



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

ניתן ביום 01 יוני 2020

המערערת בע"ע 24481-11-17
והמשיבה שכנגד בערעור המשיב
3 (מר אשוט מירוזיאן)

איל"ן איגוד ישראלי לילדים נפגעים (ע"ר)

-

המערער שכנגד בע"ע 24481-11-17
17

המשיבים

1. מיכאל מוחדינוב
2. מרינה רזייב
3. אשוט מירוזיאן
4. גיולנרה זרביאלוב
5. אלכסנדר סידלקובסקי
6. רוזה חדיסוב

-

המערערת בע"ע 38313-03-18
והמשיבה שכנגד

איל"ן איגוד ישראלי לילדים נפגעים (ע"ר)

-

המשיב בע"ע 38313-03-18
והמערער שכנגד

אלכסנדר מוסקלנקו

לפני: הנשיאה ורדה וירט-ליבנה, סגן הנשיאה אילן איטח, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה
נציגת ציבור (עובדים) גב' יעל רון, נציג ציבור (מעסיקים) מר דן בן חיים

ב"כ איל"ן - עו"ד שחר הופמן ועו"ד יעל הדני
ב"כ המשיבים - עו"ד שי קרבצקי
ב"כ של מר אלכסנדר מוסקלנקו - עו"ד יעקב שניטמן

פסק דין

הנשיאה ורדה וירט-ליבנה

פתח דבר

1. לפנינו ערעורי הצדדים בשני ההליכים שבכותרת, שהדיון בהם אוחד בהתאם להסכמתם מיום 13.11.18, נוכח השאלות המשפטיות המשותפות העולות בהם.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

2. בתיק ע"ע 24481-11-17 הערעור והערעור שכנגד הם על פסק דינו של בית הדין האזורי בחיפה (השופטת (בדימוס) אביטל רימון-קפלן ונציגות הציבור גב' טובה אוגוסט וגב' מיכל אדמתי-דביר; ס"ע 30347-04-14, ס"ע 30387-04-14, סע"ש 30294-04-14, סע"ש 9015-05-14, ס"ע 9046-05-14; ד"מ 14852-10-15), בו התבררו במאוחד תביעותיהם של ששת המשיבים כנגד מעסיקתם לשעבר, איל"ן - איגוד ישראלי לילדים נפגעים (ע"ר) באמצעות מעון נכים בית קסלר (להלן - איל"ן), לתשלום הפרשי גמול עבודה בשעות נוספות ובמנוחה שבועית ודמי חגים. ובנוסף לכך עתרה המשיבה 4, גב' גיולנרה זרבאילוב, לתשלום פיצוי בגין פיטורים שלא כדין (לשם הנוחות יכונה פסק דין זה - עניין מוחדינוב).
3. בתיק ע"ע 38313-03-18 הערעור והערעור שכנגד הם על פסק דינו של בית הדין האזורי בחיפה (השופטת יפית מזרחי-לוי ונציגי הציבור מר יונה לוי ומר משה קרבצקי; סע"ש 48557-01-16) בו התבררה תביעתו של המשיב והמערער שכנגד, מר אלכסנדר מוסקלנקו כנגד מעסיקתו לשעבר - איל"ן, לתשלום הפרשי גמול עבודה בשעות נוספות ובמנוחה שבועית, הפרשי פנסיה ודמי חגים (לשם הנוחות יכונה פסק דין זה - עניין מוסקלנקו).

הרקע הרלוונטי ופסקי הדין של בית הדין האזורי

ע"ע 24481-11-17 (עניין מוחדינוב)

4. להלן עיקרי העובדות כפי שפורטו על ידי בית הדין האזורי במסגרת פסק דינו:
- א. איל"ן - איגוד ישראלי לילדים נפגעים (ע"ר), זו עמותה המטפלת בילדים ובוגרים בעלי מוגבלויות פיזיות הסובלים מנכויות פיזיות מוטוריות וממחלות שרירים ועצבים כגון שיתוק ילדים, שיתוק מוחין, ניוון שרירים ומחלות נוספות, זאת באמצעות סניפים ומוסדות הפזורים בכל רחבי הארץ.
- ב. בית קסלר, הוא מערך דיור מוגן לאנשים בעלי נכות פיזית, המעוניינים לצאת לדרך חיים עצמאית, הוא משמש כיחידה כלכלית נפרדת בתוך איל"ן, והוא נותן מענה למטופליו השוהים במסגרתו במשך כל ימות השנה,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

24 שעות ביממה. בהתאמה לכך, המטפלים הסיעודיים המועסקים בבית קסלר (להלן – **המעון**) נדרשים לדאוג לטיפול האישי בדיירים, תוך התייחסות לשמירה, קידום וטיפול הדייר וסביבתו הקרובה, והכל במטרה לתרום ככל האפשר לאיכות חייהם, עצמאותם ושיקומם של דיירי המעון בכל תחומי החיים. לנוכח מהות השירות בו מדובר, המטפלים הסיעודיים המועסקים במעון מועסקים במשמרות, ושכרם משולם לפי שעות, כאשר ערך השעה הבסיסי הוא בשיעור שקרוב לשכר המינימום.

ג. המשיבים הועסקו כמטפלים סיעודיים במעון, במתכונת עבודה זוהי, כאשר המשיב 3 והמערער שכנגד, מר אשוח מירוזיאן (להלן – **מר מירוזיאן**), החל את עבודתו במעון כמטפל סיעודי, ומאוחר יותר, במהלך שנת 2005 קודם לתפקיד ראש אגף במעון, כפוף למחלוקת בין הצדדים, האם בנוסף לתפקידו כמנהל אגף, הוא ביצע במשמרות לילה גם עבודה שוטפת של מטפל סיעודי.

ד. בין הצדדים נחתם הסכם עבודה בנוסח דומה, שהוכתר בכותרת "חוזה עבודה אישי מטפלים".

ה. אשר למתכונת העבודה במשמרות, לא היה חולק כי המשמרות במעון, נחלקו לשלוש משמרות כדלקמן:

משמרת בוקר: משעה 07:00 בבוקר עד שעה 15:00 ;

משמרת ערב: משעה 15:00 בצהריים עד שעה 23:00 בערב ;

משמרת לילה: משעה 23:00 בערב עד שעה 07:00 בבוקר.

ו. כך גם לא היה חולק בין הצדדים, כי שולמה למשיבים תמורה עבור שעות העבודה ושעות העבודה בשעות נוספות וימי מנוחה וחג, כדלקמן:

בגין עבודה במשמרת בוקר: משעה 07:00 בבוקר עד שעה 15:00, שולמה תמורה בגובה 100% עבור כל שעת עבודה ;

בגין עבודה במשמרת ערב: משעה 15:00 בצהריים עד שעה 23:00 בערב, שולמה תמורה בגובה 100% עבור 7 השעות הראשונות, עד לשעה 22:00 בערב, ותמורה בגובה 150% מהשכר, בגין השעה שהחל משעה 22:00 ;

בגין עבודה במשמרת לילה: משעה 23:00 בערב עד שעה 07:00 בבוקר, שולמה תמורה בגובה 150% מהשכר עבור 7 השעות הראשונות, ותמורה בגובה 100% מהשכר עבור שעת העבודה הנוספת (השעה השמינית) ;



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

בשבתות ובחגים ובערבי שבת וחג (החל מהשעה 17:00): שולמה תמורה בגובה 150% מהשכר עבור כל אחת משעות המשמרת, זאת גם במקרים בהם עבדו המשיבים שעות נוספות במהלך ימי המנוחה/חג.

יצוין, כי בהתאם להסכמי העבודה, התחייבה איל"ן לשלם למשיבים תמורה בגין עבודה בשעות נוספות או במנוחה שבועית "כאמור בחוק", ואין התייחסות פרטנית מעבר לכך לסכומים שישולמו להם וגם לא לזכאותם לדמי חגים.

ז. במקרים מסוימים נדרשו המטפלים הסיעודיים ובכלל זה המשיבים, להישאר עוד זמן מעבר לתום המשמרת שלהם או להקדים להגיע למשמרת שלהם לפני מועד תחילתה. כך גם היו מקרים בהם עקב אי התייצבות מטפל למשמרת אליה שובץ, נדרשו המשיבים לעבוד במשמרת נוספת על זו אליה שובצו, היינו במשמרות כפולות.

ח. המשיבים יצאו לאחר תיאום, להפסקות קצרות של 15-20 דקות או אף קצרות מכך, ואיל"ן ראתה בכך כשעות עבודה.

ט. אשר לדמי חגים, הרי שבחגים בהם לא עבדו המשיבים הם קיבלו דמי חגים בהתאם לצו ההרחבה הכללי לעניין דמי חגים אשר הרחיב את ההסכם הקיבוצי הכללי, מיום 9.1.95 (להלן גם - **צו ההרחבה הכללי**) בעניין זה. ובחגים בהם עבדו, הם קיבלו תמורה בגובה 150% מהשכר עבור כל שעה שבה עבדו ביום החג, ובערב החג החל מהשעה 17:00.

י. אשר למנהלי האגפים במעון, דוגמת מר מירוזיאן, הרי שבנוסף לתפקידם בטיפול בדיירי המעון, כלל תפקידם כמנהלי אגף, בין היתר, גם אחריות על צוות המטפלים הסיעודיים ועל תפקודו של האגף עליו היו מופקדים, תוך הקפדה על ביצוע תוכנית התעסוקה והשיקום של הדיירים. כמו כן כלל התפקיד את האחריות לגבש את סידורי העבודה של המטפלים הסיעודיים.

בכפוף למחלוקת בין הצדדים באשר למהות "עבודתם" בפועל של מנהלי האגף בשעות הלילה (האם כטענת איל"ן, במהלך שעות הלילה שימשו מנהלי האגפים כ"כוננים" בלבד, או שמא כטענת המשיבים, כל שעות עבודתם של מנהלי האגפים במשמרות אליהן שובצו הן שעות עבודה כהגדרתן על פי חוק), לא היה חולק, כי ראשי האגפים עבדו במתכונת שונה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

של משמרות - משמרת קבועה שהחלה בשעה 15:00 והסתיימה בשעה 15:00 של היום למחרת, זאת בהתאם לסידור דו שבועי קבוע בעיקרו. כך גם לא היה חולק, כי בשעות הלילה, מנהל האגף שבמשמרת, היה אחראי על כל ארבעת האגפים במעון, ולא רק על האגף שהוא מנהל. בתמורה לעבודתם במשמרות, שולם למנהלי האגפים, באותו אופן בו שולם למטפלים הסיעודיים, היינו 100% מהשכר עבור השעות שעד לשעה 22:00 בערב; 150% עבור השעות שהחל מהשעה 22:00 ועד לשעה 06:00 בבוקר; 100% מהשכר עבור השעות שהחל מהשעה 06:00 בבוקר ועד לשעה 15:00 ביום שלמחרת. כך גם עבור משמרות שחלו בימי מנוחה/חג שולם למנהלי האגפים, באותו אופן בו שולם למטפלים הסיעודיים, היינו שכר בשווי 150% עבור כל שעה משעות המשמרת בימי מנוחה שבועית/חג. כמו כן, לא היה חולק בין הצדדים, כי בזמן משמרת הלילה, הועמד לרשותו של מנהל האגף, חדר המאובזר במיטה, מקלחת ומטבחון, זאת כפוף למחלוקת האם אכן ניצלו מנהלי האגפים את החדר לשם שינה בזמן משמרות הלילה.

5. בכתבי התביעה המקוריים, עתרו המשיבים להפרשי שכר, הפרשי פדיון חופשה ודמי חגים לרבות בגין תוספת לדמי החגים ששולמו בגובה 100% בימי חג בהם לא עבדו. ואולם, בהמשך ההליך, צומצמו רכיבי התביעה לתשלום הפרשי שכר ותשלום דמי חגים בגין ימי חג בהם עבדו בפועל. בנוסף לכך, המשיבה 4, גב' גיולנרה זרבאילוב, עתרה גם לתשלום פיצוי בגין פיטורים שלא כדין.

6. יצוין, כי המשיבים עתרו לחלופין ומטעמי זהירות לסכומים מופחתים בהתחשב באפשרות שתתקבל טענת איל"ן לפיה הפסקה של שלוש שעות ויותר, מהווה יום עבודה חדש (להלן - **העתירה החלופית**).

7. עוד יצוין, כי בהתאם להסדר הדיוני אליו הגיעו הצדדים בבית הדין האזורי, אשר קיבל תוקף של החלטה ביום 30.6.16, הוסכם כי **"לנוכח מורכבות והיקף החישובים שנדרשו למול היקף התביעות המצומצם יחסית, ולנוכח חשיבות ההכרעה בשאלות המשפטיות נשוא המחלוקת, הגיעו הצדדים בענייננו, להסדר דיוני ייחודי, שקיבל לבקשתם תוקף של החלטה, ולפיו מחד, על יסוד**



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

הראיות שהובאו וסיכומי הצדדים, תוכרענה השאלות המשפטיות העקרוניות המתייחסות לכלל התובעים לגופן, ואולם, בכל הנוגע לסכומים שייפסקו לכל אחד מהתובעים ביחס לשאלות השנויות במחלוקת, הוסכם כי אלה ייפסקו על פי סעיף 79א לחוק בתי המשפט, ללא נימוקים, וזאת במסגרת המתחם של "ריצפת" הסכומים ו"תיקרת" הסכומים, עליהן הוסכם בין הצדדים, ביחס לכל תובע" (מתוך הפתיח לפסק דינו של בית הדין האזורי).

בקשר לכך נציין כבר עתה כי בהתאם לאמור בסעיף 3 להסדר הדיוני הנ"ל בין הצדדים "לכל אחד מהצדדים תהיה שמורה זכות ערעור ביחס להכרעת בית הדין הנכבד בשאלות השנויות במחלוקת. זאת, כאשר גם ערכאת הערעור תוכל לפסוק סכומים ללא נימוקים במסגרת מתחם שיקול הדעת שהוגדר לעיל".

8. להלן יפורטו עיקרי המחלוקות בין הצדדים, בהם נדרש בית הדין האזורי להכריע:

- (1) האם המשיבים זכאים לגמול עבודה בשעות נוספות בשעה השמינית במסגרת משמרת הלילה, ואם כן מהו ה"שכר הרגיל" לעניין חישוב הגמול.
- (2) האם המשיבים זכאים לגמול עבודה בשעות נוספות לאחר השעה השמינית בעת עבודה ביותר ממשמרת אחת באותה יממה, ומהו משך ההפסקה המנתק את רצף העבודה ב"יום עבודה" כהגדרתו בחוק שעות עבודה ומנוחה, בין אם המדובר ביום קלנדרי אחד ובין אם המדובר בשני ימים קלנדריים רצופים.
- (3) האם המשיבים זכאים לגמול עבודה בשעות נוספות בעת עבודה במנוחה שבועית/חג, והאם הם זכאים לגמול עבודה במנוחה שבועית/חג עבור עבודה במשמרות לילה במנוחה שבועית/חג בנוסף לתגמול בשיעור 150% ששולם להם.
- (4) האם מר מירוזיאן, עבד במהלך שעות הלילה או שמא מדובר בשעות כוננות, והאם הוא זכאי להפרשי שכר בגין גמול עבודה בשעות נוספות ובמנוחה שבועית/חג.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

(5) האם המשיבים זכאים לתשלום דמי חגים נוספים בשיעור 100% עבור ימי החג בהם עבדו בפועל, וזאת בהתחשב בטענתם כי העבודה בימי החג היא כורח מכח סידור העבודה.

(6) זכאותה של הגב' גיולנרה זרבאילוב לפיצוי בגין פיטורים שלא כדין, ושיעורו.

9. בית הדין האזורי בפסק דינו קבע כך :

א. לעניין הפרשי שכר עבודה בעד עבודה בשעה שמינית במשמרת לילה ואילך -

לפי חוק שעות עבודה ומנוחה, עבור כל שעה נוספת שעבד העובד מעבר ל-7 שעות, במשמרת לילה, הוא זכאי לגמול עבודה בשעות נוספות בשווי שלא יפחת מ- $1\frac{1}{4}$ (125%) מהשכר הרגיל, בעד שתי השעות הנוספות הראשונות, ובעד כל שעה נוספת שאחריהן לא פחות מ- $1\frac{1}{2}$ (150%) מהשכר הרגיל. "שכר רגיל" כולל כל התוספות שמעסיק משלם לעובדו, לכן תוספת של 50% המשולמת עבור כל שעה משבע שעות משמרת הלילה היא חלק מהשכר הרגיל, כאשר חישוב ערך השעה צריך להיערך על יסוד השעות הקודמות לשעות הנוספות, לרבות התוספות. בענייננו התוספת בשיעור 50% עבור 7 שעות העבודה הראשונות היא תוספת שמקורה בנוהג שהוחל במעון, והיא משולמת על כל שעה רגילה שבתחום משמרת הלילה. ככזו היא חלק מהשכר הרגיל של העובד במשמרת לילה, ולכן את גמול השעות הנוספות בגין כל שעה שמעבר ל-7 שעות העבודה הרגילות במשמרת לילה, יש לחשב בהתאם לשכר הרגיל בשעות הרגילות שקדמו לאותן שעות היינו, תוך הכללת התוספת בשיעור 50%.

נוכח זאת נקבע כי המשיבים זכאים לכך שעבור כל שעה נוספת שעבדו מעבר ל-7 שעות במשמרת לילה (לרבות במקרים בהם התארכה משמרת הלילה מעבר ל-8 שעות), ישולם להם גמול עבודה בשעות נוספות, בגין שתי השעות הנוספות הראשונות שעבדו לאחר 7 השעות הראשונות, בשווי של 125% מהשכר השעתי במשמרת לילה, היינו השכר כולל התוספת בשיעור 50% ובסה"כ 187.5% ($125\% \times 150\% = 187.5\%$) מהשכר השעתי. ובעד כל שעה נוספת שלאחר שתי השעות הראשונות כאמור לעיל, זכאים המשיבים לגמול



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

עבודה בשעות נוספות, בשווי של 150% מהשכר השעתי במשמרת לילה, ובסה"כ 225% ($150\% \times 150\% = 225\%$) מהשכר השעתי.

ב. לעניין הפרשי שכר בעד עבודה במשמרות רצופות (משמרות כפולות), כי הפסקה של פחות מ-3 שעות במהלך יום עבודה קלנדרי אחד, איננה מנתקת את רצף העבודה באותו יום קלנדרי, כך שכל השעות שעבדו המשיבים באותו יום קלנדרי ייחשבו כ"יום עבודה" אחד לעניין חישוב השעות הנוספות. לעומת זאת, הפסקה של יותר מ-3 שעות במהלך יום עבודה קלנדרי אחד, מנתקת את רצף העבודה באותו יום, כך שהשעות שעבדו המשיבים לאחר הפסקה שעולה על 3 שעות באותו יום, יחושבו כיום עבודה "חדש" לעניין חישוב השעות הנוספות. כמו כן, הפסקה של פחות מ-8 שעות, בין יום עבודה קלנדרי אחד למשנהו, איננה מנתקת את רצף העבודה בין משמרות שבוצעו באותם ימים קלנדריים רצופים. לעומת זאת, הפסקה של יותר מ-8 שעות בין יום עבודה קלנדרי אחד למשנהו, מנתקת את רצף העבודה בין משמרות שבוצעו באותם ימים קלנדריים רצופים.

ג. לעניין הפרשי שכר עבודה בעד עבודה בשעות נוספות בימי מנוחה וחג, בכל מקרה שבו עבדו המשיבים בימי מנוחה וחג מעל 8 שעות (או מעל 7 שעות במשמרת לילה), הם זכאים לגמול עבודה בשעות נוספות, החל מהשעה שלאחר השעה השמינית (או השביעית במשמרת לילה), כך שעבור שתי השעות שלאחר השעה השמינית (או השביעית במשמרת לילה), ישולם להם 125% מ"השכר הרגיל" ועבור כל שעה שלאחר מכן, ישולם להם 150% מהשכר.
אשר לשאלה מהו אותו שכר בשיעור 150% ששולם למשיבים עבור עבודה במשמרות לילה בימי המנוחה/חג, נקבע כי בימים אלה שולמה עבור משמרות לילה אותה תוספת בשיעור 50% כפי ששולמה עבור משמרת לילה בימי חול ("השכר הרגיל"), מבלי ששולם להם גמול עבודה במנוחה שבועית/חג. לפיכך, המשיבים זכאים לגמול עבודה במנוחה שבועית/חג אשר ישולם להם נוסף על "השכר הרגיל" ששולם בפועל עבור משמרות לילה שבוצעו בימי מנוחה/חג.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

בהתאם לכך נקבע כי המשיבים זכאים לגמול עבודה במנוחה שבועית/חג, אשר ישולם להם על ה"שכר הרגיל" ששולם בפועל עבור משמרות לילה (היינו, לרבות בגין השעה שהחל מ-22:00 במשמרת ערב) אשר בוצעו בימי מנוחה/חג, כך שישולם להם עבור משמרות לילה שבוצעו במנוחה שבועית/חג, גמול בשווי של 150% מהשכר השעתי במשמרת לילה, ובסה"כ 225% ($225\% = 150\% \times$ 150%) מהשכר השעתי.

כן נקבע כי ה"שכר הרגיל", לצורך תשלום גמול עבודה בשעות נוספות, עבור עבודה של מעל 8 שעות במשמרת לילה בימי המנוחה/חג, הוא השכר של 225% , ומכאן שבכל מקרה בו עבדו המשיבים שעות נוספות מעבר ל-7 שעות במשמרות לילה בימי המנוחה/חג, הם זכאים עבור שתי השעות הראשונות שלאחר תום השעה השביעית, לגמול בשיעור 125% מהשכר הרגיל שנקבע ובסה"כ 281.2% ($281.2\% = 125\% \times 225\%$) מהשכר השעתי, ועבור כל שעה שלאחר מכן, לגמול בשיעור 150% מהשכר הרגיל ובסה"כ 337.5% ($337.5\% = 125\% \times 225\%$) מהשכר השעתי. לעומת זאת, בכל מקרה בו עבדו המשיבים במשמרות בוקר וערב (עד לשעה 22:00) בימי המנוחה/חג שעות נוספות מעבר ל-8 שעות, הם זכאים עבור שתי השעות הראשונות שלאחר תום השעה השמינית, לגמול בשיעור 125% מהשכר הרגיל לעבודה במנוחה שבועית, ובסה"כ 187.5% ($187.5\% = 125\% \times 150\%$) מהשכר השעתי, ועבור כל שעה שלאחר מכן, לגמול בשיעור 150% מהשכר הרגיל לעבודה במנוחה שבועית ובסה"כ 225% ($225\% = 125\% \times 150\%$) מהשכר השעתי.

ד. אשר לסכומים שיש לפסוק לכל אחד מהמשיבים לנוכח קביעות אלו, ומאחר שהצדדים הגיעו להסדר דיוני ייחודי, ולפיו הסכומים ייפסקו על פי סעיף 79א לחוק בתי המשפט, ללא נימוקים, וזאת במסגרת המתחם של "ריצפת הסכומים" ו"תקרת הסכומים", עליהן הוסכם בין הצדדים, קבע בית הדין האזורי כך:

"לאחר שנתנו דעתנו למכלול קביעותינו לעיל ולחומר שבתיק, ובכלל זה הסכומים שחושבו על ידי הנתבע ביחס לגמול המגיע בגין משמרות הלילה בימי חול (ככל שמגיע), כמו גם לעובדה שכאמור דחינו את טענות התובעים באשר להפסקה ביום עבודה שעולה על 3 שעות, החלטנו לחייב את הנתבע



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

לשלם לתובעים בגין הפרשי שכר עבור גמול עבודה בשעות נוספות וגמול עבודה במנוחה שבועית/חג, את הסכומים הכוללים הבאים, במסגרת מתחם "ריצפת הסכומים" ו"תקרת הסכומים", עליהן הוסכם בין הצדדים:

לתובע מיכאל מוחדינוב, סך של 19,681 ₪.
לתובעת מריאנה רזייב, סך של 22,127 ₪.
לתובעת גיולנרה זרבאילוב, סך של 17,543 ₪.
לתובע אלכסנדר סידלקובסקי, סך של 25,590 ₪.
לתובעת רוזה חדיסוב, סך של 13,126 ₪.

מטעמים של נוחות החישוב, אנו קובעות כי הסכומים שפסקנו כאמור לעיל, יישאו הפרשי הצמדה וריבית כחוק, החל מ-3.5 שנים שקדמו למועד הגשת רוב התביעות, היינו החל מיום 1/10/10 ועד לתשלום המלא בפועל."

ה. אשר לתביעתו של מר מירוזיאן, שהועסק כמנהל אגף במשמרות של 24 שעות, נקבע כי השעות בהן ישן במעון בלילה, והיה זמין לפניית המטפלים הסיעודיים לעזרה במקרים חריגים, הן שעות כוננות, ולא שעות עבודה. כפועל יוצא התמורה ששולמה בגין אותן שעות הכוננות, איננה שכר עבודה, ולכן השעות הללו אינן יכולות להוות שעות עבודה נוספות או שעות עבודה במנוחה שבועית. עם זאת, בהעדר הוכחה כמה שעות ישן, ועל דרך ההיקש מסעיף 26ב(ב) לחוק הגנת השכר, (לפיהן על המעסיק הנטל לשכנע שהעובד לא עמד לרשות העבודה בשעות השנויות במחלוקת, עד לתקרה של 15 שעות נוספות שבועיות או 60 שעות נוספות חודשיות) הוא זכאי להפרשי גמול עבודה בשעות נוספות ובמנוחה שבועית/חג, בהיקף של 60 שעות נוספות לחודש, מתוכן 30 שעות בשווי של 125%-ו-30 שעות בשווי 150%. בכל הנוגע לעבודה בשעות שלפני משמרת הערב ובשעות שלאחר תום משמרת הבוקר שלמחרת, כמו גם לגבי עבודה במשמרות כפולות לפני משמרת הערב ולאחר תום משמרת הבוקר שלמחרת, חלים על עבודתו אותם כללים ביחס לעבודת המטפלים הסיעודיים.

אשר לסכומים שייפסקו למר מירוזיאן נקבע סכום כולל של 20,000 ₪, במסגרת מתחם "ריצפת הסכומים" ו"תקרת הסכומים", עליו הוסכם בין הצדדים, לגביו. כן נקבע כי הסכום ישא הפרשי הצמדה וריבית כחוק, החל מ-



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

3.5 שנים שקדמו למועד הגשת רוב התביעות, היינו החל מיום 1/10/10 ועד לתשלום המלא בפועל.

ו. לעניין דמי חגים, קבע בית הדין האזורי כי ההלכה לפיה דמי חגים ישולמו בנוסף לתמורת יום העבודה לעובד שעתי שעבודתו בחגים לא הייתה מתוך בחירה שלו אלא "מתוך כורח" (שנקבעה לעניין ענף המתכת וענף השמירה), נכוחה היא גם לעניין צו ההרחבה הכללי בעניין דמי חגים החל במקרה זה. בית הדין האזורי הוסיף וקבע כי בענייננו, מן הבחינה העובדתית, אין מדובר בעובדים שהעדיפו "על פי בחירתם" לעבוד בחגים, יש לראות בהם כמי שעבודתם בחגים הייתה מתוך כורח, ולכן הם זכאים לדמי חגים.

הסכומים שנפסקו ברכיב זה הם כדלקמן:

"לתובע מיכאל מוחדינוב, סך של 2,998 ₪.
לתובעת מריאנה רזייב, סך של 1,648 ₪.
לתובע אשוט מירוזיאן, סך של 2,602 ₪.
לתובעת גיולנרה זרבאילוב, סך של 4,503 ₪.
לתובע אלכסנדר סידלקובסקי, סך של 2,998 ₪.
לתובעת רוזה חדיסוב, סך של 2,943 ₪.

בהעדר פירוט לגבי הרכב סכומי התקרה עליהם הוסכם בין הצדדים ומועד היווצרות העילה בגינם - אנו קובעים כי הסכומים שפסקנו כאמור לעיל, יישאו הפרשי הצמדה וריבית כחוק ממועד סיום עבודתו של כל תובע, ועד לתשלום המלא בפועל, כאשר לגבי התובעת בתיק ד"מ 15-10-14852, רוזה חדיסוב, יישא הסכום שפסקנו, הפרשי הצמדה וריבית כחוק ממועד הגשת תביעתה שבנדון, ועד לתשלום המלא בפועל".

ז. אשר לתביעתה של הגב' גיולנרה זרבאילוב לפיצוי בגין פיטורים שלא כדין, נקבע כי איל"ן האריכה את מועד כניסת הפיטורים לתוקף למועד שלאחר מיצוי מלוא ימי המחלה המגיעים לה, ועל כן לא הפרה את חוק דמי מחלה ואף לא הוכח חוסר תום לב במשלוח מכתב הפיטורים המקורי במועד שבו נשלח. עם זאת, נקבע כי אי יידוע גב' זרבאילוב על הכוונה המתגבשת לפטרה, הוא פגם בחובת השימוע. לצד זאת, לא הוכח כי ההחלטה על פיטוריה התקבלה עוד לפני הישיבה שנערכה או עוד קודם למשלוח מכתב הפיטורים, ונמצא כי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

החלטת הפיטורים עצמה הייתה סבירה. על כן, בגין הפרת זכות השימוע נפסק לה, בנסיבות העניין, פיצוי בסך 15,000 ₪.

ע"ע 38313-03-18 (עניין מוסקלנקו)

10. המשיב והמערער שכנגד, מר אלכסנדר מוסקלנקו (להלן – **מר מוסקלנקו**) הועסק כמטפל באיל"ן, בתקופה שבין 9.4.06 ועד 20.5.15, כ- 9 שנים, 110 חודשים. בין הצדדים, נחתם ביום 9.4.06 "חוזה עבודה אישי - מטפלים".
11. בכתב התביעה המקורי, עתר מר מוסקלנקו להפרשי פיצויי פיטורים והלנת שכר, פדיון חופשה, הפרשי פנסיה, הפרשי שכר לרבות עבודה בחג ומנוחה שבועית והלנת שכר, דמי חגים, תשלום עבור עבודה בבחירות ושי לחג. כאשר במסגרת ההליך בבית הדין האזורי צומצמו רכיבי התביעה כך שנותרו רכיבי התביעה הבאים: הפרשי שכר, דמי חגים והפרשי פנסיה.
12. בפסק דינו, קבע בית הדין האזורי, כך:

א. אשר לתשלום שעות נוספות לאחר משמרת לילה, קבע בית הדין האזורי כי "השכר הרגיל" לעניין אופן חישוב שעות נוספות ושעות המנוחה השבועית, ובהתאם לסעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה, כולל את כל התוספות שמעסיק משלם לעובדו. בהתאם, כל שעה שעבד העובד בעבודת לילה (היינו שלפחות שתי שעות ממנה, הן בתחום השעות שבין 22:00 ובין 06:00) ומעבר ל-7 שעות היא שעה נוספת. מאחר שלפי הפסיקה, השכר הרגיל לעניין גמול שעות נוספות משמעו השכר המשתלם בעד השעות שקדמו לשעות הנוספות, הוא יכול גם תוספות שהשתלמו בשעות אלו, ובמקרה זה תוספת משמרת ששולמה מכוח נוהג באיל"ן - זה ה"שכר הרגיל" לצורך חישוב הגמול בגין שעות נוספות ומנוחה שבועית. עוד נקבע כי אין מדובר במקרה בו עקרון תום הלב גובר על חוק קוגנטי, מאחר שמר מוסקלנקו פעל בתום לב. אשר על כן, על איל"ן לשלם למר מוסקלנקו הפרשי גמול שעות נוספות לאחר משמרת לילה ובמנוחה שבועית בהתאם לתחשיב שערך, כולל תוספת משמרת בסך של 14,887 ₪.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

ב. תביעות מר מוסקלנקו לפיצוי בגין הלנת הפרשי שכר ולפיצוי בגין עבודה בשתי משמרות – נדחו, ומנגד התקבלה התביעה, שלמעשה הייתה מוסכמת על הצדדים, לעניין זכאות מר מוסקלנקו להפרשי פנסיה בסך של 244 ₪.

ג. לעניין דמי חגים, נקבע כי בגין חגים בהם לא עבד מר מוסקלנקו – מכיוון שהיקף משרתו לא נפגע בחודשים בהם לא עבד בחגים אותם מציין – ולמעט בחודש 4.14 בו חל חג הפסח, על כן זכאי לסך של 192.50 ₪ בגין יום חג אחד בחודש 4.14 ופרט לכך אינו זכאי לדמי חגים בגין חגים בהם לא עבד. ולעניין דמי חגים בגין חגים בהם עבד מר מוסקלנקו – נקבע על ידי בית הדין האזורי כזאת:

"בדיון מיום 12.11.17 הסכימו ב"כ הצדדים שלא לחקור את המצהירים, וכן על המוסכמות והפלוגתא כדלקמן:

א. סידור עבודה נעשה ע"י הנתבע;

ב. במקום העבודה היתה מחברת ובה היו רשאים העובדים לבקש את ימי העבודה המועדפים עליהם בכל שבוע, אולם בפועל נרשמו במחברת הימים אשר נמנע מהעובדים לעבוד;

לא מוסכמת טענת הנתבע לפיה התובע ביקש לעבוד ב"משמרות יקרות", אולם הנתבע אינו מבקש לקיים חקירות בנקודה זו.

טענתו של התובע לכורח לא הובררה דיה. התובע לא הניח ראיות לסתור את טענת הנתבע לכך שהתובע בעצמו נהג לבקש את ימי העבודה המועדפים עליו. זאת ועוד, התובע הסכים כי היה "רשאי" לבקש ימי עבודה מועדפים והסכים כי בפועל נרשמו באותה מחברת ימים שנמנעו ממנו לעבוד.

הסכמות אלה למעשה משמיטות את הקרקע מטענת התובע כי עבד מתוך "כורח". התובע למעשה מסכים כי ניתנה לו ההזדמנות לבקש לעבוד בימים מסוימים, לא טען אף לא למקרה אחד בו ביקש שלא לעבוד בחג ובקשת (צ"ל - ובקשתו) לא כובדה."

לאור האמור נקבע כי הסכמת מר מוסקלנקו לכך שניתנה לו אפשרות הבחירה אם לעבוד או לא לעבוד, וללא שהניח ראיות לכך שאותה זכות בחירה נשללה ממנו בפועל, אף לא באופן חד פעמי, ומנגד, ניתנה לו, ככל העובדים האפשרות לבחור, מביאה למסקנה כי עבודתו של מר מוסקלנקו בחגים לא הייתה מתוך כורח. משכך, תביעתו לתשלום בגין הפרש דמי חגים בגין ימי חג בהם עבד, בטענה לעבודה מתוך כורח - נדחתה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

הערעורים

ע"ע 24481-11-17 (עניין מוחדינוב)

13. **בערעור מטעם איל"ן** נטען כי שגה בית הדין האזורי בקביעתו לעניין ניתוק רצף בין משמרות לצורך תשלום שעות נוספות; בקביעתו כי לצורך חישוב גמול עבודה בשעות נוספות יש לכלול בשכר הרגיל את תוספת המשמרות, מאחר שתשלום תוספת המשמרות זהו נוהג מיטיב, שאינו מקפח, ועל כן אין להביא תוספת זו בחשבון לעניין "השכר הרגיל", ובסופו של דבר משהמשיבים לא קופחו – גם אינם זכאים להפרשי שכר בגין שעות נוספות כלל; בקביעתו כי יש להחיל את הנוהג אף לגבי משמרות לילה בימי מנוחה וחג, ועל כך להוסיף גמול עבודה במנוחה וחג. בהקשר לכך נטען כי מסקנת בית הדין האזורי מהאופן שבו נרשמו שעות העבודה והגמול בגינן בדוחות הנוכחות – היא מוטעית. בעניין זה הוטעם, כי גמול על עבודה בימי מנוחה וחג נרשם בעמודה נפרדת (50%+100% להבדיל מ-150%) משום ששעות אלו נמנות כשעות עבודה לצורך היקף המשרה המהווה בסיס לתשלום זכויות סוציאליות (זאת, לעומת עבודה בשעות נוספות). כן נטען כי הוכחת הטענה שנוהג מיטיב כזה חל גם בימי מנוחה וחג – היא על המשיבים ולא על איל"ן; מאחר שתביעתו של מר מירוזיאן הושתתה על הטענה לשעות נוספות הנובעות מעבודתו במשמרות רצופות בהן שימש למעשה ככונן, ומאחר שעל משמרות אלו שולם לו השכר עבור המשמרות עצמן – שגה בית הדין האזורי עת פסק לזכותו סך של 20,000 ₪; לעניין דמי חגים בגין חגים בהם לא עבדו המשיבים, מאחר שכאשר היקף עבודתו של עובד אינו נפגע – אין לשלם לעובד דמי חג – ומאחר שבענייננו היקף עבודתם של המשיבים לא נפגע מקיומו של חג – המשיבים אינם זכאים לתשלום דמי חגים בגין חגים שלא עבדו בהם; לעניין דמי חגים בגין חגים בהם עבדו המשיבים – מאחר שבענייננו המקור הנורמטיבי לתשלום דמי חגים הוא צו ההרחבה הכללי, מכוחו משולמים דמי חגים כתחליף שכר בלבד – עובד שעתי אשר הועסק בחג, שולם לו שכר עבור עבודתו בשיעור של 150% וניתנה לו מנוחת פיצוי – אינו זכאי בנוסף לתשלום דמי חגים בין עבודתו בחג. זאת בפרט בענייננו כשמדובר במשיבים שידעו מראש שהעבודה מבוצעת בימי מנוחה וחג, והם מנועים מלטעון כי מדובר בעבודה מתוך כורח; לבסוף נטען כי פסיקת פיצוי בגין פיטורים שלא כדין לזכותה של גב' גיולנרה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

זרבאילוב – הינה מוטעית, מאחר שמבחינה מהותית לא נפגעה זכות הטיעון שלה.

14. **המשיבים טענו מנגד** כי צדק בית הדין האזורי בקביעתו כי אין בנוהג המטיב שהנהיגה איל"ן לתשלום תוספת משמרת לילה, כדי לאיין את זכאות המשיבים לתשלום גמול שעות נוספות ולהכללת תוספת זו כחלק משכרם הרגיל לתשלום גמול זה; כן צדק בדחייתו את הטענה כי נוהג זה אינו חל בימי מנוחה שבועית ובחגים, וכי התשלום של 150% ששולם בימים אלו היה תשלום בגין עבודה במנוחה שבועית/בחג. לטענת המשיבים, בעניין זה מדובר בקביעה עובדתית של בית הדין האזורי שאין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בכך, וכי הנטל להוכחה כי לא חל הנוהג המיטיב בימי מנוחה שבועית וחג מוטל על איל"ן, אך היא לא הרימה את הנטל; עוד הוסיפו המשיבים כי צדק בית הדין האזורי בקביעתו בדבר נתק יום העבודה וההבחנה בין המקרים שבהם מדובר במשמרות באותו יום עבודה קלנדרי ובין המקרים שבהם מדובר ביום קלנדרי אחר. ואולם, מלבד המחלוקת העקרונית בעניין זה, אין לכך נפקות מעשית, מאחר שבית הדין האזורי אימץ בפסיקתו את התחשיבים בהתאם לעתירה החלופית; אשר לטענות איל"ן בדבר הפרשי שכר למר מירוזיאן, הפנו המשיבים לטענות בערעור שכנגד שיפורטו בהמשך; לעניין דמי חג טענו המשיבים כי צדק בית הדין האזורי עת פסק למשיבים תשלום בגין דמי חגים בימים בהם עבדו בחג עצמו, וכי מבחינה עובדתית מדובר בעבודה מכורח ולא לבקשת המשיבים; לבסוף נטען, כי בדיון קבע בית הדין האזורי פיצוי בגין הפרת זכותה של גב' גיולנרה זרבאילוב לשימוע טרם פיטוריה.

15. **בערעור שכנגד מטעם המשיבים נטען** כנגד הקביעה כי מר מירוזיאן אינו זכאי לגמול שעות נוספות בגין משמרות הלילה שביצע. לטענתו, שגה בית הדין האזורי בקביעתו כי חלק משעות משמרת הלילה הן בגדר "שעות כוננות" ולא שעות עבודה, ולפיכך התשלום בגינן מהווה תמורה חוזית. בקשר לכך הוטעם כי אין ללמוד גזירה שווה מהנפסק בעניין ע"ע 29712-08-13 **שירלי חנדז'י – אחוזת רעים** (28.1.16) (להלן - **עניין חנדז'י**) בשל השוני הרב בין המקרים; מאחר שמהות עבודתו של מר מירוזיאן הייתה זהה ביום ובלילה; מאחר שהנטל להוכחת שעות העבודה מוטל על כתפי איל"ן; ומאחר שאין הפרדה בדוחות



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

הנוכחות בין עבודה במשמרת יום לעבודה במשמרת לילה. לחילופין נטען, כי גם אם מדובר בהסכמה חוזית לביצוע שעות כוננות, הרי שמדובר בהסכמה שאינה חוקית, נוגדת את תקנת הציבור, חובת ההגיונות ותום הלב - ויש בכך לאיין את אותה הסכמה. לחילופי חילופין נטען, כי לכל היותר יש לקבוע שארבע שעות בלבד מהוות שעות כוננות (מהשעה 00:03 עד לשעה 00:07). עוד נטען כי שגה בית הדין האזורי עת פסק פחות ממחצית רכיב התביעה לעניין גמול שעות נוספות, שכן די בקביעה כי שעות משמרת הבוקר (שלאחר הלילה) הן המשך יום העבודה ומזכות בגמול שעות נוספות - כדי להעניק את הסעד המבוקש בעניין זה. לבסוף נטען כנגד הסכום שנקבע על ידי בית הדין האזורי בסך של 20,000 ₪ - כי יש לפסוק סכום גבוה מכך.

16. **איל"ן טענה מנגד** כי משמרת הלילה שביצע מר מירוזיאן ברציפות עם משמרת הערב שלפניה ומשמרת הבוקר שלאחריה נועדה להגדיל את התמורה הכספית לה זכאים ראשי האגפים, מבלי שנדרשה מהם בפועל עבודה נוספת, שכן מדובר במשמרת בה שהו ראשי האגפים ככוננים ישנים. לטענתה, מהראיות שהוצגו בבית הדין האזורי ניתן להתרשם כי מר מירוזיאן אכן ניצל את שעות משמרת הלילה לשינה, וכי נקבע עובדתית כי מדובר היה בשעות כוננות ולא בשעות עבודה. עוד נטען, כי מאחר שבגין משמרות הלילה שולם למר מירוזיאן השכר הרגיל לרבות התוספות מכוחו של הנוהג המיטיב, הרי שמדובר בתמורה חוזית המכסה גם את המקרים בהם נדרש לעבוד בפועל במסגרת משמרות אלו. איל"ן הוסיפה והפנתה לערעור מטעמה ולפיו שגה בית הדין האזורי עת פסק לזכות מר מירוזיאן גמול שעות נוספות, בשים לב לכך שזכאותו הושתתה על טענה לשעות נוספות הנובעות מעבודתו במשמרות רצופות בהן שימש למעשה ככונן ישן.

ע"ע 38313-03-18 (עניין מוסקלנקו)

17. **בערעור מטעם איל"ן נטען** כנגד קביעת בית הדין האזורי כי "השכר הרגיל" לפיו יש לחשב את גמול השעות הנוספות כולל את התוספת של 50% שניתנה בהתאם לנוהג מיטיב שהוחל על מר מוסקלנקו. לטענת איל"ן ההסדר המיטיב שהונהג איין את זכאות מר מוסקלנקו להפרשי שכר בגין עבודתו בשעות נוספות בעת שעבד במשמרת לילה. עוד נטען, כי הגם שבית הדין האזורי לא אימץ את



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

הקביעות העובדתיות שנקבעו בבית הדין האזורי **בעניין מוחדינוב**, אשר החילו את הנוהג המיטיב גם על משמרות של ימי עבודה במנוחה שבועית ובחג - הוא קיבל את תחשיב מר מוסקלנקו שמבוסס על אותן קביעות. על כן, יש להורות למר מוסקלנקו להשיב את הכספים ששולמו לו ברכיב שעות נוספות.

18. **בערעור שכנגד טען מר מוסקלנקו** לזכאותו לדמי חגים בשיעור 100% בנוסף על שכר של 150% אותו קיבל כאשר עבד בימי חג מכוח כורח ובהתאם לסידור העבודה. לטענתו, מי שעובד בימי חג זכאי לתשלום של 250% עבור עבודתו (150% עבור העבודה עצמה ו-100% נוספים כדמי חגים), וכי שגה בית הדין האזורי שלא פסק דמי חגים לזכותו.

19. **איל"ן טענה בתגובה לכך כי** אין מקור חוקי לתשלום 250% בגין עבודה בחג. לטענתה, אין מקום לגזירה שווה מההסכמים הקיבוציים הכללים בענף המתכת ובענף השמירה והניקיון (בהם משלמים דמי חגים ללא כל תנאי לרבות חגים החלים בשבת) לבין תוכנו של צו ההרחבה הכללי לעניין חגים. בהתאם לכך, ההלכות שנקבעו בעניין ההסכמים הקיבוציים הנ"ל האם שיבוצו של העובד נעשה מתוך כורח אם לאו – אף הן אינן רלוונטיות לענייננו. איל"ן הוסיפה, כי מאחר שהיא מעסיקה אשר חל עליה ההיתר הכללי להעסקת עובדים במנוחה השבועית ובחג, על פיו נדרש ליתן שעות מנוחה שמספרן זהה לשעות העבודה שעבד העובד בחג (מנוחת פיצוי) – על כן עובד שעבד בחג וניתנה לו מנוחת פיצוי אינו זכאי בנוסף לדמי חגים בגין עבודתו בחג. עוד הוסיפה איל"ן, כי בית הדין האזורי קבע כממצא עובדתי כי טענתו של מר מוסקלנקו ששיבוצו לעבודה נעשה מתוך כורח - לא הוכחה.

20. כאמור לעיל, אוחד הדיון בתיק זה עם תיק ע"ע 24481-11-17, ועל כן הכרעתנו בתיקים תינתן במאוחד.

ההליכים במסגרת הערעורים

21. במהלך הדיון שהתקיים ביום 13.11.18 הסכימו הצדדים לצרף את "הצדדים להסכמים הקיבוציים בעניין דמי חגים, כלומר ההסתדרות ונשיאות הארגונים העסקיים, וזאת בנוגע למחלוקת בנושא דמי חגים בלבד". עוד יצוין כי בסופו של הדיון בערעורים הציע בית הדין לצדדים להגיע להסכמה על הסכומים שנפסקו



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

בפסקי הדין של בית הדין האזורי, וזאת לאור דברי בית הדין לאחר שנשמעו הטיעונים בסוגיות השונות. אולם, כעולה מהודעת ב"כ איל"ן, מיום 20.1.19, הצדדים לא הגיעו להסכמות, ועל כן התבקש ליתן פסק דין "כאשר קודם לכן תישקל האפשרות להזמנת הצדדים להסכמים הקיבוציים לחוות דעתם בסוגיית דמי החגים".

22. בהחלטתי מיום 24.1.19 נקבע כי מאחר ש"בערעור שלפנינו התעוררה מחלוקת בין הצדדים בנוגע לפרשנות צו ההרחבה הכללי לעניין דמי חגים בשאלת תשלום דמי חגים לעובד שעבד בפועל בחג, כאשר בענייננו עסקינן במטפלים סיעודיים. לפיכך מתבקשת עמדת הצדדים להסכמים הקיבוציים בעניין דמי חגים לסוגיה הבאה: האם בהתאם להסכם הקיבוצי הכללי, שנחתם ביום ח' בשבט תשנ"ח (9 בינואר 1995) ומספרו בפנקס ההסכמים הקיבוציים הוא 7010/95 אשר הורחב בצו ההרחבה הכללי לעניין דמי חגים, התשלום לעובד שעבד בפועל בחג הוא בערך עבודה בחג בסך של 150% בלבד וללא תשלום דמי חגים, או שיש לשלם לעובד בנוסף לתשלום עבור העבודה בחג בסך של 150% גם דמי חגים בשיעור 100%, כאשר במסגרת זו מתבקשת התייחסות גם לשאלת התנאי של "עבודה מתוך כורח", והאם יש מקום להבחין בין סוגי העובדים היומיים לפי מתכונת עבודתם".

23. לעמדת נשיאות הארגוניים העסקיים, אשר הוגשה ביום 23.5.19, המחוקק מורה באופן ברור כי שיעור התשלום בגין עבודה בחג הוא 150% משכרו הרגיל של העובד (זאת בהתאם להוראות פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 וסעיף 17 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951), וההסכם הקיבוצי הכללי בעניין דמי חגים נועד להסדיר סוגיה נפרדת, והיא תשלום דמי חגים לעובד אשר נעדר מעבודתו בחג, במטרה שלא ייצא בחסרון כיס בגין חלות החג. לטענת הנשיאות, ההסכם הקיבוצי אינו קובע כל הוראה באשר לעבודה בחג, אלא רק לפיצוי מי שאינו עובד בחג, וגמול עבור עבודה בחג אינו מוסדר במסגרת ההסכם. על כן, לעמדת הנשיאות גם אין כל משמעות לנסיבות שבעטיין עבד העובד בחג – אם מתוך רצון או מתוך כורח, כי בכל במקרה עבודה בחג אינה מקימה זכאות לדמי חגים. הנשיאות הוסיפה, כי תשלום דמי חג למי שהועסק בפועל בחג, משנה את ההסכמות שבין הצדדים להסכם, ולא בכדי בהסכמים כלליים נוספים,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

המאוחרים להסכם דנן (כגון ההסכם הקיבוצי הכללי בענף השמירה והאבטחה מיום 22.7.14 וההסכם הקיבוצי הכללי בענף הניקיון והתחזוקה מיום 11.7.13), צוין מפורשות כי גמול בגין עבודה בחג הוא בשיעור של 150% בלבד. לבסוף ציינה הנשיאות, כי גם אם לא תתקבל עמדתה לעניין תשלום דמי חגים, בכל מקרה אין מקום להנחת היסוד לפיה כל עובד שלא ביקש פוזיטיבית לעבוד בחג הרי שהוא עובד מתוך כורח, וכי אין להעניק למושג "כורח" משמעות מרחיבה, כך שאין לכלול בגדרו מצבים שבהם מתכונת העבודה מחייבת או דורשת, מעצם מהותה, עבודה גם בחג.

24. **לעמדת ההסתדרות**, אשר הוגשה ביום 27.5.19, תשלום בגין עבודה בחג הוא בהתאם להוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, ותשלום עבור מי שלא עבד בחג הוא בהתאם להוראות צו ההרחבה הכללי. בהתאם לצו ההרחבה הכללי עובדים יומיים יקבלו תשלום כאילו לא נעדרו מעבודתם, ובכך הושוו למעשה העובדים היומיים לעובדים החודשיים המקבלים שכר עבור ימי חג שלא עבדו בהם. בפסיקת בית הדין הזה לעניין תשלום דמי חגים בגין יום שהעובד עבד בו, נקבע כי העובד זכאי הן לתשלום עבור יום העבודה (בשיעור 150%) מכוח חוק שעות עבודה ומנוחה, והן לתשלום דמי חגים מכוח ההסכם הקיבוצי (בשיעור 100%) וכי מדובר בשתי זכויות מצטברות. עוד נקבע בפסיקה, כי בהעדר ראיה לסתור, עבודה בחגים היא לא מתוך בחירה אלא מתוך כורח, והנטל להוכיח זאת הוא על המעסיק, שלולא כן יהיה העובד זכאי גם לדמי חגים (ובסך הכל ל-250%). ההסתדרות הטעימה, כי סוגיית הכורח, מבקשת מחד גיסא לצמצם את הפגיעה בעובד שנדרש לעבוד בחג, ומאידך גיסא מבקשת ליצור תמריץ שלילי שלא לעודד עבודה בחג. ההסתדרות הוסיפה, כי אין ממש בטענת איל"ן כי מאחר שהיא מעסיקה עובדים בחג בהתאם להיתר העסקה - הרי שעובד שבחר לעבוד אצלה, הסכים מראש גם לעבודה בשבת ובחג ולכן אין רלוונטיות לעניין הכורח. לטענת ההסתדרות, רק מקום שיש לו היתר רשאי להעסיק עובדים; ההיתר הוא במישור הרגולטורי ולא שייך לתנאי התשלום של עובד שעבד בחג; והבחירה לעבוד במקום עבודה מסוים אינה רלוונטית להלכה הפרטנית שנקבעה בעניין הכורח.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

25. **בתגובת איל"ן** מיום 26.6.19 נטען, כי עובד שעבד בימי חג זכאי לתשלום מוגדל של 150% במקום דמי החג ולא בנוסף אליהם, לפיכך עובד שעתי ששולם לו שכר של 150% עבור עבודה בחג (בהתאם להוראת סעיף 17 לחוק שעות עבודה ומנוחה) וניתנה לו מנוחת פיצוי (כקבוע בהיתר), כפי שנעשה בענייננו – אינו זכאי בנוסף לדמי חגים בגין עבודתו בחג. לטענת איל"ן, הפסיקה לפיה יש לשלם דמי חגים גם בעת שהעובד עבד בחג, התייחסה להסכמים הקיבוציים בענף המתכת ובענפי השמירה והניקיון, בהם משלמים דמי חגים בכל מקרה וללא כל תנאי וגם עבור חגים החלים בשבת, ולכן גם נפסק כי מדובר בתשלום עקב העבודה ולא עבור העבודה, בעוד שאין הם פני הדברים בצו ההרחבה הכללי בו עסקינן במקרה דנן. איל"ן הוסיפה, כי בעניינם של המשיבים הוכח כי מדובר בעובדים שידעו מראש כי עבודתם תבוצע גם בחגים, והוכח גם כי הם ביקשו לעבוד בשבתות ובחגים על מנת לשפר את שכרם, וממילא אף אחד מהם לא הוכיח כי עבודתו נעשתה מתוך כורח. על כן, המשיבים אינם זכאים לדמי חגים בנוסף לתמורה ששולמה להם. לבסוף טענה איל"ן לעניין תשלום דמי חגים למי שלא עבד בחג - כי אין לשלם לעובד דמי חגים ככל שהיקף משרתו לא נפגע ולא נמנעה ממנו האפשרות להשלים את משרתו.

26. **בתגובת המשיבים**, אשר הוגשה רק ביום 19.1.20, נטען כי בעוד המקור הנורמטיבי לתשלום דמי חגים היא מכוח צו ההרחבה הכללי, הרי שתשלום עבור עבודה בחג מקורה בפקודת סדרי שלטון ומשפט, ועל כן עובד שנדרש לעבוד בחג זכאי במצטבר הן לתשלום דמי חגים בשיעור 100% (עקב עבודתו) והן לתשלום 150% משכרו (עבור עבודתו בחג). המשיבים הוסיפו, כי מקרה שבו נפסק על ידי בית הדין הזה כי עובד שעתי זכאי לתשלום של 150% בגין עבודתו בחג במקום דמי חגים ולא בנוסף אליהם – התייחס לנסיבותיו של אותו מקרה בלבד, אשר הזכאות בו הייתה מכוח צו ההרחבה בענף השמירה והאבטחה מיום 1.11.14 ולא מכוח הוראות צו ההרחבה הכללי בו עסקינן בנידון דנן. לטענת המשיבים, בהעדר הוראה פוזיטיבית כי תשלום עבור העבודה בא במקום תשלום דמי חגים – אין ליתן פרשנות שכזו להסכם המסגרת הכללי, אשר יוצרת פגיעה אנושה בעובד. אשר למקרה דנן, טענו המשיבים, כי בניגוד לטענת איל"ן הרי שהוכח כי עבודת המשיבים בחגים הייתה מתוך כורח, שכן אמנם היו יכולים לבקש



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

במחברת שלא לשבצם בימים ספציפיים, אך לא תמיד הייתה איל"ן מתחשבת בכך. לבסוף נטען כי בענייננו אין מקום להחיל את ההלכה שנקבעה בע"ע 21920-12-13 דיאמנט צעצועים בע"מ – ולנטינה פרנצב (7.6.2015) (להלן – דיאמנט צעצועים), מאחר שימי החג חלו בימים שבהם המשיבים אמורים היו לעבוד.

27. יצוין כי ב"כ מר מוסקלנקו, הודיע ביום 20.1.20, כי הוא מצטרף לאמור בתגובת המשיבים בע"ע 24481-11-17.

28. למען שלמות התמונה יצוין כי במהלך הדיון בערעורים שהתקיים ביום 13.11.18 הצהיר ב"כ המשיבים, עו"ד קרבצקי (בעמ' 8 לפרוטוקול), כי: "לאור פסק דין קלינין אנו לא עומדים למרות הניתוח המשפטי, אנחנו לא עומדים על הנושא של הפרדה רק מעל 8 שעות בין יום קלנדרי אחד למשנהו כמנתקת את רצף יום העבודה אבל באותה נשימה אין לזה שום השלכה על תוצאות פסק הדין מאחר ואנחנו הגשנו לגבי כל אחד מהמשיבים תחשיב חילופי שלוקח נתק של למעלה משלוש שעות בין אם זה אותו יום עבודה ובין אם זה בין שני ימים קלנדריים ובית הדין אימץ את התחשיב החלופי ואנו לא עומדים על הסוגיה הזו."

דיון והכרעה

29. כעולה מטענות הצדדים מספר סוגיות עומדות להכרעתנו במסגרת הערעורים שלפנינו. דרך הילוכינו יהיה כדלקמן:

בחלק הראשון – נעסוק בשאלות שהתעוררו לעניין **תשלום גמול שעות נוספות**, לרבות השאלה מהו "השכר הרגיל" לפיו יש לחשב את גמול השעות הנוספות, נפקות העבודה במשמרות רצופות ואופן תשלום גמול השעות הנוספות בימי מנוחה שבועית ובחג. לאחר מכן נדרש לסכומים שיש לשלם ברכיב זה בנסיבות הערעורים שלפנינו, לרבות בענייננו של מר מירוזיאן ומר מוסקלנקו.

בחלק השני – נעסוק בסוגיית **תשלום דמי חגים**, תחילה בהיבט הנורמטיבי, ולאחר מכן בנפקות שיש לכך בערעורים שלפנינו – הן בעניינם של המשיבים והן בענייננו של מר מוסקלנקו.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

בחלק השלישי - נעסוק בטענות שהועלו לעניין זכאותה של הגב' גיולנרה זרבאילוב לפיצוי בגין פיטורים שלא כדין.

חלק ראשון – שעות נוספות

30. הצדדים נחלקו בשאלה מהו ה"שכר הרגיל" שממנו יש לגזור ולחשב את הגמול בעד אותן שעות נוספות ושעות מנוחה שבועית, זאת מאחר שבפועל איל"ן שילמה למטפלים כתעריף שעותי למשמרת לילה שעות של 150% מהשכר הרגיל, והתעוררה השאלה האם יש להביא בחשבון את התוספת של 50% כחלק מהשכר הרגיל לצורך כך.

רקע נורמטיבי

31. סעיף 2 (א) לחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951 (להלן – **החוק או חוק שעות עבודה ומנוחה**), קובע כי:

"יום עבודה לא יעלה על שמונה שעות עבודה".

וסעיף 2 (ב) לחוק, קובע כי:

"בעבודת לילה וביום שלפני המנוחה השבועית וביום שלפני חג שהעובד אינו עובד בו, בין על פי חוק ובין על פי הסכם או נוהג, לא יעלה יום עבודה על שבע שעות עבודה"

סעיף 1 לחוק, מפרש מהן "שעות נוספות" ומהי "עבודת לילה":

"שעות נוספות" פירושו - שעות העבודה העודפות -

(א) על התחום שנקבע ליום עבודה בסעיף 2, או על יום עבודה שייקבע על פי סעיף 4, או

(ב) על התחום שנקבע לשבוע עבודה בסעיף 3, או על שבוע עבודה שייקבע על פי סעיף 4;



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

"עבודת לילה" פירושו - עבודה ששתי שעות ממנה, לפחות, הן בתחום השעות שבין 22 ובין 06.00;

מהוראות אלו עולה כי כל שעה שעבד העובד מעבר ל-7 שעות, במשמרת לילה (היינו משמרת שלפחות שתי שעות ממנה, הן בתחום השעות שבין 22.00 ובין 06.00), היא שעה נוספת.

32. אשר לגמול שיש לשלם בגין שעות נוספות, קובע סעיף 16 לחוק:

16" (א) הועסק עובד שעות נוספות, ישלם לו המעביד בעד שתי השעות הנוספות הראשונות שבאותו יום שכן עבודה לא פחות מ-1¼ מהשכר הרגיל, ובעד כל שעה נוספת שאחריהן לא פחות מ-1½ מהשכר הרגיל.

היה שכרו של עובד, כולו או חלקו לפי כמות התוצרת, ישלם לו המעביד בעד כל יחידה, שנעשתה בשתי השעות הנוספות הראשונות שבאותו יום, שכן עבודה לא פחות מ-1¼ מהשכר המשתלם בעד כל יחידה שנעשתה בשעות העבודה הרגילות, ובעד כל יחידה שנעשתה בשעות הנוספות שלמעלה משתיים – לא פחות מ-1½ מהשכר המשתלם בעד כל יחידה שנעשתה בשעות העבודה הרגילות.

(ב) היה שכרו של העובד על בסיס של חודש או של תקופה ארוכה יותר, יהא המעביד זכאי ליתן לעובד בעבודה מן העבודות המפורטות בפסקה (2) של סעיף 4(א) ובסעיף 4(ב), במקום תשלום שכר לפי סעיף זה, מנוחה של שעה ורבע לפחות תמורת כל שעה משתי השעות הנוספות הראשונות שבאותו יום, ומנוחה של שעה וחצי לפחות תמורת כל שעה נוספת שאחריהן.

וסעיף 17 לחוק קובע מהו גמול עבודה במנוחה שבועית:

17". (א) הועסק עובד בשעות המנוחה השבועית או בחלק מהן:
(1) ישלם לו המעסיק בעד שעות אלה שכר עבודה לא פחות מ-1½ משכרו הרגיל. היה שכרו של העובד, כולו או חלקו, לפי כמות התוצרת, ישלם לו המעסיק בעד כל יחידה שנעשתה בשעות המנוחה השבועית שכר עבודה לא פחות מ-1½ מהשכר המשתלם בעד כל יחידה שנעשתה בשעות העבודה הרגילות;
(2) יתן לו המעסיק, במקום שעות המנוחה השבועית שבהן עבד, שעות מנוחה במספר ובזמן שנקבעו בהיתר שלפיו הועסק.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

(ב)היה שכרו של העובד על בסיס של חודש או של תקופה ארוכה יותר, יהא המעסיק זכאי ליתן לעובד, במקום הגמול לפי פסקה (1) של סעיף קטן (א) מנוחה של שעה וחצי לפחות תמורת כל שעה משעות המנוחה השבועית שבה עבד.

"השכר הרגיל", לפיו מחשבים את אותן שעות נוספות ושעות המנוחה השבועית, בהתאם לסעיף 18 לחוק, הוא "כולל כל התוספות שמעסיק משלם לעובדו".

אשר להכרעתנו

33. בעניין זה מקובלות עלינו הקביעות העקרוניות של בית הדין האזורי, בשני התיקים שעניינם נידון כאן, כי התוספת של 50% המשולמת עבור כל שעה משבע שעות משמרת הלילה, היא בגדר "שכר רגיל" לעניין הוראות החוק.

34. בית הדין האזורי בעניין מוחדינוב, נימק קביעתו כך :

"השאלה, האם תוספת משמרות היא חלק מן השכר הרגיל לעניין חוק שעות עבודה ומנוחה, נדונה לא אחת בפסיקה. כך בדב"ע (ארצי) לט/24-3 בתי זיקוק לנפט בע"מ – זאב למפל, פד"ע י 421, נדונה בין היתר השאלה, האם לצורך חישוב ערך השעה לעניין גמול שעות נוספות, יש לכלול את תוספת המשמרות המשולמת לעובדים בגין עבודתם במשמרות מכח הוראות ההסכם הקיבוצי שחל עליהם. בדונו ביחס שבין תוספת המשמרות שנקבעה בהסכם הקיבוצי לבין גמול עבודה בשעה השמינית בלילה, פסק בית הדין הארצי, באותו מקרה: "התערבותו של החוק באה עת עובדים את התחום הקבוע בחוק או את התחום שנקבע על פיו, היינו עת נכנסים לתחום "שעות נוספות" (סעיף 1 לחוק). ובמה מוצאת התערבות זאת את ביטויה? היא מוצאת את ביטויה, לעניין השכר, בשניים: בעצם החיוב בתשלום מיוחד - "גמול שעות נוספות" בשיעור הנקוב, והוא "לא פחות מ- 1 1/2 1 1/4 מהשכר הרגיל", ובמתן הוראה לעניין חישוב "השכר הרגיל". הדיבור "שכר רגיל" אינו מהמונחים הטכניים השגורים בתחום העבודה, שלהם משמעות מקובלת, כגון "שכר יסוד" או "שכר כולל". את הדיבור "שכר רגיל" יש לפרש בהקשר שבו הוא בא. לא הרי המשמעות של "שכר רגיל" בהקשר לחוק חופשה שנתית, תשי"א-1951, כהרי משמעותו בחוק שעות עבודה ומנוחה (דב"ע ל/1-1, בע' 166). בהקשר לחוק שעות עבודה ומנוחה - לעניין גמול שעות נוספות יש לפרש את הדיבור תוך מודעות למטרה שאותה רוצים להשיג ולטעם להקניית הזכות. המטרה והטעם הם שכר גדול יותר בעד שעות עבודה נוספות מאשר בעד שעות עבודה שבתחום החוק. "השכר הרגיל" הוא איפוא, זה שמשלם בעד שעות "עבודה רגילה", היינו שעות עבודה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

שאינה נוספת. לשון אחר, "השכר הרגיל" הוא השכר המשתלם בעד כל אחת מהשעות שבתחום "הנורמה" של שעות שקבע המחוקק - שמונה ליום עבודה מכוח סעיף 2(א) לחוק ושבע בעבודת לילה או ביום שלפני חג (סעיף 2(ב) לחוק). מי שעובד בערב חג שמונה או תשע שעות ולא שבע שעות, השעה השמינית והתשיעית הן נוספות, והגמול בעדן מחושב לפי השכר שבעד כל אחת משבע השעות שקדמו לשעות הנוספות. הוא הדין אם השעות הנוספות הן שעות לילה. היה מי שסבר, שיכולה להתעורר השאלה, אילו מרכיבי השכר יש להביא בחשבון לעניין חישוב אותו "שכר רגיל". בהצעת החוק לא באה התייחסות מפורשת לשאלה זאת. תשובה לשאלה זאת מוצאים בסעיף 18 לחוק. סעיף זה קובע, כי "שכר רגיל" כולל כל התוספות שמעביד משלם לעובדו, ונדגיש את המלה "כל". הסעיף נוסף לחוק בשלב הדיונים בוועדה ועליו אמר יו"ר ועדת העבודה של הכנסת, בהביאו את הצעת החוק לקריאה שניה: "בסעיף 18 שהוסיפה הוועדה באנו לפרש את משמעות המונח 'שכר רגיל' כשבאים לחשב את גמול עבודת השעות הנוספות או שעות המנוחה השבועית, כדי שהתשלום בעד עבודה זו יכלול את כל התוספות המשתלמות לעובד והמהוות למעשה יסוד לחישוב ערך יחידת הזמן או העבודה" (דברי הכנסת, כרך 9, ע' 1730). אמור מעתה "כל התוספות המשתלמות לעובד..." הן רכיבי שכר לעניין "השכר הרגיל". טענו בבית-הדין האזורי, כי "אין כל בסיס בחוק בהסכם קיבוצי או בהיגיון הפשוט לטענה, כי "תוספת משמרת לילה הינה שכר רגיל" (סעיף 2, פסקה ו', שבחלק I דלעיל). פטורים אנו מלעמוד על כך, שגם הגיונם של דברים מחייב לחשב את "השכר הרגיל" לעניין גמול שעות נוספות כמכוון לשכר שמשתלם בעד השעות שקדמו לשעות הנוספות. עתה, משהפנינו את תשומת הלב לסעיף 18 שבחוק ולמטרתו כעולה מדיוני הכנסת, ברור שיש ויש "בסיס בחוק לטענה, כי תוספת משמרת לילה הינה שכר רגיל", לעניין שעות נוספות אומר החוק במפורש "כל התוספות", ואין כל סיבה שלא לראות "תוספות משמרות", וב"תוספת משמרות" מדובר בהסכם הקיבוצי - ככלולה בגדר "כל התוספות". מעמדת מוצא של החוק מגיעים, איפוא, למסקנה זאת: רצון המחוקק הוא, שבעד כל אחת משתי השעות הנוספות הראשונות - השעה השמינית והתשיעית, בערב חג ובעבודת לילה, ישולם לעובד שכר הגדול ב- 25% מ"השכר הרגיל" המשתלם לו בעד שעות שקדמו לאותן שעות נוספות ו"השכר הרגיל" כולל "כל התוספות", היינו גם "תוספת משמרות" (ההדגשות הוספו - א.ר.ק.). פסיקה זו אושרה על ידי בית המשפט העליון בעתירה שהוגשה על פסק הדין [ראה: בג"ץ 613/79 בתי זיקוק לנפט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לד 317], ומאז אין עוד עוררין על הלכה זו לפיה השכר הרגיל לעניין גמול שעות נוספות משמעו, השכר המשתלם בעד השעות שקדמו לשעות הנוספות, והוא יכלול גם תוספות שהשתלמו בשעות אלו, כמו "תוספת משמרות" [ראה: דב"ע מו/4-11 מדינת ישראל - ההסתדרות הכללית, פד"ע



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

יח 128; ע"ע 1089/02 יוסף ברנע – בזק בע"מ, (מיום 13/10/04); ע"ע (ארצי) 233/06 א.נ. נתניה בע"מ - לב טרנרידר (מיום 16/12/07).
זאת ועוד, בעס"ק 12-12-26965 מדינת ישראל – ההסתדרות הכללית החדשה (מיום 25/2/2015), חזר בית הדין הארצי על הלכה זו, תוך התייחסות לתכלית החוק, באלו המילים: "בבואו לפרש את הוראת סעיף 18 לחוק, ומתוך בחינת התכלית, שהיא לשלם לעובד עבור שעות נוספות תמורה גבוהה יותר משכרו הרגיל בעד שעות העבודה הרגילות שקדמו לשעות העבודה הנוספות, הגיע בית הדין הארצי למסקנה, כי חישוב ערך השעה צריך להיערך על יסוד שכרו של העובד בגין השעות שבנורמה. דהיינו, על יסוד השעות הקודמות לשעות הנוספות, לרבות התוספות המשולמות בעבור אותן שעות, ובאותו מקרה - תוספת משמרות".

נוכח האמור קבע בית הדין האזורי, כי:

"בענייננו התוספת בשיעור 50% עבור 7 שעות העבודה הראשונות היא תוספת שמקורה כאמור בנוהג שהוחל במעון, והיא משולמת על כל שעה רגילה שבתחום משמרת הלילה. אי לכך וככזו היא חלק מהשכר הרגיל של העובד במשמרת לילה, לעניין חוק שעות עבודה ומנוחה, ועל כן את גמול השעות הנוספות בגין כל שעה שמעבר ל-7 שעות העבודה הרגילות במשמרת לילה יש לחשב בהתאם לשכר הרגיל בשעות הרגילות שקדמו לאותן שעות היינו, תוך הכללת התוספת בשיעור 50%. אכן, אין חולק כי מדובר בהסדר מיטיב ביחס לחוק שכר מינימום למשל, אך לאור המבואר לעיל באשר לתכלית חוק שעות עבודה ומנוחה, ברי הסדר מיטיב זה, אינו פוטר את המעסיק מתשלום גמול שעות נוספות עבור שעות נוספות כהגדרתן בחוק".

35. קביעה זו של בית הדין האזורי התקבלה בעיקרה גם בפסק דינו של בית הדין האזורי בעניין מוסקלנקו, ולא מצאנו בנימוקי איל"ן טעם המצדיק להתערב בקביעות אלו.

36. התוספת בשיעור 50% עבור 7 שעות העבודה הראשונות במשמרת לילה היא תוספת שמקורה כאמור בנוהג שהוחל במעון, והיא משולמת על כל שעה רגילה שבתחום משמרת הלילה. לנוכח הגדרת 'עבודת לילה' בחוק שעות עבודה ומנוחה, לא ניתן להפריד בין שבע השעות הראשונות במשמרת לילה לבין השעה האחרונה באותה משמרת ולהחיל את התוספת עבור משמרת לילה רק עבור 7 השעות הראשונות. לפיכך, תוספת זו מהווה חלק מהשכר הרגיל של העובד במשמרת לילה, לעניין חוק שעות עבודה ומנוחה, ועל כן יש לחשב את גמול



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

השעות הנוספות בגין כל שעה שמעבר ל-7 שעות העבודה הרגילות במשמרת לילה בהתאם לשכר הרגיל בשעות הרגילות שקדמו לאותן שעות, היינו, תוך הכללת התוספת בשיעור 50% (והשוו: ע"ע 45431-09-16 אלכס גורביץ' - א.ב.מ. תעשיות פלסטיקה (1989) בע"מ (16.1.2018), בסעיפים 8 – 15; ע"ע 33791-11-17 10 מיכאל נובכוב ואח' – ר-צ פלסט בע"מ, (24.5.12)). ויודגש – הגם שמדובר בנוהג מיטיב, הרי שאין בהיותו של הנוהג 'הסדר מטיב' כדי לפטור את המעסיק מתשלום גמול שעות נוספות עבור שעות נוספות כהגדרתן בחוק. אי לכך, נדחת טענת איל"ן כי ניתן לראות בנוהג המיטיב ככזה שבא במקום תשלום גמול שעות נוספות לפי חוק שעות עבודה ומנוחה.

37. על כן, הן המשיבים והן מר מוסקלנקו זכאים עקרונית לכך שעבור כל שעה נוספת שעבדו מעבר ל-7 שעות במשמרת לילה (לרבות במקרים בהם התארכה משמרת הלילה מעבר ל-8 שעות), ישולם להם גמול עבודה בשעות נוספות, בגין שתי השעות הנוספות הראשונות שעבדו לאחר 7 השעות הראשונות, בשווי של 125% מהשכר השעתי במשמרת לילה, היינו השכר כולל התוספת בשיעור 50% ("שיטת ההכפלה") ובסה"כ 187.5% $(125\% \times (100\% + 50\%) = 187.5\%)$ מהשכר השעתי. ובעד כל שעה נוספת שלאחר שתי השעות הראשונות, לגמול עבודה בשעות נוספות, בשווי של 150% מהשכר השעתי במשמרת לילה, ובסה"כ 225% $(150\% \times (100\% + 50\%) = 225\%)$ מהשכר השעתי.

[במאמר מוסגר נעיר כי במקרה זה אין מקום לחישוב השכר בעד השעות הנוספות על דרך צירוף התוספת לשכר הרגיל ("שיטת הצבירה") כפי שנעשה בעניין ע"ע 300175/97 דניאל כהן - עיריית נהריה, פד"ע לו 49 (2001) – דרך הרלוונטית לחישוב גמול שעות נוספות בשעות מנוחה שבועית. לכן החישוב באופן האמור, כפי שנעשה בסעיף 33 לפסק דין נוסף שעסק בתביעה של עובדת במעון כנגד איל"ן (סע"ש 35701-09-15 אירינה גרייזר – איל"ן (10.10.18); מותב בראשות השופטת איריס רש) - שגוי. וכך נקבע בפסק הדין בעניין גרייזר: "בעד שתי השעות הנוספות הראשונות שעבדה לאחר 7 השעות הראשונות, בשווי 125% מהשכר השעתי במשמרת לילה, היינו השכר כולל התוספת בשיעור 50% ובסה"כ 175% $(150\% + 25\% = 175\%)$ מהשכר השעתי.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

בעד כל שעה נוספת שלאחר שתי השעות הראשונות כאמור לעיל, התובעת זכאית לגמול עבודה בשעות נוספות בשווי 150% מהשכר השעתי במשמרת לילה, ובסה"כ 200% ($200\% = 50\% + 150\%$) מהשכר השעתי".

עבודה במשמרות רצופות

38. עם זאת, איננו מקבלים את מסקנת בית הדין האזורי בעניינם של המשיבים לפיה:

"לעניין חישוב שעות העבודה לפי חוק שעות עבודה ומנוחה, הפסקה של פחות מ-8 שעות, בין יום עבודה קלנדארי אחד למשנהו, איננה מנתקת את רצף העבודה בין משמרות שבוצעו באותם ימים קלנדאריים רצופים, כך שכל השעות שעבדו התובעים במסגרת המשמרות הרצופות באותם ימים קלנדאריים רצופים, ייחשבו כיום עבודה אחד לעניין חישוב השעות הנוספות בהתאם לחוק שעות עבודה ומנוחה" (סעיף 38 לפסק הדין).

זאת, לאור הפסיקה בעניין ע"ע 68015-03-17 חברת קבוצת השומרים שמירה ובטחון בע"מ - דמיטרי קלינין (17.4.18), לפיה:

"העובדה שבין יום עבודה למשנהו יש הפסקה שהיא פחות מ-8 שעות, תוך הפרה של סעיף 21 לחוק, אינה מביאה בהכרח למסקנה שהשעות של המשמרת העוקבת הן בבחינת שעות עבודה באותו "יום עבודה" של המשמרת הקודמת ולכן מזכות בגמול עבודה בשעות נוספות. המחוקק לא קבע בצד הפרת הוראת סעיף 21 לחוק סעד כספי מפורש ובכך, לא ניתן להקנות סמכות לצקת סעד כספי בדמות של תשלום גמול שעות נוספות עבור שעות עבודה שלא מכח הוראת סעיף 16 לחוק. המחוקק קבע דרכי אכיפה להפרת הוראות החוק במישור הפלילי ובמישור המינהלי.

(יצוין כי עתירה לבג"צ נדחתה – בג"צ 4658/18 קלינין – בית הדין הארצי לעבודה ואח' (26.6.18); וראו גם ע"ע 9623-02-18 מיקוד ישראל אבטחה שרותים וכח אדם בע"מ - לבן דדיאשוילי (07.04.2020)).

כפי שצוין לעיל, במהלך הדיון בערעור גם המשיבים הסכימו כי ברמה העקרונית יש לקבל את הערעור בעניין זה, אלא שלשיתם אין לכך נפקות מעשית מאחר שבית הדין האזורי אימץ בסכומים שנפסקו את 'התחשיב החלופי' שהוגש בעניין



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

זה, המבוסס על העיקרון ולפיו הפסקה של שלוש שעות ויותר, מהווה יום עבודה חדש.

39. אשר על כן, נציין כבר עתה, כי במסגרת דיונינו בהמשך באשר לסכומים להם זכאים המשיבים, לא ניתן משקל להכרעה העקרונית בסוגיית העבודה במשמרות רצופות, מאחר שכאמור לא ניתן לכך נפקות על ידי בית הדין האזורי בקביעת הסכומים להם זכאים המשיבים ברכיב הפרשי השכר, ומשהאמור אינו רלוונטי לעניינו של מר מוסקלנקו.

הפרשי שכר עבודה בעד עבודה בשעות נוספות בימי מנוחה וחג

40. כעת עלינו לבחון, אם המטפלים הסיעודיים היו זכאים לגמול עבודה במנוחה שבועית/חג עבור עבודה במשמרות לילה במנוחה שבועית/חג בנוסף לשכר בשיעור 150% ששולם להם. נזכיר כי בין הצדדים התעוררה מחלוקת באשר למשמעות התשלום השעתי ששולם בפועל בימי המנוחה/חג בשיעור 150% - האם כטענת המשיבים, השכר שקיבלו בשיעור 150% בגין עבודה במשמרות לילה בימי המנוחה/חג הוא ה"שכר הרגיל" שלהם (כמו השכר ששולם להם בגין משמרת לילה בימי חול), שעליו יש להוסיף את גמול העבודה במנוחה שבועית וחג, או שמא כטענת איל"ן, במובחן מהגמול השעתי המשולם בגין משמרת לילה בימי חול, השכר עבור עבודה במשמרת לילה במנוחה שבועית וחג, הוא שכר הבסיס בשיעור 100%, כשעליו התווספה התוספת בשיעור 50% בגין עבודה במנוחה שבועית וחג כמתחייב מחוק שעות עבודה ומנוחה, וכפי ששולמה למשיבים בפועל.

41. בעניין זה, פסקו בתי הדין האזוריים שלא באופן אחיד - בפסק הדין בעניין מוחדינוב נקבע כי בימי מנוחה שבועית וחג שולמה עבור משמרות לילה אותה תוספת בשיעור 50% כפי ששולמה עבור משמרת לילה בימי חול, מבלי ששולם להם גמול עבודה במנוחה שבועית/חג. בהתאם לכך נקבע כי המשיבים זכאים לגמול עבודה במנוחה שבועית/חג אשר ישולם להם על ה"שכר הרגיל" ששולם בפועל עבור משמרות לילה שבוצעו בימי מנוחה/חג. בפסק הדין בעניין מוסקלנקו אין כל קביעה פוזיטיבית בסוגיה זו, ואולם תחשיב מר מוסקלנקו



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

שבוצע על בסיס הנחות אלו אומץ על ידי בית הדין האזורי. **בפסק הדין של המותב בראשות השופטת איריס רש** הנ"ל, שאמנם אינו עומד להכרעתנו במסגרת ערעור [לאחר שנקבע במסגרת דיון מקדמי שנערך בפני השופט רועי פוליאק כי השאלות העקרוניות ילובנו על ידי בית הדין במסגרת הדיון כאן, ובהסכמת הצדדים פסק דינו של בית הדין האזורי יבוטל ואיל"ן לא תפעל לגבות סכומים שכבר שולמו בגינו – בר"ע 47441-09-17], אולם עוסק באותו מקום עבודה ובנסיבות עובדתיות דומות, נקבע כי "הנוהג המטיב בגין עבודת לילה חל רק עבור משמרות שבוצעו בימי חול (סעיף 8 לתצהירו של מר דולב; חקירתה הנגדית של התובעת בעמ' 7 ש' 7 לפרוטוקול). משעה שמדובר בהסדר מטיב, הנתבעת רשאית לקבוע את היקפו ואין הצדקה להרחיב את היקף ההסדר המטיב ולהחילו גם על עבודת לילה בסופי שבוע." (סעיף 32 לפסק הדין). **ובפסק הדין של הרשמת מירי שי-גרינברג** (ד"מ 49237-02-16 מזל מרינה - איל"ן איגוד ישראלי לילדים נפגעים ע.ר. (7.8.17)) שאף הוא אינו עומד להכרעתנו במסגרת ערעור, אולם עוסק באותו מקום עבודה ובנסיבות עובדתיות דומות, נקבע כי "לאור תכלית חוק שעות עבודה ומנוחה, לפיה עבור עבודה במנוחה השבועית תשולם לעובד תמורה גבוהה יותר משכרו הרגיל בעד שעות העבודה הרגילות, הרי שיש להחיל את אותו הכלל – השכר הרגיל כולל תוספת משמרות – גם בעד עבודה במשמרת לילה במנוחה השבועית." (סעיף 52 לפסק הדין).

42. אם כן, עלינו לקבוע תחילה מה משמעות התשלום השעתי ששולם בפועל בימי המנוחה/חג בשיעור 150%.

אשר להכרעתנו

43. נקדים אחרית לראשית כי לדעתנו סביר יותר כי התשלום בשיעור 150% ששולם בפועל בימי שבת וחג הוא גמול עבודה במנוחה וחג בהתאם להוראות הדין, ומשכך מוצתה זכות העובדים לגמול החוקי והם אינם זכאים לגמול נוסף מכוח הוראות החוק בגין עבודתם בשבת וחג.

44. "הנוהג המיטיב", דהיינו תשלום בשיעור 150% עבור משמרות לילה, הוא למעשה חלק מחוזה העבודה של העובדים שעניינם נדון בתיקים שלפנינו. עניין



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

זה, הגם שאינו מפורט בחוזה העבודה עליו הם חתומים, וגם אם החל כ"נוהג מיטיב", מהווה חלק מחוזה העבודה שלהם כחוזה שהשתכלל בהתנהגות והתשלום בשיעור 150% עבור משמרות לילה הוא תנאי מכללא בחוזה העבודה, כאשר המחלוקת הפרשנית היא האם התנאי מכללא מתייחס למשמרות הלילה בימי חול בלבד או גם למשמרת הלילה בשבת וחג. בנסיבות אלו, היה מקום כי הדברים ימסרו למטפלים במסגרת חובתה של איל"ן למסירת תנאי העבודה כנדרש על פי חוק הודעה לעובד, ומשהדבר לא נעשה על ידה, חובת ההוכחה בעניין ששנוי במחלוקת מוטלת על איל"ן (סעיף 5א לחוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה (תנאי עבודה והליכי מיון וקבלה לעבודה), תשס"ב-2002 הקובע כי: **"בתובענה של עובד נגד מעסיקו שבה שנוי במחלוקת עניין מהעניינים לפי סעיף 2, והמעסיק לא מסר לעובד הודעה שהוא חייב במסירתה כאמור בסעיפים 1 או 3, בכלל או לגבי אותו עניין, תהיה חובת ההוכחה על המעסיק בדבר העניין השנוי במחלוקת, ובלבד שהעובד העיד על טענתו באותו עניין, לרבות בתצהיר לפי פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971").**

45. אלא שלטעמנו, אכן עמדה איל"ן בחובת ההוכחה הנדרשת הימנה, על בסיס החומר שהונח בפני בית הדין האזורי, ושכנעה כי סביר יותר שה"נוהג המיטיב" כלל תשלום בשיעור 150% עבור משמרות לילה בימי חול בלבד, בעוד שהתשלום בשיעור 150% ששולם בשבת וחג היווה תשלום עבור גמול עבודה במנוחה השבועית בהתאם להוראות החוק. שוכנענו כאמור ממספר טעמים: ראשית, מעצם כך שהמטפלים הסיעודיים קיבלו 150% על כל שעות השבת/חג ללא הבדל ביניהן, שוכנענו שאין סיבה להפריד בין שעות היום ושעות הלילה ולקבוע באופן מלאכותי שה – 50% ששולמו בגין שבת בבוקר היו גמול שבת, וה – 50% ששולמו בגין שישי בלילה היו גמול לילה מכוח ה"נוהג המיטיב". המשמעות היא איפוא, שהתוספת של 50% היא אחידה בכל משמרת השבת/חג והיא גמול מנוחה שבועית.

46. זאת ועוד, כאשר שולם בפועל גמול בשיעור שנדרש מכוח החוק – יש להניח שכוונת הצדדים הייתה לתשלום החוקי, ולא לתשלום אחר שהוא מעבר לקבוע בחוק, וכאן לא נסתרה נקודת המוצא הזו.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

47. בהקשר זה מקובלת עלינו טענת איל"ן - כי אין להסיק מהאופן שבו נרשמו שעות העבודה והגמול בגין בדוחות הנוכחות, כדי להצביע על כך שהתשלום בשיעור 150% ניתן בגין הנוהל המיטיב ולא עבור גמול מנוחה שבועית. בעניין זה הוטעם, כי גמול על עבודה בימי מנוחה וחג נרשם בעמודה נפרדת (100%+50% להבדיל מ-150%) משום ששעות אלו נמנות כשעות עבודה לצורך היקף המשרה המהווה בסיס לתשלום זכויות סוציאליות (זאת, לעומת עבודה בשעות נוספות). כמו כן, הדברים מתיישבים גם עם העובדה שעבור משמרות ערב ובוקר בימי המנוחה נרשם שכר העבודה ששולם בשיעור כולל של 150% בשתי עמודות נפרדות (של 100% ו-50%), כפי שצוין על ידי השופטת רימון-קפלן בסעיף 51 לפסק הדין בעניין מוחדינוב.

48. לא למותר לציין כי יש גם הגיון רב בטענה שהועלתה על ידי איל"ן, לפיה התוספת ניתנה על מנת לתמרץ את העובדים לבצע משמרות לילה בימי חול, בעוד שבשבתות ובחגים לא היה צורך לתמרץ את העובדים, מאחר שהעובדים היו מעוניינים בביצוע משמרות אלו לנוכח הגמול המשולם במשמרות אלו מכוח החוק (ראו גם סעיף 51 לפסק דינה של השופטת רש).

49. העולה מן האמור עד כה כי התשלום ששולם למטפלים בשיעור של 150% בעת עבודתם בימי מנוחה שבועית וחג הוא למעשה תשלום עבור עבודה במנוחה שבועית וחג, ולכן הם אינם זכאים לתשלום בגין גמול עבודה שבועית וחג מעבר למה שכבר שולם.

50. כיצד אם כך יש לחשב את גמול השעות הנוספות בימי מנוחה שבועית וחג? בע"ע 300175/97 **דניאל כהן – עיריית נהריה**, פד"ע לו 49 (2001), נקבע כי יש לחשב את התמורה בגין שעות נוספות בשבת על השכר הרגיל (100%) ובתוספת גמול עבודה בשבת (שיטה מצטברת), ולא על בסיס התוספת המיוחדת של המנוחה השבועית (שיטת ההכפלה). בהתאם לכך, החישוב הוא כדלקמן: עבור כל שעה מהשעתיים הנוספות הראשונות בשבת/בחג: $175\% = 125\% + 50\%$. עבור השעה הנוספת השלישית ואילך בשבת/בחג: $200\% = 150\% + 50\%$.
נעל מנת להוציא מכלל טעות נחזור על כך שחישוב לשעות נוספות בימי מנוחה שבועית וחג באופן הבא (שיטת הכפלה) הוא מוטעה:

$187.5\% = 150\% \times 125\% \times 100\%$ – עבור שעתיים נוספות ראשונות



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

עבור השעה השלישית הנוספת ואילך – $225\% = 150\% \times 150\% \times 100\%$

טעות זו נובעת מחישוב השכר הרגיל לצורך חישוב גמול העבודה במנוחה שבועית על בסיס 'השכר הרגיל' בתוספת גמול השעות הנוספות, כאשר החישוב הנכון הוא שלא להוסיף את גמול השעות הנוספות לשכר הרגיל.

51. משכך קבענו, הן המשיבים והן מר מוסקלנקו, במקרים שבהם עבדו מעל 8 שעות בימי המנוחה והחג או מעל 7 שעות במשמרת לילה בתחום המנוחה השבועית/החג, הם זכאים לגמול עבודה בשעות נוספות, החל מהשעה שלאחר השעה השמינית או השביעית בהתאמה ל- 175% עבור השעתיים הנוספות הראשונות ו- 200% עבור השעות הנוספות הבאות מהשכר השעתי.

52. נבהיר ונזכיר, כי לעניין חישוב השעות הנוספות במקרה דנא אין להביא בחשבון את "רציפות המשמרות" כאשר היה נתק של פחות משמונה שעות בין ימים קלנדריים שונים, ולעניין זה לא תימננה שעות המשמרת השנייה (שבוצעה בפועל ביום קלנדרי אחר) כשעות נוספות, כאמור בסעיפים 38-39 לעיל.

53. לאור האמור, ועל מנת להבהיר את הדברים, נתייחס כעת לאשר נקבע בפסקי הדין של בית הדין האזורי:

קביעות בית הדין האזורי **בעניין מוחדינוב** (סעיף 53 לפסק הדין) אינן מקובלות עלינו בשני מובנים:

א. בית הדין האזורי ביסס את קביעתו על כך שהתשלום בשיעור 150% ששולם עבור משמרת לילה בימי מנוחה שבועית וחג הוא למעשה תשלום עבור עבודה במשמרת לילה, כפי שנהוג היה לשלם בימי החול – קביעה שכפי שפרטנו לעיל – שגויה.

ב. בית הדין האזורי חישב את גמול השעות הנוספות שלא בהתאם לעקרונות שפרטנו לעיל בנוגע לחישוב גמול שעות נוספות בימי מנוחה שבועית. אשר לקביעת בית הדין האזורי **בעניין מוסקלנקו**, הרי שבית הדין האזורי מאמץ את תחשיב מר מוסקלנקו אשר מבוסס על קביעותיה של השופטת רימון-קפלן, שכפי שפרטנו לעיל – חלקן שגויות לטעמינו, ובכך נפלה שגגה מידי בית הדין האזורי.

54. אשר לסכומים אותם יש לפסוק ברכיב זה – **בכל הנוגע לתביעת המשיבים** הגם שלכאורה הסכומים שנפסקו על ידי בית הדין האזורי מבוססים בחלקם על



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

קביעות שלטעמינו הן שגויות, ברם, מאחר שסכומים אלו נקבעו לפי הסכמת הצדדים על דרך הפשרה, ובשים לב לגובה הסכומים שנפסקו ולכלל נסיבות העניין - לא מצאנו מקום להפחית מהסכומים שקבע בית הדין האזורי. אשר לסכום שנפסק למר מוסקלנקו (בסך של 14,887 ₪) – מאחר שחלק מתחשיבו של מר מוסקלנקו מבוסס על עקרונות שגויים, הרי שעל מר מוסקלנקו להשיב את חלקו של הסכום, בהתאם לעקרונות אותם מנינו. לעניין זה יערכו הצדדים תחשיב וזאת תוך 30 יום מיום מתן פסק הדין, וככל שלא תהיינה הסכמות לעניין אופן עריכת התחשיב, יוכלו הצדדים לפנות בבקשה מתאימה לבית הדין האזורי.

לעניין תביעתו של מר מירוזיאן להפרשי שכר

רקע נורמטיבי

55. המונח "שעות עבודה" מוגדר בסעיף 1 לחוק שעות עבודה ומנוחה כ"הזמן שבו עומד העובד לרשות העבודה". בהתאם לכך נקבע בפסיקה כי "שעות שהייה" אינן שקולות לביצוע "שעות עבודה", ולכן לא חל עליהן חוק שכר מינימום או חוק שעות עבודה ומנוחה, והן אינן מזכות בשכר מכוח החוק, אלא אם הוסכם אחרת (אשר למבחנים לפיהם יקבע האם מדובר בשעות שהייה, ראו: דב"ע לג/4-2 אברהם רון – המועצה המקומית מצפה רמון, פד"ע ד 386; דב"ע לד/4-3 רוברט יקואל – אליהו פלד, פד"ע ה 328; דב"ע שן/84-3 מדינת ישראל – רון ראובן, פד"ע כב 433).

56. בעניין חנדז'י נקבע כי:

"... לא די בעצם דרישת המעסיק מהעובד לנכוח במקום העבודה כדי להגדיר את כל שעות שהייתו כשעות עבודה (אם כי זהו שיקול שיילקח בחשבון בין שאר השיקולים), ואף לא די בהפקת תועלת כלשהי על ידי המעסיק מעצם שהותו של העובד במקום העבודה, אלא יש לבחון אם אכן בוצעה 'עבודה' על ידי העובד במהלך השעות שבמחלוקת, בהתאם למאפייניו של מקום העבודה ומהות המשרה בה הוא מועסק.

בחינה זו אינה טכנית אלא מהותית ונעשית על פי מכלול נסיבות המקרה, הן מהיבט מקום העבודה והן מנקודת המבט של העובד עצמו. מהיבט מקום



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

העבודה עלינו לבחון בין היתר מה עיקר פעילותו של ה'מפעל'; האם הצורך לשמו נדרשת שהות העובד במקום הוא להגשמת תכליתו של מקום העבודה ככזה; ומהי התועלת המופקת למעסיק מאותן שעות שהייה. מנקודת המבט של העובד עלינו לבחון בין היתר עד כמה מוגבל היה לעשות כרצונו במהלך השעות שבמחלוקת, עד כמה נדרש לשינוי מאורח חיים רגיל, האם במהלך שעות ה'שהייה' נדרש להפעלת אותם כישורים לשמם נשכר כוח עבודתו מלכתחילה ובהם הוא עושה שימוש בשעות עבודתו ה'רגילות', והאם נדרש במהלך שעות ה'שהייה' להשקעת משאבים פיזיים, קוגניטיביים או נפשיים בהתאם למאפייני משרתו"

(סעיף 16 לפסק הדין).

57. בענייננו בית הדין האזורי קבע כי השעות בהן ישן מרוזיאן במעון בלילה, והיה זמין לפניות המטפלים הסיעודיים לעזרה במקרים חריגים, הן שעות כוננות, ולא שעות עבודה. כפועל יוצא, כך נקבע, התמורה ששולמה בגין אותן שעות כוננות, איננה שכר עבודה, ולכן השעות הללו אינן יכולות להוות שעות עבודה נוספות או שעות עבודה במנוחה שבועית. עם זאת, בהעדר הוכחה כמה שעות ישן, קבע בית הדין האזורי כי יש להקיש מהחזקה הקבועה בסעיף 26ב(ב) לחוק הגנת השכר, ולכן נפסק כי הוא זכאי להפרשי גמול עבודה בשעות נוספות ובמנוחה שבועית/חג, בהיקף של 60 שעות נוספות לחודש, מתוכן 30 שעות בשווי של 125% ו-30 שעות בשווי 150%.

אשר להכרעתנו

58. לא מצאנו מקום להתערב בקביעותיו של בית הדין האזורי "כי השעות בהן ישן התובע מרוזיאן במעון בלילה, והיה זמין לפניות המטפלים הסיעודיים לעזרה במקרים חריגים, הן שעות כוננות, ולא שעות עבודה כהגדרתן על פי חוק. כפועל יוצא מכך, התמורה ששולמה בגין אותן שעות הכוננות, איננה שכר עבודה, אלא תמורה חוזית, שיש בה כדי לפצות עבור אי הנוחות הכרוכה בלינה מחוץ לבית. כך גם כפועל יוצא מן האמור לעיל, והואיל ואותן שעות הכוננות, אינן מהוות שעות עבודה כהגדרת מונח זה בחוק, אין זאת אלא שהן בפני עצמן אינן יכולות להוות שעות עבודה נוספות כהגדרתן בחוק, או שעות עבודה במנוחה שבועית כהגדרתן בחוק."



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

מסקנות אלו של בית הדין האזורי נובעות מהקביעה העובדתית כי שעות משמרת הלילה של מר מירוזיאן לא היו שעות עבודה אלא שעות כוננות. קביעה זו נקבעה על בסיס המצג הראייתי שהוצג בפני בית הדין האזורי, ולא מצאנו טעם המצדיק התערבות ערכאת הערעור בכך.

59. לאחר מכן, בית הדין האזורי הוסיף וקבע כי על דרך ההיקש מסעיף 26ב(ב) לחוק הגנת השכר - מר מירוזיאן זכאי להפרשי גמול עבודה בשעות נוספות ובמנוחה שבועית/חג, ובלשונו של בית הדין האזורי (בסעיף 76):

"הנתבע בחר במסגרת הליך זה להגדיר את אותן שעות כוננות כשעות שחלו בין 23:00 ל-07:00, כך שיתאמו למשמרת הלילה של המטפלים הסיעודיים, הגם שכאמור מנהלי האגפים לא עבדו משמרת לילה.
הגדרה זו איננה משוללת הגיון, אך לא הובאו לה כל תימוכין, זאת הגם שהנטל להוכיח אלו שעות בדיוק היו את שעות הכוננות, מוטל על הנתבע, הן מפאת חובתו לנהל רישום של שעות העבודה והן מפאת הוראות סעיף 5 לחוק הודעה לעובד המחייבות אותו להסדיר בכתב את תנאי העבודה ובכלל זה את שעות העבודה והתמורה המשולמת בגינן.
מנגד, ולנוכח עמדת התובעים לפיה כל שעות המשמרת של מנהל האגף, הן שעות עבודה, אף התובעים לא הביאו תימוכין לשאלה כמה שעות בדיוק ישן התובע מר מירוזיאן במהלך הלילה.
בנסיבות אלו, ועל דרך ההיקש מהוראות סעיף 26ב(ב) לחוק הגנת השכר, לפיהן על המעסיק הנטל לשכנע שהעובד לא עמד לרשות העבודה בשעות השנויות במחלוקת, עד לתקרה של 15 שעות נוספות שבועיות או 60 שעות נוספות חודשיות, אנו קובעים כי למצער, התובע מר מירוזיאן זכאי להפרשי גמול עבודה בשעות נוספות ובמנוחה שבועית/חג, בהיקף של 60 שעות נוספות לחודש, בלבד, מתוכן 30 שעות בשווי של 125% ו-30 שעות בשווי של 150%."

אנו סבורים כי בנסיבות המקרה, ישנם פנים לכאן ולכאן האם אכן יש מקום להקיש מהוראות סעיף 26ב(ב) לחוק הגנת השכר, אולם לא מצאנו להכריע בכך, בנסיבות בהן איננו מתערבים בסכומים שנקבעו על דרך הפרשה על ידי בית הדין האזורי.

60. נוסף, כי ערים אנו לכך שבית הדין האזורי במסגרת "קביעותיו העקרוניות" בסוגיה, קבע בין היתר, כי "אם וככל שמנהל האגף ישן פחות מ-8 שעות במהלך הלילה, אין זאת אלא שבין יום קלנדארי אחד למשנהו, לא התקיימה הפסקה כהגדרתה בסעיף 21 לחוק שעות עבודה ומנוחה, כך ששעות משמרת הבוקר ביום



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

שלאחר הכוננות, הן שעות נוספות ביחס לשעות שהסתיימו קודם לתחילת הכוננות – קביעה, שכאמור מעלה, אינה נכונה, ולא מן הנמנע כי לקביעה זו ניתן משקל על ידי בית הדין האזורי לעניין הסכום שנקבע לעניין גמול השעות הנוספות.

עם זאת, לדידנו, אין בכך כדי לשנות מגובה הסכום שנפסק על ידי בית הדין האזורי ברכיב השעות הנוספות למר מירוזיאן, שעה שסכום זה נקבע על דרך הפשרה, לפי סעיף 79(א) לחוק בתי המשפט, וללא הנמקה.

61. לא למותר לציין כי יתר הקביעות העקרוניות אותן פרטנו לעיל ביחס לכלל המשיבים לעניין גמול שעות נוספות, נכונות ויפות אף לגבי מר מירוזיאן, אולם כפי שקבענו לגבי כלל המשיבים, אף לגבי מר מירוזיאן, אין אנו נותנים לכך נפקות ביחס לסכומים להם יהיה זכאי מר מירוזיאן.

62. תוצאת הדברים היא איפוא, כי הגם שקיבלנו בחלקן את טענות איל"ן בהיבט העקרוני, הרי שבמישור התוצאתי נדחים הערעור והערעור שכנגד בעניין זה, וקביעת בית הדין האזורי לעניין הסכום שנפסק לזכותו של מר מירוזיאן - תיוותר על כנה.

63. **סיכומם של דברים** – עמדנו על כך ש"השכר הרגיל" לפיו יש לחשב את גמול השעות הנוספות כולל את התוספת בשיעור 50% ששולמה בימות החול בגין עבודת לילה, וכן על נפקות העבודה במשמרות רצופות ואופן תשלום גמול השעות הנוספות בימי מנוחה שבועית ובחג. אשר לסכומים אותם יש לפסוק בנסיבות הערעורים שלפנינו, קבענו כי אין מקום להתערב בנפסק על ידי בית הדין האזורי בעניינם של המשיבים, לרבות בעניינו של מר מירוזיאן, ואילו בעניינו של מר מוסקלנקו – הצדדים יערכו תחשיב כאמור בסעיף 54 לעיל.

חלק שני – דמי חגים

64. השאלה המרכזית בחלק זה העומדת להכרעתנו היא האם בהתאם להסכם הקיבוצי הכללי, מיום 9.1.95 אשר הורחב בצו ההרחבה הכללי לעניין דמי חגים,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

התשלום לעובד שעבד בפועל בחג הוא בערך עבודה בחג בסך של 150% בלבד וללא תשלום דמי חגים, או שיש לשלם לעובד בנוסף לתשלום עבור העבודה בחג בסך של 150% גם דמי חגים בשיעור 100%.

דמי חגים – רקע כללי

65. הזכות לתשלום דמי חגים אינה קבועה בחוק, אלא היא מעוגנת בהוראות הסכמים קיבוציים מיוחדים או כלליים שהורחבו בצווי הרחבה. המקור הקולקטיבי אשר מקיף את מרבית העובדים במשק הפרטי, והוא גם המקור הנורמטיבי לענייננו אנו, הוא ההסכם הקיבוצי הכללי בכלל המשק מיום 9.1.1995, אשר הסדיר, בין היתר, את הזכאות לדמי חגים בכלל המשק, וכן צו ההרחבה של אותו הסכם קיבוצי כללי י"פ תש"ס, 4895, עמ' 4002 (21.6.2000), הוא צו ההרחבה הכללי.

66. צו ההרחבה הכללי קובע בסעיף 7 כך:

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

צו ההרחבה הכללי נועד להשוות את מצבם של העובדים היומיים לעובדים החודשיים, שאינם מפסידים שכר כאשר הם מפסידים יום עבודה פוטנציאלי בשל חג שחל בו. על מנת להשיג תוצאה זו קובע צו ההרחבה הכללי את חובת תשלום דמי החג לעובדים שאינם עובדים חודשיים. וכך נפסק בעניין זה בפרשת צמח (ע"ע 310365/98 נחום צמח – ש.א.ס. קרל זינגר צפון (1986) בע"מ (30.4.2002):

"נקודת המוצא שלנו היא, שדמי החגים נועדו לפצות עובד יומי, שאינו עובד בחגים, ואינו מקבל תמורה עבורם, שכן עובד יומי אינו זכאי לקבל שכר עבור ימים שלא עבד בהם. צו ההרחבה בא להשוות את העובדים היומיים לעובדים החודשיים המקבלים תמורה עבור ימי החג בהם לא עבדו.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

הרציונל העומד מאחורי תשלום דמי חגים אלו הוא, שהעובדים יזכו במנוחה בימי החגים מבלי ששכרם יגרע כתוצאה מכך. תכלית זו תסוכל אם עובד יעדיף על פי בחירתו לעבוד בחגים ולקבל תמורה הן עבור העבודה שעבד בפועל בחגים והן עבור דמי חגים. אילו אלו היו פני הדברים, לא היינו מזכים את העובד היומי, שבחר לעבוד בימי חגים, גם בדמי חגים כדי להגדיל את שכרו."

67. יישום העיקרון הזה הביא לכך שהזכאות לימי חגים היא רק עבור הימים שבהם העובד היומי היה עובד אלמלא היה חג. כך, עובד יומי אינו זכאי לימי חג שחלים בשבת, מאחר שנקודת המוצא היא שאותו עובד אינו עובד ביום שבת. כך גם עובד יומי שעובד בקביעות בימים א' עד ה', אינו זכאי לדמי חגים עבור יום חג שחל ביום שישי כי לא הפסיד יום עבודה בשל כך שהחג חל ביום שישי. הכלל הוא שהזכאות לימי חגים קמה מקום בו עובד מפסיד יום עבודה בשל חג (דיאמנט צעצועים).

68. לעניין נטל ההוכחה, יש לבחון קיומה של זכאות לדמי חגים לגבי כל חג בהתאם להוראות המקור הנורמטיבי – הסכם קיבוצי או צו הרחבה. כך שעל עובד התובע דמי חגים מוטל נטל ראשוני לפרט את ימי החג שבגינם הוא תובע, על מנת להראות כי מדובר ביום חג המקנה לו זכאות לדמי חגים. כך שהחג לא חל בשלושת חודשי העבודה הראשונים, או שנפל ביום שבת, פירוט האם מדובר בימי חג בהם לא עבד, ואם כן – מהם, ואם מדובר בימי חג בהם עבד – מהם. תביעה המנוסחת באופן כוללני ללא פירוט באיזה ימי חג מדובר, תוך שהתובע מסתפק במכפלה של מספר שעות העבודה במספר ימי החג השנתיים לא תעמוד בנטל הראיה הראשוני המוטל על העובד (ע"ע 47268-07-13 אלכסנדר אליאסייב – כפיר בטחון ומיגון אלקטרוני בע"מ (19.2.2017) (להלן - עניין אליאסייב); ע"ע 35666-05-16 חברת השמירה בע"מ – אבנר סבהט (27.7.2017)).

בשלב השני יש לבחון לגבי כל חג וחג שתבע העובד, האם העובד נעדר יום לפני החג ויום אחרי החג. הנטל להוכיח כי העובד נעדר בסמוך לחג מוטל על המעסיק, שכן קיימת חזקה עובדתית שהעובד מתייצב לעבודה בימים שהוא נדרש לעשות כן, אלא אם הייתה לו סיבה להיעדרות (ע"ע 44382-04-13 יוסף מנצור – גז חיש בע"מ (4.5.2015); דב"ע מג/91-3 מולה נוהד – חברת אל-וו בע"מ פד"ע טו 193 (1984)), ובלשונו של פסק הדין בעניין מנצור:



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

"כאשר מבררים תביעה לדמי חגים לפי צו ההרחבה האמור, לגבי עובד שהשלים שלושה חודשי עבודה במקום העבודה, בשלב הראשון יש לבחון, לגבי כל חג וחג, האם העובד נעדר מעבודתו "סמוך ליום החג", קרי "יום לפני החג ויום אחרי החג". הנטל להוכיח כי העובד נעדר מעבודתו בסמוך לחג מוטל על המעסיק, שכן קיימת חזקה עובדתית כי העובד מתייצב לעבודתו בימים שעליו לעשות כן. כך נפסק עוד לפני למעלה משלושים שנה בעניין מולה נוהד (דב"ע (ארצי) מג/91-3 מולה נוהד - חב' אל-וו בע"מ, פד"ע טו 163 (23.1.1984). ראו גם: ע"ע (ארצי) 778/06 איוון מטיאשצ'וק – שלג לבן (1980) בע"מ, (28.5.2007); עד"מ (ארצי) 13/07 אלירן אסלטי - כפיר ביטחון ומיגון אלקטרוני בע"מ, (29.10.2008); ע"ע (ארצי) 459/07 דוד יפה - ארי יוסי אבטחה ושירותים בע"מ, (8.12.2009); ע"ע (ארצי) 249/09 מיכאל פיסנקו - סער אבטחה שמירה ושירותים ירושלים בע"מ, (14.11.2011); ע"ע (ארצי) 633/09 אולג לונגו - אשרמים בע"מ, (31.1.2012); שהתייחס אמנם להוראות ההסכם הקיבוצי הכללי בענף המתכת, אך נוסחו דומה לנוסח צו ההרחבה האמור: "חזקה על עובד, ועובד יומי בכלל זה, כי הוא מתייצב לעבודתו באופן סדיר, בכל אותם ימים שבהם עליו לעשות כן, אלא אם היתה לו סיבה להעדרות. על הטוען ליוצא מן הכלל - במקרה שלפנינו המעבידה - הנטל להוכיח, כי נעדר העובד מעבודתו סמוך ליום החג." ה. אם העובד לא נעדר בסמוך לחג, הרי שקמה לו הזכאות לתשלום דמי החג. אם העובד נעדר בסמוך לחג, בין לפני החג, בין לאחר החג ובין בשני הימים הסמוכים לחג – עוברים לבירור השלב השני והוא האם ההיעדרות היתה בהסכמת המעביד. גם בשלב זה, ועל יסוד אותה חזקה עובדתית, הנטל להוכיח כי ההיעדרות של העובד היתה שלא בהסכמת מעסיקו מוטל על המעסיק. בעניין אסלטי נפסק, בהתייחס לענף השמירה - אך הדברים יפים ככלל, כך: "בענף השמירה ההנחה היא, כי ימי העבודה נקבעים בשיבוץ על ידי המעסיק ובהסכמתו, וזאת כל עוד לא הוכח אחרת".

הנה כי כן, אם המעסיק לא הוכיח, בין באמצעות דוחות נוכחות ובין בדרך אחרת, כי העובד נעדר בסמוך לחג, העובד זכאי לתשלום דמי החגים. אם העובד נעדר בסמוך לחג – יש לבחון האם ההיעדרות הייתה בהסכמת המעסיק (ע"ע 23333-09-16 סלים וליד – אדיר הבירה בע"מ (8.2.2018); ע"ע 249/09 מיכאל פיסנקו – סער אבטחה שמירה ושירותים ירושלים בע"מ (14.11.2011)). שכן, "ההנחה היא כי ימי העבודה נקבעים בשיבוץ על ידי המעסיק ובהסכמתו וזאת כל עוד לא הוכח אחרת" (עד"מ 13/07 אלירן אסלטי – כפיר ביטחון ומיגון אלקטרוני בע"מ (29.10.2008)). נציין עוד, כי הפסיקה לפיה הנטל להוכיח כי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

העבודה בחג הייתה מתוך רצון של העובד ולא מתוך כורח מוטל על המעסיק - אינה מוגבלת רק לעניין הוראות צו ההרחבה בענף השמירה (ע"ע 17760-07-17 אלי פרבר - סופר מרקו לימור שלי (22.9.19), בסעיף 36).

תשלום עבור עבודה בחג

69. בניגוד לתשלום "דמי חגים" שהמקור הנורמטיבי לכך הם צווי ההרחבה וההסכמים הקיבוציים, הרי שתשלום בגין עבודה בחג נקבע על יסוד צירופן של הוראות פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, וחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951. בפקודת סדרי השלטון והמשפט מוגדרים "ימי המנוחה" בסעיף 18א' בזו הלשון:

"18א. (א) שבת ומועדי ישראל – שני ימי ראש השנה, יום הכיפורים, ראשון ושמיני עצרת של סוכות, ראשון ושביעי של פסח וחג השבועות – הם ימי המנוחה הקבועים במדינת ישראל.
לשאינם יהודים הזכות לקיים ימי מנוחה בשבתם וחגיהם. חגים אלה ייקבעו לגבי כל עדה על פי החלטת הממשלה שתפורסם ברשומות.
(ב) הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, החלות על המנוחה השבועית יחולו –
(1) לגבי יהודי – על מועדי ישראל;
(2) לגבי מי שאינו יהודי – על מועדי ישראל או על חגי עדתו, הכל לפי המקובל עליו."

וכאשר עובד מבצע את עבודתו בימים אלו, הוא זכאי לגמול עבודה כפי שנקבע בסעיף 17 לחוק שעות עבודה ומנוחה, כדלקמן:

"17 (א) הועסק עובד בשעות המנוחה השבועית או בחלק מהן:
(1) ישלם לו המעסיק בעד שעות אלה שכר עבודה לא פחות מ-1½ משכרו הרגיל. היה שכרו של העובד, כולו או חלקו, לפי כמות התוצרת, ישלם לו המעסיק בעד כל יחידה שנעשתה בשעות המנוחה השבועית שכר עבודה לא פחות מ-1½ מהשכר המשתלם בעד כל יחידה שנעשתה בשעות העבודה הרגילות;
(2) יתן לו המעסיק, במקום שעות המנוחה השבועית שבהן עבד, שעות מנוחה במספר ובזמן שנקבעו בהיתר שלפיו הועסק."



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

70. הנה כי כן, התשלום עבור עבודה בחג בשיעור של 150% נעשה בהתאם לחוק שעות עבודה ומנוחה, ותשלום "דמי חגים" בשיעור 100% מהשכר הרגיל מקורו בהוראות צו ההרחבה הכללי לדמי חגים (או מתוקף צווי הרחבה / הסכמים קיבוציים בענפים ספציפיים).

71. לנוכח זאת נפנה לבחון מהי זכאותו של עובד, שאינו עובד חודשי, אשר עבד ביום החג – האם ישולם לו רק תשלום בגין עבודתו בחג (150%) או גם דמי חגים (100%), ובמילים אחרות האם מדובר בתשלום חלופי (או זה או זה) או בתשלום מצטבר.

תשלום "דמי חגים" למי שעבד בחג

72. כפי שפרטנו לעיל, מקור התשלום של דמי חגים לעובד שאינו חודשי הוא צו ההרחבה הכללי לדמי חגים, כאשר הוראות צו ההרחבה בעניין זה נועדו להשוות את מצבם של העובדים היומיים לעובדים החודשיים. אמנם הזכאות היא רק לעובד שהפסיד יום עבודה בשל חג, אלא שכבר **בעניין נוהד הנ"ל** (שאמנם עסק בהסכם הקיבוצי בענף המתכת אך הדברים רלוונטיים גם להסדר הכללי לדמי חגים) נקבע כי:

"התשלום עבור חגים מכוח ההסכם הקיבוצי, הינו תשלום המגיע לעובד עקב עבודתו ולא עבור עבודתו, באשר ההנחה היא שאין העובד עובד ביום חג. אם עובד העובד ביום חג, כגרסת המעבידה, זכאי הוא לתשלום עבור אותו יום כיום עבודה, בצירוף הגמול עבור עבודה בחגים, כנקוב בחוק או בהסכם הקיבוצי, וזאת מבלי לפגוע בזכותו לתשלום עבור יום החג עצמו מכוח סעיף 16 להסכם הקיבוצי.."

(ההדגשה הוספה – ו.ו.ל)

73. כך גם **בעניין צמח הנ"ל** (אשר התייחס להוראות סעיף יא' לצו ההרחבה בענף השמירה, בו נקבע כי "יום חג שיחול בשבת – ישולם עבורו"), חזר בית הדין על העקרונות הללו ונקבע כי:

"על פי סעיף יא' לצו ההרחבה זכאי המערער לתשלום עבור עשרה ימי חג. לטענת המערער, נהג הוא לעבוד בימי חג. לעניין זה נפסק:



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

"התשלום עבור חגים, מכח ההסכם הקיבוצי, הינו תשלום המגיע לעובד עקב עבודתו, ולא עבור עבודתו, באשר הנחה היא שאין העובד עובד ביום חג.

אם עבד העובד ביום חג, כגירסת המעבידה, זכאי הוא לתשלום עבור אותו יום כיום עבודה, בצרוף הגמול עבור עבודה בחגים, כנקוב בחוק או בהסכם הקיבוצי, וזאת מבלי לפגוע בזכותו לתשלום עבור יום החג עצמו..." (דב"ע מג/3-91 מולה נוהד - חברת אל-וו בע"מ פד"ע טו, 163, 168, 167).

אשר על כן, זכאי המערער לתשלום עבור ימי חג בהם, לטענתו, עבד. בפסיקה זו אנו יוצאים מתוך הנחה, בהעדר ראיה לסתור, שהעבודה בחגים הייתה לא מתוך בחירה של המערער, אלא מתוך כורח.

74. נדגיש, כי הגם שהלכות אלו נקבעו ביחס להסכמים בענף המתכת ובענף השמירה (כפי שהיו באותה העת), העקרונות שנקבעו בהם נכונים ויפים אף לעניין צו ההרחבה הכללי. העיקרון המנחה העומד בבסיס הלכות אלו הוא, כי בהעדר ראיה לסתור, העבודה בחגים הייתה לא מתוך בחירה של העובד, אלא מתוך כורח, שאם לא כן, בית הדין לא היה מזכה את העובד היומי, שבחר לעבוד בימי חגים, גם בדמי חגים כדי להגדיל את שכרו. עקרון זה, כמו גם העיקרון לפיו תשלום דמי חגים, נועד להבטיח שעובדים שעתיים יזכו במנוחה בימי החגים - מבלי ששכרם יגרע כתוצאה מכך - נכונים גם לגבי צו ההרחבה הכללי לדמי חגים.

75. נוסיף על כך, כי פרשנות לפיה מי שעבד בחג יזכה רק לגמול בשיעור של 150% ולא לדמי חגים, תיצור מצב לפיו אין הבדל בין מי שאולץ על יד מעסיקו לעבוד בחג לבין מי שבחר מרצונו לעבוד בחג, ובכך למעשה מתבטל התמריץ השלילי להעסיק עובדים בחג. עוד תוצאה אבסורדית שתיגרם כתוצאה מפרשנות זו היא, כי מי שעובד בחג השיא רווח כתוצאה מעבודתו של 50% בלבד משכרו הרגיל, שכן גם לולא עבד היה מקבל 100% משכרו בתורת "דמי חגים". מצב דברים זה אף יצור תמריץ שלילי בקרב המעסיקים לעודד העסקה בחג, שכן התשלום הנוסף שעל המעסיק לשלם בגין מי שיעבוד הוא בשיעור של 50% בלבד מעבר למה שנדרש לשלם לעובד בלאו הכי.

למסקנה דומה נגיע אף אם נשקיף על הסוגיה דרך המשקפיים של העיקרון בדבר השוואת העובד היומי לעובד החודשי. עובד חודשי שהפסיד יום עבודה בשל חג



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

לא נגרע שכרו החודשי. אם מעסיקו יקרא לאותו עובד חודשי לעבוד ביום החג שהוא לא היה אמור לעבוד בו יהא האחרון זכאי - מעבר לשכרו החודשי - גם לתשלום עבור יום העבודה הנוסף בחג (תשלום שערכו כערכה של עבודה במנוחה שבועית).

76. אשר על כן, **המסקנה המתבקשת היא שגם לפי צו ההרחבה הכללי לדמי חגים - דמי חגים ישולמו בנוסף לתמורת יום העבודה לעובד שעתי שעבודתו בחגים לא הייתה מתוך בחירה שלו אלא "מתוך כורח".**

77. לא למותר לציין, כי הפסיקה ולפיה עובד שעתי זכאי לתשלום בשיעור 150% בגין עבודתו בחג במקום דמי חגים ולא בנוסף אליהם (ע"ע 23647-03-17 **ולדימיר בקמן - איילת השחר ביטחון (1993) בע"מ** (24.6.18) מתייחסת אך ורק למקרה הנדון שם, בו נדונה זכאות עובד מכוח צו ההרחבה בענף השמירה והאבטחה מיום 1.11.14, בו קיימת הוראה ברורה ולפיה **"עובד שיועסק בחג.... יהיה זכאי לגמול בשיעור של 50% תוספת לשכרו הרגיל"**, ולכן נקבע שם כי **"עבור ימי חג בהם עבד העובד, הוא זכאי לתשלום מוגדל של 150% במקום דמי החג ולא בנוסף אליהם"**.

(וראו קביעה דומה בהתייחס להסכם הקיבוצי בענף השמירה משנת 2008 בעניין **אליאסייב**, סעיף 44; וכן סע"ש (אזורי י-ם) 38181-06-15 **סער דביר - מודיעין אזרחי בע"מ** (13.11.2018), בסעיפים 32-20). ואולם, שונים הם פני הדברים עת עסקין בצו ההרחבה הכללי לדמי חגים.

78. חשוב להבהיר כי בהסכם הקיבוצי בענף השמירה מיום 2.11.08 וצו ההרחבה שהרחיב את הוראותיו על כל העובדים והמעסיקים בענף השמירה, מיום 21.6.09, וכך גם בהסכם קיבוצי כללי בענף השמירה מיום 22.7.14, אשר ההוראות שלו הורחבו בצו הרחבה מיום 2.10.14, ישנו הסדר ספציפי עליו הסכימו הצדדים בנוגע לדמי חגים וגמול עבודה בחג, שעל פיו עובד שלא הועסק בחג, ועומד ביתר התנאים הרלוונטיים – זכאי לדמי חגים, ואילו עובד שעבד בחג, זכאי לגמול עבודה בחג בשיעור של 50% תוספת לשכרו הרגיל, אולם לא לדמי חגים. על כן, בהינתן הוראה מפורשת של הצדדים בענף זה כי אין זכאות לדמי חגים לעובד אשר עבד בחג, זוהי ההלכה בכל הנוגע לענף השמירה ולענף



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

זה בלבד. ואולם, כפי שהטעמנו לעיל – בכל הנוגע לצו ההרחבה הכללי לדמי חגים, הרי שקיימת זכאות לדמי חגים גם לעובד שעבד בחג מכורח.

הערות הכרחיות על העסקה מכוח "כורח"

79. ציינו לעיל, כי התנאי לכך שעובד שעתי אשר עבד בחג יהיה זכאי לדמי חגים, הוא כי העסקת העובד נעשתה מכוח "כורח" של המעסיק, ולא בשל העדפתו של העובד לעבוד בחג, וזאת מאחר ש"הרציונל העומד מאחורי תשלום דמי חגים אלו הוא, שהעובדים יזכו במנוחה בימי החגים מבלי ששכרם יגרע כתוצאה מכך". שהרי לולא כן: "תכלית זו תסוכל אם עובד יעדיף על פי בחירתו לעבוד בחגים ולקבל תמורה הן עבור העבודה שעבד בפועל בחגים והן עבור דמי חגים. אילו אלו היו פני הדברים, לא היינו מזכים את העובד היומי, שבחר לעבוד בימי חגים, גם בדמי חגים כדי להגדיל את שכרו." (עניין צמח).

80. בהקשר לכך חשוב להדגיש, כי העסקה מכוח כורח, בהעדר ראיה לסתור, היא גם במצב שבו שיבוץ עובדים נעשה באמצעות סידור עבודה שנקבע על ידי המעסיק, וזאת גם אם לצורך שיבוץ סידור העבודה מתבקשים העובדים לשלוח מראש את בקשותיהם, העדפותיהם או משמרות ספציפיות שבהן אין באפשרותם לעבוד. בסופו של יום, גם סידור עבודה שכזה, הוא סידור שבו המעסיק (או מי מטעמו) הוא זה שקובע אם העובד יעבוד בחג או לא, וגם אם יש בכך התחשבות ברצונו של העובד, אין לקבוע כי מדובר בעובד שהעדיף לעבוד בחג. זאת, כל עוד אין מדובר בסידור עבודה המקבל את בקשות העובדים כלשונם, וללא שיקול דעת ובחירה סלקטיבית של המעסיק, וכל עוד לא הוכח שבנסיבות מקרה מסוים אכן כך היה, דהיינו שמדובר במקרה שבו הייתה זו בחירה מוחלטת של העובד לעבוד בחג.

כללם של דברים הוא, כי כל עוד לא הוכח על ידי המעסיק אחרת (שהנטל הוא עליו בעניין זה) הרי שגם אם השיבוץ נעשה בשיתוף עם העובדים ובהתחשב בבקשותיהם והעדפותיהם, בסופו של דבר, המעסיק הוא זה שקובע את סידור העבודה ומסכים לו, ועל כן נראה בכך "כורח" לצורך הזכאות לדמי חגים.

81. עוד יש לציין, כי גם במקומות שבהם נהוג בדרך קבע לעבוד בימי חג, אין די בכך שבעת קבלת עובד לעבודה מובא הדבר לידיעתו כדי ללמד כי עסקינן בעובד אשר



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

עבד שלא מתוך כורח. בהקשר זה מקובלת עלינו העמדה ולפיה לא ניתן לזהות באופן גורף, בין "ידיעה" על היקף העבודה במקום עבודה, לבין "בחירה" של עובד לעבוד בימי חג, וההכרעה היא לעולם הכרעה עובדתית בהתאם לנסיבות כל מקרה ומקרה.

הערת נוספת על "הפסד יום עבודה"

82. עמדנו לעיל על כך, שתנאי נוסף לכך שעובד יהיה זכאי לדמי חגים הוא שאין מדובר במי שלא הפסיד יום עבודה כתוצאה מהחג. כך נקבע בעניין **דיאמנט צעצועים** כי עובד שאינו עובד חודשי אינו זכאי לימי חג "החלים בשבת", מאחר שממילא אותו עובד אינו עובד ביום שבת. בנוסף, נקבע שם כי **"עובד יומי שעובד בקביעות בימים א' – ה', אינו זכאי לדמי חג בעד יום חג שחל ביום שישי. ממילא עובד כאמור לא הפסיד יום עבודה בשל חג שחל ביום שישי".** התכלית שצוינה שם היא ש"את צו ההרחבה יש לפרש כקובע זכאות לכך שעובד המפסיד יום עבודה בשל חג מבין תשעת החגים הנקובים בצו ההרחבה, זכאי לתשלום דמי חגים בגין החג האמור".

83. הנה כי כן, **עניין דיאמנט צעצועים** התייחס לעובד יומי שעובד במתכונת קבועה של חמישה או שישה ימים בשבוע. שאלה אחרת היא, מה יהיה הדין במקום עבודה שפועל גם בימי מנוחה שבועית וחג ושמיתכונת העבודה בו היא של משמרות שאינן קבועות (אלא משתנות מעת לעת) המתפרשות על כל שעות היממה.

במצב דברים זה יהיה מי שיטען, כי מאחר שהעובד יכול להיות משובץ במשמרות בימים שאינם ימי חג, ובכך למעשה לא להפסיד יום עבודה - כפועל יוצא מכך לא יהיה זכאי לדמי חגים.

84. דעתנו היא, כי אין לגזור גזירה שווה **מעניין דיאמנט צעצועים** שדן במי שממשרותיו קבועות למקרה שבו מדובר בעובד במשמרות משתנות המתפרשות על כל שעות היממה והשבוע. העיקרון הבסיסי הוא שתשלום דמי חגים נועד להשוות את מצבם של העובדים היומיים לעובדים החודשיים. אם כך, עובד יומי שעובד במתכונת קבועה של חמישה או שישה ימים בשבוע, ויום החג חל ביום שישי או בשבת שממילא אותו עובד אינו אמור לעבוד, אזי שגם משכורתו



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

הרגילה לא תיפגע כתוצאה מכך, ועקרון השוויון בינו לבין עובד חודשי ישמר. על כך יש להוסיף, כי לאותו עובד גם ניתנה האפשרות לנוח בחג מבלי לעבוד. ואולם שונה הדין כאשר עסקינן בעובד אשר עובד במשרות שאינן קבועות. שהרי גם אם בסופו של החודש היקף המשמרות שבו הועסק שווה להיקף המשמרות הרגיל שלו (בחודש שבו לא חל חג) - אין מדובר במצב שבו הושווה מצבו לעובד חודשי, כי נאלץ לעבוד במשמרות נוספות (שלא בימי חג) על מנת להגיע לאותו היקף משמרות. בכך, הגם שמבחינה מספרית היקף משמרותיו לא נפגע (וממילא גם שכרו), הרי שהרציונל שהעובדים יזכו במנוחה בימי החגים - בוודאי שנפגע, כי למעשה העובד הוסיף על ימי עבודתו על מנת שהיקף עבודתו לא יפגע כתוצאה מכך שלא עבד בחג. על כן, למעשה, מדובר במי שנדרש לעבוד עבודה נוספת 'במקום' עבודתו בחג וכתוצאה מאי עבודתו בחג. מצב דברים זה מזכה לשיטתנו את העובד ב"דמי חגים".

85. לאור קביעות אלו, נפנה לבחון את המקרים העומדים להכרעה בערעורים שלפנינו.

מהכלל אל הפרט

86. מאחר שהכרעות בתי הדין האזוריים שבערעורים שלפנינו שונות זו מזו נידרש לכל אחד מהערעורים בנפרד.

הכרעה בעניינם של המשיבים

87. נוכח קביעתנו לעיל, נדחית טענת איל"ן ולפיה כאשר היקף עבודתו של עובד אינו נפגע – באופן קטגורי אין לשלם לעובד דמי חגים. כפי שהטעמנו, כאשר עסקינן כבנדון דנן בעבודה במשמרות שאינן קבועות, אין בכך שהעובד לא הפסיד כתוצאה מאי עבודתו בחג את היקף המשמרות הרגיל שבו נהג לעבוד, כדי לשלול ממנו את הזכאות לדמי חגים.

88. עוד על פי קביעתנו לעיל, כאשר העבודה בחג הייתה מכורח - ישנה זכאות לדמי חגים בנוסף לגמול שניתן בגין עבודה בחג. בענייננו ישנה קביעה עובדתית של בית הדין האזורי בעניין מוחדינוב כי העבודה הייתה מ"כורח" (כשלדידנו אכן



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

די בכך שסידור העבודה נעשה על ידי המעסיק גם אם השיבוץ נעשה בשיתוף עם העובדים ובהתחשב בבקשותיהם והעדפותיהם), ובלשונו :

"אשר לנסיבות שהוכחו בענייננו, הרי שלא היה חולק בין הצדדים, כי סידור העבודה היה נערך אחת לשבוע, כי העובדים נהגו למלא את בקשותיהם לגבי סידור העבודה ב"מחברת הבקשות" שהועמדה לרשותם על ידי הנהלת המעון, כי מי שערכו את סידור העבודה היו מנהלי האגפים בכל אגף, וכי הסידור אושר על ידי רכזת הטיפול במעון, וכשבוטל תפקיד זה, הסידור היה מאושר על ידי מנהל המעון....

הנה כי כן, מדבריו של מנהל המעון עולה כי לא מדובר בענייננו בנסיבות בהן העובדים ביקשו פוזיטיבית לעבוד בחג, אלא לכל היותר בנסיבות בהן במסגרת 2-3 בקשות של מניעות, היו העובדים רשאים לבקש שלא לעבוד בחג, כאשר בכל מקרה, גם אם יום החג צוין על ידי העובד כיום מניעות, לא בהכרח שהבקשה היתה נענית.

מתכונת זו של סידור העבודה, כפי שהתבררה מתוך עדותו של מנהל המעון עצמו, אינה מתיישבת מהבחינה המהותית עם הטענה שהעבודה בחגים היתה על פי "בקשת העובד", שכן, גם אם עובד פלוני לא נקב ביום החג כ"יום מניעות", עדיין אין להסיק מכך שאותו עובד היה מעוניין לעבוד או ביקש לעבוד ביום החג שחל באותו שבוע.

בהינתן מצב דברים זה, מקובלת עלינו מסקנת בית הדין האזורי כי "לאור הרציונאל שבבסיס ההלכה בסוגיה זו, אין בידינו לקבוע שמדובר במקרה זה בעובדים שהעדיפו "על פי בחירתם" לעבוד בחגים, ועל כן אנו קובעים כי בנסיבות המסוימות שהתבררו לפנינו, יש לראות בתובעים כמי שעבודתם בחגים הייתה שלא מתוך בחירה, אלא מתוך כורח, ועל כן הם זכאים לדמי חגים".

89. סיכומו של דבר - אשר על כן, נוכח האמור לעיל, ערעורה של איל"ן בכל הנוגע לדמי חגים נדחה איפוא, והמשיבים זכאים לדמי חגים כפי שקבע בית הדין האזורי בעניינם.

הכרעה בענייננו של מר מוסקלנקו



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

90. יישום קביעותינו העקרוניות בעניינו של מר מוסקלנקו מביא למסקנה כי לפני

בית הדין האזורי נפלו שתי שגגות בעניין זה:

א. הראשונה – קביעתו של בית הדין האזורי כי מר מוסקלנקו אינו זכאי לדמי

חגים בגין חגים בהם לא עבד "מן הטעם שמדובר בעובד שעתי, והלכה

למעשה, עבד משרה מלאה באותם חודשים בהם לא עבד בחגים".

כפי שקבענו לעיל, גם במקרים שבהם היקף משרתו של עובד לא נפגע

בחודשים בהם לא עבד בחגים, הרי שאין די בכך כדי לשלול מהעובד זכאותו

לדמי חגים, עת עסקינן בעובד העובד במשמרות.

על כן, מאחר שאין חולק, כי היו לאורך תקופת העבודה שבעה ימי חג בהם

לא עבד מר מוסקלנקו, ולא קיבל בגינם דמי חגים, הרי שהוא זכאי לדמי

חגים בגין 7 חגים אלו.

ב. השנייה – קביעתו של בית הדין האזורי כי מר מוסקלנקו אינו זכאי לדמי

חגים, בנוסף על תמורת עבודה בחג, בגין חגים בהם עבד לאורך התקופה.

בית הדין האזורי נימק את קביעתו בכך:

"טענתו של התובע לכורח לא הובררה דיה. התובע לא הניח ראיות לסתור את טענת הנתבע לכך שהתובע בעצמו נהג לבקש את ימי העבודה המועדפים עליו. זאת ועוד, התובע הסכים כי היה "רשאי" לבקש ימי עבודה מועדפים והסכים כי בפועל נרשמו באותה מחברת ימים שנמנעו ממנו לעבוד. הסכמות אלה למעשה משמיטות את הקרקע מטענת התובע כי עבד מתוך "כורח". התובע למעשה מסכים כי ניתנה לו ההזדמנות לבקש לעבוד בימים מסוימים, לא טען אף לא למקרה אחד בו ביקש שלא לעבוד בחג ובקשת לא כובדה.... משכך, תביעת התובע לתשלום בגין הפרש דמי חגים ל 46 ימי חג בהם עבד, בטענה לעבודה מתוך כורח, נדחית בזאת."

אלא שלשיטתנו, כדי לקיים את תנאי הכורח - די בכך שסידור העבודה נעשה

על ידי המעסיק, וזאת גם אם השיבוץ נעשה בשיתוף עם העובדים ובהתחשב

בבקשותיהם והעדפותיהם.

על כן, מר מוסקלנקו זכאי איפוא לתשלום בגין הפרש דמי חגים ל 46 ימי

חג בהם עבד.

91. מאחר שלא הייתה מחלוקת בין הצדדים לעניין התחשיב שהגיש מר מוסקלנקו

לזכאותו ברכיב זה (נספח י"א לכתב התביעה), הרי שמר מוסקלנקו זכאי לסך

של 8,853 ₪ בגין דמי חגים, כאשר מסכום זה יש לנכות סך של 192.5 ₪ שנפסקו

על ידי בית הדין האזורי, וכן סך של 491.5 ₪ שכלל מר מוסקלנקו בתחשיבו בגין



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

ימי בחירות (בהן אין זכאות לדמי חגים), כך שעל איל"ן לשלם למר מוסקלנקו ברכיב זה סך של 8,169 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה וריבית ממחצית תקופת העבודה ועד לתשלום המלא בפועל.

92. סיכומו של דבר – מתקבל הערעור שכנגד לעניין זכאות מר מוסקלנקו לדמי חגים, הן בחגים בהם עבד והן בחגים בהם לא עבד.

חלק שלישי – תביעתה של גב' זרבאילוב

93. איל"ן טענה בתמצית, כי פסיקת פיצוי בגין פיטורים שלא כדין לזכותה של גב' גיולנרה זרבאילוב – היא מוטעית, מאחר שמבחינה מהותית לא נפגעה זכות הטיעון שלה. בעוד המשיבים טענו מנגד, כי בדין קבע בית הדין האזורי פיצוי בגין הפרת זכותה של גב' זרבאילוב לשימוע טרם פיטוריה.

94. בית הדין האזורי קבע בפסק דינו, כי לא צוין 'במכתב ההזמנה לשימוע' שגב' זרבאילוב מוזמנת לשימוע בעניין הכוונה לפטרה, וגם 'בפרוטוקול השימוע' לא נאמר כי היא מוזמנת לטעון את טענותיה כנגד הכוונה המתגבשת לפטרה. בית הדין האזורי הטעים כי:

"בכל הכבוד להשקפת עולמו הערכית של מנהל מעון, אי יידוע העובד על הכוונה המתגבשת לפטרו, היא פגם שיוּרד לשורש תכליתו של הליך השימוע. כאמור, מבחינה מהותית על המעסיק להעמיד את העובד בפני הכוונה המתגבשת לסיים את עבודתו אצל המעסיק ולאפשר לו להשמיע את טענותיו כנגד כוונה זו ולנסות לשנות מרוע הגזירה. השימוע לא נועד רק כדי לאפשר למעסיק לשמוע את גרסת העובד אלא ובעיקר כדי לאפשר לעובד לנסות ולשכנע את המעביד לשנות מכוונתו לגבי אותו עובד. כאשר המעסיק אינו מיידע את העובד על הכוונה המתגבשת לפטרו, ברי שאין באפשרות העובד להשמיע את טענותיו כנגד כוונה זו וכפועל יוצא מכך, לא ניתנת לו ההזדמנות, לא כל שכן ההוגנת, לשנות מרוע הגזירה. מטעם זה, טענות לגבי תפקודו של העובד



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

ושמיעת התייחסותו לגביהן, אינן יכולות להוות תחליף לשימוע לפני פיטורים, שעה שלא נמסר לעובד על הכוונה לסיים את עבודתו."

לנוכח זאת מסקנת בית הדין האזורי הייתה כי :

"אי לכך, שומה היה על מנהל המעון להבהיר לגב' זרבאילוב כי לאור הטענות שהועלו כלפיה, הוא שוקל לפטרה ולאפשר לה לטעון את טענותיה כנגד כוונה זו לפטרה. משלא נעשה כן, אין זאת אלא שבניגוד לסברת הנתבע, לא הוגשמה בענייננו תכלית השימוע כלל ועיקר, ועל כן בפיטורי הגב' זרבאילוב הופרה זכות השימוע המוקנית לה מכח הדין וההלכה הפסוקה."

בסיכומו של דבר קבע בית הדין האזורי כי גם אם ההחלטה על פיטוריה של הגב' זרבאילוב הייתה סבירה בנסיבות העניין, עדיין אין בכך כדי לפטור את איל"ן מלקיים לה הליך פיטורים כדין, ומאחר, שכאמור לעיל, בהליך השימוע נפלו פגמים מהותיים - היא זכאית לפיצוי בגין כך.

95. **אשר לדעתנו** - לאחר עיון בטענות הצדדים בסוגיה זו, נחה דעתנו כי דין הערעור להידחות מטעמיו של בית הדין האזורי, ולא מצאנו כי יש בכלל טיעוני איל"ן טעם המצדיק התערבות ערכאת הערעור בקביעותיו העובדתיות ובמסקנותיו המשפטיות של בית הדין האזורי בעניין זה.

96. אשר על כן, ערעור איל"ן לעניין תביעתה של גב' זרבאילוב – נדחה.

סוף דבר

97. **בעניין הפרשי שכר** - אין מקום להתערב בנפסק על ידי בית הדין האזורי בעניינם של המשיבים, לרבות בעניינו של מר מירוזיאן, ואילו בעניינו של מר מוסקלנקו – הצדדים יערכו תחשיב כאמור בסעיף 54 לעיל.

98. **בעניין דמי חגים** - ערעורה של איל"ן נדחה, והמשיבים זכאים לדמי חגים כפי שקבע בית הדין האזורי בעניינם.

כמו כן, מתקבל הערעור שכנגד לעניין זכאות מר מוסקלנקו לדמי חגים, הן בחגים בהם עבד והן בחגים בהם לא עבד, כמפורט בסעיף 91 לעיל.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24481-11-17

99. בעניין תביעתה של גב' זרבאילוב - ערעור איל"ן נדחה.

100. אין צו להוצאות בכל הערעורים.

ניתן היום, ט' סיוון תש"פ (01 יוני 2020), בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

סיגל דוידוב-מוטולה,
שופטת

אילן איטח,
סגן נשיאה

ורדה וירט-ליבנה,
נשיאה, אב"ד

מר דן בן-חיים,
נציג ציבור (מעסיקים)

גברת יעל רון,
נציגת ציבור (עובדים)