

---

פה (ב"ש) 22017-02-18 רם שובל - מדינת ישראל, הממונה על השכר

---

בית הדין האזורי לעבודה באר שבע

פ"ה 22017-02-18

01 פברואר 2022

לפני כב' השופטת יעל אנגלברג שהם  
נציג ציבור (עובדים) – מר שרון מיכל  
נציג ציבור (מעסיקים) – מר חיים נתן

התובע: רם שובל  
ע"י ב"כ עו"ד גיא אבידן

-

הנתבעות: 1. מדינת ישראל, הממונה על השכר  
ע"י ב"כ עו"ד שלומי ירדן  
2. חברת נמל אשדוד בע"מ, ח.פ. 513569772  
ע"י ב"כ עו"ד מיכל הברפלד

ספרות:

[דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט](#)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק רשות הספנות והנמלים, תשס"ד-2004: סע' 10](#)

[חוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985: סע' 29](#)

[חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979: סע' 2](#)

## פסק דין

תביעה זו עניינה עתירה לביטול החלטת הממונה על השכר לבחון מחדש את מבנה שכרו של התובע.

### רגע עובדתי

#### --- סוף עמוד 2 ---

1. הנתבעת 1 היא מדינת ישראל – הממונה על השכר והסכמי עבודה במשרד האוצר (להלן: **הממונה על השכר או הממונה**). הנתבעת 2 היא חברה ממשלתית המפעילה את נמל אשדוד מכוח הסמכה שניתנה לה לפי הוראת **סעיף 10 לחוק רשות הספנות והנמלים** תשס"ד-2004 (להלן: **החברה או הנמל**).
2. התובע, הועסק בנמל החל מחודש **מאי 2004** במחלקת המחשוב. בשנת **2007** מונה התובע לתפקיד מנתח מערכות בכיר ותנאי שכרו הוסדרו בכתב המינוי ובהסכם העבודה האישי כאשר השכר עמד על סך של **23,336** ₪ ברוטו שהיה מורכב משכר משולב בסך של **17,604** ₪ וגמול גלובאלי בגין שעות נוספות בסך של **5,635** ₪ כשמלוא השכר היווה שכר פנסיוני.
3. בשנת **2011** זכה התובע במכרז פנימי ומונה לתפקיד רמ"ח שירות הלקוחות. במסגרת המינוי הוחל על התובע ההסכם הקיבוצי של הנמל במקום ההסכם האישי שהסדיר את העסקתו קודם לכן. משהמעבר להסכם הקיבוצי היה אמור להביא לפגיעה משמעותית בשכרו ביחס להסכם האישי ולהפחתה של כ-**6,600** ₪ לחודש ברוטו, פנה הנמל לרשות החברות הממשלתית לקבלת אישור לשמירה על רמת ההשתכרות והשכר הפנסיוני (מכתב מר אלמוג – נספח 7 לתצהיר התובע). ביום **23.8.11** התקבל אישור רשות החברות הממשלתיות לשמירה מלאה של השכר (הפנסיוני) כדלקמן:

**"במענה לפנייתכם, הריני להודיעכם כי רשות החברות הממשלתיות מאשרת שמירת שכר לעובדים אלה, העוברים, עקב זכייתם במכרז, מהסכם אישי להסכם קיבוצי, מעבר שמשמעו ירידה משמעותית בשכרם הפנסיוני.**

**שמירת שכרם הפנסיוני של העובדים תתבצע על ידי תשלום תוספת אישית בגובה הפרש שתיקטן בהתאמה ככל**

שיעשה שינוי בשכרו של העובד (התקדמות בדרגות, עלייה בשכר יסוד, עלייה באחוזי שיפטינג, תוספת ותק וכד'). על כן, אבקשכם לצרף להסדר החתום נספח ובו תחשיב שכר עם גובה התוספת האישית והשכר הפנסיוני של העובד, כפי שהוצגה בפנינו.

למען הסר ספק, מעמדם של העובדים האמורים יהיה כשל עובדי דור ב' (לא מייסד).

מובהר בזאת, כי הסדר זה יחול אך ורק על... ומר רם שובל ולא יהווה תקדים לכל דבר ועניין וכי מכאן ואילך עובד שיעבור מהסכם אישי להסכם קיבוצי לא תתבצע לגבי שמירת שכר מלאה" (הדגשות שלי – ג.א.ש.).

ממועד זה ואילך, חושב השכר בהתאם לשכר הבסיסי לפי ההסכם הקיבוצי ואליו נוספה תוספת אישית בסך של 6,695.5 ₪ שאושרה בתחשיב. הממונה על השכר באוצר היה שותף להליכים אלה ואישר את ההסדר.

### --- סוף עמוד 3 ---

4. תוספת זו נשחקה בהתאם לעליית השכר שלה היה זכאי התובע מכוח הוראות ההסכם הקיבוצי. היינו, ככל שהתובע מתקדם בוותק וצובר זכויות, תוספת זו תלך ותפחת עד להיעלמותה ואז שכרו ישולם אך ורק בהתאם להסכם הקיבוצי של החברה. כמו כן, מאחר ושכרו הפנסיוני של התובע בהתאם להסכם העסקה על פיו הועסק, התעדכן בהתאם לעלייה/ירידה במדד המחירים לצרכן, אזי, גם חישוב התוספת האישית לשמירת שכרו הפנסיוני עודכנה בהתאם לשינויים במדד. בהתאם ובחלוף כ-6 שנים ממועד מינוי התובע לתפקיד רמ"ח שירות לקוחות, שכרו של התובע כמעט זהה ואפילו נמוך במעט מהשכר שהשתכר ערב קליטתו לתפקיד זה ועומד על סך של 21,970 ₪ ברוטו וכולל את התוספת האישית שנשחקה ועומדת על 164.29 ₪ ברוטו (נכון לחודש 2/18).

5. בעקבות הליך משפטי שהתקיים בעניין שתי עובדות אחרות במחלקת שירות לקוחות אשר תבעו בין היתר השוואת שכרן לשכרו של התובע (סע"ש 1254-06-14; ע"ע 1809-05-17) ביקש הממונה על השכר לבחון מחדש את אופן תשלום השכר לתובע. ביום 10.11.16 ניתנה הנחיית הממונה לחדול מעדכון שכרו של התובע לרבות התוספת האישית בהתקדמות המדד (להלן: **ההנחיה**; נספח 7 לכתב ההגנה). התובע עתר כנגד הנחייה זו (צ"ו 14310-05-17; להלן: **ההליך הראשון**) ובתגובה הודיעה המדינה כי בכוונת הממונה לבדוק את הסדרי העסקתו של התובע בהתאם להוראות **חוק יסודות התקציב** ולצורך כך לפתוח

בהליך שימוע בגין חריגות לכאורה בשכר התובע. ביום 1.11.17 נדחתה עתירת התובע תוך שנקבע כי ההנחיה הושעתה והתבטלה ואינה רלוונטית עוד.

6. ביום 8.8.17 פנה מר אלי דהן מנהל תחום (אכיפה) ממשרד הממונה לתובע וציין כי מבדיקת תלושי שכרו עולה לכאורה שהחברה משלמת לתובע תשלומים חורגים וזאת ללא אישור הממונה כנדרש על פי הוראות [חוק יסודות התקציב](#). הממונה ביקש לקבל את התייחסות התובע בכתב לעניין האפשרות לדרוש את השבת הסכומים שהתקבלו שלא כדין. פנייה דומה נעשתה לחברה. ביום 7.9.17 מסרו הן התובע והן החברה את התייחסותם שבמסגרתו ביקשו להותיר את זכויותיו של התובע על כנן. הצדדים קיימו מספר פגישות בין התובע לנציגי הממונה על השכר בניסיון לגבש הסכמה והסדר, שלא צלח. ביום 2.10.17 התקיימה ישיבת שימוע בעל פה בפני נציגי הממונה.

7. ביום 3.12.17 ניתנה החלטת הממונה שעיקרה כדלקמן:

#### 10.1" כפל תשלום בגין שעות נוספות

10.1.1 ..

10.1.5 ...

לאור כלל האמור, לפניים משורת הדין, הנני מאשר לראות את התוספת האישית של מר שובל כמורכבת, בין היתר, מכל השעות הנוספות הגלובאליות ששולמו למר שובל בעת המעבר, כמו כן הנני

--- סוף עמוד 4 ---

מאשר כי בכל עליה בשכר החדש יקוזז החלק היחסי של השנ"ג מתוך התוספת האישית כמפורט להלן:

...

לאור כל האמור לעיל, הנני מאשר נכון להיום, לחברה לשלם למר שובל תשלום בגין שעות נוספות בדיווח החל מהשעה ה-12. בנוסף, בתום השנה הנני מורה לחברה לבצע בדיקה רטרואקטיבית, ככל שברמה השנתית הממוצעת יבצע מר שובל פחות מ-11 שעות נוספות בממוצע לחודש, על החברה לנכות ברמה החודשית את כל הסכומים ששולמו לו בעבור שעות נוספות, בדיווח באותה שנה.

מיותר לציין כי המפורט לעיל הינו לצורך הדוגמא בלבד ועל החברה לחשב את גובה התוספת האישית הנכון כמפורט בהחלטתי זו. זאת ועוד, מעתה ואילך, הנני מורה לחברה שבכל שינוי בשכר החדש תבדוק החברה מהו גובה התוספת האישית (לאחר שחיקתה), מהו הסכום השיקלי מתוכה

המהווה 84.1% ולכמה שנ"ג סכום זה שווה ערך (להלן: "מס השנ"ג שנותר"). החברה תהיה רשאית לשלם למר שובל רק עבור שעות נוספות בדיווח שיבצע מר שובל מעבר ל"מס' השנ"ג שנותר".

בתום כל שנה, החברה תבצע ממוצע חודשי של שעות נוספות. ככל שבממוצע חודשי מר שובל יבצע מספר שעות נוספות בדיווח הנמוך מ"מס' השנ"ג שנותר". החברה תנכה רטרואקטיבית את כל הסכומים ששולמו למר שובל ברמה החודשית בגין שעות נוספות בדיווח.

בהתייחס לעבר, הנני מורה לחברה להעביר לידי תחשיב המראה בגין כל שנות העבר, מיום המעבר של מר שובל לתפקידו החדש, מהו "מס' השנ"ג שנותר". החברה תחשב את הממוצע החודשי של השעות הנוספות בדיווח אשר ביצע מר שובל בכל אחת מהשנים. ככל שברמה השנתית הממוצעת ביצע מר שובל בממוצע חודשי מס' שעות נוספות נמוך מ"מספר השנ"ג שנותר", על החברה להציג באופן מפורט ברמה החודשית את כל הסכומים ששולמו לו בעבור שעות נוספות בדיווח.

ככל שברמה השנתית הממוצעת ביצע מר שובל בממוצע חודשי מס' שעות נוספות גבוה מ"מס השנ"ג שנותר", על החברה להציג באופן מפורט ברמה החודשית את כל הסכומים ששולמו לו בעבור שעות נוספות בדיווח עד ל"מס השנ"ג שנותר". יובהר כי ניתן יהיה לשלם למר שובל שעות נוספות לפי דיווח על ביצוע בפועל החל מהשעה הראשונה, רק לאחר שחיקתה המלאה של התוספת האישית וזאת בהתאם לצרכי החברה.

...

## --- סוף עמוד 5 ---

10.2 אי הפחתה של גובה התוספת האישית כתוצאה מגידול ברכיב הפרמיה.

10.2.1 ...

מאחר שרכיב הפרמיה בהסכם הקיבוצי (לפנסיה צוברת) נכלל ברכיבי השכר הפנסיוני, עליה ברכיב זה צריכה לגרום להקטנת התוספת האישית באותו שיעור. ואולם, כפי שמציינת החברה בתגובה, לא כך קרה.

10.2.3 לאור האמור לעיל, הנני מורה לחברה, החל מיום החלטתי זו לעדכן את גובה התוספת האישית כך שתהווה את הפרש המדויק, חודש בחודשו, בין השכר הפנסיוני טרם המעבר לשכר הפנסיוני הנוכחי. ניתן לבצע זאת גם עד פעם בשנה ובלבד שהעדכון יבוצע באופן רטרואקטיבי.

10.2.4 למען הסר ספק, ואף שהדברים בגדר המובן מאליו, אציין כי קביעה זו נכונה לכל שינוי ברכיבים הפנסיוניים המשולמים לעובד בהסכם הקיבוצי, אלו שצוינו במפורש במכתבה של גב' קרמר ולרבות אלו שלא צוינו במפורש ככל שאלו קיימים.

10.3 הצמדת התוספת האישית למדד.

...

10.3.3 למען הסר ספק אבהיר כי מנגנון שימור השכר שאושר בזמנו למר שובל נועד לצלם את המצב כפי שהיה ערב המעבר במגמה שהעובד לא ייפגע בשכרו עקב המעבר וההצמדה למדד כפי שביצעה החברה בפועל מנוגדת לעיקרון של צילום מצב. כמו כן מובן מאליו שכאשר עובד עובר להסכם הקיבוצי שכרו לא מתעדכן במדד כפי שהיה נהוג לגבי חוזה אישי אלא אך ורק בהתאם להסכמי השכר הקיבוציים ובמסגרתם.

10.3.4 לאור האמור לעיל הנני מורה לחברה לבטל את הצמדת התוספת האישית למדד החל מיום החלטתי זו" (להלן: החלטת הממונה או ההחלטה).

עוד הורה הממונה לחברה לתבוע מהתובע את השבתם של כל הסכומים ששולמו לו ביתר בגין הרכיבים החורגים כמפורט בסעיף 10 להחלטה. ביום 28.1.19 התקבלה החלטת הממונה על הפחתת 70% מסכום ההשבה לאחר שקילת מכלול נסיבותיו של התובע (נספח ו' לתצהיר המדינה).

8. ביום 11.2.18 הגיש התובע תביעתו זו במסגרתה עתר לביטול החלטת הממונה לרבות ביטול דרישת ההשבה.

--- סוף עמוד 6 ---

9. מטעם התובע העיד הוא עצמו. מטעם המדינה העיד מנהל תחום אכיפה באגף לשכר והסכמי עבודה מר פבל צימבליסט (להלן: מר צימבליסט) ואילו מטעם

חברת נמל אשדוד הוגש תצהירו של ראש מדור פרט ושכר בחברה מר יהודה אלמוג (להלן: **מר אלמוג**). הצדדים ויתרו על חקירתו של מר אלמוג.

## טענות הצדדים

### א. טענות התובע

10. **לטענת התובע**, יש לבטל את החלטת הממונה על השכר ולחילופין, להורות לחברה ליישם את החלטת הממונה כלשונה לפיו תבוטל הצמדת התוספת האישית למדד החל ממועד ההחלטה זאת נוכח פרשנות שגויה של החברה המרעה משמעותית את תנאי שכרו של התובע ואשר הביאה את הנמל לבטל כליל את תשלום התוספת מיום ההחלטה חלף ביטול הצמדת התוספת למדד בלבד.

התובע טוען, כי בשנת **2011** אישר הממונה שינוי במבנה השכר וכעת החליט "**לבחון מחדש**" את מבנה השכר שאושר על ידו לפני שנים תוך מתן החלטה חדשה ולפיה מבנה השכר שכבר אושר הוא כעת שלא כדין. לטענתו, יש צורך בנסיבות חריגות במיוחד על מנת להצדיק בחינה מחודשת, בדיעבד, לאישור שניתן. התובע טוען, כי בשיחות קודמות הובהר לו במפורש כי אם לא יסכים להפסקת ההצמדה למדד יוסיף הממונה טענות לחריגות שכר נוספות. התובע טוען, כי הממונה טועה לגופו של עניין, מציין עובדות לא נכונות, החלטתו לוקה בחוסר סבירות קיצונית, היא אינה נסמכת על בדיקת נתונים כלשהי ואינה עומדת בתנאי [סעיף 29 לחוק יסודות התקציב](#).

התובע מוסיף וטוען, כי אין בסיס להשוואה בעלמא לעובד בלתי מסוים בשירות המדינה אלא יש להשוותו לקבוצת העובדים הרלוונטית שבעניינו של התובע היא קבוצת הרמ"חים.

11. לגופו של עניין, טוען התובע:

- כי שכרו הפנסיוני כלל רכיב של שעות נוספות גלובאליות (להלן: **שנ"ג**) כאשר בפועל ביצע מעט שעות נוספות ועל כן בעצם היווה התשלום הגלובאלי (שנ"ג) חלק אינטגרלי משכרו הפנסיוני כאשר השכר כולו הוצמד למדד לאורך כל שנות עבודתו בנמל. התובע טוען, כי אין בשכרו כפל שעות נוספות, אין לראות בתוספת האישית שכר כולל תשלום בגין שעות נוספות ואין הממונה רשאי להורות על אי תשלום גמול שעות נוספות כנדרש על פי החוק. התובע מוסיף וטוען, כי כאשר עבר למבנה השכר החדש שאושר על ידי הממונה, בוטל כליל רכיב השעות הנוספות הגלובאליות, הוספו מספר רכיבים ובהם רכיב שכר חדש של "**ממוצע שעות נוספות משוקללות**" שישולם לפי ביצוע בפועל כאשר רכיב זה של גמול עבודה בשעות נוספות, הוא רכיב שאינו פנסיוני.

- כי הממונה לא בדק את סוגיית הגידול ברכיב הפרמיה ואין בסיס להחלטתו כי התוספת האישית צריכה לקטון עקב גדילה ברכיב הפרמיה. התובע טוען, כי התוספת האישית אכן צריכה לקטון עם גידול רכיב הפרמיה ואכן בפועל כך קורה אלא שהתוספת קטנה יתר על המידה שכן שיעור הפרמיה המקטין את התוספת האישית הוא שיעור היסטורי שהסתמך על כמות שעות נוספות גדולה משמעותית מזו שמבצע התובע היום כאשר חברת הנמל לא עדכנה את שיעור ההפחתה בהתאם לנתונים בפועל והממונה לא בדק את הנתון, דבר שהביא לקביעה שגויה לחלוטין. התובע טוען, כי הממונה גם לא לקח בחשבון את כמות ימי העבודה בפועל והפחית את שיעור התוספת האישית גם כאשר התובע שהה במחלה ועבד מעט שעות נוספות.
  - כי החלטת הממונה לבטל את הצמדת התוספת האישית למדד מצביעה על כך שהממונה לא בדק את הנתונים שכן לפי המצב בפועל ותנאי שכרו של התובע, כל השכר מוצמד למדד והממונה אינו יכול לשנות בדיעבד תנאי שכר שאושרו.
12. התובע טוען, כי אילו סבר הממונה בזמן אמת שהוא נותן אישור חלקי לתנאי השכר וקובע הגבלות והתניות, היה עליו לעשות זאת במפורש ולא לקבוע בדיעבד שינויים למנגנון שמירת השכר שהוא עצמו אישר בשנת 2011. לדברי התובע הוא מסתמך על החלטה שלטונית שניתנה (ביחס לשני"ג וביחס לטענת ההצמדה למדד) אושרה לו שמירת שכר מלאה כאשר הצמדה למדד היא חלק אינטגרלי משכרו על פי ההגדרה.
13. התובע טוען כי אין יסוד לטענת הממונה במכתב זימון לשימוע שלפיה הנמל החליט להגדיל את התוספת האישית בגובה עליית המדד שכן לתובע אושרה תוספת אישית פוחתת שאכן פחתה בפועל. התובע מוסיף וטוען שככל שנדרשת פרשנות להוראת הממונה (לביטול הצמדת התוספת האישית למדד) הרי שמדובר בביטול ההצמדה מיום ההחלטה ולא בביטול תשלום התוספת כולה כפי שעשתה החברה בפועל. עוד טוען התובע בהקשר זה שלא היה יסוד להחלטת החברה לבטל את הצמדת שאר רכיבי השכר למדד. התובע מציין כי גם בהינתן התוספת האישית הוא נמצא בין מקבלי השכר הנמוך, אם לא הנמוך ביותר, מכלל הרמ"חים בהסכם הקיבוצי ובפער ניכר ובוודאי שאין הוא חורג בהשוואה לקבוצת הייחוס הרלוונטית.
14. התובע טוען, כי הממונה לא נתן דעתו למידת ההסתמכות של התובע על שכרו וזאת אף בהתייחס לשיהוי הרב בהפעלת הסמכות כלפיו; לא ערך בחינה עניינית



ומעמיקה ולא השתית החלטתו על איסוף נתונים הנדרשים למתן החלטה ובכך חרג משיקול הדעת המוקנה לו.

עוד טוען התובע, כי אישור הממונה היה תנאי להסכמתו לקבל על עצמו את התפקיד החדש ולו היה מובהר לו כי ייתכן והאישור יבוטל בדיעבד היה נותר בתפקידו הקודם. ועל כן מן הצדק לבטל את החלטת הממונה. התובע טען, כי פעל בתום לב תוך הסתמכות על המצגים שהוצגו בפניו על ידי כל הגורמים המוסמכים במשך השנים הרב שחלף. לדבריו, השיהוי שבו

## --- סוף עמוד 8 ---

נקט הממונה גורמת לתובע נזק בלתי הפיך, הוא אינו יכול לחזור לתפקידו הקודם ושיהוי זה יוצר מניעות והשתק ומצדיק התערבות בהחלטת הממונה.

התובע טוען, כי אין מדובר פה "במקורב" שנקבע לו הסדר שכר חורג בחדרי חדרים אלא בהסדר שאושר על ידי כל הדרגים הממונים לאחר שהתובע זכה במכרז כדין, הוא נעשה בהסכמת הממונה על השכר והיה ברור לצדדים שמדובר בהסדר חריג ומיוחד. לדברי התובע, הוא אינו צריך לשאת במחיר המחדלים של הממונה ואין מקום לחייבו בהשבת סכומים שהוציא ואשר הסתמך עליהם. התובע טוען, כי למעשה המעבר לתפקיד החדש ומבנה השכר החדש חסך לקופת המדינה כסף רב שכן הותרת התובע בתפקידו הקודם הייתה מביאה לכך שכלל התשלומים המשולמים לו היו גבוהים לעין שיעור משכרו היום וכן משכרו של מחליפו בתפקיד הקודם.

15. **אשר לדרישת ההשבה** – טוען התובע, כי קיימות נסיבות אישיות המצדיקות ביטול דרישה זו, התובע נשוי ואב לשני ילדים בעלי נכות בשיעור של 100%, ליקויים אשר גורמים מטבע הדברים להוצאות ניכרות ולמידה רבה של משאבים שהתובע ואשתו נאלצים להקדיש לשם טיפול בילדיהם. התובע טוען, כי הוא חי ברמת חיים ממוצעת ומכלכל צעדיו מבחינה כלכלית בזהירות בהתאם לשיעור שכרו בפרט נוכח ההוצאות החריגות לילדיו.

## ב. טענות המדינה

16. **לטענת המדינה**, החלטת הממונה בעניינו של התובע היא החלטה מנהלית נכונה, סבירה ומידתית בנסיבות העניין שהתקבלה בסמכות ולאחר ניהול הליך מנהלי תקין תוך עריכת שימוע כדין ומתן הזדמנות לתובע ולחברה להשמיע את טענותיהם. המדינה מוסיפה וטוענת, כי במסגרת החלטת הממונה ניתן מענה לטענות התובע ובכלל זה לטענות של מניעות, השתק, התמשכו ההליך, פגיעה באינטרס ההסתמכות וקיום הליך שימוע למראית עין.

17. לטענת המדינה, האישור שניתן לתובע היה למנגנון שימור שכרו (שלא ירד), אך לא נועד להביא למצב שבו שכרו של התובע יוגדל בדרך של תשלום כפל בגין שעות נוספות, כך שיישום בפועל של מנגנון שמירת השכר היה שגוי והביא למצב של חריגת שכר בדרך של תשלום כפל בגין שעות נוספות. המדינה טוענת, כי קבלת פרשנות התובע יוצרת מצב אבסורדי שהתובע השתכר בשכר גבוה יותר ממקביליו בתפקיד גם אם הם בעלי וותק גבוה יותר.

המדינה טוענת, כי הסדרת תנאי העסקתו של התובע על ידי החברה החל משנת 2011 נעשתה באופן שגוי שאינו מקובל על הממונה והמהווה חריגת שכר. הממונה מציין כי הוא אכן נתן את ברכתו לשמירת שכרו של התובע, אך ככל שגורם כלשהו יבחר לתת פרשנות שגויה, אזי, זו אינו מקובלת על הממונה ומכיוון שכך, התוספת האישית ככל ששולמה בהתאם לפרשנות השגויה מהווה חריגת שכר. לעמדתה, אין לראות באישור רשות החברות הממשלתיות

#### --- סוף עמוד 9 ---

ובאישור הממונה משום אישור תשלומי שכר באופן חורג כפי שבוצע החל משנת 2011. על כן, אין מדובר בבחינה מחדש של אישור הממונה אלא בחינה של יישום שגוי של מנגנון שמירת השכר.

המדינה טוענת, כי החלטת הממונה התקבלה כדין ובסמכות תוך עריכת הליך שימוע מלא ותקין והיא ניתנה במתחם הסבירות המנהלית תוך התייחסות מפורטת לטענות התובע ופירוט הנימוקים להחלטה.

18. המדינה טוענת, כי מנגנון אישור השכר שאושר נודע למנוע ירידה בשכרו של התובע עם השינוי בחוזה העסקה. לטענתה, בטרם המעבר להסכם הקיבוצי שולמה לתובע תוספת שכר גלובאלית בגין עבודה בשעות נוספות בגובה 5,635 ₪ ברוטו (שוות ערך ל-47 שעות נוספות) וכן סך של 1,060 ₪ שמורכב מחלק שכר הבסיס שבחוזה האישי ומשנשמר שכרו של התובע, נשמרה גם תוספת זו. למרות זאת, החברה החלה לשלם לתובע תגמול נוסף על עבודה בשעות נוספות. לעמדת הממונה, מדובר ביישום שגוי של מנגנון שימור השכר שבפועל מביא למצב שבו לאחר המעבר להסכם הקיבוצי שכרו של התובע היה גבוה מזה שקיבל בעת שהועסק בחוזה אישי. הממונה טוען, שזו החריגה שהתגלתה על ידו לאחר מספר שנים שכן לא ניתן אישור לכפל תשלום בגין עבודה בשעות נוספות. המדינה טוענת, כי משנקבע בהחלטה שהתוספת האישית מורכבת בין היתר מכל השני"ג ששולם לתובע באותה העת וכי ניתן לשחוק את רכיב השני"ג הרי שגם אם בתחילה לאחר המעבר לא ניתן היה לשלם לתובע בגין שעות נוספות בדיווח, ככל שעובר הזמן ושכרו החדש עולה, נשחק גם חלק השני"ג והוא מגלם פחות תמורה

בגין שעות נוספות וככל שהתובע היה מבצע שעות נוספות בהיקף גדול יותר מאלו שהתמורה בגינם גלומה בתוספת האישית, הרי שהיה זכאי לתמורה בגין אותה דלתא. על בסיס האמור, טוענת המדינה, כי נכון ליום ההחלטה אישר הממונה לשלם לתובע בגין שעות נוספות בדיווח החל מהשעה ה-12 וכי בעתיד, לאחר שחיקתה המלאה של התוספת יהא התובע זכאי לשעות נוספות לפי דיווח בפועל החל מהשעה הראשונה. המדינה טוענת, שמדובר בהחלטה מקלה לפני משורת הדין שכן ככלל העמדה העקרונית של הממונה שאין לשלם לעובד שמקבל שני"ג גם שעות נוספות בדיווח. לעמדת מדינה, תשלום שכר בדרך שמבקש התובע מנוגד לבקשת החברה למנגנון שמירת השכר ולאישור שניתן, מהווה למעשה הגדלת שכרו של התובע לאחר המעבר ומהווה חריגת שכר שלא אושרה.

19. המדינה מוסיפה וטוענת, כי אין לקבל את טענת התובע שלפיה התוספת האישית אינה צריכה לקטון עם הגידול ברכיב הפרמיה. לטענתה, שמירת השכר הפנסיוני נעשתה על ידי תשלום תוספת אישית בגובה ההפרש שתקטן ככל שיעשה שינוי בשכרו של העובד בכל הנוגע לרכיבים הפנסיוניים. המדינה טוענת, כי היות שרכיב הפרמיה אף הוא רכיב פנסיוני, עליה ברכיב זה צריכה לגרום להקטנת התוספת האישית באותו שיעור, דבר שלא נעשה.

**אשר להצמדת התוספת האישית למדד** – טוענת המדינה כי מנגנון שימור השכר שאושר בשנת 2011 נועד לצלם מצב שהיה בעת המעבר על מנת שהתובע לא יפגע ועל כן הצמדת התוספת האישית למדד מנוגדת לעיקרון צילום המצב ומנגנון שמירת השכר. לטענתה, לא

--- סוף עמוד 10 ---

הייתה כל כוונה לשמר את תנאי העסקה של התובע אלא רק את רמת השכר ששולמה לו ערב המעבר.

20. **אשר לטענה לקיומם של שיקולים זרים** - טוענת המדינה, כי הממונה התייחס לכל טענות התובע בעניין שיקולים זרים ופגיעה באינטרס ההסתמכות וכן בעניין השיהוי. לטענתה, משבוצעו תנאי העסקתו של התובע ביישום שגוי של מנגנון שמירת השכר שאושר וכאשר הנושא הובא לידיעת הממונה החל טיפול מנהלי בעניין כך שאין בסיס לטענת השיהוי והסתמכות על מצב בלתי חוקי אינה הסתמכות.

21. **אשר לטענת ההשבה** - טוען הממונה כי לתובע ניתנה הזדמנות להעביר התייחסות לנסיבות האישיות ולאחר הקבלת התייחסותו החליט הממונה על הפחתת 70% מסכום ההשבה. לדברי המדינה, מדובר בהפחתה משמעותית של

סכום ההשבה בהחלטה סבירה ומידתית לאחר הפעלת שיקול דעת והתובע לא הוכיח כל בסיס להצדקת התערבות שיפוטית בהחלטה זו.

## ג. טענות החברה

22. **לטענת החברה**, משוויתרו התובע והמדינה על חקירתו של מר אלמוג, לא נסתרה גרסתה כפי שהובאה בתצהירו. לטענתה, פעלה בכל הקשור למנגנון שמירת השכר של התובע בהתאם לאישור שניתן לה מראש על ידי רשות החברות ממשלתית; מטרת האישור הייתה לשמור על רמת השתכרותו של התובע ערב המעבר מהסכם אישי להסכם קיבוצי. בד בבד עם שמירה על רמת השכר הפנסיוני; לאישור רשות החברות כותבו בזמן אמת גורמים בממונה על השכר; החברה יישמה את מנגנון שמירת השכר בהתאם לאישור שניתן לה על פי דין ובתום לב תוך שסברה בזמן אמת שאין מדובר ברכיבי שכר חורגים; החלטת הממונה מיום 3.12.17 יושמה על ידי החברה כנדרש ועל פי הדין; החברה לא ביטלה את כלל התוספת האישית ששולמה לתובע אלא פעלה בהתאם להחלטת הממונה על השכר ביחס לשעות הנוספות ורכיב הפרמיה ועל כן יש לקבוע כי פרשנות החברה להחלטת הממונה היא הפרשנות הנכונה. עוד ציינה החברה, כי בשים לב להסתמכות התובע ונסיבותיו האישיות, מדובר במקרה מיוחד שבו אין לעמוד על דרישת השבה הרטרואקטיבית של הסכומים שכבר שולמו לתובע.

החברה טוענת שבזמן אמת האישור למנגנון לשמירת השכר היה מוסכם ולכל הפחות היה ידוע גם לגורמים הרלוונטיים בממונה וטענת הממונה בדיעבד בחלוף שנים ארוכות ממועד מתן האישור כי הוא מסתייג מהאופן שבו פורש מנגנון שימור השכר וכי בזמן אמת הממונה אישר את המנגנון בלבד בלי לרדת לפרטי פרטים כמה שעות עבד התובע, אינה יכולה להתקבל ויש לראות באישור שניתן כאישור מטעם הממונה. לעמדתה, יישמה את מנגנון השימור לפי מיטב הבנתה ובתום לב כאשר בזמן אמת הציגה לרשות החברות פרופיל שכר מפורט שכלל את רכיבי השכר הרלוונטיים הן שכרו של התובע בהסכם אישי והן שכרו בהסכם הקיבוצי לרבות כלל רכיבי השכר הרלוונטיים ולרבות רכיב התוספת האישית

--- סוף עמוד 11 ---

(נספח 3 לתצהיר אלמוג) ושעה שהוכח כי פעלה על פי המתחייב עליה כדין יש לדחות כל טענה באשר לתשלום חורג שלא ניתן לו אישור רגולטורי. החברה טוענת, כי כבר בעת העברת מנגנון שימור השכר לאישור הממונה היה עליו להבהיר שהוא אינו מאשר הכללת תשלום עבור שעות נוספות במסגרת זו ואין מקום לבחינה בדיעבד את תשלום השכר באופן שונה מהאופן שבו אושר מלכתחילה. החברה גם דוחה את הטענה כי שכרו של התובע עלה וכי היה בכך כדי להדליק נורה אדומה שכן רמת ההשתכרות עלתה רק לאור תשלומים תקופתיים שונים כגון דמי הבראה

או בונוס, מקדמות חג וכיוצ"ב ומכאן שדברי מר צימבליסט בחקירתו לא נבחנו על ידו ומשמר אלמוג לא נחקר בעניין זה, לא הרים הממונה את הנטל להוכיח כי חלה עלייה ברמת השתכרותו של התובע. כך, גם טוענת החברה כי הוכיחה בשימוע כי מנגנון השוואת השכר חושב ושולם על ידה בדין ובתום לב בהתאם לאישור שניתן על ידי רשות החברות ועל כן אין לשנות מתשלום השכר ובוודאי שאין להורות על השבת הכספים ששולמו לתובע.

- **אשר לתשלומי כפל בגין שעות נוספות** - טוענת החברה, כי ההסדר לתשלום שעות נוספות גלובאליות פנסיוניות שחל על התובע במהלך עבודתו בהסכם עבודה אישי היה חוקי ולגיטימי ולגביו ניתן אישור לשימור שכרו הפנסיוני של התובע. לדבריה, משהוחל על התובע הסכם הקיבוצי עם מעברו לתפקיד רמ"ח, הוא היה זכאי גם לתגמול עבור עבודה בשעות נוספות בהתאם לעבודה שבוצעה בפועל כאשר תגמול זה אינו רכיב פנסיוני. עוד מציינת החברה, כי פרופיל השכר שהוצג בזמן אמת כלל רכיב של שעות נוספות לפי ביצוע בפועל בסך של **1,501** ₪ ורכיב של תוספת אישית בסך של **5,635** ₪ ולכן אין לקבל את הטענה כאילו האישור שניתן מתייחס רק לגובה התוספת האישית; ככל שאושר לשמור את התוספת האישית ללא מרכיב שעות נוספות יש בכך משום התעלמות מהעובדה שהתובע עבר מתנאי העסקה מכוחם היה זכאי לתגמול עבור שעות נוספות גלובאליות בין שבוצעו ובין שלא בוצעו למנגנון העסקה שמכוחו הזכאות לתגמול עבור שעות נוספות היא כנגד ביצוע בפועל בלבד. על כן, טוענת החברה, הטענה כי מדובר בכפל תשלום שעה שהתוספת האישית הייתה בבחינת רכיב שכר חדש שנועד לשמור על רמת השתכרותו של התובע ואת שכרו הפנסיוני, רכיב השעות הנוספות הגלובאליות היה אחד מרכיבי השכר שחושבו במסגרת התוספת האישית לצורך שמירת השכר אבל לא לצורך תשלום נוסף עבור עבודה בשעות נוספות.

- **אשר לטענה בדבר העדר הפחתה של גובה התוספת האישית כתוצאה מגידול ברכיב הפרמיה** - טוענת החברה כי עדכון גובה התוספת האישית לאור קיטון/גידול בפרמיה ששולמה לתובע, לא התבצע מידי חודש בחודשו כי אם אחת למספר חודשים במקביל לעדכונים שונים בשכר (עדכון דרגה, עדכון שכר על פי הסכם העסקה, עדכון וותק וכיו"ב) ומשלא הוכחה טענת התובע כי התוספת האישית קטנה יתר על המידה, דינה דחייה.

- **אשר לטענות בדבר הצמדת התוספת האישית למדד** - טוענת החברה כי מששכרו הפנסיוני בהתאם להסכם העסקה האישי על פיו הועסק טרם המעבר הוצמד ותעדכן בהתאם למדד,

בהתאם למטרות מנגנון שימור השכר שנועד לשמור על רמת שכרו ושכרו הפנסיוני של התובע, יש לחשב את התוספת האישית גם שהיא מוצמדת ומעודכנת בהתאם לשינויים במדד וכך עשתה בפועל. לעמדת החברה, פעלה בשקיפות מוחלטת ובתיאום מלא עם רשות החברות ולראיה הרשות אישרה להכיר בחלק יחסי של התוספת האישית לחישוב הבונוס כחלק משכרם המשולב של התובע ועובד נוסף בחברה וכך פעלה החברה גם בעניינו של העובד הנוסף. לעמדתה, לאורך כל הדרך יישמה את אישור רשות החברות לשימור שכרו של התובע לפי מיטב הבנתה ובתום לב ותוך שהתובע עודכן בכל עניין בזמן אמת.

23. החברה טוענת, כי הגם שהיו לה השגות בדבר מסקנות הממונה, בהיותה חברה ממשלתית המחויבת להוראות יסודות התקציב והנחיות הממונה על השכר, יישמה את החלטות הממונה כנדרש ממנה וזאת כמיטב הבנתה ולאחר חילופי דברים שקיימה עם הממונה, עוד קודם ליישום ההחלטה ולאור נתונים וטבלאות שמסרה לידיו. לדבריה, לא ביטלה את התוספת האישית כנטען על ידי התובע, אלא מדובר בתוצאה של יישום החלטת הממונה על השכר ביחס לרכיב השעות הנוספות ורכיב הפרמיה. החברה מציינת, כי קבוצת הייחוס לעניינו של התובע היא קבוצת דור ב' בחברה בתפקידי ניהול ואין בסיס להיקש שמנסה התובע לעשות בין תנאי שכרו לבין תנאי שכרם של עובדי המדינה. לעמדתה, שכרם של עובדי החברה המועסקים בהסכמים קיבוציים נקבעים בהתאם להוראות אותם הסכמים הכפופים בין היתר לאישור הממונה. החברה דוחה גם את טענות התובע על פיהן הוא ממקבלי השכר הנמוך ביותר מכלל הרמ"חים הכפופים להסכמים הקיבוציים. לעמדתה, התובע לא הרים את הנטל להוכיח זאת ולא הציג כל ראיה בהקשר זה. אשר לרמ"ח מכולות, טוענת החברה כי מדובר בעובד המשתייך לדור א' בחברה ועל כן אין בסיס להשוואה בין השניים.

24. החברה מצטרפת לטענות התובע ביחס **לדרישת ההשבה**. לעמדתה בשים לב למכלול נסיבות העניין ובכלל זה העובדה שהתובע הוא עובד מקצועי, נאמן, מסור וותיק בחברה; העובדה כי הזכויות נשוא ההליך שולמו לו בהתאם לאישור הרשות המוסמכת; העובדה כי הדרישה להשבה למפרע תהווה פגיעה אנושה באינטרס ההסתמכות של התובע; ובשים לב לנסיבותיו האישיות של התובע שפורטו בתצהירו, החברה סבורה כי אין מקום לעמוד על השבה רטרואקטיבית של הכספים ששולמו לתובע באופן חריג.

25. החברה טוענת, כי יש לדחות את השבת הכספים ששולמו לתובע בטעות גם על סמך הוראת **סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט** שעה שמתקיימות נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת. לדבריה, נוכח טעותה הכנה של החברה ככל שכך ייקבע, בשים לב שהחברה קיבלה את אישור רשות החברות לשימור השכר ופעלה בתום לב ובהתאם למיטב הבנתה, השבת הסכומים תהיה בלתי צודקת

ויש לבטלה. החברה מפנה לפרק הזמן הארוך שבו שולמו רכיבי השכר החורגים; מתכונת העסקה מורכבת ולא שגרתית; תום ליבו של התובע בכל הנוגע לקבלת התשלום והעובדה כי לא ידע ולא היה עליו לדעת בזמן אמת כי ייתכן ויעלו בעתיד טענות בדבר היות הסכומים ששלמו לו, סכומים חורגים; הסתמכות התובע על תשלום רכיבי השכר האמורים והעובדה שמן הסתם כלכל צעדיו בהתאם לשיעור שכרו.

### --- סוף עמוד 13 ---

#### הכרעה

26. לאחר ששקלנו את טענות הצדדים ועיינו בראיות שעמדו בפנינו, מצאנו כי דין התביעה להתקבל בחלקה ולהידחות בחלקה. ונפרט.

27. לא היתה מחלוקת כי מטרת האישור הייתה לשמור על רמת השתכרותו של התובע ערב המעבר מהסכם אישי להסכם קיבוצי, בד בבד עם שמירה על רמת השכר הפנסיוני. כך גם לא היתה מחלוקת כי הממונה נתן הסכמתו לאישור רשות החברות. המחלוקת בין הצדדים נוגעת לשתי סוגיות עיקריות: **האחת**, האם יושם האישור באופן שגוי, היינו, האם נתנו התובע והחברה פרשנות מוטעית לאישור הממונה. **והשנייה**, לאור הפרשנות הנכונה שיש ליתן לאישור – כיצד יש ליישמו.

28. בבואנו לבחון את אופן יישום האישור, יש לחזור ולבחון את מטרת האישור. ועל כך, כפי שציינו, לא היתה מחלוקת שהמטרה היתה **שימור רמת השתכרותו** של התובע ו**שמירה על רמת השכר הפנסיוני**. משכך, נטלה החברה את מלוא השכר שקיבל התובע על פי ההסכם האישי, שכר בסיס בצירוף רכיב השני"ג שהיווה אף הוא בסיס לפנסיה והמירה אותם למסגרת הרכיבים הקיימים בהסכם הקיבוצי החל על הצדדים. דא עקא, משלא ניתן היה למצוא בסיס להשוואה של מלוא השכר הפנסיוני, המירה החברה (בהסכמת הממונה) את ההפרש לתוספת אישית תוך שהוסכם כי ככל שהשכר ההסכמי יעלה (בהתווסף תוספת וותק וכיוצ"ב), תופחת במקביל התוספת האישית עד לשחיקתו הסופית. מטרת האישור **לא היתה להיטיב** את מצבו של התובע לעומת עובדים אחרים אלא כאמור **לשמור** על שכרו הפנסיוני שלא יגרע ולא יפגע עקב המעבר. מכאן, משכלל שכרו של התובע שכר בעבור שעות נוספות שאותן נדרש התובע לעשות במסגרת תפקידו הקודם, הגם שמספר השעות לא נקבע במפורש בהסכם (אם כי הוא מופיע במצורף לפניית מר אלמוג מיום 3.8.11 לקבל האישור והוערך כ-58.9 שעות נוספות ואילו בהחלטת הממונה הוא מוערך כ-47 שעות) והגם שלטענת התובע



הוא כמעט ולא ביצע עבודה בשעות נוספות, לא יכול להיות חולק שנדרש לכך במסגרת תפקידו, ומשחזקה היא כי תוספת השני"ג נקבעה בהסכם האישי בהתאם להלכות המקובלות, משמע היא אינה תוספת פיקטיבית אלא משולמת בעבור ביצוע שעות בפועל, גם אם ללא דיווח (ראו מכתבי הנמל מיום 21.6.10 בעניינו של יורם יחזקאל – נספח 9 לתצהיר התובע), הצדק עם הממונה כי התוספת האישית לשכר מגלמת בתוכה גמול בגין ביצוע שעות נוספות ואין מקום ליתן בגין עבודה זו תוספת גלובלית ובמקביל תוספת על פי דיווח.

מכאן, החלטת הממונה אשר בחנה את שיעור התמורה במועד ההסכם וקבעה כי הוא מתאים ל-47 שעות נוספות, שהן כ-11-10 שעות בשבוע, ובחנה את השחיקה – תוך התאמתה מידי שנה בשנה לשחיקת התוספת, ואשר קבעה כי רק לאחר מלוא שחיקת התוספת יהא התובע זכאי לקבל גמול בעבור תוספת שעות נוספות על פי דיווח, עומדת במבחן הסבירות ולא מצאנו מקום לבטלה. טענת התובע כי השני"ג אינו נכלל בתוספת האישית לא זו בלבד שאינה עומדת במבחן הסכומים, אלא שאם ייקבע כי היא נלקחה

--- סוף עמוד 14 ---

בחשבון כחלק משכר היסוד, תהא המסקנה שהתובע לא יהא רשאי לעולם לקבל גמול שעות נוספות על פי דיווח. בענין זה החלטת הממונה מטיבה על התובע שכן עם סיום השחיקה או אם עולות השעות המבוצעות בפועל על התוספת האישית ההולכת ונשחקת, לא תהיה מניעה לתובע לקבל גמול שעות נוספות בעבורן.

29. **אשר להפחתה של גובה התוספת האישית כתוצאה מגידול ברכיב הפרמיה –** גם כאן אנו סבורים שהצדק עם הממונה. משקבע האישור כי **"שמירת שכרם הפנסיוני של העובדים תתבצע על ידי תשלום תוספת אישית בגובה הפרש שתיקטן בהתאמה ככל שיעשה שינוי בשכרו של העובד (התקדמות בדרגות, עלייה בשכר יסוד, עלייה באחוזי שיפטינג, תוספת ותק וכד')**" (הדגשה שלי – י.א.ש.), צודק הממונה בטענתו כי כל רכיב פנסיוני המשולם במסגרת השכר על פי ההסכם הקיבוצי ואשר מביא לעליה בשכר זה, נכלל במסגרת התשלומים שיש לקחת בחשבון לצורך הקטנת התוספת האישית. יוזכר כי מטרת האישור היתה **לשמור על השכר הפנסיוני ולא להגדילו**. משכך, ככל שנכללים תשלומי הפרמיה בשכר הפנסיוני, אין יסוד לטענת התובע כי אין לקחת בחשבון תשלומים אלה לצורך שחיקת התוספת האישית.

30. שונה הדבר בכל הנוגע **להצמדת התוספת האישית למדד** - גם בענין זה משמטרת הצדדים היתה **לשמור את רמת שכרו של התובע שלא ייפגע מהמעבר**, כאשר השכר כמו גם התוספת התעדכנו בהתאם למדד, זכאי גם התובע לעדכון התוספת בהתאם. עדכון זה מהווה שמירה על רמת השכר בהתאם להחלטה שקיבלה את



אישור הממונה ואינו מהווה הגדלה או הטבה החורגת מהאישור שניתן לו. טענת הממונה כי מדובר ב"צילום מצב" אין לקוראו כפשוטו צילום הסכום הקבוע, אלא כ"צילום" ערכו של הסכום שקיבל התובע ערב המעבר וערך זה נשמר על ידי הצמדתו למדד כפי שנעשה בעבר. פרשנות זו של החברה והתובע הן סבירות ואינן נוגדות את מהות האישור שניתן על ידי הממונה. קביעת הממונה כיום, עולה כדי שינוי באישור שנתן וחורגת ממתחם הסבירות. משפעלו הצדדים על פי האישור שנתן הממונה, אין הממונה יכול בדיעבד לשנות את החלטתו. משכך, החלטת הממונה בענין ביטול ההצמדה למדד, בטלה.

31. אשר לטענת ההסתמכות – מקובל עלינו כי התובע הסתמך על החלטת הממונה ששכרו לא ייפגע ועל כן, יש הגיון בהמשך הצמדת שכרו למדד ואולם, טענת התובע כי הוא זכאי לתשלום גמול שעות נוספות בגין דיווח בפועל בנוסף לגמול השנ"ג שלמעשה בלוע בשכרו, אינו בבחינת שמירה על הקיים אלא תוספת עליו. לא זו היתה כוונת האישור.

32. לא מצאנו כי התובע הרים את הנטל להוכיח כי החלטת הממונה היתה נגועה בשיקולים זרים ודין טענה זו להידחות. הממונה הסביר כי הענין הובא לפתחו לאחר שהוגשה תביעה של שתי עובדות להשוואת התנאים. אכן, הממונה לא הזדרז בבדיקתו ואולם מכאן ועד לקביעה כי החלטתו נעשתה משיקולים זרים, רחוקה הדרך.

### --- סוף עמוד 15 ---

33. אשר להשבה – כעולה מהחלטה הממונה מיום 12.1.19, עומד שיעור ההשבה (לאחר הפחתה של 70%) על הסך של 58,306 ₪. בית הדין הארצי בחן את סוגיית ההשבה בהיבט של חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 בפרשת קרן מחקרים, שם קבע:

**"בס' 2 לחוק עשיית עושר נמצא את האפשרות הניתנת לבית המשפט לפטור את הזוכה מחובת ההשבה כולה או מקצתה, כאשר אין ההשבה צודקת בנסיבותיו של העניין. עמד על כך בית המשפט העליון, בדעת רוב מפי השופט גרוניס בע"א 3760/03 עמרן נ. צמיר בקובעו, כי "הוראת הסעיף הינה רחבה ומאפשרת לפטור את הזוכה מחובת השבה במצבים רבים ושונים. לצורך הגדרת מצבים אלו על בית המשפט לבחון את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה ולאזן בין השיקולים השונים. נסיבות אשר ראוי לבחון במסגרת**

בחינה זו הן בין היתר, הנזק שיגרם מן ההשבה אל מול הנזק שיגרם בהעדר השבה, האשם היחסי ותום לבם של המעורבים...

הנה כי כן מילוי המסגרת בתוכן, באותן נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת, הושאר לפיתוח הפסיקה. בעניין אליעזר כהן ביקש השופט מצא להגדיר כמה עקרונות יסוד שבהם יש להתחשב בעת בדיקת השאלה בדבר "הנסיבות האחרות" שיבססו פטור מחובת ההשבה. ואומנם, נמצא בפסק הדין כמה עקרונות מנחים ולפיהם, תחולתה של ההגנה לפי ס' 2 לחוק תצטמצם בעיקרו של דבר, למי שהתעשרות הגיעה לרשותו כשהוא עצמו נהג בתום לב, דהיינו: "שבטעות הוא סבר, כי הוא בעל זכות שבדין וקבל את אשר ניתן לו ואם התרשל, רשלנותו אל המזכה הייתה גדולה משלו". הוסיף עוד השופט מצא וקבע:

"... גישה זו עושה צדק יחסי עם הצדדים. תכליתה של ההגנה האמורה היא לחלץ מחובת השבה את מי שנסיבותיו השתנו לרעה במידה העושה את חיובו בהשבה בלתי צודק. שינוי הנסיבות עשוי להתבטא, למשל, בכך שהזוכה כבר הוציא מרשותו את טובת ההנאה ושוב איננו יכול להחזירה לעצמו על מנת להשיבה למזכה. חיובו בהשבה, בנסיבות אלו, יגרום לו חסרון כיס. אם הזוכה הוציא את טובת ההנאה מרשותו, מתוך שהאמין בתום לב שקיבלה כדין ושהיא שייכת לו, יהא זה בלתי צודק לחייבו בהשבה, שהלוא אילו ידע, כי מה שהגיע לרשותו איננו מגיע לו על פי זכות שבדין, בוודאי לא היה מוציאו מרשותו. אך חיובו בהשבה לא יגרום לתוצאה בלתי צודקת, אם השיג את טובת ההנאה בעזרת מעשה פסול (מעשה

--- סוף עמוד 16 ---

עוולה מכוון, הפרת חוזה, ניצול לרעה של טעות הזולת וכדומה) או אף ברשלנות, אם רשלנותו הייתה גדולה מזו של התובע, או אם הוציא מרשותו את טובת ההנאה, למרות שכבר עמד

או הועמד על זכות התובע להשבה. " (ראו שם בעניין אליעזר כהן בעמ' 328).

פרופ' דניאל פרידמן בספרו על דיני עשיית עושר ולא במשפט עומד גם כן על שאלת "האשם" ככזו שיש לה משקל לעניין הפטור מחובת ההשבה. ... המחבר פרופ' פרידמן מוסיף עוד ומציין כי סיכויי ההשבה מושפעים מהתנהגותו של מקבל התשלום, והם יהיו טובים יותר במקרה של מצג שווא ואפילו הוא בתום לב מצד מקבל התשלום, לעומת מצב שבו אין הטעות נובעת מהתנהגותו של מקבל התשלום.

...

בספרו, מציין פרופ' פרידמן, כי ההגנה מכוח ס' 2 לחוק עשיית עושר נוהגת אצלנו בצורה כללית רחבה. לדבריו, כך היה בתקופה שלפני חקיקת החוק, כפי שבא לידי ביטוי בפסק הדין בעניין עיריית תל אביב, וקל וחומר לדעתו, לאחר חקיקת החוק. לדעתו, ההגנה של שינוי מצב תוכל לעמוד לנתבע אפילו לא היו הנסיבות כאלה שהמשלם חייב היה לנהל את החשבונות בינו לבין המקבל כפי שהיה בפסק הדין בעניין עיריית תל אביב, ואפילו לא היה בהתנהגות המשלם דבר (לעומת עובדת התשלום עצמו) ממנו היה המקבל יכול להסיק כי הוא זכאי לתשלום. לפי גישתו של פרופ' פרידמן: "מעמדו של מקבל התשלום ששינה מצבו יהיה עדיף, אם האחריות לטעות רבצה בעיקרה על המשלם, או לפחות אם רשלנות המשלם הייתה גדולה מרשלנותו" (ראו שם בעמ' 1191 וההפניות שם). ויודגש - ההגנה של "שינוי מצב" מותנית בקיום תום לב מצד המקבל" (ע"ע [704/06 קרן](#) מחקרים רפואיים פיתוח תשתית ושירותי בריאות – לורין קדם (23.9.2008); הדגשות שלי – י.א.ש.).

והדברים יפים גם בענייננו. אכן, לא נעלם מעינינו כי הממונה הפחית 70% משיעור ההשבה ואולם מעובדות שהובאו בפנינו, כאשר לתובע לא היה כל נגיעה ליישום המוטעה של ההסכם ולא היתה מחלוקת כי הדברים נעשו בתום לב של כל המעורבים בעניין. בנסיבות אלה, לאור הזמן שחלף, מצבו האישי של התובע (כמפורט במסמכים שהובאו בפנינו), הסתמכותו של התובע על התשלומים שקיבל כאשר מן הסתם כלכל צעדיו על בסיס שכר זה ועל כן דרישת ההשבה תשנה את מצבו לרעה, ובהתחשב בתום ליבו של התובע, סברנו כי זה המקרה שבו מן הראוי לבטל את ההשבה הרטרואקטיבית (ראו בענין דומה ע"ע

39/99 אסרף – מדינת ישראל (1.11.2001); ראו גם ע"א 780/70 עיריית ת"א - ספיר (26.9.1971) והחלטת הממונה בענין חובת ההשבה – בטלה.

--- סוף עמוד 17 ---

#### אחרית דבר

34. על יסוד כל האמור, אנו מורים כי תביעות התובע לביטול החלטת הממונה בכל הנוגע לתשלום שעות נוספות והפחתת התוספת האישית בשל הפרמיה – נדחות.

החלטת הממונה לביטול הצמדת התוספת האישית למדד וכן ההחלטה המורה על השבה בשיעור 30% - בטלות.

בנסיבות הענין – יישא כל צד בהוצאותיו.

זכות ערעור לבית הדין הארצי לעבודה ירושלים, תוך 30 יום.

ניתן היום, כ"ח' שבט תשפ"ב, (01 פברואר 2022), בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.

---

מר נתן חיים  
נציג ציבור (מעסיקים)

---

יעל אנגלברג שהם  
שופטת

---

מר שרון מיכל  
נציג ציבור (עובדים)

יעל אנגלברג 54678313  
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה