



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

20 ינואר 2016

לפני:

כב' השופט דורי ספיבק – אב בית הדין
נציג ציבור מעסיקים עו"ד אהוד מטרסו

המבקש:

אור שחם

ע"י ב"כ עו"ד רונן בן צבי ועו"ד מיכל גורן

-

המשיבה:

קסטרו שיווק 1985 בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד אפרת דויטש ועו"ד שימרית נוי

החלטה בבקשה לאישור תובענה כייצוגית

1. המשיבה, אחת מחברות האופנה הגדולות בישראל, מעסיקה כ- 2,000 עובדים. רבים מהם מועסקים, כפי שהועסק המבקש, כאנשי מכירות ברשת חנויות הפזורה ברחבי הארץ. שכרם של אלה מורכב, כמקובל בענף, משכר שעות בתוספת עמלות מכירה. הבקשה שבפנינו מעוררת מספר שאלות משפטיות שטרם נקבעה לגביהן הלכה מחייבת במשפט העבודה הישראלי, ובין היתר: האם יש להביא את עמלות המכירה בחשבון לצורך חישוב הזכות לגמול שעות נוספות? והאם יש להביא בחשבון לצורך חישוב דמי החגים?

תוכן עניינים

- א. רקע עובדתי
- ב. מהלך ההתדיינות
- ג. תמצית טענות הצדדים
- ד. ארבע השאלות המשפטיות העיקריות שמעוררת הבקשה:
 - * האם להביא בחשבון את העמלות בחישוב דמי החגים?
 - * האם להביא בחשבון את העמלות בחישוב גמול שעות נוספות?
 - * האם קיימת זכאות לגמול עבודה בשעות נוספות מעבר ל-43 שבועיות?



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

* הקיימת זכאות להפרשי הבראה וחגים בגין עבודה שמעבר ל-75% משרה?

ה. האם מתקיימים התנאים לאישור תובענה כייצוגית?

* שאלות משותפות של עובדה ומשפט?

* האם תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת?

* הקיימת עילת תביעה אישית למבקש?

* האם עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב?

1. סוף דבר.

א. רקע עובדתי

2. המשיבה (להלן גם: קסטרו) הינה חברה העוסקת בעיצוב, ייצור ושיווק של מוצרי הלבשה לנשים ולגברים הנמכרים ברשת חנויות "קסטרו" המונה למעלה מ-120 חנויות ברחבי הארץ. בקסטרו, חברה ציבורית שמניותיה נסחרות מזה שנים בבורסה לניירות ערך בתל-אביב, מועסקים כ-2,000 עובדים ובהם מוכרים בחנויות, צוותי ניהול בחנויות מנהלים ועובדי מטה ומרכז לוגיסטי. עלויות השכר של קסטרו הינן גבוהות, ועמדו על סך של כ-128,000,000 ₪ נכון לשנת 2012 (סעיף 16 לתגובה).

רוב עובדי קסטרו בצוותי המכירות שבחנויות מועסקים במשרות חלקיות ובשכר שעתי. סידור המשמרות נעשה בהתאם לבקשות העובדים וצרכי כל חנות וחנות (סעיף 8 לתגובה). עם זאת, וכך תהא חשיבות בהמשך הדיון, בהודעה לעובד (נספח א') הנמסרת לכל העובדים ונמסרה גם למבקש, מצויין כי "אורכו של יום העבודה הרגיל של העובד 6 שעות".

קצב חילופי העובדים הינו גבוה. ממוצע וותק העובדים לצוותי מכירה בחנות עמד על 10.73 חודשים בלבד (נכון למועד הגשת תגובת קסטרו, ראו בסעיף 11 לבקשה), ועל כ-6 חודשים בלבד בשנים קודמות.

3. ביום 27.3.09 החל המבקש לעבוד כאיש מכירות בסניף קניון איילון שברמת-גן. נכון למועד הגשת הבקשה שבפנינו, ביולי 2013 הוא עדיין עבד בקסטרו, אך חודשים ספורים לאחר מכן הוא התפטר. יחסי העבודה בין הצדדים הסתיימו ביום 3.12.13.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

4. על פי ה"הודעה לעובד בדבר פירוט תנאי עבודה" (נספח 3' לבקשה) שנמסרה למבקש עם תחילת עבודתו, שכרו היה שעתי, ועמד על סך 20.70 ₪ לשעה (שכר המינימום לשעה דאז). בהודעה לא צוינה זכותו לקבל עמלות מכירה בנוסף לשכר השעתי. עם זאת, כפי שמציינת קסטרו בסעיפים 12 עד 16 לתגובתה לבקשה:

"השכר המשולם לאנשי המכירות בחנויות קסטרו מורכב משכר בסיס שעתי המשתנה מעובד לעובד, בצרוף עמלות מכירות המכונות בתלוש השכר 'תוספת מפעלית'.

ה'תוספת המפעלית' משולמת לאנשי המכירות לפי מדרג תגמולים אשר משתנה בהתאם לגובה העסקה אשר בוצעה, כאשר ככל שסכום העסקה גבוה יותר, גובה התגמול עולה.

בנוסף, לעתים ישנם תמריצים נוספים בגין מכירות של מוצרים או קטגוריית מוצרים ספציפית.

כל אנשי המכירות בחנויות קסטרו, לרבות המבקש, יודעים מדי חודש בחודשו עבור מה משולמת להם פרמיית המכירות באותו חודש ואף ביכולתם להתעדכן במכירותיהם במהלך כל החודש.

כך, בסוף כל משמרת נוהג מנהל החנות להוציא לכל העובדים סרט קופה ("סליפ" בו יש פירוט בכל הנוגע לתגמולי כל עובד ועובד באופן נפרד".

5. ביום 30.12.12 פנה ב"כ המבקש לראשונה אל קסטרו וטען בפניה שמבדיקת תלושי שכר מרשו עולה שזכויותיו קופחו (הפניה נספח 2 לבקשה). ב"כ המבקש ביקש לקבל מסמכים שונים הנוגעים להעסקת מרשו. ביום 20.1.13 התקיימה פגישה ראשונה בין באי כוח הצדדים, ובהמשך לה נשלח לב"כ קסטרו ביום 7.2.13 מכתב דרישה נוספים לעניין קבלת מסמכים שונים (נספח 6 לבקשה). ביום 30.4.13 נשלח מכתב נוסף, שהוגדר כ"התראה לפני הגשת תובענה ייצוגית" (נספח 12 לבקשה), שבו שב וטען המבקש כי חסרים לו מסמכים, אך בנוסף כבר טען מפורשות שעל פי בדיקתו במהלך תקופת העסקתו הופרה שורה של זכויותיו. במכתב זה נתבע פיצוי בגין רכיבי הקבוצה השונים, למבקש כמו גם לכל עובדי קסטרו. בסוף המכתב נאמר שככל שלא תתקבל תשובה חיובית, בדעת המבקש לפנות לבית הדין לעבודה בתביעה אישית ובבקשה לאישורה כייצוגית. משלא נענה המכתב, הוגשה ביום 2.7.13 הבקשה לאישור התובענה כייצוגית.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

ב. מהלך ההתדיינות

6. לאחר הגשת תגובה ותשובה לתגובה, התקיים ביום 16.1.14 דיון מוקדם ראשון. בתום הדיון, שבו התנהלה שיחה לפשרה, ביקשו הצדדים פרק זמן כדי לבוא ביניהם בדברים, ובהמשך לכך אף פנו להליך גישור. ביום 10.3.15 התקיים דיון מוקדם שני, שבמהלכו הודיעו הצדדים שהם קרובים להסכמות בדבר הסכם פשרה, וביקשו שהות להגשתו. לאחר שהמשא ומתן בין הצדדים כשל, התקיים דיון מוקדם שלישי, שבו הודיע ב"כ המבקש שהוא מקבל את המלצת בית הדין ומבקש להסתלק מחלק מעילות הבקשה, בשים לב להערכתו שהסיכויים שהן תאושרנה כייצוגיות הם נמוכים. בית הדין אישר את ההסתלקות. דיון בעילות שנותרו נקבע ליום 15.10.15.

עוד קודם לדיון בבקשת האישור, ביום 21.9.15, הודיעה קסטרו שלאחר ששקלה את הנושא ובחנה את התשלומים ששולמו על ידן במהלך השנים, היא מסכימה לכך כי שתיים מעילות הבקשה – זו הנוגעת לחישוב דמי הבראה וזו הנוגעת לחישוב דמי חגים על בסיס היקף משרה של 75% (סעיפים 89.8 ו- 89.9 לבקשה) יידונו כתובענה ייצוגית. המבקש בתגובה שהגיש להודעה בירך על הסכמת קסטרו לכך, אך עם זאת נותרו בין הצדדים מחלוקות מסוימות אף בנוגע לעילות אלה, בעיקר באשר להגדרת הקבוצה, מחלוקות שבהם נדון בהמשך.

7. דיון בעילות שנותרו התקיים ביום 15.10.15, במהלכו נחקרו המצהירים מעם שני הצדדים. בהמשך לכך סיכמו הצדדים את טענותיהם בבקשה לאישור בכתב. עתה, משהוגשו אלה, הגיעה העת לדון ולהכריע בבקשה.

ג. תמצית טענות הצדדים

8. המבקש טוען שהוכיח שנפלה שורת טעויות משפטיות באופן שבו חישבה קסטרו את שכרו. לטענתו, הוא זכאי להפרשי דמי חגים והפרשי גמול שעות נוספות וגמול עבודה ביום המנוחה השבועי בגין רכיב העמלות בשכרו, להפרשי דמי הבראה וחגים בגין עבודה



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

בהיקף משרה של מעבר ל- 75% (6 שעות במשמרת), וכן לגמול שעות נוספות בגין שעות עבודה שמעבר ל- 43 שעות בשבוע. המבקש מוסיף וטוען שכל השאלות המשפטיות שעורר בתביעתו הן מהותיות ומשותפות לכלל חברי הקבוצה, וקיימת אפשרות סבירה שהן יוכרו לטובת הקבוצה. על כן, הוא טוען שהן מתאימות לבירור בדרך של תובענה ייצוגית ושבירורן בדרך זו מהווה את הדרך היעילה וההוגנת להכריע בהן.

9. קסטרו מסכימה לבירורן, בדרך של תובענה ייצוגית, של עילות התביעות להפרשי דמי הבראה ודמי חגים בגין עבודה בהיקף משרה של מעבר ל- 75%, אך מתנגדת לבירור בדרך זו של עילות התביעה הנוספות. לגבי דמי חגים, טוענת קסטרו בין היתר שלא קיימת חובה בדין להכליל בהם עמלות, וכך היא אף טוענת ביחס להכללת עמלות בגמול שעות נוספות. אשר לטענה לזכות לגמול שעות נוספות מעבר לשעה ה- 43, קסטרו טוענת שהאופן שבו היא מחשבת את גמול השעות הנוספות מיטיב עם עובדיה אף מעבר להוראות הדין, בין היתר בכך שאין היא מפחיתה זמני הפסקות, ועל כן עומדת לה זכות לקיזוז זמני ההפסקות באופן המוביל למסקנה שלמבקש כמו גם לשאר חברי הקבוצה אין זכאות להפרשים. קסטרו מוסיפה שהמבקש לא הוכיח שהתקיימו התנאים המקדמיים לאישור התובענה כייצוגית: שלא מדובר בשאלות מהותיות משותפות של עובדה או משפט, שבכל מקרה קיים סיכוי נמוך שהתובענה תוכרע לטובת חברי הקבוצה, וכן שעניינם של חברי הקבוצה לא ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב.

ד. ארבע השאלות המשפטיות המרכזיות שמעוררת הבקשה

האם להביא בחשבון את העמלות בחישוב דמי החגים?

10. אין חולק שהמבקש היה זכאי לתשלום דמי חגים בהתאם להוראות צו ההרחבה בדבר תשלום דמי חגים, ובפועל קיבל דמי חגים. אין גם חולק על כך שדמי החגים שקיבל חושבו לפי שכרו השעתי, מבלי שעמלת המכירות הוכללה בבסיס לחישוב. לטענת קסטרו בסעיף 275 לתגובתה, אופן חישוב זה תואם את הוראות הדין. זאת, בהעדר הוראה מפורשת בצו ההרחבה הקובעת שיש להכליל את העמלות בחישוב דמי חגים, ונוכח העובדה שהנושא לא נדון וממילא טרם הוכרע על ידי בית-הדין הארצי.

11. בסעיף 7 א. לצו ההרחבה נקבע כך:



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

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

מהי הפרשנות הנכונה של הביטוי שבצו ההרחבה "תשלום מלא", שאותו הדגשנו בגוף הטקסט? האם יש לכלול בתוכו את רכיב העמלות, כטענת המבקש, או שאין מקום לכך, כטענת קסטרו? בפרשת צמח (עע 300360/98 צמח נ' ש.א.ש קרל זינגר צפון 30.4.02)) הסביר בית-הדין את הרציונאל העומד ביסוד צו ההרחבה:

"צו ההרחבה בא להשוות את העובדים היומיים לעובדים החודשיים המקבלים תמורה עבור ימי חג בהם לא עבדו. הרציונאל העומד מאחורי תשלום דמי חגים הוא, שהעובדים יזכו במנוחה בימי החגים מבלי ששכרם יגרע כתוצאה מכך".

כן ראו: עע 21920-02-13 דיאמנט צעצועים נ' פרצנב (1.6.15).

בית-הדין הארצי אכן טרם נדרש להכריע בשאלה האם הדיבור "שכר מלא" שבצו ההרחבה לדמי חגים כולל עמלות.

12. לכאורה, הרציונאל העומד בבסיס זכות העובד לתשלום דמי חגים הינו זהה לרציונאל העומד בבסיס הזכות לתשלום דמי חופשה שנתית, שכן גם מטרתם של אלה לאפשר לעובד שעתי לצאת לחופשה מבלי שיפגע בשכרו. אשר על כן נפסק כי בגדר ה"שכר הרגיל" לצורך חישוב דמי חופשה, יש להביא בחשבון גם את רכיב העמלות (עע 44355-01-12 כהן נ' מנורה חברה לביטוח (28.10.14); עע 718/07 צרויה נ' מגוון אירועים (23.9.08); עע 300048/98 סימן נ' הסתור בע"מ (26.3.02)).

ברם, בעוד שעל מנת להשוות את שכרו של עובד היוצא לחופשה, למצבו של עובד שלא יצא לחופשה, יש לשלם לו דמי חופשה הכוללים עמלות, שכן לולא היה יוצא העובד לחופשה היה עובד ומקבל גם שכר וגם עמלות, לא זה המצב ביחס לדמי חגים. הכללת עמלות בשכר הקובע של עובד שעתי לצורך חישוב דמי חגים, תוביל למצב שדווקא שכרו יהיה גבוה יותר מזה של עובד בשכר חודשי, בניגוד לתכלית ההסדר עליה עמדנו זה עתה.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

ניתן להדגים זאת בקלות באמצעות הדוגמא הבאה. נניח שעובדת בשם יעל מקבלת שכר מינימום חודשי בצירוף עמלות. לצידה עובדת אילנית, המקבלת שכר מינימום שעותי בצירוף עמלות, אותן עמלות בדיוק שמקבלת יעל. בחודשי חגים, יעל תקבל את שכרה החודשי הרגיל בצירוף העמלות בגין המכירה. על מנת לפצות את אילנית בגין הירידה בשכרה כיוון שלא עבדה בימי חגים, יש לשלם לה דמי חגים לפי שכר מינימום. תשלום דמי חגים לאילנית בצירוף רכיב העמלות, כפי הפרשנות לצו ההרחבה המוצעת על ידי המבקש, תוביל למצב שבו אילנית תקבל בסוף חודש שבו כלולים ימי חג סכום גבוה יותר מזה שתקבל יעל, וזאת רק משום שהיא עובדת שעתית. כמובן, שלא זו תכלית הצו. מכאן, שצודקת קסטרו בטענותיה לגבי עילת תביעה זו (ראו והשוו גם לפסק הדין בעניין עפג'ין, שניתן לאחרונה בבית-דין זה (סעש 9812-06-13 עפג'ין נ' פזגז 25.10.15), מותב בראשות כב' השופטת חנה טרכטינגוט)).

להשלמת התמונה, נציין שהמסקנה אליה הגענו איננה עומדת בניגוד לפסק דין בענין זעפרני שעליו הסתמך המבקש (תעא 12558-09 זעפרני נ' נגב שירותים לאוטומובילים (21.1.13), כב' השופטת דגית ויסמן). בעניין זה, נפסק שעובד שעבד במשמרות לילה בלבד, זכאי לכך שדמי החגים שקיבל יחושבו באופן הכולל את התוספת השעתית לעבודה בלילה. במקרה שנדון שם, בניגוד למקרה שלפנינו, אכן על מנת להביא את העובד השעתי לאותו מצב שבו היה אם היה משתכר שכר חודשי, יש לכלול את תוספת הלילה בחישוב דמי החגים.

13. בטרם נחתום, נציין שלא נעלמה מאיתנו העובדה שעמלות המשתלמות כחלק מהפדיון כמו במקרה שלפנינו הינן חלק מהשכר הקובע לפיצויי פיטורים (עע 537/07 טל נ' אילנות בטוחה בית השקעות (10.6.10); עע 170/03 עזרא נ' יה"ב פרויקטים ומחשוב (15.11.04)). הן גם חלק מהשכר הקובע לפנסיה, שכן הגדרת השכר הקובע להפרשות פנסיוניות בצו ההרחבה בעניין חובת פנסיה זהה להגדרת השכר הקובע לפיצויי פיטורים. בכל המקרים האלה, חל דין אחד לעובדים השעתיים ולעובדים בשכר חודשי, ועל כן פרשנות הכוללת את העמלה בשכר הרגיל אינה מביאה להפליה בשכר לטובת העובדים השעתיים. זאת, לעומת דמי חגים, שהם ורק הם משולמים לעובדים שעתיים בלבד.

14. אף שאנו דוחים את טענת המבקש בדבר זכותו לדמי חגים הכוללים את רכיב העמלות, נכון שנתייחס אל טענת הגנה נוספת שהעלתה קסטרו בטיעוניה בפנינו בקשר



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

לרכיב תביעה זה, שכן יש לה חשיבות גם ביחס לעילות תביעה נוספות, שבהן נדון בהמשך החלטה זו.

קסטרו טענה, שבמקרה הספציפי של המבקש, היא שילמה לו דמי חגים לפי חישוב מיטיב, שכן הוותק שלקחה בחשבון לצורך חישובי דמי חגים חושב מהיום הראשון לעבודתו אצלה. זאת, על אף שבמהלך תקופת עבודתו הוא יצא לטיול ארוך של "אחרי צבא", שנמשך כחצי שנה, ושהצדיק איפוס הוותק עם חזרתו לעבודה באפריל 2011. לזאת נשיב, שמאחר והמבקש לא נדרש על ידי קסטרו להגיש מכתב התפטרות, לא נערך לו גמר חשבון ולא ניתן לו אישור בדבר ניתוק יחסי העבודה בהתאם לסעיף 8 לחוק הודעה מוקדמת לפיטורים והתפטרות, תשס"א-2001, הוא לא נדרש לחתום על "טופס קלירנס" שעליו נדרש לחתום בסיום עבודתו (נספח י' לתגובת קסטרו) ומאחר והעדה מטעם קסטרו העידה מפורשות כי "הוא המשיך באותה החנות ובאותו התפקיד" (עמ' 24 ש' 24 לפרוטוקול), הרי שספק בעינינו האם היה מקום ל"איפוס הותק" כפי שטענה קסטרו. מכל מקום, אפילו היתה רשאית קסטרו לאפס את הוותק של התובע עם חזרתו לעבודה, אין משמעות הדבר שמשעה שהיא החליטה שלא לנקוט בפעולה זו, היא רשאית בכל רגע נתון לחזור בה ולדרוש החזר סכומים ששילמה לו ביתר. בהתאם להלכה הפסוקה, מעסיק רשאי אמנם לערוך במקרים מסוימים חשבון מדויק עם עובד על תשלומי יתר ששילם לו. ברם:

"כאשר אין הסכם מפורש בעניין, ההתחשבות של המעסיק עם העובד חייבת להתבצע תוך זמן סביר ובתום לב" (כב' הנשיא בדימוס סטיב אדלר, עע 1260/00 מרקוביץ נ' אקורד (5.8.02)).

בנסיבות הבקשה שלפנינו, שבהן לא העלתה קסטרו טענה בעניין עם חזרתו של התובע לעבודה, היא מנועה לדעתנו מלהעלותה עתה. זאת, בהינתן שהיא לא העלתה טענה בעניין זה גם בחודשים שלאחר מכן, ולמעשה ברור שהטענה הועלתה אך ורק כטענת קיזוז כדי לנסות ולהדוף את טענתו המשפטית של התובע, לפיה אופן החישוב של דמי החגים שקיבל לא היה נכון (ראו והשוו לנפסק בעניין מרקוביץ, שם).

נוכח כל האמור, מסקנתנו היא שבמחלוקת המשפטית שבין הצדדים האם יש להביא בחשבון את העמלות כחלק מה"שכר המלא" שיש לשלם לעובד בעבור כל יום חג, הדין עם קסטרו.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

האם להביא בחשבון את העמלות בחישוב גמול שעות נוספות?

15. התובע קיבל גמול שעות נוספות, אך זה ניתן לו רק על שכר הבסיס השעתי (שכר מינימום) ולא הביא בחשבון את רכיב העמלות. לטענת המבקש, בהתאם לדין ובפרט נוכח הוראת סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, הקובעת, היה מקום להביאו בחשבון לעניין גמול שעות נוספות וגמול עבודה במנוחה שבועית המשולם לעובדים כתוספת אחוזית (25%, 50%, 75 או 100% לפי המקרה).

לטענת קסטרו, עמלות אינן חלק מהשכר היומי ששולם ביום עבודה מסוים, שהוא ה"שכר הרגיל" לפי חוק שעל בסיסו יש לחשב את גמול השעות הנוספות וגמול עבודה במנוחה שבועית. זאת, שכן מדובר בתמריץ הניתן ללא התחשבות במימד הזמן, שהוא בכל מקרה קשה לאיתור. על כן, לא ניתן לשיטתה לייחס עמלה מסוימת לשכר יום כזה או אחר. קסטרו מוסיפה וטוענת שבחינת הרציונאל העומד מאחוריה החלטתה לשלם עמלות ופרמיות לעובדים מובילה למסקנה כי אין הרכיב מתאים להיות מובא בחשבון גמול שעות מנוחה ועבודה בשבת.

16. נקודת המוצא להכרעה במחלוקת זו שבין הצדדים הינה הוראת סעיף 18 לחוק שעות עבודה הקובעת שלעניין גמול שעות נוספות וגמול עבודה במנוחה שבועית המשולם לעובדים לפי סעיפים 16 ו-17 לחוק, יש להביא בחשבון את "כל התוספות שמשלם מעסיק לעובדו". על פי ההלכה הפסוקה, יש לפרש הוראת חוק זו בצורה מרחיבה, באופן המביא בגדר "השכר הרגיל" בונוסים ותוספות מותנות, לרבות תוספות שאינן מובאות בחשבון לצורך פיצויי פיטורים (עע 300175/97 כהן נ' עיריית נהריה, פד"ע לו 49 (30.10.01); עע 233/06 א.נ. נתניה נגד טנרידור (16.12.07)). בהינתן הלכה זו, ולצידה ההלכה הוותיקה לפיה עמלות מכירה מהוות בכל מקרה חלק משכרו הקובע של עובד לצורך חישוב פיצויי פיטורים (עע 170/03 עזרא נ' יה"ב פרויקטים (15.11.04); עע 537/07 טל נ' אילנות בטוחה בית השקעות (10.6.10)), המסקנה היא שצודק המבקש בטענתו בעניין הכללת עמלות המכירה בשכרו לצורך חישוב שעות נוספות.

17. ואכן, בפסק הדין בפרשת ערוץ הקניות (תא 11182/07 בן גל נ' כ.י.ד. ערוץ הקניות (7.10.12), מותב בראשות כב' השופטת דגית ויסמן), שבה נדרש בית-דין זה להכריע באותה השאלה שלפנינו – לשם הדיוק נציין שבאותו המקרה התביעה עסקה בדרישה להביא את העמלות בחשבון גמול בגין עבודה שבוצעה ביום המנוחה השבועית



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

בלבד – נפסק שהעמלות צריכות לבוא בחשבון השכר הרגיל, תוך שבית-הדין מנמק את פסיקתו בין היתר כך, ואנו מסכימים:

"הקביעה לפיה עמלות מהוות חלק מהשכר הרגיל כמשמעותו בסעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה מתיישבת גם עם תכלית החוק, שהיא כאמור להפוך את ההעסקה במנוחה השבועית לבלתי כדאית מבחינה כלכלית עבור המעסיק. זאת, בפרט בשים לב לכך שכעולה מתלושי השכר, העמלות היוו חלק לא מבוטל משכרו של התובע..."

יתירה מזאת, אם נאמץ את גישת הנתבעת לפיה אין לראות בעמלות כחלק מהשכר הרגיל לצורך חישוב גמול שעות נוספות, הרי שעובד ששכרו משתלם על בסיס עמלות בלבד, לא יהיה זכאי כלל לתשלום גמול שעות נוספות, גם אם הועסק בפועל בשעות נוספות. מסקנה זו אינה עולה בקנה אחד עם הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה".

לתכליתו של החוק ראו גם: דב"ע לו 4/2 הארגון הארצי של עובדי התעשייה האווירית נ' התעשייה האווירית, פד"ע ח 459 (15.5.77); דיון לט/3-24 בתי הדין לנפס בע"מ נ' למפל, פד"ע י 421 (24.6.79), אושר בבג"ץ 613/79 בתי דין לנפס נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד לד (2) 317 (25.12.79).

יצוין כי על פסק הדין בעניין ערוץ הקניות הוגשו ערעורים על ידי שני הצדדים, ובהתאם להמלצת מותב בית הדין הארצי אף הסכימו הצדדים בנסיבות המקרה שלפניהם על ביטול הקביעה שניתנה בו לפיה עמלות הינן חלק מהשכר לעניין גמול עבודה שבוצעה ביום המנוחה השבועית. עם זאת, בית-הדין הארצי הדגיש מפורשות ש"אין בביטול זה כדי להביע עמדה לכאן או לכאן על ידי בית דין זה" לגבי שאלה משפטית זו (עע 22856-11-12 בן גל נ' ערוץ הקניות (28.5.15)). דהיינו, ערכאת הערעור לא הביעה עמדה ביחס לקביעה המשפטית שנכללו בפסק הדין, ואף הדגישה שהשאלה המשפטית שבה דן בית-הדין האזורי לא הוכרעה לכאן או לכאן.

18. משהגענו למסקנה המשפטית לפיה הדין עם המבקש לעניין זכותו להכללת העמלות בשכר הרגיל, נותר לנו להתמודד עם הקושי הפרקטי שמעלה קסטרו, בדבר העדר כל אפשרות ריאלית לאתר את השעה שבה בוצעה מכירה ספציפית. קושי זה אינו מאפשר לה את צירוף העמלות שנצברו בגין יום עבודה מסוים לשכר העבודה של אותו יום, לצורך חישוב הגמול המגיע בשעות הנוספות של אותו היום (ראו בסעיף 133 לסיכומי קסטרו,



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

דוגמא מובהקת לקושי זה הינו לקוח שנמצא בחנות במשך פרק זמן ארוך, למשל שעתיים, שרובן ביום העבודה הרגיל, אך הוא מגיע לקופה בתוך שעת עבודתו הנוספת של המוכר. דוגמא נוספת היא של לקוח שבוחר מוצרים לקנות ביום מסוים ומגיע לשלם רק למחרת (היום).

התשובה לקושי זה הינה, מצד אחד, קבלת עמדת קסטרו בדבר כך שהעמלות אינן ניתנות לשיוך לנקודת זמן מסוימת, ומצד שני הוספתן של העמלות כמקשה אחת לשכר הרגיל לצורך חישוב שעות נוספות בסוף החודש, בדיוק כפי שהדבר נעשה באופן שגרתי כשמדובר בתוספת או בונוס לשכר חודשי. נזכיר בהקשר זה שעל פי תקנות הגנת השכר (מועד מיוחד לתשלום שכר עבודה) תשמ"ח-1987, במקרה שבו שכר עבודה משולם על פי דיווח העובד, והדיווח הוגש לאחר היום החמישי מתום חודש העבודה, הרי שתשלום ייעשה בתום החודש שלאחר החודש בגינו שולם השכר. התקנות מסדירות, בין היתר, את עיתוי תשלום גמול השעות הנוספות בנסיבות שבהן הגמול נקבע לפי רישום ולא באופן גלובלי, ובקשר אליהן פסק בית הדין הארצי כי:

"המועד לתשלום בגין עבודה בשעות נוספות נקבע בתקנות... על פיהן ניתן לשלם את אותו גמול בתום החודש שלאחר חודש העבודה (דב"ע נב/38-3 בינוי והשקעות נ' אשקר, פד"ע כה (4) 5 (כב' הנשיא (בדימוס) מנחם גולדברג).

עמדתנו דלעיל עומדת בקנה אחד גם עם פרשנות משרד הכלכלה כפי שהיא עולה ממסמך "הנחיה לאכיפה פלילית של חוק הגנת השכר – תיקון 24", שנערך על ידי המחלקה המשפטית של המשרד בשנת 2009. במסמך מפורטות הנחיות המשרד להפעלת הסמכות הפלילית, בין היתר ביחס לדרישה בתוספת לחוק כי בתלוש השכר תפורט "התקופה הקלנדארית שבעדה שולם שכר". וכך נאמר שם:

"המועד לתשלום השכר הינו המועד שנקבע בסעיפים 9 עד 13 לחוק ועל כן ייתכן כי רישומים כגון גמול שעות נוספות או פרמיות (תשלומים על פי דיווח) יופיעו בתלוש שלאחר החודש שבו ניתן תלוש השכר המשקף את התשלום בעד שעות העבודה הרגילות. לכן, במידה ובתלוש נרשמה התקופה הקלנדארית שבגינה משולם השכר, והתשלום עצמו כלל משכורת בסיס נכונה לחודש זה, אך לא כלל דיווח לתשלומים משתנים לחודש זה (כגון שעות נוספות, מחלה, חופשה וכיו"ב) אך כן כלל דיווח נכון ומלא לתשלומים משתנים אלו לחודש עבור החודש הקלנדארי הקודם לחודש שבגינה משולם השכר (ולא לחודש שבינו משולם השכר) – אזי אין



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

1 בעצם הרישום הזה עבירה, ואין לנקוט הליכים פליליים אלא
2 בעקבות חשד לא אמיתות הרישום...
3

4 הנחיה זו תקפה גם לעובדים שעבדו בסך הכל פחות מחודש או
5 חודש אחד בלבד, במידה ויקבלו בתוך חודש ימים בכפוף למועדי
6 החוק תלוש משלים הכולל פירוט לתשלומים המשתנים ושכר
7 בגינם. הנחיה זו אינה תקפה לגבי עובדים שעתיים – למעט עובד
8 שעתי המקבל גם פרמיות בחודש העוקב – (שכן לגבי עובד שעתי
9 רגיל השכר עבור שעות העבודה משתנה כל חודש ומשולם להם
10 בחודש העוקב לפי דיווח, ואין הצדקה לדחות תשלום בעבור
11 תשלומים משתנים)."
12

13 יישום הוראות התקנות על המקרה שלפנינו הינו פשוט. על קסטרו, שאין בידיה את
14 הנתון בדבר גובה העמלות בגין חודש מסוים במועד שבו היא מכינה את המשכורות
15 ומחשבת את גמול השעות הנוספות המגיע לאותו חודש, לשלם הפרשים בגין גמול שעות
16 נוספות בחודש שלאחר מכן, לאחר שהיא כבר יודעת מה היה סך העמלות באותו חודש,
17 שאותו יש להוסיף לשכר הרגיל של המשכורת הקודמת.
18

19 לאופן התחשבנות חודשי שכזה, ראו והשוו לפסק דינו של בית הדין הארצי ב- עע
20 1194/01 עגיב נ' המגן חברה לביטוח, פד"ע מ 241 (11.2.04), שאושרה בבג"צ 3512/04
21 שזיפי נ' בית הדין הארצי, פד"י נט (4) 70 (29.12.04). כמו כן ראו והשוו לפסק דינו של
22 בית הדין האזורי בירושלים סע"ש 27654-02-12 בן מיכאל נ' סופר אבי (14.12.15), מותב
23 בראשות כב' השופט דניאל גולדברג). גם בפסק דין זה נקבע שיש להביא את עמלות
24 המכירה בשכר הרגיל לצורך חישוב גמול עבודה בשעות נוספות ובמנוחה שבועית. כן
25 נקבע שבהעדר תיעוד יומי בדבר העמלות שיש לייחס לכל יום עבודה, אופן החישוב הנכון
26 הוא להכליל את כל העמלות ששולמו בחודש מסוים בבסיס השכר לצורך חישוב השכר
27 היומי.
28

29 19. להלן נתייחס לשתי טענות הגנה נוספות שהעלתה קסטרו בקשר לרכיב תביעה זה:
30

31 ראשית קסטרו טוענת שחשוב להבטיח גמישות נאותה בשיטת תגמול עובדיה
32 באמצעות תמריצים. לשיטתה, קביעה לפיה רכיב העמלות יתווסף לגמול המיוחד עבור
33 עבודה בשעות נוספות ובימי מנוחה יפגע בגמישות זו ואף עשוי לחייב אותה פגוע בעמלות
34 אותן מקבלים כלל העובדים עבור עבודה בשעות רגילות (סעיף 126 לסיכומיה). דין הטענה
35 להידחות. הגמישות הנתונה למעסיק לגבש תוכנית תמריצים, כמו גם הגמישות הנתונה לו



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

לקבוע את מבנה שכרו של עובד, מוגבלת על ידי הוראותיו הקוגנטיות של משפט העבודה המגן, עליהן עמדנו לעיל. הוראות אלה מחייבות את הכללת רכיב העמלות בשכר הרגיל לצורך חישוב הגמולים שבהן עסקינן. במקרה שלפנינו, עסקינן בהוראה שמטרתה באופן המפורש ביותר להפוך את ההעסקה בשעות הנוספות ובימי מנוחה לפחות כדאית, ואולי אפילו לבלתי כדאית לחלוטין למעסיק (כפי שעולה דווקא מטיעוניה של קסטרו, ראו בסעיף 238 לתגובתה). טיעון לפיו המדובר בהוראות שאינן גמישות במידה המספקת לצרכים עסקיים כאלה ואחרים יש להפנות למחוקק, שאגב למיטב ידיעתנו אכן בוחן בשנים האחרונות אפשרות לערוך שינויים כאלה ואחרים בהוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, בין היתר על מנת לאפשר למעסיקים יתר גמישות בקביעת שעות העבודה והמנוחה, והכל מבלי לפגוע בזכויות העובדים;

שנית קסטרו טוענת שאפילו צודק המבקש בטענותיו בדבר זכותו לקבל הפרשי גמול שעות נוספות בגין עמלות, הרי שכנגד זכות זו עומדת לה זכות לקיזוז מגמול השעות הנוספות ששילמה לו בגין הפסקות שקיבל המבקש (ומקבלים כל שאר העובדים). קסטרו היפנתה בהקשר זה לפסקי דין שונים שניתנו בבתי הדין האזוריים לאורך השנים שבהם התקבלו, במסגרת הדיון בתביעות לגמול שעות נוספות, טענות קיזוז בגין הפסקות שהעלו מעסיקים. ברם, בעניין זה כבר נפסק מפורשות על ידי בית-הדין הארצי, לעניין הפסקות אוכל שניתנו על ידי המעסיק ולא קוזזו משכר העבודה בזמן אמת, כי אין להתיר קיזוזן בדיעבד. זאת, מאחר שיש לראות את חוזה העבודה ככולל הסכמה מכללא, שהמעסיק אינו רשאי לחזור ממנה לאחר סיום העבודה, שלא לנכות את זמן ההפסקה משעות העבודה בתשלום (עע 570/06 ע"ד אגרון נ' עו"ד כץ (14.10.07), כב' הנשיא בדימוס סטיב אדלר, סעיף 14 לפסק הדין). במילים אחרות, קיזוז זמן הפסקה הוא זכות של המעסיק, אך לא חובה. מעסיק הבוחר שלא לקזז הפסקות, אינו רשאי על פי ההלכה הפסוקה לבוא בדיעבד ולשנות את תנאי ההעסקה.

למעלה מהנדרש, נציין שקסטרו אף לא הוכיחה שעובדיה מקבלים את ההפסקות שאותן ביקשה לקזז, ונסביר מדוע. מעיון ב"הסכם מוכרים/מקבלים" המפורט (נספח י"א לתגובת קסטרו) עליו הוחתם המבקש ומוחתמים שאר עובדי המכירות בקסטרו, כמו גם מעיון בדוגמאות להודעות על תנאי עבודה (נספח י"ב לתגובה) עולה שאין בהן כל ציון לעובדה שהעובדים זכאים להפסקה כזו או אחרת במהלך משמרת. בנוסף, קסטרו לא ערכה כל רישומים ובכלל זה לא חייבה את עובדיה לערוך רישום מסודר של זמני היציאה להפסקה



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

והחזרה מהפסקה, כנהוג כיום במקומות עבודה רבים. היא גם לא הגישה לנו גם כל מסמך בכתב אחר המאשש את טענותיה שאנשי המכירות שלה אכן מקבלים הפסקות העומדות בתנאים הקבועים בסעיף 20(ב) לחוק שעות עבודה ומנוחה לצורך אי הכללת במניין שעות העבודה. למעשה, אפילו בתגובתה בכתב קסטרו "גמגמה" בקשר לאורך ההפסקה שאותה מקבלים עובדיה, כשטענה (ראו למשל בסעיף 9 לתגובה) שאורכה של ההפסקה ממנה נהנה כל עובד הינו החל מ-30 דקות לערך". המילה "לערך", להבנתנו, מצביעה על כך שאף לטענת קסטרו רבים מהעובדים מקבלים הפסקה שאורכה פחות מ-30 דקות. על כן, ממילא על פי דין אין מקום להחסירה ממאזן שעות העבודה בתשלום. לא בזמן אמת, וודאי שלא בדיעבד.

האם קיימת זכאות לגמול עבודה בשעות נוספות מעבר ל-43 שבועיות?

20. על פי הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, בצירוף עם הוראות צו ההרחבה משנת 2000 בדבר קיצור שבוע העבודה מ-45 שעות ל-43 שעות בשבוע:

"אין חולק כי קמה זכות לעובד לגמול שעות נוספות בכל מקרה שבו עבד מעבר ל 43 שעות שבועיות (להלן: עבודה נוספת). זכות לגמול שעות נוספות תקום לעובד בין שהעבודה הנוספת שמעבר ל-43 שעות שבועיות נדרשת ממנו ביום רגיל, ובין שהיא נדרשת ביום המנוחה השבועי" (עצ' 402/07 ניצנים חברה לאבטחה נ' חודאדי (כב' השופטת רונית רוזנפלד, 19.1.10)).

כן ראו: עצ' 188-06 בוג' נ' קל בנין (28.11.10), סעיף 35 לפסק דינה של כב' השופטת לאה גליקסמן) שם ניתן למצוא הסבר מפורט אודות אופן החישוב.

21. בתגובה שהגישה קסטרו לבקשה לאישור התובענה כייצוגית, היא כלל לא הכחישה את טענת המבקש לפיה חישוב גמול השעות הנוספות שלו נעשה רק ברמה היומית, ולא ברמה השבועית (סעיף 200 לתגובה שהגישה). להשלמת התמונה, נציין שבהמשך ההתדיינות טענה קסטרו שהחישוב נעשה לא רק ברמה היומית, אלא גם ברמה החודשית (עמ' 16 ש' 26 לפרוטוקול), טענה עליה חזרה גם בסעיף 22 לסיכומיה, אם כי בהמשך הסיכומים חזרה והודתה שטענות המבקש, בדבר כך שחישוב גמול השעות הנוספות נעשה על בסיס יומי בלבד, הן נכונות (סעיף 33 לסיכומיה).



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

טענתה המרכזית של קסטרו במענה לטענתו זו של המבקש הינה כי "לרוב, שעות עבודתו השבועיות לא עלו על המכסה השבועית של 43 שעות שבועיות" (סעיף 34 לסיכומיה). קסטרו מוסיפה שהמקרה של המבקש אינו חריג וכי "שעות עבודתם השבועיות של רוב עובדי המשיבה בתפקידי צוות מכירה לא עלו על 43 שעות שבועיות" (סעיף 39 לסיכומיה). המבקש מכחיש, וטוען שהוא עצמו עבד מספר רב פעמים מעבר ל- 43 שעות שבועיות (ראו למשל בסעיף 36 לסיכומיו), וכך גם רבים מעובדי המכירות האחרים בקסטרו. מכל מקום, אין כמובן כל צורך שנכריע במחלוקת עובדתית זו לכאן ולכאן לעת הזו. מה שברור להבנתנו הוא כי קסטרו, בניגוד לדין, לא ערכה את החישוב השבועי הנדרש, ועל כן זכאי המבקש – כמו גם כל שאר העובדים האחרים במצבו – לתשלום הפרשים.

22. בטרם נחתום את הדיון בנקודה זו נציין שגם לגבי רכיב תביעה זה העלתה קסטרו טענות קיזוז. דינן להידחות מאותן הנימוקים עליהם עמדנו קודם לכן במסגרת הדיון בעניין הכללת העמלות בשכר הרגיל לצורך חישוב גמול השעות הנוספות (על מנת שלא להאריך לא נחזור עליהן כאן, ראו סעיף 19 מעלה).

הקיימת זכאות להפרשי הבראה וחגים בגין עבודה שמעבר ל- 75% משרה?

23. כידוע, אחד הנתונים הנדרשים לצורך חישוב דמי ההבראה ודמי החגים המגיעים לעובד הינו היקף המשרה שבה עבד. המבקש טען בקשר לכך שקסטרו הגדירה לו שלא כדין היקף משרה חלקי לפי יום עבודה של 6 שעות ביום. זאת, על אף שבפועל עבד יותר שעות וימים, והיקף משרתו היה גבוה יותר. קסטרו בתגובה לבקשה הודתה שהגדירה את היקף המשרה במערכת השכר שלה לפי 6 שעות עבודה ביום (75% משרה), לאור זאת שהמבקש התקבל לעבודה כמוכר במתכונת עבודה של משמרת יומית בת 6 שעות עבודה בלבד. קסטרו הודתה שבפועל כפי שעולה מדוחות הנוכחות של המבקש, הוא עבד לעיתים בהיקף שעות גדול יותר (סעיף 268 לתגובתה), באופן שייתכן שמזכה אותו בתשלום הפרשים. עם זאת, קסטרו הטעימה שרוב עובדיה עובדים ממילא בהיקף משרה חלקי בלבד, וחלקם הנכבד בהיקף משרה נמוך מזה המוגדר במערכת, בהתאם לשיבוץ העבודה והעדפותיהם האישיות (סעיפים 270 ו- 279-280 לתגובתה).



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

24. כך או כך, כפי שציינו עוד קודם לכן בהחלטה זו, ביום 21.9.15, דהיינו עוד קודם לדיון בבקשה לאישור, הודיעה קסטרו שלאחר ששקלה את הנושא ובחנה את התשלומים ששולמו על ידן במהלך השנים, היא מסכימה לכך ששאלת זכאותם של עובדיה להפרשי דמי הבראה ודמי חגים בגין כך שהגדירה במערכת השכר שלה את היקף עבודתם באופן אוטומטי על 6 שעות עבודה ביום (75% משרה) תאושר ותידון כתובענה ייצוגית. בסיכומיה הרחיבה והבהירה המשיבה שהיא "מסכימה כי לכל העובדים אשר שולמו דמי הבראה ודמי חגים על בסיס משרה של 75% והם עבדו בפועל יותר – יש לשלם לפי היקף משרתם בפועל" (סעיף 275 לסיכומיה). להשלמת הדיון נציין, שקסטרו מסרה שלהבנתה בהמשך ההליך, לאחר האישור, במסגרת הדיון כתובענה ייצוגית לגופה:

"יש לקבוע בין היתר, בהמשך ההליך, על פי מה ייקבע היקף המשרה לצורך תשלום דמי חגים: שלושה חודשים שקדמו, ששה חודשים או שמא שנה".

ובנוסף:

"קיים צורך בניהול הליך משפטי קצר יחסית... לעניין גובה הפיצוי לעובדים, טענת הנתק לעובדים מסוימים, הטענה בדבר עובדים שקיבלו ביתר וכיו"ב".

בהקשר לכך, קסטרו מדגישה כי מאחר שהיא הגדירה במערכת השכר שלה את כל מוכרי החנויות במתכונת עבודה של משמרת יומית בת 6 שעות (75% היקף משרה), הרי ש"עובדים שעבדו מעל 75% משרה נפגעו, אך היו גם עובדים שעבדו בהיקף משרה נמוך מ-75%, והם אינם מעטים, ש קיבלו את התשלומים האמורים לפי היקף משרה גבוה יותר" (סעיף 281 לסיכומיה). ואנו נבהיר ונדגיש בהקשר זה, שהעובדה שהיו עובדים בקסטרו שעבדו בהיקף משרה של פחות מ-75% ועדיין קיבלו דמי חגים ודמי הבראה לפי היקף משרה של 75%, אינה פוגעת בזכותם הקוגנטית של אותם אלה מבין העובדים שעבדו בהיקף משרה של מעל 75% – ואין זה כלל משנה אם מדובר ברוב העובדים או במיעוטם – לקבל הפרשים בגין החישוב החסר שנעשה לכל אחד ואחד מהם.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

ה. האם מתקיימים התנאים לאישור התובענה כייצוגית?

שאלות משותפות של עובדה ומשפט

25. קסטרו טוענת שככלל אין מקום לאשר ניהול תובענה כייצוגית בעילה של אי תשלום שעות נוספות. היא מסתמכת בטענתה זו על פסק דינו של בית-הדין הארצי ב- עע 686/09 ברקן נ' איילון (30.5.11). איננו סבורים שיש בפסק דין זה כדי להוות תקדים חד משמעי המחייב אותנו שלא לאשר תובענה ייצוגית שעילתה תשלום הפרשי שעות נוספות, ונסביר:

ראשית פסק דין ברקן עסק בסיטואציה שבה לא היתה כל מחלוקת פרשנית משפטית בדבר אופן תשלום גמול שעות נוספות. בית הדין הארצי קבע שכל שנדרש באותו מקרה היה בירור עובדתי פרטני של זכויות כל עובד לתשלום גמול שעות נוספות. זאת, בשונה מהמקרה שלפנינו שבו קיימות שתי שאלות משפטיות המשותפות לכלל העובדים חברי הקבוצה – האחת נוגעת להכללת רכיב העמלות בגמול השעות הנוספות שלהם, והשנייה נוגעת לזכותם לתחשיב גמול שעות נוספות גם ברמה השבועית, ולא רק ברמה היומית;

שנית מכיוון שפסק הדין בעניין ברקן הינו פסק דין קצר, נכון לקרוא אותו ביחד עם החלטת בית-דין זה שעליה הוגש הערעור שם (ע"ע 686-09 ברקן נ' איילון חברה לביטוח (30.5.11)). מעיון בהחלטה זו עולה שבאותו מקרה ביקש יועץ משפטי פנימי בחברת ביטוח לקבל גמול שעות נוספות. המעסיקה שם הגדירה אותו כעובד הנהלה ועל כן סברה שאין הוא זכאי לגמול שעות נוספות, תוך שהיא הדגיש את ההבדלים הגדולים בין תפקידו הניהולי לבין עובדים מהשורה. בית הדין האזורי שם הדגיש שכלל לא הוכח באותו המקרה ששאר עובדיה של חברת הביטוח לא קיבלו גמול שעות נוספות, או שבכלל הועסקו בתנאי העסקה דומים לשלו. למעשה, הוכח שזה לא היה המצב. זהו כמובן מקרה שונה לחלוטין מהמקרה שלפנינו, שבו למעשה אין מחלוקת עקרונית בדבר כך שכל עובדי המכירות בקסטרו, עליהם נמנה גם המבקש, הועסקו בתנאי העסקה זהים וקיבלו גמול שעות נוספות. שתי השאלות המשפטיות שעורר המבקש ושנוגעות לאופן חישוב גמול השעות הנוספות של כולם הינן משותפות לכולם;

שלישית הלכת ברקן ישימה לדעתנו גם לסיטואציות שבהן קיים צורך בבחינה עובדתית מורכבת בדבר מספר שעות העבודה שעבד כל אחד מחברי הקבוצה, למשל



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

בסיטואציה שבה לא קיימים דוחות נוכחות או מסמכים בכתב אחרים שמהם ניתן ללמוד על מספר שעות העבודה שעבד כל אחד מחברי הקבוצה (ראה לדוגמה: דמ"ש 1555/10 עו"ד עמית זילברג נ' במרום הפקות (24.5.13, מותב בראשות אב בית דין זה)). זהו מצב דברים שונה לחלוטין מזה שלפנינו, שבו קיימים דוחות נוכחות לכל חברי הקבוצה, כולם גם קיבלו גמול שעות נוספות שחושבו בדרך מסוימת, והטענה אותם מבקשים לברר במסגרת התובענה הייצוגית הינה האם נכון היה מבחינה משפטית לחשב לכולם את הגמול בדרך אחרת, מיטיבה יותר, ועל כן הם זכאים להפרשים;

ורביעית גם בפסק הדין שניתן לאחרונה בעניין שלזינגר (תצ 56377-0-111 שלזינגר נ' פרומדקט גרופ (13.7.15, מותב בראשות כב' השופטת חנה טרכטינגוט), שבו לא אישר בית-דין זה בקשה לאישור תובענה להפרשי גמול שעות נוספות כייצוגית תוך הסתמכות על הלכת ברקן, הודגש (ואנחנו מסכימים) שהרציונאל שלא לאשר הינו הצורך בבחינה עובדתית מורכבת, בהינתן שאצל המעסיק שם היו מספר גדול גמיש ומגוון של מתכונות העסקה, וזאת במסגרת פרויקטים רבים ושונים. זאת, בשונה לחלוטין מהמקרה שלפנינו שבו אין בפי קסטרו כל טענה בדבר קיומן של תת-קבוצות בקרב עובדי המכירות שלה שקיים שוני בתנאי העסקתם.

26. בקשר לפיסקה האחרונה, ועל מנת שלא לצייר תמונה חלקית, נציין שלא נעלמה מאיתנו טענת קסטרו לפיה קיימת בכל זאת תת-קבוצה אחת בתוך קבוצת עובדי צוותי המכירות שיתכן שהדין לגביה הוא שונה, והיא קבוצת העובדים הלא יהודים. בסעיף 139 לסיכומיה טוענת קסטרו שהיא נוהגת לשלם לעובדים אלה שעובדים בשבת ובחג גמול גבוה יותר (50% עד 100%, תלוי בתפקיד העובד) על אף שאין מדובר בעבודה ביום המנוחה שלהם, ועל אף שהם מקבלים יום מנוחה וימי חג אחרים, בהתאם לבחירתם ועל פי הדין. עיינו בסיכומי המבקש ולא מצאנו כל מענה לטענה זו. מכל מקום, איננו סבורים שבעצם קיומה של תת-קבוצה זו יש כדי להטות את הכף כנגד אישור התובענה הייצוגית. במסגרת הדיון בתובענה עצמה, ניתן יהיה לדון בטענות הצדדים גם בקשר לתת-קבוצה זו.

27. אשר לרכיבי התביעה להפרשי דמי חגים והפרשי דמי הבראה, הרי שקסטרו עצמה הסכימה שיתקיים בהם דיון במסגרת תביעה ייצוגית, ובהסכמתה זו גלומה גם הסכמה לכך שרכיבי התביעה האלה כפי שהוצגו לבית-הדין כוללים שאלות משותפות של עובדה ומשפט לגבי חברי הקבוצה כולה.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

28. משהגענו למסקנה שלמבקש עומדות לכאורה עילות התביעה האישיות שלהם הוא טוען באשר לאופן חישוב שכרו, ולאור הצהרת קסטרו בדבר תנאי השכר האחידים בעיקרם של כל עובדיה בצוותיה המכירות, דומה שהמבקש גם הוכיח לכאורה, כנדרש ממנו בשלב זה של ההתדיינות לפי הוראת חלקו השני של סעיף 8(א) ל חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006, שקיימת אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות יוכרעו לטובת הקבוצה.

האם תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת?

29. בפסק דין תקדימי שניתן על ידי בית-המשפט העליון לפני חודשים ספורים, הדגישה כב' השופטת דפנה ברק ארז כי בדיני תובענות ייצוגיות "התכלית המושלת בכיפה היא אכיפה מקסימאלית של זכויות, ולא כל שכן של קבוצות מוחלשות" (בג"צ 1893/11 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה (30.8.15)). בהינתן זאת, השופטת ברק ארז הוסיפה ועמדה על כך, שקיימת חפיפה בתכליות של דיני התובענות הייצוגיות ושל דיני העבודה, שכן התכלית של אכיפה מיטבית של זכויות עובדים הינה תכלית מרכזית גם של דיני העבודה.

פסק דין הארגון הארצי חיזק אם כן והדגיש את חשיבותו המרכזית של כלי התובענה הייצוגית בתחום דיני העבודה, חשיבות עליה עמד לא פעם בית הדין הארצי בפסקתו. לכלי זה חשיבות מיוחדת בתיקים מסוג זה שבפנינו, העוסקים בקבוצות עובדים המשתכרות שכר נמוך, כאשר לא מתקיימים בין הצדדים יחסי עבודה קיבוציים (ראו גם: אלון קלמנט ושרון רבין-מרגליות "תובענות ייצוגיות בדיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק?" עיוני משפט לא 369, 399 (2009); אלישבע ברק-אוסוסקין "ממרומי נבו – תובענה ייצוגית ומשפט העבודה הקיבוצי: היחיו שניהם יחדיו? בעקבות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006" ספר גבריאל בך 577 (2011); מורן סבוראי, "תכליתם של מנגנוני ייצוג במשפט העבודה: מנגנון התובענה הייצוגית אל מול הכלים המסורתיים של משפט העבודה הקיבוצי" ספר אליקה ברק-אוסוסקין (2012)).

30. ומן הכלל אל הפרט, האם הבקשה שבפנינו מתאימה לבירור בדרך של תובענה ייצוגית? בדברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, הודגש כי מדובר בכלי המיועד לתביעות ש"סכומן זניח לעומת עלות התביעה, או תביעות הסובלות ממחסומי תביעה



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

אחרים" (ה"ח 234 התשס"ו 2006). בית המשפט העליון הבהיר לא פעם כי ה"תובענה הייצוגית נועדה לתת מענה לתביעות שאין כדאיות כלכלית לתבען בתביעות יחיד, משום שהנזק שנגרם לכל תובע בנפרד הוא מזערי" (כב' השופט אליקים רובינשטיין, רעא 2598/08 בנק יהב לעובדי המדינה נ' שפירא (23.11.10)). את מבחן הסף הזה, מבחן העדר הכדאיות הכלכלית בניהול תביעת יחיד, עוברת הבקשה שבפנינו בקלות. להלן נסביר מדוע.

קסטרו בסיכומיה מודה שרוב עובדיה בצוותי מכירות עובדים במשרות חלקיות ביותר (סעיף 149 לסיכומיה). ממוצע ותק ההעסקה הינו פחות משנה, ועמד נכון למועד הגשת התגובה על 10.73 חודשים בלבד, כשבשנים קודמות היה ממוצע זמן ההעסקה של עובדי צוותי המכירות נמוך אף יותר, כ- 6 חודשים בלבד (סעיף 11 לתגובה). משמעותם של נתונים אלה הינה, ששכרו המצרפי הכולל של "עובד ממוצע" בצוותי המכירות של קסטרו, המועסק בשכר מינימום בצירוף עמלות במשך כחצי שנה עד שנה, אינו עולה על כמה עשרות אלפי שקלים בממוצע. מכאן נובע, שההפרשים להם הוא יהא זכאי ככל שתאושר התובענה כייצוגית ותתקבל בסופו של יום לא יעלו ככל הנראה כמה מאות שקלים לעובד, ולכל היותר יגיעו לאלפי שקלים בודדים. בהעדר כדאיות כלכלית, קל להבין מדוע תובענות פרטניות אינן כלי יעיל ומעשי לצורך אכיפת זכויות חברי הקבוצה כאן, קבוצה המונה אלפי עובדים (על פי התחשיב של קרוב ל- 2000 עובדים ברגע נתון, ובהינתן שבכל שנה מתחלף חלק גדול מהם).

31. נבהיר, שקסטרו צודקת כמובן בטענתה שקיים שוני בין כל עובד לעובד מבחינת תקופת העבודה, היקף המשרה ובגובה העמלות שלהם היה זכאי כל אחד מהם. ברם, על פי פסיקת בית-הדין הארצי, אין בקיומו של שוני זה כשלעצמו כדי למנוע אישורה של תובענה כייצוגית, שכן מדובר ב:

"שוני מובהק וטבוע בקבוצות 'מעוניינים בתחום משפט העבודה. וממילא, משהתאפשר על פי החוק להגיש תובענות ייצוגיות של עובדים כנגד מעסיקיהם, כי אז יש קושי בהסתמכות עליו, כשלעצמו, כמונע אישור תובענה ייצוגית (עע 246/99 תורג'מן נ' שחר אבטחה ושירותי משרד (27.12.09), כב' השופטת רונית רוננפלד).



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

נימוק נוסף למסקנתנו שתביעה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת שבפנינו, הינו עצם העובדה שקסטרו הסכימה לכך שיש מקום לברר בדרך של תובענה ייצוגית את המחלוקת הנוגעת לזכותם של כל העובדים להפרשים בגין דמי חג ודמי הבראה. בהינתן זאת, ממילא יהיה צורך במסגרת התיק לבחון באופן פרטני – באמצעות תוכנת השכר של החברה – את היקף המשרה המדויק של כל עובד ועובד שעבד בצוות המכירות שלה, כמו גם את השכר שקיבל, על מנת לבדוק האם הוא אכן זכאי להפרשים הנטענים בגין דמי חגים ודמי הבראה, ומה שיעורם. במסגרת הבדיקה הזו, ניתן יהיה בקלות יחסית לקבוע האם כל עובד ועובד זכאי גם להפרשים בגין גמול עבודה בשעות נוספות, בהתאם לעקרונות אותם קבענו במסגרת החלטה זו ושעוד ייקבעו בהמשך ההתדיינות, בשלב הדיון בתובענה הייצוגית לגופה.

32. ולבסוף, נזכיר שבידי בית-הדין כלים שונים להתמודד עם שונות אפשרית בנזק לכל אחד מחברי הקבוצה (ראו סעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות), ואף מטעם זה אין בעצם השונות כדי להצדיק אי אישור התובענה כייצוגית. הצדדים יוכלו כמובן לטעון בעניין זה במסגרת הדיון בתובענה לגופה.

הקיימת עילת תביעה אישית למבקש?

33. כאמור, קסטרו מודה שקיימת למבקש עילת תביעה אישית בכל הנוגע לתשלום הפרשי דמי חגים ודמי הבראה בגין כך שהיקף משרתו הועמד בטעות על 75%. אשר לעילות התביעה הנוספות, דנו בהן מוקדם יותר בפסק דין זה, והכרענו בחלקן לטובת המבקש. מכאן שאכן עומדת לו עילת תביעה אישית כטענתו.

האם עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב?

34. קסטרו הקדישה חלק משמעותי בסיכומיה (סעיפים 207 עד 271) לטיעון לפיו לשיטתה עניינם של כלל חברי הקבוצה לא ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב. בתמצית, טוענת קסטרו שבמהלך הליך גישור שהתקיים בין הצדדים במשך תקופה ארוכה, נהגו ב"כ המבקש בצורה לא מקצועית, לא הולמת ולא תמת לב, בין היתר בכך שיצרו בפניה, בפני המגשרת וגם בפני בית הדין מצג שווא לפיו הצדדים קרובים ביותר לחתימה על הסכם



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

1 פשרה, אך בסופו של דבר חזרו בהם מהסכמות כאלה ואחרות, והודיעו לבית הדין שהם
2 מבקשים להמשיך בבירור בקשתם לאישור התובענה הייצוגית לגופה.

3
4 דין טענותיה אלה של קסטרו להידחות. על פי הוראת סעיף 79ג' לחוק בתי המשפט
5 [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, חל חסיון על הליכי גישור. קסטרו, שהיתה מודעת כמובן
6 להוראת חוק זה, הודיעה במהלך דיון קדם המשפט שנערך בתיק ביום 16.6.15 שבדעתה
7 להגיש בקשה מפורטת ומנומקת מדוע יש מקום להסיר את החסיון ולהציג בפני בית-הדין
8 את הסיבות לכך שלא נחתם הסכם גישור (עמ' 8 ש' 15). משכך, ניתנה לקסטרו בהחלטה
9 שניתנה בתום אותו הדיון הרשות להגיש בקשה מנומקת בכתב בעניין. קסטרו אף ביקשה
10 וקיבלה מבית-הדין ביום 7.7.16 ארכה לצורך הגשת בקשתה זו, אך ביום 14.7.15 הודיעה
11 שהיא נמלכה בדעתה והיא לא מבקשת להסיר את החסיון. משכך, לא היה כל מקום לכך
12 שקסטרו תעשה דין לעצמה ובלא שביקשה – וממילא בלא שקיבלה – הסרת חסיון, תפרוש
13 בפני בית-הדין את גרסתה לסיבות לאי הצלחת הגישור. המבקש בצדק התרעם על
14 התנהלותה זו של קסטרו, וביקש מאיתנו להתעלם מהמידע שנמסר לנו תוך הפרת החסיון.
15 אנו מקבלים את עמדתו בנקודה זו, ועל כן לא נתייחס לטענותיה אלה של קסטרו.

16
17 35. נוסף רק, בנקודה זו, שיש לתמוה על טענות קסטרו בדבר אי כשירות ב"כ המבקש
18 לייצג את הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב, בשים לב לכך שקסטרו עצמה הסכימה לכך
19 שבכל הנוגע לתשלום דמי חגים ודמי הבראה על בסיס 75% יש מקום לנהל תובענה
20 כייצוגית. ואנו נשאל את השאלה הרטורית הבאה: אם קסטרו מסכימה לכך שב"כ המבקש
21 ייצגו את חברי הקבוצה בכל הנוגע לחלק מעילות הבקשה, האם אין לראות בכך משום
22 הסכמה מצידה לכך שב"כ המבקש מתאימים לייצג את הקבוצה גם בשאר העילות, אותן
23 עילות שבמחלוקת?

1. סוף דבר

24
25
26
27
28 36. הבקשה לאישור התובענה כייצוגית כנגד קסטרו, המשיבה, מתקבלת בחלקה, וזאת
29 בתנאים המפורטים להלן:
30



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

- א. חברי הקבוצה: כל עובדי קסטרו, שעבדו בסניפי הרשת במכירות על בסיס שכר חודשי בצירוף עמלות בגין מכירה, החל משבע שנים לפני הגשת בקשת האישור.
- ב. התובע המייצג: מר אור שחם.
- ג. באי כוח המייצגים: עו"ד רונן בן צבי ועו"ד מיכל גורן.
- ד. עילות התביעה בגין מאושרת התובענה כייצוגית: אי הכללת עמלות המכירה ב"שכר הרגיל" לצורך תשלום גמול שעות נוספות וגמול עבודה ביום מנוחה; מתן גמול שעות נוספות על פי תחשיב יומי בלבד, ללא תשלום הנדרש בדין גם עבור עבודה מעל 43 שעות על פי תחשיב שבועי; הגדרה שלא כדין של היקף משרה קבוע של 75% גם עבור עובדים שהיקף משרתם היה גבוה מזה, וזאת לצורך תשלום דמי חגים ודמי הבראה.
- ה. הסעדים הנתבעים: תשלום הפרשים בגין רכיבי השכר השונים, בהתאם לפירוט עילות התביעה.
37. בהתאם לסמכותי לפי סעיף 23 לחוק תובענות ייצוגיות, הריני לפסוק לבא כוח המייצגים שכר טרחה בגין טיפולם בתובענה עד לשלב זה בסכום כולל של 80,000 ₪ בתוספת מע"מ, וכן לפסוק לטובת המבקש הוצאות בסך 5,000 ₪. סכומים אלה ישולמו על ידי קסטרו עד ליום 15.2.16.
- באי כוח המייצגים יפרסמו הודעה בדבר אישור התובענה כייצוגית, כאמור בסעיף 24 לחוק תובענות ייצוגיות נוסח ההודעה יכלול את הפרטים הנדרשים על פי סעיף 14(א) לחוק, וכן הבהרה בדבר זכותו של כל חבר בקבוצה לצאת מהקבוצה לפי סעיף 11 לחוק. גודל ההודעה ונוסחיה יתואם בין באי הכוח המייצגים לבין באי כוח קסטרו. ההודעה תפורסם בשני עיתונים יומיים בתפוצה ארצית, לפי בחירתם של באי הכוח המייצגים. נוסח המודעה וגודלה יובאו על ידי באי הכוח המייצגים לאישור בית הדין עד ליום 15.2.16. קסטרו תישא בעלויות פרסום המודעה.



בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 3263-07-13

כתב תביעה שיותאם לאמור בהחלטה זו יוגש עד ליום 15.2.16. כתב הגנה מטעם
קסטרו יוגש בתוך 30 יום ממועד קבלת כתב התביעה. קדם משפט יתקיים ביום 4.4.16
בשעה 09.00.

המזכירות תעביר עותק של החלטה זו למנהל בתי המשפט על מנת שיעדכן את
פנקס התובענות הייצוגיות.

ניתנה היום, י' שבט תשע"ו, (20 ינואר 2016), בהעדר הצדדים.

דורי ספיבק, שופט