



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

ניתן ביום 08 נובמבר 2015

המערערת בתיק 13867-09-13

חברת אדוונטק טכנולוגיות (אפלט) בע"מ

המשיבה בתיק 15233-09-13

המערער בתיק 15233-09-13

יתיר זלוסקי

המשיב בתיק 13867-09-13

לפני: סגנית הנשיא ורדה וירט ליבנה, השופט אילן איטח, השופטת נטע רות
נציג ציבור (עובדים) מר ראובן רבינוביץ', נציג ציבור (מעבידים) מר מיכה ינון

בשם המערערת – עו"ד צביקה שטוירמן ועו"ד רותם פרמינגר

בשם המשיבים – עו"ד רן אורן

פסק דין

סגנית הנשיא ורדה וירט ליבנה

פתח דבר

1. לפנינו ערעור וערעורים שכנגד על פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב-יפו (השופטת דגית וייסמן; ס"ע 22978-06-10) מיום 22.6.2013 (להלן: "פסק הדין").
2. ביום 13.6.2010 הגיש המערער והמשיב שכנגד (להלן: "המערער") תביעה נגד המשיבה והמערערת שכנגד (להלן: "המשיבה") לתשלום פיצויי פיטורים, תשלום בגין שעות נוספות, פיצוי בגין עגמת נפש ופיצויי הלנה. כפי שיפורט להלן, ביום 31.7.2011 תוקן כתב התביעה והוסף לו רכיב להשבת סכומים שנמשכו על ידי המשיבה מקופת הפיצויים שעל שם המערער.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

3. פסק הדין האזורי דחה את תביעת המערער לתשלום פיצויי פיטורים בעת התפטרות בעילת נוהג, ולחילופין בגין התפטרות מחמת הרעה מוחשית בתנאי העבודה, להשבת סכומים שהמשיבה משכה מקופת פיצויים הרשומה על שמו, ולפיצוי בגין עגמת נפש.

פסק הדין האזורי קיבל את התביעה לתשלום תמורה בגין עבודה בשעות נוספות, וקבע שחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"ח-1958 (להלן: "חוק שעות עבודה ומנוחה") חל על המערער.

4. עם זאת, בית הדין האזורי קבע כי לא כל השעות הנוספות שנתבעו הן שעות עבודה המזכות בשכר. ביחס לשעות בהן עשה המערער את דרכו לעבודה בחצרי לקוחות בחו"ל, הבדיל בית הדין האזורי בין השעות בהן עשה המערער את דרכו מביתו לשדה התעופה ומשדה התעופה הזר לבית המלון, ואת שעות שהייה בשדה תעופה, לבין שעות הטיסה עצמן. בעוד שלגבי הראשונות קבע שהינן כנסיעה למקום העבודה ועל כן על פי ההלכה הפסוקה אינן מזכות בשכר, לגבי האחרונות קבע כי דינן כשעות עבודה המזכות בשכר.

5. המערער הגיש ערעור לבית הדין זה על דחיית תביעתו לתשלום פיצויי פיטורים בעילת הנוהג, להשבת הסכומים שהופקדו לקופת הפיצויים על שמו, ולתשלום עבור השעות בהן עשה דרכו לשדה התעופה ובחזרה ממנו, ובשהייה בשדה התעופה. כן טען המערער כי נפלו טעויות תחשיב בפסק הדין האזורי, וכי היה מקום לפסוק לזכותו שכ"ט עו"ד והוצאות משפט.

במסגרת תיק זה, הגישה המשיבה ערעור שכנגד בו ערערה על חיובה בתשלום שכר בגין שעות הטיסה עצמן.

6. **כן הגישה המשיבה ערעור מטעמה בתיק ע"ע 13867-09-13, במסגרתו תקפה את הקביעה לפיה חוק שעות עבודה ומנוחה חל על המערער בנסיבות עבודתו, ובהתאם לכך את חיובה בתשלום שעות נוספות.**

הרקע העובדתי הרלבנטי לערעור כפי שנפסק על ידי בית הדין האזורי

7. המשיבה היא חברה העוסקת ביישום, פיתוח והתקנת תוכנה עבור לקוחותיה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

8. המערער, רואה חשבון בהכשרתו, הועסק על ידי המשיבה מיום 10.3.2007 עד ליום 23.2.2010 כמיישם פיננסי. בתחילה הועסק המערער על ידי חברת "אפלט" שלימים נרכשה על ידי המשיבה.
9. תנאי עבודתו של המערער נקבעו בהסכם עבודה אישי שנחתם בין הצדדים ביום 13.2.2007. על פי תנאי ההסכם, למערער שולם שכר גלובלי.
10. שכרו ההתחלתי של המערער עמד על סך 16,000 ₪ בשנה הראשונה לעבודתו (סעיף 1 לנספח א' להסכם), הועלה לסך 18,000 ₪ בשנה השניה לעבודתו, והופחת לסך 17,100 ₪ לאחר הקיצוץ הרוחבי בשכר העובדים כמפורט בסעיף 13 להלן.
11. המערער נדרש לצאת מהארץ מעת לעת לצורך עבודה במשרדי לקוחות המשיבה בחו"ל.
12. המערער הגיש דיווח של שעות עבודתו למשיבה. המשיבה ציינה את שעות העבודה החודשיות של המערער על גבי תלושי שכרו, בהתבסס על דיווחיו.
13. בעקבות המשבר הכלכלי בשנת 2008, ביום 8.2.2009 הודיעה המשיבה לכלל עובדיה על קיצוץ רוחבי של 5% משכרם של העובדים המשתכרים מעל 8,000 ₪ ברוטו בחודש, וכן ויתור חד פעמי על שלושה ימי חופשה.
14. ביום 11.1.2010 הגיש המערער למנהלו הישיר מכתב התפטרות, בו הודיע על סיום עבודתו, וציין כי **החלטתו באה על רקע הרעה מתמשכת בתנאי העסקתו** במהלך השנה האחרונה, עובדה שאילצה אותו, לדבריו, למצוא מקום עבודה חלופי. המערער ציין במכתבו כי היום האחרון לעבודתו, בהתאם לחובתו למתן הודעה מוקדמת, יהיה 11.2.2010. לבקשת המשיבה, סיים המערער את עבודתו ביום 23.2.2010.
15. ביום 8.9.2013 הגיש המערער תביעה נגד המשיבה לתשלום פיצויי פיטורים ולתשלום בגין שעות נוספות.
16. עם הגשת כתב הגנתה ביום 10.8.2010 משכה המשיבה את כספי הפיצויים שהופקדו בקופת פיצויים על שמו של המערער. בעקבות כך, ביום 31.7.2011 תוקן כתב התביעה והוסף לו רכיב להשבת כספים אלו.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

פסק הדין של בית הדין האזורי

17. פסק הדין דחה את טענות המערער לתשלום פיצויי פיטורים בטענת נוהג, בקובעו כי המערער לא הרים את נטל ההוכחה להוכחת קיומו של נוהג. בית הדין האזורי קבע שעל המערער היה להוכיח באופן פוזיטיבי, על יסוד תשתית ראייתית מתאימה, שלכל העובדים בוותקו ובמעמדו שהתפטרו מעבודתם, ואשר חוזה עבודתם לא כלל התחייבות לתשלום פיצויי פיטורים, שולמו פיצויי פיטורים. אף שהמערער נקב בשמותיהם של תשעה עובדים אשר לטענתו שולמו להם פיצויי פיטורים חרף התפטרותם, קבע בית הדין האזורי כי אין בכך די משמדובר בחברה המונה מעל 250 עובדים, וכאשר במהלך דיון ההוכחות הוברר כי חלק מאותם עובדים היו זכאים לתשלום פיצויי הפיטורים מכח חוזה עבודתם האישיים.

18. כן נדחתה התביעה לתשלום פיצויי פיטורים מחמת הרעה מוחשית בתנאי העבודה. בית הדין האזורי הצביע על כך שהמערער התפטר מעבודתו כשנה לאחר אותה "הרעה מוחשית בתנאי עבודתו לה טען". וכי היה בהתנהלותו כדי ללמד כי השלים עם אותה הרעת תנאים לה טען.

על קביעה זו, לא הוגש ערעור.

19. בית הדין האזורי אף דחה את התביעה להשבת הכספים שמשכה המשיבה מקופת הפיצויים שהייתה רשומה על שם המערער. פסק הדין הפנה לחוזה העסקתו של המערער הקובע כי "כספים אלו יהיו שייכים לחברה בלבד וישולמו לעובד על סמך זכאותו בהתאם לחוק" (סעיף 8(1) לנספח לחוזה ההעסקה מיום 13.2.07).

כן נדחתה טענת המערער כי הכספים הצבורים בקופה על שמו שייכים לו מכוח סעיף 26 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963 (להלן: "חוק פיצויי פיטורים").

בית הדין האזורי ניתח את לשון הסעיף וקבע כי אין בה כדי להועיל למערער. ראשית נקבע כי הואיל והמערער התפטר מעבודתו, הוא אינו זכאי לפיצויי פיטורים ועל כן אין הסעיף חל בעניינו, שנית, כי לא הוכח שההסדר הפנסיוני עם המערער נעשה על פי סעיף 14 לחוק פיצויי פיטורים, וכן כי לא הוכח שהכספים היו מיועדים לביטוח קצבה. בהקשר זה ציין בית הדין האזורי כי ככלל, על פי תנאי הפוליסות המקובלים,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

ההפרשות לתגמולים הן המיועדות לחסכון הוני או לקצבה ולא ההפרשות לפיצויי פיטורים.

20. באשר לתביעה לתשלום שכר בגין עבודה בשעות נוספות, בית הדין האזורי ציין כי המערער אכן עבד בשעות נוספות, וכי בתלושי שכרו לא מצוין תשלום נפרד בגין עבודה בשעות נוספות. כן צוין כי בכל חודש העביר המערער למשיבה דיווח של שעות עבודתו באותו חודש, והמשיבה קיבלה אותו ללא עוררין ואף ציינה אותו בתלוש השכר.

21. בית הדין האזורי דחה את טענת המשיבה כי שכרו של המערער שולם לו באופן גלובאלי, והדבר הוסכם על ידי הצדדים במועד החתימה על חוזה העבודה ואף בא לידי ביטוי בסעיף 11 לחוזה העבודה הקובע כי "שכר העובד הינו גלובאלי". בית הדין האזורי קבע כי הוראה זו מנוגדת לסעיף 5 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958 (להלן: "חוק הגנת השכר"), הקובע איסור שכר כולל, ועל כן הינה בטלה.

22. בית הדין האזורי דן בטענות המשיבה כי העסקתו של המערער נופלת לגדר החריגים הקבועים בסעיפים 30(א)-6) ו-30(א)-5) לחוק שעות עבודה ומנוחה, בשל היעדר יכולת לפקח על עבודת המערער, ודחה אותן. בית הדין ציין את מגמת הצמצום בפרשנות החריגים לחוק, וקבע כי שלא כטענת המשיבה, היו בידיה כלים או אפשרות אובייקטיבית לפקח על עבודת המערער, אלא שהמשיבה לא ניסתה כלל לפקח על עבודתו, מסיבותיה שלה. בית הדין האזורי הוסיף כי עצם העובדה כי המערער עבד בתחום ההיי-טק, ובחצרי לקוחות המשיבה, אין בה כלשעצמה כדי להוציאו מתחולת החוק. היות שכך, קבע בית הדין האזורי כי חוק שעות עבודה ומנוחה חל בעניינו של המערער, ופסק לו שכר בגין עבודה בשעות נוספות.

23. בית הדין האזורי קיבל את סכום התביעה שנתבע על ידי המערער, אשר התבסס על שעות העבודה שהופיעו בדיווחיו ובתלושי שכרו, ובהיעדר חישוב לסתור מטעם המשיבה. על אף האמור, מהסכום שנתבע ניכה בית הדין האזורי חצי שעת הפסקה מכל יום עבודה שנתבע על ידי המערער, משהוכח לפניו כי המערער יצא להפסקות במהלך עבודתו, ומשהוסכם כי אורך שעת ההפסקה היה לפחות מחצית השעה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

24. לאחר שקבע בית הדין האזורי כי חוק שעות עבודה ומנוחה חל על המערער, וקיבל את התחשיב שהציג בניכוי שעות ההפסקה, נדרש בית הדין האזורי לשאלה האם המערער זכאי לשכר בגין "שעות טיסה".

בית הדין האזורי הכריע כי המערער זכאי לשכר בגין שעות הטיסה עצמן שהיו בשליחות המעביד לחו"ל ולצורך עבודתו. בית הדין האזורי נימק קביעתו בכך שמעצם טיבן מהוות שעות הטיסה פרק זמן ארוך בו העובד אינו יכול לעסוק בענייניו האישיים, הגם שמהותית אינו עומד לחלוטין לרשות העבודה.

עם זאת, בית הדין האזורי קבע כי השעות בהן נסע המערער מביתו לשדה התעופה ומשדה התעופה הזר למלון, וכן משך השהייה בשדה התעופה, אינן שעות עבודה המזכות בתשלום שכר, בהתאם להלכה בדבר אי תשלום שכר עבודה בגין נסיעה לעבודה וממנה, ומשום שבמשך השהייה היה המערער חופשי לעסוק בענייניו.

בהתאם לאמור, פסק בית הדין האזורי למערער את השעות שתבע בגין טיסה, אולם ניכה מהן את השעות בהן נסע לשדה התעופה או ממנו, ואת שעות השהייה בשדה התעופה.

25. לסיום, דחה בית הדין האזורי את תביעת המערער לתשלום פיצוי בגין עגמת נפש, לאחר שקבע כי נסיבות העסקתו של המערער וסיומה אינן מצדיקות תשלום נוסף בגין עגמת נפש, בהיותו פיצוי הנפסק במקרים חריגים בלבד, מה שאין כן בענייננו, וכן משום שטענת המערער בנוגע לעגמת הנפש התייחסה בעיקר לעבודה בשעות ארוכות רכיב לגביו נפסק לו הסכום שתבע- ואין לפסוק פיצוי כפול. אף על רכיב זה לא ערער המערער.

טענות המערער

26. לטענת המערער, מתעוררת בנסיבות המקרה שאלה משפטית עקרונית המצדיקה התערבות בפסק הדין האזורי, בנוגע לנטל ההוכחה הנדרש לטענת נוהג. המערער טען כי הוא הרים את נטל ההוכחה המוטל עליו להוכיח כי לפחות לשישה מתוך תשעה מעובדי מחלקתו שהתפטרו שולמו פיצויי פיטורים במועד התפטרותם, ועל כן, בנסיבות אלו, נוכח פערי הכוחות במידע הפעורים בין הצדדים, יש לקבוע כי נטל



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

ההוכחה עובר לשכם המשיבה להוכיח כי לא מתקיים אצלה נוהג לתשלום פיצויי פיטורים לעובדים המתפטרים מעבודתם. היות והמשיבה הסתפקה בהכחשות כלליות וסתמיות ולא הציגה ולו מקרה אחד של עובד שהתפטר בלא ששולמו לו פיצויי פיטורים הרי שלטענת המערער, היה על בית הדין האזורי לקבל את תביעתו ברכיב זה.

27. כן העלה המערער טענות בעניין זכותה של המשיבה למשוך כספים שהופקדו לקופת פיצויים על שמו. לשיטת המערער, כספים אלו הופקדו ל"קרן הפנסיה", ולשון סעיף 26 לחוק פיצויי פיטורים תומכת בפרשנות כי הינם מיועדים "לביטוח קצבה" ועל כן שייכים לעובד ואין המשיבה רשאית לקבלם בחזרה. כן טען המערער כי לשונו של חוזה העבודה אינה תומכת בפרשנות פסק הדין האזורי, לפיו מותר היה למשיבה למשוך את כספי פיצויי הפיטורים לאחר שהם כבר הופקדו לקרן הפנסיה. המערער הוסיף וטען כי היה על בית הדין האזורי ליתן משקל בפסק דינו לנסיבות בהן משכה המשיבה את הכספים מחשבון הפנסיה של המערער, וזאת כאשר ההליך המשפטי תלוי ועומד ולאחר הגשת כתב ההגנה על ידה.

28. לבסוף, טען המערער כי הינו זכאי לתשלום שכר עבור "שעות עבודה" כהגדרתו, אשר נדרשו לצורך טיסה בענייני עבודה. לשיטתו, משהכיר בית הדין האזורי בשעות הטיסה עצמן כמזכות בתשלום שכר כשעות עבודה, מחובתו להכיר אף בשעות הנילוות להן כעניין שבחובה - נסיעה לנמל התעופה וממנו והשהייה בו - כשעות עבודה אף הן, ולזכות את המערער בתשלום שכר עבודה בגינן. לטענת המערער, היה על בית הדין האזורי להתייחס לעובדה שבנסיעה לצורך עבודה הוא נסע לשדה התעופה, שהה בו, ונסע משדה התעופה הזר לחצרי לקוחות המשיבה, לעיתים אף פרק זמן ממושך, וכל זאת לא על מנת להגשים מטרה פרטית כי אם להגשים את מטרותיה של המשיבה כמעסיקתו.

29. בשולי הדברים טען המערער כי שגה בית הדין האזורי כאשר קיזז מסך השעות הנוספות שנתבעו בימים בהם טס לחו"ל הן שעות טיסה ובמקביל חצי שעת הפסקה.

30. המשיבה הגישה ערעור שכנגד בתגובה לערעור המערער, ובו טענה כי שגה בית הדין האזורי כאשר קבע כי שעות הטיסה עצמן הן שעות עבודה המזכות בשכר. לטענת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

המשיבה, שעות הטיסה כמוהן כשעות נסיעה לכל דבר ועניין, ובאופן מהותי אין הם מהוות שעות בהן "עמד העובד לרשות העבודה" כדרישת החוק. המשיבה ציינה כי משך זמן הנסיעה, בין ברכב ובין במטוס, אינה צריכה להשפיע על האבחנה המהותית של הזמן בו עשה העובד את דרכו לעבודה אולם לא עמד לרשות העבודה. כן ציינה המשיבה כי עת המערער התקבל לעבודתו במשיבה הוא ידע מראש ובאופן מפורש כי כחלק משמעותי ממשרתו הוא ידרש לצאת מהארץ לטיסות רבות וארוכות אצל לקוחות בחו"ל, וכי הוא היה חפץ בכך, ציפה לכך והסכים לכך מראש מבלי שהעלה תנאי כלשהו בעניין התמורה בגין נכונות זו.

טענות המשיבה

31. לטענת המשיבה, החריגים לחוק שעות עבודה ומנוחה מתקיימים בנסיבות עבודתו של המערער, כך שחוק שעות עבודה ומנוחה כלל לא חל בעניינו והוא כלל אינו זכאי לתשלום בגין שעות נוספות.

32. המשיבה נימקה טענתה בכך שלשיטתה עבודת המערער היתה בלתי ניתנת לפיקוח, וכן התאפיינה במידה מיוחדת של אמון אישי, כך שנופלת לגדר החריגים שבסעיף 30(א)-(5)-(6) לחוק שעות עבודה ומנוחה, ועל כן אין המערער זכאי לתשלום בגין שעות נוספות כלל.

33. לטענת המשיבה, בית הדין האזורי לא עשה הבחנה בין היכולת לעקוב רטרואקטיבית אחר דיווחי השעות של העובד, לבין היכולת לפקח עליה בזמן אמת. המשיבה ביקשה להדגיש כי בשל העובדה שהמערער עבד מחוץ לחצרי המשיבה בחצרי לקוחותיה, לא היתה לה האפשרות הפיזית לפקח היכן הוא נמצא ומתי, מתי הוא מתחיל את יום עבודתו, מתי הוא יוצא להפסקות ומתי יום עבודתו מסתיים, ועל כן היא נתנה אמון מוחלט בשעות העבודה כפי שדווחו לה על ידי המערער. לכך הוסיפה המשיבה את העובדה שאופי עבודתו של המערער התאפיין בשעות עבודה בלתי מוגדרות ובגמישות, דבר אשר תרם אף הוא לחוסר יכולתה לפקח על עבודתו בזמן אמת.

34. כן ציינה המשיבה כי המערער עבד כשלוש שנים בתנאי שכר גלובאלי, מכח חוזה עבודה מוסכם, מבלי שגילה את דעתו כי הם אינם מקובלים עליו, ועל כן לטענתה אף תחושת הצדק משמיעה כי אין המערער זכאי לשכר בגין שעות נוספות יתר על ששולם



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

לו. לבסוף הצביעה המשיבה על פסיקות סותרות בעניין זה של בתי הדין האזוריים, וציינה את הצורך בהלכה אחידה ומחייבת.

מסגרת הדיון

35. לצורך ההכרעה בערעורים, נדון תחילה בשאלת תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה והחריגים לו על נסיבות עבודתו של המערער. בהתאם להכרעה בעצם תחולת החוק, נדון האם שעות הטיסה, כולן או חלקן, הינן שעות עבודה המחייבות בתשלום שכר.

לסיכום הדיון בעניין זה נדון בטענות המערער בעניין טעויות התחשיב שנפלו לטענתו בפסק הדין האזורי.

בהמשך נדון בטענות המערער לתשלום פיצויי פיטורים בטענת הנוהג, ובטענותיו להשבת הכספים שהופקדו על שמו בקופת הפיצויים ולבסוף בטענתו לעניין פסיקת ההוצאות.

דיון והכרעה

תחולת חוק שעות עבודה ומנוחה על המערער

36. האם החריגים לחוק שעות עבודה ומנוחה הקבועים בסעיפים 30(א)(5)-30(א)(6) לחוק חלים בנסיבות עבודתו של המערער, ומוציאים אותו מתחולת החוק?

נקדים ונאמר, לא מצאנו כי החריגים חלים בנסיבות עבודתו של המערער, ונפרט.

37. כלל הוא כי מידת האמון האישי הנדרשת על פי סעיף 30(א)(5) הינה מידה מיוחדת, ואין די באמון הבסיסי הקיים ברגיל במסגרת יחסי העבודה כדי לקבוע כי אופי העבודה הנדון אינו נופל לגדר החוק (ר' דב"ע ע"ע 300271/98 טפקו – ייצור מערכות בקרת אנרגיה בע"מ – מנחם טל מיום 29.11.00 (להלן: "עניין טפקו"); ע"ע 570/06 עו"ד עמוס אגרון – עו"ד זיוה כץ, מיום 14.10.07 (להלן: "עניין עו"ד עמוס אגרון")).

38. כן לא מצאנו כי חלים בעניינו של המערער מבחני הפסיקה ביחס ל'משרת אמון' (ר' ס' 10-11 לפס"ד בעניין עו"ד עמוס אגרון; סעיף 21 לפס"ד בעניין ע"ע 188/06 סמי בוג'ו – קל בניין בע"מ מיום 28.11.10 (להלן: "עניין סמי בוג'ו")). המערער לא הועסק



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

במשרה ניהולית, שכרו היה כמקובל בענף, ומידת עצמאותו היא נגזרת של עבודתו בחצרי לקוחות המשיבה ושל אופי המשימות אותן נדרש לבצע, ואין היא מבטאת את בכירותו בחברה או את היותו שותף להנהלת החברה, חשוף לסודות פנימיים של החברה וכיוצא באלה.

בניגוד לנטען על ידי המשיבה, כעולה מחומר הראיות וכפי שנפסק על ידי בית הדין האזורי, המערער עבד בתחומו ולא היתה לו אחריות בממשק עם עובדים בתחומים אחרים במשיבה. אין בטענה כי ידע את שיטת חיוב הלקוחות (אף שזו לא הוכחה כל צרכה), כדי לשנות מהמסקנה.

משכך, הגענו לכלל מסקנה כי אין סעיף 30(א)(5) לחוק חל על עניינו של המערער.

39. **האם סעיף 30(א)(6) המוציא מתחולת החוק "עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעסיק כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם" חל בנסיבות העניין?**

40. **נזכיר כי "המדיניות המנחה בפסיקה פירשה את הסעיפים החריגים לחוק שעות עבודה ומנוחה בצמצום, כך שפחות עובדים יוצאו מתחולתו של החוק ויותר עובדים ייהנו מההגנות שהחוק מעניק" (עניין טפקו);**

41. **זאת ועוד, על המשיבה, הטוענת לקיומו של החריג הקבוע בסעיף 30(א)(6) לחוק בעניינו של המערער, מוטל הנטל להוכיח טענתה (דב"ע (ארצי) מט/7-2 מישל רבות נ' הורמון שירותי אחזקה (אילת) בע"מ, כא (1) 117, מיום 14.11.89; ע"א 268/68 מכמורת חברת פיתוח בתי מלון בע"מ – יהודה שוורץ מיום 31.10.68).**

42. **לטעמנו, המשיבה לא הרימה נטל זה. רמת ההוכחה הנדרשת על פי הפסיקה היא האם תנאי העבודה ונסיבותיה אפשרו פיקוח על עבודת העובד, ולא האם התקיים בפועל פיקוח כזה. (ע"ע (ארצי) 11-05-15546 שמעון בוסקילה נ' נתיבי מעיין אביב בע"מ מיום 24.2.15 (להלן: "עניין שמעון בוסקילה"), דב"ע לג/4-2 אברהם רון-המועצה המקומית מצפה רמון, מיום 8.4.73 (להלן: "עניין אברהם רון)).**

43. **אשר למידת הפיקוח נקבע כי "בסעיף 30(א)(6) לחוק מדובר במצב, שבו אין 'כל' אפשרות פיקוח; אף משברור שאין למצות את תוכנה של המלה 'כל', באשר פיקוח**



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

כלשהו אפשרי כמעט תמיד, ברור באותה מידה, ואולי אף במידה רבה יותר, שהחוק אינו מתנה את תחולתו בקיום פיקוח מוחלט, מלא ויעיל על כל דקה ודקה שביום העבודה" (עניין שמעון בוסקילה).

44. המשיבה טענה כי המערער ביצע את עבודתו בחצרי לקוחות המשיבה, לרוב לבד, לא היו לו שעות עבודה קבועות או מוגדרות וכך אף לא שעות מנוחה או הפסקה קבועות או מוגדרות, והוא היה אדון לזמנו. המערער לא נדרש לדווח למשיבה או לצד ג' או לגורם כלשהו על הגעתו לעבודה או עזיבתו אותה. למעשה התרשמנו כי למשיבה היה עניין בתוצרי עבודתו של המערער, ובעמידתו ביעדים ובמשימות שהוגדרו לו, ולא בהימצאותו במקום העבודה בשעות מסוימות.

45. אכן, כפי שטענה המשיבה, מחקירתנו הנגדית של המערער עולה כי על בסיס הסכמות בלתי כתובות אלו אף היו מבוססים יחסי העבודה בין הצדדים. המערער העיד בחקירתו הנגדית כי הוא עצמו קבע את סדר יומו, את שעות ההפסקה שלו ואת שעת סיום עבודתו, כי המערער לא אימתה ולא פיקחה על שעות עבודתו ולמעשה כלל לא התעניינה בהן כשלעצמן כי אם בתוצרי עבודתו ובעמידה במשימותיו (ר' חקירתו הנגדית של המערער מיום 20.12.11 עמ' 9 שורה 31-עמ' 10 שורה 12) **אולם, אין בכך די כדי לקבוע כי עבודתו של המערער לא אפשרה כל פיקוח עליו, ובהתאם לכך כי חוק שעות עבודה ומנוחה אינו חל העובד.**

46. לטעמנו, לא עלה בידי המשיבה להוכיח כי לא התאפשר כל פיקוח על עבודת המערער. קיימות כיום טכנולוגיות שמאפשרות תקשורת זמינה אף מעבר לים, אלא שיתכן כי הפעלתן היתה מחייבת את המשיבה בהשקעת משאבים בין אם על ידי רכישת מערכות מתאימות ובין אם על ידי העמדת כח אדם מתאים לפיקוח ומעקב.

יש לזכור, בהקשר זה, כי רוב עבודתו של המערער התבצעה בארץ, מחוץ לחצרי המעסיק, ורק מקצתה בחו"ל (על פי הפירוט כמופיע בפסק הדין האזורי, 15 ימים במהלך כל תקופת עבודתו).

47. אמנם כבר נקבע כי "אין לך עבודה ונסיבות שבהן נשללת ממעביד כל אפשרות פיקוח על שעות עבודתו של העובד" באופן ברור יותר וחד משמעי יותר מעבודה מחוץ לחצרים של המפעל, אלא אם נקבעים סידורים מיוחדים להבטחת פיקוח כזה".



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

(דב"ע לב/10-2 אלישע הכהן-חב' יוסף כהן בע"מ מיום 13.8.72). אף על פי כן, נפסק בשורה של מקרים שעסקו בנסיבות של עבודה מחוץ לחצרי המעסיק, כי חוק שעות עבודה ומנוחה חל היות והוכח כי היתה למעסיק אפשרות לפקח על עבודת העובד (עניין שמעון בוסקילה מיום 24.2.15, עניין טפקו מיום 29.11.00, ע"ע (ארצי) 681/05 בון תור בע"מ - יעקב הרמתי מיום 6.11.06, עניין אברהם רון מיום 8.4.73 ועוד).

48. השתכנענו כי המשיבה העדיפה להנהיג במקום העבודה דפוס ההעסקה המתיר לעובד מרחב פעולה גבוה מחד, ומנגד מחייב אותו לזמינות גבוהה לביצוע משימותיו בשעות לא שגרתיות, תוך תשלום שכר כולל.

לעניין זה די בדבריו של מר שי ארנרייך, מנהלו הישיר של המערער, בסעיף 11 לתצהירו לפיו:

"לו היתה הנתבעת יודעת כי ביום מן הימים, וכעבור כשלוש שנים, יטען התובע כי הוא זכאי לתשלום גמול שעות נוספות מעבר לשכר הגבוה ששולם לו ויתר ההטבות, הייתה הנתבעת משלמת לתובע שכר מופחת מלכתחילה ואף מגבילה ומפקחת על שעות עבודתו של התובע".

העדפה זו, אף שהיתה נוחה למשיבה מסיבותיה, אינה עולה בקנה אחד עם קביעות החוק.

49. חוק שעות עבודה ומנוחה קובע את המסגרת הנורמטיבית להיקף העסקת עובדים. כידוע, מדובר בחוק קוגנטי (כופה) עליו אין הצדדים חופשיים לוותר או להתנות בהתאם להעדפותיהם.

50. החוק קובע את מסגרת שעות העבודה המקסימלית המותרת ומחייב תשלום שכר מוגדל בגין שעות עבודה נוספות, ומטרתו לאזן באופן ראוי בין שעות העבודה ושעות המנוחה של העובדים ולהגן על העובדים מפני עבודה בשעות ארוכות ומרובות, כפי שנקבע בהרחבה בעניין טפקו:



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

"את חוק שעות עבודה ומנוחה יש לפרש כחוק אשר נותן ביטוי למדיניות חברתית-סוציאלית ראויה. מדיניות זו קובעת מסגרת נורמטיבית של שעות עבודה במשק ומונעת מעובד וממעסיקו להסכים על מסגרת שעות עבודה הפוגעת באיכות החיים של העובד. החוק מגביל את חופש הפרט לקבוע את שעות עבודתו, אך המטרה בהגבלה זו היא הגנה על העובד מפני פגיעה בצלם האנוש שבו. המטרה הראשונית היא לקדם את איכות החיים ולהגן על כבודו של מי שמבצע עבודה על-ידי כך שתוחמים את יום העבודה, ובכך למעשה מגדירים גם את שעות הפנאי."

ור' עוד בעניין זה עניין סמי בוג'ו בסעיף 29 לפסק דינה של השופטת לאה גליקסמן, וכן ע"ע (ארצי) 528/05 חנניה – כלל מוצרי בטון בע"מ (31.10.06).

51. בהקשר זה יש להוסיף כי על פי גרסתו של המערער שעות העבודה הארוכות היו, בין היתר, מניע לסיום התקשרותו עם המשיבה (ר' עדותו בעמ' 7 ש' 33-עמ' 8 שורות 3-1):

"אני לא יכול פיזית להמשיך לעבוד בתנאים אלה. זה לא רק הרעת תנאים אלא זה מכלול של נסיבות שהביאו אותי ואחד מהם זה התנאים שלא יכולתי להמשיך בהם. השעות הנוספות זה מה ששבר אותי. ההצעה החדשה שקיבלתי הינה על מספר שעות כמו שרשום בחוקי העבודה לא לעבור על 189 שעות."

52. רוצה לומר, העסקה ללא מסגרות זמן, בכל שעות היממה, אף שיתכן כי יש לה הצדקה כלכלית, לימים הפכה להיות בעוכרי המשיבה ולראיה טענת המערער כי הדבר היווה את המניע העיקרי להתפטרותו וזה היתרון המשמעותי שמצא במקום עבודתו החדש.

53. לכך יש להוסיף כי דפוס העסקה זה מקובל בענף ההי-טק, כמפורט בסעיפים 26-28 לפסק דינו של בית הדין האזורי, והדבר אף הגיע לפתחם של בתי הדין לעבודה במספר מקרים. אף מן הטעם הזה לא מצאנו כי מתקיימת הצדקה להחריג תחום עיסוק רחב זה מתחולת החוק באופן גורף.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

54. לאחר שבחנו את נסיבות עבודתו של המערער, התרשמנו כי לא ניתן לקבוע עובדתית שעבודתו של המערער אינה מאפשרת כל פיקוח על שעות העבודה. בשים לב לרציונל העומד בבסיס החוק ולמגמת הצמצום שנקטה הפסיקה בפרשנות החריגים לחוק, ולעובדה שמדובר בענף תעשייה רחב ובדפוס עבודה המאפיין אותו, הגענו לכלל מסקנה כי החריג הקבוע בסעיף 30(א)(6) לחוק שעות עבודה ומנוחה אינו חל בנסיבות העניין.

55. בשולי הדברים נוסיף כי המערערת ציינה שמסגרת ההעסקה והשכר הגלובלי הם חלק מתנאי ההעסקה עליהם הוסכם עם המערער מראש במסגרת חוזה עבודתו. אף שמדובר בחוק קוגנטי שעובד אינו חופשי לוותר עליו, מנוסח החוזה אין לקבוע חד משמעית כי אכן מדובר בויתור על תשלום בגין שעות נוספות, ומכל מקום, מקובלת עלינו הערת בית הדין בעניין ע"ב (ת"א) 911943/99 ציגלר-נקסוס מערכות טלוקיישן בע"מ (31.10.05) כי דווקא היות ומדובר בדפוס העסקה הרווח בתחום, הדבר מחליש את כוח המיקוח של העובד ומחליש את תוקפה של הסכמתו.

56. משקבענו כי חוק שעות עבודה ומנוחה חל על העובד, על המערערת לשלם לו בגין שעות נוספות כחוק ויש לאשר את קביעת בית הדין האזורי אשר חייבה את המשיבה בתשלום שכר בגין שעות נוספות למערער.

57. הואיל שכך קבענו, עלינו לקבוע האם על המשיבה לשלם למערער עבור שעות טיסה, כולן או חלקן, אם לאו.

תשלום בגין "שעות טיסה"

58. האם "שעות טיסה", במהלכן עשה עובד את דרכו למקום עבודתו בחצרי לקוחות שמעבר לים, מהוות שעות עבודה המזכות אותו בשכר עבודה ואף בגמול עבור עבודה בשעות נוספות?

59. סעיף 1 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 מגדיר מהן שעות עבודה: "שעות עבודה" פירושו - הזמן שבו עומד העובד לרשות העבודה".



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

ככלל, שעות בהן עשה עובד דרכו אל מקום העבודה, אינן שעות בהן "עמד העובד לרשות העבודה" כלשון החוק ועל כן אינן מזכות בתשלום שכר, ר"ע (ארצי) 93/09 נפתלי בנקין – מדינת ישראל משרד החקלאות מיום 25.7.10 (אשר אושר בבג"ץ 7954/10 נפתלי בנקין – בית הדין הארצי לעבודה מיום 9.11.10):

"כלל פסוק הוא, כי אין לכלול את הזמן בו נסע העובד ממעונו למקום עבודתו ובחזרה ממנה, כשעות עבודה המזכות בשכר. זאת מן הטעם שהעובד אינו עומד לרשות העבודה בעת הנסיעה (ע"ע 681/05 בון תור בע"מ - יעקב הרמתי, (לא פורסם) 6.11.2006; תב"ע מא/2-99 סלאח יוסף אלג'מאל – אל וו בע"מ, פד"ע יג 129 (להלן: עניין סלאח יוסף ג'מאל)). זאת ועוד. בהיעדר הסכם קיבוצי, צו הרחבה, או חוזה בין הצדדים המורה כי זמן הנסיעה יחשב כשעות עבודה, וככל שהעובד בדרכו לעבודה אינו מסיע בעצמו עובדים למקום העבודה ומחזירם לביתם, אין הוא זכאי לשכר עבודה או גמול שעות נוספות בגין זמן זה (ראו בהתאמה: עניין סלאח יוסף אלג'מאל; דב"ע מד/3-143 חיים קיסר - צבן בע"מ, פד"ע טו 269).

60. במקרה שלפנינו, לא עלה בידי המערער להראות כי התקיימו בעניינו נסיבות המצדיקות חריגה מן הכלל האמור. מה גם שעולה מן הראיות כי במקרה זה אין מדובר בנסיעות מרובות שנסע המערער לחו"ל וכי ההיקף היחסי של שעות הטיסה היה זניח יחסית.

61. עם זאת, לא מן הנמנע כי תיתכנה נסיבות שבהן יהיה מקום לחרוג מכלל זה ולהכיר בשעות הנסיעה אל היעד שבו מבצע העובד עבודה כחלק משעות העבודה. בכל מקרה תבחנה הנסיבות לגופו של עניין לאור ובהתאם לתכליותיו של חוק שעות עבודה ומנוחה.

62. מכאן שהשאלה הבאה שעלינו לבחון הינה האם בנסיבות המקרה קמה למערער זכות חוזית לתשלום שכר בגין זמן הנסיעה לעבודה?

לטעמנו, התשובה לשאלה זו היא בשלילה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

63. סעיף 4 לחוזה עבודתו של המערער קובע: "במסגרת עבודתו יבצע העובד תפקידים ומשימות בכל תחום ותפקיד ובכל מקום בו מנהלת החברה את עסקיה כפי שיוגדר לו על ידי החברה, והוא יהיה כפוף להוראות ולהנחיות של מנהל החברה או מי שיוסמך על ידו." (ההדגשה הוספה).

כלומר, העובדה שעבודתו של המערער תהא כרוכה בנסיעות לחו"ל היתה ידועה למערער במועד כריתת חוזה עבודתו, והוא קיבל על עצמו את התפקיד על דעת כך.

64. אף בחקירתו העיד המערער כי תנאי עבודתו, הכוללים עבודה בשעות בלתי שגרתיות ונסיעות לחו"ל, היו ידועים לו במועד כריתת חוזה העבודה, מקובלים עליו, ואף טמנו בחובם יתרון מקצועי. ר' עדותו בעמ' 10 שורות 20-29:

" טרם תחילת עבודתך בנתבעת ידעת וציפית שעבודתך תכלול עבודה עם גורמים בחול ואפילו נסיעות לחול ?
ת. נכון והייתי מוכן להשתלב בפרויקטים כאלה. הם היו גם יותר נחשבים ברמה ל ההתקדמות המקצועית.
ש. כשהתחלת לעבוד היית רווק?
ת. כן.
ש. בגלל שידעת שתצטרך לנסוע לחו"ל ידעת שהעבודה תתבצע בשעות לא שגרתיות?
ת. נכון.
ש. ידעת שבתחום ההיי טק והאינטרנט שעות העבודה לא שגרתיות?
ת. זה נכון. אבל לא באינטנסיביות כזאת."

65. כמו כן יש להעיר, כי במהלך שלוש השנים בהן עבד במשיבה, נדרש המערער לטוס לחו"ל 7 פעמים בלבד, ובמהלך כל טיסה שהה בחו"ל בין שבוע לשלושה שבועות (ר' סעיף 33 לפסק הדין). כלומר, הטיסות לחו"ל לא היו שגרת יומו של המערער אלא חריג לה.

66. לאמור לעיל יש להוסיף כי המערער השתכר שכר חודשי ממוצע של כ-17,000 ₪, אשר הינו גבוה ביחס לממוצע במשק. לטעמנו יהא זה הוגן לקבוע כי הוא משקף



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

תמורה ראויה בעד נכונותו של המערער להיות זמין לצאת לצורך עבודתו מעת לעת מעבר לים, בהיקף המוגבל שנדרש ממנו כמפורט לעיל ולעזוב לצורך כך את משפחתו ולחרוג משגרת חייו.

67. נוסף ונדגיש כי למערער שולם שכר מלא עבור שעות העבודה שביצע בחו"ל. ור' עוד לעניין זה עדותו של מר ארנרייך (עמ' 19 שורות 14-15) לפיה כאשר טיסה חפפה את יום העבודה נהגה החברה לשלם שכר בגינה, ואילו ככלל שעות הטיסה היו בלילה. אף מכך עולה שלמערער לא נגרם חסרון כיס כתוצאה מטיסותיו לחו"ל.

68. מכל מקום המערער לא הראה כי במהלך תקופת עבודתו היה שינוי ברור בתנאי העבודה, בכל הנוגע להיקף הטיסות לחו"ל שהוא נדרש לבצע.

69. לסיכום פרק זה, מצאנו כי שעות הטיסה במהלכן עשה המערער את דרכו לעבודה עבור לקוחות המעסיק מעבר לים, אינן נופלות להגדרת "שעות עבודה" לפי סעיף 1 לחוק שעות עבודה ומנוחה.

70. **אשר על כן, הערעור שכנגד מתקבל במובן זה שהמערער אינו זכאי לתשלום בגין "שעות טיסה", וחייב המשיבה בתשלום בגין רכיב זה דינו להתבטל.**

71. לאור העובדה שאין בפנינו חישוב של סך התשלום שנפסק למערער בגין רכיב זה, התיק יוחזר לבית הדין האזורי לצורך חישוב סך השעות שנתבעו בגין שעות טיסה וניכוי סכום זה מסך השעות הנוספות שנפסקו לזכות המערער.

טענות המערער בעניין טעויות תחשיב

72. בית הדין האזורי פסק לזכות המערער את סך השעות הנוספות שנתבעו על ידו, בהעדר תחשיב לסתור מטעם המשיבה. עם זאת, ניכה בית הדין האזורי חצי שעת הפסקה מכל יום בו עבד המערער מעל ל-6 שעות, לאחר שהוכח בפניו כי המערער יצא לחצי שעת הפסקה יומית, וכמתחייב על פי חוק. בית הדין האזורי קיבל את טענת המשיבה כי המערער עבד 719 ימים במשך כל תקופת העסקתו, ועל כן קיזז מסך השעות הנוספות שנתבעו על ידי המערער שכר בגין 359.5 שעות (= $1/2 * 719$) שעה), לפי שכרו השעתי של המערער (91.4 ₪).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

73. כמו כן הפחית בית הדין האזורי מכל יום בו תבע המערער שכר עבור "שעות טיסה" 4 שעות בגין הנסיעה לשדה התעופה או ממנו או שהייה בו, ולפי החישוב כמופיע בסעיף 33 לפסק הדין האזורי.

74. המערער תקף בערעורו את העובדה שבית הדין האזורי אימץ את תחשיב המשיבה, וזאת משום שלטענתו לא עבד 719 ימים מעל ל-6 שעות, כי אם 642 ימים.

כן טען המערער כי בימי טיסה בהם נוכו 4 שעות מסך השעות שתבע, אין לנכות את חצי שעת ההפסקה, אחרת ינוכה ניכוי כפל.

75. מעיון בתיק בית הדין האזורי עולה כי המערער לא טען ולא הציג כל חישוב לסתור את טענת המשיבה לפיה עבד 719 ימים מעל 6 שעות עבודה. בהתאם לכך, קבע בית הדין האזורי כי "מתקבל חישוב הנתבעת, שלא נסתר, לפיו התובע עבד 719 ימים מעל 6 שעות (כלומר, ימים בהם היה זכאי על פי דין להפסקה)". היות שכך, המערער מנוע מלהעלות טענות חדשות בעניין זה בשלב הערעור.

76. כאמור לעיל, בית הדין האזורי ניכה מסך השעות הנוספות אותן תבע המערער חצי שעת הפסקה בגין ימים בהם עבד למעלה משש שעות, וכן 4 שעות נוספות מכל יום בו תבע המערער שכר עבור "שעות טיסה" (בגין הנסיעה לשדה התעופה או ממנו או שהייה בו). המערער טען כי אין לבצע את שני ניכויים אלו במקביל, ובימי טיסה, בהם הופחתו 4 שעות נסיעה ושהייה מסך השעות שתבע, אין להפחית בנוסף אף חצי שעת הפסקה.

אנו מקבלים את טענת המערער בעניין זה.

בית הדין האזורי מפרט בסעיף 33 לפסק דינו כי למערער נפסק שכר בגין 15 ימי טיסה. כפי שקבענו, אין לנכות חצי שעת הפסקה בימים אלו, ועל כן על המשיבה לשלם למערער שכר בגין חצי שעה בגין כל יום טיסה, וסה"כ 7.5 שעות (=15 ימים * 1/2 שעה), וזאת לפי שכר שעתי בסך 91.4 ₪ (כקבוע בסעיף 34 לפסק הדין האזורי) וסה"כ 685.5 ₪.

תשלום פיצויי פיטורים בעילת נוהג



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

77. האם המערער זכאי לתשלום פיצויי פיטורים בעילת הנוהג הנטען, לפיו המשיבה נוהגת לשלם פיצויי פיטורים אף לעובד המתפטר מעבודתו?

בע"ע (ארצי) 465/03 שמחה כהן – פלסטיין פוסט בע"מ, מיום 20.6.05 נקבע:

"נוהג – מעצם טיבו – הינו בן חריג בעולם יחסי העבודה והוא פועל יוצא ממציאות מסוימת במקום העבודה שאינה מעוגנת בדרך כלל בהסדרים בכתב. בשל כך נפסק כי נוהג טעון הוכחה, הן לעניין קיומו והן לעניין פרטי תוכנו ... פשיטא, שהנטל להוכחת קיומו של נוהג מוטל על כתפי הטוען לו, הוא התובע. רמת ההוכחה חייבת להיות גבוהה וברורה ונדרשת לצורך כך תשתית ראייתית רחבה ומסודרת. עדות על מקרים מסוימים בלבד בהם נקט המעסיק דפוס פעולה מסויים, אינה מספקת כדי להוכיח קיומו של נוהג רחב ומחייב"

כן ר' ע"ע 7129-10-11 אביבה חג'אג' נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ מיום 7.4.14.

78. בית הדין האזורי קבע כי המערער לא עמד בנטל להוכחת נוהג, משום שאין די בציון שמותיהם של תשעה עובדים שלטענתו קיבלו פיצויי פיטורים בעת התפטרותם, כאשר מדובר בחברה המונה 250 עובדים. מה גם שבמהלך חקירתו הנגדית העיד המערער (עמ' 7 לפרוטוקול) כי לפחות לשלושה מתוכם שולמו פיצויי הפיטורים בהתאם לתנאיי חוזה עבודתם. בית הדין האזורי ציין כי למעשה המערער לא ידע מה היו הנסיבות בהן שולמו פיצויי הפיטורים לעובדים בשמם נקב, וגם לא ידע לומר בוודאות שכל העובדים שהתפטרו קיבלו פיצוי פיטורים.

79. לטענת המערער, לאחר שהוכיח, לשיטתו, כי המשיבה שילמה פיצויי פיטורים לתשעה מעובדי המחלקה בה הועסק שהתפטרו, בשלב זה יש להעביר את נטל ההוכחה לשכם המעביד, שבידיו מצוי מלוא החומר הרלבנטי, להוכיח כי המקרים עליהם הצביע המערער מהווים חריג לכלל ולסתור את קיום הנוהג.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

טענה זו של המערער אינה מתיישבת עם הפסיקה כמובא לעיל ולא ברור על מה היא נסמכת. הפסיקה קובעת מפורשות כי נטל ההוכחה לקיומו של הנוהג מוטל על הטוען לקיומו והואיל והמערער לא הרים נטל זה, לא יוכל הוא להיבנות בניסיון להעבירו לשכם המשיבה.

80. כעולה מתיק בית הדין האזורי, בנספח א' לבקשה המוסכמת לביטול זימון עדים שהוגשה על ידי הצדדים ביום 14.8.11, ציינה משיבה מפורשות כי היא מודה בתשלום פיצויי הפיטורים לתשעת העובדים שציין המערער, אולם פירטה כי התשלום נעשה בהתאם לנסיבותיו הספציפיות של כל עובד ואין בכך כדי להוכיח קיומו של נוהג. כמו כן, בתגובה לבקשת רשות הערעור שהגיש המערער לבית דין זה בעניין הליך גילוי המסמכים שהתנהל בתיק, הודיעה המשיבה, בתגובה להצעת בית הדין, כי: "הלכה למעשה ל-33% מן העובדים אשר התפטרו מעבודתם במשיבה בשנים 2009-2010 (בעלי וותק של למעלה משנת עבודה אחת אצל המשיבה, בעת התפטרות) (כאמור בנוסח השאלות המוצעות בסעיף 3 להחלטת בית הדין הארצי הנכבד מיום 10.4.11) לא שולמו פיצויי פיטורים".

81. בעניין דיון (ארצי) מח/40-3 דבורה חבקין - גחלת - גמול חיסכון לחינוך בע"מ, מיום 29.1.88 נדחתה תביעה בעילת נוהג תוך קביעה כי "ראיה כי לגבי כשני שלישי מהעובדים במשק קיים גיל פרישה שונה לעובד ולעובדת איננה עונה על מידת ההוכחה הדרושה להוכחת נוהג".

אף בעניין [ע"ע 348/99](#) "צים" חברת הספנות הישראלית - שמשון שרעבי מיום 20.11.03, נדחתה טענת הנוהג אף שהתובע הוכיח כי בעניינם של 13 עובדים חל ה"נוהג" לו טען, ונקבע כי "עצם קיומם של מקרים בהם שולם מענק פרישה אינו מלמד, בהכרח, על קיומו של נוהג ולהוכחת נוהג אין די בהצגת מספר מקרים. לצורך הוכחת נוהג לתשלום מענק פרישה יש להראות קיומה של שיטה המבוססת על עקרונות אחידים לתשלום המענק החלה על מספר מייצג ורחב של מקרים".

מהמקובץ לעיל עולה כי אין די בראיות שהציג המערער כדי להוכיח קיומו של נוהג בוודאי שלא כדי להעביר את נטל ההוכחה לשכם המעביד.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

82. נוסף כי המערער טען כי פסק הדין האזורי התעלם מטענתו לגבי סעיף 11 לנספח להסכם העסקתו, ממנו יש ללמוד על קיומו של הנוהג למעט במקרים של מעילה באמון, הרשעה וכיו"ב.

סעיף 11 לחוזה עבודתו של המערער קובע: **"במקרה של פיטורים/התפטרות בגין מעילת המפוטר באמון כלפי החברה ו/או בגין הרשעת העובד בעבירה שיש בה קלון ... תקבע החברה על פי שיקול דעתה הבלעדי והמוחלט האם ישולמו למפוטר פיצויי פיטורים."** סעיף זה מצטרף לסעיף 8 הקובע כי **"החברה תפריש מידי חודש בחודשו ... סכום בשיעור % 1/3 מן המשכורת החודשית של העובד לחברת הביטוח על פי שיקול דעת החברה, על חשבון פיצויי פיטורים, אשר עשויים להגיע לעובד על פי חוק. כספים אלו יהיו שייכים לחברה בלבד וישולמו לעובד על סמך זכאותו בהתאם לחוק"** (ההדגשות אינן במקור).

83. לדעתנו לשון החוזה אינה תומכת בפרשנות שמציע המערער. לשון החוזה המפורשת קובעת כי פיצויי הפיטורים ישולמו לעובד בהתאם לזכאותו על פי דין, ולא מצאנו כי יש בנוסח סעיף 11 כדי להטיל על המשיבה חיובים שלא חויבה בהם על פי דין.

משכך, הערעור בנוגע לתשלום פיצויי פיטורים נדחה.

משיכת כספי הפיצויים שהופקדו לקופה על שם המערער

84. האם פעלה המשיבה כדין כאשר משכה מקפת הפיצויים של המערער את כספי הפיצויים שהופקדו אליה, או שהמערער זכאי להשבתם?

85. המערער טוען כי המשיבה משכה את כספי הפיצויים מקופת הפנסיה שלו שלא כדין, וכי שגה בית הדין כאשר התיר לה לעשות כן. לטענתו, על פי הוראות סעיף 26 לחוק פיצויי הפיטורים, הכספים שהופקדו בקופת הפנסיה שלו עבור פיצויי פיטורים, מיועדים לביטוח קצבה, ועל כן החברה לא היתה רשאית למשוך אותם, כל זמן שלא הוכח כי הדבר הוסכם בהסכם מפורש בין הצדדים.

86. לטענת המשיבה, אין בהוראות הסעיף כדי להועיל למערער משום שנקבע כי הוא התפטר בנסיבות שאינן מזכות אותו בפיצויי פיטורים, ולא הוכח כי ההסדר הפנסיוני שנערך עימו נעשה על פי סעיף 14 לחוק פיצויי פיטורים, או כי הסכומים שהופרשו



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

מיועדים לביטוח קצבה. המשיבה תמכה יתדותיה בקביעות בית הדין האזורי לפיהן, כמובא לעיל, חוזה העסקתו של המערער קובע באופן מפורש כי כספי פיצויי הפיטורים שייכים לחברה וישולמו לעובד רק על פי זכאותו על פי חוק.

87. סעיף 26 לחוק פיצויי פיטורים קובע בס"ק (א) כדקלמן:

"סכומים ששולמו במקום פיצויי פיטורים לפי סעיף 14, או שהופקדו לפי סעיף 20 או לפי סעיף 21, או ששולמו לקופת גמל לתשלום פיצויי פיטורים, או ששולמו או שהופרשו לקופת גמל לקצבה –

(1) אינם ניתנים להחזרה, להעברה לשעבוד או לעיקול; הוראה זו לא תחול על סכום ששולם או הופקד כאמור בעד עובד שבינתיים חדל לעבוד בנסיבות שאינן מזכות אותו בפיצויי פיטורים, אלא אם הסכום מיועד גם לביטוח קצבה ולא נקבע בהסכם קיבוצי או בהסכם אחר, שהוא ניתן להחזרה או להעברה" (ההדגשות אינן במקור).

88. הסעיף קובע כי ככלל, כספים ששולמו לקופת גמל לתשלום פיצויי פיטורים, או שהופרשו לקופת גמל לקצבה, אינם ניתנים להחזרה למעביד.

89. כחריג לכלל זה נקבע כי הוראה זו לא תחול על עובד שחדל לעבוד בנסיבות שאינן מזכות אותו בפיצויי פיטורים.

ואולם, על אף האמור לעיל, במקום בו הסכומים שהופרשו מיועדים לביטוח קצבה, שוב אינם ניתנים להחזרה אלא אם נקבע בהסכם קיבוצי או אחר, שהם אכן ניתנים להחזרה.

90. המערער הפנה לתצהיר משלים שהוגש על ידו בערכאה דלמטה, אליו צורפו כנספחים דו"ח זכויות ודו"ח שנתי מקופת הפנסיה המקיפה "מייטבית עתודות" בחברת כלל פנסיה וגמל, מהם עולה כי התוכנית בה בוטח המערער הינה תוכנית פנסיה מקיפה.

91. על כן, ובהתאם לתיקון מס' 3 לחוק הפיקוח של שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005, הרי שמדובר בכספים המיועדים לביטוח קצבה כדרישת הסעיף,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

ושגה בית הדין האזורי בסעיף 14 ג לפסק דינו כאשר קבע כי הכספים אינן מיועדים לביטוח קצבה.

92. האם קיים בעניינו הסכם קיבוצי או הסכם אחר, הקובע כי הסכומים אכן ניתנים להחזרה?

נספח א' לחוזה העסקתו של המערער מיום 13.2.07 קובע בסעיף 8 i כי :

"סכום בשיעור % 8 1/3 מן המשכורת החודשית של העובד יופרש לחברת ביטוח על פי שיקול דעת החברה על חשבון פיצויי פיטורין, אשר עשויים להגיע לעובד על פי חוק. כספים אלו יהיו שייכים לחברה בלבד וישולמו לעובד על סמך זכאותו בהתאם לחוק"
(ההדגשות אינן במקור).

93. השאלה אם המילים "כספים אלו יהיו שייכים לחברה בלבד, וישולמו לעובד על סמך זכאותו בהתאם לחוק" עומדות בתנאי סעיף 26 (א) סיפא לחוק פיצויי פיטורים, כקביעה בהסכם שסכומים ניתנים להחזרה למעביד, היא השאלה המתעוררת בנסיבות העניין.

94. לצורך הכרעה בשאלה זו, עלינו לבחון מה היו נסיבות החתימה על חוזה ההעסקה, כמו גם נסיבות משיכת הכספים על ידי המשיבה.

95. טוען המערער כי במועד עריכת החוזה, איש לא נתן דעתו לסעיף 26 לחוק, וכי הוא עצמו לא נתן הסכמתו לכך שהכספים שהופרשו עבורו לקרן פנסיה ומיועדים לביטוח קצבה, יוחזרו למעביד במקרה של התפטרותו. המשיבה טענה כי במועד חתימת החוזה בראשית שנת 2007, תיקון החוק, שנערך בשנת 2008, טרם נכנס לתוקפו. לטעמנו, טענה זו של המשיבה תומכת בטענת המערער, כי במועד חתימת ההסכם, הסעיף לא נוסח על מנת לתת מענה לדרישות סעיף 26 לחוק.

96. בתצהיר עדותו המשלים של המערער, הצהיר בסעיף 10 כי לאחר הגשת כתב התביעה לאזורי, התקשר אליו נציג של חברת כלל פנסיה, וביקש את הסכמתו למשיכת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

הכספים על ידי המעביד. לטענת המערער, סרב לכך. יוער כי מעיון הפרוטוקול הדיון בבית הדין האזורי עולה כי המערער לא נחקר בנושא זה ועדותו בתצהיר לא נסתרה.

97. המשיבה בסיכומיה טענה כי במשיכת הכספים על ידה היא פעלה על פי התנאים הקבועים בחוק, והפנתה לחוזר הממונה על שוק ההון שעוסק ב"תנאים למשיכת כספים מקופה לפיצויים על ידי המעביד", וקובע כי לפי סעיף 26 לחוק, אף כאשר מדובר בקופה לביטוח קצבה, כספי הפיצויים ניתנים להחזרה למעביד, וזאת בהתקיים שני תנאים: כאשר עובד חדל לעבוד בנסיבות שאינן מזכות אותו בפיצויי פיטורים, וקיימת הוראה בהסכם שקובעת שהכספים ניתנים להחזרה למעביד.

98. לאמור לעיל נוסף כי המשיבה הגישה לתיק בית הדין האזורי את תצהירו של מנהל העסקים הראשי בתקופה הרלבנטית לתביעה, מר איתן גוראל (שבעת חקירתו שימש כמנכ"ל החברה), אשר הצהיר (סעיף 11 לתצהירו) כי על פי חוזה העסקתו של המערער, כספי הפיצויים הופרשו לתוכנית הונית החל ממועד חתימת החוזה ועד לכניסת התיקון לחוק לתוקף (בתקופה שבין מרץ 2007 ועד ינואר 2008), ואילו ממועד כניסת תיקון החוק לתוקף, ההפרשות בוצעו לתוכנית קצבתית.

99. בחקירתו של מר גוראל מיום 20.12.11 (עמ' 20) הוא לא ידע להסביר מה היתה כוונת הצדדים במועד חתימת ההסכם, לאיזו סוג קופה בוצעו ההפרשות, ומה היו נסיבות משיכת הכספים.

100. נוכח המפורט לעיל, לאור נסיבות חתימת ההסכם, שנערך טרם כניסת תיקון החוק לתוקף, ומבלי שהובהר כי נוסח הסעיף בא לשקף ויתור של המערער על זכויותיו בכספי הפיצויים, לאור הצהרת מר גוראל מטעם המשיבה כי החל משנת 2008 הכספים הופקדו לביטוח קצבה, ולאור עדות המערער כי במועד משיכת הכספים על ידי המשיבה הביע את התנגדותו לכך, אנו קובעים כי לא מתקיימים בנסיבות העניין תנאי סעיף 26 (א)(1) סיפא, ולא נקבע בהסכם קיבוצי או אחר כי הסכומים ניתנים להחזרה למעביד, ועל כן המשיבה פעלה שלא כדין כאשר משכה את הכספים מקופת הפנסיה של המערער, ועליה להשיבם. יודגש שאין לראות בהוראה כללית בהסכם האישי לפיה כספי הפיצויים "שייכים לחברה בלבד וישולמו לעובד על סמך זכאותו בהתאם לחוק" כהוראה לפיה כספי הפיצויים ניתנים להחזרה. שכן, בהסכם האישי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

דובר על התנאים בהם ישולמו כספי הפיצויים לעובד. הותרת כספי הפיצויים בקרן הפנסיה אין משמעם תשלום לעובד, ולכן הוראת ההסכם האישי אינה רלוונטית לסעיף 26 לחוק.

101. נוכח האמור, הערעור מתקבל ברכיב זה, ועל המשיבה להשיב למערער את הסכומים שמשכה מקופת הפנסיה בגין רכיב הפיצויים, בצירוף הפרשי ריבית והצמדה, ממועד ביצוע המשיכה ועד לביצוע ההשבה בפועל.

שיעור הוצאות שנפסק

102. טוען המערער כי נוכח תוצאת פסק הדין, שגה בית הדין האזורי כאשר לא פסק הוצאות לטובתו. לטענתו יש בכך כדי ליצור תמריץ שלילי למעסיקים שלא לשלם לעובדים את המגיע להם מפני שגם אם יחויבו לשלם, לא תוטל עליהם כל סנקציה.

103. ככלל ערכאת הערעור אינה נוהגת להתערב בפסיקת הוצאות שפסקה הערכאה הדיונית למעט במקרים חריגים (ע"ע (ארצי) 38449-06-11 **דיגיטל וריפיקיישן טכנולוגיות 2007 בע"מ נ' לב פוטיחה** מיום 23.12.12, ע"ע (ארצי) 16117-07-10 **ישראלה חסון - רביקוביץ נ' M3 ישראל בע"מ** מיום 19.12.13). בהקשר זה יש לשים לב לכך שתביעתו של המערער נתקבלה רק בחלקה ברכיב השעות הנוספות, רכיב שהיה שנוי במחלוקת כנה בין הצדדים, וברכיב השבת כספי פיצויי הפיטורים בערעור.

סיכום

104. נוכח המפורט לעיל, ערעור המערער מתקבל בנוגע להשבת הסכומים שהופקדו ל"קופת הפיצויים" על שמו כמפורט בסעיף 101 לעיל.

הערעור נדחה בנוגע לתשלום שכר בגין השעות הנלוות לשעות הטיסה ובגין תשלום פיצויי פיטורים בעילת הנוהג, למעט התיקון הדרוש ביחס לניכוי שעות ההפסקה מימי הטיסה, כמפורט בסעיף 76 לעיל.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 15233-09-13

ע"ע 13867-09-13

105. ערעור המשיבה מתקבל וחיובה בתשלום שכר בגין "שעות טיסה", בטל. התיק יוחזר לבית הדין האזורי לצורך חישוב סך השעות שנתבעו בגין 'שעות טיסה' וניכויין מתוך סך השעות הנוספות שנפסקו לזכות המערער.

106. נוכח התוצאה אליה הגענו, אין צו להוצאות.

ניתן היום, כ"ג חשוון התשע"ו (5 נובמבר 2015), בהיעדר הצדדים ויישלח אליהם

נטע רות,
שופטת

אילן איטח,
שופט

ורדה וירט-ליבנה,
סגנית נשיא, אב"ד

מר מיכה ינון,
נציג ציבור (מעסיקים)

מר ראובן רבינוביץ,
נציג ציבור (עובדים)