|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית דין אזורי לעבודה בתל אביב** | | |
|  | | |
| באום נ' ע.מ.י.ש.ב שרותים בע"מ | | 10 נוב 2021 16795-12-18 |
|  | | |
| **השופטת** | אריאלה גילצר – כץ | |
|  | | |
| **תובע:** | גד באום ע"י עו"ד אוהד אור | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **נתבעת:** | ע.מי.ש.ב. שרותים בע"מ ע"י עו"ד דורית שרי | |

**פסק דין**

נציג ציבור (מעסיקים) מר גיל אלוני

נציג ציבור (עובדים) מר איסר באומל

**האם קב"ט של משרד ממשלתי מצוי במשרת אמון ולכן אינו זכאי לגמול שעות נוספות – זוהי אחת הסוגיות העומדות להכרעתנו.**

**העובדות כפי שעלו מחומר הראיות**

1. התובע עבד אצל הנתבע כקב"ט מחוז המרכז (קב"ט אזורי) מיום 1.5.02 ועד 30.6.18 (נספח א' לכתב התביעה).
2. הנתבעת היא חברת שמירה.
3. התובע היה עובד חודשי והשתכר שכר של 10,448.25 ₪.
4. בחודש 6/18 פרש התובע מהנתבעת. התובע הגיע לגיל פרישה.
5. עם סיום עבודתו, נערך בין הצדדים הסדר סיום העסקה (נספח א' לכתב ההגנה). **טענות הצדדים טענות התובע**
   1. התובע עבד שעות נוספות באופן קבוע.
   2. שכרו הקובע של התובע עמד על 10,448.25 ₪ (שכרו היומי היה 483.7 ₪ ושכרו השעתי 56.2 ₪).
   3. התובע עותר לתשלום גמול שעות נוספות לפי דוחות הנוכחות של התובע. התובע עבד בממוצע 19.52 ש"נ בחודש (125%) ו-6.6 ש"נ בחודש (150%). התובע זכאי לגמול שעות נוספות לכל התקופה לסך של 154,213 ₪.
   4. יתרת החופשה לחודש 6/18 עמדה על 48.21 ימים (4,348 ₪).
   5. על פי צו ההרחבה בענף השמירה, החל מיום 1.11.14 שיעור הפרשות בעד גמול שעות נוספות עומד על 7% תגמולים ו-6% פיצויים. הנתבעת לא ביצעה הפרשות לגמל ולפיצויים על השעות הנוספות (11,026 ₪).
   6. על פי צו ההרחבה בענף השמירה, החל מיום 1.11.14 על המעסיק להפריש לקרן השתלמות 7.5% משכר היסוד ודמי ההבראה (13,242 ₪).
   7. הן שעות העבודה והן מספר ימי העבודה בתלושי השכר אינם נכונים. התובע עותר לפיצוי בגין תלושי שכר פיקטיביים אלו (16,000 ₪).
   8. הנתבעת לא מסרה לתובע הודעה על תנאי העסקה (10,000 ₪).
   9. הנתבעת נהגה בחוסר תום לב כלפי התובע (20,000 ₪). **טענות הנתבעת**
      1. התובע חתם על הסדר פשרה לסילוק סופי של כל טענותיו.
      2. כל זכות שקדמה ליום 9.12.11 התיישנה, למעט זכות לחופשה והבראה שבהן תקופת ההתיישנות אף קצרה יותר.
      3. חוק שעות עבודה ומנוחה לא חל על התובע. התובע שימש כקב"ט של משרד העלייה והקליטה.
      4. התובע לא היה נתון לפיקוחה של הנתבעת. התובע היה מפקח על עובדים אחרים ועבודתו התבצעה בחצר המזמינה. התובע לא החתים כרטיס נוכחות.
      5. לאחר הגשת התביעה התברר כי התובע לא עבד במשרה מלאה.
      6. לקראת סיום עבודתו וכהכנה לכתב התביעה, החל התובע לדווח על נוכחותו ע"י מערכת יל"מ באמצעות הטלפון הנייד, אשר אינה תואמת את מערכת האיתוראן.בין הצדדים נוהל מו"מ על הסכם סיום ההתקשרות.
      7. התובע הועסק במשכורת.
      8. במסגרת הסכם הפשרה שילמה הנתבעת לתובע 47.21 ימי חופשה (18,971 ₪). הנתבעת עותרת לקיזוז 81.52 ימי חופשה ששולמו ביתר בשל תקופת ההתיישנות. שווי יום חופשה על פי דין עומד לתובע על סך של 401.85 ₪.
      9. ההפרשות לקרן השתלמות אינן מעבר לשכר המינימום הענפי. לכן, לכל היותר התובע זכאי לסך של 16,425 ₪. הנתבעת עותרת לקיזוז 4,265 ₪ (סכום שהופרש ביתר).
      10. התובע לא אִזכר את הסכם הפשרה בתביעתו.
      11. התובע דיווח על שעות עבודה ועשה שימוש ברכב המעסיק על מנת ליטול קורסים רוחניים, לשמרטף על נכדיו ולקחת את ילדיו לשדה התעופה. שאר טענות הצדדים יועלו במסגרת פסק הדין. יוער כי לא נתייחס אל הרחבות חזית ושינויי חזית שנעשו ע"י מי מהצדדים. **עדויות** מטעם התובע העיד התובע בעצמו ומטעם הנתבעת העיד מר אבי ערד, סמנכ"ל הנתבעת. **הכרעה** לאחר ששמענו את העדויות, עיינו במסמכים שהוגשו ובחנו את טענות הצדדים, באנו לכלל מסקנה כי דין התביעה להתקבל ברובה. **האם זכאי התובע לגמול שעות נוספות?** 
          1. חוק הגנת השכר הסדיר את חובת המעסיק לנהל פנקס בדבר שעות העבודה באופן שוטף והוא מחוייב לכלול רישום שעות עבודה בפועל. במקרה דנא רישום כדין לא נעשה על ידי הנתבעת.
          2. על פי סעיף 25 לחוק שעות עבודה ומנוחה תשי"א -1951, על המעסיק לנהל פנקס שעות באמצעים מכניים, דיגיטליים או אלקטרוניים ורק אם לא נערך פנקס השעות באמצעים אלו, ניתן לרשום את השעות באופן ידני ועל העובד לחתום על הרישום מידי יום. בתלושי השכר הנתבעת לא ציינה שעות העבודה.
          3. התובע הוא זה שצירף דוחות נוכחות ודו"חות יל"מ לחלק מתקופת עבודתו (2014, 2015, 2016, 2017, 2018) ולא לכל החודשים של השנה אך טעות בידי הנתבעת והיה עליה לצרף את הדו"חות על מנת להוכיח את שעות עבודתו. הנטל מוטל על הנתבעת ולא על התובע.
          4. התובע צירף לתצהירו (נספח ד') דוחות נוכחות מיום 1.4.14 ועד לחודש 3/18: **"ת:מוכר לכם? כרטיס עובד, עובד של משרד הקליטה שעם זה חתמתי שנתיים פחות 16, 14 שנה וצירפנו לכם את הדפים ועם זה אתם לא יכולים להגיד לי שזה י.ל.מ. זה הכרטיס שאני חתום ורשום במשרד הקליטה וכל הזמן,ש:אני, סליחה, סליחה.ת:והם רצו לפקח והם היו בקשר איתנו כל הזמן."**(עמ' 13 לפ' שורות 5-1 לעדות התובע)
          5. אם כן, לתובע ראשית ראיה באשר לשעות עבודתו והנתבעת שחלה עליה חובה לפקח על שעות עבודתו באמצעות דוחות נוכחות לא מילאה אחר חובתה על פי חוק הגנת השכר.
          6. טוענת הנתבעת כי התובע הועסק במשרת אמון ועל גבי תלושי השכר רשמה הנתבעת "אי יכולת פיקוח שעות" ו"משרת אימון". על פי הפסיקה תפקיד הדורש מידה מיוחדת של אמון נקבע על פי מספר קריטריונים: מיקומו של העובד בהיררכיה הארגונית של המעסיקה (תפקיד מרכזי אצל מעסיקתו, האחריות המוטלת עליו), גובה שכר (שכר גבוה, קבלת בונוסים הנגזרים מרווחי המעסיקה ולא על בסיס פעולותיו של העובד), סמכותו לקבל החלטות באופן עצמאי, מידת חשיפתו למידע רגיש של המעסיקה (ראו לעניין זה ע"ע (ארצי) 61148-08-16 כ.ש. מרכזי תיפעול לרכב בע"מ נ' גבריאל עטיאס, ניתן ביום 5.6.18 – פורסם במאגרים האלקטרוניים. שם סעיפים 13 – 17). על פי פסיקת בית הדין הארצי מאבטחי שרים באים בגדר החריגים למרות שניתן היה לעקוב אחר שעות עבודתם באמצעות הטלפונים הניידים:**"בשים לב לעקרונות שנפרשו לעיל ולאחר שבחנו את נסיבות עבודתם של המאבטחים, הגענו לכלל מסקנה כי החריג הקבוע בסעיף 30(א)(6) לחוק שעות עבודה ומנוחה חל במקרה זה וזאת על פי הקביעות העובדתיות של בית הדין האזורי במסגרת התביעה הראשונה. תביעה זו כאמור משקפת את תמונת המצב ביחס למרבית המאבטחים ועל כן יש לראות בה ראייה מחייבת לכל המאבטחים. על קביעות עובדתיות אלו יש להשקיף לפי ש"עניינו של סעיף 30(א)(6) הוא במאפיינים תעסוקתיים היוצרים אילוץ שאינו מאפשר התווית מסגרת שעות עבודה, ולא מקום בו התווית מסגרת שעות העבודה אפשרית אך הצדדים העדיפו שלא לדקדק בהגדרתה ולא לפקח על יישומה" (ע"ע(ארצי) 43343-02-19 מרדכי חן – מרכז תורני אלוני הבשן – צפון רמת הגולן (ע"ר) (16.12.2019); ע"ע(ארצי) 28706-11-18 נועם לנדמן – לב העיר הרשת המקומית בע"מ (26.3.2020) (להלן – ענין לנדמן)).... ...בנסיבות שכאלו מיקוד הייתה יכולה להיות בקשר תמידי עם מנהל המשימה, יכלה לעקוב אחרי הטלפונים הניידים שנתנה למאבטחים, ואף להשתמש באמצעים מרחיקי לכת אחרים כדי לדעת מה עושים המאבטחים. אך בהינתן תבנית עבודה משתנה, לפי צרכים של משתמש שהוא אינו המעסיק, בתוך מסגרת שעות החורגת מהמקובל ליום עבודה לפי חוק שעות עבודה ומנוחה, שבה השעות של האבטחה בפועל, שעות המנוחה, ושעות הלינה אינן קבועות, ובהינתן התמורה הגבוהה שקיבלו המאבטחים – דרישת הפיקוח על עבודה מסוג כזה אינה סבירה ויוצרת הכבדה בלתי מתקבלת על הדעת. גם אם ניתן לנטר את עבודת המאבטחים באמצעים פשוטים, אין הדבר מחייב שהמעסיק יעשה שימוש בהם, במיוחד כאשר מדובר בעבודה מסוג כזה, שעל פניה מתנהלת בגמישות לפי צרכים משתנים וניטור צמוד שכזה עלול להביא לכך שבידי גורם פרטי יהא מידע הנוגע לתנועותיו של שר.** (בע"ע 56218-06-17 פלוני – אלמוני , ניתן ביום 22.6.20 – פורסם במאגרים האלקטרוניים. שם סעיפים 93, 98). אין הנדון דומה לראיה. בענייננו אין מדובר בהגנה על פרטיות של צד ג' או בהעסקה מיוחדת כבעניינם של מאבטחי השרים.
          7. יפים הם לענייננו דברי בית הארצי לעניין תשלום שעות נוספות לגבי משרות אשר נטען לגביהן כי הן משרות שאינן ניתנות לפיקוח: **"המגמה בפסיקתו של בית הדין לעבודה היא לפרש את החריגים בצמצום כך שהחוק יפרוש כנפיו גם על עובדים הנדרשים לעבודה תדירה מחוץ לחצרי המעסיק, כגון נהגים וסוכני מכירות, ואין בעצם העבודה התדירה מחוץ לחצרי המעסיק להחריגם מתחולת החוק. המבחן לתחולתו של סעיף 30(א)(6) לחוק הוא בקיומה של אפשרות פיקוח (להבדיל מפיקוח בפועל) על מסגרת שעות העבודה והמנוחה בכללותה (להבדיל מפעולות העובד בגדרי יום העבודה). בהינתן דגשים אלה לפרשנות סעיף 30(א)(6) עולה כי סעיף זה יחול בעיקר באותם מקרים חריגים בהם אין כל אפשרות פיקוח על מסגרת שעות העבודה. ואולם, כאשר מסגרת העבודה ניתנת בעיקרה לפיקוח (כגון פגישות מחוץ לחצרי המעסיק שהן מתוכננות) - הרי שאין מקום להחלת החריג בסעיף 30(א)(6) לחוק. אמנם, אין לכחד כי מלאכת הפיקוח על עובד המצוי דרך קבע מחוץ לחצרי המעסיק מורכבת יותר ממלאכת הפיקוח על עובד בחצרי המעסיק. אולם – וזה העיקר – הנטל לשכנע כי זו בלתי אפשרית, באופן המצדיק החרגת העובד מתחולת החוק, יורם במקרים חריגים ומצומצמים. זאת, בשים לב לקיומם של כלים ניהוליים והשתכללותם של אמצעים טכנולוגיים (ובלבד שפגיעתם בפרטיות העובד אינה עולה על הנדרש). מכל מקום, בחירה ניהולית של מעסיק ליתן לעובד דרגת חופש גבוהה בניהול זמן עבודתו אינה מצדיקה, כשלעצמה, החרגתו מתחולת חוק שעות עבודה ומנוחה"** (ע"ע 27280-06-16 נסים לנקרי - אינופרו - פתרונות טכנולוגיים חדשניים בע"מ, ניתן ביום 31.10.17. שם סעיף 5).
          8. משרתו של התובע לא הייתה משרת אמון שכן אין מדובר בתפקיד ניהולי. עסקינן בקב"ט, תפקיד אשר אינו מהווה משרת אמון ובוודאי שאין מדובר במשרה שלא ניתנת לפיקוח ובנקל יכול היה התובע לדווח על תחילת יום העבודה וסיומה בכל שנות עבודתו. אין בידנו לקבל את טענת הנתבעת כי העובדה שהתובע השתכר שכר גבוה מצביעה על משרת אמון ואף לא הוצג בפנינו כי הוסכם בין הצדדים שמדובר במשרת אמון.
          9. הנתבעת טענה כי הרישום של התובע היה שגוי ומטעה: **"...זה הקטע המאוד קטן שלקח מזמני אולי חצי יום, שאר העבודה הייתה במשרד הביטחון בקריית אונו. ש:הבנתי.ת:שאר העבודה הייתה במשרד הביטחון בקריית אונו. ש:הבנתי.ת:שם יושבת רח"ל אם אתם יודעים מה זה, "רשות חירום לאומית" ואני עבדתי שם. הייתי חבר ועדת מל"ח, "משק לשעת חירום". והיום שאתם רואים את ההכנות של פיקוד העורף לפנדמיה זה אנחנו היינו. ואני גם הייתי בבסיס המון זמן יושב בחודש מספר פעמים,"**(עמ' 6 לפ' שורות 27-22 לעדות התובע)
          10. הנתבעת טענה כי דיווחי התובע סותרים את דוחות האיתוראן. כך למשל, מצביעה הנתבעת בסיכומיה (ס' 6 לסיכומי הנתבעת) כי על פי יומן שצורף ביום 07/05/2017 היה התובע ביום עיון במשרד הביטחון- רח"ל ברמת אפעל אך טוענת כי לא צורף יומן אירועים לחודש 5/2017. טוענת הנתבעת כי בדיקה העלתה כי התובע מילא דו"ח לפיו עבד החל למן השעה 07:27 בבוקר ועד השעה 16:06 אחה"צ בעוד שמדו"ח האיתוראן עולה כי יצא מהבית בשעה 07:39 הגיע לרחוב היסמין ברמת-אפעל בשעה 08:13 יצא מאותה נקודה בשעה 13:54 וכבר בשעה 14:05 הגיע לקריית אונו אך לא לביתו (אם כי לא רחוק מביתו). אם כן, התובע הוכיח כי ביום 7.5.17 היה התובע ביום עיון (ברמת אפעל) אשר הנו יום עבודה. אין תיעוד באשר לחזרתו לביתו.
          11. גם אם קיימות סתירות בין הדוחות השונים הרי שאין לנתבעת להלין אלא על עצמה כי לא פיקחה כראוי על עבודת התובע ולא מילאה אחר חובתה על פי דין באשר לדוחות הנוכחות. הנתבעת הצביעה על דו"ח 10/2017 בו דווחו 4 ימים חופשה (נוכו 4 ימי חופשה) ובדו"ח היל"מ דווחו על ידי התובע 7 ימים.
          12. עיינו בדו"חות האיתוראן ובדוחות הנוכחות של התובע (על פי הפניות הצדדים) ולהלן מספר דוגמאות: ביום 16.3.16 דיווח התובע כי היה נוכח בעבודה ועיון בדוחות איתוראן מעלה כי התובע יצא מביתו בשעה 7:11, נסע לרמת אפעל ומשם לרמלה וחזר לביתו לקראת השעה 17:00. ביום 13.11.16 דיווח התובע על יום עבודה ומדוחות האיתוראן עולה כי באותו יום יצא התובע את ביתו לפני השעה 7:00, נסע לנתניה ומשם לתל יצחק, יהוד מונוסון עד אחרי השעה 12:00 ואולם כל אותו יום על פי דוחות האיתוראן אין נקודת ציון חזרה לביתו של התובע אלא יציאה רק למחרת בבוקר לפני השעה 7. ביום 16.11.16 דיווח התובע על יום עבודה. על פי דוחות האיתוראן מעט אחרי השעה 7 בבוקר נסע התובע לראשון לציון, משם לרמלה ולאחר מכן נסע לקריית אונו ויהוד והיה שם עד השעה 14:00 אולם אין תיעוד של הדוחות מתי שב התובע לביתו אך יצא מביתו למחרת בבוקר מעט אחרי 7. ביום 20.11.16 דיווח התובע על יום עבודה. עיון בדוחות האיתוראן מעלה כי התובע יצא מביתו מעט לפני השעה 7 בבוקר, נסע לנתניה ומשם לפתח תקווה ושהה שם עד השעה 14:00 ומשם לקריית אונו (בשעה 14:30 לערך). ביום 22.11.16 דיווח התובע על יום עבודה. עיון בדוחות איתוראן מעלה כי התובע יצא מביתו בשעה 8:14 ונסע לדרום (נען, באר שבע, צומת גילת) והיה באורים בשעה 15:48 ואין תיעוד על חזרתו לביתו. (ראו לעניין דוחות איתוראן שצורפו לתצהיר הנתבעת לימים 16.3.16 או 13.11.16, 16.11.16, 20.11.16, 22.11.16).
          13. לכן, לא ניתן להסיק דבר מהשוואת דו"חות אלו אולם גם אם קיימת אי התאמה בין הדו"חות שמולאו לבין דו"חות האיתוראן הרי שאין בכך לפסול את כל דו"חות הנוכחות שהוגשו בתיק וכאמור אילו הייתה ממלאה הנתבעת את חובתה על פי הדין מפקחת על דיווחיו של התובע היו בפנינו דוחות מדוייקים ולא היה צורך לאמת דוחות אלו עם דוחות איתוראן.
          14. הנתבעת יכלה לדרוש מהתובע לדווח על שעות עבודתו ולא רק על ימי עבודתו.
          15. אנו דוחים את טענת הנתבעת כי התובע רימה אותה שכן התפקיד הוא של הנתבעת לפקח על שעות עבודתו של התובע והיא איננה יכולה בדיעבד לבוא כיום ולטעון כי דיווחיו היו שגויים.
          16. טוענת הנתבעת כי באתרים בו עבדו המפקחים מטעם הנתבעת ושהיו אחראים מטעם משרד הקליטה על המחוזות השונים, מרבית הפעילות בהן הייתה בשעות הבוקר ולא הייתה כל פעילות בערבי חג, חג, ימי שישי ושבת (8 לתצהיר הנתבעת). אין די בלטעון טענות אלו בעלמא. התובע הוכיח כי הוא עבד גם בימי שישי, כעולה מחלק מהדו"חות שהוגשו לתיק.
          17. על פי ההלכה הפסוקה גם אם עובד הוא עצמאי בעבודתו בכל הנוגע לשעות העבודה והפסקותיו ואין למעסיקתו כל עניין לפקח על עבודת העובד אלא רק שיבצע את העבודה ויעמוד במשימותיו, ללא קשר לשעות עבודתו הרי שגם אז אין להסיק כי חוק שעות עבודה ומנוחה לא חל על העובד אלא שיש לבדוק אם ניתן היה לפקח על עבודת העובד: **"המשיבה טענה כי המערער ביצע את עבודתו בחצרי לקוחות המשיבה, לרוב לבד, לא היו לו שעות עבודה קבועות או מוגדרות וכך אף לא שעות מנוחה או הפסקה קבועות או מוגדרות, והוא היה אדון לזמנו. המערער לא נדרש לדווח למשיבה או לצד ג' או לגורם כלשהו על הגעתו לעבודה או עזיבתו אותה. למעשה התרשמנו כי למשיבה היה עניין בתוצרי עבודתו של המערער, ובעמידתו ביעדים ובמשימות שהוגדרו לו, ולא בהימצאותו במקום העבודה בשעות מסוימות.**  **אכן, כפי שטענה המשיבה, מחקירתו הנגדית של המערער עולה כי על בסיס הסכמות בלתי כתובות אלו אף היו מבוססים יחסי העבודה בין הצדדים. המערער העיד בחקירתו הנגדית כי הוא עצמו קבע את סדר יומו, את שעות ההפסקה שלו ואת שעת סיום עבודתו, כי המערערת לא אימתה ולא פיקחה על שעות עבודתו ולמעשה כלל לא התעניינה בהן כשלעצמן כי אם בתוצרי עבודתו ובעמידה במשימותיו (ר' חקירתו הנגדית של המערער מיום 20.12.11 עמ' 9 שורה 31-עמ' 10 שורה 12) אולם, אין בכך די כדי לקבוע כי עבודתו של המערער לא אפשרה כל פיקוח עליו, ובהתאם לכך כי חוק שעות עבודה ומנוחה אינו חל העובד.**  **לטעמנו, לא עלה בידי המשיבה להוכיח כי לא התאפשר כל פיקוח על עבודת המערער. קיימות כיום טכנולוגיות שמאפשרות תקשורת זמינה אף מעבר לים, אלא שיתכן כי הפעלתן היתה מחייבת את המשיבה בהשקעת משאבים בין אם על ידי רכישת מערכות מתאימות ובין אם על ידי העמדת כח אדם מתאים לפיקוח ומעקב. יש לזכור, בהקשר זה, כי רוב עבודתו של המערער התבצעה בארץ, מחוץ לחצרי המעסיק, ורק מקצתה בחו"ל (על פי הפירוט כמופיע בפסק הדין האזורי, 15 ימים במהלך כל תקופת עבודתו).**  **אמנם כבר נקבע כי "אין לך עבודה ונסיבות שבהן נשללת ממעביד 'כל אפשרות פיקוח על שעות עבודתו של העובד' באופן ברור יותר וחד משמעי יותר מעבודה מחוץ לחצרים של המפעל, אלא אם נקבעים סידורים מיוחדים להבטחת פיקוח כזה". (דב"ע לב/2-10 אלישע הכהן-חב' יוסף כהן בע"מ מיום 13.8.72). אף על פי כן, נפסק בשורה של מקרים שעסקו בנסיבות של עבודה מחוץ לחצרי המעסיק, כי חוק שעות עבודה ומנוחה חל היות והוכח כי היתה למעסיק אפשרות לפקח על עבודת העובד (עניין שמעון בוסקילה מיום 24.2.15, עניין טפקו מיום 29.11.00, , ע"ע (ארצי) 681/05 בון תור בע"מ - יעקב הרמתי מיום 6.11.06, ענין אברהם רון מיום 8.4.73 ועוד).** (ע"ע 15233-09-13 חברת אדוונטק טכנולוגיות (אפלט) בע"מ - יתיר זלוסקי, ניתן ביום 8.11.15 – פורסם במאגרים האלקטרוניים. שם סעיפים 44 – 47).
          18. בסיכומיו העלה התובע טענה כי הוא זכאי לגמול שעות נוספות על פי סעיף 26 ב' ברם לא תבע על בסיסם בכתב התביעה אלא על בסיס שעות מוגדרות שנטענו על ידו.
          19. אין בידנו לקבל את טענת הנתבעת כי על פי עדותו של התובע, מעסיקו של התובע היה משרד הקליטה ולא הנתבעת. טענה זו לא נטענה כלל בכתב ההגנה (בכתב ההגנה נטען כי הנתבעת הייתה המעסיקה ובאמצעותה היה קב"ט במשרד הקליטה).
          20. האם העובדה שהתובע שתק לעניין השעות הנוספות מונעת מהתובע לתבוע כיום? טוענת הנתבעת כי כבר בשנת 2015 קיבל התובע ייעוץ משפטי (עמ' 31 לפ' שורות 4-2 לעדות התובע). **"אני אספר. כ-3 שנים לפני שהוא הגיע לגיל פרישה פנה אלי הקב"ט ואמר לי הוא זומם להגיש תביעה עם סיום העבודה לשעות נוספות אז משום כך הוא החליט על דעת עצמו להעביר דוחות י.ל.מ. כשחלק גדול מאוד מתוך הדיווחים הם דיווחים מטלפון נייד, זה מופיע בתצהיר, בשעה שהוא בבית."** (עמ' 34 לפ' שורות 26-23 לעדות ארד)
          21. התובע נתן מספר גירסאות בכל הנוגע למועד פנייתו לייצוג משפטי: **"ש:מתי שכרת את שירותיו?ת:אני לא זוכר את התאריך.ש:בערך.ת:אפילו לא בערך. זה היה, היה לפני המשפט הקודם, את זוכרת?**(עמ' 4 לפ' שורות 23-20 לעדות התובע) **"ש:מה, מה תגיד?ת:אז עוד לא, לא חתמתי איתו, זאת אומרת, הייתי במשרד, התייעצתי עם עורכי דין גם עם אחי, גם אחי עו"ד, והיראתי לו כמה ניירות, הוא אמר לי 'יש לך פה תיק, כדאי' אמרתי טוב בינתיים אני עובד, אני לא התחלתי את זה בזמן ההוא."**(עמ' 5 לפ' שורות 4-1 לעדות התובע) ובסיכומיו טען כי כבר בשנת 2016 שכר את שירותיו של משרד עורכי הדין: "הגם שהתובע מסר למשרד ב"כ ייפוי כח 03.08.2016, הרי שאין בכך לדחות דרישותיו אך מחמת חתימה על ההסכם בייחוד לאור עדותו ובשים לב כי, בייחוד בגילו, עדותו מקבלת משנה תוקף "מסיבה אחת. אם הייתי אומר את זה לא הייתי בעבודה יותר אפילו לא שעה" התובע העיד שחבר שלו הוא זה שהפנה את תשומת ליבו, ומספר חודשים לפני יציאתו לפנסיה."(סעיף 6 לסיכומי התובע).
          22. בין כך ובין כך, אף אם תכנן התובע את תביעתו אין בכל כדי להעלות או להוריד משעסקינן בזכויות קוגנטיות המגיעות לתובע.
          23. אכן לאורך השנים לא הלין התובע על כך שזכויותיו אינן משולמות לו ברם על פי רוב עובד אינו שש להלין על זכות קוגנטית כל עוד הוא עובד אצל מעסיקו שכן הוא חושש לעתיד עבודתו אצל מעסיקו.
          24. לא זו אף זו, גם הנתבעת אינה תמת לב שכן ארד ציין בעדותו כי למרות שקיבל את דוחות י.ל.מ, לא בדק את הדוחות "כי לא היה צורך לבדוק את הדוחות" (עמ' 35 לפ' שורות 1 – 7 לעדות ארד).
          25. בנסיבות העניין, לא מצאנו לפסוק פיצוי בגין חוסר תום לב של המעסיק מאחר שהתובע מקבל את זכויותיו הקוגנטיות במסגרת הכרעה זו ואין מקום לפסיקת סכומים מעבר לכך.
          26. מסקנתנו היא כי על התובע חל חוק שעות עבודה ומנוחה ועל הנתבעת לשלם לתובע סך 146,489.79 ₪: חישוב ש.נ. עפ"י דוחות הנוכחות הקיימים בתיק (חלק קטן מהם אינם קריאים):ספרורחודש125%150%1אפר-142.020.052מאי-140.0103יונ-143.220.094יול-1412.293.225אוג-1415.075.56ספט-14אין דו"חאוק-14אין דו"ח6נוב-1418.582.187דצמ-1415.324.528ינו-1514.294.39פבר-1521.239.0510מרץ-1524.47.9511אפר-1516.9810.8812מאי-1523.1216.2713יונ-1523.1710.2514יול-1519.95.3515אוג-1522.1212.4316ספט-157.412.1417אוק-1512.254.218נוב-1522.088.4719דצמ-1515.455.2820ינו-1618.74.621פבר-1621.454.8822מרץ-1620.776.923אפר-1614.638.4824מאי-1623.759.3725יונ-1614.834.8526יול-1620.855.72אוג-16אין דו"ח27ספט-166.082.5528אוק-1616.337.9229נוב-1630.579.6730דצמ-1619.835.8331ינו-1730.157.532פבר-1721.97.2733מרץ-1729.736.5634אפר-1717.742.5535מאי-1728.6111.2736יונ-1725.7414.1537יול-1726.249.2938אוג-1728.857.2339ספט-1718.814.8340אוק-1715.815.6541נוב-1723.819.942דצמ-1714.54.1243ינו-1820.5714.5344פבר-1822.237.95סה"כ**821.39295.76**שכר שעתי56.2 חישוב גמול שעות נוספות על פי דו"חות הנוכחות של 44 חודשים: (56.2X821.39X1.25)+(56.2X295.76X1.5) = 82,635.22 חיוב גמול שעות נוספות ל- 78 חודשי עבודה (בשים לב לתקופת ההתיישנות):78/44X82,635.22 = 146,489.79 ₪. **חופשה**
          27. התובע העיד כי נסע לחו"ל (עמ' 9 לפ' שורה 16 לעדות התובע) אולם הנתבעת לא הוכיחה כי בימים ששהה בחו"ל דווח על ידו כי עבד.
          28. התובע דיווח על 6 ימי עבודה. לא נעלם מעינינו כי עת דיווח על חופשות לא נרשמו ימי השישי כימי חופשה (נספח ד' לסיכומי הנתבעת) אך אין בכל כדי לאיין את העובדה כי התובע עבד בימי שישי וכך גם נרשם בתלושי השכר שהתובע עבד 6 ימים בשבוע.
          29. קיימת התאמה בין דיווחי החופשה להיעדרות מהעבודה אם כי במקרים בודדים נראה כי קיימות טעויות. כך למשל, התובע דיווח על חופשה (25.9.14 – 16.10.14) אך במקביל דיווח על ימי עבודה מיום 6.10.14 עד ליום 15.10.14 והתובע דיווח על יום עבודה כאשר היה בדרכו לחו"ל (22.9.17) אם כי יתכן שעבד טרם צאתו לחו"ל.
          30. עם זאת, ניתן לראות הלימה בין ימי החופשה (על פי דוא"ל 15.6.15) לדוחות הנוכחות (21.6.15 – 25.6.15) או ימי חופשה מיום 2.9.16 – 25.9.16 (על פי מכתב מאת התובע מיום 25.8.16) התואמת את דו"חות הנוכחות (לחודש 9/15). ודוגמא נוספת - על פי דוא"ל מיום 21.6.16 התובע שהה בחופשה בתאריכים 24.6.16 – 1.7.16 כפי שאכן משתקף מדוחות הנוכחות כי התובע דיווח על חופשה אם כי, ביום חזרתו נרשם כי היה כונן (יתכן שהתובע חזר בשעות הבוקר לישראל או למצער לא הוכח אחרת).
          31. על פי רוב דו"חות התובע (דוחות שסומנו ב- V) התובע עבד בימי שישי אם כי בדוחות היל"מ לא מופיעה עבודה בימי שישי.
          32. עיון בתלושי השכר מעלה כי נרשמו מספר שעות העבודה בשבוע (43) ומספר ימי העבודה בשבוע (6). מדובר בהודאת בעל דין בזמן אמת כי התובע עבד 6 ימים בשבוע. אם כן, חישובי הנתבעת לעניין שווי יום עבודה הם נכונים.
          33. אין מקום לקיזוז ימי חופשה ששולמו מעבר לתקופת ההתיישנות שכן הנתבעת לא מחקה את ימי החופשה לאורך השנים ונתנה לתובע לצבור ימי חופשה.
          34. נוכח האמור לעיל, אנו מקבלים את תחשיבי התובע אולם על בסיס של 6 ימי עבודה:10448.25/26.2=399 ₪ (בחודש ממוצע יש 30.5 ו- 30.5/4.33=26.2).
          35. לזכות התובע עמדו 48.21 ימי חופש. קרי, התובע זכאי ל – 19,235.79ש"ח (399X48.21). התובע קיבל סך של 18,971.81 ₪.
          36. לפיכך, התובע זכאי ליתרת תשלום בסך של **263.98** ש"ח. **קרן השתלמות**
          37. סעיף 10 לצו ההרחבה להסכם הקיבוצי בענף השמירה משנת 2014 קובע כי ההפרשות תעשנה בגובה 7.5% על בסיס השכר המחושב ודמי הבראה עד 186 שעות חודשיות.
          38. התובע היה זכאי לקרן השתלמות מחודש 11/2014 (ראו תאריך כניסתו לתוקף של צו ההרחבה) אולם כאמור רק על פי השכר המחושב (תעריפי) מאחר שהתובע השתכר שכר גבוה יותר הוא אינו זכאי אלא על בסיס השכר המחושב.
          39. אכן הנתבעת לא הפרישה 7.5% משכר העבודה ומדמי ההבראה אך הפרישה מעבר לשכר המחושב.
          40. באשר לטענת הקיזוז – הרי שהנתבעת הפרישה מיוזמתה במשך תקופה ארוכה מעבר לקבוע בצו והיא איננה יכולה כיום לדרוש קיזוז בדיעבד של הפרשות אלו ביתר. על פי ההלכה הפסוקה 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."** (ע"ע 33791-11-10 נובכוב מיכאל - ר-צ פלסט בע"מ, ניתן ביום 24.5.2012 – פורסם במאגרים האלקטרוניים. שם עמ' 9). אם מעסיק משלם לעובד הטבה מעבר לקבוע בחוק או בצו ההרחבה, הטבה זו הופכת לחלק מתנאי עבודתו המוסכמים של העובד והמעסיק אינו רשאי לבטלה לאחר שהעובד מסיים את עבודתו, בתגובה להגשת תביעה על ידי העובד.
          41. משכך, דין רכיב תביעה זה להידחות ודין טענת הקיזוז להידחות. **הפרשות לפנסיה**
          42. על פי ההסכם הקיבוצי בענף השמירה 2014, היה על הנתבעת להפריש כספים לקרן הפנסיה על בסיס השכר הקובע לפי חוק פיצויי פיטורים וגם על בסיס גמול שעות נוספות. נוכח מסקנתנו כי התובע זכאי לגמול שעות נוספות, הוא זכאי בגינן להפרשות פנסיוניות.
          43. על פי תחשיבנו ההפרשות לפנסיה המגיעות לתובע עולות על הסכום שצויין בסיכומי התובע (סעיף 23) אך משעל פי תחשיבי התובע הוא זכאי לסך של 5,532 ₪ (הנמוך מהסכום הנתבע בכתב התביעה), לא ניתן לפסוק מעבר לכך. **הרכב**
          44. ברכב שעמד לרשות התובע נעשה שימוש ע"י משפחתו של התובע כשהתובע שהה בחו"ל אולם לא הוצגה בפנינו ראיה כי נאסר שימוש ברכב ע"י בני משפחתו של התובע: **"ש:למה נתת גם פרטים של הבן שלך לצורך הביטוח?ת:כי הם אמרו, הם אמרו שכל אחד יכול במשרד, גם, גם הקב"ט שלי נהג בזה שהוא לא עובד חברה."**(עמ' 8 לפ' שורה 6 לעדות התובע). אם כן, נסיעה ברכב ע"י מאן דהוא עת היה תובע בחו"ל אין בה כל פגם. **הודעה לעובד**
          45. התובע החל את עבודתו בנתבעת ביום 1.5.02. חוק הודעה לעובד (תנאי עבודה), התשס"ב – 2002, נכנס לתוקף לאחר 3 חודשים (21.6.02). על פי חוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה (תנאי עבודה והליכי מיון וקבלה לעבודה), תשס"ב-2002 עובד שהחל לעבוד לפני כניסתו של החוק לתוקפו יהיה זכאי להודעה לעובד אם דרש ממעסיקו בכתב ואז יהיה על מעסיק ליתן לעובדו הודעה באשר לתנאי עבודתו של העובד, הכול כאמור בחוק.
          46. התובע לא הוכיח כי פנה בכתב אל הנתבעת וביקש הודעה לעובד. אשר על כן, אנו דוחים רכיב תביעה זה. בכל מקרה הנתבעת ניזוקה בשל אי מתן הודעה לעובד או אי מתן הסכם עבודה וזאת נוכח תוצאת פסק הדין. **עוגמת נפש**
          47. התובע מקבל בפסק דין זה את הזכויות המגיעות לו. נוכח התוצאה אליה הגענו ומשהסעד שנתבקש התקבל כמעט במלואו, לא מצאנו מקום לפסוק פיצוי בגין עוגמת נפש. **הסכם הפשרה**
          48. לתובע הוצע ע"י הנתבעת הסדר פשרה. התובע חתם על הסכם אולם נרשם בו מפורשות כי הוא מבקש לקבל את זכויותיו לרבות שעות נוספות. אין מדובר בכתב ויתור וסילוק כיוון שלא נרשמו סכומים בגין כל רכיב ורכיב אלא לכל היותר מדובר בדרישה מאת התובע (ת/2). לא נעלם מעינינו כי התובע לא גילה כי נחתם הסדר זה אולם כאמור אין למסמך זה כל נפקות משפטית.
          49. הנתבעת שילמה לתובע גמר חשבון ב-4 תשלומים (נספח ה' לתצהיר הנתבעת – תלוש שכר 7/2018). התובע היה זכאי לזכויותיו בתשלום אחד עם סיום עבודתו ולא כפי ששילמה הנתבעת.
          50. בין כך ובין כך, בין אם חתם התובע על כתב ויתור ובין אם לאו, זכותו של התובע לקבל את זכויותיו. לא זו אף זו, על פי ההלכה הפסוקה יש ליתן תוקף לכתבי ויתור רק בנסיבות מסוימות: **"כך אין נפקות משפטית לויתור על זכות באין ידיעה על קיומה של הזכות (דב"ע לא/22- 3[25] הנ"ל). גם ויתור שלא מדעת על קיומה של זכות אינו יכול לעמוד.** ממושכלות היסוד הוא, כי אין ויתור על זכות באין ידיעה על קיום הזכות, ועל כן ויתור שלא מדעת כמוהו כאין. לכן, אין נפקות לכתבי ויתור כאשר העובדים שחתמו עליהם לא קיבלו חשבון מפורט בדבר הסכומים המגיעים להם לסילוק תביעותיהם, ולא ידעו אילו רכיבי שכר נכללו בחישוב הפיצויים."(דבע (ארצי) נב-217-3 הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ ואח' - הסנה חברה ישראלית לביטוח בע"מ פד"ע כז עמ' 3, 34). **סוף דבר**
          51. על הנתבעת לשלם לתובע את הרכיבים הבאים: פיצוי בגין אי הפרשה מלאה לפנסיה סך של בסך של 5,532 ₪;גמול שעות נוספות בסך של 146,489.70 ₪;דמי חופשה שנתית בסך של 263.98 ₪. הסכומים דלעיל, יישאו הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום 1.7.19 ועד התשלום בפועל.
          52. על הנתבעת לשלם לתובע שכ"ט עו"ד בסך 15,000 ₪ והוצאות משפט בסך 1,000 ₪. ערעור בזכות לצדדים לבית הדין הארצי לעבודה בירושלים, תוך 30 יום מיום קבלת פסק הדין. **ניתן היום, ו' כסלו תשפ"ב, (10 נובמבר 2021), בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| תמונה 2 |  | Picture 1 |  | תמונה 3 |
| **נציג ציבור (עובדים)**  **מר איסר באומל** |  | **אריאלה גילצר-כץ, שופטת**  **סגנית נשיאה** |  | **נציג ציבור (מעסיקים)**  **מר גיל אלוני** |