



## **בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

בג"ץ 5148/18

לפני: כבוד המשנה לנשיאה (בדימוס) נ' הנדל  
כבוד השופטת ע' ברון  
כבוד השופט י' אלרון

העותר: אור שחם

נגד

המשיבים: 1. בית הדין הארצי לעבודה  
2. קסטרו מודל בע"מ

ובעניין: היועץ המשפטי לממשלה

התנגדות לצו על תנאי

תאריכי הישיבות: כ"ב בחשון התש"ף (20.11.2019)  
ט' בכסלו התשפ"א (25.11.2020)

בשם העותר: עו"ד משה וקרט; עו"ד רונן בן צבי

בשם המשיבה 2: עו"ד אפרת דויטש; עו"ד שמרית נוי;  
עו"ד מיכל רובינשטיין-נגרי

בשם היועץ המשפטי לממשלה: עו"ד דנה מנחה

### **פסק-דין**

השופטת ע' ברון:

1. במוקד העתירה שלפנינו ניצב פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה מיום 14.5.2018 (הנשיא (בדימ') י' פליטמן, השופטת (בדימ') ר' רוזנפלד, השופטת ל' גליקסמן ונציגי הציבור גב' מ' בירון בן גרא ומר צ' טבצ'ניק) ב-ע"ע 16-02-7386 ו-ע"ע 36096-02-16. בפסק דין זה התקבל ערעור שהגישה המשיבה 2 (להלן: קסטרו) על החלטת בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב-יפו (השופט ד' ספיבק ונציג הציבור עו"ד א' מטרסו) מיום 20.1.2016, שבה התקבלה בחלקה בקשה לאישור תובענה כייצוגית (סע"ש 3263-07-13) (להלן: בית הדין הארצי ו-בית הדין האזורי, בהתאמה).

בתמצית, בית הדין הארצי לעבודה הגיע לכלל מסקנה כי לא היה מקום לאפשר את ניהולה של תובענה ייצוגית נגד קסטרו בעילות התביעה הנדונות – זאת הן בשל מורכבותן של עילות אלה והשאלות המשפטיות שהן מעוררות, הן בשל הצורך בעריכת בירור פרטני ביחס לכל אחד מחברי הקבוצה. על קביעות אלה נסבה העתירה שבה אנו עוסקים. היועץ המשפטי לממשלה הודיע על התייצבותו בהליך; ולאחר דיון בעתירה ניתן ביום 12.12.2019 צו על תנאי, המורה לקסטרו ליתן טעם "מדוע לא יבוטל פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה מושא העתירה, וההליך יוחזר לבית הדין לעבודה לדיון באישור התובענה הייצוגית". משהוגש תצהיר תשובה מאת קסטרו, ונערך דיון בהתנגדות לצו על תנאי, אנו נדרשים להכריע בעתירה.

הרקע הדרוש לעניין

2. להלן יובא הרקע הדרוש לעניין, כפי שתואר בהחלטת בית הדין האזורי.

קסטרו היא חברה העוסקת בייצור מוצרי הלבשה ושיווקם, ומוצריה נמכרים ברשת המונה כ-120 חנויות בישראל. קסטרו מעסיקה כ-2,000 עובדים, רבים מהם אנשי מכירות המועסקים במשרות חלקיות ובשכר שעתי. העותר עבד בקסטרו כמוכר באחת מחנויות הרשת, החל מיום 27.3.2009 ועד ליום 3.12.2013. בהודעה לעובד שנמסרה לעותר עם תחילת העסקתו צוין כי "אורכו של יום העבודה הרגיל של העובד 6 שעות", ושכרו הועמד על 20.70 ש"ח לשעה (שכר המינימום לשעה בעת הרלוונטית). הגם שהדבר לא קיבל ביטוי בהודעה לעובד, אין חולק כי שכר עובדי המכירות כולל מרכיב של שכר שעתי וכן מרכיב של עמלת מכירה. וכך פירטה קסטרו בתשובתה לבקשה לאישור תובענה כייצוגית שהוגשה נגדה:

"השכר המשולם לאנשי המכירות בחנויות קסטרו מורכב משכר בסיס שעתי המשתנה מעובד לעובד, בצרוף עמלות מכירות המכוננות בתלוש השכר 'תוספת מפעלית'.

ה'תוספת המפעלית' משולמת לאנשי המכירות לפי מדרג תגמולים אשר משתנה בהתאם לגובה העסקה אשר בוצעה, כאשר ככל שסכום העסקה גבוה יותר, גובה התגמול עולה.

בנוסף, לעתים ישנם תמריצים נוספים בגין מכירות של מוצרים או קטגוריית מוצרים ספציפית.

כל אנשי המכירות בחנויות קסטרו, לרבות [העותר], יודעים מדי חודש בחודשו עבור מה משולמת להם פרמיית המכירות באותו חודש ואף ביכולתם להתעדכן במכירותיהם במהלך כל החודש" (להלן: עמלות המכירה או העמלות) (סעיפים 12-16 לתשובה).

מן האמור עולה כי שיעור עמלות המכירה משתנה בהתאם לגובה העסקה שביצע

איש המכירות, באופן שכלל שסכום העסקה גבוה יותר כך העמלה גדולה יותר.

בקשת האישור וההליך בבית הדין האזורי

3. העותר הגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית נגד קסטרו, ובה נטען להפרה מצד קסטרו של חוקי עבודה קוגנטיים תוך גרימת נזקים ממוניים ובלתי ממוניים לעותר ולחברי הקבוצה הנטענת, הכוללת את כל עובדי המכירות בקסטרו המשתכרים בשכר שעתי בתוספת עמלות מכירה (להלן: בקשת האישור ו-העובדים בהתאמה). לכתחילה נמנו בבקשת האישור עשר עילות תביעה שונות; ואולם בהליך מקדמי הודיעו באי-הכוח המייצגים כי הם מקבלים את המלצת בית הדין האזורי ומבקשים להסתלק ממחצית העילות הנטענות, ובקשתם התקבלה. עוד במסגרת הדיון המקדמי בבקשת האישור, קסטרו מצידה הסכימה כי בקשת האישור תתקבל ביחס לשתיים מעילות התביעה הנטענות (תשלום דמי הבראה ודמי חגים לפי היקף משרה בפועל, ולא לפי ברירת מחדל של 75% משרה) וכי עילות אלה יתבררו במסגרת של תובענה ייצוגית. לאחר הדברים הללו, נותר להכריע בבקשת האישור ביחס לשלוש עילות תביעה כמפורט להלן:

- א. לטענת העותר, קסטרו פעלה שלא כדין שעה שלא כללה את עמלות המכירה בשכר העובדים לצורך חישוב דמי חגים (להלן: עילת חישוב דמי החגים).
- ב. לטענת העותר קסטרו פעלה שלא כדין שעה שלא כללה את עמלות המכירה בשכר העובדים אף לצורך חישוב הזכות לגמול שעות נוספות ולגמול מנוחה שבועית (להלן: גמול שעות נוספות ו-עילת חישוב גמול השעות הנוספות, בהתאמה).
- ג. עוד נטען כי קסטרו הפרה את חובתה לשלם לעובדים גמול שעות נוספות בגין שעות עבודה שמעבר ל-43 שעות בשבוע (להלן: עילת גמול השעות השבועיות).

4. בית הדין האזורי נעתר לבקשת האישור בחלקה, ומצא כי יש לנהל תובענה ייצוגית בשתיים מתוך שלוש עילות התביעה שנבחנו על ידו. בפתח ההחלטה צוין כי השאלה אם יש להביא בחשבון את עמלות המכירה לצורך חישוב דמי חגים ולצורך חישוב הזכות לגמול שעות נוספות, הן שאלות משפטיות בתחום דיני העבודה שטרם נקבעה ביחס אליהן הלכה מחייבת.

ראשית נפנה בית הדין האזורי לבחון אם היה על קסטרו להביא בחשבון את עמלות המכירה לצורך חישוב דמי חגים המשולמים לעובדים, והשיב על כך בשלילה. נקודת המוצא לדיון הייתה סעיף 7 לצו הרחבה – הסכם מסגרת לפי חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, י"פ התש"ס 4002 (להלן: צו הרחבה):

א. עובד לאחר 3 חודשי עבודה במקום העבודה, שלא נעדר מהעבודה סמוך ליום החג (יום לפני החג ויום אחרי החג), אלא בהסכמת המעביד, יהיה זכאי לתשלום מלא בעבור 9 ימי חג (2 ימי ראש השנה, יום הכיפורים, 2 ימי סוכות, 2 ימי פסח, חג שבועות ויום העצמאות).

עובד לא יהיה זכאי לימי חג החלים בשבת.  
 ב. עובד חודשי לא יהיה זכאי לתשלום נפרד בעבור ימי חג. (ההדגשות שלי, ע'ב').

בית הדין נדרש לפרשנות התיבה "תשלום מלא" שבסעיף קטן (א) – ובפרט לשאלה אם יש לכלול בה את רכיב העמלות. נקבע כי לכאורה תכלית הסעיף היא לאפשר לעובד שעתו לצאת לחופשה מבלי שהדבר יפגע בשכרו; ומטעם זה אף נפסק בהקשר דומה, כי יש להביא בחשבון את רכיב העמלות בגדר "השכר הרגיל" לצורך חישוב דמי חופשה. עם זאת, בית הדין האזורי עמד על כך שלמרות הדמיון המסוים, ישנו הבדל מהותי בין דמי חופשה ובין דמי חגים:

"בעוד שעל מנת להשוות את שכרו של עובד היוצא לחופשה, למצבו של עובד שלא יצא לחופשה, יש לשלם לו דמי חופשה הכוללים עמלות, שכן לולא היה יוצא העובד לחופשה היה עובד ומקבל גם שכר וגם עמלות, לא זה המצב ביחס לדמי חגים. הכללת עמלות בשכר הקובע של עובד שעתו לצורך חישוב דמי חגים, תוביל למצב שדווקא שכרו יהיה גבוה יותר מזה של עובד בשכר חודשי, בניגוד לתכלית ההסדר עליה עמדנו זה עתה" (ההדגשות שלי, ע'ב') (שם, פסקה 12).

יבואר כי בהתאם לסעיף 7 לצו ההרחבה המצוטט לעיל, עובדים בשכר חודשי אינם זכאים לדמי חגים כלל. לפיכך נקבע, כי הכללת עמלות המכירה בשכר הקובע לצורך חישוב דמי חגים, מביאה להפליה בשכר לטובת עובדים שעתיים ביחס לעובדים בשכר חודשי המשתכרים גם הם מעמלות מכירה – ומטעם זה נקבע כי דינה של עילת חישוב דמי החגים להידחות.

5. בהמשך לדברים אלה, בחן בית הדין האזורי אם יש להביא בחשבון את עמלות המכירה לצורך חישוב גמול שעות נוספות המשולם לעובדים – ועל כך השיב בחיוב. בית הדין ציין כי בעניין זה נקודת המוצא היא הוראת סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 (להלן: חוק שעות עבודה ומנוחה), הקובעת שלעניין גמול שעות נוספות וגמול עבודה במנוחה שבועית יש להביא בחשבון את "כל התוספות שמעסיק משלם לעובדו". בהחלטה הובהר כי "על פי ההלכה הפסוקה, יש לפרש הוראת חוק זו בצורה מרחיבה, באופן המביא בגדר 'השכר הרגיל' בונוסים ותוספות מותנות, לרבות תוספות שאינן מובאות בחשבון לצורך פיצויי פיטורים" (שם, פסקה 16). משכך, ובהינתן ההלכה שלפיה עמלות מכירה מהוות חלק מהשכר הקובע לצורך חישוב פיצויי פיטורים, נקבע כי יש להביא בחשבון את עמלות המכירה אף לצורך חישוב גמול שעות נוספות. עוד צוין כי קביעה זו מתיישבת אף עם תכליתו של חוק שעות עבודה ומנוחה, שהיא להפוך את ההעסקה במנוחה השבועית לבלתי כדאית מבחינה כלכלית עבור המעסיק.

בית הדין הוסיף ונתן דעתו לטענת קסטרו, שלפיה קיים קושי מעשי לכלול את עמלות המכירה בחישוב גמול השעות הנוספות – וזאת בנסיבות שבהן לא ניתן לאתר את השעה המדויקת שבה בוצעה מכירה מסוימת. לעמדת קסטרו, קושי זה אינו מאפשר לה להבחין בין מכירות שנעשו בשעות העבודה הרגילות ובין מכירות שנעשו בשעות הנוספות, ולכן לא ניתן לצרף רק את העמלות שנצברו במהלך השעות הנוספות לחישוב גמול השעות הנוספות המגיע לעובד ביום מסוים. בית הדין האזורי לא שעה לנטען, וציין כי ניתן להוסיף את העמלות "כמקשה אחת לשכר הרגיל לצורך חישוב שעות נוספות בסוף החודש, בדיוק כפי שהדבר נעשה באופן שגרתי כשמדובר בתוספת או בנזק לשכר החודשי" (שם, פסקה 18). טענת הגנה נוספת שבפי קסטרו נדחתה אף היא על ידי בית הדין האזורי, ולפיה עומדת לה הזכות לקזז מגמול השעות הנוספות את הסכומים ששילמה לעובדים בגין הפסקות. בהחלטה נקבע כי הלכה היא שאין לקזז בדיעבד משכר העבודה הפסקות אוכל שלא קוזזו בזמן אמת; ולמעלה מן הצורך צוין שקסטרו אף לא הוכיחה שהעובדים מקבלים במלואן את ההפסקות שאותן ביקשה לקזז, בין היתר משום שכלל לא ניהלה רישום של זמני יציאה וחזרה מהפסקה ביחס לעובדים.

6. ומכאן לעילת גמול השעות השבועיות, שעניינה בזכאות העובדים לקבלת גמול בגין עבודה בשעות נוספות מעבר ל-43 שעות שבועיות. בית הדין האזורי הבהיר כי על פי הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, בצירוף עם צו ההרחבה שהורה על קיצור שבוע העבודה מ-45 ל-43 שעות, קמה לעובדים זכות לגמול שעות נוספות בכל מקרה של עבודה מעבר ל-43 שעות בשבוע. חרף זאת, אין למעשה חולק כי קסטרו כלל לא ערכה חישוב שבועי של שעות העבודה, אלא חישוב יומי בלבד. בית הדין ציין כי בין הצדדים התגלעה מחלוקת בשאלה העובדתית אם העותר ועובדים אחרים אמנם עבדו במקרים מסוימים מעל ל-43 שעות בשבוע; ואולם בית הדין האזורי לא ראה להכריע במחלוקת זו, וקבע כי מאחר שקסטרו לא ערכה את החישוב השבועי הנדרש קמה זכותם של העותר ושל העובדים האחרים במצבו לתשלום הפרשים בעניין זה. בית הדין דחה את טענת קיזוז ההפסקות שהעלתה קסטרו גם ביחס לעילה זו.

7. אחר הדברים הללו בחן בית הדין האזורי אם מתקיימים התנאים הדרושים לאישור התובענה כייצוגית לפי סעיפים 4(א)(1) ו-8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות או החוק). ראשית נקבע כי בקשת האישור מעוררת שאלות מהותיות המשותפות לכלל חברי הקבוצה וכי יש אפשרות סבירה ששאלות אלה יוכרעו לטובת הקבוצה. בהקשר זה הפנה בית הדין האזורי להצהרת קסטרו בדבר תנאי השכר האחידים בעיקרם של כל העובדים; וכך דחה בית הדין את טענת קסטרו שלפיה ככלל אין לאשר ניהול תובענה כייצוגית בעילה של אי תשלום שעות נוספות.

זאת ועוד. נקבע כי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. בית הדין האזורי התייחס לחשיבותו המרכזית של כלי התובענה הייצוגית בתחום דיני העבודה, וציין כי לכלי זה חשיבות מיוחדת במקרים שבהם מדובר בעובדים המשתכרים שכר נמוך וכאשר לא מתקיימים בין הצדדים יחסי עבודה קיבוציים, כבמקרה דנן. בית הדין הוסיף וציין כי הגשת תביעות פרטניות כנראה אינה כדאית למרבית חברי הקבוצה; זאת מאחר שרוב העובדים מועסקים במשרות חלקיות, ומשך ההעסקה הממוצע שלהם קצר למדי (פחות משנה), כך שההפרשים שלהם יהיה זכאי כל אחד מחברי הקבוצה אם התובענה תתקבל אינם צפויים להיות גבוהים. בית הדין האזורי קיבל את טענת קסטרו שלפיה קיימים הבדלים בין העובדים חברי הקבוצה מבחינת משך ההעסקה, היקף המשרה וגובה העמלות שלהן היה זכאי כל עובד, ואולם צוין כי אין בכך כדי למנוע את אישורה של התובענה כייצוגית. בהקשר זה הוסיף בית הדין כי משהסכימה קסטרו שיש לנהל את התובענה כייצוגית בחלק מן העילות, ממילא יהיה צורך לבחון ביחס לכל עובד את היקף המשרה המדויק שבו עבד והשכר שקיבל, וזאת באמצעות תוכנת השכר של קסטרו. לבסוף הוזכר כי קיימים מנגנונים שונים להתמודד עם שונות בין חברי הקבוצה בכל הנוגע לנזק שנגרם להם, כמפורט בסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות.

סופו של דבר, בקשת האישור התקבלה בחלקה. נקבע כי הקבוצה המיוצגת כוללת את כל העובדים כהגדרתם לעיל, שעבדו בקסטרו החל משבע שנים לפני הגשת בקשת האישור (יצוין כי כפי הנראה נפלה טעות בהחלטה, שעה שבית הדין ציין כי הקבוצה כוללת עובדים בשכר חודשי בעוד הכוונה הייתה לעובדים בשכר שעתית). עילות התביעה שבגינן התקבלה בקשת האישור הן "אי הכללת עמלות המכירה ב'שכר הרגיל' לצורך תשלום גמול שעות נוספות וגמול עבודה ביום מנוחה; מתן גמול שעות נוספות על פי תחשיב יומי בלבד, ללא תשלום הנדרש בדין גם עבור עבודה מעל 43 שעות על פי תחשיב שבועי; הגדרה שלא כדין של היקף משרה קבוע של 75% גם עבור עובדים שהיקף משרתם היה גבוה מזה, וזאת לצורך תשלום דמי חגים ודמי הבראה". (שם, פסקה 36). לנוכח התוצאה האמורה, בית הדין האזורי פסק לבאי-הכוח המייצגים שכר טרחה בסך 80,000 ש"ח בתוספת מע"מ, וכן הורה על תשלום הוצאות העותר בסך 5,000 ש"ח.

8. העותר הגיש ערעור בזכות על ההחלטה לדחות את בקשת האישור בעילת חישוב דמי החגים. קסטרו מצידה הגישה בקשת רשות ערעור על ההחלטה לאפשר ניהול תובענה ייצוגית נגדה בשתי עילות התביעה הנוספות (עילת חישוב גמול השעות הנוספות ועילת גמול השעות השבועיות), וכן על חיובה בשכר טרחה והוצאות. בהסכמת הצדדים, בקשת רשות הערעור שהגישה קסטרו נדונה על ידי בית הדין הארצי כערעור.

9. בית הדין הארצי דחה את הערעור שהגיש העותר, קיבל את ערעורה של קסטרו, והגיע למסקנה שאין מקום לנהל תובענה ייצוגית באף אחת משלוש עילות התביעה הנטענות.

עילת חישוב גמול השעות הנוספות

10. ראשית דבר, ציין בית הדין הארצי כי השאלה אם עמלת מכירה היא בגדר "תוספת" על פי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה, היא שאלה מורכבת ובעלת פנים לכאן ולכאן. מחד גיסא עמלות המכירה הן מרכיב בשכרו של העובד, ולעיתים אף מרכיב משמעותי; ומאידך גיסא, העמלות אינן משולמות עבור יחידת זמן של שעת עבודה, אלא מדובר בתוספת המשולמת בגין הישג המכירה ורק אם בוצעה מכירה בשעת העבודה. זאת ועוד. ישנם מקרים שבהם קיים נתק ממשי בין הזכאות לעמלה ובין שעות העבודה – למשל כאשר הזכאות לעמלה קמה רק כאשר העובד מגיע לרף מכירות מסוים שהוגדר מראש. במקרים כאלה ואחרים, כך נקבע, "קיים קושי מובנה לשייך את הזכאות לעמלה ליום או לשעת עבודה מסוימת, וכפועל יוצא מכך לקבוע כי המכירה בוצעה בשעות עבודה נוספות או במנוחה השבועית" (שם, פסקה 41).

בית הדין הארצי הוסיף וציין כי לא היה מקום להסתמך על כך שעמלת מכירה היא בגדר שכר לצורך חישוב פיצויי פיטורים. בעניין זה הובהר כי אין בחקיקה או בפסיקה הגדרה אחידה למונח "שכר", ופרשנותו של מונח זה עשויה להשתנות ממקרה למקרה בהתאם לנסיבות. כאשר מדובר בעמלה שמתווספת לשכר היסוד המשולם לעובד, כבמקרה דנן, נקבע כי "יש ליתן משקל למכלול הנסיבות ותנאי הזכאות לעמלה, כמו גם לשיעור העמלה ביחס לשכרו הכולל של העובד, עת ככל ששיעור העמלה גבוה יותר תגבר הנטייה לראות בה כחלק מ'השכר הרגיל' לפי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה" (שם, פסקה 43). בהמשך לכך נקבע כדלקמן:

"המסקנה העולה מהאמור לעיל היא שלא ניתן לקבוע באופן גורף כי עמלת מכירה היא חלק מ'השכר הרגיל' לעניין סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה, ויש לבחון כל מקרה לגופו בהתאם לנסיבותיו, ובכלל זאת: המנגנון המוסכם לתשלום עמלה – כגון האם משולמת עמלה בעד כל עסקה או בעד עסקאות שמעבר לרף מסוים? סוג העסקה שבעדה משולמת העמלה – האם מדובר בעסקה שנערכת באופן ממוקד, שניתנת לאיתור בזמן ובמקום, או בעסקה שקשירתה מתמשכת על פני פרק זמן ארוך? שיעור מרכיב העמלה בשכר – האם משולם לעובד שכר בסיסי ועליו מתווספת העמלה, או כל שכרו של העובד מורכב מעמלות, ומה השיעור היחסי של העמלה בשכרו

הכולל של העובד" (שם, פסקה 44) (ההדגשה שלי, ע'ב').

בית הדין הארצי הוסיף ונתן דעתו לשאלה כיצד יש לחשב את גמול השעות הנוספות על יסוד עמלות המכירה, וקבע כי קיימת בעייתיות בשיטת החישוב שהציע בית הדין האזורי. בעניין זה נקבע כי הוספת העמלות כמקשה אחת ל"שכר הרגיל" בסוף החודש, עלולה להביא לכך שתשולם לעובד עמלה הגם שכלל לא ביצע מכירות בשעות הנוספות ובמנוחה שבועית, וזאת בניגוד להסכמת הצדדים כי העמלה מהווה תמורה להישגי המכירות.

11. סופו של דבר, בית הדין הארצי נמנע מלהכריע בשאלה אם קמה לעותר ולחברי הקבוצה הנטענת זכאות לקבלת גמול שעות נוספות המחושב אף על יסוד עמלות המכירה. לגישתו של בית הדין, די בקשיים שעליהם הצביע ביחס לעילת תביעה זו כדי להביא למסקנה שלפיה לא מתקיימות הדרישות שבסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות – ולכן בכל מקרה אין להיעתר לבקשת האישור.

ראשית, נקבע כי "נוכח העובדה ששאלת הזכאות להכללת עמלות מכירה בשכר לצורך חישוב גמול שעות נוספות ומנוחה שבועית היא שאלה מורכבת ולה פנים לכאן ולכאן, לא ניתן בשלב זה לקבוע כי יש אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות של עובדה ומשפט יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה". שנית – וצוין כי זה העיקר – לצורך קביעת שיעור גמול השעות הנוספות המגיע לכל אחד מחברי הקבוצה יידרש בירור פרטני סבוך; ובכלל זאת, "יהיה צורך לאתר את נתוני המכירות של כל עובד בכל יום עבודה אל מול דו"ח הנוכחות באותו יום עבודה, ולבחון באיזה ימים ובאיזה שעות התגבשה הזכות לעמלת המכירה, מה היה שיעור עמלת המכירה בעד כל עסקה, ועל יסוד נתונים אלה לחשב את סכום הגמול המגיע" (שם, פסקה 47). בית הדין הארצי הבהיר כי מידת הבירור הפרטני שיש לערוך על מנת לקבוע את סכום הזכאות של כל אחד מחברי הקבוצה, היא שיקול רלוונטי בבוא בית הדין לקבוע אם תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת; ובמקרה דנן מדובר בחישובים מורכבים וסבוכים, ודי בכך כדי לדחות את בקשת האישור בעילה זו.

לבסוף התייחס בית הדין הארצי לטענת קסטרו, שלפיה יש לדחות את בקשת האישור בעילת חישוב גמול השעות הנוספות גם מהטעם שתכליתה של התובענה הייצוגית היא אכיפת דין קיים ולא יצירת זכות יש מאין. על פי הנטען, כיום אין כל הלכה מחייבת במשפט העבודה שלפיה יש לכלול עמלות מכירה בשכר הרגיל לצורך דמי חגים וגמול שעות נוספות, ואין לקבוע הלכה חדשה בנדון במסגרת ההליך הייצוגי ולהחילה על קסטרו באופן רטרואקטיבי ותוך פגיעה באינטרס ההסתמכות שלה. בית הדין הארצי לא שעה לטענה זו לגופה, וציין כי גם אם ייקבע שהעמלות הן חלק מ"השכר הרגיל" על

פי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה – אין בכך משום יצירת זכות משפטית חדשה, אלא מתן פרשנות להוראות החוק והצהרה על זכאותו של העובד לפיו. עם זאת ציין בית הדין, כי נשאלת השאלה אם במסגרת בחינת הדרישה להיותה של התובענה הייצוגית "הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין", יש לתת משקל לכך שהמעסיק סבר בתום לב שהוא נוהג בהתאם לדין, או לעובדת קיומן של פסיקות סותרות בסוגיה שבמחלוקת ולכך שההלכה הובהרה רק במסגרת הדיון בבקשת האישור. בית הדין לא מצא לנכון להכריע בשאלה זו, וזאת לנוכח הנימוקים האחרים שעל בסיסם נקבע כי אין להיעתר לבקשת האישור בעילה הנדונה.

#### עילת גמול השעות השבועיות

12. בית הדין הארצי פתח בכך שאין מחלוקת כי קסטרו שילמה לחברי הקבוצה גמול שעות נוספות על בסיס יומי בלבד, ולא שילמה גמול עבור שעות עבודה שמעבר ל-43 שעות בשבוע. בית הדין הארצי אף קיבל את קביעתו של בית הדין האזורי, שלפיה קסטרו אינה רשאית לקזז בדיעבד שכר ששולם עבור זמני הפסקה כנגד גמול שעות נוספות המגיע לעובד. עם זאת הובהר, כי יש להבחין בין זכותו של העובד שלא יקוזזו תשלומים להם הוא זכאי (כדוגמת גמול שעות נוספות) משכר ששולם לו עבור שעות שבהן שהה בהפסקה, ובין זכותו של העובד כי זמני ההפסקות שבגינם שולם לו שכר ייחשבו כ"שעות עבודה" לעניין חוק שעות עבודה ומנוחה. בעוד לא ניתן לקזז תשלומים משכר ששולם עבור הפסקות, לא מן הנמנע שניתן לקזז את זמני ההפסקות ממניין שעות העבודה השבועיות. וכך הובהר:

"מדובר בשתי שאלות שונות, ובכל הנוגע לשאלה השנייה התשובה אינה חד משמעית. כך למשל, מעסיק עשוי להסכים לשלם לעובד שכר בעד שעות הנסיעה לעבודה, למרות שאינו חייב בתשלום על פי החוק, אולם הסכמה זו אינה בהכרח הופכת את שעות הנסיעה לעבודה ל'שעות עבודה' לעניין הזכאות לגמול שעות נוספות". (שם, פסקה 53).

לגישת בית הדין הארצי, בנסיבות אלה לא ניתן לומר שיש אפשרות סבירה שעילת התביעה תוכרע לטובת הקבוצה. ועוד נקבע, כי ככל שתתקבל טענת קסטרו בדבר קיזוז זמני ההפסקות, בירור התובענה הייצוגית צפוי להיות כרוך בבירור עובדתי פרטני ביחס לשעות עבודתו של כל עובד בכל שבוע – ומשכך אף אין לומר כי התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת. מטעמים אלה הגיע בית הדין הארצי למסקנה כי אין להיעתר לבקשת האישור גם בעילה של תשלום גמול שעות נוספות עבור שעות עבודה שמעבר ל-43 שעות בשבוע.

עילת חישוב דמי החגים

13. בית הדין הארצי דחה את הערעור שהגיש העותר ביחס לעילה זו. בפסק הדין נקבע כי אמנם לשון סעיף 7 לצו ההרחבה מתיישבת אף עם הפרשנות שלפיה יש לכלול את עמלות המכירה בשכר הרגיל לצורך חישוב דמי החגים. עם זאת הובהר, כי "יש ליתן לצו ההרחבה פרשנות תכליתית על פי ההקשר התעשייתי – דהיינו שתכלית צו ההרחבה היא להשוות את מצבם של העובדים היומיים למצבם של העובדים החודשיים" (שם, פסקה 58). משכך, נקבע כי לא הוכח במידת הסבירות הראויה כי קמה לעותר עילת תביעה מבוססת בנוגע לדמי חגים שסיכוייה להתקבל טובים.

14. בכל הנוגע לשכר הטרחה שנפסק לטובת באי הכוח המייצגים ולהוצאות העותר – לנוכח התוצאה שאליה הגיע, בית הדין הארצי ביטל חיובים אלה שהושתו על קסטרו בהחלטתו של בית הדין האזורי.

## העתירה

15. במסגרת העתירה מבוקש כי נבטל את פסק דינו של בית הדין הארצי, נתערב בהחלטת בית הדין האזורי ונורה על קבלת בקשת האישור בכל שלוש העילות שבמחלוקת. לעמדת העותר, התערבותו של בית משפט זה בשבתו כבג"ץ נדרשת לצורך שרטוט גבולות הגזרה ביחס לשימוש ראוי בכלי התובענה הייצוגית במשפט העבודה בישראל. לטענתו, בית הדין הארצי לעבודה מנהיג מדיניות מצמצמת בכל הנוגע לניהול הליכים ייצוגיים בתחום דיני העבודה, ומונע באופן שיטתי וגורף ניהול הליכים מעין אלה. זאת, אף במקרים שמחמת היקפם ברור שאינם בני תביעה בדרך של תביעה אישית, ותוך פגיעה בציבור העובדים שאינם מאורגנים וסובלים מקיפוח. העותר סבור כי גישתו השיפוטית של בית הדין הארצי פוגעת אף בכלי הייצוגי עצמו, על תכליותיו השונות, וכן מנציחה מצב שבו חוטא יוצא נשכר.

לעמדת העותר, ההלכה במשפט העבודה היא שעמלות מכירה אינן אלא צורה נוספת לתשלום שכר עבודה, וכבר נפסק כי יש להתחשב בעמלות אלה לצורך חישוב פיצויי פיטורים, פנסיה, דמי מחלה, חופשה שנתית ודמי הודעה מוקדמת. אף על פי כן, בית הדין הארצי נמנע מלפסוק כך גם בכל הנוגע לגמול שעות נוספות ודמי חגים, תוך קיפוח והפליה של העובדים חברי הקבוצה.

16. בהתייחס לגמול שעות נוספות – העותר סבור כי שגה בית הדין הארצי בקבעו כי הזכאות להכללת העמלות בשכר הרגיל אינה מוחלטת אלא משתנה בהתאם לנסיבות

המקרה. לגישתו, לשון חוק שעות עבודה ומנוחה היא ברורה וחד משמעית, ולפיה כל תוספת מהווה חלק מהשכר הרגיל – ובכלל זה אף עמלות המכירה; ותכלית החוק מחייבת אף היא לקבוע כי כל העובדים במשק זכאים לשכר שוויוני עבור שעות נוספות, ללא קשר לאופן תשלום שכרם ונסיבות העסקתם. עוד טוען העותר בהקשר זה, כי בהיותה של הזכות לגמול שעות נוספות זכות קוגנטית, המשמעות היא שהיא חלה על כלל העובדים במשק, אינה מותנית בתנאים ואף לא ניתנת לוותר. הפיכתה של הזכות הקוגנטית לזכות "מותנית בנסיבות", כפי שנקבע בפסק דינו של בית הדין הארצי, תביא לעמימות משפטית – שקרוב לוודאי תנוצל לרעה על ידי מעסיקים, ותחייב עובדים שרוצים לעמוד על זכויותיהם להיגרר להתדיינות משפטיות מורכבות. זאת ועוד, העותר סבור כי התנאים שהציב בית הדין הארצי להכללת עמלות המכירה בחישוב גמול השעות הנוספות הם תנאים מכבידים, המרוקנים מתוכן את הזכות הקוגנטית לקבלת הגמול.

העותר מוסיף וטוען כי לא היה מקום לקבוע שעילת התביעה אינה מתקיימת רק מהטעם שהיא מעוררת שאלה מורכבת ובעלת פנים לכאן ולכאן. לגישת העותר שיקול זה אינו מצדיק את דחיית הבקשה לאישור תובענה כייצוגית, ומדובר בטעות משפטית מהותית שנפלה בפסק הדין. יתרה מכך, נטען כי דווקא תובענה ייצוגית היא המסגרת הדיונית המתאימה לבירור הסוגיה של הכללת עמלות המכירה בשכר הרגיל לצורך חישוב גמול שעות נוספות – שכן אין אפשרות מעשית שתביעה בעניין זה תוגש כתביעה פרטנית, ואם השאלה לא תתברר בהליך הייצוגי היא עלולה שלא להתברר כלל. העותר מלין על כך שבית הדין הארצי נמנע מלהכריע בסוגיה שהונחה לפתחו, גם אם היא מורכבת, ובכך הותיר את קביעותיו העקרוניות בנוגע לחישוב גמול שעות נוספות לוטות בערפל וחסרות תוכן וממשות.

העותר סבור כי בית הדין הארצי שגה גם בכך שקבע כי ההכרעה בבקשת האישור מחייבת בירור פרטני סבוך וכי הדבר מהווה טעם נוסף לדחייתה. לשיטת העותר, הבירור הפרטני נוגע לכל היותר לכימות הנזק שנגרם לחברי הקבוצה – ואולם סוגיית הנזק ממילא אינה צריכה להתברר בשלב האישור, אלא רק במסגרת הדיון בתובענה הייצוגית לגופה. נוסף על כך, בית הדין הארצי לא נתן את הדעת כנדרש ממנו למנגנונים הקבועים בסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות, ולאפשרות לחשב את הפיצוי לחברי הקבוצה בדרך של ביצוע בקירוב או בדרך אחרת.

17. בהתייחס לדמי חגים – לעמדת העותר תכלית דמי החגים היא לפצות את העובדים (שאינם משתכרים בשכר חודשי) בגין הפסד ההשתכרות ביום חג. משכך, ברי שחברי הקבוצה זכאים לתשלום מלוא שכרם בימים אלה, ובכלל זה עמלות מכירה שלהן היו

זכאים אילו היו עובדים באותו יום. חרף זאת, בית הדין הארצי שלל מחברי הקבוצה את הזכות לכלול את עמלות המכירה בחישוב דמי החגים, וזאת בנימוק ערטילאי ופסול – שלפיו עלולים להיות עובדים (המועסקים בשכר חודשי ובתוספת עמלות) שיופלו לרעה כתוצאה מכך. ואולם לדברי העותר הפגיעה בעובדים אחרים היא תיאורטית גרידא וכלל לא הוכחה על ידי קסטרו; ומכל מקום תיקון העוול הנטען של הפליה, אם בכלל נוצר, אינו יכול להיעשות על ידי גרימת עוול אחר לחברי הקבוצה ובדרך של שלילת זכות קוגנטית.

ומכאן לעילת התביעה שעניינה זכאות לגמול שעות נוספות בגין עבודה מעבר ל-43 שעות בשבוע. לטענת העותר, בית הדין הארצי גרם עוול לקבוצה בכך שקבע כי גם עילה זו מחייבת בירור פרטני שאינו מתאים לכאורה להתדיינות בהליך ייצוגי. העותר מוסיף ומציין כי אילו היה בית הדין מעיין בתלושי השכר ובדוחות הנוכחות של העותר, היה מתברר לו שקסטרו מעולם לא ניכתה את זמני ההפסקות לצורך חישוב גמול השעות הנוספות היומי – ועל כן ברי שאין מקום לאפשר לה לעשות כן לצורך חישוב הגמול השבועי. אלא שבית הדין הארצי כלל לא נתן דעתו להיבט זה, ומדובר בשגיאה מהותית נוספת בפסק הדין.

טענות קסטרו

18. קסטרו סומכת את ידיה על פסק דינו של בית הדין הארצי, שלו נתונים הידע, הסמכות וההיכרות המעמיקה עם עילות התביעה הנטענות בבקשת האישור. לגישה של קסטרו, העותר מבקש בעתירתו לשנות סדרי עולם במשפט העבודה, ולהקנות לחברי הקבוצה זכויות "יש מאין" באופן שמתגמל אותם מעבר לנדרש לפי דין. קסטרו אף מכחישה כי חברי הקבוצה הנטענת הם עובדים מוחלשים או מופלים לרעה, ולדבריה העותר הועסק על ידה במשך כחמש שנים שבמהלכן שולם לו שכר בסיס שלא פחת משכר המינימום ומעבר לכך אף תוגמל בעמלות מכירה.

בהתייחס להכללת העמלות בשכר שעל בסיסו מחושבים דמי החגים – קסטרו מבהירה כי קבלת פרשנות העותר לצו ההרחבה תוביל למצב אבסורדי, שלפיו כאשר עובד שעתי ועובד בשכר חודשי זכאים לאותן עמלות, בימות החגים שכר העובד השעתי יהיה גבוה יותר משכרו של העובד בשכר חודשי (שכן האחרון אינו זכאי לדמי חגים). זאת, שעה שכל מטרתו של צו ההרחבה היא מתן דמי חגים לעובד השעתי על מנת ליצור שוויון בינו ובין העובד בשכר חודשי. אין זאת אלא שדווקא קבלת טענות העותר היא שעלולה ליצור מצב מפלה ומקפח בקרב העובדים.

בכל הנוגע לזכאות לגמול שעות נוספות מעבר ל-43 שעות שבועיות – לעמדת קסטרו, בצדק נקבע כי לא מתקיימת הדרישה לקיומה של אפשרות סבירה שעילה זו תוכרע לטובת הקבוצה. קסטרו מבהירה כי נהגה עם העותר לפני משורת הדין שעה שנמנעה מלקזז משכרו את זמני ההפסקות ושילמה לו שכר גם כששהה בהפסקה. אולם לדבריה הסכמתה לתשלום שכר בגין זמני ההפסקות, ודאי שאינה יכולה להעיד על הסכמה אף לתשלום גמול שעות נוספות עבור ההפסקות, ואין בה לכדי להעניק לחברי הקבוצה זכויות וכספים שאינם מגיעים להם. עוד טוענת קסטרו, כי בצדק נקבע שתובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה בעילה זו בנסיבות העניין – בהינתן הצורך בבירור עובדתי פרטני ביחס לשעות העבודה של כל אחד מהעובדים, בכל שבוע בנפרד, על פני מספר רב של שנים. קסטרו מבהירה כי הלכה היא שמקום שבו נדרשת בדיקה מעמיקה וחקירה של טענות עובדתיות פרטניות, לא ניתן לנהל תובענה ייצוגית.

19. קסטרו סבורה שאין יסוד אף לעילת התביעה שעניינה בהכללת העמלות בשכר שעל בסיסו מחושב גמול שעות נוספות. לשיטתה, עמלות אלה הן תמריץ המשולם לעובד עבור ביצוע עסקה, ולא עבור שעות העבודה הרגילות שלו או כנגד יחידת זמן; ומשכך, העמלות אינן חלק מ"השכר הרגיל" – זאת בשונה ממי שכל שכרם מבוסס על עמלות. קסטרו סבורה כי יש ליתן משקל ממשי גם לכך שבנסיבות המקרה לא ניתן לשייך את הזכאות לעמלת המכירה לשעה מסוימת, והמשמעות היא שכלל לא ניתן לדעת אם העובד זכאי לכלול את העמלות בחישוב גמול השעות הנוספות אם לאו. קסטרו אף דוחה את האפשרות לפסוק פיצוי לחברי הקבוצה על דרך האומדנה ובהתאם לסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות. לעמדתה פסיקה כזו מנוגדת לדין ולהלכה הנוהגת, אינה ישימה, וצפויה להביא לתשלום כספים לעובדים שאינם מגיעים להם.

לבסוף מדגישה קסטרו, כי טרם נקבעה בבתי הדין לעבודה הלכה מחייבת בסוגיה שעניינה הכללת עמלות מכירה בשכר הרגיל שעל בסיסו מחושב גמול שעות נוספות, ונכון לעת הזו מדובר בשאלה פתוחה. לגישתה של קסטרו, די בכך כדי לדחות את בקשת האישור – שכן תכליתו של ההליך הייצוגי היא אכיפת דין קיים ולא קביעת הלכה חדשה. עוד נטען, למען הזהירות, כי אף אם ייקבע שיש לבטל את פסק דינו של בית הדין הארצי ולקבל את בקשת האישור, אין מקום להחיל הלכה זו באופן רטרואקטיבי על חברי הקבוצה.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

20. לגישת היועץ המשפטי לממשלה (להלן: היועמ"ש), במסגרת הדיון בבקשה לאישור תובענה כייצוגית בתחום דיני העבודה נדרשים בתי הדין לתת משקל, בין היתר, לפערי הכוחות והמידע בין הצדדים, למחסור בתמריצים לניהול ההליך הייצוגי, וכן

לצורך בהשגת הרתעה הולמת של המעסיקים במקרים מתאימים. בשים לב לאמור, היועמ"ש סבור כי בפסק דינו של בית הדין הארצי נפלו מספר טעויות; העיקרית שבהן היא קביעתו שלפיה עצם מורכבותן של עילות התביעה, והצורך בכירור פרטני ביחס לפיצוי המגיע לכל אחד מהעובדים, מהווים כל אחד טעם מספק לדחיית בקשת האישור. לגישת היועמ"ש קביעה זו עלולה להכביד יתר על המידה על תובעים פוטנציאליים, ולשמש גורם מצנן מפני הגשת תובענות ייצוגיות ראויות בתחום משפט העבודה.

היועמ"ש מבהיר כי שגה בית הדין הארצי כאשר קבע כי לא ניתן לומר שיש אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות יוכרעו לטובת הקבוצה – וזאת שלא על יסוד הכרעה בעניין הקונקרטי, אלא רק משום שהשאלה העקרונית שעל הפרק בעלת פנים לכאן ולכאן, ואף מבלי לבחון את נסיבותיו של המקרה הנדון. בהקשר זה מוסיף היועמ"ש כי לעמדתו ניתן ואף חשוב היה להכריע אם בענייננו קמה זכאות להכללת עמלות המכירה בשכר לצורך חישוב גמול שעות נוספות, וזאת על מנת להכווין את ההתנהגות בשוק העבודה ולייצר ודאות ביחס לזכויות העובדים והמעסיקים. עוד לעמדת היועמ"ש אף לא היה מקום לדחות את בקשת האישור רק בשל הצורך בעריכת חישוב פרטני מורכב, וזאת מבלי לבחון את משקלן של השאלות המשותפות או את האפשרות לעשות שימוש בפתרונות שמציע חוק תובענות ייצוגיות למצבים כאלה. לגישת היועמ"ש, הדברים מקבלים משנה תוקף בשים לב לכך שעל הפרק עומדות זכויות קוגנטיות של עובדים בלתי מאוגדים, המועסקים במשרות זמניות באופיין ובשכר נמוך.

דיון והכרעה

21. אקדים אחרית לראשית ואומר כי אם תישמע דעתי, נהפוך את הצו על תנאי שניתן למוחלט, נקבל את העתירה בחלקה ונבטל את פסק דינו של בית הדין הארצי ככל שהוא נוגע לעילת חישוב גמול השעות הנוספות ולעילת גמול השעות השבועיות. התיק יוחזר לבית הדין האזורי לניהול התובענה הייצוגית בשתי עילות תביעה אלה, וכן בשתי העילות שהצדדים הסכימו זה מכבר שיתנהלו כתובענה ייצוגית.

כידוע, בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק אינו משמש כערכאת ערעור על פסקי דין של בתי הדין לעבודה. התערבות בפסקי דינן של ערכאות אלה שמורה למקרים חריגים ויוצאי דופן המקיימים שני תנאים מצטברים: בהחלטה נפלה טעות משפטית מהותית בסוגיה עקרונית בעלת השלכות רוחב, ושורת הצדק מחייבת בנסיבות המקרה התערבות שיפוטית (ראו מני רבים: בג"ץ 760/22 בן חמו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 5 (27.4.2022); בג"ץ 5787/21 יהל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 5 (3.10.2021)). נפסק לא אחת כי השיקול המנחה בנדון "מן הראוי שיופנה לאופיה של

הבעיה, היינו, לחשיבותה הציבורית הכללית או למשקלה המשפטי הסגולי או לכלליותה ונפוצותה כתופעה במסגרת יחסי העבודה או להשפעתה הכללית על הליכים חברתיים ולשיקולים כיוצא באלה" (בג"ץ 525/84 חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מ(1) 673, 694 (1986)). זאת לנוכח מומחיותם של בתי הדין לעבודה בעניינים המסורים לסמכותם הייחודית; וכן משום שנדרשת הצדקה מיוחדת לקיים דיון בערכאה שלישית בסוגיה שהוכרעה לאחר שנתבררה קודם לכן לפני שתי ערכאות שונות (בג"ץ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(2) 63, 89 (1997)).

22. העתירה שלפנינו מעוררת שורה של סוגיות משפטיות עקרוניות, חלקן בתחום של משפט העבודה ואחרות בדיני תובענות ייצוגיות. אומר מיד, כי אינני סבורה שיש הצדקה להתערבותנו בקביעותיו של בית הדין הארצי באותן סוגיות שבדיני עבודה. סוגיות אלה נתונות למומחיותם של בתי הדין לעבודה, האמונים על מלאכת עיצובו של משפט העבודה בישראל, ומצויות בתחום סמכותן הייחודית של ערכאות אלה.

בהתייחס לעילת חישוב דמי החגים – הן בית הדין האזורי הן בית הדין הארצי הגיעו לכלל מסקנה כי עילת תביעה זו לא הוכחה ולו לכאורה. החלטותיהן של ערכאות אלה פורטו ונומקו באופן משכנע; וכובד המשקל ניתן לכך שהכללת עמלות המכירה בשכר לצורך חישוב דמי חגים עלולה להפלות בין עובדים שעתיים ששכרם מורכב מעמלות ועובדים בשכר חודשי ששכרם מורכב גם כן מעמלות, וזאת שעה שעובדים בשכר חודשי אינם זכאים לפיצוי על הפסד העמלות בימי חג. אינני סבורה כי בקביעה זו נפלה טעות, לא כל שכן טעות מהותית ששורת הצדק מחייבת להתערב בה. העותר אמנם אינו משלים עם קביעתם של בתי הדין לעבודה בנדון, ואולם טענותיו בעלות אופי ערעורי בעיקרן ואינן עומדות בקנה המידה המחמיר להתערבותנו.

על אחת כמה וכמה שאין עילה להתערבותנו בקביעותיו של בית הדין הארצי בנוגע לעילת חישוב גמול השעות הנוספות ועילת גמול השעות השבועיות. כפי שפורט לעיל, לאחר דיון משפטי מעמיק בעילות תביעה אלה, נמנע בית הדין הארצי מלהכריע בשאלה אם קמה לכאורה לעותר ולחברי הקבוצה זכאות לקבלת גמול שעות נוספות המחושב גם על יסוד עמלות המכירה, וכך גם בשאלה אם קמה לכאורה זכאותם לגמול שעות נוספות בגין שעות עבודה שמעבר ל-43 שעות שבועיות. משסוגיות אלה לא הוכרעו על ידי בית הדין הארצי, חרף היותו בעל הסמכות והמומחיות בנושא, ברי כי אין מקום לקבוע מסמרות בסוגיות אלה שבתחום דיני העבודה בגדר הדיון בעתירה דנן. יתר על כן, מאחר שאנו מצויים בשלב המקדמי של אישור התובענה הייצוגית, די בכך שבית הדין הארצי לא סתם את הגולל על עילות התביעה הנדונות – ולנוכח התוצאה שאליה

הגעתי, כפי שיבואר בסמוך, הסוגיות העקרוניות שמתעוררות יוסיפו ויתלבנו במסגרת הדיון בתובענה הייצוגית לגופה וכן על ידי ערכאת הערעור ככל שיוגש.

23. שונים הם פני הדברים ביחס לסוגיות בדיני תובענות ייצוגיות המתעוררות בעתירה. מדובר בשאלות עקרוניות שעניינן בפרשנות הניתנת לשניים מן התנאים לאישור תובענה ייצוגית המנויים בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, ולשאלות אלה נודעות משמעות מעשית והשלכות רוחב. מדובר אף בתחום משפטי שאינו בגדר מומחיותם הייחודית והמובהקת של בתי הדין לעבודה; ובנסיבות אלה "כלל אי-ההתערבות" מאבד מכוחו באופן משמעותי, וגוברת ההצדקה להתעמק בטענות הצדדים גם בערכאה זו (בג"ץ 6451/18 חיון נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 25 לפסק דיני ופסקה 1 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף (19.7.2021); בג"ץ 1893/11 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 37 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארו (30.8.2015), להלן: עניין מפעלי השמירה). כפי שיפורט להלן, בפסק דינו של בית הדין הארצי נפלו שתי טעויות משפטיות מהותיות בסוגיות עקרוניות ושורת הצדק מחייבת לתקנן, ועל כן המקרה שבו מדובר נמנה עם המקרים החריגים המצדיקים את התערבותו של בית משפט זה.

בית הדין הארצי קבע כי דין בקשת האישור להידחות ביחס לעילת חישוב גמול השעות הנוספות וביחס לעילת גמול השעות השבועיות, ובשני המקרים התבססה קביעה זו על נימוקים דומים: ראשית, ביחס לשתי העילות נאמר כי לא ניתן לקבוע שקיימת אפשרות סבירה שהשאלות יוכרעו לטובת הקבוצה, וזאת מפאת המורכבות המשפטית והעובדתית של הסוגיות שעל הפרק. שנית, נקבע כי התנאי שלפיו תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת אינו מתקיים אף הוא ביחס לשתי עילות התביעה, וזאת בשל הצורך בבירור עובדתי פרטני בנוגע לתשלום המגיע לכל אחד מחברי הקבוצה. לדידי, קביעות אלה אינן יכולות לעמוד. קודם שאתייחס אליהן לגופן, אקדים התייחסות כללית לתנאים לאישור תובענה כייצוגית.

התנאים לאישור תובענה כייצוגית – כללי

24. חוק תובענות ייצוגיות מונה שורה של תנאים לאישור תובענה כייצוגית – ובהם התנאי כי עילת התביעה שביסוד התובענה היא מהעילות המנויות בתוספת השניה לחוק (סעיף 3(א) לחוק); כי התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה; כי קיימת אפשרות סבירה ששאלות אלה יוכרעו לטובת הקבוצה; כי התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין; וכי מתקיימות דרישות תום הלב והולמות הייצוג מצד התובע המייצג ובא כוחו

(סעיף 8(א) (1)-(4) לחוק). נוסף על כך, התובע המייצג נדרש לאחוז בעילת תביעה אישית כתנאי להגשת התובענה הייצוגית (סעיף 4(א)(1) לחוק); ואולם מקום שבו כל התנאים לאישור תובענה ייצוגית מתקיימים פרט לתנאי זה, ניתן להורות על החלפת התובע המייצג בתובע חלופי בעל עילת תביעה אישית (סעיף 8(ג)(2) לחוק) (רע"א 5477/20 עיריית בני ברק נ' בן ששון, פסקה 13 (15.8.2021); רע"א 3717/20 רמי לוי שיווק השקמה תקשורת בע"מ נ' דוד, פסקה 14 (3.3.2021); רע"א 9617/16 בנק דיסקונט לישראל נ' לפינר, פסקה 16 (28.10.2018), להלן: עניין לפינר).

כבר הובהר בפסיקתו של בית משפט זה כי הסמכות לאשר תובענה ייצוגית היא סמכות שבשיקול דעת. המשמעות היא שבמקרים מתאימים רשאי בית המשפט לדחות את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית, גם אם מצא כי מתקיימים לכאורה התנאים לאישורה. הדבר נלמד בראש ובראשונה מהרישא של סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, המותירה לבית משפט את האפשרות שלא לאשר את ניהול התובענה כייצוגית אפילו אם נמצא שהתקיימו התנאים שבסעיף (ע"א 6007/21 מטאלחה נ' עיריית עפולה, פסקה 8 (26.12.2021); רע"א 2298/19 פינצ'בסקי נ' הנסיך מפעל לייצור טחינה בע"מ, פסקה 27 (4.8.2021); ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ, פ"ד סז(1) 410, 478-479 (2014), להלן: עניין פרינר). המונח "רשאי" הקבוע בסעיף (וחוזר בסעיפים נוספים בחוק תובענות ייצוגיות) משמש כמושג שסתום, המחייב את בית המשפט לבחון אם התובענה שלפניו ראויה להתברר כתובענה ייצוגית. הדרך לעשות כן היא באמצעות שיקולי מדיניות; ובפרט בשים לב לסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, המונה רשימה (לא סגורה) של מטרות שביסוד ההליך הייצוגי ונותן בידי בית משפט ארגז כלים אפקטיבי בבואו לקדם שימוש ראוי ויעיל במוסד התובענה הייצוגית:

- 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.

זאת ועוד. כל אחד מן התנאים לאישור תובענה ייצוגית משמש כמעין שסתום בפני עצמו המאפשר לבית משפט לקדם שימוש ראוי בכלי הייצוגי: אופן הפרשנות של התנאי קובע את גודלם של החורים במסננת, שבאמצעותה בורר בית המשפט את אותן תובענות הראויות להתברר כייצוגיות. פרשנות מרחיבה של תנאי האישור, תאפשר ליותר תובענות לעבור את הסינון ולבוא בקהל התובענות הייצוגיות; ולהפך.

25. הפרשנות שהעניק בית הדין הארצי לתנאים שבסעיף 8(א)(1) ו- (2) לחוק תובענות ייצוגיות, והאופן שבו יישם תנאים אלה בנסיבות המקרה, מצרים את "חורי המסננת" באופן שאינו עולה בקנה אחד עם תכליתו של החוק. כפי שציין אף היועמ"ש, החשש ביחס למדיניות כדוגמת זו שבה נקט בית הדין הארצי היא שתובענות ייצוגיות ראויות בתחום משפט העבודה לא יתבררו ככאלה – אף על פי שיש בהן כדי להגשים את מטרותיו של המוסד הייצוגי. כך בתמצית, ועתה בהרחבה.

התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה

26. אמת המידה לאישור תובענה כייצוגית לפי סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות היא קיומה של אפשרות סבירה כי השאלות המהותיות והמשותפות לחברי הקבוצה המתעוררות בהליך יוכרעו לטובת הקבוצה. רבות נכתב בפסיקה ובספרות המשפטית על טיבו של רף ההוכחה שהציב המחוקק בסעיף זה בכל הנוגע לעילות התביעה הנטענות. ההלכה הנוהגת בעניין זה היא ששומה על בית משפט לרדת לעובי הקורה ולבחון אם בקשת האישור מגלה עילה טובה; ואולם יש להישמר מפני הצבת מחסום גבוה מידי בפני תובעים ייצוגיים פוטנציאליים, על מנת שלא יהיה בכך משום גורם מצנן המרפה את ידיהם מפני הגשת תובענות ייצוגיות ראויות (ראו למשל: עניין לפינר, פסקה 16; עע"מ 7367/15 אליה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה חולון, פסקה 17 (31.5.2018); ע"א 5378/11 פרנק נ' אולטייל, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות (22.9.2014)). וכדברי השופטת ט' שטרסברג-כהן:

"אין להעמיד דרישות מחמירות מדי לעניין מידת השכנוע, משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית-המשפט עומס-יתר בבירור הנושא המקדמי, דבר העלול לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולרפיון ידיים של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. את כל אלה יש למנוע על-ידי קריטריון מאוזן בנושא נטל ומידת ההוכחה הנדרשים מהתובע הייצוגי, שמצד אחד לא יפטור אותו מחובת שכנוע, ומצד אחר לא יטיל עליו נטל כבד מדי" (ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 329-330 (1997)).

לשיטת בית הדין הארצי, כאשר במוקד בקשה לאישור תובענה ייצוגית ניצבת שאלה מורכבת ובעלת פנים לכאן ולכאן, המשמעות היא שלא ניתן לקבוע כי קיימת אפשרות סבירה ששאלה זו תוכרע לטובת הקבוצה. לשון אחר: עצם מורכבות הסוגיה הוא שמביא לגישת בית הדין הארצי לדחייתה של הבקשה לאישור תובענה ייצוגית, מבלי בכלל להידרש לסיכויי התביעה במקרה הקונקרטי. עמדתי היא שגישה זו מציבה משוכה גבוהה מדי בפני תובעים ייצוגיים פוטנציאליים בדרך לאישור התובענה כייצוגית, באופן

שאינו עולה בקנה אחד עם הפסיקה הנוהגת כנזכר לעיל ואף חוטא לתכליתו של מוסד התובענה הייצוגית.

27. ההליך הייצוגי הוא כלי ראשון במעלה לקידום הרתעה יעילה של הגופים הגדולים במשק (עוסקים, רשויות, מעסיקים וכו') מפני הפרה של הדין, וכן בתור אמצעי להשגת סעד הולם ל"אזרח הקטן" שנפגע מההפרה. באותם מקרים שבהם הנזק שנגרם ליחיד הוא קטן יחסית, ואולם הנזק המצרפי שנגרם לכלל חברי הקבוצה יחד הוא משמעותי, "רק ריכוז תביעות יחידים לתביעה אחת, היא התובענה הייצוגית, הופך את תביעתם לכדאית" (רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 784 (1995); וראו גם: דברי הסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, ה"ח הכנסת 93, 232; בג"ץ 2171/06 כהן נ' יושב ראש הכנסת, פסקה 3 (29.8.2011)). ככל שהשאלות שעליהן נסב הליך הן מורכבות יותר, כך גם העלויות הכרוכות בניהולו גבוהות יותר, וגוברת חשיבות השימוש במנגנון התובענה הייצוגית – שכן מנגנון זה מעניק לתובעים "יתרון גודל" המאזן במידה מסוימת את יחסי הכוחות שבינם ובין הגוף הנתבע (אלון קלמנט ושרון רבין-מרגליות "תובענות ייצוגיות בדיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק?" עיוני משפט לא(2) 369, 376-377 (2009)).

טול מקרה שבו הנזק שנגרם לכאורה לכל אחד מחברי הקבוצה הוא קטן באופן יחסי, ונוסף על כך מתעוררת שאלה משפטית מורכבת. במקרה כזה התמריץ להגשת תביעה אישית פוחת עוד יותר מבמקרה הרגיל, כך שמניעת האפשרות לניהול הליך ייצוגי תביא בסבירות גבוהה לכך שאותה שאלה מורכבת לא תתברר כלל. ויובהר: שאלה מורכבת ובעלת פנים לכאן ולכאן היא שאלה שמעצם הגדרתה, יכול שתוכרע לטובת הקבוצה ויכול שלא. אולם ככל שהדין עם הקבוצה – משמעותו של אי-בירור השאלה היא שהקבוצה תיוותר בסבירות גבוהה לפני שוקת שבורה; ותוצאה זו אינה עולה בקנה אחד עם תכליותיו של מנגנון התובענה הייצוגית, ובהן כאמור מיצוי הדין, הגברת אכיפת החוק, קידום הרתעה יעילה, מימוש זכות הגישה לערכאות ומתן סעד הולם לנפגעים (סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות; וראו, מני רבים: בר"מ 4303/12 אינסלר נ' המועצה האזורית עמק חפר, פסקה 10 (22.11.2012); ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון ראבי ז"ל, פסקה 21 (4.12.2011), להלן: עניין תנובה). מאותם טעמים, אין לקבל גם את טענת קסטרו שלפיה יש לדחות בקשה לאישור תובענה ייצוגית ככל שהיא מעוררת שאלות שטרם נקבעה בהן הלכה מחייבת.

28. ואמנם, בתי המשפט נדרשים כדבר שבשגרה לדון במסגרת בקשה לאישור תובענה ייצוגית בסוגיות משפטיות נכבדות וחדשניות מענפי משפט שונים, ולקבוע ממצאים בדבר סיכויי התביעה במקרה הקונקרטי. כך, למשל, ב-ע"א 2718/09 "גדיש"

קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ (28.5.2012) (להלן: עניין גדיש) נדונה שאלת היקף החובות החלות על בעל שליטה בעת מכירת מניותיו לצד שלישי. באותו מקרה קבעה הנשיאה (בדימ') ד' ביניש כי "עצם העובדה כי השאלות שעתידות להתברר בהליך גופו הינן קשות ומורכבות, וכי על המערערים יהיה לעבור כברת דרך לצורך הוכחת טענותיהם, אינה מהווה, לשיטתי, כשלעצמה, מחסום מפני אישור התובענה כייצוגית" (שם, פסקה 29). ב-רע"א 2616/03 ישראכרט בע"מ נ' רייס (14.3.2005) דן בית משפט זה לראשונה בשאלת פרשנותו של סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (כיום חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988) שעניינו בניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, וזאת במסגרת של בקשת אישור תובענה כייצוגית; וכיום תלויים ועומדים בבתי המשפט ברחבי הארץ שורה ארוכה של הליכים ייצוגיים בעילות מתחום דיני התחרות שטרם זכו לליבון בפסיקת בית המשפט העליון. לעיתים נדרש בית משפט להכריע אגב הליך ייצוגי בשאלות מורכבות מן הבחינה הציבורית והערכית – למשל, ב-רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות (9.12.2015), להלן: עניין קול ברמה) נקבע כי מדיניות מוצהרת של תחנת רדיו חרדית שלפיה לא יושמעו נשים בשידוריה היא כבחינת הפליה אסורה.

הנה כי כן, מורכבות השאלות שעל הפרק והתמודדות עם קשיי הוכחה הם חלק אינהרנטי מההליך הייצוגי; והתובענות הייצוגיות בתחום משפט העבודה אינן "בן חורג" בהקשר זה. ההפך הוא הנכון. "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" (עניין מפעלי השמירה, פסקה 65). בנסיבות שבהן לא קיים ארגון עובדים, או שהארגון אינו ממלא אחר ייעודו, התובענה הייצוגית היא לא פעם המכשיר האפקטיבי היחיד לאכיפת זכויות העובדים. משכך, עמדה שלפיה ניתן לנהל הליך ייצוגי במשפט העבודה רק בעילה שאינה מעוררת סוגיות מורכבות או רק ככל שבקשת האישור צועדת בקרקע חרושה מבחינת ההלכה הנוהגת, היא עמדה שאינה מקיימת את תכליותיו של חוק תובענות ייצוגיות ואין להסכין עימה. הדברים מקבלים משנה תוקף מקום שבו על הפרק ניצבות זכויות קוגנטיות של העובדים, המהוות חלק מחקיקת המגן, שכידוע נועדה להגן על זכויות בסיסיות של העובד אל מול פערי הכוחות המשמעותיים בינו ובין המעביד:

"עקרונות אלו מיועדים להגן על העובד אשר נתון באופן מובנה בעמדה חלשה במערכת יחסיו עם המעביד (עניין קו לעובד, פס' 6 לחוות דעתו של המשנה לנשיא מ' חשין). אכן, ההצדקה המסורתית של חקיקת המגן מושתתת על חוסר השוויון הבסיסי בין כוח המעביד לכוח העובד (בג"ץ 7029/95 הסתדרות העובדים החדשה נ' בית הדין הארצי לעבודה פ"ד נא(2) 63, 102)). מטרתה

של חקיקת המגן, אפוא, היא לתת כלים בידי קבוצת עובדים חלשה שימנעו את אפשרות הפגיעה בה" (השופט (כתוארו אז) נ' הנדל ב-בג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (18.3.2013) (בדעת מיעוט אך לא לעניין זה).

זה המצב גם במקרה זה, שעה שעל הפרק עומדות הזכות לגמול שעות נוספות והזכות לגמול עבור עבודה בשעות שמעבר ל-43 שעות בשבוע, שהן זכויות קוגנטיות; וחברי הקבוצה אינם מאורגנים, ומרביתם עובדים זמניים וכאלה המצויים בראשית דרכם התעסוקתית.

29. אסכם ואומר, כי הדרישה שבסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות מתמצה בהוכחת אפשרות סבירה שהסוגיות המהותיות המתעוררות בהליך הייצוגי יוכרעו לטובת הקבוצה. הא ותו לא. אין מניעה שסוגיות אלה יהיו חדשניות או מורכבות מבחינה עובדתית או משפטית, ואל לו לבית משפט שדן בבקשה לאישור תובענה כייצוגית לפטור עצמו בשל כך מלהכריע בנוגע לסיכויי התביעה במקרה קונקרטי. כל מסקנה אחרת עלולה להביא לתת-אכיפה ולקיפוח זכויותיהם של חברי הקבוצה. ולענייננו – לא היה מקום לדחות את בקשת האישור שלא על יסוד הכרעה בעניין הקונקרטי, אלא רק משום שהשאלה העקרונית שעל הפרק בעלת פנים לכאן ולכאן.

תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין

30. בית הדין הארצי הגיע לכלל מסקנה כי אף אם ייקבע שלעילת חישוב גמול השעות הנוספות ולעילת גמול השעות השבועיות סיכויים טובים, קביעת היקף התשלום המגיע לכל אחד מחברי הקבוצה מכוח עילות אלה תחייב בירור עובדתי ופרטני סבוך – שאין לו מקום בגדרי ההליך הייצוגי. משכך נקבע עוד כי לא מתקיים התנאי בדבר היותה של התובענה הייצוגית הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. דומני כי גם קביעה זו מחייבת את התערבותנו.

מידת ההומוגניות של חברי הקבוצה עשויה להיות שיקול רלוונטי בבוא בית המשפט לבחון אם הליך מסוים מתאים להתברר כתובענה ייצוגית. עם זאת, הדגש בעניין זה הוא על שונות בין חברי הקבוצה המשליכה על קיומה של עילת תביעה ועל עצם זכותו של כל חבר לקבלת סעד. זאת, להבדיל משונות המתמקדת בשלילת האפשרות להעריך את הנזק האינדיבידואלי שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה או לפסוק פיצוי בגינו (עניין תנובה, פסקה 55; עניין פריניר, פסקאות 69-71 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר; עניין קול ברמה, פסקאות 69-71; עניין גדיש, פסקאות 34-35).

החשש העיקרי במקרה של שונות הרלוונטית להוכחת עילת התביעה, הוא כי ייפגעו זכויות הנתבע לנהל הליך הוגן ולהעלות טענות הגנה כלפי כל אחד מחברי הקבוצה (ע"א 6887/03 רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות עובדים, פסקאות 24-27, (20.7.2010)). לעומת זאת, שונות הנוגעת להוכחת הנזק והזכאות לפיצוי נתפסת כפחות חמורה או בעייתית; זאת בעיקר לנוכח סעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע הסדר סטטוטורי מקיף שנועד ליתן מענה לקשיים המתעוררים בשל היעדר הומוגניות בהוכחת זכאות לסעד:

"להבדיל משונות בין חברי הקבוצה הפוטנציאלית העשויה להשליך על קיומה של עילת תביעה ועל עצם זכותו של כל חבר לקבלת סעד, השונות הנוגעת לגובה הפיצוי יש לה מענה במנגנונים השונים שנקבעו בסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות, באשר לסעד אותו מוסמך בית המשפט להעניק. קביעתם של מנגנונים אלה נועדה להבטיח כי שונות בין חברי הקבוצה לעניין קביעת הסעד כמו גם קשיים אחרים בהוכחת הנזק הנובעים, למשל, מחוסר יכולת לזהות את חברי הקבוצה או לאתרם, לא יכשילו על הסף את בירור העניין בדרך של תובענה ייצוגית ואת הגשמת התכליות העומדות ביסודו של הליך זה מבחינת אינטרס הציבור ומבחינת הקבוצה הנוגעת בדבר, עליהן עמדנו בהרחבה לעיל. על כן, שונות לעניין גובה הנזק אין בה, ככלל, כדי להכשיל את בירורה של התובענה כייצוגית ואת מתן הסעד בגדרה, לרבות פיצוי אחיד שייקבע על דרך האומדנה, אלא אם כן לא ניתן בנסיבותיו של מקרה נתון לקבוע פיצוי הולם על-פי איזה מן המנגנונים הקבועים בסעיף 20". (עניין תנובה, פסקה 55).

כך, למשל, סעיף 20(ג)(1) לחוק מסמיק את בית המשפט לפסוק כל סעד לטובת הקבוצה או לטובת הציבור – זאת בנסיבות שבהן פיצוי כספי לחברי הקבוצה "אינו מעשי", בין משום שחברי הקבוצה אינם ניתנים לזיהוי או שהדבר כרוך בעלות בלתי סבירה או מכל סיבה אחרת (דנ"מ 8626/17 מנירב נ' מדינת ישראל, פסקה 21 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל (11.11.2020)); אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 214 (2017)). בית המשפט אף רשאי למנות מומחה מטעמו לצורך חישוב היקף הנזק ודרך חלוקתו (סעיף 20(ב)(1) לחוק).

31. במקרה נושא הדיון כאן, אין חולק כי קיימת זהות בין חברי הקבוצה בכל הנוגע לתנאי העסקתם ולשכר ששולם להם על ידי קסטרו – ועל כך ראוי היה לשים את הדגש במסגרת הדיון בשאלה אם ההליך מתאים להתברר כתובענה ייצוגית. בהינתן האמור, לא הייתה כל מניעה שבית הדין הארצי יכריע בנוגע לסיכוייהן של עילות התביעה הנוגעות. בכל הנוגע להיקף הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה ולפיצוי הכספי המגיע לו בגין כך – עניין זה צריך מעצם טיבו לעמוד לבחינה של הערכאה הדיונית במסגרת הדיון בתובענה הייצוגית לגופה, בשים לב לפתרונות שהציע המחוקק כמפורט בסעיף 20 לחוק.

ככל שיתברר בסופו של דבר כי זכויותיהם של חברי הקבוצה קופחו – אין להלום גישה שלפיה הם ייוותרו ללא פיצוי רק בשל מורכבות החישוב.

סיכומו של דבר – גם הצורך בחישוב פרטני סבוך, אין בו בנסיבות המקרה כדי למנוע את אישור התובענה כייצוגית.

#### התוצאה

32. הגם שבית הדין הארצי קבע בפסק דינו אמות מידה לדיון בעילת חישוב גמול השעות הנוספות ובעילת גמול השעות השבועיות, הוא נמנע מליישם אותן בנסיבות המקרה שהובא לפניו ולא נתן דעתו לסיכוייהן של עילות תביעה אלה במקרה הקונקרטי. חלף זאת, בית הדין הארצי קבע כי אין לנהל את התביעה כייצוגית מחמת שסבר שלא מתקיימים שניים מהתנאים שבסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות – ואולם הגעתי לכלל מסקנה כי בקביעה זו נפלה טעות מהותית המחייבת התערבות. במצב דברים זה לכאורה ניתן היה להחזיר את הדיון לבית הדין הארצי, על מנת שישלים את הבירור בנוגע לסיכוייהן של עילות התביעה הנטענות; אלא שנראה כי בנסיבות המקרה ראוי לקדם את ההליך באופן שהדיון ימשיך בבית הדין האזורי מהנקודה שבה עצר – והכוונה היא שבית הדין האזורי ידון בתובענה הייצוגית לגופה בהתאם לאמור בהחלטת האישור. תוצאה זו מתחייבת בשים לב לחלוף הזמן מעת הגשת בקשת האישור ועל מנת לייעל את המשך ההתדיינות, וכאשר בית הדין האזורי ממילא נדרש לדון בשתי עילות התביעה שאושרו בהסכמה במסגרת של תובענה ייצוגית. ויובהר: בית הדין הארצי לא שלל את התקיימותן של עילת חישוב גמול השעות הנוספות ועילת גמול השעות השבועיות; ובמידת הצורך הוא יוכל אף לשוב ולהידרש לסוגיות אלה, במסגרת ערעור על פסק הדין שיינתן בתובענה הייצוגית, ככל שיוגש.

לפיכך אם תישמע דעתי, נקבל את העתירה ונהפוך את הצו על תנאי שניתן למוחלט, ונבטל את פסק דינו של בית הדין הארצי ככל שהוא נוגע לעילת חישוב גמול השעות הנוספות ועילת גמול השעות השבועיות. המשמעות היא שהחלטתו של בית הדין האזורי בבקשה לאישור תובענה כייצוגית תעמוד בתוקפה, ובכלל זה חיובה של קסטרו בתשלום שכר טרחה והוצאות לבאי הכוח המייצגים ולעותר. התיק יוחזר לבית הדין האזורי לדיון בתובענה הייצוגית כפי שנקבע בהחלטת האישור. לנוכח תוצאת העתירה, קסטרו תישא בהוצאות העותר בסכום כולל של 50,000 ש"ח.

השופט י' אלרון:

אני מסכים.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל:

אני מסכים לחוות דעתה המקיפה של חברתי, השופטת ע' ברון. חשוב להדגיש כי סוגיה מורכבת או חדשה אינה מהווה כשלעצמה מחסום מפני בירור כחלק מתובענה ייצוגית, שכן מוסד התובענה הייצוגית חל על תיקים פשוטים ומורכבים כאחד.

בשונה ממורכבות הסוגיה המשפטית, אודה כי עניין מורכבות חשוב הפיזי עבור כל אחד מחברי הקבוצה עורר בי מחשבה כי הצורך בבירור פרטני מעין זה עשוי לסתור את התנאי לאישור תובענה ייצוגית, לפיו מנגנון זה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת (ראו ע"א 9494/08 פן נ' רכבת ישראל, פסקה 7 לחוות דעתי (27.6.2013)). ברם, בנסיבות העניין, כפי שנמקה חברתי, פתרון לסוגיה זו קבע המחוקק בסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, אשר יעמוד לנגד עיניה של הערכאה הדיונית בבואה לבחון את התובענה הייצוגית.

המשנה לנשיאה (בדימוס)

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת ע' ברון.

ניתן היום, י"ב בתמוז התשפ"ב (11.7.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימוס)