



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

ביתן ביום 14 מאי 2018

7386-02-16 המעררת בע"ע

16

36096-02-16 המשיבה בע"ע

16

"קסטרו מודל" בע"מ

-

36096-02-16 המערער בע"ע

16

אור שחם

7386-02-16 המשיב בע"ע

לפני: הנשיא (בדימוס) יגאל פליטמן, השופטת (בדימוס) רונית רוזנפלד, השופטת לאה גליקסמן,

נציגת ציבור (עובדים) גב' מיכל בירון בן גרא, נציג ציבור (מעסיקים) מר צבי

טבצ'ניק

בשם "קסטרו מודל" בע"מ – עו"ד אפרת דויטש ועו"ד שמרית נוי  
בשם אור שחם – עו"ד רונן בן צבי ועו"ד מיכל גורן

### פסק דין

#### השופטת לאה גליקסמן:

1. לפנינו שני ערעורים על החלטתו של בית הדין האזורי בתל אביב (השופט דורי ספיבק ונציג הציבור מר אהוד מטרסו; סע"ש 13-07-3263), במסגרתה נתקבלה חלקית בקשתו של מר אור שחם לאישור התובענה שהגיש כתובענה ייצוגית (להלן – **העובד והבקשה לאישור**, בהתאמה),



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו – 2006 (להלן- חוק תובענות ייצוגיות).

### רקע עובדתי, כעולה מהחלטתו של בית הדין האזורי

2. "קסטרו מודל" בע"מ (להלן – קסטרו) היא חברה העוסקת בעיצוב, ייצור ושיווק של מוצרי הלבשה לנשים ולגברים הנמכרים ברשת חנויות "קסטרו". הרשת מונה למעלה מ- 120 חנויות, ברחבי הארץ. עם עובדי החברה נמנים מוכרים בחנויות, צוותי ניהול בחנויות, מנהלים ועובדי מטה ומרכז לוגיסטי.

3. רוב העובדים בצוותי המכירות מועסקים במשרות חלקיות ובשכר שעות. העבודה מתבצעת במשמרות, עת סידור המשמרות נעשה בהתאם לבקשות העובדים ולצרכי כל חנות וחנות. ב"הודעה לעובד" הנמסרת לכל העובדים ונמסרה גם לעובד מצוין כי "אורכו של יום העבודה הרגיל של העובד 6 שעות".

4. קצב תחלופת העובדים הוא גבוה. ממוצע ותק העובדים לצוותי מכירה בחנות עמד על 10.73 חודשים בלבד (נכון למועד הגשת תגובת קסטרו), ועל 6 חודשים בשנים קודמות.

5. העובד החל לעבוד כאיש מכירות בסניף קניון איילון שברמת גן ביום 27.3.2009. יחסי העבודה בין הצדדים הגיעו לסיומם בהתפטרותו של העובד ביום 3.12.2013, מספר חודשים לאחר הגשת הבקשה לאישור.

6. השכר המשולם לאנשי המכירות בחנויות קסטרו מורכב משכר בסיס שעותי, המשתנה מעובד לעובד, בצירוף עמלת מכירות המכונה בתלוש השכר "תוספת מפעלית"; ה"תוספת מפעלית" משולמת לפי מדרג



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

תגמולים אשר משתנה בהתאם לגובה העסקה שבוצעה – ככל שסכום העסקה גבוה יותר גובה התגמול עולה; לעתים יש תמריצים נוספים בגין מכירות של מוצרים או קטגוריית מוצרים ספציפית; כל איש מכירות יכול להתעדכן במצב מכירותיו במהלך החודש, ובידי אנשי המכירות מידע על מה משולמות להם עמלות מכירה מדי חודש בחודשו; בסוף כל משמרת, נוהג מנהל החנות להוציא לכל העובדים סרט קופה ("סליפ"), ובו פירוט בנוגע לתגמולי כל עובד ועובד באופן נפרד.

7. בטרם הוגשה התובענה הייצוגית, התנהל דין ודברים, בכתב ובעל פה, בין ב"כ העובד לבין ב"כ קסטרו, והעובד ביקש מסמכים שונים. מכתב ב"כ העובד מיום 30.4.2013 הוגדר כ"התראה לפני הגשת תובענה ייצוגית", במסגרתו נתבקשו מסמכים נוספים, וכן נטען כי מבדיקה שנערכה עולה כי במהלך העסקתו של העובד הופרה שורה של זכויות, ונתבע פיצוי בגין רכיבים שונים, לעובד כמו גם לכל עובדי קסטרו. בסוף המכתב נאמר שככל שלא תתקבל תשובה חיובית בדעת העובד לפנות לבית הדין לעבודה בתביעה אישית ובבקשה לאישורה כייצוגית. משלא נענה המכתב, ביום 2.7.2013 הוגשה הבקשה לאישור התובענה כייצוגית.

8. הבקשה לאישור הוגשה מלכתחילה **בעשר** עילות. במהלך ההתדיינות ביקש העובד להסתלק מחמש עילות אלה: הפרת החובה למתן הודעה על תנאי עבודה; הפרת הוראות חוק הזכות לעבודה בישיבה, תשס"ז – 2007; הפרת הוראת חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א – 1951 (להלן – **חוק שעות עבודה ומנוחה**) בהעסקת עובדים 7 ימים בשבוע, מבלי שניתנה מנוחה שבועית בת 36 שעות ו/או בהעסקה למעלה מ-12 שעות ביום ברציפות; הפרת הוראות חוק חופשה שנתית תשי"א – 1951 באי מתן חופשה רצופה בת שבעה ימים לפחות; זכאות חברי הקבוצה לצו



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

עשה או לפיצוי כספי בגין הפרת חוק שעות עבודה ומנוחה או חוק חופשה שנתית. בית הדין האזורי אישר את בקשת ההסתלקות.

9. מבין חמש העילות הנותרות, הסכימה קסטרו כי עילות התביעה בעניין תשלום דמי הבראה ודמי חגים לפי היקף משרה בפועל ולא על בסיס היקף משרה של 75% יידונו כתובענה ייצוגית.

10. נוכח האמור, נותרו להכרעת בית הדין שלוש עילות:

10.1. הכללת עמלות מכירה בתשלום דמי חגים – נדחתה;

10.2. הכללת עמלות מכירה ב"שכר הרגיל" על פי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה לעניין חישוב גמול בעד עבודה בשעות נוספות ובמנוחה שבועית – נתקבלה;

10.3. זכאות לגמול שעות נוספות בעד שעות עבודה שמעבר ל- 43 שעות בשבוע – נתקבלה.

בנוסף, פסק בית הדין האזורי לבאי כוח העובד שכר טרחה בגין טיפולם בתביעה עד לשלב זה בסך של 80,000 ₪ (בתוספת מע"מ), וכן הוצאות לטובת העובד בסך של 5,000 ₪.

11. העובד הגיש ערעור בזכות על ההחלטה לדחות את בקשתו לאשר תביעתו כתובענה ייצוגית בעילה של הכללת עמלות המכירה בתשלום דמי חגים (ע"ע 36096-02-16); קסטרו הגישה בקשת רשות ערעור על אישור הבקשה בנוגע לשתי עילות התביעה שנתקבלו – הכללת עמלות מכירה ב"שכר הרגיל" על פי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה וזכאות לגמול שעות נוספות בעד שעות עבודה שמעבר ל- 43 שעות בשבוע, וכן על שיעור ההוצאות ושכ"ט עו"ד שנפסקו לזכות העובד ובאי כוחו (בר"ע 7386-02-16).



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

12. בהחלטה מיום 22.3.2016, בהסכמת העובד, ניתנה רשות ערעור על החלטתו של בית הדין האזורי לאשר את הבקשה בשתי עילות, וכן ניתן תוקף של החלטה לעיכוב ביצוע החלטתו האופרטיבית של בית הדין האזורי לעניין המשך ניהול ההליך. בקשה לעיכוב ביצוע תשלום הוצאות לעובד ושכר טרחה לב"כ העובד נתקבלה חלקית, ונקבע כי בשלב זה ישולמו לעובד הוצאות בסך של 5,000 ₪ וישולם לב"כ העובד שכ"ט עו"ד בסך של 20,000 ₪.

### החלטת בית הדין האזורי

13. בית הדין האזורי דן תחילה בשאלות המשפטיות העיקריות שמעוררת הבקשה לאישור, דהיינו קיומה של עילת תביעה, ולאחר מכן בחן אם מתקיימים התנאים לאישור התובענה כתובענה ייצוגית.

### **הכללת "עמלות מכירה" בחישוב גמול בעד עבודה בשעות נוספות ובמנוחה שבועית:**

14. נקודת המוצא להכרעה בעניין זה היא הוראת סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה, הקובעת שלעניין גמול בעד עבודה בשעות נוספות וגמול עבור עבודה במנוחה שבועית יש להביא בחשבון את "כל התוספות שמשלם מעסיק לעובדו"; בהתאם לפסיקה, יש לפרש הוראת חוק זו בצורה מרחיבה, באופן המביא בגדר "השכר הרגיל" בנסיבות ותוספות מותנות, לרבות תוספות שאינן מובאות בחשבון לצורך חוק פיצויי פיטורים; בהינתן הלכה זו, ולצדה ההלכה הוותיקה כי עמלות המכירה הן חלק מ"השכר הקובע" בחישוב פיצויי פיטורים, מתחייבת המסקנה כי יש לכלול



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

את עמלות המכירה ב"שכר הרגיל" לצורך חישוב גמול שעות נוספות וגמול מנוחה שבועית.

בית הדין האזורי ציטט בהסכמה את פסיקתו של מותב אחר בבית הדין האזורי [עב (ת"א) 11182/07 **בן גל – כ.י.ד. ערוץ הקניות** (7.10.2012)]; מותב בראשות השופטת ויסמן (להלן – עניין **בן גל**) שדן בהכללת עמלות מכירה ב"שכר הרגיל" לצורך חישוב גמול בעד עבודה במנוחה שבועית. בעניין **בן גל** נפסק כי הקביעה שלפיה העמלות הן חלק מ"השכר הרגיל" לעניין סעיף 18 לחוק מתיישבת עם תכלית חוק שעות עבודה ומנוחה, להפוך את ההעסקה במנוחה שבועית לבלתי כדאית מבחינה כלכלית עבור המעסיק. כמו כן, על פי גישה שהעמלות אינן חלק מ"השכר הרגיל" עובד ששכרו משולם על בסיס עמלות בלבד לא יהיה זכאי כלל לגמול שעות נוספות.

15. בית הדין האזורי התייחס לטענת קסטרו בדבר הקושי הפרקטי - העדר כל אפשרות ריאלית לאתר את השעה שבה בוצעה מכירה ספציפית, והעדר אפשרות לצרף את העמלות שנצברו בעד יום עבודה מסוים לשכר העבודה של אותו יום, לצורך חישוב הגמול המגיע בעד עבודה בשעות נוספות של אותו יום. בית הדין האזורי קבע כי המענה לקושי זה הוא הוספתן של העמלות כמקשה אחת ל"שכר הרגיל" לצורך חישוב שעות נוספות בסוף החודש, בדיוק כפי שהדבר נעשה באופן שגרתי כשמדובר בתוספת או בונוס לשכר חודשי. לעניין זה ניתן ללמוד מתקנות הגנת השכר (מועד מיוחד לתשלום שכר עבודה), תשמ"ח – 1987, שלפיהן במקרה שבו שכר העבודה משולם על פי דיווח העובד, והדיווח הוגש לאחר היום החמישי מתום חודש העבודה, הרי שהתשלום ייעשה בתום החודש שלאחר החודש שבגיניו שולם השכר.



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

16. בהתייחס לטענות קסטרו כי הכללת רכיב העמלות ב"שכר הרגיל" לצורך תשלום שעות נוספות תפגע בגמישות בשיטת תגמול העובדים ואף עלולה להביא לפגיעה בשיעור העמלות עבור עבודה בשעות רגילות - קבע בית הדין האזורי כי הגמישות הנתונה למעסיק לקבוע את מבנה שכרו של העובד ואת מדיניות השכר, לרבות תמריצים, כפופה להוראות חוקי המגן, וטענות כי הוראות חוק אינן מאפשרות גמישות מספקת יש להפנות למחוקק.

כמו כן, דחה בית הדין האזורי את טענתה של קסטרו כי כנגד הכללת העמלות ב"שכר הרגיל" עומדת לה הזכות לקזז תשלום בעד זמן הפסקות. בית הדין האזורי פסק כי בהתאם לפסיקה הפסקות שניתנו לעובד ולא קוזזו מהשכר בזמן אמת אין להתיר את קיזוזן בדיעבד, שכן יש לראות את חוזה העבודה ככולל הסכמה מכללא, שהמעסיק אינו רשאי לחזור ממנה לאחר סיום העבודה, שלא לנכות את זמן ההפסקה משעות העבודה בתשלום. מעבר לכך, קסטרו לא הוכיחה כי העובד קיבל בפועל את ההפסקות אותן ביקשה לקזז.

**זכאות לגמול שעות נוספות בעד עבודה מעבר ל- 43 שעות בשבוע:**  
17. בית הדין האזורי קבע כי בהתאם לפסיקה [ע"ע (ארצי) 402/07 ניצינים חברה לאבטחה – חודאדי (19.1.2010)]; ע"ע (ארצי) 188/06 בוג'ו – קל בנין (28.11.2010)] לעובד זכות לגמול שעות נוספות בכל מקרה שבו עבד מעבר ל- 43 שעות שבועיות רגילות, בין שהעבודה הנוספת שמעבר ל- 43 השעות נדרשת ממנו ביום רגיל ובין שהיא נדרשת ביום המנוחה השבועי; בין אם הסיטואציה של עבודה מעבר ל- 43 שעות בשבוע היא נדירה, כטענת קסטרו, ובין אם היא מתרחשת באופן תדיר, כטענת



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

העובד, קסטרו חייבת לערוך גם חישוב שבועי ולא רק חישוב יומי לזכאות לגמול שעות נוספות, ולשלם לעובד גמול שעות נוספות בעד שעות העבודה שמעבר ל- 43 שעות רגילות בשבוע; לפיכך, אי תשלום גמול שעות נוספות בעד שעות העבודה שמעבר ל- 43 שעות בשבוע הוא בניגוד לדין, והעובד זכאי להפרשי גמול שעות נוספות בעד שעות אלה. בית הדין האזורי הוסיף כי גם בעניין זה יש לדחות את טענת הקיזוז של תשלום בעד זמן הפסקות שהעלתה קסטרו.

### הכללת עמלות מכירה בתשלום דמי חגים:

18. בית הדין האזורי קבע כי השאלה העומדת להכרעה היא פרשנות הביטוי "תשלום מלא" שבסעיף 7(א) לצו ההרחבה בדבר תשלום דמי חגים שזו לשונו:

**"עובד לאחר 3 חודשי עבודה במקום העבודה, שלא נעדר מהעבודה סמוך ליום החג (יום לפני החג ויום אחרי החג) אלא בהסכמת המעביד, יהיה זכאי לתשלום מלא בעבור 9 ימי חג (...). עובד לא יהיה זכאי לימי חג החלים בשבת".**

19. בית הדין האזורי קבע כי הרציונאל העומד ביסוד צו ההרחבה, כפי שנפסק בעניין צמח [ע"ע (ארצי) 300630/98 צמח – ש.א.ש קרל זינגר צפון (30.4.2002)] הוא לכאורה, זהה לרציונל העומד בבסיס הזכות לתשלום דמי חופשה שנתית, שכן גם מטרתם של אלה לאפשר לעובד שעתו לצאת לחופשה בחג מבלי שיפגע שכרו. על כן, לכאורה, יש להחיל את הפסיקה שלפיה עמלות הן חלק מ"השכר הרגיל" לעניין דמי חופשה גם על תשלום דמי חגים. אולם, הכללת עמלות מכירה בשכר הקובע של עובד שעתו לעניין תשלום דמי חגים תביא לתוצאה שלפיה דווקא שכרו יהיה גבוה יותר מזה של עובד בשכר חודשי, בניגוד לתכלית ההסדר, שכן עובד





## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

חודשי מקבל בעד יום חג את שכרו החודשי הרגיל ליום; העובדה שהעמלות הן חלק מהשכר הקובע לצורך חישוב פיצויי פיטורים והפקדות לפנסיה אינה סותרת מסקנה זו, כיוון שבמקרים אלה דין אחד לעובדים השעתיים ולעובדים בשכר חודשי, ועל כן פרשנות שלפיה העמלה נכללת ב"שכר הרגיל" אינה מפלה לטובה את העובדים השעתיים.

**זכאות להפרשי הבראה וחגים בעד עבודה שמעבר ל- 75% מהיקף משרה:**

20. עניין זה לא עמד לדיון לפני בית הדין האזורי בבקשה לאישור, שכן כאמור קסטרו הסכימה שיש לאשר את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית בעניין זה, וכפי העולה מהחלטת בית הדין האזורי אף הסכימה כי לעובדים שעבדו בפועל בהיקף משרה העולה על 75% יש לשלם דמי חגים ודמי הבראה בהתאם להיקף משרתם בפועל.

### **האם מתקיימים התנאים לאישור התובענה ייצוגית?**

21. אחר הדיון בעילות התביעה, בחן בית הדין האזורי אם התקיימו התנאים הקבועים בחוק לאישור התובענה כתובענה ייצוגית.

22. **שאלות משותפות של עובדה ומשפט:** אין לקבוע באופן גורף שלא ניתן לאשר תובענה ייצוגית שעילתה תשלום שכר בעד עבודה בשעות נוספות, ואין ללמוד על כך מפסק הדין בעניין **ברקן** [ע"ע (ארצי) 686/09 **ברקן – איילון** (30.5.2011)]. בית הדין האזורי פירט את ההבדלים בין המקרה הנדון לבין עניין **ברקן**, כך שבעוד שבעניינו המחלוקת היא מחלוקת פרשנית על אופן חישוב גמול שעות נוספות בעניין **ברקן** הייתה מחלוקת עובדתית אם לא שולם גמול שעות נוספות לעובדים. במקרה



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

הנדון, אין מחלוקת עקרונית כי כל אנשי המכירות בקסטרו, עמם נמנה גם העובד, הועסקו בתנאי העסקה זהים וקיבלו גמול שעות נוספות, ושתי השאלות המשפטיות המתעוררות בהליך עניינן אופן החישוב והן רלוונטיות לכל העובדים; כמו כן, הלכת **ברקן** רלוונטית לסיטואציות שבהן קיים צורך בבחינה עובדתית מורכבת בדבר מספר שעות העבודה שעבד כל אחד מחברי הקבוצה, כגון בהעדר דו"חות נוכחות, אולם בענייננו קיימים דו"חות נוכחות לכל חברי הקבוצה, ולכולם שולם גמול שעות נוספות שחושב באותה דרך מסוימת, והטענה שמבקשים לברר במסגרת התובענה הייצוגית היא אופן חישוב הגמול; גם אם יש תת קבוצה בקרב אנשי המכירות – העובדים הלא יהודים – שלטענת קסטרו מקבלים גם גמול בעד עבודה בשבת וחג וגם ימי מנוחה וחג אחרים, בהתאם לבחירתם - אין בקיומה של תת קבוצה זו כדי להטות את הכף כנגד אישור התובענה הייצוגית.

23. נוכח הקביעה כי לעובד עומדות לכאורה עילות התביעה האישיות שלהן הוא טוען באשר לאופן חישוב שכרו, ולאור הצהרת קסטרו בדבר תנאי השכר האחידים בעיקרם של כל עובדיה בצוותי המכירות, העובד גם הוכיח לכאורה, כנדרש ממנו בשלב זה של ההתדיינות, שקיימת אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות יוכרעו לטובת הקבוצה.

24. האם התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת? בית הדין האזורי עמד על כך שבהתאם לפסיקת בית המשפט העליון בעניין הארגון הארצי של מפעלי השמירה [בג"צ 1893/11 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה (30.8.2015)] תכלית התובענות הייצוגיות היא אכיפה מקסימאלית של זכויות, ובמיוחד של קבוצות מוחלשות, ושקיימת חפיפה



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

בין התכלית של תובענות ייצוגיות לבין תכלית דיני עבודה, שכן אכיפה מיטבית של זכויות העובדים היא תכלית מרכזית של דיני העבודה. לכלי של תובענות ייצוגיות חשיבות מיוחדת עת מדובר בקבוצות עובדים המשתכרות שכר נמוך והמועסקות במקומות עבודה שבהם לא מתקיימים יחסי עבודה קיבוציים. כמו כן, מדובר בכלי שמיועד לתביעות שסכומן זניח לעומת עילות התביעה, או במלים אחרות – מבחן העדר הכדאיות הכלכלית בניהול תביעת יחיד. במקרה הנדון, חברי הקבוצה הם עובדים במשרות חלקיות, עת ממוצע תקופת העבודה הוא פחות משנה, ובשנים קודמות אף היה נמוך יותר – כחצי שנה, וככל הנראה ההפרשים המגיעים לכל עובד לא יעלו על מאות שקלים, ולכל היותר יגיעו לאלפי שקלים בודדים. קיומו של שוני בין העובדים בהיבטים של תקופת עבודה, היקף משרה וגובה העמלות אינו מונע אישורה של התובענה כתובענה ייצוגית, כפי שנפסק בעניין **תורג'מן** [ע"ע (ארצי) 246/99 **תורג'מן – שחק אבטחה ושירותי משרד בע"מ** (27.12.2009)]. בנוסף, נוכח הסכמתה של קסטרו לברר בדרך של תובענה ייצוגית את המחלוקת הנוגעת לזכותם של העובדים להפרשי דמי חגים ודמי הבראה, ממילא יהיה צורך במסגרת ההליך לבחון באופן פרטני את היקף המשרה המדויק של כל עובד ועובד, ובמסגרת בדיקה זו ניתן יהיה בקלות יחסית לבדוק אם כל עובד ועובד זכאי להפרשי שכר בעד שעות נוספות.

25. **קיומה של עילת תביעה אישית לעובד:** קסטרו מודה בקיומה של עילה אישית בכל הנוגע לתשלום הפרשי דמי חגים ודמי הבראה, ובאשר לעילות התביעה הנוספות הרי שעל פי האמור בהחלטה לעיל לגבי חלקן עומדת לעובד עילת תביעה אישית.



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

26. **האם עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת ובתום לב?** נוכח העובדה שעל הליכי הגישור חל חיסיון, יש לדחות את כל טענות קסטרו המבוססות על התנהלות העובד ובאי כוחו בהליך הגישור; יש לתמוה על טענת קסטרו בדבר אי כשירות באי כוח העובד לייצג את הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב, נוכח הסכמתה כי ינהל הליך של תובענה ייצוגית בעניין הפרשי דמי הבראה ודמי חגים על ידי באי כוח העובד.

### סיכום של דבר:

27. בית הדין האזורי קיבל את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית בחלקה, כמפורט להלן:

א. **חברי הקבוצה:** כל עובדי קסטרו, שעבדו בסניפי הרשת במכירות על בסיס שכר חודשי בצירוף עמלות בגין מכירה, החל משבע שנים לפני הגשת בקשת האישור.

ב. **התובע המייצג:** מר אור שחם.

ג. **באי כוח המייצגים:** עו"ד רונן בן צבי ועו"ד מיכל גורן.

ד. **עילות התביעה בגין מאושרת התובענה כייצוגית:** אי הכללת עמלות המכירה ב"שכר הרגיל" לצורך תשלום גמול שעות נוספות וגמול עבודה ביום מנוחה; מתן גמול שעות נוספות על פי תחשיב יומי בלבד, ללא תשלום הנדרש בדין גם עבור עבודה מעל 43 שעות על פי תחשיב שבועי; הגדרה שלא כדין של היקף משרה קבוע של 75% גם עבור עובדים שהיקף משרתם היה גבוה מזה, וזאת לצורך תשלום דמי חגים ודמי הבראה.

ה. **הסעדים הנתבעים:** תשלום הפרשים בגין רכיבי השכר השונים, בהתאם לפירוט עילות התביעה.



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

28. בית הדין האזורי פסק לבאי כוח העובד שכר טרחה בגין טיפולם בתובענה עד לשלב הזה בסך של 80,000 ₪ והוצאות לטובת העובד בסך של 5,000 ₪.

### הערעורים וטענות הצדדים:

29. כאמור, ערעור העובד סב על ההחלטה לדחות את בקשתו לאשר תביעתו כתובענה ייצוגית בעילה של הכללת עמלות המכירה בתשלום דמי חגים, וערעורה של קסטרו סב על אישור הבקשה בנוגע לשתי עילות התביעה - הכללת עמלות מכירה ב"שכר הרגיל" על פי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה וזכאות לגמול שעות נוספות בעד שעות עבודה שמעבר ל- 43 שעות בשבוע. כמו כן, מערערת קסטרו על שיעור ההוצאות ושכ"ט עו"ד שנפסקו לזכות העובד ובאי כוחו.

בטיעוניהם, התייחסו הצדדים בהרחבה לעילות התביעות לגופן ולשאלה האם מתקיימים התנאים לאישור הבקשה הקבועים בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות. להלן, נפרט את טענות הצדדים בנוגע לכל עילה, ובהמשך את טיעוניהם באשר להתקיימות התנאים לאישור הבקשה.

30. **הכללת עמלות בשכר בחישוב גמול בעד עבודה בשעות נוספות ובמנוחה שבועית:**

**קסטרו טענה** כי חוק שעות עבודה ומנוחה נחקק לפני שנים רבות, והוא לא עבר את ההתאמות הדרושות לתמורות מרחיקות הלכת שחלו בשוק העבודה. נוכח האמור, אין ליישמו באופן טכני, אלא יש להחיל את הוראות החוק לפי תכליתן, בהתאמה למציאות התעסוקתית, תוך עריכת איזון מידתי בין צרכי העובדים והמעסיקים, שכן החלתו באופן טכני עלולה



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

להפוך בן רגע מעסיקים נורמטיביים לעבריינים. כמו כן, קביעה כי עמלות הן חלק מ"השכר הרגיל" על פי החוק תפגע בגמישות הדרושה בעיצובן של תכניות תגמול לאנשי מכירות, המושפעות מגורמים משתנים, עת התגמול חייב להיות פונקציה ישירה של המאמץ והישגי המכירות; לפי החוק והפסיקה "השכר הרגיל" לעניין סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה הוא השכר המשולם בעד **יחידת זמן, שעת עבודה רגילה שקדמה לשעה הנוספת**, והוא מורכב מהשכר השעתי הבסיסי והתוספות המשולמות בעד **יחידת זמן** (כגון תוספת משמרות, תוספת לילה). נוכח העובדה שהעמלה מנותקת ממימד הזמן, שכן העמלה משולמת לא בעד שעות העבודה בעד משולם שכר שעתי בסיסי אלא בעד הישג המכירה בפועל, **וללא קשר לשעות העבודה** - העמלה אינה חלק מ"השכר הרגיל" על פי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה. בהקשר זה נטען כי אין להשוות בין עמלה, שהיא שכר לפי **פדיון**, לבין שכר לפי **כמות תוצרת**, ועל כן אין להחיל על עמלה את ההסדר שנקבע בחוק שעות עבודה ומנוחה על שכר לפי כמות תוצרת; נוכח העובדה שעמלה היא שכר לפי פדיון, גם אין להקיש מהכללתה בשכר לצורך תשלום פיצויי פיטורים והפרשות לפנסיה להכללתה ב"שכר הרגיל" על פי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה. קסטרו הוסיפה וטענה כי אופן החישוב שקבע בית הדין האזורי (הוספתן של העמלות שהגיעו לעובד בעד חודש מסוים כמקשה אחת ל"שכר הרגיל" לצורך חישוב גמול שעות נוספות בסוף החודש) אינו סביר, כי הוא עשוי להביא לתוצאה לפיה העובד יהיה זכאי לעמלה בעד שעות עבודה שבהן לא ביצע מכירות כלל והן לא הצמיחו לו זכאות לעמלה. בהקשר זה נטען כי דווקא בשעות העבודה האחרונות ביום עבודה פעמים רבות לא ניתן שירות ללקוחות ולא מבוצעות מכירות בפועל. כמו כן, הכללת עמלות



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

ב"שכר הרגיל" כך שבעד עבודה בשעות נוספות תשולם עמלה בשיעור גבוה יותר, עלולה להביא לתוצאה לפיה העובד ינסה "לתמרן" את השלמת המכירה, כך שעסקת המכירה תבוצע בשעות העבודה הנוספות. מעבר לכך, באופן מעשי אין למעסיק סביר ולא יכולה להיות לו (בעלות סבירה) מערכת נתונים שתוכל לסנכרן את דו"חות המכירה לדו"חות הנוכחות ותאפשר לייחס כל עסקה לשעה שבה בוצעה. כמו כן, לא ברור כיצד יש לחשב את הזכאות לגמול שעות נוספות בעד העמלה. כך, האם קמה זכאות לגמול שעות נוספות בגין העמלה לפי המועד שבו סייע העובד ללקוח, או לפי המועד שבו שילם הלקוח בעד המוצר? כיצד יש לחשב את התשלום במצב שבו לקוח נמצא פרק זמן ארוך בחנות, שרובו בתוך יום העבודה הרגיל, אך מגיע לקופה בתוך שעת עבודתו הנוספת של המוכר? העובדה שתשלום גמול שעות נוספות בעד העמלות אינו ניתן ליישום בפועל מעידה על כך שתשלום גמול שעות נוספות בעד עמלות אינו עולה מלשון החוק ומתכליתו של החוק.

**העובד טען** כי על פי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה **"השכר הרגיל"** **"כולל את כל התוספות שמעסיק משלם לעובדו"**, ועמלת המכירה היא בגדר **"תוספת"** ועל כן חלק מ"השכר הרגיל"; הגדרת השכר לצורך חישוב פיצויי פיטורים והפקדות לפנסיה צרה יותר מהגדרת "השכר הרגיל" על פי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה. לפיכך, משעמלת המכירה היא בגדר "שכר" בחישוב פיצויי פיטורים והפקדות לפנסיה, הרי שהיא גם חלק מ"השכר הרגיל" לעניין סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה; במהות, עמלות המכירה הן שכר לפי תוצרת, ויש להחיל עליהן את ההסדר שנקבע לעניין זה בחוק שעות עבודה ומנוחה, ואת ההסדר שנקבע בפסק הדין



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

בעניין **ואדים מזור** [ע"ע (ארצי) 19460-04-11] **ואדים מזור – פרידנזון שירותים לוגיסטיים, הובלה ופרוייקטים בע"מ** (3.11.2016).  
בהתייחס לקושי הפרקטי בחישוב גמול שעות נוספות הנטען על ידי קסטרו טען העובד כי זכאותו של העובד לעמלת מכירות מחושבת באופן מיידי במחשב, וכל עובד יודע מה שיעור העמלות המגיע לו בעד עבודתו בכל משמרת/חודש על פי סרט הקופה (סליפ). לפיכך, ניתן לדעת בנקל מתי בוצעה כל מכירה. זאת ועוד. להבדיל מעסקאות תיווך דירות או עסקאות אחרות המתמשכות על פני פרק זמן משמעותי, מדובר בעסקאות המבוצעות על אתר, ולכן אין קושי לאתרן במקום ובזמן.

**31. זכאות לגמול שעות נוספות בעד שעות העבודה שמעבר ל- 43 שעות בשבוע:**

**קסטרו טענה** כי עובד זכאי לגמול שעות נוספות בתחשיב שבועי, רק אם השלים את מלוא השעות הרגילות באותו שבוע; לרוב שעות עבודתו של העובד ואנשי המכירות לא עלו על 43 שעות בשבוע; אכן, קסטרו שילמה שכר בעד זמני ההפסקות. אולם, ככל שמשתנה שיטת חישוב גמול שעות נוספות מחישוב יומי בלבד לחישוב יומי ושבועי, אזי יש לבדוק אם בפועל העובד השלים 43 שעות עבודה רגילות בשבוע, בניכוי ההפסקות; גם אם שולם שכר בעד זמני ההפסקות אין בכך כדי להפוך את זמני ההפסקות לשעות עבודה על פי החוק, ועל כן ברוב המקרים בניכוי זמני ההפסקות העובד לא השלים 43 שעות רגילות בשבוע, והוא אינו זכאי לגמול שעות נוספות. זאת, גם אם שולם לו שכר בעד 43 שעות רגילות בשבוע.





## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

**העובד טען** כי קסטרו בעצם לא הכחישה שלא שולם לעובד גמול שעות נוספות בעד שעות עבודה שמעבר ל- 43 שעות בשבוע, והעובד עבד פעמים רבות מעל ל- 43 שעות בשבוע; על פי המקובל בקסטרו, זמני ההפסקות הם בגדר שעות עבודה, ועל כן אין לנכות את זמן ההפסקה משעות העבודה, והעובד זכאי לגמול שעות נוספות בעד שבוע שבו עבד מעבר ל- 43 שעות בשבוע, עת בתחשיב שעות העבודה כלולים זמני ההפסקות.

### 32. טענת הקיזוז – הפסקות:

**קסטרו טענה**, בהתייחס לשתי העילות, כי ככל שמשנים בדיעבד את שיטת תגמול העובד בעד עבודה בשעות נוספות, קמה לה זכאות לקזז את השכר ששילמה לעובד בעד זמני ההפסקות, שבעדן אינו זכאי לשכר על פי החוק; בית הדין האזורי שגה בקביעתו העובדתית כי קסטרו לא הוכיחה שהעובד יצא להפסקה, שכן הייתה מתכונת קבועה להפסקות, כך שבכל יום עבודה שעלה על שש שעות יצא העובד לפחות להפסקת אוכל בת חצי שעה, וכמו כן יצא להפסקות עישון; לפיכך, קסטרו הוכיחה כי בכל משמרת העולה על שש שעות יש הפסקה בת 30 – 45 דקות אשר לא נוכתה משכר העובד, והעובד גם הודה בכך; בכל מקרה, לא היה מקום להכריע בשלב ההחלטה בבקשה לאישור אם העובד שהה בהפסקות, והיה מקום לבחון את העניין בחינה מעמיקה בשלב הדיון בתביעה לגופה; ודאי, שלא היה מקום לדחות טענה זו באופן גורף, בנוגע לכלל חברי הקבוצה, שכן המחלוקת טעונה בירור עובדתי על יסוד עדויות וראיות,



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

וקביעת בית הדין האזורי שללה מקסטרו את זכותה להביא ראיות ולהוכיח טענותיה בעת שתתברר התביעה הייצוגית לגופה.

**העובד טען** כי "טענת ההפסקות" הייתה טענה עמומה, עת קסטרו לא הוכיחה את משך ההפסקה, וגם בהודעה על תנאי עבודה לא הייתה התייחסות להפסקה; משלא נערך רישום זמני ההפסקות, קסטרו לא עמדה בנטל להוכיח את זמני ההפסקות, על פי תיקון 24 לחוק הגנת השכר, תשי"ח - 1958; בתלושי השכר נאמר ש"כל השעות המצוינות כוללות הפסקה", כלומר יש הסכמה כי זמני ההפסקות הם בגדר שעות עבודה. משיש נוהג שלפיו ההפסקות אינן מנוכות משעות העבודה, קסטרו אינה רשאית לבטל ולשנות חד צדדית את הסכם העבודה בתגובה לתביעות; אין להשוות בין המקרה הנדון, לבין המקרים שנדונו בפסיקה שבהם הותר לנכות בדיעבד את זמן ההפסקות. כך, במקרים שנדונו בפסיקה הייתה מחלוקת על עצם תחולת חוק שעות עבודה ומנוחה ועל זכאות העובד לגמול בעד עבודה בשעות נוספות, ובמהלך העבודה כלל לא שולם לעובד גמול שעות נוספות. זאת, בשונה מענייננו, שבו הוסכם כי העובד זכאי לגמול בעד עבודה בשעות נוספות ואף שולם גמול שעות נוספות אך לא בשיעורו המלא, והמחלוקת היא בנוגע לתחשיב גמול שעות נוספות.

### 33. הכללת העמלות בשכר לצורך תשלום דמי חגים:

**העובד טען** כי על פי הוראות צו ההרחבה, העובד זכאי "לתשלום מלא" בעד עבודה בימי חג, ו"תשלום מלא" כולל את כל רכיבי השכר והתוספות בעד יום עבודה; בדומה לתשלום דמי חופשה, בתשלום דמי חגים יש להעמיד את העובד במצב שבו היה אילו עבד בפועל בחג, ועל כן העובד זכאי גם לעמלות; רכיב העמלות היווה 30% עד 50% משכרו של העובד,



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

כך שאי הכללת העמלות בשכר משמעותה תשלום חלקי לעובד בעד ימי החג; כשם שעמלות מכירה הן חלק מהשכר לעניין פיצויי פיטורים והפקדות לפנסיה הן חלק מהשכר לעניין תשלום דמי חגים; הכללת עמלות מכירה בתשלום בעד דמי חגים מתחייבת גם מפסיקת בית הדין האזורי בעניין **זעפרני** [תע"א (ת"א) 12558/09 **זעפרני – נגב שירותים לאוטומבולים** (21.1.2013)]; קביעת בית הדין האזורי סותרת את לשונו של צו ההרחבה ואת תכליתו; גם אם יוצר שוני בין עובד חודשי לבין עובד שעותי, אין הצדקה לפגיעה בעובד ששכרו משולם על בסיס שעותי. מכל מקום, לא בהכרח יוצר שוני כי העובד החודשי עוסק במטלות אחרות, ואין בקסטרו עובדים חודשיים המועסקים במכירות. לפיכך, מדובר בהשוואה תיאורטית לעובד וירטואלי שאינו קיים במציאות; מעבר לכך, טענה זו כלל לא הועלתה על ידי קסטרו; על פי פסיקתו של בית הדין האזורי, עובד ששכרו משולם על בסיס עמלות בלבד לא יהיה זכאי לדמי חגים. בהתייחס לטענות קסטרו טען העובד כי הטענה שבחודשי החגים שולמה עמלה בשיעור גבוה יותר מהווה הרחבת חזית אסורה.

**קסטרו טענה** כי הרציונאל לתשלום דמי חגים הוא אי פגיעה בשכר בחודש בו חלים חגים, ולצורך כך יש לבחון אם בחודש שבו חלו ימי חג העובד השתכר עמלות בשיעור נמוך יותר מבחודשים אחרים. מחומר הראיות עלה כי בחודשי החגים שכרו של העובד דווקא עלה, ועל כן אינו זכאי להכללת העמלות בתשלום בעד ימי החג; אין הצדקה כי עובד שעותי יקבל בעד יום חג תשלום בשיעור גבוה יותר מעובד חודשי; עמלות המכירה הן תשלום בעד מאמץ מכירה, ואין מקום לשלמן בעד ימים שבהם לא בוצעו מכירות.

34. **קיום התנאים לאישור התובענה כתובענה ייצוגית:**



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

### **קסטרו טענה כי התובענה אינה מתאימה להתברר כתובענה ייצוגית מנימוקים אלה:**

א. תכלית ומהות התובענה הייצוגית היא אכיפת דין קיים, הרתעה מפני הפרתו ומתן סעד הולם כפיצוי על הפרת הדין הקיים, ולא יצירת זכות יש מאין. כיום לא קיימת במשפט העבודה זכות להכללת העמלות ב"שכר הרגיל" לעניין תשלום גמול שעות נוספות ומנוחה שבועית ובדמי חגים; על כן, אין מקום לדון בעילות אלה בהליך של תובענה ייצוגית; קסטרו הדגישה, במענה לטענות העובד, כי אין מדובר בטעות שלה בפרשנות הדין, אלא במצב שבו לא הייתה הלכה המחייבת הכללת עמלות ב"שכר הרגיל" ובדמי חגים והיו פסיקות סותרות בעניין; אין "להעניש" את קסטרו ולהחיל עליה רטרואקטיבית הלכה חדשה, עת הסתמכה על המצב המשפטי הידוע בתקופה הרלוונטית לתביעה.

ב. העובדים עבדו בפרקי זמן שונים, בחנויות שונות, בשכר שעה שונה, בתפקידים שונים, בימים שונים ובשעות שונות, ומכאן כי סכום התביעה של כל עובד ועובד שונה. אין להחיל במקרה הנדון את הפסיקה שקבעה כי סכום תביעה שונה אינו מונע אישור התובענה כתובענה ייצוגית, נוכח השוני המהותי והמשמעותי בין העובדים, שיצריך בדיקה פרטנית ועריכת חישובים ידניים, על בסיס מסמכים ונתונים רבים. הליך של תובענה ייצוגית מתאים עת עילת התביעה היא זכות שאינה שנויה במחלוקת (כגון – הפקדות לקרן הפנסיה), ועת מדובר בתובענה שניתן לבררה באופן ענייני וקצר. הבדיקה הנדרשת לתשלום העילות שהוכרו - הפרשי דמי חגים ודמי הבראה על פי היקף משרה בפועל (ולא על פי היקף משרה בשיעור של 75% כפי ששולם)



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

- היא שונה במהותה, וניתנת להיעשות באופן ממוחשב, ללא בדיקות ידניות והצלבת מידע.

בהקשר לטענה זו, בהתייחס לעילות התביעה הקונקרטיות נטען כך:

- הכללת העמלות ב"שכר הרגיל" בחישוב גמול שעות נוספות ומנוחה שבועית: לא ניתן לאתר את המועדים שבהם בוצעו העסקאות, ובכל מקרה יידרש בירור עובדתי מורכב ופרטני בנוגע לכל עובד, הדורש הצלבת דו"חות מכירה ודו"חות נוכחות;

- התביעה לתשלום גמול שעות נוספות על בסיס חישוב שבועי, בעד שעות העבודה שמעבר ל- 43 שעות בשבוע: לא הוכח כי שעות עבודתו של העובד משקפות את שעות העבודה של אנשי מכירות אחרים; מתכונת העסקתו של העובד הייתה שונה ממתכונת העסקתם של כלל עובדי החברה, ועל כן לא הוכח קיומה של קבוצה ולא הוצגה ראשית ראייה כי התובענה מעלה שאלות עובדתיות ומשפטיות משותפות;

- קיזוז ההפסקות: יידרש הליך בירור עובדתי פרטני בנוגע למשך זמני ההפסקות של כל עובד;

- דמי חגים: יידרש בירור עובדתי פרטני בנוגע לכל עובד - האם חלה הפחתה בשכרו בחודשים בהם חלו חגים, ומה סכום העמלה שיש לכלול בדמי החגים המגיעים לו.

ג. פסיקתו של בית הדין האזורי עומדת בניגוד להלכה הפסוקה שלפיה לא ניתן לדון בהליך של תובענה ייצוגית בתביעה שעניינה תשלום הפרשי שכר בעד עבודה בשעות נוספות [ע"ע (ארצי) 686/09 ברקן -



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

**איילון (30.5.2011).** זאת, נוכח העובדה שתובענה כזו דורשת בירור עובדתי פרטני מורכב, שאינו מתאים להליך של תובענה ייצוגית. ד. הכללת עמלות מכירה בשכר לצורך תשלום גמול שעות נוספות תוביל להפחתת שיעור עמלות המכירה בעד מכירות בשעות הרגילות, ובכך תיווצר פגיעה בעובדים שכן רוב המכירות מתבצעות בשעות העבודה הרגילות.

ה. עניינם של חברי הקבוצה לא ייוצג ולא ינוהל בתום לב, ועל כך ניתן ללמוד מהתנהלות העובד בהליך (רק לאחר שנתיים הסכים העובד להסתלק ממחצית העילות; כבר במכתב ההתראה נדרש שכ"ט עו"ד בסך של 160,000 ₪; העובד אינו מכיר את עובדי קסטרו, לא ערך את הבדיקות הנדרשות ואף לא טרח להגיע להליך הגישור; ועוד); יש שוני מהותי בין עילות התביעה שבמחלוקת לבין עילות התביעה שאושרו, בגדרן הוסכם על ידי קסטרו כי העובד יהיה התובע הייצוגי.

### **במענה לטענות קסטרו טען העובד:**

א. העובדה שקסטרו נתפסה לכלל טעות בחישוב זכויות העובדים אינה בגדר נימוק לדחיית הבקשה לאישור, ככל שפרשנות העובד היא הפרשנות הנכונה על פי הדין. אין לקבל טענה שלפיה אין לפסוק סעד כנגד המעסיק כיוון שהמעסיק טעה בפרשנות המצב המשפטי; טעותו של המעסיק אינה מצדיקה לחרוג מהכלל שלפיו הלכה שיפוטית חדשה פועלת הן רטרואספקטיבית והן פרוספקטיבית.

ב. נדרש הליך של תובענה ייצוגית, שכן הופרו זכויות קוגנטיות של העובדים, שאינם מודעים לזכויותיהם; העובדים נמנים עם קבוצת עובדים מוחלשת, והעילות דורשות הבנה מעמיקה בדיני עבודה ועל כן



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

לא תוגשנה תביעות פרטניות; כמו כן, לא תוגשנה תביעות פרטניות נוכח תקופת העבודה הקצרה של העובדים; בכל מקרה, יעיל יותר שעילות התביעה תתבררנה כתובענה ייצוגית ולא בהליכים פרטניים רבים שיטילו עומס ניכר על מערכת בתי הדין לעבודה.

ג. בהתאם לפסיקה, שוני בין עובד לעובד בסכום התביעה אינו מונע אישור תובענה כתובענה ייצוגית; במקרה הנדון, רב המשותף על השוני, שכן קסטרו אישרה שתנאי עבודתם של אנשי המכירות היו זהים, והמשתנים שקסטרו פירטה (תקופת עבודה, מקום עבודה) אינם יוצרים שוני רלוונטי לעניין ההכרה בתובענה כתובענה ייצוגית.

ד. בשונה מהמקרים שעליהם הסתמכה קסטרו, שבהם נפסק כי תביעה לגמול שעות נוספות ולדמי חגים אינה מתאימה להתברר בהליך של תובענה ייצוגית, במקרה הנדון אין מדובר במצב בו הייתה מחלוקת על עצם הזכאות לשכר בעד עבודה בשעות נוספות או לדמי חגים, וקסטרו שילמה זכויות אלה, אך לא בשיעור המלא; המחלוקת במקרה הנדון היא על פרשנות הדין ואופן החישוב, שהוחלו באופן אחיד על כלל אנשי המכירות של קסטרו. נוכח האמור, מדובר בעילות תביעה רוחביות, שמקורן במערכת השכר של קסטרו, המתייחסות לכלל אנשי המכירות של קסטרו, ומתאימות להתברר בהליך של תובענה ייצוגית; בניגוד לנטען על ידי קסטרו, ניתן לחשב את התשלום המגיע לכל עובד בפשטות על יסוד הנתונים בדו"חות הנוכחות ודו"חות המכירה, שהעובד אינו כופר בנכונותם; בכל מקרה, ניתן יהיה למנות ממונה שיקבע את שיעור הפיצוי המגיע לכל עובד.

ה. יש לדחות על הסף את הטענה בדבר העדר ייצוג הולם ובתום לב, נוכח הסכמת קסטרו כי העובד ובאי כוחו יהיו המייצגים בעילות



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

שאושרו על ידי בית הדין האזורי, עילות שכאמור אושרו בהסכמת קסטרו.

### הכרעה:

35. לאחר בחינת טענות הצדדים וכלל החומר שבתיק, הגענו לכלל מסקנה כי דין ערעורה של קסטרו להתקבל ודין ערעורו של העובד להידחות.

36. בית דין זה עמד בעבר בפסיקתו על תכליתו של מוסד התובענה הייצוגית, על היתרונות הגלומים בו מחד והסכנות הנובעות מהשימוש בו מאידך, ועל כך שכדי לאזן בין היתרונות לבין החסרונות, נקבעו בחוק תובענות ייצוגיות תנאים שרק בהתקיימם תאושר תובענה כתובענה ייצוגית, כך שאין צורך לחזור על הדברים [ראו לעניין זה: ע"ע (ארצי) 629/07 יגאל וירון – תבל אבטחה ניקיון ושירותים בע"מ (3.1.2011) (להלן – עניין וירון)]; ע"ע (ארצי) 16998-11-11 אסתר לסרי – ברק גדעון בע"מ (18.2.2015); ע"ע (ארצי) 48523-10-12 ירון בלו – יעל דרומה בע"מ (7.5.2017)].

37. על מנת שתובענה תאושר כתובענה ייצוגית עליה לעמוד בתנאים אלה:

37.1. האם מדובר בעילת תביעה שמותר להגישה במסגרת תובענה ייצוגית על פי סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות?

37.2. האם לתובע הייצוגי יש עילת תביעה אישית, עת על התובע לשכנע "במידת הסבירות הראויה, ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד, שקמה לו לכאורה עילת תביעה אישית מבוססת וכי סיכויי טובים להצליח בה" [עניין וירון].





## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

37.3. התקיימות התנאים שנקבעו בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, והם:

- (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;
- (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין;
- (3) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בעניין זה;
- (4) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב."

(ההדגשה הוספה – ל.ג.)

38. נקדים ונאמר, כי הגענו לכלל מסקנה כי בנוגע לכל עילות התביעה מושא הליך הערעור לא התקיימו התנאים לאישור תובענה ייצוגית.

**הכללת עמלות ב"שכר הרגיל" בחישוב גמול שעות נוספות ומנוחה שבועית:**

39. אין מחלוקת, כי עילת התביעה היא "תביעה בעילה אשר לבית דין אזורי לעבודה הסמכות הייחודית לדון בה לפי סעיף 24(א)(1) ... לחוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט – 1969" כאמור בפרט 10(1) לתוספת הראשונה לחוק תובענות ייצוגיות, וכי לא חל במקרה הנדון החריג הקבוע בפרט 10(3) לתוספת הראשונה לחוק. לפיכך, עלינו לבחון קיומה לכאורה של



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

עילת תביעה אישית מבוססת, שסיכוייה טובים, והתקיימות התנאים שנקבעו בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות.

40. הוראות החוק הרלוונטיות הן סעיפים 16 עד 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א – 1951:

16. (א) הועסק עובד שעות נוספות, ישלם לו המעביד בעד שתי השעות הנוספות הראשונות שבאותו יום שכר עבודה לא פחות מ- $1\frac{1}{4}$  מהשכר הרגיל, ובעד כל שעה נוספת שאחריהן לא פחות מ- $1\frac{1}{2}$  מהשכר הרגיל.

היה שכרו של עובד, כולו או חלקו לפי כמות התוצרת, ישלם לו המעביד בעד כל יחידה, שנעשתה בשתי השעות הנוספות הראשונות שבאותו יום, שכר עבודה לא פחות מ- $1\frac{1}{4}$  מהשכר המשתלם בעד כל יחידה שנעשתה בשעות העבודה הרגילות, ובעד כל יחידה שנעשתה בשעות הנוספות שלמעלה משתיים – לא פחות מ- $1\frac{1}{2}$  מהשכר המשתלם בעד כל יחידה שנעשתה בשעות העבודה הרגילות.

(ב) ....

17. (א) הועסק עובד בשעות המנוחה השבועית או בחלק מהן:

(1) ישלם לו המעסיק בעד שעות אלה שכר עבודה לא פחות מ- $1\frac{1}{2}$  משכרו הרגיל. היה שכרו של העובד, כולו או חלקו, לפי כמות התוצרת, ישלם לו המעסיק בעד כל יחידה שנעשתה בשעות המנוחה השבועית שכר עבודה לא פחות מ- $1\frac{1}{2}$  מהשכר המשתלם בעד כל יחידה שנעשתה בשעות העבודה הרגילות;

(2) ....

(ב) ....

18. לענין הסעיפים 16 ו-17 "שכר רגיל" כולל כל התוספות שמעסיק משלם לעובדו".

41. לשאלה האם עמלה היא בגדר "תוספת" על פי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה יש פנים לכאן ולכאן. מצד אחד, מדובר במרכיב בשכרו של העובד, לעתים מרכיב משמעותי ממנו, ולעתים העמלות הן מלוא שכרו של



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

העובד, בכפוף לזכותו של העובד כי שכרו לא יפחת משכר המינימום על פי החוק [דב"ע (ארצי) שנ/3-171 פלתורס נסיעות ותיירות בע"מ – פדן, פד"ע מ' 241 (2004); ע"ע (ארצי) 1194/01 דרור עגיב נ' "המגן" חברה לביטוח בע"מ, פד"ע מ' 241 (2004); בג"צ 3512/04 מיכל שזיפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נט (4) 70 (2004)]. לפיכך, יש קושי בקביעה כי מרכיב זה אינו חלק מה"שכר הרגיל" לעניין גמול שעות נוספות ומנוחה שבועית. קביעה כי העמלה בעד מכירה שבוצעה בשעת עבודה רגילה זהה לעמלה בעד מכירה שבוצעה בשעת עבודה נוספת או במנוחה שבועית עלולה לפגוע באחד האמצעים להגשמת תכלית חוק שעות עבודה ומנוחה – ייקור עלות העסקתו של עובד בשעות נוספות ובמנוחה שבועית. מצד שני, מדובר בתוספת שאינה משולמת בעד יחידת זמן של שעת עבודה ובעד כל שעות העבודה הרגילות של העובד שקדמו לשעות העבודה הנוספות (כגון תוספת משמרות, תוספת לילה), אלא בתוספת המשולמת בעד הישג המכירה, ורק אם בוצעה מכירה בשעת העבודה. יתר על כן. תהליך המכירה יכול להתמשך על פני מספר שעות עבודה או עת מדובר בעסקאות בשווי כספי גבוה (כגון – רכישת דירה) על פני ימים, שבועות ואף חודשים, וקביעה כי המכירה בוצעה במועד בו נחתמה העסקה או במועד בו הועבר תשלום בעד העסקה היא במידה רבה מלאכותית ושרירותית, שכן החתימה או התשלום הם נקודת הסיום של המכירה, אשר התמשכה על פני פרק זמן ארוך יותר, ויש קושי בכך ששיעור העמלה ייקבע לפי המועד האקראי שבו העסקה נחתמה או שולמה. קביעה כזו אף עלולה לגרום לניסיונות של העובד ושל המעסיק לנסות "לכוון" את מועד החתימה/התשלום על העסקה. זאת ועוד. יש מגוון דרכים ומנגנונים לתשלום עמלות, שחלקם יוצרים נתק ממשי בין הזכאות



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

לעמלה לבין שעות העבודה. כך למשל, עת מדובר במנגנון שלפיו העובד זכאי לעמלה רק בעד מכירות שמעבר לרף מסוים בפרק זמן מסוים (חודש/רבעון/שנה) כפי שהוסכם בין העובד לבין המעסיק, או עת מדובר (כבמקרה הנדון) במנגנון תשלום עמלה מדורג, עת שיעור העמלה אינו אחיד לכל המוצרים שנמכרים באותו פרק זמן אלא נגזר ממחירים (כגון – אחוז גבוה יותר ככל שמחיר המוצר גבוה יותר) או מסוג המוצרים. לעתים הזכאות לעמלה קמה רק לאחר גביית התשלום בפועל על ידי הלקוח. בכל המקרים האלה, קיים קושי מובנה לשייך את הזכאות לעמלה ליום או לשעת עבודה מסוימת, וכפועל יוצא מכך לקבוע כי המכירה בוצעה בשעות עבודה נוספות או במנוחה השבועית.

42. הן בית הדין האזורי והן העובד הסתמכו, בין היתר, על כך שעמלה היא בגדר "שכר" לעניין חישוב פיצויי פיטורים. אין בידינו לקבל כי עובדה זו מבססת את הקביעה כי העמלות הן חלק מ"השכר הרגיל" על פי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה. כידוע, אין בחקיקה או בפסיקה הגדרה אחידה, אחת ומחייבת של המונח "שכר". כך, יש להבחין בין זכויות המגיעות לעובד מכוח החוק, שאז קובעת הגדרת ה"שכר" שבאותו חוק אם יש לכלול רכיב שכר זה או אחר ב"שכר" לצורך חישוב הזכויות על פי אותו חוק, לבין זכויות המגיעות לעובד מכוח הסכם (הסכם קיבוצי, הסדר קיבוצי או חוזה אישי), שאז קובעת הגדרת "שכר" שבאותו הסכם, אם יש לכלול רכיב שכר זה או אחר ב"שכר" לצורך חישוב הזכויות המגיעות לעובד על פי אותו הסכם. לעניין זה נפסק כי -

**"במידה והזכאות נקבעה בחוק, קובע החוק אם רכיב שכר מסוים יובא בחשבון אם לאו (לדוגמא: הגדרת "משכורת קובעת" בסעיף 8 לחוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח**



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

**משולב], תש"ל – 1970; סעיף 13 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג – 1963).** ואולם, אם הזכות לא נקבעה בחוק או שהחוק לא נותן תשובה לגבי דרך חישוב אותה זכות, יש לפרש את הזכות לפי כללי הפרשנות המתייחסים למקורה של הזכות: חוזה אישי, הסכם קיבוצי או הסדר קיבוצי"

(ההדגשה הוספה –  
ל.ג.)

דב"ע (ארצי) שנ/42 – 3 ז'אק פרחי – חברת החשמל לישראל בע"מ  
(4.3.1990).

בתקנה 9 לתקנות פיצויי פיטורים (חישוב הפיצויים והתפטרות שרואים אותה כפיטורים), תשכ"ד – 1964 נקבע כי "היה שכר עבודתו של עובד כולו או מקצתו משתלם בעד ביצוע עבודה מסויימת או בחלק מהפדיון או שהיה עיקר שכר עבודתו לפי כמות התוצרת, יראו כשכרו האחרון ביחס לשכר כאמור את השכר הממוצע של שנים עשר החדשים שקדמו לפיטורים". העולה מהאמור הוא שתקנה 9 מתייחסת לשלוש חלופות לאופן תשלום השכר - בעד ביצוע עבודה מסויימת, בחלק מהפדיון או לפי כמות תוצרת, ולא יכולה להיות מחלוקת כי עמלות במתכונת ששולמה לעובד הן שכר המשתלם "בחלק מהפדיון". הגדרת "השכר הרגיל" שבסעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה שונה, והיא מתייחסת ל"תוספות" שמשלם המעסיק לעובד. הנה כי כן, הקביעה כי עמלות הן חלק מהשכר לעניין חישוב פיצויי פיטורים מעוגנת בהגדרה של "שכר אחרון" על פי תקנות פיצויי פיטורים, ולא ניתן להסיק ממנה לעניין הגדרת "השכר הרגיל" על פי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה, שהיא שונה. במאמר מוסגר נוסף כי מההגדרה שבתקנה 9 לתקנות פיצויי פיטורים עולה כי יש שוני בין שכר לפי "כמות תוצרת" אשר תשלום גמול שעות נוספות בגינו מוסדר



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

בסעיפים 16 ו-17 לפי חוק שעות עבודה ומנוחה לבין שכר המשתלם כחלק מהפדיון, אשר חוק שעות עבודה ומנוחה לא הסדיר במפורש תשלום גמול שעות נוספות בגינו. האמור לעיל יפה גם לעניין הכללת העמלות ב"שכר הרגיל" לצורך חישוב דמי חופשה ופדיון חופשה, שכן הגדרת "השכר הרגיל" בסעיף 10 לחוק חופשה שנתית, תשי"א – 1951 – ".... **כל תמורה, בכסף או בשווה כסף, המשתלמת לעובד על ידי המעסיק בעד שעות העבודה הרגילות...**" שונה מהגדרת "השכר הרגיל" על פי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה ורחבה יותר.

43. נוסף, כי יש **שוני מהותי** בין סיטואציה שבה **כל** שכרו של העובד מורכב מעמלות, שאז העמלות הן בגדר "**השכר הרגיל**" או "**שכר היסוד**" של העובד ואינן בגדר "**תוספת**", לבין סיטואציה שבה משולם לעובד שכר בסיסי בעד שעות העבודה בתוספת עמלות. על כן, לדעתנו, נוכח השוני המהותי בין שתי הסיטואציות, המסקנה כי בסיטואציה השנייה עמלות הן בגדר "תוספת" על פי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה אינה מתחייבת מכך שאימוץ הגישה שלפיה עמלות אינן "תוספת" הנכללת בשכר הרגיל על פי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה תביא לתוצאה שעובד ששכרו משולם על בסיס עמלות בלבד לא יהיה זכאי כלל לגמול בעד עבודה בשעות נוספות ומנוחה שבועית, גם אם הועסק בפועל בשעות נוספות ובמנוחה שבועית. כמובהר, ככל ששכרו של העובד משולם על בסיס עמלות בלבד, העמלות הן בגדר "השכר הרגיל" או "שכר היסוד", ומדובר בסיטואציה שונה מהותית. ככל שמדובר בעמלה **המתווספת** לשכר הבסיסי המשולם לעובד, יש ליתן משקל למכלול הנסיבות ותנאי הזכאות לעמלה, כמו גם לשיעור העמלה ביחס לשכרו הכולל של העובד, עת ככל



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

ששיעור העמלה גבוה יותר תגבר הנטייה לראות בה כחלק מ"השכר הרגיל" על פי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה.

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

נבהיר, כי איננו מקבלים את טענת העובד כי ניתן להקיש לעניין עמלת מכירה מפסיקתו של בית דין זה לעניין "פרמית הובלה" בענף ההובלה, כפי שנפסק בעניין **ואדים מזור** [ע"ע (ארצי) 19460-04-11 **ואדים מזור** - פרידנזון שירותים לוגיסטיים, הובלה ופרוייקטים בע"מ (3.11.2016)], שכן כפי שנפסק בעניין **מזור פרמית ההובלה הייתה במהותה "שכר לפי תוצרת"**. בעניין **מזור**, פרמיית ההובלה שולמה בעד כל שעות העבודה הרגילות שבהן העובד עסק בהובלה, והייתה למעשה חלק מהתמורה בעד עבודת הובלה ללא תנאי נוסף, בעוד שבענייננו העובד היה זכאי לעמלת מכירה רק בעד ביצוע המכירות ובהתאם להיקף המכירות וסוג המוצרים שמכר, על פי המנגנון המוסכם לתשלום עמלות.

45. באותם מקרים שבהם עמלת מכירה היא חלק מ"השכר הרגיל" על פי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה, מתעוררת השאלה כיצד יש לחשב



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

את תשלום גמול שעות נוספות ומנוחה שבועית בעד העמלה. לדעתנו, השיטה אותה אימץ בית הדין האזורי - הוספתן של העמלות בעד אותו חודש כמקשה אחת ל"שכר הרגיל" לצורך חישוב גמול שעות נוספות בסוף החודש – בעייתית, שכן משמעותה היא תשלום עמלה לעובד גם אם לא ביצע כלל מכירות בשעות הנוספות ובמנוחה שבועית, וזאת בניגוד להסכמת הצדדים כי העמלה היא תמורה להישג המכירה. כמו כן, בנסיבות שבהן לא בהכרח מתבצעות מכירות במהלך שעות העבודה הרגילות, על פי דרך החישוב שהתווה בית הדין האזורי עובד יהיה זכאי לתשלום עמלה בשעות נוספות גם אם לא ביצע מכירות בשעות העבודה הרגילות שקדמו לשעות העבודה הנוספות. על פני הדברים, באותם מקרים שקמה זכאות לתשלום גמול שעות נוספות ומנוחה שבועית על עמלת מכירות, לעניין חישוב הגמול נכון יותר להשוות את העמלה לשכר לפי כמות תוצרת, כך שאם למשל שיעור העמלה על מכירת מוצר הוא 10%, ככל שהמוצר נמכר בשעת עבודה נוספת או במנוחה שבועית שיעור העמלה יהיה 12.5% או 15%.

46. מבלי לקבוע מסמרות אם בנסיבות המקרה הנדון קמה זכאות לתשלום גמול שעות נוספות ומנוחה שבועית בגין עמלות המכירה, אנו סבורים כי הקשיים עליהם הצבענו לעיל מביאים לתוצאה שלפיה לא מתקיימים התנאים שנקבעו בסעיף 8 לחוק התובענות הייצוגיות לאישור התביעה כתובענה ייצוגית, במיוחד מהטעם כי לא מתקיים התנאי ש "**תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין**".

47. **ראשית**, נוכח העובדה ששאלת הזכאות להכללת עמלות מכירה בשכר לצורך חישוב גמול שעות נוספות ומנוחה שבועית היא שאלה מורכבת ולה





## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

פנים לכאן ולכאן, לא ניתן בשלב זה לקבוע כי יש אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות של עובדה ומשפט יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה.

**שנית**, וזה העיקר, נוכח העובדה שאין לקבל את אופן החישוב שנקבע בפסק דינו של בית הדין האזורי, הרי שלצורך קביעת סכום גמול שעות נוספות וגמול בעד עבודה במנוחה שבועית המגיע לכל עובד בעד עמלות מכירה יהיה צורך בעריכת בירור פרטני סבוך, שכן יהיה צורך לאתר את נתוני המכירות של כל עובד בכל יום עבודה אל מול דו"ח הנוכחות באותו יום עבודה, ולבחון באיזה ימים ובאיזה שעות התגבשה הזכות לעמלת המכירה, מה היה שיעור עמלת המכירה בעד כל עסקה, ועל יסוד נתונים אלה לחשב את סכום הגמול המגיע. גם אם, כטענת העובד, ניתן לאתר מועד ביצוע כל מכירה במחשב או על פי סרט הקופה, ובהנחה שנתונים אלה מהעבר נשמרו לא יהיה צורך בעריכת תחשיבים ידניים כנטען על ידי קסטרו, עדיין מדובר בחישוב מורכב וסבוך. בהקשר זה כבר נקבע בפסיקה כי **"אם לאחר בירור תובענה ייצוגית נותרות סוגיות רבות לבירור בעניינו של כל אחד מחברי הקבוצה בשמם נוהלה התובענה הייצוגית, מהווה הדבר טעם טוב שלא לאשר את התובענה הייצוגית"** [ע"ע (ארצי) 1154/04 גרוס – מדינת ישראל – משרד הביטחון (9.1.2007)].

ובהקשר לתביעת גמול שעות נוספות בתובענה ייצוגית נפסק בעניין בעניין ברקן [ע"ע (ארצי) 686/09 ברקן – איילון חברה לביטוח בע"מ (30.5.2011) כך:

*"מעבר לזה, יש מקום לאישור תובענה ייצוגית אך ורק אם היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות*



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

העניין. בנסיבות המקרה שלפנינו, בירור עובדתי של זכאות כל עובד ועובד מבין 650 עובדי המשיבה 1 לגמול שעות נוספות על פי חוזהו האישי ועל פי הבירור העובדתי לגבי שעות עבודתו בפועל תוך התייחסות לחוק – אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין".

למען הסר ספק נבהיר כי איננו מקבלים את טענתה הגורפת של קסטרו, שלפיה לעולם תביעה שעילתה אי תשלום גמול שעות נוספות וגמול מנוחה שבועית אינה יכולה להתאשר כתובענה ייצוגית, אלא יש להכריע בכל מקרה לפי נסיבותיו, דהיינו מידת הבירור הפרטני שיש לערוך על מנת לקבוע את סכום הזכאות. כך למשל, במקרה שבו עילת התביעה היא אי הכללת רכיב שכר מסוים המשולם בסכום קבוע ב"שכר הרגיל" לפי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה, וכל אשר נדרש הוא חישוב גמול שעות נוספות בעד אותו רכיב, עת בתלוש השכר של העובד נתונים הן לגבי שיעור רכיב השכר והן לגבי מספר השעות הנוספות והגמול בעדן (125% או 150%) ששולם לעובד בכל חודש, לא תהיה מניעה לאשר את התובענה כתובענה ייצוגית, שכן הבירור הפרטני שיש לערוך אינו שונה במהותו מהבירור שיש לערוך למשל בחישוב הזכאות להפרשות לפנסיה בהתבסס על תלושי השכר. אולם, במקרה הנדון, כמוסבר לעיל, חישוב סכום הזכאות של כל עובד כרוך בחישובים מורכבים וסבוכים.

48. לסיום נתייחס לטענת קסטרו כי אין לאשר את התובענה בעילה זו כתובענה ייצוגית, כיוון שתכלית ומהות התובענה הייצוגית היא אכיפת דין קיים ולא יצירת זכות יש מאין. קסטרו הוסיפה וטענה כי כיוון שכיום לא קיימת במשפט העבודה זכות להכללת העמלות ב"שכר הרגיל" ובדמי חגים, ומכל מקום לא הייתה הלכה מחייבת בעניין זה והיו פסיקות סותרות



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

בעניין, אין להחיל רטרואקטיבית הלכה חדשה בהליך של תובענה ייצוגית, עת היא הסתמכה על המצב המשפטי הידוע בתקופה הרלוונטית לתביעה. מקובלת עלינו טענת העובד כי פסיקה לפיה עמלות הן חלק מ"השכר הרגיל" על פי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה אינה בגדר יצירת זכות חדשה אלא מתן פרשנות להוראות החוק והצהרה על זכאותו של העובד לפי החוק. לפיכך, השאלה האמיתית היא אם במסגרת בחינת התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות - היות התובענה הייצוגית **"הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין"** - יש לתת משקל לכך שהמעסיק סבר בתום לב שהוא נוהג בהתאם לדין או לכך שהיו פסיקות סותרות בנוגע לשאלה השנויה במחלוקת וההלכה הובהרה רק במסגרת הדיון בבקשה לאישור, ולהימנע מלאשר תובענה ייצוגית בנסיבות אלה. זאת, נוכח העובדה שמשמעות האישור עשויה להיות הטלת חבות בהיקף כספי משמעותי על המעסיק, הן לאור אורך התקופה – ככלל שבע שנים עובר להגשת הבקשה לאישור – והן לאור תחולתה על כלל חברי הקבוצה עובדי המעסיק.

בהתאם לפסיקה, התנאי בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות עשוי, במקרים המתאימים, להכיל שיקולים מעבר ליעילות והגינות דינית גרידא [ראו דיון בעניין זה ע"ע (ארצי) 9431-11-16 **ליאור בן דוד – קומסק בע"מ** (22.10.2017)]; וראו גם דעתו של הנשיא פליטמן בעניין **ישיב** [ע"ע (ארצי) 53348-01-12 **גרמן ישיב – ח.א.ש. מערכות ושירותים בע"מ** (29.8.2013)] שלפיה יש להתחשב בהשלכות אישור התובענה הייצוגית על המעסיק ועל עובדיו של המעסיק במועד הדיון בבקשה לאישור]. כך או כך, גם אם יש מקום להתחשב בשיקולים שהציגה קסטרו, מובן, כי התשובה לשאלה זו תלויה בנסיבותיו של כל מקרה לגופו, שכן אין



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

דומה מצב שבו המעסיק יכול היה לעמוד על טעותו בפרשנות הדין לו היה נוקט אמצעים סבירים גם אם פעל בתום לב למצב שבו מדובר בשאלה משפטית מורכבת שיש לה פנים לכאן ולכאן, או שהיו פסיקות סותרות בהתייחס אליה. נוכח העובדה שהגענו למסקנה שלפיה אין לאשר את התובענה כתובענה ייצוגית מהנימוקים האחרים, איננו נדרשים להכריע בשאלה זו במקרה הנדון.

49. **כללו של דבר:** על יסוד כל האמור לעיל, אנו קובעים שאין לאשר את התובענה בעילה של אי הכללת עמלות מכירה ב"שכר הרגיל" על פי סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה כתובענה ייצוגית.

**זכאות לגמול שעות נוספות בעד שעות העבודה שמעבר ל- 43 שעות בשבוע:**

50. אין מחלוקת כי קסטרו שילמה גמול שעות נוספות על בסיס יומי בלבד, ולא שילמה לעובדי המכירות גמול שעות נוספות על בסיס שבועי, דהיינו גמול בעד שעות עבודה שמעבר ל- 43 שעות בשבוע.

51. בהיבט המשפטי טענתה העיקרית של קסטרו בהתייחס לעילה זו היא כי גם אם הסכימה לשלם שכר בעד זמני ההפסקות, וגם אם תידחה טענתה כי שינוי בדיעבד של שיטת התגמול בעד עבודה בשעות נוספות מקנה לה זכות לקזז את השכר ששילמה בעד זמני ההפסקות, העובדה ששילמה שכר בעד זמני הפסקות אינה הופכת אותן לשעות עבודה על פי הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה. נוכח העובדה כי ברוב המכריע של ימי העבודה בשל זמני ההפסקות העובד לא השלים 43 שעות רגילות בשבוע, הוא אינו זכאי לגמול שעות נוספות, גם אם שולם לו שכר בעד 43 שעות רגילות



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

בשבוע. מנגד טען העובד כי נוכח העובדה שעל פי המקובל בקסטרו זמני ההפסקות הם בגדר שעות עבודה, והסכמה זו גם מצאה את ביטויה בתלושי השכר שבהם נרשם כי **"כל השעות המצוינות כוללות הפסקות"**, קסטרו אינה רשאית לשנות חד צדדית את הסכמתה, ואין לנכות את זמן ההפסקה משעות העבודה, והעובד זכאי לגמול שעות נוספות בעד שעות עבודה שמעבר לארבעים ושלוש שעות בשבוע.

52. בהיבט העובדתי טענה קסטרו כי בית הדין האזורי שגה בקביעתו העובדתית כי העובד לא יצא להפסקות, וכי הוכח כי בכל משמרת העולה על שש שעות יש הפסקה בת 30 עד 45 דקות; בכל מקרה, לא היה מקום להכריע בשלב הבקשה לאישור אם העובד יצא להפסקות, והיה מקום לבחינה מעמיקה של העניין בשלב הדין בתביעה לגופה; ודאי, שלא היה מקום לדחות טענה זו באופן גורף בנוגע לכלל חברי הקבוצה. מנגד, העובד טען כי אין להתערב בקביעתו העובדתית של בית הדין האזורי כי קסטרו לא הוכיחה כי שהה בהפסקות, מה גם שקסטרו לא קיימה את חובתה לתעד את זמני ההפסקות בהתאם לתיקון 24 לחוק הגנת השכר, תשי"ח – 1958.

53. צדק בית הדין האזורי בקביעתו כי בהתאם לפסיקה, ככל שהייתה הסכמה בין העובד לבין המעסיק כי זמני ההפסקות לא ינוכו משעות העבודה, המעסיק אינו רשאי, כתגובה להגשת תביעה נגדו לתשלום זכויות אחרות המגיעות לעובד על פי חוק לטעון כי הוא זכאי לקיצוז **תשלומים** ששולמו לעובד מעבר למגיע על פי הדין במהלך תקופת העבודה [ע"ע (ארצי) 24946-09-14 ריאן זינאת – איי אס אס אשמורת בע"מ (4.8.2016)]. וראו גם: ע"ע (ארצי) 33791-11-10 נובכוב מיכאל – ר.צ פלסט בע"מ (24.5.2012)]. על כן, מקובלת עלינו קביעתו של בית הדין האזורי כי



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

קסטרו אינה רשאית לקזז כנגד זכויות המגיעות לעובד מכוח החוק, לרבות גמול שעות נוספות המגיע לעובד, שכר ששולם בעד שעות בהן העובד שהה בהפסקה. אולם, כעולה מהאמור, פסיקה זו עוסקת בזכותו של מעסיק לקזז את השכר ששולם מסכומים שמגיעים לעובד מכוח זכויות אחרות, ואין היא עוסקת בשאלה אם מכוח הסכמת המעסיק לשלם שכר בעד זמני ההפסקה (או בעד זמן אחר שאינו בגדר "שעות עבודה" על פי החוק) יש לראות את זמני ההפסקות כ"שעות עבודה" לעניין חוק שעות עבודה ומנוחה. מדובר בשתי שאלות שונות, ובכל הנוגע לשאלה השנייה התשובה אינה חד משמעית. כך למשל, מעסיק עשוי להסכים לשלם לעובד שכר בעד שעות הנסיעה לעבודה, למרות שאינו חייב בתשלום על פי החוק, אולם הסכמה זו אינה בהכרח הופכת את שעות הנסיעה לעבודה ל"שעות עבודה" לעניין הזכאות לגמול שעות נוספות. לפיכך, לא ניתן לקבוע כי יש אפשרות סבירה שעילת התביעה תוכרע לטובת הקבוצה. בהיבט העובדתי, מקובלת עלינו טענת קסטרו כי לא ניתן היה לקבוע קביעה גורפת כי כלל חברי הקבוצה לא יצאו להפסקות על יסוד העדויות שהיו לפני בית הדין האזורי.

54. נוכח האמור, אנו סבורים כי גם עילת תביעה זו אינה מקיימת את התנאי בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, דהיינו היות התובענה הייצוגית "הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין", שכן ככל שתתקבל הטענה בדבר קיזוז זמני ההפסקות (להבדיל מהשכר בעד ההפסקות) בירורה עשוי להצריך בירור עובדתי פרטני ביחס לשעות עבודתו של כל עובד מדי שבוע, והאמור בסעיף 47 לעיל חל גם עילת תביעה זו.



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

55. כללו של דבר: לאור האמור לעיל, אין לאשר את התובענה בעילה של תשלום גמול שעות נוספות בעד שעות העבודה שמעבר ל- 43 שעות בשבוע כתובענה ייצוגית.

### הכללת העמלות בשכר לצורך תשלום דמי חגים:

56. צו ההרחבה קובע בסעיף 7 כך:

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

**ב. עובד חודשי לא יהיה זכאי לתשלום נפרד בעבור ימי חג."**

57. בהתאם לפסיקה -

**"צו ההרחבה נועד להשוות את מצבם של העובדים היומיים לעובדים החודשיים, שאינם מפסידים שכר מקום שבו הם נעדרים מיום עבודה בשל חג שחל בו. על מנת להשיג תוצאה זו קובע צו ההרחבה את חובת תשלום דמי החג לעובדים שאינם עובדים חודשיים. וכך נפסק בעניין זה בפרשת צמח<sup>1</sup>:**

**'נקודת המוצא שלנו היא, שדמי החגים נועדו לפצות עובד יומי, שאינו עובד בחגים, ואינו**

1. ע"ע (ארצי) 300360/98 נחום צמח - ש.א.ש קרל זינגר צפון (1986) בע"מ, (30.4.2002).



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

**מקבל תמורה עבורם, שכן עובד יומי אינו זכאי לקבל שכר עבור ימים שלא עבד בהם. צו ההרחבה בא להשוות את העובדים היומיים לעובדים החודשיים המקבלים תמורה עבור ימי חג בהם לא עבדו.**

**הרציונל העומד מאחורי תשלום דמי חגים אלו הוא, שהעובדים יזכו במנוחה בימי החגים מבלי ששכרם יגרע כתוצאה מכך.** (הדגשה הוספה – א.א.)

ע"ע (ארצי) 21920-02-13 דיאמנט צעצועים בע"מ נ' ולנטינה פרנצב (01.06.2015) (להלן – עניין דיאמנט).

58. אכן, מבחינה מילולית, לשונו של צו ההרחבה המורה על "תשלום מלא", מתיישבת גם עם הפרשנות הנטענת על ידי העובד כי יש לכלול את העמלות בחישוב התשלום בעד דמי חגים. אולם, אנו סבורים כי יש ליתן לצו ההרחבה פרשנות תכליתית על פי ההקשר התעשייתי – דהיינו שתכלית צו ההרחבה היא להשוות את מצבם של העובדים היומיים למצבם של העובדים החודשיים. דבר זה עולה הן מכך שעובד אינו זכאי לדמי חג ככל שהחג חל בשבת (ובהתאם לפסק דין דיאמנט גם אינו זכאי לדמי חג ככל שהחג חל ביום שישי והוא עובד בשבוע עבודה בן חמישה ימים), והן מסעיף 7(ב) לצו ההרחבה, היוצר את הקישור בין זכאות עובדים יומיים/שעתיים לדמי חג לבין זכאות עובדים חודשיים לימי חג. נוכח האמור, מקובלת עלינו קביעתו של בית הדין האזורי כי בכל הנוגע לעילת תביעה זו לא הוכח "במידת הסבירות הראויה, ... שקמה לו לכאורה עילת תביעה אישית מבוססת וכי סיכויי טובים להצליח בה". יובהר, כי קביעה זו עניינה בהוכחת עילת תביעה אישית בהקשר של בקשה לאישור תובענה ייצוגית על פי הוראות צו ההרחבה, ובכל מקרה





## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

מובן כי עובד רשאי להוכיח כי ההסכמה הקונקרטית בינו לבין המעסיק הייתה שונה.

59. **כללו של דבר** – לאור האמור, ערעור העובד בעניין דחיית הבקשה לעניין הכללת עמלות בדמי החגים נדחה.



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

### הוצאות משפט:

60. בית הדין האזורי חייב את קסטרו לשלם לעובד הוצאת משפט בסך של 5,000 ₪ ושכ"ט עו"ד בסך של 80,000 ₪. קסטרו טענה כי מדובר בסכום מופרז החורג מהמקובל בפסיקתו של בית הדין לעבודה; היה על בית הדין האזורי להביא בחשבון כי העובד הסתלק מחמש עילות רק כשנתיים לאחר הגשת הבקשה, וכן כי החברה הסכימה לאישור תובענה ייצוגית בשתי עילות; בנסיבות אלה, היה על בית הדין האזורי לפסוק הוצאות לטובת החברה, ובוודאי לא לפסוק הוצאות בסך של 85,000 ₪.

61. העובד טען כי אין עילה להתערב בשיקול דעתו של בית הדין האזורי; מורכבות התביעה, התמשכות ההליך, והתנהלות קסטרו אשר הפרה את החיסיון המשפטי החל על הליכי הגישור, הצדיקו את שיעור ההוצאות שנפסק על ידי בית הדין האזורי.

62. לאחר בחינת טענות הצדדים, הגענו למסקנה כי דין ערעור החברה להתקבל, וכי במקרה הנדון ראוי שלא לחייב מי מהצדדים בהוצאות הן בבית הדין האזורי והן בבית הדין הארצי. כאמור, העובד הגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית בעשר עילות, והסתלק מחמש עילות עוד במהלך ההתדיינות בבית הדין האזורי, אך זאת לאחר שקסטרו התגוננה בפניהן. בית הדין האזורי אישר שתי עילות בהסכמה, ושתי עילות אושרו בפסק דינו, אולם ערעור קסטרו בנוגע אליהן התקבל. עילה אחת נדחתה על ידי בית הדין האזורי ופסיקתו אושרה בערעור. בסופו של יום, אושרו שתי עילות ייצוגיות מתוך עשר עילות. בשים לב לכך, ובהתחשב גם בשווי הכספי של העילות שנתקבלו אל מול העילות שנדחו, על פי הנטען בבקשה לאישור התובענה הייצוגית, אנו סבורים כי אין מקום לחייב את קסטרו בתשלום שכר טרחת עורך דין והוצאות לתובע המייצג בשלב של



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16

ע"ע 36096-02-16

אישור התובענה כתובענה ייצוגית. למותר לציין, כי אין באמור כדי להשליך על הזכאות ושיעור שכר הטרחה והגמול שיגיעו לתובע המייצג ולבא כוחו, ככל שתתקבל התובענה הייצוגית בשתי העילות שאושרו. אשר להוצאות בערעור, הרי שנוכח מהות השאלות שעמדו לדין, ובהתחשב בביטול שכ"ט עו"ד וההוצאות שנפסקו על ידי בית הדין האזורי – לא מצאנו מקום לחייב את העובד בהוצאות בשלב הערעור.

63. נוכח התוצאה אליה הגענו, אין לנו צורך להידרש לטענות הצדדים בבקשת קסטרו להוספת אסמכתא ותגובת המשיב לבקשה, שעניינן מועד תחילת הקביעות המשפטיות בפסק הדין, ככל שערעורה של קסטרו היה נדחה.

64. **סוף דבר** – ערעורה של קסטרו מתקבל, וערעור העובד נדחה. אין צו להוצאות בערעור.

ניתן היום, כ"ט אייר תשע"ח (14 מאי 2018), בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

לאה גליקסמן,  
שופטת

רונית רוזנפלד,  
שופטת (בדימוס)

יגאל פליטמן,  
נשיא (בדימוס), אב"ד

מר אבו טרזיניק  
גברת מיכל צידון בן אגרא,  
נציג ציבור (מעסיקים)



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 7386-02-16  
ע"ע 36096-02-16

נציגת ציבור (עובדים)