

**המבקשת** **קו לעובד (ע"ר), ח.פ. 580175545**  
**להצטרף:** ע"י עו"ד מיכל תג'ר ו/או עו"ד נועה מלצר מהמערך הקליני  
בפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן באוניברסיטת תל אביב; וכן  
ע"י עו"ד אלעד כהנא ו/או מיטל רוסו מעמותת קו לעובד  
שכתובתם להמצאת כתבי בי-דין היא:  
הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, מערך הקליניקות המשפטיות  
אוניברסיטת תל אביב  
טל': 054-5600536; פקס: 03-5251215

**בעניין:**

**המבקשת:** **וואלט אנטרפריזיס ישראל בע"מ**  
ע"י ב"כ עו"ד ממושרד הרצוג-פוקס-נאמן, עורכי דין  
רח' יצחק שדה 6, תל אביב 6777506  
טל': 03-6922020; פקס: 03-6966464

- נ ג ד -

**המשיב:** **גולן חזנוביץ'**  
ע"י ב"כ עו"ד ממושרד יעקב שפיגלמן ושות', עורכי דין  
רח' ז'בוטינסקי 7, רמת גן 5252007  
טל': 03-6114141; פקס: 03-6114142

**ובעניין:**

**היועצת המשפטית לממשלה**  
ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, המחלקה למשפט עבודה  
רח' מח"ל 7, ירושלים  
טל': 073-3928726; פקס: 02-6419660

## עמדת עמותת קו לעובד

בהמשך להחלטת בית הדין הנכבד מיום 10.6.2024, מתכבדת המבקשת להצטרף, עמותת קו לעובד (להלן: "העמותה"), להגיש עמדתה בסוגיית ההתאמה של מנגנון התובענות הייצוגיות לדיון בשאלת קיומם של יחסי עובד-מעביד.

### א. תמצית העמדה

1. לעמדת העמותה, תובענה ייצוגית היא כלי משפטי חשוב בעולם יחסי העבודה אשר מאופיין בפערי כוחות בין הצדדים. כלי זה מקבל משנה תוקף בהינתן השחיקה במעמד העבודה המאורגנת והתפתחות מבני העסקה מורכבים המשליכים על זכויות עובדים. הוא מאפשר תיקון עיוותים מבניים בשוק העבודה, עיוותים אשר תביעות פרטניות – על החסמים שבהגשתן, על העומס שהן מייצרות למערכת המשפט, על הנטייה לסיימן בפשרות ועל כוחן המוגבל לשנות התנהגויות של מעסיקים – לא מאפשרות לתקן.

2. לעמדת העמותה, תובענות ייצוגיות הן אם כן כלי רב עוצמה להשפעה על אי-צדק מבני בשוק העבודה, וככל שעמדת המבקשת (להלן: **וולט**) ועמדת היועצת המשפטית לממשלה (להלן: **היועמ"שית**) בפרשה זו יתקבלו, תוגבל מאוד יכולת ההשפעה שלו. עמדות אלה מבקשות הלכה למעשה להפקיע את השימוש בתובענה ייצוגית כאשר השאלה המשפטית היא שאלה של יחסי עבודה; הן אמנם מתמקדות, לכאורה, בהחלטת האישור הקונקרטי, אך אם התיזה שלהן תתקבל, קיים חשש משמעותי כי שאלת קיומם של יחסי עבודה לעולם לא תוכל להתברר במסגרת תובענה ייצוגית.
3. כפי שיבואר להלן, תוצאה לפיה סוגיית הסטטוס של יחסי עובד-מעביד אינה הולמת הלכה למעשה את מנגנון התובענות הייצוגיות, או דורשת סממנים מיוחדים ונדירים על מנת לבררו במסגרתה, היא תוצאה שגויה ופוגענית, הנוגדת את כוונת המחוקק ועלולה לייצר השלכות משפטיות וחברתיות ארוכות-טווח, בפרט על קבוצות עובדים מוחלשות, אשר מועסקות במתכונות בלתי יציבות ובשוליים משפטיים ותעסוקתיים ומתקשות לממש באופן פרטני את זכות הגישה שלהן לערכאות.
4. ההצדקות שמובאות לתיזה האמורה בידי וולט והיועמ"שית הן בעיקרן שלוש: העובדה שסוגיית ההתקשרות בין עובד למעביד מחייבת את כל חברי הקבוצה בשינוי יסודי של הגדרת ההתקשרות בדמות הגדרת יחסי הצדדים כיחסי עבודה, לרבות כלפי צדדים שלישיים כגון רשויות המס והמוסד לביטוח לאומי, וזאת שעה שיתכן שבין חברי הקבוצה קיימים רצונות שונים בסוגיה זו; השונות שלכאורה קיימת בין חברי הקבוצה נוכח האופנים השונים בהם הם מועסקים או נותנים את שירותיהם לוולט, אשר לפי תיזה זו, תהא אינהרנטית לשאלת קיומם של יחסי עבודה; והטענה שחלק ממבחני המשנה לקיומם של יחסי עובד-מעביד מחייבים התבוננות על העובד/נותן השירות, שלא מתאפשרת במסגרת הליך ייצוגי ביחס לכלל הקבוצה.
5. לטעמנו, עמדה זו מתעלמת מהמימד הקוגנטי של דיני העבודה הגובר על רצונות הצדדים, וכן מהמאפיינים הייחודיים של יחסי העבודה, במסגרתם למעסיק יש כוח מובנה לייצר שונות בין הסדרי העסקת עובדיו, ואשר לו תתקבל עמדה זו – יהיה לו גם תמריץ לעשות כן. תוצאת עמדה זו אף מנוגדת ללשון חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: **"החוק"** או **"חוק תובענות ייצוגיות"**) ולתכליותיו והיא מתעלמת מכלים שנוצרו בחוק להתמודדות עם שונות מסויימת בין חברי הקבוצה ועם רצונם של חלק מחבריה שלא לקבל הכרעה בעניינם.
6. בעמדה זו נטען כי קיומם של רצונות שונים בקרב חברי הקבוצה אינם רלוונטיים בשאלת קיומם של יחסי עובד-מעביד, שכן מדובר בהכרעה הנוגעת לסוגיות קוגנטיות, שבבחינתה הרי שהשאלה מה רצו הצדדים או למה הסכימו, אינה בעלת משקל, ושממילא תהיה בעלת השלכות זהות אף לו יתברר הנושא במסגרת תביעה פרטנית. ככל שמתקיימים הלכה למעשה יחסי עבודה בהתאם לחוזה של המבקשת עם שליחיה או עם חלקם (והעמותה אינה מבקשת להביע עמדה בנושא זה), האינטרס של מי מהשליחים להגדירם אחרת אינו רלוונטי לסוגיה זו – וממילא הם יוכלו לעשות שימוש במנגנונים שחוק תובענות ייצוגיות מקנה להם ולא להיות חלק מהקבוצה הזכאית לסעדים מכוח הבקשה.
- קבלת התיזה לפיה שאלה של יחסי עובד-מעביד אינה מתאימה לבירור בהליך ייצוגי נוכח קיומם של רצונות שונים בקרב חברי הקבוצה, מערערת את יסודות משפט העבודה באופן אשר קשה להפריז בחשיבותו. האפשרות לסטייה מקוגנטיות זו ככל שזהו רצונם של הצדדים וככל שהדבר נועד לשם הגנה על האינטרסים הלכאוריים של העובדים-עצמם, מהווה סכנה בדמות שחיקה בעקרון הקוגנטיות של חקיקת המגן. במידה ועקרון הקוגנטיות ייסוג מפני אינטרסים פרטניים נוגדים, יביא הדבר להשלכות כואבות על רבבות עובדים בשוק העבודה השניוני, המועסקים בתבניות העסקה בלתי שגרתיות והנעדרים כוח מיקוח וקול קיבוצי,

מחוץ למטריית ההגנה החיונית של חקיקת העבודה הקוגנטית, חשופים ופגיעים יותר מאי פעם לניצול, לעושה ולקיפוח. בהינתן קשיי אכיפה משמעותיים של דיני העבודה, בעיקר ביחס לזכויותיהם של קבוצות עובדים מוחלשות, כמו גם קושי של אותן קבוצות ממש להגיע להגשת תביעה פרטנית שלא לומר לחולל במסגרתה שינוי עבור כלל חבריהם – יישלל כך כלי אכיפה רב-עוצמה.

7. עוד נטען להלן כי הטענה, לפיה בבסיס הסוגייה המשפטית של יחסי עובד-מעביד קיימת כעניין אינהרנטי שונות בין חברי הקבוצה במידה המצדיקה לכאורה ניהול הסוגיה במסגרת תביעות פרטניות, נותנת כוח רב למדי בידי המעסיק לייצר שונות כאמור. נטען שבמערכת יחסים שבה למעסיק יש גם כך כוח מובנה לייצר מראש שונות בין קבוצות עובדים בחסות הפרורגטיבה הניהולית שלו, יש להתייחס בזירות רבה לטענות בדבר קיומן של "קבוצות" שונות בכוח העבודה/נותני השירות כעילה לדחיית בקשה לאישור תובענה ייצוגית – שהרי אחרת, הדבר אך יתמרץ מעסיקים לרבד את הסדרי ההעסקה של עובדיהם כדי למגן עצמם מתביעות ייצוגיות. עוד ייטען לענייננו, כי נוכח כך שהטענה להיעדר קיומן של יחסי עבודה בין חברת וולט לבין שליחיה הוא עניין של מדיניות רוחבית של וולט, הרי שאין כל שונות **ביחס לעילה עצמה**; ואין אף כל מניעה לקבוע מבחנים אובייקטיביים – כאלה הידועים בתחום משפט העבודה הקוגנטי – שיחולו על שליחי וולט ושרק מי שיעמוד בהם, ייכלל בקבוצה.

8. עוד נטען, כי גם אם חלק ממבחני הפסיקה לקיומן של יחסי עובד-מעביד מצריכים התבוננות על עבודתו של השליח, אזי ניתן לקחת אותם בחשבון במסגרת עיצוב הקבוצה או קביעת הפיצוי. ממילא, נטען כי שונות אפשרית כאמור בהיבטים הרלוונטיים אינם מהותיים לצורך הכרעה בקיומה של קבוצה כאשר העילה היא סיווגו של מודל התקשרות גורף ומוחלט באופן מוצהר.

9. עוד נטען, כי תוצאת עמדות וולט והיועמ"שית – דהיינו, חסימה דה-פקטו של היכולת להגיש הליך ייצוגי בשאלת קיומן של יחסי עבודה – מאיינת את רצון המחוקק. לטעמנו, לא ניתן להשתמש בעקרונות הכלליים הקבועים בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, כדי להחריג מתחולת החוק הלכה למעשה עילה אשר לא הוחרגה בו, בין בתוספת השנייה לחוק בין בסעיפים אחרים בו.

10. לבסוף נבקש להתייחס בקצרה לטענת וולט לפיה קיימת שונות מהותית בין מודל כלכלת הפלטפורמה לבין "המודל הקלאסי" של יחסי עבודה, המצדיקה לדידה התייחסות מקלה או שונה לשאלות העומדות בבסיס הליך זה (ר' סעי' 16 לבקשת רשות הערעור). כפי שנבקש להראות, נותני השירות והעובדים בתעשייה אינם אלא תצורה נוספת בתוך המגוון ההולך ומתרחב של תצורות העסקה, ויש להפעיל על ההתקשרויות שלהם את הכלים שיצר משפט העבודה כדי להכיל תצורות העסקה חדשות שצמחו ועוד יצמחו. לטעמנו, יש להתייחס בביקורתיות לטענות השזורות בבקשת רשות הערעור ומוזכרות בקצרה גם בעמדת היועמ"שית, לפיהן הפלטפורמות הדיגיטליות מייצרות כעניין מובנה גמישות ועצמאות של נותני השירות בהן. נראה אף, כי דווקא התפתחותן של פלטפורמות כאמור מחייבת זהירות ורגישות בטרם קבלת טענה להיעדר קיומן של יחסי עבודה; שטענות וולט בנושא הועלו בעולם, ונדחו; ושהטעמים לדחייתם בישראל הוכרו במחקר.

11. נציין שכפי שנאמר בבקשת ההצטרפות, אין בכוונת העמותה בעמדה זו להתייחס לגוף ההכרעה בהחלטת בית הדין האזורי, או לשאלה הפרטנית של סיווג מעמד השליחים אצל וולט, כפי שהכריע בהם בית הדין האזורי. אף שמפעם לפעם מסייעת העמותה לעובדים בתצורות עקיפות כאלה ואחרות המשמשים שליחים עבור וולט, אין בכוונתנו אלא להצביע על סוגיות עקרוניות שמעלה העניין בהקשר לשימוש בתובענות ייצוגיות ככלי במשפט העבודה ובפרט לבירור קיומן של יחסי עובד-מעביד, ועל השלכות ההכרעה בו.

על כל זאת, להלן.

## **ב. הערה מקדימה – מטרות היסוד של משפט העבודה הקוגנטי והתאמתן לכלכלה משתנה**

12. משפט העבודה נשען באופן מסורתי על שלושה יסודות – חוזה, חקיקת מגן ופעולה קיבוצית. החוזה, עמוד התווך הראשון של דיני העבודה, פירושו שיחסי עבודה נוצרים באמצעות הסכמה. היחסים בין עובדים למעסיקים הם, ככלל, יחסים חוזיים, הכפופים לדיני החוזים הכלליים (דב"ע (ארצי) נג/3-40 **חברת איסטרוניקס נ' גרפונקל**, פד"ע כה 456, 462 (1993)), ובמרכזם הרעיון בדבר חליפין וולונטארי. בנרטיב הליברלי הקלאסי, מקורו של החוזה וההצדקות להגנה על חופש החוזים מצויים בחירות במובנה השלילי: חירות מהתערבות; החירות הנתונה לפרטים להגיע להסכמות וולונטאריות, כשהם מונחים אך ורק בידי תפישת הטוב שלהם וחופשיים לקדמה באמצעות התקשרות עם אחרים.
13. חקיקת המגן, מאידך, מבוססת על הפקעתה (החלקית) של ההתקשרות בחוזה עבודה מאוטונומיית רצונם של הצדדים ועל מעורבות כופה של המדינה ביחסים שבין עובדים ומעבידים באמצעות יצירת סטנדרטים מינימאליים לעבודה בשכר. חקיקת המגן נתפשת כביטוי מרכזי למגבלות שמבקשים דיני העבודה להטיל על השוק החופשי ועל מימוש חופש החוזים של המשתתפים בשוק העבודה. היא ביטוי להסכמה פוליטית וקולקטיבית אודות תנאי ההעסקה המינימאליים בשוק העבודה ואודות ההכרח שבהגבלת מסחורה של העבודה (Guy Davidov, The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection, 52 U. TORONTO L.J. 357, 2002).
14. לבסוף, משפט העבודה הקיבוצי מבוסס על ההכרה בחולשתה היחסית של העובדת הבודדת מול המעסיק, ובצורך לאזנה דרך הכרה בזכות לפעולה קיבוצית וקולקטיבית במסגרת יחסי העבודה.
15. החוזה, חקיקת המגן והפעולה הקיבוצית מייצגים, אם כן, בסיסים שונים ודומים של כוח בשוק העבודה. בעוד שהחוזה הוא דין פרטי הנתוע באומד דעת הצדדים, חקיקת המגן היא דין כללי הנתוע בתפישות חברתיות. בעוד שחוזה מבוסס על הסכמה כמקור נורמטיבי לחיובים מכוחו, חקיקת המגן מפקיעה תכנים משמעותיים מגדרי הסכמת הצדדים ומכפיפה אותם לתפישות טוב חברתיות (בדומה, גם הסכמות קיבוציות אינן יכולות לגרוע מהסטנדרטים המינימאליים שבחקיקת המגן). ובעוד שכוחות השוק הם שמכתיבים את חלוקת משאבים בהתקשרויות חוזיות, הן חקיקת המגן והן הזכות לפעולה קיבוצית נועדו לשמש כוח נגדי לעיוותים שעלולים ליצור כוחות השוק בהתקשרויות בין עובדים למעסיקים, נוכח פערי הכוחות ביניהם (Guy Mundlak, Power-Breaking or Power-Entrenching Law-The Regulation of Palestinian Workers in Israel, COMP. LAB. L. & POL'Y J. 20 569, 590, 1998).
16. התפישה המסורתית והמרכזית ביחס לתכליתם הבסיסית של דיני העבודה היא כי דיני העבודה נועדו לשמש כוח נגדי לאי השוויון האינהרנטי ליחסי העבודה בין עובדים למעסיקים, וכי ההגנה על עובדים בעלי כוח מיקוח מוגבל בשוק העבודה היא "הבסיס המוסרי והנרטיב המכונן" של משפט העבודה (Judy Fudge, Labour as a 'Fictive Commodity': Radically Reconceptualizing Labour Law, in **The Idea of Labour Law** 120, 124 (Guy Davidov & Brian Langille eds., 2011); להלן: "פאדג', **העבודה כמצרך פיקטיבי**"). כפי שניסח זאת בית דין נכבד זה לפני עשורים, "משפט העבודה הוא משפט של 'אי שוויון', שמטרתו לפצות [על] חולשתם של העובדים מול המעבידים" (דב"ע (ארצי) שם/2-35 **קוזלוביץ נ' אורדון**, פד"ע י"ב(1) 200, 208 (1981)).
17. לתפישה בדבר ייחודו של חוזה העבודה ולצורך החברתי לאבחנו ממופעים אחרים של אי שוויון ביחסים מסחריים יש ביטוי בקביעה הנורמטיבית שעוגנה בהצהרת פילדלפיה משנת 1944 ולאחר מכן בחוקת ארגון העבודה העולמי משנת 1946, לפיה "העבודה אינה מצרך" (כתבי אמנה 1, 279). קביעה זו היא ביטוי לתפישה ולפיה ראוי לאבחן את מערכת יחסי העבודה מיחסים מסחריים אחרים ולהגן על עובדים מפני

ההגיון הכלכלי שבמסחור העבודה. היא שואבת מהתפישה בדבר ערכה המיוחד של העבודה בחייו של הפרט ומהתפישה בדבר ייחודו של חוזה העבודה – חוזה שנושא ההתקשרות במסגרתו הוא כוח העבודה של העובדת; כוח שאינו ניתן להפרדה, ושלא ניתן לסחור במנותק, מהעובדת עצמה. בכוחם של דיני העבודה, אם כן, לתקן כשלי שוק הנובעים מגורמים כפערי מידע, עלויות עסקה וכוח מונופוליסטי (Hugh Collins, *Justifications and Techniques of Legal Regulation of the Employment Relation*, in *LEGAL REGULATION OF THE EMPLOYMENT RELATION* (Hugh Collins, Paul Davies & Roger Rideout, eds, 2000)).

18. בעשורים האחרונים התחוללו תמורות דרמטיות במשפט העבודה – כלכליות, פוליטיות, חברתיות, טכנולוגיות ואחרות, ו"עמודי היסוד שתמכו במשפט העבודה ואפשרו לו לשגשג אחרי מלחמת העולם השנייה – מדינת הלאום, התאגיד המבוסס על אינטגרציה אנכית, חוזה העבודה הסטנדרטי, החוזה המגדרי בין הגבר המפרנס לאשתו עקרת הבית, איגודים מקצועיים והדגם הסוציאלי דמוקרטי – נחלשו או שהתחוללו בהם תמורות" (פאדג', העבודה כמצרך פיקטיבי, עמ' 120). גלובליזציה, ניידות מוגברת של עובדים וסחורות, העתקת הייצור למדינות עניות ויצירת אזורי סחר חופשי, התרחבות דרמטית של צורות העסקה בלתי שגרתיות ועקיפות, הצניחה בשיעור העובדים המאוגדים, המעבר מתעשייה לשירותים, התפתחויות טכנולוגיות ועלייתה של כלכלת הפלטפורמות – כל אלו נמנים עם הגורמים הבולטים, שהובילו לדעיכתו של מודל העבודה הפורדיסטי (לילך לוריא, *דיני עבודה ורווחה במאה העשרים ואחת*, עמ' 44-51, 2013).

19. למרות התמורות הללו, מטרות היסוד המסורתיות של דיני העבודה – אף אם המשגתן זקוקה לעידון ולחידוד – עודן רלוונטיות מתמיד. המשבר של דיני העבודה הוא משבר של התאמה בין דיני העבודה לבין מטרותיהם (Guy Davidov, *Re-Matching Labour Laws With Their Purpose*, *THE IDEA OF LABOUR LAW*, 179; Guy Davidov & Brian Langille eds., 2011).

20. המקרה שבפנינו – דוגמה מובהקת לכלכלת הפלטפורמה – מחדד את החשיבות הנודעת לאותה התאמה בין מטרות היסוד של דיני העבודה, ובתוך כך "העבודה אינה מצרך", לבין התמורות המפליגות והפרגמנטציה של שוק העבודה, כשבתוך התאמה זו נודעת חשיבות מיוחדת לשמירה על מטרות ועקרונות היסוד של דיני העבודה ובראשם עקרון הקוגנטיות, עליו נעמוד בהמשך.

### ג. כלכלת הפלטפורמה והשלכתה על סיווג משפטי של התקשרות בין עובד למעביד

21. בעמדת היועמ"שית ואף בבקשת רשות הערעור של וולט, הוטעם ההקשר התעשייתי הספציפי של העיסוק כשליחים עבור החברה והיותו חלק ממה שמכונה "כלכלת הפלטפורמה", בבחינה הערכית והמשפטית של הסוגיה. לדידה של היועמ"שית, העובדה שמדובר בפלטפורמה טכנולוגית, מגבירה את "הקושי הממשי לראות בתובע הייצוגי כמי שיכול לחייב את כל חברי הקבוצה בשינוי תנאי החוזה שלהם", נוכח העובדה שההתקשרות היא "בעלת מאפיינים השונים ממערכת יחסי עבודה במתכונת מסורתית" (ר' סע' 79 לעמדה).

22. עמדה זו ממחישה לטעמנו את חשיבות הברור הייצוגי בעילה זו, נוכח ההשלכות מרחיקות הלכת של העמדה המשפטית המגולמת בתיזה זו, ונוכח מורכבותה וחשיבות הכרעה רחבת בה. לטעמנו, התיזה שלפיה שירות שניתן בפלטפורמה דיגיטלית חורג מגבולות המבחינים שיצר משפט העבודה לאורך שנים, היא

תיזה שקשה להפריז בהשלכותיה בתוך תהליך הפרגמנטציה של שוק העבודה ובהוספת נושאים אשר יקבלו פטור וגושפנקא, מעקרון היסוד של משפט העבודה, ולפיו "העבודה אינה מצרך".

23. אם לשוב לפרק הקודם בעמדה זו, מטרתם של דיני העבודה להתערב באי השוויון האינהרנטי בין מי שמבצע את העבודה למי שנהנה מפירותיה, ובתוצאות הלא הוגנות – חומריות ואחרות – שעלולות להיכפות על מבצעי העבודה מבלעדי התערבות. תכליתה של ההתערבות ביחסי העבודה היא, אם כן, קידום צדק חלוקתי שביטוי בחלוקה מחדש של משאבים, כוח וסיכונים בין בעלי הון לבין מי שמבצעים את העבודה (Guy Davidov, The Goals of Regulating Work: Between Universalism and Selectivity, 64 U. Toronto L. J. 1, 13, 2014).

24. בתוך קידום הצדק החלוקתי, יש מקום דרמטי בנקודת הזמן הנוכחית, למודל "כלכלת הפלטפורמה". זאת, נוכח צמיחתן של חברות כלכלת הפלטפורמה מאז מגיפת הקורונה, והתרחבותו של כוח השוק של חברות אלה. נוכח צמיחה והתרחבות אלה, ארגון העבודה הבינלאומי רואה בשכיחות המודל הזה מהתמורות החשובות ביותר בעולם העבודה (רי, International Labour Organization, Digital Labour Platform, <https://www.ilo.org/digital-labour-platform#intro>).

25. ייחודה של עבודה באמצעות פלטפורמות דיגיטליות הוא היותה תפקידה הרחב של הפלטפורמה לא רק בתיווך השירות, אלא גם בניהול וארגון העבודה עצמה. רוב חברות הפלטפורמות הדיגיטליות מאפיינות את עצמן כמתווכות טכנולוגיות ומסווגות את עובדיהן כ'קבלנים עצמאיים' (רי 'Realizing decent work in the platform economy, International Labour Conference 113th Session, 2023, בעמ' 15; להלן: **Decent Work**). עוד מצא הדוח כי ברוב המדינות, ההגנה שזוכים לה עבודה על ידי עובדים קשורה באופן מהותי לסיווג העסקתם, כשלסיווג הנכון של עובדי הפלטפורמה הדיגיטלית נודעת חשיבות משמעותית באשר לרוחב ההגנות אשר יזכו להן. בבחינת הפרשנות המשפטית של מהות יחסי העבודה בין הצדדים, מרכיב מידת השליטה או הפיקוח של המעביד על העבודה שבוצעה הוא מרכזי לאפיון קיומם של יחסי עבודה. נציין כי קריטריון זה סייע לבתי משפט ברחבי העולם להגעה למסקנות לפיהן עובדי הפלטפורמה אינם קבלנים עצמאיים – לאור רמת השליטה המבוצעת באמצעים טכנולוגיים – לרבות אלגוריתמים וכלי מיקום גיאוגרפי (Decent Work, בעמ' 50-54).

26. האיחוד האירופאי פעל לאורך שנים לאסדרת הסוגייה באמצעות "הדירקטיבה לעבודה בפלטפורמות" (להלן: **הדירקטיבה**), שמטרתה להבטיח כי נותני שירות בפלטפורמות יוגדרו לפי סטטוס ההעסקה הנכון, התואם את מערכת יחסיהם עם הפלטפורמה. בהתאם לדירקטיבה, יחויבו המדינות החברות באיחוד האירופי להגדיר קריטריונים המצביעים על שליטה וכפיפות של העובד על ידי הפלטפורמה, בהתבסס על מערכת דיני העבודה ומערכות ההסכמים הקיבוציים במדינה. הגדרות אלו ישמשו חזקה, כאשר הפלטפורמה היא שתידרש להוכיח שהיא אכן עובדת עם קבלנים עצמאיים. כמו-כן, הדירקטיבה יוצרת כללי שקיפות על שימוש באלגוריתמים בעולם העבודה (Improving the working conditions of platform workers, **Briefing EU Legislation in Progress**, European Parliament (20.03.2024)).

27. טענתן של הפלטפורמות היא שהיחסים ביניהן לבין נותני השירות לא מתאפיינים בכפיפות ובשליטה וכי נותני השירות נהנים מאוטונומיה משמעותית, טענה ששבה וחוזרת בכתבי טענות בעולם בהקשר זה (רי 'Katsabian, T., & Davidov, G, Flexibility, Choice, and Labour Law: The Challenge of On-Demand Platforms, **University of Toronto Law Journal**, 2003). אולם, בעוד שהגימישות המאפיינת את כלכלת הפלטפורמה מהווה מוטיבציה עיקרית לעבודתם של נותני שירות, מדגיש ארגון העבודה הבינלאומי כי גמישות זו טומנת בחובה אילוצים נסתרים ובקרה על זמן העבודה, המגבילים הלכה

למעשה את אוטונומיית נתוני השירותים, ונלווים לה אי-סדירות תעסוקתית והיעדר יכולת חיזוי של הכנסת העובד (ר' Decent Work, עמ' 66-70 וגם דוידוב וקצביאן, בעמ' 11).

28. דפוסים רבים של פגיעה בהגנות על עבודה, זמן ושכר, נרשמו ברחבי העולם בשימוש במודל הפלטפורמה. בחלק מהפלטפורמות, אופי התשלום למבצעי העבודה הוא בזיקה להשלמת המשימה ואין כל בסיס שכר קבוע. באופן זה, תחרותיות בסקטור עבודת פלטפורמה מסוימת עלול להוביל להפחתה בשיעור התגמול, ולתמרוץ נותני שירות לעבוד שעות ארוכות יותר כדי להגיע לרמה מסוימת של שכר (ר' Decent Work, עמ' 70-66). בפלטפורמות מסוימות, תקופות של חוסר פעילות ממושך בחשבון של עובד עלולות להוביל גם לביטול החשבון, ובכך למעשה מוטלות מגבלות על גמישות זמן העבודה. השימוש הרווח באלגוריתמים בפלטפורמות הוא בעל השפעה גם כן על זמן העבודה, שכן באמצעות אלו מוערכים ביצועי העובדים ומבוצעת הקצאת המשימות והשירותים בפלטפורמה – ואלו מעודדות את מבצעי העבודה לפעול בשעות משתנות ובזמניות גבוהה. באופן שכזה, 'קבלנים עצמאיים' בשירות הפלטפורמות עשויים להיות מועבדים שעות ארוכות ובלתי צפויות, בעבור תגמול נמוך ואינם מוגנים מפני השלכות שליליות של 'ניתוק' מחשבונם.
29. הדיון הנרחב שהקדישה וולט לניסיון לאבחן את כלכלת הפלטפורמה מיתר הסוגות והתצורות של ההעסקה, משקף דווקא את החשיבות בבירור התובענה במסגרת הליך ייצוגי, שכן מדובר בעניין רחבי, בעל השפעה על רבבות אנשים בשוק העבודה, וכזה אשר ככל הנראה יתרחב. חשיבות הבירור הייצוגי מתחדדת, אף בשעה שכפי שעולה מעמדת היועמ"שית, הרגולטור (כדרכו) צועד באיטיות אחרי השוק.

#### **ד. תובענות ייצוגיות: כלי דרמטי להשפעה על אי צדק מבני בשוק העבודה**

30. אם בפרק הראשון נגענו בקצרה במגמת הפרגמנטציה של שוק העבודה (ר' עוד על המונח בהקשר אצל Judy Fudge & Eric Tucker, Pluralism or Fragmentation?: The Twentieth-Century Employment Law Regime in Canada, 46 *Labour/Le Travail* 251 (2000)), בפרק זה נמקם את חוק תובענות ייצוגיות כאחד האמצעים החשובים להתמודדות עם בעיית האכיפה של זכויות העובדים, המקושרת לתהליך הפרגמנטציה הזו; כמו גם מההיחלשות של אחד הכלים בתוך אחד משלושת היסודות של משפט העבודה המסורתי, הוא הפעולה הקיבוצית. תובענות ייצוגיות בדיני עבודה הן אמצעי אשר ראוי לאפשר לו פעולה מיטבית בתוך עולם זה של תמורות גלובליות, שינויים חדים ביחסי הכוח הכלכליים, היחלשות עבודה מאורגנת, וגורמים נוספים המייצרים בשוק העבודה אי צדק מבני (ר' *Mantouvalou V., Structural Injustice and Workers' Rights*, Oxford University Press, Incorporated (2023)).

31. חוק תובענות ייצוגיות נחקק לפני קרוב לשני עשורים במטרה מוצהרת לייצר "פעולה קיבוצית" במובנה הלשוני המפורש: פעולה של אחד בשם קבוצת נפגעים. נראה כי לא במקרה הוחרגו מקומות עבודה תחת הסכמים קיבוציים מהיכולת להשתמש בכלי זה (בסעיף 10(3) לתוספת השנייה לחוק), מתוך תפיסה כי בהקשר של פעולה קיבוצית במשטר קיבוצי מתפקד, אין צורך בכלי האכיפה שמעניק החוק. בלשון חוק תובענות ייצוגיות, מטרתו היתה לשפר "את ההגנה על זכויות" (סעיף 1 לחוק) ולממש את זכות הגישה לצדק של אוכלוסיות חלשות שסובלות מפערי כוחות גדולים בתוך חלוקת ההון.

32. השימוש בתובענות ייצוגיות בהקשר של דיני ויחסי העבודה, חיוני בפרט בהינתן הקושי המעשי של עובדים מוחלשים לנקוט בהליכים הפרטניים שאליהם מפנים וולט והיועמ"שית. על אף הקלות המצטיירת מעמדות אלו ביחס ליכולת לפתוח בהליכים פרטניים ולברר את הסוגיה במסגרתם, הניסיון מלמד שמדובר בחסם ממשי, הן עבור הפרט והן עבור חבריו לקבוצה. הגשת תביעה פרטנית אינה עניין של מה בכך, במיוחד כאשר

מדובר במי שעבד למשל בהיקף נמוך או לאורך תקופה קצרה בלבד, כך שהפיצוי שייפסק לו אם יגיש תביעה פרטנית ויזכה בה, אינו גבוה ולא בהכרח יצדיק עבורו מראש ניהול תביעה פרטנית על העלויות הנגזרות ממנה ושעשויות לנבוע ממנה. חוק תובענות ייצוגיות נוצר בין היתר עבור סיטואציה כזו, שבה התמריץ להגשת תביעה פרטנית אינו משמעותי. כמו כן, בהיבט הרוחבי, הניסיון מלמד שחלק ניכר מהתביעות הפרטניות מסתיימות בהליכי פשרה, דהיינו ללא הכרעה המשפיעה על חברי קבוצה אחרים שיצטרפו גם הם להחליט אם להגיש תביעה פרטנית, לשכור ייצוג משפטי ולשלם אגרה, לנהל את התיק במשך תקופה ולבסוף להתפשר. תובענה ייצוגית בהחלט מסייעת להתגבר גם על הקושי הזה.

33. יכולתו של החוק לייצר צדק מבני לקבוצות עובדים אשר סובלות מנגישות מוגבלת למשפט, מסיבות מגוונות ומוכרות לעיפה, הייתה אחת התקוות הגדולות מחוק זה. כך נכתב כשנתיים לאחר חקיקת חוק תובענות ייצוגיות:

אחת ממטרותיו של החוק היא לממש את זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסייה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים. עובדים שכירים הם דוגמא מובהקת לקבוצת אוכלוסייה שנגישותה של המערכת המשפטית לגביהן נמוכה. עובדים רבים חוששים, ובצדק, שפתיחת הליכים משפטיים נגד המעסיק שלהם לשם אכיפת זכויותיהם בזמן שהם ממשיכים לעבוד, תפגע בהם... לנוכח זאת, עובדים רבים נמנעים מנקיטת הליכים אדוורסריים למימוש זכויותיהם. גם לאחר סיום יחסי העבודה, עובדים רבים אינם פועלים לאכיפת הזכויות שהופרו בעבר, אם מכיוון שהם טרודים בחיי היומיום ואם משום שהם מאמינים כי אם יוודע שתבעו מעסיק קודם, הם יתויגו בשוק העבודה כעובדים בעייתיים, ובכך ייפגע המוניטין שלהם. ארגון העובדים נמנע גם הוא לעיתים קרובות, לממש את זכות התביעה העומדת לו בגין הפרה של זכויות העובדים, משיקולים הקשורים ליחסיו ארוכי הטווח עם המעביד ולצורך להקצות את משאביו המוגבלים לפי סדרי עדיפויות המתאימים לו... תובענה הייצוגית משמשת כלי להגברת האכיפה בהינתן קשיים אלה. (אלון קלמנט ושרון רבין מרגליות, תובענות ייצוגיות בדיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק?; עיוני משפט לא, תשס"ט, בעמ' 372-373).

34. תקווה זו התממשה והוטמעה בפסיקת בתי הדין לעבודה בתובענות ייצוגיות, או בפסיקת בית המשפט העליון במקרים שהגיעו לפתחו ונגעו ליחסי עבודה, והיא הלכה והשתכללה ברבות הימים, כאשר באופן עקבי, בית המשפט העליון – בפסיקת הערכאות שתחתיו בהמשך לכך – הציע פרשנות המקיימת את החוק ומרחיבה את השימוש בו. בהקשרים רבים ומגוונים, בתוכם גם בסוגיות של זכויות עובדים, נקבעו כיוונים פרשניים מרחיבים, על מנת שכלי חשוב זה יוסיף ויממש את מטרותיו ואת הפוטנציאל הגלום בו.

35. כך בין היתר, קבע בית המשפט העליון כי החריג הקבוע בסעיף 10(3) לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות – המגביל את האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות במקרים שבהם חל הסכם קיבוצי במקום העבודה – לא יחול בנסיבות שבהן ארגון העובדים מזניח את חובתו לייצג עובדים שזכויותיהם מופרות (בג"ץ 1893/11 הארגון הארצי של מפעלי השמירה נ' בית הדין הארצי לעבודה; פסק דין מיום 30.8.2015). מעט לאחר מכן קבע בית דין נכבד זה, כי אין לדחות בקשה לאישור תובענה ייצוגית מחמת אי פנייה מוקדמת, ואף אין לראות בהתעוררות (מאוחרת) של ארגון עובדים הצדקה לסטות מהחלטת האישור (ע"ע (ארצי) 19275-10-12 קלינור נ' סאולוב; פסק דין מיום 06.12.2016).

36. בהקשר של משפט העבודה המגן, עמד בית המשפט העליון על חשיבות הפרשנות המקיימת וחשיבותו להגנה על זכויות עובדים ולשימוש אפקטיבי בכלי של תובענות ייצוגיות, וזאת דווקא ובמיוחד בעילות מורכבות. בבג"ץ 5148/18 אור שחם נ' בית הדין הארצי לעבודה; פסק דין מיום 11.07.2022; להלן: בג"ץ אור שחם):

"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 שבין הגוף הנתבע..."



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...

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 שזן 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" (פסקאות 27-29 לפסק הדין; ההדגשות אינן במקור).

37. בהקשר זה, עמדות וולט והיועמ"שית מתעכבות מאוד על מורכבות הנושא וחיבותו, כדי להפנות את חברי הקבוצה להליכים פרטניים, ולחסום הגשת תובענה ייצוגית. לטעמנו, המסקנה הנובעת מתכליות חוק תובענות ייצוגיות צריכה להיות הפוכה: דווקא נוכח מורכבות השאלה ויסודיותה בתוך מארג הכוחות, מתקיימת עדיפות מובהקת לבירורה בדרך של תובענה ייצוגית. שכן, ככל שהסיווג שבו בחר המעסיק אינו הסיווג הנכון, הרי ששליחת רבבות מעובדיו להליכים פרטניים של הוכחת הסיווג, אינו דרך אפקטיבית להתמודדות עם הסוגייה המהותית של שלילת סטטוס כדרך לנעול את "שער הכניסה" לזכויות המגן הקוגנטיות.

#### **ה. חוק תובענות ייצוגיות מאפשר הגשת תביעה ייצוגית בעילת סטטוס יחסי עבודה**

38. עמדות וולט והיועמ"שית מבקשות, הלכה למעשה ואף אם לא בצורה מפורשת, להחריג את שאלת קיומם של יחסי עובד-מעביד – היא השער לזכויות – מכלי התובענות הייצוגיות, במקום לעשות שימוש בכלי זה, על המנגנונים שנקבעו בו ושפותחו בפסיקה, להתמודדות עם טענות לשונות ולרצונם של חלק מחברי הקבוצה שלא להיכלל בה. לאחר שעמדנו על חשיבות האמצעי המשפטי, נבהיר להלן כי העילה של סטטוס יחסי עבודה לא הוחרגה מהתוספת השנייה לחוק זה; ואין כל אפשרות לטעמנו, על דרך של חקיקה שיפוטית, להחריגה.

39. המחוקק הגביל את הסוגיות המאפשרות הגשת תובענה ייצוגית בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. רשימת העילות הכלולה בתוספת השנייה לחוק היא רשימה סגורה, ולא ניתן להגיש תובענה ייצוגית בעילה שאינה כלולה בה (ראו: ע"א 4345/10 איתמר מחלב נ' מדינת ישראל, 20.11.2012; וכן בר"מ 6729/10 המוסד לביטוח לאומי נ' הסתדרות הכללית, 8.7.2021).

40. בתוספת השנייה לחוק נקבע, בסעי' 10(1), כי הגשת תובענה ייצוגית לבית הדין לעבודה אפשרית בכל עילה אשר לבית הדין "הסמכות הייחודית לדון בה לפי סעיף 24(א)(1), (1א) 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". כאמור, הגבלה נוספת של המחוקק בהקשר לתביעות ייצוגיות בעבודה, נקבעה בסעי' 10(3) לתוספת השנייה, אשר החריגה תביעות עובדים במקומות עבודה בהם חלים הסכמים קיבוציים.

41. הסוגייה של יחסי עובד-מעביד לא הוחרגה בידי המחוקק. מדובר בסוגייה אשר לא רק שהיא נמצאת בסמכותו הייחודית של בית הדין לעבודה, אלא שהיא סוגיית יסוד של משפט העבודה, וזו הנמצאת מאותגרת חדשות לבקרים באמצעות שורה של תצורות התקשרות והעסקה חדשות. בבג"ץ 2171/06 כהן נ' יושב-ראש הכנסת; פסק דין מיום 9.8.2011 נפסק:

"ככלל, בקביעת מסגרות דיוניות בחוק להליכים השונים, וכך גם בחוק תובענות ייצוגיות, תוחם המחוקק את גבולותיו של ההסדר. תחמת גבולות אלה מבטאת את האיזון שראה המחוקק לקבוע בין היתרונות והחסרונות הגלומים באותו הסדר... הגבולות שהציב המחוקק לאפשרות להגיש תובענה ייצוגית הן חלק בלתי נפרד מן ההסדר החקיקתי השלם. על כן, המבקש לשנות את הגבולות מבקש למעשה לשנות את האיזון שקבע המחוקק למסגרת הדיונית של מוסד התובענות הייצוגיות... נוכח חשיבותה של זכות הגישה לערכאות והיותה כלי להגשמת הזכויות המהותיות האחרות, יש, ככלל, לפרש בצמצום את הגבולות על הזכות, ובכלל זה יש לשאוף לצמצום החסמים – ישירים ועקיפים – על הגישה לבתי המשפט" (שם, בפיסקה 37; ההדגשות אינן במקור).

באופן דומה נפסק בבר"מ 6729/10 המוסד לביטוח לאומי נ' ההסתדרות הכללית (פסק דין מיום 08.07.2021):

"ככלל, אין להוסיף על ההסדר שנקבע בחוק תובענות ייצוגיות – הגבלות וחסמים נוספים מעבר לקבוע בחוק, זולת כאלה המתחייבים מאופיו וממטרותיו... המשמעות היא כי אילו התכוון המחוקק להחריג מגדרי חוק תובענות ייצוגיות סוגי תביעות ועניינים מסוימים הנכללים בו, לנוכח קיומם של "מסלולי תביעה חלופיים" – חזקה עליו כי היה עושה כן במפורש כפועל יוצא מכך, אין לומר שקיומו של "מסלול חלופי" לקבלת הסעד הנעדר בגדרי התובענה הייצוגית – שולל את הזכות הדיונית לנקוט בהליך הייצוגי, או את התמריצים שהחוק מספק ליוזמי של ההליך הייצוגי. אדרבה: לנוכח ההגנות והפריבילגיות שמקנה חוק תובענות ייצוגיות לרשות ניתן לומר כי המחוקק צפה תובענות שכאלו והכניס בחוק את האיזונים הנדרשים, לשיטתו, לצורך זה" (שם, פסקה 52 לפסק הדין).

42. שאלת קיומם של יחסי עובד-מעביד ובפרט תחת מודל עסקי רוחבי שהוא שעומד בבסיס המחלוקת, מתאימה לחסות תחת ההגדרה הקבועה בחוק תובענות ייצוגיות, ככזו שבה מתעוררת שאלה משותפת של עובדה או של משפט: ככל שייקבע, שמערך היחסים אשר נוצר בין השליחים לוולט (שהתקשרה, בהתאם לאמור בבקשתה, עם מעלה מ-10,000 שליחים), משקף בהתאם למבחי משפט העבודה סטטוס של יחסי עבודה – הרי שמדובר בקביעה משפטית משותפת לכל חברי הקבוצה שעליהם חל הסיווג המשפטי.

43. חשוב לציין שהבחירה בהגדרת אופי ההתקשרות היא בראש ובראשונה של המעסיק, והאינטרסים המנחים בחירה זו, גם הם שלו. תובענה ייצוגית המתמקדת בבחירה זו ושהמעסיק שנקט בה לגבי מכלול עובדיו הוא צד בה, היא דרך אפקטיבית וחשובה להתמודד עם בחירה בסיווג מוטעה אשר שולל מקבוצת עובדים את זכויות המגן שלה. ממורכבות ומיסודיות הנושא מתחזקת החשיבות של השימוש בכלי הייצוגי, ולא להפך. תובענות ייצוגיות לא נועדו אך לקביעת פיצוי בנושאים פשוטים או טכניים, ויש לעמוד על יכולתו וחשיבותו של האמצעי המשפטי הזה, להתמודדות עם סוגיות מורכבות יותר של אי צדק מבני.

## 1. סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות אינו יכול להוציא מתחולת הדין עילה שלא הוחרגה ממנו

44. סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע מתי ניתן יהיה לאשר הליך ייצוגי, ובתוך כך: כאשר יש שאלות מהותיות של עובדה או של משפט (ס"ק 1); וכאשר תובענה ייצוגית היא הדרך "היעילה וההוגנת" להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין (ס"ק 2). לדידה של וולט ואף כנובע מעמדת היועמ"שית, סוגיית הסטטוס אינה יכולה במהותה להיות "הדרך היעילה וההוגנת" להכריע במחלוקת.

45. לטעמנו, אין כל מקום להשתמש בסעיף 8 לטובת החרגת סוגייה משפטית שלמה אשר לא הוחרגה במפורש בתוספת השנייה. סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, הנוגע לשותפות העילות בין חברי הקבוצה, פורש בבתי המשפט בדרך של **פרשנות המקיימת את החוק** ולא בצמצום.

46. כך, בית המשפט העליון קבע, ביחס לתנאי הקבוע בסעיף 8(א)1 לחוק, כי גם במקרים בהן קיימות מספר "התנהגויות עוולתיות" של הנתבע הייצוגי אשר החוט המקשר ביניהן אינו מובהק, וגם כאשר מתעוררות סוגיות שונות ביחס לכל מקרה ומקרה אשר אינן בהכרח משותפות לכל חברי הקבוצה, ניתן לברר תובענה ייצוגית כאשר ההתנהגות של הנתבע והפרקטיקה שנקט בה נובעת ממדיניותו, ואפילו הסעדים שייפסקו יהיו שונים:

**"יש לזכור כי השאלות המשותפות לקבוצה קשורות בדרך כלל לאחריותו של הנתבע... , כאשר מקום בו מדובר במדיניות הנתבע, שאלת אחריותו לנזקים אשר נגרמו בשל המדיניות אכן משותפת ביחס לכל הנפגעים, ואפילו אם הסעדים שייפסקו לכל אחד מהם יהיו שונים..."**

בית המשפט העליון האמריקאי עמד אף הוא על הבחנה זו בעניין Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes et al. 564, U.S. 1, 11 (2011), בציינו כי **בהוכחת דפוס או פרקטיקה... קמה מעין חזקה הניתנת לסתירה**, לפיה כל חברי הקבוצה סבלו מאותו הדפוס המפלה, ועל כן הם חולקים "שאלות משותפות" הקשורות לאחריות הנתבע ביחס לדפוס זה" (רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות; פסק דין מיום 09.12.2015).

ראו אף קביעת בית המשפט העליון בהקשר אחר, לפיה אין להיזקק "לפרשנות פרטנית דווקנית", שעה שקיימת סכנה כי פרשנות זו תסתום את הגולל על תובענות ייצוגיות רבות בניגוד לתכליות חוק תובענות ייצוגיות" (ע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים פסק דין מיום 11.12.2008 בפסקה 10 לפסק הדין).

47. בענייננו למשל, ברי כי מדובר במדיניות אשר לפי סעיף 8 מצדיקה בירור במסגרת תביעה ייצוגית. וולט טוענת בהרחבה בבקשתה כי נוכח "המודל החדשני של כלכלת הפלטפורמה" (ר' פרק ב' לבקשתה), היא בחרה במודל התקשרות שאינו העסקה ישירה. אם כן, הבחירה במודל זה היא **מדיניות רחבית של וולט** בהתקשרותה עם כל אלפי השליחים הלוכשים את מדיה, ודפוס פעולה רחבי. היא סיווגה של ההתקשרות אשר יהיה, מטבע הדברים ענייננו אינו במקרה פרטני כי אם במודל עצמו, הנוגע באופן דומה לכל השליחים.

## 2. הטענה בדבר קיומם של רצונות שונים בקרב חברי הקבוצה והשלכותיה לכאורה על היכולת לנהל הליך ייצוגי בנושא

48. כאמור, טענה אחת שמועלית בידי וולט והיועמ"שית היא, שההליך הייצוגי אינו הדרך הנכונה לדון במקרה זה משום שקיימים רצונות שונים בקרב חברי הקבוצה ביחס לסיווגם כעובדים או כשליחים.

49. נוכח הקוגנטיות בסטטוס יחסי העבודה, ככל שמבחינה העסקה מביאים למסקנה שהשירות הוא עבודה – הרי שאינטרס אחר של מי מהצדדים, ואף פגיעה בחלק מחברי הקבוצה נוכח הסיווג הנכון – אינם בעלי

משקל. משכך, לבחינה הקיבוצית המשותפת של מבחני ההעסקה, יש עדיפות משמעותית על פני בחינה פרטנית ברבבות תביעות פרט דומות באופיין, אשר בהן מתקיים דפוס התקשרות כמעט זהה.

50. העיקרון המרכזי המונח בבסיסו של משפט העבודה המודרני כפי שהתפתח בעידן שלאחר המהפכה התעשייתית הוא העיקרון בדבר מעורבותה הכופה של המדינה ביחסים שבין עובדים ומעבידים באמצעות חקיקת מגן שאין להתנות עליה. יסודו של עיקרון זה בהכרה, כי ערכה המיוחד של העבודה בחייו של הפרט מחייב כי תכנם של חוזי עבודה לא ייקבע אך על-פי תחרות שוק חופשית נטולת מגבלה, תחרות שבמסגרתה מעסיקים ועובדים לכאורה בני חורין לעצב את חוזה העבודה ביניהם כרצונם, ובכלל זה להסכים באופן חופשי על התמורה שתינתן לעובד ועל תנאי העבודה שבהם יועסק. תחת כך, משפט העבודה המודרני מסייג את חופש החוזים ואוטונומיית הרצון של הצדדים להתקשרות בחוזה העבודה בקובעו סטנדרטים מינימאליים ליחסי העבודה שתכליתם הגנה על העובד והבטחת קיום כלכלי מינימאלי. עמד על כך הנשיא ברק בציניו:

"אופי ציבורי-קוגנטי זה של ההוראות המגניות – אשר לעתים אף מתלווה סנקציה פלילית על הפרתן – מביא לידי כך שאין הן יכולות לשמש נושא להסכם בין הצדדים. הצדדים לא יצרו את הזכות, והצדדים אינם יכולים להסכים עליה ולשנותה. הזכות היא פרי החוק, הנותן ביטוי למדיניות סוציאלית שבישומה עניין לציבור כולו" (בג"ץ 760/79 ד"ר לילי דין נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד לד(3) 820).

אף בית-הדין הנכבד עמד על עקרון מרכזי זה בשורה ארוכה של פסקי-דין:

"זכות שהוקנתה לעובד מכוח חוק הבא להגן עליו אינה ניתנת לוותר, לא ויתור מפורש ובוודאי לא ויתור מכללא. התפישה, כי אף בדיני עבודה יש להעמיד בראש סולם הערכים את קדושת רצון ההתקשרות של הצדדים, אינה מקובלת עוד. בעידן קודם ראו אמנם בחוזה העבודה ביטוי לרצונם היחופשי של המעביד והעובד, חרף העדר שיוויון כלכלי, חברתי או מעמדי שבין הצדדים. אולם ככל שהתרחבה רשת משפט העבודה, המסדיר, חדלו יחסי עבודה ותנאי עבודה להיות תלויים בחללו של רצון הצדדים, ונהיו יותר ויותר שזורים ונתמכים ברקמת ההוראות חוק והסכמים שתרמו לתקנת הציבור, שכן ההוראות אלה היו גם לתועלת המעבידים, שראו בביצוען ערובה להתחרות הוגנת בינם לבין עצמם, ומשק המדינה אף הוא יצא נשכר מקיום תנאי עבודת משופרים ומתוקנים יותר. ויש לזכור עוד שההוראות חוק אלה, המקנות זכויות לעובד, נתונות להשגחתו של מנגנון הפיקוח הממשלתי, והמפר אותן עשוי לתת על כך את הדין במשפט הפלילי. מכאן שוויתור עובד על זכות מעין זו מהווה פגיעה בסדר הציבורי, ואין לו תוקף מחייב. וכשם שידו לא היתה ביצירת הזכות, בקיומה, בשמירה עליה, כן לא יוכל העובד למחוק אותה במחי יד" (דב"ע (ארצי) לח/3-59 סילשי נ' ארכיטקט אהרון דורון ושות' בע"מ, פד"ע י" 32 (1978)).

ורי עוד: ע"ע 1054/01 טוילי נ' דהרי, פד"ע ל"ו 746 (2002); ע"ע 252/07 אשר עמי-עד נ' זוהיר בכריה, פסק-דין מיום 11.12.2007; ע"ע 712/07 מנשרוף שמשון נ' חיים גלנצר, פסק-דין מיום 13.5.2009.

51. הקוגנטיות של חקיקת המגן נובעת כל-כולה ממעמדו הקוגנטי של סיווג יחסי העבודה, דהיינו מהקוגנטיות של הסטטוס עצמו – שהרי, הוא "שער הכניסה למכלול זכויות" (גיא דוידוב, התניה על סטטוס עובד והשלכותיה, משפטים נ', 2020):

מכלל היסוד של קוגנטיות חוקי המגן נובעת גם הקוגנטיות של סטטוס העובד. חוקי המגן חלים רק על מי שמוגדר "עובד", בשונה מקבלן עצמאי. אם יוכלו הצדדים לבחור להגדיר אדם בחוזה כקבלן עצמאי, ובכך להתחמק מתחולת כל חוקי המגן, לא תהיה משמעות לקוגנטיות של חוקים אלה. לשון אחר: אם החוק מבקש למנוע התחמקות מהוראותיו, ברור שלא די באיסור התניה על הסעיף הקובע את שיעור שכר המינימום, אלא יש הכרח גם באיסור על התחמקות מתחולת החוק בדרך של התניה על הסטטוס של עובד. לכן קבעה הפסיקה, בארץ ובעולם, מימים ימימה, כי הקביעה אם אדם הוא עובד או קבלן תוכרע לפי

מבחנים אובייקטיביים ולא לפי בחירת הצדדים עצמם כפי שבאה לידי ביטוי בחוזה" (שם, בעמ' 88; ההדגשות אינן במקור).

לקשר בין הסיווג הקוגנטי של הסטטוס לבין הקוגנטיות של הזכויות עצמן, ר' גם ע"ע (ארצי) 15868-04-18 **גבריאל כותה נ' מדינת ישראל**; מיום 07.04.2021; ע"א 426/63 **המוסד לביטוח לאומי נ' אליעזר זינגר**, פד"י יח (2), 299 (1964); מנחם גולדברג "עובד ומעביד - תמונת מצב", עיוני משפט י"ז, תשנ"ב.

52. ראינו לנכון לחדד את מושכלות היסוד, לפיהן אין להבחין בין הקוגנטיות של הזכויות בעבודה לבין הקוגנטיות של הסטטוס המעניק את הזכויות האלה, אותו סטטוס שהוא שער הכניסה לזכויות, נוכח משמעות הטיעון לקיומם של רצונות שונים בקרב שליחי וולט, בעמדות וולט והיועמ"שית. הן ביחס לזכויות הן ביחס לסטטוס עצמו, אין משמעות לאינטרסים השונים של הצדדים, שכן לא הם קובעים את הסטטוס, אלא נסיבות העניין כהווייתן (ר' ע"ע (ארצי) 15868-04-18 **גבריאל כותה נ' מדינת ישראל**; פסק דין מיום 07.04.2021; ע"א 426/63 **המוסד לביטוח לאומי נ' אליעזר זינגר**, פד"י יח (2), 299 (1964); מנחם גולדברג "עובד ומעביד - תמונת מצב", עיוני משפט י"ז, תשנ"ב ועוד).

53. מעצם הקוגנטיות של חקיקת המגן, נובע חוסר האפשרות לוותר עליה, וחוסר האפשרות לתת עדיפות לכל אינטרס אחר – כן, גם של העובד – לגביה. כך למשל דחה בית-המשפט העליון מכל וכל את הטענה לפיה ניתן להפלות בין גברים לנשים בהסדרי פרישה מעבודה, אף בנסיבות בהן "הסכימו" המופלות להפלייתן, ו"וויתרו", כבכיכול, על זכותן הקוגנטית לשוויון מאינטרסים מובהקים שלהן (בג"ץ 6845/00 **ניב נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נו(6) 663, 695 (2002)). טענת וולט, לפיה חלק גדול מהשליחים כלל אינם מעוניינים להיכנס תחת מטריית יחסי העבודה, מסיבותיהם, אינה רלוונטית ככל שמעמדם לפי הדין הוא של עובדים, בדיוק כפי שבמידה והיתה מוגשת תביעה ייצוגית בנושא מדיניות מעסיק שלא להוציא נשים לחופשת לידה, לא היתה נחסמת הדרך לבררה בהליך הייצוגי, במידה וחלק מהעובדות, ואפילו רובן, לא רצו בחופשת לידה בנסיבות ההעסקה הספציפיות או מסיבותיהן האישיות, ואפילו אם קביעה משפטית משותפת כזו – תרע את מצבן של חלק מהנשים הכלולות בקבוצה.

54. באופן דומה, נקבע ברע"א 9617/16 **בנק דיסקונט נ' מיה לפינר** (פסק דין מיום 28.10.2018; להלן: **עניין לפינר**) כי כאשר הדינים החולשים הם קוגנטיים, אין כל משקל באישור התובענה הייצוגית לכך שהחלטה תרע את מצבם של חלק מחברי הקבוצה:

"התאמתו של ההליך הייצוגי לבירור התובענה:

**לדברי הבנק, התובענה הייצוגית עלולה להרע את מצבם של חלק מחברי הקבוצה, ועל כן אין מקום לברר את הסוגיה במסגרת הליך ייצוגי ... עמדת בית המשפט מבוססת בין היתר על הוראת סעיף 17 לחוק הבנקאות, שכאמור לעיל קובע כי "הוראות חוק זה יחולו על אף כל ויתור או הסכם נוגד". בהתאם לסעיף זה, החובות שמוטלות על הבנק במישור העמלות הן קוגנטיות והמשמעות היא שב"תחרות" בין שיעור עמלה מסוימת כפי שנקבע בהסכם פרטני לבין שיעור של אותה עמלה כפי שנקבע בתעריפון הבנק – ידו של התעריפון לכאורה על העליונה, כל עוד יש בכך כדי להיטיב עם הלקוח. במילים אחרות, הוראות התעריפון הבנק ונספחיו הן "שכבת הזכויות הבסיסית" הניתנת ללקוח בכל הנוגע לעמלות הבנקאיות שנגבות ממנו; ועל כן ככלל הוראות ההסכם הפרטני יכולות רק להוסיף על שכבה זו, ולא לגרוע ממנה" (שם, פסקה 30 לפסק דינה של השופטת ברוך, ור' גם פסקה 18 לפסק הדין אודות הקוגנטיות של הוראות חוק הבנקאות שנדונו באותו עניין; ההדגשות אינן במקור).**

55. הקוגנטיות של משפט העבודה המגן, שממנו נובעת הקוגנטיות של יחסי העבודה עצמם, שוללת מעצמה את הטיעון שלפיו קבלתה של התובענה הייצוגית "תרע" את מצבם של חלק מחברי הקבוצה, או תכפה עליהם מערכת יחסים שבה לא רצו.

56. מעניין אף לציין את הסתירה הפנימית בטיעון בנושא: מחד, נטען שלא ניתן להכניס את הנושא לקורת הגג הייצוגית מאחר שבתוך הקבוצה יהיו כאלה שלא רצו בסטטוס זה והקביעה לגבי תחייב אותם (ר' סעי' 79 לעמדת היועמ"ש, סעי' 25 לבר"ע של וולט); מאידך נטען כי נוכח היות הסטטוס לא יוכלו חברי הקבוצה לממש את הזכות לעשות "opt-out" מהקבוצה, שכן הקביעה היא משפטית (ר' פרק ג.2 לבר"ע).

הסתירה הפנימית נובעת מכך שהטיעון בכללותו שגוי: סטטוס הוא מעמד משפטי, שנקבע על פי מכלול הנסיבות, ולא על פי רצון או אינטרס של שני הצדדים להתקשרות. אין זה אומר שלא ניתן לעשות "opt-out" בהתאם לסעיף 11 לחוק, שכן משמעות יציאה מהקבוצה תהא שאלת הסטטוס של שליח שהחליט לצאת מהקבוצה, תיוותר פתוחה. המשמעות אינה שמי שיצא מהקבוצה אינו עובד; המשמעות היא שבחר שלא להיכלל בקבוצה וככל שאלת הסטטוס שלו תעלה בעתיד (ובאופן פרטני), היא תיקבע בהתאם למבחנים שבדין ובהליך פרטני. אלו מושכלות יסוד: הנשאר בקבוצה מקבל עליו את תוצאת פסק הדין (לחיוב או לשלילה); היוצא מהקבוצה מבקש שלא להחיל עליו מעשה בית דין (לחיוב או לשלילה).

נציין, שככל שלעמדת וולט והיועמ"שית קביעות כאמור עדיין יחייבו גם את מי שפרש מהקבוצה, אזי ודאי שהדברים נכונים גם ביחס לקביעות שיתקבלו בהליך פרטני, לפחות ביחס לעובדים בעלי פרופיל הדומה לזה שביחס אליו התקבלה הקביעה בהליך הפרטני, כך שממילא אין בכך כדי להשפיע על שאלת ניהול ההליך כייצוגי או פרטני.

57. לפיכך, אין כל מניעה להפעיל את סעיף 11 גם בנסיבות של תובענה ייצוגית על סטטוס יחסי העבודה. כפי שעובדים רבים אשר מועסקים בסיווג שגוי בוחרים שלא לתבוע את מעסיקהם, כך גם יכולים עובדים שהם חלק מקבוצה שאושרה בהליך ייצוגי, להודיע כי אינם מעוניינים להיכלל בקבוצה, על כל המשתמע מכך. ואכן, ככל שיבחרו בעתיד לתבוע פרטנית על סיווג שגוי, זכותם זו תישמר להם.

58. בשולי הדברים נציין כי ניתן לשקול גם את ניהול ההליך הייצוגי בדרך של "opt-in" (ס' 12 לחוק). במקרה זה, שליחים יוכלו להודיע האם הם מעוניינים להיכלל בקבוצה, וככל שלא יודיעו על כך, לא יחול עליהם מעשה בי-דין, והם יוכלו לברר פרטנית את שאלת הסיווג ככל שירצו בכך בעתיד.

## **ח. קיומו של גיוון בהסדרי ההתקשרות של מעסיק עם עובדיו אינו מהווה שונות בעילה, ודאי לא כזו המצדיקה דחיית בקשה לאישור תובענה ייצוגית**

59. בעמדת היועמ"שית נטען עוד, כי קיימת שונות בין האופנים השונים בהם התקשרו השליחים עם וולט – כשכירים של חברות אחרות, באמצעות חשבוניות, וכיו"ב – וזו מהווה שיקול נוסף לניהול ההליך כהליך פרטני.

60. אין בכוונתנו להיכנס לעובי הקורה של שיטות התגמול השונות או ההתחשבוניות המגוונות, ככל שהיו, של וולט עם שליחיה. כן נדגיש כי הבחירה בדפוס התקשרות היא בחירה של המעסיק עצמו. כמוה אף הבחירה בשיטות התשלום (בין אם היו מגוונות, בין אם לאו), או בטווח היקפי ההעסקה האפשריים. כל אלה מצויים בשליטתו של המעסיק עצמו, וקביעה לפיה מדובר בשונות המהווה הגנה למעסיק מפני הגשת תביעות ייצוגיות, תהווה כשלעצמה תמריץ למעסיק לבחירה בשיטות תשלום או בהיקפי התקשרות גמישים ומגוונים כדרך להתגונן מראש מפעולה קיבוצית. בדרך זו, "ייצא חוטא נשכר", ואילו העובדים הנפגעים ייוותרו "וידיהם על ראשם" (ר' בהשאלה מע"א 8037/06 שי ברזילי נ' פרינר; פסק דין מיום 4.9.2014 – להלן: עניין פרינר, פסקה 59 לפסק הדין, אשר שקל את תכליות חוק תובענות ייצוגיות והחקיקה שחלשה על התובענה הייצוגית שם).

61. לעמדתנו, כאשר העילה היא שלילת סטטוס באופן פיקטיבי לכאורה – שונות בפרטים שנובעת מהפרורגטיבה הניהולית של המעסיק ובחירתו, לא יכולה להיות דרך להתגונן מפני תובענה ייצוגית.

62. מסקנה זו קוהרנטית אף עם פסיקת בית המשפט העליון, אשר הבחין בין שונות בעילה, לבין שונות בזקקים או בשיערוכם, לעניין תובענות ייצוגיות. בע"א 2112/17 אחיאסף גרסט נ' נטוויזיון (פסק דין מיום 2.9.2018; להלן: עניין גרסט), דן בית המשפט העליון בהבחנה בין שונות שבין חברי הקבוצה ביחס לעילה, לבין שונות ביחס לזקק; כאשר המוקד לבחינתה של השונות בעילה, היא קיומה של מדיניות רחבת בהתנהלות הנתבעת:

"... ניכר הפער שבין טענה על אודות מדיניות או אופן התנהלות שנוקט בה עוסק, שיש בה משום הפרת הדין, לבין טענה על כך שהוא מרבה לטעות, באופן נקודתי, ובכך מפר את הדין. טענה מן הסוג הראשון, אם היא מוכחת כדבעי, הריהי מבססת מיניה וביה קיומה של קבוצת נפגעים – הלא היא כל הצרכנים שכלפיהם הופעלה המדיניות האמורה. כך, בנדון דידן, שעה שנטוויזיון נקטה במדיניות שיש בה לכאורה הפרה של הדין – אי-ניתוק צרכן במועד, משום שלא נוצר עמו קשר טלפוני – הרי שהקבוצה הנפגעת עולה מאליה: כל הצרכנים שלא נותקו במועד בגין כך. ודוק: כאשר אנו עוסקים ב'מדיניות מפרה', אין הכוונה בהכרח למדיניות מכוונת. גם כאשר עוסק מתנהל בטעות או ברשלנות בניגוד לדין, אך מדובר בהתנהלות כללית, ניתן לעתים לעמוד בנקל על קיומה של קבוצה. אולם כאשר מבקש טוען כי העוסק שגה באופן שבו נהג כלפיו – למשל, שנציג שירות פירש את דבריו שלא כהלכה – ניכר הקושי בהוכחת קיומה של קבוצת נפגעים (שם, פסקה 29 לפסק דינו של הש' סולברג; ההדגשות אינן במקור).

63. ואכן: בענייננו וולט לא טוענת ל"טעויות נקודתיות" שקרו בסיווג של מועסקיה, שמכוון ניהול ייצוגיות אינו "יעיל והוגן" (להבדיל מעניין גרסט). נהפוך הוא, וולט מעלה על נס את מודל ההעסקה החדשני שפיתחה – ואת תחולתו על כל עובדיה.

64. הבחנה דומה בין השאלה המשפטית המשותפת לבין שאלות עובדתיות שונות בתוך הקבוצה, נעשתה בעניין לפינר. שם הוגדרו השאלות העובדתיות השונות שעלו בתוך הקבוצה, כמשתנים של שונות שאינם מכשילים את התובענה הייצוגית. באותו עניין, אשר עסק בדיני בנקאות קוגנטיים, נקבע כי נוכח כך שבקשת האישור מופנית נגד מדיניות הבנק, השאלה אם מדובר בהתנהלות תקינה היא שאלה משפטית המשותפת לכל חברי הקבוצה (פסקה 29 לפסק הדין), וכי די בכך שהשאלה המשפטית משותפת, גם אם העובדות והמשתנים שונים.

65. כאשר השאלה המשפטית המשותפת היא האם נקבע, כעניין של מדיניות, סטטוס יחסי עבודה פיקטיבי, די בכך לבסס קיומה של קבוצה, גם אם האופן שבו הופעלה אותה מדיניות היה שונה במאפייניו, וגם אם ננקטו פיקציות מגוונות כדי לצאת מתחולת הדינים הקוגנטיים. באופן דומה, נפסק גם רע"א 9128/17 מרכז רפואי צאנז בית חולים לניאדו נ' פלונית (18.07.2022; להלן: עניין לניאדו), כי יש להבחין בין "מדיניות מפירה מצידו של נתבע" ובין "צבר טעויות" שביצע. בתוך כך הובהר כי במקרים שבהם מוכחת טענה של מדיניות מפירה "הריהי מבססת מיניה וביה קיומה של קבוצת נפגעים":

"בענייננו בית החולים מודה בפה מלא כי הוא נוהג להבחין בין מטופלות על יסוד מעמד אישי, ודי בכך כדי לקבוע שמדובר במדיניות מפירה המבססת קיומה של קבוצה לטובת ניהול הליך ייצוגי" (פסקה 68 לפסק הדין של השופטת ברון).

66. גם בענייננו וולט טוענת בפה מלא כי מדיניותה הגורפת היא שלא להתקשר עם השליחים שהיא מפעילה כחלק אינהרנטי והכרחי מהשירות – ביחסי עבודה ישירים. היא תולה זו במודל הגמיש לדידה של כלכלת הפלטפורמה. השאלה המשפטית העולה מהסיווג בתוך ההקשר אף של כלכלת הפלטפורמה ויחסי העבודה בו, משותפת, אם כן, לכלל שליחי וולט. כפי שנקבע בעניין לניאדו, במקרים של הודאת הנתבעת בכך שהיא

נוקטת מדיניות רחבת המשותפת לכלל חברי הקבוצה "ניתן לעצור כאן" (סעי' 66 לפסק הדין). לטעמנו, כך גם בענייננו.

### **ט. מבחני הפסיקה לקיומם של יחסי-עובד מעביד אינם מצדיקים בירור הסוגיה באופן פרטני ולכל היותר יכולים להשפיע על הגדרת הקבוצה**

67. בעמדת היועמ"ש הוקדש משקל רב לחשיבות הבחינה הפרטנית של מכלול ההעסקה ולקביעה אישית בשאלה של "מיהו עובד" בהתאם למבחני המשנה השונים, כדי לטעון שנוכח הצורך בבחינה פרטנית כאמור – תובענה ייצוגית אינה דרך יעילה להכריע במחלוקת.

68. בעמדת היועמ"שית ניתן לטעמנו משקל-יתר להכרחיות הבחינה הפרטנית של מכלול ההעסקה והקביעה האישית של "מיהו עובד". לטעמנו, במידה ומוכח דפוס של בחירה בסיווג פיקטיבי ביחס לקבוצת עובדים המבצעת את אותה עבודה, גם אם בפרקי זמן משתנים או בהיקפי עבודה משתנים (כנהוג גם כאשר מתקיימים יחסי עובד-מעביד) – הבחינה הפרטנית של כל אחד ואחד מהעובדים אינה שוללת קיומה של קבוצה ואינה שוללת הגשת תובענה ייצוגית.

69. בכל אופן, אף אם מדובר בהיבט בעל השפעה, הרי שניתן לתת לו ביטוי בשלב הגדרת הקבוצה, במקום לדחות בשל כך בקשה לאישור תובענה ייצוגית. החופש להגדיר מיהם חברי הקבוצה בהחלטה שיפוטית, קבוע בסעי' 10(א) לחוק תובענות ייצוגיות:

10. (א) אישר בית המשפט תובענה ייצוגית, יגדיר בהחלטתו את הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה; לא ייכלל בקבוצה אדם שעילת תביעתו נוצרה לאחר המועד שבו אושרה התובענה הייצוגית כאמור."

כך, אין מניעה לכלול במסגרת תובענה ייצוגית מבחני זכאות שאפשר להפעיל על חברי הקבוצה, ולהגדיר את הזכאויות בהתאם למבחנים אלה. ניתן לקבוע שורה של תנאים או מבחנים שבהתקיימם ייכנס אדם לקטגוריה של "עובד" תחת הקבוצה; ואם הם לא מתקיימים, האדם אינו זכאי לפיצוי במסגרת הבקשה. הגדרת הקבוצה בהתאם למבחנים שונים אשר ייקבע בית הדין, הולמת את לשון חוק תובענות ייצוגיות ותכליתו.

70. נוסף, כי אין גם מניעה שפסק הדין בתובענה הייצוגית יקבע תנאים כלליים להגדרת "עובד", בדרך של סעד הצהרתי: במקרה זה, עקרונות אלו יבחנו על ידי כל חבר קבוצה לכשיתבע באופן פרטני את סעדיו הכספיים בהתאם לסעיף 20(א) לחוק תובענות ייצוגיות. ויצוין, כי בית המשפט העליון קבע כי "כל שהדברים אמורים ביחס לתובענות ייצוגיות ולמושג "עילת תביעה" בסעיף 10(א) לחוק – "עילת תביעה" – לחוד, והתגבשות של נזק המצמיח זכאות לפיצוי – לחוד" (עניין פרינר).

71. בהערת אגב יוער, כי ספק לטעמנו אם צעד זה נדרש בענייננו, שכן האלמנט העיקרי אם לא היחיד שבמסגרתו נדרשת לכאורה בחינה אישית, הוא קיומה של התקשרות/עבודה אחרת מצד השליח עם ספקים/מעסיקים אחרים (אלמנט הרלוונטי למבחן התלות הכלכלית ולמבחן השתלבות בפן השלילי). ספק לטעמנו אם אלמנט יחיד זה כשלעצמו שולל את הסיווג של ההתקשרות ככל שיימצא שסיווגה מלכתחילה היה פיקטיבי; אולם כאמור גם אם ייקבע בעתיד שכך הוא, הרי שאין מניעה לבחון אותו בשלב מאוחר יותר להליך הייצוגי.

בהערת אגב נוספת נציין, כי טענת וולט הקושרת בין היקפי ההעסקה של חלק מהשליחים ובין התלות הכלכלית, אינה מקובלת עלינו. כפי שכבר נקבע, כדי שאדם יהיה תלוי כלכלית במעסיקו, אין צורך



בהעסקה בהיקף משמעותי, ודאי לא במקרים שבהם עסקינן בקבוצת עובדים מוחלשת במעמדה, בהשכלתה ובמאפייני עיסוקה (ר' לעניין זה ע"ע (ארצי) 300274/96 **שאל צדקא נ' מדינת ישראל** פסק דין מיום 16.10.2001), בו הפעיל בית הדין הנכבד את המבחן תוך שקילת חוסר שוויון כלכלי וחברתי מחד, ושאלות הנוגעות לריכוז ההון מאידך, ושקלולם של מה שבית הדין הנכבד כינה "עיוותים חברתיים" הנובעים מחוסר שוויון בחלוקת ההון (ר' הדיון בעמ' 648-649 לפסק הדין, וההפניות שם). הפעלת מבחן התלות בנסיבות עניינה של וולט, חייבת להביא בחשבון את היותה מונופול בתחום השליחויות, ואת מאפייני השליחים בחברה זו. נעיר גם, כי במבחן התלות יש להתבונן אף בתלות מכיוון המשתמש בשירות (השוו ע"ע (ארצי) 300256/98 **אורי אייזיק נ' תה"ל**; פסק דין מיום 10.6.2002). בהיבט זה, קשה לחלוק על התלות שקיימת **לוולט עצמה, בשליחים המפעילים את השירות שלה.**

72. כך או כך, שאלת קיומו של אלמנט בלעדיות העבודה והתלות שנובעת ממנה, אינם מחייבים כאמור ניהול הליכים פרטניים בנושא וניתן לכך מענה במסגרת חוק תובענות ייצוגיות (הדברים נכונים גם ביחס למבחן המשנה בדבר משך ההתקשרות המוזכר בעמדת היועמ"שית, שלטעמנו הוא מבחן משני וממילא לא אמור להוות אבן נגף בפני תובענה ייצוגית הנוגעת למערך יחסים שוולט עצמה מאפיינת להבנתנו כקצר מועד יחסית ושמאפשר תדירות עבודה משתנה). ודאי שאפשרות להכריע במבחנים אלה באופן ייצוגי, תהא יעילה יותר מרבבות תביעות פרטניות, בשעה שאותן השלכות על צדדים שלישיים (ביטוח לאומי, רשות המסים) שהועלו כתמיכה בשלילת ההליך הייצוגי, יתקיימו ממילא גם בנסיבות של תביעה פרטנית הנוגעת לסיווג פיקטיבי של יחסי עבודה.

## **י. סיכום**

73. בעמדה זו ביקשנו לסמן את גבולות הדיון המשפטי בתובענה ייצוגית בנושא סיווג יחסי עבודה. לטעמנו, מתן חסינות לחברות מפני הגשת תובענה ייצוגית בעילה זו, תתמרצן לבחור בסיווג שגוי, על כל השלכות הבחירה הזו הן לעובדים, הן לכלכלה והן לחברה. עוד ביקשנו להראות, כי אינטרס הצדדים, לרבות העובדים עצמם, בבחירה בסיווג שגוי, אינו בעל משקל כלשהו בהחלטה על אישור התובענה הייצוגית, נוכח הקוגנטיות של סטטוס יחסי העבודה.

74. ביקשנו אף לטעון כי ככל שיש צורך בבחינות לכאורה פרטניות, אין כל מניעה לייצר הגדרות כאלה כחלק מאישור התובענה כייצוגית, וזאת כחלק מתנאי הזכאות לפיצוי לקבוצה. הגדרות אלה אף יכולות לעצב את גבולות הקבוצה עצמה, ובכל מקרה, לטעמנו, מבחני הסיווג שנוצרו וגובשו במשפט העבודה המגן ניתנים ליישום בנקל על קבוצה גדולה של שליחים אשר מספקים שירות זהה לוולט. תוצאה הפוכה, אשר תקבע כי מבחנים אלה פרטניים מכדי ליישם בהליך קיבוצי, וכי רבבות שליחים יצטרכו להגיש תביעות פרט כדי לברר את סיווגם – תהא תוצאה בלתי יעילה ובלתי הוגנת.

75. עוד ביקשנו להשיג על השחיקה בעקרון הקוגנטיות שמגולמת בטענות וולט ואף באופן עקיף יותר, בטענות היועמ"שית. ביקשנו להזכיר כי אין להתנות על יחסי עבודה קוגנטיים; כי מעסיקים ועובדים אינם בני חורין להתקשר באופן שאינו משקף את הסיווג המשפטי של היחסים; כי אין להגן על "אוטונומיית רצונם החופשי" של מי שאינם חפצים (וביתר דיוק – אין להם די כוח מיקוח) לדרוש כי יועסקו בהתאם לחוקי העבודה; ויש להתייחס בספקנות רבה ל"טכנולוגיה חדשנית", המבקשת להחריגה ממושכלות היסוד של משפט העבודה המגן. לחתימת הדברים נזכיר את דברי בית המשפט העליון:

"יש מקום לטענה שדווקא השינוי שהתרחש לאחרונה באופי המדינה, ברוח השוק החופשי, מגדיל את חשיבות הפיקוח. חופש אינו הפקרות... השוק החופשי נותן הזדמנות למשק הפרטי לצבור כוח כלכלי רב. גם כוח כלכלי עלול להשחית. אסור לשכוח את הלקח המר של המדינה המתירנית, שאפשרה לכוח כלכלי לגרום, תחת הסיסמה של חופש, הרבה עושק ועוול. דווקא בתנאים של שוק חופשי נדרשת המדינה להגן על חלשים" (בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, 651 (2001)).

  
אלעד כהנא, עו"ד  
מ.ר. 49009

  
מיכל תגזר, עו"ד\*  
מ.ר. 36320

ב"כ העמותה

\* עמדה זו הוכנה בסיועם של הסטודנטים זהר הולדנגרבר, אביב פירסט ונועה זילברשלג מהקליניקה לזכויות בעבודה בפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן באוניברסיטת תל אביב