

בעניין:**וואלט אנטרפריזס ישראל בע"מ**

ע"י ב"כ עו"ד ממושרד הרצוג פוקס נאמן, עורכי דין

מרח' יצחק שדה 6, תל אביב 6777506

טל': 03-6922020 ; פקס': 03-6966464

המבקשת

- נ ג ד -

גולן חזנוביץ

ע"י ב"כ עו"ד יעקב שפיגלמן ואח'

ממושרד יעקב שפיגלמן ושות', עורכי דין

מרח' זיבוטינסקי 7, רמת גן 5252007

טל': 03-6114141 ; פקס': 03-6114142

המשיבובעניין:**היועצת המשפטית לממשלה**

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, המחלקה למשפט עבודה

מרח' מח"ל 7, ירושלים

טל': 0733928126 ; פקס': 02-6419660

מתייצבת להליך**עמדה מטעם היועצת המשפטית לממשלה**

בהמשך להודעתה בדבר התייצבותה להליך ובהתאם להחלטות בית הדין הנכבד בעניין ולהארכות המועד שניתנו, מתכבדת היועצת המשפטית לממשלה להגיש עמדתה כפי שתפורט להלן:

פתח דבר

1. במרכזו של הליך זה ניצבת השאלה האם בקשתו של המשיב, מר גולן חזנוביץ, למתן סעד הצהרתי לפיו בין וואלט אנטרפריזס ישראל בע"מ (להלן: "המבקשת") לבין השליחים המתקשרים עימה מתקיימים יחסי עבודה, ולפסיקת סעדים הנוגעים לזכויות כספיות שונות הנובעות מקיומם של יחסי עבודה, עומדת בתנאים לאישור כתובענה ייצוגית לפי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו - 2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות").

2. בחודש אוגוסט 2020, הגיש המשיב בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית נגד המבקשת, ת"צ (ת"א) - 35327-08-20 (להלן: "הבקשה לאישור"). עם תום הליך הדיון בבקשה לאישור, ביום 3.8.2022 ניתנה החלטתו של בית

- הדין האזורי לעבודה בתל אביב (כבוד סגנית הנשיאה השופטת אריאלה גילצר-כץ, וכבוד נציגי הציבור מר משה בן דוד ומר ערן בסטר) בה התקבלה הבקשה לאישור ואושר לנהל את התובענה כייצוגית (להלן: "ההחלטה").
3. המבקשת הגישה את בקשת רשות הערעור דנא, במסגרתה עתרה לביטול ההחלטה בטענה כי שגה בית הדין קמא בקביעתו לפיה התביעה מתאימה להתברר כתובענה ייצוגית.
4. ביום 27.6.2023, ניתנה החלטת בית הדין נכבד זה לפיה: "המדינה תגיש עמדתה באשר להליך ולפעילות הועדה הבין-משרדית שהוקמה בנושא. עמדת המדינה תוגש עד ליום 27.7.2023". לאחר מכן, ניתנו למדינה, לבקשתה, ארכות להגשת עמדתה עד ליום 18.4.2024.
5. בהמשך לאמור, החליטה היועצת המשפטית לממשלה להתייצב בהליך זה בהתאם לסמכות הנתונה לה לפי סעיף 30(א) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969 ולהניח את עמדתה באשר להליך לפני בית דין נכבד זה.
6. באשר לצוות הבין משרדי יצוין בתמצית, כי זה הוקם בחודש ינואר 2022 במטרה לבחון את המגמות הנוגעות לתופעת כלכלת הפלטפורמה, לרבות ההקשר ליחסי העבודה, תוך בחינת אפשרויות אסדרת התחום. הצוות התכנס מספר פעמים בסמוך לאחר הקמתו ואולם טרם גיבש את המלצותיו, בין היתר, בשל היעדר נתונים אודות תופעת כלכלת הפלטפורמה בישראל והיקפיה. משרד העבודה מצוי בימים אלו בבחינת איסוף הנתונים ובהתאמה הצוות ישוב להתכנס לשם גיבוש המלצותיו.
- התייחסות מאת גורמי מקצוע במשרד העבודה, באשר לפעילות הצוות הבין משרדי לבחינת נושא כלכלת הפלטפורמה מצורפת **כנספח א'** לעמדה זו.
7. בפתח הדברים יאמר כי אין חולק שמכשיר התובענה הייצוגית הוא כלי משמעותי ורב חשיבות בכלל, ובמשפט העבודה בפרט. התובענה הייצוגית תורמת למימוש זכות הגישה לערכאות של ציבור העובדים, לרבות אוכלוסיות מוחלשות ומהווה כלי רב עוצמה בידיהם לשם מימוש זכויותיהם ולקידום אכיפתם של דיני העבודה והרתעה מפני הפרתם של דיני העבודה בכלל וחוקי המגן בפרט. הדברים מקבלים משנה תוקף, בהתחשב בפרע הכוחות המובנה הקיים בין המעסיק לבין העובד. כשתובנות אלו באמתחתנו, תבחן היועצת המשפטית לממשלה את עניינו של ההליך שלפנינו.
8. להווי ידוע כי תביעה להכרה בקיומם של יחסי עבודה נכללת בסעיפים המנויים בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות כך שמתקיים תנאי הסף המקדים המעוגן בסעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות. אשר על כן, בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית בנדון זה צריכה להיבחן בראי הוראות סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות וכפי שאלו התבססו והתעצבו בפסיקה. כך ייעשה בעמדה המונחת לפתחו של בית דין נכבד זה.
9. כפי שיבואר להלן, בנסיבותיו של המקרה שלפנינו, היועצת המשפטית לממשלה סבורה כי נפלו טעויות בקביעתו של בית הדין קמא לפיה מתקיימים התנאים הנדרשים לאישור התובענה כייצוגית על פי סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, וכי לא נכון היה לאשר את התובענה כייצוגית באופן שזו אושרה.
10. יודגש כבר עתה, כי העמדה שתוצג להלן תתמקד בהיבטים הנוגעים לאי התאמתה של התובענה כפי שאושרה להידון כתובענה ייצוגית, ולא תתייחס לגופה של המחלוקת הנוגעת לשאלת קיומם של יחסי עבודה בין המשיב למבקשת. אין צריך לומר כי ככל שבית דין נכבד זה ימצא לנכון לדחות את הבקשה לאישור, יוכל המשיב להמשיך ולנהל את תביעתו כתביעה פרטית, ושאלה זו תתברר לגופה לפי מיטב שיפוטה של הערכאה המוסמכת.
11. כזו תהא דרך הילוכו של הטיעון: בפתח הדברים יוצג בתמצית הנדרשת הרקע העובדתי הרלוונטי כפי שעולה מהחלטת בית הדין קמא ומכתבי הטענות של הצדדים בהליך זה. בהמשך לכך, יסקרו עיקרי החלטת בית הדין קמא, על נימוקיה. לאחר מכן, תוצג התשתית הנורמטיבית הצריכה לעניין הנשענת על שלושה אדנים: האדן האחד, סב סביב מושכלות ראשונים של יחסי עבודה; האדן השני עניינו במבחנים המקובלים בפסיקה לקיומם

של יחסי עבודה; השלישי, עניינו בתשתית הנורמטיבית המעוגנת בחוק תובענות ייצוגיות הרלוונטית לעניינה של העמדה כאן; לבסוף, יוצגו הטעמים העומדים בבסיס עמדת היועצת המשפטית לממשלה אשר מובילים למסקנה כי התביעה דגן כפי שאושרה איננה עומדת בתנאים הסטטוטוריים לאישור ניהולה כתובענה ייצוגית.

פרק א – עיקרי התשתית העובדתית כפי שעולה מהחלטת בית הדין קמא ומכתבי הטענות

12. המבקשת היא חברה ישראלית פרטית הנמצאת בבעלותו המלאה של תאגיד זר, אשר מפעילה יישומון לשירות משלוחים (להלן: "היישומון"). באמצעות היישומון לקוחות מזמינים משלוחי מזון ממסעדות שנרשמו לשירות המשלוחים הקיים בו. במסגרת ביצועה של עסקה באמצעות היישומון, גובה המבקשת דמי משלוח מאת מזמין המשלוח וכן גובה עמלה מתוך סכום ההזמנה ששולם על ידי המזמין עבור הזמנתו מהמסעדה, כאשר היתרה מועברת למסעדה.¹

13. המשלוחים מבוצעים על ידי שליחים שאותם מגייסת המבקשת דרך היישומון ודרך המרשתת. אדם המעוניין להגיש מועמדות להיות שליח, נדרש למלא שאלון באפליקציה. לאחר מכן, מקבל המועמד זימון להדרכה במשרדי המבקשת בתל-אביב, במסגרתה ניתן הסבר על אופן התשלום ועל היישומון ומובהר למועמדים שהם אינם עובדי המבקשת והם נדרשים לפתוח הליך במס הכנסה ובמע"מ. עם סיום ההדרכה, נשלח למועמד הסכם התקשרות באפליקציה, במסגרתו מכונה השליח "עמית". הסכם ההתקשרות בין השליח למבקשת נחתם לתקופה בלתי מוגבלת, במסגרתו מתחייב השליח לבצע את שירותי השליחות במקצועיות ובתוך כך מצהיר השליח כי לא מתקיימים יחסי עבודה בינו לבין המבקשת.² לצד זאת, כולל ההסכם סעיף 'תניית גדרון'.³

14. יצוין כי בהחלטת בית הדין קמא בואר כי לשיטתה של המבקשת "לנותני השירותים הבחירה המלאה להתקשר עם וולט באמצעות חברה בע"מ, עוסק מורשה או חברה צד ג' המטפלת עבורם בביצוע ניכויי חובה והפרשות באמצעות תלוש שכר".⁴ ייאמר כבר עתה, כי מהעובדות המתוארות בהחלטה נראה כי המשיב לא התקשר עם המבקשת באמצעות חברת צד ג' כאמור, אלא כעוסק מורשה.⁵

15. פעילות המשלוחים נעשית גם היא על בסיס שימוש באפליקציה, כאשר השליח בוחר מתי להתחבר לאפליקציה ולהיות זמין לבצע משלוחים, ואינו מחויב להיות זמין עבור המבקשת או לבצע משלוחים במועד מסוים, למשך תקופה מסוימת, או בכלל. ככל ששליח מסוים לא ביצע משלוח במשך תקופה של שלושה חודשים, הוא נדרש לעבור ריענון והדרכה מחדש לפני שיוכל לשוב ולבצע משלוחים באמצעות היישומון.⁶

16. בתמצית, לאחר שמתקבלת באפליקציה הזמנה למשלוח, היישומון מאתרת שליח פעיל זמין בקרבת מקום אשר מקבל עליו את ביצוע המשלוח. אותו השליח, מקבל הודעה באפליקציה לפיה בתוך זמן מסוים עליו להיות במסעדה אשר מיקומה מופיע על גבי תוכנת ניווט המצויה באפליקציה. כאשר מגיע השליח למסעדה הוא אוסף את המשלוח ולאחר בדיקה שהמשלוח תואם להזמנה הוא מאשר את איסוף המשלוח ומקבל באפליקציה את כתובת מזמין המשלוח וטווח זמן לאספקתו. במקביל, מזמין המשלוח יכול לעקוב באפליקציה אחר מיקום השליח עד לקבלתו. עם תום ביצוע המשלוח, נדרש השליח לסמן באפליקציה כי המשלוח נמסר.⁷

¹ סעיפים 4-1 להחלטה.

² סעיפים 7-17 להחלטה.

³ ראו סעיפים 10.1 ו-10.2 בהסכם המצורף כנספח 3 לתיק המוצגים מטעם המבקשת – שם נכתב כי "אין יחסי עובד-מעביד בין וואלט לשליח העמית, והצדדים ייחשבו כקבלנים עצמאיים לצורך הסכם זה." [...], וכן כי במידה שהשליח העמית יטען או במידה שייקבע ע"י רשות שיפוטית כי נוצרו יחסי עבודה בין השליח העמית לבין המבקשת, "[...] אזי השליח העמית ישפה לאלתר את וואלט, עם העלאת הטענה או הקביעה כאמור, עבור מלוא תקופת הסכם זה, עבור כל שכר והוצאות ששולמו על ידי וואלט לשליח העמית כתוצאה מקביעה זו [...]".

⁴ סעיף 25 לחלק המתייחס לטענות המשיבה בהחלטת בית הדין קמא; כן ראו בסעיף 15 בחלק "טענות המבקש כעולה מהבקשה" בהחלטת בית הדין קמא ובסעיפים 72-74 להחלטה; עוד ראו בנספח 4 לבקשת האישור, אשר צורף לתיק מוצגי המבקשת בעמוד 128 ולנספחי תגובת המשיב לבקשת רשות הערעור, בעמוד 167.

⁵ יצוין, שבית הדין קמא קובע כי המערער היה במעמד של עוסק מורשה עוד טרם התקשרותו עם המבקשת.

⁶ סעיף 54 להחלטה.

⁷ סעיף 15 להחלטה.

17. בגין ביצוע המשלוח, מעבירה המבקשת לשליח תשלום בסך 18 ש"ח למשלוח, בתוספת שקלים בודדים על בסיס מרחק, במידה שהמשלוח חוצה מרחק מסוים. כמו כן, במקרים ספציפיים משולמות לשליח תוספות שונות, כגון בגין מזג אוויר קשה, זמן המתנה ארוך במסעדה ועוד. לפי המתואר בהחלטה, בחלק מהמקרים, מאפשרת המבקשת לשליח לשריין מראש משמרות באמצעות היישומון, ואז התשלום הוא שעתי (וולט משלימה ל-40 ש"ח לשעה או 50 ₪ לשעה בשבת).⁸

1.א. ההליך בבית הדין קמא

18. המשיב, התובע הייצוגי, התקשר עם המבקשת בשנת 2020 (הצדדים נחלקו בדעותיהם על הנתונים המדויקים הנוגעים לתקופת התקשרותו, משכה, היקפה והתמורה שקיבל עבורה).⁹ במהלך חודש אוגוסט 2020, הגיש המשיב את התביעה ובצידה בקשה לאישור ניהול התובענה כייצוגית. במסגרת ההליך התבקש בית הדין לקבוע כי בין המשיב וחברי הקבוצה לבין המבקשת מתקיימים יחסי עבודה, וכי חברי הקבוצה זכאים לזכויות כספיות שונות הנובעות מכך. במסגרת בקשת האישור הוגדרה הקבוצה באופן הבא:¹⁰ **"כל הגברים והנשים תושבי מדינת ישראל בעבר ובהווה אשר שימשו כשליחים מטעם המשיבה למשך פרק זמן מסוים וסווגו על ידה כעצמאיים"**.¹¹

19. המבקשת הגישה את תגובתה המתנגדת לאישור התובענה כייצוגית כשהיא נסמכת על טעמים שונים,¹² וכן הוגשו עמדות מטעם 5 שליחים במבקשת אשר התנגדו לאישור הבקשה. במסגרת הדיון בבקשה, העידו המשיב בעצמו, מר אמרי גלאי¹³ שהיה העד מטעם המבקשת, וכן שניים מהשליחים שהגישו עמדה בהליך, מר קושנירנקו ומר אזולאי.¹⁴

20. בפתח החלטתו, הגדיר בית הדין קמא את השאלה העומדת להכרעה בזו הלשון: **"האם יש מקום להכיר בשליחים של וולט כעובדי וולט במסגרת בקשה לאישור תובענה ייצוגית – זוהי הסוגיה העומדת להכרעתנו בתיק דנא"**.

21. לאחר סקירת הרקע העובדתי וטענות הצדדים, התייחס בית הדין קמא לתופעת כלכלת הפלטפורמה,¹⁵ וקבע כי אין בעצם התופעה של התפתחות כלכלת הפלטפורמה כמודל כלכלי חדש וצורת תעסוקה חדשה, כדי להצדיק שינוי של אופן בחינת קיומם של יחסי עבודה. לפיכך, גם על המקרה שבעניינו יש להחיל את המבחנים המקובלים בפסיקה להכרה ביחסים אלה:¹⁶

"אנו סבורים כי במצב המשפטי נכון להיום, בין השאר, נוכח פסק דין כותה ובהיעדר חקיקה בישראל בנושא (הקובעת למשל קטיגוריות ביניים של תבניות העסקה תוך מתן חלק מהגנות וזכויות מתחום משפט העבודה והביטחון הסוציאלי כפי הקיים במדינות מסוימות בחוץ לארץ), הרי שיש וניתן לבחון את שאלת יחסי עובד ומעסיק לאור ה"מבחן המעורב" גם על כלכלת הפלטפורמה. אכן מדובר במודל התקשרות שונה, אך כפי שנראה בהמשך ניתן ליישם עליו את המבחנים המסורתיים, כפי שנהגה הפסיקה לאורך השנים."

⁸ סעיף 18 להחלטה.

⁹ ראו בסעיפים 19-21 להחלטה.

¹⁰ סעיף 16 לחלק "טענות המבקש כעולה מהבקשה" בהחלטה.

¹¹ בהחלטת בית הדין הוגדרה הקבוצה באופן הבא: **"חברי הקבוצה יהיו השליחים בוולט מיום הקמתה בישראל ועד ליום פרסום החלטה זו"**. בהמשך לכך, ביום 8.9.2022 ניתנה החלטת בית הדין קמא שממנה עולה כי הגדרת הקבוצה היא: **"[...] לרבות עובדים שהועסקו באמצעות תלושי שכר על ידי צדדים שלישיים"**.

¹² ראו בסעיפים 1-69 לחלק "טענות המשיבה" בהחלטה.

¹³ מר גלאי כיהן בתפקיד מנכ"ל המבקשת עד לחודש נובמבר 2020, ובמועד עדותו שימש בתפקיד "מנהל אזור אירופה בחברת וולט העולמית".

¹⁴ עמוד 21 להחלטה.

¹⁵ עמודים 21-22 להחלטה.

¹⁶ עמוד 24 להחלטה בסעיף 9.

22. בהתאם לקביעתו זו, ניגש בית הדין קמא ליישם את המבחן המעורב על העניין שלפנינו. תחילה, יישם בית הדין את מבחן ההשתלבות בפן החיובי ודן בהיבטיו השונים וקבע כי השליחים אכן משתלבים במפעלה של המבקשת.¹⁷ לאחר מכן, קבע כי מאחר שהמבקשת מגייסת את השליחים, מנחה אותם ואף נותנת להם הוראות תוך מעקב בעת ביצוע השליחות הרי שמתקיים בענייננו מבחן השליטה והפיקוח, וזאת, חרף הגמישות התעסוקתית הנתונה לשליחים והעדר המחויבות מצידם, ובלשונו של בית הדין "ברי, כי לולט קיימת יכולת פיקוח על השליחים באמצעות האפליקציה בזמן אמת ועל פני כל שניה ושניה של העבודה".¹⁸ בשלב הבא, פנה בית הדין קמא ליישם את מבחן התלות הכלכלית, וקבע כי הן המשיב והן מר קושנירנקו, שכאמור, הגיש עמדה המתנגדת לאישור ניהול התובענה כייצוגית, העידו שעיקר הכנסתם מתקבלת מפעילותם במבקשת.¹⁹

23. בהמשך החלטתו, התייחס בית הדין קמא לפן השלילי של מבחן ההשתלבות וקבע כי: "במסגרת מבחן ההשתלבות (הפן השלילי) נבחן האם השליח היה עסק למתן שירותים שאותם העניק גם לחברות אחרות, האם עבודת השליח היא חלק מעסקו העצמאי והאם השליח נושא ברווחים וסיכונים של עסקו".²⁰

24. כמו כן, בחן בית הדין קמא מבחני משנה נוספים, ובתוך כך את מבחן הסיכון הכלכלי.²¹ כיצד ראו הצדדים את היחסים ביניהם, כיצד ראו צדדים שלישיים את מערכת היחסים בין הצדדים, מבחן הקשר האישי, משך ההתקשרות ומבחן הציוד,²² ומצא כי אלו עולים בקנה אחד עם המסקנה בדבר קיומם של יחסי עבודה בין הצדדים. תחת הכותרת "סיכום ביניים" קבע בית הדין כדלהלן: "לאחר שסקרנו את המבחנים לקביעת יחסי עבודה נראה כי מירב המבחנים במבחן המעורב מתקיימים במבקש וניתן לקבוע בשלב זה כי קיימת אפשרות סבירה שיקבע כי התקיימו יחסי עבודה בין המבקש והקבוצה למשיבה".²³

25. תחת הכותרת "האם המבקש מתאים לשמש כתובע הייצוגי?" דחה בית הדין קמא את הטענה כי המשיב אינו מתאים לשמש כתובע ייצוגי לאור השוני הגדול בין נתוני היקף המשלוחים והתמורה שקיבל המשיב לבין נתוניהם של מרבית השליחים, וקבע כי די בכך שהמשיב התקשר עם המבקשת באותם התנאים כשאר השליחים.²⁴ כמו כן, דחה בית הדין קמא את הטענה כי התובענה מנוגדת לאינטרסים ולרצון של מרבית השליחים, וקבע כי זו לא הוכחה וכי "באשר לאופוזיציה שקמה, הרי שלאחר אישור התובענה יוכלו אלו לפרוש מהקבוצה ואז ניתן יהיה לאמוד את גודלה".²⁵ בנושא קיומה של קבוצה, נדחתה טענת מגישי העמדה "שלא ניתן להשיב באופן דומה על "שאלות משותפות" בנוגע לשליחים השונים מאחר ששעות הזמינות של כל שליח ושליח משתנות" ונקבע כי אין בכך כדי לפגוע בהומוגניות של הקבוצה כאשר "לא יכול להיות חולק כי קיימת קבוצה (השליחים) אשר הועסקה בתנאים זהים (חוזה אחיד)".²⁶

26. בהתייחס להתאמת התביעה לדיון כתובענה ייצוגית נקבע בהחלטה, כי אין כל מניעה עקרונית להגיש תובענה ייצוגית שתוצאתה הכרה ביחסי עבודה. עוד נקבע, כי אין לקבל את הטענה הגורסת שאישור ניהול התובענה כייצוגית עשוי לפגוע באינטרס של חברי קבוצה אחרים, ונקבע כי עניינה של התובענה דנא שונה מהנסיבות שעמדו בעניין סמוכה²⁷ שם נקבע כי התביעה להכרה ביחסי עבודה אינה מתאימה לתובענה ייצוגית לאור ניגוד אינטרסים אפשרי בין חברי הקבוצה, במובן זה: "שמדובר באוכלוסייה מוחלטת (חלקם, עובדים זרים, בעלי מוגבלויות, סטודנטים וחיילים) אשר קרוב לוודאי שלא הייתה מגישה תביעה אישית להכרה ביחסי עבודה.

¹⁷ עמודים 24-28 להחלטה.

¹⁸ ראו בסעיפים 26-56 להחלטה.

¹⁹ סעיפים 57-59 להחלטה.

²⁰ סעיפים 62-76 להחלטה.

²¹ סעיף 79 להחלטה.

²² סעיפים 92-117 להחלטה.

²³ סעיף 121 להחלטה.

²⁴ סעיפים 164-165 להחלטה.

²⁵ סעיף 168 להחלטה.

²⁶ סעיפים 172-173 להחלטה.

²⁷ ע"ע (ארצי) 247/09 אביב סמוכה נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל (נבו) (21.03.2011) (להלן: "עניין סמוכה").

זאת הן נוכח היותה קבוצה מוחלשת והן נוכח תקופות ההעסקה הקצרות יחסית והפערים בין התמורה הקבלנית לבין השכר החלופי שאינם מצדיקים הגשת תביעה אישית". עוד ציין בית הדין קמא כי על פי הגישה החיובית ממילא לא יידרשו חברי הקבוצה להשבת סכומים למבקשת ככל שייקבעו יחסי עבודה בדיעבד.²⁸ לבסוף, קבע בית הדין קמא כי אין בצורך לערוך חישוב פרטני בדבר הזכויות הכספיות של חברי הקבוצה כדי לפגום בהתאמת התביעה לתובענה ייצוגית וכי "התובענה מעוררת שאלות משותפות מהותיות מבחינה עובדתית ומשפטית ביחס לשאלה האם יש להכיר בשליחי וולט כעובדים של המשיבה. אם כן, התובענה מתאימה להתנהל כתובענה ייצוגית".²⁹

27. בסופו של דבר, קיבל בית הדין קמא את הבקשה ואישר לנהל את התובענה כייצוגית באופן הבא:

"בהתבסס על סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות אנו סבורים כי מקרה זה מתאים להתברר כתובענה ייצוגית. אנו סבורים כי עלה בידי המבקש להוכיח כי סיכוייו לזכות בתביעה להכרה בדיעבד בו ובחברי הקבוצה (שליחי וולט) כעובדים של המשיבה סבירים המה. [...] חברי הקבוצה יהיו השליחים בוולט מיום הקמתה בישראל ועד ליום פרסום החלטה זו. [...] כל חבר בקבוצה המבקש שלא להיכלל בקבוצה יגיש על כך הודעה לבית הדין בתוך 45 ימים מהיום בו יפרסם המבקש את דבר אישור התובענה, כמפורט להלן."

פרק ב – התשתית הנורמטיבית

28. כאמור, על שלושה אדנים ניצבת התשתית הנורמטיבית הצריכה לעניינו של הליך זה. האדן האחד, סב סביב מהותם של יחסי עבודה וחזרה למושכלות ראשוניים; האדן השני סב סביב המבחנים המקובלים בפסיקה להכרה בקיומם של יחסי עבודה; והשלישי, עניינו בתשתית הנורמטיבית המעוגנת בחוק תובענות ייצוגיות הרלוונטית לעניינה של העמדה כאן. כעת, יוקדש פירוט נפרד לכל אחד מהאדנים בנפרד, כיכר לאדן.

ב.1 על יחסי עבודה – מושכלות ראשוניים

29. הכניסה ליחסי עבודה נעשית במפגש רצונות בין המעסיק לבין העובד. בהתאם, כל צד רשאי להביא לסיום יחסי העבודה תוך מימוש רצונו החופשי, במגבלות הוראות הדין.

30. משעה שנכנסו הצדדים בשער "יחסי העבודה" התפיסה החברתית ובעקבותיה השיטה המשפטית, מכירות במרותו של המעסיק על העובד בכל הנוגע לעבודה שלשמה נקשרו בין המעסיק לבין העובד קשרי עבודה.

31. המעסיק, מכח זכותו הקניינית על המפעל, מוכר בשיטה המשפטית המעוגנת גם במשפט העבודה, כמי שיש לו החופש לנהל את מפעלו לפי ראות עיניו. במסגרת זו, יש למעסיק החופש לקבל מגוון רחב ביותר של החלטות בכל הנוגע לניהול מפעלו. החופש האמור של המעסיק מכונה במשפט העבודה – הפררוגטיבה של המעסיק לנהל את עסקו. מכח הפררוגטיבה של המעסיק לנהל את עסקו הוא גם חופשי לתת הוראות לעובד בנוגע לביצוע העבודה, לדרוש מן העובד לעבוד ביעילות ובמקצועיות, לפקח על ביצוע העבודה, להעיר ולבקור את העבודה, להורות כיצד לנהוג בכל הקשור לעבודה במפעל, ועוד.

32. המרות המובנית מאליה והמקובלת כמאפיין יסודי ביחסי עבודה, משתרעת בעיקרו של דבר על מכלול ההתנהלות במסגרת יחסי העבודה שבין העובד המסוים לבין מעסיקו, וכפופה כמובן למגבלות הנובעות מזכויות וחירויות של העובד בדין ובהלכה, ובכלל זה הוראות המשפט המגן, הוראות בהסכם קיבוצי או חוזה עבודה.

²⁸ ראו בסעיפים 174-179 להחלטה.
²⁹ סעיפים 182-183 להחלטה.

33. מאפיין נוסף אשר טמון מניה וביה במתכונת של יחסי עבודה היא התלות האימננטית של העובד במעסיק כמי שמספק לעובד עבודה, המשמשת מקור לפרנסת העובד והתלויים בו. העבודה, והפרנסה אשר צומחת ממנה, משפיעה מטבע הדברים על מימוש הזכויות החברתיות והכלכליות של העובד כאדם.
34. עקרון יסודי ושורשי ביחסי העבודה ובמשפט העבודה הוא ההכרה בפער המובנה בין כוחו של המעסיק כמי שהינו בעל הקניין, לעומת העובד שמעמיד את כח העבודה שלו לשירותו של המעסיק.
35. על יסוד ההכרה בפערי הכוח המובנים בין המעסיק, כמי שהוא בעל המפעל, לבין העובד, ועל רקע ההכרה בתלות שבין העובד למעסיקו, מצא המחוקק הצדקה להתערב בחופש החוזים של הצדדים לחוזה העבודה וחוקק את חוקי המגן.³⁰ ביסוד משפט העבודה המגן עומדת הדאגה לכך שהכבוד והחירות שמהם נהנה העובד כאדם, יובטחו לו גם בעבודה. השאיפה להגן על העובד, מתבטאת בשני מישורים. האחד – בשאיפה להבטיח את קיומו הכלכלי של העובד – בדאגה שיוקנה לו כבוד כלכלי. השני – בשאיפה שקיומו הכלכלי של העובד יהיה בכבוד אנושי.³¹ את הדרישה שיוקנה לעובד קיום כלכלי ושקיום זה יהיה בכבוד אנושי – נוהגים לכוונת כהבטחת כבודו החברתי של העובד.³²
36. בצד חוקי המגן אשר קובעים את תנאי העבודה והשכר המינימאליים שיקנה מעסיק לעובדו, כהסדר כופה ושאינו ניתן לווייתור מצד העובד, באו חוקים אשר קובעים איסורים שתכליתם להגן על זכויות יסוד של העובדים ועל עקרונות היסוד של השיטה.³³ כאן המקום להזכיר כי בצד כל אלה, רובד הגנה נוסף נפרש על מי שעונה להגדרת עובד תחת קורתם של הסכמים קיבוצים, וכן צווי ההרחבה אשר מרחיבים תחולתם של הסכמים קיבוציים וגם להם מעמד כופה, קונגטי, כשל חוקי המגן.
37. להשלמת התמונה הנורמטיבית חשוב להזכיר כי בצד הזכויות אשר קמות לעובד שמצוי ביחסי עבודה, יחסים אלה אוצרים בתוכם חובות המוטלות הן מכח חקיקת העבודה והן מכח טיבם של יחסי העבודה אשר, כאמור לעיל, מתאפיינים בכפיפות כלפי המעסיק ובתלות המתקיימת בקשרי עבודה. כך למשל, עובד מחויב לעמוד לרשותו של המעסיק בהתאם להיקף ההעסקה שנקבע בהתקשרות בין הצדדים;³⁴ עובד מחויב להודיע למעסיק על היעדרותו מפאת מחלה בהתאם להוראות הדין;³⁵ עובד מחויב לתאם עם המעסיק יציאה לחופשה ולקבל את אישורו בהתאם לקבוע בדין,³⁶ וככלל אינו רשאי להיעדר מהעבודה ללא אישור; עובד מחויב במתן הודעה מוקדמת טרם סיום התקשרותו עם המעסיק לפי הוראות חוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות, התשס"א-2001; על עובד (כמו גם על המעסיק) חלות חובות מוגברות של תום לב והגינות;³⁷ קיומם של יחסי יחסי עבודה יכול שיביאו להחלת חובות בדבר סודיות ו/או הוראות בנוגע להגבלת עיסוק בכפוף לדין;³⁸ חובות המוטלות מכוח משפט העבודה הקיבוצי, וכן זכות המעסיק לנכות משכרו של עובד שאיננו חבר בשום ארגון עובדים דמי טיפול מקצועי-ארגוני לטובת הארגון היציג שיש לנכותם על פי הסכם קיבוצי,³⁹ ועוד.
-
- ³⁰ אחת מהתכליות המרכזיות של משפט העבודה בכללותו היא לאזן את פערי הכוחות המובנים בין העובד למעסיק בכוח המיקוח וביחסי התלות והכפיפות ביניהם. ראו ע"ע (ארצי) 15868-04-18 **גבריאלי כותה - מדינת ישראל משרד המשפטים** בפסקאות 22-25 לחוות דעתה של כבוד הנשיאה וירט-ליבנה (נבו 07.04.2021) (להלן: "**עניין כותה**") ; וכן ראו בע"ע 300064/96 **קרני - אביבי**, בחוות דעתו של כבוד השופט פליטמן (נבו 26.9.2000).
- ³¹ גישה זו משתקפת בסעיף 23 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948), המכירה בזכותו של העובד לתנאי עבודה ושכר צודקים והוגנים, אשר יבטיחו לו ולבני ביתו קיום בכבוד אנושי.
- ³² ראו בעניין **כותה**, בפסקאות 22-27 לפסק דינה של כבוד הנשיאה וירט-ליבנה.
- ³³ ראו למשל, חוק שיויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; חוק שיויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998; חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954; חוק שכר שווה לעובדת ועובד, התשנ"ו-1996, אשר נועד לקדם שוויון ולמנוע אפליה בין המינים בכל הנוגע לענייני שכר וגמול אשר ניתן בקשר לעבודה.
- ³⁴ ראו: חוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה (תנאי עבודה והליכי מיון וקבלה לעבודה), התשס"ב-2002, ותקנות הודעה לעובד (תנאי עבודה) (צורת הודעה ופרטיה), התשס"ב-2002.
- ³⁵ ראו בתקנות דמי מחלה (נהלים לתשלום דמי מחלה), התשל"ז-1976.
- ³⁶ דב"ע (ארצי) לא-1/3 **בראדון - ג'רד**, פד"ע ב(1) 121, פסקה 9 לפסק הדין (1971); וכן ראו בדב"ע (ארצי) לו-4/5 **משה גינסטלר ואח' נ' מדינת ישראל**, פד"ע ח(1) 003 (1976).
- ³⁷ ע"א 1142/92 **ורגוס בע"מ ואח' נ' כרמקס בע"מ ואח'**, פסקה 10 לפסק הדין, נא(3) 421 (1997).
- ³⁸ ע"ע (ארצי) 62/08 **לבד דוד נ' חברת הדקה ה-90 בע"מ**, פסקה 10 לפסק הדין (נבו 27.12.2009).
- ³⁹ ראו סעיף 25(א)(3) לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958 ותקנות הגנת השכר (מקסימום דמי טיפול מקצועי-ארגוני), התשמ"ח-1988.

38. עוד יצוין כי למעמדו של אדם כעובד ישנן השלכות גם בתחומי משפט אחרים.⁴⁰ לעניין זה, ניתן להפנות בתמצית לאמירתו הכללית של בית דין נכבד זה לפיה:⁴¹

"להכרה במועסק כ"עובד" השלכה גם להיבטים משפטיים נוספים, חלקם בעלי משמעות רבה, דוגמת דיני ביטוח לאומי, דיני המס, דיני נזיקין, דיני בטיחות וגהות ועוד. [...] ייתכנו כמובן גם מקרים בהם הסיווג השגוי המודע מקורו באינטרסים - מיסויים או אחרים - של העובד עצמו".

39. כאן המקום לציין, כי אף שהמחוקק טרח רבות סביב עיגון של זכויותיו הקוגנטיות של העובד במה שזכה לכינוי "משפט העבודה המגן", ההגדרה היסודית והכללית של מיהו 'עובד' ומהם 'יחסי עבודה' לא מצאה עיגון בחקיקה. בנסיבות אלו, בתי הדין לעבודה שלפתחם הונחו תביעות של מי שביקשו שיכירו במעמדם כעובדים כדי להנות מרשת ההגנה שפורשת השיטה המשפטית על אלה, נדרשו לפתח מבחנים להכרה בקיומם של יחסי עבודה, על אודותם נפרט מיד.

40. יוקדם ויאמר כבר עתה, כי בין עקרונות היסוד שהתבססו בפסיקה שפיתחה את המבחנים להכרה בקיומם של יחסי עבודה התבסס העקרון לפיו היותו של אדם בגדר עובד הוא דבר הקרוב לסטטוס ולכן אין בהסכמת הצדדים להגדיר את יחסיהם ולתארם באופן אחר כדי להכריע את הכף,⁴² והדברים ידועים:⁴³

"לא למותר הוא להזכיר מושכלות ראשונים, לפיהם היותו של אדם "עובד" הוא דבר הקרוב לסטטוס, ומעמד זה אינו נקבע על פי התיאור שניתן לו על ידי הצדדים, אלא נקבע מבחינה משפטית על סמך נסיבות המקרה כהווייתן. לשם הכרעה בשאלה יש לבחון את מהות היחסים שנוצרו הלכה למעשה, והכל תלוי במכלול הסממנים ועובדות המקרה הספציפי".

41. אף זאת יש להזכיר; הקביעה האמורה קנתה שבת אגב דיון במקרים בהם תובע⁴⁴ שהתקשר עם אחר בחוזה שלא התיימר לכוון יחסי עבודה, בחר להניח לפני בית הדין לעבודה תביעה להכרה ביחסי עבודה, כשהוא לוקח על עצמו את מכלול ההשלכות הנובעות מקבלת תביעתו, הן לגבי העבר והן לגבי המשך הקשר החוזי לעתיד לבוא, לפי העניין.

42. היוצא מהאמור הוא, שמהגדרת מבצע העבודה כעובד ומהגדרת יחסי ההתקשרות כיחסי עבודה, נובעת מערכת ייחודית של זכויות וחובות, במסגרתה זכאי העובד לזכויות וחב בחובות וכך גם המעסיק. להגדרה זו השלכות הן לגבי מערך הזכויות והחובות בין הצדדים ליחסי העבודה, והן בינם לבין רשויות שונות וצדדים שלישיים.

2.2 המבחנים בפסיקה להכרה ביחסי עבודה

43. לאורך השנים, גיבשה הפסיקה את המבחנים לבחינת קיומם של יחסי עבודה תוך שנקבע כי המסקנה בדבר קיומם של יחסי עבודה הינה כזו "התלויה במידה כה רבה בעובדות המקרה הספציפי".⁴⁵

⁴⁰ יוער, כי התשובה לשאלה מיהו עובד, עשויה להשתנות לגבי כל אחד מהתחומים שבגינם היא מועילת. ראו לעניין זה בפסקה 32 לפסק דינה של כבוד הנשיאה וירט-ליבנה בעניין **כותה**; כן ראו בדג"ץ 4601/95 **סרוסי נ' בית-הדין הארצי לעבודה ואח'**, נב(4) 817 (1998).
⁴¹ ע"ע (ארצי) 110/10 **רפי רופא נ' מרקס סוכנות לביטוח בע"מ** בפסקאות 36 ו-39 (נבו 22.12.2011); עוד ראו בעניין זה בע"ע (ארצי) 43175-11 **אשר ויצמן ד. יער חקירות בע"מ נ' חורש יוסף** פסקה 50 לפסק הדין (נבו 25.6.2018); יוער, כי להגדרתם של יחסים כיחסי עבודה יכולה להיות השלכה על הזכויות והחובות גם במשפט הפלילי. כך, למשל, העונש המירבי בגין עבירת גניבה הוא 3 שנות מאסר ואילו העונש המירבי בגין עבירה של גניבה בידי עובד לפי סעיף 391 לחוק העונשין הוא 7 שנים.

⁴² ראו ע"ע (ארצי) 300064/96 **קרני – אביבי, פ"ד לו241 (2001)** בחוות דעתו של כבוד השופט פליטמן: **"להשגת אותה התכלית הסוציאלית של קיום בכבוד, בהתקיים קשר שזוה של כפיפות ותלות, נכפה על הצדדים לקשר משפט העבודה המגן שאינו בר-התניה, המטיל על המעביד חיוביו, מחד, ומונע בעד העובד מלוותר מלכתחילה על זכויותיו לפיו מאידך. לפיכך נפסק לא אחת כי היות האדם בגדר עובד הינו דבר הקרוב לסטטוס"**; עוד ראו בהקשר זה את שנפסק בעת האחרונה בעניין **כותה** פסקה 7 לחוות דעתה של כבוד הנשיאה וירט-ליבנה; צידוק אחר שנוצר בפסיקה לכך שמעמד עובד יכול להיקבע בניגוד לתיאור הצדדים את ההתקשרות, הוא כי הסכם המגדיר יחסי התקשרות שונים מהמתקיימים בפועל הוא חוזה אשר **"איננו משקף את ההתקשרות שבין הצדדים, ומכאן שהוא חוזה למראית עין ודינו בטלות מעיקרה"**, ראו בע"ע (ארצי) 43175-11 **אשר ויצמן ד. יער חקירות בע"מ נ' חורש יוסף** (25.6.2018), בסעיף 48 לפסק הדין.

⁴³ ע"ע (ארצי) 646-09 **אברהם בבר טוויזר נ' מאפיה מרחבית קריית שמונה (1986) בע"מ**, בסעיף 18 לפסק הדין.
⁴⁴ או קבוצת תובעים.

⁴⁵ ע"א 708/69 **דוד פסטרנק נ' מאפיה קואופרטיבית "דגן" בע"מ**, כד(2) 824 (1970).

44. המבחן שהתקבע בעניין זה הוא למעשה סט של מבחנים המכונה "המבחן המעורב",⁴⁶ אשר נקרא כך משום שהוא מערב בתוכו את מבחן ההשתלבות שהוא המבחן בעל המשקל העיקרי⁴⁷ ולצידו מבחני משנה נוספים. באמצעותו של המבחן המעורב, נבחנת מהות היחסים בין הצדדים בהתאם למכלול הסממנים ועובדות המקרה הספציפי אשר מובא להכרעה לפני בית הדין. להגדרתו הכללית של המבחן המעורב, נפנה לדוגמה אחת מיני רבות בפסיקת בית דין נכבד זה:⁴⁸

"המבחן הנוהג לקביעת קיומם של יחסי עבודה הוא "המבחן המעורב", שבבסיסו נמצא מבחן ההשתלבות על שני פניו: הפן החיובי והפן השלילי. בצידו של מבחן ההשתלבות נמצא מבחני משנה, ובהם, הסכמת הצדדים לגבי אופן ההעסקה, אופן הפיקוח על ביצוע העבודה, צורת תשלום השכר ואופן ניכוי תשלומי החובה, ביצוע העבודה באופן אישי ועוד. עם זאת, המבחן המרכזי הוא מבחן ההשתלבות, והוא הדומיננטי במסגרת המבחן המעורב."

להלן תבוא סקירה קצרה של עקרי המבחן המעורב.

45. כאמור, בראש המבחנים המרכיבים את המבחן המעורב נמצא מבחן ההשתלבות. מבחן ההשתלבות כולל בתוכו פן חיובי ופן שלילי.⁴⁹ במסגרת הפן החיובי נבחנות השאלות האם קיים מפעל יצרני שמבצע העבודה יכול להשתלב בו, האם הפעולה המבוצעת על ידו חיונית לפעילות המפעל, והאם הוא משתלב במערך הארגוני של המפעל. הלכה למעשה, בחינת הפן החיובי של מבחן ההשתלבות מיושמת בפסיקה באמצעות בחינת התקיימותם של מאפיינים שונים, ובין היתר מידת הפיקוח של המעסיק על שעות העבודה, ביצועה וחלוקת המשימות בין העובדים ועוד.⁵⁰

46. ככל שנמצא כי מבחן ההשתלבות בפן החיובי אכן מתקיים, אזי נדרש לבחון גם את הפן השלילי של מבחן זה.⁵¹ הפן השלילי של מבחן ההשתלבות בודק האם מבצע העבודה המסוים הוא בעל עסק משלו, באופן שניתן לומר שהוא מעניק שירות למפעל במסגרת עסק זה כגורם חיצוני.⁵² גם לעניין הפן השלילי הצביעה הפסיקה על מאפיינים שונים. בין היתר, נקבע כי מאפיינים עיקריים לקיומו של עסק עצמאי הם סיכוי לרווח וסיכון להפסד ונשיאה בעול ההשקעות באמצעי הייצור.⁵³ לעניין סיכוי לרווח וסיכון בהפסד, נקבע בפסיקה כי מאפיין זה מתקיים כאשר למבצע העבודה ישנה יכולת להשפיע על גובה הכנסותיו והוצאותיו מביצוע העבודה בהתאם להתנהלותו ויעילותו העסקית.⁵⁴ מאפיין נוסף הנדרש לבחינה במסגרת הפן השלילי הוא האם המפעל הוא מקבל השירות הבלעדי ממבצע העבודה,⁵⁵ והאם מבצע העבודה העניק במקביל שירותים ללקוחות נוספים, לפיהם ניתן להסיק שהוא פעל במסגרת עסק עצמאי.⁵⁶ אמנם, עצם קיומו של עסק עצמאי אינו מונע מלהכיר בקיומם

⁴⁶ ראו, למשל, נב/3-158 (ארצי) **רות יאיר נ' אהרון גליברמן**, כה(1) 031, פסקה 6 (1992).

⁴⁷ ראו למשל בע"ע 300021/98 **טריינין – חריש לו** (2002) 433, פסקה 2 לחוות דעתו של כבוד הנשיא אדלר (2002) (להלן: **"עניין טריינין"**): **"מבחן ההשתלבות הוא המבחן המרכזי בתוך מכלול מבחני המשנה שמכיל המבחן המעורב וכי יש ליתן לו משקל נכבד במסגרת המבחן המעורב"**.

⁴⁸ ע"ע (ארצי) 12-14-26932 **סלקום ישראל בע"מ נ' ואצ'סלב איליאגויב**, פסקה 22 (נבו 11.5.2008).

⁴⁹ ראו לדוגמה את הגדרת מבחן זה בע"ע (ארצי) 10-07-14122 **מכללת רמת גן נ' אורי פרייס** פסקה 16 לפסק הדין של כבוד השופטת רוזנפלד (נבו 13.9.2012).

⁵⁰ ראו לדוגמה מהעת האחרונה **בעניין כותה**, בפסקה 10 לחוות דעתה של כבוד הנשיאה; יצוין, כי בפסקי דין אחרים, ובמידה מסוימת אף בפסק הדין כותה עצמו, חלק מהמרכיבים שנמנו בעניין כותה כמאפיינים לבחינתו של הפן החיובי של מבחן ההשתלבות, נמנים כמבחני משנה נפרדים המרכיבים את המבחן המעורב. כפי שיצוין בהמשך, לאמיתו של דבר, אין רשימה אחידה של מבחני המשנה הנוספים המרכיבים את המבחן המעורב, וניתן למצוא הבדלים הן בפרטי מבחני המשנה והן באופן השיוך של פריטים כמבחני משנה עצמאיים או כמאפיינים בתוך מבחן ההשתלבות.

⁵¹ ראו בעניין **טריינין** בפסקה 2; וכן ב- ע"ע 300256/98 **אייזיק – תה"ל – תכנון המים לישראל בע"מ**, פד"ע לו 817, פסקה 2 לחוות דעתו של כבוד הנשיא אדלר (2001) (להלן: **"עניין אייזיק"**).

⁵² ראו הגדרת הפן השלילי של מבחן ההשתלבות **בעניין כותה** בפסקה 10.

⁵³ ראו בע"ע (ארצי) 04/1466 **תדיראן בע"מ נ' ברנדה קרסנטי**, בפסקה 16 (נבו 15.04.2007).

⁵⁴ ראו ע"ע (ארצי) 06/568 **דוד שושן נ' קל שירותי נופש ותיירות בע"מ**, בפסקה 9 לפסק דינה של כבוד השופטת ארד (נבו 03.01.2008). הכוונה היא להוצאות והכנסות העסק העצמאי, ולא להכנסות והוצאות המפעל שעבורו מבוצעת העבודה.

⁵⁵ דיון (ארצי) 137-3/מח **תמר אדר נ' פרסום מלניק בע"מ**, כ(1) 60 (1988).

⁵⁶ **עניין אייזיק**, בפסקה 5 לפסק דינו של כבוד הנשיא אדלר. כמוכך, ככל שעל פני שנים ארוכות ישנם מקרים בודדים של מתן שירותים עצמאיים ללקוחות נוספים, אין בכך כדי לבסס קיומו של עסק עצמאי חיצוני. ראו ע"ע (ארצי) 09/176 **ז'וז'ט מואב נ' תפנית וינד בע"מ**

של יחסי עבודה במקביל אליו, ויש לבחון זאת על פי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה.⁵⁷

שאר המאפיינים לבחינת קיומו של עסק עצמאי גם הם נבחנים בהתאם לנסיבות המקרה הנדון. כך לדוגמה נקבע כי: **"אין השקעות בעסק אחד דומות לאחרות והכל תלוי בראש ובראשונה במהות העסק"**.

47. לצידו של מבחן ההשתלבות על שני פניו, ישנם מבחני משנה נוספים אשר נדרשים אליהם בהתאם לנסיבות המקרה. כך נקבע⁵⁹ כי **מרכיבים נוספים במבחן המעורב הם: מבחן הקשר האישי**; **כפיפות**; **אספקת כלי עבודה**; **תלות כלכלית**; **אופן הצגת ההתקשרות בפני גורמים חיצוניים, לרבות מס הכנסה והמוסד לביטוח לאומי**; **בלעדיות הקשר**; **התמשכות הקשר**; **סדירות הקשר ורציפותו**. למעשה, ניתן למצוא בפסיקה רשימות שונות של מרכיבים המהווים את מבחני המשנה הנוספים במבחן המעורב, בניואנסים שונים. נראה שאופן בחינתם ומשקלם של כל אחד מהמבחנים עשוי להשתנות בהתאם לתחום ההתקשרות ואופייה ובהתאם לנסיבות המקרה הספציפי הנדון.

48. על כל פנים, בהתאם לאופיים של מבחני המשנה הנוספים לצד מבחן ההשתלבות שפורט לעיל, ראתה הפסיקה במבחן המעורב כמבחן המורכב מנתונים עובדתיים פרטניים שמתקבלים מהחלתם של המבחנים השונים, כך ששאלת קיומם של יחסי עבודה תוכרע על פי: **"התמונה הכוללת כפי שעולה מן הנתונים העובדתיים וכפי שהיא נבחנת על פי מבחן מעורב הכולל את כל המבחנים כולם"**.⁶⁴

49. הנה כי כן, ההכרעה בשאלה אם מתקיימים יחסי עבודה, אשר היא עילת התביעה שביסוד ההליך דנן, נעשית על סמך בחינה עובדתית של התקיימותם של המבחנים השונים בעניינו של התובע בכל מקרה ומקרה, וכן בשקלול הממצאים המתקבלים מהחלתם של המבחנים השונים.

(9.11.2010) בסעיף 11 לפסק דינה של כבוד השופטת (כתוארה דאז) וירט-לבנה: **"כאשר מדובר במקרים כה מעטים ובטלים בששים, ולאור תקופת ההתקשרות הממושכת בין המעוררת לחברה, לא ניתן לומר כי המעוררת הינה בעלת עסק עצמאי משלה"**.

⁵⁷ ראו בע"מ 300064/96 קרני – אביבי פ"ד לו 241, פסקה 22 (2001); כך ראו ב- ע"מ 1162/01 בן-חמו – המכון לפירוי העבודה והייצור פסקה 5 (נבו 29.12.2002), שם נקבע כי במקרים חריגים אף ייתכן שאפשר שאדם יפעל הן כשכיר אצל המעסיק והן כנותן שירותים עצמאי עבורו, וזאת בהתאם לנסיבות המקרה.

⁵⁸ דיון נב/158-3 (ארצי) **רות יאיר נ' אהרון גליברמן**, כה(1) 31, פסקה 10 (1992). יוער, כי בפסק דין זה נראה שבית הדין בחן את סיכויי הרווח וההפסד ביחס להשקעות בעסק.

⁵⁹ תע"מ (ארצי) 3829/09 ע"ע (ארצי) 13-02-56745 **חברת החדשות הישראלית בע"מ נ' שחר צרפתי** (14.2.2016).

⁶⁰ בעניין הגדרתו של מבחן זה ניתן למצוא נקודות מבט שונות בפסיקה. כאשר בעניין אחד נקבע כי: **"ביצוע עבודה באופן אישי הינו סממן מובהק של היות מבצע העבודה בגדר 'עובד' (עניין אייזיק בפסקה 6 לפסק הדין). ולעומת זאת, בעניין אחר נקבע כי: 'מבחן הקשר האישי הוא מבחן שלילי - היעדר קשר אישי מעיד על היותו של המועסק קבלן עצמאי, ואילו קיומו אינו מעיד על היותו עובד' בג"ץ 5168/93 שמואל מור נ' בית הדין הארצי לעבודה, (4) 628 (1996) (להלן: 'עניין שמואל מור')"**.

⁶¹ במסגרת מבחן זה יש לבחון, באיזו מידה נתון נותן העבודה לפיקוח וכפוף ארגונית למעביד. ויש ליתן את הדעת הן להיבט של כפיפות מקצועית והן להיבט של כפיפות מנהלית והצורך לקבל אישור בהקשרים כאלה ואחרים, וכגון האם נדרש מבצע העבודה לקבל את אישור מוזמין העבודה כאשר ברצונו להיעדר ממקום העבודה. בהקשר זה נפנה לעניין אייזיק שם בסעיף 7 לחוות דעתו של כבוד הנשיא אדלר נקבע: **"ככלל, רשאי עובד עצמאי להיעדר מעבודתו על-פי רצונו. מנגד, עובד שכיר המבקש להיעדר ממקום העבודה חייב לקבל את אישור מעסיקו לכך. זאת ועוד, לעובדים שכירים מסגרת קבועה של שעות עבודה וימי עבודה"**. גם כאן, יישומו של המבחן משתנה בהתאם לנסיבות. כך למשל, נקבע כי אין בביצוע עבודה מהבית כשלעצמה כדי לשלול יחסי עבודה, ראו בע"מ (ארצי) 548/08 **ישראל לוי נ' מוסף עלית לוי 93 בע"מ**, פסקה 26 לפסק הדין (נבו 22.11.2009).

⁶² מבחינה מושגית ניתן לראות מבחן זה כחלק אינטגרלי ממבחן ההשתלבות. יחד עם זאת, מבחינה מעשית, במקרים מסוימים הפסיקה מסווגת מבחן זה כמבחן משנה נפרד. נקודת המוצא של מבחן זה היא כי שימוש באמצעי ייצור של מפעל מהווה סימן היכר בולט להשתלבות במפעל ומנגד הבעלות על אמצעי הייצור עשויה ללמד על קיומו של עסק עצמאי המעניק שירות למפעל. ראו בדיון (עבודה ארצי) 9-3/לג **רשות השידור - ד"ר ראובן סיוון**, (ד1) 520, פסקה 11 (1973); כמובן, המשקל שיש לייחס לבעלות ולגורם על כלי העבודה ולזהות הגורם המספק, משתנה בהתאם לסוג העבודה ולסוג כלי העבודה, לפי נסיבות המקרה, תוך מתן תשומת לב לגובה ההשקעה (ראו בדיון לג/72-3 (ארצי) **אגודה צרכנית שיתופית תל-אביב בע"מ נ' שמואל גרסנהויז**, פסקה 17 (24.12.1973)), האם אמצעי הייצור טפלים להתקשרות או חלק עיקרי בה והאם שימושם העיקרי הוא לצורך פרטי או לעבודה, ראו בדיון (ארצי) 48-3/לג **יהושע גינזבורג נ' 'ניסן' השקעות וסוכנויות בע"מ**, (ח1) 151, פסקאות 9-6 (1976); עוד ראו בהקשר זה, בע"מ (ארצי) 729-07 **מאיר שטרן - בית שאן חרוד אגודה שיתופית חקלאית של משקי העובדים לתובלה בע"מ**, פסקאות 37-38 (נבו 14.11.2011).

⁶³ עיקרו של מבחן משנה זה, הוא מידת התלות הכלכלית של מבצע העבודה במקבל השירות. בדרך כלל, הבחינה נעשית באמצעות השוואה של שיעור ההכנסות מההתקשרות הנדונה ביחס לכלל הכנסותיו של מבצע העבודה. ואולם, נמצא מקום בו הפסיקה הסבירה את מבחן משנה זה בצורה מרחיבה, באופן דו כיווני, כך שהתלות מתייחסת הן כלפי מבצע העבודה והן כלפי המעסיק (עניין אייזיק, בסעיף 11 לחוות דעת כבוד הנשיא אדלר: **"שאלת התלות הכלכלית שפיתח אייזיק בעבודתו בתה"ל והתלות שפיתחה תה"ל בשירותיו של אייזיק"**). בנוגע למשקלו של מבחן משנה זה, בפסיקה נאמר כי במקרים גבוליים, יהווה מבחן התלות הכלכלית שיקול מכריע לקביעת קיומם או העדרם של יחסי עבודה, ראו בע"מ (ארצי) 568/06 **דוד שושן נ' קל שירותי נופש ותיירות בע"מ**, פסקה 10 (נבו 3.1.2008).

⁶⁴ ע"ע (ארצי) 414/05 **שלמה בן חיים נ' כדורי פיתוח עירוני בע"מ**, פסקה 6 (8.1.2007).

3. התנאים הנדרשים לאישור ניהול תובענה ייצוגית

50. כעת, מבוקש להציג את האדן השלישי עליו נשען הטיעון – התנאים הנדרשים על פי דין לאישור ניהול תובענה כייצוגית. תחת קורתו של פרק זה נציג את ההיבטים הנוגעים לסוגיות שבהן תתמקד עמדת היועצת המשפטית לממשלה.

51. כידוע, על פי סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, מטרתו של כלי התובענה הייצוגית היא שיפור ההגנה על הזכויות, באמצעות קידומן של מספר תכליות: מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסייה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים, אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו, מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין וניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות.

52. בהתחשב בייחודו של כלי התובענה הייצוגית בהיותה **"תובענה המנוהלת בשם קבוצת בני אדם, שלא ייפו את כוחו של התובע המייצג לכך"**,⁶⁵ קבע המחוקק בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, רשימה של ארבעה תנאים מצטברים לאישור ניהול תובענה כייצוגית:⁶⁶

"(א) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:

(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."

53. לצד ארבעת תנאים אלה, בתחילה יש לבחון את התנאי הנזכר בסעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות כתנאי סף מקדים להגשת תובענה ייצוגית באשר היא, לפיו מדובר בעילה שהחוק מתיר להגיש בה תובענה ייצוגית:

"לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין

שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית."

54. לענייננו, נבקש למקד את המבט על שני התנאים הראשונים שבסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות. התנאי הראשון הוא כי **"התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה"**. תנאי זה, עניינו בדרישה לקיומן של שאלות מהותיות משותפות לצורך אישור ניהול התובענה כייצוגית.

55. ההלכה הפסוקה בנדון זה קובעת **"כי לא נדרש שכל השאלות המתעוררות בגדר התובענה הייצוגית תהיינה משותפות לחברי הקבוצה. די בכך שיש שאלות משותפות של עובדה או משפט שהן "מהותיות"**.⁶⁷ באותו הקשר אף נקבע כי **"הקביעה אם השאלות המשותפות הינן "מהותיות", כדרישת סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, נגזרת גם מבחינתן ביחס לשאלות שאינן משותפות"**.⁶⁸ לשלמות התמונה ייאמר, כי עמדה אחרת שהובעה בפסיקה גרסה כי לשם עמידה בתנאי סעיף 8(א)(1) בנוגע לקיום שאלות משותפות לחברי הקבוצה די

⁶⁵ סעיף 2 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

⁶⁶ אמנם התנאים הנקובים בסעיף 8(א) לחוק הם תנאי סף לאישור ניהול תובענה כייצוגית, אולם גם כאשר הם מתקיימים, מוקנה לבית המשפט שיקול דעת האם לאשר את התובענה כייצוגית, בהתאם למכלול הנסיבות והשיקולים הרלבנטיים. ראו, למשל, בע"א 8037/06 ברזילי נ' פריינר, פסקה 76 לפסק הדין של כבוד השופט מלצר (נבו 4.9.2014) (להלן: **"עניין פריינר"**); ע"א 6007/21 מסאלחה נ' עיריית עפולה, פסקאות 8-9 (נבו 26.12.2021); דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פסקה 160 לפסק דינו של כבוד השופט מלצר (נבו 4.7.2021).

⁶⁷ ע"א 6887/03 חיים רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות, פסקה 25 (נבו 20.7.2010) (להלן: **"עניין רזניק"**); במידה רבה, בית המשפט העליון המשיך את הדרך שנסללה בפסיקה שנתנה טרם חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות, בהליכים שהוגשו כתובענה ייצוגית על פי חוק ניירות ערך, כגון: רע"א 4556/94 טצת ואח' נ' א' זילברשץ ואח', מט(5), 774 (1996).

⁶⁸ עניין רזניק, בפסקה 27 לפסק הדין.

בקיום שאלות משותפות מהותיות כלשהן וכי מקומה של בחינת משמעותן של השאלות הבלתי משותפות בין חברי הקבוצה הוא במסגרת בחינת התקיימות התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק בנוגע לדרישת היעילות וההוגנות,⁶⁹ בעניינו נרחיב להלן.

56. בצידו של התנאי שנועד להבטיח כי התובענה הייצוגית מוגשת בשם קבוצה הומוגנית מבחינת השאלות המהותיות המתעוררות בעניינה, קבועים בחוק מנגנונים אשר מאפשרים לבתי המשפט 'לרפא' פגמים הנוגעים להעדר הומוגניות בין חברי הקבוצה. כך לדוגמה, סעיף 10(ג) לחוק, מאפשר לבית המשפט לפצל את הקבוצה לתתי-קבוצות מקום בו הדבר יתרום להומוגניות הקבוצות החדשות שייווצרו:

"(ג) בית המשפט רשאי להגדיר תת-קבוצה, אם מצא שלגבי חלק מחברי הקבוצה מתעוררות שאלות של עובדה או משפט, אשר אינן משותפות לכלל חברי הקבוצה; הגדיר בית המשפט תת-קבוצה כאמור, רשאי הוא להורות על מינוי תובע מייצג או בא כוח מייצג לתת-הקבוצה, אם מצא שהדבר דרוש כדי להבטיח שענינם של חברי תת-הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת".

57. ואכן, נקבע בפסיקה כי בטרם ידחה בית משפט בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית מחמת היעדר הומוגניות בין חברי הקבוצה, מן הראוי כי ידרש לאפשרות לעשות שימוש במנגנונים הקבועים בחוק לשם פתרון בעיה זו. אף נקבע, כי יש לאשר ניהול תובענה כייצוגית תוך הגדרת תת קבוצה בהתאם לסמכות שהוקנתה לבית המשפט בסעיף 10(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, אף שאפשרות זו לא נטענה במסגרת בקשת האישור.⁷⁰

58. כאמור, התנאי השני לאישור ניהול תובענה ייצוגית הוא כי **"תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין"**. כפי שניתן להבין מעיון בלשון הסעיף, בתנאי זה משולב אלמנט דיוני-מעשי לפיו ניהול הליך בדרך של תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה להכרעה במחלוקת, ולצידו אלמנט של צדק לפיו הליך התובענה הייצוגית מהווה המתווה ההוגן להכרעה במחלוקת. עוד מדגיש הסעיף, כי שני אלמנטים אלו נבחנים בכל מקרה לגופו, ובהתאם ל**נסיבות הענין**. יוטעם, כי עשויה להתקיים זיקה מסוימת בין התנאי שבסעיף 8(א)(1) לבין תנאי זה שבסעיף 8(א)(2), כך, ככל שחברי הקבוצה נבדלים זה מזה בשאלות העובדתיות והמשפטיות המתעוררות בעניינם, באופן שיצריך קיומם של הליכי ברור פרטניים של שאלות אלו, יכול שלא יתקיים התנאי לפיו התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה להכרעה במחלוקת.

59. על מנת לבחון את מידת היעילות וההוגנות של הכרעה בדרך של תובענה ייצוגית, יש לבחון האם ניתן יהיה לקדם את פתרון הסכסוך בין כל אחד מחברי הקבוצה לבין הנתבע במסגרת ההליך הייצוגי:⁷¹

"אחד השיקולים המרכזיים בבחינת יעילות והגינות השימוש בתובענה ייצוגית הוא המידה שבה ההכרעה בשאלות המשותפות לכלל חברי קבוצת התובעים תסייע לפתרון הסכסוך האינדיבידואלי שבין כל אחד מהם לבין הנתבע. ככל שימצא כי ההכרעה המשותפת תקדם רק במעט את פתרון הסכסוך ונתרו שאלות אינדיבידואליות רבות, היעילות וההגינות הנלוות לדיון בדרך של תובענה ייצוגית, תפחתנה."

60. בהקשר זה נקבע, כי כאשר הוכחת עילת התובענה מחייבת בחינתם של משתנים אינדיבידואליים הנוגעים לכל חבר קבוצה, תובענה ייצוגית איננה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. ראו בע"א 4831/07 **אורה מזרחי נ' מנהל מקרקעי ישראל** (3.3.2010):

⁶⁹ רע"א 2128/09 **הפניקס חברה לביטוח נ' עמוסי**, פסקאות 10-11 לפסק דינו של כבוד השופט ריבלין (נבו) (5.7.2012) (להלן: **"עניין עמוסי"**).

⁷⁰ ראו בע"א 2718/09 **גדיש קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ**, בסע' 35-36 לפסק דינה של כבוד הנשיאה (בדימוס) בייניש (נבו) (28.5.2012).

⁷¹ **עניין עמוסי**, פסקה 19 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימוס) ריבלין.

"הקו המצטייר מן הפסיקה הנזכרת הוא שהשאלה האם ניתן לחייב בדמי היתר ללא הרשאה מפורשת בחוזה הפיתוח תלויה בפרשנות של המערכת החוזית המסוימת. השאלה הטעונה הכרעה בכל מקרה ומקרה היא האם חוזה הפיתוח, על פי פרשנותו, מיצה את זכותו של המינהל לדרוש תשלום עבור החכרת המקרקעין, גם ביחס לאפשרות של שינוי עתידי בהיקף הבנייה. לצורך קביעה פרשנית זו יש חשיבות לנתונים שונים, אשר חלקם צוינו בפסקי הדין הנזכרים. דומה, כי עשויה להיות חשיבות לנתונים נוספים וסוגיה זו טרם לובנה עד תומה. הנקודה החשובה לענייננו היא ששאלת הסמכות לחייב בדמי היתר בלא הרשאה מפורשת בחוזה הפיתוח הפכה לשאלה התלויה בנסיבותיה של המערכת החוזית הספציפית. עובדה זו מחדירה לסוגיה מרכיב אינדיבידואלי מובהק, אשר מביא לכך שתובענה ייצוגית אינה הדרך ההוגנת והיעילה לבירור המחלוקת (ראו, סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006).

61. דברים באותה רוח נקבעו בבג"ץ 5148/18 אור שחם נ' בית הדין הארצי לעבודה (11.7.2022) (להלן: "פרשת שחם") :

"מידת ההומוגניות של חברי הקבוצה עשויה להיות שיקול רלוונטי בבוא בית המשפט לבחון אם הליך מסוים מתאים להתברר כתובענה ייצוגית. עם זאת, הדגש בעניין זה הוא על שונות בין חברי הקבוצה המשליכה על קיומה של עילת תביעה ועל עצם זכותו של כל חבר לקבלת סעד. [...]

החשש העיקרי במקרה של שונות הרלוונטית להוכחת עילת התביעה, הוא כי ייפגעו זכויות הנתבע לנהל הליך הוגן ולהעלות טענות הגנה כלפי כל אחד מחברי הקבוצה (ע"א 6887/03 רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות עובדים, פסקאות 24-27, [פורסם בנבו] (20.7.2010)).

62. על תובנת יסוד זו חזר בית המשפט העליון בפסק דין מהעת האחרונה בע"א 8945/21 רויטל אהד נ' רשות מקרקעי ישראל (22.3.2023) :

"נאמר עם זאת כי די בשונות שבין חברי הקבוצה שהמערערים ביקשו לייצג, בשאלות הנוגעות לעצם קיום העילה ולא רק בהקשר לנזק הנטען, כדי להוביל למסקנה כי בכל מקרה התובענה הייצוגית אינה "הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין" כדרישת סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. לכל עסקה להקניית בעלות במקרקעין יש מאפיינים ייחודיים משלה, ולצורך הגנתה הרשות נדרשת לבחינה אינדיבידואלית ביחס לכל חבר קבוצה נטען – כגון האם הוא עומד בתנאי הקניית הבעלות; האם בתמורה מופחתת או ללא תמורה; האם ומתי קיבל הודעה על אפשרות הקניית בעלות; האם ומתי הגיש בקשה להקניית בעלות; האם קיימות חריגות בנייה אל מול תוכניות הבנייה שאישרה לו הרשות; ועוד. ונעיר כי אף בין המערערים עצמם קיימת שונות משמעותית בהיבט של נסיבותיהם הפרטניות."

63. הפסיקה הבחינה בין שונות בין חברי הקבוצה הכרוכה בקיומם של מרכיבים אינדיבידואלים שבחינתם נדרשת לעצם הוכחת עילת התביעה או לצורך ההגנה מפניה, כאמור לעיל, לבין שונות בין חברי הקבוצה הנוגעת לחישוב

הנזק או הסעד המגיע לכל אחד מחברי הקבוצה.⁷² בפרשת שחם, שהוזכרה לעיל, הוסיף וקבע בית המשפט העליון כי שונות הנוגעת לחישוב הנזק או הסעד עשויה במקרים המתאימים למצוא את פתרונה באמצעות המנגנון הקבוע בסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות:

"לעומת זאת, שונות הנוגעת להוכחת הנזק והזכאות לפיצוי נתפסת כפחות חמורה או בעייתית; זאת בעיקר לנוכח סעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע הסדר סטטוטורי מקיף שנועד ליתן מענה לקשיים המתעוררים בשל היעדר הומוגניות בהוכחת זכאות לסעד: "להבדיל משונות בין חברי הקבוצה הפוטנציאלית העשויה להשליך על קיומה של עילת תביעה ועל עצם זכותו של כל חבר לקבלת סעד, השונות הנוגעת לגובה הפיצוי יש לה מענה במנגנונים השונים שנקבעו בסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות, באשר לסעד אותו מוסמך בית המשפט להעניק."

64. ואכן, המנגנון הקבוע בסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות מיועד לתת פתרון לקשיים אפשריים בקביעת סכומי הפיצויים לחברי הקבוצה ולאתורם. כך ובין היתר, ניתן לקבוע, שכל חבר קבוצה יידרש להוכיח באופן פרטני את זכאותו לפיצוי (סעיף 20(א)(2) לחוק), בין היתר באמצעות מינוי "ממונה" שיכריע בבקשות הזכאות הפרטנית ובדרך חלוקת הפיצוי (סעיף 20(ב)(1) לחוק). כמו כן, ניתן גם לפסוק פיצוי כספי בסכום כולל תוך מתן הוראות על חלוקתו בין חברי הקבוצה (סעיף 20(א)(ג) לחוק). לאור האמור, נפסק: **"הלכה היא כי בית המשפט לא יידחה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בשל קיומה של שונות בין חברי הקבוצה... אלא במקרים שבהם ברור... כי לא ניתן להתגבר על הקשיים שמעוררת שונות זו באמצעות הכלים שמעמיד סעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות או פתרונות אחרים שנדונו בפסיקה"**.⁷³

65. זאת ועוד; בנוגע לכוחו של סעיף 20 לפתור מצבים של שונות נקבעו גם הדברים הבאים:⁷⁴

"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 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 בענייניו 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."

66. להשלמת התמונה הנורמטיבית יצוין כי בפסק דין נוסף של בית המשפט העליון, ניתנה הדעת להצדקה נוספת שלפיה שונות עובדתית בין חברי הקבוצה עומדת בסתירה לדרישת הדרך ההוגנת להכרעה במחלוקת. באותו

⁷² עוד ראו בהקשר זה, בפסיקה שלהלן: ע"מ 5817/19 ד"ר מלצר בע"מ נ' עיריית ראשון לציון, פסקה 20 (9.7.2023); עניין פריינר בפסקה 70; ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל, פסקה 55 (4.12.2011) (להלן: "עניין תנובה").

⁷³ רע"א 3425/16 אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' ברנד, פסקה 16 לפסק דינה של כבוד השופטת (כתוארה אז) חיות (נבו 11.7.2016). עוד ראו: בר"ם 9100/15 עיריית פתח תקוה נ' מרדכי (נבו 28.6.2018), בפסקה 20 לפסק דינה של כבוד הנשיאה חיות; רע"א 4114/17 כמיפל בע"מ נ' זוהר, פסקה 6 לפסק דינה של כבוד הנשיאה חיות (נבו 2.11.2017); עניין תנובה, בפסקה 55 לפסק הדין של כבוד השופטת (כתוארה אז) חיות; עניין פריינר, פסקאות 70-73 לפסק הדין של כבוד השופט מלצר; רע"א 9617/16 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' לפינר, בפסקה 29 לפסק דינה של כבוד השופטת ברון (נבו 28.10.2018) (להלן: "עניין לפינר").
⁷⁴ עניין רזניק בפסקה 27.

עניין ניתנה הדעת לכך שככל שהמחלוקת תוכרע על פי הנסיבות העובדתיות הכלליות (המשותפות) שהונחו במסגרת התובענה הייצוגית ועילת התביעה תידחה, לא יוכלו עוד חברי הקבוצה להוכיח את עילתם בהתאם לנסיבות העובדתיות הפרטניות בעניינם (שכן הכרעה בתובענה ייצוגית יוצרת מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה). לפיכך, במקרים מסוימים, ניהול התובענה בדרך של תובענה ייצוגית עשוי להיות בלתי הוגן כלפי חלק מחברי הקבוצה שנסיונותיהן שונות מאלו המבססות את התובענה.⁷⁵

4. פסקי דין בבקשות לאישור ניהול תובענה ייצוגית בעניין הכרה ביחסי עבודה

67. ובכן, הגם שכמות לא מועטה של בקשות לאישור ניהול תובענה ייצוגית מוגשת מידי שנה בתחום משפט העבודה, הרי שהיקף המקרים שבהן הוגשה בקשה לאישור ניהול תובענה ייצוגית שעניינה הכרה ביחסי עבודה ביחס לחברי הקבוצה הינו מועט. למעשה, חיפוש שבוצע העלה שלושה מקרים שבהם נתבקשה באופן מובהק הכרה בקיומם של יחסי עבודה במסגרת תובענה ייצוגית. למעשה, בכל שלושת המקרים התוצאה הייתה אי אישורה של התובענה כייצוגית (באחד מהמקרים הייתה זו התוצאה רק לאחר שהעניין הובא לפני ערכאת הערעור), אם כי בכל אחד מהמקרים ניתנו נימוקים שונים על ידי בית הדין.

68. בעניין **סמוכה** שהוזכר לעיל, נדונה בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית שהגיש שופט כדורגל נגד ההתאחדות לכדורגל בישראל. בין היתר, כללה התביעה דרישה לסעד הצהרתי לפיו בין כלל חברי הקבוצה לבין ההתאחדות התקיימו יחסי עבודה החל מתחילת תקופת ההתקשרות של כל אחד ואחד. לאחר שהבקשה נדחתה בבית הדין האזורי לעבודה הגיש מר סמוכה ערעור על פסק הדין. לבית דין נכבד זה. בית הדין הנכבד דחה את הערעור וקבע כי אמנם לא עלה בידי המשיבה שם להצביע על שונות מובהקת בין חברי הקבוצה, אך יחד עם זאת, מדובר בקבוצה בת מאות חברים שאין להניח כמובן מאליו שכולם מעוניינים בקביעת יחסי עבודה. וזאת, בין היתר, בשל הצורך בעריכת התחשבות מחודשת מול המעסיק ומול רשויות המדינה ביחס לתקופת העבר ככל שתקבל התובענה. לפיכך, ובהתחשב בכך שלכל אחד מחברי הקבוצה נתונה האפשרות להגיש תובענה אישית להכרה ביחסי עבודה ולתשלום הזכויות הנובעות מכך, נקבע כי אין לאשר את התובענה כייצוגית בעילה זו:⁷⁶

"בקשר לשאלה בדבר קיומם של יחסי עובד ומעביד, נאמר כי אכן, כטענת המערער, לא נמצא בתוספת לחוק סייג המונע אפשרות בירורה של שאלה זו במסגרת תובענה ייצוגית. ככל שיתמלאו התנאים שבחוק בתביעה הכוללת עילה בדבר הכרה ביחסי עובד ומעביד, אין מניעה לאישורה כתובענה ייצוגית. בהמשך לכך נוסף ונציין, כי לעניין השאלה בדבר קיומם של יחסי עובד ומעביד, ועל פני הדברים, לא עלה בידי ההתאחדות להצביע על שונות מובהקת בין חברי הקבוצה כפי שהוגדרה על ידי המערער בבקשה.

[...] אלא, שלא מן הנמנע הוא כי לא כל חברי הקבוצה מעוניינים בקביעה כפי שמבקש המערער להחיל עליהם במסגרת התובענה הייצוגית. מדובר במאות שופטי כדורגל שחתמו על הסכמים מול ההתאחדות, כל אחד מטעמיו. אין לפנינו קבוצת עובדים שניתן לומר לגביה כי היא נמנית על אוכלוסיית עובדים מוחלשת, ואין הדבר בבחינת מובן מאליו שהקבוצה, ככזו, מעוניינת בתוצאה כפי שמבקש המערער לקבוע לגביה. תוצאה שכזו ככל שתתקבל, תחול על כל חברי הקבוצה, למעט מי שהודיע כי אינו מעוניין להיכלל בה, בין אם משום שלא ידע אודותיה ובין אם מטעם אחר. בקשר לכך לא למותר הוא לציין כי התוצאה המבוקשת, עלולה "לגרור" את מי מהם, על פי הקבוע בהסכמים עליהם חתמו, להתדיינות

⁷⁵ עניין עמוסי, בפסקה 19.

⁷⁶ עניין סמוכה בפסקאות 20-21 לפסק דינה של כבוד השופטת רוזנפלד.

מול ההתאחדות בענייני קיזוז והשבה של סכומים ששולמו להם בעבר, ואף להתחשבות מחודשת מול רשויות המס והמוסד לביטוח לאומי. אף לא ניתן לומר, כי בלא שתאושר התובענה הייצוגית, לא נתונה האפשרות למי מחברי הקבוצה המעוניין בכך להגיש תביעתו לבית הדין, למימוש זכויותיו כעובד.

על הקושי הטמון בנסיבות כאלה, בהן מבקש תובע "לתקוף" תנאים בהסכמים עליהם חתומים חברי "קבוצת המעוניינים", עמד בשעתו בית דין זה מפי סגן הנשיא אליאסוף בפרשת התעשייה האווירית, ובאלו המילים:

"הסכם רותם 1, שנחתם בסוף שנת 1992, מתייחס לקבוצה גדולה של עובדי תע"א שפרשו מכוח האמור בו. ספק בעינינו אם יהא זה ראוי להפעיל הליך של תובענה ייצוגית לגבי שעה שהעובדים הרבים שחו את תהליך הפרישה על פי ההסכם יהיו חשופים בעתיד לאפשרות של שינוי בתנאי פרישתם ולערעור המצב בו הם נמצאים מאז פרישתם, ושרבים מהם ייתכן כי השלימו עמו וירצו להותירו על כנו. נושאי הסכם רותם 1 יכולים בהחלט להתברר בהליכים משפטיים בבית הדין לעבודה, אך רצוי שהבירור יעשה בהליכים אינדיבידואליים ולא בהליכים 'ייצוגיים' שיש להם אופי כובל, כאשר לפסק הדין שיינתן בהם יש תוקף של 'מעשה בית דין'".

הנה כי כן, זהו המקרה בו על בית הדין להזהיר עצמו מפני הסיכונים הכרוכים באישור תובענה ייצוגית, שמא השימוש בכלי זה אינו עולה בקנה אחד עם האינטרסים של כלל חברי הקבוצה. בנסיבות אלה, על פני הדברים, קיים קושי לקבוע כי התקיים הנדרש בסעיף 3(8) לחוק תובענות ייצוגיות לפיו "קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת"

69. בעניין זילברג הגיש התובע, אשר שימש כניצב בצילומים, בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית נגד המשיבה אשר שימשה כסוכנת ניצבים, להכרה ביחסי עבודה ולזכויות כספיות שונות. בית הדין האזורי לעבודה קבע כי לא התקיים התנאי לפיו תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, וזאת בשל כך שישנו שוני עובדתי בין חברי הקבוצה וכי ישנן שאלות שונות בין חברי הקבוצה אשר מחייבות בירור פרטני.⁷⁷ ערעור שהוגש לבית דין נכבד זה נדחה ונקבע כי פסק הדין ראוי להתאשר מטעמים, תוך שצוין כדלקמן:⁷⁸

"בדין קבע בית הדין קמא כי תובענה ייצוגית אינה דרך הבירור היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. בנסיבות המקרה שבפנינו, עולות שאלות של עובדה ומשפט לגבי אותם רבבות שהיו רשומים כניצבים אצל המשיבה, שאלות המחייבות בירור פרטני הן לעניין קביעת יחסי עובד ומעביד, הן לעניין מיהות המעביד והן לעניין הזכאויות השונות."

70. מקרה נוסף מהעת האחרונה הוא עניין המרכז הארצי לבחינות ולהערכה.⁷⁹ בהליך זה נדונה בקשה לאישור

⁷⁷ (ת"א) 1555/10 דמ"ש (ת"א) 1555-10 עו"ד עמית זילברג נ' במרום הפקות בע"מ, פסקה 18 (נבו 24.5.2013) בין היתר נקבע שם: "ראשית מוכנים אנו להניח לטובת המבקש, שהוא שיכנע אותנו 'במידת הסבירות הראויה' (ע"פ 629/07 וירון נ' תבל אבטחה נקיון ושירותים בע"מ (3.1.11)) בסיכוי הטוב שנכיר בו, במסגרת תביעתו האישית, כמי שהיה עובד של המשיבה. זאת, על פי המבחנים שבפסיקה, ובין היתר בשים לב לעובדה שהעסקתו נעשתה במתכונת זהה לזו שבה הועסק מר קורלק, שכאמור לעיל הוכר כעובד המשיבה על ידי בית דין זה. ברם, אפילו נניח כך, אין כל סיבה להניח שנגיע למסקנה זהה לגבי כלל חברי הקבוצה אותה הוא מבקש לייצג, דהיינו לגבי כל מי שמילא תפקיד של ניצב במשיבה מאז הקמתה בשנת 2004. למעשה, להיפך. מהראיות שבתק עולה בבירור שלפחות במקרה של חלק ממי שמילאו תפקידי ניצב באמצעות המשיבה לאורך השנים לא התקיימו יחסי עובד ומעביד [...]"

⁷⁸ ע"ע (ארצי) 54755-06-13 עמית זילברג נ' במרום הפקות בע"מ (נבו 27.05.2014).

⁷⁹ בר"ע (ארצי) 68719-11-22 מרכז ארצי לבחינות ולהערכה - הנרי קליין (נבו 26.9.2023) להלן: "עניין המרכז הארצי לבחינות ולהערכה".

ניהול תובענה כייצוגית, אשר במרכזה עמדה שאלת מעמדם וזכויותיהם של מי שמשמשים כמשגיחים בבחינות פסיכומטריות ואחרות שמקיים המרכז הארצי לבחינות ולהערכה במוסדות להשכלה גבוהה. בבסיס התובענה עמדה הטענה כי בין המשגיחים לבין המשיבה, "מרכז ארצי לבחינות ולהערכה", התקיימו יחסי עבודה ומכאן נגזרת זכאותם לזכויות כספיות שונות. בית הדין האזורי לעבודה קיבל את הבקשה לאישור ניהול תובענה ייצוגית ודחה את הטענה כי התובענה אינה מתאימה להתברר בדרך של תובענה ייצוגית. בנוגע להעדר אחדות בין חברי הקבוצה, נקבע כי: **"לא עלה בידי המשיבה להצביע על שונות מובהקת בין חברי הקבוצה המשליכה על קיומה של עילת תביעה"**⁸⁰ ובדומה לכך נקבע במקום אחר:⁸¹ **"ההבדלים עליהם הצביעה המשיבה, הגם שיחייבו בירור פרטני בשאלת הסעד שיינתן לכל אחד, אינם חורגים מהבדלים מובנים בין עובדים במקום עבודה, ולא מצאנו שבנסיבות עניינו בירור זה עלול למנוע מההליך הייצוגי להיות הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין"**. בהתייחס לטענת המשיבה בדבר קיומם של אינטרסים מנוגדים בין חברי הקבוצה, הסתפק בית הדין בהפניה על דרך הציטוט להחלטתו של בית הדין קמא בעניינו שאבחנה את התובענה שלפניו מעניין סמוכה, תוך שהוא מציין כי הדברים מקובלים עליו.⁸²

71. המשיבה שם, המרכז ארצי לבחינות ולהערכה, הגישה בקשת רשות ערעור על החלטת בית הדין האזורי לעבודה. בית דין נכבד זה קיבל את הערעור וביטל את ההחלטה לאשר את התובענה הייצוגית, בהתאם להסכמת הצדדים לקבל את המלצת בית הדין לפיה:⁸³

"... הערעור יתקבל וייקבע שלא היה מקום לאישור התובענה הייצוגית בנסיבות המקרה, וזאת בהתחשב בסיכוי הנמוך שייקבע כי ההתקשרות הספורדית שבין המרכז לבין המשגיחים בהתחשב בכלל הנסיבות המיוחדות וההיקף המצומצם של ההתקשרות (שהוא לעיתים אף חד פעמי), היא התקשרות מסוג יחסי עובד מעסיק."

72. לשם שלמות התמונה בית הדין הנכבד יופנה לפסק דין נוסף שבו הייתה התייחסות אגבית לסוגיה. בת"צ (ת"א) 2000-04-12 **טל שגב נ' מדינת ישראל** (8.10.2015), נדונה בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית במסגרתה נטען כי סטאז'רים לרפואה זכאים לשכר בגין ארבעה ימים בהם השתתפו בסדנת אוריינטציה המהווה תנאי לתחילת הסטאז' בבתי החולים אליהם שובצו עם תום פרק הלימודים בבתי הספר לרפואה. בית הדין האזורי לעבודה דחה את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית מטעמים שונים, ובבחינת למעלה מן הצריך הוסיף את הנימוק לפיו:⁸⁴ **"ספק בעינינו אם תובענה ייצוגית היא ההליך הדיוני המתאים והיעיל כאשר אחת השאלות העומדות לדיון היא קביעה של סטטוס (יחסי עובד – מעביד)"**.

73. ניתן לסכם, כי בכל המקרים שנמצאו בהם נדונה בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית בעילה של הכרה ביחסי עבודה, לא אושרה התובענה כייצוגית, כאשר ניתן להצביע על **שני נימוקים עקרוניים** לדחיית הבקשה. **האחד**, עניינו בדבר קיומה של שונות אפשרית בין חברי הקבוצה המצריכה עריכת בירור פרטני ולפיכך תובענה ייצוגית אינה דרך הבירור היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת (כך בעניין **זילברג**). **השני**, נשען על קיומם של אינטרסים שונים בין חברי הקבוצה, אשר אינם בהכרח מעוניינים בתוצאה שאותה מבקשת התובענה הייצוגית להשיג ולפיכך אין יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת (כך בעניין **סמוכה**).

⁸⁰ ת"צ (ת"א) 52319-11-19 הנרי קליין – מרכז ארצי לבחינות ולהערכה פסקה 72 (נבו 24.11.2022).

⁸¹ שם, בפסקה 86.

⁸² ראו שם, בפסקה 89.

⁸³ עניין המרכז הארצי לבחינות ולהערכה.

⁸⁴ ת"צ (ת"א) 2000-04-12 **טל שגב נ' מדינת ישראל**, פסקה 37 (נבו 8.10.2015).

פרק ג – עמדת היועצת המשפטית לממשלה

74. כאמור לעיל, בבסיסה של התובענה דנא, מונחת הבקשה להכרה בקיומם של יחסי עבודה בין כל אחד מחברי הקבוצה לבין המבקשת.

75. ראש וראשון יאמר, כי אין חולק שהמחוקק לא החרוג את התביעה להכרה בקיומם של יחסי עבודה מבין העילות שבגינן ניתן להגיש תובענה ייצוגית. התוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות מפרטת תביעות שניתן להגיש בהן בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית. בין התביעות נמנתה בפרט 10(1) לתוספת השנייה: **"תביעה בעילה אשר לבית דין אזורי לעבודה הסמכות הייחודית לדון בה לפי סעיף 24(א)(1), (א1) או (3) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969"**. סעיף 24(א)(1) מסמך את בית הדין האזורי לעבודה לדון בתובענות שעילתן ביחסי עבודה **"לרבות השאלה בדבר עצם קיום יחסי עבודה"**.

76. ברם, בכך שמדובר בעילה המנויה בתוספת השנייה לא די. יש לבחון את התקיימותם של התנאים הנדרשים לאישור התובענה כייצוגית כקבוע בחוק.

77. ולענייננו. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, בחינה של התנאים שצריכים להתקיים כדי שניתן יהיה לאשר ניהול תובענה כייצוגית **בנסיבות המקרה דנן** מביאה לכלל מסקנה כי לא היה מקום לאשר את ניהול התובענה כייצוגית באופן שבו אושרה.

78. בקצירת האומר יבואר כבר כעת כי המבחנים לקיומם של יחסי עבודה מחזיקים בתוכם מרכיבים אינדיבידואלים מובהקים שלאורם יש להוכיח את עילת התביעה. כאמור, מצב ממין זה הוכר בפסיקה כמקיים שונות בין חברי הקבוצה שמביאה לכך שלא מתקיים התנאי לפיו תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. ודוק; ככל שהיה מונח לפני בית הדין בסיס עובדתי שלאורו ניתן היה להניח כי חרף זאת שהמבחנים עצמם מכילים מרכיבים אינדיבידואלים מובהקים, קיימת זהות ממשית בנוגע לאותם המרכיבים בין כל חברי הקבוצה כפי שהוגדרה בבקשה לאישור או למצער ביחס לקבוצה קונקרטית מוגדרת שניתן לנהל בעניינה הליך ייצוגי יעיל, כדי כך שהדבר היה מיותר את הצורך לבחון אותם באופן אינדיבידואלי, ייתכן וניתן היה בנסיבות המתאימות להתגבר על הקושי האמור ולקבוע שמתקיים תנאי היעילות וההוגנות בניהול התובענה כייצוגית ביחס לקבוצה מתאימה. אולם, על פני הדברים לא זו בלבד שלא הונחה תשתית עובדתית כזו, אלא שנוסף על כך הפלטפורמה עצמה מאפשרת מנעד רחב ביותר של אפשרויות בחלק מהמרכיבים האינדיבידואלים שמשפיעים על הוכחת עילת התביעה. הנה כי כן, מתקיימת בנסיבות המקרה דנן שונות הנוגעת לעצם הוכחת העילה הן ביחס לנסיבות העובדתיות הפרטניות האפשריות בענייננו של כל שליח והן באופני ההתקשרות שלו עם המבקשת.

79. לצד זאת, נוסף ונטעים כי לא ניתן להתעלם מכך שהתובע הייצוגי מבקש הלכה למעשה להחיל על כל חברי הקבוצה שינוי יסודי ומהותי בתנאי ההתקשרות בינם לבין המבקשת.

לעמדת היועצת המשפטית לממשלה יש קושי ממשי לראות בתובע הייצוגי כמי שיכול לחייב את כל חברי הקבוצה בשינוי תנאי החוזה שיש להם עם המשיבה, באופן אשר מטיל עליהם נטל חדש או שונה מזה שקיבלו על עצמם בעת שהתקשרו בחוזה. זאת, במיוחד מקום בו התובע הייצוגי מבקש לחולל שינוי מהותי ויסודי בטיבה ומהותה של הגדרת ההתקשרות, בדמות הגדרת יחסי הצדדים כיחסי עבודה, ואשר לו השלכות פוטנציאליות רחבות הן ביחסים שבין השליח למבקשת והן מול צדדים שלישיים. הקושי האמור מקבל משנה תוקף בנסיבות בהן מדובר בהתקשרות בעלת מאפיינים השונים ממערכת יחסי עבודה במתכונת מסורתית.

על רקע זה יש קושי ממשי בנסיבות המקרה דנן, להכיר במעמדו של תובע ייצוגי שיוביל מהלך ממין זה. כך

בפרט, מקום בו ידוע כי הוגשו בפועל תביעות פרט של שליחים של וולט להכרה ביחסי עבודה;⁸⁵ ובהינתן שלבתי הדין לעבודה מוגשות תביעות להכרה ביחסי עבודה כדבר שבשגרה.

80. במאמר מוסגר יצוין כי אין באמור בעמדה זו משום הבעת עמדה בדבר הצורך או היעדר הצורך בקיומם של מבחנים ייחודיים או התאמתם של מבחנים קיימים לבחינת יחסי עבודה בצורות התקשרות חדשות ולא שגרתיות כחלק מ"כלכלת הפלטפורמה". כאמור, בית הדין קמא קבע כי אף שכלכלת הפלטפורמה הינה מודל התקשרות שונה, ניתן ליישם עליו את המבחנים המסורתיים לבחינת קיומם של יחסי עבודה, כפי שנהגה הפסיקה לאורך השנים.⁸⁶ בהתאם לכך בחן בית הדין קמא האם מתקיימים התנאים המתחייבים בדין לאישורה של תובענה כייצוגית וכך נעשה גם כעת.

ג.1 לא ניתן לקבוע כי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין

81. היועצת המשפטית לממשלה סבורה כי הקושי המרכזי במקרה שלפנינו באישור התובענה כייצוגית נעוץ בכך שלא ניתן לקבוע כי בנסיבות המקרה דנן תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.

82. ככלל, ההכרעה בשאלה אם מתקיימים יחסי עבודה, היא עילת התביעה שביסוד ההליך דנן, נעשית על סמך מכלול הסממנים ועובדות המקרה הספציפי באמצעות החלת המבחנים המקובלים בפסיקה, ולאחר שקלול כלל הממצאים המתקבלים מהחלטתם של מבחנים אלה.⁸⁷

83. המבחנים הנוהגים הנדרשים להוכחת עילת התביעה של הכרה ביחסי עבודה, שהוצגו בהרחבה לעיל, הם המבחנים המרכיבים את "המבחן המעורב", שבבסיסו נמצא מבחן ההשתלבות על שני פניו: הפן החיובי והפן השלילי. בצידו של מבחן ההשתלבות מצויים מבחני משנה ובהם, בין היתר, מבחן משך ורצף ההתקשרות, צורת תשלום השכר ואופן ניכוי תשלומי החובה, ביצוע העבודה באופן אישי, תלות כלכלית ועוד.

84. כנוכח לעיל, במסגרת הפן החיובי של מבחן ההשתלבות נבחנות השאלות האם קיים מפעל יצרני שמבצע העבודה יכול להשתלב בו, האם הפעולה המבוצעת על ידו חיונית לפעילות המפעל, והאם הוא משתלב במערך הארגוני של המפעל. יתכן כי היבטים אלה של מבחן ההשתלבות בפן החיובי יכולים היו להתברר לגבי חברי הקבוצה במסגרת תובענה ייצוגית בהינתן שמדובר בתפקיד השליחים, במסגרת התקשרות דומה ובהיעדר שוני אינדיבידואלי רלוונטי.

85. ואולם, בצד הפן החיובי של מבחן ההשתלבות מצוי גם הפן השלילי של מבחן זה. כפי שקבע בית הדין קמא:⁸⁸ **"במסגרת מבחן ההשתלבות (הפן השלילי) נבחן האם לשליח היה עסק למתן שירותים שאותם העניק גם לחברות אחרות, האם עבודת השליח היא חלק מעסקו העצמאי והאם השליח נושא ברווחים וסיכונים של עסקו".** אם כן, הפן השלילי של מבחן ההשתלבות, המהווה חלק בלתי נפרד והכרחי להוכחת עילת התביעה, ממקד את המבט במאפיינים אינדיבידואליים מובהקים של מבצע העבודה. **בנסיבות המקרה שבפנינו, לא הונחה תשתית עובדתית שממנה ניתן להסיק שהמאפיינים האינדיבידואליים האמורים לגבי כלל חברי הקבוצה, כפי שהוגדרה ואשר לפי האמור בהחלטה מונה כ-10,000 שליחים (או ביחס לקבוצה קונקרטי מוגדרת שמתאימה להליך ייצוגי), הם בהכרח זהים או דומים כדי כך שהדבר מנטרל את הצורך לבחון אותם באופן פרטני כחלק מיישום הפן השלילי של מבחן ההשתלבות.**

⁸⁵ ראו ב- "בקשה להצטרף לדיונים על דרך של הגשת עמדה בכתב", אשר הוגשה על ידי 28 שליחים בהליך זה ביום 22.1.2023, שם מפנים אותם 28 השליחים לסעיף 31842-05-22 שהגישו נגד המבקשת "בטענה כי וולט שימשה כמעסיקתם בפועל"; כמו כן ראו את החלטת בית הדין הנכבד מיום 24.1.2023 על בקשת הצטרפות זו. ככל הידוע, טרם נתנה הכרעה בתובענה שהגישו 28 השליחים.

⁸⁶ סעיף 9 להחלטה, בעמוד 22.

⁸⁷ וכבר נקבע, כי יש קושי מובהק לקביעת קיומם של יחסי עבודה באופן קולקטיבי לגבי מפעל מסויים "אלא כי יש לבדוק זאת באופן פרטני בהתאם למבחני הפסיקה". ראו, לדוגמה, בע"ע (ארצי) 30279-05-19 חיים זר – מת"ש - מרכזי תעסוקה שיקומיים בע"מ (10.10.2021) בפסקה 64 לפסק דינה של כבוד השופטת דוידוב-מוטולה; כן ראו שם בפסקה 78; וכדוגמה מעשית, ראו בע"ע (ארצי) 1076/04 מדינת ישראל נ' אדם שוב ואח' (11.7.2005), שם נדונה הכרה בקיומם של יחסי עבודה בנוגע ל-26 תובעים, תוך דיון פרטני (ראו בפסקאות 3-1 לפסק דינו של כבוד השופט צור, וכן פסקה 2 לפסק דינו של כבוד הנשיא אדלר).

⁸⁸ סעיף 62 להחלטה.

86. בית הדין קמא לא נתן דעתו לדברים האמורים על אף שהכיר בכך שכלל השליחים היו רשאים לעבוד בחברה מתחרה, וכי המשיבה אף הוסיפה סעיף להסכם ההתקשרות הקובע כי היא איננה מגבילה את השליח מלבצע שליחויות לצדדים שלישיים או לנהל עסק אחר.⁸⁹ בנסיבות אלה, ברי כי יכולה להתקיים שונות עובדתית רבה בין שליחים שונים בהיבט זה.

87. תחת זאת, הסיק בית הדין קמא מסקנות כוללניות המניחות קיומו של "שליח ממוצע" בהתבסס על גילם של חלק משמעותי מהשליחים. כך נקבע על ידי בית הדין קמא כי:⁹⁰ **"פתיחת עסק עצמאי ע"י השליח הממוצע היא פיקציה שכן ברי כי חייל בשירות סדיר, לא יחפץ בפתיחת עסק לצורך ביצוע שליחות. וולט כפתה על השליחים צורת התקשרות זו"**. יישום הפן השלילי של מבחן ההשתלבות במסגרת בחינת קיומם של יחסי עבודה לקבוצה המונה כ-10,000 איש על בסיס הנחות כוללניות מעין אלו היא מהלך מרחיק לכת שאינו מתיישב עם ההלכה הפסוקה.

88. לא זו אף זו, בחינה עובדתית פרטנית של מאפיינים הנדרשים ליישומם של הפן השלילי של מבחן ההשתלבות על-ידי בית הדין קמא העלתה הלכה למעשה ממצאים עובדתיים שונים מהותית בין כל אחד מקרב שלושה שליחים שעניינם נבחן (המשיב ושניים ממגשי העמדה בהליך קמא).⁹¹

89. אם כן, המסקנה העולה מדברים אלה בנוגע לחשיבותה של הבחינה הפרטנית בעת יישום הפן השלילי של מבחן ההשתלבות, היא כי ניהול התובענה דגן כייצוגית אינו הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.

90. הוא הדין גם לגבי מבחני משנה נוספים המרכיבים את המבחן המעורב, אשר מכילים מרכיבים אינדיבידואליים מובהקים.

91. כך, בעניין מבחן משך ההתקשרות ורצף ההתקשרות.⁹² בהקשר זה מקובל בפסיקה, כי ככל שההתקשרות בין הצדדים נפרסה על פני זמן ממושך יותר, הדבר עשוי להוות אינדיקציה התומכת בקיומם של יחסי עבודה בין הצדדים להתקשרות.⁹³ זאת, בהתחשב כך שבתקופת התקשרות ממושכת יש כדי לחזק אלמנטים של תלות אישית ומחויבות של מבצע העבודה.⁹⁴ בצד זאת, הודגש בפסיקה כי לא די במשך התקשרות ארוך על מנת ללמד על קיומם של יחסי עבודה בין הצדדים, אלא נדרש שתהיה זו התקשרות רציפה וסדירה.⁹⁵ למעשה, התקשרות סדירה עקבית וממושכת מעידה על כוונת הצדדים להתקשרות ולמהות הקשר ביניהם,⁹⁶ ונותנת ביטוי למידת המחויבות במסגרת ההתקשרות.⁹⁷

⁸⁹ סעיף 64 להחלטה.

⁹⁰ סעיף 67 להחלטה.

⁹¹ ראו בסעיפים 65, 69-70 להחלטה. אשר למשיב עצמו נקבע, כי מספר שנים עובר להתקשרותו עם המבקשת, פתח המשיב תיק עוסק מורשה, וכי במקביל לעבודתו כשליח הוא עבד בחלק מהזמן כמנהלן; אשר למר קושנירנקו, שהיה אחד מבין מגישי העמדה בהליך שהתנגדו לאישור התובענה כייצוגית, נקבע כי זה "נתן במקביל שירותי שליחות באמצעות אפליקציית פיקפק וכן נתן שירותים נוספים אחרים שאינם שירותי שליחות"; אשר למגיש העמדה מר אזולאי, נקבע כי זה היה בעל עסק עצמאי אך בית הדין קמא הוסיף וקבע, כי "הזריות בה הגיש את הבקשה להגיש עמדה, ימים בודדים בלבד לאחר שהחל לשמש כשליח של וולט, מעוררת תמיהות אם לא למעלה מזה לגבי הטעמים לעבודתו בוולט, מעמדו בתיק והיותו משקף את מרבית השליחים המתקשרים עם המשיבה".

⁹² ראו, למשל, דבריו של בית הדין זה בעס"ק (ארצי) 5445-01-22 הסתדרות העובדים הכללית החדשה - האגף להתאגדות עובדים - סופר-פארם (ישראל) בע"מ, פסקה 96 (30.8.2023), בעניין מבחני העזר לקביעת זהות המעסיק: "הקושי נוצר בשל העובדה שחלק ממבחני העזר המוזכרים לעיל הינם מבחנים פרסונליים אשר בחינתם צריכה להיעשות במישור יחסיים קונקרטיים בין שני צדדים, ובחינתם בעייתית כאשר אנו מדברים על קבוצה גדולה של עובדים, כך לדוגמה לגבי השאלה הנוגעת למשך ההתקשרות בין הצדדים, שהרי הדבר משתנה כמובן בין עובד לעובד".

⁹³ זה המקום להעיר כי על פני הדברים, שגה בית הדין קמא בסעיף 111 להחלטה בקביעתו כי: "אם כן, דווקא תקופת ההתקשרות הקצרה מעידה אף היא על קיומם של יחסי עבודה בין הצדדים" וכתוצאה מכך נמשכה השגיאה גם בסעיף 113 להחלטה בקביעה: "המבקש הועסק על ידי המשיבה חודשים בודדים. דבר זה בין השאר מעיד על קיום יחסי עבודה בינו לבין המשיבה".

⁹⁴ ע"ע (ארצי) 1466/04 תדיראן בע"מ נ' ברנדה קרסנטי בפסקה 19 לפסק הדין.

⁹⁵ ראו עניין שמואל מור, בפסקה 10 לחוות דעתו של כבוד השופט גולדברג.

⁹⁶ ע"ע (עבודה ארצי) 300274/96 צדקא - מדינת ישראל - גלי צה"ל, לון (2001) 625, בפסקה 8 לחוות דעתה של השופטת ארד (2001).

⁹⁷ ראו דברי כבוד השופט גולדברג בעניין שמואל מור; דוגמה מעשית ליישומם של מבחן זה ראו בע"ע (ארצי) 176/09 זיו'ט מואב נ' תפנית וינד בע"מ פסקה 9 לפסק דינה של כבוד השופטת (כתוארה דאז) וירט-לבנה (נבו) 9.11.2010.

92. ברי, כי יש קושי מובנה בנסיבות המקרה דנן לקבוע ממצאים קולקטיביים בעניין מסוג זה. יפים לעניין זה דבריו של בית דין נכבד זה בהתייחס למשך ההתקשרות כמבחן עזר לקביעת זהות מעסיק, בהדגישו כי מדובר במבחן פרסונלי שבחינתו צריכה להיעשות במישור היחסים הקונקרטיים שבין עובד למעסיק: ⁹⁸ "הקושי נוצר בשל העובדה שחלק ממבחני העזר המוזכרים לעיל הינם מבחנים פרסונליים אשר בחינתם צריכה להיעשות במישור יחסים קונקרטיים בין שני צדדים, ובחינתם בעייתית כאשר אנו מדברים על קבוצה גדולה של עובדים, כך לדוגמה לגבי השאלה הנוגעת למשך ההתקשרות בין הצדדים, שהרי הדבר משתנה כמובן בין עובד לעובד".

93. הנה כי כן, גם מבחן משך ההתקשרות ורצף ההתקשרות שהינו חלק ממבחני המשנה להוכחת עילת התביעה מכיל מרכיבים אינדיבידואליים, אשר לפי ההלכה הפסוקה יוצר שונות בין חברי הקבוצה הנוגעת לעילה ומביאה לכך שלא ניתן לקבוע שהדרך היעילה וההוגנת לדון בתביעה היא בדרך של תובענה ייצוגית. גם כאן נכונה האמירה כי ככל שהיה מונח לפני בית הדין בסיס עובדתי שלאורו ניתן יהיה להניח כי קיימת זהות או דמיון ממשי בנוגע למרכיבי משך ההתקשרות ורצף ההתקשרות בין כל חברי הקבוצה או בין חברי קבוצה קונקרטית מוגדרת שמתאימה להליך ייצוגי, עד כדי כך שהדבר מייתר את המרכיב האינדיבידואלי במבחן, ניתן היה להתגבר על הקושי האמור. ואולם, גם בנדון זה לא הונחה תשתית עובדתית כזו. לא זו אף זו; הפלטפורמה מאפשרת לכל שליח להחליט אם ומתי הוא מתחבר לאפליקציה ומקבל על עצמו שליחות ומתוך שכן נוצר מניח וביה מנעד רחב ובלתי מוגבל של שונות פוטנציאלית בכל הנוגע למשך ההתקשרות ורצף ההתקשרות.

94. הדברים האמורים לעיל יפים גם לעניין מבחן התלות הכלכלית. התלות הכלכלית נבחנת, כאמור, בהתאם להיקף פעילותו הכלכלית של הפרט במפעל לעומת היקף פעילותו הכלכלית מעבר לכך. גם כאן, מדובר במבחן המתבסס על מרכיבים אינדיבידואליים ולא הונחה תשתית מספקת שלאורה ניתן להסיק כי מתקיימת זהות בין חברי הקבוצה בנוגע לכך, או שקיימת קבוצה קונקרטית מוגדרת בעלת זהות כאמור, שניתן לנהל הליך ייצוגי יעיל ביחס אליה.

95. בנוגע למבחן התלות הכלכלית קבע בית הדין קמא כי: ⁹⁹ "לטענת המשיבה, השליחים היו רשאים לעסוק בפעילויות נוספות ואף עשו זאת. לטענתה, מחצית מהשליחים עובדים במשרה מלאה או חלקית במקומות עבודה אחרים. כמו כן, לשליחים האפשרות לבחור את היקף השעות שיעבדו. כ-85% מהשליחים זמינים מבחירה לקבל משלוחים בהיקף שעות הנמוך מ-50% משרה, היקף השעות הממוצע בקרב כלל השליחים שווה לכ-26% משרה בלבד. משמע, הם אינם תלויים כלכלית בוולט. איננו מסכימים עם מסקנת המשיבה בדבר היעדר תלות כלכלית. עבודה נוספת במקומות אחרים ופעילויות נוספות אינן מעידות בהכרח על היעדר תלות כלכלית והדבר תלוי גם בהיקף הפעילויות הנוספות והיקף ההכנסה מהן." ואכן, אין בנתונים שהובאו לפני בית הדין קמא כדי להעיד בהכרח על תלות כלכלית או היעדר תלות שכזו. הכרעה בשאלה זו תוכל להתקבל על בסיס בירור עובדתי פרטני, אשר ממצאיו ישוקללו כמכלול עם שאר הממצאים, אשר חלקם כאמור מצריכים בחינה פרטנית אף הם.

96. על יסוד הדברים האמורים, מתבקשת המסקנה כי בנסיבות המקרה שלפנינו, יישומם של המבחנים לקיומם של יחסי עבודה מצריך בחינה עובדתית ביחס לכל שליח, ועריכת שקלול של מכלול הממצאים והנסיבות, שכן ההכרעה לגבי כל אחד מחברי הקבוצה צריך שתיעשה על פי "התמונה הכוללת כפי שעולה מן הנתונים העובדתיים וכפי שהיא נבחנת על פי מבחן מעורב הכולל את כל המבחנים כולם".¹⁰⁰

⁹⁸ עסי"ק (ארצי) 5445-01-22 הסתדרות העובדים הכללית החדשה - האגף להתאגדות עובדים - סופר-פארם (ישראל) בע"מ, סע' 96 (30.8.2023).

⁹⁹ סעיפים 60-61 להחלטה.

¹⁰⁰ ע"ע (ארצי) 414/05 שלמה בן חיים נ' כדורי פיתוח עירוני בע"מ, פסקה 6 (8.1.2007).

97. הכרעה לגבי כלל חברי הקבוצה על בסיס בחינת עניינו של התובע הייצוגי לבדו או הסקת מסקנות כוללניות ביחס ל"שליח ממוצע", איננה עולה בקנה אחד עם אופיים של המבחנים בדבר קיומם של יחסי עבודה אשר מכילים מרכיבים אינדיבידואליים מובהקים ולכן יוצרים שונות שנוגעת להוכחת עילת התביעה. ודוק; השוני הנוגע למכלול המבחנים שהוצג לעיל בין חברי הקבוצה אינו נוגע רק לנתונים שניתן להניח כי הם מצויים בידיעת המבקשת (זאת להבדיל מנתונים הקשורים לחישוב הסעד למשל). יישום המבחנים לבחינת יחסי עבודה מחייב התייחסות לנתונים אינדיבידואליים אלו ואף עשוי להצריך קיום הליך הוכחות ושמיעת ראיות (כפי שנעשה במסגרת הליכי פרט בתביעות להכרה ביחסי עבודה, ובדומה לנעשה בעניינו של התובע הייצוגי בענייננו).

98. סיכומו של דבר, בנסיבות המקרה שלפנינו לא הונחה תשתית עובדתית שמלמדת כי מתקיימים זהות או אף דמיון באותם מרכיבים רלוונטיים ביחס לחברי הקבוצה כפי שהוגדרה בבקשת האישור, אשר יכולה הייתה לנטרל את המרכיב האינדיבידואלי שלאורו יש להוכיח את עילת התביעה, ולכן לא ניתן לקבוע כי ניהול התביעה כתובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת בנסיבות העניין.

כך, בראי היעילות, מכיוון שלשם הכרעה בתובענה כפי שאושר לנהלה, ממילא נדרשת עריכת בירור עובדתי ודיון פרטני בנוגע לכל אחד מחברי הקבוצה, הרי שאין יעילות ממשית לדון במחלוקת באמצעות הליך של תובענה ייצוגית כאשר זו תפוצל לדיונים פרטניים. בנוגע לדרישת ההוגנות, הרי שלא יהיה זה הוגן להכריע במחלוקת ללא עריכת דיון ובירור פרטני בנוגע לכל אחד מחברי הקבוצה. מבחינתם של חברי הקבוצה, תוצאת התובענה הייצוגית עשויה להקים נגדם מעשה בית דין, בלא שיתאפשר להם להוכיח את תביעתם לפי נסיבותיהם הפרטניות. ומבחינת הנתבע, ככל שלא ייערך דיון פרטני בנוגע לחברי הקבוצה, קיים חשש שהדבר יהווה פגיעה של ממש באפשרותו להעלות טיעוני הגנה שונים ולהוכיחם.

99. בצד דברים אלה, יוטעם כי הרעיון המסדר העומד ביסוד ההכרה בתובע ייצוגי הוא שהתובע הייצוגי יזכה את הקבוצה בזכויות ויפעל לממש את האינטרס המשותף של חבריה: **"התובענה הייצוגית מאפשרת לאחד את האינטרס של כלל הנפגעים ויוצרת תמריץ להגשת תובענה. מכשיר התובענה הייצוגית משרת לא רק את האינטרס הפרטי של הנפגעים, אלא גם את האינטרס הציבורי בכך שהוא מרתיע מזיקים פוטנציאליים מפני הפרת הוראת החוק, גם כאשר מדובר בהפרות חוק קטנות"**.¹⁰¹ הנחה זו גלומה גם בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע, כי על-מנת לאשר תובענה כייצוגית, עליה לעורר שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה וכי **"... יש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה"**.¹⁰² על יסוד כך מוכר מעמדו של התובע הייצוגי כמי שמייצג את כל מי שנמנה על הקבוצה אף שאלה לא ייפו את כוחו לייצגם.

100. בית דין נכבד זה הכיר בחשיבותו של עקרון זה ונמנע מאישור ניהול תובענות כייצוגיות במקרים שבהם סבר כי עולה חשש שהתובענה עלולה שלא לשרת את האינטרס של חלק מחברי הקבוצה או שהשלכותיה עשויות לפגוע בחלקים ממנה.¹⁰³

101. ולענייננו, הכרה בקיומם של יחסי עבודה היא אירוע משמעותי בהתקשרות בין שני צדדים. **כפי שבואר, מהגדרת מבצע העבודה כעובד ומהגדרת יחסי ההתקשרות כיחסי עבודה נובעת מערכת ייחודית של זכויות וחובות, במסגרתה זכאי העובד לזכויות וחב בחובות. להגדרה זו השלכות הן לגבי מערך הזכויות והחובות בין הצדדים ליחסי העבודה, והן ביחסים בינם לבין רשויות שונות וצדדים שלישיים.**

¹⁰¹ מתוך דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, הצעות חוק- הכנסת 93, י"ט בתמוז התשס"ה, 26.7.2005, בעמוד 232.

¹⁰² הנחת יסוד זו נמצאת כמובנת מאליה ומצויה לא רק בסעיף 8(א)(1) לחוק אלא גם בסעיפים 8(א)(3) ו-4(4) המבקשים להגן על האינטרסים של חברי הקבוצה שאינם מיוצגים על ידי מיופה כוח מטעמם.

¹⁰³ ראו בעניין סמוכה הנוכח; ע"ע (ארצי) 300031/98 **התעשייה האווירית לישראל בע"מ נ' מורג** (17.1.2000); ע"ע (ארצי) 339/07 **רותי אורן נ' בנק הפועלים בע"מ**, סעיף 21 (18.1.2009).

102. כאמור לעיל, עצם קביעת יחסי עבודה מלווה בשינוי מערכת היחסים בין הצדדים והכללים החלים על הצדדים במערכת זו. כך למשל, כחלק אינהרנטי מקיומם של יחסי עבודה נובעת כפיפות של העובד למעסיק ולממונה עליו ומתוך כך נובעות חובות כלליות שונות כגון חובת ציות של העובד להוראות המעסיק ועוד. לצד זאת, ישנן חובות פרטניות המגבילות את חופש הפעולה של הצדדים ליחסי עבודה, ובתוכן את חופש הפעולה של העובד, כגון: חובה למסור הודעה מוקדמת על פיטורים והתפטרות, קביעת יום המנוחה השבועי, תיאום ימי חופשה מול המעסיק, דיווח על מחלה ועוד. ובכלל, במסגרת יחסי העבודה כפופים הצדדים למערכת נורמטיבית כוללת אשר חלק נכבד ממנה אינו נתון לבחירתו של העובד.

103. כמו כן, כפי שהובהר, לשינוי ההגדרה המשפטית של מבצע עבודה מעצמאי לעובד, ישנן השלכות נוספות בתחומי משפט אחרים, ובין היתר ביחסי העובד מול צדדים שלישיים, כגון רשות המיסים והמוסד לביטוח לאומי. כדוגמה לכך, די אם נציין את ההבדלים בסוגיית ניכוי ההוצאות,¹⁰⁴ ולשם ההמחשה בענייננו, יופנה בית הדין הנכבד לסעיף 4 לתקנות מס הכנסה (ניכוי הוצאות רכב), תשנ"ה-1995 שכותרתו "אי התרת הוצאות לעובד", בו נקבע כי: **"לא יותרו בניכוי הוצאות החזקת רכב שהוצאו בייצור הכנסת עבודה"**.

104. מן האמור עולה, כי קביעה בדבר קיומם של יחסי עבודה בין המבקשת לחברי הקבוצה מהווה שינוי יסודי בהגדרת יחסי הצדדים ואף במעמדם של אותם שליחים שהתקשרו כעצמאיים. לקביעה זו עשויות להיות השלכות מעשיות, נורמטיביות וכלכליות אשר חורגות ממסגרתה של התובענה.

105. לפיכך, לא ניתן להניח כמובן מאליו שכלל חברי הקבוצה חפצים בניהול התובענה בשמם, בתוצאותיה ובהשלכותיה השונות, וכי הכרעה בה, גם אם תתקבל התביעה במלואה ותחיל עליהם מעשה בית דין, בהכרח יטיב עמם לתפישתם.¹⁰⁵ שינוי הגדרת יחסי הצדדים לצד מערכת החובות והזכויות הנלוות לכך, עשויה להיות אף מנוגדת לאינטרסים של מי מחברי הקבוצה אשר אינם מעוניינים בתוצאות הנורמטיביות והמעשיות הנלוות לקביעה בדבר קיומם של יחסי עבודה. הדברים מקבלים משנה תוקף נוכח היקף הקבוצה ושעה שבמקרה מורכב זה שלפנינו הפלטפורמה מציגה צורת התקשרות השונה ממערכת יחסי העבודה המסורתית. על רקע זה, האפשרות שקיימת בכל תובענה ייצוגית לצאת מהקבוצה (בשלב ההחלטה על אישור ניהול התובענה כייצוגית ובשלב של הגשת בקשה לאישור הסדר פשרה- ראו סעיפים 11, 18 לחוק תובענות ייצוגיות), ספק אם די בה כדי לתת מענה למכלול ההיבטים האמורים לעיל. בנוסף, ככלל, המעורבות בפועל של חברי הקבוצה בהליכי תובענות ייצוגיות היא מועטה ולכן קשה יהיה ליחס משקל לכך ששליח לא יבקש לצאת מהקבוצה.

106. כאן המקום להזכיר כי תביעות בנוגע לקיומם של יחסי עבודה מוגשות חדשות לבקרים לבית הדין לעבודה, ונדונות מטבע הדברים בדרך של החלת המבחנים שקבע בית דין נכבד זה כאמור לעיל.

107. ברי, כי מקום בו התובענה הייצוגית עשויה להיות מנוגדת לאינטרסים של חברים בקבוצה, ובמקרה דנן כאשר גודל הקבוצה לגביה מבוקשת הכרה זו מונה כ-10,000 איש, יש קושי לקבוע שעניינם של חברי הקבוצה ייוצג בדרך הולמת או כי תובענה ייצוגית היא הדרך ההוגנת להכרעה במחלוקת, כנדרש בסעיף 8(א)(2) בחוק תובענות ייצוגיות.¹⁰⁶

108. לשם שלמות התמונה יוער, כי במקרים המתאימים, כאשר קיימת עילת תביעה מבוססת לכאורה שעומדת לקבוצה מוגדרת של נפגעים מהתנהלות הנתבע, שאף קיימות בעניינם שאלות מהותיות משותפות, וככל שהסיבה לאי עמידת התביעה בתנאים לאישור ניהול תובענה כייצוגית היא קיומם של אינטרסים מנוגדים בין

¹⁰⁴ ראו ס' 345 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995.

¹⁰⁵ אין מדובר בחשש תיאורטי גרידא, שהרי כבר במסגרת ההליך הוגשה עמדה מטעם שליחים אשר התנגדו לשינוי מודל ההתקשרות עם המשיבה ולהגדרת יחסי הצדדים כיחסי עבודה.

¹⁰⁶ כאמור, בעניין סמוכה, ציין בית הדין לתנאי שבסעיף 8(א)(3) לחוק, אם כי נראה שהוראת סעיף 8(א)(2) מתאימה יותר.

חברי הקבוצה ביחס לעילת התובענה, הרי שניתן לשקול לעשות שימוש במנגנון "תובענה ייצוגית בדרך של הצטרפות" הקבוע בסעיף 12 לחוק תובענות ייצוגיות, אשר מאפשר ניהול תובענה ייצוגית בדרך של הצטרפות (opt in), כך שלא יחול מעשה בית דין על אדם שלא יבחר באופן פוזיטיבי להצטרף לקבוצה המיוצגת ותוצאות ההליך הייצוגי לא יחולו על אדם שלא בחר להצטרף כאמור. כפי שקבוע בסעיף 12 לחוק, ניתן לנהל תובענה ייצוגית בדרך זו רק כאשר קיימת אפשרות סבירה לזהות ולאתר את חברי הקבוצה שבשםם הוגשה הבקשה לאישור, וליידע אותם על אישור התובענה הייצוגית בעלות סבירה.

2. יש קושי גם בהתקיימותו של התנאי לפיו "התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה"

109. כפי שהוצג ברקע העובדתי לעיל, השליחים נבדלים באופני ההתקשרות שלהם מול המשיבה: חלק התקשרו עם המבקשת כנותני שירותים באמצעות עסק עצמאי; חלק אחר מהשליחים התקשרו עם המבקשת כנותני שירות עצמאיים דרך חברות (שאליהן הפנתה המבקשת) המעניקות שירותי חשבונית לשליחים כעצמאיים; וחלק מהשליחים התקשרו עם המבקשת דרך חברות (שאליהן הפנתה המבקשת) שהוציאו לשליחים תלוש שכר כעובדים.

110. כזכור, הקבוצה בענייננו כוללת את כלל השליחים שהתקשרו עם המבקשת החל מיום הקמתה ועד למועד ההחלטה, לרבות אלה "שהועסקו באמצעות תלושי שכר על ידי צדדים שלישיים".¹⁰⁷

111. והנה, בנוגע לקבוצת השליחים שהתקשרו עם המבקשת כנותני שירותים באמצעות עסק עצמאי השאלה המהותית המתעוררת, על מנת להכריע בשאלת קיומם של יחסי עבודה, היא מעמדו של כל אחד מהשליחים כעצמאי או כעובד ביחסיו מול המבקשת. לעומת זאת, בנוגע לקבוצת השליחים שהתקשרו באמצעות חברה שלישית שהוציאה עבורם תלוש שכר כעובדים, עשויה להתעורר שאלה אחרת בדבר זהות המעסיק בין שני מעסיקים פוטנציאליים ביחס לשליחים אלה. מדובר בשאלות עקרוניות שונות, אשר מהן נגזרות גם שאלות עובדתיות ומשפטיות אחרות.

112. באמצעות המבחן המעורב מבוקש לענות על שאלת מעמדו של מבצע עבודה, קרי, האם מבצע עבודה פלוני הוא עובד של מזמין העבודה או שמא מעניק שירותים עצמאי.¹⁰⁸ לעומת זאת, מקרה שונה הוא כאשר מעמדו של מבצע העבודה כעובד אינו שנוי במחלוקת והסוגייה העומדת להכרעה היא מי מבין שניים הוא מעסיקו,¹⁰⁹ כגון במקרים של העסקה שבה שני גורמים (או יותר) הם בעלי פוטנציאל להיחשב כמעסיק.¹¹⁰ בהתאם להלכה הפסוקה, במקרה זה אין להידרש למבחן המעורב אשר מתמקד במעמדו של מבצע העבודה,¹¹¹ שכן יישום המבחן המעורב במקרה זה עשוי להביא לתוצאה שגויה.¹¹² במקום זאת, על מנת לענות על השאלה של זהות המעסיק, פיתחה הפסיקה מבחנים ייחודיים שמטרתם המרכזית היא לבחון את האוטנטיות והלגיטימיות של ההתקשרות מול המעסיק הפורמאלי.¹¹³

113. יובהר, כי הבעייתיות הנעוצה ביסודם של מקרים של העסקה מורכבת היא שתבניות העסקה מסוג זה¹¹⁴ "טומנות אפוא בחובן סכנה להתנערות מהחובה לקיים את זכויותיו של העובד, לאחר שזה כבר קיים את

¹⁰⁷ ראו בעמוד 67 להחלטה; וכן בהחלטת בית הדין קמא מיום 8.9.2022.

¹⁰⁸ ע"ע (ארצי) 36771-01-20 ד"ר רביע איברהים - בית חולים "המשפחה הקדושה", פסקה 19 (נבו 13.8.2020) (להלן: "עניין איברהים").

¹⁰⁹ תב"ע (ארצי) 3-129-שם יוסף הרשקוביץ - מדינת ישראל, פד"ע יב(1) 255, פסקה 6 (1981).

¹¹⁰ ע"ע (ארצי) 33542-11-12 אוניברסיטת בן גוריון - פרופ' דינה פלפל, פסקה 35 (נבו 4.3.2014) (להלן: "עניין פלפל").

¹¹¹ דין מס' מ/3-92 המועצה המקומית ירוחם נ' שמואלי, פסקה 8 (28.12.1986).

¹¹² עניין איברהים בפסקה 21.

¹¹³ עניין איברהים בפסקאות 18-19: "המבחנים החולשים על זיהוי אדם כעובד כשעצם המעמד שנוי במחלוקת (להלן - המבחנים לזיהוי המעמד) שונים מהמבחנים החולשים על זיהוי מעסיקו של עובד (שאין חולק לגבי מעמדו ככזה) המועסק בתבנית העסקה מורכבת, וגדר הספק הוא אם יש לראות במעסיק "הפורמלי" או שמא ב"משתמש" או במי שהעבודה נעשית בחצרו כמעסיקו של אותו עובד (להלן - המבחנים לזיהוי המעסיק). המבחן המרכזי לזיהוי המעמד הוא המבחן המעורב, כשלמבחן ההשתלבות משקל מיוחד בגדרו [...] ואילו, המבחן המרכזי לזיהוי המעסיק במצבים של תבנית העסקה מורכבת הוא מבחן האוטנטיות והלגיטימיות. שכן, האופן בו הגדירו הצדדים את יחסייהם, הגם שיש לו משקל בעת בחינת זיהוי המעסיק, אינו מכריע."

¹¹⁴ ע"ע 54178-11-22 רויאל טאוור הוטל בע"מ נ' VADIM CEBOTARI, פסקה 25 (נבו 12.11.2023).

חלקו בחוזה העבודה, באופן המחייב בחינה מהותית ולא פורמליסטית, של הגורם עליו יש להטיל את האחריות להעסקה." לפיכך, הכלל העומד בבסיס המבחנים שפיתחה הפסיקה לבחינת זהות מעסיק הוא שהמעסיק הוא זה שבינו לבין העובד קיימת התקשרות אותנטית ולגיטימית,¹¹⁵ ולצד זאת אפשרית גם תוצאה המכירה במשתמש ובמעסיק הפורמאלי כמעסיקים במשותף.¹¹⁶ מטרה נוספת שצוינה בפסיקה היא הצבעה על הגורם שמולו מתקיימים יחסי כפיפות ושבידיו השליטה בתנאי העסקה של העובד.¹¹⁷

114. למעשה, לשם בחינת האותנטיות פותחו בפסיקה מבחני עזר שונים¹¹⁸ המיועדים לבחון "האם הלוש הפורמלי בו הולבשה תבנית ההעסקה תואם את העסקה האמיתית שנרקמה בין הצדדים". לצידה, דרישת הלגיטימיות מכוונת לבחון האם ההתקשרות המשפטית בין המשתמש בעבודה לבין הצד השלישי לא נועדה לעקוף או להתחמק מחובות המעביד או לתקנת הציבור¹¹⁹, והאם מתכונת ההעסקה פוגעת בזכויותיו של העובד או גורעת מהן.¹²⁰ למבחנים אלו נוספו מבחני עזר נוספים הבוחנים את השפעת מודל ההעסקה המורכב על תנאי העסקתו של העובד.¹²¹

115. העולה מהאמור הוא, שאופן בחינת זהותו של המעסיק האותנטי בתבנית העסקה מורכבת, שונה מאופן בחינת היותו של אדם עובד או נותן שירותים עצמאי, לכל אחד מאלו מבחנים שונים ושאלות שונות.

116. ואולם, במסגרת החלטתו, הניח בית הדין קמא כי המבחנים לקביעת יחסי עבודה הם המבחנים המשותפים לכלל חברי הקבוצה. אלא מאי, לגבי השליחים שהתקשרו באופן פורמאלי כעובדים שכירים של חברות אחרות, וככל שכך היה, הרי שעל פני הדברים, יש להידרש למבחנים המקובלים לקביעת זהותו של המעסיק בתבנית העסקה מורכבת, השונים, כאמור, מאופן בחינת היותו של אדם עובד¹²². זאת ועוד; יתכן כי על מנת להכריע בשאלת זהות המעסיק במקרים אלה נדרש יהיה לצרף את החברה המעסיקה הפורמאלית להליך, כך שגם זהות הצדדים בהליך עשויה להשתנות בהתאם להבדלים בין השליחים.¹²³

117. לפיכך, בהתחשב בשאלות העובדתיות והמשפטיות השונות, כמפורט לעיל, נראה שיש קושי לקבוע כי מתקיים בתובענה כפי שאושרה על ידי בית הדין קמא התנאי בדבר התקיימותם של שאלות משותפות לכלל חברי הקבוצה כנדרש בחוק ותובענות ייצוגיות.

118. כאמור לעיל, ככלל, בטרם תידחה בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית מחמת היעדר הומוגניות בין חברי הקבוצה, מן הראוי להידרש לאפשרות פתרונה של הבעיה באמצעות שימוש במנגנונים המיועדים לכך בחוק

¹¹⁵ עניין פלפל סעיף 38 לפסק הדין.

¹¹⁶ ע"ע (ארצי) 24256-06-17 מנרב הנדסה ובניין בע"מ - GOITOM TWELDE, פסקה 37 (נבו 9.6.2020); כמו כן ראו ע"ע (ארצי) 478-09 יצחק חסידים נ' עיריית ירושלים, פסקה 32 (נבו 13.1.2011).

¹¹⁷ ע"ע (ארצי) 5445-01-22 הסתדרות העובדים הכללית החדשה - האגף להתאגדות עובדים - סופר-פארם (ישראל) בע"מ, פסקה 84 (נבו 30.08.2023) (להלן: "עניין סופרפארם").

¹¹⁸ ראו פירוט המבחנים בדין (עבודה ארצי) 142-3/נב חסן עליאה אלהרינאת - כפר רות ואח', פד"ע כד (1) 535 (1992) (להלן: "עניין כפר רות"). בפסקה 18, שם נמנו מבחני העזר הבאים: כיצד ראו הצדדים את היחסים ביניהם וכיצד הגדירו אותם; בידי מי הכוח לפטר את העובד ובפני מי עליו להתפטר; מי קיבל את העובד לעבודה ומי משבצו בתפקיד; מי קובע את מכלול תנאי עבודתו של העובד, לרבות את גובה שכרו; מי הנושא בחובה המשפטית לשלם לעובד את שכרו; מי נותן חופשות לעובד וממי עליו לבקש את אישור חופשותיו; כיצד דווחו יחסי הצדדים לרשויות; מכלול הקשרים והזיקות בין הצדדים הרלבנטיים, כגון: מי מפקח על עבודת העובד, למי מדווח העובד על עבודתו, ולמרותו של מי הוא סר; למי הבעלות על הציוד; האם העבודה שלשם ביצועה נשכר העובד נעשית במסגרת עיסוקו העיקרי של המשתמש בעבודה; מידת הרציפות ומשך קשר העבודה (מבחן זה הוא שולי ועשוי להוות לשון המאזנים במקרים גבוליים); האם יש לצד השלישי עסק משלו אשר בו משתלב העובד.

¹¹⁹ עניין כפר רות בפסקה 16.

¹²⁰ ע"ע (ארצי) 24256-06-17 מנרב הנדסה ובניין בע"מ - GOITOM TWELDE, פסקאות 34-35 (נבו 9.6.2020).

¹²¹ בעניין חסידים בפסקה 29 לפסק הדין פורטו המבחנים שלהלן: האם העובד מפסיד ייצוג ארגוני כתוצאה מתבנית ההעסקה, האם משמעות התבנית היא הדרה מתחולה של הסכמים קיבוציים; האם תבנית ההעסקה פוגעת בכבודו של העובד על ידי בידודו; האם היא פוגעת באפשרות קידומו והתפתחותו המקצועית של העובד; והאם ישנה פגיעה באפשרות העובד לקיים מערכת יחסים אישית ואנושית מול מעסיקו; וראו התייחסות למבחנים אלו בעניין סופרפארם בפסקה 83.

¹²² כדוגמה לטענות מסוג זה, ראו את שנטען על ידי 28 שליחים במסגרת "בקשה להצטרף לדיונים על דרך של הגשת עמדה בכתב" אשר הוגשה בהליך.

¹²³ בעניין זה ראו בפסק דינו של בית הדין האזורי בעניין זילברג לעיל, בסעיף 18.

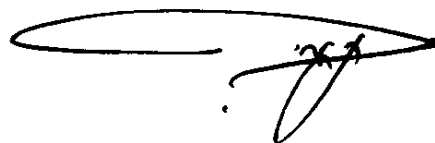
במקרים מתאימים ושתוארו לעיל.¹²⁴ יתכן כי על הקושי הספציפי המובא כאן ניתן היה להתגבר באמצעות הגדרה שונה של הקבוצה. ברם, בהתחשב בכך שבמסגרת ההחלטה לא נערך דיון עובדתי מפורט בנוגע לאופני ההתקשרות השונים ולנסיבות ההתקשרות של כל אחת מהחברות השלישיות, קשה לדעת האם מתקיימים הבדלים רלוונטיים גם בין החברות השונות ונסיבות התקשרויותיהן ומהי משמעותם של הבדלים אלה.

כללו של דבר

על יסוד מכלול הדברים האמורים סבורה היועצת המשפטית לממשלה, כי נפלו טעויות בקביעתו של בית הדין קמא לפיה התקיימו התנאים הנדרשים לאישור התובענה כייצוגית על פי סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, ולא נכון היה לאשר את התובענה כייצוגית באופן שזו אושרה.



מור שלמה מכטה, עו"ד
סגן בכיר במחלקה למשפט העבודה
בפרקליטות המדינה



תמי דקל, עו"ד
סגנית מנהלת המחלקה למשפט העבודה
בפרקליטות המדינה

ג' אלול תשפ"ה
27 אוגוסט 2025

¹²⁴ כך כאמור, בעיה של העדר הומוגניות בעניין קביעת הסעד ניתנת לפתרון באמצעות שימוש במנגנונים הקבועים בסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות ועל בעיית קיומן של שאלות שאינן משותפות בין חברי הקבוצה ניתן להתגבר במקרים המתאימים על ידי פיצול לתתי קבוצות ומינוי תובע מייצג עבורן בהתאם למנגנון הקבוע בסעיף 10(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.