

ממרומי נבו – תובענה ייצוגית ומשפט העבודה הקיבוצי:

היחיו שניהם יחדיו?

בעקבות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006

מאת

אלישבע ברק-אוסוסקין*

לגבי, ידיד אמת

מבוא

השופט גבריאלי בך קיבל את עתירתה של ד"ר נעמי נבו כנגד פסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה¹. בכך התערב השופט בך במוסכם בהסדר קיבוצי – חוקת פנסיה – שחל על ד"ר נעמי נבו. השופט בך מצא כי יש מקום להתערב במוסכם בין השותפים ליחסים הקיבוציים – ה-*social partners*. בכך יש התערבות בהסכמה שנתן ארגון העובדים לאחר משא ומתן. ברם ההתערבות נעשתה בהסכמה הפוגעת בזכות יסוד, היא הזכות לשוויון. כך כתב השופט גבריאלי בך:

ההפליה היא נגע היוצר תחושת קיפוח ותיסכול. היא פגמת בתחושת השייכות ובמוטיוואציה החיובית להשתתף בחיי החברה ולתרום לה. חברה אשר בה נוהגת הפליה איננה חברה בריאה, ומדינה שבה נוהגת אפליה לא תוכל להיקרא מדינה מתוקנת.

* סגנית נשיא בית הדין הארצי לעבודה (בדימוס). תודה מכל לב למיכאלה קלי ולצ"ה אגדי על עזרתן המיוחדת בעריכה ובהערות השוליים.
1 בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749 (1990).

בקבלו את טענתה של ד"ר נעמי נבו כנגד המוסכם על השותפים ליחסים הקיבוציים, קבע השופט בדך כי סעיף בהסדר הקיבוצי פוגע בשוויון, ועל כן יש לזכות בזכות מסוימת גם את הקבוצה המקופחת, במקרה זה הנשים עליהן חל ההסדר הקיבוצי. טובת הנאה בה מדובר הוא גיל פרישה מבוגר מזה של הנשים. תביעתה של נעמי נבו הייתה לבטל את ההסדר עליו הסכימו השותפים הקיבוציים כך שיושווה גיל הפרישה של הנשים לזה של הגברים. על הסעד המבוקש עמד המשנה לנשיא אהרן ברק:²

תרופה זו ידועה בספרות ההשוואתית. היא פותחה בעיקר לעניין חוקים המפרים את עקרון השוויון הקבוע בחוקה. היא מכונה בספרות החוקתית האמריקנית הוספה או הרחבה (extension) על הטקסט הקיים.

היא מכונה בספרות החוקתית הקנדית כ"קריאה לתוך ההסדר" (reading in) או שחזור הטקסט (reconstruction). ביטויים אלה אינם מוצלחים. השופט אינו משנה את הטקסט הקיים, ואינו משחזר אותו או מוסיף עליו. השופט אינו נוגע כלל בטקסט הקיים. פעולתו של בית המשפט שונה היא. הוא קובע, כי כל עוד הטקסט הקיים עומד בעינו – וכאמור, השופט אינו "נוגע בו" כלל – מתבקש מתן טובות הנאה דומות לקבוצה נוספת, המצויה מחוץ לטקסט. הענקתה של טובת הנאה זו נגזרת במישרין מתוך עקרון השוויון, שהוא עיקרון נורמאטיבי אשר הטקסט כפוף לו וחייב לציית לו. הנה כי כן, בית המשפט אינו שותל איבר נוסף לגוף הטקסט הנגוע בהפליה פסולה. בית המשפט קובע, עם זאת, כי מכוח העיקרון של השוויון – וכל עוד ההסדר החוזי המפלה עומד בעינו – מתבקש סעד של מתן טובת הנאה גם לסוג המופלה, באופן שההפליה תוסר.

פסק דינו של השופט בדך נובע ממקומו של עקרון השוויון ביחסים בין בני אדם בכלל, וביחסי עבודה בפרט, שעלה בעיניו על העיקרון של כיבוד המוסכם על ידי ארגון העובדים. השופט בדך השקיף ממרומי הר נבו באמצעות ד"ר נעמי נבו, על האיזון בין הזכות לשוויון לבין כיבוד הסכמת ארגון העובדים. בכך נתן השופט גבריאל בדך גושפנקא לפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה אשר ראה, עוד בראשית דרכו, בערך השוויון ביחסי עבודה ערך מרכזי.³

פגיעה בזכויות בעבודה דוגמת הפגיעה בשוויון, הן תדיר פגיעות בציבור של עובדים. הם נובעים מסטיגמה שיש למעביד על תכונה מיוחדת של קבוצת עובדים. יש על כן

2 בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 767.

3 ראו הפסיקה המאוזכרת בפסק הדין בבג"ץ נבו, שם.

חשיבות לכך שתהא לבית הדין האופציה, הברירה, לדון באופן מרוכז בזכותם של בני הקבוצה הנפגעת כולה, היינו, דיון בעיקרון ולא במקרה פרטני.
 בשנת 2006 חוקקה הכנסת את חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, המסדיר את הפרוצדורה המיוחדת של תובענות ייצוגיות. החוק מאפשר דיון בסכסוכי עבודה אישיים בדרך של תובענה ייצוגית, בתנאים המתאימים, ברם הוא מסייג את סמכותו של בית הדין לעבודה לדון בסכסוך בדרך של תובענה ייצוגית בעניינו של

...עובד שחל עליו הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי עבודתו, והמעביד של אותו עובד או ארגון מעבידים שהוא חבר בו, צד להסכם הקיבוצי.⁴

ברשימה זו אני מבקשת לבקר את החריג האמור. תכליתו של המאמר היא פנייה למחוקק לבטל את החריג באופן ששיקול הדעת האם לאשר תובענה ייצוגית יופקד בידי בית הדין, ולא תיסגר בפניו כל אפשרות להרשות במקרים כאלה על המקום העבודה הסכם קיבוצי, לדון בתביעה גם בדרך של תובענה ייצוגית. שיקול הדעת האם להרשות דיון בדרך של תובענה ייצוגית צריך שיישאר בידי בית הדין.

לדעתי, כל סכסוך בגינו יש ליחיד זכות לפנות לערכאות, ולערכאה כלשהי יש סמכות לדון בעניינו – ניתן עקרונית לדון בו גם בדרך של תובענה ייצוגית. ודוק. ברי שהסמכות בעניין מסוים אינה מחייבת אישור הדיון בעניין בדרך של תובענה ייצוגית. כל שנאמר הוא שעקרונית בכל מקרה בו יחיד טוען כנגד פגיעה בזכות, ויש לבית הדין סמכות לדון בעילה של הפרת הזכות לה הוא טוען, צריך שתהא אפשרות תיאורטית לדון בעילה בדרך של תובענה ייצוגית. אני אבקש לבחון את המקרים כאלה יש ליחיד זכות לפנות לערכאות כאשר חל על מקום העבודה הסכם או הסדר קיבוצי. אני אבקש להראות כי אין הצדקה לשלול מבית הדין בצורה גורפת סמכות לדון בתביעה של עובד או מעביד במקום עבודה מאורגן בדרך של תובענה ייצוגית, בהביאנו בחשבון את שיטת משפט העבודה הישראלית. אבקש לבחון את כל המצבים שבהם עלול להתעורר סכסוך יחיד במקום עבודה מאורגן ואראה שבכל המצבים הללו שיטת המשפט בישראל מכירה בזכות תביעה אישית – ועל כן יש לאפשר, כאופציה, גם דיון בדרך של תובענה ייצוגית. ברי שיש ראשית לכל לדון בשאלה אם המקרה מתאים לדיון בדרך זו. אטען כי בעניינים אלו יש להותיר לבית הדין אותו שיקול דעת שבו הוא מחזיק בכל יתר הסכסוכים בין עובד למעביד; בית הדין הוא שצריך לבחון אד-הוק את האיוון בין דיון בדרך של תובענה ייצוגית לבין השארת הטיפול לארגון

4 סעיף 10(3) לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן – החוק או חוק תובענות ייצוגיות). לעניין זה הסכם קיבוצי כולל גם הסדר קיבוצי; שם. במאמר זה, לשם נוחות הקריאה, בכל מקום שנכתב הסכם קיבוצי הכוונה גם להסדר קיבוצי.

העובדים וחשש לפגיעה בארגון העובדים. בעיני יש להשאיר את התובענה הייצוגית כאפשרות דיונית גם בסכסוכים בין עובדים למעבידים במקום עבודה מאורגן ולא לשלול אותה לחלוטין – הן לגבי תביעות של עובדים נגד מעבידם והן בתביעות של מעבידים נגד עובדים.

במאמר זה אציג אם כן שיקולים של מדיניות משפטית התומכים בפתיחה של דלתות בית הדין בפני תובענות ייצוגיות בכל המצבים במ עשויה להתעורר תביעה אישית במקום עבודה מאורגן ואתען כי שיטתנו המשפטית צריכה לאפשר לכל התביעות הללו להידון גם בדרך של תובענה ייצוגית.

מה הם אם כן המצבים האפשריים שבהם יש לעובד כפרט זכות תביעה אישית במקום עבודה מאורגן:

1. התביעה היא כנגד הוראה בהסכם או הסדר קיבוצי.
 2. נטען על ידי עובד או מעביד שזכות הנובעת מהסכם או הסדר קיבוצי הופרה.
 3. חל על מקום העבודה הסכם או הסדר קיבוצי המסדיר את תנאי העבודה אך הזכות הנטענת על ידי עובד או מעביד אינה צומחת מההסכם או ההסדר קיבוצי.
 4. עובד טוען לאי-קיום הסכם או הסדר קיבוצי על ידי מעבידו, והמעביד רואה את עצמו פטור מקיום ההסכם או ההסדר הקיבוצי באשר הוא יצא מארגון המעבידים החתום על אותו הסכם.
- אקדים ואעמוד על מהותה וחשיבותה של התובענה הייצוגית בכלל וביחסי עבודה בפרט.

א. רקע

התובענה הייצוגית בישראל מעוגנת כיום בכמה דברי חקיקה: מלכתחילה היו אלה תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 ותקנה 21 לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין), התשנ"ב-1991, ולאחרונה נוסף עליהן חוק תובענות ייצוגיות. בין השאר מחיל החוק את סדרי הדין של התובענה הייצוגית גם על סכסוכי עבודה שבהם נפגעה זכות מכוח חוק מגן או זכות אחרת של עובד. התוספת השנייה לחוק מציינת כי ניתן לאשר תובענה ייצוגית במקרים אלה:

8. (1) תביעה בעילה של הפליה בעבודה, לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.

(2) תביעה בעילה כאמור לפי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996.

9. (1) תביעה בעילה לפי פרקים ד', ה' או ה' 1 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

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 6 לחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987, או לפי חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996.

ברם הסעיף הקטן הבא מסייג את האפשרות להגיש בקשה לתובענה ייצוגית:

(3) בפרט זה –

"תביעה" – למעט תביעה של עובד שחל עליו הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי עבודתו, והמעביד של אותו עובד או ארגון מעבידים שהוא חבר בו, צד להסכם הקיבוצי;

"הסכם קיבוצי" – הסכם קיבוצי לפי חוק הסכמים קיבוציים, ה'תשי"ז-1957, או הסדר קיבוצי בכתב.

בכך חסם החוק את הדרך להגשת תובענה ייצוגית כשמדובר במעסיק שחל עליו הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי העבודה. אלון קלמנט ושרון רבין-מרגליות מתחו ביקורת על סייג זה ועמדו על הצורך להעניק לו פירוש מצמצם.⁵ על פי הפירוש המצמצם שהציעו, מניעת האישור לתובענה ייצוגית תתקיים רק כשתביעתו של העובד נוגעת לזכות מכוח הסכם קיבוצי – ולא בכל מקרה שבו העובד מועסק במקום עבודה שחל עליו הסכם קיבוצי. באותה רוח פסקתי כי, משהחוק לא מותיר לבית הדין כל שיקול דעת סברתי כמותם, כי יש לצמצם את תחולתו של הסייג שבחוק.⁶ ודוק: על פי סעיף 19 לחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957, זכות מכוח הסכם קיבוצי היא זכות אישית של כל עובד בהסכם האישי שלו עם מעבידו. בעיני טוב יעשה המחוקק אם יבטל את החרג האמור ויותיר לבית הדין את

5 אלון קלמנט, שרון רבין-מרגליות "תובענות ייצוגיות בדיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק?" עיוני משפט לא 369 (2009).

6 ואף אני פסקתי כך בע"ע 1154/04 גרוס – מדינת ישראל משרד הבטחון (פורסם בנבו, 9.1.2007).

אותו שיקול דעת שניתן לו בכל יתר הסכסוכים האישיים. הדבר יהלום את אופיו ומסורתו של משפט העבודה הישראלי, בדומה למשפט העבודה האירופאי, המאפשר לעובד יחיד לפנות לערכאות כשזכותו מכוח הסכם קיבוצי מופר. בכך שונה גישתו של משפט העבודה הישראלי (ושל משפט העבודה האירופי) מהגישה הנוהגת בארצות הברית וקנדה.⁷ הגישה העולה מן החריג האמור בחוק תובענות ייצוגיות אף אינה ראויה מבחינת מדיניות משפטית וחברתית: מניעה מוחלטת של הזכות לתבוע אינה עולה בקנה אחד עם תכלית המשפט. ברי כי עשויים להיות טיעונים כבדי משקל הדוגלים במניעת דיון בסכסוך כאשר על הצדדים חל הסכם או הסדר קיבוצי – אך אלה פותחו ויפותחו בפסיקתו של בית הדין לעבודה ויכללו בשיקול דעתו. אין למנוע מלכתחילה את הדיון במ. התובענה הייצוגית היא בראש וראשונה כלי הקובע סדרי דין מיוחדים לצורך אכיפת זכויות. עתה אעמוד על אופיים של כלים אלה.

ב. סדרי הדין: מכשיר לקידום המשפט המהותי ולאכיפת זכויות

תובענה ייצוגית היא כלי פרוצדורלי, אך זו לא רק דרך דיון אלא, ככללים רבים אחרים הקובעים פרוצדורה, הוא כלי עזר חשוב לאכיפת זכויות מהותיות. כללי הפרוצדורה נועדו לשרת את המשפט המהותי ולאפשר את אכיפתו. עמדה על כך אלכסנדרה להב, בדבריה לפיהם כללי הפרוצדורה ומשפט המהותי משפיעים זה על זה הדדית:⁸

[...] procedure and substance have a reciprocal relationship; procedures not only realize the aims of the substantive law, they also influence its direction. Furthermore, some procedures [...] also have an intrinsic value.

אם כן, עלינו לעשות את המרב כדי שהכללים הפרוצדורליים – סדרי הדין – ישרתו אותנו בהשגת צדק משפטי וחברתי; עלינו להשתמש במ כדי להסדיר את ניהול הדיונים ולמנוע אנרכיה. בהקשר של תובענות קיבוציות, תדיר נפגעות זכויותיהן של קבוצות גדולות. עתים הפגיעה בכל פרט בקבוצה אינה גדולה. תכלית הדיון הקבוצתית הוא לאכוף את הדין, לאכוף זכויות. כדי להשיג צדק לקבוצות גדולות יש לסטות מהגישה של המאה השמונה-עשרה, שלפיה רק תובע שיש לו "ריב" (lis) זכאי לפנות לערכאה שיפוטית ולקבל סעד. אם בעבר התקיים ההליך המשפטי באופן מסורתי בין שני צדדים, אזי כיום העידן הדמוקרטי – המכיר בכוח ובזכויות של קבוצות באוכלוסייה – החל מאמץ שיטות שונות להכרה גם

7 ראו להן פרק ו(2).

8 Alexandra D. Lahav, *Bellwether Trials*, 76 GEOR. WASH. L. REV. 576, 589 (2007-2008)

בזכותן של קבוצות לקבל את יומן בבית המשפט. שיטות שונות מצאו דרכים לדון בפגיעות המוניות בדרך שונה מהדיון הפרטני. כך כשמדובר בנוזקים המוניים כגון נזקי אורניום או אסבסט בקהילה (mass tort);⁹ כך כשמדובר בפגיעות המוני כגון זה שהתרחש במגדלי התאומים בניו-יורק ב-11 בספטמבר 2001; כך כשמדובר בנוזקי עישון; כך כשמדובר בדרך זו מושג צדק משפטי וחברתי. פגיעות קבוצתיות בזכויות אדם כגון העינויים ההמוניים שביצע הדיקטטור פרדיננד מרקוס בפיליפינים;¹⁰ כך גם בתובענה ובהגנה נגזרת של בעלי מניות בשם תאגיד. באותו אופן הורחבה זכות העמידה וכיום עותר ציבורי רשאי לתבוע בבית המשפט כשנפגעת זכותו של מאן שהוא גם אם הוא עצמו לא נפגע. הוא הדין כאשר אין אף עותר שעשוי להיות בעל עניין לפנות לבית המשפט, והצדק נפגע, וזכויות אדם נפגעות.¹¹ זווית נוספת של אותו עניין היא האפשרות של היועץ המשפטי לממשלה להתייצב בהליך אם ראה היועץ המשפטי שנפגע או עלול להיות כרוך או נפגע אינטרס ציבורי.¹² המשותף לכל הדוגמאות הללו הוא העיקרון שלפיו דלתות בתי המשפט אינן ננעלות לפני נפגעים רק בשל נימוקים פורמליים. בדרך זה מושג צדק משפטי וחברתי, מושגת אכיפה של הדין ושל זכויות אדם. הנה כי כן שלילה מוחלטת של סמכות לדון בכל תביעה של עובדים בדרך של תובענה ייצוגית כאשר העובדים משתייכים למקום עבודה מאורגן, היא פגיעה חמורה בהגנה על זכויות אדם ואכיפתם.

הזכרתי את הנימוק הדמוקרטי: האופי הדמוקרטי של המשפט מאפשר משפט קבוצתי, שמביא לצדק קולקטיבי. מוכרות כיום דרכים נוספות לתביעות קבוצתיות שמטרתן להיטיב עם הרבים, למשל: הליך שבו הנציג תובע בערכאה שיפוטית ולתוצאת הדיון יש השפעה על כל בני הקבוצה המתחייבים. שעה שמדובר בתובענה ייצוגית פסק הדין חל על כל בני הקבוצה אלא אם כן הם יוצאים מהקבוצה בחינת opt out, הרי ישנה גם הדרך של bellwether trial, היינו: המשכוכית הצועדת בראש העדר, פעמון על צווארה והיא מנהיגה את העדר כולו. בדרך זו "מנהיג" – כלומר: נציג או קבוצה – פונה לבית המשפט בתביעה ואחרים רשאים להצטרף בחינת opt in. גישה חדשנית זו דוגלת במנהיג המוביל את המשפט. פסק הדין הניתן בהליך זה הוא למעשה הכוונה לכל המקרים הדומים, אם כי הוא לא מחייבם.¹³

- Robert H. Klonoff, Edward K.M. Bilich, *Class Actions and other multi-party litigation*, 9
 .AMERICAN CASEBOOK SERIES 752 (2000)
 ראו מאמרה של להב, לעיל ה"ש 7, בעמ' 585. 10
 ראו בג"ץ 448/87 ויליאם נקש נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 813 (1987). 11
 סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], התרצ"ד- 12
 1934. כמו כן ראו סעיף 30(א) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969.
 ראו מאמרה של להב, לעיל ה"ש 7. 13

אם כן, האופי הדמוקרטי של הדיון האינדיבידואלי כפי שאנו מורגלים לו נותן לגיטימציה, בנוסף לדיון האינדיבידואלי, לדיון קבוצתי המביא לצדק קבוצתי. אכן, משפט העבודה הקיבוצי הקדים את דורו. גישתו אינה אטומיסטית אלא משקפת ערכים של הסכמה וצדק קיבוצי. צדק קיבוצי זה משליך על כל פרט: איגודים, ארגוני עובדים וארגוני מעבידים דואגים לאינטרסים של הפרט ולכן רשאים להתייצב בהליך הדין בסכסוך קיבוצי בין עובדים למעבידים אם הארגון סבור שפירושו של ההסכם הקיבוצי הוא שעומד לדיון: 14

(ב) ארגון עובדים או ארגון מעבידים שהוא צד להסכם קיבוצי רשאי להתייצב בכל הליך שלפני בית הדין שבו נתון אותו הסכם קיבוצי לפירוש, ולהשמיע בו את טענותיו.

נוסף על כך יש לבית הדין או לרשם – לבקשת בעל דין וגם בלעדיה – סמכות לצוות על הוספת שמו של אדם "שנוכחותו בבית הדין דרושה כדי לאפשר לבית הדין לפסוק ולהכריע בייעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה"; 15 היינו: אם ראה בית הדין שכדי לברר בירור מקיף את התובענה דרוש לו צד או צדדים נוספים, הוא רשאי לצרפם לדיון גם אם הם אינם נוגעים ישירות לסכסוך. מכוח כלל זה בית הדין מצרף לעתים ארגון עובדים או ארגון מעבידים, גוף או אדם אחר שבית הדין סבור כי נוכחותו דרושה לבירור מקיף של התובענה. כל אלה באים לחזק את עקרונות משפט העבודה, היינו, אכיפת הזכויות והדין תוך הכרה שהעובד הוא בעמדת מיקוח חלשה מזו של המעביד. מתוך עקרון זה של אכיפת זכויות יש לארגון עובדים או מעבידים מעמד בבית הדין בסיטואציות רבות. הארגון רשאי להגיש תביעה בשם עובד או מעביד לפי העניין, רשאי להצטרף לדיון, בית הדין רשאי לצרפו לדיון. מתוך חשיבה זו אין בעיני כל מניעה שארגון עובדים או מעבידים יהיה "נציג" בתובענה ייצוגית. ראה הארגון שנפגעה זכות של קיבוץ עובדים גדול, רשאי הוא להגיש בקשה לדיון בדרך של תובענה ייצוגית ובכך מהווה הארגון "נציג" כמוגדר בחוק תובענות ייצוגיות.

דרך נוספת להשתתפות בדיון של מי שאין לו סכסוך אישי נקבעה לאחרונה בשנת 2006, בתיקון לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988. התיקון הסמיך את השר להקים

14 סעיף 30(ב) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969.

15 תקנה 18(א) לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין), התשנ"ב-1991 הקובעת כי "בכל שלב משלבי הדיון רשאי בית הדין או הרשם, לבקשת בעלי דין או בלא בקשה כזאת ובתנאים שייראו לו, לצוות על מחיקת שמו של בעל דין שצורף שלא כהלכה כתובע או כנתבע, או על הוספת שמו של אדם שהיה צריך לצרפו כתובע או כנתבע או שנוכחותו בבית הדין דרושה כדי לאפשר לבית הדין לפסוק ולהכריע בייעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה".

נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, להעמיד בראשה נציב ארצי ולהקים לשכות מחוזיות בראשות נציבים אזוריים. על פי החוק:

הוגשה לנציב אזורי תלונה [...] יחליט לנהוג באחת מדרכים אלה:

[...] להגיש תובענה אזרחית בבית הדין לעבודה, בבית משפט אחר המוסמך לדון בה, או בוועדת תעסוקה כמשמעותה בסעיף 20 לחוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), התש"ט-1949, לשם אכיפת הזכות נשוא התלונה, בין בשם המתלונן ובין בשם הנציבות.¹⁶

נמצא כי הנציבות רשאית להגיש תובענה בגין הפרת הזכות לשוויון גם בלי שתוגש תובענה אישית.

אם כן, הדין הפרוצדורלי בישראל כולל דרכים רבות החורגות מהדין המסורתי של המאה השמונה עשרה, שהעניק זכות טיעון לפני ערכאה שיפוטית רק למי שיש לו "ריב" (lis) או עניין אישי.

ג. תובענה ייצוגית: איזון בין הגשמת צדק חברתי לסיכון של פגיעה ביחסי עבודה קיבוציים

בפרק הקודם הראיתי כי אשיות הדמוקרטיה והתכלית שבהשגת צדק חברתי הביאו לגישה לא פורמליסטית של סדרי הדין, במטרה להגיע לצדק מרבי, להגנה על זכויות ופיצוי על הפרתן, להרתעה ולפרסום ברבים. התובענה הייצוגית היא אחת הדרכים הפרוצדורליות להשיג מטרת אלה.

התובענה הייצוגית נועדה להשגת צדק קולקטיבי, וביתר דיוק: להתגברות על אי־צדק שנגרם או שאולי גם ייגרם בעתיד לאוכלוסייה גדולה. התובענה הייצוגית כוחנת עוולות הטיפוסיות לקבוצות גדולות ובענייננו – לאוכלוסייה גדולה של עובדים או מעבידים. שלושה מאפיינים מייחדים את התובענה הייצוגית מהליך פרוצדורלי אזרחי רגיל. ראשית, התובענה אינה אינדיבידואלית: היא סוטה מהכלל שלפיו יש לכל תובע הזדמנות להופיע בפני ערכאה שיפוטית. שנית, בדרך כלל מדובר בהליך לא וולונטרי עבור חברי הקבוצה – למעט התובע הייצוגי עצמו. שלישית, היא אינה הליך אדברסרי. אם כן, עבור בני הקבוצה – למעט התובע הייצוגי – מדובר בהליך שאינו אינדיבידואלי ואינו וולונטרי. חסרונות אלה של התובענה הייצוגית באים לידי איזון ביתרון הטמון

בתכליתו של הליך זה, שעל פיה פגיעה בקבוצה שלמה תיפתר בהליך משפטי אחד. על פי הפרוצדורה המסדירה את האיזון האמור, חברי הקבוצה לומדים על ההליך באמצעות הודעה הניתנת על פי כללים מסוימים. הפרטים המרכיבים את הקבוצה אינם צריכים להצטרף לתביעה באופן אקטיבי (opt in), ויש מנגנונים שנועדו לאפשר להם לצאת ממנה אם רצונם בכך (opt out).¹⁷ אל מול היתרונות שמספק המכשיר הדיוני של תובענה ייצוגית – פתרון לבעיה הנגרמת או עתידה להיגרם לקבוצה גדולה ולא מוגדרת, תוך חיסכון בהתדיינויות ובפסיקות סותרות – ניצב הסיכון של נזק לא מידתי העלול להיגרם לנתבע. על השופט השוקל אישור לדיון בדרך של תובענה ייצוגית לבחון את ההזדמנות של הנתבע תוך החלת מבחן ההדדיות. על פי חנוך דגן, "מבחן ההדדיות [...] מנסה להתוות גבול עדין [...] של אחריות קהילתית שאינה גולשת לפגיעה מופרזת באינטרס הפרטי".¹⁸ אנו מחליפים את השיטה האדברסרית בגישה חברתית שבה שולט מבחן ההדדיות. הדבר משפיע גם על התוצאה המעשית של פסק הדין: פסק דין בתובענה ייצוגית מהווה השתק פלוגתא לגבי כל חברי הקבוצה, למעט אלה שהודיעו על יציאתם מהקבוצה כנדרש בסעיף 11 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. השתק פלוגתא לא בהכרח חל בין אותם בעלי דין: הוא יכול לחול בין חליפיהם של בעלי דין או שליחיהם,¹⁹ בדומה לאחריותו השילווחית של מעביד לרשלנות עובדיו.²⁰

אם כן, השתק פלוגתא יחול מכוח החוק על כל הקבוצה המיוצגת בתובענה הייצוגית אלא אם כן מי מחבריה ביקש לצאת מהקבוצה. זהו מעין מצב ביניים בין מי שהם צדדים להליך וחל עליהם מבחן ההזדמנות לבין מי שאינם צדדים להליך ולמרות זאת עשוי לחול לגביהם השתק פלוגתא. מדובר בקבוצה שלכאורה נשללת ממנה זכות מכוח החוק או הטבה אחרת, או שחלק מבניה ובנותיה מופלים בהשוואה לבני הקבוצה האחרים בשלילת זכות

17 ראו מאמרו של מיכאל קרייני "התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים, בעקבות פסק דין מדינת ישראל נ. א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ" דין ודברים א 449 (2005). כמו כן ראו סטיבן גולדשטיין "תביעת-ייצוג-קבוצתית-מה ועל שום מה?" משפטים ט 416 (1979); סטיבן גולדשטיין "עוד בעניין תביעת-ייצוג-קבוצתית-ההתפתחות במשפט האנגלי" משפטים יא 412 (1981); S. Goldstein, *Class Actions in Israel*, Israeli Reports to the XIII (1990) (C. Wasserstein Fassberg, Ed.) 452. International Congress of Comparative Law 491, חנוך דגן "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין" עיוני משפט כא 491, 503-504 (1998); השופטת אסתר חיות בע"א 7394/03 נכסי ר.א.ר.ד. חברה לבניין בע"מ נ' מנהל מס שבה מקרקעין רחובות (פורסם בנבו, 6.12.2006).

18 ראו השופט מרדכי בן דרור בע"א 344/83 רויטמן נ' פרס, פ"ד לט(4) 29 (1985) והפסיקה המאזכרת שם.

19 ע"א 507/79 ראונדנאף (קורן) נ' חכים, פ"ד לו(2) 757 (1982).

מכוח החוק או הטבה אחרת, או שמקבוצה שלמה נמנעת זכות, או שמבחינה עובדתית יש חוב כלפי כל בני הקבוצה כגון כשהנתבע חב סכום כסף לכל אחד מבני הקבוצה. להלכה, בתובענה ייצוגית כל חברי הקבוצה הם צדדים לסכסוך; למעשה הדיון מתקיים בהיעדרם של רוב בני הקבוצה ובנסיבות מסוימות אפשר לדון בתובענה ייצוגית ללא נוכחותו של בן קבוצה כלשהו, ללא נציג. כך קורה, למשל, כשהנציג נפסל מנימוק כלשהו, כשהוא מתפשר בעניינו הוא, כשהעניין כבר לא רלוונטי לגביו וכדומה. בכל המצבים האלה אין מניעה להמשיך בדיון. הדיון הוא על שאלה עקרונית והנציג הוא למעשה דמות מקרית – אמצעי שהגיש את הבקשה.²¹

האיזון בין יתרונותיה של התובענה הייצוגית לנוק שעלול להיגרם לנתבעים, מעבידים או עובדים, הניצבים בפני סיכון של תביעות לא אדברסריות מורחבות רבות, מושג על ידי שיקול הדעת הרחב הנתון לערכאה השיפוטית והתנאים המוקדמים שעליה לשקול כשמוגשת לה בקשה לאשר תובענה ייצוגית.

תובענה ייצוגית צריכה לעמוד בשלושה התנאים הבאים:²² (1) מתעוררות שאלות מהותיות של חוק או עובדה המשותפות לכלל חברי הקבוצה; (2) הנציג המוצע מייצג בצורה הולמת את האינטרסים של הקבוצה כולה; (3) זכייה של חבר אחד בקבוצה משמעה זכייה של כל חברי הקבוצה.

כאשר התנאים מתקיימים על בית המשפט להשתכנע שאין שיקולים נוגדים הגוברים עליהם, כלומר: שהאיזון האמור מטה את הכף לטובת תובענה ייצוגית. בשלב הבא על בית המשפט לאזן בין יעילות להגינות וצדק. הלכה למעשה הדיון בבקשה לאישור דיון בדרך של תובענה ייצוגית אינו דיוני טהור. הוא שעטנו בין הליך דיוני למהותי. הוא כולל היבט דיוני אך גם שיקולים מהותיים.

את רעיון התובענה הייצוגית למדנו מארצות-הברית ומבריטניה: זו ה־class action או ה־class suit. בארצות-הברית ובארץ נחלקו הדעות באשר לעצם השימוש בתובענה הייצוגית; בעולם האנגלו סקסי השימוש בה נפוץ ביותר. נשיאת בית המשפט העליון הקנדי Beverly McLachlin, ציינה כי "It is one of the most significant procedural developments of the

21 ראו מאמרו של קרייני, לעיל ה"ש 16, בעיקר כאשר הנציג עצמו נפסל לאחר תחילת הדיון. כך לדוגמה בפרשת *Sosna v. Iowa*, 419 U.S. 393 (1975); בפרשת *U.S. Parole Commission v. Geraghty*, U.S. 338, 445 (1980), נפסק כי תובענה ייצוגית אינה הופכת למבוטלת כאשר הנציג נפסל. בפסק דין זה נדון עניינו של אסיר שסורב לחנינה והגיש תביעה קיבוצית בה תקף את לגיטימיות ועדת החנינות. בינתיים הוא שוחרר, אך בית המשפט קבע כי יש להמשיך בדיון בתובענה הייצוגית ללא נציג.

22 סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006.

”23 century” וכן קבעה כי “Any jurisdiction can not do without this”²⁴. כך או כך הפכה התובענה הייצוגית לאחת הדרכים הבולטות והחשובות ביותר לדיון אזרחי במדינות רבות של המשפט המקובל.²⁵

ד. פן פרטי ופן ציבורי

לתובענה הייצוגית חשיבות בהגנה על זכויות אך גם סיכון של פגיעה בזכויות. יש לה פן פרטי ופן ציבורי. שני פנים אלו מקבלים משנה עצמה כשמדובר בתביעה של עובדים לזכויותיהם – וזהו הפן הפרטי; הפן הציבורי הוא האינטרס שלנו לשמור על משפט העבודה הקיבוצי – שלא ייפגע, שלא תיחלש ההגנה של ארגוני העובדים על העובדים. חשיבותו של הפן הפרטי נעוצה בכך שגם אדם שתביעתו האישית נראית קלת ערך או שסכומה אינו גבוה מקבל אפשרות ריאלית לזכות, לפחות בהשוואה לסיכוייו המעטים בתובענה אישית. התביעה הייצוגית מאפשרת לעמוד על הזכויות והאינטרסים הפרטיים של ציבור הולך וגדל של עובדים “חלשים” דוגמת עובדים זרים, עובדי קבלן ודומיהם; רבים מהם נמנעים מלתבוע את זכויותיהם האישיות מחשש לפיטורין או לפגיעה בתנאי עבודתם. בה במידה, אותו כלי עצמו – התובענה הייצוגית – יכול לשרת גם גופים גדולים ועובדים “חזקים”: גם אלה עלולים לחשוש מפני פיטורין או מפני טורח רב מדי עבור שווי תביעה קטן מדי.

חשיבותו של הפן הציבורי נעוצה בכך שהתובענה הייצוגית מגדירה כלי לאכיפה אפקטיבית של הכללים המשפטיים על מקבלי ההחלטות בחברה.²⁶ אפקט ההרתעה גדול כשמדובר בקבוצה ולא בתובע יחיד וכתוצאה מכך האכיפה הציבורית גוברת. טלו לדוגמה את התובענות שהוגשו בארצות הברית בגין נזקי עישון לצדדים שלישיים: אילו תבע פלוני בעצמו לא הייתה מתקבלת אכיפה של ממש; האכיפה הציבורית היא שהשפיעה על יצרני הסיגריות. מבחינה זו התובענה הייצוגית רלוונטית גם עבור מי שסכום תביעתם גדול, היינו:

23 ראו פסק דינה של נשיאת בית המשפט העליון הקנדי, Beverly McLachlin שאישרה תובענה ייצוגית – Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton, [2001] 2 S.C.R. 534 SCC .46

24 שם.

25 Rachael Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems* (2004)

26 ארית חביב-סגל דיני חברות – לאחר חוק החברות החדש, כרך א 557 (2004).

עובדים הנחשבים "חזקים", וגם מקום שהבקשה נוגעת רק לחלק מהזכויות.²⁷ על ההיבט הציבורי עמדו סטיבן גולדשטיין ויעל עפרון:²⁸

מכשיר זה, ביחד עם מכשירים דיוניים נוספים שהומצאו לנוכח מגמה זו, נועד לאו דווקא לפצות ניזוקים, אלא להבטיח את קיום המשפט המהותי ונורמות ראויות של שלטון החוק. התכלית העיקרית של מכשירים אלו הינה להעמיד גופים המשרתים את הציבור (יצרנים, ספקים, נותני שירותים וכיוצ"ב) במבחן מחמיר את איכות השירות או המוצר שהם מספקים, וזאת על מנת להרתיע אותם מלהזיק לציבור וכן להענישם אם הם אכן מזיקים לו.

על יתרון זה לציבור עמדה הנשיאה Beverly McLachlin בפסק הדין הקנדי הנ"ל:²⁹

Class actions serve efficiency and justice by ensuring that actual and potential wrongdoers do not ignore their obligations to the public. Without class actions, those who cause widespread but individually minimal harm might not take into account the full costs of their conduct, because for any one plaintiff the expense of bringing suit would far exceed the likely recovery. Cost-sharing decreases the expense of pursuing legal recourse and accordingly deters potential defendants who might otherwise assume that minor wrongs would not result in litigation.

אם כן, האינטרס הציבורי הוא אכיפת החוק וחיזוק שלטון החוק. התובענה הייצוגית נותנת לפרטים תמריץ לתבוע גוף שלטוני או גוף דו מהותי כדי להגן על שלטון החוק.³⁰ אכן, במקרים המתאימים היועץ המשפטי לממשלה, האמון על אינטרס הציבור, מתייצב להליך במטרה להגן על זכות של ציבור גדול. בהתייבחותו כאמור הוא מחזק ומעודד את השימוש בכלי התובענה הייצוגית.³¹

27 ** בית הדין הארצי דחה לאחרונה בקשה לאישור תובענה ייצוגית כאשר אחד הנימוקים הוא גובה הסכום ע"ע 425/09 **אבישי גולדברגר - אגודת השומרים בע"מ** (טרם פורסם). הוגשה בקשה לרון בבג"ץ. הבקשה טרם נדונה.

28 סטיבן גולדשטיין ויעל עפרון "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל" עלי משפט א' 27, 31 (2000) (להלן: מאמרם של גולדשטיין ועפרון).

29 ראו פסק הדין בעניין **Canadian Shopping Centres**, לעיל הערת שוליים 22.

30 רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774 (1996).

31 שם; כמו כן ראו אירית חביב-סגל, לעיל הערת שוליים 25.

פן נוסף של האינטרס הציבורי הוא היעילות והחיסכון במשאבים של הצדדים ושל בית המשפט הנלווים לתובענה הייצוגית.

אינטרס ציבורי אחר של התובענה הייצוגית טמון בכך שהיא מבססת את ערך השוויון. ראשית היא מאפשרת להשיג שוויון בין כל הפרטים שזכות מסוימת שלהם נפגעה: היא מונעת מצב שבו רק מי שהגיש תביעה יזכה לסעד בזמן שאוכלוסייה שלמה נפגעה או עשויה להיפגע בעתיד. הצלחתה של תובענה ייצוגית מזכה את כל הזכאים לזכות המופרת ולא רק את מגיש התביעה. שנית, תובענות ייצוגיות מקטינות את אי-השוויון בין גופים גדולים וחזקים לבין אלה הזכאים לקבל מהם זכויות, ובענייננו: בין מעבידים לעובדים. יתרון ציבורי נוסף הוא מניעת עשיית עושר ולא במשפט של גופים גדולים: גופים אלו עשויים להתעשר שלא כדין תוך שהם מפריזים זכויות אדם ובהן זכויות עובדים. תובענה ציבורית נגד גופים גדולים עשויה למתן את הסיכון האמור.

על מהות השיטה ועל חשיבותה עמדה השופטת טובה שטרסברג-כהן הן בפן האישי והן בפן הציבורי (עניין א.ש.ת. הראשון):³²

החיים המודרניים מזמנים לנו חדשות לבקרים התפתחויות חברתיות וכלכליות שבמהלכן צמחו גופים כלכליים רבי עוצמה וכוח המרכזים בידם ייצור, תעשייה ושירותים לצריכה המונית. "האדם הקטן" מפתח תלות באותם גופים, שאת מוצריהם או שירותיהם הוא צורך, ונחשף לאפשרות להיפגע ישירות מפעילותם. נוצר חוסר שוויון בין מעטים – שהשליטה במשאבים מרוכזת בידיהם – לבין מי שנתון לשליטה זו ללא יכולת של ממש להגן על עצמו ועל האינטרסים שלו. תיקון חלקי של מצב זה ניתן לעשות על-ידי הכרת המשפט בכלי התובענה הייצוגית. התובענה הייצוגית מביאה בכנפיה גישה חדשה וחדשנית למהותה של התדיינות. היא מהווה אתגר לשיטה האדברסרית. במרכזה עומד סכסוך כלכלי, נטול צביון אישי, כאשר במקומו של העיקרון המבטיח לכל בעל-דין את יומו בבית-המשפט, בא עקרון הייצוג, שנועד להבטיח כי עניינם של חברי הקבוצה שלא נטלו חלק פעיל בהליך בפני בית-המשפט, ייוצג באופן הולם. ניהול ההליך המשפטי יוצא מידיהם של הצדדים ונשלט על-ידי אנשי המשפט: עורכי-דין ושופטים. במסגרת התובענה הייצוגית מתחלף ההליך האדברסרי המתנהל תוך עימות חזיתי בין גירסאות שונות של צדדים מסוימים, ובו נעשה צדק אישי, בהליך של צדק קואופרטיבי קבוצתי. אנשי המשפט העומדים במרכזו

32 רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכו' אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220 (2003) (להלן: "עניין א.ש.ת."). על פסק דין זה ניתנה רשות לדיון נוסף.

של הליך זה נוטים לסיימו בפשרה שתהא הוגנת כלפי כלל בעלי העניין המעורבים. להכרעה בתובענה הייצוגית יש השלכות במישור הגלובלי וברמת המקרו, משום שהקבוצה התובעת היא גדולה, ולהכרעה בתביעתה יש לא אחת תוצאות חלוקתיות המשפיעות על השוק בכללותו (ראו אירית חביב־סגל דיני חברות – לאחר חוק החברות החדש (כרך א), בעמ' 602-553).

ה. הדיון בבקשה לאישור תובענה ייצוגית

בקשה לדיון בדרך של תובענה ייצוגית מוגשת על ידי "תובע מייצג" – מי שאושר על ידי בית המשפט, לפי הוראות חוק זה, כתובע מייצג בתובענה ייצוגית (להלן – נציג)³³; הדיון בבקשה לאישור תובענה ייצוגית הוא שעטנו בין פרוצדורה למהות. השאלה העומדת בפני הערכאה השיפוטית אינה אך פרוצדורלית. היא דורשת בחינה של מהות התביעה, של היקף השפעתה על אוכלוסייה רחבה, של היתרון בניהול תביעה אחת עבור הקבוצה כולה לעומת החיסרון שהדיון הנרחב יפגע בנתבע או בקבוצת נתבעים. זהו איזון עקרוני מאוד שהערכאה השיפוטית נדרשת לו בטרם תחליט אם לאשר דיון בדרך של תובענה ייצוגית אם לאו.

מהי מידת ההוכחה הלכאורית הדרושה לאישור תובענה ייצוגית? ראשית על המבקש להיות נציג להוכיח כי לו עצמו יש לכאורה זכות; מעבר לכך עליו לעמוד בסטנדרט הוכחה גבוה יותר מאשר בתובענה רגילה, אינדיבידואלית, שבה מתבקשת כנגד התובע מחיקה על הסף. עמדה על כך השופט טובה שטרסברג־כהן:³⁴

תכלית החוק מחייבת עמידת תובע בתובענה ייצוגית בסטנדרד גבוה יותר מעמידתו של תובע בתובענה רגילה בפני סילוק התובענה על הסף. תכלית זו חולשת על סעיפים 54 א ו־54 ב כולם. הטעם לדרישת סטנדרד גבוה זה הוא מעמד התובע הייצוגי המייצג תובעים פוטנציאליים בלתי מזוהים, במספר בלתי ידוע, שאינם נמצאים בפני בית המשפט, ושלא הסמיכו את התובע לייצגם. הם נקשרים לתביעתו לטוב ולרע בלי ליטול חלק במשפט. בית המשפט הוא להם לפה. הוא בוחן כליות ולב ומוודא שהתובענה המוגשת

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

34 עא 296/95 מגן וקשת בע"מ והרצל כספי, עו"ד נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ ו-15 אחרים, פ"ד נא(2) 312, 328 מול האותיות ג-ד.

ראויה להתברר כייצוגית הן מבחינת התובעים הן מבחינת הנתבעים והן מבחינת הציבור. פסק-הדין הניתן בתובענה כזו נגד הנתבעים מחייב את הנתבעים כלפי ציבור רחב, בחיובים שגודלם והיקפם אינם ידועים כלל והם עשויים להטיל נטל כבד ביותר לא רק על הנתבעים, אלא גם על הציבור בכללו.

ההבדלים בין סילוק תובענה רגילה על הסף לבין בקשה למתן רשות להגיש תובענה ייצוגית, מהותיים ועקרוניים הם. יסוד מוסד הוא בשיטתנו כי כל אדם זכאי לפנות לבית-המשפט, לשטוח עצומותיו בפניו, וראוי הוא ליומו בבית-המשפט. לכל תובע נגישות לבית-משפט ללא הגבלה מראש. בתובענה רגילה, אם סבור הנתבע כי אין היא מגלה עילה, עליו לפנות לבית-המשפט בבקשה לסלקה על הסף. הנטל רובץ על מבקש הסילוק להראות לבית-המשפט שגם אם התובע יוכיח את כל העובדות שבכתב-תביעתו, לא יזכה הוא בסעד המבוקש. סילוק על הסף נעשה במשורה וביד קמוצה כדי לא לפגוע בזכות הבסיסית של כל אדם המבקש מבית-המשפט סעד בגין פגיעה בו.

בתובענה הייצוגית התהפכו היוצרות. אין לאיש זכות להגיש תובענה כזו, אלא עליו לקבל רשות מבית-המשפט לעשות כן.

על עיקרון זה עמד השופט יצחק אנגלרד:³⁵

על-מנת להשתכנע כי לכאורה, קיימת אפשרות סבירה ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה, נדרש בית-המשפט להיכנס לעובי הקורה ולבחון את התובענה לגופה, אם היא מגלה עילה טובה ואם יש סיכוי סביר להכרעה לטובת התובעים. לאור מסקנתנו זו, אפנה עתה לבחון את עילות התובענה נושא הערעורים שלפנינו.

בשורה של פסקי דין עמד בית המשפט על הרף המחמיר שיש לעמוד בו כדי לשכנע את בית המשפט שיש מקום להיעתר לבקשה.³⁶ סטיבן גולדשטיין ויעל עפרון,³⁷ במאמרם שנכתב לאחר חקיקת החוק, ציינו:

35 עא 6343/95 ; 372/96 ; 6287/96 אבנר נפט וגז בע"מ נ' טוביה אבן, פ"ד נג(1) 115, 118 (1999).

36 ראו, לדוגמה השופטת דורית בייניש בעניין א.ש.ת., לעיל הערת שוליים 30.

37 ראו מאמרם של גולדשטיין ועפרון, לעיל הערת שוליים 27.

התנאי הבוחן את סיכויי התובענה להתקבל הוא חיוני ונחוץ להפחתת הנזקים הצפויים לנתבע במקרה של הגשת תביעות סרק נגדו. דעה זו כבר הובעה בעבר במאמרינו הקודמים, ואף הצענו לשלב תנאי זה בהסדר כולל לסוגיה – אם יחקק בעתיד. גישה זו רווחת במשפטנו גם בתחומים נוספים, כאשר התובע דורש סעד מיוחד, מעבר לניהולה הרגיל של תביעתו.

הם ציינו כי יש לבחון את מידת ההתעניינות של הקבוצה בתובענה. תכופות נשמעת הטענה שאין לאשר דיון בדרך של תובענה ייצוגית כשהנתבע מכריז שהוא מתחייב לקיים כל פסק דין חלוט שיינתן. הכרזה מעין זו נשמעת בעיקר מגופים ציבוריים כגון המדינה, המוסד לביטוח לאומי ורשויות ציבוריות אחרות ועל כן – כך הטענה – אין לאשר דיון בדרך של תובענה ייצוגית. ביסוד הטענה מונחת הטענה כי משהצהירה רשות ציבורית כי היא תקיים ממילא כל פסק דין שניתן בתביעה שאינה ייצוגית, אין צורך בתביעה הייצוגית שהרי חזקה על גוף ציבורי שיקיים את פסק הדין שניתן. לדעתי אין לקבל טענה זו.³⁸ מאליו מובן שכל נתבע – ודאי נתבע שהוא גוף ציבורי – מחויב למלא אחר פסק דין חלוט של בית משפט. בכך אין רבותא. נתבע שלא ימלא אחר פסק דין חלוט צפוי להיחשב כמבזה את בית המשפט. האם די בהצהרה מעין זו מטעם הנתבע כדי לבטל את כל יתרונותיה של התובענה הייצוגית? תכלית התובענה הייצוגית היא לדון במרוכז בעוול שנעשה לציבור שלם ולכלול בדיון את כל בני הקבוצה.

מעבר לכך לעתים קרובות נוטה תבע לסיים את הסכסוך בפשרה, בעיקר אם הוא צפוי להיות נתון לתביעות נוספות. התמריץ של הנתבע להגיע לפשרה נובע מכך שמדובר בקבוצה גדולה. התמריץ גדל ככל שהקבוצה גדלה. לעתים תכופות גם התובע ישמח

38 עב"ל 204/97 ישראל אבירם ו-151 אחרים - המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם). בעניין זה מצאו עורכי דין כי המוסד לביטוח לאומי גובה מסטודנטים דמי ביטוח כפולים. לאחר דיון ממושך עם המוסד לביטוח לאומי, הוגשה בקשה לבית הדין האזורי לדון בתביעה כתובענה ייצוגית. בית הדין האזורי דחה את הבקשה. רק בעת הדיון בערעור, הסכים לבסוף המוסד לביטוח לאומי לקבל את התביעה ולהחזיר לסטודנטים שנגבו מהם דמי ביטוח כפולים, את הפרשי התשלום ששולם ביתר. השאלה שעמדה בפני בית הדין הארצי בערעור נותרה אם כן שאלת הוצאות המשפט. אני סברתי שיש לעודד תובענות ייצוגיות במקרים אלו ויש לתגמל את עורכי הדין בהתאם. השופט יגאל פליטמן סבר כי די בעובדה שהמוסד לביטוח לאומי הסכים לבסוף לקבל את התביעה, ועל כן אין צורך לזכות את עורכי הדין בשכר טרחה גבוה.

לפשרה, ובלבד שיקבל חלק מסכום שמגיע לו לדעתו. פשרה אינה הלכה שהנתבע מחויב לקיים בכל המקרים הדומים. לא מותווים בה קווים מנחים שיש לפעול על פיהם בעתיד. עמדה על כך השופטת טובה שטרסברג-כהן בעניין א.ש.ת. הראשון:³⁹

אנשי המשפט העומדים במרכזו של הליך זה נוטים לסיימו בפשרה שתהא הוגנת כלפי כלל בעלי העניין המעורבים. להכרעה בתובענה הייצוגית יש השלכות במישור הגלובלי וברמת המאקרו, משום שהקבוצה התובעת היא גדולה ולהכרעה בתביעתה יש לא אחת תוצאות חלוקתיות המשפיעות על השוק בכללותו (ראו: א' חביב־סגל דיני חברות לאחר חוק החברות החדש כרך א', (תשנ"ט), 554-602).

אם כן, אין מקום ליצור חסינות מתביעות ייצוגיות עבור גופים ציבוריים כגון המדינה. דווקא המדינה, בכובעה השלטוני ובכובעה כמעבדה, צריך שתהא חשופה לתביעות ייצוגיות. רבים במדינה הם עובדים חלשים. השלטת שלטון החוק בה הוא מעקרונות היסוד של המשפט בכלל ושל משפט העבודה בפרט. על כן אין רבותא בהתחייבות של נתבע לקיים פסק דין חלוט: התחייבות זו אינה יכולה לבוא תחת תובענה ייצוגית.

ו. תובענות ייצוגיות בדבר זכויות מכוח יחסי עבודה

יחסי עבודה מושתתים על קרבה גדולה לאורך זמן. על פי רוב, אם כי לא תמיד, עובדים הם חלשים בכוח המיקוח שלהם. ההגנה עליהם נתונה למחוקק ולארגוני העובדים: שני אלו קובעים את זכויותיהם. המחוקק מקבע את זכויות העובדים בחקיקת מגן קוגנטית ובחקיקת זכויות אחרות, והוא פטרנליסטי מאוד באשר ליחסי עבודה. ארגוני העובדים נושאים ונותנים עם מעסיקים על קבלת זכויות מעבר לאלו שקבע המחוקק. ההסכמים וההסדרים הקיבוציים הם תוצאה של משא ומתן בין השותפים ליחסים הקיבוציים: כל שותף מבקש לעצמו הטבות וכל שותף מוותר על חלקן למען הצד השני. כפי שציינתי, אנו דנים במאטריה שהיא שילוב בין משפט פרטי לציבורי.⁴⁰

נבחן עתה את מעמדה של התובענה הייצוגית ביחסי עבודה. כאמור אדון בחשיבותה של התובענה הייצוגית בכל הסיטואציות שעשויה להתעורר בן סכסוך כשחל על השותפים הסכם קיבוצי.⁴¹ אדון בשאלה אם החוק החדש מגשים את המטרה. הא הסייג שבו פוגע במטרת

39 שם, בעמוד 6.
40 ראו לעיל בפרק ד.
41 ראו להלן בפרק ז.

החוק. כאמור, החוק מתיר בקשה לאישור תביעה ייצוגית בכל שטחי משפט העבודה האישי, ברם מוסיף:

– בפרט זה –

”תביעה” – למעט תביעה של עובד שחל עליו הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי עבודתו, והמעביד של אותו עובד או ארגון מעבידים שהוא חבר בו, צד להסכם הקיבוצי;

”הסכם קיבוצי” – הסכם קיבוצי לפי חוק הסכמים קיבוציים, התשי”ז-1957, או הסדר קיבוצי בכחב.

מכאן, שהמחוקק ביקש להוציא מחלותו של החוק כל מקרה שבו חל על העובד הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי עבודתו עם מעבידו. בכך ראה המחוקק את עצמו כמקיים את גישתו של הנשיא סטיב אדלר. הנשיא סטיב אדלר דן בהרחבה, בפסק דינו המקיף בעניין ביברנג,⁴² בשאלה אם יש מקום לאשר תובענה ייצוגית כאשר חל על הצדדים הסכם קיבוצי. באותו עניין ניתח הנשיא אדלר את חשיבותה של התובענה הייצוגית והגיע למסקנה שאמנם “אין לומר כי המערערים אינם ראויים לייצג את כלל הדיילים למרות שאלו ויתרו על חלק מטענותיהם”. ברם הנשיא אדלר הגיע בסופו של דבר למסקנה שלפיה למרות האמור אין לאפשר תובענה ייצוגית באותו עניין:

בבואנו לאזן את השיקולים הללו יש לציין כי לעומת הנימוקים התומכים באישור התובענה כתובענה ייצוגית, כגון השאלות העיקריות הוהות והעובדה כי ללא אישור התובענה כתובענה ייצוגית לא יזכו דיילים רבים לזכויותיהם, ישנם שיקולים כבדי משקל לשלול אישור הגשת תובענה ייצוגית במקרה דנן: הסכום השונה של כל דייל ואפשרות טענת השתק פלוגתא ומעשה-בית-דין, המייתרים את הצורך בהליך הייצוגי. לכל אלה נוסיף כי המדיניות הכללית של בית-דין זה היא שיש לאשר תובענה כייצוגית “במשורה ורק במקרים מיוחדים” (ע”ע 300031/98 התעשייה האווירית לישראל בע”מ – מורג, פד”ע לה, 289).

הערה[1t]: איפה מתחיל?

42 עע 1210/02 אמיר ביברנג ומיכל יונג – אל-על נתיבי אוויר לישראל בע”מ, פ”ד לח, 115 (2002).

שיקולים אלה כנגד אישור התובענה הייצוגית וכן היות אל-על מקום עבודה מאורגן הביאו אותי למסקנה כי אין לאשר הגשת תביעתם של המערערים כתובענה ייצוגית.⁴³

הנשיא אדלר ייחס משקל רב, אם לא מכריע, לעובדה שהנתבעת – אל-על – היא מקום עבודה מאורגן:

אני סבור כי יש לתת משקל רב להיות אל-על מקום עבודה מאורגן בו קיים ארגון עובדים הפועל לטובת עובדי החברה. עובדה זו חשובה, משמעותית ואף מכריעה לגבי שאלת ניהול התובענה כתובענה ייצוגית. כפי שציינו, ההסתדרות הגישה בעניין שלפנינו בקשת צד בסכסוך קיבוצי. ניהול הדיון בסכסוך קיבוצי, לדעתנו, יעיל ונוח יותר מניהול תובענה בדרך של תובענה ייצוגית. יתרה מזו [...] לא רק עובדת הגשת הסכסוך הקיבוצי על-ידי ההסתדרות מביאה אותנו למסקנה כי אין מקום לאשר תובענה פרטית כתובענה ייצוגית, אלא עצם קיומה של נציגות עובדים במקום עבודה מאורגן שומט את הבסיס מהצורך בהכרה במוסד התובענות הייצוגיות ככל שעוסקים ביחסי עבודה מאורגנים (ההדגשה הוספה).⁴⁴

השופט פליטמן סבר אף הוא סבר שיש לדחות את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית. נימוקיו הם שניים:

הכרעת בית-הדין הארצי לעבודה בשאלת זכאות העובד, אף אם נתבררה בתביעת היחיד שלו, מחייבת את המעביד כלפי יתר עובדיו, לרבות עובדיו לשעבר, ככל שאותה ההכרעה נוגעת להם.

עובדי מעביד במקום עבודה מאורגן אינם חסרי ייצוג קבוצה אלא ארגון העובדים הוא המייצגם. לפיכך, ככלל, מתייחר הצורך בייצוגם בתובענה ייצוגית קבוצה נפרדת משאר חבריהם לעבודה.⁴⁵

אני מבקשת לבחון את הרציונל של הפסיקה ולברר אם כאשר חל על עובד הסכם קיבוצי אכן אין לעולם מקום לאשר תובענה ייצוגית. אני מבקשת לתקוף את הסייג שבהוראת החוק האמור ולבחון האם אכן יש סתירה בין הרעיון הקיבוצי ביחסי עבודה לבין הפרוצדורה

43 שם בעמוד 136 מול האותיות ה'-ד' ובעמוד 137 מול האות א'.

44 שם.

45 שם, בעמוד 144.

המיוחדת של תובענה ייצוגית, על יתרונוותיה? ואם יש סתירה – האם יש למנוע לחלוטין תביעה ייצוגית או שיש לסייג אותה במקרים מסוימים, תוך השארת השיקולים לבית הדין הדין בבקשה לאישור תובענה ייצוגית?

על חשיבותו של הליך התובענה הייצוגית במשפט העבודה עמדו קלמנט ורבין-מרגליות במאמרם.⁴⁶ הם עמדו על כך שגם אם יש ארגון עובדים במקום העבודה, לעתים זכויות שבהסכמים ובהסדרים קיבוציים – וודאי זכויות מכוח חוקי המגן – אינן מכובדות לגבי חלק מהעובדים. על פי המחברים, החוק החדש –

מעמיד לראשונה בידי עובדים אינדיבידואליים מנגנון המאפשר להם לרכז את תביעותיהם באופן יעיל ולאזן בין כוחם לבין כוחו של המעביד מבלי להיות תלויים בהסכמתו של ארגון העובדים.

[...] אחת ממטרותיו של החוק היא לממש את "זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים". עובדים שכירים הם דוגמא מובהקת לסוגי אוכלוסיה שנגישותה למערכת המשפטית נמוכה. עובדים רבים חוששים, ובצדק, שפתיחת הליכים משפטיים כנגד המעסיק שלהם לאכיפת זכויותיהם, בזמן שהם ממשיכים לעבוד, תפגע בהם.⁴⁷

המחברים עומדים על כך שהתובענה הייצוגית חשובה במיוחד עבור סוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית משפט כיחידים, כך, למשל, "עובדים שכירים הם דוגמא מובהקת לקבוצת אוכלוסיה שנגישותה של המערכת המשפטית אליהם נמוכה".⁴⁸

1. תנאי מוקדם להגשת תובענה ייצוגית: סמכות בית הדין לדון בתביעה אינדיבידואלית של המבקש

בקשה לאישור תובענה ייצוגית יכול עובד או מעביד להגיש רק במקרים שלגביהם הוא רשאי להגיש תביעה אישית, היינו: שבית הדין מוסמך לדון בס. רק במקרים אלה עובד או מעביד יכול להיות נציג בתובענה ייצוגית. ציין זאת כדין יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בעת הדיון בהצעת החוק:

46 ראו מאמרם של קלמנט ורבין-מרגליות, לעיל הערת שוליים 4.
47 שם, בעמוד 370.
48 שם, בעמוד 371.

אנחנו לא מייצרים מצב חדש, שמה שאי אפשר היה לתבוע קודם עכשיו אפשר. אנחנו רק מייצרים את הדרך, אם קודם אפשר היה לתבוע רק אחד אחד, היום אפשר לתבוע רבים.

להלן אבקש להראות כי לפי שיטת המשפט בישראל, עובד או מעביד רשאים להגיש תביעה לבית הדין בכל המצבים שבם חל על הצדדים הסכם קיבוצי. אשר על כן, בכל המקרים הללו ראוי בעיניי לדון בתובענה ייצוגית אם בית הדין מגיע למסקנה שהדבר מתאים לסוג דיון זה, על פי השיקולים האחרים – ועל כן לא היה מקום להגביל את הסמכות למקרים שבם לא חל על הצדדים הסכם קיבוצי.

את השאלה מתי עובד או מעביד רשאי להגיש תביעה אינדיבידואלית לבית הדין יש לבחון בהתאם למצב החוקי השורר בישראל. עובד או מעביד רשאי להגיש תביעה אישית לבית הדין לעבודה על פי הסמכות הנתונה לבית הדין בחוק. סעיף 24(א) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969 קובע את סמכותו הייחודית של בית הדין לעבודה לדון "בתובענות בין עובד או חליפו למעביד או חליפו שעילתן ביחסי עובד ומעביד [...]".

על כן, מבחינה עקרונית, עובד או מעביד הרואה את עצמו נפגע, ולבית הדין יש סמכות לדון בענייניו על פי הסעיף האמור – רשאי להגיש בקשה להיות נציג בתובענה ייצוגית. מעביד שהוא תאגיד הוא "אישיות משפטית" הכשיר לתבוע ולהיתבע⁴⁹ וגם ארגון עובדים וארגון מעבידים הם "אישיות משפטית" לצורך כריתת הסכמים ומכאן שהם כשרים לתבוע ולהיתבע.

הנה כי כן כל עובד וכל מעביד (כולל תאגיד, בהיותו אישיות משפטית) וכל ארגון עובדים או ארגון מעבידים (בהיותם כשרים לכרות הסכמים) זכאים לתבוע בבית הדין – ולכן הם צריכים להיות זכאים לבקש להיות נציג בתובענה ייצוגית. יש להדגיש כי החוק ביטל את ההבחנה בין נותן שירות ציבורי לכל האחרים:⁵⁰ בכך שונה הדין בישראל מזה שבצפון אמריקה – בקנדה ובארצות הברית. אעמוד בקצרה על הדין שם.

2. הדין בצפון-אמריקה

המצב הדיוני בצפון-אמריקה, בארצות הברית ובקנדה, שונה מהמצב בישראל בכמה היבטים. ראשית, ככלל אין בצפון אמריקה זכות תביעה אישית לאכיפה של הסכם קיבוצי,

49 סעיף 4 לחוק החברות, התשכ"ט-1999, שכותרתו "האישיות המשפטית של החברה", קובע כי "חברה היא אישיות משפטית כשרה לכל זכות, חובה ופעולה המתיישבת עם אופיה וטבעה כגוף מואגד".

50 יושב-ראש הוועדה מיכאל איתן ציין כי "אנחנו מסכימים בינינו שאנחנו מבטלים את ההבחנה בין נותן שירות ציבורי לכל אחד אחר".

לא לעובד יחיד ולא בדרך של תובענה ייצוגית: רק ארגון העובדים רשאי לתבוע אכיפה. הדבר נפסק על ידי השופט מרשל ב-1975.⁵¹ שנית, הסעד הרגיל – כמעט היחיד – בגין הפרה של מעביד את ההסכם הקיבוצי הוא פנייה לבוררות ולא פנייה לערכאה שיפוטית. זאת, משום שההסכמים הקיבוציים, רובם ככולם, כוללים סעיף בוררות. אין כמעט ביקורת שיפוטית על פסקי הבוררות בסכסוכים אלה; ב-99% מהמקרים פסיקת הבורר היא סופית. שלישית, הן עובד יחיד והן קבוצה של עובדים אינם רשאים להגיש תלונה לגוף בעל סמכות דיון ללא הסכמה של ארגון העובדים. האמצעי היחיד הנתון לעובד יחיד הוא הגשת תביעה כנגד ארגונו בגין הפרת החובה לייצוג הולם (the duty of fair representation). במסגרת זו פתוחות בפני העובד שתי אפשרויות: ביכולתו להגיש ל-NLRB (National Labour Relation Board) תלונה בגין התנהגות לא הוגנת ביחסי עבודה (unfair labour practice charge); לחלופין ביכולתו להגיש תביעה אינדיבידואלית לבית משפט. יתרונה של האפשרות הראשונה בכך שאם ה-NLRB מחליט לדון בעניין, מימון ההליך נעשה מהקופה הציבורית; יתרונה של האפשרות השנייה הוא בסיכוי לפסיקת פיצויים גדולים יותר. ייתכן שהאפשרות השנייה כוללת הגשת תובענה ייצוגית אך נראה שהדבר טרם נעשה. רביעית, כלל מיוחד קובע שמקום שמעביד מפר בו זמנית הסכם קיבוצי וחוקים אמריקניים נגד אפליה, העובד חופשי לפנות לבוררות – אם ארגון העובדים מסכים לכך, או לתבוע בבית משפט – ללא קשר לעמדה של ארגון העובדים. רוב המקרים הללו כוללים תביעות אישיות, אך אין סיבה עקרונית שהם לא יידונו בדרך של תובענה ייצוגית כל עוד מתקיימים יתר התנאים הנדרשים לאישור תובענה ייצוגית. ראוי לציין כי אף על פי שהכלל בדבר מקרי אפליה חל מאז שנות השבעים המוקדמות, פסק לאחרונה בית המשפט העליון האמריקני כי עובדים לא מאוגדים החותמים על הסכם בוררות כתנאי להעסקתם אינם נהנים מאפשרות הבחירה האמורה: גם במקרים של אפליה פתוחה בפניהם רק דרך של בוררות ואין הם רשאים לפנות לבית משפט. בעבר הכלל לגבי עובדים מאוגדים היה דומה, היינו: אם חוזה העבודה כלל סעיף בוררות, העובדים לא היו רשאים לפנות לבית משפט גם במקרים של הפרת חוקי השוויון. חמישית,

51 היה בארצות הברית ניסיון של קבוצת עובדים אפרו-אמריקאים לפנות באופן עצמאי ל-NLRB, בטענת פיטורין מחמת אפלייה. בכך ביקשו לעקוף את ארגון העובדים היציג. בית המשפט לערעורים פסק שיש להתיר זאת במקרה חריג של פגיעה בשוויון. בית המשפט העליון האמריקאי פסק, מפי השופט Marshal (דעת מיעוט של השופט Douglas) כי עובדים במקום עבודה מאורגן מנועים מלתבוע אישית. ארגון העובדים הוא שאמור לתבוע בשמם. העובדים רשאים לתבוע את הארגון בגין ייצוג לא הולם (unfair labour practice) - EMPORIUM CAPWELL CO. v. WESTERN ADDITION COMMUNITY ORGANIZATION ET AL 420 U.S. 50 (1975)

אשר לעובדי קבלן או עובדים זרים⁵² המועסקים על ידי מעסיק מאורגן ראוי לציין, כי בתקופתו של הנשיא קלינטון החליט בית המשפט שחל עליהם ההסכם הקיבוצי של מעסיקים בפועל ולכן הם כבולים לכללים החלים על עובדים רגילים, היינו: הם אינם רשאים לתבוע בגין הפרת זכות מהסכם קיבוצי אלא רק באמצעות הארגון. בתקופת הנשיא בוש הפך ה-NLRB החלטה זו ומאז עובדי קבלן ועובדים זרים אינם עוד חלק מיחידת המיקוח של המעסיק בפועל.

זה המצב המייחד את ארצות הברית ואת קנדה; בקנדה אמנם היו מספר מקרים שבהם אושרה תובענה קיבוצית בתביעות ביחסי עבודה וכן בתביעות בענייני פנסיה. האחד, כאשר היו פיטורין המוניים (mass termination)⁵³. בית המשפט הקנדי ציין כי תביעות אלה התייחסו לסכומים קטנים לכל אחד מהמפוטרים, כי מדובר בעובדים שהם פגיעים במיוחד וכי המעשה הוא פעילות חד צדדית של המעבידים. כל אלה מתאימים לתכליות של תובענה ייצוגית, זאת למרות שהסכומים הנתבעים של כל עובד מפוטר, שונים. הוא הדין בפיטורי אלפים עם שינוי מעבידים.⁵⁴

ברי שאין מקום לדון באקלים משפטי זה בדרך של תובענה ייצוגית שהרי ככלל אין נציג הרשאי לפנות לערכאות. בישראל יש ערכאות שיפוטיות – בית הדין לעבודה ובית הדין הגבוה לצדק – המוסמכות לדון בתביעות אישיות כשל נעמי נבו, רקאנט⁵⁵ או דנילוביץ⁵⁶ נגד תניה בהסכם הקיבוצי, ועל כן יש מקום לבחון בכל מקרה לגופו אם מתקיימים יתר התנאים לאישורה של תובענה ייצוגית.

ז. מצבים שבהם חל על הצדדים הסכם קיבוצי

עתה אבחן את המצבים שבהם עשוי לחול על הצדדים הסכם קיבוצי. כאמור, לדעתי במצבים אלה אין למנוע הגשת בקשה לאישור התובענה כייצוגית.

52 מכונים עתה "מהגרי עבודה" אם כי לא כולם מהגרים, ולכן נמנעתי מלעשות שימוש בביטוי זה. בגרמניה הם נקראים "עובדים אורחים". נראה לי שסוהו הכינוי ההולמם ביותר.

53 "Defending Class Actions in Canada", 2nd Edition, CCH a Wolters Kluwer business, 45-52. Epstein v.

54 Webb v. K-Mart Canada Ltd (1999), 45 O.R. (3d) 389, 399 S.C.J. דנג"ץ 4191/97 אפרים רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000) (להלן: "דנג"ץ רקנט").

56 בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' יונתן דונילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994) (להלן: "בג"ץ דונילוביץ").

1. התביעה היא נגד הוראה בהסכם קיבוצי

עתירתה של ד"ר נעמי נבו הוגשה נגד סעיף בחוקת הפנסיה לעובדי הסוכנות היהודית הכלולה בחוקת העבודה. מדובר אם כן בתביעה נגד תניה בהסדר הקיבוצי. התניה שתקפה נבו קבעה כי "גיל הפרישה לפנסיה הוא 65 שנה לגבר ו-60 שנה לאשה"⁵⁷. בדונו בתביעה נתן בית הדין הארצי משקל כבד לעובדה שמדובר בהסדר קיבוצי דו-צדדי, היינו: הסדר המקובל על שני הצדדים ליחסי העבודה, בעניין זה שני ארגונים גדולים – ההסתדרות הכללית והתאחדות התעשיינים.⁵⁸ הנשיא מנחם גולדברג, בפסק דין שאליו התייחס פסק דינו של השופט כך, ציין:

בית-דין זה מייחס משקל רב לעובדה, שההוראה בדבר גיל פרישה שונה לנשים ולגברים הינה תולדה של משא-ומתן קיבוצי בין שני הארגונים המרכזיים ביחסי העבודה בארץ – ההסתדרות הכללית והתאחדות התעשיינים; ואף חוקת העבודה המחייבת את הסוכנות ועובדיה היא תוצאה של הסדר דו-צדדי, אשר ארגון העובדים הגדול במדינה צד לו.

אשר התבקשו לעשות על-ידי המערערת הוא, למעשה, להתערב בתוכנה של חוקת הפנסיה ולבטל אחת מהוראותיה.⁵⁹

והוסיף הנשיא גולדברג:

אמנם מוסמך בית-הדין לבטל סעיף אחד מסעיפיו של הסכם, שעה שיש בו פגם המצריך את הביטול, אולם במקרה זה מדובר בתנאי יסודי בהסכם: בנסיבות אלה ישקול בית-משפט, ובית-הדין בכלל זה, לפסול סעיף יסודי מסעיפיו של ההסכם ביתר קפדנות מאשר פסילת תנאי שאינו יסודי, כפי שהיה הדבר בפסק-הדין בעניין חזין.⁶⁰

57 סעיף 6 לחוקת הפנסיה לעובדי הסוכנות היהודית לארץ ישראל (1966).
58 דב"ע מו/3-73 ד"ר נעמי נבו – ההסתדרות הכללית, הסתדרות הפקידים, עובדי המינהל והשירותים, פד"ע יח 197, 222 סעיף 23 (1986) (להלן "עניין ד"ר נעמי נבו בארצי").
59 שם.
60 שם בעמוד 223 לפסק הדין הנשיא מנחם גולדברג מתייחס לפסק דין מפי הנשיא צבי בר-ניב בדב"ע לג/25-3 ועד אנשי צוות דיילי אוויר – עדנה חזין, פד"ע ד 365 (1973) (להלן: "עניין חזין"), שם נדונה אפליה של דיילות אל על לעומת דיילים, שמסלולי הקידום שלהם היו שונים.

בהערת אגב אציין כי הנשיא גולדברג הביא בחשבון גם את העובדה שמדובר בהסדר קיבוצי דו־צדדי ולא בהסכם קיבוצי; ברם בעיניי כיום אין לתת לכך משקל. שניהם הסכמים שנכרתו בין השותפים ליחסים הקיבוציים לאחר שקילה רבה. ההבדל הוא באי־ביצוע הדרישות הפורמליות לגיבוש הסכם קיבוצי. כיום מרב ההסכמים הם הסדרים קיבוציים. כאלו הן חוקות העבודה של האוניברסיטאות, כזו היא חוקת ההסתדרות וכזה הוא אף התקשי"ר החל על עובדי המדינה ועל העובדים ברשויות ציבוריות רבות אחרות. בעיניי כיום אין מקום לגזור לגבי הסדר קיבוצי גזירה שונה מזו החלה על הסכם קיבוצי. הייתה לכך חשיבות בתחילת הדרך, כאשר ביקש בית הדין לחזק את הגישה של הצדדים והציבור להסכם הקיבוצי ולהדגיש את הרצינות שבה על השותפים ליחסים הקיבוציים להתייחס להסכם הקיבוצי. לאחר ביסוס המודעות ולאור העובדה שהשותפים להסדר קיבוצי אף הם רואים עצמם מחויבים להסדר כאילו היה הסכם, אין בעיניי עוד מקום להבחין בין השניים. יש לראות את המצב לאשורו, כלומר: ההסדר הקיבוצי משמש היום הסכם קיבוצי לכל דבר. ודוק: בעניין נבו אנו דנים בהסדר קיבוצי דו־צדדי בין ההסתדרות הכללית לארגון התעשיינים. יש להניח שההסתדרות הכללית שקלה היטב את ההטבות שהשיגה כנגד הוויתורים שוויתרה.

אכן מקובל עלי כי יש לגשת בזהירות רבה לבחינה וביקורת על המוסכם בין השותפים ליחסים הקיבוציים. זהו לב לבו של משפט העבודה הקיבוצי. זכות ההתארגנות מהווה יישום של חופש הביטוי וממנה צומחת הזכות למשא ומתן קיבוצי – שתיהן זכויות יסוד ביחסי עבודה. הזכות לנהל משא ומתן כוללת את הזכות לנהל משא ומתן עם שותף ליחסים הקיבוציים. אל מול הזכות הזו עומדת חובה לנהל משא ומתן – לא רק אופציה לנהלו אם ירצה בכך אחד הצדדים. עמד על כך הנשיא סטיב אדלר בעניין הורן את לייבוויץ',⁶¹ והוא חזר ועמד על כך בעניין עמותת סינמטק ירושלים:⁶²

בתחום יחסי העבודה מסווגת הזכות להתארגנות כזכות משולבת ודר ממדיית, אשר מתממשת בפעולה של הפרט ושל הקבוצה. זכות זו מוקנית לארגון עובדים מכח היותו גוף המייצג אינטרסים של עובדים רבים. הזכות להתארגן כוללת גם את זכותו של ארגון העובדים לנהל משא ומתן עם המעסיק. כך, דחה בית המשפט של האיחוד האירופאי טענת מעסיק, לפיה זכות ההתארגנות כוללת את זכותו של המעסיק שלא לנהל משא ומתן עם

61 עס"ק 1008/00 הורן את לייבוויץ' בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לה 145 (2000) (להלן: "עניין ליבוויץ").

62 עס"ק 64/9 כוח לעובדים - ארגון עובדים דמוקרטי – עמותת סינמטק ירושלים - ארכיון ישראלי לסרטים (לא פורסם, 2.7.2009).

הערה [2t]: אין הדגשה.

ארגון העובדים המייצג את עובדיו (פרשת Gustafsson המאוזכרת בפסק הדין) (ההדגשה במקור).

נשיאת בית המשפט העליון הקנדי, McLachlin C.J., אשר קבעה בפסק דין תקדימי:⁶³

Freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the Charter includes a procedural right to collective bargaining. The grounds advanced in the earlier decisions of this Court for the exclusion of collective bargaining from the s. 2(d)'s protection do not withstand principled scrutiny and should be rejected. The general purpose of the Charter guarantees and the broad language of s. 2(d) are consistent with a measure of protection for collective bargaining. Further, the right to collective bargaining is neither of recent origin nor merely a creature of statute. The history of collective bargaining in Canada reveals that long before the present statutory labour regimes were put in place, collective bargaining was recognized as a fundamental aspect of Canadian society, emerging as the most significant collective activity through which freedom of association is expressed in the labour context.

היינו: זכותו של כל שותף ליחסים הקיבוציים לשאת ולתת עם השותף האחר נובעת מחופש ההתאגדות, שהיא מחירויות היסוד המעוגנות בצ'רטר הקנדי. לאור זאת ביטל בית המשפט העליון הקנדי חוק של אחת הפרובינציות ששלל זכויות שנקבעו בהסכמים קיבוציים. הנשיאה McLachlin ציינה כי תכליתו של חופש ההתאגדות, מאז ומתמיד, היא משא ומתן קיבוצי:

Association for purposes of collective bargaining has long been recognized as a fundamental Canadian right which predated the *Charter*. The protection enshrined in s. 2(d) of the *Charter* may properly be seen as the culmination of a historical movement towards the recognition of a procedural right to collective bargaining.⁶⁴

Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391. שם. 63 64

בעניין עובדי גן המדע במכון דוידסון לחינוך מדעי ליד מכון ויצמן⁶⁵ בהפנותה לפסק הדין האמור של הנשיאה מקלוקלין, עמדה סגנית נשיאת בית הדין האזורי בתל-אביב, השופטת לאה גליקסמן, על כך שיש חובה לשאת ולתת ולא רק אופציה. ברי שאין חובה להגיע בסופו של יום להסכם קיבוצי, אך מתוך הזכות להתארגנות נובעת חובתו של כל שותף ליחסים הקיבוציים לשאת ולתת לקראת הסכם קיבוצי. חובה זו יש לקיים בתום לב במטרה להגיע להסכמה.

לאחר פסיקת הנשיא סטיב אדלר בעניין הורן את לייבוויץ⁶⁶ תוקן חוק הסכמים קיבוציים והוספו לו הסעיפים הבאים:

הזכות לפעילות או לחברות בוועד עובדים או בארגון עובדים

33ח. לכל עובד הזכות לפעול למען התארגנות עובדים בוועד עובדים ובארגון עובדים, להיות חבר בוועד עובדים ובארגון עובדים ולפעול במסגרתם.

התארגנות ראשונית חובת ניהול משא ומתן עם ארגון עובדים יציג

33א1 (א) מעביד חייב לנהל משא ומתן בעניינים המנויים בסעיף 1, עם ארגון עובדים יציג לפי סעיף 3, בהתארגנות ראשונית אצלו; אין באמור בהוראות סעיף זה כדי לחייב מעביד לחתום על הסכם קיבוצי עם ארגון עובדים בהתארגנות ראשונית.

(ב) בסעיף זה, "התארגנות ראשונית" – התארגנות של ארגון עובדים שהפך ליציג לפי סעיף 3, אצל המעביד.

איסור מניעת כניסה

33ט. מעביד לא ימנע מנציג של ארגון עובדים להיכנס למקום עבודה שבו מועסק עובד, לשם קידום הזכות כאמור בסעיף 33ח ולשם קידום ענייני עובדים, וזאת בהתחשב בצורכי העבודה ובצנעת הפרט.

איסור פגיעה בעובד לעניין חברות או פעילות בוועד עובדים או בארגון עובדים

65 סק 504/09 ארגון כוח לעובדים – ארגון עובדים דמוקרטי – מכון דוידסון לחינוך מדעי, ליד מכון ויצמן למדע (לא פורסם).

66 ראו עניין ליבוויץ, לעיל הערת שוליים 57.

33 (א) מעביד לא יפטר עובד, לא ירע תנאי עבודה של עובד, ולא יימנע מקבלה של אדם לעבודה, בשל אחד מאלה:

- (1) חברותו או פעילותו בארגון עובדים;
- (2) פעילותו לצורך הקמה של ארגון עובדים;
- (3) הימנעותו מהיותו חבר בארגון עובדים או הפסקת חברותו בארגון עובדים;
- (4) חברותו בוועד עובדים או פעילותו בוועד עובדים הפועל במסגרת ארגון עובדים; לעניין זה, יראו ועד עובדים כפועל במסגרת ארגון עובדים אם יושב ראש ארגון העובדים או מי מטעמו נתן הודעה בכתב המאשרת זאת;
- (5) פעילותו לצורך הקמה של ועד עובדים.

(ב) בסעיף זה, "תנאי עבודה" – לרבות קידום בעבודה, הכשרה או השתלמות מקצועית, פיזיווי פיטורים, הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מעבודה.

בדברי ההסבר להצעת התיקון לחוק הודגשו הזכות להתארגנות וזכותו של כל עובד לפעול למען התארגנות. אם כן, המחוקק הכיר בערכה של זכות ההתארגנות ואף קבע סעדים בגין פגיעה בה. עם זאת חשוב לזכור כי לאחר שהגיעו הצדדים להסכמה ומימשו את זכותם למשא ומתן, על הערכאה השיפוטית לנקוט משנה זהירות בבואה להתערב במוסכם בין השותפים ליחסים הקיבוציים או לבטל הסכמה שהושגה. יש לבחון בזהירות המרבית אם ראוי לבטל תניה בהסכם קיבוצי ולתת משקל כבד לעובדה מדובר בתניה שארגון העובדים, המעביד או ארגון המעבידים הסכים לה. השופט גבריאלי כך ציין עיקרון זה:⁶⁷

האם ראוי שערכאה שיפוטית תתערב בהסכם העבודה נושא עתירה זו? ... הסכם העבודה הקיבוצי וכמוהו הסדר העבודה הקיבוצי הינם פרי של משא ומתן בין נציגות העובדים לבין המעבידים. כחווה, הוא משקף את רצון הצדדים, ועל-כן, מכוח עקרון חופש ההתקשרות בחוזים, על בית המשפט להימנע ככל האפשר מלהתערב בתוכנו. בהסכם ובהסדר הקיבוצי ישנה מורכבות רבה, והתנאים השונים מהווים חלק ממכלול, בו כל פרט הינו חלק ממערכת איזונים ופשרות, אשר אליה הגיעו הצדדים בדיוניהם. יתר-על-כן,

67 ראו עמוד 768 לבג"ץ ד"ר נעמי נבו, לעיל הערת שוליים 1.

מאחר שהסכמים מעין אלו נוגעים לציבור רחב, יש להתחשב בכך שגורמים רבים מסתמכים על תוכנם.

בפסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה נאמר, כי ההוראה הספציפית שבה עסקינן "הינה תולדה של משא ומתן קיבוצי בין שני הארגונים המרכזיים ביחסי העבודה בארץ – ההסתדרות הכללית והתאחדות התעשיינים, ואף חוקת העבודה המחייבת את הסוכנות ועובדיה היא תוצאה של הסדר דו צדדי, אשר ארגון העובדים הגדול במדינה צד לו". דברים אלה מבהירים ביתר שאת את היקף ההשלכה של ההסכם שבו עסקינן. אחזור אם כן על הלכת בית הדין לעבודה (דב"ע מה/117-13 שירותי תעופה בע"מ – סלע ואחרים, פד"ע יז 284. בעמ' 289; דב"ע דב"ע מז/11-2 "פז" חברת נפט בע"מ – יום-טוב, פד"ע יט) כי בית המשפט ימעט להתערב בתוכנם של הסכם או הסדר קיבוציים.

סבור אני, כי מקרה זה עולה בגדר המקרים המעטים בהם בית המשפט יתערב בתוכנו של הסכם עבודה, חרף העקרונות הנ"ל.

בפסיקה ענפה של בית הדין הארצי לעבודה ושל בית הדין הגבוה לצדק נפסק שכאשר מדובר בזכויות יסוד – בחינת "תיקון עולם", כלשונו של הנשיא צבי בר-ניב בעניין עדנה חזין⁶⁸ – יש לתת להן משקל רב. עלינו לשקול את האינטרס של כיבוד המוסכם בין השותפים ליחסים הקיבוציים לזכות האדם הנדונה ולבחון את מידת הפגיעה בזכות לעומת מידת הפגיעה ביחסי העבודה הקיבוציים. השופט בכ סבר כי למרות המשקל שיש לתת לאי-התערבות במוסכם על השותפים ליחסים הקיבוציים, הפגיעה שפגעה חוקת ההסתדרות בזכות היסוד גדולה עד כדי הצדקת ההתערבות. הנשיא מנחם גולדברג סבר אחרת; בעיניו התניה האמורה הייתה לטובת הנשים הלכה למעשה; לדבריו "נשים רבות אינן מעוניינות בשינוי המצב הקיים ומעדיפות את השארתו".

ייתכן אמנם שבעת שהוסכם על חוקת הפנסיה זה היה מצב הדברים וארגון העובדים ייצג אז את אינטרס הנשים; ברם השתנו העתים. היום נשים עובדות מעוניינות להמשיך לעבוד. הדבר נכון ביתר שאת משום שחלק גדול מהנשים מאט את קצב העבודה בתקופת הלידה וגידול הילדים; דווקא בהגיען לגיל שבו הילדים כבר מבוגרים הן מעוניינות לעבוד. לפיכך, עלינו להתאים את עצמנו לשינוי העתים. ראוי לציין כי בעת הדיון בבית הדין הגבוה לצדק תיקן המחוקק את חוק גיל הפרישה לעובדת ולעובד, תשמ"ז-1987 ואפשר לאשה

לבחור אם לפרוש בגיל 60 או בגיל 65 אם ההסכם הקיבוצי קובע גיל פרישה שונה לאשה ולגבר. עמדה על כך השופטת שושנה נתניהו:

ההפליה מתבטאת בעיניי לא רק בהפסד הכספי הנגרם לה על-ידי הוצאתה לפרישה בגיל צעיר יותר, אלא גם, ולדידי בעיקר, בכך שנמנע ממנה, דווקא בגיל שבו היא פנויה יותר לכך, להגיע להישגים, להשלמה ולפריחה במימוש כישוריה וכישרונותיה השונים [ההדגשה שלי – א.ב.א.]⁶⁹

כאשר מדובר בזכות לשוויון, משקלה עולה על המשקל שיש לייחס לכיבוד תניה בהסכם קיבוצי. ההתערבות בעניין נבו הייתה זהירה אך שקולה לאור משקלה של הזכות שנפגעה ולאור הגישה המודרנית בדבר החובה לנהוג שוויון בין נשים עובדות לגברים עובדים. כדין התערב השופט גבריאל כך בהסכם הקיבוצי.

ודוק: איננו ניצבים עתה בפני השאלה אם לאשר תובענה ייצוגית במקרה זה או אחר. אנו דנים בשאלה העקרונית אם במקרים המתאימים ניתן עקרונית לדון בתביעות אלו גם בדרך של תובענה ייצוגית. טלו את המקרה שלפנינו: על שום מה לא יכולות כל אותן "נעמי נבו" – כל הנשים שנפגעו מסעיף זה או דומה לו בהסכם קיבוצי – להיות מיוצגות על ידי נעמי נבו בתובענה ייצוגית? על שום מה לא יהיו כל אותן "עדנה חזיניות"⁷⁰, כל אותם "דנילביצים"⁷¹ וכל אותם "רקנטים"⁷² שטענו לאפליה בהסכם הקיבוצי מיוצגים בתובענה ייצוגית? כל אלה הם מקרים מתאימים ביותר לכך; אם תתקבל טענתם באשר לפגיעה בזכות אין שום נימוק שלא להחיל את הדין שהתקבל על כל דומיהם. במקרים מעין אלו, כס הארגון עצמו ניסח את ההסכם או ההסדר הקיבוצי, תדיר לא יראה הארגון בכך נימוק ליצג את העובד בבית הדין, באשר הוא מנסחו של ההסכם. הדרך היחידה היא תביעה אשית או

69 ראו עמוד 770 לבג"ץ ד"ר נעמי נבו, לעיל הערת שוליים 1.
70 בעניין עדנה חזין, לעיל הערת שוליים 56, נדונו שתי הוראות בהסכם קיבוצי מיוחד של דיילי אל-על. האחת, לפיה דיילת לא תוכל להגיע לדרגת "דייל כלכל" שהיא דרגה בכירה בסולם הקידום של הדיילים, והשנייה, שדיילת אוויר מפותרת ללא דיון וללא הודעה מוקדמת בתום חופש ההריון.
71 דב"ע נג/3-160 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ – יונתן דונילביץ, כו 339 (1993) נדונה זכותו של דייל אל-על הומוסקסואל לקבל כרטיס חינוך גם לכן זוגו כאשר ההסכם הקיבוצי התכוון שדייל זכאי לכרטיס גם לכן הזוג מהמין השני. על פסיקת בית הדין הארצי הוגש בג"ץ דנילוביץ, לעיל הערת שוליים 52.
72 ראה פסק הדין תב"ע נה/3-118 אפרים רקנט – אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ, כח 581 (1995) בו נדון סעיף בהסכם קיבוצי של הדיילים עם אל-על לפיו הדיילים חייבים לפרוש בגיל 60 שעה שיתר עובדי אל-על זכאים לפרוש בגיל 65. על פסק דין זה הוגש בג"ץ שנדרון בדין נוסף, דנג"ץ רקנט לעיל הערת שוליים 51.

תובענה קיבוצית שתוגש על ידי העובדים. ברי ששופט שידון בבקשה לדיון בדרך של תובענה ייצוגית, ייקח כמובן בחשבון, בשיקולים בעד ונגד דיון בדרך של תובענה ייצוגית, את העובדה שקיים הסכם לו נתן הארגון את הסכמתו. יש לקחת בחשבון את הויתורים שהארגון עשה והויתורים שהמעביד עשה. הליך המשא ומתן הוא תן וקח. פגיעה בויתורים של הארגון עשוי לפגוע בו. מאידך פגיעה של הארגון בזכויות יסוד פוגע בעובדים. האיזון הדרוש בין השניים יילקח בחשבון בעת הדיון בבקשה לדיון בדרך של תובענה ייצוגית. פגיעה אפשרית בארגון, ומאידך פגיעה של הארגון בזכויות יסוד, כגון בזכות לשוויון צרכים להתאזן תוך מתן המשקל המתאים לכל אחד מהם. הגישה של פסק הדין בעניין ביברינג תואמת את המצב המשפטי בצפון אמריקה, כפי שעמדתי עליו לעיל;⁷³ אולם, כאמור, בישראל יש ערכאות שיפוטיות – בית הדין לעבודה ובית הדין הגבוה לצדק – המוסמכות לדון בתביעה האישית של נעמי נבו או של דומיה נגד תניה בהסכם הקיבוצי ולכן אין לשלול אפשרות של דיון בדרך של תובענה ייצוגית. ודוק: פסק דינו של הנשיא אדלר בעניין ביברינג אינו שולל לחלוטין אופציה של דיון בדרך של תובענה ייצוגית במקרים הללו וכבר עמדתי לעיל על גישתו של השופט יגאל פליטמן שלפיה די בהתחייבות המעסיק לקיים כל פסק דין שיינתן.⁷⁴ כאמור, אין לקבל הצהרה מעין זו כלל. בית הדין ישקול את כלל היסודות הדרושים לאישור תובענה ייצוגית.

זאת ועוד: אף הנשיא מנחם גולדברג, בשתי החלטות ביניים, ראה למעשה בפסק הדין שיינתן השלכות רוחב על ציבור שלם ואף ראה בכך אינטרס של הציבור שהיועץ המשפטי אמון עליו:

בהליך זה נדון, איפוא, עניין בעל חשיבות ציבורית, ולתוצאתו עשויה להיות השלכה על מאות, אם לא אלפי מעבידים בסקטור הציבורי והפרטי וכן על רבבות נשים המועסקות על-ידם במקומות עבודה אשר בהם קיימת, מכוח הסכמים קיבוציים, כלליים או מיוחדים, חובת פרישה לנשים בגיל 60 לעומת חובת פרישה לגברים בגיל 65.

לאור האמור לעיל יובא דבר קיומו של ההליך לידיעת היועץ המשפטי לממשלה, על מנת שישקול אם להתייצב בפני בית-הדין ולהשמיע דברו, מכוח סעיף 30(א) לחוק בית-הדין לעבודה, התשכ"ט-1969.

כן יובא ההליך לידיעת הצדדים להסכם הקיבוצי הכללי מיום 4.6.1979 בין התאחדות התעשיינים בישראל וההסתדרות הכללית בדבר הנהגת פנסיה

73 ראו לעיל פרק 1 (2).

74 ראו טקסט לעיל, ליד הערת שוליים 43.

מקיפה בתעשייה, אשר אף בו (סעיף 7(א)) הוראה דומה בעניין חובת פרישה.

הואיל ולפסק-הדין עשויה להיות השפעה על קופות הפנסיה, יובא ההליך לידיעת קרן הפנסיה הגדולה, מבטחים בע"מ.⁷⁵

בהחלטת ביניים אחרת קבע הנשיא גולדברג:

בהליך זה מתעוררת שאלה בעלת חשיבות עקרונית ביחסי עבודה. ועל כן יידון התיק בהרכב של שבעה.⁷⁶

2. טענה של עובד או מעביד בדבר הפרה של זכות הנובעת מהסכם קיבוצי

מקרה אחר בו עשויה להתבקש תובענה ייצוגית הוא כאשר חל על הצדדים הסכם קיבוצי ועובד או מעביד טוען כי הופרה זכות שנקבעה והוסכמה באותו הסכם. בהבדל מהמקרה הראשון שעמדתי עליו, לא מדובר בהוראה שהיא עצמה פוגענית אלא בהפרה של הוראה המוסכמת על השותפים להסכם קיבוצי. כפי שהראיתי, כעיקרון יש לבית הדין סמכות לדון בתביעה בגין הפרה של זכות הקבועה בהסכם קיבוצי; פשיטא שכל עובד הסבור שהיה על הארגון לתבוע בשמו והארגון לא עשה זאת רשאי להגיש תביעה כנגד הארגון בגין ייצוג לא הולם:⁷⁷ כל עובד וכל מעביד רשאי להגיש תביעה על הפרת זכות שנקבעה לפי הטענה בהסכם קיבוצי. אם כן, אין מניעה לדון בעניין בדרך של תובענה ייצוגית והדבר צריך שיהיה נתון לשיקול דעתו של השופט הדין בבקשה. ודוק: ארגון עובדים המוצא כי התביעה של העובד עקרונית והוא מבקש לתבוע בשם העובד ודאי רשאי לעשות זאת; הוא גם רשאי להצטרף לתביעה – והוא הדין בארגון מעבידים המוצא שתביעת המעביד עקרונית. שופט או רשם רשאי לצרף את הארגון לדיון אם לדעתו הדבר חיוני לבירור העניין.⁷⁸ גם לכל עמותה יש זכות עמידה כשנטענת הפרת זכות: זכות העמידה אינה מוגבלת לעובד, למעביד או לארגוניהם.⁷⁹

75 ראה עניין ד"ר מירי נבו בבית הדין הארצי, לעיל הערת שוליים 54.

76 ראה עניין ד"ר מירי נבו בבית הדין הארצי, לעיל הערת שוליים 54.

77 כמו התביעה בצפון אמריקה נגד ארגון העובדים בגין unfair representation, ראו לעיל פרק 1(2).

78 תקנה 18 (א) לתקנות בית דין לעבודה (סדרי דין), התשנ"ב-1991, שכותרתה "שינוי בעלי דין".

79 ראו לעיל פרק ב.

טלו לדוגמה משא ומתן ארוך שבו ארגון העובדים ויתר על זכות מסוימת והמעביד ויתר על עניינים אחרים. ארגון העובדים התחייב בהסכם קיבוצי לא לתבוע את המעביד בעניין הזכות שנמחלה. זה טיבו של הסכם קיבוצי וברי שארגון העובדים או עובד יחיד חייב לכבד את ההתחייבות כלפי המעביד. אם תופר זכותו של המעביד שלא להיתבע בגין הזכות שנמחלה – כלומר: אם ארגון העובדים או עובד יחיד יתבעו אותו למרות המוסכם בהסכם הקיבוצי – יוכל המעביד לפנות לבית הדין לקבלת סעד. סעיף 19 לחוק הסכמים קיבוציים, שכתרתו "זכויות וחובות של עובד ומעביד", קובע:

הוראות שבהסכם קיבוצי בדבר תנאי עבודה, סיום עבודה, וחובות אישיות המוטלות לפי אותן הוראות על עובד ומעביד וזכויות המוקנות להם (להלן – הוראות אישיות), יראו אותן כחווה עבודה בין כל מעביד וכל עובד שעליהם חל ההסכם, ותקפן אף לאחר פקיעת תקפו של ההסכם הקיבוצי, כל עוד לא שונו או לא בוטלו כדין; השתתפות בשביתה לא יראו כהפרת חובה אישית.

אם כן, החוק עושה אינקורפורציה של "חובות אישיות המוטלות לפי אותן הוראות על עובד ומעביד וזכויות המוקנות להם" לתוך חווה העבודה האישי בין כל מעביד לכל עובד שההסכם חל עליהם.⁸⁰ בעיני כל הזכויות והחובות שבהסכם קיבוצי הן "נורמטיביות" ונוגעות ליחסים האישיים בין העובדים למעביד או למעבידים. גם אלו הקרויות "אובליגטוריות" בסופו של דבר נמצאות בהסכם משום שהן חלק מיחסי העבודה האישיים. גם החובה לנהל משא ומתן והחובה להיוועץ בארגון העובדים לפני פיטורי הבראה או לפני העברת מפעל מיד ליד הן "נורמטיביות": מדובר בזכות של כל עובד ועובד שלא יפוטרו או שלא יועברו ממפעל למפעל ללא שיקול דעת וללא היוועצות ושרשימת המפוטרים תיבחן היטב על ידי היוועצות בין השותפים ליחסים הקיבוציים. שינוי מעביד, העברת מפעל מיד ליד,⁸¹ כוונה לשנות את תקן העובדים⁸² – כל אלו הן תניות המשפיעות ישירות על כל

80 ראו ע"ע 1406/02 עיריית גבעתיים נ' משה ברקוביץ ואחרים (לא פורסם, 4.10.2006), לאחר משא ומתן ארוך הוסכם על ויתור מסוים לטובת המעביד. ארגון העובדים אף התחייב כתנייה בהסכם שלא לתבוע בעניין זה. מיד לאחר מכן פנו עובדים בודדים בתביעה אינדיבידואלית לבית הדין ותבעו את אותה זכות שארגון העובדים ויתר עליה. פסקנו שגם החובות שבהסכם הקיבוצי עברו אינקורפורציה להסכם האישי של כל עובד. מעבר לכך גם אלמלא הייתה התחייבות מפורשת של ארגון העובדים שלא לתבוע, גם אז היה על כל עובד לכבד את הויתור של ארגון העובדים.

81 דב"ע נד/4-1 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י - התעשייה האווירית לישראל בע"מ (לא פורסם, 22.4.1996); בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, נח(6) 481 (2004) (להלן: "עניין רמת"א").

עובד. עובד אינו חייל על לוח שחמט שניתן להעבירו ממקום למקום ללא היוועצות ושיקול.⁸³ התניות האמורות נועדו להסדיר את תנאי העבודה במוכן הרחב ועל כן כל התניות שבהסכם יוצרות אינקורפורציה לכל הסכם אישי בין עובד למעביד לפי סעיף 19 לחוק הסכמים קיבוציים. היה והפגיעה – הפרת הזכות שבהסכם – עשויה לגעת לעובדים או מעבידים רבים – על שום מה תהא מניעה עקרונית לדון בדבר בדרך של תובענה ייצוגית, אם כל התנאים האחרים מרשים זאת? הדבר נתון לשיקול דעתו של בית הדין הדן בבקשה, אך אין מקום לשלול אפשרות כזו. אלא מאי – המחוקק שלל אפשרות זו, גם אם נאמץ את הפרשנות המצמצמת שהציעו קלמנט ורביץ-מרגליות.⁸⁴

3. הזכות הנטענת אינה מוזכרת בהסכם הקיבוצי החל במקום העבודה

זכויות רבות מתקיימות במערכת יחסי עבודה אף בלי שיעוגנו בהסכם הקיבוצי החל עליה. זכות כזו יכול שתצמח מכוחם של חוקי היסוד, מכוחה של חקיקת מגן, מכוח חוק שאינו חקיקת מגן או מההלכה הפסוקה. כך, למשל, ההלכה הפסוקה כוללת גם את הזכות לעבוד ואת הזכות הניהולית. הזכות לעבוד אינה אך הזכות שיקוימו כל חוקי המגן או הזכות לקבל שכר; הזכות לעבוד כוללת את זכותו של עובד ששכרו יהיה הוגן על פי כישוריו ולא רק שכר מינימום על פי חוק; הזכות לעבוד פירושה שיהא לעובד סיפוק בעבודה ושיוכל לעבוד בתחום שבו הוא מיומן; שתהא לו אפשרות לנצל את כישוריו; שיהיו לו הזדמנויות להשתלמות ולקידום; שסביבת העבודה תהא נוחה ונעימה; שלא יוטרו בעבודה הטרדה מינית או כל הטרדה אחרת. הזכות לעבוד צריך שתקנה לעובד תחושת סיפוק וכבוד כלפי משפחתו והסובבים אותו.⁸⁵ הזכות לעבוד היא זכות חברתית. זו זכות שלילית וזכות חיובית כאחד ועל כן נדרש המעביד לעשות את המיטב – פעולה חיובית – כדי לקיים את זכותו זו של העובד. אל מול הזכות לעבוד ניצבת הזכות הניהולית של המעביד. אף היא זכות חברתית, שלילית וחיובית כאחד. היא כוללת את זכותו של המנהל – כל מנהל, ישיר ועקיף – לנהל כראוי את מקום העבודה ולקדמו; היא כוללת את זכותו שהדבר יתאפשר לו על ידי העובדים; גם המנהל יבוא על סיפוקו כאשר מקום העבודה יהא יעיל ונעים; אין לה קשר לזכות הקניין. מנהל אינו בהכרח בעל הקניין. ודוק. כל מנכ"ל במשרד ממשלתי וכל

82 עסק 400005/98 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – הסתדרות עובדי המדינה - הועד הארצי של עובדי מנהל ומשק בבתי החולים הממשלתיים – מדינת ישראל, פ"ד לה 103 (2000).

83 ראו עניין רמת"א, לעיל הערת שוליים 77.

84 ראו במאמרם של קלמנט ורביץ-מרגליות, לעיל הערת שוליים 4.

85 ראו חב"ע נד/3-289 ד"ר אורלי פרט - ד"ר עמיצור פרקש ואחרים, פ"ד ה 632 (1994) ופסיקה שבאה לאחריה.

ראש אגף ודומיהם הם בעלי זכות ניהולית בגבולות אלו ואחרים. אין הם בעלי הקניין. הממשלה והעם – הריבון, הם בעלי הקניין. עם זאת כל בעל תפקיד ניהולי בממשלה הוא בעלי זכות ניהולית.⁸⁶

עובדים ומעבידים המבקשים לעמוד על זכויותיהם שאינן מעוגנות בהסכם קיבוצי זכאים לפנות לבית הדין לעבודה. על פי פשוטה של ההגבלה שבחוק הסכמים קיבוציים, תביעה כזו לא תוכל להידון בדרך של תובענה ייצוגית. כזכור, קלמנט ורביץ-מרגליות ביקשו במאמרם לצמצם את תחולת ההגבלה שבחוק כך שלא תחול על מקרים אלו;⁸⁷ הם ביקשו לצמצם את המגבלה ככל שלשון החוק מאפשרת זאת, מתוך שזיהו את החשיבות שבהגשת תובענה ייצוגית גם כשמקום העבודה מאורגן, בהתקיים התנאים המתאימים. אף אני פסקתי כך בעניין גרוס:⁸⁸

אכן על פי תכליתו של החוק, על פי תכלית ההליך כפי שעמדנו עליו, פרשנות רחבה פירושה פגיעה ביתרונותיה של התביעה הייצוגית. וחבל שכך. דווקא כשמדובר ביחסי עבודה יש חשיבות לכך שעובד בודד, שזכותו וזכותם של הדומים לו מבחינת הזכאות לזכות זו, נפגעה, יוכל להגיש תביעה ייצוגית. עובדים חלשים, עובדי קבלני כוח אדם, עובדי שמירה עליהם דנו מחברי המאמר, עובדים זרים, כל אלה עשויים להיות מקופחים בעניין מסוים שאינו קבוע בהסכם או הסדר קיבוצי אם נפרש את ההגבלה פרשנות רחבה, היינו, כחלה בכל מקרה בו קיים הסדר או הסכם כלשהו במקום העבודה. אל לנו למנוע מהם אפשרות של פנייה בדרך זה של בקשה להגשת תביעה ייצוגית, שאם לא כן יקופחו זכויותיהם של ציבור העובדים החלשים דווקא.

באותו עניין סברתי שצריך לאשר תובענה ייצוגית ברם דעתי הייתה דעת מעוט. המותב ייחס משקל כבד לכך שהנתבעת היא המדינה, להנחה לפיה המדינה תקיים כל פסק דין שיינתן ולהודעת המדינה שאכן תעשה כן. כאמור, בעיניי נימוק זה אינו רלוונטי לשיקולים שיש לשקול בהחלטה אם לאשר תובענה ייצוגית.⁸⁹ אמנם על פי פשוטו של החוק ביקש

86 ראו הדיון על הזכות הניהולית בעסק 72/05 הסתדרות העובדים הכללית – ידיעות אחרונות (לא פורסם, 11.8.2005).

87 ראו פרק ג, סעיף 2 שכותרתו "פרשנות תכליתית לסייג הקבוע בפריט 10(3), במאמרם של קלמנט ורביץ-מרגליות, לעיל הערת שוליים 4.

88 ראו עניין גרוס, לעיל הערת שוליים 5.

89 ראו דיון על כך לעיל בפרק ה.

המחוקק למנוע כל דיון בדרך של תובענה ייצוגית כשמדובר במקום עבודה מאורגן, אך בעיניי אין לכך צידוק.

גם אם יבטל המחוקק את ההגבלה שבחוק צריך יהיה לבחון היטב אם ראוי לאשר דיון בדרך של תובענה ייצוגית בנוגע לזכות שאינה נובעת מההסכם הקיבוצי החל. יש לבדוק אם במכוון לא נכללה בהסכם זכות זו; אם היה משא ומתן לגביה בין הצדדים ואם ויתרו עליה בהסכמה. דווקא במקרים הדנים באכיפה של זכות שאינה מעוגנת בהסכם קיבוצי יש לבחון במשנה זהירות את אישורה של התובענה הייצוגית, שהרי מדובר בהתערבות במה שהוסכם בין השותפים ליחסים הקיבוציים. דומה הדבר – אם כי במהופך – למקרה של נעמי נבו, שם נגעה ההתערבות להוראה בהסכם הקיבוצי. בשני המקרים, בזכות הנובעת מהסכם קיבוצי כמו גם בזכות שאינה נובעת מהסכם קיבוצי, מדובר בהתערבות המוסכם בין הצדדים. בעניין הראשון מדובר בזכות שנקבעה בהסכמה על ידי השותפים ליחסים הקיבוציים. במקרה השני מדובר בזכות שלא הוסכם עליה על ידי השותפים ליחסים הקיבוציים. יש לבחון האם לא הוסכם עליה משום שהשותפים לא דנו בה, או האם לא הוסכם עליה במכוון משום שהיה ויתור של אחד השותפים על הזכות. אם היה ויתור מדובר גם כאן בהתערבות במוסכם בין השותפים ליחסים הקיבוציים, במקרה זה בויתור על זכות. כמו במקרה הראשון כך גם כאן יש לקחת בחשבון את דבר ההסכמה בין השותפים.

4. מעביד הרואה את עצמו פטור מקיום הסכם קיבוצי משום שפרש מארגון המעבידים החתום על ההסכם

אפשרות נוספת עשויה להתעורר כשארגון מעבידים הוא צד להסכם קיבוצי. לעתים מעביד החבר בארגון מעבידים מבקש לעזוב את הארגון. זוהי זכות יסוד של המעביד, שהרי חופש ההתארגנות הוא גם חופש מהתארגנות. האם החלטתו של מעביד לפרוש מארגון מעבידים פירושה שחרורו מההסכמים הקיבוציים שהארגון צד להם? בעיניי התשובה היא שלילית וכך אף ציינתי, בדעת מיעוט, במקרה שנדון לפניי:⁹⁰ אכן לכל מעביד זכות להשתחרר מחברותו בארגון מעבידים מכוח חופש ההתארגנות – אך אין הוא רשאי לראות עצמו משוחרר מההסכמים הקיבוציים שהיה צד להם מתוקף חברותו בארגון המעבידים. כך לדוגמא אין מעביד משוחרר מהחובה להיוועצות עם ארגון העובדים בעת פיטורי צמצום כאשר זו קבועה בהסכם קיבוצי החל על אותו מעביד. דעת הרוב ראתה מעביד העוזב ארגון מעבידים כמשוחרר מכל החובות שבהסכמים המחייבים את הארגון. בעיניי שחרור כזה משמעו אנרכיה, שרירות ואף התנהגות שלא בתום לב. לא ייתכן שמעביד המבקש

90 עסק 52/05 הסדרות העובדים הכללית החדשה – הסדרות המעו"ף – עיריית קריית גת ומועצה אזורית לכיש (לא פורסם, 10.11.2005).

להשתחרר מחובותיו על פי הסכמים קיבוציים – כגון חובת היוועצות עם ארגון העובדים בעת ביצוע פיטורי צמצום שתכליתה להקטין את הפגיעה בעובדים המפוטרים – יחליט יום אחד להשתחרר מהמחויבויות על ידי עזיבת ארגונו. לא מדובר במעביד המבטל הסכם קיבוצי – מדובר במעביד המשחרר את עצמו בשרירות מהחובות שארגונו קיבל על עצמו במשא ומתן קיבוצי. גם ביטול הסכם קיבוצי, שהינו לגיטימי על פי החוק,⁹¹ יש לעשותו בתום לב, בדומה לביטול כל הסכם. הצדדים הם מחוקקי ההסכם אך לאחר שנכרת הסכם, אין לבטלו חד צדדית בשרירות. לכן ניתן לבטל הסכם קיבוצי בעיני כאשר יש כוונה להיכנס למשא ומתן מחודש. בדומה עזיבת ארגון עובדים על מנת לא לקיים את הוראות ההסכם הקיבוצי היא פעולה שלא בתום לב. העזיבה לגיטימית. ביטול המחויבות על פי ההסכם הקיבוצי אינה לגיטימית. כל אלה פוגעים בעקרון ההסתמכות על ההסכמים הקיבוציים; יתרה מזו: מצב כזה פוגע באשיות משפט העבודה הקיבוצי ובאשיות דיני חוזים. כך ציינתי באותו עניין:

התכלית של המשא ומתן הקיבוצי היא להטיל גם את החובות המוסכמות על הצדדים על העובדים והמעבידים אישית. גם אלו הוראות "נורמטיביות" בהסכם הקיבוצי. כך יוצר האיזון בין היתורים של שני הצדדים להסכם הקיבוצי. כך לא יהיו מעסיקים המגיעים בסופו של יום להסכם כאשר הם נתונים לאחר כריתתו ל[סיכון של] תביעות אישיות. המוסכם, גם זכויות וגם חובות, חל על כל עובד ועובד. אם לא תאמר כך יגיעו המעסיקים להסכמים קיבוציים ולאחר ויתורים הדדיים הם יהיו נתונים לתביעות אישיות לגבי זכויות מעבר למוסכם בין ה־"social parties".

[...] ודוק. ניתן היה לאמר שאותם עובדים שתובעים אישית לא ייהנו מהזכויות שבהסכם הקיבוצי. אך גם דרך זה אינו הוגן וסותר את משפט העבודה הקיבוצי. מעסיק שמגיע לאחר משא ומתן להסכם לא צריך להיות חשוף לתביעות אישיות לגבי מה שהוסכם בהסכם, גם אם בכך יוותרו העובדים על יתר הזכויות בהסכם.

הצדדים למשא ומתן קיבוצי המגיעים בסופו של יום להסכם ביניהם, רשאים להסתמך על המוסכם ביניהם.

הנשיא סטיב אדלר ציין:

העירייה [שעזבה את ארגון המעבידים; א.ב.א.] הסתמכה על התחייבות הוועד לעשות לשכנוע הכבאים כפרטים שלא להגיש תביעות אישיות.

נציג הציבור מר בנימין ליברמן הוסיף:

למשא ומתן קיבוצי יש כללי משחק ברורים שתום הלב הוא רק אחד מהם. העירייה במהלך הדיונים שקדמו להסכם 99 הביעה את כוונתה שלא לשלם את הפרשי השכר וועד העובדים הסכים לכך. סביר להניח שהסכמת הוועד הייתה בעלת משקל מבחינת העירייה כשקיבלה דרישות מסוימות של העובדים שהתבטאו בהסכם. האם היה על העירייה לפנות לכל עובד בדרישה להודיע על ויתורו על ההפרשים?

הנה כי כן, אי־קיום ההסכמים בתואנה של הפסקת החברות בארגון היא הפרה של הסכמים אלו על ידי אותו חבר ארגון. חבר בארגון מעבידים או עובדים מחויב לקיים את הקבוע בהסכמים הקיבוציים כל עוד הם מתקיימים. בכך נשמרת היציבות ביחסי העבודה. זהו הדין באירופה. במדינות רבות נקבע הדבר בחקיקה (כגון גרמניה ונורווגיה). חוק ההסכמים קיבוציים הגרמני (Tarifvertragsgesetz) מדבר בסעיף 3 על המחויבות להסכם הקיבוצי (Tarifgebundenheit). סעיף 3(3) קובע, "Die Tarifgebundenheit bleibt bestehen, bis der Tarifvertrag endet", ובתרגום חופשי: "האפקט הכובל של ההסכם הקיבוצי מתקיים עד לסיום תוקפו של ההסכם הקיבוצי". הוראה דומה קבועה בחוק הנורווגי. בדברי ההסבר לחוק נאמר שתכליתו היא שמירה על היציבות. חבר בארגון מעבידים או בארגון עובדים מחויב להסכמים הקיבוציים הקיימים עד שייכרתו הסכמים קיבוציים חדשים. בשוודיה ובבית הדין האירופי בלוקסמבורג (European Court of Justice) נקבע הדבר בהלכה הפסוקה מכוח עקרון תום הלב. הוראות חוק אלו והפסיקה הרחבה חלות הן כשמדובר בהסכמים לתקופה קצובה והן כשמדובר בהסכם לתקופה שאינה קצובה. היש מקרה מתאים יותר לתובענה ייצוגית ממקרה כגון זה?

ח. סעדים

ככלל, הערכאה השיפוטית הדנה בתובענה תקבע את הזכות שהופרה, והנתבע יחשב את הסעד המגיע לכל אחד מבני הקבוצה. הליך זה יתקיים בין שהסעדים שתובעים חברי הקבוצה הם זהים ובין שאינם זהים; אין בכך כל רבותא. מהם הסעדים הראויים? קלמנט ורביץ־מרגליות עמדו על כך שבניגוד למשא ומתן קיבוצי על זכויות, האכיפה בתובענה ייצוגית היא מלאה. משא ומתן בין ארגון עובדים למעביד מתנהל בדרך של תן וקח, תוך ויתורים הדדיים, אך סעד הנקבע על ידי ערכאה

שיפוטית בפסק דין המכיר בקיומה של זכות שהופרה דינו אכיפה מלאה. מובן כי בצד האכיפה ניתן לקבל סעדים נוספים כגון צו מניעה וצו עשה. כשמדובר בביטול תניה בהסכם קיבוצי, דוגמת עניין נעמי נבו, הסעד אינו ביטול ההסכם כולו: הערכאה השיפוטית תורה על ביטול התניה הפוגעת בזכות ועל קביעת תניה אחרת שאינה פוגענית.⁹²

ט. אחרית דבר

הוראות החוק השוללת לחלוטין כל זכות לדון בתביעה בדרך של תובענה ייצוגית כאשר מקום העבודה מאורגן אינה מוצדקת וראוי כי תבוטל על ידי המחוקק. במצב הנוכחי נפגעת הזכות להגיש תביעות לבית הדין לעבודה בגין הפרה של זכות הנובעת מיחסי עבודה במגוון מקרים.

בעיניי אין סתירה בין הרציונל הקיבוצי ביחסי עבודה לפרוצדורה של תובענה ייצוגית. אכן, תפקידו של ארגון עובדים או מעבידים הוא לייצג את העובדים או המעבידים ולדאוג לזכויותיהם. זכותו ואף חובתו של הארגון היא להיאבק על זכויות אלו בדרכים שונות. אין בכך כדי לפגוע באפשרות לדון בדרך של תביעות ייצוגיות בסכסוכים הנובעים מיחסי עבודה ואין לשלול את האפשרות הזו. ארגון העובדים או המעבידים אינו מתערב בכל סכסוך; טלו לדוגמה מקרה שבו המעסיק נוהג לנכות שלא כדין סכומים קטנים משכר העובד, לחשב שלא כדין את השעות הנוספות וכדומה. או אף תלו לדוגמה מעסיק הפוגע בעובדים בסכומים גדולים.⁹³ קלמנט ורביץ-מרגליות⁹⁴ עמדו על כך שגם אם יש ארגון עובדים במקום העבודה וגם חל על יחסי העבודה הסכם קיבוצי, עדיין זכויות שבהסכמים קיבוציים – ודאי זכויות מכוח חוקי המגן – אינן מתקיימות לגבי חלק מהעובדים. לדידם, החוק החדש –

מעמיד לראשונה בידי עובדים אינדיבידואליים מנגנון המאפשר להם לרכז את תביעותיהם באופן יעיל ולאזן בין כוחם לבין כוחו של המעביד מבלי להיות תלויים בהסכמתו של ארגון העובדים [...]

אחת ממטרותיו של החוק היא לממש את "זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים". עובדים שכירים הם דוגמה מובהקת לסוגי אוכלוסיה שנגישותה למערכת המשפטית

92 ראו פסק הדין בג"ץ דונילביץ, לעיל הערת שוליים 52.

93 ראו עניין אבישי גולדברגר, הערת שוליים 27 לעיל

94 ראו במאמרם של קלמנט ורביץ-מרגליות, לעיל הערת שוליים 4.

נמוכה. עובדים רבים חוששים, ובצדק, שפתיחת הליכים משפטיים כנגד המעסיק שלהם לאכיפת זכויותיהם, בזמן שהם ממשיכים לעבוד, תפגע בהם.

קלמנט ורביץ־מרגליות עומדים על כך שפרוצדורה זו חשובה בעיקר לגבי אוכלוסיות עובדים חלשות כגון עובדים זרים, עובדי שמירה ועובדי קבלן אחרים ודומיהם. היתרון של תובענה ייצוגית גדול דווקא ביחסי עבודה שבם עובדים מקופחים לעתים בסכומים קטנים יחסית, או אף בסכומים גדולים ולעתים קרובות העובדים עומדים חסרי אונים אל מול פגיעה בזכויותיהם. הדברים שהובאו לעיל מדברי הנשיאה הקנדית McLachlin יפים במיוחד כשמדובר ביחסי עבודה, ואני מבקשת לחזור אליהם:

Without class actions, those who cause widespread but individually minimal harm might not take into account the full costs of their conduct, because for any one plaintiff the expense of bringing suit would far exceed the likely recovery. Cost-sharing decreases the expense of pursuing legal recourse and accordingly deters potential defendants who might otherwise assume that minor wrongs would not result in litigation.

ברי שאחד השיקולים של בית הדין בבקשה לאישור תובענה ייצוגית, היא השיקול של אי־פגיעה בארגון העובדים. בית הדין יאזן בית חשיבותה של התובענה הייצוגית במקרה ספציפי, לבין הגנה על הארגון.

הנה כי כן מטרתי הייתה להפנות קריאה אל המחוקק, לפיה תבוטל המגבלה של אפשרות רעיונית המגבילה אישור תובענה ייצוגית בכל מקרה בו על העובד חל הסכם או הסדר קיבוצי המסדיר את תנאי עבודתו, והמעביד של אותו עובד או ארגון המעבידים הוא צד להסכם הקיבוצי. חזקה על השופט הדין בבקשה שישקול את עובדת נוכחות ארגון העובדים במקום העבודה בין יתר השיקולים לאישור תובענה ייצוגית.