

בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

ס"ק 48971-05-15

02 אוקטובר 2016

לפני:

כב' השופט תומר סילורה

נציג ציבור (עובדים) מר יעקב גרינברג

נציג ציבור (מעסיקים) מר יצחק גוקמן

המבקשת הסתדרות העובדים הכללית החדשה- הסתדרות המעו"ף

ע"י ב"כ: עו"ד יובל ברוק

-

ש.ל.ה שרותי רפואה בע"מ

המשיבה

ע"י ב"כ: עו"ד שולמית גוטרמן

חקיקה שאוזכרה:

[חוק הגנת השכר, תשי"ח-1958: סע' 5](#)

[חוק חופשה שנתית, תשי"א-1951](#)

[חוק דמי מחלה, תשל"ו-1976](#)

[חוק החוזים \(חלק כללי\), תשל"ג-1973: סע' 25\(ב\)](#)

[חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951](#)

מיני-רציו:

* התמורה החוזית ששולמה לרופאים במשיבה בתחומי רפואה משלימה ורפואה אסתטית הינה בגדר עלות סופית למעסיק בגין עבודתם, ואין מדובר בשכר כולל. שיטת תשלום זו לגיטימית וחוקית; דמי מחלה, פדיון חופשה ודמי חגים אינם כלולים במסגרת תמורה זו. לפיכך, החברה תרשום בתלושי השכר של הרופאים את מספר ימי החופשה והמחלה שצברו ממועד תחילת עבודתם, תנהל פנקס ימי חופשה ומחלה ותשלם ימי חג רטרואקטיבית, וכן מעתה ואילך לפי צו ההרחבה בעניין.

* עבודה – שכר עבודה – חישובו

* עבודה – שכר עבודה – דמי חגים

* עבודה – זכויות – חישובם

* עבודה – דמי מחלה – זכאות

* עבודה – חופשה שנתית – דמי חופשה

* עבודה – חוזה עבודה – שינוי חד צדדי

* עבודה – הגנת השכר – איסור שכר כולל

המבקשת היא האיגוד המקצועי וארגון העובדים היציג במשיבה (מלבד רופאי השיניים). המשיבה היא חברה מקבוצת שירותי בריאות כללית, העוסקת במתן שירותי בריאות בתחומי רפואת השיניים, רפואה משלימה ורפואה אסתטית (להלן: החברה). עסקינן בבקשת צד בסכסוך קיבוצי, לפיה התבקש ביה"ד ליתן צו המורה למשיבה ליישם את תיקון 24 לחוק הגנת השכר על תנאי העבודה של הרופאים בתחומי רפואה משלימה ורפואה אסתטית (להלן: הרופאים) (ניהול פנקס ימי חופשה ומחלה ורישום מדויק של ניצול ויתרות בתלוש השכר); להצהיר כי המשיבה הפרה את חוק הגנת השכר, חוק חופשה שנתית, חוק דמי מחלה וצו ההרחבה לתשלום דמי חגים, ולשלם דמי חג באופן רטרואקטיבי בגין 7 השנים שקדמו למועד הגשת בקשת הצד ומעתה ואילך; להורות על בטלות הפחתות השכר החד צדדיות שנשלחו על ידי המשיבה לרופאים; לאסור על המשיבה לבצע שינויים חד צדדיים בשכרם ותנאי עבודתם בכל דרך ללא הסכמתם ו/או הסכמת ארגונם היציג (ובכלל זה הפחתות שכר והוספת דרישה להחתמת כרטיס נוכחות); להורות על השבת הפרשי השכר שהופחת משכרם בפועל.

בית הדין האזורי לעבודה (השופט ת' סילורה ונציגי הציבור י' גרינברג, י' גוקמן) קיבל את הבקשה בחלקה ופסק כי:

אשר לשאלה האם התמורה החוזית ששולמה לרופאים הינה בגדר עלות סופית למעסיק בגין עבודתם או שמא מהווה תמורה זו שכר כולל, הוכח כי החברה משלמת לרופאים תמורה בשיטת תגמול של עלות מעסיק, וכי אין מדובר בשכר כולל. בשיטה של גזירת שכר העובד מעלות העסקה, הצדדים ליחסי העבודה מסכימים כי עלות העסקתו של העובד תעמוד על שיעור מקסימאלי מסוים ומוסכם. מהתמורה האחוזית המוסכמת יופחתו עלויות העסקה השונות, שאינן מהוות ניכויי שכר, והתוצאה המתקבלת היא שכר העובד. מדובר בחלוקת עלויות המעסיק ביחס לרכיבים השונים הנכללים בברוטו בהגדרת גמול העבודה של העובד, בעוד מסגרת עלות השכר כאחוז קבוע מתקבולי המעסיק נשמרת וקבועה. שיטת תשלום זו לגיטימית וחוקית, ולא נפל פגם באופן קביעת התמורה האחוזית כגמול מעסיק. אין פגם בעצם קביעת שכר הרופאים כנגזרת של עלות העסקתם המוסכמת. החברה חשפה בפני הרופאים את התחשיב המלא של עלות העסקתם והבהירה להם כי שכר עבודתם וזכויותיהם הנלוות, המהווים יחדיו את גמול עבודתו, נגזרים מעלות מעסיק מקסימאלית. הרופאים קיבלו הסבר מפורט על דרך חישוב שכרם, הבינו אותה, ואף הסכימו לה בעצם המשך עבודתם בדרך זו משך שנים רבות.

אשר לשאלה האם רכיבי התביעה - ובכללם דמי מחלה, פדיון חופשה ודמי חגים - כלולים במסגרת התמורה האחוזית ששולמה לפי עלות מעסיק או שמא הרופאים זכאים לתשלום נוסף בגינם, נפסק כי התמורה האחוזית ששולמה לרופאים אינה מהווה תשלום בעד דמי מחלה וכללה דמי חופשה שלא כדין. עוד נפסק כי שלא הוכחה הסכמה מפורשת וחד משמעית של הרופאים לשכר הכולל דמי חגים ומתקיימים התנאים בצו ההרחבה לעניין זכאות הרופאים לדמי חגים.

אשר לשאלה האם החלת תיקון 24 יכול לפגוע בשכרם של הרופאים, שיטת תשלום שכרם של הרופאים שונה לאור תיקון 24 לחוק הגנת השכר. אין חולק כי אחוזי התגמול ששולמו לרופאים הופחתו, אולם לא הוכח כי מדובר בשינוי שנעשה באופן שרירותי וחד צדדי. לפיכך, דין הבקשה בעניין זה להידחות. יחד עם זאת, יכול והיה ראוי למצוא פתרון אחר באופן שבו לא ייפגע שכר הרופאים, כאשר הפער ישולם מתוך העלאה כלשהי הצפויה בשכרם או כל דרך אחרת. בהתאם, אין מקום לדרוש מהרופאים החזרים על התקופה בה קיבלו את ההפרשים בהתאם להוראת ביה"ד וככל שלא יימצא פתרון להחיל את התיקון ללא פגיעה בשכרם, לעשות זאת תוך 30 ימים מיום החלטה זו; החברה יכולה הייתה להחיל את תיקון 24 על הרופאים מזה זמן רב. טענתה כי המתינה להחלתו במסגרת הסכם קיבוצי לא יכולה להתקבל מקום בו עם

כניסתו של התיקון לתוקף הרופאים כלל לא היו מיוצגים ולא התנהל עימם משא ומתן קיבוצי; היות שהתנהל משא ומתן קיבוצי מזה זמן רב, לא נראה כי מתקיים שינוי בהגשת בקשת הצד. היות שהתנהל משא ומתן גם לעניין החלת תיקון 24, לא ניתן לקבל את טענת החברה לפיה הרופאים לא העלו בקשה בעניין. מעבר לכך, אין השיהוי כשלעצמו גובר על הוראת חוק קוגנטית והוא אינו מאיין חובה חוקית החלה על מעביד.

לאור כל האמור, החברה תרשום בתלושי השכר של הרופאים את מספר ימי החופשה והמחלה שנצברו על ידם החל ממועד תחילת עבודתם בחברה; החברה תנהל פנקס ימי חופשה ומחלה; החברה תשלם את ימי החג באופן רטרואקטיבי (47 ימי חג לכל רופא) ותשלם ימי חג מעתה ואילך בהתאם לצו ההרחבה.

פסק דין

1. ביום 26.5.16 הוגשה בקשת צד בסכסוך קיבוצי, לפיה התבקש בית הדין ליתן צו המורה למשיבה ליישם את תיקון 24 [לחוק הגנת השכר](#), התשמ"ח-1958 (להלן: "[חוק הגנת השכר](#)") על תנאי העבודה של הרופאים (ניהול פנקס ימי חופשה ומחלה ורישום מדוייק של ניצול ויתרות בתלוש השכר); להצהיר כי המשיבה הפרה את חוק הגנת השכר, [חוק חופשה שנתית](#), תשי"א-1951 (להלן: "[חוק חופשה שנתית](#)"), [חוק דמי מחלה](#), תשל"ו-1976 (להלן: "[חוק דמי מחלה](#)") וצו ההרחבה לתשלום דמי חגים מיום 1.7.00; ולשלם דמי חג באופן רטרואקטיבי בגין 7 השנים שקדמו למועד הגשת בקשת הצד ומעתה ואילך.
2. לאחר שמשא ומתן ארוך שנוהל בין הצדדים לא צלח, ביום 25.11.15 ביקשה המבקשת לתקן את בקשת הצד שהגישה וב- 16.12.15. לאחר ששם דעתו לטענות הצדדים בעניין זה, החליט בית הדין להתיר את התיקון המבוקש.
3. בהתאם לבקשת הצד המתוקנת, התבקש בית הדין, בנוסף לאמור לעיל, להורות על בטלות הפחתות השכר החד צדדיות שנשלחו על ידי המשיבה לרופאים ביום 31.5.15; לאסור על המשיבה לבצע שינויים חד צדדיים בשכרם ותנאי עבודתם בכל דרך ללא הסכמתם ו/או הסכמת ארגונם היציג (ובכלל זה הפחתות שכר והוספת דרישה להחתמת כרטיס נוכחות); ולהורות על השבת הפרשי השכר שהופחת משכרם בפועל.

רקע ועובדות

4. המבקשת (להלן: "[ההסתדרות](#)") היא האיגוד המקצועי וארגון העובדים היציג במשיבה (מלבד רופאי השיניים). המשיבה היא חברה מקבוצת שירותי בריאות כללית, העוסקת במתן שירותי בריאות בתחומי רפואת השיניים, רפואה משלימה ורפואה אסתטית (להלן: "[החברה](#)").

5. בשנת 2010 הודיעה ההסתדרות לחברה על התארגנות העובדים במסגרתה. מאז, נחתמו בין הצדדים 3 הסכמים קיבוציים (החלים על כלל העובדים מלבד הרופאים ותפקידי ההנהלה). רופאי השיניים חתמו על הסכם קיבוצי נפרד באמצעות ההסתדרות הרפואית.

בשנים האחרונות מנהלים הצדדים משא ומתן מתקדם לשם חתימה על הסכם קיבוצי ראשון שיחול גם הרופאים בתחום המשלימה והאסתטיקה (להלן: "הרופאים"), אך זה נקלע למבוי סתום.

טענות המבקשת

6. לטענת ההסתדרות, המבוי הסתום אליו נקלעו במסגרת המשא ומתן שמתנהל נגרם בעקבות חזרתה של החברה מחלק ניכר מההסכמות שהושגו בין הצדדים במהלך המשא ומתן ולאור תנאי הסף שהציבה לקבלת הסכמה למתן הכשר להפרת תיקון 24 [לחוק הגנת השכר](#), כפי שבוצעה על ידה במהלך שנים ארוכות.

7. לאחר משא ומתן מתמשך וארוך באופן חריג, רק בחודש מאי 2015 נפגשו הצדדים על מנת להתחיל ולנסח חלק מההסכמות שהושגו. או אז, התברר להסתדרות כי החברה חזרה בה מחלק ניכר מההסכמות שהושגו כאמור לעיל.

8. כיום, הרופאים מועסקים באמצעות חוזים אישיים, באופן של עובדים תפוקתיים, כלומר שכרם נגזר מהסכום המשולם על ידי הלקוחות למרפאה, כל רופא בהתאם לנוסחה שסוכמה עימו במועד תחילת עבודתו ובמהלכה. חוזי עבודה אלה סותרים את חוקי המגן במדינה:

(א) הכללת דמי חופשה בשכר תוך הפרה חמורה של הוראות הדין - הסכמי העבודה האישיים קובעים כי בשל חלקיות משרתו של העובד, תוכל החברה לשלם לעובד דמי חופשה בשיעור חודשי של 6.67% משכרו החודשי. החברה מפירה את הוראות [חוק חופשה שנתית](#) כאשר אינה מאפשרת לרופאים לצבור ימי חופשה, אינה מציינת את יתרת ימי החופשה שנצברו על ידם ואינה מאפשרת להם לצאת לחופשה על חשבון החברה.

בהתאם מתבקשת החברה להשיב לרופאים, באופן רטרואקטיבי, את יתרות ימי החופשה להם הינם זכאים, החל ממועד תחילת עבודתם בחברה ועד למועד הגשת בקשת הצד. כמו כן, ולאור תיקון 24, על החברה לאפשר לרופאים לצבור ימי חופשה ולרשום את הצבירה בתלוש השכר בהתאם לוותק ועל פי [חוק חופשה שנתית](#).

(ב) הפרת חוק דמי מחלה - בחוזים האישיים אין הסדרה של זכאות הרופאים לדמי מחלה ולצבירת ימי מחלה. על כן, חלות על הצדדים הוראות [חוק דמי מחלה](#). יחד עם זאת, רופאים המועסקים בחברה בתחום המשלימה והאסתטיקה אינם זכאים לתשלום בגין ימי מחלה, אינם צוברים יתרות ימי מחלה בהתאם לדין ונותרים, הלכה למעשה, ללא הכנסה בתקופת מחלתם.

בהתאם, מתבקשת חברה לחשב את יתרת ימי המחלה של כל אחד מהרופאים החל ממועד תחילת עבודתו ועד למועד הגשת בקשה זו ולציין מספר ימי המחלה בתלוש השכר כמתחייב בדין.

ג) דמי חגים - ביום 1.7.00 הורחבו בצו הרחבה הוראות ההסכם הקיבוצי הכללי שנחתם ביום 9.1.95 ונקבעו התנאים לתשלום דמי חג לעובד כדלקמן: העובד השלים 3 חודשי עבודה; העובד עבד יום לפני החג ויום לאחריו, אלא בהסכמת המעסיק; אינו עובד חודשי. החברה אינה מיישמת את הוראות צו ההרחבה ואינה משלמת לרופאים דמי חג, על אף שהסכמי העבודה האישיים שותקים בעניין זה.

לפיכך, מתבקשת החברה לשלם לכל הרופאים בתחום המשלימה והאסתטיקה דמי חג בהתאם לצו ההרחבה. על החברה הנטל להוכיח כי הרופאים לא עבדו יום לפני ואחרי החג על אף שנדרשו לכך.

9. בהינתן האמור, הסכמי העבודה של הרופאים מהווים פיקציה להתחמקות החברה מתשלומי זכויות מגן סוציאליות של הרופאים המוסדרות בחקיקת המגן.

10. בע"ע 246/08 גייל בן דוד - עו"ד סנפורד ט. קלאב, [פורסם בנבו], 11.8.09 (להלן: "עניין בן דוד"), הכריע בית הדין הארצי כי ככל שמדובר בהסדר תשלום שכר כולל כנגזרת מעלות המעסיק, אין מדובר בשיטה רצויה או נקיה מספקות אך אינה פסולה ויש לבחון האם חל עדכון בעלות המעסיק כאשר עודכנו התנאים הסוציאליים על פי צווי ההרחבה וחקיקת המגן וכך יוכח כי אופן תשלום השכר אינו נועד להתחמק מתשלום זכויות הקבועות בדין.

בעניין זה הוכח כי המעסיקה אפשרה לעובדת לצאת לחופשה, לקבל דמי מחלה, דמי הבראה ונסיעות ואף סיפקה לה הסברים מפורטים אשר לרכיבים הנכללים בעלות העסקתה, העובדת הבינה את ההסברים ונתנה הסכמתה לכך. דמי החופשה חושבו מעלות ההעסקה הכוללת ובסוף כל שנה נערכה התחשבות לגבי הזכויות.

בענייננו, החברה משלמת לרופאים דמי חופשה כחלק משכרם הכולל ולא מעלות העסקתם, אינה מאפשרת להם לצאת לחופשה בשכר או לקבל דמי מחלה בתקופת מחלתם ולא משלמת להם דמי חג. לפיכך, חל סעיף 5 לחוק הגנת השכר האוסר לכלול חופשה בשכר העובד.

11. בהתאם להלכה, נטל ההוכחה בדבר יתרת החופשה הצבורה של עובד חל על כתפי המעסיק. היעדר רישום כלשהו בדבר ניצול ימי חופשה פועל לרעתו של המעסיק ולא לחובת העובד.

עד למועד בו הוגשה בקשת צד זו, החברה הפרה את הוראות חוק הגנת השכר כאשר סירבה ליישם את תיקון 24 ולציין בתלושי השכר של הרופאים את ימי המחלה, ימי החופשה והזכויות הנוספות להם הינם זכאים. יישום התיקון לאחר הפנייה לבית הדין היא כהודעת בעל דין על הפרת חוקי המגן ולפיה יש לחייב את החברה בזכויות שגזלה מהרופאים טרם הגשת בקשת הצד.

12. ביום 31.5.15, 5 ימים לאחר הגשת בקשת הצד, הודיעה החברה לרופאים באופן חד צדדי על הפחתה בשכרם, כלומר למעשה החליטה לגלגל את העלות הנובעת מתשלום זכויות המגן על הרופאים עצמם במקום לשאת בעלות כפי שהיא מחוייבת לעשות. לטענת ההסתדרות מדובר בפעולת נקם למען הפעלת לחץ, מה גם שנעשתה ללא הליך שימוע ומתן האפשרות להתנגד לכך וללא היוועצות עם ההסתדרות כארגון המייצג אותם.
- הלכה למעשה, מדובר בהפרת הסכמי העבודה האישיים של הרופאים, שעל אף שנוסחו על ידי החברה אין בהם אפשרות להפחית את אחוז התגמול בתמורה להחלת חקיקת המגן.
13. בהסכמי העבודה האישיים לא סוכם כי הרופאים יועסקו במסגרת העסקה כוללת ואין הוראה לפיה ניתן ללמוד כי הועסקו בשיטת תשלום שכר של עלות מעסיק. הרופאים זכאים לשכר בגין התמורה המשולמת על ידי המטופלים למרפאה, ושכר זה כולל הבראה ונסיעות. אין בהסכמים אלה הסדרה של זכאותם לתשלום דמי מחלה ו/או דמי חגים ועל כן יש לאמץ בעניינים אלה את הדין הכללי.
14. החברה ניהלה משא ומתן לחתימה על הסכם קיבוצי שלא בתום לב, השיבה באיחור רב על הטיוטה שנוסחה בידיעת גב' פפר, מנהלת משאבי אנוש בחברה (להלן: "גב' פפר") ועיכבה את המשא ומתן המתכוון במשך 3 חודשים. נוכח חזרת החברה מההסכמות שהושגו הבינה ההסתדרות כי כל מטרתה של החברה היא להמשיך ולנצל את הרופאים ולהעסיקם בניגוד לדין. על כן הגישה את בקשת הצד.

טענות החברה

15. החברה מעסיקה כ- 4,438 עובדים במסגרת שלושה מותגים: כללית סמייל, כללית אסתטיקה וכללית רפואה משלימה. אוכלוסיית הרופאים שעניינם נדון בהליך זה, רופאי המשלימה והאסתטיקה, מונה 65 רופאים והיא היחידה שתנאי העסקתה טרם עוגנו בהסכם קיבוצי.
16. מטרתו היחידה של הליך זה הינה לשמש אמצעי לחץ פסול על החברה להיכנע לדרישות ההסתדרות, לאחר שההסתדרות היא זו שחזרה בה מחלק ההסכמות אליהן הגיעו. במהלך המשא ומתן הארוך שניהלו הצדדים, ידעה ההסתדרות בבירור כי החברה אינה מחילה את תיקון 24 על אוכלוסיית הרופאים נשוא הליך זה, נוכח רצונה לעשות כן בהסכמה שתעוגן בהסכם הקיבוצי.
- במהלך המשא ומתן יכולה הייתה ההסתדרות להודיע לחברה כי היא מתנגדת לאי ההחלה של תיקון 24, אך לא עשתה כן והציגה כלפי החברה מצב לפיו היא מסכימה לדחיית ההחלה על מנת שזהו תעוגן בהסכם הקיבוצי. לפיכך, יש לדחות את בקשת הצד שהגישה בשל חוסר תום לב ושיהוי במועד הגשתה.

17. ההסדר כפי שהוחל על הרופאים, זהה להסדר בו החילה החברה את תיקון 24 על יתר עובדיה במסגרת הסכמים קיבוציים עליהם חתומה ההסתדרות, ולא יתכן שתטען כעת כי הסדר זה אינו כדין. אין כל פסול או פגם באופן החלת תיקון 24 על ידי החברה.
18. התמורה האחוזית שנקבעה לעובדים התפוקתיים הייתה בגדר עלות כוללת וסופית בעבור ההעסקה וכל הובהר בהסכמי ההעסקה האישיים שנחתמו עימם, למעט תשלום נוסף עבור דמי חופשה, אשר ישולם כאחוז מהמשכורת החודשית.
- על אף שתנאי שכרם, לרבות חישוב התגמול, ידועים לרופאים היטב, נמסרים להם תלושי שכר, דו"ח תגמול חודשי (המפרט את הטיפולים שבוצעו וסכום בסיס התגמול בגין כל טיפול) ודו"חות תגמול יומיים.
19. נוכח תיקון 24, נדרשה החברה להתאים את מערכת השכר, כמו גם את אופן תשלום התמורה לעובדים התפוקתיים, זאת עשתה בגזירת שווי העלויות הסוציאליות מתוך התמורה החוזית. כתוצאה, אומנם הופחתה התמורה האחוזית אך שולמו הזכויות הסוציאליות ובסופו של דבר נשמרה העלות המקורית של העסקת העובדים.
20. אשר לשאר אוכלוסיות העובדים בחברה, תיקון 24 הופעל באופן הבא: לשינניות ומטפלים הופחתו אחוזי התגמול מתוך העלות הכוללת (כפי שנעשה עם הרופאים נשוא הליך זה) ואילו רופאי השיניים ויתרו על דרישה להעלאה בשכר על מנת להותיר את אחוזי התגמול כפי שהיו.
- החברה התכוונה לפעול באופן זהה גם עם רופאי המשלימה והאסתטיקה, אלא שמבירורים מולם עלה שהם אינם מעוניינים בהסדר שכן אינם מעוניינים בהחתמת כרטיס נוכחות או דיווחי שעות. לאור חוסר רצונה לבצע את הליך התאמת התלושים לרופאים (שהתאגדו בינתיים) לתיקון 24 באופן חד צדדי - דובר על כך שהסוגיה תוסדר במסגרת ההסכם המתגבש בין הצדדים.
21. מהפרוטוקולים של ישיבות המשא ומתן שנערכו בין הצדדים ניתן ללמוד שהחלת תיקון 24 היה אחד הנושאים העיקריים שהיו מצויים על המדוכה.
22. בסיכום הישיבה מיום 25.11.14 סוכם כי טיוטה מסכמת תעבור לנציגי הרופאים וההסתדרות ולאחר שיאשרו הסכמות אלה תנסח ב"כ החברה טיוטת הסכם. ביום 30.12.14 העבירה החברה את העקרונות כפי שסוכם, ובעודה ממתינה לאישור המסמך, הגיעה לידיה טיוטת הסכם קיבוצי שנוסחה על ידי ב"כ ההסתדרות. לקראת פגישה משא ומתן שנקבעה ליום 14.5.15 העבירה החברה את הערותיה לטיוטת הסכם זה.
- במועד הפגישה ולאחר חוסר הסכמה, הטיחה גב' קרמרסקי, נציגת הסתדרות המעו"ף, את טיוטת ההסכם שהחזיקה בידה לכיוונו של רו"ח אלי ביטון, מנהל הכספים בחברה, ועזבה את החדר. אחריה, עזבו גם ד"ר ברוזה ועו"ד ברוק.

- בפגישת המשך ביום 26.5.15 הודיעה גב' קרמרסקי כי באותם רגעים מוגשת בקשת צד בעניין יישומו של תיקון 24. נציגי החברה הודיעו כי מבחינתם מדובר בשבירת כלים.
23. ביום 28.12.15 התקבל מכתבה של גב' קרמרסקי בדבר איחודו של ועד הרופאים עם ועד העובדים הכללי בחברה והתקיימו פגישות עם מנהל הכספים במסגרתן דובר על האפשרות לשינוי המתווה שסוכם במשא ומתן הקיבוצי. יחד עם זאת, עמדו נציגי ההסתדרות על המשך ניהולו של הליך זה וסירבו לדחותו.
24. רופאי המשלימה והאסתטיקה התאגדו במסגרת ההסתדרות בראשית שנת 2013. ממועד זה יודעת ההסתדרות היטב כי תיקון 24 אינו מוחל עליהם ואף ניהלה משא ומתן ארוך בעניין זה תוך שנתנה הסכמתה שבמהלך תקופת המשא ומתן לא יוחל התיקון באופן חד צדדי. במצב דברים זה נגועה בקשת הצד בשינוי ניכר ומשמעותי.
- בנוסף, הבקשה נגועה בחוסר תום לה ובהיעדר ניקיון כפיים וכל מטרתה להפעיל לחץ על החברה ובכך להביא לשיפור עמדתה במסגרת ניסוח ההסכם הקיבוצי.
25. אין כל פגם או פסול באופן בו שילמה את שכר הרופאים טרם תיקון 24, שכן שילמה להם כנגזרת מהעלות הכוללת של המעסיק, שיטה שהוכרה כלגיטימית. זאת ועוד, דמי החופשה והחגים לא נכללו בשכר אלא בעלות המעסיק הכוללת שסוכמה עימם.
26. החלת תיקון 24 על שכר הרופאים נעשה כדין ולא הרע את תנאי עבודתם. לשם החלת התיקון, חילצה החברה את שכר הרופאים ללא רכיבי חופשה ומחלה. מאז החלת התיקון שילמה החברה לרופאים תשלום נפרד בגין חגים מבלי שהפחיתה את שווי הטבה זו מהעלות הכוללת, כך שבפועל עלות העסקתם הכוללת רק עלתה מאז החלת התיקון.
- מטרתו של תיקון 24 אינו להגדיל את שכר העובדים אלא להביא לשיקוף של רכיבי משכורתם השונים בתלוש השכר, כפי שנעשה על ידי המשיבה.
27. בקשת ההסתדרות לעניין תשלום דמי חגים ורישום ימי מחלה עוסקת בנושאים פרטניים הדורשים הוכחה פרטנית שאין להגישם כסכסוך קיבוצי. זאת ועוד, מקום בו מדובר על סכסוך כספי במהותו, יש לאפשר לכל עובד להגיש תביעה אינדיבידואלית ולא להגישה כסכסוך קיבוצי.
28. החלתו של תיקון 24 הינה התאמה של עלות ההעסקה הקיימת לדרישות התיקון מבחינת חזותו של תלוש השכר ולכן אין צורך בזימון לשימוע לשם כך. מה גם שההסתדרות עצמה ביקשה, במסגרת בקשתה לסעדים זמניים, כי החברה תחיל את תיקון 24 על הרופאים ולא דרשה כי יוזמנו לשימוע טרם ההחלה.

המחלוקת

29. ואלה השאלות שבמחלוקת :

- (א) האם התמורה החוזית ששולמה לרופאים הינה בגדר עלות סופית למעסיק בגין עבודתם או שמא מהווה תמורה זו שכר כולל?
- (ב) האם זכאים הרופאים לתמורה בגין ימי מחלה?
- (ג) האם יש לזקוף לרופאים ימי חופשה בנוסף לתמורה אותה קיבלה?
- (ד) האם על הנתבעת לשלם לרופאים דמי חגים?
- (ה) האם החלת תיקון 24 יכול לפגוע בשכרם של הרופאים?
- (ו) התייחסות לטענות אשר למועד החלת תיקון 24.
- (ז) התייחסות לטענת השיהוי.

דיון והכרעה

האם התמורה החוזית ששולמה לרופאים הינה בגדר עלות סופית למעסיק בגין עבודתם או שמא מהווה תמורה זו שכר כולל?

30. שאלה זו הינה בבסיס המחלוקת שבין הצדדים בבקשת הצד שבפנינו.
31. בהתאם לחוזי העבודה האישיים שנחתמו עם הרופאים (כדוגמת נספח מב/2 לבקשת הצד) (להלן: "החוזים האישיים"), הוסכם כי שכרם ייקבע בהתאם למספר הטיפולים שיבצעו. זאת, באופן בו יקבלו אחוזים מסך התמורה הכוללת שנתקבלה בגין השירות שנתנו למטופלים, כקבוע בסעיף 6 לחוזה האישי שצורף:

"התמורה החודשית של העובד תהיה כדלקמן:

- 6.1. עבור העבודה בגין שירותי מיון ואבחון רפואי במרפאת טבריה אשר אחריו רכש הפונה סדרת טיפולים, יקבל העובד סכום בשיעור של 68.5% מסך התמורה הכוללת שנתקבלה בגין שירות מיון ואבחון אותם העניק העובד למטופלים, ובתנאי שהתשלום הנ"ל שולם בכל אמצעי תשלום שיאושר ע"י ש.ל.ה.
- 6.2. עבור העבודה בגין שירותי מיון ואבחון רפואי במרפאת טבריה אשר אחריו לא רכש הפונה סדרת טיפולים, יקבל העובד סכום בשיעור של 55% מסך התמורה הכוללת שנתקבלה בגין שירות מיון ואבחון אותם העניק העובד למטופלים, ובתנאי שהתשלום הנ"ל שולם בכל אמצעי תשלום שיאושר ע"י ש.ל.ה.
- 6.3. עבור העבודה בגין ביקורת רפואית במרפאת טבריה יקבל העובד סכום בשיעור של 68.5% מסך התמורה הכוללת

- שנתקבלה בגין ביקורת רפואית ובתנאי שהתשלום הנ"ל שולם בכל אמצעי תשלום שיאושר ע"י ש.ל.ה.
- 6.4. התשלומים בסעיפים 6.1-6.3 יכוננו להלן המשכורת החודשית.
- 6.5. מובהר בזאת כי במשכורת החודשית נכלל כבר תשלום בגין הבראה ובגין נסיעות, וכי העובד לא יהיה זכאי לתשלום נוסף בגין זכויות אלה".

32. לטענת החברה, התמורה האחוזית שנקבעה בהסכם היא בגדר עלות העסקה כוללת וסופית של המעסיק. שיטת תגמול זו, האופיינית לתחום ונהוגה בחברה כך שהעובדים זוכים ל"נתח" באחוזים מהתשלום בגין הטיפולים, במטרה להפוך את העובדים "למעין שותפים" ברווחי החברה וליצור מוטיבציה להגדלת הפעילות.

33. על כן סבורה החברה כי הרופאים, שהינם עובדים תפוקתיים, קיבלו תגמול באחוזים שהוא למעשה עלות מעסיק מירבית הנגזרת משיעור התגמול בגין הטיפולים שביצעו בפועל. עלות זו כוללת בחובה את הזכויות הסוציאליות להן זכאים הרופאים ועל כן הם אינם זכאים לתשלום נוסף בגינם.

34. ההסתדרות, בשם הרופאים, גורסת כי בהסכם האישי מצוין במפורש כי עבור הטיפולים יקבל הרופא תשלום ששיעורו 55-68.5 אחוזים, ולא כתוב עלות העסקה.

35. לטענת ההסתדרות, על אף הקביעה כי דמי הנסיעות וההבראה נכללים במשכורת החודשית, לא נקבע בהסכם האישי שנכללים במשכורת גם דמי מחלה וחגים. זאת ועוד וכפי שיפורט בהמשך, אומנם ההסכם האישי קובע כי המשכורת החודשית כוללת גם תשלום בגין ימי חופשה, אך היה זה אסור על החברה לעשות כן לאור הוראות [סעיף 5 לחוק הגנת השכר](#). לפיכך, אין מדובר בתמורה שהיא עלות מעסיק אלא שכר כולל.

מנגד, אומנם בהסכם האישי מצוין המינוח "משכורת", אולם אין בכך די כדי לקבוע שמדובר בשכר כולל ולא בעלות מעסיק. שהרי באותו נספח להסכם מצוין גם המינוח "התשלום" ו-"התמורה" הנתונים לפרשנות שונה מזו של ההסתדרות.

36. בשנת 2009, נחתם בין החברה וד"ר יפתח ברוזה (להלן: "ד"ר ברוזה"), המצהיר מטעם ההסתדרות, נספח להסכם האישי, לפיו ביקש ד"ר ברוזה כי יופרשו עבורו כספים לקרן השתלמות, שיופחתו מהתמורה האחוזית שהינה משכורתו החודשית בשיעור עלות מימון הקרן, והוסכם כי עלות העסקתו לא תעלה בגין בקשה זו (נ/2 שצורף בעת חקירתו הנגדית של ד"ר ברוזה, ע' 22, ש' 18 לפרוטוקול).

37. לטעמינו, צלחה החברה להוכיח ולבסס טענתה כי הינה משלמת לרופאים, בהתאם להסכם האישי, תמורה בשיטת תגמול של עלות מעסיק, וכי אין מדובר בשכר כולל. בשיטה של

גזירת שכר העובד מעלות העסקה, הצדדים ליחסי העבודה מסכימים כי עלות העסקתו של העובד תעמוד על שיעור מקסימאלי מסוים ומוסכם. מהתמורה האחוזית המוסכמת הנ"ל יופחתו עלויות ההעסקה השונות, שאינן מהוות ניכויי שכר, והתוצאה המתקבלת היא שכר של העובד. המדובר בחלוקת עלויות המעסיק ביחס לרכיבים השונים הנכללים הברוטו בהגדרת גמול העבודה של העובד, בעוד מסגרת עלות השכר כאחוז קבוע מתקבולי המעסיק נשמרת וקבועה.

עתה נותר לבחון האם שיטת תשלום זו בה נהגת הנתבעת היא לגיטימית וחוקית.

38. שאלה זו הוכרעה בבית הדין ארצי לעבודה בעניין בן דוד, שם נקבע כי אין פסול בשיטת תגמול זו, תוך הסתייגות, כדלקמן:

"תכלית שיטת חישוב שכרה של המערערת על ידי קביעת עלות העסקה הינה ברורה – כפי שצוין בפסק דינו של בית הדין האזורי, המעביד היה מעוניין לקבוע רף מסוים לעלות העסקתה של המערערת אשר לא יחרוג משיעור של 50% מהחשבונות. זהו אינטרס לגיטימי מצדו של המעסיק, ולא שוכנענו מטענות המערערת כי שיטה זו מקפחת אותה, או שהינה פסולה או מנוגדת לחובת תום הלב המוטלת על מעסיק.

אמנם, אין מדובר ב"דרך המלך" בשיטת חישוב שכר. אין זו שיטה רצויה בעינינו, אין היא עולה בצורה אופטימלית בקנה אחד עם תכליתם של חוקי המגן ואין לפרש את הקביעה לפיה אין פסול חוקי בשיטה זו כעידוד ליישום השיטה גם במקרים אחרים. אולם, לאור נסיבות העניין בכללותן, כפי שפורטו בהרחבה בפסק דינו של בית הדין האזורי, אין ספק בעינינו כי לא קמה למערערת זכאות לקבלת הפרש בין השכר שקיבלה לבין עלות העסקתה.

בקביעתנו זו יש ליתן משקל לכך שהמערערת הסכימה לדרך חישוב השכר לכל אורך שנות העסקתה על ידי המשיבים, היא קיבלה הסבר מפורט על כך ודרך חישוב השכר הייתה מובנת לה במלואה. כמו כן, יש ליתן דגש על כך ששכרה של המערערת היה גבוה באופן משמעותי משכר המינימום, והיא עקבה ובדקה באדיקות את כל נושא תשלום שכרה מהמשיבים."

39. אותם הטעמים שהנחו את בית הדין הארצי להכיר בשיטת תגמול של עלות מעסיק בעניין בן דוד, חלים בשיטת תגמול של עלות מעסיק בחברה, ולא נפל פגם באופן קביעת התמורה האחוזית כגמול מעסיק.

40. בבוחננו את הטעמים אליהם התייחסה הפסיקה, אף אנו לא מצאנו - בנסיבות המקרה שלפנינו - פגם בעצם קביעת שכר הרופאים כנגזרת של עלות העסקתם המוסכמת. לאורך תקופת העסקתם, הרופאים קיבלו תלושי שכר חודשיים ודוחות תפוקה, ובכלל זה הוגשו להם דוחות תגמול חודשיים שפירוטו את כל הטיפולים שבוצעו על ידם ואת סכומי בסיס

התגמול בגין כל טיפול וכן דוחות תגמול יומיים בהם פורטו כל הטיפולים שבוצעו במהלך כל יום עבודה. ממסמכים אלה יכולים היו הרופאים ללמוד בקלות כיצד נקבע שכר עבודתם החודשי. הרופאים אף אינם מכחישים כי שיטת חישוב שכרם ושיעורו היו ברורים להם היטב ([תע"א 1390/09 ד"ר ביאטריס שחל - תימורים מושב שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ](#), [פורסם בנבו], 20.12.10). כלומר, החברה חשפה בפני הרופאים את התחשיב המלא של עלות העסקתם והבהירה להם כי שכר עבודתם וזכויותיהם הנלוות, המהווים יחדיו את גמול עבודתו, נגזרים מעלות מעסיק מקסימאלית. משכך, אנו קובעים כממצא עובדתי, שהרופאים קיבלו הסבר מפורט על דרך חישוב שכרם, הבינו אותה, ואף הסכימו לה בעצם המשך עבודתם בדרך זו משך שנים רבות.

41. האם רכיבי התביעה - ובכללם דמי מחלה, פדיון חופשה ודמי חגים - כלולים במסגרת התמורה האחוזית ששולמה לפי עלות מעסיק או שמא הרופאים זכאים לתשלום נוסף בגינם. שאלה זו נבחן להלן לגבי כל רכיב תביעה בנפרד.

האם זכאים הרופאים לתמורה בגין ימי מחלה?

42. ההסתדרות טוענת כי בכל תקופת עבודתם של הרופאים לא שולמו להם דמי מחלה כנדרש [בחוק דמי מחלה](#) וכי בהסכם האישי ובתלושי השכר אין התייחסות לעניין דמי המחלה ולא מצוינת בהם יתרת ימי המחלה, בניגוד ל[חוק הגנת השכר](#). על החברה חובה לערוך רישום שוטף של ימי המחלה בתלוש השכר ולעדכן את יתרת ימי המחלה והיא לא עשתה כן.

43. החברה טוענת כי בשל שיטת ההעסקה של הרופאים כעובדים תפוקתיים בה משולם להם גמול של עלות מעסיק, הם אינם זכאים לתשלום נוסף בגין היעדרות בשל מחלה, משאלו שולמו במסגרת עלות מעסיק סופית.

44. לאחר ששקלנו את טענות הצדדים, החלטנו לדחות את טענת החברה כי דמי המחלה כלולים בעלות המעביד ובתמורה האחוזית.

45. בעניין בן דוד, המעסיק יידע את העובדים באופן מפורש וברור כיצד מחושבת התמורה האחוזית החודשית, לרבות ההפחתות לטובת הפרשות וניכויים, כאשר היתרה שנותרה לאחר ביצוע הניכויים שולמה כשכר, דמי נסיעות ודמי הבראה. בכל הנוגע לימי חופשה ומחלה, הרי שהובהר לעובדת שם במפורש כי מהתמורה האחוזית ינוכו עלויות חופשה ומחלה, ובסוף כל שנה סכומים אלה יוחזרו לה כנגד ימי חופשה ומחלה שניצלה בפועל. העובדת שם עקבה אחר תשלום וחישוב זכויותיה עבור חופשה ומחלה, ובוצעו תחשיבים בזמן אמת של ניצול ימי חופשה ומחלה, על סמך הדיווחים שמסרה העובדת למעסיק.

לעומת זאת, במקרה שלפנינו, החברה לא ציינה בהסכם האישי ואף לא בהסכמים אחרים שנערכו בין הצדדים, במפורש ובכלל, כי תשלום דמי מחלה אכן נכלל בתמורה האחוזית. בחוזה העבודה צוין כי הרופאים יקבלו שכר ששיעורו יקבע לפי אחוז קבוע מעלות הטיפולים שיבצע עבור לקוחות המרפאה. התשלום האמור כלל, בהתאם להסכם האישי,

- דמי הבראה, החזר הוצאות נסיעה, ודמי חופשה חודשיים. בסעיף זה לא צוין כלל תשלום בעד דמי מחלה בעוד שצוינו תשלומים אחרים המגיעים לרופא.
- משאין הוראה מפורשת בהסכם האישי כי דמי המחלה הם חלק מעלות המעסיק או מהתמורה האחוזית ששולמה לרופאים, דמי המחלה אינם בגדר עלות המעסיק.
46. [בסעיף 13-03-17264 דורון קרתי - ש.ל.ה שירותי רפואה בע"מ](#), [פורסם בנבו], 10.11.2014 נקבע כי שכרם של הרופאים בחברה כולל תשלום בגין דמי חופשה, מחלה וחגים בניגוד להוראות [סעיף 5 לחוק הגנת השכר](#) וחרף העובדה שבהסכמים האישיים לא הושגה הסכמה לכלול דמי מחלה ו/או דמי חגים בשכר. עוד, אוזכר כי חוקי המגן כופים על המעביד מערכת זכויות לעובד שהינם בגדר תנאי מינימום שהעובד לא יכול לוותר עליהם.
47. לטעמינו, נכון במקרה שלפנינו לעשות שימוש בכלל הפרשני שלפיו מכלל ההן ניתן ללמוד על הלאו. משבחרה החברה לציין שהתמורה האחוזית כוללת תשלום עבור הבראה, חופשה, והוצאות נסיעה, אולם לא כללה תשלום דמי מחלה, הרי שיש להניח כי לא סוכם על הכללתם מלכתחילה בחוזה העבודה.
48. על כך נוסף כי החברה היא זו שניסחה באופן בלעדי את ההסכם האישי, ועל כן חלה לדעתנו הוראת [סעיף 25\(ב1\) לחוק החוזים](#), התשל"ג-1973, כפי שתוקנה ביום 26.1.11 לפיה:
- "(ב1) חוזה הניתן לפירושים שונים והייתה לאחד הצדדים לחוזה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו".**
49. לא הוכח כלל ואף לא נטען, כי הנתבעת ביצעה בפועל תחשיב עלות דמי מחלה מהתמורה האחוזית המוסכמת. הנתבעת לא הפחיתה מעלות ההעסקה את עלותם של דמי המחלה המגיעים לרופאים על פי חוק. כמו כן, החברה לא ערכה מאזן של ימי המחלה המגיעים לרופאים ולא נערכו כל רישומים או מעקב בנוגע לכך.
- יוצא מהאמור, שלמעשה דמי מחלה נכללו בשכר עבודתם של הרופאים ולא שולמו כנגד דיווחים על ימי מחלה שנוצלו בפועל והחברה לא ייחדה סכומים מתוך עלות העסקתם של הרופאים עבור דמי מחלה.
50. [בס"ע 11-02-3067 להב - ש.ל.ה. שירותי רפואה בע"מ](#), [פורסם בנבו], 10.7.12, בית הדין אומנם הכיר בלגיטימיות העקרונית של שיטת חישוב גמול עבודה לפי עלות מעסיק הנהוגה בחברה (על סמך עניין בן דוד), אך קבע מפורשות שיש להבחין בין ביצוע ניכוי עבור דמי חופשה משכר עבודתו של העובד, המנוגד [לסעיף 5 לחוק הגנת השכר](#) ולפסיקה, לבין ניכוי עלות דמי חופשה מעלות המעסיק המוסכמת כפי שהיה בעניין בן דוד. בית הדין עמד על כך שרכיב החופשה שולם לעובדת באופן קבוע בתלוש השכר כחלק משכרה האחוזי ושלא כנגד יציאה לחופשה בפועל. בהתאם לכך, קיבל בית הדין שם את התביעה לתשלום דמי חופשה.

בנוסף, נקבע שהעובדת זכאית לתשלום דמי מחלה מהטעם שלא שולמו לה מעולם דמי מחלה ובשל שיטת העסקתה היא אף לא הגישה דיווח על ימי מחלה.

גם בס"ע [12-02-20821](#) **אופליה נחמנוגיץ - ש.ל.ה שירותי רפואה בע"מ**, [פורסם בנבו], 9.8.15 דחה בית הדין את טענת החברה כי דמי המחלה כלולים בעלות המעביד ובתמורה האחוזית.

51. בהסכם הקיבוצי שנחתם במסגרת החברה עם רופאי השיניים, נקבע כי לצורך החלתו של תיקון 24, אחוז התגמול יופחת בשיעור שוויון של הזכויות לחופשה ומחלה, אולם הפחתה זו תקוזז עם תוספת שכר שיקבלו הרופאים. באשר לזכות לדמי מחלה, קובע ההסכם הקיבוצי כי הרופא יקבל תשלום עבור ימי מחלה, בנוסף לתמורה האחוזית המשולמת לו כיום. ימי המחלה יקבעו בהתאם **לחוק דמי מחלה** ובכפוף להיקף משרתו של הרופא וישולמו באופן מלא החל מהיום הראשון להיעדרות, אך בשיעור מקסימאלי המחושב לפי 50 ש"ח לכל שעת מחלה. דמי המחלה ישולמו כנגד היעדרות בפועל מפאת מחלה של העובד המגובה באישורים מתאימים ודיווחיו של העובד על כך.

52. הפסיקה מכירה באפשרות לכלול בשכר העובד זכויות העסקה אחרות מלבד גמול שעות נוספות ודמי חופשה שנתית, כמו החזר הוצאות נסיעה והבראה בהתקיים תנאים מסוימים. עם זאת, שונים הם פני הדברים באשר לדמי חופשה. דמי חופשה נקבעו **בסעיף 5 לחוק**, כזכות עובד שלא ניתן לכלול אותה בשכר ואף לא ניתן לשלמה כתחליף לחופשה בפועל במהלך תקופת העבודה, משום מטרותיו של **חוק חופשה שנתית**, התשי"א-1951, שהיא להבטיח זכותו של העובד לחופשה בפועל **(דב"ע ש/מ-160-3 מימון - מתכת סדום בע"מ**, [פורסם בנבו], 20.5.91; **עע 324/05 אצילדייב - עמישב שירותים בע"מ**, [פורסם בנבו], 27.3.06).

53. תכליתם של דמי מחלה אלה היא "לאפשר קיום לעובד ולבני משפחתו שעה שנבצר ממנו לעבוד עקב מחלה" **(דב"ע מ/ז-95-3 מדינת ישראל - מתוק פריג'ה**, [פורסם בנבו], פד"ע י"ט 159, 2.11.87; **דב"ע מח/מ-61-3 רייזמן - תלם מחשבים**, [פורסם בנבו], פד"ע כ 41, 17.10.88). תקופת המחלה נועדה לסייע לעובד להחלים מהמצב הבריאותי המונע עבודתו, תוך מניעת נזק לבריאותו העלול להיווצר מהמשך עבודתו. בהתאם לכך, נקבע שראוי שחופשת מחלה הנכפית על העובד, שלא בטובתו, לא תגרום לו לחסרון כיס. על כן הוכרו דמי המחלה כשכר עבודה לכל דבר, המשולם לעובד בעת מחלתו ומצוקתו.

על היותה של הזכות לדמי מחלה זכות קוגנטית הנמנית על זכויות משפט העבודה המגן, עמד בית הדין **בדב"ע נז/18-3 שעל - ויקל**, [פורסם בנבו], פד"ע לא 650, 20.5.97, שם נקבע:

"כבר מלשון החוק, ובוודאי מתוכנו, אנו למדים שמדובר בזכות סוציאלית הנתונה לעובד... החוק שייך למשפחת החוקים המעגנת בתוכה זכויות חברתיות, שהחברה המודרנית ראתה בהן זכויות יסודיות מינימליות לחיים בכבוד של האדם. לשם כך, ומתוך מודעות לעובדה שעובד נמצא בעמדת מיקוח חלשה מזו

של הצד השני, המעביד, קבעה החברה המודרנית סטנדרטים בין-לאומיים שבאו להגן על תנאים מינימאליים לעובדים. באופן זה הכתיבו לתוך חוזה העבודה תנאים סוציאליים מינימאליים, שאסור לצדדים לרדת מהם בחוזה אישי או קיבוצי. ויתורו של העובד על תנאים אלה לאו ויתור הוא, ושיטת המשפט לא תכיר בויתור. מכאן, אנו דנים בזכויות הנתונות לעובד. לא מדובר ב'סנקציה' כנגד המעביד, אלא בזכויות חברתיות שהחברה ראתה בהן ערך כה חשוב שהיא מכתיבה אותן לעובד ומעביד כאחד. זכות כזו היא הזכות לדמי מחלה. החברה המודרנית ביקשה לפתור את בעייתו של העובד החולה, כך שלא ייווצר מצב, בו בגין מחלתו וחוסר יכולתו לעבוד בתקופת המחלה, הוא יהיה חסר הכנסה... הנה כי-כן, דמי מחלה משולמים לעובד החולה על-מנת שגם בתקופת אי-עבודה בגין מחלה, לא תיפגע פת לחמו".

54. מהאמור לעיל עולה שלא ניתן לכלול בשכר העובד תשלום עבור דמי מחלה, שהרי על דמי המחלה להיות משולמים רק כנגד היעדרות בפועל מפאת אי כושר לעבודה, והם נועדו להוות תחליף לשכר עבודה במהלך התקופה בה העובד אינו כשיר לעבודה מחמת מחלה. על כן, לא ניתן לשלם מראש תשלומים עבור דמי מחלה. משכך, אין בידנו לקבל את טענת החברה כי דמי המחלה שולמו לרופאים במסגרת התמורה האחוזית החודשית. בהינתן תכליתם האמורה של דמי המחלה להוות שכר חלופי לעובד בעת מחלתו, הרי שלא ניתן לכלול אותם בשכר העבודה ואף אין לראות ברופאים כמי שנתנו הסכמתם, במפורש או במשתמע, מכוח העסקתם רבת השנים, לכלול אותם בשכר.

זאת ועוד, עדותו של ד"ר ברוזה הייתה אמינה ולא נסתרה. כאשר נשאל אם היה חולה מאז שנת 2003 והאם פנה לקבלת תשלום בגין הימים שהחסיר ומה השיבו לו, ענה:

"שאני לא זכאי לדמי מחלה" (עמ' 23, ש' 28 לפרוטוקול).

ובהמשך, כאשר נשאל אם הציג תעודת מחלה כאשר היה חולה בשנת 2012, השיב:

"אין לי מה להציג, כי אמרו לי שאני לא זכאי" (עמ' 24, ש' 4 לפרוטוקול).

55. מכל הטעמים האמורים לעיל, אנו קובעים כי התמורה האחוזית ששולמה לרופאים אינה מהווה תשלום בעד דמי מחלה.

האם יש לזקוף לרופאים ימי חופשה בנוסף לתמורה אותה קיבלה?

56. ההסתדרות, בשם הרופאים, טוענת שבמהלך שנות עבודתם לא קיבלו הרופאים ימי חופשה בתשלום וכי בהתאם להסכם, היה על החברה לשלם להם דמי חופשה חודש בחודשו. כן טענה כי הפיצול שנערך בתלוש השכר לשכר בסיס ודמי חופשה הוא פיקטיבי, נעשה במטרה להימנע מתשלום דמי חופשה כדין ובניגוד לחוק ולפסיקה.

בנוסף, טוענת ההסתדרות כי לא נצברו לזכות הרופאים ימי חופשה כדין ולא הופיעו בתלושי השכר, כך שלא עמדה להם האפשרות לצאת לחופשה ולנצל את ימי החופשה שהיו אמורים להיצבר לזכותם, בניגוד מוחלט לתכלית הוראות [חוק חופשה שנתית](#).

57. החברה סבורה כי שולמו לרופאים דמי חופשה מידי חודש בחודשו כחלק מהתמורה ששולמה להם לפי עלות מעסיק סופית.

58. לאחר ששקלנו את טענות הצדדים, מצאנו כי הרופאים זכאים לזקיפת ימי חופשה.

59. בתלושי השכר שבפנינו ניתן לראות כי מידי חודש בחודשו נזקפו לטובת הרופא (ד"ר ברוזה) תשלומים בגין ימי חופשה. אולם, לא הוכח בפנינו כי ד"ר ברוזה יצא בפועל לחופשה ובאלו ימים; לא הוכח בפנינו כי החברה מנהלת פנקס חופשה בו נרשמו ימי חופשה שבגינם נזקפו התשלומים בתלושי השכר.

אם כך, התשלומים בגין דמי חופשה שולמו לרופאים גם כשלא יצאו בפועל לחופשה ולכן תשלומים אלה שנוקפו בתלושי השכר בגין חופשה אינם עלויות מעסיק. התוצאה כי התמורה האחוזית של הרופאים כללה דמי החופשה שלא כדין.

וכך השיב ד"ר ברוזה כשנשאל האם קיבל תשלום נפרד בגין חופשה בשיעור 6.67% :

"קבלתי מה שחתמתי עליו אך מעולם לא הייתי זכאי לקחת ימי חופשה ומעולם לא יכולתי לקבל כסף בעבור ימי חופשה שכן לקחתי בניגוד לחוק..." (עמ' 20, ש' 3-4 לפרוטוקול).

ובהמשך :

"... מה שכתוב חופשה בתוך השכר, לקחו את המשכורת שלי, הפחיתו אחוזים ושמו זאת בשורה של חופשה, וזה החופשה. שנית - החוק מתיר לי ומכריח אותי לקחת חופשה אך לא יכולתי לממש את החופשה מעולם. מעולם לא יכולתי לקחת חופשה, ואם לקחתי היא היתה על חשבוני האישי..." (עמ' 20, ש' 11-14 לפרוטוקול).

וכך העידה גב' קרמרסקי לעניין זה :

"... זה לא בנוסף. אני בדקתי חישבתי וראיתי את התלושים של הרופאים. לקחתי את מספר המטופלים שהוא מטפל בהם והכפלתי באחוזים וראיתי שמתוך השכר עשיתם תחשיב

ורשמתם. לכן זה שכר כולל. גם אם זה רשום בנפרד בתלוש השכר" (עמ' 42, ש' 5-7 לפרוטוקול).

60. יש להקיש מהנקבע [בסעיף 5](#) לחוק הגנת השכר בדבר עובד שחוק שעות העבודה והמנוחה חל עליו ושכרו כלל דמי חופשה, תמורת חופשה או פדיונה (בין היתר) - כי רואים את שכרו הכולל כשכר רגיל, כדלקמן:

"עובד שחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, חל לגביו ונקבע לו שכר עבודה הכולל תשלום בעד שעות נוספות או גמול עבודה במנוחה השבועית כאמור בחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, או הכולל דמי חופשה, תמורת חופשה או פדיון חופשה כאמור בחוק חופשה שנתית, תשי"א-1951 – רואים את השכר שנקבע כשכר רגיל בלבד, אלא אם נקבע אחרת בהסכם קיבוצי לגבי תשלום בעד שעות נוספות או גמול עבודה במנוחה השבועית וההסכם אושר לענין זה על ידי שר העבודה."

61. לפי החוק והפסיקה המגבילים כאמור הכללת דמי חופשה או פדיונה במסגרת השכר, נקבע כי התשלומים ששולמו משכבר ייחשבו כחלק משכר העובד. על כן, לטעמינו, הרופאים זכאים בנוסף לשכר באחוזים שקיבלו גם לתשלום בגין דמי חופשה ופדיונה.

האם על הנתבעת לשלם לרופאים דמי חגים?

62. ההסתדרות טוענת כי לאורך כל תקופת העבודה, לא שולמו לרופאים דמי חגים, בניגוד להוראות צו ההרחבה - הסכם מסגרת 2000 (להלן: "צו ההרחבה"). זאת ועוד, נושא זה לא הוסדר גם במסגרת ההסכם האישי. לפיכך, זכאים הרופאים לתשלום 9 ימי חג בכל שנה לתקופה שלא התיישנה ובניכוי ימי החג שחלו בשבת, ובסך הכל 47 ימי חג.

63. החברה טוענת כי בהסכמים האישיים נקבע מפורשות כי הרופאים אינם זכאים לתמורה נוספת מלבד התמורה שנקבעה בו; כי לא הוכח שהרופאים עבדו ביום חול שבו חל חג וכן שעבדו ביום שלפני ואחרי החג, כנדרש בצו ההרחבה לצורך זכאות לדמי חגים.

64. לאחר ששקלנו את טענות הצדדים, מצאנו כי הרופאים זכאים לדמי חגים.

65. האמור לעיל בדבר שכר הכולל דמי הבראה והחזר נסיעות נכון גם לשכר הכולל חגים. קרי: אין איסור על שכר הכולל דמי חגים ובלבד שהוכח כי ניתנה הסכמה מפורשת וחד משמעית של העובד לכך. בעניינו, לא הוכחה הסכמה מפורשת וחד משמעית של הרופאים לשכר הכולל דמי חגים. בהעדר אמירה מפורשת וחד משמעית בהסכמים האישיים, דין הבקשה לדמי חגים על פי צו ההרחבה להתקבל.

66. סעיף 7 לצו ההרחבה קובע כדלהלן:

7. 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.

67. נבחן להלן האם מתקיימים התנאים בצו ההרחבה האמור לעניין זכאות הרופאים לדמי חגים:

ההסתדרות הפחיתה את ימי החג שחלים בשבת. בנוסף, לפי הפסיקה נטל ההוכחה לעניין היעדרות מהעבודה יום לפני ואחרי החג - חל על המעסיק, כפי שניתן לראות בפסק הדין [בע"ע \(ארצי\) 0413-44382](#), יוסף מנצור - גז חיש בע"מ, [פורסם בנבו], 4.5.15 בו נקבע:

"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, 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."

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 היעדרות היתה בהסכמת המעביד. גם בשלב זה, ועל יסוד אותה חזקה עובדתית, הנטל להוכיח כי היעדרות 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".

68. החברה בעניינו לא השכילה להוכיח כי הרופאים, או מי מהם, נעדרו יום לפני ואחרי ימי החגים. על כן, איננו נדרשים לבחון אם היעדרות כלשהי הייתה שלא בהסכמתה.

לפיכך, ובהיעדר ראיה לסתור, בית הדין נעתר לבקשת ההסתדרות בעניין זה וקובע כי הרופאים זכאים לדמי חגים בגין 47 ימי חג, בהסתמך לפירוט שהגישו במסגרת בקשת הצד המתוקנת (סעיף 67).

69. לפני סיום, נתייחס לטענת החברה כי הסעדים המבוקשים בגין דמי חג הינם מצבור של סכסוכים אינדיבידואליים המצריכים בחינת נסיבות העסקתו של כל רופא ורופא ולא בסכסוך שניתן לדון בו במסגרת הליך קיבוצי. אנו מסכימים בעניין זה עם ההסתדרות, אשר טוענת, על בסיס הפסיקה, כי ככל שקיימת שאלה כללית משותפת לכלל הקבוצה - ניתן לבררה במסגרת הליך קיבוצי.

האם החלת תיקון 24 יכול לפגוע בשכרם של הרופאים?

70. טוענת ההסתדרות כי החל משכר חודש יוני 2015 בהתאם להודעה שנשלחה לרופאים מיום 31.5.15, הפחיתה החברה את אחוזי התגמול בעלות הזכויות הסוציאליות. נטען כי ההפחתה בוצעה באופן שרירותי וחד צדדי ומבלי שהתקבלה הסכמת ההסתדרות להפחתה וללא עריכת שימוע מתאים.

71. החברה טענה כי השינוי המדובר נערך על רקע תיקון 24 תוך שמירה על העלות המקורית של העסקת הרופאים. מחד גיסא התמורה האחוזית הופחתה, אך מאידך גיסא שולמו לרופאים זכויות סוציאליות ללא כל פגיעה בשכר עלות העסקתם המקורי. עוד נטען כי זהו ההסדר שהוחל גם בהסכם הקיבוצי שנחתם עם רופאי השיניים ושאר עובדי החברה.

72. מן הראיות שהונחו בפנינו וכפי שפורט לעיל, שיטת תשלום שכרם של הרופאים שונה לאור תיקון 24 [לחוק הגנת השכר](#). החברה הודיעה במכתבה מיום 31.5.15, כי תשלום השכר ישונה באופן בו תחול הפרדה בין תשלום שכר לפי אחוזי תגמול לבין תשלומים אחרים שעד כה נכללו בשכר, כאשר עלות ההעסקה תישמר. לטענתה, מדובר בשינוי שנוגע לחלוקת העלויות של החברה ביחס לרכיבים השונים בשכר הרופאים ואין בכך כדי לפגוע בתשלום הכולל.

טענה זו לא נסתרה על ידי הרופאים.

73. אין חולק כי אחוזי התגמול ששולמו לרופאים הופחתו, אולם לא הוכחה הטענה כי המדובר בשינוי שנעשה באופן שרירותי וחד צדדי. להיפך, נוטים אנו להאמין לחברה כי לא עשתה שינוי זה קודם לכן היות ניסיונה לעשות זאת במסגרת הסכם קיבוצי שייחתם.

74. לטעמינו, דין הבקשה בעניין זה - להידחות. יחד עם זאת, יכול והיה ראוי למצוא פיתרון אחר כמו שנעשה עם רופאי השיניים באופן שבו לא ייפגע שכר הרופאים, כאשר הפער ישולם מתוך העלאה כלשהי הצפויה בשכרם או כל דרך אחרת. בהתאם, לדעתנו אין מקום לדרוש

מהרופאים החוזרים על התקופה בה קיבלו את ההפרשים בהתאם להוראת בית הדין וככל שלא ימצא פיתרון להחיל את התיקון ללא פגיעה בשכרם, לעשות זאת תוך 30 ימים מיום החלטה זו.

מועד החלת תיקון 24

75. טוענת החברה כי לא החילה את התיקון בשל המשא ומתן שהתקיים עם ההסתדרות ובשל רצונה להסדיר תחולת התיקון במסגרת ההסכם הקיבוצי.

76. תיקון 24 נכנס לתוקפו ביום 1.2.09 ואילו ההסתדרות הפכה לארגון היציג של הרופאים רק בחודש מרץ 2013. אם כן, מדוע לא הוחל התיקון במשך שנים אלה? לטעמינו גב' פפר לא סיפקה תשובה מספקת לשאלה זו. וכך השיבה כאשר נשאלה מדוע לא הודיעו לרופאים על החלת תיקון 24 אחרי שטיפלו בהסכם הקיבוצי והחלת התיקון על המטפלים והשינניות בשנת 2010 (תיקון 24 הוחל על המטפלים והשינניות באופן חד צדדי ביום 19.10.09, ואילו ההסתדרות הפכה להיות ארגון העובדים רק בשלהי שנת 2010).

"... זה היה הליך שהיינו צריכים לחשוב איך מבצעים אותו..."

והיה לנו כוונה לטפל ברופאים וזה מה שעשינו בשלבים

מאוחרים יותר" (עמ' 45, ש' 30-32 לפרוטוקול).

77. לטענת ההסתדרות גב' פפר נמנעה מלספק הסברים שכן ידוע לה שהסיבה האמיתית לאי החלת תיקון 24 על הרופאים היא רצון החברה שלא לאפשר להם לצאת לחופשה בתשלום, לקבל דמי מחלה ודמי חג כמו יתר העובדים במשק. וכך פעלה החברה עד למועד הגשת בקשת הצד בה עסקינן. מעבר לכך, ההסתדרות מעולם לא ביקשה מהחברה שלא להחיל את התיקון וטענה זו של החברה לא גובתה בכל ראייה.

78. עוד טוענת החברה כי תיקון 24 היה בלב ליבה של המגעים עם ההסתדרות ולצורך הוכחת טענתה זו על הפרוטוקולים שהוקלדו על ידי גב' פפר. לטענת ההסתדרות, פרוטוקולים אלה הינם חסרי כל משמעות ואינם משקפים את שנאמר בחדר המשא ומתן. ראשית, הפרוטוקולים נכתבו בכתב יד על ידי גב' פפר או עורכת דין ממשרדה והוקלדו לאחר מכן כאשר המסמכים בכתב היד לא הוגשו לשם השוואה. שנית, במהלך המשא ומתן עלו עניינים נוספים שנדונו באריכות והייתה התייחסות מינורית בלבד בפרוטוקולים. שלישית, הפרוטוקולים הועברו לידי ההסתדרות רק במסגרת הליך זה, כאשר אין ציפייה מהנוכחים לזכור בדיוק מה אמרו בישיבות כשנתיים קודם לכן ולא ניתנה להם האפשרות להתייחס אליהן בזמן אמת.

79. אין כל בסיס לטענת החברה כי נמנעה מלהחיל את תיקון 24 על תנאי העבודה של הרופאים בשל סירובם להחתים כרטיס נוכחות, שכן התיקון הוחל עליהם לפני כשנה מבלי שהם מדווחים נוכחות.

80. לעניין זה, אנו מקבלים את טענת ההסתדרות כי החברה יכולה הייתה להחיל את תיקון 24 על הרופאים מזה זמן רב. טענתה כי המתנה להחלתו במסגרת הסכם קיבוצי לא יכולה להתקבל מקום בו עם כניסתו של התיקון לתוקף הרופאים כלל לא היו מיוצגים ולא התנהל עימם משא ומתן קיבוצי.

שיהוי

81. לטענת החברה הרופאים ו/או ההסתדרות מעולם לא פנו אליה לאחר כניסתו של תיקון 24 לתוקף לשם החלת התיקון, מה שמציב חומת שיהוי שדי בה כדי להביא לדחיית הבקשה. החלטת בית הדין מיום 17.11.15 אינה מתייחסת לגופן של הטענות ולא התקיים דיון הוכחות עובר למתן ההחלטה.

82. לטענת ההסתדרות, עניין זה נדון בהחלטת בית הדין מיום 17.11.15 ונדחה. בנוסף, העיכוב הלכאורי בהגשת בקשת הצד נבע אך ורק מתום ליבה של ההסתדרות, שנתנה הזדמנויות רבות לחברה לסיים את משא ומתן, לחתום עם הרופאים עם הסכם קיבוצי ולהסדיר את החלת התיקון במסגרת ההסכם.

לגישתה, החברה ניהלה משא ומתן בחוסר תום לב ובכחש, חזרה בה מההסכמות שהושגו ומנעה את החתימה על ההסכם הקיבוצי. לאחר החזרת הטיוטה ביום 12.5.15, אז הבינה ההסתדרות כי אין בכוונת החברה להגיע עימה להבנות ולחתום על הסכם קיבוצי, וכי כל מטרתה משיכת זמן - פנתה לבית הדין בבקשת צד זו.

83. היות שהתנהל משא ומתן קיבוצי מזה זמן רב, לא נראה לנו כי מתקיים שינוי בהגשת בקשת הצד. היות שהתנהל משא ומתן גם לעניין החלת תיקון 24, לא ניתן לקבל את טענת החברה לפיה הרופאים לא העלו בקשה בעניין.

מעבר לכך, אין השיהוי כשלעצמו גובר על הוראת חוק קוגנטית והוא אינו מאיין חובה חוקית החלה על מעביד.

סיכום

84. בקשת הצד מתקבלת בחלקה ואנו מורים לחברה:

(א) לרשום בתלושי השכר של הרופאים את מספר ימי החופשה והמחלה שנצברו על ידם החל ממועד תחילת עבודתם בחברה בהתאם להוראות [חוק חופשה שנתית](#) ו**[חוק דמי מחלה](#)**.

(ב) לנהל פנקס ימי חופשה ומחלה.

ג) לשלם את ימי החג, באופן רטרואקטיבי (47 ימי חג לכל רופא) ולשלם ימי חג מעתה ואילך בהתאם לצו ההרחבה.

85. מאחר שעסקינן בסכסוך קיבוצי - אין צו להוצאות.

ניתן היום, כ"ט אלול תשע"ו, (02 אוקטובר 2016), בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.

נציג ציבור מעסיקים
מר יצחק קוגמן

תומר סילורה - שופט
אב"ד

נציג ציבור עובדים
מר יעקב גרינברג

תומר סילורה 54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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