

בבית הדין הארצי לעבודה

ברע 210/08

המערערת

פלונית

-

המשיבה

פלונית

בפני: השופט יגאל פליטמן, השופטת נילי ארד, השופטת ורדה וירט ליבנה
נציג עובדים: מר יהודה בן הרוש, נציג מעבידים: מר יורם בליזובסקי

ב"כ המערערת: עו"ד ענת שני ועו"ד תמורה דויטש קאופמן
במעמד צד אחד, בהעדר המשיבה ובאי כוחה.

פסק דין

השופטת נילי ארד

1. האם מתקיימים התנאים המצדיקים הוצאת צו חיפוש ותפיסת חומר מחשב המצוי ברשות המשיבה והעתקתו לשם הבטחת ניהול ההליך, לפי התקנה 387א לתקנות סדר הדין האזרחי תשמ"ד – 1984 המכונה צו אנטון פילר. זו הסוגיה לה נדרשים אנו בערעור זה, המכוון נגד החלטתו של בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב, אשר דחה את הבקשה למתן הצו.

השתלשלות העניינים

2. נקדים ונבהיר, כי נוכח מהותו של הסעד המבוקש התקיים הדיון בערעור (לאחר מתן רשות) במעמד המערערת ובאות-כוחה בלבד. אי לכך, הרקע העובדתי הלכאורי המתואר להלן, מבוסס על טיעוני המערערת בכתבי בי-דין שהגישה לבית הדין האזורי ולפנינו, בשלב מוקדם זה של הדיון ומבלי שהתקבלה תגובת המשיבה לנטען.

2. המשיבה היא חברת כוח אדם ארצית אשר לה "עשרות סניפים ברחבי הארץ" והיא "מעסיקה עובדים המוצבים אצל משתמשים שונים, לרבות מעסיקים ציבוריים וחברות גדולות"¹ (להלן

¹ סעיף 6 לתובענה הייצוגית; סעיפים 3 ו-17 לבקשה דחופה למתן צו לתפיסת חומר מחשב; תצהיר המערערת לתמיכה בבקשות לאישור תביעה ייצוגית ומתן צו לתפיסת חומר מחשב.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

גם: (החברה). המערערת שהייתה בהריון, פנתה בחודש אפריל 2007 לסעיף החברה ברמת גן, בבקשת עבודה. באותו מעמד "נשאלה שאלות אישיות ומקצועיות לרבות אודות תאריך לידה משוער"². לעניין אחרון זה השיבה, כי היא בחודש השישי להריונה ונכונה "לבצע כל עבודה"³ לפרנסת משפחתה לרבות משרות פקידות ועבודות זמניות⁴. בפועל, לא הפנתה החברה את המערערת לעבודה כלשהי ולא הציעה לה כל הצעת עבודה למרות פנייתה, עד למועד הלידה⁵.

התובענה האישית כ"תובענה ייצוגית"

3. בתאריך 3.3.08 הגישה המערערת לבית הדין האזורי תביעה אישית נגד החברה, אותה כרסה בהליך של "תובענה ייצוגית" שעילתה הפליה על רקע הריון בניגוד לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. התובענה הוגשה בשם המערערת ו"בשם כל הנשים דורשות העבודה, אשר היו רשומות אצל הנתבעת כדורשות עבודה, בהיותן בהריון, בתקופה של עד 12 החודשים עובר להגשת תביעה זו" ואשר לא הופנו לעבודה בשל הריון. על כן, נטען כי "בגין הפליה זו זכאית התובעת, וכמוה כל אישה שהופלתה על ידי הנתבעת על רקע הריונה בקבלה לעבודה, לפיצוי ללא הוכחת נזק, מכח סעיף 10(א) לחוק השוויון, בסך של 50,000 ₪"⁶. בהתאם, התבקשו הסעדים הבאים:

- לקבוע שהחברה "הפלתה את התובעת כדורשת עבודה על רקע הריונה";
- לקבוע כי על החברה "לפצות את התובעת בגין הפליה זו בסך של 50,000 ₪ בהתאם לחוק השוויון";
- לאשר התביעה כתביעה ייצוגית;
- "לקבוע את זהות כל דורשות העבודה, אשר לא התקבלו לעבודה בנתבעת מפאת הריון בתקופה שאין לגביה התיישנות עפ"י חוק השוויון";
- לחייב את החברה "לפצות את כל אחת מחברות הקבוצה בסך 50,000 ₪ ללא הוכחת נזק";
- לפסוק למערערת גמול כתובעת מייצגת ולבאות כוחה שכר טרחה כעורכי דין מייצגים בתביעה ייצוגית.

4. בנוסף על "התביעה הייצוגית" כהגדרתה, הגישה המערערת שלוש בקשות אלה: בקשה "לאשר את תביעתה כתובענה ייצוגית לפי חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו – 2006"⁷; בקשה דחופה במעמד צד אחד למתן צו לתפיסת חומר מחשב לצורך הליך אישור התובענה כתביעה

² סעיף 12 לבקשה לאשר הגשת תובענה ייצוגית; סעיף 12 לתובענה הייצוגית.

³ סעיף 13 לבקשה לאשר הגשת תובענה ייצוגית.

⁴ עיפים 4 ו-19 לבקשה דחופה למתן צו לתפיסת חומר מחשב.

⁵ סעיפים 5 ו-13 לתובענה הייצוגית; סעיף 14 לבקשה לאשר הגשת תובענה ייצוגית.

⁶ סעיף 20 לתובענה הייצוגית.

⁷ בש"א 1208/08.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

ייצוגית⁸; ובקשה למתן צו איסור פרסום ולדין בדלתיים סגורות⁹. בקשה אחרונה זו נענתה והדין בבית הדין האזורי התקיים במעמד המערערת ובאות-כוחה בלבד ובדלתיים סגורות.

תדפיסי המחשב

5. במסגרת הבקשה לאישור תביעתה האישית כתובענה ייצוגית, טענה המערערת, כי ברשותה תדפיסי מחשב שמקורם במערכת המיחשוב של החברה ובהם רישומים בנוגע לפניות של נשים רבות "דורשות עבודה" שהמשותף להן היותן בהריון בעת פנייתן לחברה, ודחיית בקשתן לקבלת עבודה על רקע הריון (להלן: **תדפיסי המחשב**)¹⁰. לטענתה, הרישומים בתדפיסי המחשב מהווים ראיה לכאורה להתנהלותה המפלה של החברה כלפי נשים בהריון דורשות עבודה ולא רק כלפיה באופן אישי. אשר לעניינה, נמצאו בתדפיסי המחשב רישומים אלה: שמה של המערערת, תאריך הפנייה לחברה 22.4.07 ובצידו רישום¹¹ כהאי לישנא: "רכזת החברה אלה ק.: "נכנסה באופן אקראי לסעיף – בחורה בחושע (צ"ל "בחודשי" – נ.א.) הריון מתקדמים – אמורה ללדת ביוני. מעוניינת במשרות בתחום השיווק והמכירות, בוגרת B.A. בעבודה סוציאלית אך פחות מתעניינת בתחום. עם צ"ש של 7500, בחורה מעט אנמית לא כ"ל אנרגטית ועם כושר ביטוי מוצע, לא מכירתית. אמורה לשלוח את קו"ח במאיל. [כלשון הכתוב – נ.א.] כיוון שבחודשי הריון מתקדמים – אין כרגע מה להציע."

ברישום מתאריך 23.4.07 – "דוח הערות על פי חתך" שנעשה לכאורה על ידי הרכזת אלה ק. מצוין שמה של המערערת ו"פרטי הערה": "להתקשר ולוודא האם מחפשת עבודה ולהציע את מה שרלוונטי". בעמודות של "תאריך ההערה" ו"תאריך פגישה" רשום 1.12.07.

ברישום מתאריך 6.7.07 – "דוח הערות על פי חתך" מתאריך 6.7.07 רשום שמה של המערערת ולצידו ההערה דלעיל, עם אותם תאריכי יעד, ובסמוך לשמה של הרכזת אלה ק. כתוב: "להתקשר ולוודא האם מחפשת עבודה ולהציע את מה שרלוונטי" ובעמודות "תאריך ההערה" ו"תאריך פגישה" רשום 1.12.07.

הבקשה למתן צו לתפיסת חומר מחשב אצל החברה

6. בבקשה לאישור התובענה הייצוגית, טענה המערערת כי החברה "פוסלת דורשות עבודה אך ורק על רקע הריון ונוהגת כך דבר שבשיטה ובמדיניות גורפת" כאשר "רכזים" עובדי החברה מציינים "בכרטיסים האישיים של דורשות העבודה את עובדת היותן בהריון על מנת שלא להציע להן עבודה".

⁸ בש"א 1207/08.

⁹ בש"א 1209/08.

¹⁰ סעיף 16 לבקשה לאשר הגשת תובענה ייצוגית.

¹¹ הדגשה שלנו – נ.א.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

במסגרת בקשה זו ולשם הוכחתה "על מלוא היקפה" הגישה המערערת בקשה דחופה במעמד צד אחד למתן צו לתפיסת חומר מחשב לצורך הליך אישור התובענה כתביעה ייצוגית, לפי סעיף 387א לתקנות סדר הדין האזרחי, בה התבקשה "העתקת חומר המחשב של החברה, אשר בידיה דוגמאות בלבד ממנו" (להלן גם: בקשת התפיסה).

לשם ביסוס בקשת התפיסה וכראיה לכאורה לנטען בבקשה לאישור התובענה הייצוגית, צירפה המערערת לבקשת התפיסה את תדפיסי המחשב שברשותה, ובהם רישום שמותיהן של פונות בבקשת עבודה, פרטיהן עמודות "פרטי הערה", "תאריך הערה" ו"תאריך פגישה". במסגרת זו, הובאו ציטוטים נבחרים מן הרישומים בתדפיסי המחשב ובהם אלה שלהלן:

- 4.3.07 – "לא יכול להציע לה שום דבר מאחר והבחורה בהריון".
- 18.4.07 – "לא להפנות בהריון".
- 27.4.07 – "המועמדת הגיעה לראיון בהריון !!!!!!!!!!! לא להפנות..."
- 6.5.07 – "שלחה קו"ח לש"ל אשראי – מאחר ובהריון, לא מתאימה כרגע".
- 7.5.07 – "הבחורה בהריון !!!!!!!!!!!!!!! בחודש 3 בערך מחפשת זמניות לעד 4 חודשים. אני לא מתעסקת".
- 7.6.07 – "חזרה אלי, אבל מסרתי לה שהמשרה באפקון לא אקטואלית (למרות שכן), מי פתאום שמתני לב שיש הערה שהיא בהריון, אולי כבר ילדה, לא ניתן לדעת, לכן כרגע איני מפנה את קו"ח שלה".
- 20.6.07 – "שלחה קו"ח למשרת תלר – לא אקטואלי בהריון".
- 21.6.07 – "דיברתי עם אחותה, אפרת בהריון, אם היא מתקשרת לא להפנות !!!!!!!!!!!"
- 3.7.07 – "נמצאת בחודש הרביעי להריונה. לא להפנות".

עיון בתדפיסי המחשב שצורפו לבקשה, מעלה רישומים רבים נוספים ממין אלה, שהכתוב בהם מדבר בעד עצמו.

הסעדים המבוקשים בצו התפיסה

7. חומר המחשב שתפיסתו התבקשה הוגדר על ידי המערערת כמידע ה"כולל אך ורק נשים אשר פנו בהיותן בהריון לתבעת וכן פרטי הנשים אשר פנו לתבעת ולגביהן יש בידי המבקשת נתונים"¹² לתקופה של 12 חודשים בלבד, בהתאם לתקופה מושא הליך התובענה הייצוגית¹³.

הסעדים להם עתרה המערערת, היו, בין היתר, אלה: מינוי תופס נכסים אשר יפעל בשיתוף עם מומחה בתחום המחשבים (בשם הנקוב), תוך שצוין, כי "אין בין תופס הנכסים לבין מי מבעלי הדיון קשר אישי או מקצועי" ובצירוף כתב הסכמה למינויו. המינוי, כאמור, התבקש "לצורך חיפוש, תפיסה, צילום, העתקה, העתקה, הוצאה, החזקה ואחסון של מסמכים מכל מין וסוג שהוא וכן מידע על גבי מדיה מגנטית, המצויים במשרדי המשיבה ואשר נוגעים

¹² סעיף 12 לבקשה דחופה למתן צו לתפיסת חומר מחשב.

¹³ סעיף 20 לתובענה הייצוגית; וראו גם פרוטוקול הדיון מיום 3.4.08 – עמ' 3.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

לענייני המבקשת "התובענה הייצוגית" (להלן: המסמכים); שמירת המסמכים תהיה לפי שיורה בית הדין; מומחה המחשבים יהיה רשאי לשמור במשרדו את חומר המחשבים לשם בדיקה אשר תוצאותיה "יכללו בדוח שיוגש לבית הדין" על ידי תופס הנכסים "לא יאוחר מ-7 ימים ממועד הפעולות המפורטות עם העתק למבקשת ולמשיבה..."; בנוסף, ו"על מנת שלא לרוקן את הצו המבוקש מתוכו, על מנת לאפשר לתופס הנכסים להיערך לביצועו של הליך התפיסה ועל מנת שלא לאפשר למשיבה לסכל את ביצועו של הליך התפיסה" הוסיפה המערערת ועתרה להורות על איסור פרסום ודיון בדלתיים סגורות בתובענה, בבקשת התפיסה ובבקשה לאישור התובענה הייצוגית "עד לאחר שתופס הנכסים יבצע את פעולות החיפוש, התפיסה, ההוצאה, ההחזקה והאחסון של המסמכים ממשרד המשיבה, כמבוקש, פעולה שהמבקשת מעריכה שתאריך לא יותר מ-72 שעות".

החלטת בית הדין האזורי

8. הבקשה לתפיסת חומר מחשב נדחתה על ידי בית הדין האזורי בתל אביב (השופט נטע רות ונציגי ציבור מר ברוך אייזנברג ומר יעקב בר-נר; בש"א 1207/08; עב' 3469/08) בהחלטה מיום 5.3.08, תוך שנקבע בה כך:

1. "נראה לנו כי מתן הצו של תפיסת חומר המחשב בנסיבות המפורטות בבקשה – צו הפוגע בזכות הקניין ובזכות הפרטיות – יהיה בבחינת הושטת סעד בלתי מידתי.
2. מעבר לכך, סבורים אנו כי העתרות לבקשה עלולה לפגום גם בזכות הפרטיות של צדדים שלישיים שאינם צד לבקשה.
3. יוער בהקשר זה כי ספק בעינינו האם אין בצירוף המסמכים כפי שצורפו לבקשה משום פגיעה בלתי ראויה בפרטיות של צדדים שלישיים.
- אי לכך, הבקשה נדחית.
4. העתק מהבקשה ישלח למבקשת בלבד."

9. בהחלטתו מיום 6.3.08 שעניינה בבקשה לאישור התביעה כתובענה ייצוגית, חייב בית הדין האזורי את המערערת במסירה אישית לחברה של העתק מכתב התביעה ומהבקשות שהוגשו בתיק, ונקבעו מועדים להגשת תגובת החברה לבקשה לאישור הגשת תובענה ייצוגית, ולדיון בבקשה גופה שנועד ליום 2.7.08.

10. בהחלטה מיום 9.3.08 נעתר בית הדין האזורי לבקשת המערערת לדחיית ביצוע ההחלטה ולמתן צו איסור פרסום על החלטתו וקבע:

"מאחר ודחיית הביצוע הינה נדרשת על מנת שלא לרוקן מתוכו את הליך בקשת רשות הערעור, הרינו נעתרים לבקשה ומורים על איסור פרסום ההליכים בתביעה ובבקשה שהוגשה במסגרתה עד לחלוף המועד להגשת בר"ע על ההחלטה מיום 5.3.08 וכן על דחיית מועד המסירה האישית של התביעה והבקשות שבמסגרתה עד לאחר מתן ההחלטה בבקשת רשות הערעור שבכוונת המבקשת להגיש.

המבקשת תודיע לבית הדין את עמדתה ביחס להמשך ההליכים עד ליום 15.4.08."

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

11. בקשת רשות ערעור שהגישה המערערת על החלטת בית הדין האזורי והבקשה לקיום הדין בדלתיים סגורות התקבלו בבית דין זה, אשר הוסיף וקבע כי "בשלב זה, ועד למתן ההחלטה אחרת על ידי מותב בית הדין זה, לא יפורסם שום פרט הנוגע להליך זה"¹⁴. בהתאם, נדון הערעור לפנינו בהיעדרה של החברה המשיבה ובדלתיים סגורות.

הערעור

12. בערעורה הלינה המערערת על שנדחתה בקשתה לתפיסת חומר ממחשב החברה, פירטה את הטעמים המצדיקים מתן הסעד המבוקש, ועתרה למתן "צו לתפיסת חומר מחשב כמפורט בבקשה לתפיסת חומר מחשב"¹⁵. עיקר טענותיה, באלה:

- **בית הדין האזורי לא נתן את המשקל הראוי לחומר הראיות שצורף לבקשה ולתפיסת חומר במחשב** ה"מבסס במידה רבה את עילת תביעתה" האישית כלפי החברה "בגין הפלייתה עקב הריונה וכן את בקשתה לאישור תביעתה כתובענה ייצוגית"; חומר הראיות מוכיח, כי החברה "מפלה באופן גורף ורחב נשים הרות, הפונות אליה לקבלת עבודה; חומר הראיות מוכיח, כי מדובר במדיניות" של החברה כלפי נשים הרות "ולא במקרים בודדים"; וכי "ההפליה שחוותה היא כפונה בודדה לחברה בבקשת עבודה בהיותה בהריון, הייתה הפליה גורפת כחלק ממדיניות של החברה להפלות נשים בהריון על דרך של הימנעות מהעסקתן ומהפנייתן למשרות אך ורק עקב הריונן".
- **בית הדין האזורי לא בחן את סיכויי התביעה ואת סיכויי התובענה הייצוגית.**
- **ניכרת חשיבות לניהול התובענה כתובענה ייצוגית לשם הוכחת ממדי הפליה והיקפה.** החברה דחתה נשים שפנו בבקשת עבודה בשל הריונן, ו"הטעתה במכוון את הנשים ההרות, על מנת ליצור כלפיהן מצג שווא, כי היא בוחנת את האפשרות להעסיקן, בעוד שבפועל פסלה אותן על הסף"; נשים רבות אינן מודעות כלל לכך שהופעלו לרעה בשל הריונן, ולא מן הנמנע שכל תובעת הייתה נתקלת בקושי רב להוכחת ואזכורי המדיניות המפלה אצל חלק מהתובעות, משמשת משקל מצטבר להוכחת אפליה כלפי כל פונה ולהוכחת המדיניות המפלה ככלל".
- **הקלות הרבה בה יכולה החברה להשמיד את הראיות** המעידות על הפליית הנשים ההרות שפנו אליה "על ידי מחיקת ההערות שנרשמו בכרטיסיהן" או שינוי הנתונים; קיים "סיכון גבוה" שהחברה תמחק את הרישומים בכרטיסי הפונות כדי "להתחמק מלתת את הדין על מעשים המפלים". וזאת, בשל הסיכון הכלכלי הכבד שהתובענה הייצוגית מעמידה בפני החברה והחשש מפני הליכים פליליים שיינקטו נגדה;
- **השמדת הרישומים** בכרטיסי הפונות ככל שהם מתייחסים להריון, משמעותה "פגיעה חמורה ביכולת המערערת להוכיח את היקף הנזק ואת התנאים לאישור תביעתה כתובענה ייצוגית".

¹⁴ בש"א 203/08 הוגשה ביום 20.3.08, החלטת הנשיא מיום 25.3.08.

¹⁵ סעיף 136 לבקשת רשות הערעור.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

- האיזון הראוי בין הזכויות והאינטרסים המתנגשים של המערערת ושל החברה, מחייב מתן משקל יתר למעמדה החוקתי של הזכות לשוויון אשר הופרה על ידי החברה "באופן חמור, בוטה ומתמשך"; מנגד אין ליתן משקל יתר לזכות הקניין של החברה, המוטלת בספק. שכן, קיימת אפשרות כי אותן נשים לא נתנו זכות בלעדיות לחברה, ו"ללא ספק פנו לחברות כוח אדם או מעסיקים אפשריים אחרים" במקביל; לחלופין, הפגיעה בזכותה הקניינית של החברה "נסוגה בפני עוצמת הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון", תקנת הציבור והזכות להוכחת ההפליה הנטענת;

אף אין ליתן משקל יתר לזכות החברה לפרטיות "בנסיבות בהן הזכות לפרטיות משמעותה הגנה על עבירות פליליות ועוולות אזרחיות בניגוד לתקנת הציבור". ככל שקיימת פגיעה בפרטיות מדובר ב"פגיעה מוגנת" לאור העניין הציבורי שבחשיפת הפליה נגד נשים להוכחת ההפליה.
- זכויותיהן של נשים אחרות שפנו לחברה בהיותן בהריון, כצדדים שלישיים להליך. בית הדין האזורי טעה "משנתן משקל יתר לזכות הפרטיות של הפונות" ולא שקל את זכויותיהן החוקתיות "לרבות זכותן לשוויון ולכבוד מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק; וזאת, במסגרת תפקידו של בית הדין "להוקיע ולטול חלק במאבק לשרש תופעות חמורות של אפליית נשים, לרבות אפליית נשים בהריון, כעולה מחומר הראיות".
- בית הדין האזורי דחה כליל את הבקשה למתן הצו מבלי שבחן "כל אפשרות להטלת מגבלות על הצו". ניתן היה ליתן צו "הכולל מגבלות שהיו מונעות או מקטינות למינימום ההכרחי כל פגיעה בזכות הקניין ובזכות לפרטיות, לרבות הזכות לפרטיות של צדדים שלישיים". המערערת ביקשה לעיין אך ורק בכרטיסי פונות, בהם רשמה החברה במפורש כי הן בהיריון "וזאת על מנת ללמוד על היקף ההפליה ועל מספר הנשים שהופלו" על ידי החברה. למימוש מבוקשה זה, הציעה המערערת כי "תפיסת חומר המחשב תיעשה באמצעות כונס נכסים (שאינו קשור אליה) ואיש מחשבים מיומן וזאת על מנת לאפשר הטלת מגבלות של שמירת סודיות על כונס הנכסים ולמנוע מצב בו מידע שייפס "יהפוך לנחלת הכלל" ו"למנוע נזק למערכת המחשב" על החברה.
- אין להתעלם "מהפסיקה הקיימת לעניין החשיבות והצורך במתן צו גילוי מסמכים בשלב המוקדם, טרם אישור התובענה כתובענה ייצוגית" בשל כך שהמידע הרלבנטי להוכחת מלוא היקף התובענה וההפליה, והמידע להוכחת עצם התקיימות התנאים לאישור התביעה כתובענה ייצוגית, נמצא "בשליטה מלאה" של החברה "ובחזקתה הבלעדית"; ו"מידע זה נדרש לשם הוכחת התקיימות תנאי הסף לאישור התובענה כתובענה ייצוגית".
- המערערת הוכיחה את כל התנאים המצדיקים תפיסת חומר. הוכחה עילת תביעה על בסיס ראיות מהימנות לכאורה; מאזן הנוחות נוטה לטובת המערערת; ומתקיימים שיקולי יושר, חשש ממשי להעלמת הנכסים או השמדתם והכבדה ממשית על ההליך המשפטי.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

- **בדיון לפנינו הוסיפה המערערת וטענה¹⁶**, כי בתדפיסי המחשב המצורפים לבקשה לאישור תובענה ייצוגית ולתביעה, נמצאו רישומים המעידים על פניהם על הפליה, כאשר, אין ולו "מקרה אחד" של אישה שנרשם כי הודיעה שהיא בהריון, והופנתה לקבלת עבודה. במענה לשאלת בית הדין הוסיפה וציינה, כי רישומים המתייחסים לנשים בהריון שאינם מעידים על הפליה, הם משני סוגים: של נשים אשר בעת פנייתן לחברה מודיעות בלבד על הריוןן, אולם אינן מבקשות השמה לעבודה; ומספר מצומצם של מקרים בהם נרשם דיווח של נשים עובדות, שאינן מבקשות השמה בעבודה, אלא מוסרות דיווח בלבד על הריוןן במהלך עבודתן בפועל.

דיון והכרעה

13. הילוכו של הדיון בערעור שלפנינו יהא זה: נפתח במהותו ונפקותו של הסעד המבוקש בערעור לתפיסת חומר מחשב בחצרי המשיבה לפי תקנה 387 לתקנות סדר הדין האזרחי (להלן: **צו חיפוש ותפיסה**); נפנה למסגרת הנורמטיבית בדיון הכללי בנוגע לצו חיפוש ותפיסה בחוק עוולות מסחריות ובתקנות סדר הדין האזרחי; נעמוד על ההסדר הנורמטיבי אשר יחול בבית הדין לעבודה, במתן הצו בתובענה שעילתה אינה בחוק עוולות מסחריות, ממין זו מושא הערעור; מן הכלל נעבור אל הפרט, תוך שנבחן האם, בנסיבות המקרה שלפנינו, מתקיימים התנאים הנדרשים בתקנות סדר הדין האזרחי ובחוק תובענות ייצוגיות, למתן הסעד המבוקש; ונסיים, בהוראות הנדרשות לביצוע הצו גופו.

פרק ראשון: מהותו ונפקותו של צו חיפוש ותפיסת נכסים

14. צו חיפוש ותפיסת נכסים, מקורו בהלכה הפסוקה באנגליה, בפרשת אנטון פילר¹⁷ ומכאן הכינוי שניתן לצו מסוג זה גם בשיטתנו המשפטית (להלן גם: **צו אנטון פילר**). בשנת 1997 הוסדר הצו באנגליה בחקיקה ראשית¹⁸ בנוסף להנחיות בית המשפט העליון שם¹⁹. בראשיתו – נעשה שימוש בצו אך ורק במסגרת הליכים שעניינם הפרות של זכויות יוצרים. לצורך תפיסת האובייקטים, שבהם מתבטאת ההפרה²⁰, בהקשר של עוולות מסחריות, כצו אשר "נועד לאפשר למי שזכותו נפגעה כניסה לחצרים של החייב, על-מנת לאתר ולתפוס מוצרים המפרים זכויות בקניין רוחני, וראיות ביחס לכך".²¹ "מאוחר יותר הורחב השימוש בצו אל

¹⁶ על פי פרוטוקול הדיון מיום 3.4.08.

¹⁷ Anton Piller v. Manufacturing Processes Ltd. [1976] 1 All E.R.779;

¹⁸ E.M.I Ltd. v. Pandit [1975] 1 W.L.R. 302

¹⁸ Civil Procedure Act 1997, s. 7

¹⁹ The Practice Direction [1996] 1 W.L.R. 1552

²⁰ המי' (ת"א) 5530/91, ת.א. 798/91 רותם חברה לביטוח בע"מ נ' נחום ראודור: אישיות חברה לביטוח בע"מ ואח', פ"מ תשנ"ב(3) 15 (להלן: **עניין רותם**).

²¹ מיגל דויטש, עוולות מסחריות וסודות מסחר, נבו הואצה לאור, תשס"ב – 2002 (להלן: **מיגל דויטש**), בעמ' 71; לדיון בסעד זה בדיון האנגלי, בהקשר לסודות מסחריים, ראו: Dean, בעמ' 71; לדיון בסעד זה בדיון האנגלי, בהקשר לסודות מסחריים, ראו: Dean, בעמ' 478-449; וראו: K. Alexander "The Mareva Injunction and

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

מעבר לתחומי הקניין הרוחני, ונעשה בו גם שימוש במסגרת תביעות אחרות לצורך תפיסה של ראייה או ראיות חשובות לצורך הוכחת התביעה. זאת, במקרים בהם יש יסוד חזק להאמין שאין דרך אחרת להבטיח את הגישה לראיות אלו, כלומר, בעיקר במקרים בהם קיים חשש שהנתבעים ישמידו או יסתירו את הראיות (ראה פסק הדין (yousif v. Salama (1980) [1].²²

תכליתו של צו חיפוש ותפיסה אזרחי מסוג אנטון פילר "לאפשר לתובע לשים את ידו על מסמכים המצויים בחזקת הנתבע ואשר קיים חשש כי יועלמו או יושמדו"²³ כאשר ייוודע לנתבע שבעל עילת התביעה מודע להפרת הוראות הדין כלפיו. מטעם זה, ניתן הצו דרך כלל במעמד צד אחד (ex parte). מטרת הצו היא תפיסת חומר ספציפי הנמצא בידי המשיב נגדו מכון הצו, ולא חיפוש כללי של ראיות ו"דיגי" שאינם מתיישבים עם אופיו של הצו. כפי שנאמר בעניין **hytrac conveyors**²⁴:

Those who make charges... Must not use anton pillar orders as a means of finding out what sort of charges they can make.

הצו מכון לניהול הליך משפטי יעיל באופן שאפשר יהיה למצות בירור התובענה על ידי הבטחת תפיסת נכסים הדרושים לבירור ההליך, והכול טרם שהתבררו הזכויות וניתן ספק הדין. בכך, שונה צו חיפוש ותפיסה, מסעד של כינוס נכסים אשר נועד לאפשר שמירה וניהול של נכסים הדרושים לביצוע פסק הדין²⁵. כפי שציין השופט ניל הנדל בעניין **רונן עמר**²⁶:

"**המיקוד בצו אנטון פילר הינו ההליך עצמו. הראיה על המשפט ולא על תוצאותיו.**" לפיכך "בכל מצב על המבקש צו אנטון פילר להוכיח שהנכס דרוש לשם בירור התובענה. היעד הוא הבירור, מלאכת הערכאה המבררת ולא מלאכת לשכת הוצאה לפועל". עם זאת, ובהיותו צו זמני²⁷, אישי (*in personam*) מהווה הפרת צו חיפוש ותפיסה בזיון בית משפט²⁸.

יש להטעים, כי צו חיפוש ותפיסה "הוא מן הסעדים הדראסטיים שבסמכותו של בית המשפט להעניק"²⁹. זאת, מן הטעם שהפעלתו "כרוכה בפגיעה בפרטיות, בחדירה לרשות הפרט, בסכנה של חשיפת סודות מסחריים, ובשיתוק או בפגיעה חמורה בפעילות עסקית"³⁰. "יתרה מזאת, מילוי אחר הוראות הצו ומסירת המסמכים לידי התובע, עלולים להסב לנתבע נזק בלתי הפיך גם באותם מקרים בהם בדיעבד יתברר בדין במעמד שני הצדדים, כי מתן

Anton Piller Order: The Nuclear Weapons of English Commercial Litigation" 11 *Fla.J. Int'l L.* 487 (1997)

²² עניין רותם לעיל.

²³ ע"פ 7543/97 דורון רז נ' מירי רז, ניתן ביום 7.9.99 (להלן: **עניין דורון רז**); המ' 1768/91, המ' 178/92 **אביבה שטרייכמן נ' ריצ'רד רוברטס**, פ"מ תשנ"ב(3) 304.

²⁴ hytrac conveyors [1982] All E.R. 3. 415

²⁵ עניין רותם לעיל; רע"א 11356/05, 11387/05 דף רץ **שירותי הדפסה בע"מ נ' D & Bb** – דן אנד ברדסטריט (ישראל) בע"מ, 10.4.07.

²⁶ בר"ע 650/04 **אתי כהן נ' רונן עמר**, פ"מ תשס"ג (1) 874, - בפסק דינו של השופט ניל הנדל (להלן: **עניין רונן עמר**), עמ' 880.

²⁷ מיגל דויטש, עמ' 80

²⁸ עניין דורון רז לעיל.

²⁹ עניין דורון רז לעיל; עניין רותם לעיל.

³⁰ עניין רותם לעיל.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

הצו בטעות יסודו.³¹ וכפי שציין חברי הנשיא אדלר בעניין חברת דייס בע"מ³²: "הצו המבוקש הינו צו פולשני היוצר פגיעה בזכות לפרטיות ויש לנהוג במשנה זהירות בטרם מתקבלת החלטה על נתינתו. זאת, במיוחד מקום בו מתבקש מתן הצו במעמד צד אחד וללא שמיעת טענותיו של מי שכנגדו מבוקש הצו."³³

הפסיקה בישראל מודעת לכך שצו חיפוש ותפיסה, וכינויו צו אנטון פילר הוא בבחינת nuclear weapon³⁴. בהתאם נקבע, כי "רק נסיבות מיוחדות במיין תצדקנה מתן צו כזה."³⁵

כדברי הלורד דנינג בפסק הדין בפרשת anton piller³⁵: "It is obvious that such an order can only be justified in the most exceptional circumstances".³⁶

וינוגרד בספרו³⁶: "צו כזה הוא מעצם טבעו צו דרקוני מרחיק-לכת ויכולה להיות לו השפעה הרסנית כלפי הנתבע, גם מסחרית וגם אישית. על כן, מלבד הצורך בהפקדת ערובה הולמת עם נתינתו, על בתי-המשפט לאחוז באמצעי זהירות רבים נגד ניצולו לרעה". בהתאם, נקודת המוצא המשפטית היא כי מתחייבת זהירות רבה בהענקת הצו, והשימוש בו ייעשה "במשורה, תוך איזון זהיר בין זכויות הצדדים"³⁷. וזאת, בשל חומרתו היחסים של צו חיפוש ותפיסה ונוכח חומרת השלכותיו על בעל דין שכנגדו הוא ניתן.

פרק שני: המסגרת הנורמטיבית למתן צו חיפוש ותפיסההדין הכללי

15. בפסיקה בישראל, אומץ בתחילה מן הדין האנגלי הסעד מסוג צו אנטון פילר. זאת, אשר ניתנה לסעד ממין זה גושפנקא בחקיקה ראשית, בסעיפים 16-20 לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999 (להלן: **חוק עוולות מסחריות**) ובחקיקה משנית – בתקנות עוולות מסחריות (סעדים וסדרי דין), תש"ס-1991.

בתיקון מס' 6 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (להלן: **תקנות סדר הדין האזרחי או התקנות**), בשנת 2001, הוחל הסעד של צו חיפוש ותפיסה על כלל ענפי המשפט האזרחי. לצורך הדיון שלפנינו, פרט להלן את הוראות הדין הנוגעות לענייננו.³⁸

בסעיף 16(א) לחוק עוולות מסחריות נקבע:

³¹ עניין דורון רז לעיל.

³² ברע 1597/02 חברת דייס בע"מ – פיטר גרנר, ניתן ביום 25.12.02.

³³ Bank Mellat v. Nik pour [1985] F.S.R. 87, 92.

³⁴ עניין רותם חברה לביטוח לעיל.

³⁵ hytrre conveyors [1982]. All c.r 3. 415

³⁶ וינוגרד, צווי מניעה.

³⁷ ברע 727/07 צ'קפוינט מערכות (ישראל) בע"מ – גולן טסה החלטת הנשיא סטיב אדלר מיום 10.12.07; וכן ראו:

בש"א 814/05, ת"א 7076/05 אורבוטק בע"מ נ' קמטק בע"מ, ניתן ביום 27.2.05 – פסק דינו של השופט משה גל.

³⁸ ההדגשות להלן אינן במקור – נ.א.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

"הוכח להנחת דעתו של בית המשפט, בתצהיר או בעדות אחרת, כי קיים חשש של ממש לביצועה של עוולה, רשאי הוא למנות, בצו, כונס נכסים ולהסמיכו להיכנס לחצרים המוחזקים על ידי הנתבע או על ידי אדם אחר שאינו הנתבעת (להלן – צד שלישי), לשם חיפוש ותפיסת נכסים אשר הופקו תוך ביצוע העוולה או שימש ולביצועה, או לשלם תפיסת ראיות אשר קיים חשש סביר להעלמתו; בחיפוש ובתפיסה לפי פרק זה, של מחשב, חומר מחשב או פלט, כהגדרתם בחוק המחשבים, התשנ"ה – 1995, יחולו הוראות סעיפים 23 א ו- 32 (ב) לפקודות סדר הדן הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש] התשכ"ט – 1969, בשינויים המחויבים".

בסעיף 17 לחוק עוולות מסחריות נקבע, כי בית המשפט רשאי לתת את הצו במעמד צד אחד, אם הוכח להנחת דעתו, בתצהיר או בעדות אחרת, כי קיים חשש סביר כי השהייה עד לדיון במעמד הצדדים עלולה לגרום למבקש נזק חמור או להעלמת הנכסים. ניתן הצו במעמד צד אחד, יתקיים הדיון במעמד שני הצדדים בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ- 7 ימים מיום מתן הצו, אלא אם כן קבע בית המשפט מועד מאוחר יותר, מטעמים מיוחדים שיירשמו.

בתיקון מס' 6 לתקנות סדר הדין האזרחי³⁹ נקבעה תחולתו של סעד ביניים של חיפוש ותפיסה על כלל ענפי המשפט האזרחי. זאת, בין היתר, בהוראות אלה:

בפרק כ"ח לתקנות שכותרתו: סעד ביניים, נקבע בסימן א' בתקנה 362(א):

" הוגשה בקשה למתן סעד זמני במסגרת תובענה, רשאי בית המשפט ליתן את הסעד המבוקש, אם שוכנע, על בסיס ראיות מהימנות לכאורה בקיומה של עילת התובענה ובקיום התנאים המפורטים בהוראות המיוחדות בפרק זה, הנוגעים לסעד הזמני המבוקש."

בסימן ב'1 שכותרתו: "תפיסת נכסים וכינוס נכסים זמני" מורה תקנה 387 א:

"(א) בית המשפט רשאי בצו, בכפוף להוראות סימן א', למנות אדם לשם ביצוע חיפוש, צילום, העתקה או תפיסה של נכסים המצויים בחצרים (להלן – תופס נכסים) אם שוכנע על בסיס ראיות להימנות לכאורה כי קיים ממשי שהמשיב או אדם אחר מטעמו עומד להעלים את הנכסים או להשמידם, וכי הדבר יכביד באופן ממשי על קיום ההליך.

(ב) בית המשפט רשאי להורות בצו לאדם לאפשר לתופס נכסים כניסה לחצרים שהוא מחזיק בהם, לשם ביצוע הפעולות המפורטות בצו שניתן על פי תקנת משנה (א) (להלן – צו כניסה לחצרים).

(ג) מונה תופס נכסים לפי תקנה זו, יחולו הוראות תקנות 389, 391 ו-392, בשינויים המחויבים.

(ד) בתקנה זו, נכסים – נכסים המהווים ראיות או הדרושים לשם ברור התובענה."

³⁹ תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 6), תשס"א – 2001, ק"ת 976.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

הסדרי הביצוע של צו חיפוש ותפיסת חומר מחשב כפי שנקבעו בהוראות חוק עוולות מסחריות, מוצאים ביטויים גם בתקנות 387ג – 387ז' לתקנות סדר הדין האזרחי. לפיהם, הוראות מפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) יחולו גם על צו אזרחי המתיר חיפוש ותפיסת חומר במחשבים. בהתאם, ובכפוף לתקנות סדר הדין האזרחי, יקבע בית המשפט ובית הדין לעבודה בכלל זה, הוראות מפורשות בעת הוצאת צו חיפשו ותפיסת חומר מחשב ובהן: היתר לתפוס מחשב או חומר מחשב של מי שגדו מכוון הצו; ההגבלות אשר יחולו על אותו היתר; תנאי החיפוש ומטרותיו; ביצוע חיפוש ותפיסה על ידי "בעל תפקיד מיומן לפעולות אלה"; וחובת סודיות החלה על תופס הנכסים, בדבר הנכסים שנתפסו; הגשת דין וחשבון על ביצוע הפעולות, והתייחסות לאופי הנכסים הנתפסים מכח חיפוש בחומר מחשב.

16. ככלל, ניתן להבחין בשוני מהותי בתפיסה שביסוד הוראות הדין לפי חוק עוולות מסחריות לבין אלה שבתקנות סדר הדין האזרחי. כך, בעת חקיקת חוק עוולות מסחריות הייתה התפיסה הרווחת שסעד של חיפוש ותפיסה מחייב זהירות מיוחדת, וכי על כן נדרש צמצום תחולתו החקיקתית והסדורה לנטילת רכושו הרוחני בלבד של הזכאי, בעוולות של גזל סוד מסחרי וגניבת עין. במסגרת זו, נקבעו בחוק עוולות מסחריות שני תנאים מצטברים למתן הצו: "חשש של ממש לביצוע של עוולה" מושא התובענה ו"חשש סביר" להעלמת ראיות שתפיסתן נדרשת.

הנחת המוצא שבחוק עוולות מסחריות ותקנותיו, השתנתה במסגרת הרוויזיה בתקנות סדר הדין האזרחי ביחס לסעדים זמניים. בתוך כך, נקבעה תחולה עקרונית רחבה לסעד חיפוש ותפיסה בהוראותיו של סימן ב'1 בנוגע ל"תפיסת נכסים וכינוס נכסים זמניים". מתן סעד ביניים זמני של חיפוש ותפיסה מותנית בתנאים המצטברים שבתקנה 387א הנדרשים להוצאת הצו ובהם: "חשש ממשי" מפני העלמת ראיות שיש בה "הכבדה ממשית" על קיום ההליך. זאת, בשונה מסעדים זמניים אחרים, אשר נועדו בעיקר להטיח מימוש פסק הדין.

בהתאם, ומאז תיקון 6 לתקנות סדר הדין האזרחי ותקנה 387א בכללן, קיימת אבחנה בין סעדים כלליים של חיפוש ותפיסה, אשר היו לנחלתו של המשפט האזרחי בכללותו, לבין סעדים ספציפיים מסוג זה, לפי חוק עוולות מסחריות ותקנותיו.

בנסיבות המקרה שלפנינו, משאין מדובר בסעד ספציפי הבא בגדר חוק עוולות מסחריות ותקנותיו, יחולו ההוראות הכלליות שבתקנות סדר הדין האזרחי בכל הנוגע למתן צו חיפוש והתפיסה המבוקש. אי לכך, נפנה לבירור התנאים הנדרשים להוצאת הצו, שיסודם בתקנה 387א(א) לתקנות.

פרק שלישי: התנאים בתקנות סדר הדין האזרחי למתן צו חיפוש ותפיסהההיבט החוקתי של הוראות התקנות

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

17. לאור עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ונוכח אופיו הפולשני של הצו, אין חולק על כך ש"אמת המידה החוקתית אשר בה יצטרך המבקש לעמוד כדי לזכות בסעד זה הינה הגבוהה ביותר הנדרשת בסעדים זמניים למיניהם"⁴⁰ ומתן צווי חיפוש ותפיסה יהא במשורה. זאת, לאחר שיעשה האיוון בין האינטרסים המתנגשים של העותר לצו המבקש למנוע העלמת נכסים או ראיות, או השמדתם, מחד גיסא, לבין האינטרסים של הנתבע, שלא ייפגעו מעבר לנדרש, זכויות היסוד שלו לפרטיות ולקניין, מאידך גיסא. בהקשר זה נציין כי **בפרשת Chappel⁴¹** בה נדונה חוקתיותו של צו אנטון פילר בבית הדין האירופאי לזכויות האדם, נקבע כי הצו אינו סותר את הזכות לפרטיות הקבועה בסעיף 8 לאמנה האירופאית לזכויות האדם, אולם נדרש איוון ראוי בין זכויות התובע הטוען להפרה ובין זכויות הנתבע, שנגזז ניתן הצו הפולשני מבלי לשמוע את עמדתו. מערך האיזונים החוקתי הנדרש, מוצא ביטוי במיוחד בהוראותיה של תקנה 387א לתקנות סדר הדין האזרחי, המחייבת קיומם של שלושה תנאים מצטברים למתן סעד זמני של חיפוש ותפיסה, ותחולתם של תנאים אלה תיבחן על בסיס נסיבותיו של המקרה הנדון, בשים לב לעיקרים מנחים אלה:

- **האם למרות הפגיעה בזכות לפרטיות או לקנין של הנתבע, הסעד המבוקש הוא לתכלית ראויה;**
- **האם הסעד עונה על דרישת המידתיות.** כאשר אין ניתן להשיג את עיקר המטרה בנקיטת אמצעים פחות חמורים ופוגעניים בנתבע, והפגיעה בו אינה עולה על הנדרש;
- **בחינת מאזן הנזקים.** האם נזק מאי נתינת הצו, יוכל לבוא על תיקונו בפיצוי כספי בתום ההליך; האם הנזק ממתן הצו לבעל הדין אליו מכוון הצו יכביד ויקשה על התנהלותו; סיכול התנהלותו ורווחיותו של המשיב גדו מכוון הצו – ככל שמדובר בנתבע שהוא חברה – בחינת השלכות מתן הצו על השקעות החברה ועל היקף פעילותה העסקית.
- **האינטרס הציבורי ותקנת הציבור בקיום ההליך המשפטי, והבטחת שמירת "הנכסים למיצוי בירור התובענה.**

על רקע האמור לעיל, נפנה לבחינת הסעד של צו ל"תפיסת נכסים" על בסיס התנאים הנדרשים בתקנות סדר הדין האזרחי. במיוחד ניתן דעתנו להוראות תקנה 387א(א) לתקנות, בהן נקבעו התנאים המוקדמים למתן הצו, במסגרתם, נדרש המבקש לשכנע את בית המשפט בקיומן של "ראיות מהימנות לכאורה כי קיים חשש ממשי שהמשיב או אדם אחר מטעמו עומד להעלים את הנכסים או להשמידם, וכי הדבר יכביד באופן ממשי על קיום ההליך". על מהותם של התנאים המצטברים הנדרשים להוצאת הצו, נעמוד להלן בפירוט הנדרש לענייננו.

⁴⁰ דודי שורץ, סדר דין אזרחי חידושים, תהליכים ומגמות, שער רביעי: סעדים זמניים, פרק 21: תפיסת נכסים, עמ' 481 (להלן: דודי שורץ, חידושים, תהליכים ומגמות).

⁴¹ Chappel v. the United kingdom (1989) F.S.R 917;

בדלתיים סגורות – איסור פרסוםתנאי מוקדם לצו התפיסה – בחינה לכאורית של טיב העילה וסיכויי התביעה

18. לפי המתחייב מהוראתה של תקנה 362(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, על מבקש סעד זמני, באשר הוא, למלא אחר תנאי מוקדם והוא שיבסס בקשתו על "ראיות מהימנות לכאורה בקיומה של עילת התובענה". דרישה זו חלה גם על בקשת סעד זמני בבקשה ל"תפיסת נכסים, בהתאמה הנדרשת, ולפיה נדרש מבקש הצו לבסס את **סיכויי התביעה העיקרית**⁴² **ולהראות כי יש לו עילת תביעה טובה נגד המשיב, שאת נכסיו מבקשים לתפוס**. במסגרת בחינת סיכויי ההליך העיקרי, על מבקש הצו לעמוד בנטל הוכחה מוגבר ולהראות an extremely strong prima facie case. התנאים והשיקולים להם יתן בית הדין דעתו במסגרת בחינת סיכויי התביעה והוכחתם, יהיו, בין היתר, אלה המפורטים להלן.

19. לשם התמודדות עם הקושי של מתן צו במעמד צד אחד בהליך ex-parte, ובמיוחד כשהמדובר בצו חיפוש ותפיסה, חלה על המבקש חובת גילוי רחבה של עילת התביעה וביסוס מסכת העובדות "גם בנוגע לעובדות שאינן נוחות" לו⁴³ ואין להסתפק בתצהיה, בלבד, המצורף לבקשה או בהגשת כתב תביעה לצד הבקשה. נטל הראיה להוכחת סיכויי התביעה היא מושפע "ממידת הנזק העלולה להיגרם לנתבע ומנחיצות הראיות המבוקשות להוכחת התביעה."⁴⁴ במסגרת זו, ונוכח אופיו הפולשני של הסעד המבוקש, יופנה הצו אך ורק כלפי בעל דין נגז מתבקש הסעד בתובענה העיקרית והצו שיינתן יהיה, ככל הניתן, בין תובעים לבין נתבעים המוגדרים ספציפית בהליך העיקרי.

בנוסף על חובת גילוי רחבה של עילת התביעה ובמצטבר, על הבקשה להיות מבוססת היטב. בנדון זה יבחן בית הדין האם הבקשה למתן הצו "מפרטת מסמכים ספציפיים ומסקנות ספציפיות, שעתידות להילמד מהם וכיצד אלו תשרתנה את התביעה."⁴⁵ בהתאם, יש לצרף לבקשה את הראיות המהותיות עליהן נשענת הבקשה והן משני סוגים אלה: ראיות מהימנות, לכאורה, להוכחת עילת התביעה; וראיות מהימנות, לכאורה, שנכסים המהווים "ראיות" לצורך הוכחת עילת התביעה, נמצאים בחזקת בעל הדין נגזו מכוחו הצו. ככל שאופי הבקשה כללי ובחינת השערה כללית גרידא, ואינה מבוססת דיה על ראיות שתסייענה לתביעה, לא יהא מתן הצו מוצדק.

בפירוט הבקשה והראיות, יהא כדי להבטיח כי מבקש הסעד פועל בתום לב ובניקיון כפיים, ואינו מנצל לרעה זכות דיונית.

הפירוט הנדרש, אף יבטיח כי הבקשה לצו התפיסה אינה למטרה פסולה של "דייג ראיות". בנדון זה נחזור ונטעים: צו חיפוש ותפיסה מכוחו לתפוס חומר ספציפי המצוי בידי המשיב

⁴² דודי שוורץ, חידושים תהליכים ומגמות, עמ' 483.

⁴³ דודי שוורץ, סעדים זמניים – קווים מנחי להפעלת שיקול הדעת השיפוטי, מחקרי משפט י"ג (2) 441 (להלן: **דודי שוורץ, סעדים זמניים**), בעמ' 448.

⁴⁴ אורן רכס, סודות מסחר והגבלת עיסוק, חלק שני, עמ' 1018;

Roamer Watch Co.S. M. v. African Textile Distributors [1980] R.P.C. 457.

⁴⁵ עניין רותם חברה לביטוח לעיל; ד"ר אליהו וינוגרד, צווי מניעה, עמ' 262 **והאסמכתאות שם**.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

לבקשה והנדרש לבירור התביעה. עשיית הצו קרדום לחפור בו לשם חיפוש כללי של ראיות שבידי הצד שכנגד, משרתת מטרה זרה לצו, שאין להתירה. במיוחד כן, נוכח אופיו הדרקוני והפולשני של הצו, ופגיעתו בפרטיותו של בעל הדין ובקניינו, ועל אחת כמה וכמה שעה שהוא ניתן במעמד צד אחד בלבד.

התנאי השני – חשש ממשי להעלמת הנכסים או השמדתם

20. תנאי נוסף ומצטבר שמציבה תקנה 387א(א) לתקנות הוא זה של "החשש הממשי". **לטעמי, יש לייחס את מירב המשקל לתנאי "החשש הממשי" וזאת, משני טעמים מצטברים אלה, העומדים האחד נגד משנהו: מחד גיסא, בשל החשד לפעילות שלא כדין לסיכול ההליך המשפטי, על ידי בעל הדין נגדו מכוון הצו; ומאידך גיסא – לאור מהותו של צו חיפוש ותפיסה ופגיעתו הפולשנית והקשה בזכות הקניין ובזכות לפרטיות של בעל הדין נגדו מכוון הצו.**⁴⁶

בבחינת מהותו של התנאי ל"חשש להעלמת ראיות" והתקיימותו, ייתן בית הדין דעתו, בין היתר, לשיקולים שלהלן:

א. "החשש הממשי" – מבחן הוודאות הקרובה. מקובל על דעתנו מבחן הוודאות הקרובה המוצע במאמרו של המלומד ד"ר דוד שוורץ⁴⁷ ולפיו: "אמת-המידה החוקתית שתידרש לשם איזון סעד פולשני זה עשויה להיות רמת שחשש בדרגה הגבוהה ביותר זו של ודאות קרובה". לאמור, כדי שיינתן צו חיפוש ותפיסת נכסים צריך שתתקיים רמת הסתברות של קירבה לוודאות לכך שהראיות שברשות הנתבע יועלמו⁴⁸. ודוק. **חשש בלבד אינו יוצר "אפשרות קרובה לוודאי"**⁴⁹ ו"עצם הגשת התובענה אינו ראיה מספקת לחשש כזה"⁵⁰. בהתאם לנוסח התקנה, המחמיר בדרישת החשש להעלמת הראיות לכדי מדרגה גבוהה ביותר של "חשש ממשי", ברי כי צו לחיפוש ותפיסת מסמכים, יינתן במקרים הנדירים ויוצאי הדופן בלבד.

ב. **האם מדובר בתפיסת ראיות או נכסים "הדרושים לשם בירור התובענה".** לפי הגדרה זו שבתקנות סדר הדין האזרחי, אפשרית, לכאורה, תפיסת ראיות או נכסים, גם אם אין מדובר בראיה ממש.

⁴⁶ וראו: דורון מנשה, סדר דין אזרחי: מגמות מרכזיות לקראת כינונה של פרספקטיבה חוקתית, עיוני משפט כב(1), 205, 215-216.

⁴⁷ דודי שוורץ, סעדים זמניים, בעמ' 450; וכן ראו: דודי שוורץ, חידושים, תהליכים, עמ' 482.
⁴⁸ לעניין מות החשש במשפט האנגלי ראו: 40, 405 [1980] 3 All E.R. Yousif v. Salama וכן ראו: עדי אזר, צווי "מריבה" ו"אנטון פילר", הפרקליט מא, 93, 99; נמרוד קוזלובסקי, המחשב וההליך המשפטי ראיות אלקטרוניות וסדרי דין, ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, התשס"א – 2000 עמ' 112, ה"ש 11 (להלן: קוזלובסקי); Steven Gee QC, Mareva Injunctions and Anton Piller Relief (Sweet & Maxwell, 4th ed., 1998) 249.

⁴⁹ ד"ר וינוגרד, עמ' 263.
⁵⁰ משה קשת, הזכויות הדיוניות וסדרי הדין במשפט האזרחי הלכה ומעשה, מהדורה 15, כרך ב', התשס"ז – 2007 (להלן: משה קשת), עמ' 917.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

"עם זאת, קשה להלום אימתי נכס יהיה דרוש לבירור התובענה, אם אינו ראייה כלשעצמו".⁵¹

ג. דרישת "החשש הממשי" לתרומתם המכרעת של הנכסים שתפיסתם מתבקשת, להצלחת התביעה, מחמירה ומרחיקת לכת במדיה גבוהה יותר, מדרישת הרלבנטיות בגילוי מסמכים. לפי דרישת הרלבנטיות במסמכים שגילויים מתבקש, די בכך שיכללו "מידע אשר יאפשר לצד, במישרין או בעקיפין, לקדם את העניין נשוא התובענה"⁵², "לברר את טענות התובע"⁵³, ויתרום לבירור המחלוקת.⁵⁴ בדומה, וביתר שאת, על מבקש צו למינוי "תופס נכסים" לפי תקנה 387א(א) לתקנות, לבסס ראיות להנחת דעתו של בית המשפט, כי בחזקת הנתבע מסמכים, או טובין מרשיעים, וכי קיימת אפשרות קרובה לוודאי שהנכסים יושמדו או ייעלמו לפני שיתקיים הדיון במעמד הצדדים.

ד. האם ועד כמה הוכחה זיקה הדוקה בין תפיסת הראייה להוכחת סיכויי התביעה. כשם ש"בתחום הקניין הרוחני, עצם תפיסת הנכס, שנטענת הפרת הזכות באמצעותו, מביאה במישרין לידי הוכחת התביעה" כך גם בבקשת צו חיפוש ותפיסה, יינתן משקל כבד לקיומה של זיקה ממשית בין סיכויי התביעה ובין תפיסת הנכס. במסגרת זו, נודעת חשיבות ראייתית מכרעת לנכס שתפיסתו מתבקשת בצו, באופן שיהיה בו כדי להוות סיוע מוחשי בהכרעת גורל המשפט.⁵⁵ בהתאם, ייתכן בית הדן דעתו לחשיבותם של הנכסים להוכחת העילה המשפטית ולתרומת הנכסים לענייניו הדיון המשפטי וקידומו. זאת, תוך שיבחן קיומה של תשתית עובדתית לכאורית לביסוס הטענה שהנכסים דרושים להוכחת עילת התביעה.

ה. "אופי" ההליך העיקרי בבחינת מהות עילת התביעה והסעד המבוקש. ככל שהתביעה היא בעלת אופי הגנתי גבוה יותר על זכויות יסוד; ככל שהפגיעה בזכויות התובע קשה ומהותית יותר; וככל שנמצא אינטרס ציבורי בבירור ההליך ומיצויו, יהא באלה כדי להוות שיקול לגיבושו של החשש הממשי.

⁵¹ מיגל דויטש, עמ' 76.

⁵² רע"א 6546/94 בנק איגוד בע"מ נ' הנרי אזולאי, פ"ד מט (4) 54; רע"א 1917/92 סקולר נ' ג'רבי, פ"ד מז(5) 764; עע 371/05 אברהם עוז – אוניברסיטת חיפה, 19.12.05.

⁵³ עע 1185/04 אוניברסיטת בר אילן – ד"ר צמח קיסר, ניתן 24.3.05.

⁵⁴ עע 494/06 מדינת ישראל – נציגות המימס – קלארק אבנצ'יק, ניתן ביום 28.3.07.

⁵⁵ משה קשת, עמ' 917.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

ו. **התנהלות העותר לקבלת הסעד** – האם הגיש הבקשה בתום לב ואין מסתתר מאחורי הקלעים נסיון "דייג" או מניע פסול אחר.

ז. **התנהלותו של בעל הדין נגדו מבוקש צו חיפוש ותפיסה**. בדרך כלל הדרישה להוכחת "חשש סביר" קל וחומר "חשש ממשי" לכוונת הנתבעת להשמיד ראיות או להעלימן, קשה ביותר, "בתי המשפט באנגליה, למשל, הנמיכו את נטל ההוכחה של דרישה זו, והסתפקו בראיות אודות אמינות הנתבע, בזיון קודם של צווי בית המשפט ומעשי הפרה קודמים"⁵⁶.

ח. **גורם ההפתעה לנתבע**, נובע ממתן צו החיפוש והתפיסה במעמד צד אחד, מבלי שהנתבע ידע על הוצאתו. זאת, נוכח חשש ממשי שהנתבע יעלים ראיות, ובמטרה למנוע סיכול הוכחת עילת התביעה. **שיהוי בבקשת הצו**, יש בו כדי לאיין גיבושו של חשש ממשי להעלמת ראיות. זאת, מחמת יכולתו של הנתבעת לפעול לסיכול עילת התביעה, והפחתת גורם ההפתעה שבנתיבת צו החיפוש והתפיסה.

במסגרת שיקול זה, יבחן בית הדין, אם לא אויינה התכלית לשמה ניתן הצו, תוך שייתן דעתו לשאלות אלה: **האם התקיים דיון קודם בהליך העיקרי**, במסגרתו מוגשת הבקשה לצו חיפוש ותפיסה; **ככל שהתקיים דיון קודם בהליך העיקרי, האם לאחריו, התגלו עובדות חדשות בהליך העיקרי**. ככל שהתקיים דיון קודם במעמד הצדדים, פוחת החשש הממשי להעלמת ראיות, אלא אם כן התברר קיומן של עובדות חדשות, או התרחשו אירועים המחייבים מתן הצו במעמד צד אחד.

התנאי השלישי: חשש ממשי להכבדה על בירור ההליך העיקרי

21. על שני התנאים של סיכויי התביעה העיקרית ו"החשש הממשי" להעלמת נכסים או השמדתם, מצטבר תנאי שלישי נוסף, הוא תנאי ההכבדה הממשית על ההליך. במסגרת תנאי זה, על מבקש הצו לבסס ראיות המצביעות על כך שהעלמת הנכסים העלולה להתרחש אם לא יינתן הצו "תכביד באופן ממשי על קיום ההליך במובן זה שאותה הכבדה עשויה לא רק לגרום לקשיים בהוכחת התובענה, אלא אולי אפילו להביא לידי סיכולה"⁵⁷. לשיטתי, יחול מבחן הוודאות הקרובה גם בהגדרת ההכבדה הממשית על ההליך. בהתאם, **יידרש המבקש לשכנע את בית הדין שקרוב לוודאי כי בירור התביעה יסוכל כתוצאה מהעלמת הראיות על ידי הנתבע אם לא יינתן הצו**. במסגרת תנאי זה, יבחן בית הדין מידת קיומו של הקשר הסיבתי בין העלמת הנכסים לבין **ההכבדה על ההליך**⁵⁸ תוך שינתן דעתו לשיקולים שלהלן:

⁵⁶ אורן רכס "סודות מסחריים והגבלת עיסוק" כרך שני, עמ' 1019 והאסמכתאות המובאות שם.

⁵⁷ דודי שוורץ-חידושים, תהליכים ומגמות, עמ' 482.

⁵⁸ עניין רונן עמר, עמ' 880.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

א. האם קיימת זיקה ממשית בין הנכסים שתפיסתם מתבקשת לבין מיצוי יעיל של התביעה וביורר ההליך. נוכחת זיקה ממשית, כאמור, הנדרשת לקיומו של "חשש ממשי" להעלמת נכסים, המהווה שיקול כבד משקל בהתגבשותו של "חשש ממשי" להכבדה על ההליך.

ב. האם הנכסים דרושים לתובע לשם השגת הסעד הסופי שבתובענה. לאמור, האם יוכשל לחלוטין ההליך העיקרי אם לא יינתן צו חיפוש ותפיסה, בהעדר אפשרות אחרת להשיג את הראיות המבססות את התובענה, והתובע ייוותר ללא ראיות להוכחת תביעתו.

ג. האם קיימות ראיות מהימנות, לכאורה, ברמת ודאות קרובה לכך שייגרם לתובע נזק בגין אי מתן הצו. הדרישה לפיה העלמת נכסים "תכביד באופן ממשי על קיום ההליך" מחייבת ראיה פוזיטיבית ש"צריכה להוביל למסקנה שקרוב לוודאי שהנזק עלול להתרחש"⁵⁹.

ד. מאזן הנזקים, בהשוואה בין הנזק שייגרם לתובע אם לא יינתן לו הסעד לעומת הנזק שייגרם לנתבע אם יינתן כנגדו הצו. בבחינת מאזן הנזקים ייתכן דעתו בית הדין לשיקולים שלהלן⁶⁰:

(1) האם מאזן הנזקים נוטה באופן בולט לרעתו של התובע, והאם ייגרם לו נזק בלתי הדייר אם לא יינתן הצו. ככל שהנזק שייגרם לתובע בעקבות אי מתן הסעד אינו ניתן לפיצוי הולם, יינתן צו מוגבל בתנאים שיבטיחו את האינטרסים של הנתבע, במידת האפשר.

(2) ככל שלשני הצדדים עלול להיגרם נזק שאינו בר תיקון – יוכרע מאזן הנזקים על בסיס סיכויי התביעה והאינטרס הציבורי שבהענקת הסעד⁶¹.

ה. יעילותם של הליכים אחרים ומיצויים⁶². במסגרת זו, תיבחן שאלה האם ניתן להשיג את התכלית לשמה מתבקש הצו, בסעדים "מרוככים" מזה שבצו תפיסה וחיפוש, במסגרת הסעדים הרגילי העומדים לרשות בעל-דין בנסיבות דומות. כגון, בקשות לגילוי מסמכים ולעיון⁶³ או מנגנוני פיקוח ואכיפה אחרים הקבועים בהוראות חקיקה שונות; והאם תינתן לנתבע אפשרות להמיר בערובה את הסעד שבצו. מנגד, יילקח בחשבון האינטרס הציבורי במיצוי ההליך המשפטי עצמו, לא על דרך הליכים אחרים וסעדים אחרים.

⁵⁹ דודי שוורץ, סעדים זמניים, עמ' 449.

⁶⁰ לעניין השיקולים במאזן הנזקים ראו: דודי שוורץ, סעדים זמניים, עמ' 449 ואילך.

⁶¹ ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840.

⁶² ע"פ 7543/97 דורון רז נ' מירי רז, ניתן ביום 7.9.99. – בפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן; דודי שוורץ,

תהליכים ומגמות, עמ' 479-480.

⁶³ ראו: עניין רותם חברה לביטוח לעיל.

בדלתיים סגורות – איסור פרסוםכללם של זברים בפרק זה

22. צו חיפוש ותפיסה יינתן על בסיס ההיבט החוקתי הנדרש, בשים לב לאינטרס הציבור, ותוך איזון התנגשות האינטרסים של העותר לצד לשם מניעת העלמת נכסים וראיות או השמדתם וההכבדה על ההליך, מחד גיסא; ובין האינטרסים של הנתבע, שלא ייפגעו מעבר לנדרש, זכויות היסוד לו לפרטיות ולקניין, מאידך גיסא. על רקע זה ייבחנו שלושת התנאים המצטברים שבתקנה 387א לתקנות סדר הדין האזרחי: סיכויי התביעה, "חשש ממשי" להשמדת הראיות, ו"חשש ממשי" להכבדה על קיום ההליך, אם יועלמו הראיות. המבחן לו יידרש בית הדין לקיומו של "החשש הממשי" על שני פניו אלה, יהא מבחן "הוודאות הקרובה". קרי, על המבקש לשכנע את בית הדין, כי קיים חשש בדרגה של קרוב לוודא, שהנתבע ישמיד או יעלים ראיות, וכי הנזק שייגרם מהעלמת הראיות או השמדתן, עלול לגרום במידה קרובה לוודא, להכבדה על בירור ההליך העיקרי.

במאמר מוסגר יוער, כי תנאים אלה נוהגים גם בדין האוסטרלי ואושררו בוועדה אוסטרלית ציבורית אשר בחנה צווים מסוג אנטון פילר, במסגרת רפורמות בדין האוסטרלי.⁶⁴

התנאים המצטברים הנדרשים למתן סעד זמני בצו חיפוש ותפיסה מתווספים על השיקולים הכלליים למתן סעדים זמניים לרבות מאזן הנוחות בבחינת הנזקים, שיקולי יושר⁶⁵ ותנאים שיקבע בית הדין לפי שיקול דעתו, כגון ערביות, וכל כיוצ"ב.

פרק רביעי: צו חיפוש ותפיסה בבית הדין לעבודה, בתובענה שעילתה אינה בחוק עוולות מסחריות

23. על בסיס הוראתו של סעיף 33 לחוק בית הדין לעבודה התשכ"ט – 1969 ובשים לב לכך שתקנה 129 לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין) תשנ"ב – 1991 אינה מחילה את תקנה 387א לתקנות סדר הדין האזרחי, על הליכים המתנהלים בבתי הדין לעבודה, נראה, כי ההסדר החקיקתי הראוי לאימוץ בכל הנוגע למתן הסעד הזמני המבוקש מסוג אנטון פילר, במקרה ממין זה מושא דיוננו, הוא ההסדר הקבוע בתקנה 387א לתקנות סדר הדין האזרחי, ולא זה שבחוק עוולות מסחריות ותקנותיו. טעמי לכך הם אלה:

ראשית, היקף היריעה הצר של צו חיפוש ותפיסה בחוק עוולות מסחריות ותקנותיו, לעומת היקף היריעה הרחב של סעד חיפוש ותפיסה, המוקנה למבקש, מכח תקנות סדר הדין האזרחי.

⁶⁴ The Australian Law Reform Commission, ALRC 74, Ch 14; Wright, Anton Piller Orders, The Laws of Australia (edited by: John A. Riordan; The Law Book Company Limited, update 1996) Ch. 15.8, 83, 87; קולובסקי, בעמ' 112.

⁶⁵ תקנה 362 לתקנות סדר הדין האזרחי; י' זוסמן, סדרי הדין האזרחי, (מהדורה שביעית) עמ' 613-618.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

שנית, מנגד, ובאיזון הנדרש, אמת המידה החוקתית למינוי כונס לצורך תפיסת ראיות לפי סעיף 16 לחוק עוולות מסחריות, היא של חשש סביר להעלמתן. בעוד אשר תקנות סדר הדין האזרחי מעלות לדרגה של חשש ממשי, את אמת המידה הנדרשת להוכחת העלמת נכסים, תוך מתן הגנה רחבה יותר לבעל הדין נגדו מכוון הצו.

שלישית, הפעלת הכוח בביצוע הסעד של חיפוש ותפיסת נכסים הנתונה לתופס נכסים, לפי תקנות סדר הדין האזרחי, פחותה במידתה מהפעלת הכוח לפי סעיף 16 לחוק עוולות מסחריות, הנתונה לכונס נכסים.

רביעית, ההסדר המעוגן בתקנות סדר הדין האזרחי מהווה איזון ראוי בין הליך המתקיים במעמד צד אחד והחשש לסיכול הליך משפטי, לבין הפגיעה בזכויות יסוד כלפי מי שהצו מכוון אליו. במסגרת זו, ובנסיבות המקרה שלפנינו, פוחת החשש מפני פגיעה ב"עקרונות המחייבים הליך שיפוטיו"⁶⁶; וה"חופש הפרוצדוראלי" שבאימוץ הסדר מתקנות סדר הדין האזרחי, לא יפגע באיזון הראוי שיש לעשותו במתן צו חיפוש ותפיסת נכסים.

חמישית, לפי האמור בתקנה 362 לתקנות סדר הדין האזרחי, החלה בבית הדין לעבודה⁶⁷ רשאי בית המשפט, לקבוע בהחלטתו למתן סעד זמני גם את "סוג הסעד, היקפו ותנאיו". במסגרת זו יכול ויבוא גם צו חיפשו ותפיסה כמשמעותו בתקנה 387א לתקנות.

24. הנה כי כן, בנסיבות המקרה שלפנינו, יהוו ההוראות שבתקנות סדר הדין האזרחי "כלי העזר" הנכון לאימוץ הסעד המבוקש בצו חיפוש ותפיסה⁶⁸. זאת, לאור חומרת הסעד ומידת פולשניותו; ההחמרה באמות המידה המצטברות למתן הסעד הדורשות חשש ממשי להעלמת ראיות, וחשש ממשי להכבדה על ההליך; האפשרות למנות תופס נכסים, ולא כונס נכסים; ומהיות הסעד המבטיח בירור ההליך המשפטי בדרך של חיפוש ותפיסת נכסים הדרושים להליך, נתון לגמישות ראייתית, לפי סעיף 32 לחוק בית הדין לעבודה. משהגענו למסקנה זו, ובשים לב לנסיבות המקרה שלפנינו, נבחן מכאן ואילך האם מתקיימים התנאים הנדרשים בתקנות סדר הדין האזרחי למתן צו התפיסה המבוקש של חומר מחשב שברשות החברה, באופן שלא תסוכל הבקשה לאישור התובענה ייצוגית, ככל שתתקבל. וזאת, אף בשים לב לאיות לכאורה שהגישה המערערת במצורף לבקשה לחיפוש ותפיסת חומר המחשב שברשות החברה.

פרק חמישי: מן הכלל אל הפרט**התנאי הראשון למתן צו חיפוש ותפיסה: סיכויי התביעה וטיב העילה**

⁶⁶ דב"ע לא/8-0 פרלה – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע ב' עמ' 93 (להלן: עניין פרלה).

⁶⁷ מתוקף הוראת תקנה 129 לתקנות בית הדין לעבודה.

⁶⁸ דב"ע לא/8-0 פרלה – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע ב, עמ' 93.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

25. ככלל, קיים קושי ראייתי מובנה בתביעה שעילתה הפליה בעבודה, קל וחומר בתביעה שעילתה הפליה בקבלה לעבודה⁶⁹. הקושי הראייתי מוצא ביטוי בהעדרן של ראיות ישירות להוכחת האפליה, ובהעדר נכונות מצד המעסיק לחשוף את מכלול השיקולים האמיתיים אשר עמדו ביסוד ההחלטה שלא לקבל עובד לעבודה ובמיוחד בהתקיים שיקולים מעורבים – פסולים בחלקם.

בחינת סיכוייין הלכאוריים שלה תביעה האישית כתובענה ייצוגית ושל הבקשה לאישור התובענה הייצוגית, תיעשה איפוא בשים לב לקושי האמור ו"לכלים" העומדים לרשות המערערת להוכחת עילת ההפליה בתביעתה האישית, ובמיוחד בבקשתה לאישור התובענה הייצוגית אשר לשם ביסוסה מתבקש צו החיפוש והתפיסה, מושא דיוננו.

א. סיכויים טובים לכאורה בעילת התביעה האישית של המערערת

26. בכל הנוגע לתביעתה האישית, הוכחה המערערת סיכויים טובים לכאורה, בראיות מהימנות לכאורה, הנחזות על פיהן כפלטי מחשב של החברה. הגם שבשלב זה טרם הוצגה עמדת החברה בנוגע למתכונת העסקת עובדיה ולמדיניות קבלת מועמדים לעבודה והשמתם במקומות עבודה. הרי שעל פני הדברים, ובשלב מקדמי זה של הדיון, ניתן לקבוע כי הוכחה, לכאורה, עילת הפליה בקבלה לעבודה בחברת כח אדם משיקול פסול. מן הרישומים שבפלטי המחשב עולה לכאורה, כי המערערת נדחתה מקבלה לעבודה בשל הריונה, וכי מטעם זה לכאורה, פסלה החברה את מועמדותה למשרות פנויות, אותן יכולה הייתה למלא באופן סביר. בכך, הוכיחה המערערת, לכאורה, נוכחותו של שיקול פסול⁷⁰ – היותה בהריון, בגינו לא ניתן לה למלא משרות פנויות, עבורן המשיכה החברה בחיפוש מועמדים אחרים⁷¹.

באמצעות פלטי המחשב של החברה והרשום בס, הציגה המערערת סיכויים לכאוריים טובים להוכחת עילת הפליה בתביעתה האישית המבוססת על יחס שונה ומפלה כלפיה, עקב השתייכותה לקטגוריות שבסעיפים 2(א) ו- 9(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח – 1988 (להלן: **חוק שוויון הזדמנויות בעבודה**), המורים כך:

סעיף 2(א)1) לחוק שכותרתו "איסור הפליה" קובע כי "**אין להפלות" בין דורשי עבודה מחמת מינם ... הריון" ב"קבלה לעבודה"**;

וסעיף 9(א) לחוק מורה כי:

⁶⁹ שרון רבין מרגליות, המקרה החמקמק של אפליה בעבודה, הפרקליט מד, חוברת ג', 529, (להלן: שרון רבין מרגליות), עמ' 530.

⁷⁰ שרון רבין מרגליות, עמ' 544; דב"ע נ/129-3 שרון פלוטקין – חיים אייזנברג, פד"ע לג, עמ' 481.

⁷¹ שרון רבין מרגליות, עמ' 541.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

”בתובענה של דורש עבודה או של עובד בשל הפרת הוראות סעיף 2, תהא חובת ההוכחה על המעביד כי פעל שלא בניגוד להוראות סעיף 2 – (1) לענין קבלה לעבודה ... – אם קבע המעביד לגביהם תנאים או כישורים, ודורש העבודה או העובד, לפי הענין, הוכיח כי נתקיימו בהם התנאים או הכישורים האמורים”.

יוטעם, כי ההגנה מפני הפליה בקבלת עובדים לעבודה חלה גם כלפי חברת כוח אדם כהגדרתה בחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ”ו-72 1996 במסגרתו נקבע, כי בתחילת יחסי העבודה עם המעסיק בפועל יראו בחברת כוח אדם, מעבידה של העובד או המועמד לעבודה⁷³.

ב. סיכויים טובים לכאורה של עילת התביעה הייצוגית

27. בענייננו, הבקשה לצו חיפוש ותפיסה מכוונת מדעיקרא לביסוס עילתה של התובענה הייצוגית, אשר יסודה בהוראות חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, האוסרות הפליה בקבלה לעבודה מטעמי הריון. משכך הוא על המערערת להוכיח סיכויים טובים לכאורה לאישור תביעתה כתובענה ייצוגית, לפי חקו תובענות ייצוגיות, תשס”ו – 2006 (להלן: **חוק תובענות ייצוגיות או החוק**). לכך נייחד את הדיון בפרק זה.

התנאים לאישור תובענה ייצוגית ותחולתם בענייננו

28. **התנאי ראשון** מתחייב מהוראת סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, ובו הדרישה **להתקיימות עילת תביעה “כמפורט בתוספת השנייה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית”**. בענייננו, עילת הפליה בקבלה לעבודה מחמת הריון, מנויה בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות במסגרת “תביעה בעילה של הפליה בעבודה, לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ”ח – 1988”⁷⁴.

29. **התנאי שני** עולה מהוראת סעיף 8(א)(1) רישא לחוק, ולפיו **התובענה צריכה לעורר “שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה”**. דרישה זו, כפי שקבע חבר השופט יגאל פליטמן בעניין גרוס⁷⁵ הינה **“בריה התיכון”** של התנאים לאישורה של תביעה כתובענה שייצוגית. במסגרת תנאי זה, אין די בהעלאת טענה בדבר הנחיה כללית מפלה של המעסיק, כי אם נדרשת ראיה לכאורית לביסוס טענת הפליה. בהקשר זה קיים קושי הוכחתי של הפליה בשני פנים אלה⁷⁶: שימוש בקריטריונים נייטראליים לכאורה, כאשר בפועל קבוצה

⁷² סעיף 1 חוק שוויון הזדמנויות.

⁷³ סעיף 12א לחוק קבלני כח אדם; עע 326/03 מדינת ישראל-משרד הבריאות, המרכז לבריאות הנפש – ילנה צ’פקוב, ניתן ביום 20.2.06; סעיף 2(א)(1) וסעיף 20(ב) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

⁷⁴ סעיף 1(8) לתוספת השניה בחקו תובענות ייצוגיות.

⁷⁵ עע 1154/04 נפתלי גרוס – מדינת ישראל-משרד הבטחון, ניתן ביום 9.1.07 (להלן: עניין גרוס).

⁷⁶ ראו: דפנה הקר ומיכל פרנקל, הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה, עבודה חברה ומשפט, כרך י”א, תשס”ו – 2005, 275, (להלן: הקר ופרנקל), 293.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

מוגנת, לענייננו, נשימב הריון מופלית לרעה; ושימוש בשיקול פסול כלי נשים יחידות המחפשות עבודה בהיותן בהריון.

לעניין הוכחה לכאורית של טענת הפליה מצד המעסיק, פסקה לא מכבר חברתי השופטת וירט-ליבנה בעניין הום סנטר⁷⁷ כי "ראשית הראייה שיביא עובד לפי חוק שוויון הזדמנויות צריכה להיות ראשית ראייה, המעידה על אפליה, או בלשון אחרת – 'התנהגות לא שוויונית! על העובד להציג בפני בית הדין ראיות ומסמכים, אשר יעידו במידה הנדרשת, כי מדובר ב"מעסיק מפלה"'. ולצורך אישור תובענה ייצוגית בטענת הפליה גורס אלון קלמנט במאמרו ש"קיומו של נוהג שהתקיים כלפי כמה לקוחות, יכול לשמש ראיה מספקת לצורך אישורה של תובענה ייצוגית"⁷⁸.

30. בענייננו, טוענת המערערת כי החברה התנהגה באופן מפלה כלפי כלל חברות הקבוצה, בכך שסירבה לקבל נשים ולהפנותן לעבודה מפאת היותן בהריון. ההתנהגות הלכאורית המיוחסת לחברה בתביעה, מעוררת סוגיות מהותיות של עובדה ומשפט ויוצרת שאלה משותפת כלפי כלל הנשים שהיו בהריון בעת שפנו לחברה בחיפוש והשמה לעבודה, בתקופה מושא התביעה. אולם, כפי שנאמר לעיל, בהעלאת הטענה בלבד, אין די. כדי שהמערערת כתובעת מייצגת תוכיח בשלב המקדמי מדיניות של הפליה כלפי נשים בהריון בקבלה לעבודה, נדרשת ראיה לכאורית לביסוס הטענה בדבר הנחיה כללית של החברה המפלה נשים הרות בקבלה לעבודה. ראיה לכאורית כזו, הציגה המערערת בכך שצירפה לתביעתה ולבקשה לאישורה כתובענה ייצוגית, רישומים מפלטי מחשב של החברה, בהם ניתן לראות ראשית ראיה מהימנה לכאורה, לפיה החברה נהגה לכאורית במדיניות מפלה בקבלת נשים בהריון לעבודה כלפי מספר ניכר של פונות, ולא רק כלפיה. זאת, כדי להוכיח, בשלב המקדמי, קיומן של שאלות משותפות מהותיות לכל חברות הקבוצה, בדבר שימוש בקריטריון פסול ואפליה קבוצתית אסורה.

בראיות לכאוריות אלה, המצביעה המערערת, הגם שבאופן לכאורי ומקדמי ביותר, על "הקשר הסיבתי מרכזי וחיוני בגיבוש עילת התביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות"⁷⁹.

על כל אלה, יש להוסיף וליתן הדעת לטענת הנוהג בהפליית נשים הרות בקבלה לעבודה, כעולה מן התביעה ומן הראיות הלכאוריות להוכחת עילתה. בנסיבות המקרה הנדון לפנינו, יש בטענת נוהג זו, תרומה משמעותית להוכחה לכאורית של סיכויי תביעה טובים בהליך של תביעה ייצוגית.

31. התנאי השלישי שבסעיף 8(א)(1) סיפא לחוק מעלה דרישה מצטברת לזו שברישא, לפיה "יש אפשרות סבירה" שהשאלות המהותיות המשותפות "יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה".

⁷⁷ עע 1156/04, עע 1156.1/04 הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ – אורית גורן, ניתן ביום 20.11.07 – פסקה 39 לפסק דינה של השופטת ורדה וירט ליבנה.

⁷⁸ קלמנט, עמ' 140.

⁷⁹ עע 222/06 שושנה כרם – מדינת ישראל, ניתן היום 26.07.07.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

לביסוסו של תנאי זה, אין להסתפק בנטען בכתב התביעה ובבקשה לאישור התובענה כייצוגית בלבד. על המבקש אישור תובענה ייצוגית "לעמוד בסטנדרט גבוה יותר מאשר בתביעה רגילה, אינדיבידואלית, בה מתבקשת כנגד התובע מחיקה על הסף" תוך שנדרשת "בחינה ראשונית ולכאורית, את סיכוייה של התובענה להתקבל"⁸⁰.

עם זאת, יש ליתן את הדעת למצב הדברים עליו עומד קלמנט במאמרו, לפי "השלב הראשון בו נדונה הבקשה לאישור התובענה כייצוגית מאופיין בחוסר ודאות והיעדר מידע וראיות"⁸¹. לפיכך, במקרים בהם המידע והראיות נמצאים ברשות התובע, ולאחר שהתובע הראיה כי אין בידיו הראיות הנדרשות להוכחת סיכויי הצלחה בתביעה, וככל שיוברר כי הנסיבות המתוארות בכתב התביעה מתיישנות יותר עם המסקנה שהתבע הפר הדין "יעבור הנטל לנתבע להראות שסיכויי התובענה להצליח נמוכים במדיה המצדיקה דחיית אישורה כתובענה ייצוגית"⁸². וכפי שנפסק, בכך "יושג האיזון הראוי בין הרצון שלא להטיל על התובע הייצוגי נטל כבד מדי שלא יוכל לעמוד בו כדי להיכנס להיכלה של התביעה הייצוגית, ובין הצורך למנוע גל של תביעות סרק שיעמיד את הנתבעים בפני לחץ בלתי הוגן"⁸³.

32. **בענייננו**, העמידה המערערת בתביעתה תשתית ראשונית של ראיות מהימנות לכאורה, לטענתה בדבר מדיניות לכאורית של החברה בהפליית נשים בהריון בקבלת לעבודה. תוך שהוסיפה וטענה בבקשה לאישור התובענה הייצוגית, כי התנהלות החברה כלפי דורשות העבודה ההרות ומימדי ההפליה וחומרתה, מתגלים במלוא עצומתם בתובענה ייצוגית דווקא⁸⁴;

על כך הוסיפה בבקשה למתן הצו לתפיסת חומר מחשב, וטענה כי "לתובעות אין נגישות למידע הנדרש להוכחת תביעתן, הנשמר במסתרים במחשבי החברה"⁸⁵. על כן ו"במסגרת הוכחת התובענה הייצוגית ולשם הוכחת מלוא היקף האפליה", תיגדרש החברה "למסור נתונים לגבי נשים בהריון שפנו אליה והפנייתן לעבודות"⁸⁶.

בענייננו, בשלב המקדמי של ההליך, כאשר תביעת המערערת ובקשתה לאישור התובענה כייצוגית, טרם נדונה לגופה, נראה כי אין להקפיד על יישום דווקני של התנאי השלישי לאישורה של תובענה ייצוגית⁸⁷ למעלה מן הנדרש למתן צו החיפוש והתפיסה המבוקשת. זאת, כאשר התשתית הראייתית הראשונית מלמדת על קיומה של עילה אישית נגד החברה הנתבעת, ועל סיכוי לקיומם, לכאורה, שלא תנאי הסף לאישורה של התובענה כייצוגית.

⁸⁰ ראו עניין גרוס לעיל; עא 2967/95 מגן וקשת בע"מ והרצל כספי, עו"ד נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ 151 אחרים.

⁸¹ קלמנט, 156.

⁸² קלמנט, עמ' 144.

⁸³ רע"א 4474 רמי טצת נ' אברהם זילברשץ, פ"ד נד(2) 577.

⁸⁴ סעיף 45 לבקשה לאשר תובענה ייצוגית.

⁸⁵ סעיף 46 לבקשה לאשר הגשת תובענה ייצוגית.

⁸⁶ סעיף 38 לבקשה דחופה למתן צו לתפיסת חומר מחשב; ראו והשווה: רע"א 1005/02 יפעת נ' דלק מוטורס, פ"ד

נז(4) 513.

⁸⁷ קלמנט, עמ' 144;

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

33. **התנאי הרביעי**, בסעיף 8(א)(2) לחוק קובע כי **"תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין**. במסגרת תנאי זה, בשים לב לנסיבות המקרה הנדון לפנינו, ייתן בית הדין דעתו ליתרונות ולחסרונות באישור תובענה ייצוגית, בהשוואה לחלופות אחרות בסדרי הדין לרבות, ניהול תובענות נפרדות וצירף תובעים בדרך הקבועה בתקנות. בתוך כך ייבחנו שאלות אלה⁸⁸: האם גודל הקבוצה מצדיק תובענה ייצוגית; מניעת ניגוד עניינים ושיקולים זרים; שיקולי הגנה על הנתבע "מפני שימוש לא ראוי בתובענה הייצוגית" והגנה על נתבע שיציבותו הכלכלית עלולה להיפגע ובתוך כך יגרם נזק לציבור; "היחס בין התועלת בניהול התובענה הייצוגית בשאלות המשותפות לקבוצת התובעים, לבין העלות הכרוכה בדיון הנפרד בשאלות שאינן משותפות"; ו"אם לאחר בירור תובענה ייצוגית נותרות עדיין סוגיות רבות לברור בעניינו של כל אחד מחברי הקבוצה בשמם נוהלה התובענה הייצוגית, מהווה הדבר טעם טוב שלא לאשר את התובענה הייצוגית"⁸⁹.

34. **בענייננו**, בבחינה הלכאורית של השאלה האם **"תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין"** נתנו דעתנו לשיקולים אלה: מהות העילה **שביסוד** הבקשה לאישור התביעה הייצוגית. הלוא היא עילת הפליה בקבלת נשים לעבודה, בשל היותן בהריון, שהיא "הפליה אסורה ופסולה המנוגדת לעקרון השוויון"⁹⁰; **האינטרס הציבורי** במיגור הפליית נשים בעת היותן בהריון בקבלה לעבודה⁹¹; **ההיבט הציבורי של מכשיר התובענה הייצוגית** ביצירת ציפייה "לאכיפה אפקטיבית של הכללים המשפטיים על מקבל ההחלטות בתברה"⁹², כאשר האכיפה הציבורית גוברת ו"אפקט ההרתעה גדול כאשר מדובר בקבוצה ולא בתובע בודד"⁹³. לאור שיקולים אלה, ובשים לב לטענות המערערת בתביעתה ובבקשה לאישור תובענה ייצוגית, ונוכח השלב המקדמי ביותר בו מצוי ההליך העיקרי, מתבקשת המסקנה כי מתקיים לכאורה גם התנאי הרביעי, באופן שתובענה ייצוגית היא **לכאורה** "הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין".

35. תנאים נוספים שמציב סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות אין ענינם בתשתית העילה ולסיכוי התביעה, כי אם באופן ניהול ההליך, ואין הם רלבנטיים ישירות לענייננו. בהם: דרישה לייצוג הולם, המופנית בעיקרה לבא כח התובע המייצג⁹⁴ ודרישה לתום לב בייצוג ובניהול התובענה כלפי כללי חברי הקבוצה⁹⁵. כמו גם שיקולים על מיהותו של הנתבע כ"גוף המספק

⁸⁸ קלמנט, עמ' 146; 153-156.

⁸⁹ עניין גרוס – בפסק דינו של השופט יגאל פליטמן.

⁹⁰ עע 1353/02 מרגלית אפלבוים – נינה הולצמן, פד"ע לט 507; עע 627/06 אורלי מרי – מ.ד.פ. ילו בע"מ, ניתן ביום 16.3.08.

⁹¹ רות בן ישראל, שוויון הזדמנויות ואיסור הפליה בעבודה, כרך ב', תשנ"ח – 1988, עמ' 589; עע 606/06 אבביטו איינעלם – חברת אי.אס.אס. אשמורת בע"מ, ניתן ביום 31.12.06.

⁹² עניין גרוס – בפסק דינה של סגנית הנשיא אלישבע ברק-אוסוסקין.

⁹³ וראו גם: סטיבן גולדשטיין ויעל עפרון, התפתחות התובענה הייצוגית בישראל, עלי משפט א', 27, 31.

⁹⁴ סעיף 8(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות.

⁹⁵ סעיף 8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

שירות חיוני לציבור, תאגיד בנקאי, בורסה, מסלקה או מבטח⁹⁶ וחומרת הנזק לציבור הנזקק לשירותיו. בענייננו, קבלת שירותי השמה במשרות פנויות אינה מוגבלת לשירותי החברה הנתבעת בלבד. על כן אף שיקול זה אינו מעלה ומוריד בסוגיה שבפנינו.

36. **מסקנת הדברים**, הנלמדת מבחינה לכאורית של טיב העילה וסיכויי התביעה, הינה, איפוא, זו: הבקשה לאישור תובענה ייצוגית, כמו גם תביעתה האישית של המערערת שכותרתה "תובענה ייצוגית", מקיימות אחר התנאי המוקדם של סיכויים לכאוריים טובים להוכחת עילת התביעה הייצוגית, באופן המצדיק מתן הסעד המבוקש בצו החיפוש והתפיסה.

התנאי השני למתן הצו "חשש ממשי" להעלמת ראיות

37. בתביעתה האישית של המערערת, נמצאת, על פני הדברים, ראשית, ראיה המוכיחה prima facie טענת הפליה בקבלה לעבודה מחמת הריונה בלבד. זאת, נוכח רישומי המחשב של החברה שצירפה לתביעה, בהם התייחסות ישירה לעניינה. תפיסת חומר המחשב שברשות החברה, הינה בעלת חשיבות במסגרת התובענה הייצוגית בלבד, ונדרשת במיוחד לשם הוכחת טענת ההפליה של קבוצת נשים שנדחו על ידי החברה בשל הריון בלבד.

בהקשר התובענה הייצוגית, בחנו את מכלול השיקולים הנדרשים לעניין, בנסיבות המקרה שלפנינו, והגענו למסקנה, כי **המערערת הוכיחה קיומו של חשש ממשי" להעלמת ראיות או נכסים הדרושים לאישור התובענה הייצוגית**. זאת, נוכח הראיות המהימנות לכאורה, שצירפה המערערת לבקשה לתפיסת רישומי המחשב, משוא דיונונו בערעור זה. מראיות לכאוריות אלה עולה לכאורה, כי ברישומי המחשב של החברה, מצויות, קרוב לוודאי ראיות נוספות הדרושות להוכחת התביעה הייצוגית, ככל שתאושר. טעמינו למסקנה בדבר קיומו של "חשש ממשי" להעלמת ראיות, ברמה של "קרוב לוודאי" נפרט להלן.

"אופיו" של ההליך העיקרי – טענת הפליה מחמת הריון

38. בתביעתה כלפי החברה, טוענת המערערת להפליה בקבלת נשים לעבודה בשל הריון, ובכך, לפגיעה בזכות יסוד חוקתית, שבכבוד האדם. מיני כבר נפסק כי הפליה מהווה פגיעה בזכות ליחס שוויוני שהוא "חלק בלתי נפרד מן המערך הגנטי של כל כללי המשפט כולם"⁹⁷ ו"מערמי

⁹⁶ סעיף 8(ב)2 לחוק תובענות ייצוגיות.

⁹⁷ בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד (3) 630, 650, 651, 658-657; בבג"צ 953/87 סיעת העבודה בעירית תל אביב יפו ואחרים נ' מועצת עירית תל אביב יפו; בג"צ 1/88 פורז נ' ראש עירית תל אביב יפו ואח', פ"ד (2) 309, 332.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

היסוד של שיטת משפט דמוקרטית⁹⁸. אכן "כל הפליה פסולה היא, אך בגדרן של ההפלות עצמן ישנן דרגות שונות. חריפותה של ההפליה נגזרת מחומרת הפגיעה בעקרון השוויון"⁹⁹.

בענייננו, ההפליה הנטענת בקבלת נשים לעבודה מחמת הריון, נוגדת את ערכי היסוד של שיטת המשפט בישראל, ומהווה פגיעה חמורה באינטרס הציבורי, בהיותה מנוגדת לתפיסות יסוד של החברה הישראלית¹⁰⁰. האינטרס הציבורי של הגנה על נשים בעבודה ועידוד שילובן במגל העבודה¹⁰¹ מחייב מיגור התופעה של הפליית נשים בהריון בקבלה לעבודה. שלילת אופציה לעבודה מנשים הרות, כנטען בתביעה, הינה הפליה אסורה ופסולה, מנוגדת לעקרון השוויון ופוגעת בכבוד האדם¹⁰² של אותן נשים אשר פנו בבקשת עבודה לחברה, והמערעת בכללן.

על כן, ובמסגרת בחינתה של הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, יש ליתן את הדעת לאינטרס הציבורי בעשיית שימוש בהליך התובענה הייצוגית בעילת הפליה. שכן, לתובענה הייצוגית משמעות כלכלית וחברתית גדולה ביותר "יש בה אינטרס ציבורי לאכיפת הוראות החוק שבגדרו באה התובענה הייצוגית" ו"יש לה ערך מרתיע מפני הפרת החוק"¹⁰³. הליך של תובענה ייצוגית תורם למודעות הציבור בדבר איסור הפליה על גווניה השונים, מקדם את זכות הגישה לערכאות המשפטיות, בעיקר של סוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות אליהן כיחידים¹⁰⁴. ובמיוחד בעילת הפליה בקבלה לעבודה, כשציבור הפונות אינו מדוע כלל להתקיימותה.

נטל ההוכחה על הנתבע

39. בטענת הפליה בקבלת נשים בהריון לעבודה ומהות הפגיעה, המועלות בתביעה, יש, לכאורה, כדי להעביר נטל השכנוע אל החברה הנתבעת, כדי שתצדיק את הפגיעה הנטענת בשוויון. זאת, הן לאור הוראות חקו שוויון הזדמנויות בעבודה שעניינן בטענת הפליה מחמת הריון. והן, לאור הכלל הפסוק לפיו פגיעה בזכות השוויון, חייבת להיות מטעמים כבדי משקל וממין העניין, והנטל להוכחתם, הוא על שכמו של הטוען להם¹⁰⁵.

⁹⁸ דב"ע נו129-3/ פלוטקין – אחים איזנברג בע"מ פד"ע לג 481, (להלן: עניין פלוטקין).
⁹⁹ בג"צ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ ואח', פ"ד מ"ח (5) 749, 763 (להלן: עניין דנילוביץ).

¹⁰⁰ ראו: פסיקת הנשיא ברק בדג"ץ 4191/97, דג"ץ 4773/97 אפרים רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 368, 330; בג"ץ 6845 ניב נ' בית-הדין הארצי לעבודה, בעמ' 686; עניין דנילוביץ בעמ' 779.

¹⁰¹ רות בן ישראל, שוויון הזדמנויות ואיסור הפליה בעבודה, כרך ב', תשנ"ח – 1998; עמ' 589; עע 606/06 אבביטו איינעלם – חברת איי.אס.אס אשמורת בע"מ, ניתן ביום 31.12.06.

¹⁰² דב"ע לג 25-3 ועד אנשי צוות דיילי אוויר – עדנה חזין, פד"ע ד, 365, 374.

¹⁰³ בע"ע 300031/98 התעשייה האווירית לישראל בע"מ – יהודה מרוג ואח', פד"ע לה 289 (להלן: עניין מורג).

¹⁰⁴ א' קלמנט וש' רבין מרגליות, "תובענות ייצוגיות בדיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק?" – טרם פורסם.
¹⁰⁵ עניין דנילוביץ, בעמ' 764.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום**הקושי הראייתי בהוכחת טענת הפליה**

40. כפי שצינו לעיל, קיים קושי ראייתי ממשי בהוכחת תביעה בגין הפליה בכלל. קושי הוכחתי זה מתגבר כאשר מדובר בטענת הפליה בקבלה לעבודה מחמת שיקול פסול שהמעביד השתמש בו לכאורה כלפי נשים פונות אינדיבידואליות, או כאשר לכאורה קיים מצג שווה בדבר קריטריון נייטרלי ובפועל, קבוצה מוגנת של נשים בהריון הופלטה לרעה. זאת, מבלי לייזע את הנשים שפנו לחברה בבקשות לשיבוץ והשמה במשרות פנויות. בקושי ראייתי זה יש כדי לתרום לגיבושו של "חשש ממשי".

מהות הנכסים המבוקשים בצו

41. רישומי המחשב שתפיסתם מבוקשת, מושא דיונו בערעור זה, **זומים באופיים, במהותם ובתוכנם לראיות המהימנות לכאורה, שצורפו לבקשה הדחופה למתן צו לתפיסת חומר מחשב**. מקובלת עלינו טענת המערערת, כי בתפיסת חומר המחשב המצוי אצל החברה, בעניין קבלתן והשמתן לעבודה של נשים הרות, היא כדי לסייע רבות לאישור התובענה הייצוגית והוכחתה. אף נתנו דעתנו לתכליתן של הראיות המבוקשות, הנדרשת להוכחת הפרת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, ולכך, שלכאורה, הראיות המבוקשות צפויות להיעלמויות רבות" נוכח טיבן וטבען, בהיותן ראיות אלקטרוניות במחשבי החברה¹⁰⁶.

הזיקה בין תפיסת חומר המחשב להצלחה לכאורית של התביעה הייצוגית

42. משהוכחה תשתית עובדתית לכאורית לביסוס הטענה שהנכסים שתפיסתם מבוקשת במסגרת חומר המחשב דרושים להוכחת עילת ההפליה שביסוד התובענה, נמצא, כי קיימת זיקה ממשית והדוקה בין החומר שתפיסתו מבוקשת לבין סיכוייה הלכאוריים של התביעה הייצוגית. זאת, לפי העולה מראיות מהימנות לכאורה, שצורפו לבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית ומהות החומר שתפיסתו מתבקשת, שיהא בהם כדי להגדיר באופן לכאורן, את מימדי ההפליה הקבוצתית, את השימוש בשיקול פסול של הריון, ואת גודל קבוצת התובעות במסגרת התובענה הייצוגית.

תקופת ההתיישנות

43. לפי שנקבע בסעיף 14 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, חלה תקופת התיישנות בת שנה אחת, שתחילתה ביום שנוצרה העילה להפליה בקבלה לעבודה מחמת היריון. חוק תובענות ייצוגיות אינו מאריך את תקופת ההתיישנות, כאמור¹⁰⁷ אולם, התקופה שממועד הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית ועד שהחלטה בה הפכה להיות חלוטה, אינה נכללת במניין תקופת ההתיישנות¹⁰⁸.

על רקע זה, וככל שתאושר התובענה כתובענה ייצוגית, ישנה רלבנטיות לרישומי מחשב נוספים המצויים ברשות החברה, שהם בבחינת חומר ראיות, בעניינן של **מבקשות עבודה**

¹⁰⁶ קוזלובסקי, עמ' 113.

¹⁰⁷ סעיף 26 לחוק תבוענות ייצוגיות.

¹⁰⁸ עע 559/05 עלי ברמן – אורט ישראל בע"מ, ניתן ביום 18.1.07, פסקה 28.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

נוספות אשר נדחו מהפנייה לעבודה מחמת הריון, לכאורה ולפי הנטען בתביעה, ושעילת תביעתן לא התיישנה.

בהתאם, התבקש צו חיפוש ותפיסת חומר מחשב שברשות החברה, בנוגע לנשים בהריון שפנו לחברה בבקשות לשיבוץ והשמה בעבודה, ב"תקופה של 12 החודשים האחרונים בטרם הגשת בקשה"¹⁰⁹ לתפיסת חומר מחשב. קרי, מתבקש צו תפיסת חומר מחשב בגין תקופה שלא התיישנה על פי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. לטענת המערערת, חומר הראיות המבוקש, נדרש כדי להוכיח בראש ובראשונה את מימדי ההפליה הלכאורית הנטענת ו"להצדיק" את ההליך הייצוגי. בנוסף על כך, נדרשת תפיסת הרישומים במחשבי החברה, לשם מניעת אפשרות של העלמת ראיות, ולשלילת טענת הגנה לכאורית לפיה השתנתה מדיניות ההפליה הנטענת, מבלי שיהיה לכך ביסוס ראיתי¹¹⁰.

44. נוכח מכלול השיקולים שלעיל, הגענו למסקנה, לפיה מתקיים תנאי "חשש ממשי" ברמה של "קרוב לוודאי", כי מסמכים וראיות שברשות החברה, אשר את תפיסתם מבקשת המערערת, ייעלמו עובר לדיון במעמד שני הצדדים.

התנאי השלישי למתן הצו: הכבדה ממשית על קיום ההליך

45. בחינת השיקולים הצריכים לעניינה של בקשת התפיסה, בנסיבות המקרה הנדון לפנינו, מעלה כי המערערת מילאה גם אחר התנאי המצטבר הנוסף הנדרש בתקנה 387א(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, למתן צו לחיפוש ותפיסת נכסים. שוכנענו, כי אם לא יינתן הסעד המבוקש לתפיסת רישומי המחשב של החברה, ובהתקיים חשש קרוב לוודאי שהחברה תעלים את הראיות המבוקשות, תגרם הכבדה ממשית על בירור ההליך של התביעה הייצוגית, ככל שתאושר. טעמינו לכך נפרט להלן.

שיקולים של אינטרס הציבור בהכרעת מאזן הנזקים. בנסיבות המקרה שלפנינו נראה כי תפיסת חומר המחשב, עלולה לגרום נזק רציני לחברה – אם יינתן הצו. ואם לא יינתן הסעד המבוקש, עלול להיגרם למערערת נזק חמור.

במצב דברים זה, יכריעו את הכף שיקולים של אינטרס הציבור ובהם אלה: האינטרס הציבורי למניעת הפליה מחמת מין וטעמים פסולים בכלל, ולענייננו, מניעת הפליה בקבלה לעבודה של נשים בהריון בפרט; האינטרס הציבורי של עשיית שימוש בתובענה ייצוגית, ככל דיוני ההולם מיגור הפליה בעבודה ובקבלה לעבודה. שיקולים אלה מתגבשים לאינטרס ציבורי כבד משקל במתן סעד התפיסה. משהוספנו לכך סיכויי תביעה לכאוריים בהלק התביעה הייצוגית, נוטה מאזן הנזקים לטובת המערערת.

יעילותם של הליכים אחרים ומיצויים. נתנו דעתנו לקיומם של מנגנוני פיקוח ובקשה להפרת הוראות חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. אפשרות אחת לבחינת המסמכים שברשות המעבד

¹⁰⁹ סעיף 27 לבקשה דחופה למתן צו לתפיסת חומר מחשב.
¹¹⁰ ראו והשוו: עניין פלוטקין, לעיל.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

הינה באמצעות **מפקח** הממונה על ידי השר לביצוע הוראות החוק והמוסמך "לדרוש מכל מעביד או מכל מי הזקוק לעובד ומכל אדם אחר הנוגע בדבר, להמציא לו כל מידע שבידו הנוגע לחוק זה"¹¹¹ ו"לאחר מתן הודעה מוקדמת – להיכנס לכל מקום עבודה ולחקור את הבעלים וכל אדם אחר הנוגע בדבר שבאותו מקום, ולבדוק את המסמכים הנוגעים לעובדים באותו מקום עבודה"¹¹².

מנגנון נוסף הינו בדרכי **פיקוח ואכיפה אותם מוסמכת לקיים נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה**. במסגרת זו, רשאי נציג אזורי, או עובד שהוסמך על ידו "להורות בצו למעביד למסור נתונים באשר לקיום חובה מחובותיו על פי חקיקת השוויון בעבודה"¹¹³; ו"בצו תיקבע התקופה לביצוע הפעולות המפורטות בו"¹¹⁴.

בחינת התאמתם של ההליכים האמורים לנסיבות המקרה הנדון בפנינו, מעלה כי מנגנונים אלה חסרים את יסוד ההפתעה ואין בהם כדי להפיג את החשש הממשי של העלמת ראיות, וההכבדה הממשית על בירור ההליך העיקרי, אם לא ניתן יהיה להשיג ראיות אלה "בזמן אמת".

46. **מסקנת הדברים היא**, שהמערערת הוכיחה בראיות מהימנות לכאורה המצביעות על רמת וודאות קרובה, כי העלמת הראיות תסכל את תביעתה הייצוגית וייגרם לה נזק ממשי אם לא ייענה מבוקשה למתן הסעד של תפיסת רישומי המחשב שברשות החברה, כמפורט בבקשה למתן הצו.

מסקנתנו מבוססת על הטעמים דלעיל, ועיקרם באלה: מהימנות הראיות לכאורה שהציגה המערערת, בדבר הפליה בקבלה לעבודה על רקע של הריון, שוללת טענה לפיה הבקשה לתפיסת חומר המחשב היא בבחינת "דייג"; טיב הראיות האלקטרוניות שברשות החברה ואפשרות העלמתן במחי יד; הזיקה בין הנכסים המבוקשים להצלחת התביעה הייצוגית; הקושי הראייתי בהוכחת הפליה בקבלה לעבודה; הקשיים בניהול הליך של תובענה ייצוגית והוכחת עילת הפליה בהליך ייצוגי; אופי התביעה המעלה פגיעה חמורה בזכות לשוויון וכבוד האדם של נשים בקבלה לעבודה בגין הריון.

מידתיות הסעד

47. המערערת עמדה בנטל השכנוע של ודאות קרובה לקיומו של "חשש ממשי" להעלמת הנכסים שתפיסתם מתבקשת, ובנטל השכנוע בדבר וודאות קרובה לפגיעה בהליך התובענה הייצוגית ואישורה, ככל שלא ינתן לה הסעד המבוקש לתפיסת חומר המחשב שברשות החברה. נוסח מהות עילת התביעה ולאור האינטרס הציבורי שבמיגור תופעת הפליה בעבודה, והגשמת האינטרס הציבורי בדרך של תובענה ייצוגית כשעילתה הלכאורית הפליית ציבור רחב של דורשות עבודה שנדחו מחמת הריון – נמצא, כי מתן הצו המבוקש, יהא לתכלית ראויה של מניעת סיכול ההליך משפטי שעילתו הפליה בקבלה לעבודה.

¹¹¹ סעיף 18(ב)1 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

¹¹² סעיף 18(ב)2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

¹¹³ סעיף 18(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

¹¹⁴ סעיף 18(ב) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

משביססה המערערת וודאות קרובה לקיומו של חשש ממשי להעלמת הראיות וודאות קרום להכשלת ההליך העיקרי, על קיומם הצביעה המערערת בראיות המהימנות לכאורה שצירפה לתביעתה, יש במתן הצו סעד מידתי ואינו במידה העולה על הנדרש. זאת, בכפוף להנחיותיו לגבי המגבלות שייקבע בית הדין האזורי בצו התפיסה. זאת, באופן שביצוע החיפוש והתפיסה של חומר המחשב, יהא מוגבל מבחינת הגדרת הנכסים, מועד ביצוע הצו, מקום ביצועו ובאופן שלא יפריע להתנהלות החברה ולפעילותה העסקית, ככל הניתן.

פרק אחרון: הסעד האופרטיבי

48. לאור כל האמור לעיל, נחה דעתנו כי בנסיבות המקרה הנדון, מתקיימים התנאים המצטברים הקבועים בתקנות סדר הדין האזורי, למתן צו חיפוש ותפיסה של חומר מחשב. **אשר על כן הערעור מתקבל, באופן שניתן בזה צו לתפיסת חומר מחשב שברשות החברה הנתבעת, לצורך הליך אישור התובענה כתביעה ייצוגית.**

49. כלל החומר שהובא לפנינו, מוחזר לבית הדין האזורי כדי שיוציא מלפניו צו היתר מפורט ומפורט לחיפוש ותפיסה לפי תקנה 837 לתקנות סדר הדין האזורי, שכותרתה "חיפוש בחומר מחשב" (להלן: **צו ההיתר**) וכדי שיקבע במעמד המערערת בלבד, בדיון בדלתיים סגורות ובאיסור פרסום, את אופן ביצוע צו החיפוש והתפיסה של חומר המחשב המצוי ברשות החברה.

בית הדין האזורי יקבע את ההגבלות על היקף הצו, לרבות מיקומו ומועדו, השמירה על הנכסים וסודיות המידע שהתקבל, הערבויות הנדרשות מן המערערת, מינוי תופס נכסים והערבויות הנדרשות ממנו, וכל הוראות נוספות והוראות הנדרשות למילוי הצו, להנחת דעתו, **לרבות ההנחיות שלהלן:**

א. חיפוש ותפיסת החומר "כולל אך ורק נשים אשר פנו בהיותן בהריון לנתבעת וכן פרטי הנשים אשר פנו לנתבעת ולגביהן יש בידי המבקשת נתונים".

ב. חיפוש חומר המחשב ותפיסתו יבוצעו תוך הקפדה על צמצום הפגיעה בחברה, במידה המירבית האפשרית ומבלי שתופרע, במידת האפשר, פעילותה השוטפת של החברה. בתוך כך, יתן בית הדין האזורי דעתו ויחליט בעניינין של הגבלות אלה:
מסגרת התקופה לגביה יחול צו התפיסה, החל מיום 3.3.07 ועד למועד הגשת התובענה הייצוגית, הבקשה לאישור התביעה הייצוגית והבקשה למתן צו לתפיסת חומר מחשב ביום 3.3.08.

מקום ביצוע החיפוש ותפיסת הראיות יוגדר בצו באופן המצר והמגביל ביותר הנדרש לביצועו. בטיעונה לפנינו ציינה המערערת כי אתר החיפוש לגבינו מתבקש הצו הוא "משרד אחד ומסך מחשב אחד, ברחוב מנחם בגין 116 בתל אביב"¹¹⁵.

¹¹⁵ על פי פרוטוקול הדיון מיום 3.4.08.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

תפיסת חומר המחשב המבוקש תיעשה בדרך של העתקה, צילום או הדפסה, ללא הוצאת החומר מרשות החברה הנתבעת.

ב. ייקבעו ההגבלות על תופס הנכסים והעובד בשירותו או מטעמו, לפי שיקול דעתו של בית הדין האזורי, לרבות הבטחת אי שימוש בנכסים, במידע או במסמכים שהגיעו אליו עקב תפקידו, וסודיות החומר שנתפס בהתאם לתקנה 387ז לתקנות סדר הדין האזרחי.

ג. בית הדין יבדוק מיהותם של תופס הנכסים ומומחה המחשבים המוצעים על ידי המערעת לתפיסת הנכסים, ויבחן שלא מתקיימת זיקה כלשהי בין מי מהם לבין מי מהצדדים.

ד. החומר שייתפס על ידי "תופס הנכסים" שימנה בית הדין האזורי, יישמר במעטפה סגורה, תוך מחיקת שמות הצדדים ויימסר ישירות לכספת בית הדין.

ה. מועד ביצוע הצו ייקבע ויוגבל בזמן. לאחר שדו"ח התופס יומצא לבית הדין האזורי, ייקבע לאלתר דיון נוסף במעמד שני הצדדים.

השופט יגאל פליטמן

מסקנתה האופרטיבית של חברתי השופטת נילי ארד בדעתה רחבת היריעה מקובלת עלי.

השופטת ורדה וירט ליבנה

אני מצטרפת לפסק דינה המקיף והמרחיב את הדעת של חברי השופטת נילי ארד.

נציג ציבור מר יהודה בן הרוש

אני מצטרף לפסק דינה המקיף ורחב היריעה של השופטת נילי ארד, על נימוקיו.

נציג ציבור מר יורם בליזובסקי

אני מצטרף לפסק הדין המלומד ורחב היריעה של השופטת נילי ארד, על טעמיו.

סוף דבר

הערעור מתקבל כאמור בחוות דעתה של השופטת נילי ארד. התיק מוחזר לבית הדין האזורי לשם הוצאת צו היתר מפורש ומפורט לחיפוש ותפיסה של החומר המבוקש שברשות החברה הנתבעת, לרבות קביעת הנחיות כמצוין בסעיף 49 לחוות דעתה של השופטת ארד. אין צו להוצאות בערעור זה.

החלטת בית הדין האזורי בדבר הוצאת צו ההיתר ואופן ביצועו תימסר למערעת בלבד.

בדלתיים סגורות – איסור פרסום

פסק דין זה אסור בפרסום ולא יפורסם.

בית הדין האזורי יורה בהחלטה על פרסומו של פסק דין זה במועד המוקדם מבין שניים אלה:

(א) לאחר שצו החיפוש והתפיסה יבוצע בפועל, ודבר ביצועו של הצו כאמור, יהיה בידיעת המשיבה;

(ב) או בעת הדיון במעמד שני הצדדים כאמור בסעיף 49(ה), לאחר שדוח התופס יומצא לבית הדין.

ניתן, בהעדר המערערת, היום י"ז אייר, תשס"ח (22 מאי 2008). ויישלח למערערת בלבד.

ורדה וירט-ליבנה, שופטת

נילי ארד, שופטת

יגאל פליטמן, שופט

נציג מעבידים, מר יורם בליזובסקי

נציג עובדים, מר יהודה בן הרוש