http://www.glima.info/10-5.pdf
http://www.glima.info/10-3.pdf

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 188-06

סמי בוג'ו

המערער בעע 188/06 והמשיב בעע 190/06

קל בניין בע"מ

המשיבה בעע 188/06 והמערערת בעע 190/06

בפני: השופט יגאל פליטמן, השופט שמואל צור, השופטת לאה גליקסמן
נציג עובדים מר יצחק ברק, נציגת מעבידים גב' אמירה גלין

בשם מר סמי בוג'ו: עו"ד דוד מימון
בשם חברת קל בניין בע"מ: עו"ד אלי מאיר

פסק דין

השופטת לאה גליקסמן:

1. שני הערעורים סבים על פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב (עב 3302/01 ; השופטת נטע רות ונציגי הציבור מר ברוך אייזנברג ומר דוד יהלום), אשר קיבל חלק מתביעותיו של מר סמי בוג'ו (להלן – **העובד**) כנגד קל בניין בע"מ (להלן – **החברה**), וחייב את החברה לשלם לעובד גמול בעד עבודה בשעות נוספות, תמורה בעד עבודה בשעות קיץ, תוספת ותק, תמריץ אי היעדרות ותוספת כלכלה, ושכ"ט עו"ד בסך של 2,000 ₪ בלבד.

הרקע לערעור:

2. החברה עוסקת בביצוע עבודות בתחום התשתית, כאשר לצורך ביצוע עבודות אלה היא מתקשרת עם קבלני משנה בתחומים שונים.

3. העובד הועסק בחברה כמנהל עבודה באתרי בנייה שונים, החל מחודש ספטמבר 1992 עד לפיטוריו בחודש יולי 1999.

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 188-06

4. על היחסים בין הצדדים חל ההסכם הקיבוצי הכללי בענף הבניין והעבודות הציבוריות (להלן – **ההסכם הקיבוצי**).

5. על פי המוסכם בין העובד לבין החברה, שכרו ההתחלתי עמד על סך של 5,600 ₪.

6. בתביעתו בבית הדין עתר העובד לחייב את החברה לשלם לו תמורה בעד עבודה בשעות נוספות, תמורת שעות קיץ, פדיון חופשה, תוספת ותק, תוספת כלכלה ותמריץ אי היעדרות. בית הדין האזורי קיבל חלק מתביעות העובד, ועל כך סב ערעור החברה. ערעור העובד סב על שיעור ההוצאות שנפסק לזכות העובד.

פסק דינו של בית הדין האזורי:

7. בית הדין האזורי קיבל חלק מתביעותיו של העובד, כמפורט להלן.

8. עבודה בשעות נוספות:

8.1. בית הדין האזורי דחה את טענת החברה כי תפקידו של העובד בא במתחמים של החריגים הקבועים בסעיפים 30(א)(5) ו- 30(א)(6) לחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א – 1951 ולכן לא חלות עליו הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה. לעניין החריג הראשון, "**תפקיד הנהלה**", קבע בית הדין האזורי כי העובד לא היה שותף לקביעת מדיניות החברה ולא היה איש סודה של ההנהלה, אלא עבודתו התמצתה בביצוע ראוי של העבודה באתרים על פי תוכניות שהותוו לו; העובד לא קבע באיזה אתרים יוצב, לא קבע את מסגרת שעות העבודה, ולא היה מוסמך לקבוע סדרי עדיפויות בביצוע העבודה באתר; בחלק ניכר מתקופת עבודתו הוצבו מעליו מנהלי פרויקטים, וביתר החודשים הוצמד לאתרים בהם עבד מנהל או סגן מנהל סניף לצורך עריכת ביקורת מעת לעת; העובד עבד בעצמו על כלים כבדים; העובד לא היה מוסמך לקבל עובדים לעבודה ולפטרם; שכרו של העובד לא היה גבוה כמקובל אצל עובדים בתפקיד ניהולי. אשר לחריג השני, "**העדר אפשרות לפקח על עבודתו של העובד**", קבע בית הדין האזורי כי לא הייתה כל מניעה לפקח על שעות עבודתו של העובד, אשר היה "צמוד" לאתר בו ביקרו מעת לעת מנהלי האתר או מנהל הסניף וסגנו; בנוסף, העובד מילא דו"חות עבודה

מדי יום אותם העביר לאישור הממונה עליו, וכן היה מצויד במכשיר טלפון נייד.

8.2. באשר להיקף שעות העבודה הנוספות של העובד קבע בית הדין האזורי כי לא ניתן להסתמך על הרישומים ביומניו של העובד לצורך קביעת היקף עבודתו. אולם, מהעדויות בפני בית הדין עולה כי העובד עבד במתכונת קבועה הכוללת שעות נוספות, בת עשר שעות עבודה בימים א' עד ה' ובת שמונה שעות ביום ו'. לפיכך, הוכח שהעובד עבד במתכונת קבועה בת 58 שעות עבודה בשבוע. כן קבע בית הדין כי משהוכחה מתכונת קבועה הנטל להוכיח את ימי ההיעדרות מוטל על החברה. משהחברה לא הוכיחה את ימי ההיעדרות, יש להסתמך לצורך הפחתת ימי ההיעדרות על הודאתו של העובד, דהיינו ימי ההיעדרות שפורטו בנספח ו' לתצהירו של העובד.

8.3. בפסק דין משלים קיבל בית הדין את התחשיב המתוקן שהוגש על ידי העובד בנוגע לסכום המגיע לעובד בעד עבודה בשעות נוספות.

9. תמורה בעד עבודה בשעות קיץ: בהסכם הקיבוצי נקבע כי בתקופה מיום 16 ביוני של כל שנה עד ערב ראש השנה יונהג יום עבודה מקוצר שבו יעבדו העובדים שבע שעות ליום בתשלום של שמונה שעות, וביום שישי ימשיכו העובדים לעבוד שבע שעות כרגיל. בית הדין האזורי קיבל את תביעת העובד לפיצוי כספי על כך שהחברה לא אפשרה לו לעבוד בתקופת הקיץ בהתאם למתכונת לה היה זכאי מכוחו של ההסכם הקיבוצי, וכן קיבל את תחשיב העובד בעניין זה, לנוכח אי הצגת תחשיב נגדי על ידי החברה.

10. פדיון חופשה: בית הדין האזורי דחה את תביעתו של העובד לפדיון חופשה, בנימוק שלא הוכיח את זכאותו למכסת חופשה מוגדלת על פי הוראות ההסכם הקיבוצי.

11. **תוספת ותק, תוספת כלכלה ותמריץ אי היעדרות:** בית הדין האזורי דחה את טענת החברה לפיה העובד אינו זכאי לתוספות אלה, לנוכח העובדה כי שילמה לעובד שכר גבוה מתעריפי השכר הנקובים בהסכם הקיבוצי, וכן דחה את טענתה כי שכרו של העובד כלל רכיבים אלה. בהקשר זה ציין בית הדין האזורי כי על פי הפסיקה על מנת שייקבע כי שכרו של עובד כולל בחובו גם זכויות שהוענקו לו מכוחו של ההסכם הקיבוצי או צו הרחבה, יש להצביע על כך שהצדדים סיכמו על הסדר של שכר כולל באופן מפורש.

12. **הוצאות ושכ"ט עו"ד:** בית הדין האזורי חייב את החברה לשלם לעובד הוצאות משפט בסך של 2,000 ₪ בלבד, וזאת לנוכח הפער בין סכום התביעה לבין הסכום שנפסק, ולאור מדיניות בית הדין להימנע ממתן תמריצים להגשת "תביעות מנופחות".

הערעורים:

13. החברה ערערה על כל קביעותיו של בית דין קמא, למעט קביעתו בעניין תוספת ותק. לעניין חיוב החברה בתשלום **גמול בעד עבודה בשעות נוספות** טענה החברה כי בית הדין האזורי טעה בקביעתו שחוק שעות עבודה ומנוחה חל על העובד; טעה בקביעתו כי העובד הוכיח את היקף שעות עבודתו; טעה בכך שנתן לעובד אפשרות להגיש תחשיב לאחר מתן פסק הדין החלקי ובקבלו את תחשיב העובד. לעניין **תמורה בעד שעות קיץ** נטען כי משכורתו הכוללת של העובד כללה גם תמורה בעד השעה הנוספת בה עבד בקיץ, וכן כי על פי פסיקת בית הדין הוא מקבל כפל פיצוי בעד השעה הנוספת בשעות הקיץ. לעניין **תוספת כלכלה ותמריץ אי היעדרות** טענה החברה כי בהסכם הקיבוצי עצמו נקבע תעריף שכר הכולל את כל התוספות, ולעובד שולם שכר גבוה מהשכר המרבי (כולל כל התוספות) לו זכאי מנהל עבודה בדרגה הגבוהה ביותר על פי ההסכם הקיבוצי; מעבר לכך, העובד לא הוכיח את זכאותו לקבלת תוספת כלכלה ותמריץ אי היעדרות. לעניין **ההוצאות ושכ"ט עו"ד** טענה החברה כי גם אם יידחה הערעור שהוגש על ידה, הרי שאין מקום להתערב בפסיקת בית הדין האזורי בעניין זה, גם לנוכח העובדה שראיותיו של העובד היו לא מהימנות, ועיקר הסכומים שנפסקו לזכות העובד נפסקו על יסוד אומדנות של בית הדין.

14. העובד תמך בכל קביעותיו של בית הדין האזורי למעט בעניין ההוצאות. העובד טען כי בסופו של יום נפסק לזכות העובד סך של 290,000 ₪, כמחצית מסכום התביעה, ולכן לא היה מקום לקבוע כי מדובר ב"תביעה מנופחת" ולפסוק הוצאות בשיעור כה נמוך.

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 188-06

דיון והכרעה:

תחולת חוק שעות עבודה ומנוחה על העובד:

15.החברה טענה כי תפקידו של העובד היה בגדר "תפקיד הנהלה", לנוכח העובדה כי הוא שימש כמנהל העבודה וכמפקח יחיד מטעמה ברוב הפרויקטים בהם הוצב במהלך תקופת עבודתו; העובד היה אחראי ללימוד תוכנית הפרויקט וליישומה בפועל על פי שיקול דעתו המקצועי; מתחילת העסקתו היה שכרו של העובד גבוה בהרבה מהשכר הנקוב למנהלי עבודה בדרג הגבוה ביותר והוענק לו ביטוח מנהלים כמו לשאר המנהלים בחברה; מנהל אינו חייב להיות מאלה המתווים את מדיניות החברה; מנהל עבודה, הנדרש לעבוד בתנאים ובמבחנים הקבועים בדין הוא בגדר "תפקיד הנהלה" לעניין תחולת חוק שעות עבודה ומנוחה. לאור כל האמור, תפקידו של העובד גם היה תפקיד הדורש מידה מיוחדת של אמון אישי. לעניין אפשרות הפיקוח נטען כי העובד היה המנהל האחראי באתר ולא היה גורם הנהלה אחר שיכול לפקח על שעות עבודתו, וביקורים באתר או קיום טלפון נייד אינם מאפשרים פיקוח על שעות העבודה.

16.אין בידי לקבל את טענת החברה, ואני סבורה כי צדק בית הדין האזורי בקובעו כי חוק שעות עבודה ומנוחה חל על העובד, מנימוקים שיפורטו להלן.

17.בעניין **בסט ביי** [ע"פ (ארצי) 16/08 **מדינת ישראל – משרד התמ"ת – בסט ביי רשתות שיווק בע"מ**; מיום 4.1.09] עמד השופט צור על המאפיינים העיקריים של "**תפקיד הנהלה**" והם:

17.1. **מיקום בהיררכיה הארגונית:** המושג "תפקיד הנהלה" צריך להתפרש כמתייחס לשכבת ההנהלה הבכירה בארגון אשר באופן טבעי מזוהה עם מעמד "המעסיק". המושג אינו מתייחס למנהל בדרג הזוטר, הממונה הישיר או מי שנמנה עם ההנהלה בדרג הביניים של המפעל, אלא למנהל בכיר, שתפקידו כרוך בעבודה הדורשת שעות רבות.

17.2. סמכות לקבוע מדיניות: סממן מהותי בהגדרת תפקיד כ"תפקיד הנהלה" הוא הסמכות לקבוע מדיניות. אין די בעובדה שמוטלת על מנהל אחריות רבה או שניתנות בידיו סמכויות נרחבות כדי להצביע על כך שתפקידו הוא "תפקיד הנהלה". תפקידו של עובד הוא "תפקיד הנהלה" רק אם הוא מעורב בהתוויית מדיניות הנהלת החברה תוך הפעלת שיקול דעת עצמאי

שאינו מוכתב על ידי מדיניות זו.

17.3. **שכר ותנאי עבודה:** תפקיד הנהלה נהנה בדרך כלל משכר גבוה ומתנאים נלווים מיוחדים וגבוהים, הן בכלל והן ביחס לעובדים האחרים במקום העבודה.

17.4. **טיבו של התפקיד:** מאפיין נוסף הוא "טיבו של התפקיד ומעמדו בארגון" כאשר הכוונה היא ל"***אותם תפקידים בארגון בהם נדרש העובד – בין אם על פי דרישות המעסיק ובין אם בשל טיבו ומהותו של התפקיד – לעמוד לרשות המעסיק בשעות לא שגרתיות או לעבוד בלא מסגרת קבועה של שעות עבודה***".

18.באשר למאפייניו של תפקיד הדורש "**מידה מיוחדת של אמון אישי**" נפסק בעניין **זיוה כץ** [עע (ארצי) 570/06 **עו"ד עמוס אגרון – עו"ד זיוה כץ**, מיום 14.10.07] כי ככלל מדובר ב - "***עובד בכיר, בעל אחריות מיוחדת, שמקבל שכר גבוה התואם את האמון האישי המיוחד לו הוא זוכה***", ו- "***ההיבט של 'מידה מיוחדת' צריך להתבטא הן בשעות עבודתו של העובד והן בשכרו***". המאפיינים של עובד בתפקיד הדורש "מידה מיוחדת של אמון אישי" הם: ***שכר גבוה; שותף למידע רגיש של המפעל; אחריות מיוחדת ואפשרות להחליט באופן עצמאי***. בעניין **בסט ביי** נקבע כי כדי שחוק שעות עבודה ומנוחה לא יחול על עובד בשל "מידה מיוחדת של אמון אישי" "***צריכה להתקיים זיקה קרובה ומיוחדת של בעל התפקיד בו מדובר ל"תפקיד הנהלה" עליו לא חל החוק, כגון- מנהל לשכה של מנהל חברה גדולה או נהג המנכ"ל***". כמו כן נקבע כי "***אפשר גם שהחוק לא יחול על עובד השותף לסודות המפעל או שהוא איש סודה של ההנהלה***".

19. יישום המבחנים שנקבעו בפסיקה על עובדות המקרה, כפי שנקבעו על ידי בית הדין האזורי, מביא למסקנה חד משמעית כי תפקידו של העובד לא היה "תפקיד הנהלה" או "תפקיד הדורש מידה מיוחדת של אמון אישי". העובד לא נמנה עם שכבת ההנהלה הבכירה של החברה, אלא היה מנהל עבודה, דהיינו נמנה עם ההנהלה בדרג הביניים; העובד לא היה שותף לקביעת מדיניות החברה או אפילו לקביעת התוכניות באתר בו עבד, וכנטען על ידי החברה עצמה הוא היה אחראי ל"***למידת תוכניות הפרויקט ויישומן בפועל***"; העובד לא היה שותף לסודות החברה; שכרו של העובד עמד בתחילת תקופת עבודתו על 5,600 ₪ ובסיום תקופת עבודתו על

6,723 ₪. אין מדובר ברמת שכר גבוהה של עובד בתפקיד הנהלה, אלא ברמת שכר של דרג ביניים.

20. העובדה כי על העובד הייתה מוטלת אחריות רבה וניתנו לו סמכויות רבות בניהול העבודה באתר, וכן כי לעובד היה קשר עם לקוחות ועובדי החברה והוא פיקח על קבלני המשנה אינן מצדיקות הוצאתו מתחולת חוק שעות עבודה ומנוחה אם לא מתקיימים המאפיינים האחרים של "תפקיד הנהלה" כפי שנקבעו בפסיקה.

21. מעבר לאמור אוסיף כי ברוב תקופת עבודתו של העובד שולם לו גמול שעות נוספות גלובלי, ובכך יש כדי להעיד שגם החברה סברה שהעובד זכאי לתמורה בעד עבודה בשעות נוספות מעבר לשכרו הרגיל.

22. אין מקום להתערב במסקנתו של בית הדין האזורי כי לא הייתה כל מניעה לפקח על עבודתו של העובד, בהתחשב בכך שהיה "צמוד" לאתר בו ביקרו מעת לעת מנהלי האתר או מנהל הסניף וסגנו, וכי מילא דו"חות עבודה אותם העביר לממונים עליו.

23. בהתייחס לחוות דעתה של נציגת ציבור גב' גלין:

23.1. בעניין **טפקו** [ע"א 300271/98 **טפקו – ייצור מערכות בקרת אנרגיה ומתקנים לשמירת איכות הסביבה בע"מ – טל,** פד"ע לה 703] עמד בית הדין הארצי לעבודה על תכליתו של חוק שעות עבודה ומנוחה: לקבוע מסגרת נורמטיבית של שעות עבודה במשק, המונעת מעובד וממעסיקו להסכים על מסגרת שעות עבודה הפוגעת באיכות החיים של העובד; לקדם את איכות החיים ולהגן על כבודו של העובד, על ידי הגדרת שעות פנאי; למנוע ניצול אפשרי של מעסיקים, שלולא החוק המגביל את שעות ההעסקה עלולים להעסיק עובד אחד במקום שני עובדים. על רקע תכליתו של החוק קבע בית הדין הארצי לעבודה בעניין **טפקו** כי יש לפרש את החריגים לחוק בצמצום ***"כך שפחות עובדים יוצאו מתחולתו של החוק ויותר עובדים ייהנו מההגנות שהחוק מעניק".***

23.2. לאור תכליתו של חוק שעות עבודה ומנוחה אני סבורה כי לעניין הוצאת עובד מתחולת החוק יש להבחין בין עובד ב"תפקיד הנהלה" לבין עובד "בתפקיד ניהולי", כאשר לאור תכליתו של חוק שעות עבודה ומנוחה יש להוציא מתחולת החוק רק עובדים הנמנים עם ההנהלה הבכירה של מקום

העבודה, הנהנים גם משכר ותנאי עבודה גבוהים. אני סבורה כי אין לשנות את המבחנים כך שיוצאו מתחולת החוק שכבת ההנהלה בדרג הביניים של מקום העבודה, מנהלים זוטרים או עובדים הממונים על עובדים אחרים. הוצאתה של שכבת ההנהלה בדרג הביניים מתחולת החוק נוגדת את תכליתו של חוק שעות עבודה ומנוחה. לעניין זה יפים דברים של הנשיא אדלר בעניין **חנניה** [עע (ארצי) 528/05 **חנניה – כלל מוצרי בטון בע"מ**, מיום 31.10.06] בהם עמד על חשיבות החלת החוק דוקא על מנהלים זוטרים באומרו:

> ***המדיניות הראויה היא לצמצם את קבוצות העובדים המוצאות מתחולת חוק שעות עבודה ומנוחה. יוטעם, כי אף מנהלים זוטרים זקוקים להגנת חוק זה, ובמקרים רבים אף יותר מעובדים רגילים. זאת מן הטעם, שדווקא הם מתבקשים פעמים רבות לעבוד שעות נוספות כדי למלא את תפקידם הרגיל. מכאן, שאין זה רצוי להוציא מתחולתו של החוק את ציבור המנהלים הזוטרים, ובכך לקפח זכותם לקבלת תמורה נאותה עבור עבודתם הנוספת.***

23.3. לקריטריון שיעור השכר חשיבות רבה, כאשר על מנת שעובד יוצא מתחולת החוק נדרש שישולמו לו שכר ותנאים נלווים גבוהים במיוחד. אין די בכך שהשכר המשולם לעובד גבוה יחסית מהשכר המשולם לעובד בענף או באותו מקום עבודה, שכן התוצאה תהיה כי בענפים בהם השכר הממוצע נמוך תקופח זכותו של עובד לתמורה נאותה בעד עבודה בשעות נוספות.

23.4. אין ספק שיש להתאים את הפסיקה למציאות המשתנה ולתמורות החלות ביחסי העבודה במשק. יחד עם זאת, יש לבחון בכל מקרה מה ההתאמה הנדרשת ולהקפיד על שמירת זכויות העובדים על פי חוקי המגן וצווי ההרחבה. בהקשר של חוק שעות עבודה ומנוחה אני סבורה כי אכן לאור התמורות שחלו בשוק העבודה יש מקום לשקול הנהגת הסדרים גמישים יותר בחוק (כגון- חישוב על בסיס שבועי/חודשי ולא על בסיס יומי) אולם אין מקום להרחיב את תחולתם של החריגים לתחולת חוק שעות עבודה ומנוחה.

23.5. בהתייחס להשוואה בין המקרה הנדון לבין עניין **אלדר** [עע 165/06

אפרים אלדר - ק.ש. אוטו סנטר בע"מ, מיום 15.6.2010], לטעמי יש הבדלים משמעותיים בין תפקידו ותנאי עבודתו של העובד במקרה הנדון לבין תפקידו ותנאי עבודתו של מר אלדר, ובכלל זה מעמדו של מר אלדר בהיררכיה של החברה, סמכויותיו ותנאי עבודתו.

24. **כללו של דבר**: צדק בית הדין האזורי בקביעתו כי חוק שעות עבודה ומנוחה חל על העובד.

היקף עבודתו של העובד בשעות נוספות:

25. כאמור, בית הדין האזורי קבע כי לא ניתן להסתמך על הרישומים ביומניו של העובד, אולם הוכח מהעדויות בפניו כי העובד עבד במתכונת קבועה בת חמישים ושמונה שעות בשבוע – עשר שעות בימים ראשון עד חמישי ושמונה שעות ביום ו'. זאת, בהסתמך על האמור בתצהירו של עד החברה, אשר העיד כי העבודה באתרים התחילה בדרך כלל בשעה 6:30 והסתיימה בשעה 16:30. כן קבע בית הדין האזורי כי בהתאם לפסיקה בעניין **דקל מרקט** [דב"ע לז/ 2 – 1 **תופיק חלד מחמוד – דקל מרקט שותפות**, פד"ע ח' 343] נטל הראייה להוכחת ימי היעדרות מסיבות שונות (חופשה, מחלה חגים וכו') מוטל על החברה, והיא לא הרימה נטל זה. לאור זאת, יש להסתמך לצורך הפחתת ימי היעדרות על רישומיו של העובד, שהם בגדר הודאת בעל דין של העובד על ימי היעדרות.

26. החברה טענה כי בית הדין נתן פרשנות לא נכונה לאמור בתצהירו של העד מטעם החברה, והתעלם מחלקים אחרים בעדותו לפיהם היקף עבודתו של העובד השתנה, כאשר בימי גשם יום העבודה היה קצר יותר, ובכל מקרה העד מטעם החברה העיד בחקירה נגדית כי יום העבודה הרגיל היה בן 9 עד 10 שעות. כפועל יוצא מכך, שגה בית הדין גם בקביעתו כי נטל ההוכחה לעניין ימי היעדרות מוטל על החברה, והתעלם מכך שהעובד הודה מפורשות כי כל חודש נעדר יום אחד מעבודתו. בנוסף, שגה בית הדין בקביעתו כי העובד נדרש להישאר בזמן ההפסקה באתר.

27. כידוע, הכלל הוא שאין ערכאת הערעור מתערבת בממצאיה העובדתיים של הערכאה הדיונית המבוססים על התרשמותה מן העדויות והראיות שהיו בפניה. בהקשר זה יש להדגיש, כי לערכאת הערעור לא קיים היתרון שהיה לערכאה הדיונית

להתרשמות בלתי אמצעית מן הראיות [דב"ע מט/0-23 **המוסד לביטוח לאומי – הירשהורן**, פד"ע כ 349, 352]. לאחר בחינת טענותיה של החברה וכלל החומר בתיק בית הדין האזורי, לא מצאנו מקום לחרוג מאותו כלל. למותר לציין, כי רשאי היה בית הדין האזורי להעדיף את עדותו של העד מטעם החברה בתצהיר (בו הודה במתכונת עבודה קבועה בת עשר שעות עבודה ביום), שנתמכה בעדויות ובראיות נוספות, על פני עדותו של העד בחקירה נגדית.

28. פסיקתו של בית הדין האזורי עולה בקנה אחד עם מגמת הפסיקה להגמיש את כללי נטל הראייה החלים על עובד בהוכחת עבודה בשעות נוספות בכלל ובמתכונת קבועה בפרט [עע (ארצי) 402/07 **ניצנים חברה לאבטחה וניהול פרוייקטים בע"מ – חודאדי**, מיום 19.1.2010; עע (ארצי) 212/06, 209/06 **ימית א. ביטחון (1988) בע"מ – אלי אפרים**, מיום 12.11.2008]. בעניין **ימית** קבע הנשיא אדלר בחוות דעתו כי מששוכנע בית הדין כי העובד עבד במתכונת קבועה, מועבר אל המעסיק נטל הראייה, ועליו להוכיח את מספר שעות העבודה של העובד ואת היעדרויותיו של העובד, ובהעדר הוכחה מדויקת המעסיק אינו מרים נטל זה.

29. **כללו של דבר:** אין מקום להתערב בקביעתו העובדתית של בית הדין האזורי כי העובד הוכיח שעבד במתכונת קבועה בת 58 שעות בשבוע, וכי החברה לא הרימה את נטל הראיה המוטל עליה ולא הוכיחה את ימי היעדרותו מעבודה.

חישוב התמורה בעד עבודה בשעות נוספות:

30. בית הדין האזורי קבע בפסק דין חלקי כי העובד הוכיח מתכונת עבודה קבועה, וכן קבע בפסק הדין החלקי את העקרונות לחישוב התמורה בעד עבודה בשעות נוספות. בית הדין הורה לעובד להגיש תחשיב, וקבע כי החברה תהיה רשאית להתייחס לתחשיב בתוך 30 יום. בהמשך לפסק הדין החלקי, העובד הגיש תחשיב, והחברה הגישה תגובה לתחשיב העובד, בה הצביעה על ליקויים שנפלו, לטענתה, בתחשיב העובד. בתשובתו לתגובת החברה הודה העובד בטעות אחת, והגיש תחשיב מתוקן. החברה טענה כי על פי פסק הדין החלקי לא ניתנה לעובד זכות תגובה להתייחסות החברה, ביקשה להתעלם מהתחשיב המתוקן, וגם הגיבה לגופו של עניין. בפסק הדין המשלים קבע בית הדין האזורי כי יש לקבל את תחשיבו המתוקן של העובד, אשר

נראה כי הוא נערך על פי ההוראות שעוגנו בפסק הדין החלקי, וכי בתחשיב המתוקן שהוגש על ידי העובד תוקן הפגם הספציפי עליו הצביעה החברה בתגובתה.

31. החברה השיגה בערעורה הן על עצם ההליך של הגשת תחשיב על ידי הצדדים והן על קבלת התחשיב המתוקן. לעניין עצם ההליך של הגשת התחשיב טענה החברה כי שגה בית הדין בהתירו להגיש תחשיב לאחר שהסתיים שלב ההוכחות ולאחר שהעובד הגיש את כל ראיותיו, לנוכח העובדה כי אין מדובר ב"תחשיב" אלא בחישוב מורכב על יסוד פרטים עובדתיים רבים; הוכחת הסכום המגיע צריך הייתה שתיעשה באמצעות חוות דעת מומחה מטעם העובד; ההליך שנקט בית הדין גם שלל מהחברה את זכותה הבסיסית לחקור בחקירה נגדית את עורך התחשיב; ההליך אותו נקט בית הדין האזורי נעשה בחוסר סמכות, מנוגד לכללי הצדק הטבעי, והעניק יתרון בלתי הוגן לעובד; גם לאחר שנמצאו שגיאות בתחשיב העובד, דבר שהיה אמור להביא לדחיית תחשיב העובד ולקבלת תחשיב החברה, בית הדין האזורי אפשר לעובד להגיש תחשיב מתוקן. לגופו של עניין טענה החברה כי בית הדין התעלם מהתחשיב שהוגש על ידה ולא נימק מדוע הועדף תחשיב העובד על פני תחשיב החברה, וכי תחשיב העובד שגוי.

32. העובד טען כי משקבע בית הדין את האופן בו יש לערוך את התחשיב, אין מדובר בתחשיב מורכב כלל ועיקר, וכי לאחר הכנסת הנתונים בתוכנת אקסל על פי הוראות בית הדין התוכנה מבצעת את החישובים בעצמה; אין כל חובה להגיש חוות דעת מומחה בדבר אופן ביצוע התחשיבים, במיוחד לנוכח הוראת סעיף 32 לחוק בית הדין לעבודה תשכ"ט – 1969, לפיה בית הדין אינו קשור בדיני הראיות; אין להתערב בקביעתו העובדתית של בית הדין לפיה העדיף את תחשיב העובד על פני תחשיב החברה.

33. לאחר בחינת טענות הצדדים וכלל החומר שבתיק אנו קובעים כי לא נפל כל פגם בהליך בבית הדין האזורי, אולם תחשיב העובד שגוי, ולכן יש להורות על עריכת תחשיב חדש.

34. **לעניין ההליך של הגשת תחשיבים:**

34.1. ככלל, על עובד התובע תמורה בעד עבודה בשעות נוספות להגיש ביחד עם תצהירי העדות מטעמו את תחשיב הסכום הנתבע על ידו, ולהסביר את

העקרונות ששימשו בסיס להכנת התחשיב (מספר השעות הנוספות ביום/שבוע; השכר ששימש בסיס לתחשיב וכו').

34.2. אנו דוחים את טענת החברה כי ניתן להוכיח תחשיב זה רק באמצעות חוות דעת מומחה. ברוב המקרים אין מדובר בתחשיבים מורכבים הדורשים חוות דעת מומחה, ואין מקום להטיל על עובד התובע גמול שעות נוספות לשאת בעלות הגבוהה הכרוכה בהגשת חוות דעת מומחה אם אין הדבר הכרחי.

34.3. אין לקבל את טענת החברה כי אם בתום שלב ההוכחות בית הדין אינו מקבל את תחשיב העובד במלואו מטעם זה או אחר (למשל: העובד הכין את התחשיב על בסיס ההנחה כי עבד X שעות ביום, ואילו בית הדין קבע כי העובד עבד Y שעות ביום; העובד התייחס לשעות העבודה במוצאי שבת לאחר צאת השבת כשעות שבת בעוד שעל פי החוק הן שעות רגילות) התוצאה המתחייבת מכך היא דחיית התביעה לתשלום בעד עבודה בשעות נוספות. כבר בעניין **דקל מרקט** נפסק כי ***"אם אין בית הדין מוכן לקבל את מלוא גרסתו של העובד, יפסוק לפי המספר הקטן ביותר שבו מודה המעביד או העולה מכלל הראיות".*** יתר על כן. בעניין **ימית** פסק הנשיא אדלר כי ***"ככל שהוכח כי העובד עבד במתכונת עבודה קבועה, על בית הדין לערוך את החישוב על יסוד המתכונת הקבועה שהוכחה, וניתן לקבוע את הסכום לתשלום בדרך של אומדנא".*** לפיכך, ככל שבית הדין קובע כי העובד עבד בשעות נוספות אולם הוא אינו מקבל את התחשיב שהוגש על ידי העובד, אין לדחות את תביעתו של העובד אלא יש לקבוע מה הסכום הנכון המגיע לעובד.

34.4. קביעת הסכום הנכון המגיע לעובד יכולה להיעשות על ידי בית הדין במספר דרכים: בית הדין יכול לקבוע בעצמו את הסכום על יסוד הראיות שבפניו, בין בדרך של תחשיב מדויק ובין בדרך של אומדנא; בית הדין יכול להטיל על הצדדים להכין תחשיבים, וככל שאין הסכמה בין הצדדים להכריע בין התחשיבים של הצדדים. נציין, כי בחלק לא קטן מהמקרים, לאחר קביעת העקרונות על ידי בית הדין יכולים הצדדים להגיע להסכמה על הסכום המגיע לעובד; בית הדין יכול למנות חשב שכר, בין מראש, ללא

שהצדדים יתבקשו להכין תחשיבים בעצמם, ובין בדיעבד, ככל שהצדדים לא הגיעו להסכמה והגישו תחשיבים שונים, הטעונים בחינה על ידי חשב שכר. בהתחשב בעובדה שבית הדין אינו קשור בדיני הראיות הדרך בה יפעל נתונה לשיקול דעתו על פי מכלול נסיבות המקרה.

34.5. **במקרה הנדון:** בית הדין קבע בפסק דינו החלקי (סעיף 25) הוראות ברורות ומפורטות כיצד יש לערוך את התחשיב, ואין כל פגם בהנחיה שניתנה לצדדים להגיש תחשיבים. אין גם כל פגם בכך שבית הדין אפשר לעובד להגיש תחשיב מתוקן, לאחר שב"כ העובד נוכח לדעת שנפלה טעות בתחשיב שהוכן על ידו. לפיכך, נדחית טענת החברה כי נפל פגם בהליך אותו נקט בית הדין האזורי.

35.לעניין התחשיב לגופו:

35.1. לאחר בחינת תחשיב העובד אשר התקבל על ידי בית הדין האזורי, הגענו לכלל מסקנה כי אכן נפלה טעות בתחשיב, והוא לא נערך על פי הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה והוראות הסכמי המסגרת/צווי ההרחבה בדבר קיצור שעות העבודה השבועיות.

35.2. עיון בתחשיב העובד מעלה כי הוא נערך על בסיס שבועי ולא על בסיס יומי. דהיינו, בעד תקופה בה שבוע העבודה עמד על 43 שעות בשבוע, החישוב הנטען על ידי העובד הוא כי בעד שתי שעות נוספות בשבוע הגיע לעובד שכר שעה נוספת בתעריף של 125% ואילו בעד יתר השעות הנוספות בשבוע (13 שעות) הגיע לעובד שכר שעה נוספת בתעריף של 150%. חישוב זה אינו עולה בקנה אחד עם הוראות החוק וצווי ההרחבה. החישוב הנכון הוא חישוב על בסיס יומי, כאשר גמול שעות נוספות על בסיס שבועי בעד עבודה ביום השישי בשבוע משולם רק אם העובד השלים את מלוא השעות הרגילות באותו שבוע. [ראו גם: עע (ארצי) 233/06 **א.נ. נתניה בע"מ – לב טרנרידר**, מיום 16.12.07].

35.3. כאמור, בהתאם לקביעת בית הדין האזורי, העובד עבד 10 שעות בימים א' עד ה' ושמונה שעות ביום ו'. בתקופה בה שבוע העבודה היה בן 43 שעות שבועיות. יש לחשב את גמול שעות נוספות המגיע לעובד כמפורט להלן.

35.3.1. **ימים א' עד ה':** שעתיים בכל יום, בתעריף של 125%. הגמול בעד עבודה בשעות נוספות בימים א' עד ה' מגיע לעובד גם אם לא עבד באחד מהימים, כיון שכאמור הגמול מחושב על בסיס יומי. דהיינו, אם העובד עבד בשבוע מסוים בימים ב' עד ה' בלבד 10 שעות ביום, הוא יהיה זכאי לגמול שעות נוספות בעד שעתיים ביום בימים ב' עד ה', למרות שלא עבד ביום א'.

35.3.2. **יום ו':** אם העובד עבד באופן מלא בימים א' עד ה' באותו שבוע, הוא עבד באותו שבוע 40 (8 X 5) שעות רגילות. לכן, בעד עבודה ביום ו' הוא זכאי לשכר כמפורט להלן: בעד שלוש השעות הראשונות ביום ו' - שכר שעה רגילה; בעד השעות הרביעית והחמישית ביום ו' - שכר שעה נוספת בתעריף של 125%; בעד השעות השישית, השביעית, והשמינית - שכר שעה נוספת בתעריף של 150%.

35.3.3. **בסך הכול**, בשבוע בו עבד העובד שישה ימים בשבוע, בתקופה בה שבוע העבודה הרגיל עמד על 43 שעות בשבוע, העובד זכאי ל- 12 שעות נוספות בשיעור של 125% ו- 3 שעות נוספות בשיעור של 150%.

35.3.4. **באשר לימי היעדרות**: בהתאם להוראות צו ההרחבה, ככל שהעובד נעדר מעבודתו במהלך השבוע היעדרות המזכה בתשלום (מחלה, חופשה, חג), לצורך חישוב השכר המגיע בעד עבודה ביום ו', **יום ההיעדרות נחשב כיום עבודה בו עבד העובד שמונה שעות**. מובן, כי העובד לא יהיה זכאי לגמול שעות נוספות בעד יום ההיעדרות. לדוגמא: אם חל חג באחד הימים בשבוע, והעובד עבד ביום ו' באותו שבוע, הוא יהיה זכאי לשכר בעד עבודה ביום ו' כאילו עבד באופן מלא בימים א' עד ה'. אם העובד נעדר מעבודתו בימים א' עד ה' היעדרות **בעדה אינו זכאי לשכר**, ועבד ביום ו' שמונה שעות, הוא זכאי לשכר שעה רגילה בעד שבע שעות עבודה ראשונות ולשכר שעה נוספת בתעריף של 125% בעד שעת העבודה השמינית. זאת, בשל הוראת סעיף 2(ב) לחוק, הקובעת כי ביום שלפני המנוחה השבועית יום העבודה הרגיל הוא בן שבע שעות.

35.4. בתקופה בה שבוע העבודה עמד על 45 שעות בשבוע (עד חודש יוני 1995) בעד עבודה ביום ו' הגיע לעובד שכר כמפורט להלן: חמש שעות ראשונות – שכר רגיל; שעות שישית ושבועית – שכר שעה נוספת בתעריף של 125%; שעה שמינית – שכר שעה נוספת בתעריף של 150%. סך הכול בשבוע עבודה מלא היה זכאי העובד ל- 12 שעות נוספות בתעריף של 125% ולשעה אחת נוספת בתעריף של 150%.

35.5. בתקופה בה שבוע העבודה עמד על 44 שעות בשבוע (עד חודש יוני 1997) בעד עבודה ביום ו' הגיע לעובד שכר כמפורט להלן: ארבע שעות ראשונות – שכר רגיל; שעות חמישית ושישית - שכר שעה נוספת בתעריף של 125%; שעות שביעית ושמינית – שכר שעה נוספת בתעריף של 150%. סך הכול בשבוע עבודה מלא היה זכאי העובד ל- 12 שעות נוספות בתעריף של 125% ולשעתיים נוספות בתעריף של 150%.

35.6. בהתייחס לתחשיב שהוגש על ידי החברה, תחשיב זה שגוי מיסודו, שכן הוא נערך על בסיס חודשי ולא על בסיס יומי – שבועי כמוסבר לעיל, ולכן אין לקבלו.

36.עריכת תחשיב מתוקן:

36.1. מעבר לפגם בתחשיב כמוסבר בסעיף 35 לעיל, לא מצאנו כי נפל פגם נוסף בתחשיב העובד. העובד צודק בטענתו כי את השכר לשעה יש לחשב על בסיס חלוקת השכר הרגיל בצירוף תוספת ותק ותוספת משפחה במספר שעות העבודה החודשיות על פי הוראות צו ההרחבה, ובטענתו כי תחילה יש לחשב את השכר המגיע לעובד בעד עבודה בשעות נוספות, ולהפחית מסכום זה את השכר בעד שעות נוספות גלובליות ששולם לעובד.

36.2. אשר על כן, אנו קובעים כי בתוך 30 יום מהמועד בו יומצא לב"כ העובד פסק הדין, ימציא העובד תחשיב מתוקן, בו יפורטו הנתונים הבאים, ביחס לכל חודש:

36.2.1. מספר ימי העבודה בימים א' עד ה' באותו חודש.

36.2.2. מספר ימי ההיעדרות בימים א' עד ה' בכל שבוע באותו חודש, בעדם היה העובד זכאי לשכר (חופשה, מחלה, חג וכו').

36.2.3. מספר ימי ההיעדרות בימים א' עד ה' בכל שבוע באותו חודש בעדם לא היה העובד זכאי לשכר.

36.2.4. מספר ימי העבודה בימי ו' באותו חודש.

36.2.5. השכר החודשי והשכר לשעה רגילה באותו חודש.

36.2.6. מספר שעות העבודה הנוספות בתעריף של 125% והשכר המגיע בעדן.

36.2.7. מספר שעות העבודה הנוספות בתעריף של 150% והשכר המגיע בעדן.

36.2.8. סכום גמול שעות נוספות גלובלי ששולם לעובד באותו חודש.

36.2.9. סכום ההפרש בעד עבודה בשעות נוספות לו זכאי העובד בעד אותו חודש.

36.3. החברה תהיה רשאית להגיב לתחשיב העובד בתוך 30 יום.

36.4. ככל שלא תהיה הסכמה, יקבע בית הדין את אופן ההכרעה במחלוקת בין הצדדים, ובהמשך לכך תינתן פסיקתא בנוגע לסכום המגיע לעובד בעד עבודה בשעות נוספות.

37. **כללו של דבר:** ערעור החברה בעניין תחולת חוק שעות עבודה ומנוחה על העובד נדחה. ערעור החברה בעניין תחשיב גמול השעות הנוספות מתקבל חלקית, כמפורט לעיל.

תמורת שעות קיץ

38. כאמור, בית הדין האזורי חייב את החברה לשלם לעובד תמורת שעות קיץ, דהיינו שכר שעה אחת ביום בעד התקופה בה העובד היה זכאי לעבוד שבע שעות ביום בתשלום של שמונה.

39. החברה טענה כי שכרו של העובד, אשר היה גבוה מתעריף השכר על פי הוראות ההסכם הקיבוצי כלל גם תשלום בעד השעה הנוספת בה עבד העובד בקיץ; לחלופין, העובד לא הוכיח את מספר הימים בעדם הוא זכאי לפיצוי; לחלופי חלופין, העובד קיבל על פי פסק הדין כפל פיצוי בעד שעת העבודה השמינית בקיץ.

40. אין בידי לקבל את טענת החברה. **ראשית**, תשלום שכר בשיעור גבוה יותר מתעריף השכר על פי הוראות ההסכם הקיבוצי אינו שולל מהעובד את זכויותיו האחרות על פי הוראות ההסכם הקיבוצי [השוו: עע (ארצי) 1144/04 **אברהם מרחיב – מוקד אמון סביון (1981) בע"מ**, מיום 21.12.2006]. **שנית**, משקבע בית הדין האזורי כי העובד הוכיח מתכונת עבודה קבועה, הוא זכאי לתשלום בעד שעות קיץ על בסיס אותה מתכונת קבועה. **שלישית**, כמוסבר בהרחבה לעיל, התשלום בעד עבודה בשעות נוספות משולם לעובד משעת העבודה **התשיעית** ביום ואילך, גם בחודשי הקיץ. לכן, יש לדחות את הטענה כי על פי פסק הדין זכאי העובד לכפל פיצוי בעד שעת העבודה השמינית ביום בחודשי הקיץ.

41. **כללו של דבר**: ערעור החברה בעניין תשלום תמורה בעד שעות קיץ לעובד נדחה.

תוספת כלכלה ותמריץ אי היעדרות:

42. בית הדין חייב את החברה לשלם לעובד תוספת כלכלה ותמריץ אי היעדרות, ודחה את טענת החברה כי לנוכח העובדה ששילמה לעובד שכר גבוה מתעריף השכר הנקוב בהסכם הקיבוצי שכרו של העובד כלל רכיבים אלה. בית הדין האזורי קבע כי עמדה זו של החברה עומדת בניגוד להלכה הפסוקה לפיה על מנת שייקבע כי שכרו של עובד כולל בחובו גם זכויות שהוענקו לו מכוחו של ההסכם הקיבוצי או צו הרחבה יש להוכיח שהצדדים סיכמו על הסדר זה של שכר כולל באופן מפורש, והסכמה כזו לא נטענה ולא הוכחה.

43. החברה טענה כי בהסכם הקיבוצי עצמו בטבלת השכר למנהלי עבודה מפורטים לצד כל דרגה "שכר לחודש", "תמריץ אי היעדרות", "סה"כ שכר לצורך הפרשות לפנסיה", "תוספת כלכלה", "תוספת עבור אישה" ו- **"סה"כ שכר חודשי בשקלים"**. דהיינו, על פי הוראות ההסכם הקיבוצי, בטבלה מפורטים מרכיבים

שונים, אולם בסופו של דבר מסכם ההסכם הקיבוצי מהו **השכר החודשי הכולל** אשר ישולם למנהל עבודה. מכאן, שבמקרה הנדון לא נדרשת הסכמה מפורשת של העובד להכללת הרכיבים בשכר, לנוכח העובדה שהם נכללים בפירוש בשכר החודשי הכולל המפורט בהסכם הקיבוצי. לפיכך, הפסיקה עליה הסתמך בית הדין האזורי, אשר התייחסה להכללת רכיבים שהם מחוץ לשכר בשכר הכולל של העובד (החזר הוצאות נסיעה, דמי הבראה) אינה רלוונטית. במקרה הנדון, שכרו של העובד מתחילת העסקתו היה גבוה משמעותית מהשכר המרבי לו זכאי מנהל עבודה בדרגה הגבוהה ביותר על פי טבלת השכר שבהסכם הקיבוצי, הכולל את כל התוספות. לחלופין, העובד לא הוכיח את זכאותו לתוספת כלכלה ותמריץ אי היעדרות.

44. העובד טען כי אין לקבל את הטענה לפיה תשלום שכר העולה על שכר המינימום או על תעריף השכר הקבוע בהסכם הקיבוצי פוטר את המעסיק מתשלום תוספות השכר הקבועות בהסכם הקיבוצי, וכי ההסכמה הנטענת על ידי החברה לא הוכחה.

45. אכן, בטבלת השכר למנהלי עבודה בהסכם הקיבוצי בענף הבניין מפורטים מרכיבי השכר השונים, לרבות תוספת כלכלה ותמריץ אי היעדרות, ובטור האחרון בטבלה מפורט סה"כ שכר חודשי כולל בשקלים [וראו לעניין זה האמור בפסק דין סק (ארצי) 18/08 **התאחדות הקבלנים והבונים בישראל בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה,** מיום 16.2.2010]. אולם, אין בכך כדי לשלול את קביעתו העובדתית של בית הדין האזורי לפיה במקרה הנדון הצדדים לא הסכימו כי שכרו של העובד כולל תוספות אלה. קביעה זו של בית הדין נתמכת גם בעובדה כי למרות שתוספת בעד בת זוג כלולה בשכר החודשי הכולל המפורט בהסכם הקיבוצי, הרי כעולה מתלושי השכר של העובד שולמה לו תוספת בת זוג. עובדה זו אינה מתיישבת אם טענתה של החברה לפיה הוסכם עם העובד כי שכרו החודשי כולל את כל מרכיבי השכר על פי הוראות ההסכם הקיבוצי.

46. **באשר לטענה כי לא מתקיימים בעובד התנאים לתשלום תוספת כלכלה ותמריץ אי היעדרות:** עיון בכתב ההגנה, בתצהיר העדות ובסיכומי הטענות של החברה בבית הדין האזורי מעלה כי טענה זו כלל לא הועלתה בבית הדין האזורי לפני מתן פסק הדין החלקי, והטענה היחידה שהועלתה הייתה כי רכיבים אלה - תמריץ אי היעדרות ותוספת כלכלה – נכללים באופן מפורש על פי ההסכם הקיבוצי בטבלת השכר למנהלי העבודה. הטענה הועלתה באופן חלקי בלבד בבית הדין האזורי **לאחר**

מתן פסק הדין החלקי, במסגרת תגובה לתחשיב העובד לסכום המגיע בעד עבודה בשעות נוספות. משהועלתה הטענה בבית הדין האזורי רק **לאחר** מתן פסק הדין החלקי, בו נפסק כי העובד זכאי לתשלום תוספת כלכלה ותמריץ אי היעדרות, אין להידרש אליה בשלב הערעור.

ערעור העובד בעניין הוצאות משפט:

47. אכן, הסכום שנפסק לזכות העובד נמוך באופן יחסי לסכום פסק הדין. אולם, מקובלת עלינו עמדת בית הדין האזורי כי בקביעת שיעור ההוצאות על בית הדין להביא בחשבון גם את היחס בין הסכום שנפסק לבין סכום התביעה. בנסיבות אלה, ולנוכח העובדה שלאחר תיקון התחשיב בעניין גמול השעות הנוספות כאמור בפסק הדין יופחת באופן משמעותי הסכום המגיע לעובד בעד עבודה בשעות נוספות אין מקום לחרוג מהכלל ולהתערב בשיקול דעתו של בית הדין האזורי בעניין זה.

השופט יגאל פליטמן:

דעתה של חברתי השופטת לאה גליקסמן - מקובלת עלי. עם זאת מצאתי מקום להוסיף מילות הבהרה לעניין "**עובדים בתפקידי הנהלה ועובדים בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אימון אישי**", על פי סעיף 30(א)(5) לחוק שעות עבודה ומנוחה, עליהם לא חל החוק.

1. חוק שעות עבודה ומנוחה קובע נורמה סוציאלית של יום עבודה מוגבל שעות. בעיקרון ההגבלה הינה ל-8 שעות עבודה ליום. אותה נורמה של יום עבודה מוגבל שעות ראויה ליישום מצד המעביד על כל עובד ועובד ללא קשר לגובה שכרו ורום תפקידו.

2. בשני מקרים כלליים על פי החוק יש צידוק לאי תחולת אותה הנורמה.
המקרה האחד הינו - כאשר המעביד אינו יכול לפקח על שעות העבודה והמנוחה של העובד (סעיף 30(א)(6) לחוק) ובמילים אחרות, כאשר נורמת יום עבודה מוגבל שעות אינה ניתנת ליישום על ידי המעביד.

המקרה השני הינו - כאשר העובד על פי תפקידו הוא זה הקובע לעצמו את שעות עבודתו. גם במקרה זה אין המעביד יכול לאכוף את נורמת יום העבודה מוגבל השעות על העובד, ולכן מוצדק לפוטרו מיישומו של החוק ומתשלום גמול שעות נוספות לפיו.

מקרה זה של עובד הקובע את שעות עבודתו לעצמו מתייחס בדרך הטבע לעובד בתפקידי הנהלה או עובד בתפקיד הדורש מידה מיוחדת של אימון אישי. אולם למעשה אותו מקרה נכנס גם לגדרו של סעיף 30(א)(6) לחוק, דהיינו עובד שתנאי עבודתו ונסיבותיה אינם מאפשרים למעביד פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלו.

3. משכך ראוי להתפרש החוק, אזי גם אם נקבל דעתה של חברתי נציגת הציבור, הגב' אמירה גלין הסוברת, שמבחינת מערך מקום העבודה היה סמי בוג'ו בעל תפקיד ניהולי שדרש מידה מיוחדת של אימון אישי ולכן שולם לו שכר גבוה בהשוואה לעובדים על פי תעריף ההסכם הקיבוצי, עדיין יש לפסוק כדעתה של חברתי השופטת לאה גליקסמן, נוכח קביעתו העובדתית החד משמעית של בית הדין קמא, כי "**לא הייתה כל מניעה לפקח על שעות עבודתו של העובד אשר היה צמוד לאתר הבנייה**".

פסיקה שכזאת ממלאת אחר תכלית החוק הניתן ליישום במקרה שלפנינו ומשום כך ראוי ערעור החברה לעניין זה - להידחות.

השופט שמואל צור:

אני מסכים לפסק דינה של השופטת לאה גליקסמן, כמו גם לתשובתה לדעתה החולקת של נציגת הציבור אמירה גלין.

נציג עובדים מר יצחק ברק:

גם אני מסכים לפסק דינה של השופטת לאה גליקסמן ולתשובתה לדעתה החולקת של נציגת הציבור אמירה גלין; כמו-כן ברצוני להוסיף את ההערות הבאות:

1. כידוע הזכות לגמול עבודה בשעות נוספות בהתאם לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 (להלן – "החוק") הינה זכות קוגנטית שאינה ניתנת לוויתור על ידי

העובד וזאת אפילו אם נתן הסכמתו לכך (למעט במקרים נדירים שנקבעו בפסיקה ואינם חלים בעניין שלפנינו). כלל זה תקף גם במקרה שבו נטען על ידי המעביד ויתור כאמור בדרכי עקיפין, על ידי העלאת הטענה שהעובד מועסק בתפקיד הנהלה או בתפקיד הדורש מידה מיוחדת של אמון אישי, וזאת מכוח הפטור מהוראות החוק הקבוע בסעיף 30(א)(5) לחוק הקובע כי –

30.(א) חוק זה אינו חל על העבדתם של: –

(5) עובדים בתפקידי הנהלה או בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי.

2. יש לשים לב לכך שהוראות פסקה (5) לסעיף 30 (א) לחוק כמובא לעיל מתייחסות לא רק לאותם הסעיפים הנוגעים לגמול עבודה בשעות נוספות (ובגמול עבודה במנוחה השבועית) אלא תוצאתן היא אי-תחולת **כל הוראות החוק** על סוגי העובדים המתוארים בפסקה האמורה. משמע – אילו היינו קובעים שהוראות סעיף 30 (א) (5) לחוק חלות על העובד הנדון, מר סמי בוגיו, הרי **שאף אחת מהוראות חוק שעות עבודה ומנוחה** לא היתה חלה עליו.

3. לאור הנ"ל רצוי מאד שנסקור בקצרה מקצת מעיקרי הוראות החוק הנדון שבהן מדובר:

(א) איסור העסקת עובד בשעות נוספות אלא במידה והדבר הותר מכוח החוק. משמעות הדבר – באם איסור זה אינו חל, המעביד יהיה רשאי להעסיק את העובד בשעות נוספות ובמנוחה השבועית **ללא הגבלה** (סעי' 6 ו-9 לחוק).

(ב) החובה לאפשר לעובד **מנוחה שבועית** בת 36 שעות רצופות בשבוע, והאיסור להעסיק עובד במנוחה שבועית אלא אם כן הדבר הותר על-פי החוק (סעיפים 7-9 לחוק).

(ג) תשלום גמול בעד עבודה במנוחה שבועית, ולא פחות חשוב מכך – חובת המעביד ליתן לעובד **שעות מנוחה שבועית חלופות** במקום השעות שעבד (סעי' 17 לחוק).

(ד) המעביד **אינו רשאי לסרב** קבלתו של עובד לעבודה בשל כך שהעובד הודיע שאינו מסכים לעבוד בימי המנוחה השבועית על פי איסור שבמצוות דתו (סעי' 29 ו-9 לחוק).

(ה) עובד זכאי להתפלל במהלך יום עבודתו בהתאם לדרישות דתו, כאשר זמן התפילה נקבע במקום העבודה בהתאם לצורכי העבודה ובהתחשב בדרישות דתו של העובד (סעי 20 (ד) לחוק).

4. מהאמור לעיל מסתבר, אפוא, שהחוק מעניק לעובד הגנה רחבה לא רק בעניין התשלום בעד עבודה בשעות נוספות, אלא גם בעניינים רבים וחשובים לא פחות, כגון הזכות למנוחה שבועית, שהינה זכות סוציאלית ממדרגה ראשונה, חובת המעביד להימנע מפגיעה בחופש האמונה הדתית של העובד וכו', ולאור הנ"ל מתעוררת כמובן במלוא חשיבותה שאלת הפרשנות שיש ליתן לביטוי "עובדים בתפקידי הנהלה או בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי".

5. ברור, לדעתי, שחוק שעות עבודה ומנוחה, כחוק מחוקי המגן במשפט העבודה, נועד להגן על זכויות היסוד של העובד לשעות עבודה הוגנות, מנוחה שבועית נאותה ושמירת כבודו כאדם. לפיכך צודקת הגישה שלפיה מן הראוי ליתן לסעיף הנדון בדבר תחולת הפטור הנדון מהוראות החוק פרשנות בדרך הצמצום כפי שציינה השופטת גליקסמן; המדובר במסגרת קו מחשבה זה הוא בקבוצת המנהלים הבכירים ביותר ובעלי שכר גבוה במיוחד שיש להם **האפשרות לנהל מו"מ רציני מול המעביד** באופן שיאפשר להם שמירת זכויות היסוד הנ"ל גם ללא הגנת החוק. לשון אחרת – הגישה שלפיה יש ליתן פרשנות מצמצמת להוראות סעיף 30 (א) (5) לחוק כפי שתיארתי לעיל נובעת מהמסקנה הפשוטה שהמדובר בסעיף זה הוא בקבוצת המנהלים הבכירים ביותר במקום העבודה, שהם מזוהים בעצם כחלק מההנהלה האחראית על ניהול הארגון הנדון והשגת יעדיו, ולכן הם נהנים מזכויות העולות בדרך כלל על מה שהחוק נותן, ואינם זקוקים להגנתו.

6. לסיכום תגובתי לחוות דעתה של חברתי נציגת הציבור אמירה גלין אציין כי יש לזכור את העיקר, והוא: לפי החוק משך שעות העבודה של עובד הוא שמונה שעות ליום עבודה (או 9 שעות בשבוע עבודה בן 5 ימים) ואם העובד נדרש לעבוד שעות נוספות – הוא זכאי לגמול עבודה בשעות נוספות. גמול זה הינו חלק בלתי נפרד משכרו של העובד, וכפי שאין לראות בשכר העבודה כשלעצמו "נטל כלכלי חסר תכלית" כפי שצוטט על-ידי גב' גלין מפסה"ד בפרשת **שמואל מור** כך אין לראות ככזה את **גמול העבודה בשעות נוספות**.

7. באשר לקטע השני של פסקה (5) לסעיף 30 (א) לחוק בדבר "תפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי", נראה לי כי ניסוחו של קטע זה גם הוא מצביע על כך שמדובר בשכבת המנהלים הבכירה של המפעל, שממנה דורשים "**מידה מיוחדת** של אמון אישי". בדרך כלל נדרשים יחסי אמון בקשר שבין מעביד לעובד, אולם ביחס לאותה שכבת מנהלים נדרשת אכן מידה **מיוחדת** של אמון אישי, ואם קיימים יחסי אמון אישי ברמה **מיוחדת** כאמור – חזקה שאותה שכבת המנהלים תוכל להשיג את המינימום המובטח על ידי החוק.

נציגת מעבידים גב' אמירה גלין:

אינני מסכימה עם חוות דעתה של כבוד השופטת לאה גליקסמן. לדעתי יש לראות בעובד (להלן גם – **סמי בוג'ו**) בעל "תפקיד ניהולי" לכל דבר ועניין. בפסק הדין יש לדעתי להתחשב בשני היבטים: א. קביעת אמות המידה לזיהוי בעל תפקיד כ"עובד" או כ"בעל תפקיד ניהולי", בהתחשב בהתפתחויות שחלו בשנים האחרונות במערכות הארגוניות ובתפקידי הניהול. ב. עקביות בין פסקי הדין של בית הדין הארצי לעבודה.

א. לעניין אמות המידה לזיהוי "בעל תפקיד ניהולי":

אמות המידה לעניין מיהו מנהל לא נקבעו מעולם בחוק. השופטת גליקסמן מסתמכת בפסק דינה על אמות המידה אותן קבע כבוד השופט צור והן: מקום בהיררכיה הארגונית, סמכות לקבוע מדיניות, שכר ותנאי עבודה וטיבו של התפקיד, הדורש "מידה מיוחדת של אמון אישי".

אמות מידה אלו הינן אמות מידה מסורתיות המתעלמות במידה רבה משינויים מרחיקי לכת שהתרחשו בעולם העבודה בשנים האחרונות. לכך התייחס אף שופט בית המשפט העליון א. גולדברג [בג"צ 5168/93 **שמואל מור נ' בית הדין הארצי לעבודה וגדעון אנגל** פ"ד (4) 628] באומרו:

"...ואילו המציאות החדשה הרחיבה את מידת עצמאותו של המועסק, העניקה לו גמישות וחופש פעולה והחלישה את כוחם של יחסי המרות והכפיפות בינו לבין המעסיק. רווחתו של המועסק גדלה ולא בכל מקרה - אז באותה מידה- יש לראותו כטעון הגנה, כמקודם. מכאן, שבבואנו

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 188-06

*להגמיש את המבחנים המסורתיים, **שומה עלינו לראות לנגד עינינו גם שיקולים אלה, כדי שלא נטיל נטל כלכלי חסר תכלית על כתפי המעסיק, ובעקיפין – על הציבור**".*

התמורה שחלה בעשורים האחרונים במבנים הארגוניים נובעת מהפיכתם לארגונים שטוחים – דהיינו, מאופיינים על ידי מספר מצומצם למדי של רמות היררכיה; "רזים" – דהיינו מעסיקים מספר מועט של עובדים באופן ישיר, ומעבר לדפוסי העסקה חדשים וגמישים – כמו עבודה באמצעות קבלני משנה, משתתפים חופשיים ועצמאים. יתר על כן, הפיקוח על שעות העבודה של המועסקים איננו אפשרי כלל, או אפשרי במידה מועטה מאחר שהמועסקים אינם מצויים לרוב "בחצריו" של המעסיק. נכון אמנם כי עבודה מחוץ ל"חצריו" של המעסיק איננה שוללת כשלעצמה כל אפשרות של המעסיק לפקח על שעות עבודתו של העובד, אך יכולת זו מצטמצמת עד כמעט נעלמת לעתים קרובות. עד כדי כך כי נקבע, לדוגמא, כי עבודתו של צלם טלויזיה מחוץ לחצריו של המעסיק היא עבודה הדורשת אמון אישי וחוסר אפשרות לפקח על שעות עבודתו. לכן הוא יחשב כבעל תפקיד ניהולי שחוק שעות העבודה והמנוחה אינו חל עליו (דב"ע 97/327 - 3 **עזרא שמואלי ואח' נ' רשות השידור**). זאת ועוד - נראה שלמעסיקים רבים אין "חצרים" בכלל, כמו במקרה שלפנינו ובמקרים רבים אחרים במשק הישראלי. במקרים אלו ספק אם אפשר לומר כי למעסיק יש אפשרות פיקוח על שעות העבודה של העובד במסגרת תנאי העבודה ונסיבותיה. כתוצאה, תמוהה בעיני קביעתו של בית הדין קמא, כי "**לא הייתה כל מניעה לפקח על שעות עבודתו של העובד אשר היה צמוד לאתר הבנייה**". קביעה אשר התקבלה ללא הסתייגות על ידי כבוד השופטים גליקסמן, פליטמן וצור. קביעה זו סותרת את תנאי העבודה של **סמי בוג'ו** (מושא ערעור זה). סמי בוג'ו היה מנהל אתר המרוחק מ"חצרו" של המעסיק (אם בכלל היתה "חצר" כזו). המעסיק הצהיר כי "**העובד היה המנהל האחראי באתר ולא היה גורם הנהלה אחר שיכול לפקח על שעות עבודתו, וביקורים באתר או קיום טלפון נייד אינם מאפשרים פיקוח על שעות העבודה**", גם אם בוג'ו היה "צמוד" לאתר בו ביקרו מעת לעת מנהל החברה וסגנו. מתיאור מסכת הדברים מתברר כי לא תמיד היה צמוד לאתר. כך לדוגמא יצא לרכוש חומרים ואף התלווה לממונים עליו בביקורים אצל לקוחות. העובדה כי מילא דו"חות עבודה אותם העביר לממונים עליו רק מצביעה על כך שלא היה באפשרות הממונים לפקח בעצמם על שעות עבודתו והם נתנו אמון בדיווחיו.

יתר על כן, הוא, כמנהל האתר, נדרש לארגן את פעולות העבודה באתר, לתת הוראות לעובדים, לרכוש חומרים ולאשר ביצוע עבודות בשטח. במסגרת תפקידו זה היה אחראי לעבודת קבלני משנה, לתיאום ולפיקוח עליהם. מהיכן נובעת אפשרותו של המעסיק לפקח על שעות עבודתו, שעות יציאתו לקניית חומרים, והשעות בהם היה אמור לפקח על קבלני המשנה?

השינויים מרחיקי הלכת במבנים הארגוניים ובשוק העבודה שינו גם את אופי העבודה, את אופי התפקידים ואת שרשרת הפיקוד. שינויים אלו הפכו את מרבית העובדים, המעטים יחסית, שמועסקים **ישירות** על ידי המעסיק, **למנהלים בפועל**. זאת מתוקף קשריהם עם לקוחות, פיקוחם על קבלני משנה ומידת עצמאותם, כולל היעדרה של אפשרות לפקח על פעולותיהם ושעות עבודתם. הרי בית הדין לעבודה עצמו חזר ואמר לא פעם (לדוגמא דב"ע לא/ 27 - 3 **עיריית נתנייה נ' דוד בירגר**) כי הגדרות מושגים במשפט העבודה צריכות להשתנות עם הזמן על מנת שתוכלנה לשקף את התמורות החלות במערכות הארגוניות, הכלכליות והחברתיות. ואכן הגדרת המושג "עובד" ואמות המידה לקביעת מעמדו של "עובד" שונו במהלך השנים עקב התמורות על ידי בית הדין לעבודה עצמו (החל במבחן השליטה/ הכפיפות דרך מבחן ההשתלבות וכלה במבחן המעורב). מדוע לדעת השופטת גליקסמן אין צורך בשינוי המבחנים גם לגבי קביעת אמות המידה של "תפקיד ניהולי"? האם בנושא זה לא חלו תמורות?

תמוהה בעיני תגובתה של כבוד השופטת גליקסמן אשר מעדיפה להישאר צמודה למבחנים מיושנים כפי שהדבר בא לידי ביטוי בדבריה: "**אני סבורה כי אין לשנות את המבחנים כך שיוצאו מתחולת החוק שכבת ההנהלה בדרג הביניים של מקום העבודה, מנהלים זוטרים או עובדים הממונים על עובדים אחרים. הוצאתה של שכבת ההנהלה בדרג הביניים מתחולת החוק נוגדת את תכליתו של חוק שעות עבודה ומנוחה**" . לצורך ביסוס עמדתה מצביעה השופטת גליקסמן על פסק הדין בעניין **טפקו** [ע"א 300271/98 **טפקו - ייצור מערכות בקרת אנרגיה ומתקנים לשמירת איכות הסביבה בע"מ - טל**, פד"ע לה 703] בהדגישה כי בעניין **טפקו** נקבע כי יש לפרש את החריגים לחוק בצמצום "**כך שפחות עובדים יוצאו מתחולתו של החוק ויותר עובדים ייהנו מההגנות שהחוק מעניק**". בהקשר זה יש להתייחס לשני היבטים:

ראשית. **אין מקרה "טפקו"** כמקרה **"קל בניין בע"מ".** "טפקו" חברה לייצור מערכות אשר יש בה שרשרת פיקוד ולכן יש בה מנהלי ביניים ומנהלים זוטרים. במקרה "קל בניין בע"מ" שרשרת הפיקוד מזערית וסמי בוג'ו (שלישי בשרשרת הפיקוד אם נתחשב גם בבעלים) שייך לשכבת המנהלים. שנית: **מן הראוי לזכור כי חוק שעות עבודה ומנוחה נחקק ב-1951** . אילו היה נחקק היום קרוב לוודאי שתכליתו היתה אחרת. שכבת ההנהלה שבדרג הביניים מתייחסת לשרשרת פיקוד תלולה וארוכה. זו איננה קיימת כיום במקרים רבים ובוודאי שלא במקרה שלפנינו. **האם תכליתו של החוק כיום צריכה להיות הגנה על בעלי תפקיד ניהולי השייכים לשכבת ההנהלה?**

יתר על כן, במשך שנים רבות נבחן המונח עובד בצורה מורחבת על מנת למנוע מהמעסיק (המעביד בלשון הפסיקה) להתחמק מחובותיו כלפי עובד שכיר על ידי הגדרתו של העובד באופן שונה (קבלן, עצמאי וכן הלאה). כתוצאה נתנה הפסיקה גם למונח "תפקיד ניהולי", כמשמעו בחוק שעות עבודה ומנוחה, פירוש מצמצם במכוון, על מנת לתת הגנה למספר עובדים רב ככל האפשר. הרחבת יריעת המונח תפקיד ניהולי, לאור ההתפתחויות בשוק העבודה ובמבנים הארגוניים נראית לעת הזו חיונית, שאם לא כן תתגשם "נבואתו" של שופט בית המשפט העליון א.גולדברג שהזהיר מפני **"הטלת נטל כלכלי חסר תכלית על כתפי המעסיק, ובעקיפין – על הציבור"**.

פרופ' רות בן ישראל ואנוכי ערכנו בדיקה מעמיקה בנושא "מיהו מנהל בשנת 2000" [**שנתון משפט העבודה** ו' (1996) 121]. בבדיקה זו, שהתייחסה הן להתפתחויות בפסיקה והן להתפתחויות ביחסי העבודה, נמצא כי על אמות המידה המסורתיות להשתנות כדי להתאימן למציאות שנות ה-2000. כך לדוגמא נמצא **כי בעל תפקיד ניהולי אינו דווקא מתווה מדיניות או בעל דרגה גבוהה בהיררכיה הניהולית או בעל שכר גבוה. בעל תפקיד ניהולי הוא מי שיש לו קשר עם לקוחות, קשר עם עובדים, וגם מנהל משא ומתן מטעם החברה ומפקח על גורמים שונים - כמו קבלני משנה.** כיום מנוהלים ארגונים רבים, לאו דווקא "מפעלים" (גם זה ביטוי מסורתי שאינו משקף את המציאות במקרים רבים) על ידי כמות מצומצמת של מנהלים המפעילים ומפקחים על קבלני המשנה. סמי בוג'ו כדוגמא, הוא מנהל האתר, האחראי בין השאר לעבודת קבלני משנה ולפיקוח עליהם.

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 188-06

כדברי בית הדין האזורי בפסק דינו:

"ערים אנו לכך שהתובע (סמי בוג'ו) שימש לעתים כמפקח יחיד באתר העבודה ואף חתם על דיווחים של עובדי הנתבעת שעבדו בו ועל דיווחיהם של קבלני המשנה וכן כי לעתים הוא הצטרף לממונים עליו לפגישות עבודה עם הלקוחות".

האין זה תפקיד הדורש "מידה מיוחדת של אמון אישי"? שהרי בידי אלה המפקחים על קבלני המשנה, דואגים לפעילותם התקינה ומאשרים את השלמת הביצוע, נתון כוחו של הארגון להבטיח את התוצאות הרצויות לו. סמי בוג'ו היה מנהל אתר בנייה, עצמאי בשטח, הממונה על עבודתם השוטפת של קבלני המשנה - האין בכך עדות לכוח ולאמון המיוחד שהפקידה ההנהלה בידיו?

אבל גם לפי אמות המידה המסורתיות כמו מקום בהיררכיה וגובה השכר, קשה להגדיר את סמי בוג'ו כעובד ולא כמנהל. באשר לשכרו "**הוא נהנה משכר גבוה בהשוואה לשכר הקובע בטבלאות השכר שבהסכם הקיבוצי**" כפי שהצהירה החברה. יתר על כן - **גובה השכר אין בו כדי להצביע על היות האדם "עובד" או "בעל תפקיד ניהולי". גובה השכר הוא תוצאה של היצע וביקוש של עובדים מאותו סוג באותה תקופה ובאותו ענף.** באשר למקומו בהיררכיה הניהולית פיקודית הוא שלישי בהיררכיה ולא חמישי כפי שנקבע בטעות. המהנדס וסגן המהנדס, שהוכנסו בטעות כממונים עליו, הם תפקידי מטה, כלומר - תפקידים של היבטים מקצועיים שאינם נכללים בשרשרת הפיקוד של הארגון.

לסיכום - מעמדו של העובד סמי בוג'ו, לפי אמות מידה המתאימות למציאות המשתנה ואפילו לפי מרבית אמות המידה המסורתיות, צריך להיות מעמד של בעל תפקיד ניהולי.

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 188-06

ב. **לעניין חוסר עקביות בין פסקי דין**

יש חוסר עקביות בין חוות דעתה של השופטת גליקסמן במקרה הנדון לבין פסק הדין בעניין **אלדר** [עע 165/06 **אפרים אלדר - ק.ש. אוטו סנטר בע"מ**, מיום 15.6.2010]. בשני המקרים מדובר במנהלי אתר. בשני המקרים פנו מנהלי האתרים לבית הדין האזורי ובקשו לקבוע את מעמדם כעובדים ולא כמנהלים רק **לאחר שהופסקה עבודתם**. זאת על מנת לזכות בזכויות המיוחדות לעובדים על אף שלא התלוננו בעת עבודתם על מעמדם כמנהלים. במקרה האחד (אלדר) נדחתה התביעה על ידי בית דין האזורי בתל אביב יפו (מותב בראשות כבוד השופטת סגנית הנשיא חגית שגיא) ובשני (סמי בוג'ו) התקבלה התביעה על ידי בית הדין האזורי בתל-אביב יפו (מותב בראשות כבוד השופטת נטע רות). לטעמי, על בית הדין הארצי לעבודה לפסוק בעקביות בערעורים על פסקי דין שניתנו על ידי שני שופטים שונים בבית הדין האזורי. לעניין זה שתי הערות:

א. המציאות מוכיחה כי לא אחת ניתן למצוא שני פסקי דין, של שני שופטים, העוסקים באותה שאלה באפיונים דומים ומגיעים לתוצאה שונה. ייתכן כי גם במקרה זה שני שופטים, העוסקים במקרה זה בזיהוי מעמדו של מנהל אתר, יכולים להגיע לפסקי דין שונים. לעומת זאת חשוב שבבית הדין הארצי לעבודה, בהתייחסו לערעורים העוסקים באפיונים דומים יינתנו פסקי דין אחידים ועקביים. יש לבחון האם המאפיינים בעניין **אפרים אלדר** ובעניין **סמי בוג'ו** (מושא ערעור זה) דומים גם אם הנסיבות נראות **לכאורה** שונות.

ב. בעניין **סמי בוג'ו** נקבע מעמדו של מנהל האתר כעובד, ובעניין **אלדר** נקבע מעמדו של מנהל האתר כמנהל. מבחן חשוב שיש להביא בחשבון בעת קביעת המעמד הינו ענף העבודה שבו מועסק העובד. מבחן זה לא בא לידי ביטוי בפסקי הדין של בית הדין האזורי, אולי משום שכל אחד מהם עסק בענף אחד ולא נזקק להשוואה בין ענפי עבודה שונים. אולם, ההשוואה בין הענפים מתבקשת בבית הדין הארצי לעבודה שיש לו ראייה השוואתית רחבה. בעניין **אלדר** המדובר הוא במנהל אתר בחברה המפעילה אתרים למכירת רכב משומש. בעניין **סמי בוג'ו** מדובר במנהל אתר בניה, בחברת בנייה המפעילה

בעיקר קבלני משנה, לצורך פיקוח על קבלני המשנה וקשר עמם. מעצם ההבדלים בין עיסוקי החברות נגזרים גם ההבדלים בצורת הפעילות של מנהלי האתרים, למרות הדמיון במהות מעמדם הניהולי. האופי המיוחד של ענף הבניה על מבנהו וצורת פעילותו, לא הובא בחשבון בפסיקה זו. כמו כן אין פסיקה זו עקבית לפסיקה בעניין **אלדר**.

בעניין **אלדר** אין מנהל האתר אחראי לעבודתם של קבלני משנה, לפיקוח עליהם ועוד. הוא אחראי למכירת מכוניות משומשות בין באופן ישיר על ידו ובין באמצעות עובדים אם יש מספר עובדים בודדים נוספים באתר. בעניין **סמי בוג'ו** מנהל האתר אחראי לעבודת קבלני משנה ולפיקוח עליהם, כמו גם לעובדי החברה העובדים באתר. מכאן נגזר גם המעמד של מנהלי האתר. שני מנהלי האתרים חייבים באמון מיוחד של המנהלים הבכירים מהם. לשניהם מידה רבה של עצמאות ושניהם מפעילים גורמים נוספים בתוקף תפקידם (קבלני משנה ועובדים על ידי **בוג'ו** ועובדים על ידי **אלדר**).

להלן ההשוואה בין שני מנהלי האתרים המצביעה על כך שלשניהם תפקיד ניהולי:

1. הדיון בשכר חייב להיעשות בתחום הענף שבו מועסק המנהל. שכר גבוה בחברת בנייה איננו מקביל לשכר גבוה בחברת מכוניות משומשות ואינו יכול להוות אינדיקציה לתפקידו של מנהל האתר כעובד או כמנהל. עובדה היא כי בעניין סמי בוג'ו "**התובע נהנה משכר גבוה בהשוואה לשכר הקובע בטבלאות השכר שבהסכם הקיבוצי**" כפי שהצהירה החברה. גם משכורתו של אלדר הייתה גבוהה יחסית למשכורתם של כלל עובדי החברה. יתר על כן, כבר נאמר כי **שכרו של עובד או בעל תפקיד ניהולי נגזר מהיצע וביקוש באותו ענף ובאותה תקופת זמן**. משום כך אין לראות בשכר אינדיקציה לתפקידו.

2. בשני התרחישים לא שולם תשלום נוסף למנהל האתר בעבור עבודה בשעות נוספות ומנוחה שבועית (מצוין בפסק דין **אלדר** כאמת מידה להיותו מנהל).

3. בעניין **אלדר** הייתה למנהל האתר סמכות לגייס עובדים ולפטרם **באישור הסמנכ"ל**, כמו כן לפקח על העובדים הכפופים לו (לא ברור כמה), להדריכם ולנהלם. יש לזכור כי באתר מכוניות משומשות בדרך כלל יש מספר מועט של עובדים, ומשום כך ההדרכה וניהול העובדים, אם קיימים, הם אלמנטאריים.

רק הגיוני שמנהל אתר בחברה למכירת מכוניות משומשות יהיה רשאי לקבל המחאות ולחתום עליהן - שאם לא כן לא יוכל לקנות ולמכור מכוניות משומשות. **בעניין בוג'ו האחריות המוטלת על מנהל האתר גדולה בהרבה**. כאן אין מדובר רק בכסף אלא בפיקוח על ביצוע עבודה כאשר היא מבוצעת בעיקרה על ידי קבלני משנה הידועים בנכונותם לעשות פחות ולהרוויח יותר. לפני כ-60 שנה, כאשר חוקקו את חוק שעות עבודה ומנוחה (1951) העסקת קבלני משנה, על ידי מנהלים, הייתה מזערית וכנראה לא הובאה בחשבון על ידי המחוקק. גם הפסיקה עד כה לא התייחסה במידה מספקת לשאלת הפיקוח על קבלני משנה כבעיה ניהולית. בעניין **בוג'ו** מדובר על מנהל אתר בנייה הנדרש לארגן פעולות בנייה, לתת הוראות לעובדים ולקבלני המשנה, לפקח, לרכוש חומרים ולאשר ביצוע עבודות בשטח. כל אלה מהווים גם בסיס לתשלום לקבלני המשנה ולהצלחת החברה. בוודאי היה לו גם "**שיקול דעת עצמאי לביצוע מדיניות ההנהלה והתאמתה למציאות משתנה**"- זו אחת מאמות המידה המסורתיות שמצטט בית הדין האזורי (סעיף 9 שם) ומשום מה מתעלם ממנו בפסק דינו, ובעקבותיו גם פסק דינה של השופטת גליקסמן. בשני המקרים, למנהלי האתרים שיקול דעת עצמאי לביצוע מדיניות ההנהלה.

4. בהתייחס להיותו של המנהל "**איש סודה של הנהלת המפעל**": זוהי אמת מידה מסורתית שאינה חיונית, כפי שכבר נאמר, להגדרת מנהל כיום. האם מי שמשתתף בישיבות ההנהלה הוא מנהל ומי שמקבל הנחיות מההנהלה ומפקח בשמה על קבלני משנה תוך דאגה לביצוע תקין של העבודה - איננו מנהל? בעניין **בוג'ו** קובע בית הדין האזורי כי אכן הוא נדרש לבצע עבודות פיקוח באתרים השונים, אך לא הוא שקבע היכן יבצע את עבודתו. האם במקרה אלדר הוא שקבע באיזה אתר תתבצע עבודתו? לא ולא. לפי קביעת בית הדין האזורי **סמי בוג'ו** היה ביותר ממחצית חודשי עבודתו עצמאי בשטח, אם כי מנהל או סגן מנהל סניף הגיע לצורך עריכת ביקורת מעת לעת - פעם בחודש? פעם בחצי שנה? פעם ביום? לכך אין בית הדין האזורי מתייחס כלל ועיקר. גם על **אלדר** היה פיקוח. כך לדוגמא, למרות שרכישה ומכירה של רכב משומש מצריכים חתימה על המחאות בשם החברה, הוא לא היה החותם היחיד והזדקק לחתימה נוספת. כמו כן היה אמור לחתום על כרטיס נוכחות, ואיזהו המנהל הנדרש, לפי אמות המידה המסורתיות לחתום על כרטיס

נוכחות? עובדות אלו לא מנעו מבית הדין האזורי ובעקבותיו בית הדין הארצי, את זיהויו של **אלדר** כמנהל. לעומת זאת, **בוג'ו** העצמאי בשטח, שאינו חותם על כרטיס נוכחות, מזוהה כעובד. בהקשר זה ובהערת אגב - לאחרונה התברר שדרוש פיקוח גם על פעולותיהם של המנהלים הבכירים ביותר. רמת פיקוח מסוימת אינה צריכה למנוע את זיהוי האדם כבעל תפקיד ניהולי .

5. בפסק דין **אלדר** התקבלה עמדתי שאלדר היה מנהל לכל דבר ועניין. עמדתי זו הייתה לא הייתה מבוססת דווקא על אמות המידה המסורתיות שהוזכרו בפסק הדין, אלא על אמות המידה הנדרשות כיום, כפי שבאו לידי ביטוי בעבודתי עם פרופ' רות בן ישראל. מדוע לא להחיל אמות מידה אלו גם במקרה הנדון? עיון מעמיק בפסק הדין בעניין **אלדר** בהשוואה למקרה הנדון - אם מביאים בחשבון את ההבדל בענף ואופי החברה - מצביע על כך כי סמי **בוג'ו** אינו פחות בתפקידו הניהולי מ**אלדר**, ואולי להיפך.

6. גם ל**סמי בוג'ו**, כמו ל**אלדר**, לא היו השגות על עבודתו כמנהל, עד להפסקת עבודתו.

לסיכום: לשיטתי אין לקבל את טיעונה של כבוד השופטת גליקסמן שקבעה כי:

"בהתייחס להשוואה בין המקרה הנדון לבין עניין אלדר, לטעמי יש הבדלים משמעותיים בין תפקידו ותנאי עבודתו של העובד במקרה הנדון לבין תפקידו ותנאי עבודתו של מר אלדר".

הן לפי הניתוח הפרטני של תפקידו של **סמי בוג'ו** כמנהל אתר, והן על פי הניתוח ההשוואתי בינו לבין **אלדר** שזוהה כמנהל, המסקנה המתבקשת היא כי **יש לזהות את סמי בוג'ו כבעל תפקיד ניהולי.** כמו כן חבל שלא הוגמשו כבר בפסק דין זה המבחנים המסורתיים לקביעת מעמדו של בעל תפקיד ניהולי. יש להניח כי בהיצמדות למבחנים המסורתיים יצא שכרה בהפסדה, כפי שסיכם זאת כבוד שופט בית המשפט העליון, א. גולדברג:

". מכאן, שבבואנו להגמיש את המבחנים המסורתיים, שומה עלינו לראות לנגד עינינו גם שיקולים אלה, כדי שלא נטיל נטל כלכלי חסר תכלית על כתפי המעסיק, ובעקיפין – על הציבור" . (שם)

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 188-06

סוף דבר:

על דעת רוב חברי המותב, כנגד דעתה החולקת של נציגת מעבידים גב' אמירה גלין, נדחה ערעורה של החברה בעניין תחולת חוק שעות עבודה ומנוחה על העובד, ומתקבל חלקית ערעור החברה בעניין תחשיב גמול השעות הנוספות המגיע לעובד. לעניין עריכת תחשיב מתוקן יפעלו הצדדים על פי סעיף 36 לפסק הדין. כן נדחה ערעורה של החברה בעניין תמורת שעות קיץ, תוספת כלכלה ותמריץ אי היעדרות. ערעורו של העובד בעניין שיעור ההוצאות שנפסק לזכותו על ידי בית הדין האזורי נדחה.

לאור התוצאה – קבלה חלקית של ערעור החברה ודחיית ערעור העובד - כל צד יישא בהוצאותיו.

ניתן היום, כ"א בכסלו תשע"א (28 בנובמבר 2010) בהעדר הצדדים.

יגאל פליטמן, **שופט, אב"ד**	**שמואל צור,** **שופט**	**לאה גליקסמן, שופטת**
נציג העובדים, מר יצחק ברק	**נציגת המעבידים, גברת אמירה גלין**	