|  |
| --- |
| **בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו** |
|  |
| סע"ש 46238-04-13 | 16 נוב 201646238-04-13 |
|  |
| **השופטת** | חופית גרשון-יזרעאלי - אב"ד |
|  |
| **תובע (נתבע שכנגד)** | רועי נוסבאוםע"י עו"ד אורטל מור |
|  |
|  | **- נגד -** |  |
|  |
| **נתבעים (תובעת שכנגד)**  | 1. בתים ניהול נכסים (ל.ב) בע"מ2. יוסי ברוקע"י עו"ד שמלה |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|   |

מר נוסבאום, הוא התובע והנתבע שכנגד בתביעה שלפנינו, עותר לתשלום זכויות בגין תקופת עבודתו כמנהל אחזקה ובגין סיומה. התביעה מופנית נגד חברת בתים ניהול נכסים (ל.ב.) בע"מ (להלן גם: "החברה"), ונגד בעליה ומנהלהּ, מר יוסי ברוק.

כמו כן, הוגשה תביעה שכנגד של החברה נגד מר נוסבאום, בטענה כי זה הפר את חובת תום הלב והנאמנות כאשר הקים עסק מתחרה עוד בהיותו עובד החברה, תוך שימוש במשאבי החברה וחתירה תחת האמון שניתן בו, ואף גזל לקוח ותיק ורווחי מן החברה.

**עיקרי העובדות**

1. חברת בתים ניהול נכסים (ל.ב.) בע"מ היא חברה המספקת שירותי ניהול למבנים. לטענת מר נוסבאום, עיסוקה של החברה במתן שירותי ניקיון ואחזקה.
2. מר נוסבאום הועסק כמנהל פרויקטים, אב בית במבנים, מיום 1.1.09 ועד ליום 21.12.12.
3. תחילה, הועסק מר נוסבאום על ידי מר ברוק באופן אישי, ולאחר מכן, לאחר שהוקמה החברה בחודש ינואר 2011, החל להיות מועסק על ידה.
4. שכרו של מר נוסבאום השתקף בתלושי השכר (נספח ב' לתצהיר מר נוסבאום), וערב סיום עבודתו עמד על סך 9,564 ₪, בצירוף דמי נסיעות בסך 500 ₪ לחודש.
5. במסגרת תפקידו, היה מר נוסבאום אחראי על ניהול מספר פרויקטים, לרבות ניהול מרכז מסחרי באזורי חן, ברחוב אורי צבי גרינברג בתל אביב.
6. במהלך שנת 2011 החל התובע להעניק שירותי תחזוקת מבנים באופן עצמאי, בפועל סופקו השירותים בין היתר באמצעות חמו, מר אבי מוסקוביץ. הצדדים חלוקים בשאלת היקף הזמן שהקדיש התובע לעסקיו הפרטיים בתקופת עבודתו בחברה.
7. מר נוסבאום התפטר מן העבודה, והודיע על כך ביום 12.12.12.
8. החוזה בין החברה לחברת נכסי ים בע"מ, היא החברה המנהלת את המרכז המסחרי באזורי חן, הסתיים ביום 31.12.12. ההתקשרות הוארכה לחודשיים והחברה המשיכה לספק שירותים במקום עד לסוף חודש פברואר 2012. מיום 1.3.16, החל מר נוסבאום לספק שירותי ניהול ואחזקה במרכז המסחרי באזורי חן, תחת החברה.**טענות הצדדים**אלה הן טענותיו העיקריות של מר נוסבאום:
9. על יחסי העבודה בין הצדדים חל צו ההרחבה בענף מפעלי הניקיון והתחזוקה מיום 19.9.79 (להלן גם: "צו ההרחבה" או "צו ההרחבה בענף הניקיון"). הנתבעים עוסקים במתן שירותי ניקיון ואחזקה, וכך הגדירו בתביעה שכנגד. מר נוסבאום שימש כאיש אחזקה בבניינים בהם שובץ ולעתים אף ביצע עבודות ניקיון. גב' ברוק אף העידה כי החברה העסיקה 8- 10 עובדים, חלקם עובדי ניקיון.
10. מר נוסבאום זכאי להפרשי שכר מינימום ותמורה בגין עבודה בשעות נוספות. מר נוסבאום עבד במספר אתרים מרוחקים זה מזה ולכן נאלץ לפצל את זמנו ולהקדיש ליום העבודה שעות רבות, מעבר לתחום יום העבודה הרגיל. שעות עבודתו הרגילות היו בימים א' ה מהשעה 8:00 עד 17:00 ובימי ו' מהשעה 8:00 עד 15:00 לפחות. מר נוסבאום נדרש לזמינות אף מעבר לשעות אלה, לצורך קריאות דחופות של דיירים או לקוחות. אף בחוזה שבין החברה למרכז המסחרי איזורי חן, נרשם כי אב הבית יהיה זמין טלפונית ככל שיידרש לפתרון בעיות (נספח א' לתביעה שכנגד), מעבר ל- 4 שעות נוכחות לפחות. במקביל לעבודה באזורי חן שובץ התובע לעבוד בבניין בשכונת אפקה בתל אביב. מר נוסבאום התכתב עם הנתבעים בכל שעות היממה. טענת הנתבעים לפיה מר נוסבאום הונחה שלא לעבוד בשבת לא הוכחה. מר נוסבאום נדרש לעבוד בשעות נוספות, בערבים ובסופי השבוע, ללא תמורה.
11. החברה לא ערכה מעקב אחר שעות העבודה של מר נוסבאום ויתר העובדים, אלא החל מחודש דצמבר 2012, חודש עבודתו האחרון של מר נוסבאום. נטל ההוכחה בתביעת עובד לתשלום שכר עבודה, לרבות גמול בגין עבודה בשעות נוספת, חל על המעסיק. על מעסיק שלא הציג דוחות נוכחות, להפריך את גרסת העובד עד להיקף של 60 שעות נוספות בחודש. בנסיבות אלה, זכאי התובע לתמורה בגין 50 שעות בחודש בשיעור 125% משכרו, וכן 10 שעות בחודש בשיעור 150% משכרו. מר נוסבאום זכאי לגמול עבודה בשעות נוספות משך 23 חודשי עבודה ממר ברוק, בסך 88,699.5 ₪, ולגמול מהחברה בגין 23 חודשי עבודה בסך 88,699.5 ₪, בתוספת פיצויי הלנת שכר או הפרשי הצמדה וריבית.
12. מר נוסבאום זכאי לפיצוי בגין אי ביצוע הפרשות פנסיוניות לתגמולים לפי צו ההרחבה בענף מפעלי הניקיון והתחזוקה, בשיעור 6% משכרו מהיום הראשון לעבודתו. בפועל הופרשו הפרשות בהתאם לצו הכללי במשק. ההפרשות היו רטרואקטיבית מיום 1.1.11, בשיעור 5% משכרו, וכן שולם למר נוסבאום בחודש יוני 2011 סך 3,495.6 ₪ בגין הפרשות בחסר בעבר. הנתבעים חבים למר נוסבאום פיצוי בגין השלמת ההפרשות לפנסיה, בסך 9,384 ₪.
13. בהתאם לצו ההרחבה, היה על הנתבעים להפרשי הפרשות לפיצויים בשיעור 8.33% משכר העובד. מיום 1.1.11 הפרישו עבור מר נוסבאום הפרשות בשיעור זה. לפיכך, זכאי מר נוסבאום לפיצוי חלף ההפרשות לפיצויים בחסר, בסך 11,556 ₪.
14. מר נוסבאום זכאי להשבת רכיב ההודעה המוקדמת שקוזז משכרו האחרון בסך 4,347.3 ₪. מועד סיום עבודתו של מר נוסבאום תואם עם מר ברוק כאשר העובד הודיע על התפטרותו. מר נוסבאום היה מוכן לתת הודעה מוקדמת בת חודש ימים אולם הצדדים הסכימו לקצר את התקופה.
15. מר נוסבאום זכאי לפיצוי בגין הפרת חוק הודעה לעובד (תנאי עבודה). מר נוסבאום מעולם לא הוחתם על חוזה העסקה ולא נמסרה לו הודעה המפרטת את תנאי עבודתו.
16. תלושי השכר שנמסרו למר נוסבאום לא כללו את פרטי השכר, לא צוין מספר שעות העבודה הנכון מדי חודש ולא נוהל מעקב אחר ימי החופשה והמחלה. לאור ההפרה הממושכת של הוראות חוק הגנת השכר, מר נוסבאום זכאי לפיצוי בסך 5,000 ₪ בגין כל תלוש שכר לא תקין, ובסך הכל לפיצוי בסך 60,000 ₪ מהחברה ולפיצוי בסך 115,000 ₪ מאת מר ברוק.
17. אין כל התייחסות בסיכומי החברה ומר ברוק לטענות מר נוסבאום בעניין הפרשות לפנסיה, הודעה מוקדמת, פיצויי פיטורים ופיצוי בגין אי מתן הודעה לעובד.
18. אשר לתביעה שכנגד טוען מר נוסבאום כך:
	* בחודש ספטמבר 2011 מסר מר מוסקוביץ, חמו של מר נוסבאום, למר נוסבאום כי בבניין מגוריו בפתח תקווה מחפשים איש אחזקה. מר מוסקוביץ עבד בעבר אצל מר ברוק ויכול היה לספק את מרבית שירותי האחזקה בעצמו. מר נוסבאום החל לספק שירותי ניהול בבניין בו מתגורר חמו, בסיוע אשתו, שלא עבדה באותה עת בעבודה קבועה, וחמו. מעורבות מר נוסבאום במתן השירותים הייתה מינימאלית, בעיקר בסופי שבוע.
	* מר נוסבאום לא עדכן את מר ברוק בנושא, לאור המעורבות האישית המינימאלית שלו והריחוק הגאוגרפי בין מקומות העבודה של מר ברוק בתל אביב לבניין בפתח תקווה.
	* לאחר שלושה- ארבעה חודשים, הוצע למר נוסבאום לספק שירותי ניהול אף בבניין סמוך בפתח תקווה. המעורבות האישית המשיכה להיות מינימלית.
	* במאי 2012 או סמוך לכך הצטרפה גב' לאה ברוק לניהול החברה. היחסים בין מר נוסבאום לגב' ברוק לא עלו יפה. באותה עת החל מר ברוק להתחמק מלהשיב לפניות מר נוסבאום והיחסים הפכו מרוחקים. במקביל, החל מר נוסבאום לקבל הצעות עבודה פרטיות נוספות. לפיכך, החליט מר נוסבאום להתפטר מן העבודה.
	* בעקבות עזיבתו, מר נוסבאום קיבל מכתבי תודה מלקוחות בהם טיפל. בתחילת חודש ינואר 2013, לאחר תום תקופת עבודתו של מר נוסבאום בחברה, פנו אליו מחברת הניהול של המרכז המסחרי באזורי חן וביקשו להיפגש עמו על מנת לבחון את יכולתו ליטול על עצמו את ניהול המרכז. הדבר היה לאחר תום ההתקשרות בהתאם לחוזה הניהול הקודם שהיה. לאחר ניהול משא ומתן, נחתם ביום 19.2.13 הסכם בין מר נוסבאום למרכז המסחרי בדבר מתן שירותי ניהול החל מיום 1.3.13. גב' ברוק ניסתה לפנות לנציג המרכז המסחרי ולהשחיר את שמו של מר נוסבאום על מנת להרתיע מהתקשרות עמו.
	* החברה שהייתה חתומה על הסכם הניהול במרכז המסחרי באזורי חן אינה החברה הנתבעת כאן, אלא חברת י.ב בתים ניהול נכסים בע"מ. החברה התובעת כאן אינה יכולה לתבוע נזקים נטענים בנושא זה.
	* מר נוסבאום לא התחמק מביצוע עבודתו, לא ניצל את משאבי החברה ולא הפר את חובותיו כלפיה. בחודש ספטמבר 2012 ניתן למר נוסבאום בונוס בסכום נכבד לאור שביעות הרצון מתפקודו. מר נוסבאום לא היה חתום על הסכם שמנע ממנו לעבוד בעבודה נוספת, ולא הוכח כי ניצל את זמן עבודתו לעבודה בעיסוק הנוסף. אלו הן טענותיהן העיקריות של מר ברוק ושל החברה:
19. החברה היא חברה ניהולית, שתפקידה ניהול ואחזקת מבנים. כחלק מן העשייה היא מעניקה שירותי ניקיון ותחזוקה באמצעות קבלני חוץ, אך עסקה הוא בניהול נכסים, והיא אינה חברת ניקיון. צו ההרחבה בענף הניקיון אינו חל על החברה. אף כאשר פנתה באת כוח בשמו של מר נוסבאום לחברה, היא הגדירה את עיסוקו כ"מנהל נכסים ופרויקטים". התובע לא הועסק מעולם בניקיון.
20. מר נוסבאום זנח את הטענות בדבר העסקתו על ידי שני מעסיקים, וראה בחברה את הישות היחידה האחראית. אין לייחס אחריות אישית למר ברוק.
21. עוד בתקופת עבודתו של מר נוסבאום, החל להעתיק את מבנה החברה לעסק אותו הקים. במהלך עבודתו בחברה מר נוסבאום תפעל עסק מתחרה, העניק שירות ללקוחותיו בזמן העבודה והתחרה בחברה. מר נוסבאום פעל במודע ובמתכוון להרשים את מנהלי המרכז. עדותו של עו"ד שי עמית התגלתה כשקרית. מהעדויות עולה כי עוד שמר נוסבאום עבד בחברה, הוא ניהל משא ומתן וסיכם את העסקה עם עו"ד שי עמית.
22. בהתאם לאתר האינטרנט של העסק של מר נוסבאום, העסק פעיל משנת 2008 ובעל קהל לקוחות נרחב המקבל הזמנה בהיקף מידי 24/7. לאחר הגשת התביעה שונה מיד דף האינטרנט והוסרה רשימת הפרויקטים. מדובר ברשימת לקוחות אמתית אשר טופלו על ידי מר נוסבאום ועסקו. מר נוסבאום לא ראה כל פסול בכך שבזמן עבודתו בחברה עבד גם לטובת עצמו ועסקו.
23. לא ניתן לנהל בניין ללא נוכחות פיזית יומיומית על מנת לתת שירות, גם כאשר שוכרים שירותים מקבלני משנה. טענת מר נוסבאום כי ניהל בניינים ללא נוכחות פיזית אינה אמת.
24. מר נוסבאום ניהל שני פרויקטים מטעם החברה, ולכל אחד היה צריך לספק עבודה בהיקף של 4 שעות ביום. הדבר היה ידוע ומר נוסבאום מעולם לא טען שאין די בהיקף זה. בדיעבד התברר שבאותו זמן עבד במתן שירות ללקוחות פרטיים.
25. מר נוסבאום לא עבד שעות נוספות ולא עבד בשבתות וחגים. הנתבעים הם שומרי שבת ואוסרים על עובדיהם לעבוד בשבת. איש מן העדים מטעם התובע לא העיד כי התובע עבד בשבת. החברה נותנת לנציגות כל פרויקט רשימה של ספקי חירום לשעת חירום בשבת, ומראש מוסכם כי יפנו לאותם ספקים ככל שיתעורר הצורך בשבת. החברה היא חברת ניהול ואינה מבצעת עבודות תחזוקה בעצמה. העבודה נעשית על ידי אנשי מקצוע שהחברה מזמינה. גם עבודות הניקיון בוצעו על ידי קבלנים ומר נוסבאום לא עבד כעובד ניקיון.
26. מר נוסבאום לא היה עובד משרד. אופי עבודתו חייב חלוקה בין שני מוקדים ולא אפשר מעקב אחר שעות עבודתו. מר נוסבאום עשה ככל העולה על רוחו ונהנה מאמונו של מר ברוק. היחסים היו רציפים ואפילו חבריים. מעולם לא טען מר נוסבאום כי הועסק בשעות נוספות ללא תמורה.
27. מר נוסבאום לא היה זמין לקריאות, עשה ככל העולה על רוחו, הגיע לעבודה בזמנים שבחר. החברה ניסתה להקל על עבודתו ורק בדיעבד התברר שלא העבודה הקשתה עליו אלא העובדה שבסתר נתן שירותים לבתים רבים וללקוחות דרך עסק מתחרה. השירותים ניתנו על ידו אישית.
28. מר נוסבאום לא עבד יותר ממשרה מלאה, ואף את המשרה אותה היה צריך לעבוד ניצל לטובת מתחרה. מעולם לא התלונן על צורך בעבודה בשעות נוספות.
29. מלוא הזכויות הסוציאליות שולמו, לרבות השלמת הפרשות לפנסיה.**ההליך המשפטי**
30. במסגרת שלב ההוכחות העידו לתמיכה בתביעה מר נוסבאום; אשתו, גב' נטע נוסבאום; חמו- אב אשתו- מר אבי מוסקוביץ'; ועו"ד שי עמית, אשר ייצג את חברת נכסי מגדל ים בע"מ בחוזה עם החברה לניהול המרכז המסחרי.מטעם הנתבעים, הם התובעים שכנגד, העידו מר ברוק; אשתו, גב' לאה ברוק; מר ליסנדרו לוין, קבלן ניקיון המספק שירותים לחברה; וגב' אביטל צוברי, מנהלת החשבונות של החברה.**דיון והכרעהתביעתו של מר נוסבאום**
31. בפתח הדברים נתייחס קצרות לטענת מר ברוק בסיכומים, לפיה אין להטיל עליו אחריות אישית להעסקת נוסבאום. אין חולק, כי בחלק מתקופת העסקתו של מר נוסבאום, עד למועד הקמת החברה בחודש ינואר 2011, הועסק מר נוסבאום אישית על ידי מר ברוק. בנסיבות אלה, תמוהה הטענה לפיה החברה היא הישות האחראית היחידה כלפי מר נוסבאום, ודינה להידחות.**תחולת צו ההרחבה בענף הניקיון**
32. השאלה הראשונה העומדת להכרעה בתביעתו של מר נוסבאום, היא שאלת תחולת צו ההרחבה בענף הניקיון על היחסים שבין הצדדים.
33. נטל ההוכחה לעניין תחולת צווי ההרחבה על יחסי הצדדים רובץ על כתפיו של העובד, הטוען לתחולה.ראו: ע"ע (ארצי) 18/99 יפה אפרימי - לילה עבד, (9.7.00) (להלן: "עניין אפרימי"), שם נפסק כי:**"שאלת תחולתו של צו הרחבה, "היא שאלה שבעובדה המשולבת בקביעה משפטית לגבי סיווג עסקו של המעביד" (דב"ע נג/3-125 אלכס שרר - רהיטי דימור בע"מ, פד"ע כז 158, 160 מול האות ג'), ולעניין זה ניתן גם להזדקק לסיווג האחיד של משלחי יד, שנקבע על ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (ר' דב"ע לו/5- 6 הנ"ל; דב"ע נו/3-272 עוף טנא תעשיות (1991) בע"מ - מואסי מוחמד עבד אלעזיז (לא פורסם))כמו כן, כאשר קיים ספק אמיתי בעניין תחולתו של צו הרחבה, יש לבחון את מכלול העניין ולתת משקל גם לפעילות העיקרית במפעלו של המעביד (ר' דב"ע נב/6-4 קרן הביטוח והפנסיה של פועלי הבנין ועבודות ציבוריות - חברת תריסי חן בע"מ, פד"ע כה 141 ,137 מול האות ז'; דב"ע נג/3-125 הנ"ל, בע "מ 161 מול האות ה')".**
34. הצדדים חלוקים בשאלה, האם עיסוקה של החברה בתחום הניקיון והתחזוקה. שאלה זו תוכרע על פי מבחן עיקר העיסוק של הנתבעת.ראו: דב"ע (ארצי) נג/3-125 אלכס שרר – רהיטי דימור בע"מ, פד"ע כז 158, (1993).
35. לטענת מר נוסבאום, קיימת הודאת בעל דין בתביעה שכנגד (סעיף 2) אשר לכך שהחברה נותנת שירותי ניקיון ואחזקה, והוא עצמו תפקד גם כעובד תחזוקה שוטף בבניינים בהם שובץ לעבודה ולעתים אף ביצע עבודות ניקיון. התובע סמך טענותיו על פסק הדין בעניין דמ"ש (ב"ש) 2160/09 גילה סנבטו - מגורי איכות בבאר שבע בע"מ (28.11.10), (להלן גם: "ענין סנבטו"), שם הוחל לדבריו צו ההרחבה על חברה העוסקת במתן שירותי אחזקה וניקיון, לרבות ניקיון בבניינים רבי קומות.
36. החברה הכחישה את תחולת צו ההרחבה, וטענה להיותה חברה מנהלת, המתקשרת עם קבלני משנה לצורך אספקת השירותים בפועל, לרבות שירותי הניקיון והתחזוקה.
37. לאחר שקילת טענות הצדדים, לא מצאנו כי מר נוסבאום הוכיח את תחולת צו ההרחבה, ואין הנסיבות בעניין סנטבו דומות לענייננו, ונפרט.
38. בעניין סנטבו שימשה התובעת עצמה כעובדת ניקיון. בענייננו, אין חולק, כי מר נוסבאום עצמו לא שימש כאיש ניקיון, וגם לטענתו נדרש לעבודות ניקיון רק כאשר עובדי הניקיון לא הגיעו ולעתים ביצע תיקונים בכוחות עצמו, כדי לחסוך הזמנת אנשי מקצוע (סעיף 12 לתצהיר מר נוסבאום). משמע, עבודתו הרגילה של מר נוסבאום לא כללה, בהגדרתה, עבודות ניקיון ותחזוקה, אלא אחריות על ניהול המקום, ובפרט פיקוח על קבלני משנה, בעלי מקצוע שונים. מר נוסבאום עצמו מתאר שורת תפקידים שהיוו חלק מעבודתו השוטפת (סעיף 10 לתצהירו), גביית מיסי ועד או דמי ניהול, מענה למקרי חירום, מענה לבקשות שונות של הדיירים וטיפול במצבי חירום. מן התיאור ברור, כי אף אם נדרש לעתים לעבודות ניקיון ותחזוקה, לא היוו אלה את עיקר עבודתו.
39. מעיון בהסכם הניהול בין החברה לבעלי המרכז המסחרי באזורי חן (נספח לכתב התביעה שכנגד), עולה כי תפקידה של החברה במקום כלל אחריות על שורה ארוכה מאד של שירותים, לרבות ניהול, הפעלה, אחזקה, חידוש, ניקיון, תאורה, שמירה, גינון וביטוח. מרבית השירותים אינם נכנסים לגדר הגדרת שירותי ניקיון ואחזקה.
40. מר נוסבאום לא הציג נתונים מסודרים ביחס ליתר עובדי החברה. גב' ברוק העידה לפנינו בהקשר זה, ועדותה לא נסתרה, כי בתקופה הרלוונטית הועסקו בחברה כ- 8- 10 עובדים, מתוכם רק עובד ניקיון אחד או שניים (עמוד 159 שורה 29- עמוד 160 שורה 10):**"ש:כמה** **עובדים מועסקים בחברה ,****ת:מתי היום?****ש:לא , בתקופה הרלוונטית ,****ת:אני לא זוכרת כרגע , אני** **לא ,** **ש:בערך אנחנו מדברים על חמישה שישה או אנחנו** **מדברים על 20 ? בערך , לא ,****ת:אני לא זוכרת , אני , יותר לכיוון** **השמונה תשע עשר אולי ,****ש:אוקי , חלק מהם היו עובדי ניקיון?****ת:היה** **לנו עובד אחד או שתיים ,****ש:ועובדי , עובדי** **אחזקה?ת:אחזקה לא, זאת** **אומרת כולם מנהלים, יש כאלה שהם מוצלחים, מתקנים כמה דברים,** **מחליפים מנורות אבל בגדול אנחנו, חברה שנותנת שירותי ניהול****, אם יש בעיה של פיצוצי צנרת, חשמלאי וזה,** **אנחנו מזמינים מבחוץ, כנ"ל שירותי ניקיון",**
41. בנסיבות אלה, לא הוכיח התובע את תחולת צו ההרחבה בענף הניקיון.
42. לאור העובדה כי תביעתו של מר נוסבאום להפרשים בגין הפרשות לתגמולים ולפיצויים, והתביעה לפיצויי פיטורים, מושתתות על הטענה בדבר חלותו של צו ההרחבה בענף התחזוקה והניקיון על החברה, נדחית התביעה בכל הנוגע לרכיבים אלו.**תמורה בגין עבודה בשעות נוספות**
43. ביום 1.2.09 נכנס לתוקפו תיקון 24 לחוק הגנת השכר, התשי"ח – 1958 (להלן: "חוק הגנת השכר"), ובסעיף 26ב לחוק נקבע כי:**"בתובענה של עובד לתשלום שכר עבודה, לרבות גמול שעות נוספות או גמול עבודה במנוחה השבועית, שבה שנויות במחלוקת שעות העבודה שבעדן נתבע השכר, תהא חובת ההוכחה על המעביד כי העובד לא עמד לרשות העבודה במשך שעות העבודה השנויות במחלוקת, אם המעביד לא הציג רישומי נוכחות מתוך פנקס שעות עבודה, ככל שהוא חייב לנהלו".** חובת ההוכחה החלה על המעסיק, כאמור, היא עד ל- 60 שעות נוספות לחודש.
44. ביחס לתקופה שקדמה ליום 1.2.09 חלה ההלכה שנפסקה בעניין ע"ע (ארצי) 212/06 ימית א. ביטחון (1988) בע"מ - אלי אפרים, (12.11.08),לפיה יועבר נטל ההוכחה למעסיק בכל הנוגע לשעות עבודתו של העובד, כפוף להוכחת "דבר מה ראייתי" על ידי העובד.ראו גם: ע"ע (ארצי) 280/08 אושרי זגורי - חברת השמירה בע"מ, (3.5.10); עע (ארצי) 10219-12-12 אלעד אטיאס - מ.י.ר שרותי מזון בע"מ, (2.3.16), שם נפסק בהאי לישנא:**"...נפסק כי "הפרת מחויבות המעסיק, ואי הצגת פנקס שעות עבודה מסודר על ידו, מובילה להגמשת נטל הראיה המוטל על העובד בכל הנוגע להוכחת היקפן המדויק של השעות הנוספות שביצע, ובמקרים המתאימים גם להעברת הנטל למעסיק בקשר לכך" [ע"ע (ארצי) 211/10 ארקדי נדצקי - שמירה וביטחון הצפון בע"מ, (11.5.2012)]. יובהר, כי העובד לא נדרש להוכיח מתכונת עבודה קבועה חוזרת ונשנית, דהיינו כי עבד בימים קבועים ובשעות קבועות, אלא די בכך שיוכיח כי מסגרת עבודתו כללה באופן קבוע עבודה בשעות נוספות, כאשר על בית הדין לקבוע על יסוד מכלול העדויות והראיות שלפניו אם העובד עבד בשעות נוספות, את היקף עבודתו בשעות נוספות שהוכח, עת את התשלום המגיע לעובד ניתן לקבוע גם בדרך של אומדנה מחושבת".**
45. למען הסר ספק יובהר, כי בהתאם לפסיקה עבודה מחוץ לחצרי המעביד אינה מצדיקה, כשלעצמה, החלה שונה של חוק שעות עבודה ומנוחה.ראו: ע"ע (ארצי) 300271/98 טפקו-ייצור מערכות בקרה אנרגיה ומתקנים לשמירת איכות הסביבה בע"מ - מנחם טל, פד"ע לה 703 (2000).
46. לטענת מר נוסבאום, תפקידו דרש זמינות תמידית, כאשר גם בשעות הערב ובסופי השבוע נענה לבקשות ולדרישות הדיירים בבתים אשר היה מופקד על ניהולם (סעיף 10 לתצהיר התובע). מר נוסבאום אף צירף דוגמאות להתכתבות בעניין נזילה בבניין וטיפול בעניינים דחופים (נספח יד לתצהירו), המשקפת לעמדתו עבודה בסופי שבוע.
47. החברה טענה, באופן כללי, כי מר נוסבאום לא עבד מעבר למסגרת השעות של משרה מלאה, ובפרט לא עבד בשבתות וחגים. לא הוצגו דוחות נוכחות של מר נוסבאום, ונטען כי הוא התבקש לחתום על כרטיס נוכחות, אך עשה הכול כדי שלא לדווח על נוכחותו (סעיף 12ג לתצהיר מר ברוק). עם זאת, לא הובאה כל ראיה לניסיון של ממש לנהל מעקב נוכחות במהלך תקופת העבודה הממושכת. נראה, כי רק כחודשיים לפני סיום עבודתו של מר נוסבאום נעשה ניסיון להטמיע מערכת מעקב אחר שעות העבודה. מהלך המלמד על כך שניתן היה לפקח על שעות העבודה גם קודם לכן.
48. כמו כן, לא הוכחה הטענה הכללית לפיה התובע לא השלים את שעות העבודה הרגילות. בהקשר זה הביאה החברה לעדות את גב' אביטל צוברי, אשר מקום עבודתה היה במרכז המסחרי על ניהולו היה מר נוסבאום מופקד. מחקירתה הנגדית של גב' צוברי עלה בבירור, כי גב' צוברי לא הייתה מודעת באופן מלא למקומות עליהם הופקד מר נוסבאום במסגרת עבודתו (עמוד 152 שורות 23 – 30); ולצורך עבודתו בשעות הערב. כמו כן, לא ידעה היכן שהה התובע בשעות עבודתו:**"ש:הבנתי , אני אומרת לך שרועי הצהיר, הגיש תצהיר על זה** **שהיו כמה מקרים שהדיירים באמת היו לחוצים והוא זה שהגיע** **לפתוח את המקלט בשעות הערב,****ת:אני לא יודעת אני לא** **אחראית עליו,****ש:את לא יודעת,****ת:אולי,****ש:אבל יכול להיות שזה קרה,****ת:אין לי מושג,****ש:היו** **מדי פעם שרועי קיבל שיחות טלפון מלקוחות שאת לא יודעת** **עליהם?****ת:ברור, אני לא, לא הלכתי איתו יד** **ביד במהלך כל יום העבודה,** **ש:אז את לא יודעת** **מידיעה אישית איפה הוא היה בכל רגע נתון איפה הוא** **הסתובב,****ת:אין לי מושג"** (עמוד 155 שורות 17- 29).לאור האמור, אין בעדותה של גב' צוברי כדי לתמוך או לבסס את הטענה לפיה התובע לא התייצב לעבודתו הסדירה באופן מלא, כפי שנדרש ממנו.
49. במסגרת עדותה של גב' ברוק, העידה כי על אב הבית להיות זמין גם בשעות הערב לקריאות:**"ת:בשעות הערב הם מזעיקים או את אב הבית, או את יוסי, כעיקרון אב הבית אמור ללכת לתת שירותים ואם לא יוסי מגבה אותו" (**עמוד 164 שורות 15 – 16).
50. זו אף זו, מעיון בהתכתבות שצירף מר נוסבאום (נספח יד לתצהירו), עולה כי החברה הייתה מודעת לכך שלעתים התעורר צורך בנוכחות בשעות הערב במקומות העבודה. כך, בדוא"ל של מר נוסבאום מיום 3.12.12, הוא מפרט, בין היתר, כי:**".. הייתי בראשון שני שלישי ורביעי שעבר כל פעם 45 דקות באפקה בשמונה בערב.לפני האחרון, הייתי באזורי חן עקב ריבוי אזעקות אש. גם בשישי וגם בשבת בשני סופשי שבוע" (הטעות במקור)** לא הוצגה לפנינו תשובה מאת החברה למכתב זה, אולם צורפה התכתבות המשך בהקשר זה, בין גב' ברוק למר ברוק, במסגרתה פונה גב' ברוק ושואלת:**"יוסיהאם ניתן להגיש לו שלא יבוא בערבים ללא אישור מאיתנו??"**תשובת מר ברוק לא הוצגה, וכאשר נשאל בנושא בחקירתו הנגדית, השיב בזו הלשון:**"עו"ד מור: אבל אחרי שלאה מעדכנת אותך, יוסי, מעבירה לך את המייל, קראת אותו, לא טרחת לשלוח לרועי איזה שהוא משהו על זה,ת. לפחות לא מופיע, לא זוכר, אולי שלחתי, לא, כנראה שלא."** (עמוד 124 שורות 29 – 31).ברי מהתכתבות זו, כי עד לחודש דצמבר 2012, הוא חודש סיום עבודתו של התובע, עצמה החברה עיניה ולא דרשה ממר נוסבאום דיווח נפרד, או אישור, לעבודה בשעות הערב, מעבר למסגרת השעות הרגילה.
51. אף מהעתקי המסרונים שצירף מר ברוק עצמו לתצהירו (נספח א'), עולה כי השניים התכתבו לא מעט בענייני עבודה גם לאחר שעות העבודה, בשעות הערב (לשם הדוגמא ביום 6.9.12; 12.9.16; 13.9.16; 22.10.16; 25.10.16; 4.12.12).
52. יצוין, כי בתלושי השכר של מר נוסבאום לחודשים פברואר ומאי עד נובמבר 2012, מופיע בחלק הנתונים הנוספים כאילו עבד 200 שעות מדי חודש.
53. בנסיבות אלה, מתייתר הצורך להידרש למחלוקת בין הצדדים ביחס לעבודה בשבת, שכן הוכח כי מר נוסבאום עבד שעות נוספות בשעות הערב, בהיקף שעות משמעותי, ששיעורו אינו ידוע באופן מדויק. לפיכך, זכאי מר נוסבאום לתמורה בגין עבודה בשעות נוספות.
54. הגמול בגין עבודת מר נוסבאום בשעות נוספות נתבע על דרך האומדנה, כאשר מבוקש לפסוק תמורה בגין 60 שעות נוספות בחודש, היקף השעות אשר לגביו נטל ההוכחה מוטל על המעסיק. שאלת התחשיב והיקף השעות שיש לפסוק בגינן תמורה תידון בהמשך הדברים, לאחר השלמת ניתוח טענות הצדדים והראיות, לרבות בעניין התביעה שכנגד.**קיזוז חלף הודעה מוקדמת**
55. אין חולק, כי מר נוסבאום הודיע על התפטרותו ביום 12.12.12. משכרו האחרון של מר נוסבאום קוזז פיצוי חלף הודעה מוקדמת, בסך 4,347.30 ₪.
56. לטענת מר נוסבאום, הסכים לעבוד משך חודש ימים ממועד הודעת ההתפטרות, אך בהוראת מר ברוק סוכם כי עבודתו תסתיים בסוף חודש דצמבר 2012 (סעיף 14 לתצהירו המשלים של מר נוסבאום). לפיכך, הוא מבקש החזר הסכום שנוכה משכרו.
57. בתצהירה של גב' ברוק (סעיף 18ט), נטען כי קוזזו ימי הודעה מוקדמת בהם לא עבד מר נוסבאום בפועל. עם זאת, בעדותה הודתה גב' ברוק כי לא ידעה האם היה סיכום בין מר נוסבאום למר ברוק בדבר מועד סיום העבודה, כדלהלן:**"ש:כן אבל** **מתי ידעת שהוא מתפטר , את ידעת שהוא מתפטר , הוא הודיע** **כבר ב 12.12, נכון?****ת:כן ,****ש:את אומרת , מתי ידעת , מתי את** **ידעת את זה ,****ת:אני לא יודעת להגיד לך ,****ש:את מן הסתם ,****ת:מן הסתם** **באותו יום ,****ש:הבנתי , את ידעת מה יוסי , מה רועי סיכם עם** **יוסי לגבי הסיום העסקה שלו?****ת:לא , זאת אומרת ,****ש:את** **לא יודעת ,****ת:לא ".** (עמוד 177 שורות 4 – 14).
58. בחקירתו הנגדית של מר ברוק הוא נשאל ביחס לסיכום בדבר מועד סיום העבודה, והשיב כי לא זכור לו סיכום ביחס למועד סיום העבודה. מר נוסבאום אכן שאל במועד ההתפטרות עד מתי הוא מבקש שימשיך לעבוד, אולם מר ברוק אמר לו שישקול העניין וישיב לו, ובפועל לא השיב:**" ש:הוא דיבר איתך** **והוא הודיע לך על ההתפטרות שלו ,****ת:כן ,****ש:זה היה ב 12 ל** **12 ? ומה סיכמת?****ת:שימשיך לעבוד ,****ש:נכון שסיכמתם שהוא יעבוד עד ה 31** **בדצמבר ,****ת:לא זכור לי כזה דבר , לא , הוא שאל אותי מתי** **אני רוצה שהוא יסיים לעבוד , אמרתי לו שאני אשקול את** **זה ואני אחזיר לו תשובה ,** **ש:ומה החזרת לו ,****ת:לא החזרתי לו"** (עמוד 139 שורות 9 – 17).
59. לאחר מכן מופנה העד להתכתבות במסרונים (נספח ד' לתצהיר מר נוסבאום), מיום 24.12.12, שם שואל מר ברוק:**"עזבת כבר? אני צריך לדעת בשביל להתכונן"**ומר נוסבאום משיב:**"עזבתי? לא. סיכמנו לפני שבוע וחצי שעד סוף החודש"**בהסתמך על התכתבות זו, טוען מר נוסבאום כי מר ברוק היה מודע לסיכום לפיו יעבוד עד לסוף חודש דצמבר 2012.בעדותו של מר ברוק טען, כי יש לפרש את המשפט כאילו מר נוסבאום עתיד לעבוד עד תום תקופת ההודעה המוקדמת בת החודש (עמוד 140 שרות 26 – 27). פרשנות זו לא ניתן לקבל. ראשית, משמעותו המילולית הנפוצה של הביטוי "עד סוף החודש" משמעה עד סוף החודש הקלנדרי, וכל פרשנות אחרת מאולצת. שנית, מעיון במסרונים נוספים בין הצדדים, מיום 31.12.12 ומהימים שלאחר מכן (נספחים ד'+ ו' לתצהיר התובע), עולה כי מר ברוק היה מודע לכך שמר נוסבאום סיים עבודתו בפועל, ולא מביע כל תמיהה או מחאה בנושא. בין היתר, מבקש מר ברוק בבוקר יום העבודה האחרון, 31.12.12, לערוך עם מר נוסבאום סיור במקומות העבודה. שלושה ימים מאוחר יותר, ביום 3.1.12, נשאל מר נוסבאום אם נשארו אצלו צ'קים של נכסי מגדל ים.
60. בנסיבות אלה, מתקבלת גרסת מר נוסבאום לפיה המועד בו סוכם שיסיים את עבודתו הוא 31.12.12. לפיכך, לא היה מקום לנכות פיצוי חלף הודעה מוקדמת משכרו והוא זכאי להשבת הסכום שנוכה, בסך 4,347.30 ₪.**פיצוי בגין תלושים לא תקינים**
61. מר נוסבאום מבקש פיצוי בסך 5,000 ₪ לכל חודש, בגין פגמים שנפלו בתלושי השכר, בניגוד להוראות חוק הגנת השכר. לטענתו, בתלושים לא צוין מספר שעות העבודה החודשי הנכון, ועד לחודש ינואר 2012 לא נוהל מעקב אחר ימי המחלה והחופשה.
62. מעיון בתלושי השכר ומשמיעת עדותה של גב' ברוק, התברר כי הצדק עם מר נוסבאום, כי בתלושי השכר שהונפקו לו לא נכללו מלוא הפרטים כחוק. כך, העידה עדות גב' ברוק, (עמוד 186 שורות 1 – 15), כי:**"ש:הבנתי , את אמרת מקודם , בסעיף 18 ה' , את** **אומרת שעברת על כל התלושי השכר של רועי נכון?****ת:את הנושא** **של הפנסיה אני בדקתי ,****ש:לא מה שכתבת בסעיף ,****ת:כן , בדקתי את התחשיבים ,** **כן ,****ש:בדקת את תחשיבי השכר , אוקי , תאשרי לי שעד לינואר** **2012 בתלושי השכר לא מנוהל פנקס חופשה שנתית ? את יכולה** **לעיין בתלושי שכר , גברת ברוק את עברת על כל התלושים ,** **את אישית בדקת את התחשיבי שכר ,****ת:יכול להיות שזה לא היה** **מנוהל ,****ש:וגם אין , גם אין ימי מחלה עד דצמבר , עד** **ינואר 2012 נכון ?** **ת:גם לא הורד לעובד ימי מחלה ,** **זה היה , זה היה ,****ש:זה לא מה ששאלתי ,****ת:זה היה ,****ש:זה** **לא מה ששאלתי , זה לא מה ששאלתי , אין בתלוש מניין** **ימי מחלה ,****ת:אוקי ".**
63. לא הובא כל נימוק מצד הנתבעים, מדוע לא כללו התלושים את הפרטים המתחייבים לפי חוק.
64. בנסיבות אלה, זכאי מר נוסבאום לפיצוי בגין הפגמים שנפלו בתלושי השכר. עם זאת, לא מצאנו הצדקה לפסוק את הפיצוי המקסימלי שנתבע, בסך 5,000 ₪ לכל תלוש שכר. אין כל טענה לפיה לא נמסרו תלושי השכר, או נפל פגם ברישום סכומי השכר ששולמו בפועל. לפיכך, זכאי מר נוסבאום לפיצוי בסך 500 ₪ לכל תלוש שכר לקוי.
65. סיכומו של דבר, מר נוסבאום זכאי לפיצוי בגין פגמים בתלושי השכר ממר ברוק, בסך 11,500 ₪, בגין 23 חודשים, ומן החברה הוא זכאי לפיצוי בסך 6,000 ₪ בגין 12 חודשים.**פיצוי בגין אי מתן הודעה לעובד על תנאי עבודה**
66. אין חולק, כי במועד תחילת עבודתו של מר נוסבאום, וכן במהלך תקופת העבודה, לא מסרו לו, החברה או מר ברוק, הודעה לעובד בכתב בדבר תנאי עבודה, בהתאם לחוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה (תנאי עבודה והליכי מיון וקבלה לעבודה), תשס"ב-2002 (להלן: "חוק הודעה לעובד"). חוק הודעה לעובד קובע חובה על מעסיק למסור לעובד הודעה בכתב על תנאי העבודה תוך 30 יום מיום שעובד החל לעבוד אצלו, או תוך 30 יום מיום שהשתנו תנאי העבודה.
67. בסעיף 5(ב) לחוק הודעה לעובד נקבע, כי אי מסירת הודעה לעובד, כשלעצמה, מקימה לעובד זכות לסעד כספי, ובית הדין רשאי לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק.
68. בהתאם לפסיקת בית הדין הארצי לעבודה, אין די בהודעה לעובד בעל פה בדבר תנאי העבודה. בעע (ארצי) 154-10 קלרה שניידר - ניצנים אבטחה בע"מ (3.5.11) עמד בית הדין על חשיבות מסירת הודעה מפורטת בכתב, כדלהלן:**"א. חוק הודעה לעובד מטיל חובה על מעסיק למסור לעובדו, תוך 30 יום לכל המאוחר ממועד תחילת עבודתו, הודעה בכתב, בה יפורטו תנאי עבודתו של העובד. החוק אינו מסתפק בהטלת חובה כללית ומפרט את העניינים שיש לכלול בהודעה כאמור, את צורת ההודעה, וכן חובה להודיע על שינויים, ככל שיחולו, בתנאי העבודה.ב. הדרישה למסור לעובד הודעה בכתב על תנאי עבודתו אינה עניין טכני, אלא מהווה חלק מהחובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת ביחסי העבודה. בין תכליותיה – ליידע את העובד באופן שקוף ומלא על כל תנאי עבודתו; לייתר אי הבנות או סימני שאלה ביחס לתנאי העבודה; ולמנוע מחלוקות משפטיות לגבי תנאי העבודה המוסכמים.ג. הפרתו של חוק הודעה לעובד מהווה עבירה פלילית, אך יש לה גם השלכות במערכת היחסים המשפטית שבין העובד למעסיק. כך, וכדוגמא, הפרת החוק עשויה להעביר את הנטל למעסיק, ככל שקיימת מחלוקת על תנאי העבודה. בנוסף, עצם הפרת החוק אפשר שתגרום לנזק לא ממוני שהעובד זכאי לפיצוי בגינו – מבלי שמוטלת עליו חובה להוכיח נזק ממוני או קונקרטי לצורך כך. ד. מסירת הודעה בעל פה על תנאי העבודה, אין בה כדי לייתר את החובה הכלולה בחוק להודעה מפורטת בכתב, ואין בה משום טענת הגנה המצדיקה אי פסיקת פיצוי כספי בגין הפרת החוק".**וראו גם את שנפסק בבר"ע (ארצי) 31443-03-16 א.מ.י אוזן בנייה בע"מ- אורן אברהם (4.4.16).
69. בנסיבות אלה, קמה למר נוסבאום זכות לפיצוי. אשר לשיעור הפיצוי, בהעדר כל טענה בדבר נזק ממשי שנגרם, מצאנו לפסוק פיצוי בגין אי מסירת הודעה לעובד, בסך 5,000 ₪. **התביעה שכנגד**נפנה לבחון כעת את התביעה שכנגד, שהגישה החברה נגד מר נוסבאום:
70. אלה הן העובדות שאינן שנויות במחלוקת, נשוא התביעה שכנגד:
	* מר נוסבאום הועסק על ידי מר ברוק והחברה משך כ- 4 שנים, עד לסוף חודש דצמבר 2012. מדובר בחברה קטנה המעסיקה מספר מצומצם של עובדים.
	* לכל הפחות משך שנה ושלושה חודשים, מחודש אוקטובר 2011 ואילך, היה מר נוסבאום בעליו של עסק עצמאי במקביל. אופיו של העסק הפרטי דומה, או זהה, לעסקים שמנהלת החברה.
	* מר נוסבאום היה אחראי לניהול ולתחזוקת שני בניינים לפחות בתקופה זו בפתח תקווה, באופן עצמאי. במהלך חודשי עבודתו האחרונים נוסף בניין נוסף, שלישי, לעסק הפרטי (חקירה נגדית מר נוסבאום, עמוד 37 שורות 27 – 28).
	* מר נוסבאום לא הודיע למר ברוק, או למי מן החברה, אודות עיסוקיו הפרטיים.
71. לטענת מר נוסבאום, לא סבר כי עליו לעדכן את מעסיקיו, מאחר שעסקיו הפרטיים לא פגעו במחויבותו למקום העבודה, וכלשונו (סעיף 20 לתצהירו):**"...לא חשבתי שיש צורך לעדכן את יוסי ברוק בדבר עבודתי נוספת זו, מאחר שכאמור לעיל, לא היה בה בכדי לפגוע או לגרוע מהמחוייבות שלי לעבודה וללקוחות במבנים בהם טיפלתי במסגרת עבודתי בנתבעת".**
72. מר נוסבאום הוסיף והסביר בתצהירו (סעיף 31) כי אחת הסיבות להתפטרותו מן החברה הייתה הצעות עבודה פרטיות חדשות שהחלו להתקבל, שהצריכו מעורבות מעבר לצורך בפיקוח השוטף.
73. אשר לניהולו השוטף של העסק, טוען מר נוסבאום כי העסק נוהל על ידי אשתו, שהייתה סטודנטית באותה עת ולא עבדה בעבודה קבועה, ובפועל סופקו השירותים על ידי חמו, מר מוסקוביץ, ונוכחותו האישית נדרשה לעתים רחובות בלבד (סעיפים 19 ו- 23 לתצהיר מר נוסבאום).
74. מר ברוק, בתצהירו (סעיפים 8- 9), הסביר מדוע טענות מר נוסבאום אינן מתיישבות עם המציאות בשטח, בזו הלשון:**"אין כל אמת באופן בו מתארים רועי או אשתו את עסקם.כעת, נוח לרועי ואשתו להציג את העסק כ"עסק קטן" ו"אנמי", שלכאורה לא עושה כלום כך שאפילו סטודנטית שאין לה כל ניסיון, הכשרה וזמן כביכול יכולה לתפעל אותו "בשלט רחוק".אם היה ניתן לדאוג לתפעול של בניין שלם בלי לעשות כלום או בלי כל טורח, מדוע כל חברה שמכבדת את שירותיה מציבה מנהל לפרויקט? כזה שאמור לתת (אם הוא עושה את עבודתו נאמנה) מענה לדיירים או לבעלי העסקים, זה שזמין להם טלפונית ואף נוכח פיזית בפרויקט מידי יום לא כפי שמתואר על ידי רועי ואשתו כ"להחליף מנורה" בשעת לילה מאוחרת.החברה שלי איננה חדשה בתחום, ולמרות זאת גם לאחר ששוכרים שירותי גינון וניקיון מקבלני משנה, ולמרות שיש שירותי אינסטלציה, מים וביטוח חיצוניים, עדיין לא ניתן לנהל בניין ללא נוכחות פיזית יומיומית על מנת לתת שירות בפרויקט".**
75. בתצהירה של גב' ברוק, העידה על שיחות טלפון שערכה עם שלושה נציגי מבנים אשר מר נוסבאום מספק וסיפק להם שירותי ניהול גם בתקופת עבודתו בחברה ואף צירפה את תמלילי השיחות (נספח ה'). בכל השיחות הובעה שביעות רצון מהשירותים שמספק מר נוסבאום ונאמר כי הוא מגיע באופן אישי לפי הצורך. באחד המבנים, מרכז מסחרי בפתח תקווה, אף נאמר כי הוא מגיע פעמיים בשבוע לערך, והשירותים מסופקים מחודש ספטמבר או אוקטובר 2012.יצוין, כי ביום 17.2.16 הוגש תצהיר משלים מטעם גב' ברוק, בו פירטה את נסיבות הקלטת השיחות, והצהירה כי תמללה את השיחות. לאור גמישות הדיונים הנוהגת בבית הדין לעבודה, ניתן בנסיבות אלה לקבל את התמלילים כראיה בתיק.
76. בנסיבות העניין, ועוד טרם ניתן דעתנו לשאלת היקף הזמן וההשקעה שנדרשה ממר נוסבאום לצורך ניהול עסקיו הפרטיים, ברי כי הוא הפר באופן בוטה את חובות האמון וחובות תום הלב כמתחייב ביחסי עבודה. בעע (ארצי) 4675-05-14 חברת תוויות איכות בעמ - לירון אהרון בן יאיר, (16.8.15), נפסק, בעניינו של עובד שהקים עסק עבור רעייתו, שלא על חשבון שעות עבודתו אצל המעסיק, הדברים הבאים (ההדגשות אינן במקור):**"ככלל מותר לעובד העומד לפני סיום עבודתו לעשות פעולות הכנה לקראת העזיבה, ובכלל זה פעולות להקמתו של עסק. אלא שבמקרה זה פעולותיו של העובד חרגו מגדרן של "פעולות הכנה", וגלשו להפעלתו של עסק ממש מבלי ליידע את מעסיקתו - החברה, על השינוי שחל. במסגרת יחסי העבודה חלים בין הצדדים יחסי אמון. חובות האמון הן דו - סטריות, ואינן נחלתו של צד אחד בלבד. במסגרת חובות האמון רשאי המעסיק להניח כי עובד, המועסק אצלו במשרה מלאה, מקדיש את כל מרצו לטובת מקום עבודתו. לא אחת מוגבלת יכולתו של עובד לעבוד בעיסוק נוסף בצורך בקבלת היתר ממעסיקו. הגבלה זו לגיטימית ונועדה לוודא כי במסגרת העיסוק הנוסף של העובד לא פועל האחרון בניגוד אינטרסים או באופן העלול לפגוע במקום עבודתו, ואין בה - בהגבלה כאמור, לכשעצמה, פגיעה בלתי מידתית בחופש העיסוק. במקרה הנוכחי העובד לא הסתפק בפעולות הכנה לקראת פרישתו, אלא פעל פעילות, לא זניחה, בעסק אחר שהקים, גם בהנחה כי מדובר בעסק שהוקם עבור רעייתו. זאת עשה העובד מבלי ליידע בכך את החברה ומבלי לגלות לה כי חל שינוי ב"מפת האינטרסים" שלו וכעת הוא מחוייב לא רק לעבודתו בחברה, אלא גם (ואולי בעיקר) לפעילות האחרת. התנהגות שכזו, מהווה הפרה של חובת הגילוי ומהווה קיום חוזה העבודה בחוסר תום לב ותוך הפרת חובת הנאמנות. חוסר תום הלב לא מתאיין גם נוכח קביעות בית הדין האזורי כי פעולתו כאמור לא נעשתה על חשבון שעות העבודה בחברה, ללא שימוש במשאביה ותוך מילוי תפקידו הרגיל. לכל היותר יש להביא עניין זה בשאלת הסעד בגין אותו חוסר תום לב".** על אחת כמה וכמה נכונים הדברים בענייננו, שעה שמדובר בעסק מתחרה במהותו אשר מר נוסבאום פתח עבור עצמו במהלך תקופת עבודתו, במטרה לפנות לדרך עצמאית בהמשך.
77. חומרה מיוחדת מצאנו בכך, שמר נוסבאום לא טרח ליידע את המעסיק אודות צעדיו. הסבריו של מר נוסבאום בהקשר זה יש בהם משום היתממות לשמה. בפועל, הקים מר נוסבאום עסק מתחרה לכל דבר ועניין, זמן ארוך לפני סיום עבודתו בחברה, בעודו עובד ומקבל שכר חודשי ממעסיקתו. למעלה מן הדרוש יובהר, כי שני העסקים פעלו באזורים סמוכים, בתחום אזור המרכז, ולא באזורים גאוגרפיים מרוחקים. לו היה מר נוסבאום נוהג בתום לב ומגלה נאמנות בסיסית כלפי מעסיקיו, היה עליו ליידע אותם ולבחור ביושר בין ניהול עסקיו הפרטיים לבין עבודתו בחברה. השניים אינם יכולים לדור בכפיפה אחת.
78. לא נוכל לקבל גם את גרסתו של מר נוסבאום, לפיה כמעט ולא נזקק להשקיע זמן בעסקיו הפרטיים. אף אם עיקר העבודה היומיומית לא נעשתה על ידו, ברור כי לצורך פיקוח נאות, שימור לקוחות וגיוס לקוחות חדשים בהקמת העסק, נדרשת השקעה של שעות עבודה לא מעטות. היקף השעות המדויק לא הוכח ואינו ידוע, אך מן הראיות ניתן להיווכח, באופן סביר, כי מדובר במעורבות יומיומית.
79. על אף האמור, לא שוכנענו כי הוכח שבכל הנוגע לחוזה עם המרכז המסחרי באזורי חן הפר מר נוסבאום את חובותיו כעובד.בהקשר זה העיד לפנינו עד אובייקטיבי ובלתי תלוי, עו"ד שי עמית, אשר מהימנותו לא עורערה, כי הפנייה אל מר נוסבאום לשם בחינת האפשרות להתקשר עמו תחת החברה, נעשתה רק לאחר סיום עבודתו בחודש דצמבר 2012 בלבד, בזו הלשון (עמוד 22 שורות 1 – 5):**" עו"ד י . שמלה: האם דיברת איתו על** **האפשרות שהוא יעבוד ב1.1.13, בוא אנחנו מתעסקים הרי** **בזה,****העד , מר עמית: בדצמבר,****ש:בדצמבר,****ת:חד משמעית לא".** החברה לא הציגה לפנינו כל ראייה המוכיחה אחרת. בנסיבות אלה, לא הוכח כי מר נוסבאום גזל מן החברה לקוח שלא כדין בהיותו עובד החברה, אלא מדובר בתחרות חופשית, החוסה תחת חופש העיסוק.
80. אשר לפיצוי שתובעת החברה בגין חוסר תום הלב של מר נוסבאום, אנו סבורים כי הפיצוי המבוקש, בשיעור מחצית מן השכר לתקופה הרלוונטית, בסך 114,999 ₪, מופרז. בנסיבות העניין, ולאור ההפרה החמורה של חובת תום הלב וחובת הנאמנות, זכאית החברה לפיצוי בשיעור רבע משכרו של העובד, בסך 57,500 ₪.
81. כמו כן, בגין התקופה שמחודש אוקטובר 2011 ועד למועד סיום העבודה, אין מר נוסבאום זכאי לתמורה בגין עבודה בשעות נוספות. בתקופה זו לא שוכנענו כי מיטב מרצו ומאמציו היו נתונים לחברה, ואף אם נדרש לעתים לעבודה מחוץ לשעות העבודה המקובלות, הרי שחלק משעות העבודה המקובלות הוקדשו לעסקיו הפרטיים והשניים מתקזזים זה מול זה.
82. סיכומו של דבר, בהעדר דיווחי נוכחות או כל ראיה אחרת מצד הנתבעים בעניין שעות העבודה של מר נוסבאום, ובהעדר תחשיב סותר מטעמם, מר נוסבאום זכאי לתמורה בגין עבודה בשעות נוספות בגין החודשים ינואר 2009 – ספטמבר 2011, בהתאם לחישוב של 60 שעות לחודש, לפי אומדנה ולאור נטלי ההוכחה, כפי שפורט לעיל. מר נוסבאום זכאי לגמול עבודה בשעות נוספות בגין 23 חודשי עבודה ממר ברוק, בסך 88,699.5 ₪, ולגמול מהחברה בגין 8 חודשי עבודה בסך 30,852 ₪. לא מצאנו מקום לחייב בפיצויי הלנה בגין סכומים אלה בנסיבות העניין, באשר מרבית התביעה לפיצויי הלנה התיישנה וממילא אין מקום לפסיקת פיצויי הלנה בתביעה על דרך האומדנה.**סיכום**
83. סיכומו של דבר, התביעה מתקבלת בחלקה. החברה תשלם למר נוסבאום את התשלומים הבאים:
	* השבת הסכום שנוכה בגין הודעה מוקדמת, בסך 4,347.30 ₪.
	* פיצוי בגין פגמים בתלושי השכר בסך 6,000 ₪, בגין 12 חודשים.
	* פיצוי בגין אי מסירת הודעה לעובד, בסך 5,000 ₪.
	* גמול עבודה בשעות נוספות בגין 8 חודשי עבודה בסך 30,852 ₪.
84. מר ברוק ישלם למר נוסבאום את הסכומים הבאים:
	* פיצוי בגין פגמים בתלושי השכר, בסך 11,500 ₪, בגין 23 חודשים.
	* גמול עבודה בשעות נוספות בגין 23 חודשי עבודה, בסך 88,699.5 ₪.
85. מר נוסבאום ישלם לחברה סך 57,500 ₪, פיצוי בגין הפרת חובת תום הלב והאמון. החברה ומר ברוק רשאים לקזז סכום זה מן התשלומים המגיעים למר נוסבאום.
86. הסכומים ישולמו תוך 30 יום ולא, יישאו הפרשי הצמדה וריבת כדין מהיום.
87. בנסיבות העניין, לאור העובדה שהתביעה והתביעה שכנגד התקבלו בחלקן, לא מצאנו ליתן צו להוצאות. **ניתן היום, ט"ו חשוון תשע"ז, (16 נובמבר 2016), בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.**

|  |
| --- |
|   |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| תמונה 3   |   | Picture 1 |
| **מר יעקב חלימי****נציג ציבור עובדים** |   | **חופית גרשון יזרעאלי, שופטת****אב"ד** |