

בעניין:

אור שחם

ע"י ב"כ עוה"ד רונן בן צבי ו/או משה וקרטי ו/או מיכל גורן  
מרח' בן גוריון 8, קומה 3, רמת גן, 5590500  
טל': 03-6776757; פקס': 03-6776754

העותר

-נגד-

1. בית הדין הארצי לעבודה

2. קסטרו מודל בע"מ ח.פ. 520037649

ע"י ב"כ עוה"ד אפרת דויטש ו/או עוה"ד ענבל פלמור דורי  
ו/או שמרית נוי ו/או הילית כהן – רוניצקי ו/או עינב פנקר  
ו/או גיא בללי ו/או הדס לנקרי ו/או יניב ימפולסקי  
ו/או נעמה נתן  
מרח' אבן גבירול 2, בית אליהו, תל אביב, 6407702  
טלפון: 03-6096960; פקס: 077-2096960

המשיבים

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מהמחלקה למשפט העבודה בפרקליטות המדינה  
מרח' מח"ל 7, ת.ד. 49123, ירושלים, 9776316  
טל': 073-3928137; פקס': 02-5419660

מתייצב להליך

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 31.10.2018, ובהמשך להודעה בדבר התייצבותו להליך,  
תובא להלן עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה.

## א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה (כבוד הנשיא (כתוארו אז) השופט יגאל פליטמן, כבוד השופטת רונית רוזנפלד, כבוד השופטת לאה גליקסמן ונציגי הציבור הגב' מיכל בירון בן גרא ומר צבי טבצ'ניק) מיום 14.5.2018, אשר במסגרתו נדחה ערעור העותר (ע"ע 36096-02-16 **אור שחם נ' קסטרו מודל בע"מ**) והתקבל ערעור המשיבה 2 (להלן: "**המשיבה**") (ע"ע 7386-02-16 **קסטרו מודל בע"מ נ' אור שחם**), על החלטתו של בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב-יפו (כבוד השופט דורי ספיבק ונציגי הציבור מר אהוד מטרסו) מיום 20.1.2016 (סע"ש 3263-07-13 **אור שחם נ' קסטרו שיווק 1985 בע"מ**), לקבל באופן חלקי את בקשתו של העותר לאישור ניהול התובענה שהגיש כתובענה ייצוגית, בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: "**חוק תובענות ייצוגיות**").

2. כפי שיפורט בהרחבה להלן, בפסק דינו, קבע בית הדין הארצי לעבודה, כי אין לאשר את התובענה שהגיש העותר כייצוגית, בכל הנוגע לשלוש העילות שהובאו לפניו. ביחס לעילה שעניינה זכאות להכללת עמלות מכירה ב"שכר הרגיל" על פי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה תשי"א-1951 (להלן: "**חוק שעות עבודה ומנוחה**") לצורך חישוב גמול בעד עבודה בשעות הנוספות ובמנוחה השבועית (להלן: "**גמול שעות נוספות**"), קבע בית הדין הארצי לעבודה, כי תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין, וזאת לנוכח העובדה שלצורך קביעת סכום גמול שעות נוספות המגיע לכל עובדת ועובד בעד עמלות מכירה – ככל שיקבע כי בנסיבות העניין העובדים אכן זכאים לגמול כאמור – תידרש עריכת בירור פרטני סבוכ, "שכן יהיה צורך לאתר את נתוני המכירות של כל עובד בכל יום עבודה אל מול דו"ח הנוכחות באותו יום עבודה, ולבחון באיזה ימים ובאיזה שעות התגבשה הזכות לעמלת המכירה, מה היה שיעור עמלת המכירה בעד כל עסקה, ועל יסוד נתונים אלה לחשב את סכום הגמול המגיע". עוד קבע בית הדין הארצי לעבודה ביחס לעילה זו, כי השאלה העקרונית בדבר קיומה או העדרה של זכאות להכללת עמלות המכירה ב"שכר הרגיל" לפי חוק שעות עבודה ומנוחה הינה שאלה עליה אין תשובה חד-משמעית, ועל כן, קבע כי לא ניתן בשלב זה לקבוע שיש אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות של עובדה ומשפט יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה.

3. במסגרת העתירה דכאן מתעוררות סוגיות המצויות בתחום התובענות הייצוגיות; כאלו המצויות בתחום משפט העבודה; וכאלו המצויות בתחום החפיפה בין שני ענפי משפט אלה. עמדת היועץ המשפטי לממשלה להלן תתייחס לכלל הסוגיות האמורות. עם זאת, יוטעם, כי המדינה אינה צד לסכסוך בין העותר למשיבה, וממילא עובדות המקרה אינן ידועות לה (מעבר לאלו שנקבעו על ידי ערכאות בית הדין לעבודה), ועל כן, במסגרת הצגת עמדתו להלן, יתייחס היועץ המשפטי לממשלה לסוגיות אלו מן ההיבט העקרוני בלבד.

4. בתמצית ייאמר כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בפסק דינו של בית הדין הארצי נפלו מספר טעויות, אשר העיקרית שבהן היא קביעתו כי עצם מורכבות העילה, והצורך בבירור

פרטני, מהווים, ככלל, תנאי מספיק לדחיית התובענה. משמעותה המעשית של קביעה זו היא גרימת הכבדה יתרה על תובעים פוטנציאליים, שעלולה לשמש גורם מצנן מפני הגשת תביעות ראויות, ובכך להביא לפגיעה משמעותית בתמריצים להגשת תובענות ייצוגיות בתחום משפט העבודה. כמו כן, דומה כי שגה בית הדין הארצי עת הגיע למסקנה כי לא ניתן בשלב זה לקבוע שיש אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות של עובדה ומשפט יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה; זאת, שלא על יסוד הכרעה בעניין הקונקרטי שהובא לפניו, כי אם בנימוק כי השאלה העקרונית בדבר הזכאות להכללת עמלות המכירה ב"שכר הרגיל" הינה שאלה מורכבת לה פנים לכאן ולכאן וכי יש לבחון כל מקרה לנסיבותיו, ומבלי שנערכה בחינה כאמור ביחס למקרה דנן. מעבר לבעייתיות העקרונית הגלומה בדרך הנמקה זו, הרי שקיימת חשיבות רבה להכרעה בשאלה נושא הליך זה, משזו תתרום לפיתוחה של הלכה אשר תכווין את ההתנהגות בשוק העבודה ותביא לוודאות רבה יותר בקרב עובדים ומעסיקים. דברים אלה מקבלים משנה תוקף בשים לב לכך כי הזכויות בהן מדובר בענייננו הינן זכויות קוגנטיות, המהוות חלק ממערך חוקי המגן במשפט העבודה.

5. בטרם תובא עמדת היועץ המשפטי לממשלה, יוצג להלן הרקע העובדתי הצריך לעניין, קרי, עיקר קביעותיהן של ערכאות בית הדין לעבודה בעניין נושא עתירה זו.

## **ב. קביעותיהן המרכזיות של ערכאות בית הדין לעבודה בענייננו**

### **1. פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה**

6. ביום 2.7.2013 הגיש העותר בקשה לאישור תובענה ייצוגית לבית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב יפו. במסגרת בקשתו, טען העותר, אשר הועסק בידי המשיבה כאיש מכירות באחד מסניפיה, כי המשיבה הפרה כמה מזכויותיו. הבקשה מלכתחילה הוגשה בעשר עילות שונות; במהלך ההתדיינות ביקש העותר להסתלק מחמש מתוכן, ובקשתו אושרה על ידי בית הדין האזורי. מבין חמש העילות הנותרות, הסכימה המשיבה כי עילות התביעה בעניין תשלום דמי הבראה ודמי חגים לפי היקף משרה בפועל ולא על פי היקף משרה של 75% יידונו כתובענה ייצוגית. בהמשך לכך, נותרו להכרעתו של בית הדין האזורי לעבודה שלוש עילות: הראשונה, זכאות להכללת עמלות מכירה בתשלום דמי חגים – אשר נדחתה על ידי בית הדין האזורי; השנייה, זכאות להכללת עמלות מכירה ב"שכר הרגיל" על פי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה לעניין חישוב גמול שעות הנוספות – אשר נתקבלה על ידי בית הדין האזורי; והשלישית, זכאות לגמול שעות נוספות בעד שעות עבודה שמעבר ל-43 בשבוע – אשר נתקבלה אף היא על ידי בית הדין האזורי.

7. ביחס לעילה הנוגעת להכללת עמלות מכירה ב"שכר הרגיל" לעניין חישוב גמול שעות נוספות, פסק כבוד השופט ספיבק, כי נוכח סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה, יש להביא בחשבון לעניין גמול שעות נוספות המשולם לעובדים לפי סעיפים 16 ו-17 לחוק זה, את "כל התוספות שמשלם מעסיק לעובדו". בית הדין האזורי ציין, כי על פי ההלכה הפסוקה יש לפרש הוראת חוק זו בצורה מרחיבה, באופן המביא בגדר "השכר הרגיל" בונוסים ותוספות

מותנות, לרבות תוספות שאינן מובאות בחשבון לצורך פיצויי פיטורים. לפיכך, ולנוכח ההלכה לפיה עמלות מכירה מהוות חלק משכרו הקבוע של עובד לצורך חישוב פיצויי פיטורים, קבע בית הדין האזורי כי יש לכלול את עמלות המכירה בשכרו של המבקש לצורך חישוב שעות נוספות.

8. בכל הנוגע לקושי המעשי שהעלתה המשיבה, לפיו לא קיימת אפשרות ריאלית לאתר את השעה שבה בוצעה מכירה ספציפית ועל כן לא ניתן, לשיטתה, לצרף את העמלות שנצברו בגין יום עבודה מסויים לשכר העבודה של אותו יום, קבע בית הדין האזורי, כי יש להוסיף את העמלות כמקשה אחת לשכר הרגיל לצורך חישוב שעות נוספות בסיומו של החודש וכי על המשיבה, שאין בידיה את הנתון בדבר גובה העמלות בגין חודש מסוים במועד שבו היא מכינה את המשכורות ומחשבת את גמול השעות הנוספות המגיע עבור אותו חודש, לשלם הפרשים בגין גמול שעות נוספות בחודש שלאחר מכן, ולהוסיפו לשכר הרגיל של המשכורת הקודמת.

9. עוד פסק בית הדין האזורי לעבודה, כי בענייננו מתקיימים התנאים הנדרשים לאישור ניהול תובענה כייצוגית. בית הדין האזורי הדגיש בפסק דינו את חשיבותו המרכזית של כלי התובענה הייצוגית בתחום דיני העבודה, ככלי אשר לו "חשיבות מיוחדת בתיקים מסוג זה שבפנינו, העוסקים בקבוצות עובדים המשתכרות שכר נמוך, כאשר לא מתקיימים בין הצדדים יחסי עבודה קיבוציים".<sup>1</sup> בנוסף, ציין בית הדין האזורי, כי במקרה דנן אין כדאיות כלכלית בניהול תביעת יחיד, דבר המהווה שיקול נוסף התומך בניהול התובענה בדרך של תובענה ייצוגית. ביחס לטענת המשיבה לפיה קיימת שונות בין העובדים מבחינת תקופת העבודה, היקף המשרה וגובה העמלות שלהם זכאי כל אחד מהם, קבע בית הדין כי אין בקיומו של שוני זה כשלעצמו כדי למנוע את אישור ניהולה של תובענה כייצוגית. עוד הדגיש בית הדין בהקשר זה את העובדה שהמשיבה הסכימה שיש מקום לברר בדרך של תובענה ייצוגית את המחלוקת הנוגעת לזכותם של כל העובדים להפרשים בגין דמי חג ודמי הבראה; בנסיבות אלו קבע כדלהלן:

**"ממילא יהיה צורך במסגרת התיק לבחון באופן פרטני – באמצעות תוכנת השכר של החברה – את היקף המשרה המדויק של כל עובד ועובד שעבד בצוות המכירות שלה, כמו גם את השכר שקיבל, על מנת לבדוק האם הוא אכן זכאי להפרשים הנטענים בגין דמי חגים ודמי הבראה, ומה שיעורם. במסגרת הבדיקה הזו, ניתן יהיה בקלות יחסית לקבוע האם כל עובד ועובד זכאי גם להפרשים בגין גמול עבודה בשעות נוספות, בהתאם לעקרונות אותם קבענו במסגרת החלטה זו ושעוד ייקבעו בהמשך ההתדיינות, בשלב הדיון בתובענה הייצוגית לגופה".<sup>2</sup>**

<sup>1</sup> פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה, בפסקה 29.

<sup>2</sup> שם, בפסקה 31.

10. לפיכך, קיבל בית הדין האזורי לעבודה את הבקשה בחלקה ואישר את ניהול התובענה כייצוגית בגין שתי עילות (זכאות להכללת עמלות מכירה ב"שכר הרגיל" לעניין חישוב גמול שעות נוספות, וזכאות לגמול שעות נוספות בעד שעות עבודה שמעבר ל-43 שבוע). בית הדין האזורי קבע, כי חברי הקבוצה הם כל עובדי המשיבה שעבדו בסניפיה במכירות על בסיס שכר חודשי בצירוף עמלות בגין מכירה, החל משבע שנים לפני הגשת בקשת האישור.

## ב.2. פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה

11. העותר ערער לבית הדין הארצי לעבודה על ההחלטה לדחות את בקשתו ביחס לעילה שעניינה הכללת עמלות מכירה בתשלום דמי החגים. המשיבה מצידה הגישה בקשת רשות ערעור בנוגע לשתי העילות שאושרו (בהמשך ניתנה, בהסכמת העותר, רשות ערעור למשיבה).

12. בפסק דינו מיום 14.5.2018, קיבל בית הדין הארצי את ערעורה של המשיבה ודחה את ערעורו של העותר, תוך שקבע – ביחס לכל שלוש העילות נושא הליך הערעור – כי לא התקיימו התנאים לאישור ניהול התובענה כייצוגית.

13. ביחס לעילה שעניינה הכללת עמלות ב"שכר הרגיל" בחישוב גמול שעות נוספות, קבע בית הדין הארצי, כי לשאלה האם עמלה היא בגדר "תוספת" על פי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה יש פנים לכאן ולכאן ולא ניתן לקבוע באופן גורף כי עמלת מכירה היא חלק מ"השכר הרגיל", אלא יש לבחון כל מקרה לגופו בהתאם לנסיבותיו. בית הדין הארצי ציין בהקשר זה כי "מצד אחד, מדובר במרכיב בשכרו של העובד, לעיתים מרכיב משמעותי ממנו, ולעיתים העמלות הן מלוא שכרו של העובד, בכפוף לזכותו של העובד כי שכרו לא יפחת משכר המינימום על פי החוק" ו"לפיכך יש קושי בקביעה כי מרכיב זה אינו חלק מה'שכר הרגיל' לענין גמול שעות נוספות ומנוחה שבועית", זאת בהתחשב בתכליתו של חוק שעות עבודה ומנוחה לייקר את העסקתו של העובד בשעות נוספות ובמנוחה שבועית. עם זאת, ציין בית הדין, כי "מדובר בתוספת שאינה משולמת בעד יחידת זמן של שעת עבודה ובעד כל שעות העבודה הרגילות של העובד שקדמו לשעות העבודה הנוספות... אלא בתוספת המשולמת בעד הישג המכירה ורק אם בוצעה מכירה בשעת העבודה". בנוסף, ציין בית הדין הארצי, כי "תהליך המכירה יכול להימשך על פני מספר שעות עבודה או עת מדובר בעסקאות בשווי כספי גבוה (כגון רכישת דירה) על פני ימים, שבועות ואף חודשים, וקביעה כי המכירה בוצעה במועד בו נחתמה העסקה או במועד בו הועבר תשלום בעד העסקה היא במידה רבה מלאכותית ושרירותית, שכן החתימה או התשלום הם נקודת הסיום של המכירה, אשר נמשכה על פני פרק זמן ארוך יותר, ויש קושי בכך ששיעור העמלה ייקבע לפי המועד האקראי שבו העסקה נחתמה או שולמה. קביעה כזו אף עלולה לגרום לניסיונות של העובד ושל המעסיק לנסות 'לכוון' את מועד החתימה או התשלום על העסקה". בית הדין הארצי הוסיף וציין, כי יש מגוון דרכים ומנגנונים לתשלום עמלות, אשר חלקם יוצרים נתק ממשי בין הזכאות לעמלה לבין שעות העבודה, וכי

במקרים אלה קיים קושי מובנה לשייך את הזכאות לעמלה ליום או לשעת עבודה מסוימת, וכפועל יוצא מכך לקבוע כי המכירה בוצעה בשעות עבודה נוספות או במנוחה השבועית.<sup>3</sup>

14. בית הדין הארצי מנה מספר אמות מידה מנחות בהקשר זה:

- א. המנגנון המוסכם לתשלום עמלה – כגון האם משולמת עמלה בעד כל עסקה או בעד עסקאות שמעבר לרף מסוים.
- ב. סוג העסקה שבעדה משולמת העמלה – האם מדובר בעסקה שנערכת באופן ממוקד, שניתנת לאיתור בזמן ובמקום, או בעסקה שקשירתה מתמשכת על פני פרק זמן ארוך.
- ג. שיעור מרכיב העמלה בשכר – האם משולם לעובד שכר בסיסי ועליו מתווספת העמלה, או כל שכרו של העובד מורכב מעמלות, ומה השיעור היחסי של העמלה בשכרו הכולל של העובד.<sup>4</sup>

15. יוטעם, כי בית הדין הארצי לעבודה לא הכריע האם בנסיבות המקרה המסוים קמה העילה ואם יש לשלם לעובדים גמול שעות נוספות בגין עמלות, זאת בנימוק כי הקשיים המתעוררים ביחס לאופן חישוב גמול השעות הנוספות בגין העמלה "מביאים לתוצאה שלפיה לא מתקיימים התנאים שנקבעו בסעיף 8 לחוק התובענות הייצוגיות לאישור התביעה כתובענה ייצוגית, במיוחד מהטעם כי לא מתקיים התנאי ש'תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין'."<sup>5</sup> (ההדגשה במקור).

למסקנה זו הגיע בית הדין הארצי לעבודה לנוכח שני טעמים: ראשית, "נוכח העובדה ששאלת הזכאות להכללת עמלות מכירה בשכר לצורך חישוב גמול שעות נוספות ומנוחה שבועית היא שאלה מורכבת ולה פנים לכאן ולכאן, לא ניתן בשלב זה לקבוע כי יש אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות של עובדה ומשפט יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה"; ושנית (ובית הדין הארצי ציין כי "זה העיקר"), "נוכח העובדה שאין לקבל את אופן החישוב שנקבע בפסק דינו של בית הדין האזורי, הרי שלצורך קביעת סכום גמול שעות נוספות וגמול בעד עבודה במנוחה שבועית המגיע לכל עובד בעד עמלות מכירה יהיה צורך בעריכת בירור פרטני סבוכ, שכן יהיה צורך לאתר את נתוני המכירות של כל עובד בכל יום עבודה אל מול דו"ח הנוכחות באותו יום עבודה, ולבחון באיזה ימים ובאיזה שעות התגבשה הזכות לעמלת המכירה, מה היה שיעור עמלת המכירה בעד כל עסקה, ועל יסוד נתונים אלה לחשב את סכום הגמול המגיע".<sup>6</sup> בית הדין הוסיף וציין, כי אין פירוש הדבר כי "לעולם תביעה שעילתה אי תשלום גמול שעות נוספות וגמול מנוחה שבועית אינה יכולה להתאשר כתובענה ייצוגית" ו"יש להכריע בכל מקרה לפי נסיבותיו, דהיינו מידת הבירור הפרטני שיש לערוך על מנת לקבוע את סכום הזכאות". מאחר שבמקרה הנדון,

<sup>3</sup> פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה, בפסקאות 41, 44.

<sup>4</sup> שם, בפסקה 44.

<sup>5</sup> שם, בפסקה 46.

<sup>6</sup> שם, בפסקה 47.

**"חישוב סכום הזכאות של כל עובד כרוך בחישובים מורכבים וסבוכים", אין לאשר את ניהול התובענה כייצוגית.**<sup>7</sup>

16. באשר לעילה שעניינה זכאות לגמול שעות נוספות בעד שעות העבודה שמעבר ל-43 שעות בשבוע, בית דין הארצי לעבודה לא אישר את התובענה בעילה זו, משקבע כי ככל שתתקבל טענת המשיבה בדבר קיזוז זמני ההפסקות (להבדיל מתשלום שכר בעדן), הדבר יצריך בירור עובדתי פרטני ביחס לשעות עבודתו של כל עובד מדי שבוע, ומשכך לא מתקיים התנאי שתובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת.

17. ביחס לעילה הנוגעת להכללת העמלות בשכר לצורך תשלום דמי חגים, נדחה ערעור העותר, ובית הדין הארצי ציין, כי מקובלת עליו קביעתו של בית הדין האזורי לפיה העותר לא הוכיח במידת הסבירות הראויה שקמה לו לכאורה עילת תביעה אישית מבוססת וכי סיכוייו להצליח בה טובים.

18. בכל הקשור לנושא הגמול לתובע המייצג ושכר הטרחה לבא כוחו, שנפסקו בהחלטת בית הדין האזורי, קיבל בית הדין הארצי את ערעור המשיבה וביטל את ההוצאות שנפסקו, זאת, בשים לב לכך שבסופו של יום, אושרו שתי עילות בלבד מתוך עשר עילות בגין הוגשה הבקשה וכן בהתחשב בשוויון הכספי של העילות שהתקבלו לעומת אלו שנדחו (בית הדין הארצי ציין כי אין באמור כדי להשליך על הזכאות, ועל שיעור הגמול לתובע המייצג ושכר הטרחה לבא כוחו, ככל שתתקבל התובענה הייצוגית בשתי העילות שאושרו). בצד זאת לא ראה לנכון בית הדין הארצי לחייב את העותר בהוצאות בשלב הערעור.

19. על פסק דינו של בית הדין הארצי הוגשה העתירה המונחת לפני בית משפט נכבד זה.

20. ביום 4.7.2018 ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד לפיה מתבקשת תגובתה של המשיבה לעתירה. לאחר שהוגשה תגובת המשיבה, ניתנה ביום 31.10.2018 החלטת בית המשפט הנכבד במסגרתה התבקשה עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה. בהתאם לכך, ובהמשך להודעה בדבר התייצבותו להליך, תובא להלן עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה.

### **ג. עמדת היועץ המשפטי לממשלה**

#### **ג.1. המסגרת הנורמטיבית וחשיבותו של שלב האישור בתובענה ייצוגית**

21. ההליך נושא העתירה דכאן עניינו בשלב המקדמי של אישור ניהול התובענה כייצוגית, קרי, שלב האישור. במאמרם "בחינת עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית"<sup>8</sup>, מתייחסים פרופ' אלון קלמנט וכבוד השופטת רות רונן לחלוקתו של הליך

<sup>7</sup> שם.

<sup>8</sup> אלון קלמנט ורות רונן "בחינת עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית" **עיוני משפט** מב (תשע"ט) (להלן: "**קלמנט ורונן**").

התובענה הייצוגית לשני שלבים – שלב האישור ושלב הדיון – ומסבירים כי "מטרה מרכזית של החלוקה לשני שלבים והסינון בתום השלב הראשון היא לחסוך מנתבעים שאין הצדקה משפטית לקבלת התביעה נגדם (להלן: נתבעים לא-חייבים) את העלויות והסיכון הכרוכים בהליך המלא. אולם גם נתבעים שסיכויי התביעה נגדם גבוהים, ואשר יש הצדקה לקבלת התביעה נגדם (להלן: נתבעים חייבים), עלולים "ליהנות" מהסינון בשלב הראשון ולהתחמק כך מאחריות. התחמקות זו, כאשר היא מתאפשרת, משפיעה על מידת ההרתעה העתידית מפני הפרת הדין.<sup>9</sup> לפיכך, חשיבות רבה נודעת לעיצובו של שלב האישור "באופן שימקסם את תועלתה של החלוקה לשני שלבים (קרי, יסנן את התביעות נגד הנתבעים הלא-חייבים) ובה-בעת ימזער את עלויותיה (קרי, לא יאפשר לנתבעים החייבים לחמוק מאחריות)".

22. בית משפט נכבד זה עמד בפסיקתו על חשיבותו הרבה של שלב האישור ועל הצורך בעיצובו באופן מיטבי. כך, למשל, בעניין גדיש<sup>10</sup> נקבע, מפי כבוד הנשיאה ביניש, כדלהלן:

"לשלב הדיון בבקשה לאישור תובענה כייצוגית נודעה חשיבות רבה. חשיבותו נובעת מהצורך לאתר את נקודת האיזון הראויה בין השאיפה שלא להפוך הליך מקדמי זה להליך עיקרי שבמסגרתו מתבררות עילות התביעה גופן באופן המעכב את הדיון ופוגם ביעילותו, מחד גיסא; אולם גם מתוך הכרה בכך שעצם ההחלטה לאשר תובענה ייצוגית מטילה על הנתבעים נטל כבד ועלולה לתמרץ אותם להתפשר אף במקרים בהם לא קיימת הצדקה מהותית להגשת התביעה, מאידך גיסא. עמד על כך הנשיא ברק:

'את דיני התובענה הייצוגית... יש לפרש על-פי התכלית המונחת ביסודם. יש לעשות הכול כדי להגשים את המטרות המונחות ביסוד החקיקה, תוך שמירה על מנגנוני ההגנה אשר ימנעו ניצול התובענה הייצוגית לרעה. אכן, אין להתייחס אל התובענה הייצוגית כאל בן חורג. יש לראות בה אמצעי חשוב להגשמת זכות הפרט והכלל. עם זאת, יש לשמור מפני ניצול האמצעי הזה לרעה. מכאן חשיבותו הרבה של השלב הראשון בתובענה הייצוגית, שעניינו אישור (מלא או מותנה) של בית המשפט לתובענה הייצוגית. זהו הפרוזדור שבאמצעותו ניתן להיכנס לטרקלין, הוא הדיון במשפט גופן. אין להפוך את הפרוזדור למשכן קבע. הליך האישור צריך להיות רציני ויעיל. אסור לו, להליך זה, להוות גורם המצנן תובעים ראויים מלהגיש תביעה ייצוגית. עם זאת, ראוי לו להיות גורם השולל מתובעים

<sup>9</sup> שם, בעמודים 3-4 (המאמר טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים המצוינים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס).  
<sup>10</sup> ע"א 2718/09 גדיש קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ (פורסם בנבו, 28.5.2012) (להלן: "עניין גדיש").



בלתי ראויים את המשך התביעה הייצוגית' (רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 787 (1995) (להלן: פרשת טצת)).

וכן נאמר על ידי השופט ט' שטרסברג-כהן כי:

'אין להעמיד דרישות מחמירות מדי לעניין מידת השכנוע, משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית-המשפט עומס-יתר בבירור הנושא המקדמי, דבר העלול לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולרפיון ידיים של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. את כל אלה יש למנוע על-ידי קריטריון מאוזן בנושא נטל ומידת ההוכחה הנדרשים מהתובע הייצוגי, שמצד אחד לא יפטור אותו מחובת שכנוע, ומצד אחר לא יטיל עליו נטל כבד מדי' (פרשת מגן וקשת, בעמ' 329-330).<sup>11</sup>

ולאחרונה, בפסק דינה של כבוד השופטת ברון בעניין לפינר,<sup>12</sup> נקבע כדלהלן:

"ההליך שלפנינו מצוי בשלב המקדמי של אישור התובענה כייצוגית. מבחינה זו, מצויים אנו ב"פרוזדור שבאמצעותו ניתן להיכנס לטרקלין", הוא הדיון בתובענה גופה. ההלכה היא ש"אין להפוך את הפרוזדור למשכן קבע" ועל כן אין להכריע בשלב הדיון בבקשת האישור בתובענה הייצוגית כולה, על מנת שלא להפכו לגורם המצנן תובעים מפני הגשת תובענות ייצוגיות ראויות (רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 787 (1996)). מנגד יש "לעבור פרוזדור זה בזהירות מרובה וליתן את הרשות רק במקרים המתאימים העונים על כל התנאים הדרושים, לבל תתבררנה תביעות סרק ייצוגיות שאינן ראויות להתברר ככאלה, על כל המורכבות והבעייתיות הכרוכות בהן" (רע"א 6567/97 בזק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' עיזבון המנוח אליהו גת, פ"ד נב(2) 713, 720 (1998))."

23. סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, שכותרתו "אישור תובענה ייצוגית בידי בית המשפט", קובע כדלהלן:

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

<sup>11</sup> שם, בפסקה 19 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

<sup>12</sup> רע"א 9617/16 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' לפינר (פורסם בנבו, 28.10.2018) (להלן: "עניין לפינר").

- (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."

24. במרכז דיונו של בית הדין הארצי לעבודה עמדו התנאים המנויים בסעיף 8(א)(1) ו-8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, קרי, השאלות האם יש אפשרות סבירה ששאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה, והאם תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין.

בית הדין הארצי מצא, כאמור, כי תנאים אלה אינם מתקיימים בנסיבות המקרה נושא העתירה דנן, זאת "במיוחד" מאחר שהדיון בתובענה יחייב עריכת חישוב פרטני סבוכ, ועל כן, לא מתקיים בבקשה התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2); כמו כן, קבע בית הדין כי לנוכח היותה של שאלת הזכאות להכללת עמלות מכירה בשכר לצורך חישוב גמול שעות נוספות שאלה מורכבת ולה פנים לכאן ולכאן, לא מתקיים גם התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1).

להלן ידון היועץ המשפטי לממשלה בקביעות אלו. את הדיון יפתח היועץ המשפטי לממשלה בקביעותיו של בית הדין הארצי ביחס ליישומן של סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות על נסיבות המקרה דנן, ולאחר מכן יעבור לבחון את קביעתו של בית הדין הארצי ביחס להתקיימותו של התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק זה. בטרם ידון בשאלות אלו, יקדים היועץ המשפטי לממשלה מספר מילים על תובענות ייצוגיות בתחום דיני העבודה ועל העקרונות המנחים ביחס לעיצובו של שלב האישור בתובענות בתחום זה.

## 2.ג. תובענות ייצוגיות בתחום דיני העבודה – מציאת נקודת האיזון הראויה

25. כפי שצוין לעיל, חשיבות רבה נודעת לעיצובו של שלב האישור, כך שתימצא נקודת האיזון האופטימאלית בין מניעת קיומם של הליכי סרק, מחד, לבין גרימת הכבדה יתרה שתשמש גורם מצנן מפני הגשת תביעות ראויות, מאידך. בהקשר זה מציינים קלמנט ורון במאמרם את הדברים הבאים:

"כדי למצוא את נקודת האיזון, יש לבחון את השפעתו של הליך האישור על הפעילות לפני ההליך המשפטי. יש לקבוע את

עלותה של כל "טעות", קרי, של כל אישור תובענה ייצוגית נגד נתבעים לא-חייבים ושל כל דחיית בקשה לאישור נגד נתבעים חייבים. עלות זו עשויה להשתנות בין סוגים שונים של נתבעים, בין סוגים שונים של פעילויות שהם מקיימים, ובהתאם למשקלם היחסי של שיקולי ההרתעה ושל השיקולים הנוגעים בחשש מפני צינור עתידי של ההתנהגות של הנתבעים העוסקים בפעילות זו.

לכן, כדי לעצב את השלב הראשון באופן מיטבי, יש להביא בחשבון את מידת התועלת החברתית הכרוכה בפעילות, כמו-גם את שיעור הנזקים הפוטנציאליים הכרוכים בה. ככל שמדובר בפעילויות שתועלתן החברתית גדולה יותר, וככל שההשפעה המצננת על פעילויות אלה גדולה יותר (דהיינו, ככל שהחשש מתביעות עתידיות לא-מוצדקות מרתיע באופן משמעותי נתבעים פוטנציאליים מלקיים את הפעילות), כן יש לנקוט אמצעים שיפחיתו את חשיפתם של נתבעים לא-חייבים להליך מלא. לעומת זאת, ככל שהנזקים החברתיים שניתן למנוע באמצעות הכוונת ההתנהגות גדולים יותר, וככל שההשפעה ההרתעתית גדולה יותר (דהיינו, ככל שהחשש מתביעות עתידיות מכווון את התנהגותם של נתבעים פוטנציאליים באופן אפקטיבי), כן יש לשים דגש באמצעים שיגדילו את חשיפתם של נתבעים חייבים לאחריות.

26. בהתאם לדין הנוהג, בעת הדיון בהליך האישור, נדרש בית הדין לבחון, בין היתר, את "האפשרות הסבירה" ששאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לקבוצה יוכרעו לטובתה. השאלה הנשאלת בהקשר זה היא מהו רף ההוכחה שמציבה הדרישה ל"אפשרות סבירה" להכרעה בשאלות אלו לטובת הקבוצה, ומהי כמות המידע שצריכה לעמוד לפני בית-המשפט בדיון בבקשת האישור, דהיינו, באיזו מידה תאפשר הערכאה השיפוטית בירור מלא של אותן שאלות בהליך האישור.<sup>13</sup> השילוב המיטבי של רף ההוכחה ושל כמות המידע שהערכאה השיפוטית נחשפת אליה ומידת ההעמקה שלה בהליך האישור אינו אחיד בכל סוגי התביעות, ו"הוא נגזר מהנסיבות הספציפיות של כל מקרה: מהחשש מפני צינור התנהגות ראוי לנכח סוג הפעילות, מהצורך ביצירת הרתעה הולמת, מהאפקטיביות האפשרית של ההרתעה לנכח סוג ההפרה, ומהמידה שבה התביעה מתאפיינת בפערי מידע בין הנתבע לתובע".<sup>14</sup>

<sup>13</sup> קלמנט ורון, לעיל ה"ש 8, בעמוד 39.

<sup>14</sup> שם, בעמוד 35.

27. מששיקולים אלה, כאמור, משתנים בין פעילויות שונות – בהתאם למידת התועלת החברתית שבפעילות, ושיעור הנזקים הפוטנציאליים הכרוכים בה – מדגימים המחברים את טענתם ביחס לשלושה תחומי פעילות שונים: צרכנות, עבודה וניירות ערך.

לענייננו, ביחס לתחום דיני העבודה, מציינים המחברים כדלהלן:

**"התובענה הייצוגית בדיני עבודה מתאפיינת בעילת תביעה שעשויה להיות מורכבת, במידע שחלק ניכר ממנו נמצא בידי המעביד, ובמחסור בתמריצים לעובדים לייצג ולתבוע. בה'בעת יש אינדיקציות רבות לכך שמעסיקים בתחומים שונים אינם מקיימים את חובותיהם החוקיות, ולכן הצורך בהרתעה גדול. מדובר לא אחת בהפרות מכוונות, אשר הרתעה אפקטיבית עשויה למנוע אותן. גם הנזק לקבוצת התובעים עשוי להיות משמעותי. יש לזכור גם שבחלק מהתביעות הללו המעסיק הנתבע נהנה מהגנות מיוחדות הנובעות מיחסי העבודה המאורגנים. לפיכך, כאשר בית-המשפט מוצא שהגנות אלה אינן מתקיימות, הצורך בהרתעה נעשה ברור עוד יותר".**  
(ההדגשות הוספו- ד.מ.)

28. אשר על כן, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, במסגרת שלב האישור בתובענות ייצוגיות בתחום דיני העבודה, קיימת חשיבות לכך שיישקלו, בין היתר, פערי הכוחות והמידע בין הצדדים, המחסור בתמריצים לייצג ולתבוע, כמו גם הצורך ביצירת הרתעה הולמת, במקרים המתאימים לכך.

29. לאורם של עקרונות אלה יפנה עתה היועץ המשפטי לממשלה ויבחן את ההכרעה נושא עתירה זו.

ג.3. קביעת בית הדין הארצי לעבודה לפיה לא ניתן לקבוע כי מתקיים התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות שכן מדובר בשאלה מורכבת לה פנים לכאן ולכאן

30. כפי שפורט לעיל, ביחס לשאלת הכללת עמלות המכירה ב"שכר הרגיל" לצורך תשלום גמול שעות נוספות, קבע בית הדין הארצי כי יש לבחון כל מקרה על פי נסיבותיו. בהקשר זה מנה בית הדין הארצי שורה של קריטריונים, אשר עשויים לשמש לצורך בחינה זו: **המנגנון המוסכם לתשלום עמלה** – כגון האם משולמת עמלה בעד כל עסקה או בעד עסקאות שמעבר לרף מסוים; **סוג העסקה שבעדה משולמת העמלה** – האם מדובר בעסקה שנערכת באופן ממוקד, שניתנת לאיתור בזמן ובמקום, או בעסקה שקשירתה מתמשכת על פני פרק זמן ארוך; **שיעור מרכיב העמלה בשכר** – האם משולם לעובד שכר בסיסי ועליו מתווספת העמלה, או כל שכרו של העובד מורכב מעמלות, ומה השיעור היחסי של העמלה בשכרו הכולל של העובד.

31. עם זאת, בית הדין הארצי נמנע מליישם את אמות המידה האמורות על המקרה דנן, וממילא גם לא הכריע האם במקרה הנדון יש לכלול את עמלות המכירה ב"שכר הרגיל" לצורך תשלום גמול שעות נוספות, אם לאו. טעמו של בית הדין לכך היה כי מאחר ששאלה זו מורכבת ולה פנים לכאן ולכאן, לא ניתן בשלב זה לקבוע כי התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות מתקיים.

32. על היועץ המשפטי לממשלה מקובלת האמירה כי במישור העקרוני, לשאלה האם עמלות מכירה נכללות בשכר הרגיל לצורך חישוב גמול שעות נוספות אין "פתרון בית ספר" אחיד לכלל המצבים.

33. אולם, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, קיימת אי בהירות ביחס לאמת המידה השלישית אותה ציין בית הדין הארצי, שעניינה השיעור היחסי של העמלה בשכרם של העובדת והעובד. על פני הדברים, דומה כי, ככלל, אמת מידה זו עלולה להביא, שלא לצורך, לשונות ומורכבות נוספות ביחס לשאלת עצם הזכאות להכללת העמלה בשכר הרגיל. כמו כן, עלולה אמת מידה זו ליצור מצב בו עובדים המועסקים כתף אל כתף, באותו מקום עבודה ובשיטת העסקה דומה יועסקו בתנאי העסקה שונים, אך בשל מידת הצלחתם במכירות, וזאת לא רק באופן לגיטימי – ביחס להיקף ההכנסה שיהנו ממנו כתוצאה מתשלומן של העמלות – אלא אף לעניין הבאתן של העמלות בחשבון לצורך חישוב זכויות נלוות, כגון גמול השעות הנוספות.

34. מכל מקום, כאמור, ביחס לקביעה העקרונית לפיה על כל מקרה להיבחן לגופו, עמדת היועץ המשפטי לממשלה הינה כי קביעה זו בדין יסודה. עם זאת, יצוין, כי מהאמירות של בית הדין לא ברור מדוע לא היה ניתן להכריע במקרה הקונקרטי שהובא לפתחו של בית הדין הארצי לעבודה, ולקבוע האם בנסיבות הספציפיות, ביחס לעמלת המכירה נושא הליך זה, קיימת זכאות להכללתה בשכר הרגיל לצורך חישובו של גמול שעות נוספות. בהקשר זה יבקש היועץ המשפטי לממשלה להטעים, כי הבחינה הנדרשת מכוחו של סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות היא, כאמור, האם יש אפשרות סבירה ששאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה; שאלות משותפות אלה יכול שתהיינה מורכבות, ומורכבות זו אינה צריכה למנוע, א-פרירי, את בירורן במסגרת תובענה ייצוגיות.

35. יתרה מזאת, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, קיימת חשיבות רבה להכרעה במקרה הקונקרטי שהובא לפני ערכאות בית הדין לעבודה, משזו תתרום לפיתוחה של הלכה אשר תכווין את ההתנהגות בשוק העבודה ותביא לוודאות רבה יותר בקרב עובדים ומעסיקים.

דברים אלה מקבלים משנה תוקף בשים לב לכך כי הזכויות בהן מדובר בענייננו הינן זכויות קוגנטיות, המהוות חלק ממערך חוקי המגן במשפט העבודה, אשר מטרתו "**להגן על העובד ועל זכויותיו הבסיסיות בהיותו הצד החלש, בדרך כלל, אל מול המעביד, הנתפס כצד**

**החזק במשוואה זו**<sup>15</sup>. בהקשר זה ראוי לציין את תכליתו של חוק שעות עבודה ומנוחה, כדבר חקיקה המסדיר את תבנית ההעסקה המותרת, ובכלל זה את מספר השעות ביום ובמהלך השבוע בהן מותר להעסיק עובד או עובדת. חוק זה קובע את המנוחה השבועית ואת ההפסקות שיש לאפשר להם לנצל, ומסדיר את המקרים בהם ניתן להעסיקם שעות נוספות ואת שיעור הגמול שיינתן להם תמורת השעות הנוספות. תכליתו העיקרית של החוק היא להגן על כבוד העובד ורווחתו, ו"להבטיח כי יתקיים איזון ראוי בחייו של אדם בין השעות שאותן הוא מקדיש לעבודתו לבין שעות הפנאי"<sup>16</sup>.

לצד ההסדרה של שעות העבודה, סעיף 16 לחוק שעות עבודה ומנוחה מטיל על המעסיק חובה לשלם לעובד, ככל שהחוק חל עליו, פיצוי מוגבר עקב העסקתו מעבר למכסת השעות הקבועה בחוק. לחובת הפיצוי המוגבר, המכונה "גמול שעות נוספות" קיימים שני הסברים עיקריים: הראשון, הסבר תועלתני-מניעתי, הרואה בחובת הפיצוי המוגבר אמצעי להעמדת תמריץ כלכלי שלילי להעסקה בשעות נוספות; ההסבר השני הוא הסבר מוסרי "המתמקד בהשלכותיה של העבודה הנוספת מבחינת העובד, מקום שהוא נדרש לכך על-ידי מעסיקו. פגיעתה של העבודה הנוספת ברווחתו של העובד, ובכלל זה ביכולתו לפתח תרבות פנאי אפקטיבית, גדולה מזו של העבודה במסגרת המכסה היומית של שעות העבודה... משכך, מתחייבת כריכה בין גודל הפגיעה להיקף הפיצוי, ועל-כן התגמול בגין השעות הנוספות צריך לתת ביטוי לפגיעה המיוחדת בעובד הטמונה בהעסקה בשעות נוספות"<sup>17</sup>.

36. לנוכח כל המפורט לעיל, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ניתן וחשוב להכריע האם במקרה הקונקרטי כמה זכאות להכללת עמלות המכירה בשכר לצורך תשלום גמול שעות נוספות. הכרעה כאמור נחוצה על מנת להביא לוודאות בקרב עובדים ומעסיקים, ויהיה בה כדי לתרום לפיתוחה של הלכה ביחס לשאלות עליהן נסב הליך זה.

ג. קביעת בית הדין הארצי לפיה אין לאשר את הבקשה לנוכח הצורך בחישוב פרטני סבך

37. ביחס לתנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, מצא בית הדין הארצי לעבודה כי תנאי זה אינו מתקיים בעניין שלפנינו, היות שלצורך חישוב גמול שעות נוספות המגיע לכל עובדת ועובד בעד עמלת המכירה יהיה צורך בעריכת בירור פרטני סבך.

38. ברם, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ככלל, הצורך בחישוב פרטני סבך אינו יכול להוות כשלעצמו נימוק לחסימת האפשרות להגיש תובענה ייצוגית.

39. בית המשפט הנכבד התייחס לא אחת לשאלת קיומה של שונות עובדתית, וזאת הן ביחס לעצם קיומה של זכאות לפיצוי והן ביחס לסכום הפיצוי (מקום בו נקבע כי קיימת זכאות

<sup>15</sup> דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 18.03.2013), בעמוד 22.

<sup>16</sup> בג"ץ 1678/07 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סג(3) 209, 227 (2009), בעמוד 11.

<sup>17</sup> חני אופק-גנדלר "ענוחה" – בין עבודה למנוחה בעידן הדיגיטלי" עיוני משפט מ' 5, בעמודים 18-19 (2017).

כאמור) ולהשלכותיה של שונות עובדתית זו על אפשרות בירור התובענה הייצוגית. כך נקבע לאחרונה בפסק דינה של כבוד השופטת ברון בעניין לפינר :

"אציין כי השונות העובדתית רלוונטית בעיקר לשאלת אומדן הנזק שהתנהלות הבנק הסבה לכל אחד מחברי הקבוצה, ואף שמלאכת חישוב הפיצוי במקרה דנן עשויה להיות מורכבת, אין מדובר בקושי הפוגם ביכולת לנהל את ההליך הייצוגי (ראו והשוו: עניין פרינר, פסקה 70). שהרי, ככל שיהיה בכך צורך ניתן יהיה למנות מומחה לחישוב היקף הנזק וכן לעשות שימוש במודלים שונים שכבר יושמו בעבר בהקשרים דומים (ראו למשל תובענות ייצוגיות שהוגשו בעניין הפרת חוק הבנקאות לעניין גביית עמלות בנקאיות שהסתיימו על דרך הפשרה: ת"צ (מרכז) 29322-07-16 לוי נ' הבנק הלאומי הראשון לישראל בע"מ; עניין אגרט). לעניין זה יש לציין, ובלא שיהא בכך משום הבעת עמדה, כי ישנם מודלים חלופיים לפסיקת פיצוי בתובענות ייצוגיות, לרבות אלה הקבועים בסעיפים 20(א)(3) ו-20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות שבמסגרתם ניתן לפסוק סעד כספי בסכום כולל וכן סעד לטובת הקבוצה או הציבור (ראו והשוו: רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך - פורום נשים דתיות, פסקה 64 (9.12.2015); ע"א 10085/08 תנובה - מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל, פסקה 47 (4.12.2011))."

וכן ראו את פסק דינה של כבוד הנשיאה ביניש בעניין גדיש :

"פתחנו בהצגת המגמה שבה נקט המחוקק בחקיקת חוק תובענות ייצוגיות, שלא להערים קשיים בפני התובע הייצוגי הפוטנציאלי במקום בו האינטרס הציבורי מצדיק את בירור התובענה בהליך ייצוגי. כן הזכרנו את הכלים הרבים שהוקנו לבית המשפט בחוק אשר מאפשרים לו גמישות רבה בהגדרת הקבוצה, העילות והסעדים. בהתחשב בכך, נראה כי לא היה מקום בנסיבות הענין להסתפק בטעם של היעדר אחידות בין חברי הקבוצה על מנת לדחות את הבקשה לברר את עילות התביעה הנזכרות במסגרת של תובענה ייצוגית.

התנאי בדבר קיומן של "שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה" מופיע הן בסעיף 4(א)(1) והן בסעיף 8(א)(1) לחוק. מטבע הדברים, כל אימת שמתגבשת קבוצת אנשים בעלי מכנה משותף, לצד היבטי הדמיון המשותפים להם קיימים גם היבטים המבחינים ביניהם. כאשר

עסקינן בתובענה ייצוגית, הרי שלצד השאלות המשותפות לחברי הקבוצה המיוצגת, עשויות להתעורר גם שאלות שאינן משותפות להם, ולעיתים גם שאלות אינדיבידואליות המבחינות בין כל אחד מחברי הקבוצה לרעהו. על פי הפסיקה, "אף שאין זה מן ההכרח כי כל השאלות המתעוררות בגדר התובענה הייצוגית תהיינה משותפות לכל חברי הקבוצה, אין פירוש הדבר כי אם קיימות שאלות משותפות ניתן לאשר את התובענה כייצוגית, יהיו אשר יהיו השאלות האינדיבידואליות המתעוררות בגדרה" (עניין רזניק, פסקה 27; והשוו ע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, 296 (2001)). על פי לשון החוק, השאלות המשותפות לחברי הקבוצה צריכות להיות "מהותיות". הפסיקה פרשה את התנאי האמור כמבחן יחסי שבמסגרתו בוחן בית המשפט הדין בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, את היקף הנושאים הפרטניים שמעוררת התביעה לעומת הנושאים המשותפים לחברי הקבוצה. קריטריונים ברורים להכרעה בשאלה מהי מידת האחידות שצריכה לשרור בין חברי הקבוצה, ומנגד, מהי מידת הגיוון בין החברים אשר עודנה "נסבלת" בגדרי התובענה הייצוגית – טרם התגבשו בפסיקתנו (ראו: עניין רזניק, פסקאות 25-27 וההפניות המופיעות שם). מכל מקום, נפסק, כי בטרם ידחה בית משפט בקשה לאישור תובענה כייצוגית בשל היעדר הומוגניות בין חברי הקבוצה, מן הראוי כי יידרש לאפשרות להכשיר את התובענה לבירור בהליך ייצוגי באמצעות שימוש בפתרונות המופיעים בחוק, כגון: הסמכות לפצל את הקבוצה לתתי-קבוצות (סעיף 10(ג)), האפשרות לתת פסק דין הצהרתי שבו תוכרענה השאלות המשותפות לחברי הקבוצה תוך הותרת השאלות הפרטניות להליכים אחרים, והסמכות לתת הוראות באשר להוכחת הזכאות לסעד על ידי חברי הקבוצה השונים (סעיף 20(א)-(ג) לחוק) (ראו: עניין רזניק, בפסקה 27).

וכן:

"[...]בענייננו, אכן מדובר בהליך מורכב המעורר שאלות קשות וסבוכות, אולם מורכבותו של ההליך לא תהא פחותה אם הוא ינוהל בדרך של תביעה אישית. כפי שציין חברי, הנשיא גרוניס ביחס לתובענה דנן ברע"א 9030/04 אירופה ישראל (מ.מ.ש) בע"מ נ' גדיש קרנות גמולים (טרם פורסם, 26.6.2007), בפסקה 8 לפסק דינו: "לפני בית המשפט קמא מונחים שורה של הליכים שמבוססים כולם על אותה תשתית עובדתית ולכן נראה שגם על אותה תשתית ראייתית. מכאן שלכאורה הדרך היעילה



**ביותר לניהולם של ההליכים הינה איתור השאלות המשותפות  
העולות בהם ובירורן יחדיו. כך ימנעו כפילות בדיון ובזבוז  
משאבי בית המשפט ובעלי הדין".**

40. דברים אלה שנפסקו ביחס לתובענות ייצוגיות בתחומי משפט שונים, נכונים בוודאי גם ביחס לתובענות ייצוגיות בתחום משפט העבודה, משבמקרים רבים של תובענות ייצוגיות בתחום זה, הן בחינת הזכאות והן חישוב הפיצוי של כל אחד מחברי הקבוצה מעוררים שאלות מורכבות. בתובענות מסוג זה קיימת הטרוגניות רבה בין חברי הקבוצה, בין היתר בכל הקשור למשך ההעסקה, שעות וימי העבודה, רכיבי השכר ודפוסי ההעסקה. מטבע הדברים, הטרוגניות זו מביאה למורכבות רבה שיכול שתצריך בהמשך, לצורך אומדן הנזק וחישוב הפיצוי לו זכאים חברי הקבוצה, עריכת תחשיב פרטני מורכב, שיחייב את בית הדין לאתר את השאלות המשותפות ולבחון את היחס בין היקף השאלות המשותפות לחברי הקבוצה אל מול היקפן של אלו המצריכות בירור פרטני. בהינתן כי בית הדין מוצא כי משקלן של השאלות המהותיות המשותפות מצדיק את ניהול ההליך כתובענה ייצוגית, נדרש הוא לבחון האם ניתן לעשות שימוש בפתרונות הקבועים בחוק ביחס למצבים של היעדר אחידות בין חברי הקבוצה.

41. אשר על כן, דומה כי לא היה מקום לדחות את התובענה הייצוגית אך בשל הצורך בחישוב פרטני מורכב, וזאת מבלי שייבחן משקלן של השאלות המהותיות המשותפות לחברי הקבוצה, ומבלי שתיבחן האפשרות לעשות שימוש במודלים החלופיים שמציע החוק עצמו. מובן, כי תוצאת פסק הדין עלולה לשמש גורם מצנן בכל הנוגע לתובענות ייצוגיות בתחום דיני העבודה, ולהביא לצמצום משמעותי ביותר בשימוש במכשיר חשוב זה למיצוי זכויות בידי עובדים בלתי מאוגדים שזכויותיהם הופרו, וזאת באופן המנוגד לתכליות העומדות ביסוד חוק תובענות ייצוגיות, כמו גם לאלו העומדות ביסוד חקיקת המגן בתחום משפט העבודה. כידוע, במקרים של עובדים בלתי מאוגדים (בהם, ככלל, עסקינן עת מדובר בתובענות ייצוגיות בתחום דיני העבודה),<sup>18</sup> חברי הקבוצה עשויים להיות מוחלשים, מועסקים לתקופות זמן קצרות באופן יחסי, והסכומים של כל תביעה בנפרד עשויים להיות נמוכים, באופן היוצר תמריץ שלילי להגשת תביעות פרט.

42. דברים אלה מתקשרים גם לעקרונות שפורטו לעיל, ביחס לתובענות ייצוגיות בתחום דיני העבודה. כאמור, תובענות ייצוגיות בתחום זה מתאפיינות פעמים רבות בעילות תביעה שעשויות להיות מורכבות, במידע שחלקו נמצא בידי המעסיק ובמחסור בתמריצים לעובדים לייצג ולתבוע, מחד; ובצורך גדול בהרתעה מפני הפרת הדין, מאידך.

43. אשר על כן, ומבלי לחוות דעה האם מתקיים בענייננו התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, אם לאו, דומה כי לא היה מקום לדחות את התובענה בעילה של אי הכללת עמלת המכירה בגמול שעות נוספות, אך בשל הצורך בעריכת חישוב פרטני מורכב,

<sup>18</sup> ראו סעיף 10(3) לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות.

ומבלי שנבחן לעומק היחס בין היקף השאלות המשותפות להיקפן של אלו המצריכות בירור פרטני, ומבלי שנבדק טיבו של אותו בירור פרטני, קרי, האם מדובר בבירור מורכב בדבר הזכות עצמה שיצריך שמיעת עדויות וחקירות,<sup>19</sup> האם מדובר בבירור זכאות שאגב שהוכרעה השאלה המרכזית מצריך עיון במסמכים, או שמא חישוב גובה הנזק שנגרם אגב ההפרה משתנה מאדם לאדם, וכיוצא באלה. עובר לקביעת בית הדין הארצי כי אין לאשר את הבקשה, לא נבחנה על ידו האפשרות לעשות שימוש במודלים החלופיים הקבועים בחוק, כגון האפשרות לתת פסק דין הצהרתי שבו יוכרעו השאלות המשותפות לחברי הקבוצה (שהינן רלוונטיות גם ביחס לעובדים שיועסקו באותו מקום עבודה ועל בסיס אותו מתווה העסקה, בעתיד), תוך הותרת השאלות הפרטניות לבירור משלים במסגרת הליכים מאוחרים, ככל שיהיה בכך צורך; הסמכות לתת הוראות באשר להוכחת הזכאות לסעד על ידי חברי הקבוצה השונים (סעיף 20(א)-(ג) לחוק תובענות ייצוגיות), וכן מינוי ממונה בהתאם לסעיף 20(ב)(1) לחוק (לעניין זה ראו גם בפסקה 35 לפסק דינה של הנשיאה ביניש **בעניין גדיש**). כלים אלה שהחוק מעמיד, נעשה בהם שימוש בבתי המשפט בהליכים שונים של תובענות ייצוגיות.

44. על כך יש להוסיף, כי בענייננו, בהסכמת המשיבה, אושר ניהול התובענה כייצוגית ביחס לשתי עילות הנוגעות לזכותם של כל העובדים להפרשים בגין דמי חג ודמי הבראה; משכך, בדין קבע בית הדין האזורי בפסק דינו כי לצורך בירורן של עילות אלו, ממילא יהיה צורך לבחון באופן פרטני, באמצעות תוכנת השכר של החברה את נתוני ההעסקה השונים של כל עובד ועובדת. על פני הדברים, דומה כי ניתן יהיה במסגרת בחינה זו, לבחון נתונים פרטניים נוספים הנחוצים לניהולה של התובענה כייצוגית ביחס לעילה הנוגעת להכללת עמלות המכירה בגמול שעות נוספות. למצער היה מקום לברר סוגיה זו (מה הם הנתונים הנוספים הנדרשים) עובר לקביעה, כי אין לאשר את הבקשה בעילה זו.

45. בשולי הדברים יבקש היועץ המשפטי לממשלה לציין, כי מקום בו, בדומה לענייננו, מדובר בעובדים, שמלבד היותם בלתי מאוגדים, הם מועסקים במשרות זמניות באופיין, אשר השכר המשולם בגין אינו גבוה, כך שהתמריץ להגשת תביעות פרט אינו גבוה, יש לבחון בזהירות רבה שימוש של מעסיק בטענה הנשענת על מורכבותו של מודל השכר – מורכבות אשר עשויה להיות לגיטימית כשלעצמה – וזאת כנימוק לדחיית האפשרות לברר באופן קיבוצי שאלות הנוגעות לזכויות העובדים. זהירות זו נדרשת ביתר שאת, מקום בו מדובר בזכויותיהם הקוגנטיות של העובדים.

## ד. סיכום

46. לנוכח כלל האמור לעיל, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי קביעתו של בית הדין הארצי לעבודה, לפיה עצם מורכבות העילה והצורך בבירור פרטני, מהווים תנאי מספיק

<sup>19</sup> ראו פסק דינו של בית המשפט הנכבד בע"א 6887/03 רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות ואח', בעמוד 26 (פורסם בנבו, 20.7.2010).

לדחיית התובענה, וזאת מבלי שנדרש לאפשרות לעשות שימוש בפתרונות הקבועים בחוק ביחס למצבים של היעדר אחידות בין חברי הקבוצה, הינה קביעה אשר אינה עולה בקנה אחד עם ההלכות הקיימות. קביעה זו מביאה להכבדה יתרה על תובעים פוטנציאליים, הכבדה אשר עלולה לפגוע באורח משמעותי בתמריצים להגשת תובענות ייצוגיות בתחום משפט העבודה. עוד סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי לא היה מקום לדחות את הבקשה בהסתמך על מורכבותה של הסוגיה, וכי קיימת חשיבות רבה להכרעה בשאלה שהתעוררה בהליך דכאן, וזאת מטעמים של ודאות ובהירות ביחס לפרשנות הדין.

**דנה מנחה, עו"ד**  
**סגנית בכירה א' במחלקה למשפט העבודה**  
**בפרקליטות המדינה**

ירושלים, היום : ג' אלול, תשפ"ה  
28 מאי, 2019