



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47114-03-13

ניתן ביום 05 נובמבר 2015

המערער

אבי מור

-

המשיב

נתיב 2 בע"מ

לפני: הנשיא יגאל פליטמן, השופט אילן איטח, השופטת נטע רות
נציג ציבור (עובדים) מר איתן כרמון, נציגת ציבור (מעסיקים) גב' אושיק פלר

ב"כ המערער עו"ד עמיר חכם
ב"כ המשיבה עו"ד אילן וינדר ועו"ד מיכל כהן

פסק דין

הנשיא יגאל פליטמן

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי בתל אביב (השופטת אופירה דגן-טוכמכר ונציג הציבור מר רפאל וייס; תמ"א 4698/09), בו נדחתה תביעת המערער לתשלום גמול שעות נוספות לפי חוק **שעות עבודה ומנוחה** התשי"א - 1951 (להלן - **החוק** או **חוק שעות עבודה ומנוחה**).
2. על פי המסכת העובדתית כפי שנקבעה על ידי בית הדין אזי:
 - א. המשיבה הינה קבלן כוח אדם המספק מלווים לכני צה"ל באמצעות עובדיו עפ"י הסכם התקשרות עם משרד הביטחון;
 - ב. בין המשיבה למערער נחתם הסכם העסקה שתנאיו היו בהתאם לאמור בהסכם ההתקשרות.
 - ג. על פי ההסכם עימו עסק המערער בליווי נכה צה"ל עם שני מלווים נוספים. מתכונת עבודתם הייתה בעיקרו של דבר, של עשר משמרות בחודש למלווה. כל משמרת הייתה בת 24 שעות, או 48 שעות או 72 שעות. התיאומים וחלוקת המשמרות נעשתה בין המלווים, בינם לבין עצמם.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47114-03-13

7. במהלך משמרתו נדרש המלווה לגשת לפחות פעם בשעה לנכה. כפעמיים בשבוע לא נזקק הנכה לנוכחות המלווה משום פעילות שיקומית בת כשעתיים וחצי במרכז שיקום שנמצא מחוץ לביתו. שלוש פעמים בשבוע הגיע פיזיותרפיסט לבית הנכה, גם אז לא נדרשה נוכחות המלווה. לעת ליל יכול היה המלווה להניח שבדרך כלל לא ייקרא לעזרת הנכה.

ה. המערער לן בבית הנכה והכין לעצמו ארוחותיו שם, כאילו שהה בביתו.

1. אשר לתנאי שכרו של המערער אזי:

שכר הבסיס עמד בעת הרלבנטית על כ-26 ש"ח לשעה, דהיינו, כ-25% יותר משכר המינימום השעתי. שכרו השעתי הועלה ב-2.5%, מדי שנה. בנוסף לכך, היה המלווה זכאי לתוספות שונות ולהחזר הוצאות שלא כאן המקום לפרטם. מעבר לכל זאת שולמה למלווה גם תוספת שכונתה "תוספת משמרת".

2. תוספת משמרת הייתה תוספת אחוזית לשכר הבסיס והיא שולמה בעיקרו של דבר באופן הבא:

משמרת הבוקר הייתה בין 7:00 ל-13:00 ובגינה לא ניתנה כל תוספת, פרט לשבת וחג שאז נוספה לה תוספת בשיעור של 75% לכל שעת משמרת. משמרת צהריים הייתה בין 13:00 ל-19:00 והיא שולמה בימי חול בתוספת של 25% לכל שעת משמרת, ובתוספת של 75% לכל שעת המשמרת בימי שבת וחג. משמרת לילה הייתה בין 19:00 ל-7:00 בבוקר למחרת, והיא שולמה בימי חול בצירוף תוספת של 50% לכל שעת משמרת, ובתוספת 100% לימי שבת וחג לכל שעת משמרת.

3. בית הדין קמא קיבל אומנם את עמדת המערער כי החוק חל על העסקתו במשיבה אך חרף זאת דחה את תביעתו משהגיע למסקנה כי תוספת המשמרת ששולמה לו, עלתה בשיעורה על גמול השעות הנוספות שהיה מגיע למערער אילו



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47114-03-13

ייושמו לגביי הוראות החוק לעניין תשלום התמורה המוגדלת בעבור עבודה בשעות נוספות.

הצדדים חזרו בפנינו על טענותיהם לגבי חלות החוק.

4. לאחר עיון בכלל חומר התיק ובחינת טענות הצדדים לא מצאנו מקום להתערב במסקנתו של בית הדין קמא בפסק דינו לפיה - תביעתו של המערער ראויה להידחות במלואה ללא צו להוצאות.

5. להלן תמצית טעמי דחיית הערעור:

א. בשונה מבית הדין קמא סבורים אנו כי יש לקבוע שאין החוק חל על העסקת המערער.

עבודת ליווי המערער שלפנינו את הנכה כמוה בדיוק כעבודת המטפל הסיעודי אצל המטופל.

שהותו של המערער במשך יממה, שתיים, שלוש או יותר בבית הנכה כמוה בדיוק כשהות מטפל סיעודי בבית המטופל באותו פרק זמן.

לגבי המטפל הסיעודי נפסק בדנג"ץ 10007/09 יולנדה גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח' (18.3.13) (להלן – פסק דין גלוטן) כי אין להחיל עליו את חוק שעות עבודה ומנוחה נוכח מתכונת עבודתו. לאור זאת, כך יש לפסוק גם במקרה שלפנינו.

דין אחד חייב להיות למלווה הנכה ולמטפל הזר הסיעודי אשר בתוכנו.

מקביעותיו העובדתיות של בית הדין האזורי עולה, כי מדובר במתכונת ובנסיבות העסקה זהות להעסקת מטפל זר סיעודי על פי הפסיקה. בנסיבות אלה קיים ספק ביחס להתקיימות ההצדקה ההרתעתית הגלומה בחובה לתשלום תמורה מוגדלת בעבור עבודה בשעות נוספות.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47114-03-13

עבודת הסיעוד, על פי אופייה ומהותה מושתתת מחד על יחסי תלות ואמון ייחודיים בין מטפל למטופל הנוקק לו לאורך היממה ומנגד על האפשרות של עובד הסיעוד לעסוק בענייניו לפחות במהלך חלק משעות השהיה בבית המטופל, כאילו הוא נמצא בביתו בתקופת שהותו בו.

ב. הנימוקים דלעיל, מקבלים משנה תוקף, משעולה כי מלווה הנכה שבענייניו אף זכה בתגמול מיוחד שאינו מתחייב על פי הדין, המעניק לו על פני הדברים, פיצוי מלא ואף מעבר לכך בשל אי תחולת החוק ונוכח מתכונת העסקתו הייחודית כעובד סיעוד.

פיצוי זה מצא ביטויו במכלול תנאי ההעסקה של המערער ובעיקר בתוספת המשמרת שהינה בעלת מאפיינים דומים לגמול שעות נוספות. תוספת המעמידה למעשה את המערער במצב טוב יותר בהשוואה לזה בו הוא היה מתוגמל על פי החוק, חלף תשלום התוספת, גם בעבור אותן שעות שהיה בבית המטופל.

יודגש כי עבודת משמרות כשלעצמה אינה מקנה תוספת שכר כלשהי על פי חוק. וכי שיעור אחוז תשלום תוספת המשמרת של 25%, 50%-75% ו-100% בדומה לשיעור תוספת על פי חוק שעות עבודה ומנוחה, מלמד, בנסיבות המקרה שלפנינו, כי חוק שעות עבודה ומנוחה על שיעור גמוליו עמד בבסיס ההחלטה למתן אותה תוספת ולכך יועד תשלומה. אין הסבר הגיוני אחר למתן אותה תוספת על שיעוריה.

ג. מעבר לכך, יצוין ששכר המטפל הסיעודי הזר עומד בדרך כלל על שכר מינימום שעתי; וכי משכרו של המערער, כמלווה נכה לא נוכח סכום כלשהו בגין הוצאות מחיה למזון, מגורים והוצאות נילוות; הוצאות היכולות להסתכם בניכוי של עד 25% משכר המטפל הסיעודי הזר, כך ששכר הבסיס היומי של מלווה הנכה יכול להיות גבוה ביותר מפי 5 משכר מטפל סיעודי זר.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47114-03-13

מעבר לכל זאת, עולה כי שכרו היומי של המערער במקרה שלפנינו עמד על סך של כ-820 ₪ ליום, בעוד ששכרו היומי לפי החוק, לו החוק היה חל עליו, היה עומד על סך של 663 ₪ בלבד ליום, בגין עשרים שעות עבודה ביממה (סעיף 66 לפסק דינו של בית דין קמא).

למען שלמות התמונה נוסיף כי אילו היה נפסק, כי המערער זכאי לגמול בגין 4 שעות נוספות ביום, כפי ההלכה לגבי המטפל הסיעודי טרם פסק דין גלוטן - שכרו היומי היה צריך לעמוד על סך של כ-350 ₪ ליום; ואילו היה נפסק כדעת סגנית הנשיא דאז השופטת אלישבע ברק שלשכרו השעתי של המטפל הסיעודי יש להוסיף תוספת של 30% יען כי החוק לא חל עליו – שכרו היומי היה צריך לעמוד על סך של כ-270 ₪ ליום.

משאלה הם תנאי עבודת המערער וגמול עבודתו, אזי לא יכולה להיות מחלוקת, כי נתקיים בו הגיון הכבדת נטל התשלום על המעסיק לבל יחרוג מהעסקת עובדו ביום עבודה מוגבל שעות.

6. אשר לדעת חברי השופט איטח - די לי בכך שהסכים לתוצאה שדין הערעור להידחות.

השופט אילן איטח

1. בנסיבות העניין אני מסכים לתוצאה לפיה דין הערעור להידחות, אך זאת אך ורק מן הטעם כי הלכה למעשה השכר ששולם למערער לפי השיטה ההסכמית - קרי, לפי חוזה עבודתו, עולה על השכר שהיה על המשיבה לשלם למערער לו חל על המערער חוק **שעות עבודה ומנוחה**, התשי"א – 1951 (להלן – **החוק**). טרם שאתייחס לעניין זה אציין כי איני יכול להסכים לקביעה כי החוק אינו חל על העסקתו של המערער וכן איני מסכים כי מנסיבות העניין עולה כי תוספת המשמרות יועדה כתחליף לגמול עבור עבודה בשעות נוספות. להלן טעמי:

2. תחולת החוק - שאלת חלות החוק על מטפלים סיעודיים העסיקה לא מעט את הערכאות המשפטיות. עד שלבסוף היא נדונה בהרכב של תשעה שופטים בפסק



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47114-03-13

דינו של בית המשפט העליון בדנג"ץ גלוטן¹. בית המשפט העליון קבע בדעת רוב (שישה שופטים מול שלושה) כי החוק אינו חל על העסקתו של עובד סיעוד. דומה כי במרכזה של דעת הרוב בדנג"ץ גלוטן עמדו שני שיקוליים מרכזיים: האחד, השיקול של חוסר התאמה של הוראות החוק למקרה של מטפל סיעודי המתגורר בביתו של מטופל באורח קבוע ולכן קשה להבחין לגביו בין שעות הפנאי לבין שעות העבודה; השני, ההבנה שההכרעה בדבר תחולת החוק על מטפל סיעודי במקרים שכאלה מחד גיסא - תטיל על אוכלוסיות מוחלשות הנוקקות למטפלים כאלה נטל שלא יוכלו לעמוד בו; ומאידך גיסא - תגרום לצמצום בהיקף העבודה בתחום. זאת מתוך הבנה כי פחות "מקבלי שירות" יוכלו לעמוד במשמעות הכלכלית של העסקה אם חל החוק. משזו ההלכה אין לנו אלא להרכין ראש ולקבלה, הגם שבאופן אישי אני סבור כי יש קושי בעמדת הרוב.

אלא שלכאורה ועל פני הדברים אין כל צורך והצדקה להרחיב הלכה זו גם למקרה שלפנינו – מקרה בו המטפל הסיעודי אינו מתגורר באורח קבוע בבית המטופל ומקרה בו הצד השני אינו אוכלוסיה מוחלשת אלא חברה איתנה, והלכה למעשה מדינת ישראל (משרד הביטחון) נושאת בעלויות החברה בגין שירותי הטיפול. יחד עם זאת, במקרה זה אין הכרח להכריע בשאלה ואותר אותה בצריך עיון.

אחר דברים אלה עיינתי בעמדת חברתי השופטת נטע רות, וגם לאחריה אין בידי להסכים לקביעה כי החוק אינו חל על המערער ועל שכמותו. אעיר רק זאת שיש קושי בעמדה לפיה אחד השיקולים בקביעה אם חל החוק אם לאו הוא תשלום תמורה מעבר למקובל בשוק. מעבר לשאלה הראייתית, מתעוררת השאלה מהו "השוק" אליו יש להתייחס – האם עובדי שכר המינימום המוכרים לנו מתיקי הסיעוד או שמא דווקא יתר עובדי המשיבה המועסקים באותם תנאי שכר גם מבלי לעבוד בשעות נוספות. כך או כך, דומה כי עמדה זו אינה מתיישבת עם התכלית של סעיף 5 לחוק הגנת השכר, תשי"ח – 1958. כך או כך וכפי שציינתי, במקרה זה אין הכרח להכריע בשאלה ואותר אותה בצריך עיון.

¹ דנג"ץ 10007/09 יולנדה גלוטן – בית הדין הארצי לעבודה (18.3.13) (להלן – דנג"ץ גלוטן).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47114-03-13

3. תוספת המשמרות כגמול חליפי לגמול עבור עבודה בשעות נוספות – השאלה האם גמול המשולם לעובד הוא גמול שנועד להיות משולם בעד עבודתו בשעות נוספות היא קודם כל שאלה עובדתית. לטעמי לא הונחו לפני בית הדין האזורי ראיות המאפשרות לקבוע כי תוספת המשמרות שולמה חלף גמול עבור עבודה בשעות נוספות. לא היה כל מקום להיזקק ל"עמדת משרד הביטחון". מדובר בעמדה שלא הוגשה בתצהיר, ושנותנה כלל לא היה עד בהליך. כעולה מהסכם העסקה של המערער תוספת המשמרות משולמת בעד העבודה במשמרות. בהסכם העסקה אין כל רמז לכך שתוספת המשמרות משולמת בגין עבודה בשעות נוספות וגם אין רמז לכך שעבודת המטפל כרוכה בהכרח בעבודת שעות נוספות. יתרה מזאת בדיון לפנינו הודתה נציגת המשיבה כי תוספת המשמרות משולמת לעובד שעובד במשמרות האמורות גם אם אינו עובד בשעות נוספות. די בכל אלה כדי להוביל אותי למסקנה שלא ניתן לזקוף על חשבון גמול השעות הנוספות את תוספת המשמרות.

עוד אעיר בהקשר של תוספת המשמרות מספר הערות: הראשונה, המערער לא תבע גמול עבור עבודה במנוחה שבועית משגמול זה שולם לו, אף בשיעור העולה על הקבוע בחוק. תביעתו הוגבלה לגמול עבור עבודה בשעות נוספות; השנייה, העובדה כי המערער השתכר שכר העולה משמעותית על שכר מינימום אינה יכולה לשמש הצדקה לאי החלת החוק. שכר המינימום אינו השאיפה, ושכר העולה על שכר המינימום אינו הצדקה לאי החלת זכויות מגן; השלישית, לא ברור לי מהן ההוצאות הנלוות שניתן היה לנכות למערער שאינו מתגורר בבית המטופל.

4. מקובלת עלי קביעתו העובדתית של בית הדין האזורי לפיה לא כל שעות הנוכחות של המערער בבית המטופל הן "שעות עבודה" במובן החוק. לרוב זו גם הייתה עמדת השופטים שסברו כי החוק חל על עבודת העובד הסיעודי המתגורר בביתו של המטופל. בית הדין האזורי קבע כי - לכל היותר - המערער "עבד" בכל יממה בין 16 ל- 20 שעות עבודה ביום. מדובר בקביעה עובדתית שאין מקום להתערב בה.

על רקע זה מקובלת עלי קביעת בית הדין האזורי לפיה חישוב שכרו של המערער לפי החוק היה מביא לשכר הנמוך מהשכר ההסכמי ששולם לו בפועל. קביעה זו,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47114-03-13

להבדיל מהתחשיב שערך בית הדין האזורי, מקובלת עלי. משהצדדים נהגו שלא לפי החוק אלא בשיטה הסכמית שונה יש להשוות "הוראה" מול "הוראה", קרי שיטת חישוב שכר מול שיטת חישוב שכר, ולבחון האם קופח המערער ביחס למצבו על פי החוק. להלן נבחן "שיטה" מול "שיטה".

חישוב השכר לפי השיטה ההסכמית - למערער שולם שכר עבור כל שעות הנוכחות בבית המטופל הגם שלא כולן היו בבחינת שעות עבודה לפי חוק. בהינתן כי ערך שעת עבודה הוא X הרי שהמערער קיבל שכר כך:

עבור 6 שעות ראשונות (07:00 – 13:00) שכר בסיס $6X = (6 * X)$;

עבור 6 שעות הבאות (13:00 – 19:00) שכר בסיס בתוספת של 25% תוספת משמרות $7.5X = (6 * 1.25X)$;

עבור 12 השעות הבאות (07:00 – 19:00) שכר בסיס בתוספת של 50% תוספת משמרות $18X = (12 * 1.5X)$;

סה"כ $31.5X = (18X + 7.5X + 6X)$

חישוב השכר לפי החוק – בהינתן כי המערער עבד בין 16 ל-20 שעות, אתחשב במוצק של 18 שעות עבודה ליום – קרי, תשע שעות עבודה רגילות בתוספת של 9 שעות נוספות. מאחר ותוספת המשמרות היא חלק מ"השכר הרגיל" כהגדרתו בסעיף 18 לחוק, הרי שתוספת זו מצטרפת לשכר הבסיס לצורך חישוב גמול השעות הנוספות. לפיכך, המערער היה זכאי לשכר כדלקמן:

עבור 6 שעות ראשונות (07:00 – 13:00) שכר בסיס $6X = (6 * X)$;

עבור 3 שעות הבאות (13:00 – 16:00) שכר בסיס בתוספת של 25% תוספת משמרות $3.75X = (3 * 1.25X)$;

עבור 2 שעות הבאות (16:00 – 18:00), שהן גם השעתיים הנוספות הראשונות, שכר בסיס בתוספת של 25% תוספת משמרות בתוספת גמול שעות נוספות בשיעור של 25% על שכר הבסיס ותוספת המשמרות $3.125X = (1.25 * 1.25X)$;

עבור השעה הבאה (18:00 – 19:00), שממנה והלאה זכאי המערער לגמול שעות נוספות בשיעור של 50%, שכר בסיס בתוספת של 25% תוספת משמרות בתוספת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47114-03-13

גמול שעות נוספות בשיעור של 50% על שכר הבסיס ותוספת המשמרות = 1.875

$$; [(1 * 1.25X) * 1.50] = X$$

עבור יתר שש "שעות העבודה" (19:00 – 01:00), שכר בסיס בתוספת של 50%

תוספת משמרות בתוספת גמול שעות נוספות בשיעור של 50% על שכר הבסיס

$$; [(6 * 1.50X) * 1.50] = 13.5 X$$

$$\text{סה"כ} = 28.25X = (13.5 X + 1.875 X + 3.125 X + 3.75X + 6X)$$

מן המקובץ עולה כי השכר ההסכמי חושב לפי שיטה שככלל מטיבה עם המערער ביחס לשיטה לפי החוק, ועל כל פנים לא מקפחת. אכן, יכול ולפי החוק היה צריך להביא בחשבון כי חלק מהשעות שאינן שעות עבודה צריכות היו להיות מיוחסות לשעות הבוקר או הצהריים ולא כולן ללילה ("שיא" התעריף ההסכמי). אך גם אם נעשה כן, ההבדל לא יהיה מהותי מבחינת תוצאת ההשוואה.

5. לאור האמור, הנני מצטרף לתוצאה של חברי הנשיא לפיה דין הערעור להידחות, ללא צו להוצאות.

השופטת נטע רות

1. אפתח ואומר כי בדומה לחברי הנשיא ולחברי השופט איטח אף אני בדעה כי דינו של הערעור להידחות. עם זאת, במחלוקת הנטושה בין חברי בנוגע להנמקתה של תוצאה זו בהחלט הפסיקה בדנג"ץ **יולנדה גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה** (18.3.13) (להלן - **דנג"ץ גלוטן**) ובאי החלטת הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה התשי"א - 1951 (להלן - **החוק**) על העסקת המערער - עמדתי דומה בעיקרה לעמדת הנשיא. משמע - אף אני סבורה כי התוצאה שלפיה, אין לחייב את המשיבה, **בנסיבות הספציפיות של מקרה זה**, בתשלום תמורה בעבור עבודה בשעות נוספות היא המתבקשת מפסיקתנו של בית המשפט העליון שבדנג"ץ **גלוטן ונימוקיה**, **לרבות הנימוקים המופיעים בדעת המיעוט שם**, המשמשים לעיתים על מנת להצדיק החלה דווקנית וצרה של הכרעת הרוב **באותו עניין** וזאת מהטעמים הבאים:



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47114-03-13

2. שאלת הזכאות של עובדי סיעוד, המועסקים בבית המעסיק, לתשלום עבור עבודה בשעות נוספות נדונה והוכרעה כאמור, בדעת רוב, בדנג"ץ גלוטן. שם דובר בעותרת שטיקרה אחריותה, היה לדאוג לכך שצינור הנשימה של המטופלת לא יתנתק ממכונת ההנשמה שחברה לגופה ולבצע עבורה פעולות ניקוז של הפרשות ריר מדי מספר שעות במהלך היממה כולה. העותרת בדנג"ץ גלוטן אף נדרשה לשהות בקביעות לצד המטופלת למקרה שצינור ההנשמה היה מתנתק, אז נשמע קול צפצוף, ובנוסף לכך עסקה בעבודות משק בית בביתה של המטופלת; בעיקר בעבודות כביסה וניקיון הבית, כאשר עובדת אחרת הייתה מגיעה על מנת לרחוץ את המטופלת ואילו בתה הייתה מכינה את מזונותיה, שאותם הייתה המטופלת מסוגלת לאכול בכוחות עצמה.

באותו עניין נקבע, בדעת הרוב, כי יש להותיר על כנו את פסק הדין בבג"ץ 1678/07 יולנדה גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (23.10.08), להלן - בג"ץ גלוטן) שניתן על ידי השופט ריבלין, בהסכמת השופטים פרוקציה ומלצר, אשר לא ראה מקום להתערב בפסיקתו של בית דין זה (שניתנה גם היא בדעת רוב) לפיה, אין חלות על עובדת הסיעוד מושא העתירה הוראות החוק. זאת לאור החריגים שנקבעו בסעיפים 30(א)(5) ו-30(א)(6) הימנו ולחילופין, משאין לראות בכל שעות השהיה וההשגחה של העובדת, כשעות עבודה.

3. במסגרת פסק הדין שניתן בבג"ץ גלוטן נקבע כי ההסדר הקבוע בחוק, המחייב בתשלום בעבור עבודה בשעות נוספות, אינו חל על עובדת הסיעוד כאמור בשל האפיונים הייחודיים של עבודתה ולאור הקושי לאבחן בין פנאי לעבודה אצל עובדת סיעוד המתגוררת בבית המעסיק. זאת, בין היתר, בשים לב לכך שמתכונת העבודה משרתת, בה בעת, הן את אינטרס המעסיק והן את האינטרס של העובדים.

אשר לאינטרס העובדים נכתב כי :

"... אשר לעובדים הסיעודיים, מדובר, כאמור, ברוב המוחלט של המקרים, בעובדים זרים. עובדים אלה עוצרים את מהלך חייהם הרגיל לפרק זמן קצוב שבו הם מבקשים להשתכר סכום גדול יחסית ככל האפשר על מנת לשפר את מצבם הכלכלי, לחסוך כסף ולאחר מכן לשוב,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47114-03-13

בדרך כלל, לארצות המוצא. מתכונת עבודה המשלבת בין מגורים, פנאי ועבודה עשויה להיות במקרים רבים מתכונת רצויה, שכן היא חוסכת עבורם חלק משמעותי מעלויות הדיור והמזון"

אשר לאינטרס המעסיק נכתב כי מדובר בציבור הנזקק להשגחה תמידית אשר הטיפול בו דורש

"קרבה גדולה ואמון רב ביחסים שבין המטפל והמטופל הנבנים במשך שנים ומשכך יש חשיבות לכך שאותו טיפול יינתן על ידי אותו מטפל. אשר לעיתים הינו הגורם היחיד שיכול לטפל במטופל בצורה המיטבית. לפיכך קיים צורך שהוא ימצא בחברת המטופל שעות ארוכות." (ההדגשות שלי נ.ר.)

על רקע האמור לעיל, נפסק אפוא כי "ההנחה שמתכונת העבודה בתחום הסייעוד כשלעצמה מותרת מלמדת, מניה וביה, כי אין חוק שעות עבודה ומנוחה חל בתחום זה שעל-פי מהותו מבטא חריגה רבתי מן ההסדרים הקבועים בחוק." כן נפסק, כי הנחה זו משליכה גם על שאלת התשלום בגין השעות הנוספות "שאינן לסמנה" בעיפרון כחול", כלשון בית המשפט, ומכאן שעל המחוקק ליצור הסדר קוהרנטי התואם את מהותה של עבודת הסייעוד המתבצעת בבית המעסיק.

בהתאם לכך ובהמשך לאמור נקבע כי "אין להחיל את הוראות החוק לעניין התשלום עבור עבודה בשעות נוספות בענייננו בהיעדר כל יכולת ליישמו לשיעורין ובהתקיים הסכמה כוללת כי אין לחוק תחולה בכל חלקיו העיקריים הנוגעים למתכונת העבודה עצמה."

4. במסגרת דנג"ץ גלוטן נבחנה אפוא אותה קביעה לפיה, חוק שעות עבודה איננו חל בעניינם של עובדי סיעוד המועסקים במתכונת שנדונה במסגרת בג"ץ גלוטן מאחר ו-"אין להחיל את החוק לשיעורין, מכיוון שמתכונת העבודה בכללה סותרת את הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה ואת רוחו":

שופטי הרוב ובכללם הנשיא גרוניס (כתוארו אז) והשופטים רובינשטיין, ג'ובראן, מלצר ודנציגר סברו כי מדובר בסוגיה מורכבת וסבוכה אשר מן הראוי להסדירה באמצעות חקיקה מתאימה והם היו שותפים לדעה כי יש לדחות את העתירה ולהותיר על כנו את פסק הדין שניתן בבג"ץ גלוטן.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47114-03-13

שופטות המיעוט, לעומת זאת, השופטות: ארבל, חיות וסגנית הנשיא (כתוארה אז) נאור סברו כי יש לקבל את העתירה בקובען: כי על אף שהסדר הקבוע בחוק איננו אולטימטיבי הרי שבשים לב לכך שהמחוקק טרם הסדיר את העסקתם הייחודית של עובדי הסיעוד (למרות שהוא נקרא לעשות כן עוד במסגרת הדיון בבג"ץ גלוטן), יש לקבוע לאורו את זכאותם של עובדי הסיעוד לתמורה בעבור שעות עבודה נוספות וכי אין להחיל עליהם את החריגים הקבועים בחוק באופן המוציא אותם מתחולתו; ועוד הן קבעו כי היקף ההעסקה יוערך על ידי בית הדין בכל מקרה לגופו, לפי נסיבותיו, ובהתאם למתכונת העסקה בכללותה.

5. בשל חשיבות הדברים והרלוונטיות שלהם להכרעה בנסיבות המקרה שלנו, ראוי אולי להתעכב מעט דווקא על הנימוקים המרכזיים שמצאו ביטוי בעמדת המיעוט. משנימוקים אלה משמשים, בדרך כלל, כנימוק להחלה דווקנית של הפסיקה בבג"ץ גלוטן ותיחומה לנסיבות ולסוגיות שלאורן היא נקבעה. זאת תוך יצירת אבחנה בין נסיבות אלה לבין נסיבות העסקה קרובות אך לא זהות, כפי העולה למעשה מחוות דעתו של חברי השופט איטח.

נימוקים אלה פורטו בהרחבה בחוות דעתה של השופטת ארבל אשר סברה כי למול הנימוקים כבדי המשקל לאי החלת החוק שהועלו בבג"ץ גלוטן ובדעת הרוב בבג"ץ גלוטן עומד צורך משמעותי לא פחות, להגן על אוכלוסיית עובדי הסיעוד מפני ניצול והעסקה בתנאים לא הוגנים. תנאים שאינם מביאים בחשבון את זמן הפנאי שלו זכאי כל עובד וכל אדם וכן, את החובה ליתן פיתרון לעובדי הסיעוד בתקופת הביניים עד שיאמר המחוקק את דברו. זאת תוך מתן משקל מיוחד לכך שמדובר באוכלוסייה המורכבת בעיקרה מעובדים זרים - המהווה בתור שכזו אוכלוסייה מוחלשת - ולחובה הנגזרת מכך, להגן עליה ביתר שאת מפני ניצול ומניעת אפליה (עקיפה) על רקע "זרותם" או מוצאם בהשוואה לעובדים ישראלים.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47114-03-13

באותו הקשר, ראוי לציין גם את דעת המיעוט של השופט הנדל - אשר סבר, בדומה לשופטי הרוב, כי הוראות החוק אינן חלות על נסיבות ההעסקה שנבחנו באותו עניין, בשל קושי יישומי להחילו על תפקיד שאינו תואם את הוראותיו הבסיסיות. זאת תוך שהוא מציע דרך משלו למניעת ניצולם של עובדי הסיעוד בתקופת הביניים (עד להסדרה חוקית מתאימה של העסקתם), באמצעות פסיקת פיצוי כספי אחיד לכלל עובדי הסיעוד בסך 20% מעבר לשכר המינימום.

6. על רקע האמור, נראה לי כי שעה שבאים להכריע בשאלה הפרשנית הנוגעת להיקף התחולה של דנג"ץ גלוטן על נסיבות העסקה שאינן תואמות אולי אחד לאחד את הנסיבות שנדונו ונבחנו שם, יש ליתן את הדעת כמובן למידת הדמיון בנסיבות העיקריות הרלוונטיות להנמקה של דעת הרוב. זאת לצד בחינה של הנסיבות הרלוונטיות להנמקה ולרציונל שעמדו בבסיסה של דעת המיעוט בדבר מניעת ניצול ואפליה של אוכלוסיה מוחלשת. במסגרת כך יש לבחון אף את השאלה – האם עובד הסיעוד בו מדובר קיבל פיצוי הוגן בעבור צורת העסקתו, התובענית המתחייבת ממהות עבודתו אם לאו והאם צורת העסקתו מאפשרת מנוחה סבירה מעבודה. שאלה שהכרעה בה תינתן בהתחשב, בין היתר, בגובה התמורה שקיבל העובד עבור עבודתו - בהשוואה לתמורה המקובלת בענף; בהיקף שעות השהייה של העובד בבית המעסיק - בהשוואה להיקף ההעסקה הקבוע בחוק; בהיקף שעות השהייה המוערך שאותן נדרש העובד להקדיש לטיפול במעסיק - בהשוואה להיקף השעות הפנויות מעבודה כמו גם ביכולת של העובד להשפיע על מתכונת העבודה בהתאם לצרכיו ולאינטרסים שלו.

7. על רקע האמור, נראה לי כי למרות השוני המסוים בנסיבות שבין העסקת העובדת הזרה מושא העתירה בדנג"ץ גלוטן לבין אלה של המערער (הנעוץ לדברי חברי השופט איטח בעובדה שהמערער אינו מתגורר באורח קבוע בבית המטופל ובכך שמדינת ישראל ולא המטופל היא הנושאת בעלות העסקתו) - הרי שה"גרעין הקשה" של מתכונת ונסיבות ההעסקה בשני



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47114-03-13

המקרים, ככל שהוא רלוונטי להנמקה של דעת הרוב בדנג"ץ גלוטן, הינו חופף ברובו: בהקשר זה הריני מכוונת לקושי האינהרנטי, הנובע ממהות העבודה, לאבחון בין שעות עבודה לבין שעות פנאי; לצורך בביצוע העבודה בשעות בלתי שגרתיות, כפועל יוצא מן הצורך של המטופל בדמות טיפולית קבועה ובקרבה פיזית מתמשכת של דמות זו, באופן המעקר את תכליתו של ההסדר הקבוע בחוק שנועד לייצר למעסיק תמריץ שלילי להעסקת עובד שעות נוספות ולגרום למעסיק לחלק את העבודה בין מספר עובדים. כמו כן הריני מכוונת לאינטרס של העובד המטפל לרכז את שעות העבודה על פי נוחיותו ולבצען בבית המטופל. זאת, באופן המאפשר לו לנצל את זמן השהיה בבית המטופל על מנת לעסוק בענייניו ולחסוך בעלויות קיום שוטפות (לעניין תכליתו ההרתעתית של הסדר השעות הנוספות הקבוע בחוק כתמריץ לחלוקת העבודה בין מספר עובדים וכתכלית הנוגדת, על פי דעת הרוב בדנג"ץ גלוטן, את מהותה של עבודת הסיעוד ר' דב"ע (ארצי) מט/7-2 מישל רבות נ' הורמון שירותי אחזקה (אילת) בע"מ, פד"ע כא (1) 117 (14.1.89); ע"ע (ארצי) 300271/98 טפקו - ייצור מערכות בקרת אנרגיה ומתקנים מנחס טל (29.11.00)).

8. יתירה מכך, נראה כי במקרה שלפנינו, גם שעה שאנו משווים לנגד עיננו את הנימוקים שהועלו בדעת המיעוט בדנג"ץ גלוטן, ככאלה העשויים אולי להצדיק פרשנות צרה ודווקנית באשר להיקף התחולה של הכרעת הרוב שם לגבי נסיבות שאינן זהות או אינן חופפות באופן מלא לאלה שנדונו בדנג"ץ גלוטן - הרי שנראה כי אין לה לפרשנות זו מקום דווקא במקרה שלפנינו וזאת משלושה טעמים עיקריים:

הטעם האחד - נעוץ בגובה התמורה שקיבל המערער בעבור מתכונת עבודתו, שהינה, לכל הדעות, הוגנת וגבוהה מזו שהייתה משולמת לו היו מוחל לגביו הסדר השעות הנוספות הקבוע בחוק ולו הייתה משולמת לו תמורה מלאה על פי החוק עבור כל שעות העבודה הנוספות, כשהן מוערכות על הצד הגבוה (מבחינת כמות השעות וערך השעה). זאת, חלף הפיצוי שניתן לו בפועל עבור מתכונת העסקתו הייחודית.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47114-03-13

הטעם השני – נעוץ בעובדה שלמערער **ניתנה מנוחה סבירה** במהלך העסקתו וזאת בשים לב לכך שהוא לא נדרש לשהות בבית המטופל בכל ימות החודש וקביעת המשמרות נעשתה תיאום עימו ובשים לב לכך שהוא היה רשאי לנצל חלק לא מבוטל מזמן השהיה בבית המטופל על מנת לעסוק בענייניו.

הטעם השלישי – נעוץ בשאיפה, שמצאה גם היא ביטוי בדעת המיעוט בדנ"ץ גלוטן, **למנוע מצב של אפליה** (עקיפה מטעמי מוצא) או של העמקת אפליה קיימת בין העובדים הזרים בענף הסיעוד לבין העובדים הישראלים דוגמת המערער. זאת בשים לב לשוני הרלוונטי, הזניח יחסית, אם בכלל בין נסיבות העסקתו של המערער לבין נסיבות ההעסקה שנדונו בדנ"ץ גלוטן שבהם מועסקים לרוב עובדים זרים ואשר לגביהן נקבע כי אין להחיל עליהן את הוראות החוק המזכות בתמורה עבור עבודה בשעות נוספות. **במיוחד שעה שהנימוק בדבר מניעת אפליה אינו מוביל במקרה שלפנינו למתן לגיטימציה להעסקת עובדים ישראלים בתנאים שיש בהם ולו חשש לניצול וחוסר הגינות.**

9. טרם סיום ולצורך הבהירות של פסק הדין בכללותו אתייחס בקצרה למחלוקת נוספת שהתגלעה בין חברי להרכב, בנוגע לזיקה שהתקיימה (לדעת חברי הנשיא) או לא התקיימה או לא הוכחה (לדעת חברי השופט איטח) במקרה שלפנינו, בין מנגנון התגמול שהנהיגה המשיבה של "תוספת משמרות" לבין מנגנון התגמול הקבוע בחוק בעבור עבודה בשעות נוספות. בהקשר לכך אקדים ואומר כי על פי עמדתי, כפי שהוסברה לעיל, אין לייחס משמעות לסוגיה זו לצורך ההכרעה בערעור.

בהקשר זה הריני מכוונת לעמדה כי יש להחיל את ההלכה שנקבעה בדנ"ץ גלוטן שלפיה, אין הוראות החוק בכללותן מתאימות למהותה של עבודת הסיעוד גם על נסיבות ההעסקה של המערער. עמדה שהפועל היוצא מממנה הוא כי גם מנגנון הפיצוי וההרתעה הקבוע בחוק של תשלום בעבור עבודה בשעות נוספות איננו המנגנון ההולם והרלוונטי לפיצוי העובד על מתכונת העבודה הייחודית והתובענית שבה הוא מועסק כעובד סיעוד. משמע – מידת הזיקה שבין מנגנון הפיצוי המוחל על עובד הסיעוד, בשל



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47114-03-13

מתכונת עבודתו התובענית, לבין מנגנון הפיצוי הקבוע בחוק - **להבדיל משיעור הפיצוי בכללותו** - איננה אמורה להשליך על ההכרעה בשאלה האם יש בנסיבות העסקתו של אותו עובד כדי להצדיק אי החלה של הוראות החוק, בהתאם להלכה שנפסקה בדנג"צ גלוטן.

בהקשר זה די אם אומר כי מנגנון הפיצוי הקבוע בחוק - שבו נקבע שיעור הפיצוי כפונקציה של היקף החריגה ממכסת שעות העבודה שהוגדרה בחוק וכתוספת אחוזית לשכר השעה - טומן בחובו גם היבט עונשי הרתעתי שמטרתו לתמרץ את המעסיק לחלק את העבודה בין מספר עובדים. היבט שאינו מתיישב עם מהותה של עבודת הסיעוד הדורשת, מעצם טיבה, נוכחות פיזית ממושכת של המטפל בבית המטופל והפקדת הטיפול בידי גורם קבוע. מעבר לכך, קיים לדעתי גם שוני בהיבט המפצה העומד ביסודו של הסדר התגמול הקבוע בחוק לבין ההיבט המפצה של הסדר התגמול שיש להחיל על עובד הסיעוד: בעוד שהתשלום בעבור עבודה בשעות נוספות קבוע בחוק נועד לפצות את העובד על ביצוע רציף של "העבודה", מעבר למכסת שעות העבודה הקבועה בחוק (על הצמצום הנגזר מכך של מספר שעות הפנאי העומדות לרשותו) - הרי שההיבט המפצה, המגדיר את אופיו של מנגנון התגמול שיש להחיל על עובד הסיעוד, איננו אמור להיגזר בהכרח מ"שעות עבודה" ארוכות אלא מטעם אחר והוא - העדר אבחנה ברורה בין עבודה לפנאי. זאת, במהלך חלק ניכר מן השעות הארוכות שבהן נדרש העובד להימצא בקרבתו הפיזית של המטופל והחל משעת עבודתו הראשונה.

10. על רקע כל האמור, לא צריך להיות לטעמי כל קושי לקבוע כי יש להחיל על המערער את שנפסק בדנג"צ גלוטן וכי לא חל עליו ההסדר המזכה בתמורה עבור שעות נוספות המעוגן בחוק.

מר איתן כרמון

בשים לב לכך שהערות השופט אילן איטח והשופטת נטע רות, מביאות אותם לאותה תוצאה של פסק דין, הריני מצטרף לפסק הדין של הנשיא יגאל פליטמן.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 47114-03-13

גב' אושיק פלר

אני מצטרפת לתוצאת פסק הדין לפיה דין הערעור להידחות.

סוף דבר

לאור כלל האמור, הערעור נדחה בזאת ללא צו להוצאות.

ניתן היום, כ"ג חשוון תשע"ו (05 נובמבר 2015), בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

נטע רות,
שופטת

אילן איטח,
שופט

יגאל פליטמן,
נשיא, אב"ד

גברת אושיק פלר,
נציגת ציבור (מעסיקים)

מר איתן כרמון,
נציג ציבור (עובדים)