



Zysman Aharoni Gayer & Co. / Sullivan & Worcester LLP
AN INTERNATIONAL JOINT VENTURE LAW FIRM

BOSTON NEW YORK TEL-AVIV WASHINGTON, DC

כיצד מעבידים בארצות הברית יכולים להימנע מטעויות כואבות (ויקרות)

למידע נוסף, אנא צרו עמנו קשר:

התפישה הרווחת בישראל ובמקומות אחרים ביחס לשוק העבודה בארצות הברית הינה שמדובר בשוק מאוד דינמי שמספק למעבידים גמישות רבה להתאים את כוח האדם לצרכי העבודה. לדוגמא, בניגוד למצב בישראל, מעבידים בארצות הברית אינם נדרשים לשלם פיצויי פיטורין כשהם מפטרים עובדים. בנוסף, ברוב המקרים מעביד אינו נדרש לספק הודעה מוקדמת לפני פיטורין, או לשלם לעובד סכום כלשהו במקום הודעה. כמו כן, אין תהליך שנקבע על פי חוק שמעביד מחוייב לנקוט אם צרכי העבודה מחייבים פיטורי עובדת בהריון. דוגמאות אלו מצביעות על כך שככלל, המשטר המשפטי בארה"ב אוהד את צרכי המעביד. אולם, המציאות שבה מעבידים בארה"ב נתקלים הרבה יותר מורכבת. אנו מייעצים לחברות ישראליות שעושות עסקים בארה"ב, ורבות מהן שמופתעות לגלות שהיבטי כוח האדם של בעלות בעסק בארצות הברית כפופים לחקיקה רבה, וכוללים מלכודות רבות. היחסים בין מעבידים לעובדים כפופים לחוקים רבים, ברמה הפדרלית כמו גם ברמת המדינה, וקובעים אחריות לא רק למעביד עצמו, אלא גם במקרים מסוימים לבעלי החברה/עסק. מטרתו של מאמר זה הינה לסקור מספר טעויות בסיסיות ויקרות בתחום יחסי העבודה בארה"ב שמעבידים יכולים בקלות להימנע מהן.

Ilene Robinson Sunshine
617 338 2928
isunshine@zag-sw.com



Shy S. Baranov
617 338 2932
sbaranov@zag-sw.com



BOSTON

Sullivan & Worcester LLP
One Post Office Square
Boston, MA 02109

NEW YORK

ZAG/S&W LLP
1290 Avenue of the Americas
New York, NY 10104

WASHINGTON, DC

ZAG/S&W LLP
1666 K Street, NW
Washington, DC 20006

ISRAEL

ZAG/S&W LLP
41-45 Rothschild Blvd., Beit Zion
Tel Aviv, 65784 Israel

במקרים רבים מעביד חייב לנהל רישום של שעות העבודה ולשלם עבור

עבודה בשעות נוספות

חוקים פדרליים ומדינתיים מחייבים תשלום עבור עבודה בשעות נוספות של עובדים שמסווגים כלא פטורים מהוראות החוק (nonexempt, "עובדים לא פטורים"). עובדים שאינם פטורים זכאים לתוספת של 50% על השכר שהם מרוויחים לפי חישוב שעתי בגין כל שעת עבודה מעבר ל- 40 שעות שבועיות. הסנקציה בגין אי עמידה בהוראות החוק חמורה.

מעביד שאינו מסווג את עובדיו שאינם פטורים ככאלו ומשלם להם גמול שעות נוספות עשוי להיות חב בתשלום גמול שעות נוספות בגין השנתיים האחרונות, ובמידה ונמצא שהמעביד עשה זאת ביודעין, שלוש שנים. מחלקת העבודה (Department of Labor, or the DOL), סוכנות פדרלית, מוסמכת לבצע ביקורת של ספרי המעביד שנוגעים לתשלום שכר

ולקבוע אילו עובדים אינם פטורים. מעבידים שאינם מקפידים על שמירת רשומות ביחס לשעות עבודת העובדים שאינם פטורים עלולים להימצא במצב בו הם אינם יכולים להתגונן כראוי מתביעות בגין תשלום גמול עבור שעות נוספות, מאחר ובהיעדר רשומות אמינות ביחס לשעות העבודה, מחלקת העבודה מניחה שרישומי העובדים ביחס לשעות עבודתם נכונים.

למונחים עובד פטור (exempt) ועובד שאינו פטור יש משמעויות ספציפיות בחוקים הפדרליים והמדינתיים, אולם במקרים רבים עדיין יש אי בהירות ביחס אליהם. ככלל, ישנן ארבע קטגוריות של עובדים שפטורים מהוראות חוקי השעות הנוספות:

- מנהלים (executives) ששכרם הינו לפחות 455 דולר בשבוע, שעבודתם כוללת בעיקר ניהול של העסק, של מחלקה או חטיבה של העסק/חברה, ושמפקחים ומנחים באופן קבוע לפחות שני עובדים.
- עובדי מנהלה, ששכרם הינו לפחות 455 דולר בשבוע, שמבצעים עבודה משרדית, או עבודה אחרת שאינה עבודת כפיים שקשורה באופן ישיר למדיניות ניהול העסק או לתפעול העסק או הלקוחות, ושדורשת שימוש בשיקול דעת עצמאי.
- עובדים מקצועיים/מומחים ששכרם הינו לפחות 455 דולר בשבוע, שמבצעים על פי רוב מטלות שדורשות ידע מתקדם בתחום ספציפי, הוראה או מדע, תוך שימוש קבוע בשיקול דעת, או שמבצעים עבודה אומנותית, כגון המצאה או שימוש בדימיון או כישרון, הדורשים תואר בוגר קולג' או ניסיון עבודה מקביל.
- אנשי מכירות שעובדים לפחות 80% מזמן העבודה השבועי במכירות מחוץ למשרד.

עובדים שמקבלים שכר שעתי ולא שכר שבועי או שנתי מסווגים תמיד כעובדים לא פטורים, אפילו אם התגמול הכולל שלהם וסוג העבודה שהם עושים היו אמורים לסווגם תחת אחת מהקטגוריות לעיל ("קטגוריות הפטור"). קטגוריות הפטור מפורשות בצורה די מצומצמת ותלויות אך ורק בסוג העבודה שהעובד מבצע בפועל, ולא בתיאור התפקיד הרשמי שלו. בהתאם, לאחר הקמת עסק על ידי המייסדים וצירוף עובדי מפתח, העסק כמעט תמיד יתחיל להעסיק עובדים שאינם פטורים.

למעביד אין שיקול דעת בסיווג יחידים כעובדים או ספקי שירותים

שאלה מרכזית שמעבידים מתלבטים בה הינה האם היחיד שבשירותיו הם מעוניינים צריך להיות מועסק כעובד או לתת שירותים כספק שירותים/קבלן. השוני העיקרי הינו שהמעביד חייב לנכות במקור מיסים על הכנסת עובדיו ולשלם את חלקו בביטוח הרפואי ובמיסי הבריאות (Medicare) (קרואים גם FICA) בגינם, ושרוב העובדים זכאים להשתתף בתוכניות תגמול \ הטבה ("תוכניות תגמול"). ספקי שירותים, לעומת זאת, אחראים על תשלום מיסים וקבלת הטבות סוציאליות ואחרות. בניגוד לסברה המקובלת, הסיווג של יחיד כעובד או כספק שירותים אינו נתון לשיקול דעתו של המעביד. למעשה, הסיווג נקבע על ידי חוקים פדרליים ומדינתיים, ורשות המיסוי הפדרלית, (Internal Revenue Service, the IRS) פירסמה קביעה שבה פורטו 20 אמות מידה לעזור למעבידים לקבוע האם יחיד מסווג בצורה נכונה לצורכי מס. אמות מידה אלו ממוקדות בעיקר במידת ההכוונה והשליטה

של המעביד על עבודת היחיד. ה- IRS קבע בצורה ברורה ששום אמת מידה בודדת יכולה לקבוע באופן מוחלט את סיווגו של יחיד, ושכל מקרה צריך להיבדק באופן פרטני בהתאם לעובדות ולנסיבות הספציפיות שלו. עם זאת, ככלל, במקרה שבו המעביד דורש מהיחיד למלא הוראות ביחס למקום, מועד ודרך ביצוע השירות, מדריך את היחיד, מפקח על ביצוע המשימות, דורש עבודה בהיקף של משרה מלאה ושהשירותים ינתנו על ידי אותו יחיד באופן אישי, דורש הגשת דוחות ודיווחים סדירים, מספק לו את הכלים והחומרים, מפצה אותו בגין הוצאות הקשורות בביצוע העבודה, ה- IRS על פי רוב ימצא שאותו יחיד הינו עובד ולא ספק שירותים.

סיווג לא נכון של יחיד כספק שירותים עשוי לעלות ביוקר לעסק. המעביד עשוי לחוב בתשלום רטרואקטיבי של מיסי הכנסה ו-FICA שהיה אמור היה לנכות במקור, בתוספת ריבית וקנסות. בנוסף, היחיד (שכעת מסווג כעובד) עשוי לתבוע רטרואקטיבית הטבות להן הוא לכאורה זכאי כעובד העסק בהתאם לתנאי תוכניות התגמול. על אף הגישה הנוקשה של ה- IRS בנושא, מעבידים ממשיכים להציג יחידים שמועסקים אצלם כספקי שירותים, אף על פי שלפי אמות המידה בנושא מדובר בעובדים. בעלי עסק שנוטלים על עצמם את הסיכון הזה בכדי להקטין עלויות של ניכוי מיסים במקור ועלויות שקשורות בתכניות תגמול לעובדים עלולים, בסופו של דבר, לשלם הרבה יותר ממה שהם ציפו. עם זאת, מן הראוי לציין שמעסיקים יכולים להשיג את מטרותיהם מבלי להיות חשופים לסיכונים אלו. באמצעות ניסוח זהיר של הסכמי התקשרות עם ספקי שירותים בעל העסק יכול להפחית את הסיכון לסיווג מחדש של היחיד כספק שירותים ואת המחיר שהחברה עלולה לשלם במקרה של ביקורת של ה- IRS או לטיגציה. בנוסף, עם תכנון זהיר, המעבידים יכולים לעצב את תוכניות התגמול לעובדים מראש כך שיכללו, או יחריגו, קבוצות מסוימות של עובדים, כך שספק שירותים שיסווג כעובד בעתיד לא יהיה זכאי להטבות תחת תוכניות התגמול של האמורות.

תכנון זהיר יכול לעזור למנוע העלאת טענות בגין אפליה

אף על פי שמעבידים בארה"ב נהנים משיקול דעת רחב בגיוס עובדים ופיטוריהם, חוקים פדרליים ומדינתיים אוסרים אפליה של מועמדים לעבודה ועובדים על בסיס מספר קריטריונים, לרבות גזע, מין, מוצא לאומי, דת, גיל, נכות, מוצא, נטיה מינית, מעמד של חייל משוחרר, מידע גנטי ואזרחות. אנו נתמקד בסוגיית האפליה בשני אירועים קריטיים ביחסי העבודה – גיוס ופיטורי עובדים.

מועמדים לעבודה וראיונות עבודה

טופסי בקשה להעסקה הינם כלי שימושי ויעיל בתהליך גיוס עובדים מאחר והם יכולים לספק כמות משמעותית של מידע חשוב ביחס למועמד. מעבידים רבים רוכשים טופסי בקשה סטנדרטיים בחנויות או מכינים טפסים שכאלו בעצמם שמכילים שאלות שרלוונטיות לתחום שבו המעביד פועל. בכל מקרה, המעבידים צריכים להיות מודעים לכך שישנן מספר מדינות (לדוגמא – מסצ'וסטס), שהחוק בהן קובע שיש מספר עניינים שחייבים להיכלל בטופס הבקשה. בנוסף, ישנם מספר נושאים שאסור לכלול בטופס בכדי למנוע התנגשות עם חוקים פדרליים ומדינתיים שעוסקים באפליה. לדוגמא, יש לעבור בדקדקנות על טופסי בקשה להעסקה בכדי לוודא שאין שאלות שנוגעות להיותו של המועמד חבר בקבוצה מוגנת

(protected class). בהתאם, על טופסי בקשה אסור להכיל שאלות שנוגעות להיסטוריה הרפואית או מצבו הרפואי של המועמד, מדינת מוצא, שפת אם, מעמד אישי, רקע משפחתי, מוצא אתני או מידע אחר ביחס לעניינים אישיים אחרים שאינם קשורים לתפקיד המוצע. הכללת שאלות שכאלו עלולה לבסס תלונות ממועמדים שנדחו ולא התקבלו לעבודה אשר עשויים לטעון שמעסיק ביקש מידע שכזה מאחר והוא פעל לפי אגינדה נסתרת שאינה חוקית.

בנוסף, המעביד חייב לפעול בזהירות כאשר הוא מראיין מועמדים לעבודה. השאלות שנשאלות על ידי המעביד צריכות להיות ממוקדות אך ורק ברקע לימודי, בניסיון מקצועי וכישורים ויכולת לבצע את המטלות של המשרה המוצעת. בכדי להימנע מכל מראית עין של דעה קדומה, על המראיין להימנע מהעלאת שאלות בדבר חיי המועמד, רקע משפחתי ועניינים אישיים אחרים. אין לשאול מועמדים על תוכניותיהם להביא ילדים לעולם, או כיצד הם מתכננים לטפל בילדיהם בזמן שהם בעבודה. שאלות אלו אינן קשורות לעבודה המוצעת ונוטות להישאל בצורה לא מידתית, או רק, מועמדות. מועמד עם נכות נראית לעין עשוי להישאל האם הוא יוכל לבצע את המטלות העיקריות של המשרה המוצעת וכיצד הוא יעשה זאת, אבל אין לשאול אותו שאלות בדבר נכותו. אין למנוע משרה ממועמד נכה בשל נכותו אם יש דרכים סבירות להתאים את התנאים במקום העבודה לביצוע המטלות העיקריות של המשרה המוצעת על ידי אותו מועמד. במקרים אלו על המעביד לשקול את מועמדות המועמד הנכה על בסיס שווה עם שאר המועמדים ורק אז לבחור את המועמד שיזכה במשרה.

הסכמי סיום העסקה

כחלק מתהליך סיום העסקה מעבידים רבים מציעים לעובדים מפורטים סכום מסוים בגין פיצויי פיטורין (severance), לרבות במקרים בהם העובד מפורט בשל אי ביצוע מספק של מטלותיו. על פניו, הצעת פיצויי פיטורין במקרים כאלו אינה אינטואיטיבית, אולם בפועל יכולה לשמש ככלי חשוב הן מבחינה משפטית והן מבחינה אירגונית. זאת משום שהמעסיק יכול להתנות הענקת הפיצויים, אף על פי שהעובד אינו זכאי להם, בחתימתו על מסמך שחרור ופטור מתביעות כנגד המעביד. מסמך שחרור כזה יכול להבטיח שתמורת פיצויי הפיטורין המוצעים (או הסכום שהעובד והמעביד נשאו ונתנו בגינו), העובד יהיה מנוע מלהעלות טענות כנגד המעביד. הסכמי שחרור לעובדים שגילם עולה על 40 כפופים לסעיפים ספציפיים הכלולים בחוק הפדרלי שדן בסוגיות אפליה בגין גיל. בהתאם, מסמכי שחרור שכאלו חייבים לציין בגופם שעובד רשאי להתייעץ עם עורך דין לפני חתימה על המסמך. בנוסף, יש להעניק לעובד 21 ימים בכדי לשקול האם לחתום על מסמך השחרור, ולאחר חתימה עליו, לעובד יש זכות, במשך 7 ימים, למשוך את חתימתו. חוקים אלו חלים גם במקרים בהם מפורטים מספר עובדים באותן נסיבות.

ספרי נהלים לעובדים חייבים להיכתב בזהירות בכדי לשקף את הנהוג בחברה בפועל

מעסיקים בארה"ב אינם מחוייבים על פי חוק להפיץ ספר נהלים (employee handbook) או חוברת הוראות בקרב עובדיהם ("ספר נהלים"). עם זאת, מספר חוקים פדרליים ומדינתיים מחייבים מעבידים לקבוע נהלים במספר עניינים, כמו יישום הוראות החוק הפדרלי בדבר חופשת מחלה וחופשה בקשר עם עניינים משפחתיים (Family and Medical Leave Act) (חוק שחל רק על מעבידים מגודל מסוים), ואיסור של הטרדות מיניות ואחרות. בנוסף, הפצת נהלים שאין צורך לקבוע אותם על פי חוק בקרב

העובדים הינה פרקטיקה ראויה ויכולה להיות לעזר בהקשר של ליטיגציה. דוגמאות לסוגי נהלים כאלו: הצהרה שהמעביד מקדם בברכה יחידים עם נכויות שדורשים התאמות בכדי לבצע את עבודתם, או הסבר כיצד נזקפים ומשולמים ימי חופש וחופשות בגין עניינים אישיים. מעסיקים רבים מגלים יתרונות בהפצת נהלים ביחס לכללי עבודה כגון בטיחות בעבודה, עישון, ענייני משמעת ונושאים נוספים. מעבידים לרוב מניחים שמאחר ויש להם שיקול דעת בלעדי בניסוח ספר הנהלים וקביעת תכנון, הם יכולים גם, בהתאם לשיקול דעתם, להתעלם מהקבוע בספר הנהלים במקרים ספציפיים. בפועל, אין זה בהכרח כך. ישנן קביעות רבות של בתי משפט ביחס לשאלה האם ובאילו נסיבות מעסיק כבול ומחוייב לאמור בספר הנהלים. במקרים מסוימים קבעו בתי המשפט שספרי נהלים שהוציאו מעסיקים הפכו להסכם מחייב בין המעסיק לעובדים על אף העובדה שהמעסיק פרסם את ספר הנהלים באופן חד צדדי, ואף במקרים שבהם היה כלול סעיף שהעניק למעסיק שיקול דעת לסטות מהנהלים שבו. בתי המשפט הסיקו שהעובד זכאי להיסתמך על הנהלים שהמעביד בחר בשיקול דעתו הבלעדי להתקין ושהעובד צריך לציית להם. מקרים אלו מציגים מספר לקחים חשובים בדבר ניסוח ספרי נהלים. להלן ימנו חלק מהמשמעותיים שבהם:

יש להוסיף סייגים

ציין באופן בולט בראשית ספר הנהלים שאין כוונה שספר הנהלים יהווה חוזה בין המעסיק והעובד, אלא, במקום זאת, הכוונה היא שספר הנהלים יהיה מדריך כללי של הנהלים והמדיניות של המעסיק כפי שהן בתוקף באותו מועד. יש להוסיף הצהרה שהמעסיק שומר לעצמו את הזכות למחוק, לשנות ולהוסיף נהלים בשיקול דעתו הבלעדי, תוך מתן הודעה או בלעדיה. ציין שכל עוד עובד לא חתם על הסכם העסקה שדן בנושא מתן הודעה מוקדמת לפני סיום העסקה, עבודתו הינה עבודה מרצון (at will), כלומר שגם העובד וגם המעביד יכולים לסיים את קשר העבודה בכל עת ומכל סיבה.

יש להימנע מכלילת סעיפים שאינם נחוצים

מספר מעבידים מוסיפים לספר הנהלים סעיפים שאין להם ולו דבר עם נהלים ומדיניות ביחס לעבודה, כגון תיאור כיצד החלטות ניהוליות והחלטות ביחס לכוח אדם נעשות, קביעת סמכויות פיקוח למנהלים והעלאת טענות ששיעור השכר וההטבות שהחברה מעניקה לעובדיה הינו ברמה מקבילה למה שמעסיקים אחרים בתחום מעניקים לעובדיהם. לא קשה לתאר שכל הטענות וההצהרות הללו היו יכולות להיראות לא מדויקות או מיושמות באופן לא שיוויוני כלפי עובד כזה או אחר. אף חברה לא רוצה להתמודד עם טענה של עובד לפיה האחראי עליו לא עשה את המוטל עליו, או שהחברה לא משלמת לו הטבות או שכר באותה רמה שבה החברה מתיימרת לשלם. סעיפים כאלו, כמו גם דומיהם לא מכילים מידע שעל העובדים לדעת בכדי לבצע את עבודתם ולפיכך לא שייכים לספר הנהלים.

היה זהיר בדרך שבה אתה מתאר הטבות לעובדים

יש מעבידים שמעדיפים לתאר את תוכניות התגמול בצורה מפורטת בספר הנהלים, כך שלעובדים ניתנת גישה ישירה למידע ללא צורך לפנות לאחראים עליהם או לנציג מחלקת כוח אדם. מצד שני, חשוב לזכור שתוכניות התגמול וההטבה (לרבות הסכומים שהעובד מחוייב להפריש בקשר עם ההטבות) משתנות מעת לעת, ורוב המעבידים לא יפרסמו ספר נהלים חדש בכל עת שבו מתרחש כזה שינוי. בכדי

להימנע מטענה שהעובד זכאי להטבות מסויימות ורמת הפרשה מסוימת כאמור בספר הנהלים, סעיפים בדבר תוכניות תגמול צריכים להיות מסוייגים בכך שהינם מתארים את תוכניות התגמול ביום פרסום ספר הנהלים, שכל עובד זכאי לקבל את הנוסח המעודכן של המידע ביחס לתוכניות התגמול ממחלקת כוח אדם (או מקור אחר בחברה), ושבמקרה שאיזשהו סעיף הכלול בספר הנהלים שונה מהסעיף המקביל בתוכנית התגמול העדכנית בנוסח שמצוי במשרדי מחלקת כוח האדם שבחברה, הנוסח שבתוכנית התגמול הינו הנוסח הקובע.

אין לכלול נהלים משמעתיים סבוכים

מעבידים רבים מגדירים כללים משמעתיים מדורגים, כך שעובד שעובר עבירת משמעת מקבל התראה או אזהרה, ולאחר מכן השעיה לפני פיטורין. זהו נוהל ראוי להגדיר כזו מערכת כאשר התנהגות העובד הינה כזו שניתן לשפר אותו עקב שימוש בהליך משמעת. עם זאת, במקרים מסוימים, כגון גניבה, איומים או שימוש באלימות, פיטורין מיידיים הינם הדרך הראויה. מעבידים צריכים להפעיל מערכת מדורגת לטיפול בענייני משמעת כאשר הדבר הגיוני, אולם לא צריכים לכבול את עצמם להליך מסוים בכל בעיית משמעת. במקום זאת, יש לציין בספר הנהלים שהמעביד שומר לעצמו את הזכות לקבוע מהי הסנקציה המשמעתית הראויה במקרה של ביצוע לא מספק של מטלות העבודה, כללי ההתנהגות או מקרים של התנהגות לא הולמת. בנוסף, מעבידים עשויים להעדיף לציין רשימת פעולות שברוב המקרים יביאו לפיטורין מיידיים או להליך משמעת, אולם יש לכלול הצהרה לפיה רשימה כוללת דוגמאות בלבד ואינה רשימה קונקלוסיבית.

יש להיות מוכנים לפעול בהתאם לאמור בספר הנהלים

בסופו של דבר, זו העצה החשובה ביותר למעביד. כל מעביד עשוי לחשוב בזהירות בדבר ההשלכות המשפטיות והתפעוליות של כל נוהל שכלול בספר הנהלים. אם, למעט במקרים ייחודיים, מעביד אינו מוכן למלא אחר נוהל מוצע כזה או אחר, מן הראוי לא לכלול נוהל שכזה בספר הנהלים.

המאמר לעיל הינו תרגום חופשי של המאמר "How Employers in the United States Can Avoid Costly Pitfalls" שנכתב על ידי איילין רובינסון סנשיין ושי ברנוב.

תודתנו לעו"ד יונתן דוביצקי ממשרדנו על תרומתו למאמר בענייני מיסוי ותכניות תגמול עובדים.