

בעניין שבין:

1. אמיר וייטמן


2. שלומית קפלן


שניהם על ידי ב"כ עוזר מPAIR בוחניך או
עו"ד אריאלה ארליך, מורה אלימלך ואחות'
מרחוב עם וולמו 8 בירושלים
טלפון: 02-6312720;
fax: 077-3182028;
נייד: 052-7065522
דוא"ל: mbuchnick@kohelet.org.il

המעוררים

-גגד-

הסתדרות העובדים הכללית החדשה

על ידי עו"ד ייחיאל שמיר ו/או עו"ד
פתח הלינג ו/או
מלשכת היועץ המשפטי להסתדרות
מרח' ארלווזרוב 93 תל אביב
טלפון: 036921591;
fax: 03-6921540

המשיבה

סיכום טענות

בהתאם לצו סיכומי טענות מיום 8.9.2019, מתכבדים המעוררים בזאת להגיש לבית המשפט הנכבד את סיכומי הטענות מטעם בערעור על פסק הדין בת"צ (מחוזי י-ס) 15544-05-18.

הטענות יובאו בתמצית, והפניות לאסמכתאות משפטיות יצוינו בהערות שליליים.

1. מבוא

ענייןיה של התביעה הייצוגית הוא בגביה בלתי חוקית של תשלומים – דמי חבר ודמי טיפול – באשר החוק מגביל את תקורת הסכום שהסתדרות רשאית לגבות. בפסק דין קיבל בית משפט קמא את הטענה כי התביעה איננה כלולה בעניינים שבתוספת השניה בחוק תובענות ייצוגיות, וסילק אותה על הסך.

העוררים יבקשו להראות, בכלל הבודד, כי הכרעתו של בית המשפט קמא נשענה על ארבע טעויות:
א. התעלמות מהזהירות שקבעה ההחלטה ביחס לסלוק תובענות על הסך וסלוק בקשות לאישור תובענה ייצוגית בפרט.

ב. זיהוי שגוי של מהות התביעה, לצד מאמצים למסורה באופן מוגעה תוך הטעמה מרכזיות ממנה.

ג. שימוש שגוי במחנכים לבירור מעמדה של המשיבה כ"עובד", לצורך העילה הקבועה בתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות.

ד. ביסוס סילוק התביעה על ההנחה השגואה כי קיימת הלהקה פסוקה המחריגת את המשיבה מהגדרת העוסק. ביחס לטיעות זו נראה כי אין במצב פסיקה כאמור, וכי בעבר אישר בית המשפט המחויזי (מרכז) הסכם פשרה על סך למעלה מ- 50,000,00 ש"ח ביחס לטענות דומה נגד המשיבה, אף היא ביחס לדמי החבר ודמי הטיפול, ואף היא הסתמכה על סיוג המשיבה כ"עובד".

בדברים הבאים ניתן בתמצית כל טעות לגופה, ונראה כיצד שילובן של הטיעות זו בזו הסיטו את בית המשפט כמו מדריך ההלכה הסוללה אל הכרעתו השגואה לסליק את התביעה על הסף.

2. הלהקה בדבר סילוק על הסף

1. הלהקה פסוקה היא כי סילוק התביעה על הסף הוא צעד חריג שיינקט רק במקרים **קיוצוניים**, **যוציאי דופן**, כאשר בית המשפט אינו יכול **בשות פנים** ואופן להעניק את הסעד המבוקש. בסיס הלהקה זו עומד, בין היתר, **מעמדה החוקתי של זכות הגישה לעראות העומדת בבסיס הדיוון**.¹

2. הפסיקה החמירה אף יותר ביחס לטלוקן על הסף של בקשות לאישור תובענות ייצוגיות.² הלהכת ריבכרט קבעה כי זו תמכנו, **"אם בכלל, במקרים חריגים וקיוצוניים שבהם ברור על פני הדברים שאין בבקשת ולא כלום"**,³ ופסיקה מאוחרת יותר חוזרת ואשררה הלהקה זו.⁴

3. ההיגיון בקביעת רף כה גבוה ביחס לטלוקן תובענות ייצוגיות ברור. הדיוון באישור התביעה הייצוגית הוא הליך חשוב בפני עצמו, שבמסגרתו ניתנת לתובע ההזדמנות להוכיח כי התביעה המוגשת מתאימה למסגרת המשפטית של התביעה הייצוגית ומגשימה את תכליתו. סילוק על הסף של הבקשה מבלי שבית המשפט נתן לערערים את יומם בבית המשפט, מבלי שבחן את מכלול הראיות, ומבלי שירד

¹ ע"א 12/9063 עזבון המנוח הוראס ריבכרט ז"ל ני Harvey Delson, עמי 10 (5.9.17); ע"א 83/693 שמעון שם ני רשם המקרקעין תל-אביב-יפו, עמי 671, פ"ד מ(2) ; ע"א 5634/05 צוקית הכרמל פרויקטים בע"מ ני מיכה צח חברה לקבנות כללית בע"מ, פסקאות י"ב-י"ד (פורסם בנבו, 4.6.07).

² ע"א 08/5154 קוסט פור גבאי את קסידר רוח ני' עובדייה קדמי, פסקה 5 (להלן עניין קוסט פור).

³ רע"א 96/8268 דן ריבכרט ני משה שם ואח', פ"ד נה (5) 276 (להלן: עניין ריבכרט).

⁴ רע"א 16/9771 נובל אנרגזי ני משה נורי, פסקה 19 (28.9.17). ראו גם ע"א 6887/03 רזניק ני ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות, פס' 5 (20.7.10); רע"א 2022/07 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ ני' אר און השקעות בע"מ, פס' 6 (13.08.07); רע"א 2094/16 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ ני' שמואל רוזובסקי, פס' 8 (28.08.12) (להלן: עניין עופר קומס); רע"א 08/2598 בנק חב' לעובדי מדינה בע"מ ני' ליאור שפירא ואחרים (23.11.10).

לעומeka של הבקשה – פוגע פגעה חמורה בזוכותם של המערערים ליום בית המשפט ובתקינות ההליך המשפטי.

4. פגעה זו חמורה שבעתים נוכח אופייה ותכליתה של התובענה הייצוגית. מטרתו הראשונה של חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: 'חוק תובענות ייצוגיות') היא "ミימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות **لسוגי אוכלוסייה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים**'.⁵ התובענה הייצוגית נועדה לאפשר הגנה לנפגעים במרקם שסביר להניח כי הנפגעים הפרטניים לא יגישו תביעות עצמאיות בשל עלות ההליכים המשפטיים הקרה ביחס לפיזוי הצדדי מהתביעה. סילוק התובענה הייצוגית ללא דיון מצח ועמיק הוא טריקת שערית בבית המשפט – לא רק בפני התובע המייצג אלא בפני כל הנפגעים אשר ככל הנראה לא יגישו תובענה עצמאית.

3. בית המשפט טעה בהבנת מהות התובענה

5. פסק דין השגוי של בית משפט קמא המחייב וחידד את חשיבות קיומו של הליך אישור תובענה הייצוגית באופן סדור ועמוק. הצפיה הבסיסית והלאומית של צדדים להליך היא כי בית המשפט ימודע על מהות התובענה המוגשת והניסיונות שבгинיה הוגשה בטרם יחרוץ את דינה. אולם ציפייה זו לא התמלהה ובית המשפט קמא בחר לדוחות את התובענה על הסף תוך מסgorה ותחימתה באופן מאולץ ובסתירה ישירה לנطען בה. כך קבע בית המשפט כי בקשה האישור עוסקת "בליבת תפקידו של ארגון העובדים [קרי, ייצוג העובדים אל מול המעסיק (מ.ב.)] ולא בשירותים הנלוויים הניתנים על ידו". הכרעתו של בית המשפט קמא כי המשיבה איננה 'עובד' נשענה והתבססה על מסגור זה.

6. הדברים עומדים בסתירה ישירה וברורה לנطען בתובענה. בכתב הטענות ובטעונים בעלפה חזרו המערערים והדגישו כי מערכת היחסים שבין המערערים ובין המשיבה מושתתת גם על **השירותים הנלוויים** שהמשיבה מציעה לחבריה, ובהחלט לא רק על עיסוקה כארגון עובדים.

7. על מעמדה של המשיבה כעובד נרחיב עוד בהמשך. בהקשר זה נבקש לחזק את שנאמר בהרחבה בכתב הערעור. **השירותים הנלוויים הם השיקול הייתר מאשר שווי שוקליים עובדים**, ובכלל זה המערערים دونן, אם לשתף עם המשיבה אם לאו, **בעוד שירות הייצוג במשא ומתן עם המעסיק הוא שיקול משני לכל הייתר**. כך משום שעל-פי חוק הסכמים קיבוציים, תש"י-ז-1957 (להלן: 'חוק הסכמים קיבוציים'), במקומות שבו המשיבה מהוות ארגון יציג "ייזכה" העובד בייצוגה בין אם יctrarף לשורותיה ובין אם לאו. לפיכך, הכרעה של עובד – והמערערים בפרט – להצטרכ לשירות המשיבה כמעט

⁵ הסעיף הראשון לחוק.

שאינה מושפעת מעניין הייצוג. **מסגור התביעה בעניין הייצוג, והחרוג רכיב השירותים הנלוויים שגויים וモטעים אפוא.**

8. נחדר עוד: הפרט הראשון לתוספת השנייה לחוק התבוננות הייצוגיות קבוע כי ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית "בקשר לעניין שבינו לבין לכה, בין אם התקשו בעסקה ובין אם לאו". לפיכך אספקת והצעת השירותים הנוטפים לכל אוכלוסייה העובדים מגדרה את המשיבה כעוסק לא רק ביחס למי שימושיים דמי חבר אלא אף למי שהחרו שלא לשלהם עבור השירותים המוצעים על ידה. עצם הצעת השירותים הנלוויים לציבור העובדים מקימה עילה לתובענה ייצוגית.

בקשת אישור התבוננה הייצוגית צורפה לתיק המוצגים וסומנה א'

4. טעה בית המשפט כאשר בחנו את מעמד המשיבה בחינה מוקדמת ובלתי ממצח

9. ניתן היה להימנע מטעות זו لو הייתה בית המשפט ذבק בפסיכה הנוגעת לדחיתת בקשה לאישור תובענה ייצוגית על הסף. **להלן היא כי שאלת סיווג הנتابע בעסק מקומה בדיון באישורה של התובענה ולא במסגרת בקשה לסתוק על הסף:**

"אשר לשאלת אם המבוקשים נכללים תחת הגדרת "עובד" שבסעיף 1 לתוספת השנייה לחוק תובוננות ייצוגיות, אין סבור כי המקום לבירה הוא בקשה לסתוק על הסף. טרם נקבעה הלכה ביחס לפרשנותו של הביטוי 'עובד' בקשר זה, והפרשנות שמצויעים המבוקשים אינה מובנת מלאיה. על כן, ובהתחשב בכך שמדובר בשאלת שיש לה משמעותות רבות ביחס לגבולותיה של התובענה הייצוגית הצרכנית, מוטב כי היא תידוע לנוגה במסורת הבקשת אישור תובענה כייצוגית".⁶

10. הטעם להלכה זו ברור. כפי שנזכרנו לעד, שאלות הנוגעות למהות מערכת היחסים שבין התובע והנתבע וסיווגם כרוכות **בבירור עמוק, משפטי ועובדתי**. בירור שכזה אינו יכול ואין ראוי שייעשה במסגרת בקשה לסתוק על הסף. בעניין ערעור זה, דרך המלך ודרך הדין הייתה לבדוק **בדיקה עובדתית עמוקה** את היקף השירותים הניתנים על ידי המשיבה; את האופן שבו היא מתקשרת עם חברות ומשלמי החיטלים (והמערערים בכללם); את העבודות הנוגעות לפעילותה של המשיבה – הרוחחים העולמים לה מעיסוקה; והאם כל אלו עלולים כדי עיסוק; **כל אלו בירורים עובדיתיים הדורשים בחינה של ממש.**

⁶ עניין קומס, לעיל העראה 4, פיסקה 9 (28.8.12)

11. במהלך הדיון ציינו המערעררים כי יש לבחון, בין היתר, את היקף השירותים הניתנים על ידי המשיבה, שאלת סיוגם והמחיר המשולם עבורם⁷, וביקשו כי בית המשפט ייתן להם את יום ויאפשר להם למשש את **זכותם החוקתית** להוכיח עובדות אלה. אולם שאלות אלו לא זכו לבירור ראוי. תחת זאת, כפי שהראנו באricsות במסגרת כתב העורור, בית המשפט הניח את המבוקש וקבע את מסקנותיו **מבלי שבוחן בנדש כל תשתיית עובדתית**. כך למשל קבע בית המשפט קמא כי:

"דמי החבר לא נגבים בעקבות אייזהו מוי"ם בין הצדדים, חוזה או פעילות מסחרית של

ההסתדרות"⁸.

לו ניתנה למערערים ההזדמנות לכך היה ביכולתם להראות כי דמי החבר ודמי הטיפול דווקא כן נקבעים בחוזה (תקנון המשיבה המהווה חוזה, וההסכם הקיבוצי שנחתם בין המשיבה ובין המעסיק), וכי המשיבה מנהלת פעילות מסחרית ענפה ובכלל זה גם ביחס למערערים.

פרוטוקול הדיון צורף לתיק המוצגים וסומן ב'

12. בית המשפט קמא שגה כשביקש להסתמך על שנקבע בעניין **קוסט פורר**⁹. אדרבה, בעניין קוסט פורר חזר וחידד בית משפט זה כי אין לקיים דיון בבקשת סילוק על הסף אלא במקרים חריגים במיוחד. בית המשפט קבע כי סילוק על הסף יכול להיעשות מקום שהתווענה עצמה "אינה מסווג העניינים המנויים בתוספת השנייה לחוק" **כלומר כאשר העילה הנטענת עצמה אינה מנוהה בתוספת השנייה**. לא כן כאשר העילה הנטענת – הייתה המשיבה עוסקת – מנוהה בתוספת אך המשיבה מבקשת לחלוק על מעמדה זה. שאלות אלו דינן להתרברר במסגרת הדיון באישור הבקשה שנענדו לבדוק לשם כך.

13. בית המשפט קמא קבע כי "בכל הקשור ליחסים שבין ארונות עובדים או ועד עובדים לבין חברות קבעו בתיהם המשפט במספר הזדמנויות כי אין מדובר ביחסים שבין עסק לבין לכהן ואף לא ביחסים הנושאים אופי צרכני"¹⁰.

אולם בית המשפט קמא נמנע מלהפנות ولو לפסק דין אחד מבתי המשפט האזרחיים שיתמוך במסקنته זו. פסיקות בתיהם הדיון לעובדה שהובאו אין מהוות תקדים מחייב ובוודאי שלא הלכה לעניינינו. הן אף ניתנו בהעדר סמכות, כפי שניתן למדוד ממסקנת בית משפט קמא עצמו ביחס לשאלת הסמכות העניינית (בית המשפט קמא מצא כי הסמכות נתונה לו, ולא לבתי דין לעובדה).

14. בית המשפט קמא ביקש להסתמך גם על **ענין פן**¹¹, שבו דחה בית המשפט (המחוזי) בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד ועד עובדי הרכבת. בכל הבוד, אין למערערים אלא לתמוה על הסתמכותו זו של

⁷ שם עמי 2 שורות 6-4.

⁸ עמוד 1 שורה 19 לפרוטוקול.

⁹ סעיף 12 לפסק הדין. ההפניה לעניין קוסט פורר לעיל בהערה 2.

¹⁰ סעיף 27 לפסק הדין.

¹¹ בש"א (ת"א) 18181/07 שגית פן נ' רכבת ישראל (07.10.15).

בבית המשפט. ראשית: ענין פן עסק בחוסר היריבות שבין ועד עובדי הרכב ובין ל��וחות הרכבת. אכן, בין ועד עובדים ובין ציבור ל��וחות הרכב אין כל מערכת יחסים כלשהו של עסק וליך. זאת בינו לבין למערכת יחסים שבין ארגון לבין חבריו ומשלמי מיסיו.

שנית: פסק הדין עסק בוועד עובדים ולא בארגון עובדים דוגמת המשיבה. אין להשוות בין ועד עובדים בחברה – ארגון פנים שעוסק ביחס שבין עובדי החברה בלבד, אינו מספק שירות, ואינו מקיים מערכת עסקית ותחרותית, ובין המשיבה המנהלת מערכת עסקית ענפה במסגרת תחרותית ומספקת מגוון רחב של שירותים.

15. מעמדה של המשיבה כעסק ודאי טרם הוכרע. אדרבה בעניין סוציאל, הגעה המשיבה להסכם פשרה על סך של למעלה מ- 50,000,000 ש"ח! תובענה ייצוגיות זו הוגשה אף היא בגין גביית דמי חבר ודמי טיפול שלא כדין והתבססה על מעמדה של המשיבה כעסק.¹² יתר על כן, במסגרת אישור הסדר הפשרה מצאה לנכון כבוד השופט שטمر לצין כי "לא אפריז אם אומר שתובענה זו נушה שימוש ראוי ונכון במכשיר התובענה הייצוגית, והובחה עילותו".¹³

[במסגרת כתוב הערעור הפנו הח"מ לאמור בסעיף 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות, לפיוטרם שיאשר תובענה ייצוגית על בית המשפט למצוא כי תובענה עומדת לכואורה בתנאים לאישור תובענה ייצוגית. בבדיקה נוספת הتبירר למערערים כי הפניה זו שגויה, שכן נוסח סעיף 19 ביום תוקן לאחר פסק הדין, ולפיכך נבקש לתקן בהתאם לפסקה 18 לכתב הערעור. עם זאת, עיקר טענת המערערים בעינו עומדת. אדרבה, כבוד השופט שטמר אף לא נדרש לחוק כדי לקבוע כי התובענה עשתה שימוש "ראוי ונכון" במכשיר התובענה הייצוגית, ככלומר בעינה המקורה והעליה מתאימים לתובענה ייצוגית ולפיכך אישרה את הסכם הפשרה].

הניגוד חריף שבין הסכם הפשרה בעניין סוציאל וממצאיו ביחס למשיבה, ובין החלטת בית משפט קמא לסלק את התובענה על הסף מבלי לחייב כל דין בעבודות הרלוונטיות לעניין, אינו מתקין על הדעת.

העתק כתוב התביעה בעניין סוציאל צורף לתיק המוצגים וסומן ג'

5. הגדרת "עסק": בית המשפט עשה שימוש שגוי ב מבחני החוק והפסיקה

16. במסגרת זו נזכיר אך בקצרה את המבחנים פרי החוק והפסיקה ביחס להגדרת העסק ואת הרצינונאים העומד בסיסים. נקבע על כך שבית המשפט קמא שגה ביישום של המבחנים, ונראה כי בינו לבין נאמר בפסק הדין המשיבה עומדת בכל הקריטריונים הנדרשים לשם הגדרתה כעסק.

¹² עמי' 19 לכתב התביעה.

¹³ ת"ץ (מחוזי מרכז) 5270-07-08 ענבל סוציאל ני הסתדרות העובדים הכללית החדשה (19.01.2011), סעיף 23 לפסק דין.

א. הגדרת 'עובד' – החוק והפסיקה

17. הפרט הראשון לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות קבוע כי ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד עובד כהגדתו בחוק הגנת הצרכן. חוק הגנת הצרכן מורה כי העובד הוא מי שMOVED נכס או נותן שירות דרך עסקך.

18. המונח "שירות" לא הוגדר בחוק, אולם מסתבר כי **כוונת המחוקק הייתה לתת למונח משמעות רחבה**. על פי הפסיקה והספרות,¹⁴ בסיס המונח 'דרך עסקך' עומדים שני רצינאים הקשורים זה לזה – ההנחה שמדובר פעילות מקצועית הנעשית דרך קבוע; ולאחר זאת ההנחה שהעובד נהנה מיתרונו כלכלי ומקצועית ביחס ללקוח. **את המילויים "דרך עסקך"** יש לקרו אפוא באופן מרחב, הולל כל פעילות הנכנסת תחת הרצינאים הנ"ל, ובכלל זה אף המדינה וארגוני ללא כוונות רוח.

19. על בסיס אלו קבע בית משפט זה, בעניין **أسل**,^{15 כי השאלה האם מדובר ב"עובד" כוללת שני מבחנים משנה: המבחן הראשון בוחן את מהות הפעולה הנעשית, האם יש לה אופי מסחרי עסקי. המבחן השני הוא האם הפעולה נעשית דרך קבוע ולא באופן ארעי.}

20. מבחנים אלו נועדו להגשים את תכליות חוק תובענות ייצוגיות וחוק הגנת הצרכן. גופים שונים הפעילים במקם הם מגוונים ורב-מיידניים. יכולה עמוותה לעסוק בפעילויות צרכנית מסחרית (לא רוח), ויכולת חברה מסחרית לפעול בדרך שלא תחשב 'עסק'. הדברים נוכנים שבעתים כלפי גופי ארכאי דוגמת האגודה העות'מאנית, המהווה ייצור כלאים. ברור שלא ניתן להסתפק בבדיקה פורמללית של אופי הנטבע. **בית המשפט נדרש לבחון, בכל מקרה לגופו, את הפעולות הנתקפת ואת מערכת היחסים שבין הצדדים הספציפיים**. מבחני הפסיקה מעניקים לו את הכלים לעשות זאת.

21. נזכיר כי לאור מבחנים אלו מצא בית משפט זה בעניין **أسل** כי רשות מקראני ישראל הינה עובדת ביחס לדמי היותר שגבתה.¹⁶ לעומת זאת במקרה אחר קבע בית המשפט כי חברה מסחרית אינה עומדת במבחן העובד ביחס לפעילותה שנתקפה במסגרת תובענה ייצוגית.¹⁷

22. **הבדיקה היא אפוא עניינית, ולא לפי סיוג א-פרורי של הגוף. בשם שגורע עסקי יכול לעניין מסוימים לא להיחשב 'עובד', אך גופ שבעיקרו לא אמרו להיות עסקי יכול להיחשב לעניינים מסוימים 'עובד'**.

¹⁴ סיני דווייטש **דין הגנת הצרכן** (פרק א'-יסודות ועקרונות) (תשס"א), עמ' 240-241. ע"מ 12/12 7752 יישראאל אסל נ' מינהל מקרקעי ישראל, 2.11.2014, להלן "עניין אסל".

¹⁵ עניין אסל, שם.

¹⁶ עניין אסל פסקאות י"ז וכ"ז לפסק הדין.

¹⁷atz (ימ-10-10-25015) גבי דאוש נ' סיטיפס בע"מ (11.5.2011), סעיף 13.

23. אולם תחת שימוש ב מבחנים אלו ויישום על נסיבותה של תובענה זו בחור בית המשפט קמא לבחון רק את אופייה הכללי של המשיבה. כך הגיע בית המשפט קמא למסקנה כי נוכחות מעמדה כארגון עובדים המשיבה אינה באה בגדר 'עובד'. את הכרעתו ביסס בית המשפט, בין היתר, על הצגת מערכת היחסים שבין המשיבה וחבריה כ – "קשר אישי של כל חבר וחבר בארגון שמטרתו השגת יעדים במישור הקיבוצי אל מול המעסיק". בכלל הכלבוד, המערערים סבורים כי בכך הילך בית המשפט קמאredi שבי אחורי תדמית שגوية ואנרכו-ניסטיבית, תדמית שהמשיבה אומנם עמלה לשמר אך בינו ובין המציאות אין דבר. **אילו היה בית המשפט קמאeno נוהג בהתאם לפסיקה ובוחן את השאלה בדיון לגופו של עניין, תוך בחינת הריאות הרלוונטיות, היה נמנעת הטעות.**

ב. השירותים הנלוויים ואופיים הכספי-צרכני-עסקי

24. כפי שציינו לעיל, סטנית בית המשפט מהדרך הסלולה גירה אותו להתעלם מטענות המערערים ביחס לשירותים שהמשיבה מספקת ולמסגור מوطעה של התובענה. **לו היה בית המשפט קמאano דבק ב מבחנים הנזכרים לא היה יכול להתעלם מרכיב משמעותי כל כך, שככל-כלו שירותים הניתנים בדרך עיסוק.**
רשימת השירותים הנלוויים צורפה לתיק המוצגים וסומנה ד'

25. כפי שניתן להתרשם מהרשימה, שירותים אלו כוללים מגוון הטבות ושירותים בעלי אופי צרכני מובהק :
מועדון צרכנות ; ייעוץ ; טיפול משפטי הכלול ייעוץ וייצוג מול המעסיק וערכות משפטיות ; רשות ההסתדרות לצרכנות ; הנחות בראשת נעמ"ת ; פעילות תרבות ופנאי וספורט ; והנחות בחברת משען .

26. שירותים אלו מדברים בעד עצם ומצביעים על אופיים הכספי המובהק. כפי שניתן ללמידה מרישימת השירותים, **המשיבה מציעה את השירותים כתמرين להצטופות לשירותיה**. עבור שירותים אלו גורפת המשיבה אל כיסה כ- 0.15% ממשכורותם של חברות. מדובר בהון עתק. **די היה בכך על מנת להוכיח את אופיו העסקי של מתן שירותים אלו.**

27. אולם, בעוד שבחינת משלמי המיסים מדובר במחיר בעל משמעות, עבור המשיבה מדובר רק ב חלק קטן מהרווח הנגרף מגיוס חברות. למעשה, לאור העובדה שהחוק אימץ את רעיון "מפעל הנציגות" וכפיית התשלומים לארגון היחיג גם על מי שאינו חברי המשיבה, הרווח שצומח למשיבה עם כל חבר שחויר לשירותיה גדול הרבה יותר. כל חבר נוסף מקרב את המשיבה לייצוג שלוש העובדים ולמעמד הנחפץ של "ארגון יציג במקום העבודה". מרגע שהוכרזה המשיבה 'ארגון יציג' תהיה זכאית לגבות דמי טיפול מכל העובדים במקום העבודה. מנוקדת מבטה הכלכלי של המשיבה, אם כן, רווחיותו של כל עובד גדולה כמעט פי שלושה מדמי החבר שהוא משלם בפועל.

28. יתר על כן, במצב המשפט הקיימת היצוג במקום העבודה רוחתי עוד יותר שכן המשיבה אינה צריכה להשיקע משבאים על מנת ליתחזק את קיומו של השלישי. גם אם יתווסף עובדים במקום העבודה ומספר החברים ירד אל מתחת לשני תחשב המשיבה לארגון היציג ותהא רשאית להמשיך ולגבות דמי טיפול מכלל העובדים.

29. חישובים אלו אינם עניין לתאוריה בלבד. כפי שהובא בכתב העורר "שוק" ארגוני העובדים הוא שוק תחרותי לכל דבר ועניין. אף הפסיכה, ובתי הדין לעובדהعمדו על אופיו התחרותי של שוק זה.¹⁸ אכן, ארגוני העובדים משקיעים משבאים רבים, הן במניעת כניסה של ארגוני עובדים אחרים למקום העבודה בהם הוכרזו כargon יציג הן במניע השחררותם של מקומות עבודה מייצוג העובדים על ידי ארגון העובדים.

30. מסקנת הדברים המתבקשת היא אפוא שעיסוק כargon העובדים הוא בעל פוטנציאל להיות עסק משתלם ורוחני ביותר. המערערים מבון אינם יכולים לאמוד עד כמה רוחני עיסוקה זה של המשיבה או מה נעשה עם רוחנים אלו. המשיבה, בהיותה אגודה עצמאנית ובניגוד לארגוני אחרים יציגים אחרים, אינה מחויבת לפרסום את היקף רוחניה או פעילותה הכלכלית לעניין הציבור. **חברי התנדבות אף הם אינם זכאים לקבל מידע זה במסגרת חברותם ו/או הקשר האישי עם המשיבה, כפי שתיאר אותו בית משפט קמא.** המשיבה מצדה מkapידה שלא להתנדב ולפרסום. כל עניינה הכספיים של המשיבה נתונים באפלה.

31. נציג כי די בזמן שירותים אלו כדי ליצור מערכת יחסים שבין עסק ולקוח לעניין התוספת השנייה. גם לו תתקבל המסקנה (השגואה לטעם של המערערים) שייצוג העובדים אינו מהו "שירות", אין בכך כדי לפגוע בהכרה בקיום של יחסי עסק ולקוח בנוגע לשירותים אלו. המבחן אינו האם כלל מערכת היחסים שבין התובע והנתבע היא יחס עסק ולקוח. **כפי שנקבע בעניין אסל,¹⁹ די בכך שתחומי פעילות מסוים של המשיבה כולן התקשרות עמה לקבלת שירותים צרכניים כדי לבסס יחס עסק ולקוח לעניין זה ולהיכנס במסגרת התוספת השנייה לחוק טובענות ייצוגיות.**

ג. ייצוג במשא ומתן הוא שירות

32. ייצוג במשא ומתן הוא שירות. כך בכלל וכך גם בייצוג עובדים. העבודה ששירות זה יכול להינתן רק על ידי ארגון יציג כהגדרתו בחוק הסכמים קיבוציים, אינו מעלה ואין מورد לעניין הגדרתו כ"שירות". אין זו הדוגמה היחידה בחוק שבה גוף נדרש לעמוד בדרישות מסוימות על מנת להעניק שירות. הדברים

¹⁸ בג"ץ 7029/95 הסטודיות העובדים הכלליות החדשה נ' בית-הדין הארצי לעובדה ואח', פ"ד נא(2) 63, (להלן: "עניין עמיית") עמי' 156; סב"א (לאומי) 50718-07-10 הסטודיות העובדים הכלליות החדשה נ' הסטודיות העובדים הלאומית בישראל (ניתן ביום 10.12.11), פיסקה 23 לפסק הדין. על אופיו התחרותי של תחומי הארגונים היציגים ראו גם סב"א (לאומי) 31575-02-13 (לאומי).

¹⁹ עניין אסל, סעיפים ב'ו-כ'.

נכונים גם כלפי בנקים, חברות ביטוח, וגופים נוספים : נותני שירות מובהקים הנתונים תחת רגולציה וכבד ודרישות חוקיות, ובמסגרת עיסוקם זה חשופים לתובענות ייצוגית.

33. כאמור, במקרה העבודה שבו המשיבה היא ארגון יכול יינתן שירות זה של ייצוג לכל העובדים במידה שווה, בין אם הטרפו חברים לבין אם לאו. הרצionario העומד בסיס הסדר זה של "מפעל הנציגות" הוא התפיסה כי דמי הטיפול הם המחיר שנדרשים לשלם מי שאינם חברי המשיבה עבור השירות זה. כך גם ראתה זאת הפסיכה והספרות.²⁰ אין מנוס אפוא מהקביעה ש**ייצוג העובדים על ידי המשיבה הוא "שירות" ושכך סבר אף המחוקק.**

אם שירות אין כאן – מה טעם יש לדרש ממי שאינו חבר המשיבה כי ישלם?!

ד. מומחיות ומקצועיות המשיבה

34. כבר עמדנו על הרווח הצומח למשיבה ממתן השירותים הנלוים ושרותי הייצוג. נבקש אם כן להתייחס ליתר המבחנים לקיום של יחסי 'עובד-לקוח' שהציגו לעיל.

35. האם השירותים שניתנים על ידי המשיבה ניתנים באופן מקצועי ובמומחיות? אין כל ספק כי המשיבה נותנת את שירותיה דרך קבוע ובמסגרת פעילותה המקצועית. אין כל ספק שלמשיבה קיימות המומחיות, והיא בעלת יתרון מקצועי וכלכלי בתחום עיסוקה זה, שכן היא ארגון העובדים הגדול והוותיק ביותר במשק.

36. ביחסו הכוחות שבין המשיבה ובין לכוחותיה ידה של הראשונה על העליונה. יחס כוחות אלו הם ה"מודל העסקי" העומד מאחוריו ההסתדרות: **העובד הבודד הוא גורם חלש אשר נזקק למשיבה בעלת יכולת המומחיות והכח שתציג לצרכיו.** יתרונה של המשיבה ביחס לכוחותיה בא לידי ביטוי גם ביחס לדמי החבר ודמי הטיפול. המחיר שנגבה מכל לקוח נקבע במסגרת הסכם קיבוצי בין המשיבה ובין המעסיק. התשלום מנוכחה משכר העובד על פי בקשת המשיבה מהמעסיק ללא מעורבות העובדים עצם. הלקוחות מתודעים למהירות שנגבה מהם ורק עם קבלת תלוש המשכורת. הסדר זה מעניק למשיבה יתרון על המערערים ביחס ליכולתם להתחזות אחר המהירים שהם נדרשים לשלם. כזכור, וכי שנספק בעניין **اسل**, קיומו של יתרון מקצועי ומומחיות, בפרט ביחס לגבית התשלום עבור השירות, מחזק עוד את הגדרתה של המשיבה כ'יעוסק'.

37. אף בעניין זה שגה בית המשפט קמא כשקבע כי :

²⁰ י' זמיר ופי רדיי "על הזכות שלא להציג לארגון העובדים" משפטים ג (תש"א-תש"ב) 275, עמי 282 ; עניין עמית עמי .126

"אף לא מתקיים הרציונל העומד בבסיסו של חוק הגנת הרכנן, הוא מצויים פעריו הכוחות בין העוסק ללקוח, שעה שהשירותות הניתן ע"י המשיבה הוא ייצוג האינטראיסים של העובדים עצם, זאת במטרה להתגבר דזוקא על חולשתו של העובד הבודד ועל פעריו הכוחות ופעריו המידע הקיימים בין ובין

²¹ העוסק"

בכל הכבוד, דברים אלו של בית המשפט קמא צריכים לכל הפחות לעורר תמייהה. מהות השירות שניתן על ידי המשיבה הוא אומנם יציגם של העובדים מתוך הכרת חולשת העובד הבודד. אך תובענה זאת עוסקת בכך שהמשיבה פושעת בתפקידה **ומנצלת** את חולשת העובדים כדי לגבות מהם כספים שלא כדין. האם ביקש בית המשפט קמא, בכל הכבוד, להוציא חוטא נשכר? האם היה נocket בגישה דומה ביחס לעורך דין או פסיכולוג שהיה משתמש בכוחו כדי לנצל את חולשת לקוחותיו?

38. **לסיכום, מסקנת הדברים היא כי המשיבה נכנסת בגדר "עוסק" שבדין – המשיבה מספקת שירותים תוך כדי פעילות מקצועית, דרך קבוע, לקהל נרחב של לקוחות בשוק תחרותי שבו היא מתחרה על קהל לקוחות – העובדים – כדי להגדיל את הכנסתה. ביחסו הכוח שבין המשיבה – ארגון העובדים הגדול ביותר בישראל – לבין לקוחותיה, מתקיים הרציונל לפיו לעסוק ישנו יתרון כלכלי ומקצועית לעומת לקוחות.**

39. פסק הדין של בית המשפט קמא לא דן בשאלת הגדרת המערערים ללקוחות, ולפיכך לא נרחב בנושא במסגרת זו.

6. סיכום

- בית המשפט קמא שגה כאשרקבע כי המשיבה איננה "עוסק", והתובענה איננה כלולה במסגרת העניינים המנויים בתוספת השנייה לחוק. בחינתה שאלת זו, הכרוכה בבירור ממצאים עובדיים, ראייה הייתה להתקיים במסגרת דיון בבקשת אישור התובענה תוך שלמעעררים ניתנת ההזדמנות להוכיחו ממצאים עובדיים אלו. בהחלתו של בית המשפט קמא מהמעעררים את זכותם החוקתית הבסיסית לקבל את יומם בבית המשפט.
- שגיאות אלו הביאו את בית המשפט קמא לתהום ולמסגרת התובענה, תוך התעלמות מהשירותים הנלוים והתמקדות בשירות הייצוג בלבד, בניגוד לנטען בה. טעות זו הביאה את בית המשפט למסקנה שגואה ביחס למעמד של המשיבה. רצף טעויות אלו הביאו את בית המשפט לכל שגגה גם בניתוח המשפטי של הגדרת העוסק. תחת בדיקה פרטנית של יחסיו המערערים והמשיבה בחר בית המשפט להתלוות במאפייניה הכלליים של המשיבה, וזאת בניגוד להוראות החוק והפסיקת.

²¹ סעיף 29 לפסק הדין.

- לאור האמור מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור, קבוע כי המשיבה מספקת למעעררים שירותים הן בנוגע לשירותים הנิตנים לחבר המשיבה בלבד והן בנוגע לשירותי הייצוג הניתנים לכלל המעעררים. בהמשך לכך מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל עליון כי המשיבה היא 'עוסק' על-פי החוק. בהתאם לאמור מתבקש בבית המשפט הנכבד להורות לבית המשפט קמא להמשיך ולבחנו את היבטים הנוספים לצורך אישור התובענה הייצוגית.

לחופין, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור, לבטל את החלטה על דחינת התובענה על הסף, ולהורות לבית משפט קמא לדון בבקשתו לאישור התובענה לגופה.

ירושלים, כ"ב בחשוון תש"פ,

20 בנובמבר 2019

אריאל ארליך, עו"ד

מאר בוחניך, עוזי

באי-כח המעררים

רשימת אסמכותאות

- עא 12/9063 עזבון המנוח הוראס ריבטר ז"ל נ' Harvey Delson, עמי 10 (פורסם בנבו, 5.9.2017)
- עא 83/693 שמעון שם נ' רשם המקרקעין תל-אביב-יפו, עמי 671, פ"ד מ(2) 668
- ע"א 5634/05 צוקית הכרמל פרויקטים בע"מ נ' מיכה צח חברה לקבלת כלויות בע"מ, פס' יי"ב-י"ד (פורסם בנבו, 4.6.2007)
- ע"א 5154/08 קוסט פורר גבאי את כסירר רוי'ח נ' עובדיה קדמי, פס' 5 (פורסם בנבו, 2.4.2009)
- רע"א 96/8268 דן רייכרט נ' משה שם ואח', פ"ד נה (5) 276
- רע"א 16/9771 נובל אנרגי נ' משה נזרי, פס' 19 (פורסם בנבו, 28.9.2017)
- ע"א 03/6887 רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות, פס' 5 (פורסם בנבו, 20.7.2010)
- רע"א 07/2022 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' אר און השקעות בע"מ, פס' 6 (פורסם בנבו, 13.8.2007)
- רע"א 16/2094 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' הצלחה התנוועה הרכנית לקידום חברה כלכלנית הוגנת, פס' 8 (פורסם בנבו, 30.03.16)
- רע"א 11/7096 עופר קומס נ' שמואל רוזובסקי, פס' 8 (פורסם בנבו, 28.08.12)
- רע"א 08/2598 בנק יהב לעובדי מדינה בע"מ נ' ליאור שפירא ואחרים (פורסם בנבו, 23.11.10)
- בש"א (ת"א) 18181/07 שגית פון נ' רכבת ישראל (פורסם בנבו, 15.10.2007)
- ת"ץ (מחוזי מרכז) 08-07-5270 ענבל סוסתייאל נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה פס' 23 (פורסם בנבו, 19.01.2011)
- עע"מ 12/7752 ישראל אסל נ' מינהל מקרקעי ישראל, (פורסם בנבו, 2.11.14), עמי 12
- תצ (ג-ט) 10-10-25015 גבי דאוס נ' סייטיפס בע"מ (פורסם בנבו, 11.5.2011), פס' 13
- בג"ץ 95/2029 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית-הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד נא(2), עמי 156
- סב"א (ארצى) 10-10-50718 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הסתדרות העובדים הלאומית בישראל (פורסם בנבו 10.17.2011), פס' 23

• סב"א (ארצى) 31575-02-13 הסטדרות העובדים הלאומית נ' הסטדרות העובדים הכללית

החדשה (פורסם בנבו, 9.9.2013)