



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

המערער

ירון בלו

המשיבה

אביב יעל דרומה בע"מ

בשם המערער - עו"ד ד"ר צבי ברק

בשם המשיבה - עו"ד יצחק לוי

בפני סגנית הנשיא ורדה וירט ליבנה, השופטת לאה גליקסמן, השופטת נטע רות נציג ציבור (עובדים) מר ישראל דורון, נציג ציבור (מעסיקים) מר אמנון גדעון

פסק דין

השופטת נטע רות

המערער הגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית, שהתבססה בעיקרה על טענה הסכמית שלפיה היה על המשיבה לשלם את שכר בלדריה ואת הזכויות הנלוות "על פי כמות התוצרת" וכן לחשב את מכסת השעות הנוספות באופן שבו שעות העבודה הנוספות היומיות תובאנה בחשבון לצורך חישוב מכסת השעות הנוספות השבועיות (להלן - **הבקשה**). בית הדין האזורי (תע"א 10845/09; השופטת (כתוארה דאז) אריאלה גילצר-כץ ונציגת הציבור הגב' חנה קפלניקוב) דחה את בקשתו. מכאן הערעור שלפנינו, אשר במסגרתו נדרשים אנו לדון, בין היתר, בשאלת החובה לערוך פניה מוקדמת למעסיק טרם הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית, וכן בשאלות הנוגעות למדיניות פסיקת ההוצאות בנסיבות שבהן הבקשה לאישור נדחית.

תמצית העובדות ורקע כללי

1. המערער הועסק כבלדר אצל המשיבה, העוסקת במתן שירותי דואר ובלדרות פנים ארציים, החל מיום 10.5.06 עד ליום 10.8.09, מועד שבו הסתיימו יחסי העבודה עקב פיטוריו.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

2. סמוך לתחילת ההתקשרות, ביום 22.5.06 נחתם בין הצדדים הסכם עבודה, אשר בו נקבע, בין היתר, כי המערער יהיה זכאי לשכר בסיס (בגובה שכר המינימום), לתמורה בעבור שעות נוספות, וכן לתשלום בעבור פרמיה שתיקבע על בסיס מספר המשלוחים שיטופלו על ידו.
3. בתקופה הרלבנטית לבקשה הועסקו במשיבה כ-300 עובדים, מתוכם כ-120 - 130 בלדרים. במסגרת עבודתם נדרשו הבלדרים למסור ולאסוף דברי דואר, חבילות ומשטחים אצל לקוחות קבועים ומזדמנים, מוסדיים ופרטיים, בקווי חלוקה נתונים. לצורך ביצוע החלוקה העמידה לרשותם המשיבה רכב אשר שימש אותם גם לצורך הנסיעה לעבודה וממנה. לבלדרים היה שיקול דעת בכל הנוגע לתכנון מסלול החלוקה.
4. הבלדרים נדרשו להגיע בתחילת יום העבודה וסיומו למשרדי המשיבה על מנת לתעד את שעת תחילת העבודה וסיומה.
5. על פי הרישום בתלושי השכר, שכרם של הבלדרים הורכב משכר בסיס (בגובה שכר המינימום), גמול בעבור עבודה בשעות נוספות (התואם את הרישום בכרטיסי הנוכחות) וכן תשלום בעבור פרמיה או שכר עידוד, שכונה בתלוש השכר "נקודות". זאת משום שיטת חישוב הפרמיה שהייתה נהוגה במשיבה עד לתום חודש אפריל 2009, שהתבססה בעיקרה על מספר פעולות המסירה והאיסוף שביצע הבלדר מידי חודש ואשר בגינן הוא זוכה בנקודות (להלן - שיטת הנקודות).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

6. לפי שיטת הנקודות, כל פעולה של מסירה או איסוף זיכתה את הבלדר בנקודה. מסכום הנקודות החודשי הופחת שליש עבור "נורמה" ואילו יתרת הנקודות הומרה לסכום בשקלים שממנו הפחיתה המשיבה סכום בגובה שכר המינימום וכן את הסכום שהתקבל על פי חישוב השעות הנוספות שעבד הבלדר באותו חודש, על בסיס שכר המינימום. הסכום הנותר לאחר ההפחתות כאמור, שולם לבלדרים כפרמיה והוא הופיע בתלוש השכר תחת הכותרת "נקודות".

7. החל מחודש מאי 2009 ואילך, הונהגה במשיבה שיטת תגמול שהתבססה בעיקרה על חישוב הפרמיה על פי אחוזים מהתמורה שבה זכתה המשיבה בעבור פעולות הבלדרות השונות (להלן - **השיטה האחוזית**). גובה התמורה על פי שיטה זו הושפע מסוג הלקוח (פרטי, מוסדי, קבוע או מזדמן), מסוג המשלוח (מכתב, חבילה, משטח) וכן מסוג הפעולה (פיזור או איסוף). מסכום הפרמיה הופחת שכר הבסיס וכן הגמול עבור שעות נוספות ומהיתרה 90% שולמו לעובד ו-10% היו בשיקול דעת המנהל הישיר, בהתאם להערכתו את עבודת הבלדר על פי מדדים שנקבעו.

8. הן על פי השיטה האחוזית והן על פי שיטת הנקודות, הזכאות לקבלת תשלום בעבור פרמיה הותנתה בכך שסכום הפרמיה המחושבת, על פי כל אחת מן השיטות, עלה על גמול השעות הנוספות בתוספת שכר הבסיס. בכל מקרה שבו הסכום שהגיע לבלדר בעבור שכר בסיס ושעות נוספות היה נמוך מסכום הפרמיה שחושבה, אזי הבלדר קיבל את שכר הבסיס ואת התמורה בעבור שעות נוספות במלואה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

9. המשיבה סיפקה לבלדרים הסברים בנוגע לשיטה האחוזית, סמוך למועד כניסתה לתוקף, כאשר ביום 11.5.09 חתם המערער על מסמך שבו אישר כי הוא השתתף בהרצאה בנוגע לשיטה זו; כי הוא קיבל לידי חוברת הסבר בקשר לשיטה וכי ידוע לו שהשיטה האחוזית תופעל מיום 1.5.09 (ר' נספח ג' לתצהיר מנכ"ל המשיבה מר מוטי מרכוס שצורף לתגובת המשיבה לבקשה - להלן - **תצהיר מרכוס**).

10. על פי קביעותיו של בית הדין האזורי, יחסי העבודה בין הצדדים לא התנהלו על מי מנחות, כאשר ביום 16.10.08 לאחר שימוע, הודיעה המשיבה למערער על פיטוריו בשל אי עמידה בנהלי המשיבה ומה שהיא ראתה כיחס מזלזל כלפי לקוחות. עם זאת, על פי בקשת המערער ובעקבות מכתב התנצלות שמסר למשיבה בוטלו פיטוריו.

11. ביום 5.2.09, זומן המערער לשימוע נוסף לפני פיטורים וזאת, שוב, בשל התנהלות לא הולמת בעת מסירת חבילה ללקוח. במהלך אותה ישיבה ולאור בקשת המערער החליטה המשיבה להעניק לו "הזדמנות נוספת" להמשיך בעבודתו. ביום 9.8.09, הוזמן המערער לשימוע בפעם השלישית על רקע התנהלות בלתי הולמת שיוחסה לו. לאחר שימוע זה הסתיימו יחסי העבודה בפיטורי המערער (ר' נספחים ז' - ט' לתצהיר מרכוס).

ההליך בבית הדין האזורי

12. ביום 28.10.09 הגיש כאמור, המערער כתב תביעה וכן בקשה לאישור תובענה ייצוגית, שהתייחסה לחלק מרכיבי התביעה, כדלקמן:



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

13. טענתו העיקרית של המערער הייתה כי המשיבה שילמה את שכר הבלדרים ומכאן גם את כל הזכויות הנגזרות ממנו בניגוד להסכם העבודה וכן כי המשיבה חישה את מכסת השעות הנוספות בניגוד לחוק. לטענת המערער לפי המוסכם או "הנהוג" היה על המשיבה לשלם את מלוא שכרם של הבלדרים "לפי כמות התוצרת", שהייתה פועל יוצא של מספר המסירות והאסופים שבוצעו על ידי הבלדר. מכאן - שהיה עליה לשלם בעבור מסירות ואסופים שבוצעו במסגרת "השעות הנוספות" תמורה מוגדלת, בהתאם לסעיף 16(א) לחוק שעות עבודה ומנוחה התשי"א - 1951 (להלן - חוק שעות עבודה) הקובע לאמור: "היה שכרו של עובד, כולו או חלקו לפי כמות התוצרת, ישלם לו המעביד בעד כל יחידה, שנעשתה בשתי השעות הנוספות הראשונות שבאותו יום, שכר עבודה לא פחות מ- $1\frac{1}{4}$ מהשכר המשתלם בעד כל יחידה שנעשתה בשעות העבודה הרגילות, ובעד כל יחידה שנעשתה בשעות הנוספות שלמעלה משתיים - לא פחות מ- $1\frac{1}{2}$ מהשכר המשתלם בעד כל יחידה שנעשתה בשעות העבודה הרגילות".

משמע - על פי הטענה של המערער הרישום שהופיע בתלושי השכר (שכר בסיס, תמורה בעבור שעות נוספות מדווחות ופרמיה מחושבת (נקודות)) לא שיקף את "ההסכמה" שבין הצדדים לתשלום שכר לפי "כמות התוצרת".

14. כמו כן, ובאותו הקשר, טען המערער כי את תחום השעות הנוספות - שעל בסיסו יש לחשב את התמורה המוגדלת בעבור "עבודה לפי כמות התוצרת" יש לחשב על פי "כללים", שאותם כינה "כלל אי" ו-"כלל ב" כדלקמן: על פי "כלל אי", חישוב מכסת השעות הנוספות השבועיות צריך לכלול גם את השעות הנוספות היומיות שנעבדו במהלך אותו שבוע. לפי "כלל ב" - הנסמך על "כלל אי" - יש לשלם תמורה מוגדלת בשיעור של 150% בעבור עבודה בשעות נוספות (כפי הגדרתן על פי "כלל אי") שמעבר למכסת השעות שנקבעה בהיתר הכללי שפרסם שר העבודה (ילקוט הפרסומים מס' 1977 התשל"ג - 1974, המתיר העסקת עובדים 4 שעות נוספות ליום ו-12



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

שעות נוספות לשבוע; להלן - **ההיתר**). נקדים את המאוחר ונציין כבר כאן, על מנת לפשט את המשך הדיון - כי הטענות אודות שיטת החישוב של מכסת השעות הנוספות על פי "כללים" אלה, נדחתה על ידי בית דין זה בתיק אחר שבו נקבע כי מדובר בטענות שאינן עולות בקנה אחד עם לשון החוק והפסיקה (ר' ע"ע (ארצי) 43772-08-11 **שפלב דמיטרי נ' ב.ש. אבידר ב.ש. אבידר שמירה וניקיון** (24.12.12); להלן - **עניין שפלב**).

15. בנוסף לאמור, העלה המערער ספקות בנוגע למידת הנכונות של רישום הפרמיה המחושבת בתלושי השכר. זאת מאחר שהבלדרים לא קיבלו, לדבריו, הסבר מן המשיבה בנוגע לאופן החישוב ומשכך "**אין כל ביטחון**" כי חישוב זה נכון, עניין שאותו ביקש המערער לבדוק לאחר קבלת מסמכים שונים. בהתאם לכך, ציין המערער כי עד לקבלת המסמכים כאמור חושב רכיב הפרמיה על יסוד הערכות בלבד.

16. המערער אף השיג על שיעור ההפרשות לפנסיה אשר הביאו בחשבון את שכר הבסיס וכן את רכיב הנקודות שבתלוש השכר. זאת מאחר ולשיטתו שכר העבודה או השכר הקובע לפנסיה צריך היה להשתלם גם כן על פי "המוסכם" קרי, על פי "כמות תוצרת", לפי "נקודות" בלבד. משכך - הדבר מחייב חשבון מחדש של סכומי ההפרשה.

17. לחילופין טען המערער כי גם אם לא תתקבל הטענה ההסכמית שלפיה בלדרי המשיבה הועסקו כעובדים "על פי כמות תוצרת" - הרי שגם אז יש לזכות אותם בתמורה מוגדלת בעבור עבודה בשעות נוספות (על בסיס שכר המינימום) על פי חישוב של מכסת "השעות הנוספות" המבוססת על "כלל א"י ו-"כלל ב"י".

18. טענה חלופית נוספת התייחסה לאופן התשלום של תמורת החופשה, אשר אמורה הייתה לכלול, לטענת המערער, את מלוא סכום הפרמיה הממוצע ששילמה המשיבה בחודשים שקדמו למועד תחילת החופשה. זאת שעה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

שהמשיבה חישה ושילמה לטענתו את תמורת החופשה על בסיס שכר המינימום בלבד.

19. אשר לנימוקים לאישור התביעה כייצוגית טען המערער - כי עלה בידו להצביע על עילת תביעה אישית; כי הבקשה מצביעה על עילות תביעה המעוררות שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה. קבוצה שאותה הגדיר, בהסתמך על טענתו ההסכמית והמרכזית כאמור, כך: **"כל עובדי המשיבה שהועסקו באיסוף ופיזור חבילות במשך 7 השנים האחרונות ואשר המשיבה חישה את שכרם שלא על פי נקודות בניגוד להסכם העבודה בינם לבינה, חישה ושילמה שעות נוספות בניגוד להוראות החוק, הדין וצווי ההרחבה החלים עליה ועל המשיבה וחישה ושילמה דמי חופשה ללא חישוב נקודות"** (להלן - הקבוצה; ההדגשות מכאן ולהלן שלי נ.ר.) כן נטען כי קיים סיכוי שהשאלות הללו תוכרענה לטובת הקבוצה.

20. אשר לחישוב הנזק טען המערער - כי הוא מותנה במידע המצוי בשלב זה בידי המשיבה בלבד, בנוגע לאופן חישוב הפרמיה, מאחר והוא הוסתר מן הבלדרים ולכן, נכון למועד הגשת הבקשה ניתן רק להעריכו. על פי "הערכה" זו העמיד המבקש את סכום התביעה הייצוגית, היה ותאושר הבקשה, על סך של 27,809,811 ₪ (22,255,692 ₪ בגין עבודה בשעות נוספות; 4,945,661 ₪ בעבור הפרשי פרמיה (נקודות); 608,457 ₪ בעבור חופשות).

21. המשיבה התנגדה לקבלת הבקשה מן הטעמים הבאים:
טענות המערער אינן עולות בקנה אחד עם הסכמת הצדדים ועם ההיגיון הכלכלי וזאת אף בשים לב לכך שמדובר בענף שבו רמת הרווחיות הינה מזערית; על פי המוסכם, שיטת התגמול של הבלדרים כוללת שכר בסיס, גמול מלא בעבור עבודה בשעות נוספות וכן תשלום פרמיה. שיטה זו מבוססת על הסכמה הדדית של הצדדים, אשר נועדה לתמרץ את הבלדר



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

להגדיל את התפוקה, ללא הגדלה של היקף שעות העבודה; לאור זאת יש לדחות את כל טענות המערער בנוגע לתשלומים להם היו זכאים הבלדרים כעובדים "על פי כמות התוצרת", לרבות הדרישה לתשלום תמורה מוגדלת בעבור מסירות שבוצעו בתחום השעות הנוספות לו טוען המערער; לכל הבלדרים, לרבות המערער, ניתן הסבר מפורט ביחס לאופן חישוב הפרמיה בזמן אמת, ומשכך טענות המערער שלפיהן לא היה באפשרותו לבדוק את מידת הנכונות של סכומי הפרמיה וכי יכול ונפלה טעות בחישוב מתנכרת למציאות כהווייתה; מאז פיטוריו של המערער ועד להגשת הבקשה המערער לא טרח לפנות למשיבה בבקשה לקבלת נתונים בקשר לדרך חישוב שכרו אצל המשיבה והוא נחפז להגיש את הבקשה;

כן נטען כי טענות המערער בנוגע לחישוב מכסת השעות הנוספות (לפי "כלל א" ו-"כלל ב") אינן עולות בקנה אחד עם הוראות הדין והפסיקה; כי אין להביא בחשבון את רכיב הנקודות או הפרמיה לצורך חישוב דמי החופשה. שכן אין מדובר בתשלום בעבור שעות העבודה הרגילות. יחד עם זאת, לפני משורת הדין, כללה המשיבה את רכיב הפרמיה בחישוב דמי החופשה בעבור חופשות שמשכן עלה על 5 ימים ובהמשך גם בעבור חופשות קצרות יותר. בנוסף טענה המשיבה להתיישנות בת שלוש שנים שחלה על רכיב תביעה זה וזאת על פי סעיף 31 לחוק חופשה שנתית, תשי"א - 1951 (להלן – **חוק חופשה שנתית**).

אשר לטענות הנוספות של המערער, בנוגע לאישור תביעתו כייצוגית, טענה המשיבה כי הבקשה איננה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה ואין אפשרות סבירה שהן תוכרענה לטובתה; כי התובענה הייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. זאת בין היתר, בשים לב לכך שהסכומים המתאימים לכל אחד מחברי הקבוצה הינם גדולים יחסית ואינם ראויים לידון בהליך של תובענה ייצוגית, ומשאין מניעה לברר את המחלוקות הקיימות עם מי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

מהבלדרים בתביעת יחיד, וכי יש צורך בבירור סוגיות פרטניות, בשים לב לשוני בעבודת הבלדרים המשפיע גם על אופן התגמול.

לבסוף נטען כי לא ניתן להניח שעניינם של כלל חברי הקבוצה ינוהל ויוצג בתום לב ובדרך הולמת, נוכח האופן החפוז שבו הוגשה הבקשה, ללא פניה מוקדמת למשיבה, ללא ניסיון לקבל ממנה פרטים רלוונטיים טרם הגשתה, בהתבסס על טענות עובדתיות שאינן נכונות בדבר הסתרת מידע מהמערער ובאופן שאינו מתיישב עם האמור במסמכים שעליהם חתם. כן נטען בהקשר זה כי טענותיו העיקריות של המערער, לא רק מתעלמות מפסיקה עקבית של בתי הדין בנוגע לאופן חישוב השכר והשעות הנוספות אלא גם מן ההסכמות שבין הצדדים ומן האופן שבו הם התנהלו במשך שנים ארוכות. עובדה המלמדת על העדר תום לב, כמו גם על החשש כי עניינם של כלל חברי הקבוצה לא ייוצג כראוי.

בשולי התגובה טענה המשיבה כי אישור הבקשה, ולו באופן חלקי, עלול להעמיד בסכנה את המשך קיומה וזאת, בהתחשב בנזק העצום העלול להיגרם לה ולעובדיה, לספקיה ולקבלניה, כתוצאה מהפגיעה האנושה ביציבותה הכלכלית. במיוחד בשים לב למצבה הכלכלי בתקופה הרלוונטית ובשים לב לנזק העצום שכבר נגרם מעצם הגשתה.

פסק הדין של בית הדין האזורי

22. בית הדין האזורי דחה את הבקשה במלואה, לאחר שקבע כי חברי הקבוצה אינם מהווים מקשה אחת, נוכח הפרמטרים השונים והמגוונים המשפיעים על חישוב הפרמיה, כנגזרת של אופי העבודה בקו החלוקה ושל התמורה המשולמת לבלדרים ובכלל אלה: אופי הפעולה המבוצעת (איסוף או חלוקה), סוג המשלוח (מכתבים, חבילות או משטחים) וסוג הלקוח. זאת שעה שהמערער לא הרים את הנטל ולא הראה כי אופי עבודתו היה זהה לזה של שאר חברי הקבוצה, אשר המכנה המשותף היחיד ביניהם הינו שיטת התגמול. בנוסף קבע בית הדין האזורי כי המערער לא הוכיח



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

עילת תביעה לכאורה. שכן, עיקר טענותיו מכוונות כלפי הסדר מוסכם בין הצדדים (של תשלום שכר בסיס, שעות נוספות ופרמיה), שנהג במשך תקופה ממושכת ומשכך אין המערער יכול להתכחש לו בדיעבד. בית הדין האזורי דחה אף את טענת המערער שלפיה לא ניתן לבלדרים הסבר בנוגע לשיטה האחוזית, תוך שהוא מסתמך, בהקשר זה, על חתימתו של המערער על מסמך שבו אישר קבלת הסברים בנוגע לשיטה, תוך העדפת הגרסה של עדי המשיבה. בהתאם לכך, דחה בית הדין האזורי גם את טענותיו של המערער שלפיהן היה על המשיבה לשלם את מלוא שכרו, לרבות הזכויות הנלוות, על בסיס ההנחה כי מדובר בעבודה "על פי כמות תוצרת" וכן את הטענות בנוגע לחישוב של מכסת השעות הנוספות (לפי "כלל א" ו-"כלל ב"), מאחר שהיא אינה עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית דין זה.

23. לעניין הטענה החלופית, בדבר חישוב דמי החופשה, קבע בית הדין האזורי כי יש להביא בחשבון אך ורק את שעות העבודה הרגילות ואין לכלול בהן את הסכומים המשולמים בעבור פרמיה וכי בכל מקרה המשיבה כללה את רכיב הפרמיה בדמי החופשה שאותם שילמה בעבור חופשות בנות 5 ימים ומעלה ובהמשך - גם בעבור חופשות קצרות יותר. בנוסף קיבל בית הדין בהקשר זה את טענת ההתיישנות לה טענה המשיבה (של 3 שנים).

24. מעבר לכל אלה הוסיף בית הדין האזורי וקבע, כי התובענה הייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. זאת בשים לב לכך שהסכום הנתבע על ידי המערער הינו בסך של 65,000 ₪, וכי לא לכך התכוון המחוקק עת שכיוון לתביעה משותפת של קבוצת אנשים אשר לא היו מגישים תביעות נפרדות בשל ערכן הנמוך. עוד נקבע בהקשר זה כי חישובי המערער הנוגעים לשעות הנוספות הינם כפולים ולא מפורטים ולא ברור כיצד כימת המערער את תביעתו.

25. בנוסף, הטיל בית הדין ספק בכך שעניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובהקשר זה הוא זקף לחובת המערער את העובדה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

שהוא לא הקדים לפנות למשיבה לפני שהגיש נגדה תובענה על סך של 22,000,000 ₪ ואף לא הציג את הסכם העבודה, למרות שמדובר במסמך מהותי לתביעה ולבקשה. זאת תוך שהוא מדגיש מנגד את הנזק העצום שנגרם למשיבה בשל התנהלות המערער ומעצם הגשת הבקשה כפי שהוגשה ובלשונו:

"ניתן להניח כי עניינם של חברי הקבוצה לא ייוצג ולא ינוהל בתום לב על ידי המבקש. המבקש הגיש תובענה ייצוגית אשר איננה מבוססת על הפסיקה ללא הבאת ראשית ראיה עם חישובים נגדיים ומבלי שפנה אל המשיבה בטענותיו כלפיה. מנגד נחשפה המשיבה לתביעה בסדר גודל של עשרות מיליוני שקלים, כללי החשבונאות הישראלית והבינלאומית מחייבים תאגידיים לכלול גילוי מספק בביאורים לדוחות הכספיים אודות התחייבויות תלויות שיאפשר למשתמשים בהם, (כגון בנקים) להבין את מהותם, עיתוין וסכומן. תביעה משפטית תחשב מעין מחויבויות משפטית הנופלת בגדר התחייבות תלויה. תביעה ייצוגית בהיקף כספי כגון המקרה דנן, אף אם סיכויי התביעה קלושים ככל שיהיו, גילוי של מידע אודותיה בדוחותיה הכספיים של החברה יהווה בעיני משתמשי הדוחות הכספיים כגון בנקים, ספקים ונותני שירותים מעין תמרור אזהרה גדול אשר תוצאותיו עלולות להיות חמורות עד כדי פגיעה בהמשך פעילותו של התאגיד כעסק חי... לפיכך ברור כי למשיבה נגרם נזק עת הייתה תלויה ועומדת כנגדה במשך מספר שנים תביעה על סך עשרות מיליוני שקלים, וזאת יחד עם העובדה כי, כאמור לעיל, התביעה שהוגשה הייתה ללא כל בסיס ראייתי".

26. לצד דברים אלה קבע בית הדין האזורי כי הוא שוכנע שהמשיבה מנסה להיחלץ מקשיים כלכליים וכי הגשת התובענה באופן זה מהווה פגיעה חמורה בניסיונות ההשתקמות שלה כחברה שמעסיקה מאות עובדים.

27. לאור זאת דחה בית הדין האזורי את הבקשה וכן חייב את המערער בהוצאות משפט בסך של 1,000 ₪ ובשכ"ט עו"ד בסך של 40,000 ₪.

ההליכים בבית דין זה

28. המערער השיג על פסק דינו של בית הדין האזורי בפני בית דין זה וכן הגיש בקשה לעיכוב ביצוע של פסק הדין.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

29. במסגרת ההחלטה שניתנה בבקשה לעיכוב ביצוע, שהתייחסה לחיוב בהוצאות, קיבל בית דין זה את הבקשה בחלקה "באופן שלא יעוכב תשלום סכום של 20,000 ₪ והיתרה... תעוכב, עד להכרעה בערעור". כמו כן, נקבע באותה החלטה כי הוצאות הבקשה לעיכוב ביצוע תובאנה בחשבון במסגרת פסיקת ההוצאות בערעור. ההחלטה נומקה בעיקרה בכך שבית דין זה טרם קבע מדיניות בנוגע לשיעור ההוצאות במקרים של דחיית תובענות ייצוגיות, כך שטווח ההוצאות שנפסק הינו רחב יחסית והוא נע בין 10,000 ₪ ל-30,000 ₪, ואילו המקרה של המערער "מצוי בצד הגבוה של הקשת". בשולי הדברים התייחס בית דין זה גם לסיכויי הערעור והצביע על קושי בהנמקתו של בית הדין האזורי, בכל הנוגע לאי הכללת רכיב הפרמיה בדמי החופשה, כמו גם לקביעה שלא הוכחה קבוצה שעניינה מעלה שאלה משותפת.

30. במסגרת הערעור חזר למעשה המערער על הטענות שהעלה בפני בית הדין האזורי, תוך שהוא מייחס לבית הדין האזורי טעות בכך שלא קיבל אותן. בנוסף טען המערער כי קביעתו של בית הדין האזורי שלפיה, שיטת חישוב השעות הנוספות שהוצעה על ידו (על פי "כלל א" ו-"כלל ב") הינה בניגוד לפסיקה והינה שגויה; כי בית הדין האזורי שגה עת שקבע כי בהסכם שנערך בינו לבין המשיבה נקבע כי המערער יהיה זכאי לתשלום בעבור שעות נוספות וזאת, בשים לב לכך שסעיף 28 להסכם זה קובע כי חוק שעות עבודה ומנוחה לא יחול על המערער; כי בית הדין האזורי שגה בכך שקבע כי מכשיר התובענה הייצוגית נועד אך ורק לתביעות בעלות ערך כספי נמוך וכן בכך שהוא זקף לחובת המערער את העובדה שחישוביו לא היו מפורטים וכי הוא לא כימת את כל רכיבי תביעתו. זאת בשים לב לכך שבשלב של אישור הבקשה די להצביע על עצם קיומו של נזק ולו לכאורה כאשר חישוב הנזק צריך להיעשות רק במסגרת השלב השני של בירור התובענה לגופה. מה גם שהמערער ציין בבקשה כי על המשיבה לספק נתונים ומסמכים לצורך עריכת חישוב מדויק יותר של שווי העילות וכי היא הסתירה מפניו מידע. עוד נטען כי בית הדין האזורי שגה בקביעתו שלפיה המערער לא ייצג ולא ניהל בתום לב את עניינם של חברי הקבוצה, בשים לב לכך שהמערער הסתמך על פסיקה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

וחקיקה רלוונטית וכי במועד הרלוונטי להגשת הבקשה לא חלה על המערער חובה לערוך פניה מוקדמת למשיבה, משחובה זו מצאה ביטוי בפסיקה ממועד מאוחר למועד הגשת הבקשה (מיוני 2011). מה גם שהיעדר פנייה מוקדמת מהווה שיקול אחד מבין שיקולים רבים ואין די בו, לכשעצמו, כדי לדחות את הבקשה. בנוסף השיג המערער על כך שבית הדין האזורי קיבל את טענת המשיבה שלפיה היא מצויה בקשיים כלכליים ובניסיונות השתקמות, בהעדר ראייה אובייקטיבית לכך, וכן טען כי בית הדין האזורי שגה בכך שחייב אותו בהוצאות גבוהות בסך 41,000 ₪ בגין דחיית הבקשה. הוצאות העלולות להרתיע עובדים מהגשת תובענות ייצוגיות ולפגוע בתפקידו העיקרי של מכשיר התובענה הייצוגית. כמו כן נטען כי בית הדין האזורי טעה בקביעת שיעור ההוצאות בכך שלא הביא בחשבון את העובדה שכתוצאה מהגשת הבקשה שינתה המשיבה את דרכיה והחלה לשלם לעובדים דמי חופשה הכוללים את רכיב הפרמיה, החל מיום החופשה הראשון.

31. המשיבה טענה מנגד כי יש לדחות את הערעור ולאשר את פסק דינו של בית הדין האזורי, תוך שהיא חוזרת על הטענות שהעלתה בפני בית הדין האזורי, כמפורט לעיל. בנוסף טענה המשיבה כי אין כל ממש בטענת המערער שלפיה, היא שינתה את אופן חישוב דמי החופשה לאחר הגשת הבקשה. המשיבה אף התייחסה לכך שהמערער זנח חלק מהטענות שהעלה בבקשה, במסגרת סיכומיו בבית הדין האזורי, ובכלל כך הטענות בנוגע לשעות נוספות ולהחלת "כלל א" ו-"כלל ב".

32. אשר לשאלת ההוצאות טענה המשיבה כי אין בהן להרתיע עובדים מהגשת תובענות ייצוגיות, מאחר ושיעור ההוצאות שנפסק מגיב לאופן הלקוי שבו ניהל המערער את ההליך ומטרתו להרתיע מפני ניהול הליכי סרק.

הכרעה

33. נקדים ונציין כי לאחר שבחנו את החומר המצוי בתיק ואת טענות הצדדים, הגענו למסקנה כי **דין הערעור להידחות** וזאת מן הטעמים שיפורטו להלן:



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

המסגרת הנורמטיבית - התנאים לאישור הבקשה והסמכות להחליף את

התובע המייצג

34. בפסיקה נקבע כי ביסודה של התובענה המוגשת על פי חוק תובענות ייצוגיות התשס"ו-2006 (להלן - החוק או חוק תובענות ייצוגיות) עומדים שני עקרונות מרכזיים: העיקרון האחד עניינו - הגנה על אינטרס היחיד, באמצעות מתן תרופה לפרטים שנפגעו ושאלמלא כלי זה היה נמנע מהם להגיש תביעה בשל שיעורו הזניח של הנזק או בשל היעדרם של משאבים. העיקרון השני עניינו - האינטרס הציבורי שביסודו עומד הצורך באכיפה של הוראות החוק, תוך חיסכון במשאבים וכן טעמים הנוגעים לשאיפה לצמצם את הסיכון של חוסר אחידות בפסיקה (ר' ע"ע (ארצי) 16988-11-11 אסתר לסרי נ' ברק גדעון בע"מ (18.2.15) והאסמכתאות שם להלן - עניין לסרי).

35. עם זאת, נפסק כי מול היתרונות הללו עומדות גם סכנות הנובעות מן השימוש בכלי התובענה הייצוגית של הגשת תובענות סרק שמטרתן להביא להפעלת לחץ על הנתבעים להגיע לפשרה או להסב לנתבעים נזק כלכלי מכוון משיקולים של תחרות עסקית או שיקולים זרים אחרים. בנוסף נפסק כי אישור התובענה כייצוגית חושף במקרים רבים את הגוף הנתבע לנזק כלכלי, לפגיעה במוניטין, ולעיתים גם לאיום על עצם קיומו והוא מחייב את הנתבע להיכנס "למערכה משפטית מקצועית ותדמיתית" על מנת להתגונן מפני התובענה. הדבר מקבל משנה תוקף שעה שמדובר בעסקים קטנים ובינוניים שעמידותם לפגיעות מעין אלה נמוכה יחסית. בנוסף לכך יש לתובענה השפעה, לעתים משמעותית, על הדו"חות הכספיים של הנתבע ומכאן גם על חוסנו הכלכלי ועל יכולת תפקודו השוטפת כל עוד התובענה תלויה ועומדת (ר' עניין לסרי וכן רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, פסקה 59 (11.4.2013); להלן - עניין מגדל); ע"א 5378/11 פרנק נ' אולסייל, פסקה 4 לחוות דעתה של השופטת א' חיות (22.9.2014); רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פסקה 15 (5.7.2012).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

כמו כן ר' דברי ההסבר ל-הצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון - פניה מוקדמת) התשע"ו - 2016; להלן - הצעת החוק בעניין פניה מוקדמת). על כך יש להוסיף כי הנזק הכלכלי והתדמיתי עשוי לפגוע בעקיפין בעובדים ובמקרים מסוימים להביא גם לאובדן מקור פרנסתם.

36. על רקע סכנות אלה ובמטרה לאזן ביניהן לבין היתרונות הטמונים בכלי התובענה הייצוגית, קבע המחוקק שורה של תנאים שבהם נדרש מי שמגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית לעמוד: התנאי האחד עוגן בסעיף 4 לחוק אשר בו נקבעה זהות הגורם הרשאי להגיש בקשה כאמור - "אדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין כאמור בסעיף 3 (א), המעוררות שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם - בשם אותה קבוצה."

37. בנוסף נקבעו בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות שורה של תנאים מצטברים, אשר נועדו להגשים את האיזון הראוי שבין היתרונות לסכנות של כלי התובענה הייצוגית כדלקמן:

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

עולה מכאן - כי על המבקש להוכיח קיומה של עילת תביעה אישית, ובנוסף עליו להראות כי התקיימו התנאים המצטברים המפורטים בסעיף 8 (א) לחוק.

יחד עם זאת, בנסיבות מסוימות וככל שלא מתקיימים חלק מאותם תנאים אצל המבקש או ב"כ המייצג (הקשורים לאופן הייצוג בתום לב או באופן הולם) או



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

לקיומה של עילת תביעה אישית, רשאי בית המשפט להורות על החלפתם, בהתאם לסעיף 8(ג) לחוק הקובע לאמור:

"(1) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית אף אם לא התקיימו התנאים האמורים בסעיף קטן (א)(3) או (4), אם מצא כי ניתן להבטיח את קיומם של תנאים אלה בדרך של צירוף תובע מייצג או בא כוח מייצג או החלפתם, או בדרך אחרת; אישר בית המשפט תובענה ייצוגית בהתאם להוראות פסקה זו, יתן בהחלטתו הוראות לשם הבטחת ייצוג וניהול עניינם של חברי הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב כאמור באותו סעיף קטן.

(2) מצא בית המשפט כי התקיימו כל התנאים האמורים בסעיף קטן (א), ואולם לא מתקיימים לגבי המבקש התנאים שבסעיף 4(א)(1) עד (3), לפי העניין, יאשר בית המשפט את התובענה הייצוגית אך יורה בהחלטתו על החלפת התובע המייצג".

הנטל להוכיח עילת תביעה אישית וכן קיומה של קבוצה אשר השאלות

המשותפות לה עשויות להיות מוכרעות לטובתה.

38. אשר לשאלת נטל ההוכחה המוטל על המבקש להכיר בתביעתו כיייצוגית, נפסק כי אין להסתפק בעובדות המפורטות בכתב התביעה וכי על המבקש להציג בסיס ממשי לכאורי עובדתי ומשפטי התומך בתביעתו משמע - "על התובע לשכנע את בית הדין במידת הסבירות הראויה, ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד, שקמה לו לכאורה עילת תביעה אישית מבוססת וכי סיכויי טובים להצליח בה" (ר' ע"א 8037/06 שי ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ (4.9.14); רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276 (2001); רע"א 6567/97 בזק - החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' עיזבון המנוח אליהו גת ז"ל, פ"ד נב(2) 713 (1998); ע"ע (ארצי) 629/07 יגאל וירון - תבל אבטחה ניקיון ושירותים בע"מ (3.1.11); ע"ע (ארצי) 6540-10-10 יבגני גולוב - אלטרנטיבה שירותי אבטחה בע"מ (12.1.12)).

כמו כן נדרש המבקש להוכיח באותה רמה לכאורית קיומה של קבוצה וכן כי קיימת סבירות שהשאלות המשותפות תוכרענה לטובתה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

מן הכלל אל הפרט - האם הוכיח המערער עילת תביעה לכאורה וכן סיכוי

סביר לכך שהשאלות המשותפות תוכרענה לטובת הקבוצה

39. בראשית הדברים ייאמר כי במקרה כאן לא עלה בידי המערער להצביע על בסיס משפטי ועובדתי לכאורי לאבן הראשה של תביעתו שמקורה בטענה הנוגעת לתוכנו של הסכם העבודה אשר זיכה את הבלדרים בתמורה "לפי כמות התוצרת". מכאן, שמערער לא השכיל לחלוף מעל המשוכות שבלעדיהן לא תהא תקומה לבקשה ככל שהיא נשענת על עילה זו. בנוסף, לא עלה בידי המערער להראות, ברמה הלכאורית, בסיס משפטי לטענה החלופית הנוגעת לאופן חישוב השעות הנוספות על פי "כלל א" ו-"כלל ב" וכי יש בסיס לכאורי משפטי או עובדתי לטענה שלפיה יכול ונפלו פגמים באופן חישוב הפרמיה, כפי שהיא הופיעה בתלושי השכר של הבלדרים, לרבות הטענה כי החשש לפגמים כאמור, מקורו בהסתרת מידע על ידי המשיבה. מכאן, שיש לדחות את הבקשה גם ביחס לעילות החלופיות או המצטברות הללו.

40. על מנת להטיב ולהבהיר מסקנה זו יש חשיבות להקדים ולהתייחס באופן מפורט לאופן הטיעון של המערער בכתב התביעה ובבקשה לאישור ולדרך שבה ניסח את בריח התיכון של עילת התביעה. זה הנעוץ בטענה המקפלת בחובה הנחה של המבוקש, בדבר קיומו של הסכם המזכה את הבלדרים בקבלת תמורה "לפי כמות התוצרת". על יסוד הנחה זו הוסיף המערער וטען כי היה על המשיבה לשלם לבלדרים תמורה מוגדלת, לפי סעיף 16(א) לחוק שעות עבודה, בעבור כל פעולה של מסירה או איסוף אשר בוצעה במהלך שעות העבודה הנוספות, כאשר לצורך ההגדרה של מכסת השעות הנוספות הוא הסתמך על "כלל א" ו-"כלל ב". כללים המניחים כי יש להביא בחשבון את מכסת השעות הנוספות היומיות בחישוב מכסת השעות הנוספות השבועית.

41. דא עקא שהמערער לא הניח תשתית ראייתית ולו רופפת לטענה ההסכמית כאמור. יתירה מזו, למרות החובה המוטלת על מגיש הבקשה לאישור תובענה כייצוגית, להניח תשתית עובדתית מלאה ומפורטת, שעברה בדיקה זהירה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

ומוקפדת - הרי שהמערער לא צרף ולו מסמך אחד התומך בטענה הסכמית זו. זאת על אף שבחקירתו הנגדית בבית הדין האזורי הודה המערער כי הוא חתם על הסכם עבודה עובר לתחילת עבודתו במשיבה. הסכם שאותו לא ראה לנכון לצרף לתביעה ולבקשה ואף לא לאזכר את עצם קיומו. עיון בהסכם העבודה שהוגש על ידי המשיבה מלמד - כי אין כל יסוד לטענה ההסכמית של המערער וכי הצדדים הסכימו על תשלום שכר בסיס בגובה שכר המינימום, תשלום בעבור שעות נוספות ופרמיה (שכר עידוד). כך למשל, נקבע בהסכם כי בתמורה לעבודתו של המערער כבלדר תשלם לו המשיבה שכר בסך של 3,475 ₪ וכי **"נוסף למשכורתו הבסיסית"** ישולמו לו גם פרמיות **"על יסוד שיטה של מתן פרמיות בגין כמות של חבילות שאסף או פיזר"** (ר' סעיפים 25,27 לנספח ה' לתצהיר מרכוס).

אכן נכון כי בסעיף 28 להסכם נכתב כי עובד המועסק בתפקיד נהג או בלדר מצהיר ומודע לכך שתפקידו ותנאי עבודתו ונסיבותיה אינם מאפשרים למשיבה לפקח באופן ממשי על שעות עבודתו כמשמען בחוק שעות עבודה ומנוחה ומשכך - לא יחולו עליו הוראות החוק, לרבות הזכות לתמורה בעבור שעות נוספות - אלא שבסעיף 48 להסכם החריגו הצדדים הוראה זו. זאת באמצעות הוראה אחרת שהוספה להסכם בכתב יד שלפיה, המשיבה תעניק למערער "תנאים נוספים" ובכלל כך: תשלום בעבור שעות נוספות ונסיעות על פי החוק. בחקירתו הנגדית בבית הדין האזורי הודה המערער כי הוא חתם על ההסכם כאמור וכי עובדה זו אף הייתה זכורה לו עובר להגשת הבקשה (ר' עמ' 5 לפרוטוקול הדיון בבית הדין האזורי ש' 19-23; להלן - הפרוטוקול). חרף האמור, המבקש לא צירף את ההסכם, לא פנה למשיבה לקבל אותו לידיו (ככל שהוא לא היה מצוי בחזקתו, כשם שהעיד בחקירתו הנגדית), ואף לא איזכר את עצם קיומו במסגרת התביעה או הבקשה. תחת זאת, טען המבקש באופן מיתמם כי **"הוא וחבריו הבלדרים אינם יודעים כיצד מחושב השכר החודשי שלהם"** (ר' סעיף 7 לבקשה).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

כך גם הטענה הגורפת של המערער בדבר הסתרת מידע הנוגע לאופן חישוב השכר לפי השיטה האחוזית, נסתרה בעדות המערער עצמו, משהמערער הודה, בחקירתו הנגדית, כי הוא חתם על מסמך שבו אישר כי ניתן לו הסבר על שיטה זו וכי הוא קיבל לידי חוברת הסבר בנוגע אליה, בנוסף על המצגת המפורטת המתייחסת לאותה שיטה שאותה צירף לבקשה (ר' עמ' 6 לפרוטוקול ש' 9-6). יתירה מזו, מחקירתו הנגדית עלה כי לא רק שהמערער הכיר את שיטת התגמול שהונהגה במשיבה (הן שיטת הנקודות והן זו האחוזית) אלא שהוא גם נהג לאורך השנים לפנות, מעת לעת, לממונים עליו בקשר לטעויות שנפלו להבנתו בתלושי השכר (ר' עמ' 4 לפרוטוקול ש' 19-24; עמ' 5 ש' 18-5). למותר לציין כי לו אכן המערער לא היה מודע לפרטי השיטה הרי שהוא לא היה יכול לזהות טעויות בחישוב ולעמוד על תיקונן.

על דברי המערער כאמור ועל המסמכים מזמן אמת יש להוסיף ולציין גם את עדותו של עד המשיבה מר סמי דדון, מי שהיה הממונה הישיר על המערער בתקופה הרלוונטית לתביעה, אשר העיד כי הוא הסביר למערער (כמו גם ליתר הבלדרים) את שיטת התגמול (על פי נקודות) עובר לתחילת עבודתו, ובהמשך גם את השיטה האחוזית וכי המערער פנה אליו מעת לעת בבקשות לתקן את החישוב שנערך בתלוש השכר בעקבות השוואה בין נתוני המשיבה לבין רישומיו (ר' סעיפים 7-3 לתצהיר דדון). יצויין כי במהלך הדיון בבית הדין האזורי ויתר המערער על חקירתו של עד זה, על כל המשתמע מכך מבחינה ראייתית. עוד יצויין כי עדותו של מר דדון בנוגע להסברים שניתנו אודות השיטה האחוזית, מתיישבת עם שורת ההיגיון. זאת שעה שאנו מביאים בחשבון את מטרתה של שיטה זו, שנועדה להשיא את התמורה שקיבלה המשיבה, כפונקציה של סוג הלקוח, סוג המשלוח וסוג הפעולה (מסירה או איסוף). מכאן שהיה למשיבה אינטרס להבהיר לבלדרים הבהר היטב את עקרונות השיטה על מנת לאפשר להם לתרום את חלקם להשאת התמורה.

42. זאת ועוד אחרת, נראה כי גם התנהגות הצדדים סותרת את טענתו ההסכמית של המערער והיא מלמדת כי הצדדים פעלו בהתאם למופיע בתלושי השכר



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

לאורך כל תקופת העסקתו של המערער: בהקשר זה יצוין כי המערער קיבל תלושי שכר מדי חודש בחודשו שבהם פורט שכר הבסיס, התמורה בעבור שעות נוספות וכן התשלום בעבור פרמיות (נקודות); אין טענה של המערער כי הוא פנה למשיבה ולו פעם אחת בתלונה כי תלושי השכר אינם משקפים את ההסכמה כאמור. זאת להבדיל מטענה על חסר ברישום הנקודות; בפועל המערער אף החתים כרטיס נוכחות ומספר שעות העבודה שלו תועד במדויק, כך שהשעות הנוספות שנרשמו בתלוש השכר תאמו את שעות העבודה בפועל; מתלושי השכר שצירפה המשיבה עולה - כי היו חודשים שבהם שולם לבלדרים ובכללם גם המערער, שכר בסיס וכן תמורה בעבור עבודה בשעות נוספות בלבד וזאת, בשל ביצועים נמוכים יחסית מתחת לנורמה שלא זיכו בתשלום פרמיה.

43. על רקע כל האמור, האופן המשתאה שבו הציג המערער את הרישום בתלוש השכר (שכר בסיס. שעות נוספות ופרמיה), כאילו יש בו סטייה מפתיעה מן המוסכס - מעורר קושי. בשל חשיבות הדברים לשרטוט התמונה המלאה הרלוונטית להכרעה בהליך ובעיקר זו הנוגעת להתנהלות המערער - מצאנו לנכון להוסיף ולהביא בהקשר זה מתוך דבריו של המערער כלשונם לאמור:

"מאידך, בתלוש המשכורת היה השכר מחושב באופן שונה [משכר על פי כמות התוצרת] בתלוש צוין שכר יסוד בגובה שכר המינימום ושעות נוספות שהתבססו על כרטיסי העבודה שהדפסנו ... בנוסף, את ההפרש בין רכיבי השכר אלו לבין השכר שמבוסס כנראה על נקודות בלבד, הייתה המשיבה רושמת בתלוש המשכורת ברכיב הנקודות. המבקש כלל אינו בטוח שהשכר שחישבה המשיבה על פי נקודות בלבד הינו השכר האמיתי לו היה זכאי".

משמע - המערער לא פרט את הטענה המרכזית שעליה השתית את תביעתו, בנוגע לתוכן ההסכמה והנסיבות שבהן היא התגבשה ומדוע הרישום בתלוש השכר שונה לטעמו מן המוסכס; בנוסף הוא אף סייג טענה מרכזית זו על ידי הוספת המילה "כנראה" ותלה את חוסר הוודאות בהסתרת נתונים כביכול מצד המשיבה. זאת בלא שפנה למשיבה לקבל



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

נתונים או מסמכים רלוונטיים ושעה שמן הראיות התחוור כי מי שהסתיר נתונים ועובדות מהותיות בנוגע לתוכן ההסכמה היה דווקא המערער.

קושי נוסף בדרך הטיעון של המערער, העשוי להתפרש אף כהטעיה, ניתן למצוא במסגרת סעיף 6 לבקשה, שם מתייחס המערער לאשר "נהוג" כביכול אצל המשיבה בנוגע לשיטת חישוב השכר, תוך הפניה למסמך שפרסמה המשיבה זמן קצר לפני סיום עבודתו **בחודש מאי 2009**. מסמך האמור ללמד לשיטתו על המצב "הנהוג" במשיבה מקדמת דנא, לשלם את מלוא שכרם של הבלדרים על פי תפוקה או "לפי כמות התוצרת". גם כאן מצאנו להביא את הדברים בלשון המערער במטרה להדגים את ההתנהלות לאמור:

"על פי הנהוג אצל המשיבה, שכר העבודה צריך להיות מחושב על פי נקודות שצובר הבלדר במשך החודש [ולא על פי שכר בסיס שעות נוספות ופרמיה], כאשר הנקודות נקבעות על פי סוג וכמות המשלוחים אשר אסף ופיזר המבקש בכל חודש... בהתאם לנאמר במסמך 'תכנית התגמול החדשה לעובדים מאי 2009' מטעם המשיבה. תוכנית הנקודות מבוססת על חישוב הנקודות בהתאם לכמות האסופים והפיזורים של כל בלדר...."

מה שהמערער אינו מציין הוא כי תכנית התגמול החדשה לא שיקפה את צורת התגמול במהלך מרבית תקופת העסקתו. חשוב מכך – המערער אינו מציין כי במסמך זה לא נכתב ואף לא נרמז כי מדובר בשיטת תגמול הבאה להחליף את ההסכם שעניינו תשלום נפרד של שכר הבסיס, תמורה בעבור שעות נוספות ופרמיה אלא - לשנות אך ורק את אופן חישוב הפרמיה, כך שהיא תיגזר מהכנסות המשיבה ולא מכמות המסירות והאסופים (כפי שהיה לפי שיטת הנקודות).

44. לבסוף יאמר - כי הטענה ההסכמית של המערער אף איננה עולה בקנה אחד עם ההקשר התעשייתי ועם ההיגיון הכלכלי: משמע – גם לו היה מקום לספק פרשני בנוגע לתוכן ההסכמה שבין הצדדים ולשאלה האם הוסכם על תשלום התמורה "לפי כמות התוצרת" - הרי שדי היה בבחינת ההקשר התעשייתי וההיגיון הכלכלי שבצידו כדי להסיר כל ספק. זאת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

נוכח העובדה שהבלדרים עסקו בעבודת שירותים מובהקת ולא בעבודה יצרנית; בשים לב לכך שהם נדרשו לבצע פעולות מגוונות של נהיגה, מסירת חבילות ודברי דואר, קבלתם והוצאת חשבוניות, על פי סדר יום שאותו הם היו רשאים לקבוע בעצמם. בהתאם לכך, התכלית הכלכלית של תשלום הפרמיות הייתה להגדיל את יעילות העבודה לאורך יום העבודה כולו, ללא הגדלה של היקף השעות ובלא ששיקול הדעת בקביעת סדר הפעולות יגרום לריכוז המסירות והאסופים בשעות הנוספות כדי לזכות בגינם בתמורה מוגדלת, לפי סעיף 16 לחוק שעות עבודה ומנוחה. הגדלה שאינה רצויה לפי גישת המחוקק, חסרה כל הגיון כלכלי ומנותקת מן ההקשר התעשייתי של עבודות שירותים מובהקות הכוללת פעולות מגוונות, שסדר ביצוען נקבע בהתחשב בשיקול דעתו של הבלדר.

45. **לסיכום נקודה זו יאמר** - כי לא נמצא כל יסוד לטענה המרכזית העומדת בלב התביעה ובלב הבקשה באשר לתוכן ההסכמה שבין המשיבה לבין הבלדרים לתשלום שכר "על פי כמות תוצרת", בשונה מן המפורט בהסכם העבודה של המערער ובתלושי השכר של הבלדרים. כן עולה - כי המערער לא גילה ואף הסתיר עובדות מהותיות הנוגעות לעילת התביעה ולתוכן ההסכמה, מסר בהקשר זה גרסה שאינה נכונה, המתנכרת להסכם שעליו חתם ולאופן שבו התנהלו המשיבה והבלדרים לאורך כל התקופה הרלוונטית לבקשה, כאשר טענתו ההסכמית מנוגדת לכל הגיון והצדקה כלכליים או חברתיים. מכאן שהמערער לא עמד בתנאי הקבוע בסעיף 4(א)(1) לחוק ולא הוכיח עילת תביעה לכאורה המזכה בכל אותן זכויות להן עתר על יסוד הטענה ההסכמית כאמור. בנוסף המערער לא הוכיח ולו לכאורה כי קיימת אפשרות סבירה כי השאלות הנוגעות לתוכן ההסכמה, ככל שמדובר ב"שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה", תוכרענה לטובת הקבוצה, לפי סעיף 8(א)(1) לחוק.

46. משנפלה הטענה המרכזית של המערער בנוגע לשיטת התגמול המוסכמת של בלדרי המשיבה - הרי שיש בכך להביא להכשלת הבקשה בקשר לכל



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

רכיבי התביעה המושתתים על טענה זו ובהתייחס לכל חברי קבוצה שאותה הגדיר כך: "כל עובדי המשיבה שהועסקו באיסוף ופיזור חבילות במשך 7 השנים האחרונות ואשר המשיבה חישבה את שכרם שלא על פי נקודות, בניגוד להסכם העבודה בינם לבניה..." (ר' לעניין הגדת הקבוצה סעיף 84 לבקשה).

עילת התביעה הנוגעת לחישוב הפרמיות

47. כך גם ההנחה המעורפלת של המערער כי לא שולמה לו וליתר בלדרי המשיבה התמורה המלאה לה היו זכאים בגין רכיב הפרמיה וכי הוא "כלל אינו בטוח שהשכר שחישבה המשיבה על פי נקודות בלבד הינו השכר האמיתי לו הוא זכאי" בשל מחסור בנתונים (ר' סעיף 1 לבקשה) לא הוכחה ולו לכאורה, כאשר המערער אף לא הראה כי קיימת אפשרות סבירה כי היא תוכרע לטובת הקבוצה. מה גם שאין זה ברור מדוע לא פנה המערער גם בהקשר זה למשיבה טרם הגשת הבקשה, על מנת לקבל את מלוא הפרטים בנגע לאופן שבו היא חישבה את רכיב הפרמיה ככל שהדבר לא היה נהיר לו. במיוחד, נוכח ההיקפים הניכרים של סכומי התובענה וההשלכות שהיו לעצם הגשתה של בקשה בסכומים אלה על מצבה הכלכלי של המשיבה ועל צדדים שלישיים. במיוחד שעה שעולה כי המשיבה מסרה למערער מידע מלא על דרך חישוב הפרמיה בזמן אמת ובנסיבות שבהן היה למשיבה תמריץ משמעותי למסור למערער מידע כאמור גם בדיעבד. זאת על מנת למנוע את הנזק שנגרם לה עקב הגשתה של הבקשה לאישור על יסוד תשתית עובדתית שלא נבדקה כראוי.

עילת התביעה החלופית שעניינה תמורה מוגדלת בעבור שעות עבודה

נוספות

48. זאת ועוד, נראה כי גם הטענה החלופית של המערער, אשר נזנחה במסגרת הסיכומים שהוגשו לבית הדין האזורי, אך שבה ועלתה במסגרת הערעור,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

באשר לאופן שבו יש לחשב את השעות הנוספות (ככל שתידחה הטענה העיקרית ההסכמית בעניין שיטת התגמול "לפי כמות התוצרת") - סיכוייה להתקבל היו אפסיים. בהקשר זה נציין תחילה - כי ב"כ המייצג ניסה את כוחה של הטענה הנ"ל (בדבר "כלל א" ו-"כלל ב") במסגרת הליך אחר שהגיע לפתחו של בית דין זה, **בעניין שפלב** שבו נקבע כי יש לדחותה מאחר והיא מנוגדת לחוק ולפסיקה. משמע - באותו עניין עלתה ונדחתה הטענה שלפיה מכסת השעות השבועיות שמעבר לה מגיע לעובד גמול בעבור עבודה בשעות נוספות כוללת גם את השעות הנוספות היומיות שנעבדו באותו שבוע וכן כי על בסיס הנחה זו יש לחשב גם את התמורה עבור שעות עבודה שמעבר להיתר ובלשון פסק הדין **בעניין שפלב** לאמור:

"טענתו זו של המערער ראויה להידחות לאור הנפקס על ידינו בתיק ע"ע 188/06 סמי בוג'ו - קל בניין. באותו פסק דין הובהר כי השעות מבחינת מכסת השעות השבועיות הינן אך ורק שעות העבודה הרגילות ולא השעות שנעבדו מעבר למכסה זו. האמור עולה במפורש מלשון החוק לעניין תחום שבוע עבודה ותחום יום העבודה. לאור האמור, דרך החישוב שבית הדין קמא סבר שלפיה ראויה להיבחן התביעה לגמול השעות הנוספות, היא אכן הדרך הנכונה" (ר' סעיף 2 לפסק הדין).

אכן, פסק הדין של בית דין זה **בעניין שפלב** ניתן ביום 24.12.12, לאחר הגשת הבקשה לבית הדין האזורי, ולאחר הגשת הערעור על פסק דינו אולם, כפי שנקבע בפסק הדין בעניין שפלב, מדובר במסקנה המתבקשת מלשון החוק כפשוטה ומן ההגדרה של "יום עבודה", "שבוע עבודה" ו-"שעות נוספות" שבחוק.

49. **כללם של דברים:** על רקע האמור, בריח התיכון של הבקשה לתשלום זכויות שונות על בסיס הטענה ההסכמית שלפיה, העסקת הבלדרים הייתה "על פי כמות התוצרת" דינה להידחות. כמו כן יש לדחות גם את הטענות הנוגעות לטעויות אפשריות בחישוב הפרמיות וכן את הטענות החלופיות בנוגע לחישוב השעות הנוספות. זאת לאחר שהמערער לא הוכיח ולו לכאורה עילת תביעה אישית וכן לא הוכיח ולו לכאורה כי השאלות שהעלה בעניינים אלה עשויות להיות מוכרעות לטובת הקבוצה. נוכח



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

המסקנה אליה הגענו לא מצאנו להידרש לשאר הפרמטרים לאישור תובענה ייצוגית כגון הגדרת קבוצה, למרות שלטעמנו קיים קושי בקביעתו של בית הדין האזורי בסוגיה זו.

העילה של דמי החופשה

50. מכאן שנותר לנו לדון בעילת התביעה הנוספת והחלופית ובטענה הנוגעת לחישוב דמי החופשה שלפיה, היה על המשיבה להביא בחשבון את רכיב הפרמיה או "הנקודות" במסגרת התמורה ששולמה בעבור דמי חופשה. לגבי עילה זו לא הייתה מחלוקת על כך שלפחות במהלך חלק מן התקופה הרלוונטית, המשיבה לא כללה בדמי החופשה ששולמו בעבור ימי חופשה בודדים (פחות מחמישה ימים) את רכיב הפרמיה. בית הדין האזורי קיבל בהקשר זה את טענתה של המשיבה שלפיה היא לא הייתה מחויבת לעשות כן על פי הדין. קביעה זו מעוררת קושי, נוכח הוראות סעיף 10 לחוק חופשה שנתית הקובע כי דמי החופשה יהיו בסכום השווה "לשכרו הרגיל של העובד", כאשר "השכר הרגיל" הוגדר בסעיף 1(ב) לחוק באופן רחב כ- "שכר העבודה שהעובד היה מקבל בעד אותו פרק זמן אילו לא יצא לחופשה והוסיף לעבוד" (ר' בהקשר זה ע"ע (ארצי) 300327/98 אטקה בע"מ נ' דוד רטר, לט (2004) 49 (24.4.02)).

יוצא אפוא כי העילה היחידה, והשולית יחסית מבחינת סכומה, שבה עלה בידי המערער לחלוף על פני המשוכות הקבועות בסעיפים 4(א) ו-8 (א) לחוק היא זו הנוגעת לתשלום דמי החופשה, בכפוף לטענת ההתיישנות אשר נטענה על ידי המשיבה של 3 שנים, בהתאם לסעיף 31 לחוק חופשה שנתית.

משכך, עלינו להוסיף ולבחון האם התקיימו התנאים הקבועים בסעיפים 8(א) ו-4(א) לחוק, בדבר הסיכוי הסביר לניהול עניינה של הקבוצה בתום לב ובדרך הולמת; והאם, וככל שהתשובה לשאלה הראשונה תהיה בשלילה – יש מקום להורות על החלפת הייצוג, או שמא יש לקבוע כי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

התובענה הייצוגית איננה הדרך ההוגנת להכרעה במחלוקת הנוגעת לעילה זו, בנסיבות העניין.

האם קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג

וינוהל בדרך הולמת ובתום לב?

המסגרת הנורמטיבית

51. נקדים ונציין כבר בפתח הדברים כי לטעמנו יש להשיב על השאלה הראשונה בה נעסוק בשלילה וכי יש לקבוע כי לא קיים יסוד סביר להניח שעניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב, כפי הנדרש בסעיפים 8(א)(3) ו-4 לחוק וכפי שיוסבר להלן. עם זאת וכבר בראשית הדברים יובהר - כי הערכת הסיכוי הסביר הצופה פני עתיד, נבחנת על פי התנהלות העבר הנוגעת לשאלת הייצוג בכללותה ובהתייחס לכלל עילות הבקשה.

52. הפסיקה פירשה את הדרישה לייצוג בתום לב ובאופן הולם בזיקה לחובה המוטלת על המבקש להימנע מהגשת תביעות סרק ולקיים בדיקה הולמת של הבסיס העובדתי והמשפטי של התובענה ובלשונו של בית המשפט בבר"ם 4303/12 תמר אינסלר נ' המועצה האזורית עמק חפר (22.11.12) לאמור:

"תום הלב הדיוני משמע, בין היתר, כי התובע נדרש מלכתחילה לבסס את בקשת האישור על בדיקה יסודית ומעמיקה של התשתית העובדתית והמשפטית הצריכה לעניין...בהתאם לכך, הגשת בקשה לאישור מבלי לערוך בדיקה מעמיקה של התשתית העובדתית והמשפטית הרלוונטית עלולה כשלעצמה להוליך למסקנה כי יש יסוד סביר להניח שהתובע הייצוגי ובא כוחו לא ייצגו את הקבוצה בתום לב" (כך ר' ע"א 2444/08 שופרסל בע"מ נ' כהן (2008)).

על רקע האמור, ניתן לזהות נטייה לכרוך את דרישת תום הלב בדרישה לפניה מוקדמת לנתבע, שמטרתה להביא לבירור התשתית העובדתית המלאה טרם הגשת הבקשה (ר' עע"מ 2978/13 מי הגליל - תאגיד והביוב האזורי בע"מ נ' יוסף אחמד יונס (23.7.15); להלן - עניין מי הגליל); ע"ע



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

(ארצי) 12842-07-10 עו"ד אסף אייל נ' הוט מערכות תקשורת בע"מ (9.6.11); (להלן - עניין אייל); וכן ע"ע (ארצי) 53348-01-12 גרמן ישיב - הסתדרות העובדים הכללית החדשה (29.8.13) (עתירה לבג"ץ נדחתה; להלן - עניין ישיב).

53. עיון בפסיקה ובחינה של השיח המשפטי בכללותו מלמדים על מגמה נוספת של מתן פרשנות מרחיבה לחובת תום הלב וההוגנות. חובות המכוונות לא רק כלפי חברי הקבוצה העלולים להינזק מייצוג שקיים בו דופי אלא גם כלפי הנתבע וכלפי צדדים שלישיים, העלולים להיפגע בשל התוצאות הרוות הגורל של בקשת סרק שאיננה מבוססת על בדיקה מקדימה ראויה. במיוחד, שעה שמדובר בתביעה בהיקף כספי נכבד, כפי שהיה כאן, ובנתבע בסדר גודל קטן או בינוני שרמת העמידות שלו ושל אלה הניזונים מידו, בפני הנזק הכלכלי העלול להיגרם עקב תובענת סרק אינה גבוהה יחסית. נוכח חשיבותם של הדברים להכרעה בענייננו נסקור להלן, בקצרה את השיח המשפטי העדכני הנוגע לסוגיות אלה.

תום הלב והדרישה לקיים פניה מוקדמת למעסיק

54. כפי הידוע, בית דין זה עמד בהרחבה על חובת הפניה המוקדמת למעסיק, תוך מתן התראה על הכוונה להגיש תובענה ייצוגית כנגזרת של חובת תום הלב המוגברת שבין עובד למעסיק במסגרת עניין אייל, וכך אמר:

"הדרישה לפנייה מוקדמת ולבירור מוקדם עם הנתבע הפוטנציאלי, טרם נקיטה בהליך התובענה הייצוגית נובעת אף מעיקרון היסוד של חובת תום הלב החולש על הצדדים לתובענה ייצוגית ובאי כוחם, מכוח תחולתו הכללית בדין המהותי והפרוצדורלי. עיקרון יסוד זה מוצא ביטויו אף בהוראות סעיף 8(א) (4) לחוק תובענות ייצוגיות המאגדות את חובתם של התובע המייצג ובא כוחו לפעול בתום לב ומתנה את אישור התובענה הייצוגית בכך שקיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב".



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

כמו כן הודגש, באותו עניין, כי הדבר נכון במיוחד "עת מדובר בתביעה ייצוגית שעילותיה ביחסי עובד ומעביד, המושתתים על הדדיות ויחסי אמון, מהם נובעות החובות המוגברות של תום לב הגילוי וההגינות. מכוחן של חובות מוגברות אלו קמה למעסיק, כנתבע פוטנציאלי, ציפייה דיונית לגיטימית וסבירה, לפניה מוקדמת בכתב מצדו של התובע המייצג, עובר להגשת התובענה הייצוגית והבקשה לאישורה". זאת, על מנת לאפשר למעסיק הזדמנות נאותה לתיקון המעוות ובמטרה לחסוך ניהול הליך משפטי מורכב וזמן שיפוטי.

55. על עמדה דומה חזר בית דין זה גם בעניין ישיב שם גם כן נכרכה דרישת הפניה המוקדמת למעסיק בחובה לערוך בירור מקיף של התשתית העובדתית שאותה נדרש המבקש להציג בפני בית הדין. במיוחד, שעה שמדובר בתביעות בסדרי גודל משמעותיים ובלשון הכתוב לאמור:

"כאמור לעיל, עניין הפנייה המוקדמת אל המעסיק ואל ההסתדרות נדרש לא רק מתוך הסיכוי לייתר את עצם ניהול ההליך, הן ההליך האישי והן הייצוגי, אלא על מנת להקים את התשתית הראייתית שאותה נדרש התובע להקים כבר בשלב הגשת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית. זאת, במיוחד שעה שהבקשה לאישור התובענה הייצוגית הוגשה על סך 76,608,000 ש"ח, בשם קבוצה המונה, כפי הנטען, 28,000 עובדים, ומבלי מתן הסבר המניח את הדעת כיצד חושב הסכום הנתבע ומספר העובדים חברי הקבוצה, במיוחד נוכח טענות החברה בנדון, כפי שפורט לעיל".

מתוך הדברים, ניתן להבין כי הדגשת החובה לערוך פניה מוקדמת, בנסיבות שבהן מדובר בתובענה בסדרי גודל משמעותיים, קשורה בנזק שעלול להיגרם למעסיק כפועל יוצא מהגשת תובענה שכזו, ללא בדיקה הולמת.

56. ביום 23.7.15 ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין מי הגליל שבו הוכרה חובת הפניה המוקדמת לנתבע טרם הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית המופנית כלפי רשות מנהלית. עם זאת, במסגרת אותו הליך, סקר



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

בית המשפט העליון גם את הקשיים הנובעים מחובה זו, העלולים "לצנן" את הנטייה ליזום הליכים ראויים לפי החוק, כקשיים העשויים לאבד מעוצמתם שעה שמדובר בנתבע שהוא רשות מנהלית. **בעניין מי הגליל** לא נקבעו מסמרות בנוגע להיקף החובה לערוך פניה מוקדמת לנתבע שהינו גוף פרטי ובנוגע לעצם קיומה, למעט הערות אגב שמהן עשוי להשתמע כי יכול ומן הראוי להטיל חובה שכזו.

57. על רקע האמור ובעקבות הפסיקה **בעניין מי הגליל** העלה בית דין זה ספקות ביחס להלכה שנקבעה **בעניין אייל ובעניין ישיב "המעוררת קושי"** ומצדיקה "**חשיבה מחודשת**". זאת גם כן, בלא לקבוע מסמרות **בעניין זה**, מאחר והדבר לא נדרש לצורך ההכרעה באותו עניין (ר' ע"ע (ארצי) 19275-10-12 **קלינור שרותים לישראל בע"מ נ' סאולוב ילנה** (6.12.16) להלן - **עניין קלינור**). זאת, בשונה מן המקרה שלפנינו, שבו שאלת הפניה המוקדמת עלתה במלוא עוזה, הן בבית הדין האזורי והן בבית דין זה. משכך, יש צורך לשוב ולהידרש לה בשים לב לדברים שנכתבו **בעניין קלינור**, תוך התייחסות לחסרונות וליתרונות הטמונים בפניה המוקדמת כפי שהם נסקרו **בעניין מי הגליל** ותוך התייחסות להשלכות שעשויות להיות להם, שעה שמדובר בתובענות ייצוגיות המוגשות על ידי עובדים כנגד מעסיקהם.

58. **אשר לנימוקים התומכים בהטלת חובה לקיים פנייה מוקדמת בכלל**, ובנוגע לתובענה המופנית כלפי הרשות בפרט - נכתב **בעניין מי הגליל** כי אף שהחובה לערוך פנייה שכזו כרוכה בחשש מיצירת "**אפקט מצנן**" בנוגע להגשת תביעות ייצוגיות, הרי שיש בה ליצור "**אפקט מצנן חיובי**" כלשונו של השופט רובינשטיין, מפני הגשת תובענות סרק שאינן מבוססות כדבעי; כי פניה מוקדמת עשויה ליתן לנתבע פוטנציאלי הזדמנות לתקן את המעוות ולשנות מדרכו וכן, להביא לחסכון בזמן שיפוטי ובמשאבים של בעלי הדין והציבור כולו; כי חובת הפנייה המוקדמת נגזרת מן ההגינות הדיונית, ומחובת תום הלב הכללית המוטלת על בעלי הדין. במיוחד, שעה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

שמדובר בתובענה המכוונת כלפי הרשות, נוכח אופי החובות ההדדיות הנגזרות מן היחסים שביניהם; כי הטלת חובה כאמור עשויה לסייע הן לבעלי הדין והן לבית המשפט לחדד מחלוקות משפטיות ועובדתיות, לבחון האם התובענה הייצוגית היא אכן הכלי היעיל לפתרון המחלוקת וכי יש בה ליעל את הדיון ולקדם את האינטרס הציבורי.

59. אשר לשיקולים המסתייגים מהטלת חובה לערוך פנייה מוקדמת נכתב כי היא עלולה לחשוף בפני אחרים את הכוונה להגיש תובענה ייצוגית ואלה עלולים להקדים ולהגיש בקשה לאישור תובענה שכזו, נוכח מערכת התמריצים המגולמת בהליך זה ולאור הכלל שלפיו "כל הקודם מייצג"; כי קיים חשש שלפיו אף אם יסכים הנתבע ליתן את מלוא הסעד המבוקש, בעקבות הפנייה המוקדמת, לא יהיה בכך בהכרח לחסוך התדיינות משפטית, משום הסיכון שהנתבע לא יעמוד בהתחייבויותיו, בהעדר פיקוח של בית המשפט; כי פניה מוקדמת עלולה לגרום לנתבע לשלול את עילת התביעה האישית של התובע המייצג על ידי מתן פיצוי לתובע, ולחילופין לשלם לו סכום כספי בתמורה לויתור על הגשת בקשה לאישור. זאת, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם האינטרסים של כלל חברי הקבוצה ועם טובת הכלל (ר' גם ט' חבקין וח' בן נון, "היש להטיל על התובע נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור כתובענה ייצוגית?" **עלי משפט** י"ב 7 (2016)). לגבי חלק מן השיקולים הללו נקבע כי הם מאבדים מעוצמתם, שעה שמדובר ברשות מנהלית, נוכח החובה המוטלת עליה לפעול בשוויון.

60. נראה כי השיקולים וההצדקות שנסקרו בעניין מי הגליל, הבאים לתמוך בחיוב התובע הפוטנציאלי לערוך פניה מוקדמת לנתבע שהינו רשות מנהלית - כוחם יפה, במידה רבה, גם שעה שמדובר ביחסים שבין עובד למעסיק ובתובענה ייצוגית המוגשת במסגרת אותם יחסים. מנגד - השיקולים המסתייגים מהטלת חובה לערוך פניה שכזו, מאבדים מעוצמתם לא רק שעה שמדובר בתובענה המופנית כלפי הרשות אלא גם



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

בתובענה שמקורה בעובד (או עובד לשעבר) המופנית כלפי מעסיקו ונבהיר:

61. אשר להצדקה המרכזית, שמקורה בטיב היחסים שבין הפרט והרשות ובכללי ההגינות ותום הלב ההדדיים המקופלים בהם - הרי שהיא נכונה לא פחות גם בנוגע ליחסים המיוחדים שבין עובד למעסיק. יחסים שמהם נגזרת כידוע חובת תום לב מוגברת, כפי שעמד עליה בית דין זה פעמים רבות וגם בעניין אייל. כך גם הטיעון שלפיו מנגנון הפניה המוקדמת ביחסים מול הרשות עשוי למנוע הכבדה מיותרת על הקופה הציבורית, באופן המשליך ישירות על האזרחים כצדדים שלישיים זרים להליך - תקף במידה רבה לעניין ההכבדה המיותרת על המעסיק, שהינה פועל יוצא של תובענות סרק בסכומים משמעותיים. שכן, הכבדה זו עלולה אף היא לפגוע באופן ישיר ומייד בעובדים כצדדים שלישיים, זרים להליך ואף לחשוף אותם לעיתים לסכנת פיטורים. במיוחד, שעה שמדובר במעסיקים קטנים ובינוניים הרגישים במיוחד להשלכות מרחיקות הלכת שעשויות להיות להגשת בקשות לאישור תובענה כייצוגית בסכומי עתק, ללא בדיקה ראויה של הבסיס העובדתי והמשפטי.

62. אשר להסתיוגויות מפני מנגנון הפניה המוקדמת יאמר - כי הטענה שלפיה יש בו לחשוף בפני אחרים את הכוונה להגיש תובענה ייצוגית וכי אלה עלולים להקדים ולהגיש בקשה לאישור, נוכח מערכת התמריצים המגולמת בהליך ולאור הכלל "כל הקודם מייצג" - הרי שנראה כי חשש זה עשוי לאבד מעוצמתו, ככל שהנורמה המקובלת תחייב פניה מוקדמת. משמע - ככל שהעדר הפניה עשוי להיזקף לחובת המבקש. בין באמצעות הפחתה או שלילה של הגמול שיפסק לזכותו, אם בכלל; בין משום שהדבר עלול להיזקף לחובתו באמצעות פסיקת הוצאות ובין משום שהדבר עשוי להיזקף לחובתו,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

שעה שבית הדין יבחן האם ראוי להפקיד בידיו את הייצוג בהליך, ככל שתאושר הבקשה.

כך גם החשש שפניה מוקדמת עלולה להביא את הנתבע לשלול את עילת תביעתו האישית של התובע המייצג על ידי פיצויו, ובכך לפגוע בזכויותיהם של יתר חברי הקבוצה ובאינטרס הכללי - מאבד מעוצמתו, שעה שמדובר בתובענה שמקורה ביחסים שבין עובד למעסיק. אומנם המעסיק הפרטי אינו מחויב לפעול בשוויון באופן שבו נדרשת הרשות המנהלית לעשות כן (חובה שהיה בה ליטול את העוקץ מן ההסתייגות האמורה במקרה של הרשות) אולם בפועל, הענקת זכויות לחלק מן העובדים, בהתבסס על טענה משפטית איננה מהווה בדרך כלל סוף פסוק. זאת נוכח מערכת היחסים הייחודית שבין חברי הקבוצה, בינם לבין עצמם ובינם לבין המעסיק, שהינה פועל יוצא של ההתקשרות ארוכת הטווח, של עבודה משותפת אצל מעסיק אחד ולעיתים גם במקום עבודה אחד. נסיבות המקלות על העברת מידע ועל שיתוף הפעולה למען מיצוי זכויות באופן שוויוני. בהקשר זה קיים שוני מהותי בין טיב הקשר הנגזר מיחסי העבודה לבין טיב הקשר השורר בין השחקנים הרלוונטיים לתובענות הייצוגיות בתחום הצרכני כשחקנים זרים זה לזה. שוני המשליך גם על רמת האכיפה ומקחה את עוצמת החשש מפני אכיפה סלקטיבית, כתוצאה מפניה מוקדמת, שעה שמדובר בתובענה שמקורה ביחסי עבודה. עם זאת, באומרנו זאת איננו מתעלמים מכך שתיאור הדברים המופיע לעיל, הינו כללי ויכול שאינו משקף את אופי היחסים במקום העבודה אצל כלל המעסיקים. בעיקר בענפים מסוימים דוגמת שמירה וניקיון, שבהם מועסקים העובדים באתרים שונים ולעיתים אף אינם דוברים אותה שפה. זאת, באופן המקשה על העברת מידע ואכיפה של זכויות. בנסיבות אלה, הראויות ללא ספק להתייחסות, אין אומנם כדי לאיין את עצם החובה הכללית לפנות למעסיק בפניה מוקדמת אולם יכול ויהיה בהן להשליך על הסנקציות שיוטלו, אם בכלל, על המבקש עקב



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

הפרתה. זאת כפי שיוסבר בהמשך בפרק העוסק במנעד ההשלכות הרחב של הפרת החובה לערוך פניה מוקדמת.

63. לבסוף יאמר - כי ההצדקה לחייב בפניה מוקדמת, כדרך לצמצום היקף תביעות הסרק, מקבלת חיזוק נוסף גם משדה המחקר האמפירי. זאת נוכח הממצאים שנאספו ונותחו על ידי מחלקת המחקר של הרשות השופטת בשיתוף המרכז הבין-תחומי (ר' אלון קלמנט, קרן וינשל-מרגל, יפעת טרבולוס ורוני אבישר-שדה, "תובענות ייצוגיות בישראל - פרספקטיבה אמפירית" 41 (מחלקת המחקר של הרשות השופטת, 2014) (להלן - **קלמנט ואח'**) וכן ר' אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" **הפרקליט** מט 131, 166 (2007) (להלן - **קלמנט**). ממצאים המלמדים על ההיקף הניכר של תובענות הסרק, כמו גם על עוצמת הפגיעה הנגרמת בעטיין לעסקים קטנים ובינוניים ועל ההכבדה שהן מטילות על בתי המשפט. ממצאים אלה אף עמדו בבסיסה של **הצעת החוק בעניין פניה מוקדמת** המונחת כיום על שולחן הכנסת.

64. **כללם של דברים**: נראה כי על רקע הרלוונטיות של ההצדקות העומדות בבסיס החובה לקיים פניה מוקדמת לרשות מנהלית גם לתובענות שמקורן ביחסי עבודה, לאור הקהיית החשש הנגזר מהטלת חובה שכזו במערכת יחסי העבודה ולאור הנתונים האמפיריים המצריכים התמודדות ראויה עם התופעה המתרחבת של הגשת תובענות סרק, ללא בדיקה מקדימה ראויה - נראה כי יש להותיר את ההלכה שנפסקה **בעניין אייל ובעניין ישיב** על מכונה. זאת, תוך הותרת שיקול דעת רחב בידי בית הדין בנוגע למשמעות שיש ליתן להפרת החובה כאמור. סוגיה שאליה נתייחס מיד להלן. עם זאת יודגש כי למול חובת הפניה המוקדמת עומדת גם חובתו של המעסיק למסור מידע מפורט תוך פרק זמן סביר, כאשר להפרה של חובה זו יכול ותהינה השלכות, ככל שינוהל ההליך, לרבות האפשרות של אי פסיקת הוצאות לזכותו במקרה של דחיית הבקשה. זאת ככל שתימצא זיקה בין הדחיה לבין ההפרה של החובה ליתן מענה הולם.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

65. בשולי הדברים ובהתייחס לטענת המערער בנוגע לתחולה הפרוספקטיבית לטענתו של ההלכה בעניין אייל ובשים לב לכך שפסק דין זה ניתן לאחר הגשת הבקשה יאמר כי יש לדחותה. זאת על פי הכלל הנקוט שלפיו, יש להלכה שנפסקה תחולה רטרואקטיבית, בהעדר קביעה מפורשת אחרת (ר' ע"א 7130/01 סולל בונה בנין ותשתית בע"מ נ' יגאל תנעמי, נח(1) 1 (1.10.03) וגם עב"ל (ארצי) 49669-11-12 המוסד לביטוח לאומי נ' אורלי שפירא סטאר (14.9.16)).

ההשלכות של הפרת החובה לקיים פניה מוקדמת למעסיק

66. כפי האמור, שאלה נפרדת היא מה צריכות להיות ההשלכות של העדר פניה מוקדמת אל המעסיק, שעה שהיא נבחנת בדיעבד. קרי, בשלב שלאחר הגשת הבקשה לאישור. בהקשר זה נראה כי לא יהיה בשיקול זה לבדו להצדיק את דחיית הבקשה. אולם, יכול שהוא יובא בחשבון, לצד שיקולים נוספים ובכלל אלה: סיכויי הבקשה לגופה ובהתייחס לעילותיה השונות; התנהלות המעסיק בעבר, ככל שהיא עשויה ללמד על כך שמדובר בפניה חסרת תוחלת (בין בשל הפרה של חובות יידוע וחובות רישומיות כגון מתן הודעה על תנאי עבודה או מתן תלושי שכר כחוק ובין משום העדר מענה לפניות קודמות של המבקש בעניינים הנוגעים לתנאי עבודתו); המידה שבה עשויה הפניה לתרום לחידוד, הבהרה ומיקוד הבקשה לאישור ושל התשתית העובדתית והמשפטית הבאה לתמוך בה וכן, להביא לצמצום התופעה של נקיבה בסעדים כספיים "מנופחים" בשל העדרה של תשתית הולמת; המידה שבה עשויה הפניה כאמור להפחית או למנוע את הנזק שנגרם למעסיק בנסיבות אלה. זאת תוך התחשבות בגודל המעסיק ומידת פגיעותו מעצם הגשתן של בקשות מעין אלה, בסכומים משמעותיים וללא בדיקה ראויה. כמו כן וכפי שצוין לעיל, יש להביא בחשבון שיקולים הנוגעים לאפיוניו של מקום העבודה ולענף שבו מועסקים העובדים וכפועל



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

יוצא מכך, למידה שבה הפניה עלולה להביא לאכיפה סלקטיבית של זכויות.

67. שיקולים אלה, אמורים להשפיע על ההשלכה שעשויה להיות להפרת החובה לקיים פניה מוקדמת למעסיק, החל מהפחתה או שלילה של שיעור הגמול שיפסק לתובע המייצג ו/או לב"כ המייצג בכל שלב בהליך, המשך בפסיקת הוצאות לחובת מי מהם או לחובת שניהם כאחד, החלפה של התובע המייצג או של ב"כ המייצג או שניהם, מידת הנכונות להיעתר לבקשה לתיקון התובענה וכלה במקרי קיצון - שבהם הפרת החובה עשויה לתרום באופן משמעותי לדחיית הבקשה. זאת בנסיבות שבהן להפרת החובה האמורה מצטרפים כשלים נוספים, בין אם הם קשורים או נובעים מהפרתה ובין אם לאו. כך למשל, בנסיבות שבהן בית הדין משתכנע כי הנזק שנגרם למעסיק ו/או לצדדים שלישיים (דוגמת העובדים) בשל הפרת החובה או בשל פגמים נוספים - עולה על התועלת החברתית שעשויה לצמוח מניהול ההליך. זאת, גם אם ניתן לתקן בדיעבד את הפגמים בייצוג באמצעות החלפה של התובע המייצג או ב"כ המייצג. "מאזן נוחות" שאותו יערוך בית הדין עת שהוא יידרש לבחון את התנאי שמצא משכן בסעיף 28(2) לחוק, בדבר היותה של התובענה הייצוגית "הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת", על רקע מכלול הנסיבות.

מן הכלל אל הפרט

68. במקרה דנן, לא הייתה מחלוקת על כך שהמערער וב"כ המייצג לא פנו בפניה מוקדמת אל המשיבה. כן עולה כי לו היו מקדימים ומקיימים פניה שכזו, הרי שהם היו נחשפים קרוב לוודאי - עוד לפני הגשת הבקשה - למסמכים מזמן אמת המעידים על תוכן ההסכמה שבין הבלדרים לבין המשיבה ועל האופן שבו חישבה המשיבה את רכיב הפרמיה. מסמכים שאת רובם צירפה המשיבה לתגובה שאותה היא נאלצה להגיש במצב דברים זה ובכלל אלה: הסכם העבודה של המערער, תלושי השכר של בלדרים אשר הועסקו במשיבה בתקופה הרלוונטית (תוך מחיקת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

שמותיהם) המלמדים על תשלום שכר בסיס ושעות נוספות בלבד בחודשים שבהם רמת הביצוע שלהם לא זיכתה בתשלום פרמיה; "טופס קליטה" של המערער כעובד המשיבה, לפי שכר בסיס חודשי ושעות נוספות; מסמך שבו אישר המערער, בחתימת ידו, קבלת הסברים בכתב ובעל-פה על שיטת התגמול האחוזית וכן, מסמכים שהיו מאפשרים למערער לבחון את ספקותיו בנוגע למידת הנכונות של חישוב הפרמיות על ידי המשיבה.

69. נראה כי המקרה הנוכחי הוא אולי דוגמה טובה לחשיבותה של הפניה המוקדמת כדרך להפחית את היקף בקשות הסרק, נוכח התמריץ שניתן לייחס למעסיק להשיב לפניה ולהציג נתונים, ככל שהוא סבור שמדובר בתביעת סרק ובמטרה למנוע את עצם הגשתה. זאת, בשים לב לכך שעצם הגשת הבקשה לאישור תובענה כייצוגיות בהיקפים כספיים משמעותיים, כפי שהיו במקרה זה, עלול להסב לו נזק רב שלא יהיה די בהוצאות על מנת להטיב אותו. לשון אחרת, ככל שהטענות שעשויות לעמוד בבסיס הבקשה מופרכות יותר, כך גדל התמריץ של המעסיק להגיב עליהן במסגרת הפניה המוקדמת ולהציג נתונים שיש בהם להדוף אותן טרם הגשת הבקשה. יתירה מכך, נראה כי העדר הפניה המוקדמת היה אולי "שורש הרע" במקרה הנוכחי, מאחר והוא תרם להמשך ההתנהלות הבלתי תקינה שהתבטאה בהגשת בקשה המתנכרת לתוכנם של מסמכים מזמן אמת שעליהם חתם המערער; לתוכן ההסכמה שבין המשיבה לבלדרים האחרים, כפי שניתן היה ללמוד עליה מתלושי השכר של הבלדרים וכן, להתנהגות המתמשכת של הצדדים כפי שנקבע על ידי בית הדין האזורי. משמע - העדר הפניה הוביל להגשת בקשה נקובה ככברה מבחינה עובדתית ומשפטית, בסכומי עתק, שחייבה את המשיבה בהגשת תגובה ובהוצאת סכומים לא מבוטלים לצורך ההתגוננות מפניה. בקשה שעצם הגשתה באופן זה גרם למשיבה נזקים משמעותיים נוספים, כפי שקבע בית הדין האזורי.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

70. יתירה מכך, לא מן הנמנע כי הערכת המערער (שהתבררה בסופו של יום כמוטעית) שלפיה, הגשת בקשה באופן זה לא תזכה לתגובה הולמת באמצעות חיוב בהוצאות (נושא שעליו אף ערער, בהסתמכו לדבריו על מדיניותו של בית דין זה) - הובילה אותו, ככל הנראה, לעמוד על מיצוי ההליך, גם לאחר הגשת התגובה וצרופותיה ואף לאחר שניתן פסק הדין בעניין שפלוט ביום 24.12.12. אולי מתוך צפייה להפעיל בכך לחץ על המשיבה להגיע עימו לפשרה.

71. משקבענו כי על יסוד ההתנהלות בעבר (הנוגעת למכלול העילות שבבקשה) כי המערער לא השכיל לחלוף את פני המשוכות הצופות פני עתיד, הקבועות בסעיפים 8(א)(3) ו-4 לחוק בדבר ייצוג הוגן ובתום לב של חברי הקבוצה (בעילה של דמי החופשה) - הרי שנותר לנו לבחון את השאלות הבאות: האם התקיים, לעניין עילת התביעה של דמי החופשה בלבד, התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק שלפיו התובענה הייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין. השאלה השנייה, אשר הצורך להשיב עליה מותנה במתן תשובה חיובית לשאלה הראשונה הינה - האם ובאיזה אופן, יש להורות על החלפת התובע המייצג ובי"כ המייצג. זאת נוכח קביעותינו דלעיל בנושא הייצוג.

האם התובענה הייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת

בנסיבות העניין?

72. תחילה יאמר - כי את הפרשנות המרחיבה שיש ליתן לדרישות תום הלב והייצוג ההולם של חברי הקבוצה, כדרישות המקרינות גם על היחסים מול צדדים שלישיים שמחוץ לקבוצה, יש להחיל לטעמנו גם לגבי דרישת ההוגנות שבסעיף 8 (2) לחוק. משמע - במסגרת בחינתה של השאלה האם התובענה הייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, ניתן להתחשב, בין יתר השיקולים ובנסיבות המתאימות לכך, גם בשיקולים הנוגעים לנזק שעלול להיגרם למעסיק ולצדדים שלישיים דוגמת העובדים, כתוצאה מאישור הבקשה וניהול ההליך. בין שמדובר בעובדים שהם חברי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

הקבוצה ובין אם לאו. זאת תוך יצירת איזון ראוי בין שיקולים אלה לבין יתר השיקולים הצריכים לעניין.

73. על רקע זאת, שקלנו את האפשרות לאשר אותו חלק מן הבקשה הנוגע לעילת התביעה (השולית יחסית) שעניינה דמי חופשה, אולם החלטנו כי אין לעשות כן וכי בנסיבות העניין נכון יהיה לדחות את הבקשה במלואה. שכן, נראה כי בנסיבות שנוצרו, התובענה הייצוגית איננה הדרך ההוגנת להכרעה במחלוקת. זאת, לאור הנזק התדמייתי והכלכלי, **הנוסף והמצטבר** לזה המיותר שכבר ארע, העלול להיגרם למשיבה ואולי אף לעובדיה, ככל שתאושר הבקשה בעילה זו למול התועלת העשויה לצמוח כיום מן ההליך לעובדי הקבוצה הרלוונטית ולחברה בכללותה.

74. אשר לנזק שעלול להיגרם למשיבה - הרי שהבאנו בחשבון את "האפקט הסינרגטי" של הנזק המצטבר שעלול להיגרם למשיבה בשל הצורך לשוב ולנהל הליך יקר ובעל השלכות תדמיתיות וכלכליות, בנוסף להליך שהיה ברובו הליך סרק שבו היא נדרשה להתגונן מפני תובענה בסכומי עתק, ולהקדיש לכך משאבים ניכרים. הליך אשר עשוי להצריך כיום גם תיקון של התובענה, החלפת הייצוג, שינוי של הגדרת הקבוצה, תוך התייחסות לנתונים העדכניים הנוגעים לתשלום דמי החופשה. נתונים המלמדים על כך שהמשיבה כללה את רכיב הפרמיות בדמי החופשה שאותם שילמה בעבור חופשות שעלו על חמישה ימים, והחל ממועד מסוים (שטרם הובהר) היא החלה לכלול אותו בדמי החופשה ששולמו בעבור כל ימי החופשה. משמע - יש להתחשב "באפקט הסינרגטי" של הנזק שהינו פועל יוצא של העובדה שהעילה הנוגעת לדמי חופשה מצאה משכן במסגרת בקשה שכללה ברובה רכיבי תביעה מכבידים, מבחינת סכומם, שלא היה בהם ממש. בקשה אשר הושתתה על בסיס עובדתי שלא נבדק כהלכה, בהעדר פניה מוקדמת, וכן על בסיס משפטי רופף.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

בהקשר זה יש להביא בחשבון אף את קביעותיו העובדתיות של בית הדין האזורי, אשר לא ראינו מקום להתערב בהן, שלפיהן מדובר במשיבה שהייתה במועדים הרלוונטיים במצב כלכלי קשה, נאבקה על קיומה ועברה תהליך של שיקום, כאשר עצם הגשת הבקשה, ללא בדיקה ראויה, בסכומים של עשרות מיליוני שקלים, גרם לה נזק תדמיתי וכלכלי. שכן, כל עוד הבקשה הייתה תלויה ועומדת נדרשה המשיבה לדווח עליה בדוחותיה הכספיים, באופן שעמד לה לרועץ ביחסים עם ספקים או נותני אשראי. בהקשר זה אף הבאנו בחשבון את העובדה שמדובר במעסיק בסדר גודל בינוני המספק פרנסה למאות עובדים.

75. **מנגד** באשר לתועלת העשויה לצמוח לחברי הקבוצה ולציבור בכללותו מאישור הבקשה (בעילה של דמי חופשה) יאמר - כי על פי קביעותיו של בית הדין האזורי, כאמור לעיל, גם אם הייתה הפרה של הוראות החוק הרי שהיא תוקנה על ידי המשיבה במועד שלא הובהר. אשר לפיצוי בגין העבר יאמר - כי חלה על עילה זו ההתיישנות של 3 שנים, לפי סעיף 31 לחוק חופשה שנתית ונוכח הטענה שהעלתה המשיבה בעניין זה בהזדמנות הראשונה. בנוסף יוער, כי גם אם תידחה הבקשה במלואה – הרי שהדבר לא יחסום את דרכם של חברי הקבוצה הרלוונטית, להגיש תביעות פרטניות בגין אותה עילה ובהתייחס לתקופה שבמהלכה לא הוכלל רכיב הפרמיות בשכר הקובע לתשלום דמי חופשה. זאת לאור סעיף 26(ב) לחוק הקובע לאמור:

"דחה בית המשפט בקשה לאישור או מחק אותה, לא תסתיים תקופת ההתיישנות של תביעה של אדם שנמנה עם הקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה לאישור, הנובעת מאותה עילת תביעה, לפני שחלפה שנה מהיום שבו החלטה בבקשה לאישור הפכה חלוטה, ובלבד שתביעתו של אותו אדם לא התיישנה עד למועד שבו הוגשה הבקשה לאישור".

76. **כללם של דברים**: שעה שאנו מאזנים בין מכלול השיקולים, בין האינטרס של העובדים חברי הקבוצה, התועלת העשויה לצמוח להם מהמשך ההליך, והשאיפה לקדם אכיפה יעילה של הוראות החוק - לבין הנזק העלול



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

להיגרם למשיבה ולכלל עובדיה (לרבות חברי הקבוצה) על רקע הנסיבות המיוחדות של המקרה, כמתואר לעיל - הרי שהמסקנה המתבקשת היא כי התובענה הייצוגית איננה הדרך ההוגנת, בנסיבות העניין, להכרעה במחלוקת הנוגעת לעילה של דמי החופשה וכי לא התקיים התנאי שבסעיף 8(א)(2) לחוק.

הערעור על החיוב בהוצאות

77. כפי האמור, המערער השיג גם על גובה ההוצאות שפסק לחובתו בית הדין האזורי, אשר לשיטתו איננו מקובל, גם בנסיבות שבהן הבקשה אינה מאושרת.

חיוב בהוצאות בתובענות ייצוגיות - המסגרת הנורמטיבית

78. הסוגיה של פסיקת הוצאות משפט בתובענות ייצוגיות הינה כידוע סוגיה מורכבת. שכן מחד - פסיקת הוצאות נועדה להביא לצמצום תביעות הסרק, כתופעה בולטת ומצערת בהליכים של תובענות ייצוגיות, אולם מנגד יש בפסיקת הוצאות בסכומים גבוהים, כדי ליצר הרתעה מפני הגשתן של תובענות ראויות ולסכל את מטרתן של תובענות אלה. במיוחד, בשים לב לכך שהליכים רבים מתאפיינים בפערי מידע הפועלים לרעת התובעים, או שהם מצריכים בירור של שאלות משפטיות קשות הדרושות הכרעה, כך שאי ההצלחה של התובע, אינה מעידה בהכרח על תביעת סרק.

79. עם זאת, וגם בהקשר זה יש לאזכר את המחקר האמפירי שנעשה בתחום המצביע על השימוש המתון יחסית שנעשה בפסיקת הוצאות בהליכים אלה. בעיקר שעה שמדובר בדחיה של בקשות סרק. המחקר אף מצביע על כך שהסכומים הנפסקים רחוקים מלפצות את הנתבעים בגין ההוצאות שהוציאו בפועל, באופן המעודד הגשת בקשות בעלות סיכוי נמוך, אשר אין בצידן תועלת חברתית (ר' קלמנט ואח', עמוד 709 עמ' 751-750. כך למשל, מציינים הכותבים כי על פי הנתונים שנבחנו, יותר ממחצית הבקשות לאישור תובענה ייצוגית הסתיימו בדחיית הבקשה או בסילוקה על הסף או במחיקתה מחוסר מעש, בשל העובדה שסיכויי הצלחתה היו נמוכים



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

וכן, כי הליכים אלה הטילו עלויות גבוהות ומכבידות על הצדדים ועל מערכת המשפט, אשר בוזבזו לשווא. לצד זאת הם מצביעים על הדמיון המפתיע, לשיטתם, שבין סכומי ההוצאות שנפסקו במקרה של דחיית הבקשה לאישור לבין ההוצאות שבהם חויבו תובעים שתביעתם נדחתה בתיקים אזרחיים "רגילים", חרף הפער המשמעותי בעלויות ניהול התובענות).

על רקע הנתונים שנבחנו הוצע לעשות שימוש נרחב יותר בכלים שהחוק מעניק, לרבות פסיקת הוצאות משפט הולמות, כדרך התמודדות ראויה עם התופעה של תביעות הסרק וכאמצעי לקידום האפקטיביות של חוק התובענות הייצוגיות והשאת התועלת החברתית שהוא נועד להגשים ובלשון הכותבים לאמור:

"שימוש עקבי בכלים שנותן החוק יאפשר לבתי המשפט לעודד הגשתן של תובענות בעלות תועלת ציבורית רבה בהיבטי הרתעה, יעילות, גישה לבתי המשפט ופיצוי הציבור הנפגע מחד, ולהרתיע הגשתן של תובענות סרק מאידך. רק כך יהיה ניתן להגדיל את האפקטיביות של החוק בהשגת מטרותיו." (ר' קלמנט ואח' עמ' 759).

80. הניתוח של קלמנט ואח' הינו ראשוני בלבד והוא מצריך גם לדעת הכותבים המשך מחקר. עם זאת, יש בו להצביע על נתונים שאינם מבוססים על "תחושות בטן" בלבד ביחס להיקף תובענות הסרק, ליחס שבין סכום ההוצאות הנפסק לבין שיעור ההוצאות שבו נדרשים הנתבעים לשאת על מנת להתגונן מפני תובענות שכאלה וכן, על העומס הרב שהן מטילות על בתי המשפט.

81. לאור כל האמור, נראה כי קיימת הצדקה לפסיקת הוצאות בסכומים משמעותיים בנסיבות שבהן נדחתה הבקשה לאישור התובענה כייצוגית **מהטעם שמדובר בתביעת סרק**, כאשר לצורך קביעת מיקומה של התובענה "במנעד שבין תובענה ראויה לבין תובענת סרק" ניתן להסתמך על מספר אמות מידה שאותן ניתן לתרגם לשורה (לא ממצה)



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

של שאלות כדלקמן: האם מדובר בתובענה אשר העילה שביסודה עומדת בניגוד להוראה הסכמית שנכללה במסמכי ההתקשרות, ולא הועלו נימוקים לבטלותה; האם מדובר בתובענה שחסר בה "מידע או מסמכים אשר היו, ולמצער היו צריכים להיות, בידיעת עורך הדין המייצג טרם הגשת התובענה, כך שמלכתחילה היה עליו להעריך שמדובר בתובענת סרק"; האם מדובר ב"תובענה שהוצגה בה עילת תביעה אישית לכאורית, אך היא חסרה תשתית ראייתית כלשהי לגבי התנהלות רוחבית דומה של הנתבע ביחס ליתר חברי הקבוצה הנטענת."; האם פנייה מקדימה לנתבע עשויה הייתה לייתר את ניהולה של התובענה; האם קלישותה של התובענה שבה מדובר התחווה במהלך הדיון אך המבקש עמד על המשך ניהולה ועוד (ר' לעניין אמות המידה להגדרת "תובענות סרק" רועי פדל, "אחריותם של שני אדוונים מודלים לחלוקת אחריות אופקית בין התובע הייצוגי לבין עורך הדין המייצג, ככלי לצמצום חוסר האיזון הכפול בתמריצים להגשת תובענות ייצוגיות" המשפט כג 263 (2017 להלן - פדל).

82. לא למותר לציין כי המשקל של כל אחת ואחת מאמות המידה דלעיל עשוי להשתנות בהתאם למספר הפגמים המלמדים עליה ועוצמתם ובהתאם למשקל המצטבר של מכלול אמות המידה הרלוונטיות.

מן הכלל אל הפרט

83. במקרה הנוכחי, נראה כי ניתן למקם את התובענה (ברובה המכריע) במיקום גבוה יחסית במנעד האמור בחלק החוצה את רף תביעות הסרק. זאת נוכח החסר או ההתעלמות ממסמכים מהותיים שהיו צריכים להיות בידיעת ב"כ המייצג טרם הגשת הבקשה ואשר היו מאפשרים לו לעמוד מלכתחילה על כך שמדובר בבקשה שהינה בעיקרה בקשת סרק (הסכמי עבודה, לרבות הסכם העבודה של המערער, תלושי שכר של המערער המלמדים על תשלום שכר בסיס ושעות נוספות בלבד במהלך חודשים מסוימים, אישור של המערער על כך שהוסבר לו בכתב ובעל פה על שיטת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

התגמול האחוזית ומסמכים הנוגעים לנכונות החישוב של סכומי הפרמיה על ידי המשיבה); העדר פניה מוקדמת שהייתה אמורה להבהיר למערער וב"כ המייצג כי מדובר בתביעת סרק; התכחשות של המערער לתוכן ההסכמה המתמשכת שבין הצדדים וביסוס עילת התביעה המרכזית על התכחשות זו; הסתמכות על טענות משפטיות רופפות בנוגע לשיטת חישוב השעות הנוספות המנוגדות ללשון החוק וזאת, **גם לאחר שהדבר הובהר בעניין שפלב**; המשך העמידה על הבקשה גם לאחר שהמשיבה הציגה בפני המערער מסמכים מזמן אמת בחתימת ידו שלא הייתה מחלוקת לגבי עצם קיומם. מסמכים הסותרים, מניה וביה את הטענות ההסכמיות של המערער וכן, דרך ההצגה המיתממת של המערער את הטענות ההסכמיות שבשורש התביעה, כמפורט לעיל.

84. על רקע האמור, לאור הנסיבות החריגות שהיו בהליך זה והמיקום הגבוה של עיקר הבקשה במנעד תובענת הסרק; לאור סכומי העתק שבהם נקבה התובענה, המשאבים הרבים שהשקיעה המשיבה על מנת להתגונן מפניה והמשאבים השיפוטיים שנדרשו לצורך ההכרעה בה וכן, בשים לב לכך שפסיקת ההוצאות הינה אחת הדרכים שמקנה החוק ל"צינון" הנטייה להגשת תובענות שכאלה וכן לכך שהסכום שנפסק אינו חריג, בהשוואה למקובל **בנסיבות חריגות אלה** - לא מצאנו מקום להתערב בשיקול דעתו של בית הדין האזורי בנושא ההוצאות שהינן במתחם הסבירות, בהתחשב בנסיבות. עם זאת, חיוב המערער בהוצאות כאמור, יובא בחשבון בבואנו לקבוע את סכום ההוצאות בערעור וכן את זהות הגורם שאמור לשאת בהן, בנסיבות העניין, וכפי שיובהר להלן.

ההוצאות בערעור והאפשרות של פסיקת הוצאות לחובת ב"כ המייצג



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

85. ערים אנו לכך כי שעה שמדובר בבקשות לאישור תובענות ייצוגיות הנידונות בבתי הדין לעבודה, עשוי לעיתים להתעורר קושי בהטלת הוצאות בשיעור גבוה שבהן נדרש לשאת התובע המייצג בלבד. זאת בשים לב לכך שלפחות חלק מן התובעים המייצגים, נמנה על אוכלוסיות עובדים מוחלשות ובשים לב למעמד המשני לעיתים של התובע המייצג בהשוואה לזה של ב"כ המייצג הנוטל חלק משמעותי בניהול ההליך ולעיתים גם ביוזמה לפתוח בו.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

86. הדרך ליישב בין קושי זה לבין הצורך "לצנן" את הנטייה להגשת תובענות סרק על ידי פסיקת הוצאות הולמות, כמוסבר לעיל, מצריכה התייחסות למכלול התמונה הרלוונטית לכלי הייחודי של התובענות הייצוגיות, תוך הדגשת המעמד המיוחד של ב"כ המיצג הנגזר מאופי ההליך, ככל שהוא רלוונטי לנושא ההוצאות. מעמד אשר הוביל במקרים אחדים לחיוב בהוצאות של ב"כ המייצג, בנסיבות שבהן נדחתה הבקשה לאישור, הן על ידי בית המשפט העליון והן על ידי בית דין זה. זאת תוך הדגשת העובדה כי אין מדובר בחיוב בהוצאות אישיות של עורך הדין המייצג בתובענה "רגילה", הנעשה כידוע במקרים חריגים ויוצאי דופן בלבד. כך למשל, נפסק על ידי בית דין זה **בעניין ישיב**, בו חוייב ב"כ המייצג בהוצאות בערעור שהשיג על דחיית הבקשה לאישור - כי **"אין מדובר במקרה של הטלת הוצאות אישיות [עונשיות] על עורך דין לטובת הצד שכנגד או לטובת אוצר המדינה, אלא בהטלת הוצאות על בא הכוח המייצג בגין דחיית הבקשה לאישור התובענה הייצוגית, ולאחר שלא התקיימו התנאים המנויים בסעיף 23 לחוק"**. (כן ראה בג"ץ 1893/11 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה (30.8.15); לעניין חיוב בהוצאות של ב"כ המייצג על ידי בית המשפט העליון ר' ע"מ 3778/12 עו"ד אירינה גלפנבוים נ' מדינת ישראל (29.9.14); רע"א 2074/11 **בנק הפועלים בע"מ נ' יצחק פינקלשטיין** (5.7.11) שם נפסק כי בסמכות ביהמ"ש להטיל הוצאות על ב"כ המייצג. כמו כן ר' אלון קלמנט ואח' בעמ' 41 וכן קלמנט בעמ' 166).

87. האפשרות של חיוב ב"כ המייצג בהוצאות עקב דחיית הבקשה לאישור תובענה כייצוגית נסמכת על המעמד העצמאי של ב"כ המייצג בהליך, כמי שנדרש לייצג את טובת הקבוצה בכללותה ואת אינטרס הציבור, בלא שקיבל לכך ייפוי כוח מחברי הקבוצה וכן, על התפקיד המשמעותי שהוא ממלא בהתוויית ההליכים ולעיתים גם ביוזמה לפתוח בהם. תפקיד ההופך אותו לשותף להליך ולא רק מייצג בו.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

88. מעמדו המיוחד של ב"כ המייצג כשותף להליך זכה להתייחסות מקיפה בת"צ 4263-03-11 **אשל היאור בע"מ נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ** (5.4.12) (להלן - **עניין אשל היאור**), שם עמד בית המשפט המחוזי (השופט עופר גרוסקופף) בהרחבה על מערכת היחסים שבין המבקש לבין בא הכוח המייצג בשלב הדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, המושתתת לדבריו על **"מודל הייצוג האופקי"**. זאת, בשונה ממודל הייצוג האנכי שבו מעמדו של ב"כ נסמך אך ורק על יפוי הכוח של מרשיו. משמע - בעוד שבתובענה אזרחית "רגילה" מעמדו של בא הכוח הוא כשל שלוח של הלקוח ("מודל אנכי"), הרי שבתובענה הייצוגית ועל פי "מודל הייצוג האופקי", עורך הדין המייצג הינו בעל מעמד מיוחד של "בא כוח מייצג", המטיל עליו חובה עצמאית לפעול בנאמנות עבור כלל הקבוצה ולשרת את טובתה, כפי שקובע סעיף 17 לחוק לאמור:

"במילוי תפקידיו, יפעל בא כוח מייצג בנאמנות ובמסירות לטובת הקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה לאישור או הקבוצה שבשמה מנוהלת התובענה הייצוגית, לפי העניין כאילו הייתה שולחתו, בשינויים המחויבים מכך שההליך הוא הליך ייצוגי".

89. השופט גרוסקופף הוסיף וציין באותו עניין כי מעמדו המיוחד של ב"כ המייצג אף עלול לחשוף אותו למצב של ניגוד עניינים בין האינטרס של המבקש לבין האינטרס הנוסף שעליו הוא מופקד של טובת הקבוצה, באופן המחייב את ב"כ המייצג להפעיל שיקול דעת עצמאי ונבדל מזה של המבקש ובלשונו:

"בא הכוח המייצג משמש מרגע פתיחת ההליך כנאמן ושלוח של הקבוצה, ולא רק כשלוח של המבקש/התובע המייצג. מכוח חובתו זו, הוא עלול למצוא עצמו במצב של ניגוד אינטרסים בין טובת המבקש/התובע המייצג לטובת הקבוצה. כך, למשל, אם עולה לדיון הצעת פשרה או הסתלקות רצויה למבקש/לתובע הייצוגי, אך גרועה מבחינת הקבוצה. במצב דברים זה הקניית כוח למבקש/לתובע המייצג להחליף את בא הכוח המייצג בכל עת באמצעות ביטול ההרשאה לייצגו, עלולה לפגוע באינטרסים של הקבוצה ולהביא לכך שבא הכוח המייצג יתמוך בעל כורחו בהצעת פשרה או הסתלקות שאינן ראויות."



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

90. "מודל הייצוג האופקי" כאמור, נוגע לא רק לאופן ההתנהלות לאחר הגשת הבקשה אלא גם ליוזמה לפתוח בהליך. שכן, בעוד שבתובענה "הרגילה" "היזם" של ההליך הוא בד"כ התובע הפונה אל עו"ד ומיפה את כוחו הרי שבמקרה של התובענה הייצוגית מי שעומד מאחורי ההליך, ולרוב אף יוזם אותו איננו המבקש או התובע המייצג אלא בא הכוח המייצג; כך שלעתים אף ישנה חלוקה של העלויות בין המבקש לבין בא הכוח. חלוקה שלפיה, המבקש או התובע המייצג נושא בעלויות התביעה ובסיכון שיושתו עליו הוצאות משפט ואילו עורך הדין נושא בעלויות הכרוכות בזמן ובמשאבים שהוא משקיע בהליך.

91. מקביעות אלה בדבר "מודל הייצוג האופקי" - נגזרות מסקנות אופרטיביות שונות הרלוונטיות גם לנושא ההוצאות. **בעניין אשל היאור** נגזרה ממודל זה המסקנה שלפיה, הודעת המבקש על הפסקת ייצוגו על ידי בא הכוח המייצג מפסיקה אמנם את יחסי ההרשאה הקיימים ביניהם אולם אין בה להביא לביטול מעמדו העצמאי של בא הכוח המייצג בתובענה הייצוגית. המסקנה האופרטיבית האפשרית הנוספת הנגזרת ממודל זה קשורה לנושא החיוב בהוצאות, משיש במודל האמור להצדיק חיוב בהוצאות של ב"כ המייצג כשותף וכגורם עצמאי בהליך, בנסיבות מסוימות שבהן הבקשה לאישור התובענה כיייצוגית נדחית. בין אם ביחד עם המבקש ובין בלעדיו.

92. בהמשך לדברינו לעיל, נראה כי הדרך שבה הלך בית דין זה בעבר **בעניין ישיב** של חיוב ב"כ המייצג בהוצאות, במקרים המתאימים, עשויה להטיב "לצנן" את הנטייה להגשת תובענות סרק מחד ולהגביר את הנטייה להגשת תובענות בעלות ערך חברתי שיש בהן ממש, ובכך לתרום להגשמת התכלית החברתית של החוק. שכן יש בה ליתן מענה מסוים לכשל המובנה במערך התמריצים הקיים להגשת בקשה לאישור, כל עוד שב"כ המייצג מודר באופן גורף מן המשוואה הנוגעת לחיוב בהוצאות. להלן נבהיר



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

דברינו אלה, תוך הסתמכות על הדיון הנרחב שעורך בעניין זה פדל אשר מדבריו כבר הבאנו לעיל:

93. הדרה גורפת של ב"כ המייצג כאמור, מייצרת עבור ב"כ המייצג תמריצים גבוהים משמעותית מאלה של התובע המייצג להגשת תובענות, כאשר התובע המייצג הוא זה החשוף למלוא הסיכון של דחיית התובענה ושל החיוב בהוצאות שייפסקו נגדו עקב כך. חוסר איזון זה עשוי להרתיע תובעים מייצגים פוטנציאליים שנגרם להם נזק ממשי מלהגיש תובענות ייצוגיות שהינן בעלות ערך חברתי.

בה בעת, פסיקת הוצאות מתוננת לזכות הנתבעים במקרה של דחיית הבקשה ובנסיבות שבהן החיוב בהוצאות מוטל אך ורק על המבקש גורם לכך שהנתבעים מממנים חלק ניכר מעלות ההתדיינות, גם במקרים שלא נפל כל דופי בהתנהלותם. זאת באופן המייצר תמריץ למייצגים להגיש ולנהל תובענות ייצוגיות, לרבות תובענות שאין בצדן ערך חברתי ממשי, בהסתמך על נכונותם של נתבעים רציונליים להתפשר כדי לחסוך את עלויות ההתדיינות המשפטית. עלויות שבהן נושאים לא רק הנתבעים אלא גם מערכת המשפט והציבור בכללותו, למעט המייצגים עצמם.

94. חוסר איזון כפול זה מצדיק לדעתו של פדל, חיוב בהוצאות של ב"כ המייצג כברירת מחדל, בכל במקרה שבו נדחת הבקשה לאישור, מאחר והוא עשוי לסייע לדעתו במימוש המיטבי של תכליות החוק ולהלום את עקרונות ההגינות ובלשונו של פדל לאמור:

"ניתוח כלכלי של המשפט, כמו גם כללים בסיסיים של צדק והגינות מצדיקים לדעתי חלוקת אחריות אופקית בין שני השותפים למיזם העסקי של התובענה הייצוגית. הכלי האופרטיבי... לייחוס אחריות לעורך הדין המייצג הוא על דרך חיובו להשתתף עם התובע הייצוגי בהוצאות המשפט אם התובענה נדחת. חלוקת אחריות זו נועדה ליצור הלימה בין מעמדו של עורך הדין המייצג, השפעתו על ההליך וחלקו בפירותיו, אם יצלח לבין מידת האחריות שיש ליחס לו לכישלון ההליך. בנוסף, השתתפותו של עורך הדין בהוצאות המשפט תביא להפנמתו של חלק מעלויות ההליך שהוא יזם, ולכל הפחות ניהל באופן שייטיב את הרווחה החברתית המצרפית. בנוסף



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

יש להניח שחלוקת אחריות דוגמת זו המוצעת, תתרום לצינון תופעת תובענות הסרק המתפשטת."

משמע - על פי גישתו המרחיבה של פדל, לצורך השאת התועלת החברתית שאליה מכוון החוק, ראוי לחייב בהוצאות את ב"כ המייצג במקרה של דחיית הבקשה, גם אם לא נמצא כל פגם בדרך הייצוג. עם זאת, לצד גישה מרחיבה זו מציין פדל גם גישות אחרות (פחות רצויות לטעמו), המצדדות בחיוב בהוצאות של ב"כ המייצג רק במקרים שבהם מדובר בתובענות סרק או במקרים שבהם נמצא קושי בדרך הייצוג מטעמים אחרים (הגישה הצרה).

95. נראה כי במקרה שלפנינו, אין צורך להכריע בשאלה האם יש לאמץ את הגישה המרחיבה או שמא את זו הצרה וניתן להותיר שאלה זו בצריך עיון. זאת נוכח ריבוי הפגמים שנפלו בבקשה ובדרך ההתנהלות במקרה זה, כפי שעמדנו עליהם לעיל, המצדיקים שיתוף של ב"כ המייצג בנטל ההוצאות גם על פי הגישה הצרה, בהתאם לנתיב שכבר נסלל על ידי בית המשפט העליון ועל ידי בית דין זה **בעניין ישייב**. זאת, תוך שאנו חוזרים ומבהירים כי אין מדובר בהוצאות אישיות עונשיות לחובת מיופה הכוח אלא - בהוצאות המבטאות את המעמד של ב"כ המייצג כשותף עצמאי להליך.

96. על רקע האמור, משהחייב בהוצאות על ידי בית הדין האזורי הוטל כולו על המערער הרי שיש מקום להטיל את החיוב בהוצאות הערעור בעיקר על ב"כ המייצג. זאת באופן המביא בחשבון את הנימוקים לדחיית הערעור, כמפורט לעיל.

סוף דבר

97. לאור כל האמור דין הערעור להידחות. ב"כ המייצג יישא בהוצאות המשיבה בערעור בסך של 20,000 ₪. בקביעתו של שיעור הוצאות זה התחשבנו בכך שההלכה בעניין חיוב ב"כ המייצג בהוצאות ההליך, לרבות פירוט ההנמקות לה הינה עדיין בשלבי פיתוח. זאת, על אף שיש לה כאמור תקדימים. אי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

לכך, לאור דברינו לעיל, לא מן הנמנע כי ככל שבית הדין יידרש לפסיקת הוצאות בנסיבות דומות בעתיד, במקרה של תובענת סרק - הרי ששיעור ההוצאות יהיה גבוה יותר. המערער יישא בהוצאות המשיבה בערעור בסך של 5,000 ₪.

השופטת לאה גליקסמן:

1. אני מצטרפת לחוות דעתה של חברתי, השופטת רות, שלפיה דין הערעור להידחות. מקובלת עליי קביעותיה כי במקרה הנדון בכל הנוגע לעילות התביעה העיקריות (אי תשלום שכר על פי הסכם העבודה, חישוב הפרמיות, שכר בעבור עבודה בשעות עבודה נוספות) מדובר בתביעת סרק, שהייתה נגועה בחוסר תום לב; כי בנסיבות המקרה אין מקום לאשר את הבקשה הנוגעת לעילת התביעה בעניין דמי חופשה; כי יש לדחות את הערעור בעניין ההוצאות; וכי יש מקום לחייב הן את המערער והן את בא כוחו בהוצאות בהליך זה. עם זאת, מבקשת אני להעיר מספר הערות בסוגיית חובת הפנייה המוקדמת למעסיק.

2. השאלה אם התובע המייצג חייב בפנייה מוקדמת לנתבע, עת מדובר בנתבע שאינו רשות ציבורית, ובענייננו המעסיק, היא סוגיה מורכבת, שלה פנים לכאן ולכאן. אכן, הן בעניין אייל [ע"ע (ארצי) 12842-07-10 עו"ד אסף אייל - הוט מערכות תקשורת בע"מ, (9.6.11)] והן בעניין ישייב [ע"ע (ארצי) 53348-01-12 גרמן ישייב - הסתדרות העובדים הכללית החדשה (29.8.13)], נפסק כי על התובע המייצג לערוך פנייה מוקדמת למעסיק, עובר להגשת התובענה הייצוגית והבקשה לאישורה. עם זאת, בעניין קלינור [ע"ע (ארצי) 19275-10-12 קלינור שירותים לישראל בע"מ - סאולוב ילנה (6.12.2016)] הצביע חברי, השופט איטח, על גישות אחרות שהובעו בסוגיה זו בפסיקתו של בית המשפט העליון, ונפסק כי קביעה זו מצדיקה חשיבה מחודשת.

3. אשר לפסיקתו של בית המשפט העליון בעניין מי הגליל [עע"מ 2978/12 מי הגליל - תאגיד והביוב האזורי ע"מ נ' יוסף אחמד יונס (13.7.2015)], הרי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

שפסיקה זו התייחסה לחובת הפניה המוקדמת עת הנתבע הוא **רשות מנהלית**, כאשר הטעמים לכך היו מהותה של תובענה ייצוגית כנגד רשות מנהלית **תובענה מנהלית המחילה על התובע הייצוגי חובות מתחום המשפט המנהלי ובכלל זאת החובה למיצוי הליכים, ועקב ההוראות המיוחדות בחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו - 2006 החלות על רשות מנהלית**, ובכלל זה הוראת סעיף 9(ג) לחוק - חדילת הרשות; סעיף 21 - הגבלת סעד ההשבה לשנתיים; סעיף 3 - המצמצם את עילות התביעה שבגינן ניתן להגיש תובענה ייצוגית כנגד הרשות; והוראות נוספות (ראו בעניין זה סעיפים כ"ד עד כ"ט לחוות דעתו של המשנה לנשיאה, השופט רובינשטיין). טעמים אלה אינם מתקיימים עת מדובר בנתבע פרטי, לרבות מעסיק. אכן, בעניין **מי הגליל** ניתן למצוא אמירות התומכות בהטלת חובת פנייה מוקדמת גם עת מדובר בתובענה ייצוגית כנגד נתבע פרטי, וזאת לצד פירוט החסרונות של הטלת חובה כזו. עם זאת, הובהר כי קיים שוני מהותי בין נתבע פרטי לבין נתבע שהוא רשות, שוני המצדיק התייחסות שונה לעניין החובה לערוך פניה מוקדמת לנתבע פרטי, כי בכל מקרה עת מדובר בנתבע פרטי לחובת הפנייה המוקדמת "עצמה נורמטיבית" מופחתת, וכי אם בכלל קיימת חובה כזו הרי שהיא **כפופה לנסיבות במקרה ובהנחה שאין בכך כדי לפגוע בחברי הקבוצה**. וכך נפסק בעניין **מי הגליל**:

"בטרם זאת יודגש, כי אין בכל האמור כדי לטעת מסמרות בשאלת החובה לערוך פניה מוקדמת לנתבע פרטי. אמנם עריכת פניה מוקדמת מהווה בעיני, כאמור, מידת התנהגות רצויה גם בתובענות אלה – **בכפוף כמובן לנסיבות המקרה, ובהנחה שאין בכך כדי לפגוע בחברי הקבוצה** – אך חסרים לכאורה המאפיינים הייחודיים של התובענה מול הרשות, שיש בהם כדי לאיין את העלויות הכרוכות בהטלת חובה זו. עם זאת אטעים, כי יתכן שבנסיבות מסוימות היעדר פניה מוקדמת יהוה הפרה של החובות המוטלות על התובע הייצוגי ובא כוחו גם בתובענה פרטית, ויוכל בית המשפט להתחשב בכך בגדרי ההליך הייצוגי; ואולם אין הדבר בעוצמה נורמטיבית במקרה של תובענה כנגד הרשות, שנקודת המוצא לגביה היא, ככלל, חובת הפניה המוקדמת".

(ההדגשה הוספה – ל.ג.; סעיף לח לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

4. גם בבג"ץ הארגון הארצי של מפעלי השמירה
<http://www.nevo.co.il/case/5798864> [בג"ץ 1893/11 הארגון הארצי
של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה
(30.8.15)], שבו נדונה רק חובת הפנייה המוקדמת לארגון עובדים, הודגש
כי הפסיקה בעניין מי הגליל לא קבעה מסמרות בשאלה של חובת פנייה
לנתבע שהוא גוף פרטי:

אכן, בעת האחרונה קבע בית משפט זה כי ככלל, יש
להקדים ולפנות לנתבע הפוטנציאלי של התובענה הייצוגית
כאשר נתבע זה הוא רשות ציבורית (עע"ס 2978/13 מי
הגליל - תאגיד והביוב האזורי בע"מ נ' יונס (23.7.2015)
(להלן: עניין מי הגליל)). הודגש כי חובת הפניה המוקדמת
לנתבע פוטנציאלי שנקבעה בעניין מי הגליל התייחסה
לנתבע שהוא רשות מנהלית. עם זאת פסק הדין לא קבע
מסמרות בשאלה של פנייה לנתבע שהוא גוף פרטי (ראו:
שם, בפסקה י"ד ובפסקה ל"ח לפסק דינו של המשנה
לנשיאה א' רובינשטיין).

5. אני סבורה, כי קיים שוני מהותי בין נתבע שהוא רשות מנהלית לבין נתבע
שהוא מעסיק, הן בהיבט של הוראות החוק הייחודיות החלות רק על נתבע
שהוא רשות מנהלית שאינן חלות על מעסיק, והן בהיבט של חובותיו
ובעיקר התנהלותו בפועל של מעסיק פרטי, שלא ניתן להניח לגביו כי יפעל
בשוויון כלפי עובדיו באופן שבו רשות מנהלית נדרשת לעשות כן, ולפחות
בחלק מהמקרים יעדיף שלא לשאת בעלויות הכרוכות בתשלום זכויות
העובדים שלא שולמו על ידו, בין היתר על ידי שלילת העילה האישית של
התובע הייצוגי על ידי פיצויו. כך למשל, ניתן להניח כי חברות השמירה
שנתבעו בתובענות ייצוגיות היו מודעות לחובתן להעביר הפרשות לקרן
הפנסיה בעד עובדיהן, ואף חויבו לעשות כן בתביעת פרטניות שהוגשו נגדן,
ולמרות האמור הן לא שינו את דרכן עד להגשת תובענות ייצוגיות נגדן,
מהלך שהניע תהליכים נוספים, כגון הקמת המנגנון של ועדת האכיפה
במסגרת ההסכם הקיבוצי הכללי בענף השמירה. כמו כן, נראה לי שלא
ניתן לנטרל את השוני בין רשות לבין מעסיק פרטי על ידי העברת מידע
ושיתוף פעולה בין העובדים חברי הקבוצה. כך למשל, עת מדובר בעובדי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

שמירה וניקיון, חברי הקבוצה הם עובדים מוחלשים, חלקם מהגרי עבודה או מבקשי מקלט חסרי מעמד שאינם שולטים בשפה העברית, הדוברים שפות שונות, ועובדים באתרים שונים בפיזור גיאוגרפי גדול. עוד יש לציין כי ברוב המכריע של המקרים עובדים שסיימו את עבודתם אצל המעסיק התנתקו ממקום העבודה ומחבריהם לעבודה. לאור האמור, לא ניתן להניח, לפחות בנוגע לחלק משמעותי מהמקרים, כי קיים בין העובדים קשר שיאפשר העברת מידע ושיתוף פעולה לצורך מיצוי זכויות, וכי קשר זה יש בו כדי להפיג את החשש שפנייה מוקדמת לנתבע תפגע בזכויותיהם של יתר חברי הקבוצה.

6. נוכח כל האמור לעיל, אני סבורה כי שאלת חובת הפנייה המוקדמת **למעסיק** עובר להגשת תביעה ייצוגית ראויה לדיון נוסף, גם על רקע הניסיון שהצטבר בתובענות ייצוגיות בבתי הדין לעבודה, ובכלל זאת יש לשקול אם יש לקבוע חובה לערוך פנייה מוקדמת למעסיק **בכל מקרה**, או לקבוע שדרישה זו **כפופה לנסיבות המקרה**, כגון במקרים שבהם נדרשת פנייה מוקדמת כדי למנוע תביעת סרק, ולכך שלא ייפגעו זכויות חברי הקבוצה. כמו כן יש לבחון את שאלת **תוכן** הפנייה המוקדמת - האם במסגרת הפנייה המוקדמת על העובד לפנות בעניינו או להתריע על כוונתו להגיש תובענה ייצוגית, שאלה שבה נחלקו הדעות בבג"ץ הארגון הארצי של מפעלי השמירה, בכל הנוגע לפניית העובד לארגון העובדים. מכל מקום, איני סבורה שיש מקום לקבוע מסמרות בשאלה זו בהליך זה, שכן מתקיימים טעמים רבים נוספים לדחיית הבקשה לאישור התובענה הייצוגית, כמפורט בהרחבה בחוות דעתה של חברתי.

7. סוף דבר - בכפוף להערותיי כאמור לעיל בעניין הפנייה המוקדמת, אני מצטרפת לחוות דעתה של חברתי כי דין הערעור להידחות, תוך חיוב המערער ובא כוחו בהוצאות.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

סגנית הנשיא ורדה וירט-ליבנה:

אני מצטרפת לחוות דעתה של חברתי השופטת נטע רות ולתוצאותיה. באשר להערות חברתי, השופטת לאה גליקסמן, בנושא הפנייה המוקדמת-מאחר ובערעור זה הטעם העיקרי לדחיית הערעור הוא הגשת תביעת הסרק והתנהלות המערער ובא כוחו, מציעה להשאיר את השאלה אם יש לשנות את ההלכה שכבר נפסקה על ידי בית הדין הזה בעניין חובת הפנייה המוקדמת, (עניין אייל ועניין ישיב) בצריך עיון והשאלה תיבחן במקרה המתאים.

נציג ציבור ישראל דורון:

אני מצטרף לחוות דעתה של השופטת נטע רות ולתוצאותיה למעט לעניין גובה ההוצאות, כפי שאפרט בהמשך. אני גם מצטרף לעמדתה של סגנית הנשיא ורדה וירט-ליבנה, כי יש להשאיר את סוגיית חובת הפנייה המוקדמת במקרה הנדון בצריך עיון. ולעניין ההוצאות: הבעתי את דעתי בעניין אחר (ראו ע"ע 34088-08-14, ירונה מרנין נ' דב כהן ואח') כי ראוי שבית דין נכבד זה יסיט את כף המאזניים ממדיניות פסיקת הוצאות שכונתה בעבר כ"מאופקת" אל עבר מדיניות שראוי לראותה כיותר "מאוזנת".

בנסיבות העניין, בהתחשב בדפוס התנהלותו של המערער כפי שתוארה לעיל על ידי השופטת רות, בהתחשב בשיקולי המדיניות הנוגעים לצורך לא רק למנוע הגשת תובענות סרק, אלא גם למנוע הגשת ערעורים לבית דין זה, ללא הפעלת שיקול דעת מעמיק ויסודי תוך לקיחה בחשבון של מלוא הסיכויים והסיכונים המשפטיים הכרוכים בכך, ובהתחשב באופיו של ערעור זה והשלכותיו הכלכליות – אני סבור כי נכון לחייב את ב"כ המייצג בהוצאות המשיבה בסך 30,000 ₪, בעוד שהמערער יישא בהוצאות המשיבה בסך 7,500 ₪.

נציג ציבור אמנון גדעון:

אני מצטרף לחוות דעתה של השופטת נטע רות ולתוצאותיה, כולל לעניין גובה ההוצאות, אני מצטרף לעמדתה של סגנית הנשיא ורדה וירט-ליבנה, כי מאחר



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 48523-10-12

ובערעור זה הטעם העיקרי לדחיית הערעור הוא הגשת תביעת הסרק והתנהלות המערער ובא כוחו יש להשאיר את סוגיית חובת הפנייה המוקדמת במקרה הנדון בצריך עיון.

סוף דבר

לאור כל האמור הערעור נדחה. ב"כ המייצג יישא בהוצאות המשיבה בערעור בסך של 20,000 ₪. המערער יישא בהוצאות המשיבה בערעור בסך של 5,000 ₪.

ניתן היום, י"א באייר התשע"ז (7 במאי 2017), וישלח לצדדים בדואר.

נטע רות,
שופטת

לאה גליקסמן,
שופטת

ורדה וירט-ליבנה,
סגנית נשיא, אב"ד

מר אמנון גדעון,
נציג ציבור (מעסיקים)

מר ישראל דורון
נציג ציבור (עובדים)