

**בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו**

ת"צ 3263-07-13

09 מרץ 2025

**לפני:**

**כבוד השופט דורי ספיבק, סגן הנשיאה  
נציגת ציבור עובדים גב' דבורה גורין  
נציגת ציבור מעסיקים גב' כרמן קלינגר**

**התובע הייצוגי:****אור שחם****ע"י ב"כ עו"ד רונן בן צבי**

-

**הנתבעת:****קסטרו שיווק 1985 בע"מ****ע"י ב"כ עו"ד אפרת דויטש ועו"ד שמרית נוי****חקיקה שאוזכרה:**

חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951: סע' 16, 16(א), 18  
תקנות הגנת השכר (מועד מיוחד לתשלום שכר עבודה), תשמ"ח-1987  
חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006: סע' 10(א), 22(ב), 27א

**מיני-רציו:**

\* בית הדין האזורי לעבודה קיבל תביעה ייצוגית שעניינה זכאות לתגמול עבור שעות נוספות על בסיס עמלות וקביעת שיעור הפיצוי בגין גמול השעות הנוספות.

\* עבודה – תובענה ייצוגית – תנאים לאישורה

\* עבודה – עובדים – שכר עבודה

התובע שהועסק בנתבעת כמוכר בגדים וכקופאי באחד מסניפיה, ביקש וקיבל רשות לייצג את כלל אנשי המכירות שברשת, המשתכרים שכר שעתי ושאינם בתפקידים ניהוליים, וזאת בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות. במרכז המחלוקת בין הצדדים עומדות הוראות סעיפים 16(א) ו-18 לחוק שעות עבודה ומנוחה, והשאלה בעניין הזכאות לתגמול עבור שעות נוספות על בסיס עמלות וכן קביעת סכום הפיצוי הנלווה.

בית הדין האזורי לעבודה, השופט דורי ספיבק, ונציגי הציבור ד' גורין ו-כ' קלינגר, פסק כלהלן:

אין מקום לקבוע כלל חד-משמעי לכאן או לכאן בעניין הכללת עמלות בשכר הקובע לצורך חישוב גמול שעות נוספות, ויש לבחון בכל מקרה, לפי נסיבותיו, וה"אם מבחינה מהותית קמה זכאות לגמול שעות נוספות בגין רכיב העמלות על פי החוק".

בנסיבותיו של עניין זה, יש לכלול את העמלות בשכר הקובע לתשלום גמול שעות נוספות.

אין בעצם העובדה כי מכירה "קטנה" אינה מזכה בעמלה, כדי להצדיק שלילה כוללת של הכללת העמלות בשכר הקובע. זאת, בפרט בשל קיומה של ידיעה שיפוטית לפיה רכישה מחנות מותגי אופנה עוברת ברוב המקרים את סף מאה השקלים, ועל כן קביעת כלל לפיו די במדרגה עמלות ראשונה של אפס כדי לפטור מעסיקים מתשלום גמול שעות נוספות על העמלות, היתה מובילה למצב לא תקין שבו המעסיקים כולם היו קובעים דרגת "התחמקות" ראשונה נמוכה ובכך פוטרים עצמם מתשלום גמול שעות נוספות על העמלות, בניגוד מוחלט לתכלית החוק.

באשר לדרך שבה יש להביא בחשבון את העמלות יש לבחור באפשרות של סכימת סך העמלות ששולמו בחודש הרלוונטי, וחלוקתו למספר שעות העבודה באותו חודש (הן שעות רגילות והן שעות נוספות). התוצאה המתקבלת תהא התוספת לערך שעת עבודה רגילה בגין העמלות ואותה יש לכפול ב-25% ו-50% (בהתחשבה בכך שגמול השעות הנוספות בגין שכר המינימום כבר שולם, ולכאורה כך גם בסיס השכר (100%) בגין השעות הנוספות).

יש לדחות את טענת קסטרו כי "אין זה ראוי או הוגן להחיל רטרואקטיבית קביעות משפטיות חדשות, אשר לא היו קיימות בתקופה הנתבעת, בוודאי לא במסגרת של תובענה ייצוגית. לא עלה בידי קסטרו להוכיח כי יש מקום לקבוע, באופן חריג, תחולה פרוספקטיבית בלבד.

על פי סעיף 10(א) לחוק תובענות ייצוגיות, אין לכלול בקבוצה אדם שעילת תביעתו נוצרה "לאחר המועד שבו אושרה התובענה הייצוגית". מכאן ברור, שאין כל יסוד לטענת התובע כי יש לכלול בחברי הקבוצה את כל מי שנפגעו זכויותיו "עד ליום שבו יינתן פסק דין חלוט".

## פסק דין משלים בתובענה ייצוגית

1. הנתבעת, חברה ציבורית שמניותיה נסחרות בבורסה לניירות ערך בתל-אביב (להלן: קסטרו) הינה אחת מחברות האופנה הגדולות בישראל. החברה מעסיקה מעל 1,500 עובדים, המועסקים בלמעלה ממאה חנויות הפרושות ברחבי הארץ, רובם במשרות חלקיות ובשכר שעותי, כאשר קצב חילופי העובדים הינו גבוה.

התובע הועסק על ידה כמוכר בגדים וכקופאי באחד מסניפיה. בתיק שלפנינו התובע ביקש וקיבל רשות לייצג את כלל אנשי המכירות שברשת, המשתכרים שכר שעותי ושאינם בתפקידים ניהוליים, וזאת בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006.

ביום 23.8.23 ניתן על ידינו בתיק זה פסק דין חלקי, תוך שערכנו את ההכרעה בחלק מעילות התביעה עד למתן פסק דינו העקרוני של בית-הדין הארצי ב- [עת"צ 48841-06-18](#) כהן נ' איי.די.איי חברה לביטוח [נבו] ((20.8.24; להלן: פסק דין איי.די.איי)). לאחר שניתן פסק דין איי.די.איי, הגישו הצדדים סיכומים משלימים, ועתה עלינו לדון ולהכריע בעילות שנתרו. עם זאת, ועל מנת להקל על הקורא, בטרם הדיון וההכרעה, נפרט להלן שוב את התשתית העובדתית ומהלך ההתדיינות, כפי שאלה הובאו במסגרת פסק הדין החלקי שניתן על ידינו לפני כשנה וחצי.

#### התשתית העובדתית ומהלך ההתדיינות

2. ביום 27.3.09, בסמוך לאחר סיום שירותו הצבאי, החל התובע לעבוד בסניף קסטרו-מן בקניון איילון ברמת-גן. התובע עבד עד ליום 3.10.10 (דהיינו כשנה וחצי), עם הפסקה בת שישה חודשים (שבהם שהה מחוץ לישראל) עד ליום 4.4.11, שאז חזר לעבודתו – תוך שקסטרו שומרת לו על רצף זכויות – והחל מאוקטובר 2012 שימש גם בתפקיד קופאי.

3. ביום 2.7.13 ובזמן עבודתו בקסטרו, הגיש התובע בקשה בכתב לאישור תובענה כייצוגית, היא הבקשה שפתחה את ההליך שבפנינו. בבקשתו טען התובע, כי קסטרו מפרה כלפיו וכלפי שאר עובדי המכירות את דיני העבודה בעשרה אופנים שונים. ובהתאם ביקש לאשר את תביעתו כייצוגית בעשר עילות תביעה שונות. להשלמת התמונה נציין כי בעקבות התפטרות התובע, הסתיימו יחסי העבודה בין הצדדים ביום 3.12.13, דהיינו מספר חודשים לאחר הגשת בקשת האישור.

4. ביום 20.1.16 קיבל התובע מבית דין זה אישור לנהל את תביעתו כייצוגית, וזאת בארבע מתוך עשר העילות שנכללו מלכתחילה בבקשתו. הדיון בתובענה עצמה עוכב לבקשת קסטרו עד להכרעה בהליכי ערעור שהגישו שני הצדדים לבית הדין הארצי. לאחר שערעורה של קסטרו התקבל והערעור שהגיש התובע נדחה ([בר"ע 7386-02-16](#) קסטרו מודל בע"מ נ' שחם [נבו] (14.5.18)), נותר לבית-דין זה לדון בשתי עילות ייצוגיות בלבד, אך הדיון עוכב שוב לבקשת התובע, וזאת עד להכרעה בעתירה שהגיש כנגד פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה.

העתירה התקבלה ([בג"ץ 5148/18](#) שחם נ' בית הדין הארצי לעבודה [נבו] (11.7.22), להלן: פסק הדין בבג"ץ) במובן זה שנקבע כי מבוטל פסק דינו של בית הדין הארצי ככל שהוא נוגע לאותן שתי עילות שאישורן בוטל בערעור. לפיכך, הוחזר הדיון לבית-דין זה לדיון בתובענה הייצוגית לגופה, בכל ארבע העילות שאושרו מלכתחילה.

5. כתב תביעה מתוקן הוגש ביום 12.9.22. כתב הגנה הוגש ביום 26.10.22. קדם משפט התקיים ביום 11.12.22, ולאחריו ניתן צו להגשת תצהירי עדות ראשית. לאחר שהוגשו אלה, התקיים ביום 7.5.23 דיון הוכחות. במהלכו, נחקר התובע עצמו על תצהיר עדותו, ונחקרו המצהירים מטעם קסטרו: מר נור ג'אבר, מנהל הרשת; הגב' ניבין פחל, מנהלת בקסטרו; מר פארס קאדי, מנהל חנות עין שמר; מר אורן קדוש, מנהל תחום אילת; והמומחה מטעם קסטרו, פרופ' פיטר במברגר מבית הספר לניהול באוניברסיטת תל-אביב.

בתום הדיון ניתן צו להגשת סיכומים בכתב, ובהמשך ניתן ביום 23.8.23, פסק הדין החלקי שבו הכרנו בעילת הפרשי דמי הבראה ועילת הפרשי דמי חג לפי היקף המשרה בפועל, תוך שנתנו הוראות לאופן ביצועו, ותוך שעייכנו את ההכרעה בעילות הכללת עמלות מכירה ב"שכר הרגיל" על פי [סעיף 18 לחוק שעות עבודה ומנוחה](#), תשי"א-1951, וכן בעילת גמול שעות נוספות לפי חישוב שבועי של 43 שעות, וזאת עד להכרעה בעניין איי. די. איי, שכאמור פסק הדין שם ניתן ביום 20.8.24

להשלמת התמונה נציין כי קסטרו הגישה ערעור על חלק מהקביעות שבפסק הדין החלקי ([עת"צ 19476-10-23](#)) [נבו]. בדיון שהתקיים ביום 1.7.24, ובהתאם להמלצת ערכאת הערעור, הגיעו הצדדים לפשרה, שקיבלה תוקף של פסק-דין, ולפיה בוצעו שינויים מסוימים בפסק הדין החלקי. לאחר כל זאת, ביום 8.9.24, הודיעה קסטרו כי שולמו לחברי הקבוצה סך של 1,530,901 ₪ ברוטו בהתאם להוראות פסק הדין החלקי.

6. ולבסוף, לאחר שניתן פסק דין איי. די. איי ביום 20.8.24, ניתן צו להגשת סיכומים משלימים מטעם הצדדים. עתה, לאחר שאלה הונחו בפנינו, הגיעה העת לדון ולהכריע, אך בטרם נפנה לכך, נציג את המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית לצורך הכרעה.

המסגרת הנורמטיבית

7. במרכז המחלוקת בין הצדדים שנותרה להכרעתנו, עומדות הוראות סעיפים 16(א) ו-18 לחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, הקובעות כך:

16(א). הועסק עובד שעות נוספות, ישלם לו המעסיק בעד שתי השעות הנוספות הראשונות שבאותו יום שכר עבודה לא פחות מ-  $1\frac{1}{4}$  מהשכר הרגיל, ובעד כל שעה נוספת שאחריהן לא פחות מ-  $1\frac{1}{2}$  מהשכר הרגיל.

היה שכרו של עובד, כולו או חלקו, לפי כמות התוצרת, ישלם לו המעסיק בעד כל יחידה, שנעשתה בשתי השעות הנוספות הראשונות שבאותו יום, שכר עבודה לא פחות מ-  $1\frac{1}{4}$  מהשכר המשתלם בעד כל יחידה שנעשתה בשעות העבודה הרגילות, ובעד כל יחידה שנעשתה בשעות הנוספות שלמעלה משתיים – לא פחות מ-  $1\frac{1}{2}$  מהשכר המשתלם בעד כל יחידה שנעשתה בשעות העבודה הרגילות.

18. לעניין הסעיפים 16 ו-17 "שכר רגיל" כולל כל התוספות שמעסיק משלם לעובדו.

8. כאמור, השאלה האם עובדים זכאים לגמול שעות נוספות בגין עמלות נדונה בפסק דין אי.י.די. איי, שבו דן בית-הדין הארצי בעניינם של עובדי חברת ביטוח שהועסקו כנציגי מכירות ששכרם הורכב משני רכיבים: האחד, שכר מינימום שעת, והשני, תשלום עמלות מכירה לפי מודל תגמול המורכב או ב"שיטת המדרגות" או "בשיטת המעליות".

על פי שיטת המדרגות, כל מספר מכירות מבטא מדרגה מסוימת, ושיעור העמלה נקבע לפי המדרגה בה מצוי העובד בתקופה הרלוונטית, כך ש"הסכום המשתלם בעד כל פוליסה אינו אחיד, אלא משתנה כל מספר מכירות, בהתאם למדרגה אליה הגיע העובד".

על פי שיטת המעליות, כלל המכירות שבוצעו בתלות בהיקף מזכה את העובד בעמלה לפי המדרגה הגבוהה ביותר שאליה הגיע העובד, כך ש"הסכום המשתלם בעד כל פוליסה הוא אחיד, בהתאם למספר הפוליסות הכולל שמכר העובד." (הציטוטים מתוך פסק דין אי.י.די. איי).

העמלות נכללו בשכר הקובע לתשלום דמי חופשה ודמי חגים, להפקדות לפנסיה ולפיצויי פיטורים, אך לא נכללו בשכר הקובע לתשלום גמול שעות

נוספות, כך שהגמול עבור שעות נוספות חושב לפי השכר השעתי בלבד ולא בגין העמלות.

חוות-הדעת הראשונה שבפסק הדין ניתנה על ידי כב' השופטת חני אופק גנדלר. בחוות-דעת הודגש כי אין "מקום לקביעת כללים גורפים ביחס לכולן, אלא כל מקרה צריך להיבחן לנסיבותיו". באופן ספציפי ביחס לעמלות המשולמות בזיקה למכר, מתעוררת השאלה האם יש לראות בהן משום "שכר לפי תוצרת" כמשמעו [בסעיף 16](#) לחוק, או "תוספת" הנכללת בשכר הרגיל כמשמעה [בסעיף 18](#) לחוק.

אשר לעמלות ששילמה איי.די.איי, השופטת סברה שלא קיימת אפשרות סבירה להתייחס אליהן כאל "שכר לפי תוצרת" וגם לא כאל "תוספת הנכללת בשכר הרגיל", וזאת ממספר סיבות: מכירת פוליסה אינה נעשית בדרך כלל על אתר, ותהליך מכירתה עשוי להימשך על פני מספר ימי עבודה אך לא באופן רציף אלא באופן נקודתי (לדוגמא שיחה מכירה ראשונה ביום ראשון, שניה ביום שני ואחרונה ביום רביעי); תהליך המכירה עשוי להתבצע על ידי עובדים שונים; מעת שבשלה אצל הלקוח הנכונות לרכוש פוליסה ההחלטה מתי לבצע את המכר, קרי סיום העסקה, נתונה במידה מסוימת לשליטת העובד; תשלום העמלה הינו בגין הישג המכירה, ולא בגין שעת עבודה. מכל האמור עולה, כי לא קיימת אפשרות לשייך את הזכאות לעמלה ליום או לשעה מסוימת, כפועל יוצא מכך לא ניתן לקבוע האם הזכאות לעמלה נוצרה בשעות העבודה הרגילות או בשעות העבודה הנוספות, ועל כן לא קיימת זכאות לפי החוק.

חוות-הדעת השניה ניתנה על ידי כב' השופטת סיגל דוידוב-מוטולה. בניגוד לחוות-הדעת הקודמת, סברה כב' השופטת דוידוב-מוטולה כי קיימת אפשרות סבירה שייקבע כי יש להתייחס אל העמלות במקרה הספציפי כאל חלק משכרם הרגיל של העובדים. זאת, שכן נקבע בפסיקה כי יש לפרש בהרחבה את לשון [סעיף 18](#) לחוק לפיה יש לכלול ב"שכר הרגיל" את "כל התוספות שמעסיק משלם לעובד". עוד נקבע, כי במקרה הספציפי "קביעה הפוכה תוביל לכך שגמול השעות הנוספות המשולם למערערים יחושב לפי כמחצית משכרם הרגיל, באופן הפוגע לכאורה בתכלית החוק".

אשר לדרך המדויקת בה יש לקחת בחשבון את העמלות, בחוות-הדעת צויין כי קיימות מספר אפשרויות: האחת, סכימת סך העמלות ששולמו בחודש הרלוונטי, וחלוקת למספר שעות העבודה באותו חודש; השנייה, המדויקת ביותר מבחינה זו שיובאו בחשבון רק העמלות המשולמות על שעות עבודה הרגילות, "ונוכח הקושי לדעת אילו עמלות שולמו בגין שעות העבודה הרגילות דווקא" היא לקבוע זאת "באמצעות היחס בין השעות הרגילות למכלול השעות שבוצעו באותו חודש (הכולל גם שעות נוספות); והאפשרות השלישית, הינה באמצעות חישוב שבועי, דהיינו "חלוקת סך העמלות השבועיות בסך השעות שהעובד עבד באותו שבוע והכפלת התוצאה בגמול השעות הנוספות", וזאת כפי שהדבר נעשה בקוד הפדרלי האמריקאי.

לאחר כל זאת הובהר כי "תיתכנה גם אפשרויות נוספות, ולהסרת ספק אבהיר כי אינני קובעת מסמרות בקשר לדרך החישוב, פרט לקביעה כי קושי טכני כזה או אחר אינו מצדיק שלא לפסוק לעובדים זכות סוציאלית, ודאי כאשר קיימות דרכים מקובלות להתגבר על הקושי והדבר נעשה כעניין שבשגרה".

חוות-הדעת השלישית והאחרונה ניתנה על ידי כב' השופטת לאה גליקסמן, שהצטרפה לעמדת השופטת דוידוב-מוטולה בתוצאה לפיה יש לאשר את ניהול התובענה הייצוגית.

בחוות-הדעת מודגש כי "העובדה שלא ניתן לקשור את עמלת המכירה לשעת עבודה קונקרטי אינם שוללים את זכאות המערערים לגמול שעות נוספות בעד רכיב העמלות... יש לבחון אם מבחינה מהותית קמה זכאות לגמול שעות נוספות בגין רכיב העמלות על פי החוק, ואם כן – האם ניתן למצוא דרכים חלופיות ליישום הוראות החוק".

במקרה הקונקרטי, סבורה השופטת גליקסמן כי מאחר ש"עבודתם של המערערים היא מכירת פוליסות, הם זכאים לעמלות מכירה בעד כל הפוליסות שנמסרו על ידם, החל מהפוליסה הראשונה, וסכום העמלה המשולם להם נגזר מכמות הפוליסות שנמסרו על ידם" הרי שמדובר ב"שכר לפי תוצרת". זאת, בפרט בהינתן שעמלת המכירה מהווה מרכיב משמעותי בשכרם.

נוכח כל האמור, לשיטת גליקסמן יש להתייחס אל העמלה כאל "תוספת" המשולמת בעד אותו חלק משעות העבודה (הרגילות והנוספות) שבהן עסק העובד במכירת הפוליסות שהעסקה לגביהן נסגרת, שכן היא אינה משולמת בעד אותו חלק משעות העבודה שלא הניב מכירת פוליסה". זאת, תוך שהיא מדגישה כי אין לראות בעובדה "שלא ניתן לייחס את עמלת המכירה לשעות עבודה קונקרטיות, ובכלל זאת לשעות העבודה שקדמו לשעות העבודה הנוספות, [כ]שוללת את מהותה כ'תוספת', שיש לכלול בשכר המשמש בסיס לתשלום גמול שעות נוספות".

אשר לדרך שבה יובאו בחשבון העמלות, הסכימה כב' השופטת גליקסמן עם עמדתה של השופטת דוידוב-מוטולה לפיה "בית הדין האזורי, לאחר שמיעת עמדות הצדדים, יקבע במסגרת פסק הדין בתובענה את הדרך מבין האפשרויות השונות".

שני נציגי הציבור, גב' יעל רון ומר דן חן, הצטרפו לחוות-דעתה של השופטת גליקסמן, על הנמקותיה, כך שההלכה שנקבעה היא כפי האמור בחוות-דעת זו.

#### דיון והכרעה

9. פסק דין איי.די.איי קבע אם כן כי אין מקום לקבוע כלל חד-משמעי לכאן או לכאן בעניין הכללת עמלות בשכר הקובע לצורך חישוב גמול שעות נוספות, ויש לבחון בכל מקרה, לפי נסיבותיו, וה"אם מבחינה מהותית קמה זכאות לגמול שעות נוספות בגין רכיב העמלות על פי החוק".

10. בטרם נפנה לניתוח המקרה שלפנינו על בסיס המבחנים שנקבעו בפסק דין איי.די.איי, נפרט אודות מבנה העמלות.

11. אין מחלוקת בין הצדדים על כך ש"עמלות המכירה ששולמו לתובע ולחברי הקבוצה הנטענת בקסטרו שולמו בהתאם לסכומי העסקה ולא לכמות המכירות..." (הציטוט מתוך עמ' 2 לסיכומי קסטרו). כך שמדובר במדרג תגמולים "אשר השתנה בהתאם לגובה העסקה אשר בוצעה, כאשר ככל שסכום העסקה גבוה יותר, גובה התגמול עולה (סעיף 6 לסיכומים). מדרג התגמולים, שעליו אין מחלוקת,

צורף לסעיף 32 לסיכומי התובע וגם כנספח א' לסיכומי הנתבעת, ולהלן נביא אותו גם כאן:

**דוח תגמול עובדים**

עד תאריך 18/12/12      מתאריך 18/12/12

עד סכום 999,999.99      מסכום 9,999,999

כל העובדים שדיווחו בסניף      מוכרן

מוכרן לפי עסקה

שבירה	סכום	תגמול	מהשקל הראשון	השלמה ל.ס.עסקה
1	99.98	0.00		<input type="checkbox"/>
2	148.99	0.50		<input type="checkbox"/>
3	198.99	1.00		<input checked="" type="checkbox"/>
4	298.99	1.50		<input type="checkbox"/>
5	498.99	2.50		<input type="checkbox"/>
6	748.99	4.00		<input type="checkbox"/>
7	998.99	8.00		<input type="checkbox"/>
8	9999999999.00	12.00		<input checked="" type="checkbox"/>
9	0.00	0.00		<input type="checkbox"/>
10	0.00	0.00		<input type="checkbox"/>

עמדה מקומית  
כל העובדות

12. לאחר בחינת מסכת הראיות והעדויות במקרה שלפנינו על רקע שורת המבחנים ואמות-המידה שנקבעו בפסק דין איי.די.איי ובאסמכתאות שהוזכרו בו, הגענו לכלל מסקנה כי יש לכלול את העמלות בשכר הקובע לתשלום גמול שעות נוספות, ונמק:

ראשית קסטרו בסיכומיה שמה את הדגש – והיפנתה לראיות ועדויות – לעניין כך שהעמלות כאן, להבדיל מאלה שנדונו בפסק הדין איי.די.איי, שולמו כחלק מהפדיון, ואינן מהוות "שכר לפי תוצרת". אנו מקבלים את טענתה זו, שאף התובע אינו חולק עליה. עם זאת, איננו מקבלים את עמדתה, בסעיף 10 לסיכומיה המשלימים, שלפיה חישוב העמלה בתשלום גמול שעות נוספות ומנוחה שבועי "אינה עולה בקנה אחד עם תכליתו [של החוק] ואינה ניתנת למימוש תפעולי אמיתי". זאת, שכן בפסק הדין איי.די.איי לא מצאנו כל קביעה לפיה עמלות לפי פדיון לא יבואו בחשבון לצורך חישוב ערך השעה לשעות נוספות.

למעשה, להיפך, כב' השופטת אופק-גנדלר הדגישה, מיד לאחר הדיון באופן סיווג העמלות שם, כי "ביחס לעמלות איני סבורה שיש מקום לקביעת כללים גורפים ביחד לכולם, אלא כל מקרה צריך להיבחן לנסיבותיו" (סעיף 59 לחוות-דעתה). לאחריה, כב' השופטת דוידוב-מוטולה חיוותה דעתה כי "אני רואה חשיבות פחותה לדקדק אם העמלות הן שכר "לפי תוצרת" או "לפי פדיון" או שילוב של השניים, שכן המהות היא החשובה", והדגישה שאין בכך או בכך אין כדי לשלול את "העיקרון המחייב בתשלום גמול שעות נוספות" (סעיף 14 לחוות-דעתה). ולבסוף, כב' השופטת גליקסמן אמנם הצביעה על האבחנה הרלוונטית לתיק שלפנינו לבין פסק דין אי.די.אי. – "שכר לפי פדיון" כאן לעומת "שכר לפי תוצרת" שם – אך הדגישה, וזוהי ההלכה שנקבע בפסק הדין אי.די.אי (נזכיר שוב כי שתי נציגות הציבור הצטרפו לעמדתה):

"משנדרשת הכרעה בין השיקולים הנוגעים עליהם הצבעתי בעניין קסטרו, ולאחר בחינה חוזרת של ששיקולים אלה, הגעתי למסקנה כי ככלל מבין השיקולים הנוגדים יש להעדיף את השיקול של הגשמת תכלית חוק שעות עבודה ומנוחה על אף הקשיים המתעוררים ביישום החוק לנוכח העדר אפשרות לשייך עמלת מכירה ספציפית לשעת עבודה מסוימת, וכי בנסיבות המתאימות על בית הדין למצוא דרך ליישם את הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה גם על עמלות מכירה, בהתאמה הנדרשת לנסיבות המקרה הקונקרטיות. זאת, כפי שנקבע בעניין קסטרו, יש מגוון דרכים לתשלום רכיב עמלות, ועל כן יש לבחון כל מקרה לגופו לפי נסיבותיו, שכן ייתכנו מצבים שבהם אין לשלם גמול שעות נוספות בגין רכיב שכר המכונה עמלות".

שנית עניין נוסף שעליו שמה קסטרו את הדגש בסיכומיה, כשיקול מרכזי שלא להכליל את העמלות בשכר השעתי הקובע לחישוב גמול שעות נוספות, היתה טענתה כי בניגוד לפסק דין אי.די.אי, במקרה שלפנינו לא מדובר בעמלות המשולמות "מהשקל הראשון", ועל כן יש להתייחס אל המקרה שלפנינו כאל מקרה שבו נקבע תנאי או יעד מכירות, באופן המוציא את המקרה מאלה המצדיקים הכללת העמלות בשכר הקובע לגמול שעות נוספות. ברם, מעיון בדעת הרוב בפסק דין אי.די.אי (עמדת השופטת גליקסמן) עולה שעניין "השקל הראשון" כלל אינו נזכר בחוות-דעתה, והדגש שהיא שמה הינו על כך שבמקרה שנדון שם שולמה עמלה "החל מהפוליסה הראשונה".

ובמקרה שלפנינו? אין למעשה מחלוקת כי מוכרי קסטרו היו זכאים לעמלה כבר מהמכירה הראשונה, אך זאת בכפוף למדרג עמלות, ובגין מכירה "קטנה" – כל מכירה, לרבות הראשונה – של עד 100 ₪ אין עמלה, בעוד שבגין מכירות גבוהות יותר קיימת עמלה של החל מ-0.5 ₪ (עבור מכירה של בין 100 ל-150 ₪) ועד 12 ₪ (עבור מכירה של מעלה ל-1,000 ₪).

לדעתנו, אין בעצם העובדה כי מכירה "קטנה" אינה מזכה בעמלה, כדי להצדיק שלילה כוללת של הכללת העמלות בשכר הקובע. זאת, בפרט בשל קיומה של ידיעה שיפוטית לפיה רכישה מחנות מותגי אופנה עוברת ברוב המקרים את סף מאה השקלים, ועל כן קביעת כלל לפיו די במדרגה עמלות ראשונה של אפס כדי לפטור מעסיקים מתשלום גמול שעות נוספות על העמלות, היתה מובילה למצב לא תקין שבו המעסיקים כולם היו קובעים דרגת "התחמקות" ראשונה נמוכה (למשל: עד 50 ₪) ובכך פוטרים עצמם מתשלום גמול שעות נוספות על העמלות, בניגוד מוחלט לתכלית החוק.

במילים אחרות, סבורים אנו שהנכון לפרש את כלל "השקל הראשון" כך שהוא יחול רק על מתווה עמלות שבו עובד המכירות מקבל עמלה לאחר ביצוע עבודת מכירות מאומצת או מוצלחת במיוחד, הנמשכת בדרך כלל על פני מספר ימים או שבועות. הכלל לא יחול במתווה עמלות כמו זה שלפנינו, שמשמעותו כי כמעט כל מוכר, בכמעט כל מכירה, מגיע לרף המינימלי ומקבל עמלה;

שלישית קסטרו טענה בפנינו כי "רוב שכר של עובדי החנויות השעתיים בקסטרו, כדוגמת התובע, מורכב משכר הבסיס השעתי ולא מרכיב עמלות המכירה". אנו מוכנים להניח לטובת קסטרו, כי ככל שאכן הייתה מוכיחה בבירור כי העמלות שבהן מדובר הן נתח לא מאד משמעותי משכר חברי הקבוצה, היה בכך, בנסיבות מסוימות, כדי להצדיק הכרה בהן כתוספת מותנית בתנאי, שאין להביאה בחשבון השכר הקובע (ראו והשוו: ת"צ 71153-11-18 ג'ד' נ' מכבי שירותי בריאות [נבו] 3.3.25, והאסמכתאות שם)).

ברם, מעיון בתצהירי קסטרו עולה שהיא הסתפקה לעניין זה רק בעדות העד מטעמה, מר ג'אבר, ולא צירפה כל אסמכתא בכתב – למשל אישור רואה חשבון – המתייחסת לנתונים מצרפיים של כלל עובדי, או לכל הפחות לנתונים מצרפיים של חלק מסניפיה או של קבוצת עובדים מדגמית. למעשה, היא התייחסה

אך ורק למקרה של התובע עצמו, שהכנסותיו מעמלות היוו נתח משמעותי מסך הכנסותיו, אם כי אכן לא עלו כדי רוב הכנסותיו (אלא רק שלישי). בנסיבות אלה, ונוכח הרלוונטיות הגבוהה של נתון זה להכרעה בתיק זה – כך לשיטת קסטרו אך כך גם לדעתנו – אין לנו אלא להניח, לחובת קסטרו, כי ככל שהיה מוצגים הנתונים, לא היה בהם כדי לתמוך בטענתה העובדתית בנקודה זו, ולהיפך, היה בהם כדי לתמוך בעמדת התובע כי העמלות מהוות נתח משמעותי מהכנסות המועסקים בקסטרו במכירות;

רביעית אשר לחוות-דעתו של המומחה מטעם קסטרו, פרופ במברג, שלפיה "הקישור של עמלות מכירה עם השכר הקבוע לשעה... מחליש את ההשפעה המניעה של התמריץ" לעובד הגלום בעצם מתן עמלה עבור הישג המכירה – אנו מקבלים את עמדתו העקרונית לפיה יצירת קישור שכזה אכן פוגעת במשהו בתמריץ לעובד, במובן זה שחלק מהתמריץ שהיה אמור לעודד רק מכירות "מופנה" גם לתמרוץ עבודה בשעות נוספות. עם זאת, יש גם אידך גיסא, והוא שמוטלת על בית-דין זה חובה לפרש את [חוק שעות עבודה ומנוחה](#) באופן העולה בקנה אחד עם תכליתו, שהיא יצירת תמריץ שלילי למעסיקים להעסיק עובדים בשעות נוספות, על דרך ייקור עלות העסקתם בשעות אלה. האיזון בין תמריץ המכירה לעובד והתמריץ השלילי למעסיק מורכב, נכון לעשותו בכל מקרה ומקרה, אך מה שבטוח הוא שאין מקום לקבל אותו כשולל לחלוטין את האפשרות להביא בחשבון עמלות מכירה עם השכר הקובע לשעה, שכן בדיוק בעניין זה התחבט בית-הדין הארצי לעבודה ממש לאחרונה בפסק דין אי.די.איי, ולמרות שחברי המותב שם נחלקו בדעותיהם בשאלה האם באותו המקרה שנדון שם נכון להביא את העמלות בחשבון השכר השעתי, הרי שבעניין העקרוני – האם ככלל נכון וניתן להביא עמלות בשכר הקובע לשעות נוספות – היו חברי המותב תמימי דעים בעניין זה, הכריעו כפי שהכריעו כי ככלל בהחלט ייתכנו מצבים שבהם עמלות ייכללו בשכר הקובע לצורך חישוב שעות נוספות, והכרעתם כמובן שמהווה תקדים המחייב אותנו;

חמישית אשר לטענת קסטרו כי "עובדי החנויות... עוסקים בפעולות שונות כאשר חלק נכבד מעבודתם כלל אינו קשור למכירות" – אכן, הוכח בפנינו כי על העובדים מוטלות גם עבודות נוספות, ובכלל זה קבלת ופתיחה של ארגזי סחורה, סידור המחסן והחנות במהלך המשמרת ועבודה בקופה. קסטרו ניסתה לשכנע אותנו, לרבות באמצעות העדויות מטעמה, כי "החלק התפעולי" בעבודה הוא

משמעותי, והוא הוערך על ידה במחצית מזמן העבודה, ואולי אף יותר מכך בשנים האחרונות. מנגד, גם התובע עצמו הודה ב"צד התפעולי" של העבודה, בעיקר סידור סחורה, אך טען כי מדובר בלא יותר משעתיים במשמרת, בעיקר בסוף יום עבודה.

אשר לדעתנו – ככל שניתן היה להפריד בין זמן העבודה שלא במכירות, וזמן העבודה במכירות, למשל אם היה נטען כי חלק משמעותי מה"עבודה התפעולית" נעשה בזמן שהחנות בכלל סגורה, ייתכן שהיה בכך כדי להשפיע על מאזן השיקולים לכאן ולכאן בעניין הבאת העמלות בחשבון השכר הקובע לשעות נוספות. ברם, קסטרו לא טענה כך, וממילא עולה מכך שהעובדים זמינים ומתבקשים לבצע מכירות לכל אורך המשמרת, ולא בכדי הם הוגדרו על ידה מראשית הליך זה כ"אנשי מכירות". משזה מצב הדברים, אין לדעתנו בעובדה שקסטרו מטילה עליהם מטלות נוספות – שמן הסתם מתבצעות בעיקר בזמנים שבהם החנות ריקה או כמעט ריקה מלקוחות – כדי להשפיע על הניתוח הכללי של המקרה;

שישית נציין בהקשר לאמור בפיסקה הקודמת, כי לא נעלמה מאיתנו טענת קסטרו כי לעיתים עובדים נשארים בחנות לאחר השעות שבהן החנות פתוחה וממשיכים לעבוד, והדגימה זאת באמצעות מקרים ספורים שבהם התובע החתים כרטיס נוכחות לאחר השעה 22:00 ואף לאחר השעה 23:00, וזאת כאשר לטענתה "שעת סגירת החנות בקניון נעה בין 21:00 ל- 22:00 (סעיף 143 לתצהיר ג'אבר).

בנסיבות העניין, ובפרט בשים לב לכך שעל פי קסטרו עצמו שעת סגירת החנות הספציפית אינה קבועה, בשים לב לכך שקסטרו לא הדגימה תופעה דומה בחנויות אחרות, ובשים לב לכך שבכל מקרה לא מדובר אפילו לשיטת קסטרו בפער שיטתי וקבוע בין מועד סגירת החנות לבין מועד החתמת "יציאה", לא מצאנו שיש בנתון זה כדי לשנות מהמסקנה הכללית לפיה ניתן היה לבצע מכירות בכל שעות העבודה, או ליתר דיוק כמעט בכולן;

שביעית לא נעלמה מעינינו טענת קסטרו כי התובע (ולמעשה רוב חברי הקבוצה) היה מגיע לעיתים לעבודה מוקדם יותר משעת פתיחת החנות מחתים כרטיס לפני השעה 08:00 בבוקר "וזאת ללא כל צורך, אישור או דרישה מצד מי מהחברה" (סעיף 185 לסיכומיה, וכן סעיפים 177 עד 180 לתצהיר מר ג'אבר), עם

זאת, לא השתכנענו כי מדובר בפרקי זמן משמעותיים, המצדיקים בנסיבות העניין, ולשם השגת התכלית של התביעה הייצוגית, בדיקה פרטנית וקיצוץ בדיעבד של הזמן הזה, שבזמן אמת קסטרו שילמה עליו שכר עבודה, ואף הביאה אותו במאזן שעות העבודה לעניין חישוב שעות נוספות, ורק עתה, כאשר היא ניצבת מול תביעה שבה נטען כנגדה שלא חישבה נכון את ערך השכר השעתי, ולא ביצעה חישוב שבועי של השעות הנוספות, היא מעלה טענה כי חלק מהזמן הזה לא היה שעות עבודה;

שמיינת קסטרו טענה כי קבלת התובענה הייצוגית עלולה להוביל לפגיעה בעובדים, במובן זה שהיא תוביל את קסטרו להפחתת גובה העמלות המשולמות על ידה, על מנת שסך הוצאותיה עבור שכר עובדים לא יגדלו. אפשר שכך, אך מדובר בטיעון שניתן להעלותו ביחס לכל זכות אותה תובע עובד בבית-דין זה, ומכל מקום, המדובר שוב בעניין שעמד בלב השאלה העקרונית שאליה נדרש בית-הדין הארצי לאחרונה אך לאחרונה, והכריע כפי שהכריע;

תשיעית קסטרו טענה בפנינו כי חברי הקבוצה קיבלו הפסקות: "בכל משמרת העולה על שש שעות, ישנה הפסקה לכל עובד/ת אשר נעה בין 30 דקות לערך ל-45 דקות אשר נכון להיום לא מקוזזת משכרם של העובדים" (סעיף 18 לתצהיר ג'אבר; סעיף 7 לתצהיר פחל; סעיף 8 לתצהיר קאדי; סעיף 7 לתצהיר קדוש). לשיטתה, יש לקזז זמן זה מגמול השעות הנוספות וגמול בימי מנוחה המגיע.

דין הטענה להידחות. זאת, שכן על אף שהשתכנענו מהעדויות, לרבות מעדות התובע, כי עובדים קיבלו הפסקה במהלך משמרות שארכו למעלה משש שעות, ולעיתים אף קיבלו הפסקות במשמרות שארכו פחות מכך, הרי שלא השתכנענו שההפסקות נמשכו תמיד או כמעט תמיד לפחות שלושים דקות. למעשה, מהלשון האחידה והזהירה שבה נוסחו כל תצהירי עדי הנתבעת, לפיה ההפסקה "נעה בין 30 דקות לערך", עולה שגם העדים עצמם נזהרו ונמנעו מלטעון בפה מלא כי בפועל קיבלו העובדים הפסקה של לפחות 30 דקות ולא פחות מכך. משכך, ובהיעדר מחלוקת שלא בוצע כל רישום בדרך זו או אחרת של זמן ההפסקה, וכן בהיעדר מחלוקת על כך שהמשמרות לא כללו זמן הפסקה מובנה, ומאחר שעל פי התרשמותנו המדובר היה בעיקר בזמני הפסקה לא מסודרים שניתנו כאשר לא היו לקוחות או היו פחות לקוחות, תוך שהעובד אינו

חופשי לעשות כרצונו אלא זמין לחזור לעבודה במקרה של צורך לשרת לקוח, סבורים שלא עלה בידי קסטרו להוכיח כי יש להפחית מזמן העבודה של חברי הקבוצה, עבורו שולם להם שכר, פרק זמן מסוים בגין הפסקות.

13. קבענו אם כן כי יש להביא בחשבון את העמלות, ועתה עלינו לעבור לדון בדרך שבה יש לעשות זאת, וזאת בשים לב לקושי הפרקטי הכרוך בכך שהעמלות אינן ניתנות לשיוך לנקודת זמן מסוימת.

14. בסעיף 12 לחוות-דעתה של כב' השופטת סיגל דוידוב-מוטולה בפסק דין אי.י.די. איי הוצגו מספר חלופות לעניין זה, ואף צוין שלא מדובר ברשימה סגורה (והשופטת גליקסמן ונציגות הציבור הצטרפו לעמדת דוידוב-מוטולה בנקודה זו, כך שזוהי ההלכה שנקבעה). בנסיבות העניין, סבורים אנו כי הנכון לבחור באפשרות הראשונה שהוצעה שם:

”סכימת סך העמלות ששולמו בחודש הרלוונטי... וחלוקתו למספר שעות העבודה באותו חודש (הן שעות רגילות והן שעות נוספות). התוצאה המתקבלת תהא התוספת לערך שעת עבודה רגילה בגין העמלות ואותה יש לכפול ב-25% ו-50% (בהתחשבה בכך שגמול השעות הנוספות בגין שכר המינימום כבר שולם, ולכאורה כך גם בסיס השכר (100%) בגין השעות הנוספות.”

במאזן הנימוקים לבחירה באפשרות זו נציין כי זוהי האפשרות הפשוטה והקלה ביותר לחישוב, וגם את העובדה שזוהי הדרך שהתוותה על ידינו כבר בסעיף 18 להחלטת האישור מיום 20.1.16. נציין כי חיפשנו ולא מצאנו בסיכומיהם המשלימים של שני הצדדים הצעה חלופית, השגות או אי הסכמה לדרך חישוב זו, שכאמור הותוותה כבר בהחלטת האישור, ואף מטעם זה מצאנו לאשררה במסגרת פסק דין זה.

15. אשר למועד התשלום – אנו חוזרים על קביעתנו בהחלטת האישור, לפיה:

”על קסטרו, שאין בידיה את הנתון בדבר גובה העמלות בגין חודש מסוים במועד שבו היא מכינה את המשכורות ומחשבת את גמול השעות הנוספות המגיע לאותו חודש, לשלם הפרשים בגין גמול שעות נוספות בחודש שלאחר מכן, לאחר שהיא כבר יודעת מה היה סך העמלות באותו חודש, שאותו יש להוסיף לשכר הרגיל של המשכורת הקודמת.”

וראו לעניין זה: [תקנות הגנת השכר \(מועד מיוחד לתשלום שכר עבודה\)](#)

תשמ"ח-1987, וכן התייחסות בית-הדין הארצי אליהן בעניין אשקר (דב"ע נב-/3

[38](#) בינוי והשקעות נ' אשקר [נבו] (27.2.92, כב' הנשיא מנחם גולדברג):

"המועד לתשלום בגין עבודה בשעות נוספות נקבע בתקנות... על פיהן ניתן לשלם את אותו גמול בתום החודש שלאחר חודש העבודה"

ולבסוף, נצטט את הדברים האלה מתוך פסק דין של כב' השופטת לאה גליקסמן בפסק-דין איי.די.איי, התומכים אף הם בעיתוי התשלום אותו קבענו (וזאת על אף ההבדלים המסוימים בין המקרה שנדון שם לענייננו, שאינם משפיעים לדעתנו על המסקנה):

"אני סבורה כי אין פגם בהתנהלות החברה, שבמהלך החודש העוקב לביצוע המכירה עורכת את הבדיקה אם קמה זכאות, ומשלמת את עמלת המכירה בחודש שלאחר החודש העוקב..."

עילת החישוב השבועי לגמול שעות נוספות

16. למן ראשית ההתדיינות הודתה קסטרו בכך שלא ביצעה חישוב שעות נוספות לפי תחשיב שבועי, דהיינו היא שילמה שעות נוספות על בסיס יומי בלבד, ולא שילמה גמול שעות נוספות לעובדים שמספר שעות העבודה שלהם בשבוע עלה על 43 שעות, כנדרש על פי החוק. הגנתה בעניין זה התמצתה בטענתה ש"רוב עובדי המשיבה בתפקידי צוות מכירות לא עלו על 43 שעות [עבודה] בשבוע" (סעיף 39 לתשובה לבקשת האישור), וזאת לאחר קיזוז הפסקות, הגעה מוקדמת לפני פתיחת החנות ויציאה מאוחרת לאחר סגירת החנות. קסטרו אף אישרה כי "פעלה לתיקון המצב בכל הנוגע ל... עילת החישוב השבועי לגמול שעות נוספות כבר בסמוך לאחר הגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית (שנת 2013 לערך; סעיף 259 לסיכומיה).

משדחינו את טענת קסטרו לעניין קיזוז זמני ההפסקות, שכן לא השתכנענו בנסיבות העניין כי ניתנו הפסקות של לפחות שלושים דקות, ולאחר שהבאנו בחשבון אף את ההלכה שנקבעה בעניין ביפר בכל הנוגע לאפשרות שייקבע כי ייתכנו מצבים שבהם גם הפסקה הקצרה משלושים דקות לא תיחשב לזמן עבודה (בר"ע [48239-01-18](#) ביפר תקשורת נ' צח [נבו] (6.2.19), כב' השופטת חני אופק

גנדלר)) ומשהודתה קסטרו בכך שעד 2013 "לערך" אכן חישבה לא נכון את השעות הנוספות בכך שלא ערכה תחשיב שעות נוספות שבועי, אנו קובעים כי מוטלת עליה, בנוסף, החובה לשלם הפרשים למי מחברי הקבוצה שנפגע עקב טעותה זו.

תחולה פרוספקטיבית או רטרופקטיבית?

17. טוענת קסטרו בסיכומיה כי "אין זה ראוי או הוגן להחיל רטרואקטיבית קביעות משפטיות חדשות, אשר לא היו קיימות בתקופה הנתבעת, בוודאי לא במסגרת של תובענה ייצוגית". על כן, כך לשיטת קסטרו, אף אם יקבע בית-הדין, בניגוד לדעתה, כי יש להכליל את העמלות המשולמות על ידה בגמול השעות הנוספות והמנוחה השבועית, הרי הנכון "לקבוע זאת באופן פרוספקטיבי, החל ממועד מתן פסק הדין המשלים ואילך ללא תחולה רטרואקטיבית. זאת, על מנת לאפשר היערכות ותקצוב לרבות שינוי שיטת התגמולים בהתאם לפסק דין סופי ונהיר בעניינה". קסטרו הוסיפה וציינה כי שלושת שופטות המותב בפסק דין אי.ד.י. איי סברו כי מדובר בשאלה משפטית הטעונה ליבון, אך סברו כי אין בה כשלעצמה כדי להצדיק אי אישור התובענה הייצוגית שם.

18. אשר לדעתנו – לאחר שניתן פסק דין אי.ד.י. איי, וגם לאחר שהצדדים הגישו את סיכומיהם המשלימים בתיק שלפנינו, ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין זר ([בג"ץ 3279/22](#) מדינת ישראל משרד הבריאות נ' זר [נבו] (6.11.24)). בפסק דין זה נדרש בג"ץ לטענת המדינה, כי יש להורות על תחולה פרוספקטיבית בלבד של פסק דינו של בית הדין הארצי באותה פרשה שניתן בשנת 2021, ושבזו "הכיר בית-הדין הארצי לעבודה באפשרות שאנשים עם מוגבלויות המועסקים במפעלים מוגנים יהיו זכאים למעמד של עובדים באותם מקרים שבהם עבודתם היא בעלת מאפיינים קרובים יותר לאלה של תעסוקה 'רגילה'". דעת הרוב בפרשה זו נכתבה על ידי כב' השופטת דפנה ברק-ארז, וכך בין היתר נקבע:

"ככלל, תחולתם של פסקי דין כפולה: על אתר (פרוספקטיבית) ולמפרע (רטרופקטיבית)... אחד הטעמים להבחנה בין אופן תחולתם של דברי חקיקה לאופן תחולתם של פסקי דין... הוא שהמחוקק (ומחוקק המשנה) יוצרים את הדין, בעוד בית המשפט רק מצהיר עליו ומפרש אותו....

לכלל בדבר תחולה רטרופקטיבית של פסק דין, נקבע חריג במקרים שבהם פסק הדין קובע הלכה חדשה המשנה מן הדין

הקיים, כך שתחולה למפרע עלולה לפגוע בהסתמכות משמעותית של מי מהצדדים על המצב המשפטי הקודם... חריג זה סוטה מברירת המחדל שחלה במקרה הרגיל... 'סטיה כאמור צריכה להיעשות בזהירות, והיא תחומה לנסיבות חריגות'... יתר על כן, קיומו של אינטרס הסתמכות משמעותי ופגיעה בו הם תנאי הכרחי לצורך קביעת תחולה פרוספקטיבית בלבד לפסק דין, אך הוא אינו מספקי כשלעצמו: על אינטרס ההסתמכות להיות לא רק משמעותי אל אגם סביר וראוי להגנה....

נטל ההוכחה בדבר חריג התחולה הפרוספקטיבית של פסק דין רובץ על כתפיו של הטוען לקיומו של החריג, ונטל זה הינו נטל כבד.... על הטוען לכך להוכיח כי בפסק הדין אכן נורה הלכה משטית חדשה, וכי ישנו אינטרס הסתמכות משמעותי ולגיטימי על המצב המשפטי הקודם... דוגמה אפשרית לכך היא טענה לקיומן של השלכות רוחב תקציביות מרחיקות לכת הכרוכות בהחלת ההסדר המשפטי החדש".

על בסיס כל האמור לעיל, נקבע שם כי אין מקום בנסיבות המקרה שנדון שם לסטות מהכלל בדבר תחולה רטרואספקטיבית, וזאת הן מהטעם שנקבע כי פסק הדין אינו מנוגד להלכה שקדמה לו, וניתן לפרשו ככזה שמפתח ומבסס את ההלכה הקיימת, והן מאחר שלא הונח בסיס מספיק לטענה כי קם אינטרס הסתמכות משמעותי מצד המעסיקים. וכך נימקה זאת כב' השופטת ברק-אדל:

"ראשית, מן הראוי להדגיש כי המשמעות של קביעת תחולה פרוספקטיבית בלבד במקרה זה היא שלילה גורפת של זכויות קוגנטיות עבור אנשים עם מוגבלות, הנמנים עם אחת הקבוצות המוחלשות ביותר באוכלוסיה, תוך חסימת דרכם לפנות לערכאות ביחס לעבר. במובן זה, התחולה הפרוספקטיבית מציבה את קבוצת מתמודדי הנפש המועסקים במפעלים מוגנים במקום נחות מזה שהיו מצויים בו ערב מתן פסק הדין, בעת שמעמדם המשפטי טרם הוכרה. זוהי כמובן תוצאה קשה ובלתי רצויה... נסיבותיו של המקרה שבפנינו, ובפרט העובדה שאלו עוסקות בזכויות סוציאליות בסיסיות של קבוצה הראויה להגנה מיוחדת, מצדיקות דווקא את תיקון העוול שנגרם באופן מידי..."

שנית לא שוכנעתי כי הונח בסיס מוצק לחשש מפני השלכות תקציביות גורפות שיושתו על קופת המדינה – הנמצא בליבת אינטרס ההסתמכות של המדינה. כאמור, נטל השכנוע עומד לפתחו של הטוען לתחולה פרוספקטיבית בלבד של פסק דין. כדי להטות את הכף לעבר תחולה כזו אין די בקיומו של אינטרס הסתמכות לגיטימי, אלא שומה עליה להיות הסתמכות משמעותית.... טענה כי ההכרה... עלולה להוות

נטל כלכלי משמעותי... שיכול להעמיד בסכנה את המשך [הפעילות].. יש לבסס, ואין די באזהרות בעלמא... התמונה העובדתית שהוצגה כבסיס לטענת הנטל הכלכלי לאורך ההליך לקתה בחסר...".

19. על רקע כל האמור, לדעתנו במקרה שלפנינו לא עלה בידי קסטרו להוכיח כי יש מקום לקבוע, באופן חריג, תחולה פרוספקטיבית בלבד, ונמק:

ראשית קסטרו טענה כנגד תחולה רטרואקטיבית בתיק זה ממש, בבג"ץ, במסגרת נסיונה להדוף את העתירה כנגד פסק-דינו בית-הדין הארצי (ראו בסעיף 19 לפסק דינה של כב' השופטת ברון). פסק הדין בבג"ץ התייחס ויישם את "תכליותיו של מנגנון התובענה הייצוגית, ובהן כאמור מיצוי הדין, הגברת אכיפת החוק, קידום הרתעה יעילה, מימוש זכות הגישה לערכאות ומתן סעד הולם לנפגעים" על המקרה שלפנינו, בכך שציין כי "שעה שעל הפרק עומדות הזכות לגמול שעות נוספות והזכות לגמול עבור עבודה בשעות שמעבר ל-43 שעות בשבוע, שהן זכויות קוגנטיות; וחברי הקבוצה אינם מאורגנים, ומרביתם עובדים זמניים וכאלה המצויים בראשית דרכם התעסוקתית" קיימת חשיבות מיוחדת בשימוש בכלי הייצוגי.

לאור קביעות חד משמעיות אלה, ניתן לדעתנו לקבוע כי בג"ץ דחה הלכה למעשה את הטענה נגד תחולה רטרואקטיבית שהעלתה בפניו קסטרו, ומכאן שדינה להידחות גם כשהיא מועלית פעם נוספת, באותו הליך ממש, בפנינו;

שנית לא שוכנענו כי קסטרו צודקת בטענתה כי חיובה בגמול שעות נוספות בגין העמלות מהווה הלכה חדשה, ולדעתנו נכון יותר לראותו כמפתח ומבסס את הלכת ברנע ([ע"ע 1089/02](#) ברנע נ' "בזק – החברה הישראלית לתקשורת [נבו] (13.10.04), וראו בסעיף 10 י"ג לחוות-דעתו של כב' השופט עמירם רבינוביץ)) שניתנה לפני למעלה מעשרים שנה. זאת ועוד, פסק הדין בעניין ערוץ הקניות ([תע"א 11182-07](#) בן גל נ' כ.י.ד. ערוץ הקניות [נבו] (7.10.12), מותב בראשות כב' השופטת דגית ויסמן)), ובו כבר נקבע מפורשות, תוך הפניה והסתמכות על פסיקת קודמת, כי בית הדין חייב את המעסיקה שם להביא בחשבון את העמלות ששולמו שם בגדר השכר הקובע לעניין [חוק שעות עבודה ומנוחה](#). אומנם קביעה זו בוטלה על ידי הצדדים בהסכמה, במסגרת פסק דינו של בית הדין הארצי

בערעור (ע"ע 22865-11-12 בן גל נ' ערוץ הקניות [נבו] (28.5.15)), אך תוך שנקבע כי "אין בביטול זה כדי להביע עמדה לכאן ולכאן על ידי בית דין זה".

המשמעות הינה כי להבנתנו, לכל המאוחר בשנת 2012, עת ניתן פסק דינו של בית הדין זה בעניין ערוץ הקניות, יכולה וצריכה היתה קסטרו להניח כי קיימת אפשרות, לפחות סבירה, כי ייקבע כי העמלות שהיא משלמת צריכות לבוא בחשבון בערך השעה לגמול שעות נוספות, כך שבוודאי שלא ניתן לקבוע כי היה לה בסיס להסתמך, קל וחומר להסתמך באופן חזק, על הלכה הפוכה, לפיה העמלות לא יובאו בחשבון;

ושלישית קסטרו לא הניחה בפנינו תשתית עובדתית מוצקה לעניין פגיעה משמעותית בעסקיה כתוצאה מקבלת התביעה הייצוגית, ובכלל זה לא כימתה את הטענה, אף שכפי שנקבע בפסק דין זר (שם), הנטל להוכיח טענה זו היה מוטל עליה.

20. נוכח כל האמור, נדחית טענת קסטרו לעניין תחולה פרוספקטיבית בלבד של קביעותינו בפסק דין זה.

הגדרת הקבוצה מבחינת תקופת ההעסקה.

21. בפלוגתא בעניין הגדרת הקבוצה מבחינת תקופת ההעסקה כבר הכרענו במסגרת פסק הדין החלקי שניתן על ידינו בתיק זה ביום 23.8.23. קסטרו ערערה בין היתר על מה שנקבע בעניין זה, אך הצדדים הגיעו שם להסכמות, בהמלצת בית-הדין הארצי, שהתייחסו רק לשתי העילות שהוכרעו בפסק הדין החלקי, ותוך שהובהר כי אין בכך "כדי להביע עמדה בסוגיה העקרונית שעשויה להשליך על העילות הנוספות". משכך, ולמען הסדר הטוב, נחזור על קביעותינו בפסק הדין החלקי לעניין זה, אשר לשיטתנו נכונות וחלות אף על שתי העילות הנוספות שבהן הכרענו זה עתה.

22. בהחלטה מיום 20.1.16 שבה אושרה התובענה כייצוגית, הגדרנו את חברי הקבוצה כ"כל עובדי קסטרו, שעבדו בסניפי הרשת במכירות על בסיס שכר חודשי בצירוף עמלות בגין מכירה, החל משבע שנים לפני הגשת בקשה האישור".

בקשר לכך, כבר בכתב הגנתה, ובהמשך גם בסיכומיה (סעיף 257) טענה קסטרו כי נכללים בקבוצה רק עובדים שנפגעו זכויותיהם בתקופה שמיום 2.7.06 ועד ליום 2.7.13 (דהיינו שבע שנים, לאחר ממועד הגשת בקשת האישור, ועד ליום הגשת הבקשה לאישור בלבד). התובע, מאידך, טוען כי יש לכלול בקרב חברי הקבוצה את כל מי שנפגעו זכויותיהם החל משבע שנים לאחר ממועד הגשת בקשת האישור ועד ליום שבו יינתן פסק דין חלוט בתובענה (ראו למשל בסעיף 8 לסיכומי התשובה).

23. אשר לדעתנו – על פי סעיף 10(א) לחוק תובענות ייצוגיות, אין לכלול בקבוצה אדם שעילת תביעתו נוצרה "לאחר המועד שבו אושרה התובענה הייצוגית". מכאן ברור, שאין כל יסוד לטענת התובע כי יש לכלול בחברי הקבוצה את כל מי שנפגעו זכויותיו "עד ליום שבו יינתן פסק דין חלוט" (מועד עתידי ולא ידוע, מאוחר אף למועד מתן פסק דין חלקי זה). לעומת זאת, סבורים אנו כי בנסיבות העניין, לדעתנו לא נכון יהיה לקבוע את "מועד אישור התובענה כייצוגית" ליום 20.1.16 (המועד שבו אישרנו את הבקשה), שכן כפי שצינו מעלה, אישור זה בוטל על ידי בית הדין הארצי ביום 14.5.18, והבקשה אושרה מחדש על ידי בית המשפט העליון ביום 11.7.22.

לאור האמור, ובשים לב לכך שהמודעה המיידעת את חברי הקבוצה על האישור פורסמה רק לאחר יום 11.7.22, שבו ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון, ואף התובענה הייצוגית כולה – הגשת כתבי טענות, תצהירים, דיון הוכחות וסיכומים – נוהלה לאחר יום זה, הרי שהנכון לדעתנו הוא לכלול בקרב חברי הקבוצה את כל מי שנפגעו עד ליום 11.7.22.

בקשר לכך נבהיר, שאף כי ממבט ראשון עשוי להיראות כי הפער בין מספר חברי הקבוצה לפי שיטת קסטרו (מי שהועסקו מיום 2.7.06 ועד ליום 20.1.16, דהיינו במהלך כעשר שנים) לבין קביעתנו לעיל (מי שהועסקו מיום 2.7.06 ועד ליום 11.7.22, דהיינו במהלך כ-16 שנים) כפער משמעותי, הרי שבפועל – וככל שקסטרו מדייקת בטענותיה העובדתיות – לא קיים כל פער בכל הנוגע לאחת משתי העילות, זו של עילת החישוב השבועי. זאת, מאחר שקסטרו הבהירה בסעיף 258 לסיכומיה כי היא "פעלה לתיקון המצב בכל הנוגע ל... עילת החישוב השבועי לגמול שעות נוספות כבר בסמוך לאחר הגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית (שנת 2013 לערך)". דהיינו, אם אכן תיקנה קסטרו את הטעון

תיקון כבר ב"שנת 2013 לערך", ואין היא חייבת הפרשים כלשהם בעילה זו לאחר "שנת 2013 לערך" – הרי ממילא אין כל משמעות לשאלה האם תידרש לשלם הפרשים אלה עד ליום 20.1.16 או עד ליום 11.7.22.

שכר טרחה וגמול לתובע הייצוגי

24. בנסיבות העניין, ולאור אמות המידה שנקבעו [בסעיף 22.22 \(ב\) לחוק תובענות ייצוגיות](#) ובפסיקה לעניין זה (ראו לדוגמא: [ע"ע 2046/10](#) עזבון המנוח משה שמש ז"ל נ' רייכרט [נבו] (2012); [ע"ע 14284-01-18](#) שלמה נ' מדינת ישראל [נבו] (2.7.19); [רע"א 2957/17](#) סופרגז חברה ישראלית להפצת גז נ' שוורצמן [נבו] (17.3.24)), ומבלי לחזור על מלוא הנימוקים שמינינו בפסק הדין החלקי, היפים ומתאימים גם לשלב אחרון זה של ההתדיינות, אך בשים לב גם לפסק דינו של בית-הדין הארצי בערעור שהגישה קסטרו, שבו הוחלט להפחית את שכר הטרחה של עורך הדין המייצג ביחס לשתי העילות הראשונות, סבורים אנו שיש לפסוק לבא כוח התובעים בגין העילות הנוספות שכר טרחה שייקבע כנגזרת אחוזית של הסכומים שישולמו לחברי הקבוצה, ובאותם השיעורים שנקבעו לגבי שתי העילות הראשונות לאחר ההפחתה בהליך הערעור, דהיינו 15% מהסכומים שישולמו לחברי הקבוצה, ולתובע עצמו הנכון לפסוק גמול לפי 5% מהסכומים שישולמו לחברי הקבוצה.

25. החישוב של הגמול ושכר הטרחה, ובהתאם גם התשלום עבור רכיבים אלו, ייעשה לאחר שקסטרו תגיש דוח סופי – כמוסבר וכמפורט בפרק ההוראות לביצוע שלהלן.

עם זאת, ונוכח התמשכות ההליכים בתיק זה, מצאנו לנכון לפסק כי קסטרו תשלם כבר עתה, כמקדמות על חשבון שכר הטרחה והגמול, מקדמות שיופחתו לאחר חישוב הסכומים המגיעים, וזאת בסך 90,000 ₪ + מע"מ לב"כ התובע ו-30,000 ₪ לתובע הייצוגי עצמו.

למען הסר ספק, סכומים אלה באים בנוסף לסכומים שאותם פסקנו כשכר טרחה וגמול בשלבים קודמים של ההליך.

הוראות לעניין אופן ביצוע פסק הדין

26. אשר לאופן ביצוע פסק הדין, בחרנו ללכת באותה דרך בה הלכנו בפסק דין החלקי, ושהובילה לחלוקת הסכומים המגיעים לחברי הקבוצה ללא תקלות, למיטב ידיעתנו. משכך, נטיל תחילה על קסטרו לערוך בעצמה את רשימת החברים בקבוצה הזכאים להפרשים, והסכום המגיע לכל אחד מהם. בהמשך, תיבדק הרשימה, בדיוק כפי שנעשה בפעם הקודמת, על ידי עו"ד ורו"ח רבקה נאורי, שתמונה פעם נוספת כמומחית מטעם בית-הדין על מנת לבדוק בצורה מדגמית את רשימת החברים בקבוצה, והסך לו זכאי כל אחד מהם, וכן תבדוק בצורה מדגמית עובדים שלא נכללו בקבוצה, על מנת לוודא היעדר זכאות. ככל שתמצא המומחית פגמים ברשימה, היא תוכל לפנות תחילה לקסטרו ובהמשך לבית הדין בבקשה מתאימה למתן הוראות.

המומחית תתבקש להודיע לבית-הדין לא יאוחר מיום 1.4.25 האם היא מקבלת על עצמה את המינוי הנוסף בתיק זה. קסטרו היא שתישא בעלות שכרה של המומחית, שיוגבל לעד 50 שעות עבודה בהתאם לתעריף שעה המקובל אצל המומחית. ככל שהמומחית לא תסיים את מלאכתה במסגרת מכסת השעות שהוקצתה לה, היא תהא רשאית לפנות לבית הדין בבקשה להגדלת מספר השעות, והחלטה תינתן.

27. להלן ההוראות האופרטיביות לביצוע פסק הדין –

א. באחריות ב"כ התובע להעביר פסק דין זה לידי המומחית שמונתה, ולוודא כי עד ליום 1.4.25 תימסר על ידה – בין בעצמה ובין באמצעותו – הסכמתה למינוי, או לחלופין אי הסכמתה.

ב. עד ליום 1.7.25 תשלם קסטרו את ביצוע בדיקה ותכין רשימה סופית של כל חברי הקבוצה, ואת הסך המגיע לכל אחד מהם בגין העילות המאושרות. למען הסר ספק, נבהיר כי הסכומים יישאו הפרשי הצמדה וריבית מאמצע תקופת עבודתו של כל עובד (לשם הנוחות ועל מנת למנוע חישוב מסובך של הפרשי ההצמדה לכל חבר קבוצה) ועד ליום 1.7.25, כשבהמשך לכך, יוספו הפרשי הצמדה וריבית עד למועד התשלום בפועל לכל עובד ועובד.

ג. הרשימה תוגש לבית-הדין ובד בבד תומצא לעיון המומחית מטעם בית-הדין. בנוסף, תמסור קסטרו למומחית דוח מעסיקים של הביטוח הלאומי הכולל פירוט של כל עובדיה בשנים הרלוונטיות תוך פירוט של שכרם.

ד. המומחית תבדוק את הרשימה, תבקש במידת הצורך הסברים נוספים מקסטרו אודות אופן ביצוע החישובים, ובנוסף תבצע בדיקה מדגמית של לפחות 25 עובדים הנכללים ברשימה וכן של 25 עובדים שאינם נכללים ברשימת חברי הקבוצה הזכאים אך כלולים ברשימת העובדים לפי דוח הביטוח הלאומי, על מנת לוודא במידת הניתן שהרשימה מלאה ומדויקת. לצורך כך, על קסטרו להמציא למומחית תלושי שכר, דוחות נוכחות וכן כל מסמך העסקה אחר שיידרש לה לביצוע עבודתה. למען הסר ספק, המומחית רשאית לקבל נתוני שכר על כל אחד מעובדי קסטרו גם בצורה מדגמית (רק לדוגמא: כל העובדים שהועסקו בשנת 2012 ושמספר תעודת הזהות שלהם מסתיים בספרה 3).

ה. המומחית תשלים את עבודתה ותמסור לבית-הדין עד ליום 1.9.25 דוח מסכם (ככל שאין הערות מצידה על הרשימה המוצעת ע"י קסטרו) או בקשה למתן הוראות (ככל שיהיו הערות), ובהמשך לכך ולאחר ביצוע תיקונים בדוח לפי הצורך, תינתן החלטה המאשרת את הרשימה הסופית, ואת התחלת תהליך התשלום.

ו. בתוך 30 ימים ממועד אישור הרשימה תשלח קסטרו הודעת SMS לכל אחד מחברי הקבוצה, בהתאם לפרטי הטלפון שאותו מסר במהלך עבודתו, ובו הודעה על כך שהוא זכאי לתשלום, והודעה כי התשלום יועבר לחשבון הבנק של העובד שכבר קיים במערכות השכר שלה, אלא אם יבקש אותו חבר קבוצה להמתין עם התשלום עד להמצאת אישור ניכוי מס כדין ו/או לבצע את התשלום באמצעות המחאה.

ז. ככל שקסטרו לא הצליחה ליצור קשר עם מי מחברי הקבוצה, החברה תפעל תוך 14 ימים נוספים לשליחת מכתב בדואר רשום בצירוף המחאה בניכוי מס כדין לכתובת העובדים כפי שרשומה אצלה, וככל

שהמכתב הרשום חזר, תפעל קסטרו לאתר את כתובת העובד באמצעות פניה למרשם האוכלוסין, ותשלח לעובד בשנית את ההמחאה בצירוף מכתב נוסף בדואר רשום עם הכתובת שאותרה, ככל שאותרה.

ח. קסטרו תמציא לתיק בית הדין בתוך 120 ימים ממועד אישור הרשימה דוח בצירוף תצהיר חשב קסטרו על השלמת ביצוע התשלומים, תוך ציון מספר חברי הקבוצה שלא קיבלו תשלום. ככל שלא יושלם תהליך התשלום עד מועד זה, על קסטרו להגיש עדכון ביניים ובקשה להארכת מועד להשלמת ביצוע התשלומים.

ט. במסגרת הדוח הסופי, תציין קסטרו מהי היתרה שלא חולקה מתוך הסך המגיע לכלל חברי הקבוצה, ולאחר קבלת אישור בית-הדין לכך, תועבר היתרה לקרן לניהול ולחלוקת כספים שנפסקו כסעד הפועלת בהתאם [לסעיף 27א לחוק תובענות ייצוגיות](#). הכספים שיועברו לקרן ייועדו לרווחת עובדות ועובדים המועסקים בשכר נמוך, או לתחום אחר הקרוב ככל האפשר לתחום זה.

י. לאחר הגשת הדוח הסופי, יבצע על ידי בית-הדין חישוב שכר הטרחה לב"כ התובע והגמול לו עצמו בהתאם לקביעות שבפסק דין חלקי זה, תוך הפחתת הסכומים המשולמים לשניהם לפי פסק דין זה.

יא. למען הספק ספק, על קסטרו לשלם לב"כ התובע את המקדמה על חשבון שכר הטרחה הסופי שנפסקה לו כמוסבר וכמפורט לעיל (90,000 ₪ + מע"מ) וכן לשלם לתובע הייצוגי את הגמול שנפסק לו (30,000 ₪ + מע"מ, ככל שיציג חשבונית) בתוך 21 יום מהיום.

28. הוראות למזכירות – המזכירות תסגור את התיק, ותקבע שתי תזכורות פנימיות – 1.4.25 (אישור המומחית מטעם בית-הדין) ו- 1.7.25 (קבלת רשימת חברי הקבוצה והסכומים המגיעים).

**זכות ערעור כדין לבית-הדין הארצי לעבודה בירושלים.**

ניתן היום, ט' אדר תשפ"ה, (09 מרץ 2025), בהעדר הצדדים.

גב' דבורה גורין,	דורי ספיבק, שופט	גב' כרמן קלינגר ,
נציגת ציבור עובדים	סגן הנשיאה	נציגת ציבור מעסיקים

דורי ספיבק 54678313  
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)