



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

ניתן ביום 06 דצמבר 2020

המערערים

1. עתליה אביגל

2. ויאצ'סלב גוזנפוד

3. אפרת אנטמן

-

המשיבה

באג מולטיסיסטם בע"מ

לפני: סגן הנשיאה אילן איטח, השופט רועי פוליאק, השופטת חני אופק-גנדלר
נציגת ציבור (עובדים) גב' חיה שחר, נציג ציבור (מעסיקים) מר עצמון ליפשיץ

בשם המערערים – עו"ד עמית סבג

בשם המשיבה – עו"ד אפרת דויטש; עו"ד שמרית נוי

פסק דין (חלקי)

סגן הנשיאה אילן איטח

1. לפנינו¹ ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי תל-אביב (השופט אורן שגב; סעי"ש 22049-04-13, 22061-04-13, 22031-04-13), שבמסגרתו נדחתה בקשת המערערים לאישור תובענתם כתובענה ייצוגית בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו – 2006 (להלן – **החוק**). עוד נתקפת במסגרת הערעור דן החלטת בית הדין האזורי מיום 29.10.2014, שבה נדחתה בקשת המערערים לגילוי ועיון במסמכים. נאמר כבר עתה כי הבקשה לאישור תובענת המערערים כתובענה ייצוגית כוללת שלוש עילות. בפסק דין חלקי זה נדון בשתיים מהעילות בלבד; עילת ההפקדות הפנסיוניות ועילת דמי החגים, בשים לב לכך כי בבג"ץ תלויה ועומדת העתירה בעניין **קסטרו** הנוגעת בטבורה לעילה השלישית – עילת העמלות². לפיכך בפסק דין

¹ על פי החלטת בית הדין מיום 25.8.2020 הוחלפו נציגי הציבור מר שי צפריר ומר אמנון גדעון בנציגי הציבור גב' חיה שחר ומר עצמון ליפשיץ.

² בג"ץ 5148/18 שחם נ' בית הדין הארצי לעבודה. העתירה היא נגד פסק דינו של בית הדין הארצי בע"ע (ארצי) 7386-02-16 קסטרו מודל בע"מ – שחם (14.5.2018) (להלן – עניין קסטרו בארצי).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

זה נתייחס לעילת העמלות אך ורק במידה המינימלית הנדרשת לתיאור השתלשלות העניינים ואילו ההכרעה בערעור הנוגע לה תיעשה בפסק דין משלים נפרד.

רקע

2. המשיבה – חברת באג מולטיסיסטם בע"מ, היא חברה קמעונאית העוסקת בממכר מוצרי מחשב שונים שבתקופה הרלוונטית מנתה למעלה מ-60 סניפים בפריסה ארצית, בהם סניף ה"דיוטי-פרי" הממוקם בשדה התעופה בן גוריון (להלן – **סניף הדיוטי פרי** או **הסניף**). הסניף, שכלל מספר חנויות/מחלקות (ובהן אלקטרוניקה, ילדים ומחלקת מטבח וטיפוח), הופעל על ידי המשיבה החל מחודש ספטמבר 2008, בעקבות זכייתה במכרז של רשות שדות התעופה (להלן – **הרשות**), ועד לסוף שנת 2012, אז זכתה במכרז של הרשות חברה אחרת. הסניף פעל שבעה ימים בשבוע, 24 שעות ביממה, בהתאם להסכם שבין המשיבה והרשות, ובשנים שבהן הופעל על ידי המשיבה הועסקו בו על ידה כ-400 עובדים במשמרות שונות. בכלל סניפי המשיבה הועסקו עובדים בתפקידים של אנשי מכירות ומנהלים. בסניף הדיוטי פרי הועסקו עובדים בתפקידים ייחודיים נוספים: קופאים, אחראי משמרת, מנהלי מחלקות ומתפעלים. עובדי המשיבה לא מיוצגים על ידי ארגון עובדים.
- בתקופה הרלוונטית כעשרה סניפים של המשיבה היו פתוחים ביום שבת. לשלמות התמונה נבהיר כי לא התברר אם סניפים אלה היו פתוחים גם בימי חג. במסגרת הכרעה זו ממילא אין לכך כל נפקות וככל שהדבר יהיה דרוש יתברר הדבר במסגרת הדיון בתובענה הייצוגית עצמה.
3. המערערים הועסקו על ידי המשיבה בסניף הדיוטי פרי. תפקידיהם, כמו גם מתכונת השכר שלהם, שונו לאורך תקופת העסקתם, כך:
- א. המערערת 1 עבדה אצל המשיבה בתקופה מיום 30.5.2011 ועד יום 31.12.2012. תחילה עבדה כקופאית במחלקת אלקטרוניקה. שכרה השעתי בתפקיד זה עמד על 22 ₪ לשעה ובנוסף שולמו לה עמלה בגין מכירת מוצרי קופה בשווי 2% ממחזור המכירות (להלן – **עמלות מחזור**), וכן בונוס מיוחד בסך 40 ₪ בגין עבודה במשמרת בוקר, מ-02:00³ לפנות בוקר עד 10:00 בבוקר (להלן – **בונוס בוקר**). בשבועיים הראשונים של חודש יוני 2012, עברה המערערת 1 חפיפה, שבמסגרתה השתכרה 25 ₪ לשעה. לאחר מכן החלה לשמש בתפקיד אשת

³ בכתבי הטענות של המערערים נטען שמשמרת הבוקר התחילה בשעה 2:00 לפנות בוקר. בתגובת המשיבה לבקשת האישור נכתבה השעה 3:00 לפנות בוקר כשעת תחילת משמרת הבוקר והמערער 2 אישר זאת בעדותו – עמ' 24 לפרוטוקול הדיון מיום 19.4.15, שורות 13 – 16. כך נכתב גם בפסק הדין. מכל מקום הדבר אינו מעלה או מוריד לענייננו.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

מכירות במחלקת ילדים בסניף, ובמסגרת זו השתכרה 23 ש"ח לשעה, בתוספת עמלות מחזור בשיעור 4%. במהלך חודש אוקטובר 2012, לאחר היעדרות בגין מחלה, שבה המערערת 1 לתפקידה כקופאית בשכר של 23 ש"ח לשעה בתוספת עמלות מחזור בשיעור 4%. היקף המשרה של המערערת 1 בשנה האחרונה להעסקתה עמד על 462%.

ב. המערער 2 עבד אצל המשיבה בתקופה מיום 1.10.2010 ועד יום 11.11.2012. החל לעבוד כקופאי בשכר של 22 ש"ח לשעה, בצירוף עמלות מחזור בשיעור של 2% וכן בונוס בוקר. בחודש ינואר 2011 החל לשמש כאיש מכירות במחלקת מטבח וטיפוח. לפני המעבר לתפקיד זה עבר המערער 2 חפיפה, שבמהלכה עמד שכרו השעתי על 25 ש"ח. עם התחלת תפקידו כאיש מכירות, שונה שכרו השעתי ל-15 ש"ח ובונוס קיבל עמלת מחזור בגובה 1% וכן עמלות בתעריפים משתנים בגין מכירת מוצרים (להלן – **עמלות מוצר**). היקף המשרה של המערער 2 בשנה האחרונה להעסקתו עמד על 57%.

ג. המערערת 3 עבדה אצל המשיבה בתקופה מיום 29.12.2010 ועד יום 31.12.2012. אף היא החלה את עבודתה במשיבה כקופאית בשכר של 22 ש"ח לשעה בתוספת עמלת מחזור בשיעור של 2% וכן בונוס בוקר. בחודש מרץ 2012 עלה שכרה של המערערת 3 ל-23 ש"ח לשעה. התשלום בגין עמלת המחזור נותר כשהיה. היקף המשרה של המערערת 3 בשנה האחרונה להעסקתה עמד על 45%.

ההליך בבית הדין האזורי

4. בסמוך לאחר סיום העסקתם הגישו המערערים תובענה נגד המשיבה בבית הדין האזורי ולצדה בקשה לאשרה כתובענה ייצוגית.

כתב התביעה

5. בתמצית, בכתב התביעה טענו המערערים כי המשיבה לא ביצעה הפקדות לביטוח הפנסיוני שלהם (להלן – **הפקדות פנסיוניות**) בגין **מלוא** רכיבי השכר שיש להפקיד בגינם לפנסיה. נטען כי בעת ביצוע ההפקדות לא לקחה המשיבה בחשבון את שעות העבודה שביצעו בימי מנוחה שבועית (להלן – **ימי מנוחה**), וזאת גם כאשר שעות

⁴ נתון זה וכן היקפי המשרה של המערערים 2 ו-3 שיובאו בהמשך לקוחים מתשובת המשיבה לבקשת האישור. לא נמצאו נתונים מטעם המערערים לעניין היקפי המשרה שלהם, למעט לגבי המערערת 3, שבתחשיב דמי החגים שצורף לבקשת האישור מצוין כי הוא עומד על 52% (נספח ט"ז 3 לבקשת האישור).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

העבודה הרגילות שלהם לא הגיעו להיקף של משרה מלאה, וכן את רכיבי השכר הבאים: בונוס בוקר, דמי מחלה, דמי חופשה ודמי מילואים.

ראש טענות נוסף מפי המערערים הוא כי המשיבה לא שילמה להם דמי חגים, וזאת בניגוד להוראת סעיף 7 לצו ההרחבה משנת 2000 שהרחיב על כלל המשק את ההסכם הקיבוצי הכללי (מסגרת) משנת 1995 (להלן – **צו דמי החגים**)⁵.

טענה נוספת הייתה בעניין העמלות שקיבלו המערערים. לדידם, היה על המשיבה לשלם להם את העמלות בהתאם לשיעורים המשתנים בגין שעות עבודה רגילות בתעריף של 100% ובגין עבודה בשעות נוספות ובימי מנוחה בשיעורים העולים על 100%. לשיטתם, מכירות שבוצעו בשעות נוספות היו אמורות לזכותם בתשלום עמלה מוגדלת כשיעור הגמול בעד עבודה בשעות נוספות (להלן – **עמלות ש"נ**) ומכירות שבוצעו בשעות המנוחה היו אמורות לזכותם בתשלום עמלה בשיעור של 150% (להלן – **עמלות מנוחה**).

6. ואלה הסכומים שתבע כל אחד מהמערערים בגין העילות הללו:

א. המערערת 1: 1,139 ₪ בעילת ההפקדות הפנסיוניות, 2,528 ₪ בעילת דמי חגים, 95 ₪ בעילת עמלות ש"נ ו-1,145 ₪ בעילת עמלות המנוחה.

ב. המערער 2: 2,897 ₪ בעילת ההפקדות הפנסיוניות, 4,825 ₪ בעילת דמי חגים, 635 ₪ בעילת עמלות ש"נ ו-6,314 ₪ בעילת עמלות המנוחה.

ג. המערערת 3: 828 ₪ בעילת ההפקדות הפנסיוניות, 1,791 ₪ בעילת דמי חגים, 205 ₪ בעילת עמלות ש"נ ו-1,069 ₪ בעילת עמלות המנוחה.

7. בנוסף לעילות המפורטות לעיל טענו המערערים כי לא ניתנו להם הודעות בכתב בדבר תנאי עבודתם, לא בתחילת עבודתם אצל המשיבה ולא עם שינויי תפקידיהם בה, וזאת בניגוד להוראות חוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה (תנאי עבודה והליכי מיון וקבלה לעבודה), התשס"ב-2002 (להלן – **חוק הודעה לעובד**). כמו כן העלו טענות פרטניות בנוגע לפיטורי המערער 2, אי תשלום פדיון חופשה למערערים ואי תשלום דמי הבראה למערערים 1 ו-2. בגין כל אלה נתבעו סכומים נוספים.

בקשת האישור

8. במקביל להגשת התובענה הגישו המערערים בקשה לאישור העילות הבאות כתובענה ייצוגית (להלן – **בקשת האישור**): עילת ההפקדות הפנסיוניות, עילת דמי

⁵ י"פ תש"ס, 4895, עמ' 4002 (21.6.2000). לשלמות התמונה יצוין כי צו זה החליף צו הרחבה קודם שחל על רוב המשק, אך לא על כולו.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

החגים ועילת העמלות. המערערים טענו כי התובענה עומדת בתנאי סעיף 3(א) לחוק והפנו בהקשר זה לפרט 10(1) לתוספת השנייה לחוק⁶. עוד טענו כי התובענה מבססת עילות תביעה אישיות ועומדת בתנאי סעיף 8(א) לחוק, דהיינו: מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו לטובת הקבוצה, ניהולה כתובענה ייצוגית יהא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין, וקיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב.

9. המערערים הגדירו את ה"קבוצה" לגבי כל אחת מהעילות בנפרד, כך:

א. הקבוצה המיוצגת לעניין ההפקדות הפנסיוניות: כלל עובדי המשיבה שהועסקו בה מיום 1.1.2008 (עת הוחל צו ההרחבה לביטוח פנסיוני מקיף במשק (להלן – **צו הפנסיה**)); אשר השלימו שישה חודשי עבודה לפחות או היו מבוטחים בביטוח פנסיה בטרם החלו את עבודתם אצל המשיבה ולא בוצעו להם הפקדות פנסיוניות החל מיום עבודתם הראשון בהתאם לשיעורים הקבועים בצו הפנסיה.

ב. הקבוצה המיוצגת לעניין דמי החגים: כלל עובדי המשיבה בשבע השנים שקדמו למועד הגשת בקשת האישור אשר השלימו לפחות שלושה חודשי עבודה אצל המשיבה.

ג. הקבוצה המיוצגת לעניין עמלות ש"נ: כלל עובדי המשיבה שביצעו שעות נוספות בשבע השנים שקדמו להגשת בקשת האישור.

ד. הקבוצה המיוצגת לעניין עמלות מנוחה: כלל עובדי המשיבה אשר עבדו בשבתות ובחגים בשבע השנים שקדמו להגשת בקשת האישור.

10. הסעדים שהתבקשו במסגרת בקשת האישור הם אלה:

- לעניין ההפקדות הפנסיוניות: לחייב את המשיבה לקיים את הוראות צו הפנסיה החל מחודש ינואר 2008 ולכלול בשכר הקובע שעות עבודה בימי מנוחה, בונוס בוקר, דמי מילואים, דמי מחלה ודמי חופשה. בהתאם לחייב את המשיבה לשלם לכל חברי הקבוצה את סכומי ההפקדות במלואם. לחלופין, לשלם לכל חברי הקבוצה כפיצוי את הסכום שאמור היה להיות מופקד בתוספת ריבית והצמדה

⁶ זו לשון פרט 10(1) לתוספת השנייה: "תביעה בעילה אשר לבית דין אזורי לעבודה הסמכות הייחודית לדון בה לפי סעיף 24(א1), (א1) או (3) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, ובלבד שלא נדרש במסגרתה סעד של פיצויי הלנת קצבה, פיצויי הלנת שכר או פיצויי הלנת פיצויי פיטורים לפי הוראות סעיפים 16, 17 ו-20 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958".

⁷ המערערים הפנו לצו הרחבה לביטוח פנסיוני מקיף במשק (י"פ התשס"ח, 5772, עמ' 1736). צו הרחבה זה בוטל ביום 11.9.27 במסגרת צו הרחבה [נוסח משולב] לפנסיה חובה (י"פ התשע"א, 6302, בעמ' 6938). לענייננו, אין כל הבדל בין שני הצווים משנוסח סעיפים 6(ב) ו-6(ג), לעניין השכר המבוטח זהה בשני הצווים.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

- מיום ההפרה הראשון. המערערים העמידו את סכום התביעה הכולל ברכיב זה על 1,713,277 ₪.
- לעניין דמי החגים: לחייב את המשיבה לקיים את הוראות צו דמי החגים ולשלם לכל חברי הקבוצה דמי חגים, וכן לחייב את המשיבה לשלם דמי חגים גם עבור ביצוע עבודה בחג עצמו. המערערים העמידו את סכום התביעה הכולל ברכיב זה על 5,236,655 ₪.
 - לעניין עמלות ש"נ: לחייב את המשיבה לכלול את רכיב העמלות ב"שכר הרגיל", כהגדרתו בסעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 (להלן בהתאמה – **חוק שעות עבודה ומנוחה**), ובהתאם לשלם לכל חברי הקבוצה את סכומי העמלות בשיעור 125% עבור כל שעות העבודה הנוספות. המערערים העמידו את סכום התביעה הכולל ברכיב זה על 353,474 ₪.
 - לעניין עמלות מנוחה: לחייב את המשיבה לכלול את רכיב העמלות ב"שכר הרגיל", כהגדרתו בסעיף 18 ובהתאם לשלם לכל חברי הקבוצה את סכומי העמלות בשיעור 150% עבור כל שעות העבודה בימי מנוחה. המערערים העמידו את סכום התביעה הכולל ברכיב זה על 1,446,360 ₪.
 - עוד ביקשו המערערים להורות למשיבה לפרט את העמלות בתלושי השכר. יצוין כבר עתה כי סעד זה לא עלה במסגרת הערעור לפנינו ולפיכך לא נפרט עוד לגביו.
11. לתמיכה בבקשת האישור הציגו המערערים, בין היתר, תלושי שכר שלהם, פירוט סניפים של המשיבה וטבלאות חישוב שונות לגבי כל אחת מהעילות. כמו כן צירפו חוות דעת של רואה החשבון מר חיים אביגל, אביה של המערערת 1 (להלן – **רו"ח אביגל**), שבה מוסבר כיצד נערכו החישובים השונים בכל עילה וההערכה ביחס למספר עובדי המשיבה. סכום התובענה הייצוגית הועמד על סך כולל של 8,749,766 ₪.

תשובת המשיבה לבקשת האישור

12. בתשובתה לבקשת האישור דחתה המשיבה, ככלל, את טענות המערערים הן לגופן של העילות השונות והן מהטעם שהבקשה אינה עומדת בתנאים הקבועים בחוק לאישורה כייצוגית: למערערים אין עילת תביעה אישית; הם אינם מייצגים את רוב עובדי המשיבה – בהינתן המאפיינים הייחודיים של סניף הדיוטי פרי; ניהול ההליך כתובענה ייצוגית לא יהיה הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת, בין היתר בשל חישובים פרטניים מורכבים שיהיה צורך לעשותם; ואין לומר שהתביעה תנוהל על



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

ידי המערערים בדרך הולמת ובתום לב. עוד נטען כי הבקשה אינה עומדת בתכלית החוק, במובן זה שעובדי המשיבה אינם בגדר אוכלוסיה הסובלת מנגישות נמוכה לערכאות משפטיות המתקשה לפנות לבית הדין. עוד ציינה המשיבה כי המערערים לא פנו אליה לפני הגשת בקשת האישור, וזאת בניגוד לפסיקה⁸. בנוסף טענה המשיבה כי למערערים וליתר העובדים הובטח כי שכרם לא יפחת משכר מינימום, כי בפועל שכרם השעתי עלה בהרבה על שכר המינימום וכי בניגוד לטענות המערערים, הם חתמו על הסכמי עבודה המהווים הודעה לעובד כנדרש בחוק הודעה לעובד.

13. לעניין ההפקדות הפנסיוניות נטען, בין היתר, כי אין לכלול את בונוס הבוקר בשכר הקובע לצורך חישוב ההפקדות הפנסיוניות שכן זה שולם כתוספת על השכר הרגיל של העובדים שהיו זכאים לו, ולא כחלק ממנו. לעניין ההפקדות הפנסיוניות בגין דמי חופשה, מילואים ומחלה טענה המשיבה כי אם לא נעשתה הפקדה בגין רכיבים אלו כראוי, הרי שמדובר בטעות נקודתית שמקומה להתברר בגדרי תביעתם האישית של המערערים ולא במסגרת תובענה ייצוגית. בנוסף, חרף העובדה שהמערערים הועסקו אצל המשיבה לתקופה של כשנתיים, הרי שבמסגרת בקשת האישור עתרו לחיוב המשיבה לתקופה של שבע שנים טרם הגשת הבקשה. ביחס לשעות העבודה בימי מנוחה, טענה המשיבה כי אמנם שעות אלו לא נלקחו בחשבון לצורך ביצוע ההפקדות הפנסיוניות, אלא שחלקן של שעות אלו מתוך כלל שעות העבודה של המערערים היה נמוך מאוד, והיווה כ-10% בלבד מהיקף משרתם, ועל כן דינן של הטענות לאי ביצוע הפקדות פנסיוניות בגין שעות אלו להתברר במסגרת תובענה פרטית. עוד נטען כי בחלק מהתקופה הרלוונטית ביצעה המשיבה לעובדיה הפקדות פנסיוניות בגין שעות עבודה בימי מנוחה.

14. לעניין דמי החגים טענה המשיבה, בין היתר, כי המערערים אינם עומדים בתנאי הזכאות לתשלום דמי חגים מששוכצו למשמרות בהתאם לבקשותיהם ומשאינם עומדים בתנאי של עבודה ביום שלפני החג וביום שאחריו. המשיבה הבהירה כי בימי חג שבהם המערערים כן עבדו, שולם להם גמול מלא כדין וכי בניגוד לטענתם הם אינם זכאים לתשלום דמי חגים בנוסף לתשלום שקיבלו עבור עבודתם בימי חג.

15. המשיבה הוסיפה כי עמלות המכירה אשר שולמו למערערים אינן חלק מ"השכר הרגיל" כהגדרת מונח זה בסעיף 18 ואף אין לראות בהן כשכר לפי כמות התוצרת, כאמור בסעיף 16 לחוק שעו"מ. עוד נטען כי החלת חוק שעו"מ לגבי רכיב העמלות

⁸ ע"ע (ארצי) 12842-07-10 אייל – הוט מערכות תקשורת בע"מ (9.6.2011) (להלן – עניין הוט). עתירה לבג"ץ נדחתה בג"ץ 5183/11 אייל נ' בית הדין הארצי לעבודה (20.12.2011).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

- לא מגשימה את מטרת משפט העבודה, במיוחד בשים לב למתכונת ההעסקה של המערערים – צעירים המועסקים בגמישות, בשעות משתנות, בהיקף משתנה וחלקי, שבחרו את סידור העבודה שלהם ואף העדיפו לעבוד בימי שבת וחג. טענה נוספת לעניין עילת העמלות היתה כי אין לאשרה כייצוגית, ודאי לא לתקופה של 7 שנים לפני הגשת בקשת האישור, שעה שמדובר בסוגיה שלא הוכרעה בפסיקה מחייבת של בית הדין הארצי (פסק הדין בעניין **קסטרו בארצי** ניתן בשעה שהתיק דן היה מצוי כבר בשלב הערעור). אף מבחינה מעשית, הוסיפה המשיבה, לא ניתן להפריד, לעניין העמלות, בין שעות רגילות לשעות נוספות או שעות מנוחה.
16. מעבר להתייחסות הפרטנית לכל אחת מהעילות עמדה המשיבה על מתכונת ההעסקה של המערערים – צעירים המועסקים בגמישות, בשעות משתנות, בהיקף משתנה וחלקי, שבחרו את סידור העבודה שלהם ואף העדיפו לעבוד בימי שבת וחג, ועל המאפיינים הייחודיים של סניף הדיוטי פרי. כך, למשל ציינה כי עילת עמלות המנוחה עשויה להיות רלוונטית רק לעובדי סניף הדיוטי פרי, שכן רק 10 מתוך 60 סניפי הרשת פתוחים בשבת וכי 9 מהסניפים הפתוחים בשבת מעסיקים ביום זה עובדים שהשבת אינה יום המנוחה השבועי שלהם. בהתייחס לסניף הדיוטי פרי נטען כי רק חלק מעובדי הסניף עבדו בשבת, וזאת לבקשתם. עוד נטען כי בחלק מסניפי המשיבה הפתוחים בשבת, השכר בגין העבודה בשבת הוא בשיעור של 200%, כלומר גבוה מהשיעור המינימלי ההכרחי על פי חוק שעו"מ (150%). עוד הטעימה המשיבה כי שעות המשמרות בסניף הדיוטי פרי היו שונות מהנהוג בכל שאר סניפי הרשת וכי היקף המשרות של רוב העובדים בסניף זה היה חלקי וערך שעת העבודה היה, על פי רוב, גבוה בהרבה מערך שעת מינימום ועמד על סך של כ-50 ש, כפול מערך השעה ששולם לעובדי המשיבה בשאר סניפי הרשת.
17. המשיבה ציינה, במסגרת טענותיה בעילת העמלות, כי בכל משמרת ניתנה לכל עובד הפסקה בת חצי שעה שלא קוזזה משכרם וכי עומדת לה טענת קיזוז בהיבט זה.
18. לתמיכה בטענותיה צירפה המשיבה, בין היתר, 4 תלושי שכר שלטענתה מלמדים על פירוט אחוזי העמלות (נספח י"ד לבקשה); 13 תלושי שכר שלטענתה מלמדים על ביצוע הפקדות פנסיוניות בגין הרכיבים הנזכרים בבקשת האישור (נספח ט"ו לתשובה); 7 תלושי שכר שלטענתה מעידים על ביצוע הפקדות פנסיוניות בגין עבודה במנוחה השבועית (נספח ט"ז לתשובה); 8 תלושי שכר שלטענתה מעידים על תשלום דמי חגים (נספח י"ז לתשובה).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

הבקשה לגילוי מסמכים וההחלטה בה

19. ביום 14.8.14, כ-8 חודשים לאחר ישיבת קדם המשפט, הגישו המערערים בקשה למתן צו גילוי ועיון במסמכים (להלן – **הבקשה לגלמ"ס**). המערערים ביקשו כי בית הדין יורה למשיבה לגלות תלושי שכר מלאים עבור כל תקופת העבודה של העובדים אשר דוגמאות מתלושי השכר שלהם צורפו על ידי המשיבה כנספחים י"ד – י"ז לתשובתה לבקשת האישור וכן יורה לה לגלות דוחות נוכחות מלאים של אותם עובדים. את בקשתם נימקו המערערים בכך שהגילוי יסייע בחשיפת האמת ויפריך את ניסיון המשיבה להיתלות בתלושי שכר חריגים שאינם מייצגים את כלל עובדיה. המערערים פירטו קשיים שונים שמצאו בתלושי השכר הללו.

המשיבה התנגדה לבקשה בטענה שאינה עניינית, הוגשה בשיהוי ועלולה לפגוע בפרטיותם של צדדים שלישיים.

20. בית הדין האזורי דחה את הבקשה לגמל"ס תוך חיוב המערערים בהוצאות המשיבה בשיעור כולל של 3,000 ₪. נקבע כי הגם שהבקשה הוגשה בשיהוי לא מוצדק, היה מקום להיעתר לה אילו היה במסמכים המבוקשים לשפוך אור על השאלה אם נכון לנהל את התובענה כייצוגית, אולם לא זה המצב. בנוסף, הבקשה כוללנית ועלולה להכביד על המשיבה שלא לצורך. וכך נכתב לעניין זה –

"ממה נפשך? יש להניח כי מדובר בעשרות עובדים, הגם שאף אחד מהצדדים לא נקב במספר מדוייק או אפילו משוער, אשר עבדו ועדיין עובדים אצל המשיבה בעשרות סניפיה (גם מספר הסניפים המדוייק לא צויין ע"י מי מהצדדים) במשך השנים האחרונות. מכאן, שהיעתרות לבקשה משמעה כי על המשיבה לרכז נתונים רבים מאוד, שספק אם יש בהם כדי לעזור לבית הדין להכריע בשאלה האם התובענה ראויה להתברר כייצוגית."

בית הדין האזורי ציין כי כל אחד מהצדדים צירף תלושי שכר מטעמו לתמיכה בטענותיו, וקבע כך:

"די באלה ובאלה, בצירוף יתר המבחנים הנוהגים בבקשות לאישור על מנת להכריע, ואין בית הדין נדרש לקבל מידע לגבי כל אחד ממאות (או אלפי) עובדי המשיבה ממועד היווסדה ועד היום. אכן, ייתכן ותהיה לכך חשיבות לא מבוטלת אם וככל שהבקשה לאישור תתקבל ויהיה צורך לכמת את התובענה הייצוגית, ואולם, טרם הגיע זמנו של שלב זה ועל כן, איני רואה הצדקה, לעת הזו, להיעתר לבקשה."

21. בהמשך התקיימה ישיבת הוכחות שבמסגרתה נחקרו המערערים ורו"ח אביגל מטעמם, וכן נחקרה המצהירה מטעם המשיבה – גב' נירית מודן, סמנכ"לית סניף הדיוטי פרי (להלן – **גב' מודן**). לאחר שהוגשו סיכומי הצדדים ניתן פסק הדין.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

פסק דינו של בית הדין האזורי

22. כאמור לעיל, בית הדין האזורי דחה את בקשת האישור על כל ראשיה וחייב את המערערים בהוצאות המשיבה בשיעור של 5,000 ₪ כ"א. להלן נציין את קביעותיו בתמצית בלבד ופירוט הנימוקים ביחס לכל עילה שבה נכריע בפסק הדין החלקי ייעשה בפרק הדיון וההכרעה. וכך נפסק:
- א. עילת ההפקדות הפנסיוניות: אין לקבל את בקשת האישור בעילה זו, משאינה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, משתובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת ומשספק אם ביכולת המערערים לייצג בשם הקבוצה.
- ב. עילת דמי החגים: אין לקבל את בקשת האישור בעילה זו, משהמערערים לא זכאים לדמי חגים (בין אם עבדו בחג ובין אם לאו) ולכן לא מתקיימת עילת תביעה אישית.
- ג. עילת העמלות: יש לדחות את בקשת האישור אף בעילה זו, משלא הוכחה עילת תביעה אישית. נוכח קביעה זו מצא לנכון בית הדין האזורי להעיר שתי הערות וכן הוסיף דברים לעניין בונוס הבוקר בקשר לעילה זו.
- לאור המסקנה שאליה הגיע, שלפיה יש לדחות את בקשת האישור בנוגע לעילת העמלות, קבע בית הדין האזורי כי אין מקום לדון בבקשת המשיבה לקיזוז שעות ההפסקה.
- ד. בסיום דבריו ציין בית הדין האזורי כי יש להצר על כך שהמערערים לא פנו למשיבה לפני שהגישו את התובענה ואת בקשת האישור, בניגוד לנפסק בעניין **הוט**, שכן אילו היו עושים כך, יש להניח שהדבר היה מסייע ואולי מייתר חלק מהעניינים שעלו. בית הדין האזורי הבהיר כי החובה להקדים פנייה לבקשת האישור אינה תנאי שהציב המחוקק לאישור תובענה ייצוגית אולם היא נובעת מחובתם העקרונית של צדדים לתובענה ייצוגית להתנהלות ראויה ולהגינות ומעקרון היסוד בדבר חובת תום הלב, המוצא את ביטויו אף במסגרת סעיף 8(א)(4) לחוק.

הליך הערעור

23. המערערים לא השלימו עם פסק דינו של בית הדין האזורי ולא עם החלטתו בבקשה לגלמ"ס והגישו את הערעור דנן. לצד הערעור הגישו בקשה לעיכוב ביצוע תשלום ההוצאות שהוטלו עליהם במסגרת פסק הדין. בקשתם נדחתה בהחלטה מיום 12.3.17. לאחר שהתקיים הדיון בערעור הוגשו אסמכתאות נוספות וכן התבקשו



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

הצדדים להגיש התייחסותם לפסק הדין בעניין **קסטרו בארצי**, לגבי עילת העמלות, וכך עשו. עוד הגישו הצדדים התייחסותם לפסק הדין בעניין **איל"ן**⁹, לגבי עילת דמי החגים. להלן נפרוש את טענות הצדדים בערעור בתמצית בלבד. פירוט נרחב יותר ייעשה בהמשך.

נדגיש שוב, כי ההתייחסות מעתה ואילך תהיה לגבי עילת ההפקדות הפנסיוניות ועילת דמי החגים בלבד. הטענות הנוגעות לעילת העמלות יפורטו ויוכרעו בפסק דין נפרד ואזכורן להלן ייעשה רק אם הדבר נדרש.

טענות המערערים

24. המערערים טוענים כי פסק דינו של בית הדין האזורי שגוי הן בניתוח הראיות והן בהסקת המסקנות המשפטיות. להלן עיקר טענותיהם:
- א. שגה בית הדין האזורי בכך שלא נתן את המשקל הראוי להודאת המשיבה כי לא לקחה בחשבון, לעניין ההפקדות הפנסיוניות, את שעות העבודה במנוחה השבועית. המערערים מוסיפים כי קבלת בית הדין האזורי את שיטת המשיבה ביחס לכל הרכיבים בעילת ההפקדות הפנסיוניות, בהישען על תלושי השכר שהציגה, היא "עצימת עיניים" כלשונם, ומהווה "מתן לגיטימציה עודפת למשיבה", וזאת נוכח התהיות שהעלו אודות אותם תלושים.
 - ב. אין לקבל את התייחסותו של בית הדין האזורי אל מחדלה של המשיבה לכלול בהפקדות הפנסיוניות של המערערים את דמי החופשה, דמי המחלה ותגמולי המילואים, כאל "טעות נקודתית" הראויה להתברר במסגרת תביעות פרטיות. לדידם, הוכח שמחדל זה של המשיבה הוא עקבי ושיטתי.
 - ג. בית הדין האזורי שגה ביישום הוראותיו של צו דמי החגים. בית הדין האזורי פירש את הרציונל שבבסיס דמי החגים – שעובד שעתי לא ייפגע בשכרו בגין כך שלא עבד בימי חג – כתנאי נוסף לקבלתם, אף שהוא לא נזכר בצו עצמו, ויישומו למעשה, "גוזר כליה על תשלום דמי חגים".
 - ד. המאפיינים היחודיים של עובדי סניף הדיוטי פרי ומתכונת העסקתם השונה מזו של שאר עובדי המשיבה ביתר הסניפים, היו, לכל היותר, אמורים להוביל את בית הדין האזורי להגדרת תת קבוצה נוספת בגדרי בקשת האישור ולא לדחייתה כליל.

⁹ ע"ע (ארצי) 38313-03-18 איל"ן איגוד ישראלי לילדים נפגעים (ע"ר) – מוחדינוב (1.6.2020) (להלן – עניין איל"ן).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

25. אשר להחלטה בבקשה לגלמ"ס מבקשים המערערים, על יסוד הוראת תקנה 84 לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין), התשנ"ב – 1991 (להלן – **התקנות**), כי ייקבע שבטעות יסודה, משלא נלקחו במסגרתה בחשבון מחדלי המשיבה, וכי בהתאם יבוטל חיובם בהוצאותיה.

טענות המשיבה

26. המשיבה, מנגד, טוענת כי בדין דחה בית הדין האזורי את בקשת האישור וחזרה על נימוקי פסק הדין. המשיבה מדגישה כי המערערים לא עמדו בנטל המוטל עליהם בכל הקשור לאישורה של התובענה כייצוגית וכי ניהלו את ההליך כתובענה פרטנית מבלי שהוכחה ולו בראשית ראיה עילה ייצוגית. המשיבה טוענת כי למערערים לא קמה עילת תביעה אישית, כי לאור השוני בין הסניפים והעובדים לא מתעוררות שאלות משותפות והסיכוי שיוכרעו לטובת הקבוצה הוא קלוש. עוד נטען כי קביעת הסכום שיקבל כל אחד מבני הקבוצה תחייב עריכת בירור פרטני מורכב ולכן הליך ייצוגי אינו הדרך היעילה וההוגנת. טענה נוספת מפי המשיבה היא כי התובענה תנוהל בדרך הולמת ובתום לב. לעניין זה צוין כי מי שעומד מאחורי הגשת התובענה הוא רו"ח אביגל, שהוא "תובע ייצוגי סדרתי" ואשר בקשת האישור דנא היא החמישית שבה הוא נוטל חלק פעיל. עוד נטען כי על אף הוראת תקנה 84 לתקנות, הרי שלא ניתן בנסיבות התיק הספציפי, לערער כיום על החלטת בית הדין בבקשה לגלמ"ס, משקבלת הערעור בעניין זה תוביל לפתיחה מחודשת של ההליך. לדעת המשיבה, הפסיקה אף היא סייגה את תחולתה של תקנה 84 רק למקום שבו הערעור או ההשגה לא יגלו למפרע כי נוהל הליך ארוך לשווא.

על תובענות ייצוגיות

27. לפני שניכנס לעובי הקורה, נביא בקצרה ממש, מאחר שהדברים ידועים, את עיקרי המסגרת הנורמטיבית. התובענה הייצוגית היא כלי דינוני ייחודי, "המאפשר ליחיד להגיש ולנהל תביעה בשם קבוצה של נפגעים, שנזקו של כל אחד מהם הוא קטן באופן יחסי, כך שאין לו תמריץ לממש את עילת תביעתו בצורה עצמאית"¹⁰. התובענה הייצוגית נועדה לקדם מספר תכליות המעוגנות בסעיף 1 לחוק, כך:

¹⁰ ע"א 5378/11 פרנק נ' אולסייל (22.9.2014). ראו בהקשר זה גם את הפסיקה שקדמה לחקיקת חוק תובענות ייצוגיות: רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220 (2003) וכן ע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 784 (1996).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

"מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:

- (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;
- (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;
- (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;
- (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות."

28. לצד תכליותיה החשובות, בתובענה הייצוגית גלומות סכנות "ובכללן החשש ששימוש לא זהיר בה יביא את בעל הכיס העמוק לפשרה עם התובע לא משום שהוא מקבל את טענות התובע ומכיר באחריותו אלא רק במטרה להימנע מכל הכרוך בניהול התובענה הייצוגית"¹¹. כדי להתמודד עם סכנות אלה קבע המחוקק מנגנונים שונים "להבטחת שימוש זהיר בכלי זה"¹².

29. בשים לב לתכליות החוק ולעוצמתו, וכעולה מהוראותיו, תובענה ייצוגית מתנהלת בשני שלבים; בשלב הראשון נדונה הבקשה לאשר את התובענה כיייצוגית ובשלב השני מתנהלת התובענה הייצוגית גופה (כמובן רק אם התקבלה הבקשה בשלב הראשון). בפסיקה רבת שנים ועקבית נקבע כי שלב הדיון בבקשה לאישור "אינו המקום לבירור התביעה עד תום"¹³, אולם ראוי לערוך אותו "בזהירות מרובה וליתן את הרשות [לניהול התובענה כיייצוגית – א.א.]. רק במקרים המתאימים העונים על כל התנאים הדרושים"¹⁴. ואלה הם התנאים:

א. עילה מוכרת בדין – סעיף 3(א) לחוק: "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית..."

ב. עילת תביעה אישית – סעיף 4(א)1 לחוק (החלופה הרלוונטית לענייננו): אחד מהרשאים להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית הוא "אדם שיש לו עילה בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה". תנאי זה – עילת תביעה אישית של התובע המייצג – היה קיים עוד קודם לחקיקת החוק. כיום מאפשר סעיף 8(ג)2 לחוק החלפתו של התובע

¹¹ ע"ע (ארצי) 20139-09-15 מכבי שירותי בריאות – קוצ'ינסקי, בסעיף 5 לעמדת הח"מ וההפניות שם (26.6.2018) (עתירה לבג"ץ תלויה ועומדת – בג"ץ 6451/18 חיון נ' בית הדין הארצי לעבודה).

¹² שם, שם.

¹³ רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, בסעיף 10 לפסק הדין (26.4.2010) (להלן – עניין קו מחשבה). יושם אל לב כי חוק תובענות ייצוגיות נכנס לתוקפו אך לאחר שהוגשו הערעור ובקשות רשות הערעור בעניין קו מחשבה.

¹⁴ רע"א 6567/97 בזק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' עיזבון גת, פ"ד נב(2) 713, 720 (1998).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

המייצג¹⁵. עם זאת, אין לאפשר החלפת התובע הייצוגי במצב שבו הגיש בקשה לאישור בידועו כי לא עומדת לו עילת תביעה אישית¹⁶.
ג. תנאי סעיף 8(א) לחוק :

- (1) "התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;
 (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;
 (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;
 (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב."

30. אם כן, כפי שכתבנו לא מזמן¹⁷, "בבוא בית הדין להחליט אם לאשר תובענה כייצוגית, אם לאו, עליו להעמיד לנגד עיניו את תכליות החוק, הכוללות הגנה הן על האינטרסים של תובעים פוטנציאליים והן על האינטרסים של נתבעים פוטנציאליים, ולאזן ביניהן – 'למנוע אישורן של תובענות סרק, וזאת מבלי להרתיע תובעים מהגשת תובענות ייצוגיות צודקות'. מלאכת האיזון נעשית במסגרת בחינת התקיימותם של התנאים לאישור התובענה כייצוגית, כפי שפורטו לעיל". עוד יוזכר בקצרה כי בשלב הדיון בבקשה לאישור "לא נדרש בירור התביעה כולה, על כל הטענות שבה. על בית הדין לבחון את התקיימותם של התנאים הקבועים בחוק לאישור התובענה כייצוגית 'במידת הסבירות הראויה' ו'באופן לכאורי בלבד', מבלי להפוך את שלב הדיון בבקשת האישור לדיון בתובענה גופה"¹⁸. דהיינו, בכל הנוגע לרמת ההוכחה הנדרשת בבקשה לאישור, אין נדרש כי תוכח התובענה, אלא די בכך שבית הדין ישתכנע כי קיים סיכוי סביר שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה.

31. אשר לבקשות גילוי ועיון במסמכים בשלב הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, נציין כי בהתאם לתקנה 4(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות, התשי"ע-2010, על מבקש

¹⁵ ראו, בין היתר, רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, בסעיף 9 לפסק דינו של השופט אליעזר ריבלין (5.7.2012). ראו גם רע"א 2937/18 מכבי שירותי בריאות נ' המנוחה דובין ז"ל (26.5.2019), בסעיף 5 לפסק הדין.

¹⁶ ראו לעניין זה ע"ע (ארצי) 16621-02-17 ספרנסקי – נתן, המרכז הישראלי לרפואה סיעודית בע"מ (12.2.2019) (להלן – עניין ספרנסקי), בסעיפים 12 – 13 לפסק הדין וההפניות שם; ע"ע (ארצי) 58039-11-11 תורג'מן – שחק, אבטחה, שמירה ושירותי משרד בע"מ (31.12.2012) (עתירה לבג"ץ נדחתה – בג"ץ 62/13 תורג'מן נ' בית הדין הארצי לעבודה (28.1.2013)).

¹⁷ ע"ע (ארצי) 26328-09-14 הראל חברה לביטוח בע"מ – תותי אשבל (3.12.2019) (להלן – עניין תותי אשבל), בסעיף 24 לפסק הדין. הפניה להערת שוליים הושמטה מהציטוט. עתירה לבג"ץ נדחתה – בג"ץ 3420/20 תותי אשבל נ' בית הדין הארצי לעבודה (10.6.2020).

¹⁸ עניין תותי אשבל, בסעיף 64 לפסק הדין; מהציטוט הושמטו הפניות להערות שוליים. עוד לעניין טיב הבירור הנדרש בבחינת בקשה לאישור ראו שם, בסעיפים 60 – 64 וההפניות שם.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

הצו להראות כי המסמכים המבוקשים רלוונטים למחלוקת וכן (אם מבקש הצו הוא בעל הדין שהגיש את בקשת האישור) כי "העמיד תשתית ראייתית ראשונית להתקיימות התנאים לאישור התובענה כייצוגית... זאת על מנת להתמודד עם החשש פן הליכי הגילוי יהפכו ל'מסע דיג' שכל תכליתו השלמת בקשת אישור רעועה ובלתי מבוססת..."¹⁹. בפסיקה נקבע כי על מבקש הצו לעמוד "ביתר התנאים והמגבלות שחלים באופן כללי על הליכי גילוי מסמכים, ובכלל זה עליו להראות שהמסמכים מצויים ביזו או בשליטתו של בעל הדין שכלפיו מופנית הבקשה; כי מתן הצו המבוקש יביא לפישוט וייעול ההליכים; וכי לא יהיה בצו הגילוי משום הטלת עול בלתי סביר על הצד שכנגד"²⁰. הוטעם כי הזכות לגילוי ועיון במסמכים בשלב הדיון בבקשה לאישור היא מצומצמת ביחס להליכים אזרחיים אחרים, אולם "אין הדבר גורע מחשיבותם ותרומתם של הליכי הגילוי לשלב הדיון בבקשת האישור, בפרט בהינתן פערי הכוחות והמידע שבין הצדדים להליך הייצוגי... ולא פעם ההכרעה בבקשה לגילוי ועיון במסמכים עשויה להשליך על גורל ההליך הייצוגי כולו"²¹.

דיון והכרעה

32. לאחר שבחנו את טענות הצדדים לפנינו בכתב ובעל פה מצאנו כי דין הערעור להתקבל חלקית הן לגבי עילת ההפקדות הפנסיוניות והן לגבי עילת דמי החגים, והכל כפי שיובא להלן. לגבי כל אחת מהעילות בנפרד (פרט לעילת העמלות שתידון ותוכרע בפסק דין נפרד) יפורטו הקביעות והנימוקים של בית הדין האזורי, טענות הצדדים, עיקרי המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית ולבסוף – עמדתנו.

א. עילת ההפקדות הפנסיוניות

פסק דינו של בית הדין האזורי

33. כאמור לעיל, בית הדין האזורי דחה את בקשת האישור בעילת ההפקדות הפנסיוניות בנימוק שהבקשה אינה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, משתובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת ומשספק אם ביכולת המערערים לייצג בשם הקבוצה. וכך נימק בית הדין האזורי את קביעותיו:

¹⁹ רע"א 906/19 הוכברג נ' פרטנר תקשורת בע"מ (7.4.2020), בסעיף 9 לפסק הדין.

²⁰ שם, שם, וההפניות שם.

²¹ שם, שם.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

- א. לסניף הדיוטי פרי היו מאפיינים ייחודיים ולא ניתן ללמוד מהנעשה בו לנעשה ביתר הסניפים. כך, בונוס הבוקר שולם רק בסניף זה.
- ב. לא נסתרה טענת המשיבה שלפיה בסניפים אחרים שהיו פתוחים בשבת והועסקו בהם עובדים לא יהודים, בוצעו הפרשות לפנסיה בגין עבודה בשעות המנוחה. מתלושי השכר עולה כי המשיבה הפרישה עבור עבודה בשעות מנוחה, לעתים אף למעלה מהנדרש. התלושים מעידים על הפרשה ממלוא השכר, ואף אם הופרש למעלה מהנדרש, אין בכך כדי ללמד על חוסר מהימנותם וטענת המערערים בהקשר זה "לא הוכחה ולו בראשית ראיה".
- ג. חישובי המערערים שגויים, שכן החישובים לגבי המערער 2 התבססו על שכר הגבוה מהשכר הממוצע במשק, בניגוד להוראות צו הפנסיה.
- ד. לא הוכח שמוצדק לנהל את ההליך כייצוגי חלף תביעות פרטניות, משלא ניתן לקבוע כי כלל עובדי המשיבה זכאים לתשלום בגין הפקדות פנסיוניות שלא כדין ובדיקה של כל עובד בנפרד, בהתאם לסניף שבו הועסק ולשיטת התגמול בו, תסרביל את ניהול התובענה ולא תאפשר ניהולה כתובענה ייצוגית.
- ה. המערערים טענו שביכולתם לייצג בשם הקבוצה אך זו הוגדרה באופן שגוי ומהראיות עולה כי למערערים אין מידע לגבי תנאי ההעסקה ביתר הסניפים.
- ו. אמנם המשיבה הודתה באי ביצוע הפקדות לפנסיה לחלק מהמערערים, אלא ש"לא שוכנעתי כי המדובר היה בהתנהלות שיטתית" המצדיקה הליך ייצוגי.

טענות המערערים

34. המערערים טוענים כי הוכיחו את עילת ההפקדות הפנסיוניות על כל רכיביה וכי שגה בית הדין קמא בקביעותיו בעניין זה. לדבריהם, המשיבה הודתה באי ביצוע הפקדות פנסיוניות עבורם בגין דמי מחלה, חופשה ותגמולי מילואים וכן באי ביצוע הפקדות לפנסיה בגין שעות עבודה בימי מנוחה. כמו כן, הנתונים שהוצגו מצביעים בבירור על הפרות שיטתיות ואי ביצוע הפרשות כדין הן לגבי עובדי סניף הדיוטי פרי והן לגבי עובדי סניפים אחרים והדבר עולה אף מעדות גבי מודן. לדברי המערערים, המשיבה עצמה ציינה (לתמיכה בטענתה שעובדיה לא מתקשים לגשת לערכאות ולכן אין צורך בהליך ייצוגי) שמתנהלות נגדה 9 תביעות אישיות מצד עובדים לשעבר, חלקן בעילות הנכללות בבקשת האישור, והדבר מחזק את טענת המערערים להפרה שיטתית.
- עוד נטען כי לא היה מקום לקבל את תלושי השכר החריגים שהציגה המשיבה ואת הסבריה לגביהם, שלפיהם ביצעה עבור עובדיה הפרשות בסכומים העולים על



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

הנדרש, לעתים באלפי ש"ח, שהרי מדובר בחברה מסחרית שמטרתה השאת רווחים. בנוסף, התלושים שצורפו להפרכת הטענות הנוגעות לאי ביצוע הפרשות בגין בונוס בוקר, מחלה, חופשה ומילואים (נספח ט"ו לתשובת המשיבה לבקשת האישור) מלמדים על נתק מוחלט בין רכיבי השכר לסכום הקובע להפרשה, מה עוד שמדובר ב-13 תלושי שכר בלבד, כולם משנת 2010 ורק מסניף הדיוטי פרי. בנוסף, לא צורפו כלל התלושים של כל עובד שתלוש שכר שלו צורף ולא ניתן לבחון אם ההפקדות שהמשיבה טוענת שבוצעו אמנם נעשו באופן עקבי. יתרה מכך, עיון בתלושים שצירפה המשיבה בעילת ההפקדות הפנסיוניות (נספחים ט"ו וט"ז) מעלה כי בחישוב מצטבר, ההפרשה מתחילת השנה בוצעה בחסר. גם התלושים שצירפה המשיבה לעניין ההפקדות בגין שעות עבודה בימי מנוחה (נספח ט"ז) הם 7 בלבד, מתוכם 4 של עובדים בסניפים שכלל אינם פתוחים בשבת, ואין בכלל ה-7 ולו אחד מסניף הדיוטי פרי. יש בכך הוכחה להפרה שיטתית לכל הפחות בנוגע לעובדי הסניף. זאת ועוד. 7 התלושים הללו מעידים על אי ביצוע הפרשות בגין שעות עבודה בימי מנוחה שכן עולה מהם שלא נלקחו בחשבון שעות העבודה בתעריף 150%, שלא הוכח כי בוצעו שלא בימי מנוחה.

35. טענות נוספות מפי המערערים: לא היה מקום לדחות את בקשת האישור בנימוק שלסניף הדיוטי פרי מאפיינים מיוחדים; לא היה מקום לקבוע שהשגגה בחישובים שהציגו ביחס למערער 2 – אם בכלל יש כזו – מצדיקה את דחיית בקשת האישור, שכן שגיאה כאמור אינה מהותית ביחס לתובענה כולה, אין בה כדי להשליך על בקשת האישור והחישובים ממילא ניתנים לשינוי עם התקדמות ההליך; לא היה מקום לקבוע שהקבוצה הוגדרה באופן שגוי, שכן הוצגו חישובים מפורטים תוך הפרדה בין כלל עובדי המשיבה לעובדי הסניף; לא היה מקום לדחות את בקשת האישור בנימוק של צורך בעריכת חישובים פרטניים, שכן עובדי המשיבה מועסקים בתנאי שכר דומים (שכר יסוד ועמלות מחזור) ושינויים בשכר השעתי ובשיעור העמלה הם שינויים טבעיים בכל גוף גדול ואין מדובר בחישובים מורכבים; לא היה מקום לקבל את גרסת המשיבה לעניין העסקת עובדים שאינם יהודיים בסניפים הפתוחים בשבת, משלא הוצגה כל ראיה לעניין זה ומכל מקום גם עובדים אלה זכאים ליום מנוחה כך שטענת המשיבה בעניין זה כלל אינה רלוונטית. עוד העלו המערערים טענות פרטניות הנוגעות לאי ביצוע הפרשה לפנסיה בגין פדיון חופשה למערערת 1 בחודש יוני 2012 ולאופן חישוב השכר של המערער 2.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

טענות המשיבה

36. המשיבה מצדה תומכת טענותיה בקביעות בית הדין האזורי ונימוקיו וחוזרת על הטענות שהעלתה בפניו, במיוחד בסיכומיה. הודגש שההליך נוהל על ידי המערערים כתובענה פרטנית מבלי שהוכחה ולו בראשית ראייה עילה ייצוגית. עוד נטען כי המערערים אישרו שהיו בידם תלושי שכר של עובדים נוספים מסניף הדיוטי פרי אך אלה לא הוצגו ואותם עובדים לא התייצבו להעיד, ויש לזקוף זאת לחובת המערערים. מנגד, תלושי השכר שהציגה המשיבה מפריכים את טענת המערערים לקיומה של קבוצה בכל אחד מרכיבי עילת ההפקדות הפנסיוניות. בנוסף, הסיכוי שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה הוא קלוש, לאור טענת הקיזוז שהעלתה בנוגע לזמני ההפסקות; סכום התביעה לכל אחד מבני "הקבוצה" ידרוש בירור פרטני נרחב בשל השוני בין הסניפים ובין העובדים ולכן תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת לבירור. עוד מדגישה המשיבה שמי שעומד מאחורי בקשת האישור הוא רו"ח אביגל, אביה של המערערת 1, שהוא "תובע ייצוגי סדרתי" שמטרתו זכייה בכספים ולא דאגה לזכויות העובדים. בנוסף, המערערים לא פנו אל המשיבה לפני פנייתם לבית הדין, בניגוד לפסיקה. לאור כל אלה בדין נקבע כי לא הוכחו תנאי סעיף 8(א) לחוק.

37. עוד טוענת המשיבה: הוכח כי ביתר הסניפים שהיו פתוחים בשבת בוצעו הפרשות לפנסיה בגין עבודה בימי מנוחה ואף ביתר; בדין נקבע כי לא הוכח חוסר מהימנות התלושים שהציגה. לא נפל בתלושים אלה כל דופי ומעדות גבי מודן עולה כי המשיבה ביצעה הפרשות לפנסיה כדין; בדין נקבע כי חישובי המערערים שגויים וכי לאור זאת שהמערערים לא עמדו על ההבדלים בין הסניפים השונים לא ניתן לומר שהוכח קיומה של קבוצה; הוכח ששעות העבודה של המערערים בימי מנוחה היו בהיקף שולי; יש לדחות את טענת המערערים שלפיה המשיבה הודתה באי ביצוע הפרשה בגין שעות עבודה בימי מנוחה לגבי כלל העובדים. להיפך. הוכח שהמשיבה מבצעת הפקדות כדין ואף ביתר; סניף הדיוטי פרי הוא הסניף היחיד של המשיבה שבו הועסקו עובדים יהודיים בימי השבת ומשכך לא קיימת קבוצה בעילה זו; אף אם ימצא כי לחלק מהעובדים קמה זכאות בעילת ההפקדות הפנסיוניות, הרי שיידרש ביצוע חישוב מדויק ופרטני לגבי כל עובד, שיצריך בדיקות מורכבות ומסרבלות ולכן הליך ייצוגי אינו הדרך היעילה וההוגנת להכרעה; המערערים לא פנו לעובדים מסניפים אחרים לפני פנייתם לבית הדין האזורי והם מתיימרים לייצג את כלל עובדי המשיבה מבלי שנערכה על ידם ולו בדיקה מינימלית.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

עילת תביעה אישית

38. תחילה נבחן אם למערערים עילת תביעה אישית ביחס לכל אחד מהרכיבים שלגביו טענו כי לא הופרשו בגינו הפקדות לפנסיה. לשם כך נפתח בהצגת המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית.

39. סעיף 6(ב) לצו הפנסיה קובע כי "השכר המבוטח של העובד לצורך ביצוע ההפרשות הוא, שכר העובד ורכיביו כמשמעם בחוק ובתקנות פיצויי פיטורים עד התקרה המפורטת בסעיף קטן ג'". סעיף קטן (ג) קובע כי "חובת הביטוח הפנסיוני תחול על השכר המשולם לעובד, או השכר הממוצע במשק כפי שיעודכן מזמן לזמן, הנמוך מבין השניים".

סעיף 13 לחוק פיצויי פיטורים קובע כך:

"שר העבודה באישור ועדת העבודה של הכנסת, יקבע בתקנות, דרך כלל או לסוגים, את המרכיבים של שכר העבודה הכולל שיובאו בחשבון שכר העבודה לענין פיצויי פיטורים..."

וזה לשון תקנה 1 לתקנות פיצויי פיטורים (חישוב הפיצויים והתפטרות שרואים אותה כפיטורים), התשכ"ד-1964 (להלן – **תקנות פיצויי פיטורים**):

"(א) הרכיבים שיובאו בחשבון שכר העבודה לענין תקנות אלה הם:

(1) שכר יסוד;

(2) תוספת ותק;

(3) תוספת יוקר המחיה;

(4) תוספת משפחה.

(ב) נכללת בשכר עבודה תוספת מחלקתית או תוספת מקצועית, יראו תוספות אלה כחלק משכר היסוד.

(ג) לא היה שכר העובד משתלם לפי הרכיבים המנויים בתקנות משנה (א) או לפי חלק מהם, יובא בחשבון שכרו שכר העבודה הרגיל ללא תוספות."

כלומר, לענין פיצויי פיטורים – ובהתאם לאמור בסעיף 6(ב) לצו הפנסיה, גם לענין הפרשות לפנסיה – יש לקחת בחשבון רק רכיבים ששולמו לעובד, שהם חלק משכר העבודה הרגיל שלו ואינם בבחינת "תוספת" (שאינה תוספת ותק, יוקר או משפחה). בפסיקה רבת שנים ועקבית של בית דין זה נקבע כי האבחנה בין שכר עבודה רגיל ובין תוספת נעשית על פי מהות התשלום ולא על פי הכינוי שניתן לו וכי תשלום הניתן לעובד ללא כל תנאי נוסף מעבר לעבודתו הרגילה, מהווה חלק משכרו הרגיל²².

²² ע"ע (ארצי) 55550-09-14 בן אלי – קומבה בע"מ (24.9.2017), בסעיף 22 לפסק הדין וההפניות שם; ע"ע (ארצי) 13565-09-11 אורן – קבוצת אשטרום בע"מ (1.3.2015), בסעיף 9 לפסק הדין וההפניה שם.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

40. לגבי רכיבי שכר מסוימים בית הדין לא נדרש לבחון אם מדובר בשכר עבודה, אם לאו, שכן הדבר קבוע בחיקוקים שונים. כך, ולענייננו: סעיף 7 לחוק דמי מחלה, התשל"ו-1976²³, קובע כי "דין דמי מחלה המשתלמים מאת מעסיק כדין שכר עבודה לכל דבר"; וסעיף 17 לחוק חופשה שנתית, התשי"א-1951, קובע כי "דמי חופשה, פדיון חופשה ותמורת חופשה, דינם לכל דבר כדין שכר עבודה". כל שיש לבחון הוא אם יש לקחת בחשבון את רכיבי השכר הללו לצורך חישוב פיצויי הפיטורים. אשר לימי חופשה בתשלום כבר נפסק כי "חופשה (חופשת מנוחה/ שנתית, חופשת מחלה, ימי בחירה או חופשת חג) בתשלום היא חלק מתקן משרתו של עובד"²⁴ ומכאן כי ימי מחלה וימי חופשה בתשלום יש לקחת בחשבון לעניין חישוב פיצויי הפיטורים שהוא זכאי להם. בהתאם, ועל פי הוראת סעיף 6(ב) לצו הפנסיה, יש לבצע הפקדה לקרן הפנסיה גם עבור דמי מחלה ודמי חופשה.
41. אשר לתגמולי המילואים – סעיף 283 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, שעניינו המשך תשלומים לקופות ולקרנות במהלך שירות מילואים של עובד, קובע כי "מעביד ועובדיו, או מעביד בלבד, שנהגו לשלם תשלומים לקופת תגמולים או לקופת פנסיה או לקופה או לקרן כיוצא באלה, יהיו המעביד והעובד הזכאי לתגמול לפי פרק זה, או המעביד בלבד, הכל לפי הענין, חייבים להמשיך לשלם תשלומים לאותה קופה או לאותה קרן בעד פרק הזמן שהעובד שירת במילואים, כאילו העובד לא שירת במילואים והוסיף לעבוד". כלומר, בגין תקופה שבה שירת עובד במילואים, יש להמשיך ולהפקיד כספים לפנסיה, וזאת לגבי רכיבי השכר הפנסיוניים.
42. כך הדבר אף באשר לתשלום בגין עבודה המבוצעת בימי המנוחה השבועית, שאינה עבודה בשעות נוספות, שלא יכול להיות חולק כי הוא מהווה שכר עבודה בעד העבודה הרגילה, וזאת ביחס לשכר הבסיס, ללא הגמול בגין העבודה בשעות המנוחה השבועית.
43. אשר לבונוס בוקר – זה שולם לעובדי המשיבה עבור ביצוע משמרות מסוימות בלבד. כלומר, הוא הותנה בתנאי – אם עובד שובץ למשמרת בוקר והתייצב אליה, הוא זכאי לבונוס בוקר, ולהיפך. לפיכך, על פי טיבו זה של בונוס הבוקר יש לראותו לכאורה כ"תוספת" אמיתית שאינה חלק מהשכר הרגיל ולפיכך אין חובה לבצע בגינו הפרשה לפנסיה. על כל פנים, לא הוכח במידת ההוכחה הנדרשת בשלב

²³ לא נטען בענייננו כי חל על העסקת המערערים הסכם קיבוצי כלשהו באופן המוציאם מתחולת חוק דמי מחלה (ראו קביעת הזכות לדמי מחלה בסעיף 2 לחוק דמי מחלה וכן הגדרת "עובד" בסעיף 1 לחוק זה).

²⁴ ע"ע (ארצי) 10-11-19734-מדינת ישראל – הרשקוביץ, בסעיף 44 לפסק הדין (7.9.2014).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

- הבקשה לאישור כי יש סיכוי גבוה לראות ברכיב זה שכר שיש להביאו בחשבון המשכורת הקובעת לפי תקנות פיצויי פיטורים.
44. העולה מהאמור עד כה – לא הוכח כי על המשיבה, כמעסיקה, חלה חובה לבצע עבור עובדיה הפרשות לפנסיה בגין תשלומים ששולמו להם כבונוס בוקר. לפיכך, נדחה **ערעור המערערים בנוגע לעילת אי ביצוע הפקדות פנסיוניות בגין בונוס בוקר**. מנגד, על המשיבה חלה חובה לבצע עבור עובדיה הפרשות לפנסיה בגין שעות עבודה שביצעו בימי המנוחה ושאינן שעות נוספות (ביחס לשכר הבסיס, ללא הגמול בגין העבודה בשעות המנוחה השבועית), וכן בגין דמי מחלה, דמי חופשה (להבדיל מפדיון חופשה) ותגמולי מילואים. בהתאם יש לדחות את הטענה שהעלתה המשיבה בסיכומיה בערעור, שלפיה למערערים לא קמה עילת תביעה אישית "בכל הנוגע לרוב הרכיבים הנטענים על ידם לאור העדר חובה על פי דין לבצע הפרשות סוציאליות מרוב הרכיבים הנטענים" (הדגשה בקו תחתון במקור – א.א.).
45. האם הפרה המשיבה את חובתה האמורה כלפי המערערים? מניתוח הנתונים בתלושי השכר של המערערים עולים, לכאורה, וברמת ההוכחה הנדרשת בבקשה לאישור, הנתונים הבאים: למערכת 1 לא בוצעו הפקדות לפנסיה בגין דמי מחלה ששולמו לה בחודשים פברואר ומאי 2012 ולא בוצעו הפקדות לפנסיה בגין רכיב שכונה בתלושי השכר "פדיון חופשה" בחודשים יוני ודצמבר 2012; למערער 2 לא בוצעו הפקדות לפנסיה בגין תגמולי המילואים בחודשים אפריל²⁵ ויולי 2011 ומאי 2012 (וברי כי חלק מתגמולי המילואים הוא בגין רכיבי שכר פנסיוניים), ולא בוצעו הפקדות לפנסיה בגין רכיב שכונה בתלושי השכר "פדיון חופשה" בחודשים פברואר ונובמבר 2012; למערכת 3 לא בוצעו הפקדות לפנסיה בגין רכיב שכונה בתלושי השכר "פדיון חופשה" בחודשים יולי ודצמבר 2012; לאף אחד מהמערערים, בכל תקופות עבודתם, לא בוצעו הפקדות פנסיוניות בגין שעות עבודה בימי מנוחה (שבת וחג) שאינן שעות נוספות.
46. המשיבה אישרה, ככלל, הן בכתבי הטענות שהגישה והן בחקירת המצהירה מטעמה, כי לא ביצעה עבור המערערים הפקדות כאמור. אשר לאי ביצוע הפקדות פנסיוניות בגין שעות עבודה בימי מנוחה טענה המשיבה כי היקף שעות העבודה שביצעו המערערים בימי מנוחה הוא שולי ונע בין 10% ל-14% מהיקף שעות העבודה שלהם וגבי מודן אישרה בחקירתה כי המשיבה לא הפרישה עבור שעות

²⁵ חודש זה לא נתבע על ידי המערערים ולא נזכר על ידם בהקשר של אי ביצוע הפרשות לפנסיה בגין תגמולי המילואים של המערער 2 (ראו סעיף 87 לכתב התביעה וסעיף 76 לבקשת האישור), אבל כך עולה מתלושי השכר שלו שצורפו לבקשת האישור.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

אלה²⁶. אשר לדמי מחלה, רכיבי שכר המכונים בתלושי השכר "פדיון חופשה" ותגמולי מילואים אישרה המשיבה כי לא ביצעה בגין רכיבים אלה הפרשות לפנסיה עבור המערערים, אך טענה כי מדובר בטעויות נקודתיות הראויות להתברר במסגרת תביעותיהם הפרטניות של המערערים.

47. לאור הממצאים העולים מתלושי המערערים כאמור לעיל, משברי כי אין בטענות המשיבה לטענות כדי לקבוע שההפרשות למערערים בוצעו על ידה כדין (אלא להיפך) ומשאין חולק כי חובת ביצוע ההפקדות לפנסיה בגין שעות עבודה בימי מנוחה שאינן שעות נוספות (או בגין כל רכיב אחר) אינה תלויה במספרן או בשיעורן ביחס ליתר שעות העבודה – יש לקבוע, ברמת הוודאות הנדרשת להליך זה, כי: לכל אחד מהמערערים קמה עילת תביעה אישית בעילת אי ביצוע הפקדות לפנסיה בגין שעות עבודה בימי מנוחה שאינן שעות נוספות (ביחס לשכר הבסיס, ללא התמורה בגין העבודה בשעות המנוחה השבועית), למערערת 1 קמה עילת תביעה אישית בעילת אי ביצוע הפקדות לפנסיה בגין דמי מחלה; ולמערער 2 קמה עילת תביעה אישית בעילה של אי ביצוע הפקדות לפנסיה בגין תגמולי מילואים.

48. אשר לרכיב שכונה בתלושי השכר "פדיון חופשה" – אנו מבקשים לציין כבר בשלב זה כי בהקשר של חובת ההפקדה לפנסיה יש להבחין בין דמי חופשה שכאמור לעיל (סעיף 40) יש לקחתם בחשבון לעניין ההפקדה לפנסיה, ובין רכיב פדיון חופשה שאין חובה לקחתו בחשבון לעניין זה.

בעניין שלפנינו, בתלושי השכר של המערערים ממהלך תקופת העבודה מופיע רכיב המכונה "פדיון חופשה". רכיב זה מופיע גם בתלושי השכר האחרונים של המערערים שבמסגרתם נערך גמר חשבון. לגבי תשלום זה בגמר העבודה אין חובה להפקיד לפנסיה. לגבי רכיב "פדיון חופשה" ששולם תוך כדי העבודה, יש מקום להשלים את הברור בעניין זה בבית הדין האזורי, הן לגבי המערערים והן לגבי הקבוצה, ולבחון אם הוא אכן בבחינת "פדיון חופשה" (ואז אין חובת הפקדה) או בבחינת "דמי חופשה" (ואז יש חובת הפקדה).

קיומה של קבוצה – סעיף 8(א)(1) לחוק

49. שעה שהוכחה לכאורה עילת תביעה אישית, עוברת נקודת הכובד לשאלת קיומם, במידת ההוכחה הנדרשת בשלב הבקשה לאישור, של תנאי סעיף 8(א) לחוק,

²⁶ עמ' 85 לפרוטוקול מיום 19.4.15 שורה 25 – עמ' 86 שורה 4.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

ובראשן שאלת קיומה של קבוצה (סעיף 8(א)(1)). זוהי למעשה השאלה המרכזית שעמדה לפני בית הדין האזורי ועתה מונחת לפתחנו.

50. נזכיר כי בית הדין האזורי קבע שעל אף קיומה של עילת תביעה אישית לגבי חלק מהמערערים, התובענה לא מעוררת שאלות מהותיות המשותפות לכלל חברי הקבוצה. את קביעותיו נימק באלה: ראשית, לסניף הדיוטי פרי היו מאפיינים מיוחדים ולא ניתן ללמוד מהמתרחש בו לגבי יתר סניפי המשיבה. שנית, מתלושי השכר שהציגה המשיבה עולה כי היא ביצעה, בחלק מהתקופה הרלוונטית, הפרשות לפנסיה בגין שעות עבודה בימי מנוחה, לעתים על שכר גבוה יותר מהמחויב – ואין בעובדה אחרונה זו כדי ללמד שתלושי השכר אינם מהימנים. שלישית, חישובי המערערים לעניין הקבוצה וגובה ההפרשות שגויים, משהחישובים לגבי המערער 2 מבוססים על שכר העולה על השכר הממוצע במשק, בניגוד לסעיפים 6(ב) ו-1(ג) לצו הפנסיה. על יסוד אלה הגיע בית הדין האזורי למסקנה כי **"לא הוכח כי קיימת עילת תביעה משותפת לכלל חברי הקבוצה, המצדיקה דיון קבוצתי בתובענה, חלף הגשת תביעות פרטניות"**.

51. דעתנו שונה מדעתו של בית הדין האזורי. נפתח בכך שהקביעה כי לסניף הדיוטי פרי מאפיינים ייחודיים, גם אם מבחינה עובדתית יש בה ממש, אינה רלוונטית לעילת ההפקדות הפנסיוניות (לעניין בונוס הבוקר, שנטען כי שולם בסניף הדיוטי פרי בלבד, ממילא קבענו כי אין חובה לבצע בגינו הפרשות לפנסיה ודחינו את הערעור לגביו). הפרשות לפנסיה יש לבצע על פי חוק, בגין רכיבי שכר מסוימים כפי שפירטנו לעיל, ובאופי העבודה בסניף זה או אחר, לרבות היקפי המשרה של העובדים בו, התפקידים השונים ושיטות התגמול, אין כדי להעלות או להוריד בעניין זה. כמו כן, בדחותו את בקשת האישור בעילת ההפקדות הפנסיוניות בנימוק של מאפיינים מיוחדים לסניף הדיוטי פרי, לא הובאה בחשבון האפשרות להגדיר את הסניף כתת-קבוצה. אף הטעם הנוגע לחישובים שהציגו המערערים לתמיכה בבקשת האישור אינו מצדיק את דחיית הבקשה. בית הדין קבע כי חישובי המערערים לעניין הקבוצה וגובה ההפרשות שגויים, אך למעט הנימוק הנוגע לביסוס חישוב המערער 2 על שכר העולה על השכר הממוצע במשק, לא פורט ולא ברור איזה שגיאות נוספות נפלו בחישובי המערערים, לא בהיבט "הקבוצה" ולא בהיבט "גובה ההפרשות". בנוסף, גם אם נמצא כי נפלה טעות זו או אחרת בחישובים, אין בכך כדי להצדיק את דחיית בקשת האישור מטעם זה בלבד. לעניין זה נבקש להוסיף כי במקרה שבו מסתבר באופן מובהק שסכומי התביעה "נופחו", כגון שחושבו תוך הימנעות מהתייחסות לתקרה סטטוטורית, אזי יכול הדבר לבוא



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

לידי ביטוי הן בקביעת ההוצאות והן בחיוב המבקשים לתקן את כתב התביעה ובקשת האישור.

52. והעיקר – שלא כפי המסקנה שאליה הגיע בית הדין קמא, אנו סבורים כי לא עלה בידי המשיבה להוכיח, ולו לכאורה, את טענתה שלפיה הכשלים שנפלו בתלושי השכר של המערערים – שבהם, ככלל, הודתה – הם בגדר טעויות נקודתיות שאינן מצביעות על התנהלות שיטתית. בהתאם יש לקבוע כי עלה בידי המערערים להוכיח, במידת ההוכחה הנדרשת בשלב הבקשה לאישור, את התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק, לרבות קיומה של קבוצה. נזכיר בהקשר זה כי על פי הפסיקה, הבחינה הלכאורית המתבצעת בשלב הבקשה לאישור **"אינה צריכה להציב מחסום גבוה בפני תובעים ייצוגיים"** ו"יש להביא בחשבון את פערי המידע הקיימים בין הצדדים". בהתאם, **"על התובע הייצוגי להרים נטל ראשוני – נטל שיש לתת לו משמעות, מבלי שיהיה כבד מנשוא..."**²⁷.

לעניין זה נבקש לחדד כי במצב שבו נטען כלפי המעסיק לביצוע הפרות כאלה ואחרות, ולתמיכה בטענות אלה מוצגים במלואם תלושי השכר של התובעים הייצוגיים, הרי שככלל, על מנת להוכיח את טענתו שמדובר בטעויות נקודתיות ולא בהתנהלות שיטתית, על המעסיק להציג מסה מספקת של ראיות ולא להסתפק בהצגה של תלושי שכר אקראיים, מעטים מאוד, ללא דוחות נוכחות, ללא כל שיטתיות, ללא רצף כרונולוגי, פעם מסניף כזה ופעם מסניף אחר, בהתייחס לתקופה מסוימת ומצומצמת בלבד ביחס לתקופה הכוללת שבקשת האישור מתייחסת אליה וכיו"ב. כמובן אין הכוונה היא שהמעסיק צריך להציג את כל תלושי השכר של כל העובדים, בכל הסניפים, בכל תקופות העבודה (כפי שגם אין לומר שהעובד-התובע הייצוגי המבקש להוכיח קיומן של עילה וקבוצה לא נדרש להציג תלושי שכר של כל העובדים מכל הסניפים וכיו"ב), אך נדרשת מסה ראייתית מספקת, אשר בהתאם לטיבה – הן הכמותי והן האיכותי, ובשים לב לטיב הראיות שהציג המבקש, יוכרע גורל בקשת האישור.

53. כלומר, במצב שבו מעסיק מבקש להפריך את טענות העובד-התובע הייצוגי (שהציג ראיות לכאוריות להפרה שאינה נקודתית) והוא עושה זאת באמצעות הצגת ראיות דלות ביותר, כך יורד, במסגרת בחינת בקשת האישור, רף ההוכחה הנדרש מהמבקש-התובע הייצוגי – ולהיפך. ובהשאלה מאמרתו המפורסמת של אלברט איינשטיין – הכל יחסי, גם רף ההוכחה שבו צריך לעמוד מבקש בבקשה לאישור.

²⁷ רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ (11.4.2013) (להלן – עניין עמק זבולון), בסעיף 59 לפסק הדין. ראו גם עניין תותי אשבל בסעיף 64 לפסק הדין וההפניות שם.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

זה אינו מוחלט, אלא נקבע בהתאם למכלול הראיות שהגישו הצדדים לבקשה ובשים לב לפערי המידע שביניהם, ודאי מקום שבו מדובר במעסיק הפועל באמצעות סניפים רבים הפזורים ברחבי הארץ. לעניין זה נבקש לצטט מהחלטת השופט ע' גרוסקופף שניתנה לאחרונה (בהקשר של בקשה לעיון בתיק)²⁸:

"... בשלב בקשת האישור נדרש לבחון האם קיימת אפשרות סבירה שהתביעה תתקבל. רמת הבדיקה של תנאי זה תלויה, בין השאר, במידע שהניח המשיב (...) לפתחו של בית המשפט בשלב בקשת האישור. דהיינו, רף ההוכחה המוטל על המבקש יהיה נמוך יותר או גבוה יותר כתלות במידע שסיפק המשיב. כפי שנדרשתי לכך בעבר, בכובעי כשופט בית המשפט המחוזי:

השאלה מהי רמת הבדיקה של תנאי זה – קיומה של אפשרות סבירה שהתביעה תתקבל – תלויה במידע שהונח לפתחו של בית המשפט בשלב בקשת האישור על ידי המשיבה: אם זו לא סיפקה מידע, והסתפקה רק בניסיון לערער על האינדיקציות שסיפק המבקש [...] רף ההוכחה הנדרש לא יהיה גבוה, וככל שקיימות אינדיקציות מספיקות לכך, יאושר ניהול התובענה כייצוגית, ובשלב הדיון בתובענה גופה ייבחנו הדברים על פי נתוני אמת. אם, לעומת זאת, המשיבה סיפקה מידע מלא כבר בשלב בקשת האישור, רף ההוכחה יהיה גבוה יותר (...)."
(הדגשה הוספה – א.א.)

לעמדתנו, יפים הדברים האמורים לא רק לגבי חלקו השני של התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק (שאלת האפשרות הסבירה להכרעה לטובת הקבוצה), כי אם גם לגבי חלקו הראשון של סעיף זה (שאלות מהותיות המשותפות לכלל חברי הקבוצה) ובכלל זה עצם קיומה של קבוצה.

54. יישום אמות המידה הללו על העניין שלפנינו מביא לשיטתנו למסקנה כי עלה בידי המערערים להוכיח, במידת ההוכחה הנדרשת בשלב הבקשה לאישור, קיומו של התנאי האמור על שני חלקיו. ונבאר. נקודת המוצא בעניין שלפנינו היא כי אין מדובר במצב שבו הציגו המערערים תלושי שכר רבים של עובדים רבים מסניפים רבים, והיתרון הכמותי והאיכותי של הראיות שהציגו עומד כשלעצמו ומכריע את גורל בקשת האישור לטובתם. אלא מדובר במצב שבו המערערים, שלושה במספר, מאותו סניף, הציגו את תלושי השכר שלהם בכל תקופות ההעסקה שלהם, ועולה מהם בבירור כי המשיבה לא ביצעה הפרשות לפנסיה בגין רכיבים שחלה בגינם חובת הפרשה. כנגד זאת, לשם הוכחת טענתה כי אין מדובר בהתנהלות שיטתית,

רע"א 1619/20 רבקה טכנולוגיות בע"מ נ' חברת כימיקלים לישראל בע"מ (3.5.2020), בסעיף 15 להחלטה. וראו גם פסק הדין בע"ע (ארצי) 11-11-16988 לסרי – ברק גדעון בע"מ (18.2.2015) (להלן – עניין לסרי), בסעיפים 15 – 22 לפסק הדין, שם נדון בהרחבה הנטל המוטל על מגיש הבקשה לאישור להוכיח קיומה של קבוצה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

ואף שהמידע לגבי כלל עובדיה, בכל הסניפים ובכל התקופות נמצא בידה – הציגה המשיבה תלושי שכר בודדים, אקראיים, שיותר מאשר הם מלמדים את המשיבה רוצה ללמוד מהם, הם מעוררים תהיות.

55. במה דברים אמורים? במענה לעילת ההפקדות הפנסיוניות, למעט זו הנוגעת לרכיב העבודה בימי המנוחה, צירפה המשיבה 13 תלושי שכר (נספח ט"ו לתשובה). במענה לעילת ההפקדות הפנסיוניות בגין שעות עבודה בימי מנוחה צירפה המשיבה 7 תלושים (נספח ט"ז לתשובה). עיון בקבוצת התלושים הראשונה – כאמור 13 בלבד מבין מאות עובדי המשיבה – מעלה כי מדובר בתלושים של עובדי סניף הדיוטי פרי בלבד, כולם משנת 2010 בלבד, בכולם השכר המשמש להפקדה לפנסיה הוא עגול (ב-5 תלושים הסכום הוא 4,400 ₪, ב-3 תלושים הסכום הוא 3,500 ₪, ב-3 תלושים הסכום הוא 7,000 ₪ ובשני תלושים 1,800 ₪), ובעיקר – ברוב התלושים (פרט לאחד) הסכום להפקדה גבוה בהרבה מהסכום שבגינו היתה אמורה להתבצע ההפקדה. למעשה כלל לא ברור הקשר בין הסכומים להפקדה לפנסיה לבין סך כל הרכיבים המפורטים לצדם. גבי' מודן, המצהירה מטעם המשיבה – מעבר לכך שהעידה כי כלל לא התעסקה בכספים, כי היא אינה חשבת שכר וכי לא היתה מעורבת בהפקת תלושי השכר – לא ידעה לתת הסבר לפערים האמורים בין הסכומים להפקדה לפנסיה לסך הרכיבים המפורטים לצדם, כמו גם לכשלים השונים בתלושי השכר של המערערים עצמם, פרט לכך שמדובר בטעות נקודתית. בנוסף, לא צורפו לצד התלושים הבודדים והאקראיים שצירפה המשיבה לתשובתה יתר התלושים של אותם עובדים, ברצף כרונולוגי, כך שיהיה ניתן ללמוד מהם שהמשיבה ביצעה עבורם הפרשות לפנסיה כדין באופן שיטתי.

אף הצגת 7 תלושי שכר בלבד כמענה לטענת המערערים לאי ביצוע הפקדות בגין שעות עבודה בימי מנוחה, אף לא אחד מהם מסניף הדיוטי פרי – אין בה כדי להרים את הנטל המוטל על המשיבה להפרכת טענות המערערים, ולו במעט. זאת אף אם נקבל את טענתה שלפיה 4 מבין 7 תלושי השכר האמורים אמנם שייכים לעובדים המועסקים בסניפים שאינם פתוחים בימי מנוחה אך הם עבור העסקתם בשעות מנוחה בסניפים אחרים.

56. נוכח טיבם הכמותי והאיכותי של תלושי השכר שהציגה המשיבה, כמפורט לעיל, לא מצאנו כי עלה בידה להרים את הנטל להראות כי הכשלים בתלושי השכר של המערערים אינם מצביעים על התנהלות שיטתית. בנסיבות אלה ואף שערים אנו לכך שהמערערים נמנעו מלהגיש תלושי שכר של 9-10 עובדים נוספים מסניף הדיוטי פרי (להלן – **העובדים הנוספים**) שהיו ברשותם, יש לומר כי רף ההוכחה שהיה על



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 16-12-33793

המערערים להרים במסגרת הדיונית של בקשת האישור לא היה גבוה במיוחד ולדידנו עלה בידם להרימו, לרבות ביחס לתנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק – התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה.

נשלים ונעיר כי מעדויות המערערים²⁹ עולה שתלושי השכר של העובדים הנוספים לא צורפו – משום שחלקם עדיין עבדו אצל המשיבה ולא רצו לסכן, כך נטען, את מקום עבודתם, חלקם סיימו עבודתם אצל המשיבה וביקשו להניח פרק זה מאחוריהם וחלקם העבירו את תלושי השכר שלהם לאחר שכבר נפתח ההליך. למקרא הפרוטוקול³⁰ עולה עוד שהמערערת 1 ניסתה להימנע מלנקוב בשמותיהם של מי מהעובדים הנוספים ובסופו של דבר ציינה שמות של שתי עובדות. אף המערערת 3 ציינה בעדותה³¹ שם של עובדת, העולה בקנה אחד עם עדות המערערת 1. בנסיבות אלה, ספק אם קמה החזקה הפסיקתית שלפיה הימנעות מהבאת ראיה פועלת לחובת בעל הדין שנמנע מהבאתה, ומכל מקום העיקר הוא שאת עובדת אי הצגתם של תלושי השכר של העובדים הנוספים יש לשקלל עם יתר הראיות שהוצגו על ידי שני הצדדים. שקלול מכלול הנסיבות מביא לתוצאה האמורה בסעיף הקודם.

57. עוד יצוין כי הסתמכות המשיבה על הנפסק בעניין **לסרי**³² אין בה כדי לסייע בידה, בין היתר מששם דובר בעובדת יחידה שהציגה אך את התלושים שלה ושעדותה לא הותירה רושם רב על בית הדין האזורי, ואילו בעניין דנן מדובר ב-3 עובדים שהציגו את כל תלושי השכר שלהם. כשעסקינן בהוכחת קיומה של קבוצה, ומשיש לבחון כל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו בשים לב, בין היתר, ליחס בין ראיות הצדדים, מדובר בהבדל מהותי.

הדרך היעילה וההוגנת – סעיף 8(א)(2) לחוק

58. בין יתר התנאים לאישור תובענה ייצוגית נמצא התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק ולפיו התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין (סעיף 8(א)(2) לחוק). בית הדין האזורי קבע בהקשר לעילת ההפקדות הפנסיוניות כי בקשת האישור אינה עומדת בתנאי זה משבסניף הדיוטי פרי הועסקו עובדים בתפקידים שונים ובהיקפי משרה שונים וכי במצב זה, **"בדיקה של כל עובד**

²⁹ עדות המערערת 1 בעמ' 13 לפרוטוקול, שורות 10 – 25, עדות רו"ח אביגל בעמ' 36 לפרוטוקול, שורה 16 – עמ' 37, שורה 15.

³⁰ עמ' 14 לפרוטוקול, שורה 20 – עמ' 15, שורה 5.

³¹ עמ' 27 לפרוטוקול, שורה 25 – עמ' 28, שורה 1.

³² הי"ש 28 לעיל.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

בנפרד, בהתאם לסניף שבו הוא מוצב ולשיטת התגמול בו יסרב את התביעה באופן אשר לא יאפשר את ניהולה של התביעה על דרך של תביעה ייצוגית".

59. גם לעניין זה דעתנו שונה. לשיטתנו ההבדלים בין עובדי המשיבה (בכלל ובין הסניפים בפרט), הגם שיחייבו בירור פרטני בשאלת הסעד הכספי שיינתן לכל אחד, אינם חורגים מהבדלים מובנים בין עובדים במקום עבודה, ולא מצאנו שבירור זה עשוי למנוע מההליך הייצוגי להיות הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין³³. להיפך. המשיבה היא מקום עבודה לא מאוגד המעסיקה מאות עובדים בעשרות סניפים הפזורים ברחבי הארץ. מתלושי השכר שהציגו שני הצדדים עולה כי מבנה השכר של העובדים דומה. עילת ההפקדות הפנסיוניות תביא ברמה ההצהרתית לקביעות ברורות באשר לרכיבים שבגינם חלה על המשיבה חובת הפרשה לפנסיה, וברמה האופרטיבית לא נראה כי יהיה קושי רב בחישוב הסעד הפרטני לכל עובד ועובד (נראה כי נדרש בעיקר עדכון הגדרת הרכיבים שחלה בגינם חובת הפרשה לפנסיה במערכות חישוב השכר של המשיבה). זאת ועוד. הסכומים הנתבעים בעילת ההפקדות הפנסיוניות הם נמוכים יחסית (1,139 ₪, 2,897 ₪ ו-828 ₪ למערערים 1 – 3 בהתאמה, כולל בונוס הבוקר שכאמור נדחה על ידינו), כך שיש להניח כי לא רבים מעובדי המשיבה יבקשו לתבוע בגין עילה זו בהליך משפטי או בכלל (במובן זה 9 תביעות שעליהן הצביעה המשיבה כראיה לנגישות עובדיה לערכאות אינן מספר מרשים שעה שהמשיבה מעסיקה מאות עובדים ברגע נתון ויש להניח שאלפי עובדים על פני שנות פעילותה).

60. עוד יצוין כי בשלב בקשת האישור די בכל האמור לעיל וכי הדיון בטענות הפרטניות של הצדדים (כדוגמה בלבד, טענת המשיבה לעניין תלושי השכר שצירפה כנספח ט"ז, האמורים להוכיח את טענתה כי הפרישה כדין בגין שעות עבודה בימי מנוחה, ואת טענתה כי יש לדחות את טענות המערערים לגביהם, שלפיה מהסכומים המצטברים עולה כי בוצעה הפקדה בחסר) – מקומו בשלב הדיון בתובענה עצמה.

ייצוג וניהול בדרך הולמת ובתום לב – סעיפים 8(א)(3) ו-4 לחוק

61. קביעה נוספת של בית הדין האזורי היא כי לא הוכח שביכולתם של המערערים לייצג בשם כלל הקבוצה, שכן "קבוצה זו הוגדרה באופן שגוי" ובידי המערערים אין מידע לגבי עובדים בסניפים אחרים.

³³ השוו: ע"ע (ארצי) 246/09 תורג'מן – שחק אבטחה ושירותי משרד בע"מ (27.12.2009), בסעיף 22 לפסק הדין. ראו גם עניין ספרנסקי, בסעיף 35 לפסק הדין.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

62. אף ביחס לקביעה זו דעתנו שונה. ראשית, כפי שקבענו לעיל, לא פורט ולא ברור איזו שגיאה נפלה בהגדרת הקבוצה. שנית, כפי שהראנו לעיל בהרחבה, בנסיבות העניין ובשים לב לראיות שהציגה המשיבה עצמה, עלה בידי המערערים להרים את הנטל להוכחת קבוצה ולא נדרש מהם להציג מידע נוסף לגבי עובדים בסניפים אחרים. מידע זה מצוי כולו בידי המשיבה ומטבע הדברים – נוכח פער המידע בין הצדדים והימצאות הנתונים הללו בידי המשיבה – לא נדרש מתובע ייצוגי להציג בבקשה לאישור. שלישית, ואף לנקודה זו התייחסנו לעיל, גם אם נפלה טעות נקודתית בחישובים הנוגעים למערער 2 (ואיננו קובעים כל ממצא לעניין זה), אין בכך כדי להוביל למסקנה שקיים יסוד סביר להניח שעניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל שלא בדרך הולמת. לעניין זה נוסף כי המערערים הציגו חישובים מפורטים בעילות השונות, לרבות התייחסות פרטנית לסניף הדיוטי פרי, ואיננו סבורים שנפלו בהם כשלים כאלה ואחרים העשויים להוביל למסקנה שבקשת האישור אינה עומדת בתנאי סעיף 8(א)(3) לחוק.

63. אשר לתנאי הקבוע בסעיף 8(א)(4) לחוק – קיים יסוד סביר להניח שעניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום הלב – המשיבה טענה כי המערערים לא עמדו בחובת הפנייה המוקדמת למעסיק שנקבעה בעניין הוט וכי הדבר עולה כדי חוסר תום לב ומנוגד לתנאי הקבוע בסעיף 8(א)(4) לחוק. לדידנו, נראה כי לא בכדי התייחס בית הדין האזורי לסוגיה זו רק "בשולי הדברים ובטרם סיום", ומדבריו נראה שספק אם היה רואה בהתנהלות זו, כשלעצמה, טעם לדחיית בקשת האישור. ואכן, נראה בעינינו שככלל, העדר פנייה מקדימה של תובע ייצוגי למעסיקו לפני הגשת בקשה לאישור לבית הדין, אינה מהווה, כשלעצמה, טעם מספיק לדחיית בקשת האישור. לעניין זה נציין כך: ראשית, הדברים שנקבעו בהקשר זה בהלכת הוט עצמה נכתבו כהתווייה של דרך התנהלות שראוי לילך בה לפני הגשת תובענה ייצוגית ולא כתנאי בל יעבור שאי קיומו מצדיק מחיקה של בקשת האישור על הסף. בנוסף, האמור בעניין הוט נקבע לא בהיבט של השלכה על גורל הבקשה לאישור, כי אם בהיבט של השלכה על שיעור שכר הטרחה לתובע המייצג ובא כוחו במסגרת בקשת הסתלקות. שנית, בפסיקה של בית דין זה מהשנים האחרונות מסתמנת דווקא קריאה למחשבה מחודשת בהלכת הוט, ולכל הפחות הצבת סימן שאלה על סוגיית השלכתה של העדר פנייה מוקדמת על גורלה של בקשת האישור³⁴. שלישית,

³⁴ ראו למשל ע"ע (ארצי) 20957-05-11 שרעבי – רשת בטחון בע"מ (21.11.2017) (להלן – עניין שרעבי); עתירה לבג"ץ נמחקה לבקשת העותר – בג"ץ 352/18 שרעבי נ' בית הדין הארצי לעבודה (19.6.2019), שם הובעו שלוש דעות בסוגיית הפנייה המוקדמת, וההפניות הנזכרות שם, בעיקר לע"ע (ארצי) 19275-10-12 קלינור שירותים בע"מ – סאלוב (6.12.2016) ולע"ע (ארצי) 22606-10-13 שולמן – נוף ים בטחון בע"מ (22.1.2017), בסעיף 55 לפסק הדין.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

בחודש דצמבר 2019 ניתן בבית המשפט העליון פסק הדין בדיון הנוסף בעניין מי הגליל³⁵, ובו נקבע, ברוב דעות, כי "חוק תובענות ייצוגיות קובע הסדר שלילי בכל הנוגע להטלת חובה כללית לפנייה מוקדמת טרם נקיטת הליך ייצוגי נגד רשות... בכך אין כדי לשלול את שיקול הדעת המסור לבית המשפט על פי הוראות החוק השונות לבחון ולהביא בחשבון בכל מקרה נתון על פי נסיבותיו את השלכות שיש לייחס להעדר הפניה המוקדמת"³⁶. כלומר, תובע ייצוגי אינו חייב לפנות ל"רשות" לפני פתיחת הליך ייצוגי נגדה והעדר פנייה כזו לא יוביל, ככלל, לדחיית הבקשה על הסף אלא אך עשוי לקבל ביטוי בשיקולים השונים במסגרת הדיון בבקשה לגופה ובפסיקת הגמול ושכר הטרחה. אף שישנם הבדלים מהותיים בין תובענה ייצוגית נגד "רשות" ובין תובענה ייצוגית נגד גוף פרטי, לרבות הוראות ייחודיות בחוק תובענות ייצוגיות ל"רשות" בלבד, אנו סבורים כי הטעמים שנפרשו בדיון הנוסף בעניין מי הגליל לגבי "רשות" יפים מקל וחומר אף לגבי תובענה ייצוגית נגד מעסיק פרטי וכי יש לקבוע כי העדר פנייה של תובע ייצוגי למעסיק פרטי לפני הגשת תובענה ובקשה לאישור לא מהווה כשלעצמו טעם המצדיק את דחיית הבקשה. מכל מקום, משעולה מפסק דינו של בית הדין האזורי כי לא העדר הפנייה הוא שעמד ביסוד דחיית בקשת האישור שלפנינו, לא מצאנו לקבוע מסמרות בעניין זה והדברים האמורים לעיל אך נועדו להעמיד דברים על דיוקם.

64. "תובע ייצוגי סדרתי" – אף לעניין זה אנו סבורים כי העובדה שרו"ח אביגל הוא היוזם של הליכים ייצוגיים נוספים, אינה מהווה, כשלעצמה, טעם לדחיית הבקשה לאישור על הסף, וספק אף אם ניתן לשקול אותה במסגרת השיקולים השונים הנוגעים לבקשת האישור גופה. נוסף כי בפסיקה נקבע לא אחת שמניע כלכלי אינו פסול והוא אף חלק מההנחות העומדות ביסוד החוק ומשתקף בדמות התמריצים השונים שנקבעו בו.

עילת ההפקדות הפנסיוניות – סיכום

65. העולה מכל האמור עד כה הוא כי בקשת האישור לגבי עילת ההפקדות הפנסיוניות, עומדת, במידת ההוכחה הנדרשת בשלב הבקשה לאישור, בכל תנאי סעיף 8(א) לחוק וכי יש לקבל את הערעור בעילה זו, בכל הנוגע לרכיבים הבאים: שעות עבודה

בהקשר של פנייה מוקדמת לארגון עובדים (להבדיל מפנייה מוקדמת למעסיק הנתבע) ראו בג"ץ 1893/11 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה (27.10.2015).
 35 דנ"מ 5519/15 יונס נ' מי הגליל – תאגיד המים והביוב האזורי (17.12.2019) (דיון נוסף בעע"מ 2978/13 מי הגליל, תאגיד המים והביוב האזורי נ' יונס (23.7.2015)).
 36 בסעיף 48(ד) לעמדת הנשיאה א' חיות.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

בימי מנוחה שאינן שעות נוספות (ביחס לשכר הבסיס, ללא התמורה בגין העבודה בשעות המנוחה השבועית), דמי מחלה ותגמולי מילואים. אשר לרכיב המכונה בתלושי השכר "פדיון חופשה", אשר שולם במהלך תקופת העבודה (להבדיל מתשלומו בגמר החשבון), יוחזר העניין לבית הדין האזורי לבירור טיבו של רכיב זה, כאמור בסעיף 48 לעיל. הקבוצה היא כפי שהוגדרה בבקשת האישור, דהיינו: כלל עובדי המשיבה שהועסקו בה מיום 1.1.2008 (עת הוחל צו הפנסיה), אשר השלימו שישה חודשי עבודה לפחות או היו מבוטחים בביטוח פנסיה בטרם החלו את עבודתם אצל המשיבה ולא בוצעו עבורם הפקדות פנסיוניות החל מיום עבודתם הראשון בהתאם לשיעורים הקבועים בצו הפנסיה.

המשך הדיון בעילה זו, יוסיף להתנהל בבית הדין האזורי בהתאם להוראותיו לרבות הוראות הנוגעות לפרסום וכו', ובשים לב לתקרת השכר שבצו הפנסיה (כאמור בסעיף 39 לעיל).

66. משזו התוצאה שאליה הגענו, חלקו של הערעור הנוגע להחלטה בבקשה לגלמ"ס, לגבי המסמכים הנוגעים לעילת ההפקדות הפנסיוניות (נספחים ט"ו ו-ט"ז), התייתר. רק נציין שבנסיבות שונות אך במעט (אילו היתה המשיבה מציגה תלושי שכר שטיבם עולה על אלה שהוצגו בעניין דנן) היתה עשויה הבקשה לגלמ"ס להיות קריטית ממש – משהיה בה להכריע את הכף בשאלת קיומה של קבוצה – ועמה את גורל בקשת האישור כולה³⁷, ואז נראה שנכון היה כי המערערים יגישו בקשת רשות ערעור בנפרד על ההחלטה ולא ימתינו לערעור בזכות על פסק הדין³⁸.

ב. עילת דמי החגים

פסק דינו של בית הדין האזורי

67. כאמור לעיל, בית הדין קמא קבע כי אין לקבל את בקשת האישור בעילת דמי החגים, משהמערערים לא זכאים לתשלום דמי חגים בנוסף על השכר שקיבלו בגין עבודתם בחג³⁹, כמו גם לדמי חגים בגין חגים שבהם לא עבדו בפועל. מכאן כי לא מתקיימת עילת תביעה אישית. ואלה הטעמים לקביעתו:

37 השוו: עניין עמק זבולון בע"מ, בסעיף 44 לפסק הדין.
38 השוו: ע"ע (ארצי) 40779-05-17 בגו - שירותי בריאות כללית, בסעיף 31 לפסק הדין (15.5.2020). עתירה לבג"ץ תלויה ועומדת – בג"ץ 6493/20 בגו נ' בית הדין הארצי לעבודה.
39 יצוין כי לא ברור מהו התשלום שקיבלו המערערים עבור עבודתם בימי חג. בתלושי השכר של כל אחד מהמערערים מופיע מדי חודש רכיב שנקרא "שעות נוספות 150%" (בנוסף על רכיב "שעות נוספות 125%"). לא ברור אם תשלום זה הוא עבור עבודה בשעות מנוחה, ואין בתלושים כל אבחנה בין תשלום עבור עבודה בימי חג לתשלום עבור עבודה בשבתות. עוד יצוין כי המשיבה טענה שבחלק גדול מסניפיה היא משלמת עבור עבודה בשבתות וחגים גמול בשיעור של 200%, וכי לא כך שולם בסניף הדיוטי פרי (ראו למשל סעיף 4 לתשובתה לבקשת האישור).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

א. בפסיקה נקבע שתכלית דמי החגים היא להשוות את מצבם של עובדים יומיים לזה של עובדים חודשיים, כך שהראשונים לא ייפגעו בשכרם כתוצאה מאי עבודה ביום חג. בעניין דגן לא הוכח שהמערערים השתכרו שכר נמוך יותר בחודשי החגים לעומת חודשים אחרים ולכן תכלית דמי החגים לא מתקיימת.

ב. המערערים הועסקו בהיקף משרה חלקי, במספר שונה של משמרות מדי שבוע, בימי עבודה לא קבועים, והשתתפו באופן פעיל בקביעת המשמרות, תוך שהמשיבה התחשבה בבקשותיהם. בנוסף, אם עובד נאלץ לעבוד בניגוד לבקשתו, לא הוכח כי מדובר במספר רב של פעמים או כי היה זה בחג דווקא. כלומר, "לא שוכנעתי כי המדובר בשיבוץ מטעם המשיבה בלבד או בקיומו של כורח לביצוע משמרות אלו".

ג. מתלושי השכר שהגישה המשיבה ניתן ללמוד על תשלום דמי חגים לעובדים שונים ולא נסתרה טענתה כי נהגה לשלם לרוב עובדיה שעבדו בחג גמול בגין עבודה ביום חג בשיעור של 200% (במקום 150% כנדרש). לפיכך לא ניתן לקבוע "באופן חד משמעי" שכל חברי הקבוצה או אף חלקם הגדול זכאים לפיצוי בעילה זו ולכן לא ניתן לאשר הליך ייצוגי שיחייב בירור פרטני ביחס לזכאות כל עובד ועובד.

טענות המערערים

68. המערערים טוענים כי שגה בית הדין האזורי ביישום הוראות צו דמי החגים וכי קביעותיו סותרות את הפסיקה. לטענתם, הצו כולל שני תנאים בלבד: האחד, מינימום של 3 חודשי עבודה; השני, עבודה ביום שלפני החג וביום שאחריו או היעדרות בהסכמת המעסיק בימים אלה. בקבעו שלא הוכח כי שכר המערערים בחודשי החגים היה נמוך משכרם בחודשים אחרים, הוסיף בית הדין האזורי לצו דמי החגים תנאי שלא מופיע בו. מה עוד שלאור מאפייני ההעסקה של המערערים – עובדים יומיים המועסקים במשמרות בשיבוץ משתנה, אין לצפות כי יציגו זהות מוחלטת בשכרם מדי חודש ולחלופין פגיעה בשכרם בחודשים שבהם חלים חגים. דרישת בית הדין האזורי, כך טוענים המערערים, מרוקנת את צו דמי החגים מתוכנו. עוד נטען כי סידור העבודה של המערערים היה בכפוף לצרכי המשיבה ועל דעתה ולא היה מקום לשלילת זכאותם לדמי חגים בנימוק ששובצו למשמרות לבקשתם. לעמדתם, קביעה זו מובילה למסקנה אבסורדית, שלפיה עובדי משמרות המגישים סידור עבודה ומשתבצים בהתאם לבקשתם לעולם לא יהיו זכאים לדמי חגים.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

עוד נטען, באשר ל-8 תלושי השכר שצירפה המשיבה לעניין דמי החגים, כי אף לא אחד מהם שייך לעובד מסניף הדיוטי פרי ולפיכך הוכחה הפרה שיטתית של חובת תשלום דמי החגים ביחס לכל עובדי סניף הדיוטי פרי בכל שנות פעילותו. עוד נטען כי התלושים שייכים לעובדים שהוותק שלהם קטן מ-3 חודשים, כך שכלל לא קמה להם זכאות לתשלום דמי החגים על פי צו דמי החגים, ושלא צורפו לצדס דוחות נוכחות, כך שלא ניתן לבדוק את נכונות התשלום ושהוא אכן שולם כדמי חגים.

טענות המשיבה

69. המשיבה מצדה טוענת כי בדין דחה בית הדין האזורי את בקשת האישור בכל הנוגע לעילת דמי החגים. לעמדתה, הוכח כי המערערים לקחו חלק פעיל ועיקרי בקביעת המשמרות, המשמרות נקבעו לאחר תיאום עמם ולפי בקשותיהם והם נהגו לעבוד בימי חג מבחירתם האישית וקיבלו עבור עבודתם בחג גמול מלא ואף מעבר לנדרש. עוד נטען כי המערערים עבדו בימים לא קבועים, במספר משמרות שונה מדי שבוע, בהתאם לרצונם, ועל כן הם לא זכאים לתשלום עבור ימי חג שבהם לא עבדו, משמדובר בימים שבהם לא היו אמורים בהכרח לעבוד. כמו כן, המערערים לא הוכיחו שבחודשי חג השתכרו שכר נמוך יותר מאשר בחודשים אחרים ועל כן לא מתקיימת תכלית תשלום דמי החגים, כפי שנקבעה בעניין **דיאמנט**⁴⁰, והיא להביא את העובד לאותה רמת שכר שהיתה לו בחודשים שבהם לא חלו חגים. המשיבה סבורה כי על מנת להוכיח זכאות לדמי חגים, יהיה על כל עובד להראות שהשתכר בחודשי חג שכר נמוך יותר מחודשים אחרים וכי עבד בסמוך ליום החג וזו בדיקה שלא ראוי לעשותה במסגרת תובענה ייצוגית. לשיטת המשיבה, המערערים אינם זכאים לתשלום דמי חגים עבור ימי חג שבהם התייצבו לעבוד וקיבלו שכר כדין עבור עבודתם.

טענות נוספות מפי המשיבה: המערערים לא הוכיחו שעמדו בתנאי של עבודה ביום שלפני החג ולאחריו; מתלושי השכר שצירפה המשיבה ניתן ללמוד על תשלום דמי חגים לעובדים רבים "**ככל שהיו זכאים לכך**" ובנסיבות אלה אין לומר כי בקשת האישור מעוררת שאלות משותפות לכלל חברי הקבוצה. לכן בדין קבע בית הדין קמא כי לא ניתן לקבוע באופן חד משמעי שכל העובדים בקבוצה, ואף חלקם הגדול, יהיו זכאים לפיצוי בגין עילה זו ולכן לא ניתן לקבל לגביה את בקשת האישור, שתחייב בירור פרטני; עוד לפני שנת 2010 שילמה המשיבה דמי חגים, וזאת על ידי

40 ע"ע (ארצי) 21920-02-13 דיאמנט צעצועים בע"מ – פרנצב (1.6.2015) (להלן – עניין דיאמנט).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

צירופם לשכר היסוד מבלי לציין זאת בנפרד. על סכום זה, הכולל את דמי החגים, אף בוצעו הפרשות לפנסיה. עובדים אלה ודאי לא זכאים לתשלום נוסף של דמי חגים ויהיה קשה לאתרם.

עוד טוענת המשיבה כי חישובי המערערים שגויים. כך, ביום 7.10.12 לא חל חג, בניגוד לרשום בחישובים; בחודשים ספטמבר ואוקטובר 2012 שהתה המערערת 1 בחופשת מחלה ולכן אינה זכאית לדמי חג בחודשים אלה; השכר הממוצע ליום שגוי משהוא לוקח בחשבון את בונוס הבוקר. המשיבה מדגישה כי לא בכדי נדחו בפסיקת בתי הדין בקשות אישור בעילת דמי חגים, בשל הקושי הכרוך בבירור העובדתי.

כמו כן חוזרת המשיבה על הטענות הכלליות שהעלתה ולפיהן לא הוכחו התנאים הקבועים בסעיפים 8(א)-(2)-(4) לחוק, לעניין הדרך היעילה וההוגנת וניהול התובענה בדרך הולמת ובתום לב.

עילת תביעה אישית

70. סעיף 7 לצו דמי החגים, החל על "כל העובדים והמעבידים בישראל" (למעט חריגים שאינם רלוונטיים לענייננו), קובע כך:

"א. עובד לאחר 3 חודשי עבודה במקום העבודה, שלא נעדר מהעבודה סמוך ליום החג (יום לפני החג ויום אחרי החג), אלא בהסכמת המעביד, יהיה זכאי לתשלום מלא בעבור 9 ימי חג (2 ימי ראש השנה, יום הכיפורים, 2 ימי סוכות, 2 ימי פסח, חג שבועות ויום העצמאות).

עובד לא יהיה זכאי לימי חג החלים בשבת.

ב. עובד חודשי לא יהיה זכאי לתשלום נפרד בעבור ימי חג."

71. סוגיית דמי החגים עלתה לא אחת בפסיקתו של בית דין זה, הן בהקשר של תובענות ייצוגיות והן בהקשר של תובענות יחידים, הן בהקשר של צו דמי החגים והן בהקשר של הסכמים קיבוציים וצווי הרחבה אחרים הכוללים הוראות לעניין דמי חגים. אך לאחרונה ניתן על ידי בית דין זה פסק הדין בעניין איל"ן, שבו נסקרה הסוגיה בהרחבה בהקשר של צו דמי החגים. מפאת חשיבות הדברים לענייננו, נביא את עיקרי הנפסק שם בכל הנוגע לדמי החגים ואת התייחסות הצדדים לכך.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

עניין איל"ן

72. בעניין איל"ן דובר על מטפלים סיעודיים (להלן – **המטפלים**) שהועסקו במעון של עמותת איל"ן (להלן – **העמותה**), במשמרות שונות על בסיס שכר שעתי, ככל הנראה במשרה מלאה – 6-7 משמרות בשבוע. בימי חג שבהם לא עבדו, קיבלו המטפלים דמי חגים בהתאם לצו דמי החגים. בימי חג שבהם עבדו, הם קיבלו תמורה בשיעור של 150% מהשכר, וזאת עבור כל שעת עבודה בחג ובערב החג (החל מהשעה 17:00). המטפלים תבעו תשלום דמי חגים בגין ימי חג שבהם עבדו בפועל. כן עתרו לתשלום זכויות נוספות שאינן רלוונטיות לענייננו. בית הדין האזורי קבע כי יש לשלם דמי חגים בנוסף לתמורת יום העבודה, לעובד שעתי שעבד בחג מתוך כוונה וכי יש לראות את המטפלים כמי שעבדו בימי חג מתוך כוונה. לפיכך פסק כי המטפלים זכאים לתשלום דמי חגים.

73. העמותה הגישה ערעור לבית הדין הארצי. נטען כי שעה שלא נפגע היקף עבודתו של העובד, אין לשלם דמי חגים, ומשהיקף עבודת המטפלים לא נפגע, הם לא זכאים לתשלום דמי חגים בגין ימי חג שבהם לא עבדו. אשר לימי חג שבהם כן עבדו המטפלים, טענה העמותה כי דמי החגים מהווים תחליף שכר ולפיכך ומאחר שלמטפלים ניתנה מנוחה פיצוי, הם אינם זכאים לתשלום דמי חגים, בפרט כשידעו מראש שהעבודה מבוצעת בימי מנוחה וחג והם מנועים מלטעון כי עבדו מתוך כוונה.

74. במסגרת הערעור התבקשו והוגשו עמדותיהן של הסתדרות העובדים הכללית החדשה ושל נשיאות הארגונים העסקיים, בשאלת דמי החגים, בהיותן צדדים להסכם הקיבוצי הכללי (מסגרת) שהוראותיו לעניין דמי חגים הורחבו בצו דמי החגים. השאלה המרכזית שעמדה לדיון היא אם עובד שעתי שעבד ביום חג זכאי לתשלום בשיעור של 150% בלבד, כלומר ללא דמי חגים, או שמא הוא זכאי לתשלום בשיעור כולל של 250%, שהם 150% בגין שעות העבודה ביום מנוחה ועוד 100% דמי חגים (יוזכר כי שיעור של 100% דמי חגים יסודו בכך שעסקינן בעובדים במשרה מלאה).

75. בית הדין הארצי קבע כי עובד יומי שעבד ביום חג זכאי לתשלום של 150% עבור עבודתו ביום המנוחה ו-100% דמי חגים (באותו עניין נדון עניינם של עובדים שהועסקו במשרה מלאה – א.א.). וזה עיקר קביעותיו:

א. תכלית דמי החגים: מטרתו של צו דמי החגים היא "**להשוות את מצבם של העובדים היומיים לעובדים החודשיים, שאינם מפסידים שכר כאשר הם מפסידים יום עבודה פוטנציאלי בשל חג שחל בו**", כפי שנפסק עוד בעניין



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

צמח⁴¹. באותו עניין נקבע כי דמי החגים "נועדו לפצות עובד יומי, שאינו עובד בחגים, ואינו מקבל תמורה עבורם", בניגוד לעובדים חודשיים המקבלים תמורה עבור ימי חג שבהם לא עבדו. התכלית היא "שהעובדים יזכו במנוחה בימי החגים מבלי ששכרם יגרע כתוצאה מכך", וזו תסוכל "אם עובד יעדיף על פי בחירתו לעבוד בחגים ולקבל תמורה הן עבור העבודה שעבד בפועל בחגים והן עבור דמי חגים. אילו אלו היו פני הדברים, לא היינו מזכים את העובד היומי, שבחר לעבוד בימי חגים, גם בדמי חגים כדי להגדיל את שכרו". בהתאם לתכלית זו יש לשלם דמי חגים רק בגין ימים שבהם היה העובד אמור לעבוד, אלמלא היה חל בהם חג. לפיכך, אין זכאות לדמי חגים בגין ימי חג שחלים בשבת, ועובד יומי המועסק בימים א' – ה' לא זכאי לדמי חגים בגין ימי חג שחלים בימי שישי⁴².

ב. נטל ההוכחה: בשלב הראשון על העובד לפרט את ימי החג שבגינם הוא תובע ולהראות שקמה לו בגינם זכאות לדמי חגים (החג לא חל בשלושת חודשי העבודה הראשונים, לא חל בשבת וכיו"ב). בשלב השני יש לבחון, לגבי כל אחד מימי החג הנתבעים, אם העובד נעדר יום לפניו ויום אחריו. הנטל לעניין זה מוטל על המעסיק ואם הלה לא הוכיח ש"העובד נעדר בסמוך לחג, העובד זכאי לתשלום דמי החגים. אם העובד נעדר בסמוך לחג – יש לבחון האם ההיעדרות הייתה בהסכמת המעסיק... הנטל להוכיח כי העבודה בחג הייתה מתוך רצון של העובד ולא מתוך כורח מוטל על המעסיק".

ג. גמול עבודה בימי מנוחה: להבדיל מדמי חגים, תשלום עבור ביצוע עבודה בימי מנוחה מוסדר בחוק שעו"מ ובפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 (להלן – הפקודה). סעיף 18א לפקודה מגדיר את "ימי המנוחה" כ"שבת ומועדי ישראל – שני ימי ראש השנה, יום הכיפורים, ראשון ושמיני עצרת של סוכות, ראשון ושביעי של פסח וחג השבועות". סעיף 18א(ב) לפקודה קובע כי הוראות חוק שעו"מ החלות על המנוחה השבועית יחולו "לגבי יהודי – על מועדי ישראל" ו"לגבי מי שאינו יהודי – על מועדי ישראל או על חגי עדתו, הכל לפי המקובל עליו". לפי סעיף 17 לחוק שעו"מ, העובד במנוחה שבועית זכאי לשכר עבודה שלא יפחת מ-150% מהשכר הרגיל. כמו כן על מעסיקו לתת לו, במקום השעות שבהן עבד במנוחה השבועית, שעות מנוחה אחרות. כלומר, התשלום

41 ע"ע (ארצי) 300360/98 צמח – ש.א.ש. קרל זינגר צפון (1986) בע"מ (30.4.2002) (להלן – עניין צמח).

42 כך נפסק בעניין דיאמנט.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

עבור עבודה בימי חג שעליהם חלה הפקודה⁴³ בשיעור של 150% הוא לפי חוק שעו"מ ואילו תשלום דמי חגים בשיעור של 100% (לעובד במשרה מלאה) הוא בהתאם להוראות צו דמי החגים (או צווי הרחבה או הסכמים קיבוציים בענפים ספציפיים).

אמנם הזכאות לדמי חגים היא רק לעובד שהפסיד יום עבודה בשל חג, אלא שבעניין נוהד⁴⁴ ובהמשך בעניין צמח נקבע כי דמי החגים הם תשלום המגיע לעובד עקב עבודתו ולא עבור עבודתו, מאחר שההנחה היא כי הוא אינו עובד ביום חג. ואם עבד העובד ביום חג, הוא זכאי הן לתשלום עבור העבודה (כולל גמול עבור עבודה ביום מנוחה) והן לתשלום דמי חגים. ההנחה בבסיס קביעה זו היא כי בהעדר ראיה לסתור, העבודה בחגים אינה מתוך בחירה של העובד אלא מתוך כורח, "שאם לא כן, בית הדין לא היה מזכה את העובד היומי, שבחר לעבוד בימי חגים, גם בדמי חגים כדי להגדיל את שכרו".

פרשנות שלפיה מי שעבד בחג יזכה לגמול בשיעור של 150% בלבד (ללא דמי חגים), תיצור מצב שלפיו אין הבדל בין מי שאולץ על יד מעסיקו לעבוד בחג לבין מי שבחר מרצונו לעבוד בחג, ובכך יבוטל התמריץ השלילי להעסיק עובדים בחג. תוצאה בלתי רצויה נוספת היא כי מי שעובד בחג השיא רווח כתוצאה מעבודתו של 50% בלבד משכרו הרגיל, והדבר יעודד מעסיקים להעסיק עובדים בחג. מסקנה דומה עולה אף מההשוואה בין עובד יומי ובין עובד החודשי. אם האחרון מפסיד יום עבודה בשל חג, שכרו החודשי לא נגרע. אם מעסיקו יבקש ממנו לעבוד ביום חג שלא היה אמור לעבוד בו, הוא יהיה זכאי, נוסף על שכרו החודשי, לתשלום עבור יום עבודה נוסף (שערכו כערך עבודה במנוחה שבועית). **העולה מכל האמור הוא כי לעובד שעתי שעבד ביום חג מתוך כורח יש לשלם דמי חגים בנוסף לתמורה שהוא מקבל עבור עבודתו.**

ד. שאלת הכורח: בהעדר ראיה לסתור, והנטל בעניין זה הוא על המעסיק, העסקה היא מתוך כורח גם כשסידור העבודה נקבע על ידי המעסיק תוך התחשבות בבקשות העובדים. כלומר, גם אם המעסיק מתחשב ברצון העובד, אין לומר כי האחרון מעדיף לעבוד בחג. רק כשבקשות העובדים מתקבלות כמות שהן, ללא שיקול דעת ובחירה סלקטיבית של המעסיק, ניתן יהיה לומר כי זו בחירה מוחלטת של העובד לעבוד בחג ואין מדובר בהעסקה מתוך כורח.

⁴³ יום העצמאות לא נזכר ב"ימי מנוחה" בפקודה, אבל הוא נמנה על ימי החג בצו דמי החגים.
⁴⁴ דביע (ארצי) מג/91-3-91 נוהד – חברת אל-וו בע"מ, פד"ע טו(1) 163 (1984) (להלן – עניין נוהד).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

גם במקומות עבודה שבהם נהוג לעבוד בימי חג בדרך קבע, אין די בכך שבעת קבלת העובד לעבודה מובא הדבר לידיעתו כדי ללמד שהוא עבד שלא מתוך כוונה. אין לזהות באופן גורף בין ידעה על היקף העבודה במקום עבודה לבין בחירה של עובד לעבוד בימי חג. ההכרעה היא לעולם הכרעה עובדתית בהתאם לנסיבות המקרה.

ה. משמרות משתנות: בעניין **דיאמנט** נקבע שתכלית דמי החגים היא להקים זכאות לדמי חגים לעובד המפסיד יום עבודה בשל כך שחל בו חג ועל כן עובד המועסק בימים א'-ה' אינו זכאי לדמי חגים עבור ימי חג שחלו ביום שישי. ההתייחסות שם היתה לעובד יומי המועסק במתכונת קבועה של 5 או 6 ימים בשבוע. מה הדין במקום עבודה הפועל גם בימי מנוחה שבועית ובימי חג, שמתכונת העבודה בו היא של משמרות שאינן קבועות המתפרשות על כל שעות היממה? אין לגזור גזירה שווה מעובד במשמרות קבועות לעובד במשמרות משתנות המתפרשות על כל שעות היממה והשבוע. שכן העיקרון הבסיסי הוא השוואת מצבו של עובד יומי לעובד חודשי וכשעסקינן בעובד במשמרות משתנות, גם אם בסוף החודש (שחל בו חג) היקף המשמרות שבו הועסק שווה להיקף המשמרות הרגיל שלו (בחודש שבו לא חל חג), מצבו אינו משתווה לזה של עובד חודשי, כי הראשון נאלץ לעבוד במשמרות נוספות (שלא בימי חג) כדי להגיע לאותו היקף משמרות. בכך, הגם שמבחינה מספרית היקף משמרותיו לא נפגע (וממילא גם שכרו), הרי שהרציונל שהעובדים יזכו במנוחה בימי החגים - בוודאי נפגע, כי למעשה העובד הוסיף על ימי עבודתו על מנת שהיקף עבודתו לא יפגע כתוצאה מכך שלא עבד בחג. על כן, למעשה, מדובר במי שנדרש לעבוד עבודה נוספת 'במקום' עבודתו בחג וכתוצאה מאי עבודתו בחג. מצב דברים זה מזכה את העובד בדמי חגים.

התייחסות הצדדים לעניין איל"ן

76. כאמור, הצדדים הגישו התייחסותם להשלכת הנפסק בעניין **איל"ן** על העניין כאן. **המעוררים** סבורים שעובדות המקרה דנן "זהות לחלוטין" לעובדות עניין **איל"ן**. בשני המקרים מדובר על עובדים המועסקים במשמרות המתפרשות על פני היממה כולה, בכל ימות השבוע, לרבות ימי מנוחה וחג; המשמרות נקבעות על ידי המעסיק לפי בקשות העובדים; המעסיק הסתפק בתוספת של 50% לשכר המינימום (או פחות, במקרה דנן) ולא שילם דמי חגים כלל. לעמדת המערערים, נוכח דמיון זה,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

הנפסק בעניין איל"ן מחזק את טענותיהם, שכן העובדה שהועסקו במשמרות משתנות והעובדה שהמשיבה התחשבה ברצונם בקביעת המשמרות, אינן שוללות את זכאותם לדמי חגים, כי אם להיפך. כך גם, בניגוד לפסק דינו של בית הדין האזורי, כלל לא היה מקום לבחון את השאלה אם נפגעו היקף העבודה ושיעור השכר, שכן לנוכח מאפייני ההעסקה שלהם – במשמרות משתנות המתפרשות על פני יממה שלמה – ברי כי גם בימי חג שבהם לא עבדו, הם ביצעו "השלמות" בימים אחרים על חשבון זמן המנוחה שלהם. על כן ובשים לב לתכלית צו דמי החגים, הם זכאים לדמי חגים. המערערים מדגישים שלא ייתכן, בשים לב לשנות פעילותה הרבות של המשיבה ואלפי עובדיה, שלא נמצא בה ולו עובד אחד שעבד בסמוך ליום חג, אלא שהמשיבה לא בדקה את ימי העבודה בפועל ולא שילמה דמי חגים כלל. לשלושת המערערים יחד לא שולמו דמי חגים בגין כ-50 ימי חג בסך הכל, כך שברי כי לא מדובר בטעות נקודתית.

77. **המשיבה** מְצָדה טוענת כי בשל הנסיבות השונות אין להקיש מעניין איל"ן לענייננו. כך, בעניין איל"ן דובר על תביעות של עובדים פרטניים, שאמנם עבדו במשמרות אך לא באופן חלקי דוגמת המערערים כאן, ושעבודתם כללה שעות נוספות ושולמו להם דמי חגים בשגרה. בנוסף, השאלה שעמדה שם להכרעה היא שיעור הגמול הראוי בגין עבודה בימי חג – 150% או 250%, וכלל לא היתה מחלוקת על עצם הזכאות לדמי חגים. ואילו בעניין דנן מדובר על הליך ייצוגי, על עובדים שהועסקו במשרה חלקית, בהיקפים ובמועדים משתנים לפי בחירתם והשאלה המרכזית היא עצם זכאותם לדמי חגים בגין ימי חג שבהם לא עבדו, בשים לב למאפייני העסקתם, ובין היתר עלתה שאלת זכאותם לדמי חגים בגין ימי חג שבהם עבדו. עוד נטען כי בשיבוץ המערערים לא היה כל כורח וממילא את עניין הכורח יש להוכיח עובדתית לגבי כל עובד ועובד ולא לקבעו במסגרת הליך ייצוגי, כפי שעולה מעניין איל"ן.

עוד טוענת המשיבה כי בכל הנוגע לתנאים הכלליים לדמי חגים, ישנה זהות רבה בין הקבוע בעניין איל"ן ובין קביעת בית הדין קמא בעניין המערערים, וכי השוני בתוצאות שני ההליכים הללו נובע מהבדלים עובדתיים במתכונת ההעסקה והשיבוץ של העובדים. לאור הבדלים אלה במתכונת העבודה וכעולה מפסיקת בית הדין באשר לתכליות דמי החגים (עניין צמח ועניין דיאמנט, עניין איליאסייב⁴⁵)



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

המערערים אינם זכאים לדמי חגים. מאחר שכך, ממילא לא זכאים המערערים לדמי חגים בגין ימי חג שבהם עבדו בפועל.

78. המשיבה מדגישה שאף אם ייקבע כי לאור הנפסק בעניין איל"ן עשויה לקום למערערים עילת תביעה אישית, מדובר בסוגיה שלא ראוי לברר כתובענה ייצוגית בשל הבירור הפרטני שהיא מצריכה, כפי שקבע בית הדין קמא וכפי שנקבע בפסיקה נרחבת של בתי הדין לעבודה, לרבות בעניין **שרעבי**, בעניין **גולדברגר**⁴⁶ ובעניין **שמלובסקי**⁴⁷. המשיבה מזכירה את תלושי השכר שצירפה שלטענתה מעידים על כך ששילמה לעובדים רבים דמי חגים וששילמה לחלק גדול מעובדיה גמול עבודה בחג בשיעור של 200% ומדגישה שלפיכך אין מדובר בשאלה המשותפת לכלל חברי הקבוצה.

79. לבסוף טוענת המשיבה כי היה וייקבע שקיימת למערערים עילת תביעה לדמי חגים, אין לאשרה כתובענה ייצוגית מאחר שהפסיקה עד עניין איל"ן קבעה שבמצבים דומים אין מדובר בכורח ומשאין להחיל את הלכת איל"ן רטרואקטיבית.

80. **אשר לעמדתנו** – לאור נסיבות העניין והנפסק בעניין איל"ן, דעתנו היא כי קמה למערערים, ודאי במידת ההוכחה הנדרשת בשלב הבקשה לאישור, עילה אישית לתשלום דמי חגים. ונסביר. ראשית, על פי פסק הדין בעניין איל"ן, כשעסקינן בעובדים שעתיים המועסקים במשמרות משתנות (משתנות הן בהיבט מספר המשמרות מדי שבוע/חודש והן בהיבט הימים בשבוע שבהם הן מבוצעות), כמו המערערים בענייננו-אנו, גם אם לא נפגע היקף המשמרות שלהם וממילא לא נפגע שיעור שכרם בחודש שחל בו חג ביחס לחודש נטול חגים, הם זכאים לדמי חגים, וזאת מהנימוקים המפורטים בעניין איל"ן. בעניין איל"ן יש מענה גם לטענת המשיבה כי שיבוץ המערערים למשמרות, לרוב בהתאם לבקשותיהם⁴⁸, שומט את יסוד הכורח. שנית, ספק בעינינו אם העובדה שבענייננו הועסקו המערערים שלא בהיקף של 6-7 משמרות בשבוע כפי שהיה בעניין איל"ן, כי אם בהיקפים משתנים של משמרות מדי שבוע ובימים שונים מדי שבוע, משנה מהתוצאה בעניין זכאותם לתשלום דמי חגים באופן יחסי להיקף המשמרה שלהם, הן עבור ימי חג שבהם לא עבדו והן עבור ימי חג שבהם עבדו (האחרונים, דהיינו מי שעבדו בפועל בחג, זכאים בנוסף לשכר עבודה בשיעור של 150%).

46 ע"ע (ארצי) 425/09 גולדברגר נ' אגודת השומרים בע"מ (3.2.2010) (להלן – עניין גולדברגר).

47 ע"ע (ארצי) 24241-11-15 בן בטחון (1989) בע"מ – שמלובסקי (8.6.2016) (להלן – עניין שמלובסקי).

48 יושם אל לב כי בית דין האזורי קבע עובדתית שלעתים שובצו המערערים בניגוד לבקשותיהם - בסעיף 74 לפסק דינו: "ככל שעובד זה או אחר נאלץ לעבוד במשמרת שלא בהתאם לרצונו לנוכח צרכי המשיבה, הרי שלא הוכח כי המדובר היה במספר רב של פעמים ומכל מקום לא הוכח כי המדובר היה בתקופת החגים דווקא" (הדגשה הוספה - א.א.).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

נעיר כי המשיבה הציגה את תכלית דמי החגים ככזו שנועדה להביא את העובד לאותה רמת שכר שהיתה לו בחודשים שבהם לא חלו חגים, אלא שזו הצגה חלקית. התכלית במלואה היא לא רק שמירה על רמת השכר, אלא שמירה על רמת השכר תוך מתן אפשרות לעובד לזכות במנוחה בימי החגים תוך קבלת תחליף הכנסה.

למען הסר ספק, כפי שנפסק בעניין איל"ן, עבור עבודתם בפועל בימי החג על המשיבה לשלם למערערים גמול עבודה ביום חג שחלה עליו הפקודה בשיעור שלא יפחת מ-150% ולפי היקף העבודה בפועל, בנוסף לדמי החגים (לפי היקף משרתם). נעיר כי מטבע הלשון של 250% עבור שעות העבודה הרגילות ביום חג שחלה עליו הפקודה, רלוונטי רק לעובד יומי או שעתי המועסק במשרה מלאה.

81. לאור האמור ונוכח תלושי השכר שהציגו המערערים, שמהם עולה במפורש כי המשיבה לא שילמה להם דמי חגים עבור ימי חג, בין אם עבדו בהם ובין אם לאו, בשים לב לטבלאות שצירפו ובהם פירוט ימי החג שחלו מדי שנה, ומשהמשיבה לא הוכיחה כי נעדרו בסמוך לחג שלא בהסכמתה (והנטל בעניין זה מוטל עליה), אנו קובעים כי המערערים הוכיחו, במידת ההוכחה הנדרשת בשלב הבקשה לאישור, עילת תביעה אישית.

קיומה של קבוצה ואפשרות סבירה להכרעה לטובתה – סעיף 8(א)(1) לחוק

82. האם עלה בידי המערערים להוכיח, במידת ההוכחה הנדרשת בשלב זה, את התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק, דהיינו כי התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה? נזכיר כי בית הדין האזורי, מעבר לקביעתו שלפיה לא קמה למערערים זכאות לתשלום דמי חגים, קבע שמתלושי השכר שהציגה המשיבה עולה כי שילמה דמי חגים לעובדים שונים וכי לא נסתרה טענתה שלפיה נהגה לשלם לרוב עובדיה שעבדו בחג גמול בגין עבודה ביום חג בשיעור של 200% (שעה שהמינימום הנדרש עומד על 150%). לפיכך לא ניתן לקבוע "באופן חד משמעי" שכל חברי הקבוצה או אף חלקם הגדול זכאים לפיצוי בעילה זו ולכן לא ניתן לאשר הליך ייצוגי שיחייב בירור פרטני ביחס לכל עובד.

83. גם בעניין זה דעתנו שונה מדעתו של בית הדין קמא. ראשית, אף לא אחד מתלושי השכר שהציגה המשיבה לעניין דמי החגים שייך למי מעובדי סניף הדיוטי-פרי. בכך יש לומר כי לכל הפחות לא עלה בידי המשיבה להפריך את טענת המערערים שלפיה לאיש מעובדי סניף הדיוטי-פרי לא שולמו דמי חגים. שנית, מספר תלושי השכר שצירפה המשיבה להוכחת טענותיה הם 8 בסך הכל; שניים משנת 2010, שלושה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

משנת 2011 ושלושה משנת 2012. בדומה לנפסק לעיל לעניין ההפקדות הפנסיוניות ובשים לב למכלול הנסיבות ובהן גודלה של המשיבה, מספר סניפיה ושנות פעילותה, אין די במספר כה זעום של תלושי שכר כדי להוכיח, ולו לכאורית, טענות לתשלום דמי חגים כדין לכלל עובדי המשיבה. ודאי שעה שמולם הציגו המערערים את כל תלושי השכר שלהם, המלמדים על אי תשלום דמי חגים בכ-40 מקרים שבהם קמה, על פני הדברים, זכאות לתשלום. שלישית, עיון בתלושי השכר שהציגה המשיבה מעלה כי אמנם רשום בהם רכיב "חג", אלא שלא ברור במה מדובר, שעה שלא צורפו לתלושים דוחות נוכחות או פירוט כלשהו שממנו ניתן ללמוד כי חל חג באותו החודש שבגינו הוצא תלוש השכר, ודאי נוכח העובדה שתלושים אלה (למעט אחד) הם של עובדים שלא השלימו באותה העת 3 חודשי העסקה ולפיכך, לכאורה, טרם קמה להם זכאות לתשלום דמי חגים (ולא נטען כי המשיבה שילמה דמי חגים בנסיבות החורגות מהחובה על פי דין). רביעית, להוכחת טענתה לתשלום דמי החגים צירפה המשיבה את תלושי השכר נספח י"ז, אולם הפנתה גם לתלושי השכר שצירפה בנספח ט"ז, שם "**בשורת 'שעות נוספות 200%' נכלל תשלום בגין עבודה בימי חג, עבור העובדים אשר עבדו בימי חג**" – אלא שתשלום גמול עבור עבודה בחג, גם בשיעור העולה על המינימום הנדרש בחוק, אינו פוטר את המשיבה מחובתה לשלם דמי חגים כדין, ודאי משלא הוכח כי תשלום זה עולה על הזכאות לפי דין. חמישית, גם טענת המשיבה שלפיה לפני שנת 2010 שילמה לעובדים דמי חגים כחלק משכר היסוד מבלי לציין זאת בנפרד אין בה כדי לסייע לה, בהעדר כל ראיה לעניין זה. שישית, כפי שקבענו לעיל לעניין עילת ההפקדות הפנסיוניות, אין בטענות המשיבה לטעות זו או אחרת בחישובי המערערים כדי להצדיק את דחיית בקשת האישור מטעם זה בלבד. כמו כן, בית הדין רשאי לחייב בהוצאות או בתיקון כתב התביעה ובקשת האישור במקום שבו עולה במובהק כי החישובים "נופחו".

84. אנו ערים לכך שלמשיבה סניפים שונים עם מאפיינים שונים, אולם לאור הנפסק בעניין איל"ן ומאפייני ההעסקה בסניפי המשיבה, ושעה שאפילו לגבי המערערים – שלכאורה היה לכתחילה קושי רב יותר בתביעתם לדמי חגים נוכח מאפייני העסקתם – קבענו שהם זכאים, במידת ההוכחה הנדרשת בשלב הבקשה לאישור, לדמי חגים, יש לומר כי הוכח במידה הנדרשת שהתובענה "**מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה**". נזכיר לעניין זה כי במסגרת הדיון בתובענה הייצוגית עצמה רשאי בית הדין, בין היתר, לקבוע קבוצות שונות מאלה שהתבקשו בבקשת האישור, לרבות תתי קבוצות.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

הדרך היעילה וההוגנת – סעיף 8(א)(2) לחוק

85. נזכיר כי בית הדין קמא קבע שלא ניתן לקבוע "באופן חד משמעי" שכל חברי הקבוצה או אף חלקם הגדול זכאים לפיצוי בעילה זו ולכן לא ניתן לאשר הליך ייצוגי שיחייב בירור פרטני ביחס לזכאות כל עובד ועובד.

86. דעתנו שונה. בעניין זה נפנה תחילה לקביעותינו לעיל לגבי התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק, שנית, אנו ערים לכך שעל מנת לקבוע מי מחברי הקבוצה אמנם זכאי לתשלום דמי חגים ואת שיעור הסעד הפרטני שהוא זכאי לו, עשוי להידרש בירור עובדתי פרטני כזה או אחר. כמו כן, לא נעלם מעינינו כי בניגוד לעילת ההפקדות הפנסיוניות, שם נראה כי הבירור הפרטני הן בשאלת עצם הזכאות והן בשאלת הסעד יכול לבוא לידי מיצוי באופן פשוט, יחסית, על סמך מאגר נתונים קיים, הרי שבכל הנוגע לעילת דמי החגים נדרש בירור עובדתי פרטני מעט מורכב יותר, ולא רק לשם חישוב שיעור התשלום עבור כל אחד מבני הקבוצה בשלב קביעת הסעד, אלא בראש ובראשונה על מנת לקבוע את עצם זכאותם לדמי החגים. אלא שבנסיבות העניין איננו סבורים שמדובר בבירור פרטני המצדיק את דחיית בקשת האישור. שלישית, בעניין דנן, עוד קודם לבירור הפרטני האמור, נדרש בירור, לגבי כלל חברי הקבוצה, של השאלה המשפטית בדבר חלותו של צו דמי החגים על עובדים המועסקים במתכונת העסקה כזו של המערערים לפנינו, בשים לב לתכליות הצו כמשתקף בפסיקה ובשים לב לנפסק בעניין איל"ן (לרבות השאלה אם יש לאבחנו מהעניין דנן). שאלה זו ראוי שתתברר במסגרת הליך ייצוגי. מפאת חשיבות הדברים נרחיב מעט בעניין זה.

87. התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות – "תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין" – נועד לאזן בין השאלות המשותפות לחברי הקבוצה (תנאי זה קבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק) ובין השאלות המחייבות בירור נפרד. בהצעת החוק⁴⁹ נוסחו המקורי של תת-הסעיף היה זה:

"תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין, בשים לב, בין היתר, לגודל הקבוצה, להיקף השאלות המשותפות לחברי הקבוצה לעומת היקף השאלות שאינן משותפות לחברי הקבוצה, להיקף הנזק האישי המשוער לכל אחד מחברי הקבוצה ולדרכים אפשריות אחרות להכרעה במחלוקת." (הדגשה הוספה – א.א.)

⁴⁹ ה"ח הכנסת 93 (26.7.2005).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

בתזכיר החוק⁵⁰ נכתב לעניין זה כך:

"מטרת הדרישה המופיעה בפסקה זו היא לשקף את העובדה שבמכשיר התובענות הייצוגיות, לאור אופיו, ייעשה שימוש רק כאשר הוא מהווה הדרך היעילה וההוגנת ביותר בנסיבות העניין. כך, ייתכנו מצבים בהם יהיו דרכים יעילות או הוגנות יותר למול ניהול התובענה בדרך של תובענה ייצוגית, כגון: הגשת תביעות נפרדות או מתן סעד מספק בהליך 'רגיל'. תובענה ייצוגית תיחשב בדרך כלל כדרך היעילה וההוגנת ביותר כאשר מספרם הרב של חברי הקבוצה גורר חוסר יכולת מעשית לצרף את כולם כבעלי דין."

בדברי ההסבר להצעת החוק, שבה נקבע תנאי הדרך היעילה וההוגנת בסעיף 6(א)(3), נכתב כי מוצע ששאלת יחסי הכוחות בין בעלי הדין, שנזכרה בתזכיר החוק, לא תצוין בחוק באופן מפורש כשיקול שעל בית המשפט לבחון משאין מדובר בשיקול מכריע ולא בהכרח יהיה לו משקל בהחלטה, אך הוסף כי "אין בכך כדי למנוע מבית המשפט להתחשב גם בשיקול זה במקרה הצורך" – תוך הפניה לסעיף 6(א)(3).

88. יוער כי עשויה להיות חפיפה מסוימת בין תנאי "השאלות המשותפות" הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק, ובין תנאי "הדרך היעילה וההוגנת" הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק, שהרי "טענה בדבר משקלן הנמוך של השאלות המשותפות עשויה להיות שקולה למעשה לטענה כי תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, ועל כן יש לדון בה במסגרת הדין בתנאי זה..."⁵¹. ואמנם, בעניין עמוסי, למשל, נדונו הטענות הנוגעות למשקל השאלות המשותפות במסגרת בחינת תנאי הדרך היעילה וההוגנת.

89. בגוף החוק אין בנמצא פירוט באשר לאותם המקרים שבהם יש לקבוע כי התובענה הייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת, ולדעת המלומדים פלינט ו-ויניצקי, גם הפסיקה הישראלית אינה מספקת תשובה ברורה לשאלה "מה בדיוק בית המשפט אמור לבחון בשקלו אם התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר"⁵². מכל מקום, ניתן למצוא בפסיקה קווים מנחים לבחינה שצריכה להיעשות על ידי

תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005.

רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, בסעיף 11 לפסק הדין (5.7.2012) (להלן – עניין עמוסי).

א' פלינט וחי' ויניצקי, תובענות ייצוגיות (התשע"ח-2017) (להלן – תובענות ייצוגיות), עמ' 201 – 202. פלינט ו-ויניצקי עצמם מציעים לאמץ את המודל התלת-שלבי המצוי בדין האמריקאי, שבו נבחנים במסגרת תנאי הדרך היעילה וההוגנת אלה: א. קיום אפשרות חלופית לבירור השאלות שבמחלוקת (תביעות פרטניות, צירוף תובעים, התערבות רגולטורית, הליכים משפטיים אחרים כגון עתירה לבג"ץ של גופים ציבוריים); ב. השוואת היתרונות והחסרונות שבניהול תובענה ייצוגית לעומת היתרונות והחסרונות שבאפשרות החלופית, תוך שקילת אינטרסים של מערכת המשפט, התובע הייצוגי ובא כוחו, קבוצת הנפגעים, הנתבע והציבור בכללותו; ג. בחינת הוגנות ניהול ההליך הייצוגי מבחינת האינטרסים של כל מי שעשויים להיות מעורבים בעניין. ראו שם, בעמ' 203, וכן פירוט השלבים בעמ' 204 – 244.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

בית המשפט בבחנו תנאי זה. כך, למשל, בעניין רזניק⁵³ העלתה המשיבה-הנתבעת טענת התיישנות ומבקש האישור טען לחלותו של סעיף 8 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, שעניינו התיישנות שלא מדעת. נקבע שעניין זה מצריך בירור פרטני עם כל אחד מבני הקבוצה בשאלה מתי נודעה לו, או אמורה היתה להיודע לו, עילת התובענה, ועל כן התובענה הייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה. וכך נפסק⁵⁴:

"שונות רבה מידי בין חברי הקבוצה עלולה להביא לאי התקיימותו של התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק, הדורש כי התובענה הייצוגית תהא 'הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת'. ישנם מקרים בהם ניתן לאשר תובענה ייצוגית על אף שחלק מהשאלות המתעוררות בגדרה אינן משותפות לחברי הקבוצה. אולם, ישנם מקרים בהם קיומו של מרכיב אינדיווידואלי יחרוץ את גורל הבקשה לאישור תובענה ייצוגית לדחייה. השאלה מתי היעדר אחידות בין חברי הקבוצה יביא לדחיית הבקשה לאישור תובענה ייצוגית היא שאלה קשה ומורכבת, שדומה כי עד כה טרם זכתה לעיון ממצה בפסיקת בית משפט זה. במספר מקרים נדחו בקשות לאישור תובענה ייצוגית, בין היתר על רקע קיומם של רכיבים אינדיווידואליים (...). מנגד, לא פעם הובעה הדעה כי הבדלים בין חברי הקבוצה אינם מובילים בהכרח למסקנה כי לא ניתן לאשר תובענה ייצוגית. מחלק מפסקי הדין ניתן להבין שקביעה זו אינה מוגבלת לשוני המתבטא בגובה הנזק בלבד, אלא היא עשויה להשתרע גם על נושאים הקשורים לעצם הזכאות (...). נראה, כי יש ליתן משקל בעניין זה לשאלה מה היקפם של הנושאים הפרטניים לעומת הנושאים המשותפים. כמו כן, יש לבחון האם קיימת דרך הוגנת ויעילה להתמודד עם השאלות האינדיווידואליות המתעוררות בגדר התובענה הייצוגית." (הדגשה הוספה – א.א.)

בהמשך⁵⁵ מוצעים פתרונות לבעיית חוסר האחידות בין חברי הקבוצה, כך:

"פיתרונות מסוימים למקרים של היעדר הומוגניות בין חברי הקבוצה ניתן למצוא בסעיף 20(א)-(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, הכולל הוראות באשר לסעד שיעניק בית המשפט... פיתרון אחר, העשוי להתאים למקרים מסוימים, הוא מתן פסק דין הצהרתי בו תוכרענה השאלות המשותפות לחברי הקבוצה, תוך הותרת השאלות הפרטניות להליכים אחרים. לצורך העניין שבפנינו, איננו נדרשים להכריע בשאלה הרחבה מהם המקרים בהם יש לאשר תובענה ייצוגית על אף קיומם של נושאים פרטניים, תוך שימוש במנגנונים הקבועים בסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות או בפיתרונות אחרים. לענייננו, די כי נכיר בכך שסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות אינו יכול ליתן מענה לכל מקרה ומקרה בו קיימת שונות בין חברי הקבוצה. ישנם מקרים בהם אין מנוס מאי מתן אישור לניהול תובענה ייצוגית, וזאת בשל קיומם של נושאים אינדיווידואליים

ע"א 6887/03 רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות עובדים (20.7.2010).

53 שם, בסעיף 27 לפסק הדין.

54 שם, שם. ראו עוד: ע"א 7141/13 קונקטיב גרופ בע"מ נ' דנוש (5.1.2015), בסעיפים 4 – 5 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז (הגם שביישום הדברים היתה בדעת מיעוט).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

המבחינים בין חברי הקבוצה. נסתפק בכך שנגדיר את המצב בו אין ספק, כי לא ניתן לאשר תובענה ייצוגית. כאשר בגדר התובענה הייצוגית או לאחריה יהיה צורך לקיים חקירה פרטנית בעניינו של כל אחד מחברי הקבוצה, הכוללת בירורים עובדתיים מורכבים, שמיעת עדים, הכרעות מהימנות וכדומה, כך שמבחינה מעשית מדובר בפיצול ההליך הייצוגי לסדרה של משפטים נפרדים, אין לאשר את התובענה הייצוגית. כאמור, ישנם פיתרונות שונים העשויים למנוע תוצאה זו. אולם, מקום בו קצרה ידם של פיתרונות אלו מלהושיע, לא תאושר התובענה הייצוגית.
(הדגשה הוספה – א.א.)

באותו עניין נקבע שלא ניתן להכריע בשאלת הידיעה שבסעיף 8 לחוק ההתיישנות "בבת אחת ביחס לכל חברי הקבוצה", אלא נדרש בירור פרטני בשאלה זו. בנסיבות העניין, המימד האישי "הכרוך בליבון סוגיית ההתיישנות אינו מאפשר את אישור התובענה הייצוגית", שכן "בירור פרטני של שאלת מודעותו של כל אחד מחברי הקבוצה אינו בגדר אפשרות מעשית... ולמצער הוא יצריך הקצאת משאבים בלתי סבירה" ולא ניתן להעריך על כמה מחברי הקבוצה חל סעיף 8 לחוק ההתיישנות.

90. גם בעניין עמוסי נדונה, בין היתר, שאלת אחידות הקבוצה כמשפיעה על גורל הבקשה לאישור. באותו עניין הוגשו שלוש תובענות ייצוגיות, כל אחת נגד חברת ביטוח אחרת, שמהן רכשו שלושת התובעים פוליסות ביטוח חיים, שכללו כיסוי בגין נכות תאונתית. לכל אחד מהתובעים נגרמה, בזמן שהיה מבוטח, פציעה מסוימת והטענה היתה שדמי הביטוח שחברות הביטוח שילמו להם חושבו על פי נוסחה שכלל לא מופיעה בפוליסות. בית המשפט המחוזי דחה את הפרשנות שנתנו חברות הביטוח לסעיף הרלוונטי בפוליסות והוסיף כי אף אילו היה מקום לפרשנות זו, עצם האפשרות לפרשנות אחרת מצדיקה את אישור התובענה כיייצוגית. עוד קבע כי העובדה שנוסחת החישוב לא צוינה בפוליסות עולה לכאורה כדי הטעיה. לאור כל האמור נקבע כי לתובעים שם נגרם נזק לכאורה, כי יש אפשרות סבירה להכרעה לטובתם, וכי אמנם יש שונות בין חברי הקבוצה אך קיימת שאלה בסיסית המשותפת לכולם והיא פרשנות הפוליסות. לפיכך מתקיימים התנאים לאישור התובענה כיייצוגית, בעילות שונות, לרבות עילת הטעיה.

שתיים משלוש חברות הביטוח הגישו בקשות רשות ערעור לבית המשפט העליון. בין היתר נטען על ידן כי התובענה אינה מתאימה להתברר כיייצוגית, מאחר שהיא מעלה שאלות פרטניות ביחס למצג שהוצג לכל מבוטח וביחס למידת הסתמכותו על מצג זה, ומאחר שהנזק לכל תובע עולה על 10,000 ₪ וסכום זה מצדיק תביעה פרטנית. בית המשפט העליון דן בבקשות רשות הערעור כבערעור וקיבל את הערעור בחלקו. נקבע, בין היתר, כי "מקרה טיפוסי בו תובענה ייצוגית צפויה להיות הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת הוא מקרה שבו הסעד המגיע לכל אחד



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

מחברי הקבוצה אינו גבוה מספיק בכדי להצדיק הגשת תביעה אישית⁵⁶ וכי במקרים כאלו, "תובענה ייצוגית אינה רק הדרך היעילה ביותר לדין בנושא, אלא היא ככל הנראה גם הדרך היחידה שבה יזכה עניינם של חברי הקבוצה לבירור משפטי"⁵⁷. לצד זאת נפסק שגם כאשר סכום התובענה מאפשר הגשת תביעות פרטניות, מתקיימים יתרונות התובענה הייצוגית ותכליותיה, ובהם: "השגת השוויון במאזן הכוחות בין המתדיינים, חיסכון במשאבי הצדדים ובמשאבי בית המשפט, ומניעת חוסר אחידות בפסיקות בתי המשפט השונים", כך שתובענה ייצוגית עדיין עשויה להיות הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה. עוד נפסק שם שאחד העניינים המרכזיים שיש לבחון במסגרת תנאי הדרך היעילה וההוגנת הוא "המידה שבה ההכרעה בשאלות המשותפות לכלל חברי קבוצת התובעים תסייע לפתרון הסכסוך האינדיבידואלי שבין כל אחד מהם לבין הנתבע". ככל שההכרעה בשאלות המשותפות תקדם את פתרון הסכסוך אך במעט ויוותרו שאלות פרטניות רבות, כך יפחתו היעילות וההגינות שבניהול ההליך הייצוגי, ולהיפך.

יישום האמור על נסיבות אותו עניין הביא לתוצאה שתובענה ייצוגית בעילת ההטעיה אינה הדרך ההוגנת להכרעה. זאת, בעיקר מאחר שאם ייקבע שלא היה תיאור מטעה, יקופחו אותם תובעים שסבלו מתיאור מטעה ויכולים להוכיח זאת (מאחר שהקביעה האמורה תהיה מעשה בית-דין). ביחס לעילות אחרות נקבע כי משקלן של השאלות האינדיבידואליות אינו משמעותי ועל כן תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת לדון בהן.

91. בשלב זה אנו מבקשים להזכיר את סעיף 20 לחוק, המתייחס לשאלת הסעד והפיצוי הכספי וזה עיקרו:

"(א) הכריע בית המשפט בתובענה ייצוגית, כולה או חלקה, לטובת הקבוצה שבשמה נוהלה התובענה הייצוגית, כולה או חלקה, רשאי הוא במסגרת החלטתו על מתן פיצוי כספי או סעד אחר לחברי הקבוצה להורות, בין השאר, הוראה כמפורט להלן, לפי הענין, ובלבד שלא יהיה בכך כדי להכביד במידה העולה על הנדרש על חברי הקבוצה או על בעלי הדין:

- (1) על תשלום פיצוי כספי או על מתן סעד אחר, בשיעור ובאופן שיקבע, לכל אחד מחברי הקבוצה שהוכחה זכאותו לפיצוי או לסעד כאמור;
- (2) על כך שכל חבר קבוצה יוכיח את זכאותו לפיצוי כספי או לסעד אחר;
- (3) על תשלום פיצוי כספי בסכום כולל ועל אופן חישוב חלקו של כל חבר קבוצה, ובלבד שסכום הפיצוי הכולל ניתן לחישוב

⁵⁶ בסעיף 18 לפסק הדין.
⁵⁷ שם, שם.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

מדויק על יסוד הראיות שבפני בית המשפט; הורה בית המשפט על תשלום פיצוי כספי בסכום כולל כאמור, רשאי הוא להורות בדבר חלוקה בין חברי הקבוצה, באופן יחסי לנזקיהם, של יתרת הסכום שתיוותר אם חבר קבוצה, אחד או יותר, לא דרש את חלקו, לא הוכיח את זכאותו לפיצוי או לסעד, לא אותר או שלא ניתן לחלק לו את חלקו מסיבה אחרת, ובלבד שחבר קבוצה לא יקבל פיצוי כספי או סעד אחר מעבר למלוא הפיצוי או הסעד המגיע לו; נותרה יתרת סכום לאחר החלוקה לחברי הקבוצה כאמור, יורה בית המשפט על העברתה לקרן שהוקמה מכוח סעיף 27א; בית המשפט ייעד את הכספים לתחום הקרוב לנושא התובענה הייצוגית שהוגשה; נוכח בית המשפט כי העברת הכספים לתחום קרוב כאמור אינה מתאפשרת בנסיבות העניין, רשאי הוא להורות כי הכספים יועדו לתחום אחר, הקרוב ככל האפשר לנושא התובענה.

- (ב) הורה בית המשפט על כך שכל חבר קבוצה יוכיח את זכאותו לפיצוי כספי או לסעד אחר, רשאי הוא ליתן הוראות בדבר –
- (1) הדרך והמועד להוכחת הזכאות לסעד על ידי חברי הקבוצה ודרך חלוקתו, ורשאי הוא למנות לשם כך אדם בעל כישורים מתאימים (בסעיף זה – ממונה); ...;
- (2) תשלום הוצאות, לחבר קבוצה, בסכום שיקבע בית המשפט או הממונה, בעד הטרחה הכרוכה בהוכחת הזכאות לפיצוי או לסעד כאמור.
- (ג) (1) מצא בית המשפט כי פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות העניין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת, רשאי הוא להורות על מתן כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון בנסיבות העניין;
- (2) הורה בית המשפט על מתן סעד כספי לטובת הציבור, יורה על העברת הכספים המיועדים לכך לקרן שהוקמה מכוח סעיף 27א...;
- (ד)
- (ה) בית המשפט לא יפסוק בתובענה ייצוגית פיצויים לדוגמה, וכן לא יפסוק פיצויים בלא הוכחת נזק, למעט בתביעה כמפורט בפרט 9 בתוספת השניה, ואולם אין באמור כדי למנוע פסיקת פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון.
- (ו) "...

כפי שניתן לראות, סעיף 20 לחוק, על תתי הסעיפים שבו, מאפשר לבית המשפט המקבל תובענה ייצוגית להפעיל מגוון אמצעים בפסיקת הסעד. בפסיקה ניתן למצוא לא מעט דוגמאות לשימוש שניתן לעשות בסעיף זה, בין היתר במקרים שבהם נמצא בין חברי הקבוצה שוני המחייב בירור פרטני. כך, בעניין כמיפל⁵⁸ נקבע כי:

רע"א 4114/17 כמיפל בע"מ נ' זוהר, בסעיף 6 להחלטה וההפניות שם (2.11.2017). ראו מקרים נוספים שבהם אושר ניהול תובענה כייצוגית חרף השונות בין בני הקבוצה: רע"א 94/17 חברת דואר ישראל בע"מ נ' רוזנהיים, בסעיף 7 להחלטה (19.4.2017);



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

"אמנם, ישנם מקרים שבהם לא ניתן לאשר תובענה ייצוגית מן הטעם שהשונות בין חברי הקבוצה המיוצגת מחייבת לקיים בירור פרטני בנוגע לזכאותו של כל אחד מהם לסעד המבוקש בתובענה. ואולם, הלכה היא כי בית המשפט לא יידחה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בשל קיומה של שונות בין חברי הקבוצה אלא במקרים שבהם ברור כבר בשלב בקשת האישור כי לא ניתן להתגבר על הקשיים שמעוררת שונות זו באמצעות הכלים שמעמיד סעיף 20 לחוק... או פתרונות אחרים שנדונו בפסיקה."

ובעניין אבידן⁵⁹ נדונה החלטת בית המשפט המחוזי לקבל בקשה לאישור, בקבעו, בין היתר, כי אף שאין דרך מעשית לפסוק פיצוי פרטני לכל אחד מחברי הקבוצה, אין בכך כדי להצדיק את דחיית הבקשה, משום שבמקום פיצוי שכזה ניתן לפסוק לטובת בני הקבוצה או הציבור סעד אחר, לפי הוראת סעיף 20(ג) לחוק. בית המשפט העליון אישר את ההחלטה האמורה בקבעו כד⁶⁰:

"אכן, זיהויים ובירור זכאותם לסעד של חברי קבוצה זו אינה משימה פשוטה. עם זאת, כפי שפורט בהחלטתו של בית המשפט קמא, ניתן לחשוב על דרכים לפסיקת סעד בהליך דנן ואין מדובר במקרה שבו ברור וגלוי כבר בשלב בקשת האישור כי הדבר אינו ניתן לביצוע (ראו:...). על כן, אין לקבל את טענת המועצה כי הקושי בפסיקת סעד לחברי הקבוצה מצדיק את דחיית הבקשה."

92. בפסיקת בתי הדין לעבודה ניתן למצוא התייחסות לשאלת השפעתו של הצורך בבירור פרטני על גורל הבקשה לאישור, וזאת כנגזר מעילת התביעה ומנסיבותיו המסוימות של המקרה הנדון. כך, למשל, בעניין עמותת ידיד⁶¹ נדחתה בקשה לאישור שבמסגרתה התבקש בית הדין לקבוע כי "זמן המעבר" של מטפלים סיעודיים בין מטופל אחד למשנהו הוא זמן עבודה המזכה אותם בתשלום שכר עבודה ולחלופין בתשלום שכר ראוי. וכך נומקה קביעה זו⁶²:

"לא ניתן לקבוע שיש אפשרות סבירה שהשאלה המתעוררת תוכרע לטובת הקבוצה. על פני הדברים נראה שיש אפשרות סבירה כי התובענה הייצוגית תידחה נוכח חוסר היכולת לקבוע כלל אחיד בהתייחס לכלל חברי הקבוצה, נוכח העובדה שההכרעה תלויה בנסיבות הקונקרטיים של כל מטפלת ובמקרים מסוימים אף בנסיבות הנוגעות ליום עבודה מסוים. יתר על כן, כפועל יוצא מן האמור, התובענה הייצוגית גם אינה מתאימה לבירורה של השאלה המתעוררת. ויודגש, השונות בין המטפלות

59 רע"א 3418/16 המועצה להסדר ההימורים בספורט נ' אבידן (1.9.2016) (להלן – עניין אבידן).
60 שם, בסעיף 21 להחלטה וההפניות שם. שימוש בסעיף 20(ג) לחוק נעשה שם בפרשת הסיליקון בחלב של תנובה – ע"א 10085/08 תנובה - מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל (4.12.2011). עוד ראו: רע"א 9617/16 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' לפינר, בסעיף 29 לפסק הדין וההפניות שם (28.10.2018) (להלן – עניין לפינר).

61 ע"ע (ארצי) 14290-06-16 מטב, עמותת לשירותי טיפול ורווחה (ע"ר) – עמותת ידיד, מרכזי זכויות בקהילה (1.5.2018) (להלן – עניין עמותת ידיד). עתירה לבג"ץ נדחתה: בג"ץ 4736/18 עמותת ידיד – מרכזי זכויות בקהילה נ' בית הדין הארצי לעבודה (26.6.2018). דוגמה נוספת למשקלו של הצורך בבירור פרטני במסגרת בחינת הבקשה לאישור ראו בע"ע (ארצי) 686/09 ברקן – איילון חברה לביטוח בע"מ (30.5.2011).
62 עניין עמותת ידיד, בסעיפים 62 – 63 לפסק הדין.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

והנסיבות הנוגעות להעסקתן 'המפוצלת' אינה פועלת רק במישור של כימות הזכאות או הפיצוי (אפילו יצומצם רק לזמן הנסיעה) – מישור שבמקרים הראויים ניתן למצוא לו פתרון. שונות זו פועלת בעיקר במישור הזכאות הנטענת לשכר. לפיכך, קודם שיתקיים דיון באופן חישוב הפיצוי המגיע לכל מטפלת, אם בכלל, יהיה צורך לקיים לגבי כל מטפלת ומטפלת בקבוצה 'משפט זוטא' שבמסגרתו יתבררו הנסיבות הרלוונטיות כאמור. בנסיבות אלה לא ניתן לקבוע כי בירורה של התובענה הייצוגית יהא יעיל."

93. המלומדים פלינט ו-ויניצקי כותבים ביחס ל"שאלת ההומוגניות" כך⁶³:

"במרבית המקרים דנו בתי המשפט, בבחנם תנאי זה, בשאלת ההומוגניות של הקבוצה המיוצגת, וקבעו כי במקרים שבהם נחוץ בירור עובדתי פרטני לכל אחד מחברי הקבוצה, אזי התובענה הייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת לדון בשאלות השנויות במחלוקת. ברם, אף ששאלת ההומוגניות של חברי הקבוצה היא אחת השאלות המרכזיות ביותר שעל בית המשפט לבדוק בבחנו תנאי זה, היא איננה חזות הכול, וישנם עוד שיקולים וקריטריונים שעל בית המשפט לבחון כדי להכריע בשאלה אם התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת לדון בה בנסיבות העניין". (הדגשה הוספה – א.א.)

94. סיכומם של דברים הוא כי ייתכנו מקרים שבהם מידת המורכבות הכרוכה בביצוע הבירור הפרטני, לשם תיחום הקבוצה ו/או קביעת הסעד לכל אחד מהזכאים, תחצה רף מסוים שמעבר לו נכון יהיה לקבוע שההליך ייצוגי אינו הדרך היעילה וההוגנת. אולם עצם ההיזקקות לבירור פרטני שאינו פשוט דווקא, אין משמעו בהכרח קביעה שההליך הייצוגי אינו הדרך היעילה וההוגנת להכרעה ולפיכך נטישתו, אלא יש לבחון את נפקותו בכל מקרה ומקרה בהתאם לנסיבותיו, תוך בחינת האפשרויות השונות בהושטת הסעד, מבלי לחסום את ההליך הייצוגי אך בשל הקושי בפסיקת סעד פרטני⁶⁴ ותוך עריכת איזון עם מכלול השיקולים הרלוונטיים. בין השיקולים הללו, מבלי שיש בכך כדי למצות, ניתן למנות את אלה: היקף השאלות המשותפות ומהותן ביחס להיקף השאלות הנפרדות ומהותן; מידת המורכבות של הבירור הפרטני (לרבות היקף הקבוצה שלגביה נדרש הבירור, האם הבירור הפרטני מתייחס לשאלת עצם הזכאות או לחישוב הסעד, האם הבירור הפרטני מצריך שמיעת עדים, המשאבים הנדרשים לעריכת הבירור לרבות הצורך בשכירת שירותיו של מומחה או בבניית מאגרי נתונים שלא היו קיימים וכיו"ב); חומרת ההפרה המיוחסת למעסיק (משך ההפרה, מספר העובדים הנפגעים מההפרה, גובה הנזק המשוער לכל עובד, ודאות קרות הנזק ובהתאם – ודאות

⁶³ תובענות ייצוגיות, בעמ' 202.
⁶⁴ עניין אבידן.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

הרווח שהשיא המעסיק מההפרה⁶⁵, האם מדובר בהפרה של תשלום זכות קוגנטית וכיו"ב); האינטרסים הציבוריים שביסוד מכשיר התובענה הייצוגית בכלל (הרתעה מפני הפרת החוק, פיצוי ניזוקים רבים שנוקם קטן יחסית וכיו"ב); האפשרויות השונות למתן סעד, במצב שבו עשוי להתעורר קושי בקביעת סעד פרטני, ועוד. כך, למשל, קשה יהיה לקבל מצב שבו מעסיק שנמנע זמן רב מתשלום זכות מסוימת, ודאי אם היא קוגנטית, למאות עובדיו, בעבר ובהווה, יצליח לחמוק מניהול הליך ייצוגי ומתוצאותיו ולמעשה יתעשר שלא כדין על חשבונם, וזאת אך ורק בשל מורכבותו היחסית של הבירור הפרטני (מובן שאין מדובר על מצב של מורכבות משמעותית מאד היורד לשאלת שורש הזכאות⁶⁶). תוצאה שכזו עלולה ליתן תמריץ שלילי למעסיקים להפר את חובתם לשלם רכיבים מסוימים שידוע כי נדרש לגביהם בירור מורכב יחסית⁶⁷. ייתכן, אפוא, שגם במקרים המצריכים בירור פרטני, אף אם זה אינו בחינת בירור קל ופשוט, יטו טעמים כבדי משקל את הכף אל עבר קבלת הבקשה לאישור.

95. באשר לבירור העובדתי הפרטני נוסף כי יש להבחין בין מצב שבו בירור זה יכול להיעשות בהסתמך על מידע קיים – כגון דוחות נוכחות, או על מידע שניתן להנפיקו בקלות יחסית, שאז תהיה הנטייה שלא לראות בו מכשול לאישור ההליך כייצוגי, ובין מצב שבו הבירור העובדתי הפרטני מחייב גביית עדויות וקביעת ממצאי מהימנות, שאז הנטייה תהיה שלא לאשר את הבקשה לאישור, מן הטעם שאינו עומד בתנאי הדרך היעילה וההוגנת.

96. ומכאן לענייננו. לאחר שקילת השיקולים הרלוונטיים ומכלול נסיבות העניין, אנו סבורים שהצורך לקיים בירור עובדתי פרטני בסוגיות אחדות אינו מטה את הכף אל עבר דחיית בקשת האישור, שכן גם בהינתן צורך זה מתקיים בענייננו, באופן לכאורי, במידת ההוכחה הנדרשת בשלב הבקשה לאישור, התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק. ונפרט.

⁶⁵ למשל, בנסיבות עניין **עמותת ידיד**, בשל כך שלא ניתן היה לקבוע אפריורית לגבי כלל בני הקבוצה כי זמן המעבר מהווה זמן עבודה המזכה בשכר עבודה (או זמן המזכה בשכר ראוי), לא ניתן לקבוע אפריורית כי המעסיק השיא רווח, לגבי כל עובד, בשל אי תשלום תמורה בגין זמן המעבר. שכן בשביל לקבוע זאת צריך לבחון כל חוזה בנפרד ולבחון מה סוכם עם העובד – עניין המצריך הבאת ראיות וקביעת ממצאי מהימנות וממצאים עובדתיים, שהרי מסמכים לבדם לא יתנו תמונה מלאה של המצב, במיוחד במקרים שבהם לא נכתב בחוזה במפורש שזמן המעבר מהווה זמן עבודה. כלומר, בנסיבות עניין **עמותת ידיד**, לא ניתן לומר בוודאות שהמעסיק הרוויח, ביחס לכל העובדים, או אפילו רובם, כתוצאה מהתנהלותו. לעומת זאת, בנסיבות העניין דנן, אם בשאלה המשפטית ייקבע כי המשיבה חבה בתשלום דמי חגים לעובדיה, הרי שאין ספק לגבי הרווח שצמח לה מאי תשלום רכיב זה משך כל השנים, ביחס לכל העובדים הרלוונטיים.

⁶⁶ השו: עניין **עמותת ידיד**.

⁶⁷ השו: עניין **לפינר**, בסעיף 30 לפסק הדין.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

97. ראשית, השאלה המרכזית הטעונה הכרעה בנסיבות העניין שלפנינו היא שאלה משפטית, המשותפת לכלל חברי הקבוצה, בדבר עצם זכאותם לדמי חגים – במיוחד העובדים בסניף הדיוטי-פרי ו/או בסניפים נוספים של המשיבה הפתוחים בשבתות ובחגים (אם יש כאלה) (שהרי לשיטת המשיבה עובדים שעבדו בימי חג אינם זכאים לדמי חגים) – וזאת בשים לב למאפיינים הייחודיים של העסקתם: עבודה במשמרות משתנות הן מבחינת ימות השבוע והן מבחינת ההיקף; התחשבות בבקשותיהם לשיבוץ למשמרות; סניפים הפועלים 24/7 (מובן שזהו מאפיין הרלוונטי רק לחלק מהסניפים). זוהי שאלה משפטית – בחינת צו דמי החגים ושאלת החלתו על עובדים המועסקים במתכונת העסקה כזו של המערערים לפנינו, בשים לב לתכליות הצו כמשתקף בפסיקה ובשים לב לנפסק בעניין איל"ן (לרבות השאלה אם ובאיזה אופן יש לאבחנו מהעניין דנן).

98. שנית, אם השאלה המשפטית האמורה תוכרע לטובת המערערים, קרי, ייקבע שעובדי המשיבה המועסקים במאפייני העסקה כשלהם זכאים לדמי חגים, אזי יעלה צורך להכריע בשתי שאלות עובדתיות שיצריכו בירור פרטני: הראשונה, מי מהעובדים זכאי בפועל לדמי חגים; השנייה, שיעור הסעד הכספי הפרטני שישולם לזכאים. לשם בירור השאלה הראשונה יהיה מקום לבדוק אם מתקיימים בעובדים התנאים הקבועים בצו דמי החגים, כלומר אם עבדו בימים הסמוכים לחג – עניין הניתן לבירור פשוט באמצעות דוחות הנוכחות שלהם, או אם נעדרו מהימים הללו שלא בהסכמת המעסיק – עניין שככלל, הנטל להוכיחו מוטל על כתפי המעסיק⁶⁸. כלומר, נראה שמדובר בבירור שאינו מורכב, המבוסס על מידע קיים ואינו מצריך שמיעת עדויות. בנוסף, לא מן הנמנע שבהיבטים מסוימים די יהיה בבירור ברמת הסניף (למשל: האם הסניף פתוח בחגים – שהרי אם הסניף סגור בחג כלל לא מתעוררת שאלת הכורח). גם לשם בירור השאלה השנייה – הסעד הכספי הפרטני – נראה כי לא נדרש בירור מורכב המצריך שמיעת עדים, שכן את כל המידע ניתן לקבל מנתונים קיימים – היקף המשרה, השכר השעתי, ימי החג המקיימים זכאות ושאלת העבודה יום לפני ויום אחרי החג או היעדרות מהם בהסכמת המעסיק.

כלומר, אף שעשוי להידרש בעילת דמי החגים – אם השאלה המשפטית המקדמית תוכרע לטובת המערערים – בירור עובדתי פרטני, נראה כי הדבר לא יהיה כרוך בגביית ראיות אלא יוכל להתבסס על נתונים קיימים שניתן לאתרם ולרכזם בקלות יחסית. וגם אם יעלה צורך בבירור פרטני, רשאי בית הדין ליתן הוראות לשם קיומו

⁶⁸ ראו: עניין איל"ן, בסעיף 68 לפסק הדין.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

בדרך שיראה לנכון, בשים לב להוראות סעיף 20 לחוק ולרוח הפסיקה. קרי, ודאי אין מדובר בבירור פרטני המצדיק את דחיית בקשת האישור מטעם זה בלבד.

99. סיכום האמור הוא כי הוכח באופן לכאורי, במידת ההוכחה הנדרשת בשלב הבקשה לאישור, שתובענה ייצוגית בעילת דמי החגים היא הדרך היעילה וההוגנת להכריע בה. בקביעה זו לקחנו בחשבון את כל אלה:

א. המשקל היחסי של השאלה המשפטית המקדמית, היותה משותפת לכלל חברי הקבוצה והעובדה שהכרעה בה תקדם את פתרון הסכסוכים האישיים בין חברי הקבוצה והמשיבה בעילת דמי החגים – כל אלה יביאו לחיסכון ניכר במשאבים ובזמן שיפוטי ולמניעת הכרעות סותרות;

ב. אם וככל שייקבע כי קמה זכאות לדמי חגים לעובדים במתכונת העסקה כזו של המערערים – המשקל היחסי של השאלות הפרטניות ומידת מורכבות הלא גדולה הכרוכה בבירורן;

ג. המספר הגדול של עובדי המשיבה, בעבר ובהווה, ופיזורם בין עשרות סניפים ברחבי הארץ – דבר המקשה על צירופם כתובעים פרטניים;

ד. הסכום הקטן יחסית, על פני הדברים ובשים לב לתקופות ההעסקה הקצרות של עובדי המשיבה (לכל הפחות בסניף הדיוטי-פרי), שכל עובד יהיה זכאי לו, שנראה כי אינו מצדיק הגשת תביעה פרטנית (הגם שאינו זניח);

ה. הסבירות הגבוהה, אם ייקבע שקמה זכאות לדמי חגים לעובדים במתכונת העסקה כזו של המערערים, שרוב העובדים הרלוונטיים יימצאו זכאים לדמי החגים, וזאת משלא סביר להניח שרבים מהם החליטו להיעדר מהעבודה בימים הסמוכים לחג, שלא בהסכמת המעסיק. בנסיבות אלה ההתמקדות היא בשאלת שיעור הסעד, שהוא פשוט יחסית לבירור;

ו. חומרת ההפרה הלכאורית של חובת תשלום דמי החגים על ידי המשיבה (שנים רבות, כלפי מאות עובדים, בין אם עבדו בימי חג ובין אם לא עבדו בימי חג) והרווח שהשיאה כתוצאה מכך שלא כדין⁶⁹;

ז. הרצון להרתיע מעסיקים מפני הפרת חובותיהם כלפי עובדיהם, בין היתר בשים לב לפערי המידע ופערי הכוח בין הצדדים (ויוזכר בהקשר זה כי המשיבה אינה במקום עבודה מאורגן). דווקא במקום שבו מדובר בעילה ה"מוכרת" ככזו המצריכה בירור פרטני, דוגמת דמי חגים, עשוי לגדול התמריץ השלילי למעסיקים, וזאת יש למנוע.

⁶⁹ ראו הערת שוליים 65.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

שקלולם של כל אלה, תוך שימת עיקר המשקל על הרתעת המעסיקים מפני הפרת חובותיהם, ופחות על הסעד הפרטני שיזכה לו כל אחד מבני הקבוצה, מוביל אותנו למסקנה הלכאורית שתובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה בשאלות שבמחלוקת. נזכיר בהקשר זה כי מגמתו של המחוקק בחוקקו את חוק תובענות ייצוגיות היתה, בין היתר, להימנע מהערמת קשיים על תובעים ייצוגיים פוטנציאליים, במקום שבו האינטרס הציבורי מצדיק את ניהול ההליך כייצוגי.

100. לא נעלם מעינינו כי בפסיקה קודמת של בית דין זה – עניין **גולדברגר**, עניין **שמלובסקי** ועניין **שרעבי** – אפשר למצוא יסוד לטענת המשיבה, שלפיה שאלת הצורך בקיום בירור פרטני בקשר לעילת דמי החגים, היתה בעלת משקל בדחיית בקשת האישור. אולם כשבוחנים את הדברים לעומקם, טענה זו אינה כה מוחלטת ויש לקרוא את קביעות בית הדין בכל מקרה ומקרה על פי נסיבותיו. כדוגמה, בעניין **גולדברגר** נדחתה הבקשה לאישור על יסוד מכלול שלם של הנמקות ושאלת הבירור הפרטני לא עמדה כנימוק עצמאי. יצוין כי באותו עניין נדחתה הבקשה לאישור, על יסוד אותן הנמקות, גם בנוגע לעילת ההפקדות הפנסיוניות, עילה שכיום מאושרת כדבר שבשגרה, ככל שמתקיימים יתר התנאים לאישור. מכל מקום, כבר בעניין **אורגד**⁷⁰ ניתן למצוא קריאה של בית דין זה לבחינה מחודשת של השאלה אם יש בבירור פרטני בקשר לזכאות לדמי חגים כדי להצדיק את דחיית הבקשה לאישור. וכך נקבע שם:

"נוסיף כי בית הדין האזורי אף נימק את דחיית הבקשה לאישור [בעילת דמי החגים – א.א.] בכך שבנסיבות המקרה קיים צורך בעריכת בדיקה פרטנית לכל אחד מהעובדים בדבר הזכאות לדמי חגים, ובדיקה שכזו מסכלת את מטרת קיומו של הליך התובענה הייצוגית ולא מדובר איפוא בקיומן של שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, וממילא אין זו הדרך היעילה להכרעה במחלוקת. לדידנו לא מצאנו לקבוע מסמרות בשאלה זו, ובשים לב לכך שבנסיבות העניין יש לדחות את הבקשה מן הטעם שהתובענה הייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בשל פעולותיו של ארגון העובדים כאמור לעיל." (הדגשה הוספה – א.א.)

כלומר, בסופו של יום, במסגרת בחינתו של תנאי הדרך היעילה וההוגנת, על בית הדין לאזן בין ההכבדה העלולה להיגרם כתוצאה מהצורך בעריכת בירור פרטני ובין הגשמת תכליותיו של ההליך הייצוגי בכלל ותכליותיו הנוגעות למשפט העבודה בפרט. כפי שפירטנו לעיל בהרחבה, במקרה שלפנינו איזון זה מטה את

⁷⁰ ע"ע (ארצי) 26114-12-15 אורגד, ח.ש.נ. בע"מ – יצחקי (27.3.2018). עתירה לבג"ץ נדחתה – בג"ץ 5651/18 יצחקי נ' בית הדין הארצי לעבודה (5.11.2018)



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

הכף אל עבר קבלת בקשת האישור בעילת דמי החגים, חרף הבירור הפרטני העשוי להידרש במסגרתה (אם תיענה בחיוב השאלה המשפטית הנוגעת לעצם הזכאות לדמי חגים של עובדים במאפייני ההעסקה של המערערים).

101. עוד נזכיר בהקשר זה כי במסגרת הדיון בתובענה הייצוגית עצמה, ככל שיעלו קשיים בכימות הסעד לכל אחד מבני הקבוצה, רשאי בית הדין, בין היתר, לקבוע דרכים שונות לעריכת הבירור הפרטני וכן רשאי הוא להתאים את הסעד לנסיבות העניין, לרבות מתן פיצוי פרטני לבני הקבוצה המחושב על דרך האומדן, תשלום לטובת קרן ציבורית מסוימת במקרה שבו יש קושי בקביעת הסעד הפרטני, תוך קביעת דרכים שיבטיחו שהמעסיק לא יפר בעתיד את שהפר וכיו"ב⁷¹. כך למשל, ייתכן מצב שבו במסגרת ההליך הייצוגי יינתן סעד הצהרתי בדבר זכאותם העקרונית של חברי הקבוצה, על מאפייני העסקתם, לדמי חגים, ואילו הבירור הפרטני בשאלת הזכאות ובקביעת הסעד לגבי כל אחד מהם ייעשה בדרכים אחרות. ייתכן גם שבית הדין יחליט שלא קמה זכאות לסעד פרטני או שיש למנות מומחה לקביעת הסעד המגיע לכל אחד מבני הקבוצה. כללם של דברים: לבית המשפט הדין בתובענה ייצוגית נתון שיקול דעת רחב מאד המאפשר לו הכנסת שינויים כאלה ואחרים בבקשת האישור.

יודגש כי הגמישות בעניין אפשרויות הסעד השונות והצורך לשקול אותן מקבלים משקל מיוחד בעילת דמי החגים, שכן עילה זו מדגימה מקרה מובהק שבו מוצדק שלא לעמוד על קוצו של יו"ד בעניין הסעד הפרטני שיקבל כל אחד מבני הקבוצה, על מנת להשיג את המטרה של הרתעת המעסיק מפני הפרת חובותיו כלפי עובדיו ואת המטרה שמעסיק חוטא לא ייצא נשכר.

ייצוג וניהול בדרך הולמת ובתום לב – סעיפים 8(א)(3) ו-4 לחוק

102. לעניין קיומם של התנאים הקבועים בסעיפים 8(א)(3)-(4), אין לנו אלא להפנות לדברים שכתבנו לעיל (סעיפים 61 – 64) בסוגיה זו, בפרק שעסק בעילת ההפקדות הפנסיוניות.

⁷¹ ראו למשל השימוש בסעיף 20(ג) לחוק בפרשת הסיליקון בחלב של תנובה – ה"ש 60 לעיל. כמו כן ראו דוגמה להסכם פשרה שעניינו דמי חגים שהושג בין צדדים להליך ייצוגי בע"ע (ארצי) 13778-06-11 **היועץ המשפטי לממשלה – רדושיצקי** (8.7.2013). הסכם זה הוא דוגמה לאופן שבו ניתן לפרוט את הזכאות העקרונית לדמי חגים לסעד פרטני.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

עילת דמי החגים – סיכום

103. העולה מכלל האמור בפרק זה הוא כי בקשת האישור בכל הנוגע לעילת דמי החגים עומדת, במידת ההוכחה הנדרשת בשלב הבקשה לאישור, בכל תנאי סעיף 8(א) לחוק וכי יש לקבל את הערעור בעילה זו, ביחס לכלל עובדי המשיבה בשבע השנים שקדמו למועד הגשת בקשת האישור אשר השלימו לפחות שלושה חודשי עבודה אצלה, למעט עובדי המשיבה שהועסקו או המועסקים כעובדים חודשיים, משאלה אינם זכאים כלל לדמי חגים על פי צו דמי החגים.
104. לאור האמור, המשך הדיון בעילה זו יוסיף להתנהל בבית הדין האזורי בהתאם להוראותיו לרבות הוראות הנוגעות לפרסום וכו'.
105. משזו התוצאה שאליה הגענו, חלקו של הערעור הנוגע להחלטה בבקשה לגלמ"ס התייטר אף בנוגע לתלושי השכר שהציגה המשיבה כנספחים ט"ז ו-י"ז לתשובתה לבקשת האישור, הנוגעים לעילת דמי החגים.

עניינים נוספים

106. ההתייחסות לטענת הקיזוז, שבית הדין האזורי לא דן בה לאור התוצאה שאליה הגיע בעילת העמלות, תיעשה במסגרת פסק הדין המשלים בעילת העמלות. שכן ממילא אין לקזז זכות עודפת זו מהזכאות לפנסיה או לדמי חגים בהיותה "הוראה" שונה מההוראות האחרונות (פנסיה ודמי חגים)⁷².
107. הדיון בערעור על ההוצאות שנפסקו לחובת המערערים בפסק דינו של בית הדין האזורי ובהחלטתו בבקשה לגלמ"ס וכן פסיקת ההוצאות במסגרת הליך הערעור ייעשו במסגרת פסק הדין המשלים. בשלב זה מצאנו לנכון לבטל את חיוב המערערים בהוצאות שנפסקו בהחלטות בית האזורי, וככל שאלה שולמו למשיבה – הן יושבו למערערים בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק.

⁷² סעיף 22 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957. ראו בהקשר דומה: בר"ע (ארצי) 34134-03-20 Tsagay – לחמים - מאפייה ואספרסו בר בע"מ (21.5.2020), בסעיף 16 וההפניות שם.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 33793-12-16

סוף דבר

108. הערעור מתקבל ברובו בכל הנוגע לעילת ההפקדות הפנסיוניות ולעילת דמי החגים. הדיון בתובענה הייצוגית בעילות אלה יימשך בבית הדין האזורי, כאמור בסעיפים 65 ו-104 לעיל. אשר לעניין ההוצאות – ראו סעיף 107 לעיל.

ניתן היום, כ' כסלו תשפ"א (06 דצמבר 2020) בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.

חני אופק גנדלר,
שופטת

רועי פוליאק,
שופט

אילן איטח,
סגן נשיאה, אב"ד

מר עצמון ליפשיץ,
נציג ציבור (מעסיקים)

גברת חיה שחר,
נציגת ציבור (עובדים)