



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1893/11

בג"ץ 1965/11

בג"ץ 9325/12

בג"ץ 7644/13

לפני:

כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט צ' זילברטל
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה
בישראל

העותר בבג"ץ 1893/11
המשיב 3 בבג"ץ 1965/11
המשיב 9 בבג"ץ 9325/12
המשיב 5 בבג"ץ 7644/13 :

תבל אבטחה ניקיון ושירותים בע"מ

העותרת בבג"ץ 1965/11
והמשיבה 3 בבג"ץ 1893/11 :

עמישב שירותים בע"מ

העותרת בבג"ץ 9325/12 :

ישיב גרמן

העותר בבג"ץ 7644/13 :

נ ג ד

בית הדין הארצי לעבודה

המשיב 1 בבג"ץ 1893/11
המשיב 2 בבג"ץ 1965/11
המשיב 1 בבג"ץ 9325/12
המשיב 3 בבג"ץ 7644/13 :

יגאל וירון

המשיב 2 בבג"ץ 1893/11
והמשיב 1 בבג"ץ 1965/11 :

הסתדרות העובדים הכללית החדשה

המשיבה 4 בבג"ץ 1893/11
ובבג"ץ 1965/11 המשיבה 5
בבג"ץ 9325/12 והמשיבה 2
בבג"ץ 7644/13 :

עמותת קו לעובד

המשיבה 5 בבג"ץ 1893/11
ובבג"ץ 1965/11 והמשיבה 4
בבג"ץ 7644/13 :

עובדי חברת תבל אבטחה ניקיון ושירותים בע"מ

המשיב 6 בבג"ץ 1965/11 :

סרגיי זנדל	המשיב 3 בבג"ץ 9325/12 :
ולד קונסטנטינובסקי	המשיב 4 בבג"ץ 9325/12 :
סער בטחון	המשיבה 6 בבג"ץ 9325/12 :
גשש בע"מ	המשיבה 7 בבג"ץ 9325/12 :
ח.א.ש. מערכות ושירותים בע"מ	המשיבה 1 בבג"ץ 7644/13 :
עתירות למתן צו על-תנאי	
ז' בתמוז התשע"ב (27.6.2012)	תאריכי הישיבות :
ב' בניסן התשע"ד (2.4.2014)	
ו' באדר התשע"ה (25.2.2015)	
בשם העותר בבג"ץ 1893/11	
המשיב 3 בבג"ץ 1965/11	
המשיב 8 בבג"ץ 9325/12	
והמשיב 5 בבג"ץ 7644/13 :	
עו"ד שושנה גביש, עו"ד אודליה דנוך-שלום	
בשם העותרת בבג"ץ 1965/11	
והמשיבה 3 בבג"ץ 1893/11 :	
עו"ד שלמה בכור	
בשם העותרת בבג"ץ 9325/12 :	
עו"ד עודד גיל, עו"ד עדי מנחם	
בשם העותר בבג"ץ 7644/13 :	
עו"ד גיא אבני	
בשם המשיב 2 בבג"ץ 1893/11	
המשיבים 6,1 בבג"ץ 1965/11	
המשיבים 4-2 בבג"ץ 9325/12 :	
עו"ד גל גורודיסקי, עו"ד אבי מור יוסף, עו"ד איגור גלידר, עו"ד אורטל דאי, עו"ד נעמה ונונו	
בשם המשיבה 7 בבג"ץ	
עו"ד דלית כסלו-ספקטור, עו"ד שרונה מרגי	9325/12 :
בשם המשיבה 5 בבג"ץ	
1893/11 ובבג"ץ 1965/11	
המשיבה 4 בבג"ץ 7644/13	
והמשיבה 7 בבג"ץ 9325/12 :	
עו"ד ערן גולן, עו"ד הגר זוסמן	
בשם המשיבה 4 בבג"ץ	
1893/11, 1695/11 והמשיבה 2	
בבג"ץ 7644/13 והמשיבה 5	
בבג"ץ 9325/12 :	
עו"ד בעז בן צור, עו"ד אלעד פלד, עו"ד אורן שרם	

בשם המשיבה 6 בבג"ץ
: 9325/12

עו"ד עובדיה כהן

בשם המשיבה 1 בבג"ץ
: 7644/13

עו"ד סער רשף, עו"ד דוד נפתולייב

בשם הסתדרות העובדים
הלאומית:
עו"ד בטי מצר לוי, עו"ד רן קונפינו,
עו"ד מאיה רטיג-סבה

בשם היועץ המשפטי לממשלה
בבג"ץ : 9325/12

עו"ד מיכל לייסר

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות או החוק) מגביל את האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות במקרה של "תביעה של עובד שחל עליו הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי עבודתו, והמעסיק של אותו עובד או ארגון מעבידים שהוא חבר בו, צד להסכם הקיבוצי" (כפי שמורה סעיף 10(3) לתוספת השנייה לחוק, המכונה להלן: סעיף 10(3) או סעיף 10(3) לתוספת השנייה). פרשנותו של חריג זה לתחולתו של החוק הונחה לפתחנו. באופן ספציפי יותר, השאלה שהתעוררה בפנינו היא האם חריג זה חל בכל מקרה שבו חל על עובד הסכם קיבוצי והמעסיק או ארגון המעסיקים הוא צד לו, או שמא יש לפרשו כך שאינו חל במצבים כאלה, אם לא ננקטים צעדים ארגוניים או משפטיים לאכיפת זכויות העובדים שהתובענה הייצוגית מתייחסת להפרתן.

השאלה המשפטית

2. סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות מגדיר את המקרים שבהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית, ומגביל את הזכות לעשות כן רק ל"תביעה כמפורט בתוספת השנייה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית" (סעיף 3(א) לחוק). עיון בתוספת השנייה לחוק מלמד כי היא מכירה במקרים רבים שבהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית בגין פגיעה בזכויות עובדים. סעיף 8 לתוספת השנייה קובע כי ניתן להגיש תובענה ייצוגית בעילה של הפליה בעבודה לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 ובעילה לפי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996. סעיף

10(1) לתוספת השנייה קובע כי ניתן להגיש תובענה ייצוגית גם בשלל עילות נוספות שמקורן במשפט העבודה.

3. הוראות רחבות אלה סויגו בסעיף 10(3) לתוספת השנייה כדלקמן:

”כפרט זה –

‘תביעה’ – למעט תביעה של עובד שחל עליו הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי עבודתו, והמעסיק 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”

משמע: עובד אינו יכול להגיש תובענה ייצוגית אם חל עליו הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי עבודתו ומעסיקו או ארגון המעסיקים שבו מעסיקו חבר הינו צד להסכם הקיבוצי. השאלה שעולה בעתירות שבפנינו נסבה על פרשנותו של תנאי זה. במילים אחרות, השאלה שעולה בערעור שבפנינו היא מהי תחולתו של הסייג הקבוע בסעיף 10(3) לתוספת השנייה במקרה שבו חל הסכם קיבוצי.

עיקרי התשתית העובדתית וההליכים המשפטיים עד כה

4. חרף האמור בסעיף 10(3) לתוספת השנייה הוגשו במהלך השנים בקשות לאישורן של תובענות ייצוגיות גם במקומות עבודה שבהם חלים הסכמים קיבוציים. העתירות שהגיעו לפתחנו נסבו על כמה הליכים שבהם הוגשו תובענות ייצוגיות מסוג זה. בעיקרו של דבר, בית הדין הארצי לעבודה קיבל בפסיקתו את העיקרון כי סעיף 10(3) לתוספת השנייה אינו מהווה מחסום בלתי-חדיר להגשתן של תובענות ייצוגיות אף במקום עבודה שבו חל הסכם קיבוצי, אך הוסיף והבהיר כי במקרה שבו תוגש תובענה ייצוגית שומה יהיה לבחון האם אכן הופקרו זכויות העובדים גם על-ידי ארגון העובדים המייצג אותם אם לאו, ורק אם אלה הם פני הדברים ניתן יהיה לאשר את התובענה הייצוגית. הדיון שבפנינו התקיים בשלוש עתירות שנסבו על פסקי דינו של בית הדין הארצי לעבודה בבקשות לאישור תובענה ייצוגית הנוגעות לזכויותיהם של עובדים בענף השמירה. כפי שיובהר בהמשך, העתירות שבפנינו מייצגות שלושה “דורות” בפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה ביחס לתובענות הייצוגיות בדיני העבודה בכלל, ולכאלה שנסבות על הפרות של זכויות עובדים בענף השמירה בפרט. “דורות” אלה מייצגים את התקופה שבה הוגשו הבקשות לאישורן של התובענות הייצוגיות מבחינת היחס שבין מועד הגשתן של הבקשות לבין התפתחויות שחלו בפעילותם של ארגוני העובדים בכל הנוגע להגנה על זכויות העובדים בענף השמירה.

"הדור הראשון" מייצג את התקופה שבה הגשת התובענות הייצוגיות קדמה לפעילותם של ארגוני עובדים לאכיפת זכויות העובדים בענף השמירה. "הדור השני" מייצג את התקופה שבה כבר החלה פעילות של ארגוני עובדים לאכיפת זכויות העובדים. פעילות זו התבטאה בחתימתו של הסכם קיבוצי כללי שנועד לאכוף את זכויותיהם של העובדים בענף השמירה מכוח דיני העבודה, צווי הרחבה והסכמים קיבוציים שונים (להלן: הסכם האכיפה הכללי). הסכם האכיפה הכללי חל על כל המעסיקים החברים בארגון המעסיקים בענף השמירה ועל כל מעסיק שיצטרף אליו לאחר חתימת הסכם, בכל הנוגע לעובדים בחברות אלו המועסקים בתפקידי שמירה ואבטחה. ב"דור השני" הבקשות לאישור תובענות ייצוגיות הוגשו בתקופה שבה הסכם האכיפה הכללי טרם בא לעולם, ורק פסקי הדין בעניינן ניתנו בתקופה שבה כבר חל. "הדור השלישי" מייצג את התקופה שבה הבקשות הוגשו לאחר שהסכם האכיפה הכללי כבר עמד בתוקפו, אלא שעדיין מתעוררות שאלות באשר למידת תרומתו לאכיפת זכויות העובדים הלכה למעשה.

5. ההסכמים הקיבוציים בענף השמירה – כאמור, שלושת ההליכים שבפנינו מתייחסים לזכויות עובדים המועסקים בענף השמירה. בענף זה קיים ארגון מעסיקים, הוא הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל (להלן: ארגון המעסיקים). ארגון המעסיקים חתם ביום 12.7.1972 על הסכם קיבוצי כללי עם הסתדרות העובדים הכללית (להלן: ההסכם הקיבוצי הכללי משנת 1972 ו-ההסתדרות הכללית, בהתאמה). ההסכם הקיבוצי הכללי משנת 1972 הורחב לכלל המעסיקים בענף השמירה ביום 25.12.1973 (להלן: צו ההרחבה משנת 1973). ביום 2.11.2008 נחתם בענף השמירה הסכם קיבוצי כללי חדש (להלן: ההסכם הקיבוצי הכללי משנת 2008). הסכם זה חל על מעסיקים שהם חברים בארגון המעסיקים ועל כל עובד שמועסק בעבודות שמירה או אבטחה. הוראותיו של הסכם זה הורחבו בצו הרחבה מיום 21.6.2009 כך שהן חלות על כל המעסיקים בענף השמירה והאבטחה בישראל ועל עובדיהם המועסקים בתפקידי שמירה ואבטחה (להלן: צו ההרחבה משנת 2009). משמעות הדברים היא שלכלל המועסקים בענף השמירה מוענקות הזכויות המעוגנות בצווי ההרחבה האמורים, מן השנים 1973 ו-2009, בהתאמה. למרות זאת, ודומה שעובדה זו אינה שנויה עוד במחלוקת, לא אחת העובדים בענף זה לא קיבלו את מלוא הזכויות המגיעות להם, וחרף זאת לא ננקטו פעולות אכיפה במישור הקיבוצי להגנה עליהן. על רקע זה, החלו להיות מוגשות בקשות לאישור תובענות ייצוגיות שעניינן הפרות אלה, אף במקומות עבודה שבהם חל ההסכם הקיבוצי הכללי מכוח חברותו של המעסיק בארגון המעסיקים.

6. "הדור הראשון" של הפסיקה בבית הדין הארצי לעבודה – האפשרות להכיר בתובענה ייצוגית של עובדים בגדרו של סעיף 10(3) לתוספת השנייה הוכרה לראשונה בע"ע 629/07 וירון – תבל אבטחה ניקיון ושירותים בע"מ (3.1.2011) (להלן: עניין וירון), וזאת לאחר שבהזדמנויות קודמות נדחו בקשות לאישור תובענות ייצוגיות של עובדים, מטעמים שונים (ראו: ע"ע 339/07 אורן – בנק הפועלים בע"מ (18.1.2009), שהעתירה לבג"ץ בעניינו נדחתה על הסף בבג"ץ 9720/10 אורן נ' בית הדין הארצי לעבודה (25.1.2011); ע"ע 58039-11-11 תורג'מן – שחק אבטחה שמירה ושירותי משרד בע"מ (31.12.2012), שהעתירה לבג"ץ בעניינו נדחתה על הסף בבג"ץ 62/13 תורג'מן נ' בית הדין הארצי לעבודה (28.1.2013)). עניין וירון נסב על בקשה (שהוגשה בשנת 2006) לאישורה של תובענה ייצוגית בגין אי-הפרשה של סכומים המגיעים לעובדים לקרן הפנסיה שלהם בסעיף התגמולים ובסעיף הפיצויים בהתאם לאמור בצו ההרחבה משנת 1973. המעסיקה באותו עניין, תבל אבטחה ניקיון ושירותים בע"מ (להלן: תבל) טענה כי היא חברה בארגון המעסיקים, וכי מטעם זה חל על העובדים בה ההסכם הקיבוצי הכללי משנת 1972 ולכן אין לאשר את התובענה הייצוגית. בית הדין הארצי קבע כי התובענה הייצוגית עומדת בתנאים השונים הקבועים בחוק להגשתה, וכי יש לפרש את סעיף 10(3) לתוספת השנייה באופן שאינו חוסם את הגשתה. ההנמקה ששימשה בסיס לפסיקה זו (מפי השופטת ר' וירט-לבנה ובהסכמתם של השופט ע' רבינוביץ ונציג הציבור א' שגב) הייתה שלבית הדין לעבודה מסור שיקול דעת לאשר תובענה ייצוגית גם ביחס להפרת זכויות במקום עבודה מאורגן בשים לב למכלול נסיבות העניין ולתכליתו של חוק תובענות ייצוגיות, למשל כאשר ארגון העובדים לא פועל לאכיפה מלאה של זכויות העובדים. בהמשך לכך, נקבע כי העניין הנדון נמנה עם אותם מקרים שבהם נמצאה הצדקה לאשר את התובענה הייצוגית, תוך הצבעה על מוחלשותם של העובדים בענף השמירה ועל הפגיעה הנמשכת בזכויותיהם, כך שזכויותיהם לא זכו בפועל לכל הגנה. עוד נקבע בפסק הדין כי הצטרפותה של תבל לארגון המעסיקים נעשתה רק לאחר הגשת התביעה, והיא אינה יכולה לחול באופן רטרואקטיבי, כך שממילא לא חל הסייג בסעיף 10(3) לתוספת השנייה על התביעה שהוגשה. לעומת זאת, הנשיא ס' אדלר חלק על פרשנות זו של סעיף 10(3), וסבר כי הכלל צריך להיות שאין לאפשר הגשה של תובענה ייצוגית במקום עבודה מאורגן, למעט במקרים חריגים, קיצוניים ומובחנים שבהם ארגון העובדים הוא ארגון "מטעם" או כאשר הארגון אינו אותנטי או אינו פעיל כלל. עם זאת, הנשיא אדלר הסכים לתוצאה בנסיבות העניין, מן הטעם שתבל לא הייתה חברה בארגון המעסיקים בעת הרלוונטית, אלא הצטרפה אליו רק בדיעבד, לאחר הגשת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית. נציג הציבור ש' חבשוש, הצטרף לעמדתו זו של הנשיא אדלר.

7. העתירות לבית משפט זה כנגד הפסיקה בעניין וירון הוגשו כבר בשנת 2011 על-ידי ארגון המעסיקים (בג"ץ 1893/11) והמעסיקה עצמה, תבל (בג"ץ 1965/11). המשיבים בהליכים אלו הם התובע הייצוגי, ההסתדרות הכללית ועמותת קו לעובד (להלן: קו לעובד) אשר התייצבה להליך בבית הדין הארצי לעבודה (בנוסף לבית הדין הארצי לעבודה עצמו, שהוא מטבע הדברים משיב פורמאלי בכל העתירות שבפנינו). היועץ המשפטי אשר התבקש להגיש את עמדתו בעתירות אלו, טען שאין טעם להתערבות בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה, משכל הנאמר ביחס לסעיף 10(3) לתוספת השנייה במקרה דנן היה בבחינת למעלה מן הצורך, מקום שנקבע כי במועד הרלוונטי לתביעה תבל לא הייתה כלל חברה בארגון המעסיקים. להשלמת התמונה יצוין, כי במהלך השנים שחלפו מאז אושרה התובענה הייצוגית, ניהלו הצדדים במסגרת התובענה הייצוגית משא ומתן לפשרה, ומטעם זה העתירות נותרו תלויות ועומדות ללא הכרעה. ביום 5.2.2015 ניתן על-ידי בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב תוקף של פסק דין להסכם פשרה בין וירון, התובע הייצוגי, ותבל, מעסיקתו (תע"א 6476/06, סגן הנשיא ש' טננבוים ונציגי הציבור מ' כהן ו-א' קירשנר). אולם, על פסק דין זה הוגש ערעור וכן הוגשה בקשה לעיכוב ביצועו, על-ידי עמותת קו לעובד, אשר סברה כי ההסכם אינו מיטיב במידה מספקת עם ציבור העובדים, בשל המתכונת שנקבעה למשלוח ההודעות לחברי הקבוצה. ביום 12.3.2015 קיבל בית הדין הארצי את הבקשה לעיכוב ביצועו של פסק הדין (ע"ע 14563-02-15, השופט א' איטח). דיון בערעור התקיים ביום 22.6.2015, והוא עודנו תלוי ועומד.

8. הסכמי האכיפה שנעשו לאחר "הדור הראשון" של הפסיקה – אישורה של הבקשה להגשת תובענה ייצוגית בעניין וירון, והגשתן של בקשות נוספות לאישור תובענות ייצוגיות בעקבותיה שימשו זרז לחתימה על הסכמים קיבוציים נוספים, הסכמים שהוגדרו מראש כהסכמים המכוונים לקידום האכיפה של זכויות העובדים בענף השמירה.

9. בשנת 2011 נחתם הסכם האכיפה הכללי בין ארגון המעסיקים להסתדרות הכללית. כאמור, ההסכם חל על כל מעסיק החבר בארגון המעסיקים באותה עת או שיצטרף אליו לאחר החתימה על ההסכם ועל כל עובד המועסק אצל מעסיק שהוא חבר בארגון זה בעבודות שמירה או אבטחה. על-פי הסכם זה, מחויב כל מעסיק החבר בארגון המעסיקים להמציא לארגון זה ולהסתדרות הכללית הצהרה שנתית מאושרת על-ידי רואה חשבון בדבר עמידתו בחובות ובתשלומים שחלים עליו על-פי דיני העבודה, צווי ההרחבה וההסכמים הקיבוציים. כמו כן, הסכם האכיפה הכללי הורה על הקמתה של ועדת אכיפה שתורכב מנציג של ארגון המעסיקים, מנציג ההסתדרות

הכללית ומרואה חשבון חיצוני. לפי הסכם האכיפה הכללי, על ועדת האכיפה לקיים מדי שנה ביקורת מדגמית אצל מעסיקים החברים בארגון המעסיקים לגבי עמידתם בחובות ובתשלומים כפי שפורטו לעיל, לרבות ביחס לתקופות שחלפו. הסכם האכיפה הכללי מוסיף וקובע כי המעסיקים יהיו מחויבים לתיקון מלא של הליקויים שיתגלו, ואילו ההסתדרות הכללית תהיה מוסמכת להרחיב את הביקורת על המעסיק ולהורות לו לתקן ליקויים אף אם הם חורגים מתקופת ההתיישנות. בנוסף לכך, עובד המעוניין להתלונן על הפרת זכויותיו, רשאי לפנות באמצעות נציג האיגוד הארצי של עובדי השמירה והאבטחה אל המנגנון ליישוב חילוקי דעות שנקבע בהסכם הקיבוצי הכללי משנת 2008. לפי סעיף 33 להסכם זה תחילה תפעל ועדה פריטטית ראשונה, המורכבת מנציג של המעסיק ונציג של ההסתדרות הכללית, לבירור ולתיווך בחילוקי הדעות בין הצדדים להסכם, ואם לא תושג בוועדה זו הסכמה, תועבר המחלוקת לוועדה פריטטית עליונה, המונה שני נציגים, אחד מכל צד (ההסתדרות הכללית וארגון המעסיקים). על-פי סעיף קטן (א) לסעיף 33, אם לא מושגת הסכמה אף בוועדה הפריטטית העליונה, המחלוקת עוברת להכרעתו של בורר שייקבע על-ידי הוועדה. על-פי סעיף קטן (ב) לסעיף 33, ככל שמדובר בחילוקי דעות בין עובד למעסיקו הם יהיו רשאים להחליט על העברת המחלוקת לבורר כאמור בסעיף קטן (א).

10. בשנת 2014 נחתם הסכם קיבוצי מיוחד (להלן: הסכם האכיפה המיוחד) בין חברת עמישב שירותים בע"מ, העותרת בבג"ץ 9325/12 (להלן: עמישב) לבין הסתדרות העובדים הלאומית (להלן: ההסתדרות הלאומית). ההסתדרות הלאומית פועלת כארגון עובדים בעמישב מאז שנת 2013 על אף שטרם הוכרע אם היא הארגון היציג בחברה, כפי שיובהר להלן. למעשה, הסכם האכיפה המיוחד דומה להסכם האכיפה הכללי שנעשה עם ההסתדרות הכללית, אך הוא מתייחס אך ורק לחברת עמישב ולעובדיה. בהסכם נקבע, כי תוקם ועדת אכיפה שתהיה מורכבת מנציג החברה, מנציג של ההסתדרות הלאומית ומבודק שכר מוסמך לפי הוראות החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, התשע"ב-2011. בהסכם הקיבוצי המיוחד נקבע כי אחת לכל רבעון תמציא עמישב תלושי שכר מדגמיים של עובדים בפרויקטים השונים אצלה לפי דרישת ההסתדרות הלאומית, וזו תבדוק אותם ותוודא את תיקונם, ככל שהדבר ידרש. כן נקבע בו כי תיערך בעמישב ביקורת מדגמית מדי רבעון ביחס לכל החובות והתשלומים של עמישב לעובדיה, לרבות בגין תקופות עבר, וכי לוועדת האכיפה נתונה סמכות להורות על תיקון ליקויים שיתגלו ועל הרחבת הביקורת ככל שזו תמצא לנכון.

11. "הדור השני" של הפסיקה בבית הדין הארצי לעבודה – השלב הבא של הפסיקה בנושא זה – "דור הביניים" שלה – כולל את המקרים שבהם הוגשו בקשות לאישור

התובענה הייצוגית קודם לחתימתו של הסכם האכיפה הכללי אך בפועל ההחלטות ביחס אליהן ניתנו לאחר מכן. בשני מקרים, קבע בית הדין הארצי לעבודה כי הסכם האכיפה הכללי אינו רלוונטי ביחס לבקשות שהוגשו קודם לחתימה עליו, מאחר שפניו אל העתיד ולא להפרה של זכויות העובדים בעבר. בע"ע 67/10 יבטח בע"מ – חבושה (14.3.2012) (להלן: עניין חבושה) בית הדין הארצי עמד על כך שהחובה להמציא אישורים ביחס לתשלומים חלה על המעסיקות לפי הסכם זה רק החל משנת 2010, בעוד הבקשה להכיר בתביעה הייצוגית הוגשה כבר בשנת 2006. כמו כן, בית הדין הארצי עמד על כך שהבקשה נסבה על זכויות משנת 1999 ואילך, קרי משנים הקודמות למועד חתימתו של הסכם האכיפה. כך נקבע גם בע"ע 132/10 בוטקילה – סער ביטחון בע"מ (3.9.2012) (להלן: עניין בוטקילה), שבו נדונו שלוש בקשות לאישור תובענות ייצוגיות אשר אוחדו, והוגשו במהלך השנים 2006 ו-2007. בעניין חבושה בית הדין הארצי לעבודה חזר והטעים כי בבחינת השאלה האם חל הסייג הקבוע בסעיף 10(3) לתוספת השנייה יש לבחון האם מתקיימת תכליתו של החריג האמור, וכי הפרשנות הראויה תינתן בכל מקרה ומקרה בהתחשב במאפיינים של הענף שבו מועסקים העובדים, ובכלל זה האם קיימת תופעה רחבה של הפרה שיטתית של זכויות העובדים בו. בהמשך לכך, הוא קבע, כי יש לבחון האם ההסכם הקיבוצי אכן מסדיר את תנאי העבודה, דהיינו, האם המעסיק מיישם אותו בפועל. ההליך בעניין חבושה טרם הסתיים, אך בעת הזו הוא מוקפא בשל צו פירוק כנגד המעסיקה באותו עניין (ראו החלטה מיום 26.11.2012, ע"ב 4524/06, השופטת ה' יהלום). בדומה לעניין חבושה, גם בעניין בוטקילה נקבע שהסייג הקבוע בסעיף 10(3) אינו הוראה גורפת, אלא טענת הגנה שהנטל להוכיחה חל על הטוען לתחולת הסייג. כן נקבע בו שהסייג לא יחול במקום שבו העלה המעסיק את הטענה בדבר קיומו של הסכם קיבוצי רק במסגרת ההליך על מנת "להתחמק" מן התובענה הייצוגית או כאשר המעסיק לא הכחיש את קיומו של ההסכם הקיבוצי אך נמנע במשך שנים מלהחילו בפועל. יצוין, כי הדיון בבקשה הוחזר לבית הדין האזורי לעבודה בחיפה על מנת שזה ידון בשאר התנאים לאישורה של תובענה ייצוגית, וזו אכן אושרה על-ידו ביום 17.9.2013 (תע"א 924/07, השופט א' קוגן ונציגי הציבור ח' דרור ו-י' רון). בהתאם לכך, התובענה עודנה מתבררת בבית הדין האזורי לעבודה.

12. נגד פסק הדין בעניין בוטקילה (בבית הדין הארצי) הוגשה עתירה לבית משפט זה על-ידי חברת עמישב, מעסיקתו של אחד התובעים הייצוגיים באותו עניין (בג"ץ 9325/12). שתיים מן המשיבות בהליך זה הן חברות השמירה הנוספות שנתבעו בהליך, סער ביטחון בע"מ וגשש (ז.א.) בע"מ (להלן: סער ביטחון ו-גשש, בהתאמה), לצד התובעים הייצוגיים באותו עניין וכן ההסתדרות הכללית וארגון המעסיקים. בהליך זה

הודיע על התייצבותו גם היועץ המשפטי לממשלה, וכן ביקשו להצטרף להליך קו לעובד והסתדרות הלאומית, המתפקדת כאמור כארגון עובדים בחברת עמישב החל משנת 2013, בהתייחסה להסכם האכיפה המיוחד שנחתם בינתיים בינה לבין עמישב (לאחר הגשת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית על-ידי בוסקילה, ואף לאחר הדיון בבית הדין הארצי). להליך זה ביקש להצטרף גם ארגון המעסיקים, העותר בכג"ץ 1893/11. ארגון המעסיקים צורף להליך זה בהחלטה מיום 21.3.2013 (השופטת ע' ארבל), והגיש אף הוא את עמדתו. יצוין, כי במועדים הרלוונטיים לתובענה, חל על עמישב ההסכם הקיבוצי הכללי, מכוח היותה חברה בארגון המעסיקים (וכן הסכם האכיפה הכללי, מאותו הטעם). הסכמים אלו חלים באותו אופן גם על סער ביטחון וגשש, שתי המעסיקות האחרות שנתבעו בעניין בוסקילה, שלא הגישו עתירה נגד פסק הדין אך תומכות בעמדתה של עמישב, העותרת. נאמר כבר כעת, כי החלטנו לצרף להליך זה את קו לעובד ואת ההסתדרות הלאומית, בשל הרלוונטיות שלהם לנושאים הנדונים ותרומתם להליך בכללותו.

13. "הדור השלישי" של הפסיקה בבית הדין הארצי לעבודה – בעקבות החתימה על הסכם האכיפה הכללי בענף השמירה והתחלת הפעלתו הלכה למעשה התעוררה השאלה האם מוסיף לחול הרציונל הפרשני ששימש בסיס להכרה באפשרות להגיש תובענה ייצוגית בגין פגיעה בזכויות העובדים בענף השמירה. שאלה זו הגיעה לדיון בבית הדין הארצי לעבודה בע"ע 53348-01-12 ישיב – ח.א.ש. מערכות ושירותים בע"מ (3.6.2013) (להלן: עניין ישיב). עניין ישיב נסב על בקשה נוספת לאשר תובענה ייצוגית בענף השמירה, שהוגשה בשנת 2011, כחודשיים לאחר החתימה על הסכם האכיפה הכללי, והתייחסה להפרות של זכויות עובדים בתקופה של שבע השנים שקדמו להגשתה (בגין אי-הפרשה לפנסיה בשיעור של 6% מן השכר). בית הדין הארצי לעבודה קבע כי לנוכח הסכם האכיפה הכללי והתחלת ביצועו אין מקום לאישורה של הבקשה לתובענה ייצוגית (הנשיאה נ' ארד, סגן הנשיאה (כתוארו אז) 'פליטמן ונציג הציבור א' ויץ). עוד נקבע בעניין ישיב, כי על התובע הייצוגי היה לפנות למעסיק ולארגון העובדים בטרם יגיש את התובענה הייצוגית, ורק אם אלו אינם פעילים, יוכל לבקש אישורה של תובענה כזו, תוך הפניה לע"ע 12842-07-10 אייל – הוט מערכות תקשורת בע"מ (9.6.2011) (להלן: עניין אייל). השופט ע' רבינוביץ ציין, כי הוא מסכים שבנסיבות המקרה השימוש בהסכם האכיפה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת במקרה הקונקרטי (בהפניה לסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות הקובע תנאי כזה לאישור תובענה ייצוגית), אך הוסיף כי השימוש בהסכם האכיפה צריך להיבחן לאורך זמן, על-פי מבחן התוצאה ובאמצעות בחינה קונקרטית שלו בכל מקרה ומקרה. להערה זו הצטרפה נציגת הציבור ד' שרון. להשלמת התמונה יצוין כי הגישה

לפיה פעילות ההסתדרות באמצעות הסכם האכיפה הכללי ביחס לזכויות עובדים מונעת הגשתן של תובענות ייצוגיות ננקטה גם בהמשך (ראו: ע"ע 16808-06-12 טאובר – קבוצת השומרים שמירה ובטחון בע"מ (4.3.2015); ע"ע 7229-05-12 בתיה – מיקוד ישראל אבטחה שירותים וכח אדם בע"מ (4.3.2015)).

14. גם נגד פסק הדין בעניין ישייב הוגשה עתירה לבית משפט זה, זו הפעם על-ידי התובע הייצוגי באותו עניין, אשר טוען כי נכון היה לנהוג בו כמו בקודמיו, היינו מבלי לראות בהסכם האכיפה מחסום להגשתה של תובענה ייצוגית. המשיבים בהליך זה הם ההסתדרות הכללית, עמותת קו לעובד, ארגון המעסיקים, וכן החברה שבה הועסק העותר, ח.א.ש מערכות ושירותים בע"מ (להלן: ח.א.ש) (בג"ץ 7644/13).

15. הדיון בעתירות התקיים תחילה בנפרד. בדיון שהתקיים ביום 27.6.2012 בעתירות שהוגשו בעניין וירון (בג"ץ 1893/11 ובג"ץ 1965/11) הסכימו הצדדים לקיום הדיון כאילו הוצאו בהן צווים על תנאי (השופטים א' ארבל, ח' מלצר, ו-ד' ברק-ארז). ביום 2.4.2014 התקיים דיון בעניין בוסקילה (בג"ץ 9325/12, הנשיא א' גרוניס, והשופטים י' דנציגר ו-צ' זילברטל), ובמהלכו עדכנו הצדדים בנוגע להתפתחויות בהליכים השונים, ובכללם הסכם הפשרה בעניין וירון והעתירה שהוגשה לבית משפט זה בעניין ישייב. כמו כן, התבקשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה להתייצבות בהליך בעניין בוסקילה (אשר כאמור הודיע מאוחר יותר על התייצבותו בהליך זה ביום 3.7.2014). לבסוף, התקיים דיון מאוחד בעתירות כולן ביום 25.2.2015, ובו הסכימו הצדדים כי הדיון יתקיים כאילו הוצאו צווים על תנאי בכל ההליכים.

הליכים נוספים בבית הדין לעבודה

16. להשלמת התמונה, יצוין כי לצדם של הליכים אלו, המשיכו להיות מוגשות בקשות נוספות לאישורן של תובענות ייצוגיות. דוגמאות לכך יוצגו להלן, על מנת להמחיש כי בהליכים מסוג זה מתעוררות שאלות עקרוניות בעלות מכנים משותפים, שאלות שיעמדו במרכז הדיון בהמשך.

17. נגד עמישב, הנתבעת בעניין בוסקילה, הוגשה עוד תובענה ייצוגית בשנת 2008 על-ידי עובדת שהייתה מועסקת בחברה בתחום הניקיון ועל-ידי קו לעובד. הדיון בכך בבית הדין הארצי לעבודה התקיים לאחר ההכרעה בעניין ישייב, וכן לאחר החתימה על הסכם האכיפה המיוחד בין עמישב לבין ההסתדרות הלאומית. בית הדין הארצי לעבודה קבע כי נוכח הקביעה בעניין ישייב לפיה יש להעדיף את פעילותו של ארגון

העובדים לאכיפת זכויות, יש להחזיר את התיק לדיון בבית הדין האזורי על מנת שזה יבחן אם ההסתדרות הלאומית אכן מקיימת פעילות במישור הקיבוצי לאכיפת זכויות העובדים. לפי שעה, כך נקבע, אין גם לאחד הדיון בבקשה עם ההליך המתקיים בעניין בוטקילה (ע"ע 5268-01-11 טגניה – עמישב שירותים בע"מ (5.3.2015)). עניין זה ממתין להכרעתו של בית הדין הארצי בשאלה מיהו הארגון היציג בחברת עמישב (ראו: החלטת בית הדין האזורי בירושלים בדמ"ש 5771/08 מיום 15.4.2015, הנשיאה ד' פרוז'ינין, בהתייחס לסב"א 6759-12-14).

18. בקשה אחרת לאישורה של תובענה ייצוגית הוגשה בשנת 2009 נגד חברת שמירה נוספת, אגודת השומרים בע"מ. בית הדין האזורי לעבודה דחה את הבקשה מטעמים שונים, ובכלל זה ציין כי סעיף 10(3) לתוספת השנייה מונע ניהולה של תובענה ייצוגית בקשר למקום עבודה מאורגן. בית הדין הארצי לעבודה דחה את ערעורו של העובד, שביקש לאשר את התובענה כייצוגית, על החלטה שלא לאשרה (וקיבל ערעור של החברה על ההוצאות שנפסקו לה) (ע"ע 425/09 גולדברגר – אגודת השומרים בע"מ (3.2.2010)). על פסק הדין הוגשה עתירה לבית משפט זה, אשר קבע, בהסכמת הצדדים, כי נוכח פסק הדין שניתן בינתיים בעניין וירון בבית הדין הארצי לעבודה, העניין יוחזר לבית הדין האזורי לעבודה בכל הנוגע לעילה של אי הפרשה לפנסיה בסעיף התגמולים, וזאת מבלי להביע עמדה לגופם של דברים (בג"ץ 2023/10 גולדברגר נ' בית הדין הארצי לעבודה (14.2.2011)). בסופו של דבר, כאשר העניין הוחזר לבית הדין האזורי (ואוחד עם תובענה ייצוגית נוספת של עובד בחברה שהוגשה בשנת 2010) נקבע בו, בהתאם לעניין ישייב, כי בשל קיומו של הסכם האכיפה הכללי, אין לאשר בשלב זה את התובענה הייצוגית. בית הדין האזורי לעבודה הוסיף וציין, כי המבקשים לא הקדימו ופנו – לפני הגשת הבקשה – להסתדרות הכללית, לארגון המעסיקים או לחברה המעסיקה אותו בבקשה לאכוף את זכויותיהם (ראו: תע"א (ב"ש) 15305-06-10 גולדברגר – אגודת השומרים בע"מ (2.1.2014)). הערעור על החלטה זו תלוי ועומד בבית הדין הארצי לעבודה (ע"ע 21520-02-14).

19. מקרה נוסף הראוי לאזכור בהקשר זה הוא בקשה לאישור תובענה ייצוגית שהגישה עובדת בחברת שמירה אחרת, ב.ג. מוקד אבטחה בע"מ, בשנת 2006. במקרה זה אישר בית הדין האזורי לעבודה את התובענה הייצוגית, בקבעו כי המעסיקה לא הוכיחה כי היא חברה בארגון המעסיקים וכי מטעם זה חל על העובדים המועסקים בה הסכם קיבוצי. בבית הדין הארצי לעבודה הודיעה המעסיקה כי הגיעה ל"מתווה לאכיפת זכויות העובדים בחברה" עם ההסתדרות הכללית, וביקשה לתת תוקף להסכם המעגן את המתווה האמור, לפיו יאכפו זכויות עובדים שבע שנים אחורה, וזאת בכפוף

לכך שיבוטל פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה. בית הדין הארצי לעבודה עמד על כך שהמעסיקה בחרה לטעון לקיומו של הסכם קיבוצי רק בדיעבד, כ"מגן" מפני התובענה הייצוגית, וכי לא הוכח שהיא חברה בארגון המעסיקים ולכן כפופה לתחולתו של ההסכם הקיבוצי המקורי. מכל מקום, בית הדין הארצי לעבודה הוסיף וקבע כי אף ההסכמה שאליה הגיעה המעסיקה עם ההסדרות הכללית בדבר מתווה לאכיפת הזכויות אינה מצדיקה שינוי של התוצאה, וכי מתווה זכויות זה אינו עדיף על אישור התובענה הייצוגית. בית הדין הארצי לעבודה ציין כי העובדה שהמעסיקה החלה לשלם לעובדיה בגין הזכויות הנטענות לאחר הגשת הבקשה לתובענה הייצוגית אינה נימוק מספיק שלא לאשרה, בשל החשיבות הנודעת לעידוד האכיפה של הדין וההרתעה מפני הפרתו באמצעות תובענות ייצוגיות. בית הדין הארצי לעבודה עמד על כך שמתווה האכיפה הוצע רק בשלב הערעור, כך שלא מן הנמנע שהתובענה הייצוגית הביאה להתערורות של המעסיקה ושל ההסדרות הכללית, וכן שהמתווה המוצע אינו כולל גמול כלשהו לתובעת הייצוגית. כן צוין כי התובענה הייצוגית מתייחסת לתקופה מוקדמת יותר מזו שאליה מתייחס מתווה האכיפה, וכי להוצאה לפועל של פסק דין יש יתרונות בהשוואה ל"מתווה זכויות" כפי שהוצע, המצריך פנייה להסדרות כאשר הוא אינו נאכף בפועל (ראו: ע"ע 454/09 ב.ג. מוקד אבטחה בע"מ - בן שלמה (29.3.2011) (להלן: עניין בן שלמה)). יצוין, כי לבסוף אושר הסדר פשרה במקרה זה, אשר בגדרו נחתם הסכם קיבוצי מיוחד (מול ההסדרות הלאומית) שכלל פיצוי לעובדי החברה בעילה של התובענה הייצוגית, ובכלל זה מי שעבדו בחברה בעבר. יצוין, כי הסדר הפשרה כלל גם גמול לתובעת הייצוגית ושכר טרחה לעורך דינה, תוך ציון תרומתם לשינוי מדיניות המעסיקה (ראו: תע"א (ת"א) 9528-07 בן שלמה – ב.ג. מוקד אבטחה בע"מ (15.2.2015)).

20. ביום 9.7.2015, לאחר הדיון שהתקיים בפנינו, הגיש עורך הדין המייצג את התובעים הייצוגיים בקשה להוספת אסמכתאות ובה ביקש להביא לעיוננו פרוטוקולים מדיונים שהוסיפו להתנהל. בשים לב לטיב השאלות שבהן התבקשנו להכריע לא ראינו טעם להיענות לבקשה.

עיקרי הטענות של הצדדים

21. באופן כללי, המחלוקת העיקרית בין הצדדים – השאלה "מסדר ראשון" – נסבה על עצם האפשרות להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית כאשר חל הסכם קיבוצי על העסקת העובדים אצל המעסיק. בעניין זה הוצגו בפנינו שתי עמדות עיקריות: עמדה הרואה בסעיף 10(3) לתוספת השנייה מחסום מוחלט להגשתן של תובענות ייצוגיות

במקומות עבודה שבהם חל הסכם קיבוצי; ומנגד – עמדה לפיה סעיף 10(3) מהווה מחסום יחסי בלבד, התלוי בשאלה האם זכויות העובדים באותו מקום עבודה נאכפות הלכה למעשה. בנוסף לכך, וזאת כשאלה "מסדר שני", נחלקו הצדדים בשאלה – בהנחה שהגשתה של תובענה ייצוגית אינה נחסמת כליל – מה צריך להיות "הרף" לאישורה של תובענה כזו מבחינת תפקודו של ארגון העובדים. לבסוף, השאלה "מסדר שלישי" המתעוררת אף היא נוגעת למצבים שבהם ארגון העובדים החל לתפקד, אך זאת רק לאחר שהוגשה התובענה הייצוגית.

המחלוקת ("מסדר ראשון") באשר לעצם האפשרות להגיש תובענה ייצוגית כאשר קיים הסכם קיבוצי

22. העמדה המתנגדת להגשתן של תובענות ייצוגיות היא זו שציידו בה – מטעמים שונים – חברות השמירה שהתובענות הייצוגיות נגעו לעובדיהן – תבל, עמישב, גשש, סער ביטחון וח.א.ש (להלן גם: המעסיקות), ארגון המעסיקים וכן ההסתדרות הכללית. כל אלה טענו כי סעיף 10(3) נועד להגן על יחסי העבודה הקיבוציים. לשיטתם, האפשרות להגיש תובענה ייצוגית נגד המעסיק שומטת את הקרקע תחת ההסדרה הקיבוצית שהצדדים לה הם המעסיקים מצד אחד וארגון העובדים מצד אחר.

23. במישור הפורמאלי, נטען בהקשר זה כי לשונו של סעיף 10(3) לתוספת השנייה היא ברורה וחד-משמעית.

24. במישור המהותי, נטען כי התובענה הייצוגית אינה בבחינת הכרח במקרה של אי-הגנה מספקת על זכויות העובדים באמצעות ארגון העובדים – לנוכח האפשרות לנקוט בצעדים אחרים, ובהם הגשת תביעות אישיות על-ידי עובדים שהופרו זכויותיהם; הגשת תביעה נגד ארגון העובדים בשל "ייצוג בלתי הולם"; או אף נקיטה בצעדים להקמתו של ארגון עובדים מתחרה או הצטרפות מאורגנת של עובדים אליו. כן נטען בפנינו כי מפסיקתו של בית משפט זה בבג"ץ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(2) 63 (1997) (להלן: עניין עמית) ניתן ללמוד עד כמה חשובה שמירתה של המסגרת הקיבוצית ביחסי העבודה. על כך, ניתן לעמוד, בין השאר, מן העובדה שארגון הדואג לרווחת העובדים אך לא תורם לתנאי העבודה ולרמת השכר שלהם מן ההיבט של יחסי העבודה הקיבוציים בכל זאת אינו זכאי להיחשב כ"ארגון עובדים" על המשמעויות הנלוות להכרה זו (שם, בעמ' 131). המעסיקות, ארגון המעסיקים ואף ההסתדרות הכללית ביקשו ללמוד מכך גם לעניין פרשנותו של סעיף 10(3) בכל הנוגע לחשיבות הנודעת לשמירת הבכורה של

משפט העבודה הקיבוצי ושל ארגוני העובדים במסגרתו. בהמשך לכך, נטען כי הכרה באפשרות של הגשת תובענה ייצוגית בנסיבות שבהן קיים הסכם קיבוצי תביא לפגיעה בארגוני העובדים, ובסופו של דבר אף תפגע במוטיווציה של המעסיקים להצטרף לארגוני מעסיקים החתומים על הסכם קיבוצי. בהמשך לכך, וביחס גם למחלוקת "מסדר שני" שעליה נרחיב בהמשך, נטען כי פרשנות "גמישה" כזו לסעיף 10(3) תוביל לקיומו של "משפט זוטא" בשאלה האם ארגון העובדים אכן דואג לאכיפת זכויות העובדים בפועל.

25. התובעים הייצוגיים, מצידם, דחו טענות אלה. בעיקרו של דבר, הם טענו כי אין מקום לפרשנות פורמאלית של סעיף 10(3) במתכונת המתעלמת מתכליתו, המוגבלת לשלילתה של התובענה הייצוגית כאשר קיימת בפועל חלופה אמיתית להגנה על זכויות העובדים במישור הקיבוצי. הם הוסיפו וטענו כי החלופות שהוצעו להגנה על זכויות העובדים לאו חלופות הן. הגשתן של תביעות אישיות אינה מהווה, כך נטען, פעולה במישור הקיבוצי, ומכל מקום אינה דרך פעולה אפקטיבית מבחינתם של עובדים מוחלשים. כמו כן, נטען כי תביעה בגין ייצוג בלתי הולם מתקבלת רק בהתאם לסטנדרטים מחמירים, למשל של "קנוניה", ולכן אינה רלוונטית, וכן שהחלופה של התארגנות במסגרת ארגון עובדים אחר אינה מהווה צעד מעשי ובר-ביצוע במקרים רבים כאשר מדובר באוכלוסייה מוחלשת ומבוזרת. כמו כן, התובעים הייצוגיים עמדו על כך שסעיף 10(3) חל אף במקרים שבהם ההסכם הקיבוצי הרלוונטי אינו תולדה של משא ומתן שניהל ארגון העובדים ביחס לאותו מקום, וייתכן שאף העובדים בו אינם חברים באותו ארגון, וזאת בשל כך שהמעסיק שלהם הצטרף לארגון מעסיקים שחל עליו הסכם קיבוצי כללי. עובדה זו, כך הם סבורים, מעידה אף היא על הסכנה הטמונה בפרשנות דווקנית של סעיף 10(3), כך שבפועל ההסכמים הקיבוציים אינם מבטאים הגנה על העובדים.

26. קו לעובד צידדה בעמדתם של התובעים הייצוגיים. בא-כוחה של קו לעובד אף הצביע על כך שסעיף 10(3) כלל לא נזכר בהצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005 והוא נוסף לנוסחו של החוק המוצע רק במסגרת הדיונים בהצעה לאחר שהוסבר בהם כי אין מקום להכיר בתובענה ייצוגית במקום שבו קיים כלי להגנה בפועל על העובדים (בהפניה לפרוטוקול ישיבה מס' 667 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 18-21 (1.3.2006)). בהמשך לכך, קו לעובד הצביעה על כך שבפועל לא נעשה שימוש בכלי של התארגנות קיבוצית לשם הגנה על העובדים בענפי השמירה והניקיון, שבו העובדים מועסקים כעובדי קבלן, וההסתדרות הכללית אינה אוכפת הלכה למעשה את זכויותיהם. כן הודגש כי תחולת ההסכם הקיבוצי הכללי של ענף השמירה על

מקומות העבודה הרלוונטיים לעתירות נבעה אך מהצטרפות המעסיקים הנתבעים לארגון המעסיקים הקשור בו, ולא מפעילות אמיתית של ארגוני עובדים בעניינם של העובדים.

27. עמדתו העקרונית של היועץ המשפטי לממשלה הובאה בפנינו על יסוד התייצבותו לדיון בעתירה שנסבה על עניין בוטקילה. בעיקרו של דבר, אף היועץ המשפטי לממשלה צידד בגישתו העקרונית של בית הדין הארצי לעבודה לפיה סעיף 10(3) לתוספת השנייה אינו מהווה מחסום מוחלט להגשתה של תובענה ייצוגית. על-פי העמדה שהוצגה בפנינו, יש צורך לתת מענה למצבים שבהם קיים נתק בין העובדים לארגון העובדים המייצג אותם לכאורה. היועץ המשפטי לממשלה הוסיף וטען כי בית הדין הארצי לעבודה פיתח בפסיקתו כלים להתמודד עם מצבים חריגים אלו, מבלי לפגוע בתכלית של עבודה מאורגנת.

המחלוקת ("מסדר שני") באשר ל"גבולות" החלתו של החריג הקבוע בסעיף 10(3)

28. כפי שכבר צוין, פסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה בעניין בוטקילה ובעניין ישייב הוסיפה נדבך נוסף לדיון בשאלה מהם מקרים שבהם לא תאושר בקשה להגשת תובענה ייצוגית לפי סעיף 10(3). מפסקי דין אלה של בית הדין הארצי לעבודה עולה שאכיפת זכויות בפועל, בדמותו של הסכם אכיפה, עשויה לשנות את התמונה בכל הנוגע לאישורן של תובענות ייצוגיות. פסקי הדין התייחסו להסכם האכיפה הכללי שנחתם בין ההסתדרות הכללית לארגון המעסיקים, ושעל תוכנו עמדנו לעיל. בעניין ישייב סבר בית הדין הארצי לעבודה כי אין מקום לאשר תובענה ייצוגית שהוגשה לאחר שהסכם האכיפה הכללי כבר בא לעולם וכאשר ההסתדרות הכללית החלה בפעולה על-פיו (ובכלל זה בגין זכויותיהם של מי שהיו מועסקים בעבר). במקרה זה, העתירה נגד פסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה הוגשה מצד התובע הייצוגי באותו עניין שסבר כי הסכם האכיפה אינו אמור לשמש מחסום לאישור התובענה כתובענה ייצוגית.

29. בעיקרו של דבר, נטען בפנינו מטעמו של התובע הייצוגי בעניין ישייב כי אין די בקיומו של הסכם אכיפה, אלא יש מקום לוודא כי הוא נאכף בפועל. על כן, כך נטען, יש להתנות את ההימנעות מלאשר את התובענה הייצוגית בביצועו של הסכם האכיפה הכללי, תוך מעקב ופיקוח של בית הדין לעבודה על כך. כמו כן, נטען כי מכל מקום, לא ניתן להתחשב בקיומו של הסכם האכיפה הכללי ביחס להפרות שקדמו למועד כריתתו. לעומת זאת, עמדת המעסיקה של התובע הייצוגי באותו עניין, ח.א.ש,

וכן עמדת ההסתדרות הכללית הייתה כי גם במקרה זה, ואף מקל וחומר, אין מקום לאפשר הגשתן של תובענות ייצוגיות.

30. לעומת זאת, ארגון קו לעובד צידד בגישתם של התובעים הייצוגיים גם בכל הנוגע להסכמי האכיפה – תוך הדגשת ההיסטוריה של החתימה על הסכמי האכיפה, המלמדת כי האפשרות להדוף את התובענות את הייצוגיות הייתה, כך נטען, מניע מרכזי שעמד ביסוד הולדתם. בהמשך לכך, נטען כי קיים חשש שהסכמים אלה לא יניבו את התקוות שנתלות בהם (עמדה זו והטעמים העומדים ביסודה מובאת בפירוט במאמרם של ערן גולן ויעל פליטמן "תובענות ייצוגיות ומשפט העבודה הקיבוצי – הטוב, הרע והמכוער" מעשי משפט ו 177 (2014). יצוין כי המחבר ערן גולן הוא בא-כוח קו לעובד בהליכים שבפנינו).

המחלוקת ("מסדר שלישי") באשר למועד שבו החל ארגון העובדים לפעול בזיקה למועד הגשתה של התובענה הייצוגית

31. בעניין בוטקילה סבר בית הדין הארצי לעבודה כי הסכם האכיפה הכללי אינו שולל את אישור התובענה הייצוגית מאחר שהחתימה עליו הייתה מאוחרת להגשת התובענה הייצוגית.

32. בעתירה שנסבה על עניין בוטקילה חזרו הצדדים, בעיקרו של דבר, על עמדותיהם, כפי שפורטו לעיל. גם בהקשר זה טענו המעסיקות, ארגון המעסיקים וההסתדרות הכללית כי כלל לא היה מקום לאשר את התובענה הייצוגית מן הטעם שחל על העובדים בחברת עמישב ההסכם הקיבוצי הכללי משנת 2008, וכן הסכם האכיפה הכללי שנחתם בשנת 2011. לטענתם, הסכמים קיבוציים אלו מהווים מחסום בלתי-חדיר להגשת תובענות ייצוגיות, כאשר המבחן הוא תחולת הסכם קיבוצי ולא אכיפתו בפועל, וכל פרשנות אחרת תביא לפגיעה ביחסי העבודה הקיבוציים, שההגנה עליהם עומדת בבסיסו של סעיף 10(3). ההסתדרות הכללית טענה כי לכל הפחות יש לחייב את הנתבע לפנות לארגון העובדים בטרם הוא מגיש תובענה ייצוגית, על מנת לאפשר לארגון העובדים לפעול במישור הקיבוצי.

33. מנגד, התובעים הייצוגיים חזרו על עמדתם כי קיומו של הסכם קיבוצי אינו שולל מכול וכול את הגשתה של תובענה ייצוגית. ביחס להסכם האכיפה הכללי, שאותו כינו התובעים הייצוגיים "הסכם ההפרה", הם ציינו כי כאשר הנתבע משלם בגין עילת התביעה לאחר הגשת התובענה הייצוגית, הדבר מקדם את הפרת החוק ומחליש את

הציות לו (בהפניה, בין היתר לע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים (11.12.2008)). התובעים הייצוגיים סמכו את ידיהם על קביעתו של בית הדין הארצי לעבודה שהסכם האכיפה הכללי אינו רלוונטי לזכויות שנתבעו בעניין בוסקילה, וכי מכל מקום, הסכם האכיפה הכללי הוא הסכם "למראית עין" בלבד, שלא היה בו כדי למנוע הגשתה של תובענה ייצוגית מהבחינה התכליתית גם לו היה תקף בעת הגשת התובענה הייצוגית (כפי שסברו גם בעניין ישייב). אף עמדתה של קו לעובד, כאמור, הייתה שאין די בהסכם אכיפה, בשים לב לנסיבות החתימה עליו ולאפקטיביות שלו בפועל.

34. הטענות הנוגעות למסקנות הנובעות מקיומו של הסכם אכיפה, ובפרט כשזה נחתם לאחר הגשת התובענה הייצוגית, התחדדו גם בעקבות הצטרפותה של ההסתדרות הלאומית לדיון. כפי שכבר הוסבר, ההסתדרות הלאומית חתמה על הסכם אכיפה מיוחד בחברת עמישב, העותרת בבג"ץ 9325/12. לשיטת ההסתדרות הלאומית, מקום שבו קיים ארגון עובדים הפועל באופן אקטיבי להגנה על זכויות העובדים יש להעדיף את השיטה הקיבוצית על פני אישורה של תובענה ייצוגית, גם אם פעילות זו החלה לאחר הגשת התובענה הייצוגית. ההסתדרות הלאומית הוסיפה וטענה כי במצב דברים זה אין לאשר את התובענה הייצוגית, בכפוף לכך שאם הגשת התובענה הייצוגית היא שהביאה לאכיפת הזכויות יש לפסוק גמול מתאים לתובע הייצוגי ולבא-כוחו, חרף דחיית הבקשה, או להגיע להסדר מוסכם אחר עם התובע הייצוגי.

35. ההסתדרות הלאומית טענה עוד כי הסכם האכיפה המיוחד שנחתם בינה לבין עמישב הוא הדוק ולא מוגבל לתקופת ההתיישנות או להפרות נוכחיות. על כן, כך נטען, חשוב לשמור על יחסי העבודה המאורגנים שנוצרו במסגרת ההסכם הקיבוצי המיוחד ולמנוע הגשת תביעות ייצוגיות מקום שבו מתחילות להתבצע פעולות אכיפה גם לאחר הגשת התובענה הייצוגית. זאת, גם בשים לב לכך שלארגון העובדים יש כלים מיטביים יותר להביא לאכיפה בהשוואה לתובענה הייצוגית. בא-כוח ההסתדרות הלאומית ציין בדיון שלפנינו כי זו נכונה לפיקוח מסוים של בית הדין לעבודה על ביצועו של הסכם האכיפה המיוחד.

דיון והכרעה

36. ההכרעה שבפנינו מחייבת לשוב ולבחון את מושכלות היסוד של דיני העבודה. היא מחייבת להידרש לקשיים המיוחדים הנוגעים להגנה על זכויותיהם של עובדים בכלל ועובדים מוחלשים בפרט, כמו גם לשיקולים המיוחדים הנוגעים למשפט העבודה

הקיבוצי ולייצוג הנאמן של עובדים מוחלשים במסגרתו. כל זאת, לרקע ההיסטוריה המיוחדת של דיני התובענות הייצוגיות, וכן לעקרונות החלים על התערבותו של בית משפט זה בפסיקתם של בתי הדין לעבודה.

37. נקדים ונאמר כי גם במקרה זה מנחה אותנו המדיניות העקרונית המצדדת בכך שבתי הדין לעבודה הם הערכאות המתאימות להתוות את העקרונות החלים בתחום דיני העבודה, על יסוד מומחיותם העודפת בתחום זה (ראו למשל: בג"ץ 525/84 חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה, ירושלים, פ"ד מ(1) 673, 684-694 (1986); בג"ץ 4193/04 גרטנר-גולדשמידט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקאות 12-14 (20.6.2010); בג"ץ 92/13 פרי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 7 (16.1.2013)). לצד זאת, אנו סבורים שעתירות אלה הן מסוג המקרים שבהם יש הצדקה להתעמקות בטענותיהם של הצדדים גם בבית משפט זה – בשים לב לשאלה המשפטית המהותית העומדת ביסודן ולהשלכותיה על פרשנותו של חוק תובענות ייצוגיות, כמו גם על זכויות יסוד של עובדים השייכים לאוכלוסיות מוחלשות (ראו: בג"ץ 3716/13 אגד, אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקאות 25-26 (3.7.2014)).

38. מכל מקום, מן הטעמים שנבהיר בהמשך הדברים, הגענו בסופו של דבר לכלל דעה כי דין העתירות להידחות, כיוון שבית הדין הארצי לעבודה איזן נכונה בין מכלול השיקולים הנוגעים לעניין – הן בעניין וידון, הן בעניין בוסקילה והן בעניין ישייב. עם זאת, אנו סבורים שיש להבהיר את תחולת הסייג הקבוע בסעיף 10(3) לתוספת השנייה ביחס להסכמי האכיפה, וזאת בין היתר על רקע ההבדלים המסוימים בהתייחסות אליהם בעניין בוסקילה ובעניין ישייב.

גזרת המחלוקת עד כה: תובענות ייצוגיות לפני חוק תובענות ייצוגיות ואחריו

39. על מנת לדרון בעתירות שבפנינו ב"מבט רחב" ראוי להציג את הניסיון הפסיקתי שהצטבר עד כה בעניין זה בפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה, ואת הדעות שהובעו ביחס אליה.

40. לפני חוק תובענות ייצוגיות – בעיקרו של דבר, כאשר השאלה של תובענות ייצוגיות של עובדים עלתה לדיון לפני חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות עמדת המוצא של בית הדין הארצי לעבודה בעניין זה שללה את האפשרות של הגשתן במקום עבודה מאורגן שבו קיים הסכם קיבוצי. זאת, על בסיס הגישה העקרונית לפיה ההליך הקיבוצי הוא דרך המלך לפתרון סכסוכים במשפט העבודה. עמדה זו גובשה בפסק דינו של

הנשיא ס' אדלר בע"ע 1210/02 ביברינג – אל על נתיבי אויר לישראל, פד"ע לה 115, 136-140 (2002) (להלן: עניין ביברינג). ראו גם: ע"ע 300031/98 התעשייה האווירית לישראל בע"מ – מורג, פד"ע לה 289, 308 (2000).

41. נקדים ונאמר: במקרה הרגיל – בגישה זו טמון היגיון רב. עם זאת, השאלה שעולה בפנינו היא האם זהו עיקרון "כל יעבור" או שמא יש לקבוע לו סייגים במצבים שבהם מערכת ההגנה הקיבוצית כושלת בפועל. שאלה זו התחדדה בסופו של דבר רק לאחר שנחקק חוק תובענות ייצוגיות ונקבע בו החריג בסעיף 10(3) לתוספת השנייה.

42. הגישה המסורתית לאחר חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות – תחילה, בית הדין הארצי לעבודה דבק בגישתו המסורתית ביחס להיקף האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות בתחום דיני העבודה גם לאחר חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות. כאשר השאלה הגיעה לכלל דיון, גישת הרוב בבית הדין הארצי לעבודה ביחס לסעיף 10(3) לתוספת השנייה עוצבה בהשראת הפרשנות שגובשה עוד קודם לכן בעניין ביברינג, ולכן דגלה בגישה מצמצמת המונעת הגשתן של תובענות ייצוגיות (וראו: ע"ע 1154/04 גרוס נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון (9.1.2007) (להלן: עניין גרוס); ע"ע 1537/04 כץ – שירותי בריאות כללית - קופת חולים כללית (9.1.2007) (להלן: עניין כץ); עניין אורן). בגישה שונה החזיקה סגנית הנשיא א' ברק-אוסוסקין, שסברה (בדעת מיעוט בעניין גרוס ובדעת יחיד בעניין כץ), כי יש להתיר תובענות ייצוגיות במקומות עבודה מאורגנים, כאשר ארגון העובדים נמנע מלהיאבק בשם העובדים באותו עניין.

43. הגישה החדשה לאחר חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות – אל מול הגישה המסורתית בפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה, התפתחה גישה מרחיבה יותר, המכירה באפשרות לאשר תובענה ייצוגית במקרים שבהם הופרו זכויות עובדים גם כאשר חל לכאורה הסכם קיבוצי במקום עבודתם. על-פי גישה זו, יש לסייג, על דרך פרשנות, את סעיף 10(3) לתוספת השנייה כך שאינו חל במצבים של הפרות שיטתיות של זכויות עובדים אשר אינן נענות בטיפול ממשי של ארגון העובדים – כחריג ובכפוף לשיקול-דעתו של בית הדין לעבודה. גישה זו, שהחלה כאמור בפסיקתה של סגנית הנשיא א' ברק-אוסוסקין (באותה עת בדעת מיעוט או בדעת יחיד) הפכה בעניין וירון לדעת רוב, בפסק דינה של השופטת ו' וירט-לבנה (שס, בפסקאות 48-54). השופטת וירט-לבנה ביססה את פסק דינה בנושא על תורת הפרשנות התכליתית כדלקמן:

"תכליתו של החריג בפריט 10(3) לתוספת היתה לאפשר לארגון העובדים היציג במקומות עבודה מאורגנים,

עליהם חל הסכם קיבוצי שמסדיר את תנאי העבודה – וכאן אוסיף שמסדיר בפועל והלכה למעשה את תנאי העבודה ולא על הנייר – לנקוט בצעדים העומדים לו במסגרת תפקידו לאכוף על המעסיק לקיים את ההסכם הקיבוצי, זאת בעיקר בדרך של פתיחה בהליך של סכסוך קיבוצי" (שס, בפסקה 31. ההדגשות מופיעות במקור).

אם כן, לפי גישה זו, יש לקרוא את סעיף 10(3) באופן המסייג את תחולתו ביחס למצבים שבהם ההסכם הקיבוצי אינו מסדיר בפועל את זכויות העובדים, אלא רק להלכה בלבד. כאמור, גישה זו חזרה ואומצה גם בעניין חבושה ובעניין בוטקילה, אשר הדגישו את החשיבות הנודעת לאכיפה בפועל של זכויות העובדים, וכך התייחסו לשיקול הדעת של בית הדין לעבודה בעניין בשים לב למאפיינים של יחסי העבודה הרלוונטיים.

44. יצוין, כי הגישה החדשה בפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה התקבלה אף היא בדעת רוב בלבד. הנשיא אדלר בעניין וירון הוסיף וציידד בעמדתו המצמצמת ביחס להגשת תובענות ייצוגיות במקומות עבודה מאורגנים, כפי שגובשה בעבר עוד בעניין ביבריינג. הנשיא אדלר נתן ביטוי לעמדתו זו באומרו: "גם במקרים בהם מאותרת בעיה של תת-אכיפה והפרה של זכויות עובדים, הדורשת, ללא ספק פתרון. ראוי הוא – ככל שהמדובר במפעל מאורגן – שהפתרון ימצא במסגרתה של העבודה המאורגנת ולא תוך הפרתה או חתירה תחתיה" (עניין וירון, בפסקה 17 לפסק דינו של הנשיא אדלר).

45. לא למותר לציין כי גם לשיטתו של הנשיא אדלר עשויים להיות חריגים לסייג הקבוע בסעיף 10(3) לתוספת השנייה, היינו עשויים להיות מקרים שבהם קיים הסכם קיבוצי ואף על פי כן תאושר תובענה כייצוגית. אולם, חריגים אלו הוגדרו על-ידו באופן מצומצם מאד – בהתייחס למצבים של ארגון "מטעם" או ארגון שאינו אותנטי או אינו פעיל כלל, מקרים שבהם ההסכם הקיבוצי אינו בר-תוקף (מטעמים מהותיים, להבדיל מטעמים טכניים) או כאשר נקבע כי ההסכם הקיבוצי מבוטל משום שנחתם על-ידי גוף שלא היה הארגון היציג בזמן החתימה. לעומת זאת, הוא הדגיש, כי אי-שביעות רצון מתפקודו של הארגון היציג אינו מספיק לעניין זה (ראו: עניין וירון, בפסקה 17 לפסק דינו של הנשיא אדלר). זאת, כיוון שהליך אישורה של תובענה ייצוגית אינו ההליך המתאים להערכת תפקודו של הארגון היציג. לרשות העובדים, כך הוא הוסיף, עומדים מנגנונים אחרים להביא לשיפור בפעילותו של ארגון העובדים.

46. גישות נוספות – עמדה נוספת המבטאת גישה מצמצמת לפרשנותו של סעיף 10(3) הובעה במאמר משותף של פרופסור אלון קלמנט ופרופסור שרון רבין-מרגליות

(אלון קלמנט ושרון רבין-מרגליות "תובענות ייצוגיות בדיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק?" עיוני משפט לא 369, 399 (2009) (להלן: קלמנט ורבין-מרגליות)). עם זאת, הדגש שהוצע במאמר זה היה מעט שונה והתבסס על הבחנה בין תביעות המוגשות בגין הפרה של זכויות הסכמיות שמקורן במערך יחסי העבודה הקיבוציים ובין תביעות שעניינן הפרה של זכויות שמקורן בחקיקת המגן. הבחנה זו הושתתה על הקביעה שתובענה ייצוגית היא כלי המקדם אכיפה מלאה של זכויות, בעוד שפעולה באמצעות ארגון עובדים עשויה להביא לאכיפה חלקית בלבד של זכויות. בהמשך לכך, הוסבר כי כאשר מדובר בזכויות שמקורן בחקיקת המגן יש להבטיח אכיפה מלאה שלהן ולכן יש להתיר תובענות ייצוגיות ביחס להפרתן, ואילו ביחס לזכויות שמקורן בהסכם אין מניעה כי הן ייאכפו באמצעות ארגון העובדים, שלו תינתן השליטה על מידת אכיפתן.

47. בצד הגישות הפרשניות שהוצגו, ניתן לציין כי סגנית הנשיא (בדימוס) ברק-אוסוסקין אף הציעה – לנוכח הניסיון המצטבר – לתקן את נוסחו של סעיף 10(3) לתוספת השנייה באופן ששיקול הדעת באשר לאישורה של תובענה ייצוגית – גם כאשר חל על מקום העבודה הסכם קיבוצי – יופקד בידי בית הדין לעבודה (ראו: אלישבע ברק-אוסוסקין "ממרומי נבו – תובענה ייצוגית ומשפט העבודה הקיבוצי: היחיו שניהם יחדיו? בעקבות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006" 99 גבריאל בך 577, 579 (דוד האן ואחרים עורכים, 2011)). לשיטתה, מניעת האפשרות להגיש תובענה ייצוגית במקום עבודה מאורגן אינה הולמת את אופיו ומסורתו של משפט העבודה הישראלי, ומכל מקום, אינה ראויה כעניין של מדיניות משפטית וחברתית. המאמר מכוון, בעיקרו של דבר, אל המחוקק וקורא לתיקון החריג, כניסוחו בחוק, בהתחשב בעקרונות היסוד של דיני העבודה. עם זאת, מאחר שכתובת המאמר הסתיימה לאחר שניתן פסק הדין בעניין וירון, הובעה בו גם תמיכה בגישה העקרונית שהוא מבטא (שם, בעמ' 617).

48. בשלב זה, הגיעה העת לעבור מן הדיון בניסיון שהצטבר עד כה להצגת השיקולים אשר צריכים להנחות אותנו בגיבוש העמדה הפרשנית הראויה לסעיף 10(3).

פרשנות החוק: בין דיני העבודה לדיני התובענות הייצוגיות

49. נקדים ונאמר, כי בפרשנותו של סעיף 10(3) לתוספת השנייה תהיה נקוטה בידינו הגישה הפרשנית הנוהגת בפסיקתו של בית משפט זה – גישת הפרשנות התכליתית, שהנחתה אף את בית הדין הארצי לעבודה.

50. כדי לברר מהי הפרשנות התכליתית הראויה להוראת חוק זו, עלינו להתחקות אחר תכליותיהם של שני ענפי משפט, שהיא נמצאת בתוכם ביניהם – דיני התובענות הייצוגיות, מחד גיסא, ודיני העבודה, מאידך גיסא. מהיבטם של דיני התובענות הייצוגיות, התכלית המושלת בכיפה היא אכיפה מקסימאלית של זכויות, ולא כל שכן זכויות של קבוצות מוחלשות. גם מהיבטם של דיני העבודה, התכלית של אכיפה מיטבית של זכויות עובדים היא תכלית מרכזית. אולם, בצדה עומדת תכלית נוספת, שעניינה השמירה על כוחם של ארגוני העובדים. תכלית זו קשורה קשר הדוק בתכלית הראשונה. למעשה, כוחם של ארגוני העובדים אינו ערך עצמאי, אלא הוא נועד לשרת את זכויות העובדים במסגרת של יחסי עבודה קיבוציים. ארגוני עובדים חלשים אינם יכולים לייצג באופן אפקטיבי את ציבור העובדים ולדאוג לאכיפת זכויותיהם, שכן ממילא אינם בני שיח רלוונטיים מבחינתם של המעסיקים. עם זאת, פעילותם של ארגוני העובדים היא רב ממדית ואינה מכוונת רק לאכיפה של זכויות העובדים. לא אחת היא מכוונת לשיפור בתנאיהם של העובדים, מעבר לזכויות שכבר הוקנו להם. אם כן, השמירה על כוחם של ארגוני העובדים היא תכלית רחבה המשתרעת אף מעבר לאכיפת זכויותיהם הקיימות של העובדים. חוק תובענות ייצוגיות ביקש להלך בין תכליות אלה באמצעות הסדר שפותח ביד רחבה את הנתיב של תובענות ייצוגיות בפני עובדים, אך בכפוף לסייג שנועד לשמר את כוחם של ארגוני העובדים. הבנת האיזון שביסוד פשרה זו תנחה אותנו בהמשך הדרך.

51. כפי שכבר צוין, אכן יש טעם בגישה לפיה אכיפה אפקטיבית של זכויות עובדים בעולם העבודה נדרשת לפעולה קבוצתית המאגדת את העובדים כנגד כוחו של המעסיק. במערכת יחסי עבודה קיבוציים הפעולה הקבוצתית מבוססת, במקרה הרגיל, על פעילותו של ארגון העובדים. חוק תובענות ייצוגיות פתח דרך חלופית לפעולה קבוצתית של עובדים במקרה שבו הופרו זכויותיהם – לא באמצעות ארגון העובדים אלא באמצעות איחוד כוחות במסגרת תובענה ייצוגית. סעיף 10(3) ביקש שלא לאפשר לעובדים לבחור בדרך התובענה הייצוגית, במקרה הרגיל, על מנת שלא לנוון ולהחליש את פעילותו של ארגון העובדים. בנסיבות אלה, יש לפרש את סעיף 10(3) באופן שיבטיח את ההגנה על זכויות העובדים, אך מבלי שתיפרץ דרך לפגיעה בפעילותם של ארגוני עובדים ובמעמדם במערכת החשובה של יחסי עבודה מאורגנים. מפרספקטיבה זו, המגמה העדכנית בפסיקתו של בית הדין לעבודה היא ראויה. להלן נפרט את עיקרי עמדתנו, על מנת להבהיר ולחדד את אופן יישומה הראוי, ברוח פסיקתו של בית הדין לעבודה, בכפוף לכמה הדגשים והבהרות נוספים. פרשנותנו לסעיף מיוסדת על כמה אדנים: פרשנות לשון החוק; ההיסטוריה החקיקתית שלו; ותכליתו.

52. סעיף 10(3) לתוספת השנייה מוציא מגדר התביעות שניתן לאשרן כייצוגיות תביעות בהן חל הסכם קיבוצי המסדיר את יחסי העבודה. המפתח לפרשנותו של סעיף זה הוא פרשנותו של המונח "מסדיר". מהו הסכם קיבוצי המסדיר את יחסי העבודה? המונחים "הסדר", "הסדרה" או "אסדרה" בהקשרם המשפטי הם מונחים מקצועיים מובהקים, המכוונים לקביעתה של מערכת נורמטיבית כוללת החלה על תחום, אכיפתה ופיקוח עליה, כלומר רגולציה (regulation). המשמעות של רגולציה היא הסדרה כוללת, במובן של יצירת כללים, אכיפתם ופיקוח על קיום ההסדר. באופן זה להסדרה יש ביטוי בחיי המעשה, ולא רק בדברים הכתובים עלי ספר. פרופסור יצחק זמיר כתב בעניין זה כי המושג "הסדרה" "מורכב משני חלקים: ראשית, הסדרה של פעילות פרטית בתחומים שונים באמצעות כללים הנקבעים בחוק, בתקנות ובהוראות מנהל; שנית, אכיפת הכללים באמצעות מנגנונים שונים..." (יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב 67 (2005)). זוהי, למעשה, הגישה הנוהגת בספרות שעוסקת ברגולציה בכללותה. אכן, קיימות גישות שונות ביחס להגדרת המושג, אך "ממעוף הציפור" ניתן לומר כי כולן מתייחסות למערכת של כללים שנעשות פעולות לאכיפתה ולשמירה על אכיפה זו (ראו למשל: Philip Selznick, *Focusing Organizational Research on Regulation*, in REGULATORY POLICY AND THE SOCIAL SCIENCES 363, 363-364 (R G Noll ed., 1985) ("Regulation refers to sustained and focused control exercised by a public agency over activities that are valued by a community"); MORGAN BRONWEN AND YEUNG KAREN, AN INTRODUCTION TO LAW AND REGULATION 3 (2007) ("deliberate attempts by the state to influence socially valuable behaviour which may have adverse side-effects by establishing, monitoring and enforcing legal rules"); David Levi-Faur, *Regulation and Regulatory Governance*, in HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION 6 (David Levi-Faur ed, 2011) ("the ex-ante bureaucratic legalization of prescriptive rules and the monitoring and enforcement of these rules by social, business, and political actors on other social, business, and political actors"). כן ראו: שרון ידין "מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים שונים של המונח בחקיקה הישראלית" חוקים בקצרה (ספטמבר 2014); איילת הוכמן, אלון חספר ודן לרגמן "מדברים על רגולציה – על המושג 'רגולציה' ומקומו במשפט הישראלי" רגולציה (רועי קרייטנר ישי בלנק ודוד לוי פאור עורכים, עתיד להתפרסם, 2015)).

53. גם בית משפט זה חזר ופסק לא אחת כי הפיקוח על הסדרים הוא חלק בלתי נפרד מהם. כך לדוגמה, בע"פ 725/97 קלקודה נ' הרשות לפיקוח חקלאי, פ"ד נב(1) 749

(1998) נקבע כי הצורך לפקח או לאכוף את קיומן של מכסות ייצור ושיווק בחקלאות, הנקבעות בחוקים שונים, הוא "צורך מובנה וחיוני לעצם קיומו של ההסדר" (שם, בעמ' 765). לא זו אף זו, בהתאם לפסיקתו של בית משפט זה, מקום שהמחוקק מקנה לרשות מינהלית סמכות ליתן רישיון יש לייחס לו גם כוונה להסמיך את הרשות לפקח על הפעילות שלשמה נדרש הרישיון, וזאת כדי למנוע את סיכול המטרות שבבסיס מתן הרישיון (ראו: ע"פ 107/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' מלון נורדאו פלז'ה בע"מ, פ"ד יג 1345, 1358 (1959); דנג"ץ 6127/00 המפקחת על הביטוח נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נח(4) 937, 946-947 (2004); עע"ם 9187/07 לוזון נ' שר הפנים, פסקה 32 (24.7.2008)). אם כן: הסדרה הקיימת רק במילותיהם היבשות של הכללים – עלי ספר בלבד – מבלי שהפיתחו בהן רוח חיים בדמות אכיפה ופיקוח הלכה למעשה – אינה הסדרה במלוא מובנה של מילה זו, וודאי שלא לצרכים משפטיים.

54. כך גם בענייננו, הסכם קיבוצי שלא נאכף על-ידי ארגון העובדים אינו יכול להיחשב הסכם "המסדיר את תנאי עבודתו" של העובד. רק הסכם קיבוצי שבפועל נעשית אכיפה ופיקוח על יישומו ייחשב הסכם "המסדיר" את תנאי העבודה של העובד. כמובן, שפרשנות זו נותנת מענה רק למחלוקת "מסדר ראשון", היינו לשאלה האם קיומו של הסכם קיבוצי מונע באופן קטגורי הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית. בכך אין די. בהמשך הדברים, תיבחן השאלה מהם המקרים שבהם הסכם קיבוצי ייחשב כהסכם "המסדיר את תנאי עבודתו" של העובד.

ההיסטוריה החקיקתית

55. עדות לתכליתו של סעיף 10(3) לתוספת השנייה כהוראה המבקשת להגן על פעילותו של ארגון העובדים היציג במקום שבו זה אמנם פועל לפיקוח ואכיפה על זכויות העובדים – להבדיל מאשר במקרה שבו אינו פועל – ניתן למצוא גם בדברי ח"כ רשף חן, שהציג, בשם ועדת החוקה, חוק ומשפט, את הצעת חוק תובענות ייצוגיות לקריאה שנייה ושלישית בפני מליאת הכנסת:

"אני רוצה לעמוד בקצרה על היקף העילות שהחוק הזה כן יחול עליהן ולהפנות את תשומת לב הכנסת להרחבה העצומה שיש בחוק הזה... ניתן יהיה לתבוע בכל עניין שקשור ביחסי עבודה ומצוי בסמכות בית-הדין לעבודה. התביעה תתקיים בבית-הדין. הסייג היחיד לעניין זה הוא עניינים שבהם העובד מיוצג על-ידי ארגון עובדים, כי הרעיון הוא שאם העובד מיוצג על-ידי ארגון עובדים, יותר נכון ויותר ראוי שארגון העובדים יהיה זה שמייצג

אותו ולא הליך התובענה הייצוגית" (ד"כ 13, 94 (התשס"ו)).

56. מדברים אלה עולה בבירור כי ההנחה הגלומה בניסוחו של סעיף 10(3) לתוספת השנייה הייתה שיש להגן על ארגון העובדים מפני יצירת מסלולים עוקפים לו כאשר זה אמנם פועל להבטחת הזכויות שההסכם הקיבוצי או החוק מקנים לעובדים, וכפי שנאמר: "יותר נכון ויותר ראוי שארגון העובדים יהיה זה שמייצג את העובד (ש). משמע, אין הסעיף עוסק במצב שארגון העובדים אינו מתפקד.

57. ראוי להוסיף ולציין, כי דברים אלה נאמרו לאחר שהבעיה של ארגון עובדים שאינו פועל למען העובדים, חרף הפגיעה בזכויותיהם, זכתה להתייחסות בדיונים שהתקיימו בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. ח"כ חן עצמו הציג שם את השאלה הבאה:

"השאלה היא מה עושים אם ארגון העובדים מתנגד להגשת התביעה הייצוגית? התשובה צריכה להיות שעליו להיות מצורף כנתבע".

ובהמשך לכך:

"הוא מתנגד במחדל, הוא לא מגיש את התביעה".

ראו פרוטוקול ישיבה מס' 1 של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 57 (20.4.2005).

הפרשנות התכליתית בראי דיני העבודה

58. כאמור, החרגי שנקבע בסעיף 10(3) לתוספת השנייה לחוק נועד לקדם תכלית חשובה של דיני העבודה – הגנה על האורגנים השונים במשפט העבודה הקיבוצי, ובפרט על ארגון העובדים. הנחת המוצא שעומדת בבסיס הגנה זו היא שלארגון העובדים יתרון מובנה בהגנה על זכויותיהם של העובדים. זוהי התארגנות של קבע שאינה נוצרת רק לעיתות משבר וסכסוכים ולכן יכולה להביא להישגים לאורך זמן ולא רק במאבקים נקודתיים. כפי שכבר צוין, היא מאפשרת את שיפור תנאי העבודה של העובדים מעבר לאכיפת זכויותיהם הקוגנטיות. יש בה כדי להוות משקל נגד לכוחו של המעסיק. ככלל, היא מגלמת את הרעיון שהשלם גדול מסך חלקיו (ראו: מורן סבוראי "תכליתם של מנגנוני ייצוג במשפט העבודה: מנגנון התובענה הייצוגית אל מול הכלים המסורתיים ממשפט העבודה הקיבוצי" ספר אלישבע ברק-אוסטוסקין 597 (סטפן אדלר

ואחרים עורכים, 2012)). אכן, במהלך השנים חלו תמורות במציאות שברקעם של דיני העבודה, ואלה הובילו, במישרין ובעקיפין, לירידת כוחם של ארגוני העובדים (ראו: גיא מונדלק "יחסים בין ארגוני עובדים: על ביזור מערכת יחסי העבודה בישראל" שנתון משפט העבודה ו 219, 239-240 (1996) (להלן: מונדלק); נאוה פינצ'וק-אלכסנדר "כיוונים להתחדשות ארגון העובדים במאה העשרים ואחת" עבודה, חברה ומשפט י 51 (2004)). אולם, באלה בלבד אין כדי לגרוע מן הטעמים הבסיסיים העומדים ביסוד חשיבותם של ארגונים אלה. נוכח האמור, נקדים ונכתן את החריג בסעיף 10(3) לתוספת השנייה בשים לב לתכלית בדבר הגנה על ארגון העובדים.

59. באופן עקרוני, מקור כוחו של ארגון העובדים היציג הוא בפעולתו כגוף יחיד ביחידת מיקוח נתונה המאגד מספר רב של עובדים (הבנה זו היא שהולידה למשל את העיקרון "הסתדרות אחת – הסתדרות חזקה". ראו: מונדלק, בעמ' 230-234. ראו גם: סטיב אדלר "הסכמים קיבוציים: מסגרת, תחולה ותיאום" 17 בר-ניב (1987); GUY; MUNDLAK, FADING CORPORATISM – ISRAEL'S LABOR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS IN TRANSITION 18-19 (2007). עוצמתו של ארגון העובדים מאפשרת לו לנהל שיג ושיח עם המעסיק – לוותר במקום אחד על מנת להרוויח במקום אחר. כך למשל, ארגון העובדים עשוי לוותר על זכויות כלכליות או משפטיות מסוימות, שאינן קוגנטיות, למען הישגים במקומות אחרים (ראו ע"ע 300205/98 אבני – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לד 361, 369 (1999)). האפשרות לוותר על זכויות מסוימות באופן שמאפשר למעסיק לסמוך על הויתור קיימת רק מקום שבו העובדים או חלק מהם אינם יכולים לפעול כנגד אותה הכרעה מול המעסיק, למשל בדרך של תובענה ייצוגית. במלים אחרות, כוחו של ארגון העובדים להגן על זכויות החברים בו ולפעול לטובתם נעוץ בייחודיות שלו, בייצוגיות שלו. השגת תכלית זו מחייבת "לעודד פעילות באמצעות ארגוני עובדים חזקים שירכזו כוח מיקוח ניכר. הדבר מחייב לצמצם את חופש ההתארגנות ולמנוע מארגונים קיימוניים לנהל משא ומתן בשם העובדים" (רות בן-ישראל דיני עבודה כרך ג 1134 (2002); ראו גם: עניין עמית, בעמ' 104; דב"ע לג/4-7 אוניברסיטת תל אביב – ארגון הסגל האקדמי באוניברסיטת ת"א, פד"ע ה 85, 96 (1973)). על רקע כל אלה, הונחה המחוקק על-פי התפישה שבמקום עבודה מאורגן שבו נעשה שימוש בכלים הרגילים של משפט העבודה הקיבוצי אין לשמוט את הקרקע תחת רגליו של ארגון העובדים היציג באמצעות הגשתה של תובענה ייצוגית על-ידי עובדים, מחשש שהדבר יביא להחלשתו.

60. במה דברים אמורים? פרשנות תכליתית של חוק תובענות ייצוגיות בראי דיני העבודה מוליכה למסקנה שההגנה על ארגון העובדים נדרשת אך במקרים שבהם אכן

קיימת פעילות של ארגון עובדים – ארגונית או משפטית – לשם הגנה על זכויות העובדים.

61. הפרשנות המוצעת לסעיף 10(3) לתוספת השנייה עולה בקנה אחד עם הגישה העוברת כחוט השני בדיני העבודה בכללותם, לפיה בחינתן של הגדרות נעשית מתוך פנימה, בהתאם למצב העניינים בפועל ולתכליתן של ההגדרות, ולא מתוך התבוננות חיצונית בלבד המתמקדת בתיוגים ובשמות. כך למשל, הקביעה מיהו "עובד" איננה תלויה רק במונח הרשמי שבו בחרו הצדדים ליחסי העבודה לתאר אותם. המבחן שאומץ ברבות השנים לסיווג תבנית ההעסקה הוא "המבחן המעורב". מבחן זה מכיל בקרבו מספר רב של מבחני משנה, ובכללם "מבחן ההשתלבות" הבוחן האם מבצע העבודה משתלב בעסקו של נותן העבודה מחד גיסא, והאם מבצע העבודה מנהל עסק עצמאי משל עצמו מאידך גיסא. במסגרת המבחן המעורב נבחנים גם סוגיית הכפיפות; הסכמת הצדדים לגבי אופן העסקה; אופן ביצועם של תשלומי המסים וכיוצא באלה. כפי שהוסבר בהקשר זה: "יתרונו המרכזי של המבחן המעורב מתבטא בגמישותו הרבה. גמישות זו מותירה לבית הדין מרחב תמרון המאפשר התחשבות בדינמיות המאפיינת את יחסי העבודה ועריכת איזון בין הגורמים המשפיעים על מהות היחסים בין מבצע העבודה ומקבל העבודה" (ראו: סטיב אדלר "היקף תחולת משפט העבודה – מכפיפות לתכלית" 17, 22 (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן-ישראל, יצחק אליאסוף ונחום פינברג עורכים, 2001)).

62. כך גם נפסק בנוגע לסוגיית ההכרה בארגון עובדים. בעניין עמית נקבע כי תנאי להכרה בארגון עובדים הוא כי הארגון המקבל הכרה לפי חוק יהיה כשיר למלא את התפקיד שהטיל המחוקק על ארגון שכזה. לעניין זה נקבע, כי אין די במראה עיניים וכי יש לברר האם הארגון מקיים הלכה למעשה, ולא רק על פני הדברים, את התנאים הנדרשים בחוק להכרה בו. משמע, "יש לברר גם, באופן סביר, אם ארגון המציג עצמו כארגון עובדים הוא אכן ארגון עובדים אמיתי" (שם, בעמ' 120). כפי שבואר בהמשכו של פסק הדין, עשויים להיות שני טעמים לכך שארגון עובדים אינו ארגון "אמיתי" – האחד, כי מדובר בארגון מתחזה במובן זה שאין כוונתו האמיתית לפעול בהתאם למטרותיו המוצהרות והוא רק מעמיד פנים לצורך זאת; השני, והוא הרלוונטי לענייננו, הוא כי מדובר בארגון נכשל במובן זה שאף על פי שכוונתו אמיתית ורצויות הוא אינו מוציאן מן הכוח אל הפועל (שם, בעמ' 121; ראו גם ע"ב (ארצי) 9/07 ארגון גננות חרדיות – הסתדרות המורים של אגודת ישראל (15.9.2008), בפסקה 24 לפסק דינו של הנשיא אדלר). למעשה, שני חריגים אלו הם בעלי משמעות גם לצורך הבנתה של המחלוקת בדבר הפרשנות הראויה לחוק תובענות ייצוגיות, בשים לב לשתי התכליות

שהוזכרו לעיל – השמירה על זכויות העובדים והשמירה על כוחם של ארגוני העובדים. הגישה הפרשנית המצמצמת שבה דגל הנשיא אדלר להכרה בתובענה ייצוגית אימצה את החרוג הראשון מבין השניים שנזכרו. לעומת זאת, גישתם של שופטי הרוב בבית הדין לעבודה בעניין וירון, וכן פסקי דינו של בית הדין לעבודה בעניין חבושה ובעניין בוטקילה, פתחו את שערי התובענה הייצוגית גם לגבי המצב השני של ארגון שנכשל בתפקידו. בעניין ישייב בית הדין הארצי לעבודה המשיך ובחן את השאלה מתי ניתן לומר שהארגון מבצע תפקידו כראוי, ובאופן יותר ספציפי, האם קיומם של מנגנונים לאכיפת זכויות מצדיק מענה חיובי לשאלה זו.

הפרשנות התכליתית בראי חוק תובענות ייצוגיות

63. כאמור, פרשנות תכליתית של סעיף 10(3) לתוספת השנייה מחייבת להעמידו גם במבחן התכלית של חוק תובענות ייצוגיות עצמו. מטרתו של חוק תובענות ייצוגיות מוגדרות בסעיף 1 לחוק כך:

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

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

64. מסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות ניתן ללמוד כי לתובענה הייצוגית שתי תכליות עיקריות: הראשונה – מתן סעד לקבוצת נפגעים; השנייה – אכיפת החוק והרתעה מפני הפרות נוספות. התובענה הייצוגית משרתת את האינטרס הפרטי של התובע אך גם “רותמת” אותו לטובת הכלל, על-ידי כך שהיא מבטיחה פיצוי למי שמסייע לאכיפת הדין ולהרתעה מפני הפרתו באותם מצבים שבהם קיים “כשל שוק” באכיפה. מבחינה זו, התובענה הייצוגית היא גם כלי רגולטורי, במובן הרחב של מונח זה (להשפעת עמדתו של הרגולטור על אישור התובענה הייצוגית, ראו והשוו למשל: ע”א 7928/12 אי. אר. אמ טכנולוגיות בע”מ נ’ פרטנר תקשורת בע”מ (22.1.2015)). התכלית הרגולטורית של חוק תובענות ייצוגיות מחייבת לפרש את סעיף 10(3) לתוספת השנייה באופן שימנע הנצחתו של כשל שוק באכיפתן של זכויות עובדים. על כן, פרשנות מצמצמת של הסייג הקבוע בסעיף 10(3) כך שיחול רק במקרים בהם אכן ישנה “הסדרה” מאורגנת של יחסי העבודה בפועל, על כל המשתמע מכך, היא-היא הפרשנות שמקיימת את תכליותיו של חוק תובענות ייצוגיות כפי שנקבעו על-ידי המחוקק.

65. אם כן, פרשנותו של סעיף 10(3) לפיה יש לאפשר הגשת תובענה ייצוגית במקום שבו ארגון העובדים אינו מתפקד ואינו פועל לאכיפת זכויות העובדים, מתיישבת ומקיימת את מטרותיו האמורות של חוק תובענות ייצוגיות. לעומת זאת, הפרשנות שלה טענו המעסיקות, ארגון המעסיקים, וההסתדרות הכללית, מסכלת, במידה רבה, מטרות אלה. במה דברים אמורים? הגישה השוללת הגשת תובענה ייצוגית בנסיבות שבהן ארגון העובדים אינו מתפקד, תוך הפניית העובדים לדרכים חלופיות לאכיפת זכויותיהם, כגון הגשת תובענות אישיות כנגד המעסיק, מובילה אל תוצאה פרדוקסלית. הנחת המוצא של משפט העבודה הקיבוצי הינה כי העובד הבודד הוא צד מוחלש, שברגיל אינו מסוגל להביא לאכיפת הדין ולשמירה על זכויותיו ולכן נדרש לעזרתו של ארגון עובדים. אם כן, לא ניתן לומר שכאשר ארגון העובדים אינו מתפקד יש לחזור לדרך התביעה האישית. לפיכך, במקרה מסוג זה, שבו ארגון העובדים אינו מתפקד, יש לפנות למסלול דומה וחלופי למסלול הסכסוך הקיבוצי, הוא הליך התובענה הייצוגית. על-פי רוב, העובד, כיחיד, הוא נטול אמצעים כספיים מספיקים כדי לתבוע את זכויותיו, ולא כל שכן, במצבים המאופיינים בפגיעות קטנות יחסית מבחינתו של כל עובד. על כך ניתן להוסיף, כי מבחינה מעשית, בנסיבות מסוג זה, לא ניצבים בפני העובד כיווני פעולה מבטיחים: ייזום של התארגנות חלופית הוא קשה ואינו צפוי להוליד תוצאה מיידית; הוא הדין בתביעה בעילה של היעדר ייצוג הולם שהוגדרה בפסיקה באופן מצמצם (ראו: דב"ע לו/7-4 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ – חרות, פד"ע ח 197, 223 (1977); ע"ע 11-10-7129 חג'אג' נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ (7.4.2014)).

הפרשנות התכליתית בראי בעיית הנציג

66. לאמיתו של דבר, פרשנות החריג הקבוע בסעיף 10(3) לתוספת השנייה מהווה דוגמה נוספת להתמודדות עם התופעה של "בעיית נציג" במשפט, היינו עם מצבים שבהם הגורם שאמור לייצג אינטרס של אחר אינו עושה כן, אלא מטעמים של תועלת עצמית זו או אחרת הוא חוטא לחובתו. בעיית הנציג (Principal-agent problem) מתייחסת למצבים שבהם אין חפיפה בין האינטרסים של הנציג (agent) לבין האינטרסים של המיוצג (principal). הנציג אמור לפעול נאמנה לקידום ענייניו של המיוצג, אך לעיתים נוצר חוסר התאמה בין האינטרסים של השניים והנציג פועל לקידום האינטרסים שלו עצמו. הנציג יכול לפעול שלא לטובת האינטרסים של המיוצג בנסיבות שבהן קיים מצב של א-סימטריה במידע העומד לרשות השניים. על מנת להתגבר על בעיה זו, חשוב לעשות שימוש במערכת תמריצים, המקרבת בין האינטרסים

של הנציג ובין האינטרסים של המיוצג, וכן מנהיגה מערך של פיקוח ובקרה על פעולות הנציג (ראו עוד: זוהר גושן "בעיית-הנציג" כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים" 190 זיכרון לגואלטיארו פרוקצ'יה 239 (1996)). בהקשר הנוכחי, ארגון העובדים הוא הנציג המופקד על הגנת האינטרסים של העובדים. מצב שבו הארגון חוטא לחובתו לפעול למימוש זכויותיהם של עובדים מוחלשים מהווה, אפוא, דוגמה להתממשות של בעיית הנציג. אכן, לכאורה יש לארגון העובדים תמריצים לייצג את העובדים באופן יעיל, על מנת לשמר את מעמדו כארגון היציג ולהוסיף לקבל את דמי החבר המשולמים לו. אולם, תמריצים אלה אינם משמעותיים דיים כאשר מדובר במצב שבו העובדים מאופיינים בביזור ובחוסר מודעות לזכויותיהם, כך שכפועל הם בבחינת "קהל שבוי" בידי הארגון. במצב דברים זה, ובעיקר כאשר קיים קושי ליצור התארגנות מתחרה, בעיית הנציג אף מוחרפת – כאשר ארגון העובדים עלול להסתפק בפעילות מינימלית עד לא קיימת, ובכל זאת ליהנות מגבייתם של דמי חבר מן העובדים המאוגדים בו. בהתאם לכך, ראוי לבחור בפרשנות לסעיף 10(3) אשר תבטיח את קיומם של מנגנוני בקרה על תופעות הלוואי של בעיית הנציג. מסקנה זו מקבלת משנה תוקף לנוכח הפרשנות הצרה שניתנה לתביעה בגין העדרו של "ייצוג הולם", שלכאורה יכולה הייתה לשמש שיטה חלופית להתמודדות עם הבעיה. במאמר מוסגר נעיר כי הפרשנות המצרה שאומצה באשר לאפשרות לתבוע בגין הפרת החובה לייצוג ההולם היא לכאורה בעייתית. עם זאת, איננו נדרשים לשאלה זו לעומקה, מאחר שהיא לא נדונה בפנינו.

67. לעתים, ההתמודדות עם בעיית הנציג נעשית במתכונת של פיקוח מלכתחילה (ex ante), למשל על-ידי דרישה לאישור של בית משפט לפעולה משפטית (של אפוטרופוס או כונס נכסים). במקרים אחרים, ההתמודדות עם בעיית הנציג נעשית במתכונת של פיקוח לאחר מעשה (ex post), באמצעות יצירת הליך חלופי לאכיפת זכויות – באותם מקרים שבהם "דרך המלך" נחסמה בשל פעולה לקויה של הנציג. כך למשל, מנגנון התביעה הנגזרת בדיני חברות מהווה מנגנון שיורי לדרך המלך של הגשת תביעה בשם החברה על-ידי האורגנים המוסמכים לכך. מנגנון התביעה הנגזרת מאפשר לבעל מניות להפעיל את כוח התביעה של החברה מקום בו החברה אינה מממשת כוחה זה (ראו צפורה כהן בעלי מניות בחברה – זכויות תביעה ותורפות, כרך ג 439 (מהדורה שנייה, 2010)). אחד הטעמים לקיומו של מנגנון זה הוגדר באופן הבא:

"סכנה של ניצול לרעה של ייחוד הכוח לפתוח בהליכים בידי הדירקטוריון. הדירקטורים עשויים להחליט לא לפתוח בהליכים בשם החברה – כדי לחפות על עצמם ולמנוע גילוי טעויות שעשו או הטלת אחריות עליהם. כיוון שאין מדובר בקביעת זכויות וחבויות ראשוניות,

אלא בהגשמתן באמצעות שימוש בזכות המשנית –
 הזכות להגיש תביעה – יש נכונות רבה יותר לאפשר
 לרוב בעלי המניות להתערב" (שס, בעמ' 452-453).

אם כן, מקום שבו נוצרת בעיית נציג במובן זה שהגוף אשר לו נתונה הסמכות לפתוח בהליכים משפטיים, קרי הדירקטוריון, אינו עושה כן ועלולים להיפגע מכך בעלי המניות, קיים הליך מיוחד שמאפשר התמודדות עם בעיה זו, כמסלול חלופי שמתאים לנסיבות של "קריסת מערכות".

68. למעשה, לעתים, גם עתירה לבג"ץ או לבית המשפט לעניינים מינהליים כנגד מעשה או מחדל של הרשות מהווים דוגמה להתמודדות עם בעיית הנציג, במצבים שבהם ממלאי תפקידים ציבוריים חוטאים לתפקידם כנאמני הציבור. כדברי השופט ח' כהן בציינו:

"לא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עושה, ברצותה מעניקה וברצותה מסרבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן, וכשלעצמה אין לה זכויות או חובות נוספות על אלה, או שונות ונפרדות מאלה, אשר הן נובעות מנאמנות זו או הוקנו לה או הוטלו עליה מכוח הוראות חקוקות" (בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, ירושלים, פ"ד כה(1) 325, 331 (1971)).

69. בדומה לכך, גם בענייננו, השאלה היא כיצד יש לנהוג במצבים שבהם מתממש פוטנציאל הסכנה הטמון במצב של נציגות, שעה שארגון העובדים ממאן להגן על זכויות העובדים. במצב שכזה אין לחסום את האפשרות של פעולה חלופית, שתאפשר לעובדים להביא לאכיפה של זכויותיהם באופן קולקטיבי. יתרה מכך, עצם קיומו של המנגנון השירי עשוי לתמרץ כשלעצמו את ארגון העובדים לפעול לטובת חבריו ובכך לצמצם את "בעיית הנציג" (אף כאשר אינו מיושם). ארגון עובדים שיידע כי ככל שלא יפעל להגנה על זכויות העובדים אזי קיימת אפשרות כי יתנהל הליך של תובענה ייצוגית אשר למעשה ייתר את הצורך בו, יעשה מאמץ להקדים ולפעול כנגד המעסיק במקרים המצדיקים זאת. עצם קיום המנגנון החלופי (זה של התובענה הייצוגית), אף מבלי שייעשה בו שימוש, עשוי לשנות את מערך התמריצים של הגורמים הפועלים לטובת הכלל ולהביא לחיזוק המנגנונים של משפט העבודה הקיבוצי. הדברים מקבלים משנה חיזוק כאשר מביאים בחשבון את התמורות שחלו בשוק העבודה, שבו נוצר ריבוד בין קבוצות עובדים, ריבוד שבתחתיתו נמצאים עובדים בשכר נמוך, שכמעט

ואינם מיוצגים בארגוני העובדים וסובלים מתת-אכיפה של זכויותיהם ומביטחון תעסוקתי נמוך (ראו עוד: גיא מונדלק ואחרים, יחסי עבודה בעידן של תמורות 106-69 (נייר עמדה 54, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2004)).

היבטים השוואתיים

70. בעיקרו של דבר, הכרעתנו במקרה זה נטועה במשפט העבודה הישראלי ובתנאיו של שוק העבודה המקומי. בנסיבות אלה, ערכה של הפנייה למשפט ההשוואתי הוא מוגבל יחסית. בהתאם לכך, אף טיעוניהם של הצדדים התמקדו במשפט המקומי. עם זאת, בא-כוחם של התובעים הייצוגיים התייחס בהשלמת טיעון מטעמו, לאפשרות להגיש תובענות ייצוגיות בתחום דיני העבודה במשפט האמריקאי ובמשפט האוסטרלי גם במקומות עבודה שבהם פועלים ארגוני עובדים. על רקע זה, נבקש להוסיף התייחסות קצרה אף לכך.

71. ככלל, עיון בניסיון של שיטות משפט אחרות בתחום זה מעלה בעניין זה גישות שונות – אם כי כפועל יוצא של שיקולים המיוחדים לכל שיטה ושיטה, ולא על בסיס סייג בחקיקה המסדירה את תחום התובענות הייצוגיות.

72. גישה המצדדת בהגבלת האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות בתחום דיני העבודה מטעמים הנוגעים להגנה על יחסי העבודה הקיבוציים קיימת גם בקנדה. דוגמה לכך ניתן להביא מפסק דינו של בית המשפט העליון בקנדה (בדעת רוב) בעניין *Bisailon v. Concordia University* [2006] 1 S.C.R. 666 (להלן: עניין *Bisailon*), שבו לא אושרה הגשתה של תובענה ייצוגית במקרה שבו חל הסכם קיבוצי. עם זאת, מסקנה זו נובעת מכך שבקנדה המנגנון של הסכם קיבוצי כרוך, מניה וביה, בתפיסה לפיה סכסוכים העולים מתוכו יועברו להכרעה במתכונת של בוררות (בהתאם להוראותיו של ה-Canada Labour Code, 1985). אין מדובר במגבלה על תובענה ייצוגית דווקא, אלא בתפיסה כוללת באשר לדרך ההכרעה בסכסוכים שמקורם ביחסי עבודה קיבוציים. בנוסף לכך, וחשוב לא פחות, בעניין *Bisailon* ארגוני העובדים הרלוונטיים תמכו בתובענה הייצוגית שהוגשה, ובמובן זה לא התבררה הסוגיה העומדת במרכז הדיון כאן – הגשת תובענה ייצוגית בנסיבות שבהן ארגוני העובדים נמנעו מלתמוך בעובדים שזכויותיהם הופרו.

73. בארצות הברית, מולדתן של התובענות הייצוגיות, הדיון באישורן של תובענות ייצוגיות בתחום דיני העבודה מתמקד בשאלה האם התקיימו התנאים הכלליים

המצדיקים את הגשת התובענה במתכונת זו (מבחינת הדמיון בין עילות התביעה של החברים בקבוצה וכולי), להבדיל מאשר בשאלות "סף" (ראו למשל: *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes* 564 U.S. (2011)). ככל שקיימות הגבלות על הגשת תובענות ייצוגיות במקומות עבודה בהם יש הסכמים קיבוציים, הן נובעות מתניות בורות שנכללו בהסכמים עם העובדים (תניות שקיימת מחלוקת באשר למידת אכיפותן. ראו למשל: Stacey L. Pine, *Employment Arbitration Agreements and the Future of Class-Action Waivers*, in 4(1) AM. U. LABOR & EMPLOYMENT L. FORUM 66 (2014)).

74. על כל אלה יש להוסיף, כי ההשוואה למצב הנוהג במדינות אחרות היא מורכבת גם בשל העובדה שארגוני העובדים עצמם מהווים "שחקנים" חשובים בתחום זה – בארצות הברית ניתן להגיש תובענה ייצוגית כנגד ארגון העובדים עצמו, ולא רק כנגד מעסיק; באוסטרליה, ארגוני העובדים עצמם נחשבים לתובעים ייצוגיים אפקטיביים במקרה של פגיעה בזכויות עובדים (ראו: Jane Caruna & Vince Morabito, *Australian Unions – the Unknown Class Action Protagonists*, 30 CIVIL JUSTICE (QUARTERLY) 382 (2011)).

75. בשים לב לכל אלה, אנו מבססים את הכרעתנו – בעיקרו של דבר – על תכליותיה של החקיקה המקומית והשיקולים המיוחדים לשוק העבודה הישראלי.

התשובה לשאלה "מסדר ראשון": הסדרה כהסדרה בפועל

76. המסקנה שהגענו אליה היא אפוא זו: כאשר מוגשת בקשה לאישורה של תובענה ייצוגית של עובדים במקום עבודה שחל עליו הסכם קיבוצי החוק אינו מונע אפשרות זו באופן קטגורי. באותם מקרים שבהם ההסכם הקיבוצי אינו כולל מנגנון של פיקוח ואכיפה של זכויות העובדים וארגון העובדים אינו מתפקד, קרי אינו ארגון הפועל הלכה למעשה לאכיפת זכויותיהם של העובדים, סעיף 10(3) לא יהווה מחסום לאישורה של בקשה לתובענה ייצוגית. הסכם קיבוצי "על הנייר", שלא נעשות בפועל פעולות לאכוף את הזכויות הקבועות בו, אינו מספיק על מנת להוות חסם להגשת התובענה הייצוגית לפי סעיף 10(3). אין די בהסכם קיבוצי שהוא אות מתה, ובארגון עובדים שמתפקד אך כ"עלה תאנה" המכסה על אי-הגנה בפועל על זכויות העובדים. במקרים אלו, אין לומר כי ההסכם הקיבוצי מסדיר את יחסי העבודה ולפיכך ניתן לאשר בקשה להגשת תובענה ייצוגית. בהמשך נעמוד ביתר פירוט על המקרים שבהם פעילותו של ארגון עובדים תיחשב כהסדרה בפועל של יחסי העבודה (במסגרת הדיון בשאלה "מסדר שני").

77. פרשנות זו של סעיף 10(3) תמנע מצבים שבהם ימצא עצמו העובד מול שוקת שבורה כאשר זכויותיו אינן מוגנות ואינן מקוימות ביחס אליו וביחס לחבריו אך הוא מנוע מלפעול בעצמו ותלוי לשבט ולחסד בארגון העובדים. בנסיבות מסוג זה, שבהן ערכו של ההסכם הקיבוצי שווה ערך לקליפת השום, מאחר שהמעסיק וארגון העובדים גם יחד אינם פועלים לאכיפתו, יש לומר כי לא קיים "הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי העבודה" ולפיכך לא חל החריג שנקבע בסעיף 10(3) לתוספת השנייה.

78. מסקנתנו זו מקבלת אפוא את הגישה העקרונית שהתקבלה בעניין וירון, ומאז משמשת תשתית לפסיקתו של בית הדין לעבודה גם בהליכים נוספים. משמעות הדברים היא שכאשר לא קיימת פעילות של ארגון העובדים לאכיפת זכויותיהם המופרות של העובדים מוסר החסם הקבוע בסעיף 10(3) לתוספת השנייה. במקרים אלה, שיקול הדעת המסור לבית הדין לעבודה אינו נוגע לשאלה האם מתקיים החריג הקבוע בסעיף 10(3), אלא רק באשר להתקיימות התנאים האחרים הקבועים בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות לשם אישורה של תובענה כזו.

התשובה לשאלה "מסדר שני": היקף תחולתו של סעיף 10(3) בזיקה לשאלה מהו ארגון עובדים "פעיל"

79. בחינת פעילותו של ארגון העובדים – לאור האמור לעיל, בעת שתוגש בקשה לאישורה של תובענה ייצוגית השאלה שבית הדין לעבודה יצטרך לבחון היא האם ארגון העובדים פועל לקידום זכויות העובדים והאם פעילות זו מבססת דרך אפקטיבית לאכיפתן של הזכויות הנתבעות. פעולה זו אינה חייבת להיות אופטימאלית, אך היא חייבת להתקיים ולהיות לא רק "הצגה" של פעילות. סעיף 10(3) לא בא להגן על ארגון עובדים שהתפרק מסמכויותיו ומכוחותיו וממאן להגן על זכויות החברים בו. תכליתו של סעיף 10(3), שבמרכזה ההגנה על כוחו של ארגון העובדים היציג, מתפוגגת כאשר ארגון העובדים אינו מתפקד. אין טעם ואין הצדקה להגן על אורגן שאינו מבצע את תפקידו.

80. הקביעה מתי עסקינן במצב עניינים שכזה תלויה, כמובן, בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. באופן כללי, על מנת להשיב על השאלה האם קיים בנסיבות העניין הסכם קיבוצי "המסדיר" את יחסי העבודה על בית הדין לעבודה לבחון האם ארגון העובדים פועל להבטחת זכויות העובדים. על בית הדין לשקול את כלל נסיבות המקרה, ובכללן: מאפייניו של ענף התעסוקה המדובר; קיומן או העדרן של הפרות זכויות

שיטתיות; את סוג הזכויות שנפגעו; פועלו של ארגון העובדים (הן ביחס לזכויות שנפגעו והן באופן כללי); נגישותו של ארגון העובדים לטיפול בפניות פרטיקולריות של עובדים, על יסוד ההנחה שארגון עובדים מתפקד חייב להעמיד לרשות העובדים שאותם הוא מייצג מנגנון פעיל ויעיל לבחינת תלונותיהם ולאכיפת זכויותיהם; תפקודו הכללי של ארגון העובדים בכל הנוגע לשמירה על זכויותיהם של עובדים; יכולתו של ארגון העובדים להביא לאכיפת זכויות העובדים בפועל, כך שיקבלו את המגיע להם מן המעסיק; וכן את יכולתו של ארגון העובדים לפעול גם לאכיפת זכויות בעבר ולא רק במבט צופה פני עתיד.

81. יש להוסיף, כי ייקל על התובע הייצוגי לטעון שארגון עובדים אינו אפקטיבי אם יוכל להצביע על מקרים של עובדים נוספים שפנו לארגון ולא קיבלו מענה לבעיה של פגיעה בזכויותיהם; וכי לעומת זאת ייקל על ארגון העובדים להראות שהיה פעיל אם יוכל לציין פעולות קונקרטיות שנקט בעניין הזכויות המופרות, להצביע על מנגנון יעיל ואפקטיבי המאפשר לכל עובד לפנות לארגון ולאכוף את זכויותיו באמצעותו ולספק נתונים באשר לעובדים שבענינם טיפל באופן שהוביל לאכיפת זכויותיהם (מבלי שתהיה זו רשימה ממצה).

82. בהקשר זה, עשויה להיות חשיבות להבחנה בין זכויות קוגנטיות לזכויות הסכמיות, הבחנה שאליה נדרשו קלמנט ורביץ-מרגליות (ראו לעיל בפסקה 46), גם אם לא באופן שבו נדרשו אליה. כוונת הדברים היא לכך שכאשר ארגון העובדים אינו פועל להגנה על זכויות קוגנטיות של העובדים קמה חזקה שהארגון אינו מתפקד, שכן הדבר אינו נתון לשיקול דעתו, בהתחשב בכך שאלה הן זכויות שלא ניתן לוותר עליהן. במקרה כזה, לא מתקיים הרציונאל בדבר הגנה על ארגון העובדים ולכן אין מניעה לאשר תביעה של עובד כתובענה ייצוגית. מנגד, כאשר ארגון העובדים אינו פועל להגנה על זכות הסכמית אין הדבר מלמד בהכרח כי אינו מתפקד. בהחלט ייתכן כי הארגון עושה כך מתוך ראייה רחבה של יחסי העבודה עם המעסיק על רקע רצונו להשיג ממנו דבר מה בתחום אחר במסגרת אותם יחסי עבודה. על כן, במקרה זה יש להעביר את נטל ההוכחה אל ארגון העובדים, במסגרת אישור התובענה הייצוגית, על מנת שיוכיח כי חוסר הפעולה הוא תולדה של החלטה ושיקול דעת. ויודגש: בשלב זה בית הדין לעבודה אינו נדרש לבחון את תבונת החלטתו של ארגון העובדים, משמע האם היה פועל כפי שפעל הארגון. אין אף צורך לקבוע בשלב זה מבחן ממצה לצורך הכרעה בשאלה האם ארגון העובדים פעל להגנת זכויות העובדים או חלילה הזניח אותן והאם חוסר הפעולה הוא סביר בנסיבות העניין. ככלל, לבית הדין לעבודה נתון שיקול דעת רחב לבחון בעניין זה את כלל הנסיבות, בהתייחס למהות הזכויות הנפגעות ולהיקף

הפגיעה בהן. שומה יהיה על בית הדין לעבודה להתרשם האם ארגון העובדים שקל את הנושא, את העיתוי לפעולה ואת דרכי הפעולה החלופיות, והאם בשים לב לכל אלה קיבל החלטה שהביאה בחשבון את זכויותיהם של העובדים הנוגעים בדבר.

83. פנייה מוקדמת לארגון העובדים לצורך בדיקת פעילותו – השאלה הנוספת המתעוררת בהקשר זה היא האם העובד המבקש להגיש תובענה ייצוגית יידרש להראות כי פנה לארגון העובדים קודם להגשת הבקשה לאישור התובענה – על מנת שיתאפשר לארגון העובדים לנקוט יוזמה ולפעול בעצמו לפתרון הסכסוך. בית הדין הארצי לעבודה השיב על שאלה זו בהן רבתי בפסק דינו בעניין אייל, במסגרת פיתוח פסיקתו בסוגיה לאחר עניין וירון. הנשיאה נ' ארד כתבה בעניין זה כך:

“לאור הוראות אלה, ולשם הגשמת תכלית הוראות חוק תובענות ייצוגיות בשדה משפט העבודה, ככל שבכוונת תובע מייצג לנקוט בהליכי תובענה ייצוגית במקום עבודה מאורגן, מן הראוי הוא כי עובר להגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית יגיש הודעה בכתב לארגון העובדים היציג על כוונתו לנקוט בהליכי תובענה ייצוגית ועילותיה... פנייה מוקדמת לארגון העובדים היציג במקום העבודה, נדרשת אף מתוקף עקרונות של הוגנות, יעילות ותום לב, במקום עבודה מאורגן, ויש בה כדי לקדם הגשמת הוראות חוק תובענות ייצוגיות, על פי תכליתן... ככל שכך ינהג התובע המייצג, לא מן הנמנע הוא כי התובענה הייצוגית תתייתר מאליה, או שיוברר כי חלות עליה המגבלות הקבועות בחוק. בתוך כך, יהא בפנייה המוקדמת כדי לשפוך אור על האפשרות לנקוט בהליך של תובענה ייצוגית בנסיבות המקרה, ולהעניק לארגון העובדים הזדמנות הולמת לשקול עמדתו בסכסוך או להיערך לפתרונו. לחלופין, התייצבותו של ארגון העובדים בהליך, עשויה לקדם בירור ביתר יעילות, לטובת בעלי הדין והציבור בכללותו” (עניין אייל, בפסקאות 13-14).

עיקרון זה הודגש גם בפסיקה מאוחרת יותר, ובפרט בעניין ישייב, שנדון בפנינו (ראו: עניין ישייב, בפסקה 54 לפסק דינו של סגן הנשיאה (כתוארו אז) י' פליטמן, בפסקה 14 לפסק דינה של הנשיאה נ' ארד).

84. הדיון בפנינו לא התמקד בסוגית הפנייה המוקדמת לארגון העובדים, אך למעשה היא כרוכה בו בשל הקרנתה על בחינת השאלה האם ארגון העובדים מתפקד. לכאורה, פנייה לארגון העובדים היא דרך פשוטה ויעילה לבחון האם הוא מגיב לפניות של עובדים בקשר להפרה של זכויותיהם. מבחינה זו, אנו סבורים שיש טעם בגישתו

הבסיסית של בית הדין הארצי לעבודה בעניין אייל כאשר לחשיבות הנודעת לפנייה לארגון העובדים. עם זאת, ובהמשך לכך, יש להוסיף ולהידרש לאופן שבו יש לעצב דרישה זו בהקשרו של הדיון הנוכחי, היינו בתובענה ייצוגית ביחס לדיני עבודה, במקום עבודה שבו קיים ארגון עובדים.

85. לצורך הדיון בשאלה זו, ועוד קודם שמביאים בחשבון את השיקולים המיוחדים להגשת תובענות ייצוגיות בתחום דיני העבודה – חשוב להתייחס אליה גם בהקשר הרחב יותר של השאלה שנדונה בספרות המשפטית האם יש מקום לחייב את התובע הייצוגי להקדים ולפנות אל הנתבע. זוהי סוגיה שמעוררת שיקולים נוגדים. לכאורה, פנייה כזו יכולה להוביל לפתרון הבעיה שבגינה עתידה להיות מוגשת התובענה הייצוגית בשלב מוקדם יותר תוך צמצום בעלויות ההתדיינות. אולם, מנגד, קיים החשש שפנייה כזו תחשוף את ה"רעיון" של התובענה הייצוגית בפני אחרים, ובכך תפגע לא רק בתובע הייצוגי, אלא גם בתמריצים הכלליים לחשוף עוולות על מנת להגיש בגינן תובענות ייצוגיות (לדיון מקיף בשיקולים אלו, ראו חמי בן-נון וטל חבקין "היש להטיל על תובע נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית?" עלי משפט יב (טרם פורסם) (להלן: בן-נון וחבקין)). אין צריך לומר ששאלה זו אינה בפנינו. אכן, בעת האחרונה קבע בית משפט זה כי ככלל, יש להקדים ולפנות לנתבע הפוטנציאלי של התובענה הייצוגית כאשר נתבע זה הוא רשות ציבורית (עע"ם 2978/13 מי הגליל – תאגיד והביוב האזורי בע"מ נ' יונס (23.7.2015) (להלן: עניין מי הגליל)). עם זאת פסק הדין לא קבע מסמרות בשאלה של פנייה לנתבע שהוא גוף פרטי (ראו: שם, בפסקה י"ד ובפסקה ל"ח לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין). מכל מקום השאלה שבפנינו היא שונה. עניינה אינו בפנייה לנתבע הפוטנציאלי, אלא בשאלה הפרטיקולרית של פנייה מוקדמת לארגון העובדים, להבדיל מאשר הנתבע. ההכרעה בה צריכה להיות מעוצבת על ידי שיקולים שונים – לפחות באופן חלקי – מאלה שנדונים בכל הנוגע לפנייה לנתבע הפוטנציאלי. בהקשר הנוכחי, אנו מצמצמים את התייחסותנו, בסופו של דבר, אך אליה. תכלית הפנייה לארגון העובדים היא רתימתו של זה לפעולה. זאת ועוד: מלכתחילה נגד עיניו של המחוקק עמדה ההעדפה של אכיפת הזכויות באמצעות ארגון העובדים, ככל שקיים ארגון עובדים מתפקד במקום העבודה. לכן, עמידה על פנייה מוקדמת של העובד לארגון העובדים מממשת את רצונו של המחוקק.

86. כשלעצמי אני סבורה כי בהמשך לכך, בשים לב לתכליתה של הפנייה לארגון העובדים – פנייה שאמורה "לגייס" אותו לפעולה, פנייה זו צריכה להיות מכוונת לאכיפת הזכויות האישיות על-ידי העובד, להבדיל מהתראה ספציפית על הכוונה

להגיש תובענה ייצוגית. אין מקום "להזהיר" את ארגון העובדים מפני האפשרות של הגשת תובענה ייצוגית. ארגון העובדים אמור להתגייס לפעולה בשל פנייה של עובד המצביעה על פגיעה קשה בזכויותיו – בין ש"הוזהר" על האפשרות של הגשת תובענה ייצוגית ובין שלא. אדרבה, ניתן לומר שהמבחן האמיתי לגישתו הרצינית של ארגון העובדים לאכיפת זכויות העובדים היא היענות לפנייה שלא הייתה מלווה בהתייחסות מפורשת לאפשרות של הגשת תובענה ייצוגית. זאת ועוד: גישה זו מצמצמת את בעיית הנציג בהקשרם של ארגוני העובדים, מאחר שהאפשרות הקיימת ברקע להגשת תובענה ייצוגית במקרה של כשל בפעילותו של ארגון העובדים תתמרץ אותו לפעול למען אכיפת זכויות העובדים. מנגד, הטלת חובה להתריע מפני הגשתה של תובענה ייצוגית עלולה לתמרץ את ארגון העובדים לשקוט על שמריו עד לקבלתו של "איום" מפורש על כך. יתרון נוסף של פנייה כזו – שאינה מאזכרת במפורש את "חרב" התובענה הייצוגית – הוא שפגיעתה בתמריצים של התובעים הייצוגיים הפוטנציאליים היא פחותה (מאחר שאינה כרוכה ב"פרסום" אודות האפשרות של הגשת תובענה ייצוגית שעלול להוביל ל"גניבת הרעיון" על-ידי אחרים. ראו: בן-נון וחבקין, בפרק ב(1)(א)). עם זאת, על אף שאין צורך בהתראה פורמאלית או בהודעה על הגשת תובענה ייצוגית, יש צורך בפנייה ממוקדת לאכיפת זכויות קונקרטיות, להבדיל מפנייה כללית כלשהי. במלים אחרות, התובע הייצוגי חייב לפנות אל ארגון העובדים בפנייה ממוקדת לאכיפת זכויות העבודה שלטענתו הופרו בעניינו. אולם, לשיטתי שלי, פנייה לארגון העובדים בהתראה פורמאלית או בהודעה על הגשת תובענה ייצוגית אינה מהווה תנאי להגשת תובענה ייצוגית.

87. נוסף ונבהיר: הגם שנדרשת פנייה מוקדמת לארגון העובדים, ברור שזו לא אמורה לפתוח פתח לתקופה ארוכה שבה יגבש ארגון העובדים את החלטתו באשר לדרך הפעולה שבה הוא בוחר לפעול. פרק הזמן הראוי לתגובה מצד ארגון העובדים יוכל להיבחן על-ידי בית הדין לעבודה על-פי נסיבותיו של כל מקרה. בבחינת פרק הזמן שיינתן לארגון העובדים בטרם הגשת התובענה הייצוגית יינתן משקל גם לשאלה האם מדובר בארגון שהיה בבחינת "נוכח נפקד" בהסדרת זכויות העובדים במקום העבודה ונעדר ממנו לחלוטין במשך שנים ארוכות. במקרה כזה יצטרך ארגון העובדים להוכיח כי "התעורר" וניגש במהירות רבה יחסית בכדי להגן על זכויות העובדים אותם זנח בכדי להצדיק הימנעות מפניה לנתיב התובענה הייצוגית כדרך לעמוד על זכויות אלה. גם בהקשר זה נודעת חשיבות להבחנה בין זכויות קוגנטיות לזכויות הסכמיות. ככל שהפנייה המוקדמת מתייחסת לאכיפת זכויות קוגנטיות, על ארגון העובדים לפעול בפרק זמן קצר יחסית, שכן כפי שכבר הובהר, אין לו שיקול דעת בשאלה אכיפת הזכויות, הנתונות על-פי חוק והן אינן ניתנות לוותר. לעומת זאת, כשמדובר בזכויות

הסכמיות, נראה כי יש לתת פרק זמן סביר שבו הארגון יוכל לבחון את הדברים על רקע כלל פעילותו, מתוך ההנחה כי אכיפה של זכויות הסכמיות יכולה להיות חלק מאסטרטגיה רחבה יותר במישור הקיבוצי. משך הזמן הסביר לפעולה יוכל להיבחן על-ידי בית הדין לעבודה במסגרת תחולת סעיף 10(3) לתוספת השנייה. יש להדגיש, כי פנייה מוקדמת לארגון העובדים, בעקבותיה הוא משווה אך מראית עין של פעולה, על מנת "לנער" את התובענה הייצוגית, לא צריכה למנוע את בירורה במסגרת הפרשנות לסעיף 10(3) לתוספת השנייה. על כך נעמוד בחלק הבא.

88. בעיית ההתעוררות המדומה של ארגון העובדים ומשמעותם של הסכמי אכיפה – בבחינת פעילות של ארגון העובדים, אף לאחר פנייה מוקדמת אליו, חשוב לעמוד על האפשרות שארגון העובדים התעורר לפעולה אלא שהתעוררות זו הייתה "מדומה" בלבד. בהקשר זה, צריך יהיה להוסיף ולבחון מה ייחשב ל"התעוררות" של ארגון העובדים, בדומה לבחינת השאלה מהו ארגון עובדים פעיל, שעליה עמדנו לעיל ובהמשך ישיר לה. פעולה "כאלו" שאינה פותחת פתח בפני כל עובד לאכוף את זכויותיו במתכונת שהיא קלה ונטולת עלויות לא תוכל להיחשב ל"התעוררות" של ארגון העובדים. אין די באמירה שהעניין "בטיפול" (ראו והשוו: ע"א 3807/12 מרכז העיר אשדוד ק.א בע"מ נ' שמעון, פסקה 7 לחוות דעתי (22.1.2015)). פעילות כזו – למראית עין בלבד – יכולה להתקיים במגוון דרכים. "מקרה פרטי" של השאלה, שהדיון בענייננו התמקד בו במידה רבה, הוא פעולה של ארגון העובדים במתכונת של חתימה או תחילת הפעלה של הסכם אכיפה כאשר טרם ברור האם פעילות זו הניבה פירות מבחינת העובדים. במקרה זה, השאלה הספציפית שמתעוררת היא האם די במתכונת פעילות זו כדי לתת מענה לתקופה שקדמה לחתימה על הסכם האכיפה או להתחלת פעולתו? זוהי, למעשה, השאלה שהתעוררה במלוא עוצמתה בעניין ישייב. לטענת התובעים הייצוגיים, אין כל ביטחון שהסכם האכיפה הכללי שנחתם בשנת 2011 אכן יוביל לכך שזכויות העובדים ייאכפו, ולא כל שכן לגבי אירועים השוכנים בחיקו של העבר. לעומת זאת, עמדתם של המעסיקים ושל ארגוני העובדים היא שכאשר קיים הסכם אכיפה חל סעיף 10(3) לתוספת השנייה במלוא עוצמתו, מאחר שלא ניתן לומר עוד שלא קיימת "הסדרה" של זכויות העובדים.

89. אנו סבורים שהתשובה לשאלה זו אינה יכולה להיות תשובה עקרונית גורפת, אלא תשובה הקשרית – וזאת לא רק ביחס לדוגמה הקונקרטית של הסכם אכיפה, אלא גם ביחס למנגנוני ביצוע אחרים שיוצעו לאכיפת זכויות. בכל מקרה ומקרה יש לבחון האם הפעולות שנעשו לאכיפת זכויות העובדים אכן מהוות "הסדרה", או שהן אינן אלא המשך אי-האכיפה של זכויות העובדים ב"אדרת" חדשה. הקריטריונים לבחינת

שאלות אלה פורטו לעיל בפסקאות 79-82. בהקשרו של הסכם אכיפה ניתן להוסיף כי על בית הדין לעבודה לבחון האם המנגנון לאכיפת זכויות מאפשר לכל עובד לאכוף את זכויותיו בקלות וללא הוצאות (שהרי אלה הם המאפיינים של האכיפה במסגרת התובענה הייצוגית). בכלל זה, יש לבחון האם עובדים של החברה הספציפית שבה עוסקת התובענה הייצוגית זכו למענה בכל הנוגע לאכיפת זכויותיהם, וכן האם הסכם האכיפה מסדיר גם את אכיפת הזכויות שהופרו בעבר, ולא רק במבט הצופה פני עתיד, והאם אותן זכויות הנתבעות בגדר התובענה הייצוגית מטופלות במסגרת זו. לא ניתן לקבוע כי צעד אכיפה שביצע ארגון העובדים ביחס לעובדים בענף (יהיה זה הסכם אכיפה או צעד אחר) מייתר את השימוש בתובענות ייצוגיות באותו ענף. בהקשר זה יש חשיבות למענה שניתן לפנייה המוקדמת לארגון העובדים ולמסגרת הזמנים שלה נכון ארגון העובדים להתחייב לשם אכיפת הזכויות, על מנת שהגנתן של אלה תובטח בתוך זמן סביר. לשם כך, ניתן יהיה להתחשב, בין היתר, גם בתקופות ההתיישנות השונות הקבועות לזכויות בדיני העבודה, ולקבוע שבכל מקרה מדובר ברף עליון שאין לעבור אותו (ראו למשל: סעיף 31 לחוק חופשה שנתית, התשי"א-1951, הקובע תקופת התיישנות של שלוש שנים; סעיף 17א לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, הקובע תקופות התיישנות שונות להלנת שכר לפי נסיבות המקרה, הנעות בין שישים ימים לשלוש שנים, על-פי העניין). כמובן, זהו רף עליון בלבד, וברגיל ניתן לצפות שהזמן הסביר לפעולה יהיה קצר בהרבה.

90. בתי הדין לעבודה יוכלו בעת שהדבר יידרש, ליצוק תוכן נוסף להבניית השאלה מתי צעד אכיפה ייחשב לאפקטיבי במובן זה שהוא מונע הגשתה של תובענה ייצוגית. השופט רבינוביץ הדגיש בעניין ישייב בעניין הסכם האכיפה הכללי, כי נכון יהיה לבחון אותו לאורך זמן, תוך הדגשת מבחן התוצאה. הדברים יפים גם לכל צעד אכיפה אחר. כפי שקיומו של מסמך הנושא את הכותרת "הסכם אכיפה" ואף הקמתה של "ועדת אכיפה" אינם מספקים על מנת למנוע הגשת תובענה ייצוגית באופן גורף, כך גם כל התחייבות אחרת לאכיפת זכויות אינה "מחסנת" את ארגון העובדים או את המעסיק מפני תובענה ייצוגית. הפרשנות התכליתית של סעיף 10(3) לחוק תובענות ייצוגיות מחייבת, גם במקרה זה, בחינה מהותית של קיומה של הסדרה בפועל, וזאת בד בבד עם חובת הפנייה המוקדמת לארגון העובדים, המאפשרת לו לאכוף את אותן זכויות בגינן מבקשים להגיש את התובענה הייצוגית.

התשובה לשאלה "מסדר שלישי": "התעוררות" של ארגון עובדים לאחר הגשת התובענה הייצוגית

91. עד כה דנו במצב דברים בו הארגון התעורר לפעולה קודם להגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית. זהו המצב המיטבי (באופן יחסי) בנסיבות שבהן ארגון העובדים לא פעל למען אכיפת הזכויות בעבר, אך התגייס לכך בסמוך לאחר שנעשתה פנייה אליו בעניין. זוהי תכליתה של הפנייה המוקדמת לארגון העובדים, וכאשר היא משיגה את יעדה – מתייחר הצורך בהגשתה של תובענה ייצוגית. כמובן, שהבחינה האם ארגון העובדים פעל למען אכיפת הזכויות תיעשה בהתאם לקריטריונים אותם מנינו לעיל בפסקאות 79-82. כפי שהבהרנו, ככל שהפעולה הזו היא פעולה "מדומה", אין בה כדי להוות חסם להגשת תובענה ייצוגית. זהו למעשה המצב שנבחן בעניין ישייב. במקרה ש"התעוררותו" של ארגון העובדים קדמה להגשת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית יש לבחון אם חל הסייג של סעיף 10(3), על-פי הקריטריונים שפורטו. אולם, יש להוסיף ולבחון את השאלה מה צריך להיות הדין בנסיבות שבהן ארגוני העובדים "התעוררו" לפעולה לאחר שהוגשה הבקשה לאישורה של התובענה הייצוגית. שאלה זו התעוררה בעניין בוטקילה.

92. הגשתה של בקשה לאישורה של תובענה ייצוגית היא צעד שעשוי לעורר את ארגוני העובדים לפעולה ביתר שאת. בהקשר זה, חשוב להבחין בין שני מצבים של "התעוררות" לפעולה של ארגוני עובדים. אפשרות אחת היא שארגון העובדים היציג הקיים יבקש לפעול במקום שבו חדל מלעשות כן, בשל ה"איום" על מעמדו. אפשרות אחרת היא שארגון עובדים חדש שטרם פעל במקום העבודה מזהה הזדמנות להרחיב את פעילותו – מצליח להפוך לארגון העובדים היציג בו וחותרם על הסכם קיבוצי מיוחד שחל עליו, וכל זאת לאחר שהוגשה הבקשה לאישור התובענה הייצוגית. בעניין בוטקילה ניתן, למעשה, לזהות את שני המהלכים גם יחד. רק לאחר הגשת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית באותו מקרה ההסתדרות הכללית חתמה על הסכם האכיפה הכללי. רק לאחר הגשת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית (ולמעשה, רק לאחר אישורה) ההסתדרות הלאומית חתמה על הסכם האכיפה המיוחד עם עמישב.

93. בעניין בוטקילה בית הדין הארצי לעבודה התייחס להסכם האכיפה הכללי בלבד (שכן בעת שנתן את פסק דינו הסכם האכיפה המיוחד טרם בא לעולם). בהקשר להסכם האכיפה הכללי קבע בית הדין הארצי לעבודה כי הוא אינו בעל תחולה רטרואקטיבית, וכי אין מקום להתחשב בחתימתם של הסכמי אכיפה שהם מאוחרים להגשת הבקשה לאישורה של תובענה ייצוגית ואינם חלים על הזכויות הנתבעות במסגרתה. גישתנו בעניין זה דומה לזו של בית הדין לעבודה, אם כי אינה זהה לה באופן מלא, כפי שנסביר.

94. ככלל, אנו סבורים שהגישה הבסיסית בהתייחס לצעדים להגנה על זכויות העובדים בידי ארגון העובדים שנעשו לאחר הגשתה של בקשה לתובענה ייצוגית (וכאשר זו הוגשה לאחר "מיצוי הליכים" קודם מול ארגון העובדים) צריכה להיות שאין לראות בו טעם להימנע מאישורה של התובענה הייצוגית בגדרו של סעיף 10(3) לתוספת השנייה. במלים אחרות, הסייג הקבוע בסעיף 10(3) ייבחן על-פי מצב הדברים ביום הגשת הבקשה ביחס לאפשרות לאכוף את הזכויות הנתבעות. התייחסות לצעדי אכיפה שנעשו לאחר הגשת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית כמחסום לאישורה עלולה לעודד הסכמות בין ארגוני עובדים לבין מעסיקים שאינן משקפות מחויבות אמיתית לאכוף את זכויות העובדים, ולמעשה להחליף "מחסום" אחד (סטטוטורי) ב"מחסום" אחר (הסכמי). יתר על כן, פרקטיקה כזו עלולה לפגוע באופן אנוש בתמריצים להגשת תובענות ייצוגיות בשמם של עובדים. אם ידעו תובעים ייצוגיים כי התובענה הייצוגית שיגישו עלולה להישמט בכל עת תחת רגליהם בשל התעוררות מאוחרת של ארגוני עובדים לפעולה, התוצאה עלולה להיות יצירת תמריצי חסר להגשת תובענות ייצוגיות חיוניות.

95. אם כן, במקרים בהם צעדי אכיפה החלו לאחר הגשת הבקשה, לא יחול הסייג הקבוע בסעיף 10(3). אולם, קביעה זו אין משמעה בהכרח כי תובענה ייצוגית היא הדרך הנכונה והיעילה לאכיפת זכויות העובדים מהיבט המבחנים הכלליים של חוק תובענות ייצוגיות. במלים אחרות, ככל שמצב הדברים השתנה כך שבעת אישור התובענה הייצוגית אין עוד צורך בניהולה, מאחר שארגון עובדים חדש, או ארגון עובדים קיים ש"התעורר", נותנים מענה מלא ואפקטיבי לזכויות הנתבעות, ייתכן שאין עוד צורך לנהל את התובענה הייצוגית. ככל שבית הדין לעבודה סבור כי ארגון העובדים אכן מציג דרך ראויה לקבל את הזכויות בגינן הוגשה התביעה, לרבות חובות עבר ולרבות עובדים שעזבו את המעסיקה, הוא יכול לדחות את הבקשה לאישור מן הטעם כי אישור התובענה הייצוגית אינו הדרך "היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת", כאמור בסעיף 8(א)(2) לחוק (ולא על בסיס החסם ה"ראשוני" של סעיף 10(3) לתוספת השנייה). במסגרת זו, בית הדין לעבודה יכול לשקול את היתרונות והחסרונות של ניהול ההליך במסגרת תובענה ייצוגית. פעולה אפקטיבית במישור הקיבוצי, המבטיחה את קבלתן של הזכויות הנתבעות, היא למעשה דרך חלופית להשגת המטרות של התובענה הייצוגית (ראו: אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט (תשס"ז)). כפי שהובהר גם בהקשר של הפנייה המוקדמת לארגון העובדים, המחוקק אף נתן ביטוי לכך שפעולה במישור הקיבוצי והגשת תובענה ייצוגית הם כלים חלופיים לאכיפת זכויות. התעוררות מאוחרת של ארגון עובדים, על מגוון השיקולים שפורטו, תוכל להישקל גם במסגרת בקשת

הסתלקות שיגיש התובע הייצוגי, או במסגרת הסדר פשרה בין הצדדים (ראו הדיון בעניין בן שלמה, שבו בית הדין הארצי לעבודה בחן מתווה זכויות שהוגש והדגיש את הצורך בתגמול התובעת הייצוגית על מנת לאשרו).

96. יש לחזור ולהבהיר, כי גם בהקשר זה, את אכיפת הזכויות – כמו את פעילותו של ארגון העובדים – יש להעמיד במבחן המעשה, על-פי השיקולים השונים שהתוויו לעיל. מעבר לכך, נדרשת התייחסות ספציפית לשאלה האם ארגון העובדים נותן מענה גם לזכויות של עובדי עבר, שכבר אינם עובדים אצל המעסיקה הנתבעת. יש להניח כי עובדים אלה אינם מודעים להגשת התובענה הייצוגית, ולזכותם לדרוש את אכיפת זכויותיהם. כמו כן, הם אינם משלמים דמי חבר או דמי טיפול לארגון העובדים, ועל כן מתעורר חשש כי ארגון העובדים יתפוס את עצמו, חלילה, כפחות מחויב אליהם. ניתן להטיל ספק גם ביכולת שלהם לפנות למנגנון בירור באשר לזכויותיהם, אף אם אותו מנגנון יהיה אפקטיבי עבור עובדים נוכחיים במקום העבודה. לכן, ככל שהמעסיק או ארגון העובדים טוענים שאין מקום לאישורה של התובענה הייצוגית בשל צעדי אכיפה המאוחרים להגשתה, יהיה על בית הדין לעבודה לבחון היטב האם צעדי אכיפה אלה אכן נותנים מענה מלא לזכויות הנתבעות של עובדים נוכחיים ועובדי עבר כאחד. אנו סמוכים ובטוחים כי בית הדין הארצי לעבודה יפתח כללים לבחינה זו.

97. יש לציין כי, ככלל, יש מקום להבחנה בין צעדי אכיפה שנוקט ארגון עובדים קיים לבין ארגון עובדים חדש ש"נכנס" למקום העבודה בעקבות התובענה הייצוגית. במקרה האחרון, ככל שארגון עובדים חדש מציג הסכם קיבוצי אשר אמור לשמש כבסיס לדחיית התובענה הייצוגית יש מקום לבחינה קפדנית של ההסכם הקיבוצי האמור על מנת לנטרל את החשש שהפעילות נועדה רק להסיר את חרב התובענה הייצוגית, כמו גם כדי לוודא שההסכם "מכסה" גם את עובדי העבר, אשר עלולים "ליפול בין הכיסאות", ולא ליהנות מן ההסכם החדש.

98. על כך יש להוסיף, כי במקרים שבהם התעוררות מאוחרת של ארגון עובדים בעקבות הגשת התובענה הייצוגית מביאה לכך שזו לא תתנהל לבסוף – בכל אחד מה"מסלולים" שפורטו לעיל – יש להקפיד על תגמול ממשי של התובע הייצוגי ובא-כוחו על מנת לשמר את התמריצים להגשת תובענה ייצוגית, זו שלמעשה הביאה לאותה "התעוררות" (ראו: סעיף 22(ג)(1) לחוק תובענות ייצוגיות; ע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה גוש דן, פסקה 25 (12.8.2012)).

99. הגיעה העת ליישם את העקרונות שהתוונו ביחס לעתירות שבפנינו.

100. העתירה בעניין וירון נסבה על מקרה שבו התובענה הייצוגית התייחסה להפרה נמשכת ושיטתית של זכויות עובדים במקום עבודה שמתאפיין בעובדים ששכרם נמוך ויכולתם לפעול באופן קיבוצי נמוכה. המדובר בענף שבו המשכורות אינן גבוהות, ולפיכך ייתכן כי התמריץ של כל עובד לתבוע את זכויותיו אינו גדול. כמו כן המדובר בענף שבו העובדים מפוזרים ביעדי השמירה ואינם מבלים שעות רבות במרוכז, דבר המקשה על יכולות ההתארגנות. בנסיבות כמו אלו שלפנינו, כאשר ארגון העובדים ידע שנים לא מעטות כי ההסכם הקיבוצי הפך אות מתה, כי זכויות בסיסיות של העובדים לא זכו להגנה ויחד עם זאת לא נקף אצבע על מנת לפעול לטובת העובדים, מסיבות השמורות עימו ומעניינים שאינם במסגרת הפררוגטיבה הנתונה לו בניהול משא ומתן לוותר על זכויות מסוימות, זה אינו ארגון עובדים עליו ביקש להגן החוק. אשר על כן, צדק בית הדין הארצי לעבודה כאשר החליט לאשר את התובענה כייצוגית.

101. כך יש לראות את הדברים גם בעתירה בעניין בוטקילה. לאחר הגשת הבקשה לאישורה של התובענה הייצוגית במקרה זה נחתמו שני הסכמי אכיפה – הן הסכם האכיפה הכללי עם ההסתדרות הכללית, והן הסכם האכיפה המיוחד עם ההסתדרות הלאומית. אולם, הסכמים אלו נחתמו רק לאחר הגשת הבקשה. הסכם האכיפה הכללי, אשר בזמנים הרלוונטיים לפסק דינו של בית הדין הארצי חל על כלל המעסיקות בהליך, נחתם רק לאחר הגשת הבקשה, וכפי שקבע בית הדין לעבודה הסכם זה אינו חל באופן רטרואקטיבי, במובן זה שאין בו מענה לזכויות העובדים במועדים הרלוונטיים להגשת התובענה. הסכם האכיפה המיוחד אשר לנפקותו טענה בפנינו ההסתדרות הלאומית, נחתם רק לאחר פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה. בהקשר זה, כפי שכבר הסברנו, לא חל הסייג הקבוע בסעיף 10(3), מן הטעם שמדובר בטענות המתבססות על אירועים המאוחרים להגשת התובענה הייצוגית, המעלות את החשש להיווצרות הרתעת יתר בכל הנוגע להגשת תובענות ייצוגיות המשמשות זרז ל"דחיפתם" של ארגוני העובדים לפעולה לשם הגנה על עובדים מוחלשים. זאת כמובן אלא אם מדובר באירועים המאפשרים קבלת הזכויות העומדות בבסיס התובענה באופן רטרואקטיבי. כאמור, בית הדין הארצי לעבודה קבע כי אין זה כך במקרה הספציפי, ולא ראינו טעם להתערב בקביעה זו.

102. בסופו של דבר, ולא בלי התלבטות, לא ראינו להתערב גם בפסיקתו של בית הדין לעבודה בעניין ישייב. אכן, בעניין בוטקילה סבר בית הדין הארצי, כי הסכם

האכיפה הכללית אינו חל רטרואקטיבית, ואילו בעניין ישייב סבר בית הדין הארצי לעבודה (בהמשך לפסיקתו של בית הדין האזורי) כי אותו הסכם אכיפה נותן מענה מספק לזכויות העובדים, אף שנתבעו זכויות החל משנת 2004, שבע שנים לפני חתימת הסכם האכיפה הכללית והגשת התובענה הייצוגית. שינוי זה בגישת בית הדין הארצי לעבודה לגבי האפקטיביות של הסכם האכיפה הכללית משנת 2011 על זכויות עבר מעורר, לכאורה, שאלות. עם זאת, הפסיקה בעניין ישייב הייתה ממוקדת בעובדות כפי שהתבררו באותה עת בפני בית הדין הארצי לעבודה, ובאכיפה בפועל של ההסדרות את הזכויות בבסיס התובענה הייצוגית. בנסיבות העניין לא ראינו להתערב בקביעות הספציפיות הללו. ראשית, גם לטעמנו יש לייחס משקל לקביעה כי התובע הייצוגי לא עשה כל פנייה לארגון העובדים, דבר שכאמור שוקל לחובתו. זאת ועוד, ההסדרות הכללית הציגה בפני בית הדין הארצי את אופן תחילת האכיפה שנעשתה על בסיס הסכם האכיפה הכללית, שבית הדין הארצי התרשם כי היא מצויה בעיצומה, וכי היא יעילה ואפקטיבית – גם בבדיקה המדגמית הנערכת וגם בבדיקות עומק אצל מעסיקים שונים בענף השמירה. כאמור, ההסדרות הכללית אף הציגה בפני בית הדין הארצי את האופן בו מטופלת עילת התביעה הספציפית בעניין ישייב, כלומר אי הפרשות לקרן הפנסיה במעסיקה באותו עניין. הגישה העקרונית לפיה יש לבחון לא רק עשייתם של הסכמי אכיפה אלא גם את ביצועם מקובלת עלינו. למעשה, לשיטתנו הבחינה החשובה היא האם זכויות העובדים נאכפות על ידי ארגון העובדים, ולא מהו המנגנון המדויק המשמש לכך. מקובלת עלינו גם עמדתו של השופט רבינוביץ בעניין ישייב לפיה הבחינה צריכה להיות הקשרית, תוך בחינת תוצאות האכיפה לאורך הזמן. כאמור, בשלב זה, לא ראינו לנכון להתערב בקביעות העובדתיות בעניין ישייב המבוססות על פעילותה של ההסדרות הכללית בנושאים שעליהם נסבה אותה תובענה ייצוגית (ולא רק על ההסדרים הכלליים הקבועים בהסכם האכיפה). עם זאת, יש להעיר, כי כל הסכם האכיפה, ואף הסכם האכיפה הכללית משנת 2011, שנבחן גם בעניין ישייב, יצטרך להיבחן במבחן המעשה לגבי כל מקרה ומקרה. באופן כללי יותר, יש לומר שההכרעה באשר לשאלה האם הסכם האכיפה יוצר מחסום לאישורה של בקשה לתובענה ייצוגית תצטרך להתייחס למכלול השיקולים שפורטו, ובכלל זה לאכיפה בפועל של הסכם האכיפה הרלוונטי במועדים הרלוונטיים לבקשה – גם מול המעסיק הקונקרטי – ביחס לזכויות הנתבעות. בשים לב לשיקולים שהסברנו, אין מניעה לכך שייעשו פניות נוספות לארגון העובדים על מנת לחזור ולהעמיד במבחן את הפעלתו של הסכם האכיפה הכללית, ואם זה לא יעמוד בהן, לא תהיה מניעה לחזור ולהגיש בקשה לתובענה ייצוגית בעניין.

103. חשוב לחזור ולהבהיר, כי אין די בעשייתו של הסכם אכיפה (או בנקיטת כל צעד אכיפה אחר "על הנייר"). שורש הבעיה בכל ההליכים שבפנינו היה הרי עשיית הסכמים שהותירו את העובדים בלתי מוגנים בפועל. כפי שציינו, בהקשר זה יהיה על בית הדין לעבודה בעתיד לקחת בחשבון את מנגנון הפנייה שקובע הסכם האכיפה לעובדים, ואת השאלה אם פניות עובדים לאכיפת זכויותיהם נענות בפועל, וכן את פרק הזמן שבו נענה ארגון העובדים לפניות אלו. חשוב אף להבהיר כי כדי שמנגנון לאכיפת זכויות, ובכללו הסכם אכיפה, ייחשב תחליף הולם לתובענה ייצוגית אין די בכך שיכלול הסדר אכיפה "מדגמי" בלבד, אלא הוא צריך לכלול אפיק שבו התובע הייצוגי וכל עובד אחר יוכל לקבל מענה עוד לפני שמקום העבודה שלו יעלה בפור של האכיפה המדגמית. למותר לציין, כי יישומם של עקרונות אלה במקרה זה אינו מסוג הדברים שבית משפט זה אמון עליהם, ויש להותירו לפסיקתם של בתי הדין לעבודה. כאמור, אנו סמוכים ובטוחים כי בית הדין הארצי לעבודה יוסיף לפתח את פסיקתו בעניין זה תוך התייחסות להסכמי האכיפה הרלוונטיים והעמדתם במבחן הזמן והמציאות, והכול בשים לב לתכליתו של סעיף 10(3) לתוספת השנייה.

הערות ותשובות

104. בשלב זה, הגיעה לעיוני חוות דעתו של חברי השופט ח' מלצר. חברי מצטרף לעמדה העקרונית שהוצגה על-ידי באשר לפרשנותו של סעיף 10(3) לתוספת השנייה ואשר גורסת כי אין לחסום את הדרך להגשת תובענות ייצוגיות בדיני עבודה בנסיבות שבהן ארגון העובדים מזניח את חובתו לייצג עובדים שזכויותיהם מופרות. עם זאת, חברי מחזיק בעמדה מעט שונה בשני היבטים הנוגעים ליישומה של הגישה האמורה: הן בכל הנוגע למתכונת שבה צריכה להיעשות הפנייה לארגון העובדים קודם להגשתה של תובענה ייצוגית, והן בכל הנוגע לתחולתו של סעיף 10(3) ביחס להפרה של זכויות קוגנטיות המוקנות לעובדים, להבדיל מזכויות המוקנות להם מכוחו של הסכם קיבוצי. המכנה המשותף הבסיסי לעמדותינו רב על השוני ביניהן. הגם שהמשמעות המעשית של השוני היא מוגבלת, ונוגעת למעשה רק למתכונת הפנייה, אני מבקשת להבהיר את גישתי בשני עניינים אלה.

105. מתכונת הפנייה לארגון העובדים – חברי סבור כי על מנת שתיסלל הדרך להגשתה של תובענה ייצוגית הפנייה המוקדמת לארגון העובדים אינה יכולה להיות במתכונת "רגילה" של בקשה לסיוע באכיפת הזכויות האישיות של העובד הפונה. לשיטתו, הפנייה צריכה להיעשות במתכונת פורמאלית המבהירה כי זוהי פנייה הקודמת להגשתה של תובענה ייצוגית, תוך שמירת הזכות לעשות כן אם זו לא תזכה

למענה הולם תוך זמן סביר. חברי מסביר שמתכונת פנייה זו מתחייבת מעקרון תום הלב, ואף מתיישבת עם פסיקתו של בית משפט זה בעניין מי הגליל, שאוזכר לעיל בפסקה 85 (ונסב על החובה להקדים ולפנות לרשות מינהלית שעתידה להיות הנתבעת במסגרת תובענה ייצוגית). דעתי שונה. הפנייה המוקדמת בענייננו, המכוונת לארגון העובדים, להבדיל מאשר לנתבע, המעסיק, אמורה לשמש מבחן אמיתי לשאלה האם ארגון העובדים פועל הלכה למעשה להגנה על זכויות העובדים. מבחינה זו, עמידה על כך שהפנייה תכלול התראה לפיה העדר מענה הולם לה יוביל להגשתה של תובענה ייצוגית מחמיצה לדעתי את תכלית הפנייה – בדיקה אותנטית של הפעילות היומיומית של הארגון, גם כאשר זה אינו "מוזהר". יתר על כן, גישתו של חברי עלולה להוביל לכך שארגון העובדים לא יתמרץ להגן על זכויותיהם של עובדים מוחלשים, כאשר יש בידו לסמוך על כך שכל עוד לא קיבל "התראה" על כוונה להגיש תובענה ייצוגית הוא לא יהיה חשוף לסכנה של ערעור מעמדו כ"מוציא ומביא" בכל הנוגע לזכויות העובדים, גם כאשר אינו מגן עליהן בפועל. על כך יש להוסיף, שראוי לחתור לכך שמערכת היחסים בין העובד לארגון העובדים לא תהיה "ממושפטת" עד כדי כך שפנייה של עובד לארגון המייצג אותו לאכיפת זכויות אישיות תהיה חייבת להיעשות במתכונת פורמאלית, כמו זו שמתאר חברי, על מנת שתהיה לה משמעות מעשית לצורך הגשתה של תובענה ייצוגית. אינני סבורה, שהתוצאה אשר אליה מכוון חברי מתחייבת מעקרון תום הלב. אדרבה, ניתן לומר, כי חובתו של ארגון העובדים לפעול לטובת העובדים שהוא מייצג בתום לב ובשקידה סבירה תומכת בכך שיהיו תוצאות להתנכרות לחובה לעשות כן גם כאשר הארגון אינו מוזהר על התוצאות הנובעות מכך. לבסוף, אוסיף ואדגיש כי יש מקום לאבחן בין השאלה של פנייה מוקדמת לנתבע בתובענה ייצוגית, שנדונה בעניין מי הגליל אך בנוגע לנתבע שהוא רשות, ושאינה מתעוררת כאן כל עיקר (כך שאין צורך לנקוט בה עמדה), לבין השאלה שבפנינו – פנייה שתכליתה לבחון את פעילותו של ארגון העובדים, שאינו הנתבע בתובענה הייצוגית.

106. שאלת ההבחנה בין זכויות הנובעות מן ההסכם הקיבוצי לזכויות קוגנטיות – חברי מציין כי לשיטתו יש לפרש את סעיף 10(3) לתוספת השנייה כך שמדעיקרא יחול הסייג הקבוע בו רק על האפשרות להגיש תובענה ייצוגית בגין הפרה של זכויות הנובעות מן ההסכם הקיבוצי, להבדיל מאשר על האפשרות להגיש תובענה ייצוגית בגין הפרה של זכויות קוגנטיות, המוקנות לעובדים לפי חוקי המגן. גם בעניין זה דעתי שונה, אם כי – כפי שהבהרתי לעיל – אף אני סבורה כי יש משמעות מעשית לשאלה מה אופייה של הזכות שארגון העובדים התמהמה בטיפול באכיפתה. זכויות קוגנטיות הן זכויות שלא יכול להיות שיקול דעת באשר לחובה לאוכפן באופן קפדני. על כן, כפי שהסברתי (בפסקה 82 לעיל), במקרה שבו הפנייה לארגון העובדים אינה מולידה טיפול מיידי

בהפרה – תקום חזקה כי הארגון אינו פועל להגנה על זכויות העובדים ונסללת הדרך להגשתה של תובענה ייצוגית. בהקשר זה, אין צורך כי הפנייה תכלול "איום" בהגשת תובענה ייצוגית, אלא ההיפך הוא הנכון לשיטתי, כמוסבר לעיל. לעומת זאת, כאשר מדובר בהפרתה של זכות הנובעת מן ההסכם הקיבוצי, יכול להיות מקום למתחם רחב יותר של שיקול דעת של ארגון העובדים באשר לאופן הפעולה מול המעסיק. עם זאת, אני סבורה כי ככל שהחריג הקבוע בסעיף 10(3) לתוספת השנייה נועד לשמור על מעמדו של ארגון העובדים כגורם משמעותי במקום עבודה שיש בו הסדרה קיבוצית של זכויות העובדים, קביעה כי לארגון העובדים אין כל מעמד מול המעסיק בכל הנוגע להפרתן של זכויות קוגנטיות, ואף אין לפנות אליו קודם להגשתה של תובענה ייצוגית בעניין, עלולה לפגוע שלא לצורך במעמדו של ארגון העובדים, ובסופו של דבר בעובדים עצמם. אכן, מבחינות רבות, חילוקי הדעות ביני לבין חברי בנקודה זו היא "לשם שמיים" ואינה בעלת נפקות מעשית, שהרי אף הוא סבור כי גם בכל הנוגע לאכיפה של זכויות קוגנטיות על העובד שהופרו זכויותיו להקדים ולפנות לארגון העובדים קודם להגשתה של תובענה ייצוגית. עם זאת, במישור העקרוני, אני רואה קושי בקביעתו של חברי כי חרף העובדה שסעיף 10(3) אינו חל לשיטתו מדעיקרא במקרה של הפרת זכויות קוגנטיות לא תסכון הגשתה של תובענה ייצוגית ללא פנייה מוקדמת לארגון העובדים. כפי שהסברתי לעיל, הפנייה לארגון העובדים נדרשת כדי "להתגבר" על המשוכה שמעמיד סעיף 10(3) (היינו כדי לבחון אם זכויות העובדים "מוסדרות"). אין מדובר בפנייה מוקדמת לנתבע פוטנציאלי. ממילא, ככל שפניית העובד לאכיפת הזכויות הקוגנטיות לא נענית תוך זמן סביר, על-פי גישתי לא יחול כלל החסם הקבוע בסעיף 10(3). הדברים נאמרים לשם הבהרה, משום שלהבדלי הגישות שהוצגו בנקודה זו אין לדעתי משמעות מעשית.

לפני סיום

107. יתרונה של הפרשנות שמצאנו ראויה לסעיף 10(3) לתוספת השנייה באופן כללי מתגלה באופן ברור לנוכח היסטורית האכיפה של זכויות העובדים בענף השמירה, ושל עובדים מוחלשים בשוק השניוני בכלל. ההיסטוריה שנגלתה מהמקרים שנדונו בענף השמירה מלמדת כי ארגוני העובדים לא פעלו לטובת עובדים שנפגעו זכויותיהם במשך שנים רבות, ולמעשה התעוררו לפעולה באיחור רב, לאחר שהוגשו כמה וכמה בקשות לאישורן של תובענות ייצוגיות בענף.

108. במבט היסטורי רחב יותר ניתן להוסיף כי שימור מעמדם של ארגוני העובדים, שלו חשיבות רבה, תלוי במידה רבה, קודם כול – בהם עצמם. עיון בדברי הימים של

ההגנה על זכויות העובדים מלמד כי האתגר המיוחד שמציבה הגנה על זכויותיהם של עובדים מוחלשים אינו חדש עימנו, והיה נגד עיניהם של מנהיגי תנועת הפועלים בארץ עוד מימיה הראשונים. בשנת 1934 כתב ברל כצנלסון, מהוגי הדעות המובהקים של תנועת העבודה, את הדברים הבאים:

"לפיכך אני רואה את תפקיד מלחמתנו המקצועית בימי הגיאות לא בחיזוק כוח תביעתן של השכבות המיוחסות שבקרב ציבור הפועלים, הראשונות להנאה מקוניוקטורה, אלא בטיפול מתמיד בשכבות החלשות והעזובות ביותר שבקרב הציבור, שהן הראשונות ליסורי הגיאות ולהפסדיה והאחרונות להנאה ממנה, ואשר כל התקדמות קטנה בתנאי קיומן ועבודתן מצריכה מאמצים מיוחדים" (ברל כצנלסון "עם חודש ההסתדרות", בתוך: בית עבודה – מבחר כתבים בשאלות ההסתדרות 89, 99. (1965)).

באופן חריף אף יותר, בשנת 1955, כתב יצחק טבנקין, ממנהיגי ההסתדרות

כך:

"אכן מגמת השוויון הולכת ונחשלת בהסתדרותנו, והדיפרנציאציה במעמד מתעמקת. אל ייאמר, כי אין ההסתדרות מסוגלת לפעול בתחום זה. אין היא צריכה להסתגל ל'חזק', לבעל 'זכויות-היתר' ולעזוב לנפשו את הבלתי-מבוסס" (יצחק טבנקין, "לחידוש ערכי ההסתדרות", בתוך: בדרכי השליחות – מבחר דברים בשאלות ההסתדרות ותנועת הפועלים 82, 86 (אברהם תרשיש ואריה פיאלקוב עורכים, 1969)).

ראוי ונכון לייחס לסעיף 10(3) לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות פרשנות המשרתת תכלית חשובה זו של הגנה על עובדים מוחלשים, פרשנות שיש בה, כפי שהוסבר לעיל, כדי לתת תמריץ מתאים לפעילותם של נציגי העובדים בעניין זה.

109. אשר על כן, העתירות נדחות. העותר בבג"ץ 1893/11, ארגון המעסיקים, יישא בהוצאותיו של המשיב 2 בעתירה זו, יגאל וירון, בסך של 30,000 ובהוצאות המשיב 5, קו לעובד, בסך של 30,000 שקל. העותרת בבג"ץ 1965/11, תבל, תישא בהוצאותיו של המשיב 2 בעתירה זו, יגאל וירון, בסך של 30,000 שקל, ובהוצאות המשיב 5, קו לעובד בסך של 15,000 שקל. העותרת בבג"ץ 9325/12, עמישב, תישא בהוצאותיהם של המשיבים 2-4, התובעים הייצוגיים, אילן בוסקילה, סרגיי זנדל וולד קונסטנטינובסקי, בסך של 15,000 שקל לכל אחד מהם, ובהוצאות קו לעובד בסך של 15,000 שקל. ארגון המעסיקים, שביקש להצטרף לעתירה זו, יישא בהוצאות התובעים הייצוגיים, אילן בוסקילה, סרגיי זנדל וולד קונסטנטינובסקי, בסך של 10,000 שקל לכל אחד מהם.

בנסיבות העניין, לא ראינו לנכון לפסוק הוצאות נגד העותר בבג"ץ 7644/13, התובע הייצוגי באותו עניין, גרמן ישיב.

ש ו פ ט ת

השופט ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לתוצאה המוצעת ע"י חברתי, השופטת ד' ברק-ארז ולעיקרי הנמקתה בפסק דינה המעמיק והמלומד.

בשל חשיבות הדברים רואה אני עם זאת צורך לחדד ענינים אחדים ולהעיר מספר הערות בנושאים בהם יש שוני מסוים בגישות של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, ושלי. אפרט איפוא עתה ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

2. סעיף 2 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן – חוק תובענות ייצוגיות, או החוק) קובע לענייננו כי: "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה". פרט 10 לתוספת השניה לחוק התובענות הייצוגיות, שהוא מוקד העתירה, קורא כדלקמן:

"10. (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, תביעה של עובד בעילה לפי סעיפים 2 ו-3 לחוק הזכות לעבודה בישיבה, התשס"ז-2007, או לפי חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996.

(3) בפרט זה –

"תביעה" – למעט תביעה של עובד שחל עליו הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי עבודתו, והמעסיק 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."

3. דומני כי סוגיית פרשנותו של פרט 10(3) לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 הנ"ל באשר לאפשרות להגיש תובענה ייצוגית בשם עובדים שחל עליהם הסכם קיבוצי, כמשמעו בחוק (דהיינו לרבות הסדר קיבוצי בכתב) – הינה סוגיה נכבדה,

מה גם שהנושאים שהונחו בפנינו עסקו בשינוי הלכה (מוצדק), אותו התוותה בבית הדין הארצי לעבודה, במסגרת ע"ע 629/07 וירון נ' תבל אבטחה, ניקיון ושירותים בע"מ (03.01.2011) (להלן: ענין וירון), השופטת (כתארה אז) ורדה וירט ליבנה (בהסכמה מסוייגת במקצת של: השופט עמירם רבינוביץ ונציג המעבידים מר אילן שגב), זאת כנגד דעתם החולקת שם, בסוגיה שהובאה לפתחנו, של: הנשיא סטיב אדלר ונציג העובדים, מר שלום חבשוש. לכן גם דנו בעתירות כאילו ניתן בהן צו-על-תנאי ולא ראינו לדחותן רק בהתבסס על כללי ההתערבות של בית משפט זה בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה, הגם שאינני רואה מקום לסטות מגישתנו הבסיסית בנושא זה, כפי שהוצגה ע"י חברי, השופט צ' זילברטל.

4. מקובלת עלי הפרופוזיציה אותה מציגה חברתי (להלן: פרופוזיציה א') לפיה כאשר לא קיימת פעילות של ארגון העובדים הרלבנטי לאכיפת זכויותיהם המופרות של העובדים עליהם חל הסכם קיבוצי, כמשמעו בחוק – מוסר החסם הקבוע בפרט 10(3) לתוספת השניה לחוק. טעמי לכך נשען בבסיסו על העקרון שיש לשמור גם על השומרים.

יחד עם זאת אני סבור שגם כאשר מדובר בזכות שאיננה נובעת מההסכם הקיבוצי, אלא מזכויות קוגנטיות, שמקורן בחקיקת מגן מתחום דיני העבודה – גם אז אין תחולה לסייג הקבוע בפרט 10(3) לתוספת השניה לחוק (להלן: פרופוזיציה ב'). בהקשר זה ראוי, לדעתי, לאמץ את העמדה, שהובעה על-ידי פרופ' אלון קלמנט ופרופ' שרון רבין מרגליות במאמרם החשוב: "תובענות ייצוגיות בדיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק" עיוני משפט לא 369 (2009) (להלן – קלמנט ומרגליות), וזאת במתכונת שהוצעה על ידם ולא רק בדרך שהוצגו הדברים על ידי חברתי, בפיסקה 82 לחוות דעתה.

הדבר מתבקש, להבנתי, מכללים של פרשנות תכליתית, שהרי אם תאמר אחרת, יצא שעצם העובדה שקיים הסכם קיבוצי, כמשמעו בחוק – מוציא לכאורה את האפשרות לתבוע בתובענה ייצוגית אפילו זכות שאיננה נזכרת, או נובעת מההסכם הקיבוצי, כמשמעו בחוק. במיוחד חלים הדברים על זכויות קוגנטיות שממילא אין להתנות, או לגרוע מהם, לרבות בהסכם קיבוצי. עמדה אחרת – לו היתה מתקבלת – היתה מצמצמת את זכות הגישה לערכאות שהיא בבחינת זכות חוקתית (עיינו: האסמכתאות הנזכרות בפיסקה 14 לפסק דיני ב-דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני (15.01.2015)) והיתה אף נוגדת את מהות המשפט, שאמור להעניק סעד אופרטיבי

ויעיל לכל מי שזכותו נפגעת (עיינו: אלישבע ברק-אוסוסקין: "ממרומי נבו - תובענה ייצוגית ומשפט העבודה הקיבוצי: היחיו שניהם יחדיו? בעקבות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006" 509 גבריאלי בך 577 (2011); השוו גם לדעת המיעוט המשכנעת של השופטת Kagan בבית המשפט העליון בארה"ב (עמה הסכימו השופטים: Ginsburg ו-Breyer בפרשת American Express Co. v. Italian Colors Restaurant, 133 S. Ct. 2304 (2013), שיש לה קירבה מסוימת לסוגיה המשפטית שבפנינו, וכן ראו את מאמרו של Imre Stephen Szalai, *More than Class Action Killers: the Impact of Concepcion and American Express on Employment Arbitration*, 35 BERKELEY J. AMERICAN EMP. & LAB L. 31 (2014), המבקר בחריפות את דעת הרוב באותה בפרשת *American Express* ועל החלטה האפשרית בתחום דיני העבודה).

5. הכרה בכך שכל אחת משתי הפרופוזיציות הנ"ל שוללת את החריג הקבוע בפרט 10(3) לתוספת השניה לחוק – תואמת גם את התפיסה שחריגים יש לפרש בצמצום (ראו: בג"ץ 4672/90 אריאל הנדסת חשמל ומזורים ובקרה בע"מ נ' עיריית חיפה, פ"ד מ"ו (3) 267 (1992); בג"ץ 11088/05 הייב נ' מנהל מקרקעי ישראל (19.08.2010); רע"א 3788/06 יפת נ' ידיעות אחרונות בע"מ (19.01.2012)).

רעיון דומה-משהו המצדד בשילוב של שילוב שתי הפרופוזיציות, המחריגות את הסייג – העלתה מודן סבוראי במאמרה: "תכליתם של מנגנוני ייצוג במשפט העבודה: מנגנון התובענה הייצוגית אל מול הכלים המסורתיים של משפט העבודה הקיבוצי" 597 (2012), וטעמיה עמה.

6. הנה כי כן, לשיטתי, בעת שמתקיימת אחת משתי הפרופוזיציות הנ"ל – שיקול הדעת המסור לבית הדין לעבודה איננו נוגע לשאלה האם מתקיים החריג הקבוע בפרט 10(3) לתוספת השניה לחוק, אלא רק באשר להתמלאות התנאים האחרים הקבועים בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות לשם אישורה של תובענה כזו. השוני ביני לבין חברתי מקורו בכך שחברתי סבורה כן רק לגבי פרופוזיציה א' (ראו: פסקה 78 לפסק דינה), ואילו אני אוחד בדעה שתוצאה זו מתבקשת הן לגבי פרופוזיציה א' והן לגבי פרופוזיציה ב'. אני אף סבור כי לצורך זה אין צורך לקיים "משפט זוטא", או הליך ביניים נפרד ביחס לתחולת החריג, או שלילתו – וניתן לדון בכל השאלות הללו ביחד במסגרת ההכרעה בשאלה אם לאשר את התובענה כייצוגית, או לדחות את האישור המבוקש. כך נעשו הדברים בענין וירון וזוהי אף הפרוצדורה המקובלת ביחס לאישור תובענות ייצוגיות שאינן עוסקות בדיני העבודה – עיינו: רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה

(5) 276, 290 (2001); החלטתי ב-רע"א 5154/08 קוטט פורר גבאי את קטירר רו"ח נ' קדמי (02.04.2009), והאסמכתאות הנזכרות שם.

7. חברתי קובעת כי טרם הגשת התובענה הייצוגית ואת הבקשה לאישורה – על התובע הייצוגי-בכח להקדים פניה לארגון העובדים הייצוגי (ראו: פסקאות 85 ו-86 לפסק דינה). אף אני סבור כך ואולם אין אני מסכים לעמדה הגורסת כי פניה זו צריכה להיות מכוונת לאכיפת הזכויות האישיות של העובד, להבדיל מהתראה ספציפית על הכוונה האפשרית להגיש תובענה ייצוגית. לגישת חברתי – אין מקום "להזהיר" את ארגון העובדים מפני המהלך האופציונלי של הגשת תובענה ייצוגית. לשיטתה ארגון העובדים אמור להתגייס לפעולה בגין פניה של עובד המצביע על פגיעה קשה בזכויותיו, וזאת בין ש"הוזהר" על האפשרות של הגשת תובענה ייצוגית על ידי העובד ובין שלא (שם, בפסקה 86). אני סבור כי ראוי להבהיר לארגון העובדים את חובותיו וליתן לו מראש מעין "זכות קדימה" לפעולה, תוך הדגשה שאם הארגון לא יעשה כן – הדבר יפתח פתח להגשת תובענה ייצוגית בידי העובד הפונה. אני סבור כי ראוי שהעובד יעשה כן אף לגבי הטענה בדבר הפרת זכויות קוגנטיות שלו, שמקורן בחקיקת מגן מתחום דיני העבודה. בעניינים אלה ארגון העובדים יכול, לעתים, לפעול בשמו של העובד מכוח הוראת חוק מפורשת (ראו, למשל: סעיף 7 לחוק שכר מינימום, תשמ"ז-1958; סעיף 28 (ב) לחוק הגנת השכר, תשי"ח-1958; סעיף 13 ב לחוק עבודת נשים, תשי"ד-1954) ולכן לכאורה הוא יכול גם להגיש תובענה ייצוגית בשמו של העובד, מכוח שילוב בין הוראות סעיפים 3 ו-4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות וזאת כחלופה לאפשרות של הארגון ליזום הליך של סכסוך קיבוצי (בנקודה זו גישתי שונה מעט מזו של קלמנט ומרגליות במאמרם הסבורים שארגון העובדים רשאי רק לפתוח בהליך של סכסוך קיבוצי). על פי תפיסתי, במכתב הדרישה המוקדם, שעל העובד להפנות לארגון העובדים הייצוגי, יש לכלול איפוא אלמנטים אלה:

- (א) פירוט של ההפרה הנטענת מצד המעסיק.
- (ב) דרישה שארגון העובדים יפעל לאכיפת זכויותיו של העובד.
- (ג) הבהרה והדגשה שאם ארגון העובדים לא יפעל במהירות המתבקשת ובשקידה הראויה – הוא עלול להחשף לתביעה בגין יצוג שאיננו הולם (בנושא זה אני מסכים עם חברתי שראוי להרחיב בעתיד את גדרות העילה האמורה).
- (ד) הודעה כי הפונה שומר לעצמו את הזכות להגיש תובענה ייצוגית כנגד המעסיק – היה והארגון לא יפעל, או שמאמציו לא ישאו פרי בזמן סביר (ובהקשר זה מקובל עלי שזמן סביר לפני תום תקופת ההתיישנות – הוא "הגבול העליון" להמתנה מצד העובד טרם שהוא מגיש את תובענתו הייצוגית, אף כי יתכן שאפילו אם לא יעשה

העובד כן ותעבור תקופת ההתיישנות – תקום לו עילה של רשלנות כנגד ארגון העובדים ביחד ולחוד עם עילת היצוג הבלתי הולם. השוו: ע"א 479/65 וידר נ' גדעון הרנוי, עו"ד, פ"ד כ(1) 468 (1966)).

8. הצורך בהכללת כל היסודות הנ"ל במכתב הדרישה המוקדם נובע, לדעתי, מחובת תום הלב וכן מהאיזון הנדרש בין השימוש באמצעים שמעמיד משפט העבודה הקיבוצי בידי ארגון העובדים לבין הכלי של התובענה הייצוגית, שהיא לתפיסתי במקרה שכזה – ברירת המחדל.

יתר על כן הדבר עולה, לשיטתי, גם מההלכה שנפסקה רק זה עתה ב-ע"מ 2978/13 מי הגליל – תאגיד והביוב האזורי בע"מ נ' יונס (23.07.2015), על שלל הנימוקים שהובאו שם לצורך זה, בשינויים המחוייבים לענייננו. הדבר אף מתבקש לשם "בדיקה מעמיקה של התשתית העובדתית והמשפטית הרלבנטית", אותה יש לערוך טרם הגשת בקשה לאישור תביעה ייצוגית (עיינו והשוו: בר"מ 4303/12 אינסלד נ' המועצה האזורית עמק חפר (22.1.2012) ולאחרונה: בר"מ 582/15 עמית יושע נ' עיריית הוד השרון (17.08.2015)). לפיכך ללא העמדת החלופה של הגשת תובענה ייצוגית בפני ארגון העובדים – התובע-היצוגי-בכח עלול לשים מכשול בפני ארגון העובדים (שלא ידע מה בדיוק מצופה ממנו לעשות) וגם להיכשל בעצמו (אם לא ידע מה ארגון העובדים עשה, או מתכוון לעשות במכלול, אם בכלל).

דומה עלי כי האבחנות שמנסה חברתי להציע בהקשרים אלה – אינן מתיישבות עם הרציונלים שהיא עצמה הביאה להצדקת פרופוזיציה א', שהוצגה על ידה כדי לבסס את ביטול החסם להגשת התובענה הייצוגית, המוסדר בפרט 10(3) לתוספת השניה לחוק. יתר על כן על פי שיטתה קשה להלום כיצד תופעל החזקה לגבי מחדלי הארגון היציג במימוש הזכויות הקוגנטיות, אם העובד לא ידרש לפרט בפני הארגון את האמור בפסקה 7 שלעיל, תוך הבהרה שהעובד עשוי לפעול, אם הארגון יפגין חוסר מעש.

9. הנה כי כן בכפוף לשתי הסתייגויות הנ"ל, שהן משמעותיות בעיני להגנת זכויות העובדים – חוות דעתה של חברתי, השופטת ד' ברק-אורן, מקובלת עלי.

1. אני מסכים לפסק דינה המקיף והממצה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, אך מצאתי לנכון לפרט את השקפתי בנוגע להיבט אחד של הדברים ולהתייחס למחלוקות שנפלו בין חבריי.

העיסוק במקומה של התובענה הייצוגית במשפט העבודה, בין היתר נוכח הוראת סעיף 10(3) לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: התוספת השנייה) מחייבנו לשקול בראש ובראשונה שיקולים מתחום דיני העבודה, ובמיוחד מתחום משפט העבודה הקיבוצי, והאמור בפסק דינה של חברתי יוכיח. חלק נכבד מהדיון נסב על הדרכים להבטיח אכיפה יעילה של זכויות עובדים מוחלשים ומקומו של ארגון עובדים יציג במערכה זו. עוד נדונה השאלה, מהו האמצעי האפקטיבי להשגת מטרות אלה ומה הן ההשלכות שעשויות להיות לחיזוק מכשיר התובענה הייצוגית על משפט העבודה הקיבוצי. מטעם זה, ובצד כל שנאמר על ידי חברתי, מצאתי לנכון להדגיש, כי ראוי שמידת התערבותו של בית משפט זה בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה בסוגיה הנדונה תהיה מצומצמת, כפי שנפסק לא אחת ביחס לעניינים המצויים בליבת משפט העבודה ובתחום מומחיותו המיוחדת של בית הדין לעבודה. כידוע, כיוון שבית המשפט הגבוה לצדק אינו פועל כערכאת ערעור על החלטות בית הדין הארצי לעבודה, התערבות בפסיקתו שמורה למקרים נדירים יחסית, בהם מדובר בשגגה משפטית מהותית ובולטת, בנושא בעל חשיבות ציבורית, חברתית או כלכלית, שהובילה לאי צדק שלא ניתן להתעלם ממנו. במילים אחרות: ההתערבות שמורה בעיקרה למקרים בהם מתגלית טעות משפטית מהותית בפסק הדין וכאשר הצדק מחייב התערבות של בית משפט זה למניעת עיוות דין (בג"ץ 7391/10 פלוני נ' פלונית, פסקאות 8-11 (30.5.2012), והאסמכתאות הנזכרות שם).

אכן, כפי שציינה חברתי, נפסק גם כי אמת מידה נוספת להתערבות בית משפט זה היא חשיבותה הציבורית הכללית של הבעיה, השלכות הרוחב שנודעות לה, או עקרוניות הסוגיה המתעוררת. אך נראה, כי כך הם פני הדברים בעיקר כאשר עסקינן בשאלות המשפיעות על סוגיות משפטיות החורגות מתחומו של דין העבודה. להשקפתי, נדרש ריסון מפני התערבות יתר גם - ושמא במיוחד - כאשר מדובר בפסיקה ראשונית ותקדימית בשאלות "רוחב" בסוגיות הנטועות בעיקרן במישור דיני העבודה. גם מהיבט זה איני סבור שיש מקום שנתערב בפסקי הדין נשוא העתירות שבפנינו. גם אם ייתכנו גישות אחרות ופתרונות שונים מאלו שאליהם הגיע בית הדין הארצי (אם כי אני מסכים עם פסיקתו), בוודאי שאין מדובר במקרים דנא בפסיקה שיש עמה טעות

משפטית מהותית שגרמה לעיוות דין. לטעמי, ניתן היה, אפוא, לדחות את העתירות גם בהתבסס על כללי ההתערבות של בית המשפט הגבוה לצדק בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה.

2. בין חבריי הנכבדים נפלו מחלוקות בשתי נקודות: בעניין תוכן הפנייה לארגון העובדים טרם הגשת התביעה הייצוגית (האם בפנייה זו יש לכלול התראה על הכוונה להגיש תובענה ייצוגית נגד המעסיק), ובעניין האבחנה, באשר לאי-תחולת הסייג שבסעיף 10(3) לתוספת השנייה, בין הפרת זכויות קוגנטיות שמקורן בחקיקת המגן לבין הפרת זכויות הנובעות מההסכם הקיבוצי.

סוגיות אלה לא התלבנו בטיעוני הצדדים, והעיקר - לא הונחה ביחס אליהן תשתית עובדתית שיסודה בראיות שהוצגו בערכאה הדיונית, כך שהאמור ביחס אליהן על-ידי חבריי נאמר במידה רבה בגדר למעלה מהדרוש ומצוי במישור העיוני-אקדמי. נאמן להשקפתי, כי בסוגיות המסורות לסמכותם של בתי הדין לעבודה אמור בית משפט זה לנהוג באיפוק, כמפורט לעיל, סבורני כי יש להמעיט, ככל הניתן, בקביעת הלכות בסוגיות שטרם עברו את "כור ההיתוך" של בתי הדין לעבודה, לדרגותיהם השונות, שכן ראוי שפסיקת בית משפט זה תתבסס בראש ובראשונה על העמדות שגיבשו בתי הדין לעבודה, שלהם המומחיות המיוחדת והניסיון בתחום הנדון. קל וחומר שכך הם פני הדברים כאשר עסקינן בעניינים שאינם נטועים בתשתית עובדתית שנקבעה על-ידי בית משפט מוסמך, וכידוע, כמאמרה של הנשיאה מ' נאור, שניתן לו ביטוי חוזר ונשנה בפסיקת בית משפט זה, "הדין נגזר מהעובדות":

"כפי שהדגישה לא אחת השופטת מ' נאור בדיונים שנערכו לפני בית משפט זה 'הדין נגזר מן העובדות'. אמירה זו היא בבחינת מושכלות ראשוניים במסגרת המלאכה השיפוטית הנשענת על העקרון המושרש ex facto jus oritur [ראו: בג"ץ 7957/04 מדאעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 525 (2005)]. השאיפה לקבוע כלל משפטי מסוים אינה יכולה להיעשות תוך התעלמות מהמסד העובדתי של המקרה שעל בסיסו מתגבש הכלל" (דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמע (9.1.2012), פסקה 3 לפסק דינו של השופט י' דנציגר).

אכן, אין הלכה של בית המשפט העליון בשאלות המשפטיות בהן דנו חבריי, אך דווקא בשל כך, אין זה ראוי כי בית המשפט העליון יאמר את דברו המחייב בסוגיה

זו ללא תשתית עובדתית קונקרטית, ואף יהיה הראשון לומר את דברו, בטרם ניתנה הדעת בבתי הדין לעבודה לסוגיות אלה.

בנסיבות אלה איני רואה מקום לנקיטת עמדה נחרצת במחלוקות שבין חבריי, ואסתפק בהצגת עיקרי השקפתי הראשונית, בהדגישי כי ראוי שההלכה תגובש רק לאחר שהדבר יידרש בגדרו של הליך שבמסגרתו תונח תשתית עובדתית שעל יסודה ניתן יהיה לטעת מסמרות בסוגיות הנדונות, בהתייחס, בין היתר, לאותה תשתית.

3. בסעיף 10(3) לתוספת השנייה הביע המחוקק את עמדתו לפיה, כאשר יחסי העבודה מוסדרים בהסכם קיבוצי, אין לאפשר הגשת תובענה ייצוגית. אכן, כפי שפרטה חברתי, השופטת ברק-ארז, אין להחיל הוראה זו בצורה דווקנית, וכאשר ארגון העובדים מזניח את חובתו לייצג עובדים שזכויותיהם מופרות, יש לאפשר לעובד להגיש תובענה ייצוגית נגד מעסיקו. בעניין זה אין בינינו כל חילוקי דעות. ואולם, על-אף הפתח שנפתח להגשת תובענה ייצוגית, לדידי נקודת המוצא נותרה עמדתו העקרונית של המחוקק המעדיף הסדרת סכסוכי עבודה במסגרת מערכת יחסי העבודה הקיבוציים, ככל שהיא קיימת ומתפקדת, על-פני השימוש במכשיר התובענה הייצוגית.

לפיכך, סבורני, כי, ככלל, ועל מנת להגשים את ההעדפה הבסיסית של הסדרת המחלוקות שבין עובד ומעביד במסגרת מערכת יחסי העבודה הקיבוציים, ככל שהם חלק ממנה, ראוי למצות ככל שניתן מערכת זו בטרם ייאמר כי היא כשלה ונפתחה הדרך להגשת תובענה ייצוגית. מטעם זה הייתי מצפה שכאשר עובד פונה לארגון העובדים בבקשה כי יפעל להגן על זכויותיו, עליו לציין בפנייה זו גם את כוונתו לפעול בדרך של הגשת תובענה ייצוגית למקרה שהארגון לא יפעל כפי שארגון עובדים אמור לפעול כדי להגן על חבריו. חברתי השופטת ברק-ארז סבורה כי על מנת שניתן יהיה לערוך לארגון העובדים "מבחן אמיתי" ולברוק האם הוא פועל הלכה למעשה להגנת זכויות העובדים, אין לכלול בפניית העובד אליו "איום" בהגשת תביעה ייצוגית נגד המעסיק. חברתי אף סבורה שחיוב במתן התראה על כוונה להגיש תובענה ייצוגית יביא לכך שהארגון לא יתמרץ להגן על זכויותיהם של עובדים מוחלשים שאין בכוונתם להגיש תובענה ייצוגית. אלו שיקולים פרקטיים, שאיני מקל ראש במשקלם, אך סבורני כי לעת הזו, בטרם התלבנו תסריטים אפשריים אלה במקרה ספציפי לרקע עובדות קונקרטיות, נקודת המוצא צריכה להיות פרישה מלאה של מלוא כוונותיו של העובד הפונה לארגון העובדים, וזאת כדי להגשים בצורה מלאה ככל האפשר את הגישה הבסיסית של המחוקק, שלפיה כאשר קיימים יחסי עבודה קיבוציים יש להעדיף פתרון סכסוכים במסגרתם. במסגרת זו יש להתנהל ב"קלפים גלויים", כל עוד לא הוכח כי

התנהלות זו מביאה לתקלה של ממש הפוגעת בעובד, עד שיהיה מוצדק לסטות מהעקרון שנקבע בסעיף 10(3) לתוספת. היה ויסתבר, כפי שחברתי צופה, שגישה זו, עליה עמד חברי השופט מלצר בהרחבה ואף הביא טעמים נוספים להעדיפה, מביאה ל"כשל" כלשהו שראוי לתקנו, ניתן יהיה לשוב ולשקול את העמדה האמורה.

4. באשר לסוגיה השנייה שלגביה נחלקו חבריי, מעדיף אני את גישתה של חברתי השופטת ברק-אדל. זאת, בפרט כשחברי השופט מלצר סבור שאף כאשר מדובר בהפרת זכות קוגנטית הנובעת מחוקי המגן, על העובד להקדים ולפנות לארגון העובדים בטרם יוכל להגיש תובענה ייצוגית, ואף לכלול בפנייתו את דבר כוונתו להגיש תובענה כאמור, ההבדל המעשי שבין שתי הגישות כמעט ואינו קיים. עם זאת, דומני שגישתה של השופטת ברק-אדל מתיישבת טוב יותר עם עמדת המחוקק לגבי מקומה של התובענה הייצוגית מקום בו קיימים יחסי עבודה קיבוציים. גם בסוגיה זו, מן הראוי לאפשר להלכה להתפתח ולהותירה גמישה. ככל שיתברר שקיימת נפקות ממשית לגישות השונות שביטאו חבריי בסוגיה הנדונה, או שהדבר נדרש כדי להבטיח הגנה אמיתית על זכויות העובדים, יהיה מקום לשוב ולשקול את הדברים, תחילה בבתי הדין האזוריים - לרקע מצע עובדתי שייקבע - בהמשך בבית הדין הארצי, ולא לראשונה בבית משפט זה.

ש ו פ ט

הוחלט לדחות את העתירות.

ניתן ביום, ט"ו באלול התשע"ה (30.8.2015).

תוקן ביום, י"ד בחשון התשע"ה (27.10.2015).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט