

תובענות ייצוגיות בדיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק?

מאת

אלון קלמנט*, שרון רבין-מרגליות**

תקציר

מאמר זה מנתח את השאלות הפרשניות העולות בעקבות חקיקת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, והחלתו של מנגנון התובענה הייצוגית על עילות תביעה מתחום משפט העבודה. המאמר דן בתנאים לאישורה של תובענה ייצוגית בתחום דיני העבודה, בבחירה בין מנגנון התובענה הייצוגית לבין הסכסוך הקיבוצי וביתרונות המיוחדים לתובענה הייצוגית בתביעות בגין עילות אפליה. המאמר מציג גישה פרשנית המשלבת את המטרות של משפט העבודה עם מטרותיה של התובענה הייצוגית, תוך התחשבות ביתרונותיו ובחסרונותיו של מנגנון זה. הגישה המוצעת קוראת להרחבת השימוש במכשיר התובענה הייצוגית לשם השגת אכיפה יעילה ומלאה של זכויות עובדים.

א. מבוא

ב. התובענה הייצוגית מול הליכים אחרים

1. כללי

2. התובענה הייצוגית מול תביעות אישיות

3. התובענה הייצוגית מול צירוף תובעים

4. התובענה הייצוגית מול השתק פלוגתא לא־הדדי ומקרה־מבחן

5. התובענה הייצוגית מול הסכסוך הקיבוצי

(א) האם יש לאפשר סכסוך קיבוצי בגין הפרתם של חוקי־המגן?

(ב) תובענה ייצוגית – עדיפות לתובע יחיד

(ג) מירוץ הזמן בין התובענה הייצוגית לבין הסכסוך הקיבוצי

ג. תובענות ייצוגיות במקומות עבודה מאורגנים

1. כללי

2. פרשנות תכליתית לסייג הקבוע בפריט 10(3)

* מרצה בכיר, המרכז הבינתחומי הרצליה.

** מרצה בכירה, המרכז הבינתחומי הרצליה.

3. אכיפה מלאה של זכויות-המגן לעומת אכיפה חלקית של זכויות מכוח הסכם קיבוצי
4. דוגמה לצורך במנגנון התובענה הייצוגית במקומות עבודה מאורגנים: ענף השמירה
- ד. תובענה ייצוגית בעילות אפליה
 1. כללי
 2. קביעת הנזק בתביעות בגין מדיניות מפלה
 3. הוכחת העילה בתביעות בגין מדיניות מפלה
 4. אפשרות סבירה ששאלות משותפות של עובדה או משפט יוכרעו לטובת הקבוצה
- ה. סיכום

א. מבוא

משפט העבודה בישראל מסדיר באופן מקיף את מערכת היחסים בין עובדים למעבידיהם, ומעניק לעובדים זכויות משמעותיות בחקיקת-המגן, בהסכמים ובהסדרים קיבוציים. אולם לגבי חלק מציבור העובדים זכויות אלה אינן נאכפות הלכה למעשה. יש מעבידים הפועלים תוך התעלמות מחובותיהם, ועובדים במגזרים רחבים סובלים מהפרות חוזרות ונשנות של זכויותיהם.¹

מצב זה עשוי להשתנות בעקבות חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006,² שמטרתו היא "לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות".³ אף שהחוק הוא חוק כללי, החל על קשת רחבה של עילות תביעה מתחומי משפט שונים, חשיבותו למשפט העבודה רבה. מספר התובענות הייצוגיות שהוגשו בתחום העבודה לפני קבלת חוק תובענות ייצוגיות הוא קטן מאוד,⁴ ואת התביעות

1 רק לאחרונה יצא דוח מקיף של האגודה לזכויות האזרח בישראל המצביע על הפרתם השיטתית של זכויות העובדים בישראל. ראו מיכל תג'ר לעבוד בלי כבוד: זכויות עובדים והפרתן (האגודה לזכויות האזרח בישראל, 2006). www.acri.org.il/pdf/workersrights.pdf (להלן: דוח האגודה לזכויות האזרח).

2 להלן: החוק או חוק תובענות ייצוגיות.

3 ס' 1 לחוק.

4 נכון ליום 17.11.2006 מצאנו במאגרי המידע האלקטרוניים ("נבו" ו"דינים ועוד") 61 החלטות ופסקי-דין של בתי-הדין לעבודה אשר דנו בשאלת אישורה של תובענה כתובענה ייצוגית, מהן 11 תובענות נגד המוסד לביטוח לאומי. ראו, לדוגמה, עב' (אזורי ת"א) 9048/00 יפה – אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ (טרם פורסם, 31.10.2005); עב' (אזורי ת"א) 2007/00 דייך – חברת החשמל לישראל בע"מ (טרם פורסם, 6.6.2005); עב' (אזורי ת"א) 6336/00 דוד – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, דינים אזורי יב 886 (2002);

שאושרו כייצוגיות ניתן למנות על אצבעות כף-יד אחת. יתר על כן, התביעות שאושרו עסקו בבקשות לסעדים הצהרתיים, ולא לפיצוי כספי.⁵ החוק מרחיב באופן משמעותי את עילות התביעה בתחום העבודה שבגינן ניתן להגיש תובענה ייצוגית,⁶ ומעמיד, לראשונה, בידי עובדים יחידים מנגנון המאפשר להם לרכז את תביעותיהם באופן יעיל ולאזן בין כוחם לבין כוחו של המעביד מבלי להיות תלויים בהסכמתו של ארגון העובדים. מאמר זה מציג גישה פרשנית לחוק תובענות ייצוגיות המשלבת את המטרות של משפט העבודה עם מטרותיה של התובענה הייצוגית, תוך התחשבות ביתרונותיו ובחסרונותיו של מנגנון זה.⁷ אחת ממטרותיו של החוק היא לממש את "זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסייה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים".⁸ עובדים שכירים הם דוגמה מובהקת לקבוצת אוכלוסייה שנגישותה של המערכת המשפטית לגביהם נמוכה. עובדים רבים חוששים, ובצדק, שפתיחת הליכים משפטיים נגד המעסיק שלהם לשם אכיפת זכויותיהם, בזמן שהם ממשיכים לעבוד, תפגע בהם. גם אם הפגיעה לא תבטא בפגיעה ישירה בתנאי

- דב"ע (ארצי) 9-208/98 אפטקר – לאון פלסט תעשיות פלסטיקה בע"מ (לא פורסם, 1.11.1998). לעניין תובענות נגד הביטוח הלאומי ראו, לדוגמה, בש"א (אזורי ת"א) 5602/05 גלעדי – המוסד לביטוח לאומי, דינים אזורי לג 501 (2006); בש"א (אזורי חי') 3639/05 שקד – המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם, 27.2.2006); ב"ל (אזורי ת"א) 3403/00 חברת טירת גוש 6195 כהנא בע"מ – המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם, 20.9.2005); ב"ל (אזורי ת"א) 93062/99 קריב – המוסד לביטוח לאומי (לא פורסם, 23.9.2000).
- 5 תב"ע (אזורי ת"א) נד' / 3-1711 ליבר – ידיעות אחרונות, פד"ע כח(2) 43 (1994) (תביעת עובדים לסעד הצהרתי בנוגע לפרשנות של הוראות נורמטיביות בהסכם קיבוצי אושרה כתובענה ייצוגית. כפי שנראה, לנוכח ההלכה בעניין ביברינג, להלן ה"ש 12, לא היה כמובן מקום כיום לאשר את הבקשה, שכן מדובר במקום עבודה מאורגן. גם על-פי הפרשנות המוצעת במאמר זה לא היה מקום לאשר את הבקשה, שכן עילת התביעה נוגעת בפרשנות של הסכם קיבוצי); דב"ע (ארצי) מא/6-3 רשות שדות התעופה – איצקוביץ (לא פורסם, 31.5.1981) (אושרה תובענה ייצוגית של עובדים שתבעו סעד הצהרתי שלפיו ייקבע כי יש לראות בהם עובדי רשות שדות-התעופה, ולפיכך יש להעניק להם זכויות של עובדים); דב"ע (ארצי) נא/3-107 כאביה – עמידר החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ, פד"ע כג(1) 182 (1991) (אושרה תובענה ייצוגית של עובדים לגבי תביעה שמטרתה לחייב את עמידר ועמיגור לתת להם נתונים מלאים על שכרם ותנאי עבודתם של עובדי עמיגור, וזאת לשם דרישה להשוואת תנאי העבודה של עובדי שתי החברות. גם תביעה זו מתייחסת לפרשנות של הסכם קיבוצי, ולא היה מקום לאשרה).
- 6 ראו להלן פרקים ב ו-ג.
- 7 איננו מתיימרים במאמר זה לנתח את חוק תובענות ייצוגיות בהקשר הכללי, אלא לדון בשאלות הייחודיות המתעוררות ביחס לתביעות מתחום משפט האפליה, וזאת גם לנוכח פסיקתו של בית-הדין לעבודה בעבר. לפרשנות כללית של החוק ראו אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט(1) 131 (2006).
- 8 ס' 1(1) לחוק.

העבודה שלהם (כגון פיטורים או שינוי לרעה של תנאי העבודה), הגשת התביעה תעכיר את יחסי האנוש במקום העבודה ותפגע ברווחתם של העובדים. לנוכח זאת, עובדים רבים נמנעים מנקיטת הליכים אדוורסריים למימוש זכויותיהם. גם לאחר סיום יחסי העבודה, עובדים רבים אינם פועלים לאכיפת הזכויות שהופרו בעבר, אם מכיוון שהם טרודים בחיי היומיום ואם משום שהם מאמינים כי אם ייודע שתבעו מעסיק קודם, הם יתויגו בשוק העבודה כעובדים בעייתיים, ובכך ייפגע המוניטין שלהם. ארגון העובדים נמנע גם הוא, לעיתים קרובות, מלממש את זכות התביעה העומדת לו בגין הפרה של זכויות העובדים, משיקולים הקשורים ליחסיו ארוכי-הטווח עם המעביד ולצורך להקצות את משאביו המוגבלים לפי סדרי עדיפויות המתאימים לו.⁹ המאמר מסביר כיצד התובענה הייצוגית משמשת כלי להגברת האכיפה בהינתן קשיים אלה.

פרק ב למאמר דן באמות-המידה לבחינה אם התובענה הייצוגית בדיני עבודה היא "הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין", כדרישתו של ס' 8(א)(2) לחוק,¹⁰ תוך השוואה לדרכים אחרות לפתרון המחלוקת, לרבות תביעה אישית, איחוד תביעות ושימוש בהשתק פלוגתא לא-הדדי. פרק זה מסביר גם באופן כללי את מעמדה של התובענה הייצוגית אל מול המכשיר הייצוגי הרגיל בתחום דיני העבודה – הוא הסכסוך הקיבוצי.

פרק ג מסביר מדוע יש להעדיף את מנגנון התובענה הייצוגית על הסכסוך הקיבוצי בתביעות שעילתן היא מתחום חוקי-המגן הקוגנטיים. בטרם נחקק החוק היה אפשר להגיש תובענות ייצוגיות בתחום דיני העבודה מכוח שני חוקים ספציפיים: סעיף 11 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק שכר שווה לעובדת ולעובד), וסעיפים 19 ו-20 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות). נוסף על כך, תקנות 21 ו-22 לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין), התשנ"ב-1991 (להלן: תקנות בית-הדין לעבודה), עיגנו זכות כללית להגשת תובענה ייצוגית, בדומה לתקנה 29 לתקנות סדר הדין אזרחי, התשמ"ד-1984. בפסק-דין מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים¹¹ קבע בית-המשפט העליון, ברוב דעות, כי תקנה 29 אינה מהווה מקור עצמאי לזכות להגיש תביעה על-דרך של תובענה ייצוגית, וכי על-מנת שתובע יוכל לעשות שימוש בכלי דיוני זה, יש צורך בעיגון הזכות בחקיקה

9 לשיקולים נוספים של ארגון העובדים ראו דיון בתת-פרקים 42 ו-56 להלן.

10 "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 העניין;
- (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל 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 וינהל בתום לב."

11 רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נו(3) 220 (2003) (להלן: עניין א.ש.ת.).

ספציפית.¹² המחוקק נענה לקריאתו של בית-המשפט העליון, וחוקק את חוק תובענות ייצוגיות. סעיף 3 לחוק קובע כי "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית". לפיכך ערוץ התביעה הייצוגית מכוח תקנות 21 ו-22 לתקנות בית-הדין לעבודה חסום כיום, ועילות התביעה האפשריות הן רק אלה הקבועות בתוספת השנייה.

עילות התביעה מתחום דיני העבודה המנויות בתוספת השנייה רבות ורחבות מהעילות שאפשרו הגשת תובענה ייצוגית לפני קבלת החוק. עם זאת, בחלק מן העילות יותדה זכות התביעה הייצוגית למקומות עבודה שאינם מאורגנים. הגבלה זו עוקבת אחר פסיקתו של בית-הדין הארצי לעבודה בעניין ביבריינג, שם נקבע כי "הדרך הטובה ביותר לבירור סכסוך הנוגע לקבוצת עובדים במקום עבודה מאורגן היא בהליך של סכסוך קיבוצי".¹³ השאלה מהי מסגרת העילות שהגבלה זו צריכה לחול עליהן עומדת במרכז דיונונו בפרק ג למאמר.

לגישתנו, יש לפנות לדרך של סכסוך קיבוצי רק מקום שהתביעה היא על הפרה של הסכם קיבוצי או של זכות אחרת שמקורה במערך יחסי העבודה הקיבוציים. ההבחנה שאנו עורכים נסמכת על השאלה אם אנו מעדיפים מנגנון אכיפה המכוון לאכיפה חלקית או לאכיפה מלאה. טענתנו היא שתובענות ייצוגיות הן כלי דיוני המקדם אכיפה מלאה של זכויות, ואילו מתן שליטה בלעדית לארגון העובדים היציג בכל הנוגע לפעולה לאכיפת זכויות במסגרת של סכסוך קיבוצי עלול להוביל לאכיפה חלקית בלבד של זכויות. אי-לכך, כאשר עסקינן בזכויות שמקורן חוקי-המגן הקוגנטיים (לדוגמה, הזכות לשכר-מינימום), יש לתת אפשרות למסגרת הדיונית של תובענה ייצוגית, וזאת על-מנת לקדם אכיפה מלאה של זכויות אלה. לעומת זאת, זכויות הסכמיות שמקורן בהסכמים קיבוציים או בהסדרים קיבוציים אחרים ראוי שיידונו במסגרת סכסוך קיבוצי – מסגרת המקנה לארגון העובדים, שהיה צד לעיצובם של אותם הסדרים, שליטה בהחלטה לגבי רמת האכיפה הראויה של הזכות. לדעתנו, ההסדרים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות מאפשרים לערוך הבחנה זו. פרק ד למאמר עוסק בתובענות ייצוגיות בעילות מתחום האפליה התעסוקתית. חוק

12 שם, בעמ' 279. ראו גם דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, דינים עליון עד 371 (2005), אשר נידון במותב של תשעה שופטים שבחנו שוב את הסוגיה. בית-המשפט העליון, ברוב דעות, השאיר את פסק-דין א.ש.ת. על כנו, וזאת לנוכח תהליכי החקיקה שהחלו בנושא. בית-הדין הארצי לעבודה היה נחרץ פחות מבית-המשפט העליון בגישתו כלפי האפשרות של תביעה ייצוגית לפי התקנות, לפני קבלת החוק. ראו ע"ע (ארצי) 1210/02 ביבריינג – אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ, פד"ע לח 115 (2002). יש לזכור, עם זאת, שעניין ביבריינג קדם לעניין א.ש.ת.

13 עניין ביבריינג, שם, בעמ' 137. עם זאת קבע בית-הדין, בעמ' 142 לפסק-דינו, כי אין מדובר בכלל-ברזל, והשאיר פתח צר לאישור תובענות ייצוגיות במקומות עבודה מאורגנים כאשר הצדק מחייב חריגה מהכלל – למשל, כאשר יחסי העבודה הקיבוציים אינם תקינים או כאשר ארגון העובדים פועל ממניעים פסולים, והתובענה הייצוגית לא תפגע קשה בהתארגנות העובדים.

תובענות ייצוגיות שם דגש מיוחד באפשרות לנהל תביעה בגין אפליה בעבודה במסגרת של תובענה ייצוגית.¹⁴ אנו מסבירים מדוע כאשר עילת התביעה מבוססת על הטענה כי המעביד נקט מדיניות כללית מפלה נגד קבוצת מיעוט המוגנת על-פי חוקי השוויון התעסוקתי, הדרך הראויה לברר סכסוך זה היא במסגרת תובענה ייצוגית, ומדוע דרך זו עדיפה אף על ניהול הליכים אישיים על-ידי כל אחד מהנפגעים ממדיניות מפלה זו.

יתרונותיה של התובענה הייצוגית על הליך אישי בעילות אפליה באים לידי ביטוי בשני שלבים: הוכחת עילת התביעה, וקביעת היקף הנזק. בשלב של הוכחת העילה, התובענה הייצוגית מאפשרת שימוש בראיות סטטיסטיות, שמטרתן לשכנע את בית המשפט שהמעביד פעל באופן מפלה. ראיות אלה רלוונטיות כאשר מטרתן להצביע על דפוס התנהגות כללי של אפליה. כוח השכנוע שלהן במקרה של תובע יחיד הוא פחות בהרבה, שכן אין בנתונים הכלליים כדי ללמד הרבה על הטיפול במקרה של התובע הספציפי.

לאחר שגובשה אחריותו המשפטית של הנתבע (דהיינו, בית-הדין השתכנע כי המעביד נקט מדיניות מפלה), מגיע השלב של קביעת היקף הנזק. מאחר שמדובר במדיניות כללית שפגעה בקבוצה מוגדרת של אנשים, אי-אפשר לחשב את נזקיו של כל פרט בקבוצה זו במנותק מחישוב הנזק הכולל לקבוצה. כלומר, היקף הנזק של התובע היחיד תלוי בהיקף הנזק לקבוצה ובמספר האנשים הנמנים עם הקבוצה. זהו מאפיין ייחודי של עילות האפליה הקבוצתית – מאפיין שבגיניו יש להעדיף את המסגרת של התובענה הייצוגית על תביעות אישיות של "נפגעי אפליה". תובענה ייצוגית מאפשרת לבית-הדין לפסוק מהו היקף הנזק הכולל שהמעביד גרם בהתנהגותו המפלה, ולאחר-מכן לחלק את הפיצוי הכולל שקבע בין חברי הקבוצה התובעת.

ב. התובענה הייצוגית מול הליכים אחרים

1. כללי

התובענה הייצוגית מהווה דרך להתארגנות "אד-הוק" של התובעים. התארגנות זו נשענת על תמריצים הניתנים לתובע המייצג ולעורכת-הדין להגיש את התובענה ולנהלה,¹⁵ ועל הסמכתם לייצג את חברי הקבוצה מבלי לקבל את אישורם המפורש לכך או להיוועץ בהם במהלך ניהול התובענה.¹⁶ התארגנות זו יעילה וחסכונית בעלויות בעבור התובעים הן בשלב הקודם להגשת התובענה, שכן אין צורך לאתר כל אחד מחברי הקבוצה ולקבל את הסכמתו להגשת התובענה, והן בשלב ניהול התובענה, שכן התביעות כולן מרוכזות

14 ראו דיון בתת-פרק 11 להלן.

15 ראו ס' 22 לחוק בדבר הגמול הניתן לתובע המייצג וס' 23 לחוק בדבר שכר-הטרחה לעורכת-הדין. לדיון מלא בקביעת שכר-הטרחה ראו קלמנט, לעיל ה"ש 7.

16 על ההבחנה בין ניהול התובענה בדרך של opt-in לבין ניהול בדרך של opt-out ראו דיון בתת-פרק 33 להלן.

בהליך אחד שערכו הצפוי עולה על עלויותיו, ואשר ההחלטות המתקבלות בו אינן מחייבות אישור מפורש מכל אחד מחברי הקבוצה. נוסף על כך, התובענה הייצוגית מספקת לציבור עורכי־הדין תמריצים לאתר עילות תביעה ראויות ולהגיש תביעות בגינן, קרי, לפעול כמעין "ציידים ראשים" (bounty hunters) מודרניים.¹⁷

כדי לבדוק אם התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין, כדרישת סעיף 8(א)(2) לחוק, יש להשוות בינה לבין דרכים אחרות להכרעה במחלוקת.¹⁸ דרכים אלה כוללות דיון בתובענות אישיות אשר יוגשו על־ידי כל אחד מחברי הקבוצה בנפרד; צירוף תובעים בדרך הקבועה בתקנה 15 לתקנות בית־הדין לעבודה או בדרכים דומות לה; שימוש בכלים פרוצדורליים מיוחדים, כגון השתק הפלוגתא הלא־הדדי ומקרה־המבחן; ופתרון המחלוקת באמצעות ארגון העובדים על־דרך של סכסוך קיבוצי. פרק זה מסביר את יתרונה של התובענה הייצוגית על הדרכים הדיוניות החלופיות, וזאת בניגוד לנטייתו הגוברת של בית־הדין הארצי לעבודה להעדיף דרכים אלה על התובענה הייצוגית.¹⁹

2. התובענה הייצוגית מול תביעות אישיות

בהשוואה לתביעות אישיות, יתרונה של התובענה הייצוגית הוא בכך שהיא מאחדת את סכומי התביעות כולם לתביעה אחת, שבה התובע המייצג ועורכת־הדין יכולים לנצל את יתרונות הגודל העומדים להם, להגיש את התביעה ולהשקיע בניהולה. תביעות שערכן הצפוי נמוך לא יוגשו, שכן העלויות הכרוכות בניהולן בנפרד גבוהות מערכן. איחודן לתביעה אחת יהפוך את סך הערך של כל התביעות לגבוה מעלות ניהול התביעה, ולפיכך יהיה ניהולה פדאי לתובעים. ככלל, ככל שהשאלות המשותפות לחברי הקבוצה רבות יותר ומשמעותיות יותר בניהול התובענה, ככל שהדיון בשאלות אלה מורכב יותר וככל שערך התביעה של כל חבר בקבוצה נמוך יותר, כן יהיה יתרונה של התובענה הייצוגית על ניהול תובענות אישיות משמעותי יותר.

אף שיתרונה של התובענה הייצוגית על תובענות אישיות בולט וברור במיוחד כאשר שווייה של כל תביעה נמוך, גם תובעים שערכן הצפוי של תביעותיהם גבוה מעלויותיהן

17 ראו: John C. Coffee Jr., *Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is not Working*, 42 MD. L. REV. 215 (1983).

18 ראו אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעולות המוניות" משפטים לד 301, 376–381 (2004).

19 ראו ע"ע 1154/04 גרוס – מדינת ישראל־משרד הבטחון, דינים ארצי לג(81) 84 (העדפת תביעה אישית בצירוף יישום העיקרון של השתק פלוגתא או של מקרה־מבחן על הליכים עתידיים); ע"ע 1537/04 כץ – שירותי בריאות כללית, דינים ארצי לג(45) 86 (העדפת הליך של צירוף תובעות); עניין ביברינג, לעיל ה"ש 12 (העדפת סכסוך קיבוצי על תובענה ייצוגית).

עשויים להעדיף את ניהול תביעתם בדרך של תובענה ייצוגית.²⁰ ראשית, יש לזכור שערכה הצפוי של תביעה מורכב משקלול של סכום התביעה המוכפל בסיכויי ההצלחה בה, מחד גיסא, ושל העלויות הישירות והעקיפות שהתובע עלול לשאת בהן, המוכפלות גם הן בסיכויי ההצלחה בתביעה, מאידך גיסא. בדיקה זו צריכה להתחשב גם באותן עלויות שאינן ניתנות להשבה גם אם יזכה התובע בתביעתו,²¹ ובנוקים שהוא עלול לשאת בהם כתוצאה מפעולותיו של הנתבע אם תוגש התביעה.²² לכן העובדה שסכום תביעתו של עובד הינו משמעותי אינה מבטיחה שיהיה כדאי לאותו עובד לתבוע, בעיקר כאשר הוכחה התביעה כרוכה בשאלות משפטיות ועובדתיות סבוכות, כאשר סיכויי ההצלחה בה אינם גבוהים וכאשר העלויות הכרוכות בהוכחתה גבוהות. התובענה הייצוגית מאפשרת הגשתן של תביעות אלה, כשם שהיא מאפשרת הגשתן של תביעות ששוויין נמוך.²³

שנית, גם אם ערכה הצפוי של התביעה (לאחר ניכוי העלויות הצפויות) הוא חיובי, עדיין העלויות הנדרשות לשם הגשה וניהול של תביעות דומות המרוכזות יחדיו נמוכות מסך העלויות שהיו נדרשות כדי להגיש תביעות אלה בנפרד באופן בלתי-תלוי. ככל שמשקלן של השאלות המשפטיות והעובדתיות המשותפות גדול יותר כן נחסכות כפילויות בעלויות המושקעות בתביעות אישיות כאשר הן מרוכזות בתביעה אחת. זה יתרון הגודל בתביעה הייצוגית. יתרון זה עומד לנתבע גם אם התביעות מוגשות נגדו כתביעות אישיות, שכן הוא יכול לנצל את השקעתו בתביעה אחת לצורך תביעה אחרת. יתרון זה אינו עומד

20 ראו אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים - בעקבות פסק-הדין ברע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ" מחקרי משפט כא 387 (2004).

21 דוגמה לעלות כזו, המפחיתה את תמריציו של העובד לתבוע, היא החשש שהמעביד יתנכל לו בשל התביעה.

22 לדוגמה, ייתכן שסכום התביעה של העובד שווה ל-20,000 ש"ח אולם הגשת התביעה תהיה בכל-זאת לא-כדאית מבחינתו. אם, למשל, עלויות התביעה הן 10,000 ש"ח וסיכוייה להצליח נמוכים מ-50%, אזי שווייה הצפוי (תוחלת הערך) של התביעה נמוך מ-10,000 ולפיכך לא כדאי להגשה.

23 לאחרונה פסק בית-הדין הארצי לעבודה כי תובענה ייצוגית ביחס לאפליה בתוכנית הפרישה של עובדות בקופת-חולים כללית ראוי שתתברר על-דרך של תביעות אישיות של העובדות השונות. בין היתר סבר בית-הדין כי מכיוון שגובהה של כל תביעה עומד על כ-300,000 ש"ח, ראוי לאפשר לכל עובדת להגיש תביעה אישית, שבה היא לא תהיה כבולה להליך הייצוגי. ראו עניין כץ, לעיל ה"ש 19, ס' 30-31 לפסק-דינה של השופטת וירט-ליבנה. עם זאת, דווקא עניין כץ מדגים את יתרונותיה של התובענה הייצוגית גם במקרים שבהם סכומה של כל תביעה אישית גבוה. מכיוון שמדובר בתביעות אישיות מורכבות (מבחינת חישוב הסכומים המגיעים לכל עובדת שפרשה במסגרת תוכנית הפרישה), רק נשים ספורות בחרו להגיש תביעות אישיות. תובענה ייצוגית הייתה מאפשרת לאחד את הדיון בהיבטים החשובים המשותפים לכלל העובדות, ובשלב מאוחר יותר לערוך חישוב אישי לכל תובעת בהתאם לפרמטרים החשובים שנקבעו בדיון המשותף.

כמוכן לתובעים היחידים, ולכן ניהול התביעה על-דרך של תובענה ייצוגית מאזן את כוחה של הקבוצה התובעת אל מול הנתבע.

למשל, כאשר כל תובע צריך להוכיח כי תנאי העבודה במפעל שבו עבד היו כאלה שהעמידו אותו בסיכון, השקעתו בהוכחת טענה זו תהיה פרופורציונית לסכום התביעה שלו. תובע שסכום התביעה שלו כ-3,500 ש"ח (סכום התביעה בעניין ביברינוג) לא ישקיע יותר מסכום זה בהוכחת התביעה. לעומתו, נתבע החשוף לכ-2,500 תביעות בסכום זה (מספר התביעות המשוער בעניין ביברינוג) עלול לשלם סך כולל של כ-8,750,000 ש"ח. מובן שהשקעתו בתביעות אלה, גם אם ינוהלו בנפרד, תהיה גדולה בהרבה מהשקעתו של כל תובע. סיכויי ההצלחה של הנתבע יהיו לפיכך גבוהים בהרבה מכפי שהיו אילו היה כוחם של הצדדים שווה. התביעה הייצוגית, עם מבנה התמריצים שהיא יוצרת, מאזנת בין כוחו זה של הנתבע לבין כוחם של התובעים.

שלישית, בתביעות מתחום משפט העבודה האישי קיים שיקול נוסף להעדפת התובענה הייצוגית על תביעות אישיות, והוא חששם של העובדים מפני הגשת תביעות נגד מעסיקים. החשש אינו רק מפני התנכלות מצד המעביד – פגיעה בתנאי העבודה או פיטורים עקב אכיפת הזכויות²⁴ – אלא גם מפני הערכתם של יחסי העבודה, גם אם המעביד אינו נוקט צעדים פעילים במטרה לפגוע בתנאי העבודה. לכן, כאשר מדובר במערכות יחסים מתמשכות, דוגמת יחסי עבודה, מסלול התובענה הייצוגית עדיף על מערך התביעות האישיות – תובענה ייצוגית מעמידה בחזית תובע ייצוגי אחד (או קומץ תובעים), ויתר העובדים הם "שחקנים" סבילים.

אכן, התובע המייצג חושף את עצמו להתנכלות מצד המעביד, ובכך יש כדי להקשות את הגשת התובענה הייצוגית. אולם גם כאן לתובענה הייצוגית יש עדיפות ברורה על התובענות האישיות. נניח, למשל, שמבין 100 תובעים רק אחד מוכן להתייצב אל מול

24 קיימת חקיקה ענפה שמטרתה להתמודד עם התופעה של התנכלות מעסיקים לעובדים המנסים לאכוף את זכויותיהם או להתריע על שחיתויות ואי-סדרים במקום העבודה. הטיפול החקיקתי בנושא, כמו גם תביעות שהוגשו על רקע התנכלות של מעסיקים, מלמדים כי חששם של עובדים להתלונן ולתבוע את מעבידם מבוסס על נסיון החיים. ראו, לדוגמה, ס' 45 לחוק מבקר המדינה [נוסח משולב], התשי"ח-1958; ס' 28 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958 (להלן: חוק הגנת השכר); ס' 7 לחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987 (להלן: חוק שכר מינימום); ס' 5 לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991; ס' 2 לחוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל התקין), התשנ"ז-1997 (להלן: חוק הגנה על עובדים); ס' 10 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; ס' 3(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998. לפסיקה העוסקת בהתנכלות של מעבידים ראו, לדוגמה, ע"ע (ארצי) 502/05 גרטי – מדינת ישראל-משרד הפנים, דינים ארצי לג(100) 78 (2006); ע"ע (ארצי) 1504/04 אבין – מכבי שירותי בריאות, פד"ע מ 505 (2005); עב' (אזורי ת"א) 6590/01 ינאייקהלת – מדינת ישראל-משרד הבריאות המכון לרפואה משפטית, דינים אזורי לד 821 (2006); בש"א (אזורי ב"ש) 2631/05 דדון – מקורות חברת מים בע"מ, דינים אזורי כח 249 (2006).

המעביד. אם יותרו רק תביעות אישיות, התביעה היחידה שתוגש היא תביעתו של אותו עובד. בתובענה ייצוגית, לעומת זאת, יהיה די באותו עובד לייצג את האינטרס של כלל התובעים (הפוחדים לתבוע). יתר על כן, ס' 22 לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי יש לפסוק גמול מיוחד לתובע המייצג. ככל שחששם של העובדים מתביעה גדול יותר, אותו גמול צריך להיות גדול יותר, כדי לעודד את חלקם לפחות לתבוע ולייצג. לבסוף, יש לזכור כי המנוע העיקרי מאחורי התובענה הייצוגית הוא עורך-הדין, ומקום שאי-אפשר למצוא תובע שיהיה מוכן לייצג את הקבוצה, החוק מאפשר תביעה על-ידי ארגון, בין אם הוא ארגון עובדים ובין אם לאו.²⁵

3. התובענה הייצוגית מול צירוף תובעים

הדרך הרגילה לצרף כמה תובעים בתביעה אחת היא לקבל את אישורו של כל אחד מהם לייצגם בתביעה על-ידי תובע אחד. התובענה הייצוגית עוקפת צורך זה באמצעות הכלל הנוהג שלפיו בתביעה מיוצג כל מי שנמנה עם הקבוצה שהגדיר בית-המשפט בהחלטתו לאשר אותה כתובענה ייצוגית,²⁶ להוציא מי שהודיע על רצונו לא להיכלל בקבוצה זו.²⁷ כאשר משווים בין התובענה הייצוגית לבין צירוף תובעים, יש להתחשב במחסומים המקשים צירוף כזה. כאשר מספר התובעים גדול, כאשר הם מפוזרים בכמה מקומות עבודה²⁸ או כאשר איתורם של התובעים בעייתי (למשל, כאשר התובעים טוענים לאפליה שבגינה לא התקבלו לעבודה), תהא התובענה הייצוגית דרך יעילה יותר להכרעה במחלוקת מאשר צירוף תובעים, שכן היא חוסכת בעלויות האיתור. אולם גם כאשר כל העובדים מרוכזים במקום עבודה אחד וקל לאתרם, צירופם עשוי להיתקל בקשיים משמעותיים הנובעים מהעדר תמריצים מספיקים לייצג את הקבוצה, מחד גיסא, ולהצטרף אליה, מאידך גיסא. כאשר לתמריצים לייצג, התובענה הייצוגית קובעת מכשיר ארגוני פשוט שלפיו התובע המייצג ועורכת-הדין המייצגת יזכו בגמול מתוך הסעד שייפסק לקבוצה המיוצגת.²⁹ צירוף תובעים, לעומת זאת, מחייב משא-ומתן עם כל אחד מהתובעים באשר לשכר-הטרחה והתגמול אשר יסכים לשלם לתובע המייצג ולעורכת-הדין, ויש חשש שהצורך בניהול משא-ומתן כזה ירתיע תובעים ועורכות-דין מניהול התובענה מלכתחילה. כאשר לתמריצים להצטרף לתובענה, תובעים רבים יעדיפו לא לעשות כן, בעיקר במקומות עבודה שבהם הצטרפות לתובענה עלולה להוביל להתנכלות מצד המעביד או

25 ראו ס' 4 לחוק והגדרת "ארגון" בס' 2 לחוק. ראו גם את הדיון להלן בתת-פרק 2.

26 ס' 10 לחוק.

27 ס' 11 לחוק.

28 אומנם התביעה תהיה בדרך-כלל נגד מעביד אחד, אך לעיתים לאותו מעביד יש עובדים רבים הפוזרים בכמה מקומות עבודה – לדוגמה, עובדים של חברות כוח-אדם, עובדים של חברות שמירה וניקיון, וכן עובדים בסניפים שונים של רשתות שיווק גדולות, של בנקים וכיוצא בהם.

29 ראו לעיל ה"ש 15.

להערכת יחסי העבודה עימו. ההחלטה בדבר הצטרפות לתובענה תלויה בשני גורמים – התועלת מההצטרפות והעלות הכרוכה בה. ככל שמספר המצטרפים לתובענה קטן יותר כן העלות הכרוכה בהצטרפות אליה גדולה יותר, שכן הסיכוי שהמעביד יתנכל לעובד גדול יותר. לעומת זאת, ככל שמספר המצטרפים לתובענה גדול יותר כן התועלת מההצטרפות קטנה יותר, משום שהעובד יכול ליהנות מפירות התובענה, אם זו תצליח, אף ללא הצטרפותו הפורמלית אליה (קשה להניח כי הטבה שתינתן בעקבות התובענה לרוב העובדים תימנע מהמעוּט שלא הצטרף לתובענה). בין כך ובין אחרת, במקרים רבים תובענה המחייבת הצטרפות פעילה של כל חברי הקבוצה עלולה להיכשל.

נוסף על כך, צירוף התובעים מותיר כל אחד מהם עם שליטה מלאה בתביעתו. בידי היכולת לקבוע כיצד היא תנוהל ואילו החלטות יתקבלו בה. ניהול התביעות כתביעה אחת תוך התחשבות ברצונותיו של כל אחד מהם, ועם אפשרות של כל אחד מהם לפרוש מן התביעה, הינו משימה שקשה מאוד לבצעה. התובענה הייצוגית, לעומת זאת, מבוססת על ניהול התביעה על-ידי התובע הייצוגי ועורכת-הדין, בפיקוחו של בית-המשפט, מבלי שאלה יזקקו לאישור החלטותיהם על-ידי חברי הקבוצה המיוצגת. מבחינה זו התובענה הייצוגית דומה לייצוג שארגון עובדים יציג נותן לעובדים ביחידת מיקוח.³⁰

מסיבות אלה יש להעדיף את התובענה הייצוגית על הדרך של צירוף תובעים לא רק כאשר קשה לאתר את התובעים ולצרפם או כאשר הסכום של כל אחת מהתביעות האישיות נמוך. לעניין זה חשובה גם החלטתו של בית-הדין אם לקבוע שהקבוצה תוגדר בדרך הקבועה בסעיף 11 לחוק, קרי ככוללת את כל מי שלא הודיע על רצונו לא להיכלל בה (opt-out), או לפי חריג הקבוע בסעיף 12, שלפיו ייכללו בקבוצה רק מי שהודיעו לבית-המשפט על רצונם להיכלל בה (opt-in).

יש להדגיש שאף אם בית-המשפט בוחר בהסדר של opt-in, אין פירוש הדבר שמדובר במנגנון של צירוף תובעים. האפשרות הניתנת לכל אחד מהתובעים להצטרף לתובענה הייצוגית הינה חד-פעמית, והמשך ניהולה של התובענה ייעשה על-פי החלטותיהם של התובע המייצג ועורכת-הדין, בפיקוחו של בית-המשפט. התובעים שהודיעו על רצונם להצטרף לתובענה לא יוכלו לשלוט בניהולה ובהכרעות המתקבלות בה,³¹ ולא יוכלו לפרוש מן התובענה בשלבים מאוחרים יותר.³²

מאחר שהצטרפות פעילה לתובענה עלולה לחשוף את התובע להתנכלות מצד המעביד, ומאחר שהוא יכול במקרים רבים ליהנות מפירות התובענה גם ללא הצטרפות אליה, יביא הסדר opt-in במקרים רבים לידי כך שמספר המצטרפים לתובענה יהיה נמוך מאוד.

30 ביחידת מיקוח שבה לארגון העובדים יש יציגות, הוא יכול להתחייב בשם כל העובדים (בהסכם קיבוצי), כולל אלה שאינם חברים בו.

31 בכפוף לרשות הניתנת לבית-המשפט מכוח ס' 15 לחוק לאפשר לחבר קבוצה להשתתף בדיונים בתובענה הייצוגית אם מצא כי הדבר דרוש לניהולה היעיל וההוגן או לשם הגנה על ענייניו של אותו חבר קבוצה.

32 בכפוף לאפשרות הניתנת לחברי הקבוצה לצאת מן הקבוצה כאשר התובענה הסתיימה בהסדר פשרה. ראו ס' 18(ו) ו-19(ד) לחוק.

התוצאה תהיה שמספר המצטרפים יהיה קטן, ניהולה של התובענה לא יהיה כדאי לתובע הייצוגי ולעורכת-הדין, והדבר יפגע בתמריצים להגשתן של תובענות ייצוגיות בתחום דיני העבודה.

כשם שעומדת לכל תובע זכות הגישה לבית-המשפט, כך עומדת לו גם הזכות לא לתבוע או לחלופין הזכות לנהל את תביעתו בעצמו. לפיכך פנייה להסדר opt-in מוצדקת במקרים שבהם החשש מהכללתם של תובעים בתובענה הייצוגית בניגוד לרצונם הוא משמעותי. חשש זה משמעותי יותר ככל שהסיכוי שתובעים מיוצגים לא ידעו על הגשת התובענה הייצוגית גדול יותר, ככל שהעלות הנדרשת מתובעים מיוצגים כדי להודיע על פרישתם מהקבוצה המיוצגת גדולה יותר, וככל שערך התביעה מבחינת כל אחד מאותם תובעים מיוצגים גבוה יותר. ברוב התביעות בתחום דיני העבודה יהיו כל אלה נמוכים בדרך-כלל, ולכן יש להעדיף את בררת-המחדל של הסדר ה-opt-out הקבועה בסעיף 11 לחוק.

4. התובענה הייצוגית מול השתק פלוגתא לא-הדדי ומקרה-מבחן

בית-הדין הארצי קבע בעניין ביבריינג כי הכרעה בתביעה אישית נגד הנתבע תחייב אותו גם כלפי תובעים אחרים, מכוח השתק פלוגתא, וכי יש בכך כדי לשמש נימוק נגד אישורה של התביעה כייצוגית: "האפשרות להסתמך על הלכת השתק פלוגתא במקרה דנן מייטרת את הצורך בתביעה ייצוגית".³³ לכאורה, אם ניתן להחיל על המעביד השתק פלוגתא לא-הדדי, במסגרת תביעות דומות של עובדים אחרים נגדו, אזי בחינת העובדים עדיף לפעול במסגרת תביעות אישיות. אם התובע הראשון יפסיד בתביעתו, עדיין פתוחה הדרך לעובדים נוספים להגיש תביעה עצמאית משלהם; ואם התובע הראשון יזכה בתביעתו, אזי מכוח השתק הפלוגתא הלא-הדדי יוכלו עובדים נוספים ליהנות מפרי עמלו של התובע הראשון, והמעביד יהיה כבול להכרעות שניתנו נגדו בתביעה המקדמית.³⁴

אנו דוחים הנחה זו משני טעמים: ראשית, הדין הנוהג בבתי-המשפט בכלל ובבית-הדין לעבודה בפרט אינו מאפשר להסתמך על השתק פלוגתא לא-הדדי בתביעות עתידיות; שנית, לתובענה הייצוגית יש יתרונות משמעותיים על השתק הפלוגתא, אשר הופכים אותה לדרך יעילה והוגנת יותר, אף אם היה ראוי להרחיב את השתק הפלוגתא באופן שאותו תיאר בית-הדין הארצי לעבודה בפסק-הדין בעניין ביבריינג.³⁵

33 עניין ביבריינג, לעיל ה"ש 12, בעמ' 136.

34 תפיסה זו קנתה לה שביתה בפסיקתו של בית-הדין לעבודה. ראו עניין גרוס, לעיל ה"ש 19, וכן עניין כץ, לעיל ה"ש 19, ס' 35 לפסק-דינה של השופטת וירט-ליבנה.

35 לדיון מעמיק ביתרונותיה של התובענה הייצוגית על השתק הפלוגתא הלא-הדדי ראו קלמנט, לעיל ה"ש 20. ראו גם מיכאל קרייני "התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים – בעקבות פסק דין מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ" דין ודברים Stephen J. Spurr, *An Economic Analysis of Collateral Estoppel*, (2004) 497, 449 א 11 INT. REV. L. & ECON. 47, 55–58 (1991); Bruce L. Hay, *Some Settlement Effects of Preclusion*, 1993 U. ILL. L. REV. 21, 45–46; David Rosenberg, *Avoiding Duplicative*

עיקרון יסודי במסגרת הכללים של מעשה בית-דין הוא עקרון ההדדיות. לפי עיקרון זה, "אין אדם נהנה מהכרעה שנפלה במשפט, אלא אם כן היה קשור בה, לו ניתן פסק הדין נגדו".³⁶ יישומו של עיקרון זה מורה כי תובע אינו יכול לטעון נגד נתבע להשתק פלוגתא בגין הכרעתו של בית-משפט בהליך קודם שבו נתבע אותו נתבע על-ידי תובע אחר. זאת, משום שאילו פסק בית-המשפט בתביעה הראשונה לטובת הנתבע באותה פלוגתא, לא היה הנתבע יכול לטעון להשתק פלוגתא נגד התובע בתביעה השנייה, שכן זה לא היה צד לתביעה הראשונה. לפי עקרון ההדדיות, אם למשל פלוני מגיש תביעה נגד שכנו בגין דליפת מים שגרמה נזק לדירתו של פלוני, ובתביעה נקבע שהשכן התרשל בדרך שבה תחזק את צנרת המים שלו, אלמוני אינו יכול להסתמך על קביעה זו אם לא היה צד לתביעה הראשונה.

בפסיקת בית-המשפט העליון ניתן למצוא חריגים אחדים לכלל ההדדיות, בנסיבות שבהן לא היה זה משום אי-צדק להחיל נגד צד את תוצאותיו של הליך קודם שבו ניתנה הכרעה לרעתו, אף אם הצד שטען להשתק לא היה צד להליך הקודם.³⁷ יש להדגיש, עם זאת, שחריגים אלה הוגבלו עד כה לטענת השתק "הגנתית",³⁸ דהיינו, טענת השתק פלוגתא שהועלתה כטענת הגנה על-ידי נתבע שלא היה צד להליך הראשון שבו ניתנה הכרעה באותה פלוגתא. בית-המשפט העליון לא חרג עד כה מכלל ההדדיות כאשר ההשתק שנטען היה "התקפי", קרי, כאשר הוא נטען כטענת תביעה על-ידי תובע שלא היה צד להליך הקודם, נגד נתבע שהיה צד להליך הקודם.³⁹ בעניין ביברנינג הציע הנשיא אדלר לקלוט

Litigation of Similar Claims: The Superiority of Class Action vs. Collateral Estoppel vs. Standard Claims Market, Harvard Law & Economics Discussion Paper No. 394 (2002), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=354100.

- 36 ע"א 55/52 ראש העיר, חברי המועצה ותושבי רמת גן נ' חברת פרדס ינאי בע"מ, פ"ד י 1804, 1812 (1956). ראו גם ע"א 718/75 עמרם נ' סקורניק, פ"ד לא(1) 29, 35 (1976). ראו גם נינה זלצמן מעשה בית דין בהליך האזרחי 525 (1991).
- 37 ראו ע"א 450/82 מדינת ישראל נ' חירם לנדאו עבודות עפר כבישים ופתוח בע"מ, פ"ד מ(1) 658 (1986); ע"א 258/88 פיכטנבוים נ' רשם המקרקעין, פ"ד מד(2) 576 (1990); ע"א 1041/97 סררו נ' נעלי תומרס בע"מ, פ"ד נד(1) 642 (2000); רע"א 6830/00 ברנוביץ נ' תאומים, פ"ד נו(5) 691 (2003); ע"א 2590/90 ניסים נ' דניאלי, פ"ד מח(3) 846 (1994); רע"א 7831/99 צוריאנו נ' צוריאנו, פ"ד נו(1) 673 (2002).
- 38 עניין סררו, שם, בעמ' 655; עניין ברנוביץ, שם, בעמ' 710-711; עניין צוריאנו, שם, בעמ' 683-685, 692.
- 39 בעוד בטענת השתק פלוגתא "התקפי" היוזמה להליך נמצאת בידי התובע, העושה שימוש בטענה באופן לא-הדדי, בטענת השתק פלוגתא "הגנתית" היוזמה נמצאת בידי מי שטוענים נגדו להשתק, ולכן הוא יכול להימנע מהיחשפות להשתק על-ידי כך שלא יגיש את התביעה מלכתחילה. להבדל זה יש נפקויות הן משיקולי יעילות והן משיקולי צדק, אשר קצרה היריעה כאן מלעמוד עליהם. לעניין הבחנות אלה ראו אלון קלמנט ורועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" משפט ועסקים ז 75 (2007).

מנגנון של השתק פלוגתא לא-הדדי התקפי, שבו התובע (עובד נוסף שלא היה צד לתביעה הקודמת) מעוניין לחייב את הנתבע (המעביד שלו) בהכרעות קודמות שניתנו נגדו, וזאת מבלי לדון בהבחנה בין השתק לא-הדדי "הגנתי" לעומת "התקפי".

בסופו של דבר אימץ בית-הדין הארצי לעבודה בעניין ביבריינג את מנגנון השתק הפלוגתא הלא-הדדי תוך הסתמכות על פסיקה קודמת שלו בעניין רובינשטיין.⁴⁰ בפסק-דין זה נקבע ש"הכלל הוא כי פירוש שנתן בית-הדין להסכם קיבוצי מיוחד לגבי חלק מקבוצת עובדים, מחייב את המעביד לגבי הקבוצה בכללותה".⁴¹ בכך קבע בית-הדין חריג לכלל ההדדיות, המחיל השתק פלוגתא "התקפי" לא-הדדי על המעביד – הוא הנתבע. בית-הדין הארצי לא התייחס בעניין רובינשטיין להבחנה בין השתק "הגנתי" להשתק "התקפי", ונראה כי לא היה מודע להבחנה זו, ואף לא לגישתו של בית-המשפט העליון, אשר נמנע עד כה מלהחיל חריג לכלל ההדדיות במקרה של השתק "התקפי". בנסיבותיו של עניין רובינשטיין היה החריג מוצדק, ככל הנראה, עקב אופיו של ההליך שנידון לפני בית-הדין.⁴² מכיוון שההליך המקדמי היה מעין סכסוך קיבוצי, הפרשנות שניתנה להסכם הקיבוצי באותו הליך מחייבת לא רק את הצדדים להליך הקיבוצי (השתק פלוגתא הדדי), אלא גם את כלל העובדים שההסכם חל עליהם, וזאת כפי שנקבע בפסק-הדין בעניין שקולניק.⁴³ בעניין ביבריינג לא הסתפק בית-הדין הארצי בהפניה לעניין רובינשטיין, אלא סמך את קביעתו – שלפיה האפשרות להסתמך על הלכת השתק פלוגתא מייתרת את התביעה הייצוגית – גם על פסק-דינו בעניין מורג. אולם פסק-הדין בעניין מורג לא הסתמך

40 ראו עניין ביבריינג, לעיל ה"ש 12, אשר מפנה בעמ' 131 לדב"ע (ארצי) מח/3-120 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ – רובינשטיין, פד"ע כ 493, 500 (1989) (להלן: עניין רובינשטיין).

41 עניין רובינשטיין, שם, בעמ' 500.

42 הסכסוך המקורי שממנו רצו התובעות להיבנות במסגרת טענת השתק הפלוגתא ההתקפי היה התביעה בעניין חזין, להלן ה"ש 155, שעסקה בהסדרי קידום מפלים נגד נשים באל-על. הסדרים אלה עוגנו בהסכם הקיבוצי המיוחד של עובדי החברה, ובית-הדין הארצי לעבודה פסלם בקובעו כי הם סותרים את עקרון השוויון. התביעה בעניין חזין לא הוגשה על-דרך של סכסוך קיבוצי, מכיוון שארגון העובדים לא תמך בעמדת התובעות שההסכם הקיבוצי קובע הסדרים המפלים דיילות (נשים) לרעה. ההליך בעניין רובינשטיין נועד לאפשר לדיילות לאכוף את זכויותיהן על בסיס ההכרעה בעניין חזין, קרי, הקביעה שההסכם הקיבוצי בחברת אל-על כלל הוראות שיש בהן אפליה מחמת מין.

43 דב"ע (ארצי) שן/3-112-3 שקולניק – אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ, פד"ע כא 447, 459 (1990). בכלל זה יש היגיון שכן הוא עוקב אחר העיקרון שלפיו ביכולתו של ארגון העובדים לחייב את העובדים שהוא מייצג במסגרת המשא-ומתן הקיבוצי, אף ללא הסכמתם, ולכן גם הפרשנות שניתנת במסגרת סכסוך קיבוצי לאותו הסכם קיבוצי שבו ארגון העובדים הוא צד תכבול את העובדים בהליכים אישיים מאוחרים. יצוין שבעניין שקולניק השאיר בית-הדין הארצי בצריך עיון את השאלה בדבר תחולתו של השתק פלוגתא מכוח פסק-דין שניתן בסכסוך היחיד על הליך בסכסוך קיבוצי מאוחר יותר.

כלל על חריג לכלל ההדדיות בהשתק פלוגתא. באותו עניין נדחתה הבקשה לאישור תובענה כייצוגית משום *החשש מפני תחולתו של מעשה בית דין על הצדדים* – התובעים והנתבע כאחד. בית הדין סבר כי רצוי שבירור המחלוקת שהובאה לפניו "ייעשה בהליכים אינדיווידואליים ולא בהליכים 'ייצוגיים' שיש להם אופי כובל, כאשר לפסק הדין שיינתן בהם יש תוקף של 'מעשה בית דין'".⁴⁴ בית הדין הסתמך בקביעתו זו על הבנתו כי "מטבע הדברים אין מניעה לברר תובענה הנוגעת בהסכם קיבוצי בדרך של סכסוך היחיד. אולם לגבי תוצאות ההליך *הקיבוצי*, ההלכה היא כי הפירוש של ההוראות הנורמטיביות בהסכם קיבוצי מחייב גם את העובד או את העובדים אשר ההוראות הנורמטיביות חלות עליהם ואשר אינם צד להליך (בהסתמך על ההלכה בעניין שקולניק). תוצאות ההליך יהיו לגביהם 'מעשה בית דין'".⁴⁵ מובן שגישתו של בית הדין בעניין מורג היא כי הכרעה בסכסוך *היחיד* לא תהווה השתק כלפי שום צד.

אפילו אפשר הדין השתק פלוגתא נגד המעביד במקרה שנידון בעניין ביברינג, לא היה בכך כדי לשמש נימוק נגד אישורה של התובענה כייצוגית, וזאת משום יתרונותיה המובנים של התובענה הייצוגית בהשוואה להשתק הפלוגתא הלא-הדדי. ראשית, השתק הפלוגתא הלא-הדדי אינו כולל תמריצים לתובע ולעורכת הדין. ריכוזם של התובעים בתובענה ייצוגית אחת מאפשר מתן תגמול יחסי לתובע המייצג ולעורכת הדין, אשר ייפסק מתוך סך התביעות. לעומת זאת, תובע המנהל הליך אשר עשוי לשמש השתק פלוגתא בעבור תובעים פוטנציאליים אחרים אינו זוכה בתגמול דומה. תביעתו מנוהלת באופן יחידני, וזכייתו בתביעה מזכה אותו בסעד המגיע לו ותו לא. ממילא אין ביכולתו של אותו תובע לשלם לעורכת הדין המייצגת סכום גבוה מן הסעד האישי המגיע לו. התביעה הייצוגית כופה על כל חברי הקבוצה המיוצגת להפריש חלק מזכיותם כתגמול לתובע המייצג ולעורכת הדין. לעומת זאת, התובעים אשר נהנים מהשתק פלוגתא לא-הדדי אינם מחויבים בתשלום לתובע שטרח וזכה בתביעה הראשונה, ולמעשה הם נהנים כ-*free-riders* מאותה זכייה. באופן פרדוקסלי, השתק הפלוגתא הלא-הדדי עלול להוביל למצב גרוע יותר אף מתביעות אישיות ללא השתק פלוגתא לא-הדדי. זאת, משום שסיכויי של התובע בכל אחת מתביעות אלה היה עשוי להיות גבוה יותר אילו חשש הנתבע מהשלכותיה על תביעות אחרות (לנוכח הכפפתו להשתק הפלוגתא הלא-הדדי), ואילו לא השקיע משאבים רבים כתוצאה מכך. דהיינו, נוצר מצב שבו התובע מנהל את תביעתו כתביעה אישית בעוד הנתבע מנהלה כתובענה ייצוגית דה-פקטו. למעשה, השתק הפלוגתא הלא-הדדי עלול להקטין את סיכוייה של כל תביעה אישית עד כדי כך שלא יהיה כדאי להגישה.⁴⁶

44 עניין מורג, להלן ה"ש 110, בעמ' 311.

45 שם, בעמ' 309-310 (ההדגשה הוספה).

46 נתבונן, לדוגמה, על עובד המבקש לתבוע שכר-מינימום בעבור תקופת הכשרתו, שבעבורה לא קיבל שכר (עובדות הדומות לעניין ביברינג, לעיל ה"ש 12). כל עוד תביעתו מנוהלת ללא השפעה על תובעים דומים, לא יהיה כדאי למעביד להשקיע משאבים משמעותיים בניהול ההגנה נגדה. אם, לעומת זאת, ידע המעביד שהפסד בתביעה יחייבו לשלם הפרשי שכר לעובדים רבים, הוא יטיל את מלוא כוחו לתביעה. העובד, אשר יחשוש מהתנהגות אסטרטגית

שנית, בעוד התובענה הייצוגית מחייבת מנגנוני הגנה ופיקוח על ניהולה, לרבות פיקוח על פשרות ומניעת הסתלקות של התובע מן התביעה,⁴⁷ אין מנגנונים דומים המוכנים בהליך אישי אשר יביא לידי השתק פלוגתא לא-הדדי. התוצאה היא שנתבע החש כי סיכוייו להפסיד גדולים יתפטר עם התובע, תוך שהוא מונע החלת השתק פלוגתא עליו. כך יעשה גם נתבע אשר הפסיד בתביעה ומערער עליה רק כדי למחוק את תוצאתה בפשרה מאוחרת.⁴⁸ מאחר שהתובע אינו יכול להרוויח בתביעתו יותר מהסעד המגיע לו באופן אישי, הנתבע יכול "לשחדו" בכל סכום גבוה יותר, ולחסוך מעצמו את הסכום הכולל שהיה נאלץ לשלם לכל התובעים אילו הפסיד בתביעה. אף שלכאורה אין הפשרה בתביעה אחת משפיעה על יתר התביעות, ניהול הפשרות על-ידי הנתבע באופן אסטרטגי מוביל לסינון אשר טוב לנתבע בלבד.

לכסוף, כדי שיוכלו לנצל את השתק הפלוגתא הלא-הדדי, התובעים המאוחרים צריכים לדעת על התביעה המוקדמת שהוגשה ועל הזכייה בה. במקרים רבים לא יהיה קשר בין התובעים הפוטנציאליים (למשל, כאשר עילת התובענה היא פיטורים לא-כדין או אפליה בקבלה לעבודה). אולם גם כאשר מדובר במקומות עבודה שבהם העברת המידע בין העובדים אינה מסובכת, יש לחשוש שבהעדר תמריצים לפרסום מידע זה, ייתכנו מקרים רבים שבהם לא תנוצל הזכייה בתביעה המוקדמת. הנתבע בוודאי אינו מעוניין בפרסום תוצאות אלה, ואילו התובע אינו יכול להרוויח מפרסום כזה, ולכן לא יעשה מאמץ מיוחד להעביר מידע לידיעת תובעים פוטנציאליים נוספים. התמריץ היחיד הוא של עורכת-הדין, היכולה להציע את שירותיה לתובעים נוספים שיסתמכו על זכייתה בתביעה הראשונה, אולם גם היא אינה יכולה למנוע עורכי-דין אחרים מלייצג אותם תובעים נוספים ולזכות ב"שלל" מבלי שנדרשו להתאמץ ולהסתכן בעבורו. נוסף על כך קיים חשש שעד שיסתיים ההליך בתביעה הראשונה, אשר אמורה לשמש את התובעים העתידיים בתביעותיהם האישיות, יתיישנו התביעות האחרות, וההכרעה העקרונית לא תוכל עוד לסייע בידיהם.⁴⁹

כזו של המעביד, עלול להעדיף לא לתבוע כלל, לנוכח אי-יכולתו להתמודד עם המעביד בזירה המשפטית. ממילא מובן שבמקרים כאלה יעדיפו עובדים הגשת תובענה ייצוגית על ההשתק הלא-הדדי. ראו קלמנט, לעיל ה"ש 20, בעמ' 411-413.

47 ראו ס' 18-19 לחוק לעניין אישור פשרה בתובענה ייצוגית, וכן ס' 16 לחוק בדבר הסתלקות תובע מבקשה לאישור או מתובענה ייצוגית.

48 לדיון בבעייתיות המובנית באפשרות למחוק פסק-דין בערכאה דיונית באמצעות פשרה בהליך הערעור ראו: Jill E. Fisch, *The Vanishing Precedent: Eduardo Meets Vacatur*, 70 NOTRE DAME L. REV. 325 (1994).

49 בעניין כץ, לעיל ה"ש 19, אירע דבר דומה. תביעה ייצוגית זו היא גלגולה של פרשת ניב, שם נקבע בבג"ץ כי הסדר הפרישה של קופת-החולים הפלה לרעה נשים. ראו בג"ץ 6845/00 איתנה ניב - בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663 (2002). עד שניתן פסק-הדין בבית-המשפט העליון והוגשה התובענה הייצוגית, התיישנו רבות מן התביעות האישיות. השתלשלות עניינים זו עלולה להתרחש גם כאשר מוגשת תביעה אישית מקדימה שאמורה לשמש השתק פלוגתא או מקרה-מבחן. לנתבע יש תמריץ לעכב עד כמה שניתן את סיום המשפט על-מנת שבמרוצת הזמן יתיישנו תביעות אישיות רבות ככל האפשר.

יש להדגיש כי האמור לעיל, בדבר יתרונותיה של התובענה הייצוגית על השתק הפלוגתא הלא-הדדי, חל באותה מידה גם על מקרה שבו הנתבע מציע להחיל את תוצאות התביעה על תובעים אחרים כמקרה-מבחן. בית-הדין הארצי קבע בעבר כי חוקה שגופים כגון המעסיק הציבורי⁵⁰ והמוסד לביטוח לאומי ינהגו בהתאם לפסק-דין שיינתן נגדם מבלי שיהיה צורך בתביעות נוספות.⁵¹ אנו סבורים כי הבעיות הנוצרות במקרים מסוג זה – בעיית התמריצים, חוסר האיזון בין הצדדים, הניצול האסטרטגי של כוחו של הנתבע בניהול התובענה ובשליטה בפשרה בה,⁵² והמידע החסר – זהות האלה הנוצרות תחת השתק הפלוגתא הלא-הדדי. לפיכך ראוי לנהל תביעות אלה, כאשר הדבר אפשרי,⁵³ כתובענות ייצוגיות.⁵⁴

50 ראו עניין עיריית גבעתיים, להלן ה"ש 116, שם הצהירה העירייה בכתב-ההגנה בתביעה קודמת כי להכרעות המשפטיות בתביעה תהיה השלכה על כלל הכבאים העובדים בעבור העירייה. השופט צור מתייחס למקרה זה כמקרה-מבחן, בקובעו בעמ' 19 לפסק-דינו: "ביחסי עבודה קיבוציים גם כאשר מדובר בקבוצת עובדים קטנה כמו כאן, אין זה בלתי שכיח שמוגשת תביעה 'ייצוגית' על ידי מקצת חברי הקבוצה, המביאים את עניינם בפני בית הדין. במקרה שכזה מקובל לראות בתביעה מסוג זה 'תביעת מבחן' (TEST CASE), אשר תוצאותיה יחולו על כלל חברי הקבוצה. אין כל אינדיקציה לכך שמצב זה אינו חל בענייננו." ראו גם עניין גרוס, לעיל ה"ש 19, ס' 4 לפסק-דינו של השופט פליטמן, שם הצהיר משרד הביטחון שיקיים כל פסק-דין חלוט שיינתן בעניינו של התובע גם כלפי תובעים אחרים, אם התובענה הייצוגית לא תאושר. הצהרה זו הניעה את שופטי הרוב לדחות את הבקשה. אולם ראו עניין כץ, לעיל ה"ש 19, שם סירבה הנתבעת – קופת-חולים – לתת הצהרה שתחיל את הכרעות התביעה האישית על תביעות עתידיות.

51 ראו עניין גלעדי, לעיל ה"ש 4; בר"ע (ארצי) 1529/01 יונגר – המוסד לביטוח לאומי, דינים ארצי לג' (20) 30 (2001); דב"ע (ארצי) נו/359-9 הרמן – המוסד לביטוח לאומי, דינים ארצי לג' (53) 42 (1998).

52 כאשר מדובר ביחסי עבודה קיבוציים, המעביד יכול להימנע מהחלת הכרעה לרעתו במקרה-המבחן על-ידי ניהול משא-ומתן עם ארגון העובדים והגעה לפשרה עימו – במסגרת הסכם קיבוצי חדש – על זכויות העובדים שהוכרו במקרה-המבחן. לפשרה מסוג זה ניתן בימים אלה תוקף במסגרת עניין עיריית גבעתיים, להלן ה"ש 116, בעמ' 111.

53 יודגש כי תביעות נגד המוסד לביטוח לאומי, שסמכותו של בית-הדין לעבודה בהן נובעת מהוראת ס' 24(א)(5) לחוק, אינן בגדר תביעות שניתן להגיש בהן בקשה לאישור תובענה ייצוגית מכוח פריט 10 לתוספת השנייה לחוק.

54 הגישה שלפיה השתק פלוגתא או מקרה-מבחן אינם מהווים תחליף הולם לתובענה הייצוגית מקובלת על השופטת ברק-אוסוסקין (בדעת מיעוט) בעניין גרוס, לעיל ה"ש 19, שם קבעה כי התחייבות המדינה לקיים כל פסק-דין שיינתן נגדה גם ביחס ליתר חברי הקבוצה אינה מהווה תחליף ראוי לתובענה הייצוגית, שכן התחייבות זו מגבירה את תמריצו של הנתבע להשקיע משאבים גדולים יותר בניהול ההגנה, וכן אינה מבטיחה שתובעים נוספים ידעו על התביעה ויגישו תביעות דומות.

5. התובענה הייצוגית מול הסכסוך הקיבוצי

הסכסוך הקיבוצי הוא מנגנון ייצוגי שכן, כפי שהוסבר לעיל,⁵⁵ ההכרעות הניתנות במסגרתו מחייבות לא רק את הצדדים לסכסוך, אלא גם את כל העובדים ביחידת המיקוח שהסכסוך נוגע בהם.⁵⁶ השאלה שתידון בחלק זה היא מתי, אם בכלל, יש להעדיף הכרעה במחלוקת בין הצדדים בדרך של סכסוך קיבוצי על הכרעה באמצעות תובענה ייצוגית. כמו־כן נדון בחלק זה בשני נושאים קשורים: הבחירה בין העובד היחיד לבין ארגון העובדים כתובע מייצג בתובענה הייצוגית, והמסגרת האפשרית לסכסוך קיבוצי בתביעה לפי חוקי־המגן. תשובותינו לשאלות השונות עוקבות אחר קו מנחה אחד, שלפיו יש לפרש את החוק באופן שיאפשר את קיומם של שני ההליכים הייצוגיים החלופיים בתחום דיני העבודה – התובענה הייצוגית, אשר תנוהל על־ידי העובד היחיד ועורך־דינו, והסכסוך הקיבוצי, אשר ינוהל על־ידי ארגון העובדים. מאחר שאין לנהל את שני ההליכים הללו במקביל באותו עניין, יש לבחור ביניהם בהליך שהוגש ראשון.

(א) האם יש לאפשר סכסוך קיבוצי בגין הפרתם של חוקי־המגן?

קריאה של סעיף 24א(2) לחוק בית־הדין לעבודה – המקנה לבית־הדין האזורי לעבודה סמכות לדון בתובענה של מי שיכולים להיות צדדים להסכם קיבוצי מיוחד "בענין קיומו, תחולתו, פירוש, ביצוע או הפרתו של הסכם קיבוצי, או הסדר קיבוצי אחר, או בכל ענין אחר הנובע מהם או בענין תחולתו, פירוש, ביצוע או הפרתו של כל דין"⁵⁷ – מרמזת שמושא הסכסוך הקיבוצי הוא ההסכם הקיבוצי או הסדרים קיבוציים אחרים בין הצדדים לסכסוך (היבטים אובליגטוריים של מערכת היחסים ביניהם), וכי הפסוקית "תחולתו, פירוש, ביצוע או הפרתו של כל דין" מתייחסת אך ורק להפרות חוק מתחום משפט העבודה הקיבוצי – כגון חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957 (להלן: חוק הסכמים קיבוציים) – ולא להפרת זכויות־מגן אישיות.⁵⁸ פרשנות מצמצמת של המונח "דין" מייתרת את ההשוואה בין המנגנונים (תביעה ייצוגית לעומת סכסוך קיבוצי), שכן ממילא כאשר התביעה מתייחסת לפרשנות או להפרות של חקיקת־המגן, אין לבית־הדין סמכות לדון בתביעה במסגרת של סכסוך קיבוצי, ואילו כאשר מוקד הסכסוך הוא ההסכם הקיבוצי, אין לו סמכות לדון בתביעה על־דרך של תובענה ייצוגית.⁵⁹

55 ראו את הדיון בעניין שקולניק לעיל בה"ש 43 ובטקסט הנלווה אליה.

56 שם.

57 ס' 25(1) לחוק בית־הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, מקנה סמכות זוהי לבית־הדין הארצי לעבודה לדון בתובענה של מי שיכולים להיות צדדים להסכם קיבוצי כללי.

58 פרשנות זו ניתנה מלכתחילה בדב"ע (ארצי) שם/4-11-הסתדרות הכללית של העובדים בא"י – "לאוביט" שרות ביטוח בע"מ, פד"ע יב 169, 181 (1981) (להלן: עניין לאוביט).

59 זאת, אם מאמצים את הפרשנות הצרה לסייג הקבוע בפריט 10(3) לתוספת השנייה לחוק. כזכור, על־פי פרשנות זו, כאשר מושא הסכסוך הוא ההסכם הקיבוצי, אין לבית־הדין סמכות

בית-הדין לעבודה הניח בעניין ביברינג כי ניתן לנהל תביעה על פרשנותו של חוק שכר-מינימום במסגרת סכסוך קיבוצי,⁶⁰ וכך אירע בפועל.⁶¹ אנו ממשיכים את הדיון תוך התבססות על הכלל שלפיו ארגון העובדים היציג יכול להגיש תביעה על הפרת חוקי-המגן במסגרת סכסוך קיבוצי,⁶² אף שבתביעות אלה הוא אינו צד לסכסוך (lis), שכן הסכסוך אינו קשור למערכת היחסים האובליגטורית שלו עם המעביד. בתביעות מסוג זה ארגון העובדים פועל כנציג של העובדים, והסכסוך הקיבוצי משמש מנגנון ייצוגי מתחרה לתובענה הייצוגית. לגישתנו, כלל זה – אשר מרחיב את סמכותו של בית-הדין לעבודה מכוח סעיף 24(א)(2) לחוק בית-הדין לעבודה לדון גם בהפרות של חקיקת-מגן על-דרך של סכסוך קיבוצי – הינו ראוי, מכיוון שהוא הופך את הסכסוך הקיבוצי למנגנון ייצוגי מלא.⁶³ כלל זה

-
- לדון בתביעה על-דרך של תובענה ייצוגית. כאשר עילת התביעה היא אפליה תעסוקתית, ניתן להגיש תובענה ייצוגית גם אם מקור האפליה הוא ההסכם הקיבוצי.
- 60 עניין ביברינג, לעיל ה"ש 12. פסק-הדין קבע כי אין לאשר את התובענה שהוגשה לפניו בנוגע להפרת חוק שכר-מינימום כתובענה ייצוגית, משום שראוי לדון בה כסכסוך קיבוצי. אילו דבק בית-הדין הארצי בפרשנותו לס' 24(א)(2) לחוק כפי שניתנה בעניין לאוביט, לעיל ה"ש 58, הוא לא היה יכול להפנות את התובענה באותו עניין לדרך הסכסוך הקיבוצי, שהרי באותו עניין נקבע כי רק סכסוכים מתחום משפט העבודה הקיבוצי מתאימים לסכסוך קיבוצי. לפיכך ניתן לראות את פסק-הדין בעניין ביברינג כמרחיב את הפרשנות של ס' 24(א)(2) לחוק, וכמאפשר הגשת סכסוך קיבוצי גם בתביעות שעילתן הפרת זכויות מכוח חוק כלפי העובדים ואשר אין להן זיקה למערכת היחסים האובליגטוריים בין ארגון העובדים למעביד.
- 61 ראו ס"ק (אזורי ת"א) 1148/02 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ, דינים אזורי כב 117 (2005). דרך נוספת לעגן את מקור הסמכות של בית-הדין לעבודה לדון בתביעה של ארגון עובדים ביחס לחוק שכר-מינימום היא להישען על ס' 7 לחוק שכר-מינימום, הקובע כי "תביעת עובד לתשלום שכר מינימום יכול שתוגש לבית הדין לעבודה בידי העובד או בידי ארגון העובדים היציג באותו מקום עבודה". במקרים שבהם חוק-המגן מקנה לארגון העובדים זכות תביעה ישירה, אין למעשה צורך להיזקק לפרשנות המרחיבה של ס' 24(א)(2) לחוק בית-הדין לעבודה. מכל מקום, בית-הדין לעבודה לא התייחס בפסק-דינו למקור העילה של ארגון העובדים בסכסוך זה.
- 62 לדיון בעניין הסמכות ראו גם ס"ק (ארצי) 5/03 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – התאחדות התעשיינים בישראל, דינים ארצי לג(59) 38 (2003), שם הוחלט כי חוק התוכנית להבראת כלכלת ישראל הוא בגדר "דין" לצורך ס' 24(א)(2) לחוק. אולם גם במקרה זה דובר במהותו של סכסוך קיבוצי ובמערכת היחסים האובליגטורית בין ההסתדרות לארגון המעסיקים. הבעיה בפסק-דין זה התעוררה מאחר שהחוק היה מחוץ לתחום הישיר של משפט העבודה.
- 63 חיסרון אחד של מנגנון הסכסוך הקיבוצי לעומת התובענה הייצוגית הוא במישור הסעדים. בתי-הדין לעבודה נוהגים להעניק סעדים הצהרתיים בלבד במסגרת סכסוכים קיבוציים. חסרונם המרכזי של סעדים הצהרתיים הוא שאי-אפשר לממשם בהוצאה לפועל. מכל מקום, לבית-הדין לעבודה יש סמכות, בהתאם לס' 29 לחוק בית-הדין לעבודה, לפסוק גם סעדים אופרטיביים בסכסוך קיבוצי.

עולה בקנה אחד עם תפיסתנו הכללית שלפיה יש ליצור תשתית רחבה ככל האפשר שתסייע באכיפה מלאה של זכויות העובדים מכוח חוק.⁶⁴

(ב) תובענה ייצוגית – עדיפות לתובע יחיד

סעיף 4 לחוק קובע שלוש קטגוריות של תובעים מייצגים: הקטגוריה הראשונה והעיקרית היא של תובעים שעומדת להם עילת תביעה אישית (סעיף 4(א)(1) לחוק);⁶⁵ הקטגוריה השנייה היא של רשויות ציבוריות, היכולות להגיש תביעה בעילה הקשורה לאחת המטרות הציבוריות שבהן הן עוסקות (סעיף 4(א)(2) לחוק);⁶⁶ והקטגוריה השלישית היא של ארגון, היכול לתבוע בעילה הקשורה לאחת המטרות הציבוריות שבהן הוא עוסק (סעיף 4(א)(3) לחוק).⁶⁷ סעיף זה מאפשר לארגונים חברתיים שונים – כגון ארגוני עובדים, ארגון "קו לעובד", "האגודה לזכויות האזרח" או "אמי"ל – ארגון מאבטחי ישראל" – להגיש תובענה ייצוגית, אולם קובע סייג שלפיו בית-משפט צריך להשתכנע כי "בנסיבות הענין, קיים קושי להגיש את הבקשה בידי אדם כאמור בפסקה (1)". כלומר, תינתן עדיפות לתובע שיש לו עילת תביעה אישית.⁶⁸

הקטגוריה הראשונה היא זו שתשמש את רוב התובעים המבקשים לייצג בתובענות ייצוגיות. עובדים שעומדת להם עילת תביעה אישית בגין הפרת זכויות-מגן יכולים לבקש

64 סמכות מפורשת של ארגוני העובדים לפעול לאכיפתם של חוקי-המגן מצויה בחלק מחוקי-המגן. ראו, למשל, ס' 9 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד; ס' 12(2) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה); ס' 12(2) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; ס' 28(ב) לחוק הגנת השכר; ס' 7 לחוק שכר-מינימום; ס' 6 לחוק הגנה על עובדים; ס' 13 לחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954. בכל הסעיפים הללו מוקנית לארגון העובדים היציג הזכות להגיש תביעה בגין הפרת החוק, אם כי מנוסח הסעיפים לא ברור אם הדבר מחייב הסכמה של העובד שכלפיו נעשתה ההפרה (בדומה לאימוץ של סכסוך היחיד על-ידי ארגון העובדים בתביעה על אכיפת זכויות אישיות מכוח הסכם קיבוצי) או עילת תביעה עצמאית של ארגון העובדים היציג על אכיפת חוק-המגן.

65 לעניין הדרישה כי לתובע ייצוגי תהיה עילת תביעה אישית ראו דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נו(6) 385, 403-405 (2003).

66 הגדרת "רשות ציבורית" בס' 2 לחוק היא "גוף המנוי בתוספת הראשונה". שתי הרשויות הרלוונטיות לצורך תביעות בתחום דיני העבודה אשר מנויות בתוספת הראשונה הן נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ונציבות שוויון הזדמנויות בעבודה.

67 הגדרת "ארגון" בס' 2 לחוק היא "תאגיד, למעט תאגיד שהוקם על פי דין, או הקדש, הקיים ופועל באופן סדיר וממשי במשך שנה לפחות לקידום מטרה ציבורית, אחת או יותר, ושנכסיו והכנסותיו משמשים להשגת המטרות הציבוריות בלבד, ובלבד שפעילותו אינה מטעם מפלגה או גוף פוליטי אחר או בויקה למפלגה או לגוף כאמור או לשם קידום מטרותיהם".

68 יתר על כן, גם אם התובע שהגיש את התובענה נמצא בלתי-ראוי לייצג, לא יהיה ארגון העובדים ראוי להחליפו אלא אם כן לא נמצא עובד אחר אשר מתאים ומוכן לייצג בתובענה.

לייצג עובדים אחרים שזכויותיהם הופרו באותו אופן על-ידי אותו מעביד. יודגש כי הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית על-ידי עובד אחד אינה מונעת עובד אחר מלהגיש בקשה (מתחרה) לייצג את קבוצת התובעים.⁶⁹ בהתאם לגישתנו, המתמקדת במתן תמריצים לאיתור הפרות של חוקי-המגן ולעמידה על קיומם באמצעות התובענה הייצוגית, מן הראוי למנות לתובע מייצג את התובע שהגיש את הבקשה הראשונה, אלא אם כן הוא אינו עומד באמות-המידה הראויות לפי סעיף 8(א)(3) ו-4 לחוק.⁷⁰ ייתכנו מקרים שבהם יידרש בית-הדין להכריע בין תובע שיש לו עילת תביעה אישית לבין "רשות ציבורית". מקרים אלה נראים לנו תיאורטיים ונדירים, ומכל מקום סביר להניח שהרשות, אשר משאביה הציבוריים מוגבלים, תעדיף שהתובענה תנוהל על-ידי גורם אחר.

בעילות מתחום השוויון התעסוקתי, חוק תובענות ייצוגיות מקנה לכאורה לארגון העובדים זכות תביעה ישירה.⁷¹ האם זכות תביעה ישירה זו מלמדת שארגון העובדים יכול להגיש בקשה לאישור תביעה כתובענה ייצוגית מכוח סעיף 4(א)(1) (בטענה שיש לו עילת תביעה אישית)? אפשרות זו תציב את ארגון העובדים, ביחס לחוקי השוויון, במיקום מדרגי זהה לזה של תובעים-עובדים, שכן במקרה זה מדובר בשני תובעים התובעים מכוח סעיף 4(א)(1) לחוק. אף אם אפשרות זו קיימת מבחינת לשון החוק, ראוי לדעתנו שארגון העובדים יפנה לדרך של סכסוך קיבוצי, ולא לערוץ התובענה הייצוגית. מסגרת היחסים השוטפת בין ארגון העובדים לבין העובדים ביחידת המיקוח מייצרת הקמה של מסגרת ארגונית אד-הוק דוגמת זו שהתובענה הייצוגית בונה. יתר על כן, מאחר שארגון העובדים חב חובת

69 ראו ס' 6 ו-7 לחוק.

70 ס' 8(א)(3) לחוק מציב את אמת-המידה שלפיה "קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת", וס' 8(א)(4) לחוק קובע את אמת-המידה שלפיה "קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב". הגישה הגורסת כי יש לתת עדיפות למבקש הראשון מצאה את ביטוייה גם בס' 7(ב)(2) לחוק, שלפיו לאחר שהחל הדיון בבקשת האישור, לא יורה בית-המשפט על החלפתו של המבקש או של בא-הכוח המייצג, אלא אם כן שוכנע כי הדבר דרוש כדי שעניינה של הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הטובה והיעילה ביותר. לאחר שהבקשה אושרה, יש למחוק בקשת אישור מאוחרת, אולם בית-המשפט רשאי להורות אחרת מטעמים שירשמו (ס' 7(ב)(3) לחוק).

71 הקונסטרוקציה המשפטית המאפשרת לארגון העובדים להגיש תובענה ייצוגית היא שבחוקי השוויון מוקנית לארגון העובדים עילת תביעה. ראו ס' 9 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד; ס' 12(2) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה; ס' 12(2) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. פריטים 8 ו-9(1) לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות מקנה זכות להגיש תובענה ייצוגית בעילות מכוח חוקי השוויון הללו. מכאן שלכאורה יש לארגון העובדים זכות תביעה ישירה להגשת תובענה ייצוגית בעילות של אפליה. לגבי חוקי-המגן אחרים שבהם מוקנית לארגון העובדים עילת תביעה ישירה קונסטרוקציה זו אינה אפשרית. לגבי חוקים אלה (חוקי-המגן שאינם עוסקים בשוויון תעסוקתי) מקור הסמכות להגיש תובענה ייצוגית הוא פריט 10(1) לתוספת השנייה לחוק. פריט זה מפנה לס' 24(א)(1) לחוק בית-הדין לעבודה, ועל-כן העובדה שלארגון העובדים יש עילת תביעה מכוח חוקי-המגן אינה מסייעת לו.

נאמנות מוגברת לעובדים שהוא מייצג,⁷² אין צורך במתן תמריצים כלכליים נוספים כדי לעודדו לתבוע ולפעול להגנת העובדים במהלך התביעה.⁷³ תביעות של ארגון עובדים יציג יש להגיש לפיכך כסכסוך קיבוצי, בעוד תביעות ייצוגיות יוגשו וינהלו על-ידי תובעים יחידים או ארגונים חברתיים אחרים. מכל מקום, ארגון העובדים צריך להעדיף הגשת סכסוך קיבוצי, שכן אז הוא אינו צריך לעמוד בכל אותן דרישות מכבידות שהחוק מציב לצורך אישור התובענה כייצוגית, אישור התובע הייצוגי ואופן גיהול התובענה.

(ג) מידוץ הזמן בין התובענה הייצוגית לבין הסכסוך הקיבוצי

מהו אם כן ההליך שיש להעדיף כאשר הן התובענה הייצוגית והן הסכסוך הקיבוצי הם הליכים אפשריים? לגישתנו, התשובה לשאלה זו תלויה בשאלה מי מההליכים הוגש ראשון. כאשר התובענה הייצוגית הוגשה ראשונה, ורק לאחריה ארגון העובדים מבקש לפתוח בסכסוך קיבוצי (כפי שהיה בעניין ביברינג), יש להעדיף את התובענה הייצוגית. לעומת זאת, כאשר הסכסוך הקיבוצי נפתח קודם, אין לאשר הגשתה של תובענה ייצוגית, גם כאשר זו אפשרית באופן עקרוני.

הדגש שאנו שמים במועד הגשת ההליך נובע מן הרצון לעודד אכיפה של זכויות העובדים באמצעות התובענה הייצוגית והסכסוך הקיבוצי. פתיחתו של כל אחד מההליכים אלה כרוכה בהשקעה ראשונית של המבקש להיות תובע מייצג ועורכת-דינו, במקרה של התובענה הייצוגית, או של ארגון העובדים, במקרה של הסכסוך הקיבוצי. הליך המוגש מאוחר יותר "רוכב" למעשה על ההליך הראשון ומנצל בחינם את ההשקעה שהושקעה בו. העדפתו של ההליך המאוחר על ההליך המוקדם תעודד לפיכך התנהגות כזו, המכונה free riding, ותפחית את תמריציהם של עורכי-הדין ושל ארגוני העובדים להשקיע בהגשתן של תביעות אשר יבטיחו את זכויות העובדים. הן עורכי-הדין והן ארגוני העובדים ימתנו להגשת תובענות על-מנת לרכוב עליהן מאוחר יותר, והתוצאה תהיה שרמת ההרתעה הרצויה לא תושג.

הרצון לעודד הגשתן של תביעות כאשר זכויות העובדים מכוח חוק מופרות צריכה לקבל עדיפות ראשונה בבחירה בין התובענה הייצוגית לבין הסכסוך הקיבוצי. יש להדגיש, עם זאת, כי אין לחשוש שמתן העדיפות לתביעה הראשונה יפגע בעובדים המיוצגים כאשר מי שהגיש תביעה זו אינו מסוגל לייצגם באופן ראוי. יש לזכור כי אישורה של התובענה הייצוגית מחייב – נוסף על התנאי שתהיה זו הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת (ס' 8(א)(2) לחוק) – גם תנאים המתייחסים לייצוג הולם ובתום-לב (סעיפים 8(א)(3) ו-4 לחוק). תנאים אלה נועדו לוודא שהתובע המייצג ועורכת-הדין אכן יעשו את עבודתם נאמנה, ולאפשר את

72 ראו, לדוגמה, עניין צים, להלן ה"ש 112, בעמ' 30 (הכרה בחובת הייצוג ההוגן כחובת נאמנות של ארגון העובדים כלפי ציבור עובדי); ע"ע (ארצי) 300205/98 אבני – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לד 361, 368 (1999): "על ארגון העובדים היציג מוטלת חובה לייצג את ציבור העובדים, היינו כלל עובדי ה"מפעל", בנאמנות, בתום-לב ובהיגיונות" (ההדגשה במקור).

73 מערך התמריצים הכלכליים לתובע הייצוגי ולבא-כוחו המייצג מוסדרים בס' 22 ו-23 לחוק.

החלפתם במקרה הצורך (לפי האפשרות הקיימת בס' 8(ג) לחוק). במקום אחר ניתחנו את הדרך להפעלתם של תנאים אלה, שעיקרם אינו מיוחד לתחום דיני העבודה.⁷⁴

ג. תובענות ייצוגיות במקומות עבודה מאורגנים

1. כללי

סעיף 3(א) לחוק קובע כי לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השנייה.⁷⁵ התוספת השנייה כוללת מגוון של עילות תביעה שניתן להגיש בהן בקשה לאישור תובענה ייצוגית. בפרק זה נתמקד בפריט 10 לתוספת השנייה, הקובע:

- "(1) 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, ובלבד שלא נדרש במסגרתה סעד של פיצויי הלנת קצבה, פיצויי הלנת שכר או פיצויי הלנת פיצויי פיטורים לפי הוראות סעיפים 16, 17 ו-20 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958.
- (2) תביעה של עובד בעילה לפי סעיף 6א לחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987, או לפי חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996."

פריט 10(1) מתיר להגיש תובענה ייצוגית בכל עילה מתחום משפט העבודה האישי אשר לבית-הדין האזורי יש סמכות לדון בה מכוח סעיפים 24(א)(1) או 24(א1) לחוק בית-הדין לעבודה. אלה סעיפי-סל העוסקים בכל תביעה הנוגעת ביחסי עובד-מעביד במובן הרחב, לרבות השאלה בדבר עצם קיומם של יחסי עבודה, זכויות הנובעות מחוזה העבודה או מכוח חקיקת-המגן, עילות הנובעות מסיומם של יחסי העבודה, משא-ומתן לקראת כריתת חוזה עבודה, וקבלה או אי-קבלה של אדם לעבודה. נוסף על כך, פריט 10(1) מאפשר להגיש תובענה ייצוגית של חברים ומעבידים (וחליפיהם) נגד קופות-גמל, וכן כל תובענה אחרת לקצבה הנובעת מיחסי עבודה, אשר הסמכות לדון בהן מסורה לבית-הדין האזורי לעבודה מכוח סעיף 24(3) לחוק בית-הדין לעבודה.⁷⁶

74 ראו קלמנט, לעיל ה"ש 7.

75 הסעיף ממשיך וקובע כי ניתן להגיש תובענה ייצוגית גם "בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית". ערוץ זה אינו רלוונטי למאמר זה, מכיוון שחוקי העבודה היחידים שכללו זכות להגשת תביעה על-דרך של תובענה ייצוגית היו חוק שכר שווה לעובדת ולעובד וחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. זכויות תביעה אלה בוטלו בס' 38 ו-39 לחוק.

76 לענין היקף סמכותו של בית-הדין לעבודה לדון בתובענות מכוח ס' 24 לחוק בית-הדין לעבודה ראו אליענה רובין בלייר בית הדין לעבודה – סמכויות וסדר דין 181–211 (2004). כן ראו בע"מ 9948/04 פלוני נ' פלונית, דינים עליון עד 981 (2005); ע"ע (ארצ' 98/300040).

פריט 10(2) לתוספת השנייה עוסק בתובענות ייצוגיות הקשורות להעסקת עובדים באמצעות קבלני כוח-אדם לפי סעיף 6א לחוק שכר-מינימום או לפי חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק העסקת עובדים על-ידי קבלני כוח-אדם).⁷⁷ סעיף 6א לחוק שכר-מינימום מקנה לעובד של קבלן כוח-אדם, בהתקיים אחת החלופות הקבועות בסעיף, זכות לתבוע את המעסיק בפועל ("המשתמש") בדרישה לתשלום שכר-המינימום. חוק העסקת עובדים על-ידי קבלני כוח-אדם קובע כמה עילות תביעה, הן נגד קבלן כוח-האדם⁷⁸ והן נגד המעסיק בפועל.⁷⁹

מעיון בהגדרות הרחבות בפריטים 10(1) ו-10(2) לתוספת השנייה נוצר הרושם שניתן כיום להגיש תובענה ייצוגית במגוון רחב ביותר של עילות, הכולל את כל עילות התביעה מתחום משפט העבודה האישי. אולם פריט 10(3) לתוספת קובע סייג שלפיו:

"(3) בפרט זה –

'תביעה' – למעט תביעה של עובד שחל עליו הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי עבודתו, והמעביד של אותו עובד או ארגון מעבידים שהוא חבר בו, צד להסכם הקיבוצי;
'הסכם קיבוצי' – הסכם קיבוצי לפי חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, או הסדר קיבוצי בכתב."

קיימות שתי דרכים אפשריות לפרש סייג זה. לפי פרשנות רחבה, בכל מקרה שבו חל על העובד המעוניין להגיש תובענה ייצוגית הסכם קיבוצי, מיוחד או כללי, אי-אפשר לברר את הסכסוך על-דרך של תובענה ייצוגית, בין אם עילת התביעה היא מכוח ההסכם הקיבוצי

ארגון גימלאי השק"ם – שק"מ בע"מ, פד"ע לז 289 (2002); דב"ע נז/16-4 (ארצי) מרכז השלטון המקומי – ההסתדרות הכללית, פד"ע לב 1 (1998); ס"ק (אזורי ת"א) 242/06 ההסתדרות הרפואית בישראל – מדינת ישראל, דינים אזורי לו 331 (2006).

77 המחוקק נדרש לציין עילות אלה במפורש בפריט 10(2) לחוק כדי לאפשר תובענה ייצוגית בשם עובדי קבלן כוח-אדם נגד המעסיק בפועל. ככל שמדובר בתביעות נגד המעסיק בפועל, תביעות אלה נופלות מחוץ לגדר הסמכות הכללית של בית-הדין לעבודה לדון בתביעות בין עובד למעבידו מכוח ס' 24(א)(1) לחוק בית-הדין לעבודה. כאשר הנתבע הוא המעסיק בפועל, ובהקשרים שבהם הוא אינו מוכר כ"מעביד" של עובד קבלן כוח-האדם, סמכותו של בית-הדין לעבודה לדון בתביעה נובעת מסעיף הסמכות הספציפי בחוק-המגן. לפיכך היה צורך לכלול הוראות אלה נוסף על ההוראה הכללית בפריט 10(1) לחוק.

78 ס' 11 לחוק העסקת עובדים על-ידי קבלני כוח-אדם מחייב את הקבלן לערוך חווה בכתב ולמסור העתק לעובד. ס' 13(א) לחוק זה מחייב את קבלן כוח-האדם להשוות את תנאי העבודה לאלה של עובדי המשתמש, למעט במקרה שבו תנאי העבודה מוסדרים אצל קבלן כוח-האדם בהסכם קיבוצי כללי שהורחב בצו הרחבה (ס' 13(ג) לחוק).

79 ס' 12(ב) לחוק העסקת עובדים על-ידי קבלני כוח-אדם אוסר על המעסיק בפועל לדרוש או לגבות מעובד הקבלן תמורה בגין סכומים ששולמו לקבלן כוח-האדם. ס' 12א לחוק זה מחייב קליטה של העובדים אחרי תקופה מסוימת אצל המעסיק בפועל.

ובין אם לאו. פרשנות זו עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית-הדין הארצי לעבודה בעניין ביברנינג, אשר דן בהפרתה של זכות-מגן – הזכות לתשלום שכר-מינימום על-פי חוק.⁸⁰ בית-הדין הארצי לעבודה קבע כי במקום עבודה מאורגן אין לאשר בדרך-כלל תובענה ייצוגית נגד המעביד,⁸¹ תוך שהוא מתעלם מן ההבחנה בין תביעה שעילתה הפרה של הסכם קיבוצי לבין תביעה שעילתה הפרה של חוק-מגן. לעומת זאת, ניתן לתת לסייג פרשנות צרה, המצמצמת את תחולתו לתביעות שעניינן ההסכם הקיבוצי עצמו. לפי פרשנות זו, ניתן להגיש תובענות ייצוגיות גם במקרים שבהם חל על העובד התובע הסכם קיבוצי, ובלבד שעילת התביעה אינה מתבססת על הפרת ההסכם הקיבוצי, אלא קשורה להפרת זכויות מכוח חוק, בכלל, ומכוח חקיקת-המגן בפרט. פרשנות זו נתמכת בפסק-הדין בעניין אלתר פרומה – מדינת ישראל-משרד הבריאות,⁸² שם נקבע כי הסייג יחול רק באותם מקרים

80 עניין ביברנינג, לעיל ה"ש 12. התביעה הוגשה על-ידי כמה דיילי אל-על אשר חויבו להשתתף במשך חודש וחצי בקורס הכשרה ולא קיבלו שכר כלשהו בעבור השתתפותם בקורס. הדיילים הגישו לבית-הדין האזורי בתל-אביב תביעה למתן פסק-דין הצהרתי שלפיו הם זכאים לתשלום שכר-מינימום ולזכויות סוציאליות נוספות בגין תקופת ההכשרה, וכן ביקשו כי התביעה תאושר ותנוהל כתובענה ייצוגית בעבור כל דיילי אל-על כיום ובעבר, וזאת מכוח תק' 21 לתקנות בית-הדין לעבודה. תביעת העובדים נדחתה, הן בבית-הדין האזורי בתל-אביב והן בערעור שהגישו לבית-הדין הארצי.

81 שם. כך קבע הנשיא אדלר בס' 17 לפסק-הדין: "הכלל שנקבע בפסיקת בית-דין זה, השולל אישורן של תובענות ייצוגיות במקומות עבודה מאורגנים, מעוגן בעקרונות יחסי העבודה השואבים את צדקתם מחוק הסכמים קיבוציים ומהמציאות התעשייתית. אין צורך בתובענה ייצוגית המנוהלת על-ידי עובד או מספר עובדים כאשר קיים ארגון עובדים המייצג את כלל העובדים ביחידת המיקוח." (ההדגשה הוספה.) עם זאת, בס' 19 לפסק-דינו ציין הנשיא אדלר כי הכלל המונע הגשת תובענה ייצוגית במקום עבודה מאורגן אינו כלל-ברזל, וכי "ככל שבית-הדין יגיע למסקנה שהצדק מחייב חריגה מן הכלל, כי יחסי העבודה אינם תקינים, כי ארגון העובדים פועל ממניעים פסולים וכי תובענה ייצוגית לא תפגע קשה בהתארגנות העובדים, ניתן יהיה לאשר תביעה כתובענה ייצוגית אף במקום עבודה מאורגן".

82 עב' (אזורי חי') 3592/04 אלתר פרומה – מדינת ישראל-משרד הבריאות, דינים אזורי לא 638 (2006) (להלן: עניין אלתר). השופט אלכס קוגן קבע כי הסייג יחול "באותם המקרים שעילת התביעה של המבקשים נובעת מההסכם הקיבוצי החל עליהם והמסדיר את תנאי עבודתם" (ההדגשה הוספה), תוך שהוא דוחה את פרשנותה של המדינה לסעיף: "הפרשנות אותה מנסה המשיבה ליתן לס' 10(3) לחוק, לפיה בכל מקרה בו קיים הסכם קיבוצי, גם אם אין כל נגיעה בין עניינה של התביעה לבין אותו הסכם קיבוצי, לא ניתן יהיה לברר את הסכסוך כתובענה ייצוגית, היא פרשנות מרחיקת לכת ורחבה מדי שאין בידינו לקבלה. פרשנות כה רחבה וכללית של המדינה, לאמור בס' 10(3) לחוק, עשויה לשלול שלא בצדק, ובאופן גורף זכותם של קבוצות עובדים רבות, לעתור לבית הדין בתובענות ייצוגיות כנגד הפרות שונות של זכויות, בין אם המדובר בזכויות מגן ובין אם לאו ולו רק מהסיבה, שהצדדים חתמו על

שבהם עילת התביעה נובעת מההסכם הקיבוצי.⁸³ ההכרעה בדבר היקף השתרעותו של הסייג הקבוע בסעיף 10(3) היא חשובה ביותר, ותכתיב במידה רבה עד כמה תהיה התובענה הייצוגית אפקטיבית באכיפתן של נורמות ראויות בתחום משפט העבודה. למעט תובענות הקשורות לאפליה בעבודה, אשר אינן כפופות לסייג,⁸⁴ כל עילות התביעה האחרות מתחום משפט העבודה כפופות לסייג זה. הוצאתן של עילות תביעה אלה מגדר החוק תעקר את מכשיר התובענה הייצוגית מתוכן, בעיקר לנוכח שיעורם המשמעותי של העובדים אשר אימוץ פרשנות רחבה של הסייג ימנע מהם את האפשרות להגיש תובענה ייצוגית.

בשנת 2003 דיווחו 38% מכלל השכירים במשק כי חל עליהם הסכם קיבוצי.⁸⁵ נתון זה מעריך בחסר את שיעור העובדים שיהיו מנועים מהגשת תובענה ייצוגית לפי הפרשנות הרחבה. ראשית, השאלות בסקר זה התייחסו רק לתחולתו של הסכם קיבוצי מיוחד, בעוד הסייג מתייחס מפורשות גם להסכם קיבוצי כללי.⁸⁶ אכן, סקר אחר, משנת 2000, שבחן את דפוסי הכיסוי של הסכמים קיבוציים בקרב עובדים שכירים, הגיע למסקנה כי על 56.1% מכלל העובדים השכירים חל הסכם קיבוצי, מיוחד או כללי.⁸⁷ שנית, ההגדרה שניתנה בסייג למונח "הסכם קיבוצי" חורגת מן ההגדרה של מונח זה בחוק הסכמים קיבוציים, וכוללת גם הסדרים קיבוציים בכתב. הסדר קיבוצי בכתב הוא כל מסמך בכתב שבמסגרתו נקבעים תנאי העבודה של ציבור עובדים באופן קיבוצי, מבלי שלפרט יש השפעה ישירה על תוכנה

-
- הסכם קיבוצי שבין אותו הסכם קיבוצי לבין עילות תביעתם של העובדים אין כל נגיעה." עם זאת, במקרה זה נדחתה הבקשה לאישור התביעה כתובענה ייצוגית, וזאת מסיבות אחרות.
- 83 ראו גם עניין גרוס, לעיל ה"ש 19, פסק-דינה של השופטת ברק-אוסוסקין, המאמצת את הפרשנות הצרה לחריג מן הטעמים שמנינו במאמר זה. (שאלת היקף תחולתו של החריג לא עמדה לדיון בעניין גרוס, מכיוון שדובר ממילא בעובדים לא-מאורגנים, והדברים נאמרו בהערת-אגב.)
- 84 ראו פריטים (1)8, (2)8 ו-19 לתוספת השנייה לחוק. דיון בעילות אלה ייעשה בפרק ד להלן.
- 85 שלמה יצחקי עמדות ציבור השכירים בנושאי יחסי עבודה – סקר 2003 פרק ד (מדינת ישראל, משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, היחידה ליחסי עבודה, 2003). www.tamas.gov.il/NR/old_res/61CAA4BB_2F85_4A2C_8B43_1458854B43A4.files/seker03_schirim.doc (להלן: סקר יצחקי).
- 86 שכן בנוסח הסייג נאמר מפורשות שמדובר בהסכם קיבוצי שהמעביד או ארגון המעבידים שהוא חבר בו היו צד לו.
- 87 ינון כהן, יצחק הברפלד, גיא מונדלק ויצחק ספורטא שיעור המאורגנים בארגוני עובדים וכיסוי הסכמים קיבוציים – תמונת מצב 2000 14 (מדינת ישראל, משרד העבודה והרווחה, הרשות לתכנון כוח אדם, 2001) www.moital.gov.il/cmsTamat/Rsrc/koach/tichnun_koach_adam/tichnun_pirsumim/Pirs_maamarim/xmeurgan.pdf (להלן: סקר כהן). אף שאין בידינו נתונים על היקף התחולה של הסכמים קיבוציים למן שנת 2000, יש להניח שהמצב לא השתנה, שכן רוב ההסכמים הענפיים עדיין בתוקף.

של הנורמה.⁸⁸ מכל מקום, אף אם נחיל את החריג רק במקומות עבודה שבהם חל הסכם קיבוצי או הסדר קיבוצי דו-צדדי בכתב שתכניו נקבעו במסגרת משא-ומתן עם נציגות העובדים,⁸⁹ פרשנותו הרחבה של הסייג תביא לידי כך שיותר מ-50% מהעובדים השכירים יהיו מנועים מהגשת תובענה ייצוגית.⁹⁰ יצוין גם שכמעט על כל עובדי המדינה חל הסכם קיבוצי או הסדר קיבוצי בכתב, ולכן פרשנות רחבה לסייג תחסום הגשת תובענות ייצוגיות נגד המעסיק הציבורי.⁹¹

בפרק זה נסביר, תוך ניתוח של שיקולי מדיניות ושימוש בפרשנות תכליתית, מדוע לדעתנו על בתי-הדין לעבודה לאמץ פרשנות צרה לסייג הקבוע בפריט 10(3) לתוספת השנייה לחוק, וזאת אף שלשון החוק תומכת לכאורה בפרשנות הרחבה.

2. פרשנות תכליתית לסייג הקבוע בפריט 10(3)

השאלה היא, כאמור, אם פריט 10(3) לתוספת השנייה שולל הגשתה של תובענה ייצוגית בכל מקרה שבו על העובד המעוניין להגיש תובענה ייצוגית חל הסכם קיבוצי או

88 ראו דב"ע לה/3-7 ראובן ושמעון – מדינת ישראל, פד"ע ז 120, 136 (1975), וכן עסק (ארצי) 1002/04 הסדרות העובדים הכללית החדשה-הסתדרות המהנדסים – שירותי בריאות כללית, דינים ארצי לג(18) 61 (2005). במסגרת המונח "הסדר קיבוצי" הכירו בתי-הדין לעבודה גם בהסדרים קיבוציים חד-צדדיים, כגון ספרי נהלים של המעביד. ראו דב"ע (ארצי) מה/3-17 אוניברסיטת תל-אביב – וינשל, פד"ע טז 466, 466 (1985). לכן היה אפשר לטעון שהחריג חל אף במקומות עבודה שבהם אין נציגות עובדים אך המעביד הוציא ספר נהלים כללי החל על כל העובדים. אנו מודים לעו"ד נחום פינברג, שהצביע על האפשרות הפרשנית המרחיבה. יודגש כי אין באמור כאן כדי להביע עמדה באשר לעמדה פרשנית זו.

89 גישה התואמת את רוח ההלכה שנפסקה בעניין ביברינג, לעיל ה"ש 12, השמה דגש בנוכחותה של נציגות העובדים.

90 מעבר לנתון של סקר כהן, לעיל ה"ש 87, המעריך את היקף התחולה של הסכמים קיבוציים בכ-56% מן העובדים השכירים, גם סקר יצחקי, לעיל ה"ש 85, מציג בפרק ד נתון שלפיו כ-45.7% מהשכירים דיווחו כי במקום העבודה שלהם פועל ועד עובדים, אשר סביר להניח שחתם עם המעביד על הסדר קיבוצי כלשהו.

91 חוק תובענות ייצוגיות הוא תוצאה של פשרה בין חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט לבין נציגי משרד המשפטים. מטרתם של חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט בפשרה זו הייתה להעביר את החוק עוד בכנסת השש-עשרה, על-מנת לשפר את מצבו של האזרח ביחס למצב שנהג לפני קבלתו. לשם כך היו צריכים להתפשר עם נציגי משרד המשפטים, ובעקבות זאת צומצמה תחולתו של החוק על המדינה כנתבע, הוקנו למדינה ולנתבעים מוסדיים גדולים אחרים (כגון בנקים וחברות ביטוח) הגנות מפני תובענה ייצוגית, הן בשלב הבקשה לאישור התובענה כייצוגית והן בעת מתן פסק-הדין, והוגדרה מסגרת מוגבלת של עילות שבהן ניתן לתבוע בתובענה ייצוגית. ראו, למשל, ס' 8(ב)(1), 9, 20(ד)(1) ו-21 לחוק. לדיון בפשרה זו ראו קלמנט, לעיל ה"ש 7.

הסדר קיבוצי בכתב (פרשנות רחבה) או שמא הסייג חל רק לגבי עילת תביעה מכוח ההסכם הקיבוצי או ההסדר הקיבוצי (פרשנות צרה). נראה שלשון החוק תומכת דווקא בפרשנות הרחבה: הניסוח המילולי מדבר באופן כללי על "תביעה של עובד שחל עליו הסכם קיבוצי", להבדיל מניסוח מצמצם יותר כגון "תביעה שעילתה בהסכם הקיבוצי".⁹²

מלבד הפרשנות הלשונית הדווקנית והתחוקת אחר כוונת המחוקק בעת הליך החקיקה עצמו, ניתן לציין גם שיקול מדיניות – יחיד – התומך בפרשנות הרחבה לסייג. הכרה בתחלת הסייג כל עילת תביעה במקום עבודה מאורגן, בין שמקורה בחוק או בהסכם, תהווה תמריץ למעסיקים במשק לנהל את מערך יחסי העבודה שלהם במתכונת קיבוצית. כיום מתרבים המקרים שבהם מעסיקים פועלים באופן לא-חוקי לצינון נסיונות התארגנות של עובדים.⁹³ החסינות שהחוק מקנה למעסיק המאורגן מפני הגשת תובענות ייצוגיות נגדו, במסגרת יחסי עבודה, תעניק לו תמריץ חיובי להימנע מהתערבות לא-לגיטימית בחופש ההתארגנות של העובדים. ככל שחסינות זו תהיה רחבה יותר כן יגדל התמריץ הניתן למעביד לאפשר התארגנות של עובדיו, כדי להגן על עצמו מפני ההיחשפות העתידית לתובענות ייצוגיות.

לדעתנו, למרות האמור לעיל, יש להעדיף את הפרשנות הצרה לסייג, וזאת מטעמי מדיניות ופרשנות תכליתית.⁹⁴ לשון החוק סובלת גם את הפרשנות הצרה, ועל-כן יש לבדוק איזו מבין שתי האפשרויות מקדמת טוב יותר את תכלית החוק וכן את התכליות של משפט העבודה הקיבוצי והאישי כאחד, כפי שהתפתחו במדינת ישראל במהלך חצי המאה האחרונה.

טענתנו בזכות הפרשנות הצרה לחריג מתבססת על הבחנה בין אכיפה מלאה לבין אכיפה חלקית של זכויות. אכיפה מלאה של זכות משמעותה הטלת האחריות על מפר הזכות

92 ראו גם דיון במסגרת פרוטוקול ישיבה מס' 1 של ועדת-המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (20.4.2005) – www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2005-20.html, שם ציינה ד"ר הדרה בר-מור כי בתי-הדין לעבודה נוטים (כנראה בהסתמך על ההלכה בעניין ביברינג) לתת בכורה לארגוני העובדים ולפיכך לפסול את מנגנון התביעות הייצוגיות בהליכים הקשורים למקומות עבודה שקיים בהם ארגון עובדים. עם זאת, בהמשך דבריה ציינה בר-מור כי על הוועדה לשים ליבה לכך שיש נושאים שאינם יכולים להידון במסגרת סכסוך קיבוצי, דוגמת הנושא של הלנת שכר.

93 ראו, לדוגמה, עס"ק (ארצי) 57/05 הסתדרות הכללית החדשה – מדינת ישראל-משרד התחבורה, פד"ע מ' 481 (2005); ע"ב (ארצי) 1/03 עמותת עובדי נותב ניהול ותפעול – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע מ' 277 (2004); עס"ק (ארצי) 1008/00 הורן את ליבוביץ בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לה 145 (2000); דב"ע נו/209-3 (ארצי) מפעלי תחנות בע"מ – יניב, פד"ע לג 289 (1999); דב"ע (ארצי) 4-10/98 "דלק" – חברת הדלק הישראלית בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה-האגף לאיגוד מקצועי, פד"ע לג 337 (1998).

94 עניין אלטר, לעיל ה"ש 82.

לפחות את בעל הזכות בגין כל נזק שנגרם לו עקב הפרתה.⁹⁵ תוצאותיה של אכיפה מלאה הן שתיים: ראשית, נתבעים פוטנציאליים, השוקלים אם להפר את חובותיהם החוקיות, צופים שייטבעו ויצטרכו לשלם את מלוא הנזק שגרמו בגין הפרה זו. בכך מושגת הרתעה מפני הפרת חובות אלה. שנית, תובעים פוטנציאליים יזכו בפיצוי מלא בגין זכויותיהם שהופרו.

בדיני עבודה, אכיפה מלאה מחייבת פיצוי מלא לכל מי שנמנה עם קבוצת העובדים שכלפיה הופרה הזכות. לדוגמה, אם התביעה היא נגד מעביד שלא שילם לעובדיו שכר מינימום כנדרש על פי חוק, אכיפה מלאה מחייבת שהפרשי השכר שיפסוק בית הדין לעבודה יעמידו כל עובד ועובד במצב שבו היה נמצא אלמלא ההפרה. ללא פיצוי מלא, תיהפך הפרת זכויות המגן לכדאית למעביד, ותמריצו להפר את חובותיו יהיו גדולים.

אכיפה חלקית, לעומת זאת, משמעותה שמפר הזכות אינו מפצה את כל מי שזכותו הופרה בגין היקפה המלא של הזכות. כלומר, אכיפה חלקית יכולה לבוא לידי ביטוי בכך שלא כל בעלי הזכות זוכים בפיצוי בגין הפרה מסוימת, או בכך שאלה אשר זוכים בפיצוי אינם מפוצים בגין מלוא הזכות או בגין מלוא הנזק שנגרם להם. בדוגמה לעיל, אכיפתו של חוק שכר מינימום אינה מלאה כאשר לא כל הפרה של החוק גוררת תביעה, או כאשר הפרשי השכר הנפסקים לחלק או לכלל העובדים אינם עולים כדי ההפרש המלא בין השכר ששולם בפועל לבין שכר המינימום הקבוע בחוק. כפי שמוסבר בסעיף הבא, אכיפה חלקית הינה ראויה ככל שהדברים אמורים בזכויות ובחובות הנובעים מהסכמים קיבוציים. היא אינה ראויה כאשר הזכויות הנאכפות הינן זכויות המגן שבחוק.

תובענה ייצוגית היא מנגנון משפטי שאחת ממטרותיה היא להבטיח אכיפה מלאה במצב שבו הופרו זכויות משפטיות. כך, בסעיף המטרה לחוק נקבע כי "מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את... אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו".⁹⁶ אף במקרים שבהם הנזק שנגרם לכל אחד מן התובעים הינו קטן, ולפיכך פיצויו אינו משמעותי לגביו, ההרתעה מפני הפרת החובות החוקיות נותרת מטרה ראויה שבגינה מוצדק לנהל את התובענה הייצוגית.⁹⁷ לא זו אף זו, התובענה הייצוגית אינה "יכולה" להשיג אכיפה שאינה מלאה.⁹⁸

95 ההבחנה שאנו עורכים מניחה כי אכיפתן של זכויות נעשית באמצעות כללי אחריות, ולא באמצעות כללים קנייניים. דהיינו, מפר הזכות משלם לבעל הזכות בגין הפרתה, ואין אפשרות למנוע את הפרתה של הזכות מראש באמצעות צו עשה או צו מניעה. על ההבחנה בין כללי אחריות לבין כללים קנייניים ראו: Guido Calabresi & Douglas A. Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

96 ס' 1 לחוק.

97 ראו ס' 20(ג) לחוק, המאפשר הטלת אחריות על הנתבע גם כאשר מתן פיצוי כספי לחברי הקבוצה אינו מעשי בנסיבות העניין.

98 לראיה, בררת המחדל בחוק היא תביעה מסוג opt-out, שבה אכן כל התובעים הפוטנציאליים מיוצגים.

מטבעה, התובענה הייצוגית מרכזת את כל התובעים שעומדת להם עילת תביעה משותפת, ומנוהלת בפיקוחו של בית-המשפט על-מנת לכפות על הנתבע פיצוי מלא, בהתחשב כמובן בנסיבות התביעה ובאחריותו של הנתבע.⁹⁹ עורכת-הדין המגישה את התובענה הייצוגית אינה מתחשבת באינטרסים החורגים מעילות התביעה שבגינן הוגשה התובענה, ומטרתה היחידה היא השגת פיצוי גבוה ככל האפשר, אשר ממנו ייגזר שכר-הטרחה שלה. לא כמו ארגון העובדים, אשר רואה לנגד עיניו את מכלול הזכויות במקום העבודה ויכול להתפשר על חלקן מתוך דאגה לרווחת העובדים, עורכת-הדין לא תהיה מוכנה ויכולה להתפשר על חלק מזכויות העובדים ששימשו בסיס לתובענה הייצוגית בתמורה לזכויות אחרות שיינתנו להם במערכת יחסי העבודה.¹⁰⁰

99 רוב התובענות הייצוגיות מסתיימות בפשרה. אחת הבעיות שמנגנון התובענה הייצוגית חשוף להן היא בעיית הפשרה הנמוכה והקנוניה בין הנתבע לבין עורכת-הדין המייצגת את קבוצת התובעים. לשם כך נדרש פיקוח של בית-המשפט על הפשרה, ותכנון נכון של מבנה שכר-הטרחה של עורכת-הדין. אכן, החוק החדש מתייחס באופן מפורט להליכים של אישור הפשרה, מתוך כוונה למנוע פשרות נמוכות אשר ידללו את מטרותיה של התובענה הייצוגית. ראו ס' 16, 18 ו-19 לחוק. יש להדגיש, עם זאת, שכל הליך אכיפה – אזרחי, מנהלי או פלילי – מסתיים במקרים רבים בפשרה. הפשרה עצמה אינה מדללת הרתעה, שכן היא מתקבלת ב"צילה" של תוצאת הליך האכיפה. לדוגמה, אם בית-המשפט צפוי לפסוק בוודאות פיצוי בסך 100 לקבוצה (המהווה פיצוי מלא בגין הפרת זכות-המגן של העובדים), והוצאות ההתדיינות של התובע ושל הנתבע הן 20 לכל אחד, הפשרה שתושג (בהנחה שכל צד נושא בהוצאותיו ללא תלות בתוצאות המשפט) יכולה להיות ככל סכום שבין 80 (נמוך מפסק-הדין) ל-120 (גבוה מפסק-הדין). בעיות הנציג בתובענה הייצוגית עלולות להביא לידי כך שעורכת-הדין תהיה מוכנה לקבל סכום נמוך יותר, אולם ניתן כאמור להתמודד עם בעיות אלה בדרך של פיקוח וקביעת שכר-טרחה.

לדיון בבעיות הנציג והפשרה ראו קלמנט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 350–357. לפתרונות לבעיות אלה ראו: Bruce L. Hay, *Asymmetric Rewards: Why Class Actions (May) Settle for Too Little*, 48 HASTINGS L.J. 479 (1997); Bruce L. Hay, *The Theory of Fee Regulation in Class Action Settlements*, 46 AM. U. L. REV. 1429 (1997); Bruce L. Hay & David Rosenberg, "Sweetheart" and "Blackmail" Settlements in Class Actions: Reality and Remedy, 75 NOTRE DAME L. REV. 1377 (2000).

100 בראייה רחבה יותר, התובענה הייצוגית מהווה מכשיר חברתי ליצירת מחויבות (commitment) לדרישת פיצוי מלא בגין הפרת הזכות על-ידי הנתבע. מחויבות כזו דרושה כאשר המטרה היא הרתעה מפני הפרת הזכויות *ex ante*, קרי, לפני הפרתן. ארגון העובדים אינו יכול לספק מחויבות זו, משום שהוא שוקל שיקולים רחבים *ex post*, לאחר שכבר התרחשה הפרת הזכויות. מנקודת-המבט המאוחרת ארגון העובדים עשוי לפעול באופן המועיל לכלל העובדים, אולם משיקולי הרתעה ראוי שלא יעשה כן בתביעות הנוגעות בזכויות-המגן. התובענה הייצוגית מאפשרת להתגבר על קונפליקט מובנה זה, שכן התובע הייצוגי ועורכת-הדין שלו אינם שוקלים שיקולים מסוג זה. הפשרה במסגרת הסכסוך המשפטי, לאחר שאושרה התובענה

אכיפה מלאה היא לכן חלק בלתי-נפרד ממנגנון התובענה הייצוגית. לפיכך, מקום שרצוי לאפשר אכיפה חלקית, יש להימנע משימוש בתובענה הייצוגית, ולהפך – כאשר אכיפה מלאה רצויה, התובענה הייצוגית תשמש ממנגנון יעיל להשגתה. כפי שנראה בסעיף הבא, להבחנה זו יש חשיבות מכרעת לצורך השימוש בתובענה הייצוגית בתחום דיני העבודה, ולצורך ההפרדה בין תובענות שעילתן בחוקי-המגן, שלגביהן יש ליצור מנגנון אכיפה מלאה, לבין תובענות שעילתן בהסכם קיבוצי, שם ראוי לאפשר אכיפה חלקית.

3. אכיפה מלאה של זכויות-המגן לעומת אכיפה חלקית של זכויות מכוח הסכם קיבוצי

זכויות קוגנטיות, שיש אינטרס ציבורי שרמת האכיפה שלהן תהיה מלאה, צריכות לקבל הגנה גם באמצעות האפשרות להגיש תובענה ייצוגית. לעומת זאת, כאשר אנו מעדיפים לאפשר גמישות ומרחב רחב יותר של שיקול-דעת לגבי רמת האכיפה של זכויות, מנגנון התובענה ייצוגית אינו מתאים. לדעתנו, יש לערוך הבחנה ברורה בין זכויות מכוח חקיקת-המגן – שלגביהן אנו מעוניינים בקידום מנגנונים של אכיפה מלאה, ביניהם האפשרות להגיש תובענה ייצוגית – לבין זכויות מכוח הסכמים קיבוציים, שלגביהן אכיפה מלאה אינה בהכרח מיטבית. אימוץ פרשנות צרה לחריג הקבוע בסעיף 10(3) לתוספת השנייה לחוק יאפשר לערוך הבחנה זו בדין הישראלי, שכן יהיה אפשר להגיש תובענות ייצוגיות מקום שהזכות שהופרה קבועה בחקיקת-המגן, בעוד תביעות על הפרת זכויות שנקבעו בהסכם קיבוצי ייפלו בגדר החריג.

אכיפה מלאה של זכויות מכוח חקיקת-המגן מתיישבת עם העקרונות שהותוו בפסיקתו של בית-הדין לעבודה. העיקרון המנחה הוא שזכויות שנקבעו בחקיקת-מגן אינן ניתנות לויתור – לא מראש ולא בדיעבד.¹⁰¹ במצבים שבהם ויתור עובד על זכויותיו באופן מודע ומאוחר יותר תבע את אכיפתן, נטו בתי-הדין לעבודה לאכוף את מימושן של הזכויות,¹⁰²

הייצוגית, אינה פוגעת בהיקף ההרתעה *ex ante*, שכן הנבצע (המעביד בדוגמה שלנו) אינו יודע מראש אם הפיצוי שישלם לבסוף יהיה גבוה או נמוך מהיקף הפרת הזכות (פסק-הדין במקרה שבו לא הייתה מושגת פשרה).

לדיון כללי במחויבות בסיטואציות אסטרטגיות, ובמתח שנוצר בין הרצון להתחייב *ex ante* לתועלת *ex post*, ראו, למשל: THOMAS C. SCHELLING, THE STRATEGY OF CONFLICT (1960); THOMAS C. SCHELLING, STRATEGIES OF COMMITMENT (2006).

101 ראו, לדוגמה, דב"ע (ארצי) לג/3-12 ציבוטרו – אברהם, פד"ע ד 173, 177 (1972); תב"ע (ארצי) לח/3-59 סילשי – ארכיטקט אהרון דורון ושות' בע"מ, פד"ע י 32, 44 (1978).

102 ע"ע (ארצי) 1054/01 טוילי – דהרי, פד"ע לז 746, 753 (2002): "אף אם המערער היה היחיד שפעל בחוסר תם לב אין בכך כדי לבטל את זכויותיו שנקבעו בחוק. כדי להגיע למסקנה זו עלינו לשקול, מחד, את תכליתו של החוק ורצונה של החברה להבטיח לכל עובד מינימום של קיום אנושי, ומאידך, את רצונה של החברה שאנשים יפעלו בתם לב ויכבדו הסכמים. יש להעדיף את השיקול הראשון."

אף אם העובד פעל בחוסר תום-לב, וזאת עקב האינטרס הציבורי באכיפת המלאה של הזכויות, ועל-מנת לא לייצר תמריץ למעסיקים ולעובדים להתנות על קיום הסטנדרטים הקבועים בחוק מתוך הנחה שבדיעבד ייתן בית-הדין תוקף להתניה זו.¹⁰³ הנוקשות שהפגין בית-הדין הארצי לעבודה בהקשר של אכיפת הזכויות מלמדת שהאינטרס הציבורי באכיפת זכויות-המגן גולש אל מעבר לסכסוך הפרטי בין מעביד לעובד, ומתגבר אף על רצונו של העובד לוותר על זכותו – מראש או בדיעבד – אף אם בכך ישפר את מצבו.¹⁰⁴ העמידה הדקדקנית על אכיפת הזכות, גם מקום שהמעביד הוכיח כי העובד היה שותף להפרת החוק ביודעין ומתוך רצון לקדם אינטרס אישי שלו, מצביעה על תפיסה שלפיה אכיפה של זכות-מגן ברמת העובד היחיד מקרינה על היקף האכיפה של הזכות כלפי עובדים אחרים, בין בתוך הארגון שבו התגלע הסכסוך ובין בשוק העבודה הכללי. שיפור של רמת האכיפה מקדם את תכליתם של כל חוקי-המגן הקוגנטיים, הכפופים לכלל שוויתור של העובד אינו תופס לגביהם. לפיכך האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות בגין הפרתם של חוקי-המגן מקדמת את תכליתם של חוקים אלה, ועומדת בקנה אחד עם תפיסת האכיפה המלאה שהנחתה את בית-הדין הארצי עד כה.

לכאורה יש זהות מבחינתו של העובד היחיד בין זכויות המוקנות לו מכוח חוקי-המגן לבין זכויות המוקנות לו מכוח ההסכם קיבוצי. בשני המקרים מדובר בזכויות שלעובד לא הייתה מעורבות ישירה בגיבושן, ותחולתן נכפתה עליו,¹⁰⁵ ובשני המקרים הזכויות אינן ניתנות לוותר על-ידי העובד היחיד, לא מראש ולא בדיעבד.¹⁰⁶ אולם למעשה יש הבדל משמעותי בין זכויות מכוח חוקי-המגן לבין זכויות מכוח ההסכם קיבוצי. הבדל זה נעוץ במימד הקוגנטי של הזכויות ביחס לארגון העובדים (להבדיל מהעובד

103 ראו עניין סילשי, לעיל ה"ש 101, בעמ' 53. לדיון בבעיית ה"ex ante/ex post בהכרה בוותרים של עובדים על זכויות-מגן ראו עמרי ידלין "תום-לב במשפט העבודה בישראל: מן הכלל אל הפרט" עיוני משפט כב 867 (1999).

104 ראו, לדוגמה, ע"ע (ארצי) 300353/97 מדינת ישראל – נהרי, פד"ע לה 318, 324 (2000), שם היה העובד מעוניין להמשיך לעבוד משמרות לילה, אף שהדבר נגד את ההסדר הקבוע בחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 (להלן: חוק שעות עבודה ומנוחה). בית-הדין הארצי קבע כי "לעובד אין זכות לעבוד במשמרת הלילה באופן קבוע, בניגוד להוראות החוק". בפסק-דין נוסף באותו עניין – ע"ע (ארצי) 350/03 מדינת ישראל-משרד העבודה והרווחה – גרינשפן, דינים ארצי לג(77) 70 (2006) – מציין השופט רבינוביץ: "אין ספק, שהמשיבים נפגעו מבטלות החוזה, אך הם גם נהנו שנים לא מעטות מתשלומים שמקורם בהעסקה לא חוקית. לא יכולה להיות מחלוקת, שהפסקת ההעסקה במקרה כזה צריכה להיות על אתר, משום שאין להמשיך בביצוע מעשה אסור."

105 ביחס לתחולה הכפויה של ההסכם הקיבוצי על העובד ביחידת המיקוח ראו ס' 15 (1) ו-16 (1) לחוק הסכמים קיבוציים.

106 בעניין סילשי, לעיל ה"ש 101, מקור הזכות שנידונה (תוספת היוקר) היה בצו הרחבה שנסמך על הסכם קיבוצי, ולא בחוק-מגן.

היחיד). אופייה הכופה של זכות-מגן שמקורה בחקיקה מחייב גם את ארגון העובדים. ארגון העובדים אינו רשאי לוותר על זכויות שמקורן בחוק, ואף אם היה שותף לעיצוב תוכן במהלך הליכי החקיקה כגוף ממליץ, לא הוא הגורם שחוקק את החוק, והוא אינו יכול להכריז על בטלותו. הדבר שונה כאשר מדובר בזכות שמקורה בהסכם קיבוצי. זכויות מכות הסכם קיבוצי הן פרי משא-ומתן קיבוצי בין ארגון העובדים היציג לבין המעביד (או ארגון מעבידים, כאשר מדובר בהסכם קיבוצי כללי), והן בסופו של דבר זכויות הסכמיות, גם אם הן אינן פרי הסכמה של העובד היחיד, כאמור. משכך, ארגון העובדים יכול "לסחור" בזכויות אלה, ולוותר עליהן בהסכם קיבוצי חדש תמורת הטבות אחרות לעובדים שהוא מייצג.¹⁰⁷

"מסחר" דומה אינו אפשרי ביחס לזכויות שמקורן בחקיקה. המחוקק הוא אשר קבע את היקף הזכויות, מי ייהנה מהן ובאילו נסיבות, והוא זה שקבע את הקוגנטיות שלהן. מצוות המחוקק היא שבהתקיים התנאים בחוק יש לפעול לאכיפה מלאה, וארגון העובדים אינו יכול לוותר על זכויות אלה. כאשר רצה המחוקק לאפשר לארגון העובדים היציג לפעול להפחתה בהיקף הזכויות, לשם קידום אינטרסים אחרים של קבוצת העובדים שהוא מייצג, נקבע מנגנון מפורש ומובנה בחוק-המגן. כך לגבי קיצור יום העבודה ושבוע העבודה, שנקבע בחוק שעות עבודה ומנוחה,¹⁰⁸ וכך לגבי ויתור על זכותם של עובדי חברות כוח-אדם להשוואת תנאים עם עובדי המשתמש – זכות המוקנית להם מכות סעיף 13(א) לחוק העסקת עובדים על-ידי קבלני כוח-אדם.¹⁰⁹ במקרים אלה החוק מחייב שהויתור ייעשה בהסכם קיבוצי, ויהיה כפוף לפיקוחה של הרשות המבצעת.

העובדה שזכויות מכות הסכם קיבוצי הן זכויות הסכמיות שגובשו במסגרת משא-ומתן משותף של ארגון העובדים והמעביד משליכה על רמת האכיפה שאנחנו מעוניינים לקיים לגביהן. ביחס לזכויות אלה נעדיף אכיפה חלקית, שבה לארגון העובדים יש שליטה ברמת האכיפה הרצויה של הזכות. הענקת השליטה לארגון העובדים, ועימה שיקול-הדעת, לגבי רמת האכיפה הרצויה של זכויות מכות הסכם קיבוצי רצויה מכמה טעמים, ברוח הנימוקים

107 בג"ץ 578/75 פלוני נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד (3) 382 (1976).

108 ס' 5 לחוק שעות עבודה ומנוחה, הקובע כי שר העבודה רשאי לאשר הסכם קיבוצי שלפיו יום עבודה יתארך מעבר ל-8 שעות, ושבוע עבודה יכלול יותר מ-45 שעות, בשל נסיבות מיוחדות.

109 ס' 13(א) לחוק העסקת עובדים על-ידי קבלני כוח-אדם מקנה לעובדי חברות כוח-אדם זכות להשוואת תנאים מיידית עם עובדי המשתמש, אולם ס' 13(ג) לחוק פוטר מחובה זו אם תנאי העבודה של עובד קבלן כוח-האדם מוסדרים בהסכם קיבוצי כללי והסכם זה הורחב בצו הרחבה. צו הרחבה כאמור נחתם על-ידי שר התעשייה, המסחר והתעסוקה (להלן: תמ"ת) – ראו צו הרחבה בענף אספקת שירותי כוח אדם, י"פ 5326, עמ' 3872, ניתן ביום 1.9.2004. דוגמה נוספת קיימת בחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963, הקובע בס' 14 מנגנון שלפיו תשלומים שהועברו לקופות-תגמולים, לקרנות פנסיה וכדומה יוכלו לשמש לתשלום פיצויי פיטורים לעובד, אם הדבר הוסדר בהסכם הקיבוצי שבין הצדדים ואושר על-ידי שר העבודה.

שהוזכרו בעניין מורג ובעניין ביברינג. עמדתו העקרונית של בית-הדין הארצי לעבודה היא ש"הדרך המרכזית לכירור סכסוך הנוגע להסכם הקיבוצי היא בהליך של סכסוך קיבוצי המתנהל בין הצדדים החתומים על ההסכם הקיבוצי"¹¹⁰. בית-הדין לעבודה קבע כי בנסיבות אלה ארגון העובדים הוא הסוכן הטוב ביותר לפיקוח על רמת האכיפה של ההסכם הקיבוצי שהוא היה צד ליצירתו. על ארגון העובדים היציג מוטלת החובה לפעול לטובת כלל העובדים ביחידת המיקוח, והוא הקובע את סדרי העדיפויות מבחינת יעדי המשא-ומתן וההתנהלות מול המעביד. לעיתים ארגון העובדים היציג נדרש לאזן בין אינטרסים מנוגדים של קבוצות עובדים שונות,¹¹¹ והוא כפוף מהותית לחובת הייצוג ההוגן.¹¹² בית-הדין מודע לכך שמסירת הכוח הבלעדי להחליט על רמת האכיפה לידי ארגון העובדים עשויה להוביל לאכיפה חלקית בלבד של הזכות: "תובענה ייצוגית המוגשת על ידי עובד בודד פוגעת בכוחו של ארגון עובדים להשיג הטבות לכלל העובדים, ובמקרים מתאימים אף לוותר על תביעות כלכליות או תביעות משפטיות הניתנות להגשה בדרך של סכסוך קיבוצי."¹¹³ אכיפה חלקית זו מוצדקת מכיוון שארגון העובדים יכול לשקול שיקולים מערכתיים פנים-ארגוניים ולהחליט להימנע מאכיפה מלאה של זכות על-מנת למנוע פיטורי-צמצום, למשל, או במסגרת התחשבותו של הארגון באי-יציבות כלכלית של המעסיק.

עמדה זו נתמכת גם בתיאוריה הכללית של דיני חוזים.¹¹⁴ מתן אפשרות לצדדים להסכם להימנע מאכיפת הוראותיו או לשנות חלק מהן במשא-ומתן מאוחר מקדם את רצון הצדדים במועד חתימת ההסכם. יש אירועים ומצבים שהצדדים להסכם אינם יכולים לצפות אותם מראש. נוסף על כך, גם מצבים שניתן לצפותם יכולים להיות כאלה שהצדדים אינם מעוניינים להתייחס לכל אחד ואחד מהם בהסכם, בשל העלויות הגבוהות הכרוכות בזיהוים, במשא-ומתן לגביהם ובניסוח התניות הרלוונטיות להם.¹¹⁵ לכן הצדדים מעדיפים להותיר לעצמם את החופש לשנות תניות בהסכם במקרה שמצבים אלה יתמשו, כמו-גם את

110 ע"ע (ארצי) 300031/98 התעשייה האווירית לישראל בע"מ – מורג, פד"ע לה 289, 308 (2000) (לעיל ולהלן: עניין מורג).

111 עניין ביברינג, לעיל ה"ש 12, בעמ' 138.

112 ראו דב"ע (ארצי) לו/4-7 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ – חרות, פד"ע ח 197 (1977); ע"ע (ארצי) 305/03 קודמן – הסתדרות הפקידים, עובדי המנהל והשירותים, דינים ארצי לג(12) 64; דב"ע (ארצי) נב/4-12 ההסתדרות הכללית-האיגוד הארצי של קציני הים – צים, חברת השיט הישראלית בע"מ, פד"ע כו(1) 1 (1993) (לעיל ולהלן: עניין צים). ראו גם מרדכי מירוני "חובת הייצוג ההוגן – זכויות הפרט ומניעת עושק המיעוט בעידן יחסי העבודה הקיבוציים" עיוני משפט ח 183 (1981).

113 עניין ביברינג, לעיל ה"ש 12, בעמ' 139.

114 לדיון כללי ראו: STEVEN SHAVELL, FOUNDATION OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 314–320 (2004).

115 מאחר שכל אחד מן התנאים יתממש רק בסיכוי מסוים, קטן מ-1, התועלת מהתחשבות בכל תנאי במסגרת ההסכם נמוכה ממלוא התועלת שתצמח אם אותו תנאי יתממש.

האפשרות לא לאכוף חלק מן התניות בהסכם באותם מצבים. המשמעות היא שהצדדים מעוניינים להותיר לעצמם את האפשרות לאכיפה חלקית של הוראות ההסכם. אכיפה חלקית של זכויות מכוח הסכם קיבוצי נידונה לאחרונה בעניין עיריית גבעתיים – ברקוביץ.¹¹⁶ במקרה זה קבע בית הדין הארצי לעבודה, ברוב דעות, כי התחייבות של ארגון העובדים כלפי המעביד, במסגרת הסכם קיבוצי חדש, שלא יוגשו תביעות על הפרשי שכר בגין הפרה של הסכם קיבוצי קודם מחייבת לא רק את ארגון העובדים, אלא גם את העובדים היחידים. זאת, אף שתביעות דומות של שלושה עובדים התקבלו עוד בטרם נחתם ההסכם הקיבוצי החדש.¹¹⁷ מפסק הדין משתמע שארגון העובדים רשאי לוותר על זכויות של עובדים שמועד מימושו עבר,¹¹⁸ אם ההסדר החדש מיטיב עם העובדים. שופטי הרוב הדגישו שכאשר מדובר בזכויות הסכמיות, העובדים מקבלים תמורה בעבור ויתור על זכות התביעה, וכי מעסיקים לא יסכימו לויתורים במשא-ומתן הקיבוצי אם ידעו שהם חשופים לתביעות אישיות מאוחרות.

משכך, נותרת בידי ארגון העובדים השליטה בהכרעה מה תהא רמת האכיפה של הזכות ההסכמית שהוא היה שותף לגיבושה. הוא יכול לפעול לאכיפתה המלאה באמצעות הגשת תביעה לסכסוך קיבוצי בעניין הפרתו של ההסכם הקיבוצי מכוח סעיף 24(א)(2) לחוק בית הדין לעבודה, או במקרה הקיצוני האחר – למנוע את אכיפתה של הזכות, כפי שאירע בעניין עיריית גבעתיים. במקרי הביניים, כאשר ארגון העובדים אינו פונה לערוץ הסכסוך הקיבוצי אך מאידך גיסא אינו מוותר על זכות העובדים לתבוע את הזכות האישית שלהם, גם אז תהיה אכיפה חלקית של זכויות, שכן חלק מן העובדים יפעלו למימוש זכויותיהם באמצעות הגשת תביעות אישיות מכוח סעיף 19 לחוק הסכמים קיבוציים,¹¹⁹

116 ע"ע (ארצי) 1406/02 עיריית גבעתיים – ברקוביץ, דינים ארצי לג(23) 94 (2006).

117 שם. הנשיא אדלר קבע כי "העירייה המעסיקה ויתרה על דברים רבים. היא נשאה ונתנה לגבי זכויות רבות של העובדים ובכך קנתה לה ביטחון שהיא לא תהיה חשופה לתביעות באשר לתשלום למפרע של ערך שעה. אין רבותא בכך שההסתדרות לא תתבע, אם נקבע שכל עובד רשאי לתבוע אישית. הסכמה כזו נוגדת את עקרון תום הלב ונוגדת את תקנת הציבור במשפט העבודה הקיבוצי. כאמור בעיני גם אלמלא הוסכם על אי הגשת תביעות לא היו הארגון או העובדים הבודדים רשאים לתבוע את הזכות של תשלום למפרע עליו ויתר הארגון בעת המשא ומתן לקראת הסכם קיבוצי חדש".

118 הלכה זו עומדת במתח עם פסיקה קודמת של בית הדין לעבודה, שלפיה ארגון העובדים אינו רשאי לוותר בשמו של העובד על אכיפתה של זכות אישית שעוגנה בהסכם הקיבוצי ואשר מועד מימושה חלף. המעמד הקוגנטי של ההוראות האישיות הקבועות בהסכם הקיבוצי, המוצא את ביטויו בס' 20 לחוק הסכמים קיבוציים, תקף גם כלפי ארגון העובדים שחתם על ההסכם הקיבוצי והיה שותף לגיבושו של זכויות, אם הזכות כבר התגבשה ונהפכה לקנויה. ראו לעניין זה עניין פלונים, לעיל ה"ש 107; דב"ע (ארצי) לט/44-3 החברה הדרומית לשווק – קרופניק, פד"ע יא 94, 101 (1979). יש לציין כי השאלה אימתי זכות מסוימת נהפכת ל"קנויה", ועל-כן ארגון העובדים אינו יכול "לסחור" בה עוד, היא שאלה של הגדרה.

119 ס' 19 לחוק הסכמים קיבוציים קובע: "הוראות שבהסכם קיבוצי בדבר תנאי עבודה, סיום

וחלקם יסכימו עם ההפרה, אם משום שהם אינם מודעים לזכות ואם בשל שיקול אישי אחר.

כאמור, רציונלים אלה אינם תקפים לגבי חוקי-המגן, המחייבים אכיפה מלאה. לפיכך אין הצדקה לשלילתו של מנגנון יעיל לאכיפה מלאה, בדמות התובענה הייצוגית, בעילות הנובעות מחוקי-המגן. האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות בגין הפרתם של חוקי-המגן מקדמת את תכליתם של חוקים אלה, ועומדת בקנה אחד עם תפיסת האכיפה המלאה שהנחתה את בתי-הדין לעבודה עד היום.

ברמה המעשית אין זה ראוי להותיר את שוט האכיפה של זכויות-המגן בידי ארגוני העובדים בלבד. מערכת יחסי העבודה בישראל נותרה מערכת ריכוזית. משאים-ומתנים קיבוציים מתנהלים במקרים רבים ברובד הענפי.¹²⁰ ארגון העובדים מעוניין, במסגרת המשא-ומתן הענפי, לקבוע רגולציה כלל-ענפית בהסכם קיבוצי כללי. ארגון העובדים אינו מתמקד בהפרה של זכויות מכוח חקיקה ברמת המפעל היחיד. לא-אחת אין כלל נציגות של ארגון העובדים במקום העבודה, ואין מידע מלא על היקף ההפרות של חוקי-המגן. מערך הפיקוח של ארגון העובדים מתמקד בעיקר בהפרות של זכויות מכוח ההסכמים הקיבוציים. האינטרס של ארגוני העובדים הוא לדאוג בראש ובראשונה לאכיפה של הזכויות שהם היו שותפים לגיבושן. אכיפה חלקית של זכויות-המגן, הנתונה לשיקול-דעתו של ארגון העובדים, לא תתמוך לפיכך באינטרסים של העובדים.

יתר על כן, קיים מתח בין הזכויות המוקנות לעובדים בחוקי-המגן לבין הזכויות שהן פרי המשא-ומתן הקיבוצי. ככל שטבעת ההגנה של חוקי-המגן רחבה יותר כן פוחת הצורך של העובדים להתארגן, ומצטמצם היקף הנושאים שניתן באופן מעשי לנהל משא-ומתן לגביהם. ארגון העובדים יכול אומנם לדרוש לנהל משא-ומתן לגבי נושא שהוסדר בחוק על-מנת לעבות את היקף הזכות, אך סיכויי הצלחתו נמוכים יותר, וגם אם יצליח לעבות את הזכות, הישג זה יהיה מרשים פחות מאשר גיבוש זכות מקורית במשא-ומתן.¹²¹ לכן

עבודה, וחובות אישיות המוטלות לפי אותן הוראות על עובד ומעביד וזכויות המוקנות להם (להלן – הוראות אישיות), יראו אותן כחווה עבודה בין כל מעביד וכל עובד שעליהם חל ההסכם, ותקפן אף לאחר פקיעת תקפו של ההסכם הקיבוצי, כל עוד לא שונו או לא בוטלו כדין. "מכוח ס' 19, כל עובד שהופרה כלפיו הוראה אישית בהסכם קיבוצי יכול לתבוע את מעבידו למימוש זכות זו.

120 גיא מונדלק "יחסים בין ארגוני עובדים: על ביזור מערכת יחסי העבודה בישראל" שנתון משפט העבודה ו 219 (1997).

121 ראו: James Bennett & Jason Taylor, *Labor Unions: Victims of Their Political Success?* 261 JOURNAL OF LABOR RESEARCH 261 (2001).²² הכותבים טוענים כי אחד ההסברים לדעיכת מעמדם של ארגוני העובדים ברבות ממדינות המערב הוא שרף הזכויות המוקנות לכלל העובדים בחקיקה ראשית הולך ומתרחב, והופך את ה"שירות" שארגוני העובדים מציעים – דהיינו, שיפור זכויות העובדים – לרלוונטי פחות, שכן היקף הנושאים שניתן לנהל עליהם כיום משא-ומתן קיבוצי מצטמצם.

ארגוני העובדים מגלים לא אחת יחס דו-ערכי לחקיקת חוקי-המגן נוספים.¹²² תיעול מנגנון הפיקוח של ארגוני העובדים לפעולות "שיטור" בנוגע לאכיפת חוקי-המגן אינו מקדם את האינטרס שלהם. אם רמת האכיפה של זכויות אלה – בניגוד לזכויות ההסכמיות (או נוסף עליהן) – תהיה גבוהה, עובדים מעטים יותר יהיו מעוניינים במערך יחסי העבודה הקיבוציים במקום העבודה.¹²³

לסיכום, פרשנות צרה לסייג הקבוע בפריט 10(3) לתוספת השנייה לחוק תאפשר הגשת תובענות ייצוגיות בגין עילות לפי חוקי-המגן גם במקומות עבודה מאורגנים. רק כך יהיה אפשר להשיג אכיפה מלאה של זכויות אלה. אכיפה מלאה של זכויות-המגן עומדת בקנה אחד עם פסיקתו של בית-הדין הארצי לעבודה ביחס לזכויות אלה, והתובענה הייצוגית הכרחית לשם השגתה. פרשנות זו אינה מרוקנת את הסייג מתוכן, אלא להפך – היא מותירה במסגרתו בדיוק אותן זכויות אשר אכיפה מלאה שלהן אינה ראויה. זכויות מכוח הסכם קיבוצי או הסדר קיבוצי, אשר ראוי לאפשר גמישות באכיפתן, לא יהיו ניתנות לתביעה בדרך של תובענה ייצוגית. טוב עשה המחוקק כאשר קבע סייג זה, שכן מתן אפשרות לתובענה ייצוגית בגין זכויות מכוח הסכם קיבוצי הייתה גוררת אכיפה מלאה של זכויות אלה, באופן שהיה פוגע באינטרסים של עובדים ומעבידים כאחד. אולם הרחבתו של הסייג והחלתו גם על תביעות שעילתן אינה בהסכם קיבוצי אינה ראויה.

4. דוגמה לצורך במנגנון התובענה הייצוגית במקומות עבודה מאורגנים: ענף השמירה

ההתנהלות בענף השמירה משמשת דוגמה לצורך במנגנון התובענה הייצוגית לאכיפת זכויות-המגן גם במגזר שהוא מאורגן בחלקו. בענף השמירה נחתם הסכם קיבוצי כללי בשנת 1972 בין האיגוד הארצי של עובדי שמירה ואבטחה, שליד ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ-ישראל, לבין הארגון הארצי של מפעלי השמירה בישראל.¹²⁴ ההסכם הקיבוצי הכללי הורחב מכוח צו הרחבה על כלל העובדים השכירים בענף האבטחה בשנת

122 שם. הכותבים מדברים על "אפקט תחלופה" בין חקיקת-המגן לבין זכויות המוקנות בהסכמים קיבוציים.

123 ארגוני העובדים יכולים כמובן לשנות את גישתם, ולראות גם שירותי "שיטור" בנוגע לרמת האכיפה של זכויות-המגן כחלק מהשירות שהם נותנים לעובדים שהם מייצגים. זאת, מתוך הנחה שעובדים יצטרפו לשורותיהם על-מנת ליהנות משירות זה. עם זאת, כיום ארגוני העובדים, ובמיוחד הסתדרות העובדים החדשה, רואים את תפקידם המרכזי כנושאים-וונותנים על עיצוב תנאי עבודה מעבר לאלה הקבועים בחוקי-המגן, ולא ככלב-שמירה המופקד על אכיפת זכויות-המגן.

124 הסכם עבודה קיבוצי כללי בין ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ-ישראל, האיגוד הארצי של עובדי שמירה ואבטחה, לבין הארגון הארצי של מפעלי השמירה בישראל, נחתם ביום 12 ביולי 1972 ונרשם בפנקס ההסכמים הקיבוציים 7019/72.

1973.125 בארגון המעסיקים של ענף השמירה חברות רוב חברות השמירה הגדולות, לרבות "השמירה", "מודיעין אזרחי", "ש.ב.", "אגודת השומרים", ו"צוות 3".¹²⁶ בחברות שמירה אלה מועסקים כיום כ-30,000 עובדים.¹²⁷ בענף האבטחה והשמירה כולו הועסקו בשנת 2003 כ-46,500 עובדים,¹²⁸ ולכן אם תאומין הפרשנות הרחבה לסייג הקבוע בפריט 10(3) לתוספת השנייה של חוק תובענות ייצוגיות, יהיו כשני שלישים מכלל עובדי חברות השמירה מנועים מלהגיש תובענות ייצוגיות לגבי הפרות של זכויות-המגן שלהם הקבועות בחוק.¹²⁹

ענף השמירה ידוע לשמצה ביחס להיקף ההפרות של זכויות העובדים. יעידו על כך דוחות רשמיים שונים שהוצגו בשנים האחרונות¹³⁰ וכן ידיעות שונות.¹³¹ התמונה העולה היא כי חברות השמירה מפרות בידועין, ומתוך אינטרס כלכלי, את זכויות העובדים בענף, מתוך הנחה שלא כל העובדים יתבעו את זכויותיהם, אם עקב תלותם במעסיק, אם בגלל

- 125 צו הרחבה בענף השמירה, י"פ התשל"ד 1976.
- 126 ריאיון טלפוני עם אבי ביברוצקי, נציג עמותת אמי"ל (ארגון מאבטחי ישראל) (8.10.2006). בימים אלה מתנהל משא-ומתן לחתימת הסכם קיבוצי חדש שיחול על חברות השמירה (החברות בארגון המעסיקים בענף).
- 127 שם. 15,000 עובדים בחברת "השמירה", 6,000 עובדים ב"מודיעין אזרחי", 4,000 עובדים ב"ש.ב.", 2,500 עובדים ב"אגודת השומרים" ו-3,000 עובדים ב"צוות 3".
- 128 שוקי הנדלס "מאבטחים ושומרים בישראל - 1995-2003" 3 (מדינת ישראל - משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, מנהל תכנון, מחקר וכלכלה, 2004).
- 129 זאת, מכיוון שכ-30,000 עובדים מועסקים אצל מעבידים אשר חברים בארגון מעסיקים שהינו צד להסכם קיבוצי. אם אכן ייחתם הסכם קיבוצי חדש בענף, יהיה צורך לבדוק מי מחברות השמירה חברות בארגון המעסיקים, אולם ברור כי חברות השמירה הגדולות יהיו מעורבות, ועל-כן סביר להניח שרוב עובדי השמירה יהיו מנועים עדיין מהגשת תובענה ייצוגית (בהנחה שתאומין פרשנות רחבה לסייג).
- 130 ראו, לדוגמה, עמותת "ידיד" והקליניקה למשפט ושינוי חברתי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה "כיצד נבטיח את זכויות המאבטחים? נייר עמדה בנושא אכיפת חוקי המגן בדגש על אכיפת זכויות המאבטחים" 8-12 (2005); הכנסת - מרכז המחקר והמידע "מסמך רקע בנושא: מאפייני ההעסקה של עובדי שמירה ואבטחה בישראל" 6-7 (2005) www.knesset.gov.il/MMM/data/docs/m01173.doc (להלן: "מאפייני ההעסקה של עובדי שמירה"); יגאל יאסינוב דוח בנושא זכויות עובדים בענף השמירה והאבטחה 12-25 (2005) (להלן: דוח יאסינוב).
- 131 רותי סיני "בעקבות פרסום הארץ: דרישה לחקור את חידוש רישיונה של חברת 'השמירה'" הארץ 31.5.2006; רותי סיני "מאות מעובדיה הגישו נגדה תביעות, אבל ההיתר של הממשלה לחברת 'השמירה' חודש" הארץ 29.5.2006; תני גולדשטיין "כיצד לעקוף את חוקי העבודה בדרך יצירתית?" *ynet* כלכלה 14.3.2005. www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3057721,00; מרב דוד "מאבטחים ושומרים מקופחים על ידי רבים מהמעסיקים" אתר ידיד www.yedid.org.il/NewsMain.asp?id=156 14.10.2004.

מאפייניהם הדמוגרפיים של העובדים בענף זה¹³² ואם בשל אי-מודעותם לזכויותיהם. כך מציג יאסינוב את הדברים ברוח שחיבר בנושא "זכויות עובדים בענף השמירה והאבטחה": "בענף שירותי השמירה קיימת תופעה נרחבת של הפרה שיטתית וגסה של זכויות העובדים. הסיבות לכך רבות, אך הבולטות שבהן הינן: היעדר אכיפה מספקת של חוקי המגן, נגישות מוגבלת של ההליך המשפטי וחוסר המודעות של העובדים לזכויותיהם.

באופן כללי, יש לומר כבר עתה: חברות רבות מנצלות באופן ציני את המצוקה שבה נתונים העובדים שנאלצים להתפרנס מן העבודה כשומרים או כמאבטחים, אשר רבים מתוכם הם עולים חדשים, המהווים אחוז ניכר ביותר מן העובדים בחברות השמירה והניקיון. כל אלה, נציגי שכבות חלשות אחרות המהוות את 'מאגר כוח האדם' בענפים שונים – לא תמיד מודעים לזכויותיהם, וגם כאלה שכן – מהססים לעמוד עליהן. זאת, בשל מגוון סוגים של מצוקה תעסוקתית, הכובלת אותם במצב 'ללא מוצא' בשוק העבודה: גיל, מצב בריאותי, רקע תרבותי, קשיי שפה ופערים שמקורם במנטליות שונה.

חולשות אלה מנוצלות, במודע ובמכוון, על-ידי בעלי-חברות רבים, שהונם האישי נבנה מתוך הכספים שהיו אמורים להגיע לידי העובדים בתחנית הפירמידה האירגונית. המעבידים גורפים רווחים עצומים מהפרת החוק; כך, למשל, אם חברה פלונית מעסיקה 1,000 עובדים – וכל חודש, מסיבה כלשהי לא משלם לכל עובד סכום 'פעוט' של כ-100 ש"ח (למשל, ניכוי אסור של קנסות או אי-תשלום בגין מספר שעות נוספות וכדומה) – מביא לו בשנה 1,200,000 ש"ח!

התמונה היא עגומה: במקרים רבים, הפרת החוק השיטתית הופכת למשתלמת, שכן גם אם חלק מן העובדים ייבחרו לפנות לערכאות המשפטיות מתוך תקווה לזכות במגיע להם – ההליכים המשפטיים הארוכים, העדר משאבים למימון הגנה משפטית שתתחרה בזו של מעסיקהם לשעבר – מרפים את ידיהם של רבים, וההפסד הסופי עבור המעסיק המפר הופך לזניח ביחס לתועלת הישירה שהוא מפיך מרמיסת זכויות עובדיו. במילים פשוטות: מעבידים רבים לא מהססים לגרוף רווחי עתק על גבם של עובדיהם, רווחים שמקורם הוא בהפרות שיטתיות של חוקי המגן.¹³³

בין הפרות החוק הרווחות בענף זה ניתן למנות אי-תשלום שכר-מינימום, בניגוד לקבוע בחוק שכר-מינימום;¹³⁴ הטלת קנסות וניכוי מהשכר, בניגוד להוראות חוק הגנת

132 הנדלס, לעיל ה"ש 128, בעמ' 11, מציין כי נכון לשנת 2003 15.4% מהמאבטחים והשומרים היו נשים, 5.6% ערבים ו-27.9% עולים חדשים.

133 דוח יאסינוב, לעיל ה"ש 130, בעמ' 3-4.

134 ראו, לדוגמה, עב' (אזורי ב"ש) 6323/04 טסלר – ח.א.ש מערכות ושירותים בע"מ, דינים אזורי לג 127 (2006); עב' (אזורי ב"ש) 300506/97 פוקס – משאבי אביב בע"מ, תק-עב (1998) 50 (3).

השכר;¹³⁵ אי-תשלום שכר בעבור שעות נוספות ובעבור עבודה ביום המנוחה ובחגים, בניגוד לחוק שעות עבודה ומנוחה;¹³⁶ מניעת חופשה ואי-תשלום בגין חופשה, בניגוד לחוק חופשה שנתית, התשי"א-1951;¹³⁷ אי-מתן הודעה בכתב בדבר תנאי העבודה, בניגוד לחוק הודעה לעובד (תנאי עבודה), התשס"ב-2002,¹³⁸ אי-מתן הודעה מוקדמת על פיטורים, בניגוד לחוק הודעה מוקדמת לפיטורים והתפטרות, התשס"א-2001,¹³⁹ ואי-תשלום פיצויי פיטורים על-פי חוק פיצויי פיטורים.¹⁴⁰

הדוחות השונים מונים את הכשלים במנגנוני האכיפה הקיימים כיום. אכיפה אורחית פרטנית אינה מעשית בגלל הקושי של עובדים לתבוע את מעסיקהם. במשרד התמ"ת הוקם מנהל הסדרה ואכיפה, אולם מועסקים בו רק 25 מפקחים, המופקדים על אכיפת חוקי העבודה בקרב 2.3 מיליון עובדים שכירים.¹⁴¹ האיגוד הארצי של עובדי שמירה

- 135 ראו, לדוגמה, ד"מ (אזורי חי') 9404/04 שטיבי – לילית שמירה אבטחה שירותים וניקיון בע"מ, דינים אזורי לד' 727 (2006); עב' (אזורי ב"ש) 1685/05 גוטרץ – רשף בטחון 1993 בע"מ, תק"ע 8444 (1)2006 (2006). כן ראו "מאפייני ההעסקה של עובדי שמירה", לעיל ה"ש 130, בעמ' 6.
- 136 ראו, לדוגמה, עב' (אזורי י"ם) 300151/95 עמיר – מדינת ישראל, דינים אזורי כט 601 (2006); ד"מ (אזורי י"ם) 5603/05 סדיס – דים תפעול ובטחון בע"מ, דינים אזורי כח 277 (2006); עב' (אזורי ת"א) 912532/99 רשיד – א.ס.י. שירותי שמירה בע"מ (לא פורסם, 26.9.2004).
- 137 ראו, לדוגמה, עב' (אזורי ת"א) 6217/04 דלאל – ספקיוריטי המוקד המרכזי בע"מ, דינים אזורי לו' 22 (2006); עב' (אזורי חי') 176/04 שוסטיק – חברת השמירה בע"מ, דינים אזורי לב 164 (2006).
- 138 ראו, לדוגמה, ד"מ (אזורי חי') 9174/04 משעלי – לילית שמירה אבטחה שירותים וניקיון בע"מ, דינים אזורי כו 369 (2005).
- 139 ראו, לדוגמה, עב' (אזורי נצ') 1681/02 זימין – משמרת אבטחה וניקיון נהריה בע"מ, דינים אזורי טז 573 (2004); עב' (אזורי י"ם) 2612/03 חיאייב – מיקוד אבטחה ושמירה בע"מ, דינים אזורי כה 103 (2004).
- 140 ראו, לדוגמה, עב' (אזורי ב"ש) 3743/03 לויין – ח.א.ש מערכות ושירותים בע"מ, דינים אזורי לה 956 (2006); עב' (אזורי חי') 2318/03 איליאגויב – חברת השמירה בע"מ, דינים אזורי כט 958 (2006).
- 141 ראו גם מבקר המדינה דוח שנתי 54 – לשנת 2003 ולחשבונות שנת הכספים 2002 (2004), אשר מתריע, בעמ' 846 לדוח, על ההתנהלות והעדר כוח-אדם מספק ביחידה לאכיפת זכויות העובדים במשרד התמ"ת: "לדעת משרד מבקר המדינה, על משרד התמ"ת לפעול להבניית מערך האכיפה של חוקי העבודה בדרך שתבטיח מיצוי האכיפה וניצול מיטבי של המשאבים הקיימים; כמו כן, עליו להבטיח קיומה של אכיפה יעילה ומועילה של חוקי העבודה על המעסיקים, ובכלל זה ניהול הולם של מערכת שליטה ובקרה על תהליכי העבודה." ראו גם דוח האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 1, בעמ' 76.
- כמו-כן ראו תני גולדשטיין "התמ"ת מקצץ בשעות העבודה של הפקחים" ynet כלכלה

ואבטחה, שהינו זרוע של ההסתדרות הכללית, אינו מסייע באופן משמעותי באכיפת זכויות העובדים בענף.¹⁴² ארגון עובדים זה, החתום על ההסכם הקיבוצי הענפי, לא הגיש כלל בשנים האחרונות סכסוכים קיבוציים נגד חברות שמירה שהפרו באופן שיטתי זכויות של עובדים,¹⁴³ ואם סייע לעובד זה או אחר, היה זה במסגרת ייצוג בסכסוך אישי.¹⁴⁴ כך נותרו עובדי ענף השמירה מבוזרים, ואלה שבחרו לפעול לאכיפת זכויותיהם עשו זאת באופן עצמאי¹⁴⁵ – חלקם תוך קבלת סיוע מגופים וולונטריים חוץ-הסתדרותיים, כגון קו לעובד, אמ"ל (ארגון מאבטחי ישראל) או קליניקות לסיוע משפטי במוסדות האקדמיים. כאמור, ההנחה של פסק-הדין בעניין ביברנינג והפרשנות הרחבה לסייג הן שדרך-המלך לאכיפת זכויותיהם של עובדי ענף השמירה המאורגנים היא במסגרת סכסוך קיבוצי שאותו

23.10.2006 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3318124,00.html. בסקירה זו על רמת האכיפה של חוקי העבודה על-ידי משרד התמ"ת מדווח על 19 פקחים בלבד ל-2.4 מיליון עובדים, ונטען כי המצב לא השתנה מאז יצא דוח מבקר המדינה המוזכר לעיל. בשנת 2006, בעקבות הביקורת הציבורית על רמת האכיפה הנמוכה של חוקי העבודה בענפי הניקיון והשמירה, יצאה אומנם יחידת האכיפה למבצע לאכיפת תנאי העסקה, אולם גם הצלחתו של מבצע זה הייתה חלקית בלבד, שכן מאות התלונות שנאספו במבצע לא טופלו בשל העדר כוח-אדם. שם.

142 ראו דוח יאסינוב, לעיל ה"ש 130, בעמ' 12.

143 מדוע האיגוד הארצי של עובדי שמירה ואבטחה אינו פועל לאכיפה מלאה של זכויות העובדים בענף? אין בידנו תשובה לשאלה זו. מבחן התוצאה מלמד שאין יוזמות אכיפה מצד ההסתדרות בענף השמירה במסגרת של סכסוכים קיבוציים.

144 מבדיקת הליכים שהתקיימו בשנת 2006 עולה כי בעב' (אזורי ת"א) 8824/02 שאול – שירותי השומרים (1989) אבטחה שמירה וניקיון, דינים אזורי לה 31 (2006), העיד מטעם התובע מזכיר הארגון הארצי למפעלי שמירה ואבטחה בישראל, על-מנת להראות כי על הנתבעת חל ההסכם הקיבוצי. יש לשים לב שמדובר כאן דווקא בארגון המעסיקים, ולא בארגון העובדים. בשני הליכים אחרים ייצג את התובעים דוד אסיג, מזכיר מועצת הפועלים: ד"מ (אזורי ב"ש) 2225/05 מלקה – שמירה ובטחון בע"מ, דינים אזורי לג 321 (2006); וכן ד"מ (אזורי ב"ש) 3025/05 פצוטיב – ש.א.ס חברנה שמירה בע"מ (לא פורסם, 4.4.2006). בעב' (אזורי ב"ש) 2280/04 שאול – גימיק שירותי שמירה ואבטחה בע"מ (לא פורסם, 5.2.2006) יוצג התובע על-ידי אסתר וייס ממועצת פועלי קרית-גת; בד"מ (אזורי חי') 1833/05 אביב – חברת "לילית" שמירה ואבטחה בע"מ (לא פורסם, 31.1.2006) יוצגה התובעת על-ידי עו"ד חיה סגל מהסתדרות העובדים הלאומית; בהליך אחר, ד"מ (אזורי נצ') 1155/06 ליפניצקי – "הכספת" שירותי כח אדם שמירה וניקיון בע"מ (לא פורסם, 18.6.2006), צוין כי התובע מיוצג על-ידי חנא אליאס – מזכיר איגוד מקצועי. לא ידוע אם אכן מדובר באיגוד המקצועי של השומרים והמאבטחים בישראל או שמא בארגון הסתדרותי כלשהו.

145 מבדיקה של 78 פסקי-דין שפורסמו באתר נבו במהלך שנת 2006, עד לחודש אוקטובר, עולה כי ב-72 מהמקרים שבהם צוין כי התובע מיוצג, יוצג התובע על-ידי עצמו או על-ידי עורך-דין עצמאי.

ייזום וינהל ארגון העובדים היציג (ההסתדרות). אולם עד היום לא ננקטו צעדים בכיוון זה. שני דוחות שפורסמו לפני חקיקת חוק תובענות ייצוגיות¹⁴⁶ מנו שורה של המלצות כיצד יש לחזק את מנגנוני האכיפה של זכויות עובדי השמירה.¹⁴⁷ מטרתן של המלצות אלה היא לקדם אכיפה מלאה של זכויות-המגן בענף זה. כיום, לאחר חקיקת חוק תובענות ייצוגיות, יש בידינו כלי משפטי שעשוי לשפר באופן משמעותי את רמת האכיפה של זכויותיהם של עובדי חברות השמירה. אם תאומץ הפרשנות הרחבה לסייג הקבוע בפריט 10(3), תסוכל מטרה זו לפחות לגבי שני שלישים מעובדי הענף, המועסקים בחברות שמירה החברות בארגון המעסיקים.¹⁴⁸

ד. תובענה ייצוגית בעילות אפליה

1. כללי

פריט 8 לתוספת השנייה מתיר הגשת תובענות ייצוגיות בתביעות שעילתן היא אפליה תעסוקתית. סעיף קטן (1) כולל תביעות בעילה של אפליה בעבודה לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, וסעיף קטן (2) כולל תביעות בעילה לפי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד.¹⁴⁹ פריט 9 עוסק בעילות תביעה של אנשים עם מוגבלויות. סעיף קטן (1) כולל את פרק ד לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, המגדיר את הזכות לשוויון תעסוקתי של אנשים עם מוגבלויות.¹⁵⁰

146 ראו דוח יאסינוב, לעיל ה"ש 130; "מאפייני ההעסקה של עובדי שמירה", לעיל ה"ש 130.
147 כך, למשל, לדעת יאסינוב, שם, בעמ' 30-31, יש להגדיר את תחום השמירה והאבטחה כמקצוע, על-מנת להבהיר את סמכויותיהם ולבצר את זכויותיהם; יש להטמיע בקרב העובדים את המודעות לזכויותיהם, על-ידי הטלת חובת פרסום המידע - בעברית ובשפות אחרות - בדבר החוקים בכלל ובדבר חוקי-המגן בפרט; יש להפוך את נטלי השכנוע בהליך המשפטי על-מנת להקל על התובע בהליך האזרחי, ולקבוע חוקות נגד המעביד בהליך הפלילי. בדוח "מאפייני ההעסקה של עובדי שמירה", שם, בעמ' 15-16, הומלץ לבחון מחדש את ההסכם הקיבוצי ואת צו ההרחבה מכוחו, ולהתאימם לבעיות הקיימות בענף כיום; לרכז את רישוי חברות השמירה בידי גוף אחד, שיוסמך לבדוק את הציות של מבקש הרישיון לחוקי העבודה ולאכוף אותם; לשפר מנגנונים קיימים וליצור אמצעים חדשים שיפעלו כגופי אכיפה; להפעיל מערך פרסום ממשלתי נרחב שבו יפורסמו שמותיהן של חברות שמירה אשר נמצאו מפרות זכויות של עובדים, ועוד.

148 מכיוון שהחברות הגדולות הן אלה שחברות בארגון המעסיקים, והן אשר מכתבות את תנאי העבודה בענף, רצוי יותר שתובענה ייצוגית תוגש דווקא נגד החברות הגדולות בענף.

149 חוק שכר שווה לעובדת ולעובד הוא אחד משני החוקים היחידים בתחום משפט העבודה שאפשרו באופן מפורש הגשת תובענה ייצוגית עוד בטרם נחקק חוק תובענות ייצוגיות. ראו ס' 11 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, לפני שבוטל.

150 הגדרת הזכות לשוויון של אנשים עם מוגבלויות רחבה יותר מהיקף הזכות לשוויון הכלולה

ביחס לתביעה מכוח חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, טרם המחוקק לציין כי מדובר בתביעות "בעילה של הפליה בעבודה", ולא הסתפק בהפניה כללית לעילות מכוח החוק, כשם שעשה ביחס לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד וביחס לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה מאפשר לכן הגשת תובענה ייצוגית רק באותן עילות תביעה שהתשתית שלהן היא יחס מפלה בעבודה. לנוכח פרשנות זו, תביעות מכוח סעיפים 6 ו-7 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה – האוסרים פגיעה בעובד עקב הגשת תלונה או תביעה בגין הפרת החוק, עקב סיוע לאחר בהגשת תלונה או תביעה כזו,¹⁵¹ או עקב הגשת תביעה בגין פגיעה על רקע הטרדה מינית בעבודה¹⁵² – אינן יכולות להיכלל במסגרת התביעות שניתן לבקש לאשרן כתובענות ייצוגיות. לדעתנו, אין הצדקה להבדל בין הניסוח של עילות התביעה הכלולות בחוקים השונים,¹⁵³ ומן הראוי ששר המשפטים יעשה שימוש בסמכות הנתונה לו לפי ס' 30(2) לחוק, ויתקן את הסעיף על-ידי השמטת הדרישה ל"עילה של הפליה בעבודה". יודגש, מכל מקום, כי אין לתנאי זה חשיבות אופרטיבית רבה, מכיוון שסעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, שהוא ההוראה המרכזית בחוק, בוודאי נופל לגדר ההגדרה של "עילה של הפליה בעבודה".

תביעות בגין מדיניות מפלה, הכלולות בפריטים 8 ו-9 לתוספת השנייה, אינן כפופות לסייג הקבוע בסעיף 10(3) לתוספת השנייה. על-כן אין מניעה, גם במסגרת הפרשנות הרחבה לסייג, להגיש תובענות ייצוגיות בגין הפרת הזכות לשוויון במקומות עבודה מאורגנים. אם מאמצים את הפרשנות הצרה לסייג, משמעות הפרדתן של עילות השוויון התעסוקתי מיתר עילות התביעה בין עובד למעביד, הקבועות בפריט 10(1) לתוספת, היא שכאשר עולה טענה של אפליה תעסוקתית, ניתן להגיש תובענה ייצוגית גם אם מקור האפליה הנטען הוא בהסכם

בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, שכן אפליה בהקשר זה מוגדרת גם כאי-ביצוע ההתאמות הנדרשות מחמת צרכיו המיוחדים של אדם עם מוגבלות, אשר יאפשרו את העסקתו, כל עוד עריכת ההתאמות אינה מהווה נטל כבד מדי על המעביד. ס' 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות מגדיר "התאמה" באופן הבא: "לרבות התאמת מקום העבודה, הציוד שבו, דרישות התפקיד, שעות העבודה, מבדקי קבלה לעבודה, הכשרה והדרכה, נוהלי עבודה, והכל מבלי שהדבר יטיל על המעביד נטל כבד מדי". "נטל כבד מדי" מוגדר בסעיף זה כ"נטל בלתי סביר בנסיבות הענין, בהתחשב, בין היתר, בעלות ההתאמה וטיבה, בגודל העסק ובמבנהו, בהיקף הפעילות, במספר העובדים, בהרכב כוח האדם, ובקיומם של מקורות מימון חיצוניים או ממלכתיים לביצוע ההתאמה". כמו-כן קיימת זכות לייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות – זכות אשר נעדרת מחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה לגבי הקבוצות המוגנות בו. ראו ס' 9 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, המטיל חובת ייצוג הולם על המעביד.

151 ס' 6(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

152 ס' 7(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

153 שני החוקים האחרים – חוק שכר שווה לעובדת ולעובד וחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות – כוללים גם הם עילות תביעה שאינן עוסקות ישירות בזכות לשוויון. כך, בס' 7 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד קיימת הזכות למידע מצד המעביד, וס' 10 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות עוסק בהגנה על מתלונן שהגיש תובענה נגד המעביד.

קיבוצי.¹⁵⁴ מכיוון שהתביעות הראשונות בגין אפליה תעסוקתית הוגשו במקומות עבודה מאורגנים, וטענת האפליה התמקדה בהסדרים מפלים בהסכם קיבוצי אשר ארגון העובדים היציג היה שותף לעיצוב תכנון,¹⁵⁵ בחר המחוקק לאפשר הגשת תובענה ייצוגית גם כאשר המקור הנטען לאפליה הוא הסכם קיבוצי. בהרחבה זו יש היגיון: בתביעות שמתמקדות בהסכם קיבוצי ואשר עילתן אינה אפליה, ארגון העובדים הוא האורגן המתאים לנהל את התביעה.¹⁵⁶ לעומת זאת, כאשר מדובר בטענת אפליה והסעד המבוקש הוא ביטולו של ההסדר המפלה הקבוע בהסכם הקיבוצי, ארגון העובדים הוא שנתן את הסכמתו לגיבוש ההסדר האמור, ועל-כן יש לאפשר לגורם חיצוני (העובדים הטוענים לאפליה) להגיש תובענה ייצוגית.

את תביעות האפליה התעסוקתית ניתן לחלק לשתי קבוצות. הקבוצה האחת כוללת את המקרים שבהם התובע טוען כי היה קורבן של יחס מפלה נקודתי, אשר אינו חלק ממדיניות או פרקטיקה כללית מפלות של המעסיק. כך היה בפסק-דין פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ (אפליה על בסיס מין)¹⁵⁷ ובפסק-דין ניקר – ארגון הקבלנים (אפליה בפיתורים מחמת

154 גישה זו מקובלת על בתי-הדין לעבודה. ראו פסק-הדין בעניין כץ, לעיל ה"ש 19, שם עילת התביעה הייתה הסכם קיבוצי שקבע זכויות פנסיוניות שונות לנשים לעומת גברים. אף שהבקשה להכיר בתביעה כתובענה ייצוגית נדחתה, לא מצאה השופטת וירט-ליבנה מכשול בעובדה שעילת התביעה מקורה בהסכם קיבוצי. ראו גם עב' (אזורי חי') 2542/06 דניאלי שי – מדינת ישראל-משרד החינוך, דינים אזורי מא 28 (2007), פס' 9-11 לפסק-דינו של השופט קציר, שם מובאת טענתו של משרד החינוך כי יש לדחות את בקשת האישור מכיוון שעילת התביעה (החלת התנאים המיטיבים של משרת "מורה אם" גם על גברים) מקורה בהסכם קיבוצי ועל-כן חל הסייג של ס' 10(3) לחוק. בית-הדין דחה את הטענה, תוך שהוא קובע כי כאשר הבקשה לאישור התובענה מקורה בס' 8 לתוספת, אין היא כפופה לסייג, וניתן לתקוף הסדר מפלה גם כאשר מקורו בהסכם קיבוצי.

155 ראו, לדוגמה, דב"ע (ארצי) לג/25-3 ועד אנשי צוות דיילי אויר – חזין, פד"ע ד 365 (1973) (לעיל ולהלן: עניין חזין), (הסכם קיבוצי שקבע מסלולי קידום נפרדים לגברים ולנשים אשר הפלו לרעה דיילות לעומת דיילים); בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749 (1990) (להלן: עניין נבו) (חוקת פנסיה לעובדי הסוכנות היהודית (חוקת פנסיה היא הסכם קיבוצי) אשר קבעה גיל פרישה נמוך יותר לנשים מאשר לגברים); בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994) (להלן: עניין דנילוביץ) (הסכם קיבוצי באל-על שלא אפשר לדיילים שיש להם בני-זוג מאותו מין ליהנות מן ההטבה של זכות לכרטיס-טיסה חינם או בהנחה); וכן דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000) (הסכם קיבוצי בחברת אל-על שקבע גיל פרישה נמוך יותר לדיילי צוות אוויר מאשר לאנשי צוות קרקע בחברה).

156 ראו דיון לעיל בתת-פרק 5 למאמר.

157 דב"ע (ארצי) נו/129-3 פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481 (1997). התובעת טענה כי התייחסותו של המעסיק כלפיה במהלך ריאיון הקבלה לעבודה, כמו-גם חוות-הדעת של הגרפולוג, היו סטריאוטיפיות. המעביד ניסה להיבנות מן הטענה שלעבודה התקבלה לבסוף אישה (לא התובעת).

גיל).¹⁵⁸ בתביעות אלה לא הלינה התובעת על כך שהמעביד אימץ מדיניות מפלה כללית, אלא טענה כי נפלה קורבן ליחס מפלה ספציפי שהופנה כלפיה.¹⁵⁹ אין שוני בין עילות תביעה אלה לבין עילות תביעה נזיקיות אחרות שבהן התובע טוען כי המעוול גרם לו נזק אישי – למשל, בתביעות בגין רשלנות רפואית. המהלך לבירור תביעות אפליה אישיות אלה זהה בעיקרו לבירור תביעות נזיקיות אחרות, שבהן על התובע להוכיח כי הנתבע עשה עוולה (הפלה), כי נגרם לו נזק (למשל, הוא לא התקבל לעבודה) וכי קיים קשר סיבתי בין המעשה העוולתי (האפליה) לבין הנזק (אי-קבלת התפקיד), כלומר, שאלמלא היחס המפלה הוא אכן היה מתקבל לעבודה.¹⁶⁰ תביעות אלה ראויות להידון כתביעות אישיות. לצד תביעות אישיות בגין יחס מפלה, קיימות תביעות שבהן התובעים מלינים על מדיניות, דפוס התנהגות או פרקטיקה כללית של המעביד אשר מפלים קבוצת עובדים מוגדרת. למעשה, רבות מן התביעות בדבר אפליה תעסוקתית שהוגשו עד כה בישראל נמנות עם קבוצה זו: עניין חזין (הסכם קיבוצי שקבע מסלולי קידום נפרדים לגברים ולנשים אשר הפלו לרעה דיילות לעומת דיילים),¹⁶¹ עניין נבו (הסכם קיבוצי שקבע גיל פרישה נמוך יותר לנשים לעומת גברים),¹⁶² עניין דנילוביץ (הסכם קיבוצי שהפלה לרעה בעלי נטייה מינית מסוימת בהטבות סוציאליות),¹⁶³ פסק-דין האגודה לזכויות האזרח נ' השר לבטחון פנים (קביעת חסם של גיל בקבלה לעבודה),¹⁶⁴ פסק-דין מדינת ישראל –

158 בש"א (אזורי ת"א) 200256/99 ניקר – ארגון הקבלנים, פד"ע לג 133 (1999). התובעת טענה כי המנכ"ל פיטר אותה כי לא היה לו נוח לעבוד במחיצת מזכירה שיכלה להיות אמו (מבחינת גילה).

159 מובן שבפועל ייתכן שהמעביד אימץ מדיניות מפלה כללית והונחה על-ידיה, אך שאלה זו לא הועמדה לדיון ולא נטענה על-ידי התובעות.

160 עם זאת, יש כמה הבדלים כאשר עסקינן בתביעת אפליה: האחד מתייחס להיפוך נטלי השכנוע בתביעות אפליה (ס' 9 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה), והאחר מתייחס לקשר הסיבתי בין האפליה לבין נזקו של התובע. בעניין פלוטקין, לעיל ה"ש 157, נקבע כי די בסיבתיות חלשה – קרי, בהוכחה של התובע כי השיקול המפלה היה אחד השיקולים שהנחו את המעביד בקבלת ההחלטה נגדו – להקים אחריות נזיקית מכוח החוק. עם זאת, רק הוכחת קשר סיבתי מסוג "סיבה בלעדית אין" תזכה את התובע במכלול הסעדים הקבועים בחוק, כגון פיצויים חיוביים או צו אכיפה, בעוד הוכחה שהשיקול המפלה רק הובא בחשבון, אך לא היה גורם מכריע בהחלטה, תזכה את התובע רק בפיצויים ללא הוכחת נזק (על עצם הפגיעה הנובעת מכך שהוא נחשף ליחס המפלה). על הקשר הסיבתי בין הפעולה המפלה לבין הנזק ראו שרון רבין-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה, כיצד מוכיחים את קיומה" הפרקליט מד 529, 543-549 (1999).

161 לעיל ה"ש 155.

162 שם.

163 שם.

164 בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לבטחון פנים, פ"ד נה(2) 358 (2004) (להלן: עניין השר לבטחון פנים).

חברת גסטטנר ישראל בע"מ (אי-קבלת נשים לעבודה בחברת מכונות צילום)¹⁶⁵ או פסק-דין מדינת ישראל-משרד העבודה והרווחה – תפקיד פלוס בע"מ (דרישת שירות צבאי כתנאי לתעסוקה – דרישה "ניטרלית" שמנעה מבני מיעוטים את האפשרות להתקבל לעבודות שפורסמו).¹⁶⁶ בכל התביעות הללו טען התובע כי ניוזק עקב מדיניות מפלה כוללת, ולא עקב יחס ספציפי שהתמקד בו אישית. דפוס ההתנהגות המפלה אינו חייב להתבטא במדיניות גלויה. ייתכן שהמדיניות הכללית מוסווית (כלומר, שהמעביד מצניע אותה) או שהמעביד אינו מודע כלל לכך שתהליך קבלת ההחלטות בארגון כולל מרכיבים המפלים את החברים בקבוצה המוגנת בקבלה לעבודה, בקידום, בתנאים או בשכר.

פרק זה מסביר את היתרונות הגלומים בניהול תביעות בגין אפליה תעסוקתית המשתייכות לקבוצה השנייה (מדיניות כללית מפלה) כתובענות ייצוגיות. טענתנו בפרק זה היא שהמאפיינים המיוחדים לתביעות אלה הופכים את התובענה הייצוגית לדרך העדיפה לנהל אותן. התובענה הייצוגית בתביעות אלה הינה יותר ממנגנון יעיל לריכוז תביעות. היא מאפשרת עילות, סעדים ודרכי הוכחה אשר לא היו אפשריים בתביעות אישיות.

סעיף 2 לפרק זה טוען שקביעת נזקיו של תובע יחיד בתביעות המתבססות על מדיניות מפלה של המעביד אינה אפשרית במנותק מנזקהם של יתר התובעים הפוטנציאליים. הנזק שנגרם על-ידי הנתבע עקב מדיניותו המפלה ניתן לכימות ולהערכה מדויקים רק כאשר הוא נמדד לגבי הקבוצה כולה. הנזק שנגרם לכל אחד מהחברים בקבוצה נגזר מהנזק שנגרם לקבוצה וממספר החברים בקבוצה. לפיכך קיימת תלות בין נזקו של כל תובע יחיד לבין נזקם של יתר החברים בקבוצה, באופן שאינו מאפשר את קביעת הנזק בתובענות אישיות נפרדות.

סעיף 3 לפרק מסביר שקיימים מקרים המחייבים דיון מאוחד בעניינם של כל חברי הקבוצה המופלית גם בשלב של הוכחת העילה (קיום האפליה). הוכחת מדיניות מפלה מחייבת לעיתים קרובות הסתמכות על ממצאים סטטיסטיים המעידים על אפליה בקבלה לעבודה, בקידום, בשכר ועוד. בעוד השימוש בממצאים אלה נכון ומדויק כאשר הוא מתייחס לקבוצה שלגביה נערך המבחן הסטטיסטי, אין הוא מדויק כאשר מתייחס לתובעים יחידים, על מאפייניהם המיוחדים. לפיכך השימוש בנתונים סטטיסטיים באופן זה לצורך הוכחת מדיניות מפלה אינו רק יעיל יותר בתובענה ייצוגית, כי אם גם מדויק יותר.

סעיף 4 מפרט כיצד בית-הדין צריך לבחון אם קיימות שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לקבוצה, ואם יש אפשרות סבירה ששאלות אלה יוכרעו לטובת הקבוצה בתביעות אפליה.

165 דב"ע (ארצי) נא/8-3 מדינת ישראל – חברת גסטטנר ישראל בע"מ, פד"ע כד(1) 65 (1992) (להלן: עניין גסטטנר).

166 ת"פ (אזורי ת"א) 1038/99 מדינת ישראל-משרד העבודה והרווחה – תפקיד פלוס בע"מ, תק-עב 2003(2) 691 (2003) (להלן: עניין תפקיד פלוס).

2. קביעת הנזק בתביעות בגין מדיניות מפלה

בית המשפט העליון האמריקאי קבע כי תביעות בגין מדיניות מפלה הן דוגמה מובהקת לתביעות שמתאים לנהלן כתביעות ייצוגיות.¹⁶⁷ עם זאת, בית המשפט לא העניק הסבר טוב לקביעה זו.¹⁶⁸ בסעיף זה אנו מציעים, לראשונה, הסבר שלפיו תביעות בגין אפליה קבוצתית המקיימות תנאי מרכזי של תלות בין תביעותיהם של חברי הקבוצה אינן רק יעילות יותר לניהול בדרך של תובענה ייצוגית, כי אם מחייבות ניהול בדרך זו.¹⁶⁹ חוקי איסור האפליה התעסוקתית מבוססים על מודל האפליה החוקתית.¹⁷⁰ לפי מודל זה, האיסור להפלות חל רק מקום שהמעביד מקבל החלטה תוך התבססות על העובדה שהעובד (או המועמד לעבודה) נמנה עם קבוצה מוגדרת ומוגנת, כגון נשים, בני מינוטים, מבוגרים או אנשים עם מוגבלות.¹⁷¹ כפי שנראה, ביסוסה של עילת אפליה תעסוקתית מחייב בחינה של היקף הנזק שנגרם לקבוצה במקרים שבהם נקט המעסיק מדיניות מפלה.

בתביעות "רגילות" לאכיפת זכויות-מגן, כגון שכר-מינימום או גמול שעות נוספות, חישוב הנזק שנגרם לקבוצת העובדים (אשר לא שולם להם שכר-מינימום או גמול שעות נוספות) מחייב חישוב של הנזק שנגרם לכל עובד בנפרד, ולאחר-מכן סכימתם של כל הנזקים. השלב הראשון הוא אם כן בדיקת נזקו של כל תובע, והשלב השני הוא חיבורם של

167 ראו: Amchem Prods., Inc. v. Windsor, 521 U.S. 591, 614 (1997); East Tex. Motor Freight Sys., Inc. v. Rodriguez, 431 U.S. 395, 405 (1977).

168 שם. בית המשפט העליון האמריקאי שם דגש בכך שהעוולה מכוונת לכלל הקבוצה, אך אין הוא מסביר מדוע מאפיין זה מחייב פנייה למנגנון התובענה הייצוגית.

169 יש להגיש כי הנימוק בעד תובענה ייצוגית המועלה בסעיף זה עומד במידה זהה גם בעד כל דרך אחרת לריכוזם של כל חברי הקבוצה בתביעה אחת. אולם כפי שמוסבר בתת-פרק 33 לעיל, ריכוז כזה הינו קשה עד בלתי-אפשרי ללא המנגנונים המיוחדים לתובענה הייצוגית.

170 זאת, להבדיל מאיסור האפליה המנהלית. בהקשר זה ראו יצחק זמיר ומשה סובל "שוויון בפני החוק" משפט וממשל ה-165, 186-195 (1999). הכותבים מבחינים בין טענות לאפליה המתבססות על השתייכותו של התובע לקבוצה דמוגרפית מוכרת, אשר ליחס השלילי כלפיה יש רקע היסטורי, לבין טענות לאפליה מנהלית המתבססות על מבחני שרירות, שלפיהם מקבל החלטה התבסס על שיקול לא-ענייני כלשהו. לטענתם, יש לייחד את המושג "שוויון" רק להבחנות שרירותיות על בסיס השתייכות לקבוצות אשר בפרספקטיבה היסטורית סבלו מיחס מפלה. לטענה דומה ראו גם: Mark Kelman, *Market Discrimination and Groups*, 53 STAN. L. REV. 833 (2001).

171 רשימת הקבוצות המוגנות מנויה בחוקי השוויון השונים. כך, חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה אוסר אפליה מחמת מין, נטייה מינית, מעמד אישי, היריון, הורות, גיל, גזע, דת, לאום, ארץ-מוצא, השקפה, מפלגה ושירות מילואים (ס' 2 לחוק); חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות אוסר אפליה מחמת מוגבלות (ס' 8 לחוק); וחוק שכר שווה לעובדת ולעובד אוסר אפליה בשכר מחמת מין (ס' 1 ו-2 לחוק).

נזקים אלה. הנוק לקבוצה שווה, לפיכך, לסכום הנוקים האישיים שהיו נקבעים בכל אחת מתביעותיהם האישיים של חברי הקבוצה.

בתביעות בגין מדיניות מפלה, לעומת זאת, הנוק הברור היחיד הוא הנוק לכלל חברי הקבוצה, ואילו הנוק שנגרם לכל אחד מהחברים בקבוצה נגזר מנוק כולל זה ומספר החברים בקבוצה.¹⁷² המהלך לקביעת הנוק הוא הפוך מזה הנוהג בתביעות רגילות. נזקו של כל פרט בקבוצה שווה לנזק הכולל לקבוצה כשהוא מחולק בין חבריה לפי אמות-המידה שייקבעו לחלוקה. נזקו של היחיד תלויים אם כן בהיקף הנוקים לקבוצה ובגודלה של הקבוצה. ככל שהיקף הנוק לקבוצה גדול יותר וככל שמספר חברי הקבוצה קטן יותר, כן היקף הנוק לכל אחד מחברי הקבוצה גדול יותר.

יקל להבין טענה זו באמצעות הדוגמה הבאה: נניח שמעביד מסוים מפרסם בעיתון מודעת "דרושים" המופנית לגברים בלבד,¹⁷³ שלפיה הוא מעוניין לגייס עשרה עובדים נוספים. פרסום המודעה, כמו הסירוב לשקול את מועמדותן של נשים באשר הן נשים, מהווים הפרה של חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה,¹⁷⁴ בהנחה שאין באופי התפקיד או במהותו כדי למנוע גיוסן של נשים.¹⁷⁵ כאשר אנחנו בוחנים את הנוק שנגרם לקבוצת הנשים, קל לנו למדוד ולכמת אותו. בהנחה שנשים מהוות 50% מכוח העבודה הרלוונטי, היקף הנוק לקבוצת הנשים הוא חמש המשרות אשר סביר להניח שנשים היו מאיישות אילו לא אימץ

172 הדיון במאמר מתמקד בנוק הישיר שנגרם עקב האפליה – פגיעה בסיכוי לזכות במשרה, בקידום, בהעלאה בשכר ועוד. אפליה גורמת כמובן גם נזקים עקיפים, הנובעים מהפגיעה בכבודו של כל אחד מהחברים בקבוצה המופלית (ראו לעניין זה עניין פלוטקין, לעיל ה"ש 157). לא כמו הנוקים הישירים, סכום הנוקים העקיפים עשוי להיות גדול יותר ככל שמספר חברי הקבוצה גדול יותר. ס' 20(ה) לחוק קובע ש"בית המשפט לא יפסוק בתובענה ייצוגית פיצויים בלא הוכחת נזק, למעט בתביעה כמפורט בפרט 9 בתוספת השניה, ואולם אין באמור כדי למנוע פסיקת פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון". כלומר, אין סעד של פיצויים עונשיים בתובענות ייצוגיות (למעט בתביעות על אפליה נגד אנשים עם מוגבלויות), אולם ניתן לפצות על נזק לא-ממוני, כפי שנעשה בעניין פלוטקין, שם.

173 בדומה לבסיס העובדתי בעניין גסטטנר, לעיל ה"ש 165 (שם פרסמה חברת מכונות הצילום גסטטנר מודעת דרושים בעיתון יומי בלשון זכר בלבד).

174 ראו ס' 8(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

175 קיים חריג צר בחוקי השוויון התעסוקתי, המאפשר למעסיק בנסיבות מסוימות לערוך הבחנות על בסיס השתייכות קבוצתית מבלי שההבחנה תיחשב אפליה. ראו, לדוגמה, ס' 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. אולם גבולותיו של סייג זה צומצמו מאוד בפסיקה הישראלית, כך שכיום מעסיק יכול להיבנות מטענת הגנה זו רק אם הוא מוכיח שאין מקרב חברי הקבוצה המוגנת מי שיכולים למלא את התפקיד, ואין די בהוכחה כי מבחינה סטטיסטית רוב הנמנים עם הקבוצה אינם יכולים למלא את התפקיד. ראו בעניין זה בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995); עניין רקנט, לעיל ה"ש 155; עניין השר לבטחון פנים, לעיל ה"ש 164. לדיון בגבולותיו הצרים מאוד של הסייג ראו גם רבין-מרגליות לעיל ה"ש 160, בעמ' 549-561.

המעביד מדיניות מפלה כלפיהן.¹⁷⁶ אילו נוהלה התביעה נגד המעביד כתובענה ייצוגית, היה בית-הדין לעבודה יכול לפעול על-פי סמכותו לפי סעיף 20(א)(3) לחוק, ולפסוק לקבוצה המיוצגת פיצוי השווה לערכן של חמש המשרות.

קביעת הנזק הכולל אינה מחייבת התייחסות לנזק שנגרם לכל אחת מהחברות בקבוצה המיוצגת. להפך, הנזק הכולל נדרש כדי לחשב את הפיצוי האישי. אילו נדרש בית-הדין לקבוע את הפיצוי המגיע לכל אחת מהחברות בקבוצה, בתביעה אישית, היה עליו לקבוע תחילה את הנזק הכולל לקבוצה, ורק לאחר-מכן לקבוע את היקף הנזק של התובעת הספציפית.

נניח שקבוצת התובעות שהתובענה הייצוגית מנוהלת בשמן מונה רק נשים שפנו בפועל כמועמדות ואשר יש להן הכישורים המתאימים לתפקיד¹⁷⁷ – קבוצה המונה 50 נשים. במקרה זה הנזק שנגרם לכל אחת מנשים אלה שווה לנזק הכולל מחולק ב-50. דהיינו, נזק זה עומד על 2% מסך הפיצוי הכולל שנפסק. לחלופין, היה אפשר להגדיר את הקבוצה התובעת באופן רחב יותר, ולכלול בתוכה, למשל, את כל המועמדות הרלוונטיות (בעלות הכישורים), כולל אלה שלא פנו (שכן נשים רבות לא פנו משום שלשון המודעה התייחסה לגברים בלבד). אם נניח שבמקרה זה הקבוצה המיוצגת כוללת 5,000 נשים, תזכה כל אישה בפיצוי העומד על 0.02% מהפיצוי הכולל (1/5,000). פיצויה של כל חברה בקבוצה משתנה אם כן כפונקציה של הרכב הקבוצה התובעת, אולם הנזק הכולל לקבוצה נותר קבוע.

המאפיין המבחין בין תביעות אפליה אלה לבין תביעות אחרות שבהן ניתן לחשב את הנזק לכל תובע באופן ישיר הוא התלות בין נזיקתן של התובעות השונות. המשאב שהן מתמודדות עליו – משרות אצל הנתבע – הינו משאב קבוע ומוגבל, וסיכוייה של כל תובעת לזכות בו תלויים במספר המתמודדים עליו. הנזק לכל תובעת שווה לשווי המשרה מוכפל בסיכוייה לזכות במשרה. מאחר שסיכויים אלה תלויים באוכלוסייה הכוללת שהייתה מתמודדת איתה על המשרה, אי-אפשר לקבוע נזק זה מבלי להגדיר מהי אוכלוסייה זו. בעוד נזק הנגרם בעילה רגילה (חוזית, נזיקית או בדיני עבודה) אינו תלוי בנזקים שנגרמו במקרים דומים, הנזק הנגרם לכל אחד מהחברים בקבוצה שהופלתה במסגרת מדיניות מפלה תלוי בקבוצת הניזוקים – בהיקפה ובהרכבה.

יש להדגיש שקביעת הנזק שנגרם למעשה לכל אחת מהחברות בקבוצה עשויה להיות מושפעת ממאפיינים, כישורים ומגבלות המיוחדים לה אשר משפיעים על סיכוייה לקבל את המשרה ביחס לסיכוייהן של חברות אחרות בקבוצה. סיכויים אלה עשויים להיות גבוהים או נמוכים יותר מן הממוצע המתקבל מחלוקת מספר המשרות במספר חברות הקבוצה.

176 לצורך הפשטות אנו מניחים שהקבוצה בעלת הכישורים המתאימים לתפקיד מורכבת מ-50 נשים ו-50 גברים, וכי בלא מדיניות מפלה היה לנשים ולגברים סיכוי שווה להתקבל לעבודה. מכאן שההסתברות היא שחמש נשים היו מתקבלות לעבודה, כמו גם חמישה גברים. מובן שכאשר מדובר במספר קטן של משרות, יש סיכוי גבוה שמספר הנשים שהיו מתקבלות לעבודה היה נמוך מ-5, אולם יש סיכוי זהה שמספרן היה עולה על 5. מכל מקום, התוחלת היא 5.

177 ניהול הגדרת הקבוצה קבוע בס' 10 לחוק.

אולם קיומם של מאפיינים אישיים אינו מנתק את התלות בין נזקיהן של התובעות השונות. השאלה אם כישוריה של תובעת מסוימת מגדילים או מקטינים את סיכוייה לקבל את המשרה תלויה בשאלה מהם כישוריהן של יתר החברות בקבוצה. דהיינו, אי־אפשר למדוד כישורים אלה באופן מוחלט, כי אם באופן יחסי בלבד. במקרים אלה יש לקבוע מפתח יחסי שלפיו ייקבע חלקה של כל תובעת, אשר ייגזר מסכום הפיצויים הכולל ומכישוריה של כל תובעת בהשוואה לכישוריהן של יתר התובעות בקבוצה.

למעשה, החוק אינו מחייב בירור נזקיה של כל חברה בקבוצה המיוצגת, והוא אף מאפשר לקבוע סעד אחר לטובת הקבוצה בכללותה כאשר פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות העניין.¹⁷⁸ ייתכן, למשל, שבית־הדין ישתכנע כי מדיניותו של המעסיק אכן הייתה מפלה, וכי אלמלא האפליה היו מתקבלות לעבודה חמש נשים. עם זאת, בעת מתן פסק־הדין, בית־הדין אינו יכול לדעת מי מבין הנשים אכן הייתה מתקבלת. כמו־כן, חלוקת הפיצוי, בשווי חמש משרות, אינה מעשית במועד פסק־הדין, שכן מספר המועמדות המתאימות שפנו או שהיו עשויות לפנות לקבלת המשרה אלמלא המודעה המפלה היה גבוה ביותר, ואי־אפשר לאתרן במועד מאוחר זה. בית־הדין יכול להעניק במקרה כזה סעד אכיפה המחייב את המעביד לפעול לגיוסן המידי של חמש נשים למשרות האמורות,¹⁷⁹ ואף לתת הוראות בדבר ביצוע פסק־הדין,¹⁸⁰ כגון מתן דיווח תקופתי על מצבן התעסוקתי של הנשים במקום העבודה. לחלופין, בית־הדין יכול להורות על מתן סעד אחר לטובת קבוצת הנשים הרלוונטית או חלקה, או לטובת הציבור.¹⁸¹

האפשרות להגיש תביעה אישית הנסמכת על מדיניות אפליה כללית מעוררת בעיות נוספות מלבד הקושי לקבוע את נזקו של התובע היחיד. תביעות אישיות עלולות להביא לידי כך שהנתבע יישא בפיצוי כולל נמוך מדי – או לחלופין גבוה מדי – ביחס להיקף הנזק שנגרם לקבוצה. שתי הבעיות, של פיצוי־חסר ופיצוי־יתר, מתעוררות כאשר בשלב קביעת האחריות בית־המשפט מתחשב בסיכויי ההצלחה של התובעת היחידה, התלויים במספר חברי הקבוצה המופלית, אולם מתעלם מסיכויים אלה בשלב קביעת הנזק. בית־המשפט, המפעיל כלל של "הכל או לא־כלום", עשוי לדחות את כל התביעות, ואז להביא לידי פיצוי־חסר, או לפסוק לטובת כל התובעים פיצוי מלא, ואז להביא לידי פיצוי־יתר.

פיצוי־חסר בתביעות אפליה הוא תולדה של שני גורמים: האחד עובדתי – המציאות הקיימת שבה מספר התובעים המגישים תביעות בגין אפליה תעסוקתית הוא נמוך ביותר עקב עלויותיהן הגבוהות של תביעות אלה; והאחר קשור לכללים המשפטיים בדבר הוכחת הקשר הסיבתי בין המדיניות המפלה לבין הנזק שנגרם לכל תובע. ככל שהתביעה האישית של התובעת מתמקדת בצו עשה (קבלתה לעבודה) או בפיצויים חיוביים (העמדתה במצב שבו הייתה אילו לא אימץ המעביד מדיניות מפלה), יקשה עליה להוכיח שדווקא היא הייתה

178 ראו סמכות בית־המשפט לקבוע פיצוי כולל לקבוצה בס' 20(ג) לחוק.

179 ראו ס' 10(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.

180 ראו ס' 20(ו) לחוק, הקובע: "בית המשפט רשאי לתת הוראות בדבר הפיקוח על ביצוע פסק דינו לפי סעיף זה."

181 גם סמכות זו קבועה בס' 20(ג) לחוק.

מתקבלת לעבודה.¹⁸² כזכור, בדוגמה שלנו היו 50 מועמדות שהתמודדו על 5 תקנים, ולכן לכל אחת מהן היה סיכוי של 10% בלבד להתקבל לעבודה.¹⁸³ על-מנת להרים את נטל השכנוע, על התובעת לשכנע את בית-הדין לעבודה, על-פי מאזן ההסתברויות (יותר מחמישים אחוזים), כי אלמלא המדיניות המפלה היא הייתה מתקבלת לעבודה. בנטל זה היא אינה יכולה לעמוד.¹⁸⁴ התוצאה היא שאף לא אחת מן התובעות הייתה זוכה בתביעתה, והפיצוי שבו היה המעביד נושא היה נמוך מן הנוק שגרם (במקרה זה הפיצוי שבו היה המעביד נושא שווה לאפס).

פיצוי-יתר ייגרם, למשל, אם מספר החברות בקבוצה היה 50 אולם מספר המשרות המוצעות היה 60, שאז מספר המשרות שהיו צריכות להינתן לנשים הוא 30. במקרה זה סיכוייה של כל אחת מהנשים לזכות באחת המשרות הם 60% (30 מתוך 50), ולכן כל אחת מהן עומדת בנטל של הוכחת התביעה. במצב זה, אם יפסוק בית-המשפט פיצוי בשווי משרה אחת לכל תובעת, ייאלץ הנתבע לשאת בפיצוי כולל השווה לחמישים משרות – גבוה בהרבה מהנוק שגרם למעשה.¹⁸⁵

פתרון אפשרי לבעיה של פיצוי-חסר ופיצוי-יתר בתביעות אפליה אישיות הוא לאמץ את העיקרון של אובדן סיכויים. פתרון זה אומץ לאחרונה בהקשר של תביעות בגין רשלנות

182 לנוכח בעייתיות זו אימץ בית-הדין לעבודה תפיסת סיבתיות מקילה ביחס לשאלה אם קמה אחריות למעביד אשר נקט מדיניות מפלה אולם הצליח להוכיח בדיעבד שהתובע לא היה מתקבל לעבודה עקב העדר כישורים מתאימים. בית-הדין דחה את הגישה שלפיה על התובע להוכיח סיבתיות מסוג "סיבה בלעדית אינן" לעניין קביעת האחריות, ואימץ את הגישה שלפיה די שהשיקול המפלה היה אחד השיקולים שהנחה את המעביד בהחלטתו. ראו עניין פלוטקין, לעיל ה"ש 157. ראו לעניין זה גם רבין-מרגליות, לעיל ה"ש 160, בעמ' 543-549.

183 נתייחס למקרה שבו התובעות הן רק הנשים שפנו ונדחו (50 המועמדות). מובן שהמסקנות תקפות ביתר שאת במקרים שבהם מספר חברות הקבוצה גבוה יותר – למשל, במקרה שבו התובעות כוללות גם נשים בעלות כישורים מתאימים שראו את המודעה אך נמנעו מלפנות למעסיק (בדוגמה שלנו – 5,000 נשים).

184 בהקשר של תביעות בגין אפליה תעסוקתית התובע נהנה מהסדר של היפוך נטלי השכנוע הקבוע בס' 9 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (הסדרים דומים מצויים בס' 13 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ובס' 6(ב) לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד). אולם מכיוון שהמעביד יוכל להציג את רשימת המועמדות הכשירות שפנו אליו ונדחו, הוא יוכל להוכיח הסתברותית כי לתובעת לא היה סיכוי גדול יותר מ-10% להתקבל לעבודה, ולכן דינה של התביעה לפיצויים חיוביים או לצו עשה להידחות.

185 יש שיראו בתוצאה זו יתרון של התביעות האישיות, מכיוון שהשתת פיצוי גבוה מקדמת הרתעה מפני אימוץ מדיניות מפלה. אולם התומכים צריכים לנמק מדוע הטלת פיצויים עונשיים במקרה זה מוצדקת אף שחוקי השוויון אינם מאפשרים זאת. חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה וחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות מתירים אומנם פסיקת פיצוי ללא הוכחת נזק, אך לא פיצוי עונשי (ראו ס' 10 ו-14 לחוקים אלה, בהתאמה).

רפואית.¹⁸⁶ על-פי עיקרון זה, ניתן לרכך במקרים מסוימים את הכלל הדורש הוכחת קשר סיבתי בין המעשה המעוול לבין הנזק הנטען על-פי מאזן ההסתברויות. במקרים המתאימים, כל שיידרש מן התובע הוא להוכיח את הקשר ההסתברותי בין המעשה המעוול לבין הנזק, אולם אז הוא יפוצה רק בגובה תוחלת הנזק (המתקבלת על-ידי הכפלת גובה הנזק בהסתברות שהנזק נגרם כתוצאה מן המעשה המעוול). הדיון בעיקרון של אובדן סיכויים חורג ממסגרת מאמר זה, אולם יש להדגיש שגם הכרה בעיקרון זה אינה פותרת את בעיית התלות בין הרכבה של הקבוצה המופלית לבין היקף הנזק לתובע היחיד, ואינה מבטלת את הצורך לקבוע תחילה את הנזק שנגרם לכלל הקבוצה (בעיה אשר אינה עולה בתביעות נזיקין רגילות).¹⁸⁷ אף אם ייעשה שימוש בעקרון הפגיעה בסיכוי בתביעות בגין אפליה, חישוב הפגיעה בסיכוייה של כל תובעת יחייב הגדרה וזיהוי של המועמדות המתאימות הנוספות,¹⁸⁸ והדבר יהפוך את ניהולה של כל תביעה כזו למסורבל, יקר, וזר למהותה כתביעה אישית.¹⁸⁹

186 ראו ע"א 7375/02 בית חולים כרמל-חיפה נ' מלול, דינים עליון עב 70 (2005) (להלן: עניין מלול), שבו ניתנה החלטה על קיום דיון נוסף (דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל חיפה נ' מלול, דינים עליון עה 331 (2005)); ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312 (1988). ראו גם אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג 605, 621-637 (2000).

187 עם זאת, ברור כי הצעתנו לפתור בעיה זו באמצעות התובענה הייצוגית משתלבת עם מגמת הפסיקה לעניין אובדן סיכוי. קביעת פיצוי כולל לקבוצה וחלוקתו בין חבריה פירושו למעשה פיצוי בגין אובדן סיכוי, שכן אף לא אחד מן התובעים זוכה בפיצוי בגין מלוא התועלת שהיה מפיק אילו נשכר לעבודה, אילו זכה בקידום וכולי. בדוגמה דלעיל, אם יש חמש משרות וחמישים מועמדות, הסיכוי של כל אחת מהן לזכות במשרה הוא 0.1. לפיכך פיצוי בגין חמש משרות המחולק בין חמישים התובעות וזה לפיצוי שבו היו זוכות אילו פוצו רק בגין אובדן הסיכוי לזכות במשרה.

188 בארצות-הברית יושמה הדוקטרינה של אובדן סיכוי במסגרת תביעות אישיות בגין אפליה תעסוקתית בפסיקת בית-המשפט הפדרלי של המחוז השביעי. ראו, לדוגמה: Doll v. Brown, 75 F.3d 1200, 1206 (7th Cir. 1996); Bishop v. Gainer, 272 F.3d 1009, 1015-1017 (7th Cir. 2004); Biondo v. City of Chicago, 382 F.3d 680, 688 (7th Cir. 2004). אולם בפסקי-דין אלה מספר העובדים הנוספים שהיו מועמדים היה זעום (פחות מעשרה), ולכן גם ההסתברות שהתובע היה זוכה במשרה (קידום) הייתה משמעותית. כמו-כן, בתביעת היחיד במקרים אלה היה פשוט יחסית לברר מיהם העובדים הנוספים שהתמודדו על הקידום. בירור היקף המועמדים בתביעות אישיות אינו מעשי כאשר מדובר במספרים גדולים. בעיה נוספת בהחלת עקרון הפגיעה בסיכוי בתביעות אישיות בתחום השוויון התעסוקתי הוא התנאי שהציב בית-המשפט העליון בעניין מלול, לעיל ה"ש 186, שלפיו על-מנת שהכלל יופעל, הפגיעה בסיכוי חייבת להיות משמעותית. למשל, אם מספר התובעות הפוטנציאליות הוא 5,000 (אלה שראו את המודעה ולא פנו), הסיכוי של כל אחת מהן עומד על 0.1% בלבד. זהו סיכוי זניח, ולכן לא יחילו את הכלל.

189 כי הוא יוצא ממסגרת תביעת היחיד, ובודק גם את כישוריהם של מועמדים נוספים – לעיתים רבים מאוד – שאינם צד להליך.

לסיכום, ניהול התביעה כתובענה ייצוגית מאפשר לאמוד את היקף הנזק הכולל לקבוצה המוגנת בצורה מדויקת (בדוגמה שלנו – לקבוצת הנשים), ובשלב השני לחלקו על-פי פרמטרים שונים בין מי שנמנים עם הקבוצה התובעת. מנגנון זה משמש כלי הרתעה יעיל מפני הפרת הזכות לשוויון תעסוקתי (שכן המעביד נושא בעלות כל הנזק שגרם לקבוצת הנשים), ומקדם את הדין המהותי בצורה הטובה ביותר. בכל המקרים שבהם קיימת תלות בין נזקיהן של התובעות השונות, חישוב הנזק לכל תובעת מחייב תחילה את מציאת הנזק הכולל לקבוצה כולה.¹⁹⁰ התובענה הייצוגית מעמידה את החישוב בסדר הנכון – תחילה חישוב הנזק הכולל, ורק לאחר-מכן (אם הדבר אפשרי) חלוקתו בין החברות בקבוצה.

3. הוכחת העילה בתביעות בגין מדיניות מפלה

בסעיף הקודם הסברנו שתובענה ייצוגית הינה הכלי הדינוני המתאים לבירור תביעות המוגשות בגין מדיניות מפלה, מכיוון שהיא מאפשרת לכמת את היקף הנזק שנגרם לקבוצה עקב המדיניות המפלה, ומכיוון שנוקיו האישיים של כל אחד מחברי הקבוצה תלויים בהכרעה בדבר אותו נזק כולל וכן בגודלה ובהרכבה של הקבוצה התובעת. דיוננו הניח שהמדיניות המפלה גלויה, דוגמת פרסום מודעת "דרושים" שבה המעביד מצהיר כי הוא מעוניין לקבל רק גברים לעבודה. אכן, חלק ניכר מתביעות האפליה התעסוקתית שהתבררו עד כה בבתי-הדין לעבודה עסקו במדיניות מפלה גלויה.¹⁹¹ אולם כיום מעסיקים נוטים להסוות את המדיניות המפלה, ובמקרים רבים אף אינם מודעים לכך שהתרבות הארגונית במקום העבודה יוצרת חסמים מובנים המונעים העסקה או קידום של בני קבוצות מוגנות באופן המנוגד לחוק.¹⁹² במקרים אלה התובעת ניצבת מול המכשול של הוכחת עילת התביעה – קרי, עצם קיומה של מדיניות מפלה – וזאת להבדיל מהוכחת הנזק שנגרם בגין אותה מדיניות מפלה. גם בהקשר זה יש יתרונות לשימוש בתובענה הייצוגית, שכן היא מאפשרת שימוש בראיות סטטיסטיות לצורך הוכחת העילה.

הדרך להתמודד עם העדרן של ראיות ישירות למדיניות מפלה היא באמצעות שימוש בראיות נסיבתיות בכלל ובראיות סטטיסטיות בפרט. במקום להצביע על מדיניות מפלה באופן ישיר, התובעת יכולה להציג נתונים סטטיסטיים שניתן ללמוד מהם כי המעביד נהג באופן מפלה. שימוש כזה בראיות סטטיסטיות אפשרי, לטענתנו, רק אם המסקנות

190 כאמור, יש גם תביעות אפליה שבהן אין תלות בין נזקיהם של התובעים. כך, למשל, במקרה שבו בני מיעוטים אינם זוכים בקידום אקדמי לדרגת פרופסור או בתביעות בגין פיטורי נשים בהיריון. במקרים אלה המשאב שחברי הקבוצה המופלית מתמודדים עליו אינו מוגבל, ולכן אין תלות בין נזקיהם. גם במקרים אלה ייתכן שהתובענה הייצוגית תהיה הדרך היעילה וההוגנת להכרה במחלוקת, בהתקיים כל התנאים לאישור התובענה כיייצוגית. ראו ס' 8 לחוק וכן את דיוננו בתת-פרק 4 להלן.

191 ראו פסקי-הדין המאזכרים לעיל בה"ש 155, 164-166.

192 ראו רבין-מרגליות, לעיל ה"ש 160, בעמ' 561-567.

המתגבשות מראיות אלה מוחלות על כלל הקבוצה שהראיות מתייחסות אליה, ולא על כל פרט ופרט בה. שימוש כזה ראוי לכן בתובענה הייצוגית, ולא בתובענות אישיות. נסביר באמצעות דוגמה: נניח שבבית-חולים מסוים שוכן הממוצע של רופאות בדרגה ובתפקיד מסוימים עומד על כ-90% משכרם של רופאים גברים בדרגה ובתפקיד מקבילים.¹⁹³ נתונים אלה עשויים להצביע על אפליה בשכר הרופאות בבית-החולים. אולם השימוש בראיה סטטיסטית זו מוגבל, על-פי מהותו, לתביעה המוגשת על-ידי קבוצה הכוללת את כלל הרופאות העובדות בבית-החולים הנתבע. מאחר שקיימת שונות בשכרן של הרופאות, כמו-גם בשכרם של הרופאים, אין עומדת למי מהן עילת תביעה, אף אם שכרה נמוך מן השכר הממוצע שהרופאים מקבלים, שהרי אף לא אחת מהן יכולה להצביע על כך ששכרה נפגע עקב אפליה, ולא בגין נתונים המיוחדים לה או בגלל מקריות גרידא. נניח, למשל, שבתפקיד ובדרגה הנידונים יש חמישה רופאים וחמש רופאות, ששכרם החודשי בש"ח נתון בטבלה הבאה:

שכר הרופאות (נשים)	שכר הרופאים (גברים)
10,000	12,000
11,000	13,000
12,500	13,500
12,500	14,000
14,500	14,500
<i>השכר הממוצע של חמש הרופאות</i>	<i>השכר הממוצע של חמשת הרופאים</i>
12,100	13,400

אף לא אחת מהרופאות יכולה להוכיח כי הופלתה בשכרה. ייתכן, למשל, ששתיים מן הרופאות (לאו דווקא אלה ששכרן הגבוה ביותר) זוכות בשכר הראוי להן, בעוד שלוש האחרות מופלות באופן משמעותי בשכרן. לעומת זאת, ייתכן שכל החמש מופלות בשכרן. על השאלה איזו מבין אפשרויות אלה, או מבין כל האפשרויות האחרות, היא הנכונה – אי-אפשר להשיב תשובה פשוטה. לעומת זאת, בהנחה שהקבוצה מהווה מדגם סטטיסטי ראוי, ושאכן יש שוויון מהותי בדרגה, בתפקיד ובניסיון של שתי קבוצות הרופאים, השכר הממוצע מצביע על אפליה בשכר הנשים כקבוצה. המעביד הנתבע יכול כמובן להוכיח שהנתונים אינם מוכיחים אפליה, אם משום מספרם הקטן של הרופאים בכל

¹⁹³ יש לשים לב לכך שבדוגמה זו אין תלות ברורה בין נזקיהן של כל אחת מן הרופאות, ולפיכך אין התובענה הייצוגית הכרחית לצורך קביעת נזקיהן, כאמור בסעיף הקודם. ההכרח בשימוש בתובענה הייצוגית נובע, כמוסבר בסעיף זה, מהצורך להוכיח את עילת התביעה, קרי, את היחס המפלה של המעביד.

קבוצה ואם משום שיש נתונים נוספים המסבירים את ההבדל בשכר הממוצע. אולם גם התייחסותו זו של המעביד תהיה לקבוצה הנבדקת, ולא לכל אחד מהפרטים בה בנפרד. בתי-הדין לעבודה בישראל טרם עשו שימוש בנתונים סטטיסטיים בתביעות בגין אפליה תעסוקתית. לעומתם, בתי-המשפט העליונים האמריקאיים אימצו דרך הוכחה זו למדיניות מפלה (pattern-and-practice) בפסקי-הדין Hazelwood ו-Teamsters,¹⁹⁴ אשר עסקו בתביעות אפליה שהתנהלו כתובענות ייצוגיות. השאלה אם ניתן להשתמש בנתונים סטטיסטיים לצורך הוכחת מדיניות מפלה בתביעות אישיות, בניגוד לתובענות ייצוגיות, נמצאת במחלוקת בין המחוזות השונים בארצות-הברית.¹⁹⁵ המתנגדים טוענים כי יש הבדל מהותי בין תביעה אישית לבין תובענה ייצוגית. בתביעה אישית הסוגיה המרכזית היא אם החלטה ספציפית הייתה נגועה בשיקול מפלה, ואילו בתביעה ייצוגית שלב גיבוש האחריות מתמקד לא בהחלטה הפרטנית, אלא במדיניות או בפרקטיקה הכללית המפלגות. ההתנהלות הכללית אינה רלוונטית לבירור המקרה היחיד.¹⁹⁶ המצדדים במתן אפשרות לתובע יחיד להשתמש בראיות סטטיסטיות לשם הוכחת מדיניות כללית מפלה טוענים כי אם התובע הרים את נטל השכנוע והוכיח מדיניות כזו, יש בכך כדי ליצור חזקה עובדתית שהתובע אכן נפגע אישית ממדיניות זו, וחזקה זו מעבירה למעביד את נטל ההוכחה כי התובע הספציפי לא נחשף או נפגע מהמדיניות האמורה.¹⁹⁷ יש לשים לב שגם גישה זו אינה מכשירה את השימוש בראיות הסטטיסטיות בתביעת היחיד, אלא רק מעבירה למעביד את הנטל להוכיח כי לא הפלה את העובד-התובע.

לגישתנו, אף אם בתי-הדין לעבודה יאפשרו לתובעים בתביעות אישיות להיבנות מראיות סטטיסטיות בדבר מדיניות כללית מפלה, בדרך-כלל לא יהיה מסולל זה מעשי. איסוף הראיות הסטטיסטיות ועיבודן הוא הליך מסובך ויקר המחייב מומחיות מיוחדת. בתביעת היחיד לא יהיה זה כלכלי להשקיע משאבים כה רבים. בתובענה הייצוגית, לעומת זאת, ישרתו עלויות אלה מספר רב של תובעים, אשר סכום תביעתם הכולל יצדיק את ההשקעה.¹⁹⁸

לסיכום חלק זה, כאשר המדיניות או הפרקטיקה הכללית המפלגות אינן גלויות, ועל התובע להוכיח את קיומן, שימוש בראיות סטטיסטיות הוא ערוץ הוכחה אפשרי. במסגרת הוכחה זו התובע טוען כי הפער בין ההרכב הדמוגרפי של העובדים, שכרם או קידומם לבין

Hazelwood School Dist. v. United States, 433 U.S. 299 (1977); Int'l Bhd. of Teamsters v. United States, 431 U.S. 324, 336 (1977) 194

David J. Bross, Note, *The Use of Pattern-and-Practice by Individuals in Non-Class Claims*, 28 NOVA L. REV. 795 (2004), available at www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/novalr28&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/novalr 195

Lowery v. Circuit City Stores, Inc., 158 F.3d 742, 761 (4th Cir. 1998) 196

Davis v. Califano, 603 F.2d 957, 963 (D.C. Cir. 1979) 197

על חוסר האיזון בין כוחו של היחיד-התובע לבין כוחו של הנתבע הניצב מול תביעות רבות ראו קלמנט, לעיל ה"ש 20. 198

ההרכב הדמוגרפי, השכר או הקידום שהיינו מצפים למצוא בקבוצת העובדים הרלוונטית אינו יכול להיות מוסבר כתוצאה של יד המקרה. למעביד קמה הזכות לשכנע את בית-הדין לעבודה מדוע פער זה הוא תולדה של משתנה אחר, ואינו נובע מאפליה קבוצתית. קביעת אחריות במסלול הוכחה זה מתאימה יותר למסגרת של תובענה ייצוגית, מכיוון שהראיות הנסיבתיות (הסטטיסטיות) מתמקדות בקבוצה כולה, ולא בתובע ספציפי.¹⁹⁹

4. אפשרות סבירה ששאלות משותפות של עובדה או משפט יוכרעו לטובת הקבוצה

סעיף 8(א)(1) לחוק מציב שתי דרישות לאישורה של התובענה כייצוגית – קיומן של שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ואפשרות סבירה ששאלות אלה יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה.

בעוד התנאי הראשון – קיומן של שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה – משמש תנאי בסיסי לכך שהתובענה הייצוגית אכן תהיה דרך יעילה לפתרון המחלוקת, מטרתו של התנאי השני שונה בתכלית. הדרישה כי תוכח אפשרות סבירה להכרעה בשאלות המשותפות לטובת הקבוצה נועדה לסנן תביעות שסיכוייהן להצליח מועטים, ולצמצם את תופעת התובענות הייצוגיות המוגשות לשם סחטנות. בכך תנאי זה מגן הן על המערכת המשפטית והן על הנתבעים הפוטנציאליים מפני תביעות חסרות-שחר. אולם הדרישה להוכחת סיכויי הצלחה בתביעה עלולה לסנן גם תביעות שסיכוייהן גבוהים. כאשר התובעים אינם יכולים לשכנע את בית-המשפט בסיכוייהם להצליח בשלב המקדמי של אישור התובענה כייצוגית, מאחר שאין בידם ראיות לבסס סיכויים אלה, ייתכן שתביעתם לא תאושר כייצוגית, אפילו במקרים שבהם לאחר החלפת השאלונים, גילוי המסמכים, עדויות המומחים וחקירת העדים האחרים היו סיכויי התביעה מתבררים כגבוהים.

בעיית סינון-היתר תהיה משמעותית בתביעות שבהן המעביד מחזיק במידע פרטי שהעובדים אינם יכולים להשיגו בנקל. תביעות האפליה הן דוגמה מובהקת לתביעות מסוג

199 כידוע, קיים מנגנון מקביל של קבלת ראיות נסיבתיות בתביעת אפליה אישית. הכוונה היא למנגנון של היפוך גטל השכנוע הקבוע בס' 9 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (הסדרים דומים מצויים בס' 13 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ובס' 6(ב) לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד). מטרתו של ס' 9 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה היא לפתור, לפחות חלקית, את הבעיות שבהן נתקלים תובעים יחידים שאין להם ראיות ישירות לגבי היחס המפלה כלפיהם. זוהי חזקה משפטית שמשמעותה הטלת אחריות ללא ראיות ישירות. החוק מאפשר קבלתן של ראיות נסיבתיות, במובן זה שאנו אומרים כי אם התובע הוכיח שהוא עומד בדרישות המשרה, והמעסיק לא הציג נימוק משכנע מדוע התובע לא התקבל לעבודה, אזי אנחנו מקבלים את גרסת התובע שהוא נחשף ליחס מפלה מצד המעביד, וזאת מבלי שהתובע הציג ראיה ישירה ליחס האמור. ליישום מנגנון זה בהקשר התעסוקתי ראו רבין-מרגליות, לעיל ה"ש 160, בעמ' 537-543.

זה, שכן המעביד יודע אם התנהגותו הייתה מפלה ויושמה כלפי מספר רב של עובדים, בעוד כל אחד מהעובדים יודע לכל-היותר אם ההתנהגות כלפיו חשודה באפליה, אולם אינו יודע כיצד התנהגו כלפי אחרים. למעשה, תביעות האפליה עלולות להציב את התובע המייצג בפני בעיה אף במילוי של התנאי הראשון – קיומן של שאלות מהותיות משותפות. התנהגות מפלה עשויה לבוא לידי ביטוי בשני אופנים. האופן האחד הוא פעולה אחת או מדיניות מפלה גלויה הפועלת בו-זמנית נגד מספר רב של תובעים פוטנציאליים. פרסום מודעת דרושים הנוקטת לשון מפלה (פנייה רק למועמדים גברים או למי ששירת בצה"ל)²⁰⁰ הוא דוגמה אחת, ומדיניות פומבית של המשטרה לא לגייס אנשים מעל גיל 35 היא דוגמה נוספת.²⁰¹ האופן האחר שבו אפליה על בסיס השתייכות קבוצתית באה לידי ביטוי הוא סדרה של פעולות אשר אי-אפשר – לפחות בשלב הדין בבקשה לאישור התובענה כייצוגית – להצביע על החלטה אחת הקושרת ביניהן, אולם תוצאתן המצטברת של פעולות אלה היא מדיניות מפלה. דוגמה לכך היא סדרת החלטות פרטניות לא לקבל אנשים עם מוגבלות לעבודה. תובע המעוניין להגיש תובענה ייצוגית בסוג המקרים השני יתקשה להביא לפני בית-הדין ראיות המצביעות על היקפה המלא של המדיניות המפלה. לשם כך יצטרך התובע לאתר את כל התובעים שנפגעו מההתנהגות המפלה. במקרה הרגיל יהיו בידי התובע ראיות ישירות רק לגבי מספר מצומצם של תובעים. בית-הדין עלול במקרים מסוג זה להימנע מלאשר את התובענה כייצוגית, מחשש שההתנהגות המפלה הייתה נקודתית בלבד, ולא שיקפה מדיניות כוללת שפגעה בתובעים רבים.²⁰² אי-לכך יסרב בית-הדין לאשר את התובענה הייצוגית, מתוך הנחה שסיכויי של התובע להוכיח מדיניות כוללת של אפליה קלושים, ושאי-תורם של התובעים שנפגעו – גם אם התקיימה אפליה כזו – יהיה בלתי-אפשרי גם בסיומה של התביעה.

קיימים שני פתרונות אפשריים לבעיה האמורה.²⁰³ הפתרון האחד הוא לתת לתובע, עוד לפני הדין בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, אפשרות לגילוי ועיון במסמכי הנתבע ולהצגת שאלונים. אפשרות זו קיימת בסעיף 7 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, המקנה לעובד זכות לדרוש מידע מן המעביד בדבר רמות שכר של עובדים המועסקים אצלו.²⁰⁴

200 עניין גסטטנר, לעיל ה"ש 165; עניין תפקיד פלוס, לעיל ה"ש 166.

201 עניין השר לבטחון פנים, לעיל ה"ש 164.

202 מכאן חשיבותן של הראיות הסטטיסטיות כבר בשלב אישור התביעה כייצוגית.

203 לדיון מקיף בפתרונות אלה ראו קלמנט, לעיל ה"ש 7.

204 ס' 7 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד קובע כדלקמן: "מעביד ימסור לעובדו, לפי דרישת העובד, מידע לענין חוק זה בדבר רמות שכר של עובדים המועסקים אצלו, לפי סוגי עובדים, סוגי משרות או סוגי דירוגים, ובלבד שהמעביד אינו חייב למסור מידע אלא במידה הדרושה לפי הענין, שיימנע מגילוי פרטים מזהים של עובדים, ושאינן במסירת המידע הפרה של כל דין אחר." לגבי משמעותו של סעיף זה נקבע כי החובה להעביר מידע לעובדת חלה עוד בטרם נפתחו הליכים משפטיים, אם העובדת מבקשת מידע על-מנת לבדוק חשד שהיא מופלית לרעה בשכרה. ראו עב' (אזורי י"ם) 1551/00 אלוני – אורט מכללות ובתי ספר למדעים וטכנולוגיה מתקדמת, דינים אזורי יב 13 (2001), וכן שרון רבין-מרגליות "רגולציה של שיחות בין עובדים על שכרם" עיוני משפט ל 189 (2006).

מחוז לתחום משפט העבודה הוכרה אפשרות זו בעניין יפעת נ' דלק מוטורס,²⁰⁵ אולם הוגבלה בתנאי שבית-המשפט יוודא, עובר למתן צו הגילוי, כי המבקש העמיד תשתית ראייתית ראשונית להתקיימותם של תנאי-הסף לאישורה של התובענה כייצוגית.²⁰⁶ תנאי זה הופך את השימוש בגילוי מוקדם לבלתי-אפשרי, שהרי כיצד יצליח העובד להקים תשתית ראייתית ראשונית לסיכויי הצלחתו אם כל מטרתו בגילוי המוקדם היא לאתר ראיות שיקימו תשתית כזו? התנאי שומט למעשה את הקרקע מתחת לרגלי התובע המבקש ראיות לצורך ניהול הבקשה לאישור התובענה כייצוגית.

פתרון אחר הוא העברת נטל הראייה לעניין סיכויי הצלחת התובענה אל כתפי המעביד במקרים מן הסוג השני, שבהם המידע והראיות מצויים בידי, בהיקש מההסדר הקבוע בסעיף 9 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (העברת הנטל אל כתפי המעביד להוכיח כי לא הייתה בהתנהלותו ובמעשיו משום אפליה אסורה).²⁰⁷ אפשרות זו הוכרה בתובענות ייצוגיות, לפני קבלת החוק החדש, בעניין טצת – זילברשיץ.²⁰⁸

העברת הנטל המוצעת כאן היא רק העברת נטל ראשונית ומותנית, בשלב מקדמי שאינו התביעה עצמה. כתנאי מקדמי להעברת נטל הראייה יש לדרוש שהתובע יביא ראיות למקרים אחדים שבהם התקיימה עילת האפליה (למשל, פונים שנדרחו מטעמים מפלים) או יצביע על נתונים סטטיסטיים המצביעים על התפלגות לא-שוויונית ומקימים ראייה לכאורה לאפליה הנטענת. לאחר שיעמוד התובע בתנאים אלה, יעבור הנטל לנתבע-המעביד להראות כי סיכויי התובענה להצלחה נמוכים במידה המצדיקה את דחיית הבקשה לאישורה של התובענה כייצוגית. הטלת הנטל הראשוני על התובע תקטין את החשש לשימוש לא-ראוי בהגשת תובענות ייצוגיות למטרת סחטנות, בעיקר במקרים שבהם ברור על-פי העובדות והמצב המשפטי כי סיכויי הצלחה של התובענה קלושים. לעומת זאת, העברת נטל הראייה לנתבע (המעביד) כאשר המידע והראיות מצויים בידי תשרת את מטרות התובענה הייצוגית, ותביא לידי הרתעה ראויה וממוקדת.

ה. סיכום

מספר התובענות הייצוגיות שהוגשו בתחום העבודה לפני קבלת חוק תובענות ייצוגיות הוא קטן מאוד, ואת התביעות שאושרו כייצוגיות ניתן למנות על אצבעות כף-יד אחת. יתר על כן, התביעות שאושרו עסקו בבקשות לסעדים הצהרתיים, ולא לפיצוי כספי. בה-בעת מעבידים רבים הפרו באופן שיטתי – וממשיכים עדיין להפר – את זכויות העובדים המועסקים אצלם. מציאות זו מלמדת שהשימוש במנגנון התובענה הייצוגית נכשל עד כה בתחום משפט העבודה. מטרתו של מאמר זה הייתה לפרש ולהסביר כיצד החוק החדש יכול

205 רע"א 10052/02 יפעת נ' דלק מוטורס, פ"ד נז(4) 513 (2003).

206 שם, בעמ' 519.

207 ראו דיון בס' 9 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה לעיל בתת-פרק ד1 למאמר.

208 רע"א 4474/97 טצת – זילברשיץ, פ"ד נד(2) 577, 591 (2000).

להוביל למפנה, ולהפוך את התובענה הייצוגית למכשיר שיאפשר אכיפה יעילה והגנת יותר של זכויות-המגן של העובדים בישראל.

יש להשתחרר מהגישה שרווחה עד כה שלפיה במקומות עבודה מאורגנים אין צורך במנגנון התובענה הייצוגית. מבחן התוצאה מלמד שגם במקומות עבודה מאורגנים זכויות העובדים המעוגנות בחוקי-המגן אינן נאכפות בצורה משביעת-רצון. נוסף על כך, יש להפנים את ההבדלים בין כלים דיוניים כגון צירוף תובעים, שימוש בהשתק פלוגתא לא-הדדי ומקרה-מבחן לבין התובענה הייצוגית. כלים אלה אינם תחליף לתובענה ייצוגית. לתובענה ייצוגית יש יתרונות בולטים מקום שמעוניינים באכיפתו המלאה של דין מסוים. אם תקבל הפרשנות המוצעת על-ידינו, יורחבו אפשרויות השימוש בתובענות ייצוגיות בתחום דיני העבודה. אולם הרחבה זו לא תועיל במאום אם התמריצים להגשתן ולניהולן של תובענות ייצוגיות לא יהיו מספיקים. אם שכר-הטרחה שייפסק לעורכי-הדין יהיה נמוך מדי, לא יהיה כדאי להם ליטול את הסיכון הרב הכרוך בהגשת תובענה ייצוגית ולשאת בעלויותיה הרבות. בכך יהיה כדי לחסל, באופן מעשי, את מוסד התובענה הייצוגית.²⁰⁹

אף שעמדנו במאמר על חשיבות בחירתו של התובע הראשון בזמן כדי לעודד הגשתן של תובענות ייצוגיות,²¹⁰ לא נדרשנו לשאלות רבות וחשובות הנוגעות באופן שבו יש לקבוע את התגמול לתובע המייצג ואת שכר-הטרחה לעורכת-הדין כך שיעודדו הגשתן של תובענות ראויות וימנעו הגשתן של תביעות-סרק. בשאלות אלה, אשר אינן מיוחדות לדיני עבודה, עסקנו במקום אחר.²¹¹ אנו תקווה שבת-הדין לעבודה ישכילו להתוות מבנה תמריצים ראוי אשר ייתן הודמנות לביסוסו של מנגנון התובענה הייצוגית כמנגנון של הרתעה, אכיפה ופיצוי בתחום דיני העבודה.

209 בעב"ל (ארצי) 204/97 אבירם נ' ביטוח לאומי, דינים ארצי לג' (49) 82 (2006), התלבט בית-הדין הארצי בשאלה מהו שכר-הטרחה שיש לפסוק לתובע המייצג ולעורכי-הדין בתובענה אשר לא אושרה כייצוגית אך התקבלה על-ידי הנתבע (המוסד לביטוח לאומי) במסגרת הסדר פשרה, שכן היה מקובל עליו שחלה טעות בגביית דמי הביטוח. סכום שכר-הטרחה שנפסק – 3,000 ש"ח – נמוך באופן קיצוני. גם שכר-הטרחה הגבוה יותר בסך 30,000 ש"ח, אשר היה צריך לפסוק לגישת המיעוט בפסק-הדין, הוא נמוך. העובדה שהגשת התובענה הייצוגית הניעה את המוסד לביטוח לאומי להסכים להשיב סכומים שגבה ביתר מלמדת על השגת מטרתיה. שיעור המימוש הנמוך של זכות ההשבה (על-ידי 64 זכאים בלבד) נבע מהעדר תמריצים למוסד לביטוח לאומי ולעורכי-הדין לאתר את הזכאים ולהשיב להם את כספם. בית-הדין הארצי היה עושה טוב יותר אילו קבע את שכר-הטרחה כאחוזים מתוך הסכומים שיושבו בפועל. קביעה כזו הייתה מקנה לעורכי-הדין שייצגו את התובעים תמריץ מספיק לאתר את הזכאים, ומטרתיה של התובענה הייצוגית – הרתעה ופיצוי – היו מושגות באופן מלא יותר.

210 ראו תת-פרק 5 לעיל.

211 ראו קלמנט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 157 – 178.

