מקום להחיל על גופים מסחריים בתחום האינטרנט כמו גוגל את כללי המנהל הציבורי ולראות בהם גופים דו־מהותיים. בדומה לכך, יש מקום גם לראות בפלטפורמות הדיגיטליות בתחום השירותים דוגמת וולט ואובר כגופים דו־מהותיים בתחום יחסי העבודה, באופן שישית עליהן חובות מוגברות.[213]

הצורך להחיל לגבי ענקיות האינטרנט דוגמת אמזון, גוגל ופייסבוק נורמות מיוחדות נובע מכך שהן שולטות על ספרה דיגיטלית. גופים אלה מנהלים את המרחב הדיגיטלי שבו נפגשים אנשים, צרכנים וגורמים נוספים באופן שיוצר יחסי עוצמה בינם – כגופים מעין רגולטוריים המבצעים רגולציה של המרחב הדיגיטלי – לבין אזרחים, צרכנים ועובדים.[214] דבר דומה ניתן לטעון לגבי חברות הפלטפורמה שהן ספקיות שירות דוגמת אובר ווולט ששולטות על ספרה דיגיטלית מסוימת שבה נמכרים מוצרים ושירותים, נעשות עסקאות ומועסקים עובדים. חברות הפלטפורמה הללו מנהלות וקובעות רגולציה לגבי מרחב דיגיטלי שבו נפגשים צרכנים עם נותני שירות. מאפיינים אלה הופכים אותן לדומות לגוף מעין ציבורי אשר קובע רגולציה לתחומים מסוימים. בשל מאפיינים אלה יש לסווג את הפלטפורמות הדיגיטליות כגופים דו־מהותיים.

הפלטפורמות הדיגיטליות כבעלות מעמד מיוחד הדומה לשירות ציבורי וכגופים דו־מהותיים תהיינה כפופות לחובות מיוחדות לכבד זכויות אדם שונות ולחובות סבירות, זאת באופן שיטיל על הפלטפורמות כמעסיקות חובה לכבד זכויות בעבודה.

2. התמודדות עם ביקורות אפשריות לעניין המודל הרגולטורי המוצע והרחבת ההגנות על עובדים עצמאיים

יישום המודל הרגולטורי המוצע ואימוץ גישה אשר מקנה הגנות חדשות לעובדים עצמאיים עשויים להוביל לכמה ביקורות אפשריות.

211 בג"ץ 731/86 **מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ**, פ"ד מא(2) 449 (1987).
212 ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א קהילת ירושלים נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464 (1992).
213 אורית פישמן אפורי ואור סדן "ענקיות הרשת כגופים דו מהותיים: פיתוח ממשל דיגיטלי בישראל" **טכנולוגיות מתפרצות – אתגרים בדין הישראלי** 135 (ליאור זמר, דב גרינבאום ואביב גאון עורכים 2022).
214 Clupper & Thelen, לעיל ה"ש 59.

ראשית, ניתן יהיה לכאורה לטעון כי יישומה של הצעה למודל רגולטורי כזה עשוי להביא לערעור מעמדם של העובדים מן המניין במשק, ובכלל זה עובדים חלשים, לנוכח חיזוק של העובדים העצמאיים.

שנית, ניתן היה גם להשמיע את הטענה כי בעידן הנוכחי מדיניות של מתן זכויות לעובדים מצויה באופן תדיר תחת מתקפה של כוחות כלכליים נאו־ליברליים כגון מצד מחוקקים ולוביסטים ובעלי הון ותאגידים, כפי שהיה הדבר בקליפורניה כאשר חבורת לפיט ואובר יצרו מסכת לחצים שמנעה רגולציה. בהמשך לכך ניתן לכאורה לטעון כי כל רגולציה מוצעת מסוג זה תיתקל בהתנגדות מקיפה, ועל כן היא לא ריאלית.

שלישית, ניתן לטעון כי רגולטורים צפויים להתנגד למתן זכויות לעובדים עצמאיים ובמיוחד לפרילנסרים ועובדים עצמאיים תלויים באופן שלא יאפשר יישום.

לגבי הביקורות שניתן להשמיע כלפי המודל המוצע, הרי שחרף הביקורות הללו יש מקום לאמץ את המודל הרגולטורי המוצע ולדחות את הביקורות.

אשר לביקורת הראשונה שצוינה לעיל, הרי שיש מקום לדחות אותה. נראה שדווקא הכרה בתנאים לפרילנסרים ועובדים עצמאיים נוספים המועסקים בתנאים מקפחים ובתשלום נמוך עשויה לשפר את מצבם של כלל העובדים. ככל שהאפשרויות של הפירמות להעסיק אנשים בתבניות העסקה בלתי שגרתיות כגון מיקור חוץ והעסקת פרילנסרים תהיינה יקרות יותר, כך הפירמות יעדיפו לעבור להעסקה קבועה של עובדים שכירים, ובכך הדבר יביא לשיפור המצב של כלל שכבת העובדים ולמעבר להעסקה יותר יציבה ועם ביטחון תעסוקתי של כמות גדולה יותר של עובדים פנימיים.

יתרה מזאת, מעת שהעסקת אנשים בתבניות בלתי שגרתיות כמו אלה המועסקים כקבלני מיקור חוץ או כפרילנסרים תהיה יקרה יותר לפירמות, כך הדבר יצור רצפת מינימום של שכר ותנאים שתמשוך את כלל השוק למעלה ותוביל לעליות שכר גם לעובדים רגילים.

אשר לביקורת השנייה שצוינה לעיל, הרי שיש מקום לדחות אותה. התנגדות של תאגידים לאימוץ מודל רגולטורי שמיטיב עם עובדים תמיד קיימת. במקרה זה ניתן יהיה להתגבר על ההתנגדות על ידי הצעה של הטבות מס והקלות לתאגידים כמו הקלות רגולטוריות שונות, ובכלל זה הקלות שקשורות בהגשת דו״חות חשבונאיים וכדומה. למשל, ניתן לתת לחברות פלטפורמה הטבות מס שיכסו על ההוצאות הנוספות שיהיו בעקבות אימוץ המודל הרגולטורי החדש.

אשר לטענה השלישית לעיל, יש לציין כי התנגדות רגולטורים תהיה בעיקר בכל הנוגע לביטוח לאומי ותשלומים של מוסדות המדינה לרווחה. לעניין זה מוצע להקים קרן פרטית של פנסייה שתכסה את מכלול התשלומים שמשולמים באופן רגיל על ידי המוסד לביטוח לאומי. הקמת קרן ייעודית פרטית נפרדת שממנה יבוצעו התשלומים נועדה להתגבר על החסם של התנגדות רגולטורים והמדינה לרגולציה בנושא.

סיכום

מגמות של פוסט פורדיזם ועליית הקפיטליזם הגלובלי הנאו־ליברלי הובילו להשרשת תפיסות של גמישות בעבודה ולהתפתחות תבניות העסקה בלתי שגרתיות הכוללות בין השאר העסקה של עובדים עצמאיים. מגמה זו של העסקת עובדים המוגדרים כקבלנים עצמאיים מתבטאת בחלקה בהעסקת פרילנסרים ובחלקה בהעסקה של עובדי פלטפורמה במסגרת כלכלת החלטורה המוגדרים אף הם כקבלנים עצמאיים.

ניתן להשקיף על חלק ניכר מעובדים עצמאיים אלה כמשתייכים למעמד ה״פרקריאט״ בשל היותם משוללי זכויות בעבודה. חקיקת העבודה היא נדבך מרכזי במדינת הרווחה והיא נועדה לצמצם אי־שוויון ולהבטיח קיום בכבוד לציבור הרחב של עובדים שכירים. דא עקא, חקיקת המגן ודינים המגינים על עובדים במישור הקיבוצי אינם חלים על עובדים עצמאיים, ועל כן עבודתם מתאפיינת לא אחת בהעסקה מקפחת ובחוסר הוגנות ובהעסקה שהיא ארעית ונזילה, ועל כן נדרשת רגולציה להסדרת הנושא. העסקת עובדים אלה גם מתאפיינת בקשיים ייחודיים, שאף הם דורשים רגולציה, כגון פעולה במשק שבו מוסר תשלומים ירוד ונטייה לדחיית תשלומים לעובדים עצמאיים באופן תדיר (בדפוס של שוטף פלוס).

המאמר דן, אם כן, בעלייה נרחבת של התופעה של חברות המעסיקות עובדים עצמאיים. עובדים אלה הם לכאורה חיצוניים לפירמות ומוגדרים כעצמאיים, ועל כן אינם זכאים לכלל הזכויות השונות בעבודה או להגנות על פי חוקי המגן ולזכאויות של ביטחון סוציאלי.

לעניין עובדים עצמאיים ניתן להבדיל בין שתי גישות: גישה מרקסיסטית פוסט תהליכית, המצדדת בגיבוש רגולציה להסדרת זכויות עובדים עצמאיים ובכלל זה הכרה בזכויות קיבוציות, וגישה יזמית תחרותית הגורסת שאין מקום לרגולציה כזו וכי יש להחיל את כללי ההגבלים העסקיים על משא ומתן קיבוצי ושביתה של עובדים עצמאיים. באיטליה ובספרד וכן במידה חלקית בקליפורניה ובאיחוד האירופי אומצה גישה מרקסיסטית פוסט תהליכית. הרגולציה שהתפתחה נוגעת לגיבוש קטגוריית ביניים של עובדים עצמאיים תלויים בהתאם לדוקטרינה בדבר תלות כלכלית. היא כוללת גם חלק מהעובדים העצמאיים העונים על תנאים מסוימים ונמצאים בעמדה שהיא רגישה כגון עובדי פלטפורמה. במקרה כזה אותם עובדים עצמאיים זכאים להגנות שחלקן נוגע לתנאי העסקה של עובדים רגילים וחלקן ייחודי.

בחינת המדיניות בישראל לאורך השנים מצביעה על היעדר עיגון של מנגנוני הגנה על עובדים עצמאיים בדין ואימוץ גישה יזמית תחרותית.

ההבדלים שנראים במדיניות בישראל לעומת הדגמים שהתפתחו במדינות שונות, דוגמת איטליה וספרד, והיעדר הסדרה של תחום זה ניתנים להסבר על רקע מוסדיות ספציפית ומבנה השיטה. חסמים רגולטוריים שהובילו להיעדר התפתחות של רגולציה בנושא עובדים עצמאיים כוללים חוסר מודעות מספקת של מקבלי ההחלטות והשפעה של תאגידים ובעלי הון וחברות הפלטפורמה עצמן. חסמים רגולטוריים במישור נוסף נובעים מתפיסה מושרשת מסורתית של מדינת רווחה קורפורטיסטית שבה ארגוני עובדים מסורתיים הם דומיננטיים ותופסים מקום מרכזי. תפיסה זו מובילה לחוסר נכונות להכרה בדפוסים חדשים של התארגנויות ובהתארגנות של עובדים אינדיבידואליים כמו פרילנסרים.

nevo.co.il

המאמר מבקש למצוא פתרונות חדשים למשפט הישראלי, שאינו כולל כיום רגולציה בנושא עובדים עצמאיים. מטרת המחקר, אם כן, היא לשרטט קווים מנחים לרגולציה מתאימה שתכליתה הפחתת אי־השוויון בשכר הנובע מהעסקה מקפחת של עובדים עצמאיים. העובדים העצמאיים אינם נהנים מאותן זכויות שנהנים מהן עובדים רגילים, והמאמר מציג תאוריה חדשנית ושונה ומציע למחוקק לאמץ רגולציה מבנית בנושא.

המאמר מציע לאמץ מודלים רגולטוריים שיוכלו להוות תשתית להסדרת זכויות לעובדים עצמאיים, בדומה לנהוג במדינות אחרות – דוגמת המודל הקיים באיטליה וספרד, וזאת בהתבסס על הגישה המרקסיסטית פוסט תהליכית. כמו כן מציע המאמר להתאים את חקיקת העבודה למציאות החדשה, באופן שייתן מענה לבעיות המיוחדות שנלוות להעסקה באמצעים דיגיטליים או באמצעות העסקה מרחוק.

המאמר ממליץ גם לראות בתאגידים המעסיקים עובדים חיצוניים ככאלה הכפופים לחובות מיוחדות. במיוחד מוצע לראות בפלטפורמות הדיגיטליות כגופים מעין ציבוריים דו־מהותיים הכפופים לחובה לכבד זכויות יסוד בעבודה ולפעול בסבירות ובשקיפות.