|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית דין אזורי לעבודה בבאר שבע** | | |
|  | | |
| חליל נ' צבהאן | | 12 אוג 2019 19872-06-16 |
|  | | |
| **השופט** | יוסף יוספי | |
|  | | |
| **התובע** | חוואטרה חליל ע"י עו"ד כפיר בוקר | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **הנתבע** | אלסייד צבהאן ע"י עו"ד לילך אור | |

**פסק דין**

1.עסקינן בתביעה בגובה 525,572 ₪, במסגרתה התובע, אשר עבד כנהג אצל הנתבע משנת 2011 ועד 2015, תבע מספר רכיבים. במסגרת סיכומיהם הסכימו הצדדים כי התובע זכאי לרכיבים הבאים: הפרשות לפנסיה, דמי הבראה, פדיון חופשה.

2.הצדדים נותרו חלוקים ביחס לנושאים ולרכיבים הבאים: תקופת העבודה, גובה הרכיבים בהם הודה הנתבע, דמי חגים, סוגיית הקיזוז בגין הלוואות שניתנו לכאורה לתובע, גמול שעות נוספות ועוגמת נפש.

**טענות הצדדים**

3.**לטענת התובע**, יש לקבל את התביעה במלואה. התובע הועסק כנהג הסעות בין השנים 2011 ועד 2015, 6 ימים בשבוע. בימים א'-ה' הוא עבד משעה 4:00 ועד 18:30, וכן עבד בימי שישי באופן קבוע. לתובע לא הופרשו כספים לקרן הפנסיה, והוא לא קיבל דמי הבראה. ביחס לרכיב ימי החופשה, הנתבע אומנם מודה ברכיב זה, אך לא בסכומים להם טוען התובע. התובע עבד שעות נוספות רבות ואף צירף תחשיב של מומחה מטעמו. הנתבע לא הציג כל אסמכתא על כך שהלווה 10,000 ₪ לתובע. הנתבע אף לא הציג פנקס רישום שעות עבודה, כך שנטל ההוכחה רובץ לפתחו ביחס להיקף עבודת התובע, וזאת בשים לב כי לא מסר הודעה לעובד על תנאי עבודתו. הוכח שהנתבע קיבל לידיו את כספי הנסיעות בשבת, וכן אין מחלוקת מהותית בין הצדדים ביחס לתקופת ההעסקה.

4.**לטענת הנתבע**, הגם התובע עזב את העבודה שלוש פעמים לתקופות ארוכות וללא הודעה מראש, הנתבע קיבל אותו חזרה לעבודה ואף נתן לו הלוואות. התובע היה עובד במתכונת שעות קבועה, והוא כלל לא עבד שעות נוספות. בין השעות 8:00 ועד לשעה 13:00 לא עבד התובע, אלא היה בכוננות לקריאת המעסיק. תלושי השכר שיקפו את המציאות, ושעות כוננות אינן שעות עבודה. התובע למעשה עבד בשעות מפוצלות. הסעת הסטודנטים בימי שבת היתה ביוזמת התובע והנהג המחליף, אשר קיבלו את התשלום ישירות לידיהם.

תחשיבי התובע חסרי ערך, כי נלקחו בחשבון 12 חודשים בהם התובע לא עבד וכן 5 שעות מדי יום בהן התובע לא עבד. בנוסף, התחשיב לקח בחשבון את ימי השבת. מעיון בתלושי השכר עולה שהתובע קיבל דמי חגים. דווקא הנתבע זכאי לפיצוי בגין עוגמת נפש, ולא התובע שנטש את עבודתו 3 פעמים, ולכן גם יש לקזז הודעה מוקדמת בסך כולל ומצטבר של 17,640 ₪ וכן הלוואה בסך 10,000 ₪. התובע היה נוהג להעמיס עצים שנכרתו על ידי קק"ל.

**דיון והכרעה**

5.במסגרת מסכת הראיות נחקרו על האמור בתצהיריהם התובע והנתבע, וכן מר זיאד אבוקיען- אשר עבד אצל הנתבע בתקופה הרלוונטית, ומר ראיד אלסייד- קרוב משפחתו של הנתבע שעבד במוסך בו טופלו רכבי הנתבע.

6.כבר בפתח הכרעתנו נציין, כי הצדדים לא היו חלוקים ביחס לזכאות התובע לכספים בגין הפרשות לפנסיה, דמי הבראה ופדיון חופשה, אלא רק ביחס לסכום שנתבע.

מחלוקת זו נבעה ממחלוקת אחרת בדמות תקופת עבודת התובע והרצף שלה. בעוד שהתובע טען לרציפות בעבודה החל משנת 2011 ועד לשנת 2015, טען הנתבע כי התובע עבד בשלוש תקופות שונות: 1.8.11-25.12.13, 1.7.14-24.4.15, 1.7.15-30.9.16.

ממסכת הראיות עלה, כי יחסי העבודה לא נותקו בשום שלב, וגירסת התובע לפיה עבד ברצף לא נסתרה.

מנגד, הופרכה גירסת הנתבע לפיה יחסי העבודה נותקו מספר פעמים. כך למשל, ביחס לנסיבות אותן תיאר הנתבע ולפיהן התובע פנה אליו באמצעות חבר וביקש לחזור לעבודה, נתון שלא הוזכר כלל בתצהיר הנתבע. בנוסף, טען הנתבע שהתובע בא לביתו לבקש ישירות ממנו לחזור לעבודה, וזאת במהלך חג מוסלמי; לעומת עדותו בבית הדין בה סיפר כי לא היה בבית אלא התובע ביקש לחזור לעבודה באמצעות בניו של הנתבע.

עוד יצוין, כי כאשר עומת הנתבע עם כך שישנן אסמכתאות על העברות כספים בנקודות בהן טען שהתובע לא עבד, ענה הנתבע כי מדובר בהלוואות לבקשת התובע. ברי, כי עסקינן בתשובה שאינה מתקבלת. ראשית, הנתבע לא תיעד בספריו את ההלוואות המדוברות ולא ערך הסכמי הלוואה. בנוסף, לא היתה בפיו תשובה לכך שמדובר בסכומים שתואמים לגובה המשכורות אותן השתכר התובע.

עוד נוסיף, כי הנתבע לא צירף ולו מכתב בודד על פיטוריו של התובע או התפטרותו כפי שנטען, וגם לא מכתב על סיום העסקה.

כמו כן, הנתבע בחר שלא להביא לעדות את החבר אשר טען לגביו כי הוא היה החוליה המקשרת בינו לבין התובע, והכלל בעניין זה ידוע. הנתבע לא שלח מכתב התראה לתובע וגם לא דרש את "ההלוואה" חזרה בדרך אחרת.

הנתבע אמנם הביא לעדות את מר אבוקיעאן אשר עבד כנהג אצלו, אך זה בעדותו לא ציין את התאריכים בהם עזב התובע לכאורה את העבודה, אלא רק טען בכלליות ביחס למועדים שבהם חזר. כל שתיאר היה כי אחרי שהתובע עזב את העבודה ראו אותו נוסע על רכב בצבע אדום של חברה אחרת. המדובר באמירה כללית, ללא פירוט, וללא ציון תאריך כלשהו. בהקשר זה יצויין, כי הנתבע לא הציג הסכם עבודה ואף לא הודעה לעובד על תנאי עבודתו, ולו היתה גירסתו נכונה, היה עליו להציג 3 מסמכים כאלה ביחס ל-3 תקופות העבודה להן טען.

7.מהאמור לעיל עולה, כי התובע עבד אצל הנתבע החל מיום 10.8.11 ועד ליום 30.1.16 ברציפות.

יש לציין, כי בתלושי השכר נפלו אי דיוקים שאינם ברורים; כמו למשל בתלוש שכר של חודש 4/15 נכתב ותק החל מיום 1.11.15, שהוא למעשה מועד עתידי.

לפיכך, ביחס לרכיבים שלא היו במחלוקת, זכאי התובע לסכומים אותם תבע, שהתבססו על תקופת העבודה לה טען, וזאת כדלהלן:

* הפרשות לפנסיהסך של 14,471 ₪
* דמי הבראה סך של 6,237 ₪
* פדיון חופשהסך של 10,175 ₪\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**סה"כ: 30,883 ₪**  8.התובע תבע במסגרת כתב התביעה דמי חגים בסך של 9,107 ₪. עם זאת התובע זנח רכיב תביעה זה במסגרת סיכומיו, ולפיכך אין לפסוק לו דבר בגין רכיב זה. 9.לעניין גמול השעות הנוספות, יפים למקרה דנן הדברים שנקבעו בפרשת דואק בהאי לישנא: **"11. לאחר בחינת טענות הצדדים החלטנו כי יש מקום לקבל את הערעור הנוגע לגמול השעות הנוספות באופן חלקי. נקודת המוצא היא כי על התקופה נשוא הערעור חולשות הוראות תיקון 24 לחוק. ביחס לתיקון זה נאמר בע"ע (ארצי) 24949-09-14 זינאת - איי אס אס אשמורת בע"מ [פורסם בנבו] (4.8.16) (להלן: ענין זינאת) ובע"ע 47715-09-14 &rlm; &rlm; עוזי ריעני - אליאסי שיווק בע"מ [פורסם בנבו] (29.3.17) (להלן: ענין ריעני), כשנציין כי שני פסקי הדין הללו – אשר לאורם נבחנו הטענות בערעור – ניתנו לאחר שבית הדין האיזורי נתן את פסק דינו. בענין זינאת נקבע כי אין בהוראות תיקון 24 כדי לפטור את העובד מהגשת גרסה ביחס לעבודתו (סעיף 8(א) לפסק הדין): "אכן, על פי תיקון 24, אם המעסיק "לא הציג רישומי נוכחות מתוך פנקס שעות עבודה, ככל שהוא חייב לנהלו", דהיינו פנקס עבודה על פי סעיף 31 לחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"ח – 1958, עובר אל המעסיק הנטל להוכיח כי "העובד לא עמד לרשות העבודה במשך שעות העבודה השנויות במחלוקת". אין בהוראות תיקון 24 לחוק הגנת השכר כדי לפטור את העובד מהצגת גרסה בנוגע לשעות העבודה הנוספות או שעות העבודה במנוחה שבועית שבהן לטענתו עבד ולא שולם לו בעדן שכר או הגמול המגיע לו לפי החוק, ומהצגת תחשיב, ולו על דרך של אומדנא, של הסכום הנתבע על ידו כשכר וגמול בעד עבודה בשעות נוספות ובמנוחה שבועית על יסוד גרסתו.כאמור, המערערת לא הציגה ולו בדל של תחשיב או הסבר לגבי הסכום הנתבע". בהמשך, ניתן פסק הדין בענין ריעני, ובו קבענו כי לצורך יישומו של סעיף 26ב ניתן איפוא להבחין בין מספר מצבים אפשריים ביחס למידת הוודאות בהתקיימות התנאי של עבודה בשעות נוספות, העומד ביסוד תשלום גמול שעות נוספות, ולמידת הוודאות בהיקפה של העבודה הנוספת. כאשר החזקה מוחלת במצב בו קיימת אי וודאות לגבי עצם התקיימות התנאי בדבר עבודה בשעות נוספות (המצב השלישי) או היקף העבודה הנוספת (המצב השני), והיא אינה מוחלת במקרה בו נקבע ממצא בדבר העדר עבודה בשעות נוספות, וזאת בשים לב למארג הראייתי לרבות התרשמות מעדות העובד (המצב הרביעי). בענין ריעני נדחתה תובענתו של העובד שכן באותו ענין התרשם בית הדין האיזורי כי העובד כלל לא עבד בשעות נוספות. בהמשך, עמדנו על כך, כי גם כאשר מוחלת החזקה יש בידי המעסיק לסתור אותה, באופן מלא או חלקי. כך למשל, אם וככל שבית הדין ישתכנע כי ניתן ליתן אימון בדוחות נוכחות שנערכו על ידי המעסיקה והגם שאלה אינם מהווים "פנקס שעות עבודה" כהגדרתו בחוק עשויה להיסתר החזקה (ראו: עע (ארצי) 56816-05-16&rlm; &rlm; &rlm;HAMED EZZEIN&rlm; נ' חדד טאס עבודות עפר ופיתוח בע"מ, [פורסם בנבו] פיסקה 6 (5.7.17) (להלן: ענין איזיין). מקרה אחר הוא כאשר בית הדין משתכנע שניתן לגדור את פוטנציאל שעות העבודה של העובד בדרך אחרת. בענין זה נאמר בעע (ארצי) 27280-06-16&rlm; &rlm; ניסים לנקרי נ' אינופרו - פתרונות טכנולוגיים חדשניים בע"מ, [פורסם בנבו] פיסקה 8 (31.10.17) כך: "במקרה השלישי, בו חלה החזקה, רשאי בית הדין לפסוק גמול שעות נוספות במלוא השיעור הקבוע בסעיף 26ב(ב) לחוק, שצוטט לעיל, אך האם הוא חייב לעשות כן? לטעמנו, התשובה לכך שלילית. סעיף 26ב(ב) קובע רף עליון לשיעור השעות שעל יסודו יקבע הגמול בתנאי אי וודאות לגבי עצם העבודה הנוספת או היקפה, כשמסקנה זו נובעת מהשימוש ברכיב "שאינו עולה" וכן במילה "רק". ואולם בתוך הטווח הקבוע בחוק עדין מסור לבית הדין במקרים מתאימים שיקול דעת מסוים לפסוק גמול נמוך מהתקרה שבחוק. כך למשל, כאשר הסעד שנתבע על ידי העובד בכתב התביעה נמוך מהרף העליון אזי בהתאם לכלל שאין להושיט לתובע סעד שלא נתבקש על ידו יוגבל הסעד על פי הסכום שנתבע. מקרה אחר הוא כאשר מאזן ההסתברויות נוטה לצד המסקנה כי הפוטנציאל המירבי לעבודה נוספת – בין אם ביחס לכלל העובדים או בסוג עיסוקו של העובד בקרב המעסיק או העובד הפרטני - נמוך מהרף הקבוע בחוק... הנה כי כן, הרף העליון שנקבע בחוק נועד לתחום את קצה גבול אחריות המעסיק מכוח החלת החזקה, ולא למנוע הפעלת שיקול הדעת השיפוטי בגדרי הטווח הקיים, אם קיים טעם ראוי מבורר ומוכח המצדיק זאת. בהעדר טעם ראוי ומוכח מעין זה – כגון, ומבלי למצות, במצב בו המעסיק בנסיבות הענין לא הרים את נטל הוכחת הפוטנציאל המירבי לעבודה בשעות נוספות - אזי יש לפסוק לטובת העובד גמול שעות נוספות בשיעור הרף המירבי הקבוע בסעיף 26ב(ב) לחוק".נציין כי בענין ריעני – וכן בפסיקה שבאה בעקבותיו – הודגשה חשיבות מסירת הגרסה מטעם העובד כאמור בענין זינאת וכי גם לאחר תיקון 24 תובענה עשויה להידחות בשל טעם זה (ראו ענין איזיין). העולה מן האמור הוא כי גם בגדרי תיקון 24 נותר לבית הדין שיקול דעת בהפעלת הוראותיו, וזאת בראי טענות הצדדים לרבות נחיצות הצגת גרסה מצד העובד (ענין זינאת) ובהתאם לסיווג תקופת העבודה לאחד המצבים הנזכרים בענין ריעני והפסיקה שבאה בעקבותיו. כפי שכבר נאמר בע"ע (ארצי) 15546-05-11 בוסקילה – נתיבי מעיין אביב בע"מ [פורסם בנבו] (24.2.15) "על מנת שתידחה התביעה לפי תיקון 24 לגמול עבור עבודה בשעות נוספות, נדרש כי המעסיק ישכנע את בית הדין כי יש לדחות את התביעה. מתי ואיך יקרא הדבר, אין לקבוע נוסחאות וכל מקרה יוכרע עובדתית לפי חכמתו של בית הדין היושב בדין".**  ראו:ע"ע (ארצי) 18354-12-16, א.א. חברה לבידוד ולציפויים בע"מ- דואק (מיום 18.4.18, סעיף 11 לפסק הדין). לאחר בחינת טענות הצדדים ביחס להיקף עבודתו של התובע, מצאנו כי יש לקבל את התביעה ברכיב דנן באופן חלקי, ונפרט.התובע טען כי הוא מתחיל לעבוד בשעה 4:00 לפנות בוקר ועובד עד השעה 18:00, ובימי שישי-שבת הוא עובד החל מהשעה 5:30 ועד השעה 19:30. מנגד, טען הנתבע כי באמצע השבוע התובע היה חופשי החל משעה 13:00 עד 16:00, וכן שהנסיעות בשבת נערכו באופן פרטי תוך קבלת הכסף לכיסו של התובע. ממסכת הראיות עלה כי התובע עבד שעות נוספות אך לא בהיקפים להם טען, וגם לא באופן קבוע. לעיתים עבד התובע מהשעה 8:00 ועד לשעה 13:00 וביצע עבודות הסעה, אך לעיתים היה חופשי לביצוע סידוריו בשעות אלה. טענת התובע לפיה היה חייב להיות צמוד למקום אליו ביצע את ההסעה נסתרה. בנוסף, התובע לא תיאר סידור עבודה קבוע ביחס לשעות שלאחר השעה 8:00, המועד בו תידלק.עוד התברר, כי פעמיים בחודש היה התובע מעמיס עצים במשקל של 100-500 ק"ג ברכב ההסעות עליו עבד, וזאת בימים בהם היה מחזיר את העובדים בשעה 16:30. התברר כי לפני שאסף התובע את העובדים, בזמנו החופשי עסק בהעמסת עצים פעמיים בחודש, וזאת לצרכיו הפרטיים. בנקודה זו טען התובע כי דובר על חצי שעה עד שעה הפסקה, טענה שלא נטענה בתצהירו ואין אנו מקבלים אותה.התובע אף הודה כי הוא ביצע את אותה עבודה של מר אבוקיען; ויש בכך כדי להראות כי לעתים היה חופשי בין השעות 8:00 עד 13:00, כמו מר אבוקיען.מנגד, הנתבע לא הציג רישומים של שעות עבודת התובע, ואף לא הוצגו הסכם עבודה או הודעה לעובד על תנאי עבודתו.כך גם באשר לעבודה בימי שישי-שבת, ממנה עלה כי התובע היה מסיע סטודנטים מתל שבע לאוניברסיטה בשטחים, כאשר מכל נוסע הוא היה גובה סך של 50 ₪. התובע טען כי הכסף היה מועבר לנתבע, והנתבע טען שהכסף הלך ישירות לכיסו של התובע. מעדות התובע עלה, כי לעתים היה לוקח סכומים מסוימים לכיסו, והנתבע היה מנכה משכרו סכומים אלו. דא עקא, מעיון בתלושי השכר אין רישום על כך, ובנוסף התובע טען כי ערך רישומים ביחס להסעות אותן ביצע בסופי שבוע, אולם בחר שלא להגיש את הרישומים הנטענים. בכך יש כדי לפגוע בגירסת התובע לעניין זה. 10.מכל האמור לעיל עולה, כי התובע אכן עבד שעות נוספות לאורך תקופת עבודתו, אך לא בהיקפים שצוינו על ידו ולא באופן קבוע. מנגד, הנתבע כלל לא ניהל רישומי שעות עבודה של התובע. לפיכך, יש מקום להחיל את תיקון 24 לחוק הגנת השכר, תשי"ח- 1958. בנושא זה נציין כי התובע לא טען טענה כללית וסתמית ביחס לשעות עבודתו, אלא נקב בשמות המקומות שהיו יעדי הנסיעות. משעבד התובע 53 חודשים, בניכוי 8 חודשי יולי-אוגוסט בהם לא ביצע הסעות באמצע היום כפי שעלה מעדות מר אבוקיעאן, זכאי הוא ל-60 שעות נוספות לחודש במכפלת 45 חודשים. התוצאה שמתקבלת הינה 2,700 ₪ במכפלת תעריף לשעת עבודה לו טען התובע בסך 29.96 ₪ (125%) שכאמור לא נסתר, ובסך הכל: 80,892 ₪. 11.באשר לרכיב עוגמת הנפש, הרי שבדיון מיום 27.10.16 נמחק רכיב זה, תוך שהתובע מתנה זאת בכך שלא תוגש בקשה לביטול פסק דין, שלבסוף הוגשה.עם זאת, במסגרת סיכומיו זנח התובע רכיב זה, ולמעשה לא הזכירו כלל.די בכך כדי לדחות רכיב תביעה זה. בנוסף, ממילא לא הוכחו נסיבות המצדיקות לפסוק פיצוי בגינו. 12.**סיכום** התובע זכאי לסכומים כדלקמן:
* הפרשות לפנסיהסך של 14,471 ₪
* דמי הבראהסך של 6,237 ₪
* פדיון חופשהסך של 10,175 ₪
* גמול שעות נוספותסך של 80,892 ₪\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**סה"כ: 111,775 ₪**  כפי שפורט לעיל, אין מקום להורות על קיזוז הלוואות שניתנו, היות ולא הוכח כי מדובר בהלוואות כנדרש בפסיקה. **אחרית דבר** 13.הנתבע ישלם לתובע סך של 111,775 ₪ בצירוף ריבית והצמדה מיום 1.2.16. בנוסף, הנתבע ישלם לתובע הוצאות משפט בסך של 1,000 ₪, ושכ"ט עו"ד בסך של 5,000 ₪.הסכומים דלעיל נקבעו לאור הסכום הנתבע אל מול הסכום שנפסק. כל הסכומים דלעיל ישולמו בתוך 30 ימים מיום המצאת פסק הדין. 14.זכות ערעור לבית הדין הארצי לעבודה בתוך 30 יום מיום המצאת פסק הדין. 15.פסק הדין יישלח לצדדים בדואר רשום. **ניתן היום, י"א אב תשע"ט, (12 אוגוסט 2019), בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.** **הוקלד ע"י קמילה שופן**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  | תמונה 3 |  |  |
| **מר שרון מיכל**  **נציג ציבור (עובדים)** |  | **יוסף יוספי, שופט** |  | **מר בנימין סימן טוב**  **נציג ציבור (מעסיקים)** |