|  |
| --- |
| **בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו** |
|  |
| ט' נ' מיכאלי  | 25 יונ 20178274-10-13 |
|  |
| **השופט** | תומר סילורה |
|  |
| **תובע** | י.ט.ע"י עו"ד פבל מורוז |
|  |
|  | **- נגד -** |  |
|  |
| **נתבע** | משה מיכאליע"י עו"ד שלומי אוחנה |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|   |

1.בפנינו תביעתו של מר י.ט.(להלן: "התובע") כנגד משה מיכאלי (להלן: "הנתבע") בגין זכויות להן הוא זכאי, לטענתו, אגב יחסי העבודה בין הצדדים ובעקבות סיומם.

יודגש כבר עתה, כי לאחר שמיעת הראיות שבתיק ועיון בכל המסמכים שהוגשו, אנו סבורים כי דין תביעת התובע להתקבל בחלקה.

**טענות התובע**

2.לטענת התובע הוא הועסק במחסן למשקאות ומוצרי מזון (להלן: "העסק") מחודש מרץ 1996 ועד ל- 8.11.12 או בסמוך לכך, מועד בו לטענתו פוטר לאלתר ושלא כדין. ממועד תחילת עבודתו ועד לחודש יוני 2003 המחסן היה בבעלותו ו/או בניהולו של מר יוסף מיכאלי, אחיו של הנתבע ומ- 1.7.03 הועבר לבעלותו ו/או ניהולו של הנתבע.

במהלך כל התקופה, כך לטענתו, הועסק התובע כעובד כללי, 6 ימים בשבוע. בין היתר, תפקידו כלל לבצע הפקדות של כספי העסק לבנק.

3.לטענת התובע על היחסים בין הצדדים חלות הוראות ההסכם הקיבוצי בענף היבוא, היצוא, המסחר והשירותים מיום 21.2.97 ומספרו 7010/77 (להלן: "ההסכם הקיבוצי"), אשר הוראותיו הורחבו על כל העובדים והמעסיקים בענפי היבוא, היצוא והמסחר בסיטונות במחוזות תל אביב והמרכז בצו הרחבה (להלן: "צו ההרחבה בענף המסחר").

ברשימת הענפים עליהם חלים ההסכם הקיבוצי ו/או צו ההרחבה מופיע ענף המזון, משקאות קלים ומשקאות חריפים, הרלבנטיים לענייננו.

4.ביום 17.10.12, בסמוך לשעה 11:00 נשדד התובע עת היה בדרכו לבנק. במהלך השוד נפצע קשה בעיניו. לאחר השוד נלקח לתחנת משטרה ולטיפול רפואי. נוכח מצבו הרפואי יצא לחופשת מחלה עד 7.11.12, לאחריה התייצב בעבודה.

5.עם שובו, דרש ממנו הנתבע להשיב לעסק את הסכום שנשדד כתנאי להמשך עבודתו. התובע הבהיר כי אין באפשרותו להחזיר סכום זה, אז התבקש לוותר על פיצויי הפיטורים. משסירב לדרישה זו, נדרש לעזוב את המקום.

למעשה, התובע פוטר לאלתר, ללא הודעה מוקדמת ומבלי שקיבל פיצויי פיטורים.

6.עוד טוען התובע שבהתאם לתלושי השכר, הוא לא בוטח בקרן פנסיה כמתחייב, לא קיבל דמי הבראה ופדיון חופשה במהלך עבודתו ולא קיבל גמול שעות נוספות.

7.פנייה באמצעות בא כוחו מיום 8.3.13, בה דרש להעביר לעיונו פנקס חופשה, כרטיסי נוכחות והודעה על תנאי עבודה - הושבה ריקם.

**טענות הנתבע**

8.הנתבע מנהל חנות לממכר משקאות הממוקמת במתחם התחנה המרכזית הישנה בתל אביב. בשנים האחרונות, לאור מצבו הרפואי ונסיבות עסקיות שונות, העסק מצוי במצב קשה ומתכלכל בקושי רב.

9.כחלק ממעשי חסד רבים שעושה הנתבע, הוא מעסיק אנשים בעלי מוגבלויות וביניהם התובע. בהתאם, ראה בו בן בית ומעולם לא פיקח על שעות עבודתו. במסגרת עבודתו, היה התובע מפקיד את תקבולי העסק, גובה כספים מלקוחות ופותח את המחסן לצורך הוצאת סחורות.

10.במהלך השנים, נתפס התובע לא אחת גוזל כספים וסחורות מהנתבע. לאחר השבת חלק מהכספים, הנתבע הבליג מתוך טוב ליבו ומתוך אמונה שהתובע ייטיב דרכיו - אך לא כך היה.

11.הנתבע מכחיש את תקופת העסקה הנטענת וטוען שהתובע עבד אצלו מיום 1.7.03 ועד למועד בו עזב את העבודה, נובמבר 2012. לפני מועד זה עבד אצל קרוב משפחתו של הנתבע. בהתאם להסכמות, היה על התובע לעבוד 8 שעות ביום, כאשר בזמן זה קיבל גם חצי שעת הפסקה (שלא קוזזה משכרו). חרף סיכום זה, התובע הופיע לעבודה כרצונו ועזב את העסק כראות עיניו.

ארוחת הצהרים, בעלות של כ- 30 ₪ ליום, סופקה על ידי הנתבע.

לרוב עבד התובע 5 ימים בשבוע ולעיתים רחוקות עבד עד 3 שעות ביום ו'. התובע מעולם לא עבד שעות נוספות. בהתאם למתכונת זו, היה התובע זכאי לשכר חודשי בסך 3,800 ₪. מחודש יולי 2011 מוצג בתלושי השכר כי התובע זכאי לשכר חודשי נטו בסך 4,100 ₪, אך מדובר בטעות אנוש שכן סכום זה כולל 200 ₪ כדמי הבראה.

12.לעיתים רבות, היה התובע חוזר לבית העסק לאחר הפקדות בבנק, תוך שאינו מציין שהיה חוסר בהפקדה. בסוף היום, כשביצע הנתבע התאמה בין הקבלה לסכום שהופקד בפועל התברר כי חסרו סכומים שונים. בכל פעם היה התובע מוצא לכך תירוץ חדש ואז היה מבצע העברה מחשבונו ומשיב חלק מהגזלה. בדרך זו, הצליח התובע לגנוב כספים משמעותיים מהעסק.

בדיעבד, התגלה לתובע כי לעיתים, כאשר היה התובע נכנס לחריגות בחשבון הבנק שלו, היה מפקיד מכספי העסק לחשבונו האישי וכך מכסה את החריגה. כשהנתבע היה מגלה זאת היה התובע מבטיח להשיב את הכספים.

13.במהלך שנת 2012, עת שהה הנתבע בחופשת מחלה, נוהל העסק על ידי חתנו שראה את התובע מוציא סחורה יקרה מהמחסן ונעלם איתה. כששב הנתבע ממחלתו, התעמת עם התובע בעניין זה והתובע הודה. בעקבות האמור, החל הנתבע להתחקות אחר מעשי התובע וגילה כי כאשר היה פותח את המחסן להוצאת סחורות היה נוטל ארגזים יקרים, מוכרם ללקוחות בית העסק ומשלשל את הכספים לכיסו. הנתבע, בטוב ליבו ולאחר שהתובע הבטיח להשיב את הגזלה, נעתר לבקשת התובע להמשיך בעבודתו.

14.באחד הימים בהם הלך התובע לבנק, חזר לאחר כשעה עם עיניי אדומות וטען כי נשדד, סירב למסור גרסתו ופנה לבדיקות רפואיות. מאותו היום לא שב לעבודה. לפיכך, ברור כי התובע לא זכאי לפיצויי פיטורים, הודעה מוקדמת או עריכת שימוע, שכן עזב את העבודה מיוזמתו שלו. יתרה מכך, נותר חייב לנתבע דמי הודעה מוקדמת על עזיבתו זו.

15.צו ההרחבה בענף המסחר אינו חל על העסק, שכן הנתבע אינו חבר בלשכת המסחר ולא עומד בהגדרת מעסיק כנדרש בצו. כמו כן, עיקר עיסוקו קמעונאי ולא סיטונאי וכלל אינו עוסק ביבוא.

**השאלות השנויות במחלוקת**

16.על מנת ליצור סדר בטענות הרבות המונחות לפנינו, ננסה להגדיר את הסוגיות שבמחלוקת כדלקמן:

א)האם חל צו ההרחבה בענף המסחר על העסקת התובע?

ב)תאריך תחילת העסקתו של התובע.

ג)נסיבות סיום ההעסקה - האם התובע פוטר או התפטר?

ד)השכר הקובע.

ה)זכאות התובע לפיצויי פיטורים, הודעה מוקדמת ופיצוי בגין פיטורים שלא כדין.

ו)מתכונת העסקה - האם התובע זכאי לשעות נוספות?

ז)זכאות התובע לפדיון חופשה, דמי הבראה, הפרשות פנסיוניות ופיצוי בגין אי מסירת הודעה לעובד בדבר תנאי העבודה.

ח)טענתו הקיזוז של הנתבע.

**דיון והכרעה**

**תחולת צו ההרחבה**

17.לטענת התובע, צו ההרחבה בענף המסחר חל משום שהעסק עוסק במסחר סיטונאי של משקאות ללקוחותיו, כאשר בין תפקידיו של התובע היה עליו להוציא ולהכין סחורה למשלוחים בהתאם להזמנות. לגישתו, מעדויות עדי הנתבע עולה כי עיקר עיסוקו היה מכירות חוזרות של סחורות לקמעונאים ועסקים, עיסוק שבהתאם לסיווג האחיד של ענפי הכלכלה מוגדר כמסחר סיטונאי. בחקירתו הנגדית, הודה הנתבע כי רוב לקוחותיו הם בעלי חנויות, בעלי עסקים ובעלי שמחות (עמ' 35, ש' 25-30 לפרוטוקול הדיון מיום 13.11.16).

לפיכך, יש להעביר את הנטל לנתבע להוכיח כי לא עסק במסחר סיטונאי. משלא הרים נטל זה, יש לקבוע כי צו ההרחבה חל על יחסי הצדדים.

18.הנתבע לא מכחיש שעסק במסחר סיטונאי, אך מציין כי עיקר העיסוק (80% מתקבולי העסק) היה מסחר קמעונאי ומשכך צו ההרחבה בענף המסחר לא חל על יחסי הצדדים. בנוסף, הוא אינו חבר בלשכת המסחר, ולכן לא עומד בהגדרת מעסיק כנדרש.

19.על פי ההלכה שנפסקה בע"ע 18/99 אפרימי - עבד, 9.7.00, על העובד חל הנטל להוכיח מהו עיקר עיסוקו של המעביד. בהתאם לקביעת עיקר עיסוקו של המעביד - תוכרע שאלת תחולתו של צו ההרחבה.

20.לטעמנו, לא הוכחה גרסת התובע כי עיקר עיסוקו של הנתבע בייבוא ו/או כי הוא עוסק במכירה סיטונאית כנדרש בצו, ואנו מקבלים את גרסת הנתבע לפיה עיקר עיסוקו בעיסוק קימעונאי.

21.בהקשר זה נציין כי בהתאם לפסיקת בית הדין הארצי לעבודה, צו ההרחבה בענף המסחר לא חל על עסק שעיסוקו מסחר קמעונאי, ולא קיים צו הרחבה בענף המסחר הקמעונאי (ראו: ע"ע 58143-01-14 יצחק כהן - עזבון המנוח שבצנקו אלכסנדר ז"ל ואח', 9.7.14). לכן, איננו יכולים לקבל את הטענה לתחולתו של צו ההרחבה בענף המסחר על הצדדים.

**תאריך תחילת העסקתו של התובע**

22.לטענת התובע הועסק באותו מקום ובאותו תפקיד מינואר 1996, כאשר תלושי השכר הונפקו לו תחילה על ידי מר יוסף מיכאלי, אחיו של הנתבע ובהמשך משנת 2003 על ידי הנתבע עצמו. לגרסתו, האחים עבדו יחד באותו מחסן והמשכורת שולמה על ידי שניהם.

לטענת התובע, עדותם במשטרה של התובע ושל אשת הנתבע אף הן מובילות למסקנה כי עבד בשיווק מיכאלי משנת 1996. אשת הנתבע לא הגישה תצהיר בהליך זה ולכן לא נחקרה אודות סתירה זו בטענות הנתבע:

"אני הבעלים של שיווק מיכאלי ברחוב XXX ת"א, עובד בחור בשם י' 25 שנה לערך..." (שורה 2 להודעת גב' גליה מיכאלי, אשת הנתבע, במשטרה מיום 17.10.12).

23.לטענת הנתבע, התובע החל לעבוד עבורו רק בשנת 2003. קודם לכן עבד התובע אצל אחיו, שהינו עוסק מורשה נפרד. התובע לא הגיש תביעה נגד אחיו ולא יהיה זה נכון להטיל אחריות בגין תקופה זו על הנתבע.

26.לאחר שקילת עדויות הצדדים אנחנו בדיעה שהתובע לא הצליח להוכיח כי מדובר בתקופת עבודה אחת רציפה. בהתאם, אנו קובעים כי תקופת עבודתו של התובע אצל הנתבע החלה ביום 1.7.2003.

**נסיבות סיום ההעסקה - האם התובע פוטר או התפטר ומתי?**

27.טוען התובע כי לאחר אירוע השוד, ביום 17.10.12, הוא שהה בחופשת מחלה וחזר לעבודה ביום 8.11.12, אך הנתבע לא אפשר לו להמשיך לעבוד, אלא אם ישיב את הכספים שנגנבו. העדים מטעם התובע, מר ר.י. וגב' א.ט. אישרו בתצהיריהם ובחקירתם הנגדית את גרסת התובע כי חזר לעבודה לאחר חופשת המחלה אך הנתבע לא אפשר לו לעבוד ודרש את השבת הכספים.

28.לעומתו, טוען הנתבע כי התובע מעולם לא פוטר והוא זה שעזב את מקום עבודתו לאלתר, מבלי למסור הודעה מוקדמת. בהקשר זה טוען הנתבעת כי לאחר אירוע השוד התובע שב לעסק וטען כי נשדד, סירב למסור את גרסתו לאירוע ופנה לבדיקות רפואיות. מאותו יום לא שב לעבודה ואף התחמק מפניות הנתבע.

לגישת הנתבע, התובע נקלע פעם נוספת לחריגות בחשבונו האישי, נטל מכספי העסק ולא היה כל שוד. נוסף על כך, התובע לא נקב בעדותו בתאריך מדויק בו חזר לעבודה וכאשר נשאל על ידי המותב מתי חזר לעבודתו השיב "למחרת", תשובה הסותרת את כל הטענות הקודמות.

30.בהתאם לדברים האמורים, לטעמינו הוכיח התובע כי התייצב בעבודתו לאחר חופשת המחלה בה שהה, בניגוד לטענת הנתבע, מה גם שלא הייתה סיבה נראית לעין שהתובע לא ירצה לשוב לעבודתו, בהתחשב במצבו ובכך שעבד באותו מקום תקופה מאוד ארוכה.

אנו קובעים, כי הלכה למעשה, התובע פוטר מעבודתו והתבקש שלא לשוב אליה. בהתאם לאישור המחלה לפיו תקופת אי הכושר היא מיום הפגיעה ועד 7.11.12 - אנו קובעים כי יום פיטוריו, לאלתר, הוא 8.11.12.

31., לטענת הנתבע קיימות סתירות רבות בגרסאות שמסר התובע למשטרה, שתיהן מיום השוד: בגרסה הראשונה התובע מזכיר תיק שנלקח וטוען כי זרק את האופנים ואז ראה שהתיק הועבר לשודד השני שזרק אותו לרצפה על אף שעיניו היו סגורות; בגרסה השנייה מדבר התובע על שקית וטוען כי הניח את האופנים על גדר ירוקה בסמוך והחל ללכת אחרי השודד, הגיע שודד נוסף אליו נזרקה השקית ואז הוא זרק את השקית לרצפה ושניהם ברחו לרחוב מטלון, כאשר גם כאן הוא טוען שעיניו היו סגורות.אשר לזכאות התובע לפיצויי פיטורים

לעניין הכסף בגרסתו הראשונה הוא מתאר שהכסף נפל על הרצפה והוא לאלץ לבקש מאנשים שיעזרו לו לאסוף אותו; ובגרסה השנייה טען שהגיע בחור צעיר והוא ביקש ממנו כי יעזור לו לאסוף את הכסף.

32.בחקירתו הנגדית טען התובע לראשונה כי עין אחת שלו הייתה קצת פתוחה ולכן הצליח לראות את הדברים. עוד טען לראשונה בעדותו כי לאחר שנזרק פלפל לעיניו הוא נפל.

33.הגרסה שאשת הנתבע מסרה במשטרה מתייחסת לגרסה שמסר לה התובע והיא שונה לחלוטין - הגיעו שני שחורים... גררו אותו לחורשה, שמו את הפלפל בעיניו וחטפו את השקית... הוא התחיל לרוץ כשבקושי ראה, אחד זרק לשני את השקית.. התובע צעק ואיש לא עזר, אסף כסף מהרצפה ומצא שם פלאפון.

34.אם כן, התובע מסר מספר גרסאות שונות מאוד לאירוע השוד מה שמעלה תהיות לעניין עצם התקיימותו. בנוסף, במהלך השוד נלקחו 10,000 ₪ בלבד מתוך 35,000 ₪ שהיו בשקית/תיק מה שמעלה את החשד אף יותר, ודאי מקום בו חובו של התובע לבנק באותה התקופה, על פי דפי החשבון שלו, היה מעט נמוך מ- 10,000 ₪.

35.בהיעדר כל ראיה להעלמת הכספים הנטענת, בהיעדר כל פניה למשטרה אודות גניבה ממעביד אף לא בפעם אחת מהפעמים הנטענות ובהתחשב בשנות עבודתו הרבות של התובע בעסק - אנו קובעים כי לא עלה בידי הנתבע להוכיח שהתובע פוטר בנסיבות השוללות את זכאותו לפיצויי פיטורים.

**השכר הקובע**

36.לטענת התובע שכרו האחרון בהתאם לתלוש השכר הוא השכר הקובע: 4,249 ₪ ברוטו.

37.לטענת הנתבע התובע היה זכאי לשכר חודשי בגובה 3,800 ₪. החל מחודש יולי 2011 מוצג בתלושי השכר שכר חודשי נטו בסך 4,100 ₪ בעוד שמדובר בטעות אנוש בעריכת תלושי השכר, לפיה סכום זה כולל 200 ₪ המשולמים מדי חודש כדמי הבראה.

38.עיון בתלושי השכר מעלה כי עד לחודש 7/2010 היו בתלושי השכר 3 שורות נפרדות: משכורת, נסיעות (200 ₪) והבראה (200 ₪). החל מחודש 8/2010 נותרו רק שתי שורות: משכורת ונסיעות, כאשר השכר נותר 3,800 ₪.

החל מחודש 7/2011 ועד לתאריך 9/2012 עלה רכיב המשכורת ל- 4,100 ₪ ורכיב הנסיעות ל- 227 ₪. בחודש 10/2012 עלה רכיב המשכורת ל- 4,300 ורכיב הנסיעות ל- 235 ₪.

39.הנתבע לא הציג כל ראיה לטעות הנטענת על ידו ולא העיד אדם ממחלקת הנהלת החשבונות - משכך, איננו יכולים לקבל טענתו זו. נראה כי שכרו של התובע עלה לאחר מספר שנות העסקתו ורכיב דמי ההבראה לא שולם.

40..אנו קובעים, לפיכך, ששכרו הקובע של התובע הוא 4,249 ₪ (כנתבע בכתב התביעה)

**זכאות התובע לפיצויי פיטורים, הודעה מוקדמת ופיצוי בגין פיטורים שלא כדין**

41.בהתאם לאמור לעיל, התובע זכאי לפיצויי פיטורים ולדמי הודעה מוקדמת.

, התובע החל עבודתו ביום 1.7.03 וסיים ביום 8.11.12, קרי 112 חודשים ושבוע:בגין פיצויי פיטורים

112.25 חודשים / 12 &times; 4,249 ₪ = 39,746 ₪.

 זכאי התובע לסך של 4,249 ₪.עבור חלף הודעה מוקדמת

פיטורים שלא כדין

42.לטענת התובע הוא פוטר מעבודתו מבלי שנערך לו שימוע, בחוסר תום לב, אחרי תקופה ארוכה של עבודה משותפת ולאחר שנפל קורבן לשוד בעת מילוי תפקידו, ובהתאם תובע 6 משכורות בתוספת פיצוי בגין עוגמת נפש.

43.מקום בו קבענו, כאמור לעיל, כי התובע פוטר, איננו יכולים להתעלם מכך שהתובע פוטר לאלתר וללא עריכת שימוע כדין ולכן נראה כי הליך פיטוריו נעשה שלא כדין. זכות השימוע הינה זכות יסוד של עובד המוקנית מכוח כללי הצדק הטבעי, המחייבים מתן הזדמנות הוגנת וראויה לעובד להשמיע את טענותיו בפני מעסיקו בטרם יוכרע גורלו (ע"ע 231/99 אורי חייק - שירות התעסוקה; דב"ע נד/33-3 יעקב בר מנשה - שרות התעסוקה פד"ע כו 423).

44.לאור האמור, יש לקבל את טענת התובע לפיה נפל פגם בהליך פיטוריו, משלא נערך לו שימוע כדין. יחד עם זאת ובשים לב לנסיבות העניין ולטענות הנתבע, אנו פוסקים לתובע פיצוי בגובה משכורת וחצי. לכן, הוא זכאי לפיצוי בגין רכיב זה בסך 6,373.5 ₪.

**מתכונת ההעסקה - האם התובע זכאי לשעות נוספות?**

45.הצדדים מסכימים כי בימים ראשון עד חמישי היה על התובע לעבוד 8 שעות ביום ולכן השאלה מתמקדת במתכונת עבודתו ביום שישי.

לטענת התובע עבד בימי שישי 7 שעות ואילו לטענת הנתבע עבד לעיתים רחוקות עד 3 שעות.

46.היות שלא נמסרה לתובע הודעה לעובד על תנאי העסקה, הוא טוען כי על נטל ההוכחה לעניין מתכונת העבודה לעבור לכתפי הנתבע, אשר לא הציג דיווחי נוכחות. לעומת זאת, תלושי השכר מציגים 208 שעות עבודה חודשיות ו- 26 ימי עבודה חודשיים. על אף האמור, התובע הגיש תביעתו על 4 שעות עבודה נוספות מדי שבוע בערך 125%, סך הכל 16 שעות חודשיות ואף הציג תחשיב מטעמו.

47.לטענת הנתבע, התובע לרוב לא עבד בימי שישי, ואם כן - עבד לכל היותר 3 שעות. עיקר תפקידו של התובע בעסק היה שליחויות, בעיקר לבנק, שאינו פתוח ביום שישי. בחקירתו הנגדית העיד התובע כי שעות עבודתו ביום שישי לא היו קבועות וכי היו ימי שישי שלא עבד כלל. יתרה מכך, לא צלח התובע להוכיח מתכונת העסקה כלשהי בימי שישי.

48.בהתאם לסעיף 25 לחוק שעות עבודה ומנוחה, המעסיק מחויב לערוך רישום מפורט ומדויק של שעות העבודה המבוצעות על ידי עובדיו. חובה זו חודדה בתיקון מס' 24 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, שנכנס לתוקף ביום 1.2.09, דהיינו במהלך תקופת העסקתה של התובע.

49.תיקון 24 העביר למעסיק את הנטל להוכיח שהעובד לא עמד לרשות העבודה במשך שעות העבודה השנויות במחלוקת, אם לא הציג רישומי נוכחות מתוך פנקס שעות עבודה, וזאת עד 60 שעות נוספות לחודש (ס' 26ב' לחוק). נוסיף שאף עוד קודם לתיקון 24, אי הצגת רישומי נוכחות חרף חובה לנהל פנקס שעות עבודה, הייתה מעבירה בנסיבות מסוימות את נטל ההוכחה בתביעה לגמול שעות נוספות לפתחו של המעסיק, ובלבד שהעובד עצמו הוכיח "דבר מה ראייתי" לצדקת טענותיו, ובין היתר בדרך של הוכחת מתכונת עבודה קבועה (ע"ע 212/06 ימית - אפרים, 12.11.08; ע"ע 280/08 זגורי - חברת השמירה, 3.5.10).

50.בנסיבות אלה, היות שהנתבע לא הציג תחשיב מטעמו, אנו מקבלים באופן חלקי את התחשיב שהציג התובע במוצג ת/9 שצירף לתצהירו ופוסקים כי התובע זכאי לסך של 15,560 ₪ בגין שעות נוספות (מחצית מהסכום הנתבע). הסיבה לכך היא כי בהתאם לעדות התובע, לא תמיד עבד ביום שישי (ראו עדות התובע עמ' 26 לפ' שורה 33; עמ' 27 לפ' ש' 1-6) וכמו כן התחשבנו בטענת הנתבע לקיזוז זמני הפסקה (ובהקשר זה אנו מקבלים את טענת הנתבע שהייתה לעובדים זמן הפסקה).

**זכאות התובע לפדיון חופשה, דמי הבראה, הפרשות פנסיוניות ופיצוי בגין אי מסירת הודעה לעובד**

פדיון חופשה

51.לטענת התובע עם סיום עבודתו לא שולם לו פדיון חופשה ותלושי השכר אינם משקפים נכונה את מספר ימי החופשה שהצטברו לזכותו. נטל הראיה כי התובע יצא לחופשה מוטל על כתפי הנתבע. תלושי השכר אינם מציגים כל תשלום עבור דמי חופשה ולא מופיע ניצול ימי חופשה.

52.לטענת הנתבע התובע פדה את כל ימי החופשה להם היה זכאי, שהה 4 חודשים בחו"ל וקיבל שכר מלא עבורם. עקב שגגה מופיעים בתלוש השכר 46 ימי חופשה שלא נוצלו.

53.עיון בתלושי השכר מעלה כי בחודש דצמבר 2008 נרשם כי התובע ניצל את מלוא ימי החופשה שצבר והרישום אופס. מחודש ינואר 2009 החלה צבירה חדשה. מוצג 4 לתצהיר הנתבע, המציג רישומי יציאה מהארץ של התובע, מעלה כי בשנים 2009-2012 התובע יצא מהארץ לתקופה כוללת של 79 ימים. ימים אלה לא ירדו מצבירת התובע בתלושי השכר והם רבים יותר מימי החופשה שצבר בתקופה זו. הנתבע שילם את שכרו במלואו במהלך כל התקופה.

לפיכך, אנו קובעים כי לא נותרו לתובע ימי חופשה לפדות בסיום העסקתו.

דמי הבראה

54.לטענת התובע, לא שולמו לו דמי הבראה בגין השנתיים האחרונות לעבודתו, בהתאם לצו ההרחבה הוא תובע 17 ימים. הנתבע טוען כי שילם לתובע דמי הבראה כחלק מהשכר כמתואר לעיל, אך שללנו טענתו זו.

55.לפיכך, התובע זכאי לדמי הבראה עבור השנתיים האחרונות לעבודתו, 2011-2012. בשנים אלה התובע הועסק 8 ו- 9 שנים (משנת 2003) ולכן זכאותו לימי הבראה היא 7 ימים לשנה:

שנת 2011: 7 ימי הבראה &times; 365 ₪ ערך יום הבראה = 2,555 ₪.

שנת 2012: 7 ימי הבראה &times; 371 ₪ ערך יום הבראה = 2,597 ₪.

56..סך הכל זכאי התובע לסך של 5,152 ₪ בגין דמי הבראה

הפרשות פנסיוניות

57.אין מחלוקת כי לא נערך לתובע הסדר פנסיוני ולא הופרשו כספים לקופת גמל במהלך כל תקופת עבודתו. מאחר שקבענו כי על הנתבע לא חל צו ההרחבה בענף המסחר, זכאי התובע לפיצוי בגין אי העברת תשלומים לקופת גמל בהתאם לצו ההרחבה לביטוח פנסיוני מקיף ולהלן החישוב:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **שנת עבודה** | **שכר שנתי ברוטו** | **אחוז ההפרשה** | **סך הכל הפרשה לפנסיה** |
| 2008 | 46,899.62 | 0.83% | 389 ₪ |
| 2009 | 47,253.84 | 1.66% | 784 ₪ |
| 2010 | 47,253.84 | 2.5% | 1,183 ₪ |
| 2011 | 49,119.12 | 3.33% | 1,636 ₪ |
| 10 חודשים בשנת 2012 | 42,694.25 | 4.16% | 1,776 ₪ |
| 11/2012 - אין תלוש (הערכה) | 4,455.95 | 4.16% | 185 ₪ |

58..סך הכל זכאי התובע להפרשות פנסיות בסך 5,953 ₪

אי מסירת הודעה לעובד

59.אין מחלוקת כי לא ניתנה לתובע הודעה בכתב בנוגע לתנאי העסקתו, לא בתחילת הדרך ולא במהלך התקופה. יחד עם זאת, טוען הנתבע כי התובע ידע היטב מה היו תנאי העסקתו וקיבל הסבר מפורט לגביהם בעל פה.

60.סעיף 1 ל חוק הודעה לעובד (תנאי עבודה), התשס"ב-2002 קובע כך:

"מעסיק ימסור לעובד, לא יאוחר משלושים ימים מהיום שהעובד התחיל לעבוד אצלו, ואם היה העובד נער כהגדרתו בחוק עבודת הנוער, התשי"ג-1953 (להלן - נער) - לא יאוחר משבעה ימים, הודעה בכתב שבה יפרט את תנאי העבודה של העובד לפי הוראות חוק זה (בחוק זה – הודעה על תנאי עבודה)."

61.הנתבע הפר את חובתו על פי דין, על אף שניתנו תלושי השכר המפרטים את השכר במהלך כל תקופת העבודה של התובע. לטענתו, התובע החל לעבוד בשנת 2003 ולכן אינו זכאי לפיצוי הסטטוטורי שנקבע בתיקון מספר 4 לחוק משנת 2011.

62.אין לקבל טענה זו של הנתבע. היה עליו לתת לתובע הודעה על תנאי עבודתו בכתב בהתאם לחוק תלושי שכר חודשיים והסבר בעל פה, נרחב ככל שיהיה, אינו מספיק. נוסף על כך, הפיצוי הסטטוטורי נכנס לתוקף בשנת 2011 והוא שריר וקיים עת הגשת התביעה. משכך אנו מחייבים את הנתבע לשלם לתובע פיצוי ללא הוכחת נזק בגין אי מסירת הודעה לעובד בסך 5,000 ₪.

**טענות הקיזוז של הנתבע**

63.טענת הנתבע לקיזוז הודעה מוקדמת נדחית מהטעמים המפורטים לעיל לעניין נסיבות סיום העסקתו של התובע.

64.טענת הנתבע לקיזוז הימים בהם שהה התובע בחו"ל וקיבל שכר חודשי מלא נדחות אף הן בהתאם למתואר לעיל לעניין ימי החופשה.

65.אשר לטענת הנתבע לקיזוז, לא הוכח בפנינו כי התובע אכן גזל את כספי העסק ולכן אין בידינו לקבל טענה זו.

66.קיזוז ארוחות - הלכה פסוקה היא כי אין המעסיק רשאי לבטל הטבה שניתנה לעובד לפנים משורת הדין:

"נוסיף, כי ככל שמעביד משלם לעובד הטבה מעבר למגיע לו על פי החוק או צו ההרחבה, הטבה זו הופכת לחלק מתנאי עבודתו המוסכמים של העובד, והמעביד אינו רשאי לבטלה לאחר שהעובד מסיים את עבודתו, בתגובה להגשת תביעה על ידי העובד לתשלום זכויות אחרות המגיעות לו [דב"ע (ארצי) נד/ 48-3 מזרה - ענת ימין, מיום 2.5.94 וע"ע (ארצי) 1260/00 מרקוביץ - אקורד הנדסה בע"מ, מיום 5.8.02]"

***(ע"ע 33791-11-10*** *נובכוב מיכאל - ר-צ פלסט בע"מ****, 24.5.2012).***

לכן, אם מעסיק משלם לעובד הטבה מעבר לקבוע בחוק או בצו ההרחבה (מבלי לקבוע האם באמת הנתבע שילם את ארוחות התובע בכל יום ומה היה הסכום ששילם) - הטבה זו הופכת לחלק מתנאי עבודתו המוסכמים של העובד והמעסיק אינו רשאי לבטלה לאחר שהעובד מסיים את עבודתו, בתגובה להגשת תביעה על ידי העובד ויש לדחות טענת קיזוז זו.

**סוף דבר:**

67.התביעה מתקבלת בחלקה.

68.הנתבע ישלם לתובע תוך 30 יום מיום המצאת פסק הדין סך כולל של 82,033.5 ₪, בהתאם לפירוט כדלקמן:

א.בגין פיצויי פיטורים, סך של 39,746 ₪.

ב.בגין חלף הודעה מוקדמת, סך של 4,249 ₪.

ג.בגין פיטורים שלא כדין, סך של 6,373.5 ₪.

ד.בגין גמול שעות נוספות, סך של 15,560 ₪.

ה.בגין דמי הבראה, סך של 5,152 ₪.

ו.בגין הפרשות פנסיוניות, סך של 5,953 ₪.

ז.בגין אי מתן הודעה לעובד, סך של 5,000 ₪.

לסכומים הנזכרים לעיל יתווספו הפרשי ריבית והצמדה כדין החל מיום הגשת התביעה (3.10.2013) ועד התשלום המלא בפועל.

69.בנוסף, ישא הנתבע בהוצאות התובע ושכ"ט עו"ד בסך של 7,500 ₪ אשר ישולמו תוך 30 יום מהיום אחרת יישאו הפרשי ריבית והצמדה כדין החל מהיום ועד התשלום המלא בפועל.

1. *פסק הדין ניתן לערעור בזכות לבית הדין הארצי לעבודה בתוך 30 ימים ממועד קבלת פסק הדין.* **ניתן היום, א' תמוז תשע"ז, (25 יוני 2017), בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| תמונה 4   |   | תמונה 3  |   | תמונה 2  |
| **נציג ציבור עובדים****מר שחר כהן**  |   | **תומר סילורה - שופט** |   | **נציג ציבור מעסיקים****גב' אהובה גנור** |