

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 52804-12-15

ניתן ביום 03 יוני 2018

המערער

ינאי ריין

-

המשיבה

הומטקס ר.ע.ש.נ. בע"מ

לפני: הנשיאה השופטת ורדה וירט ליבנה, השופטת סיגל דוידוב מוטולה, השופטת חני אופק גנדלר
נציג ציבור (עובדים) מר אמיר ירון, נציג ציבור (מעסיקים) מר עצמון ליפשיץ

בשם המערער - עו"ד אייל אבידן
בשם המשיבה - עו"ד יאיר דוד ועו"ד אפרת גרינברג יוסף

חקיקה שאוזכרה:

[חוק הגנת השכר, תשי"ח-1958: סע' 5, 26, 28א](#)[חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951: סע' 30](#)[חוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה \(תנאי עבודה והליכי מיון וקבלה לעבודה\), תשס"ב-2002](#)

מיני-רציו:

* אשר לגמול שעות נוספות נפסק כי יש להבחין בין טענה לקיזוז פנימי בחודש עבודה נתון ובין טענה לקיזוז בין חודשי העסקה שונים. אשר לקיזוז פנימי, במקרה זה בו הצדדים טעו לחשוב שמדובר ב"שכר כולל" ולא ערכו תחשיב אריתמטי, התחשיב יכלול את כל ימי ההעסקה בחודש בגינו מבוקש גמול שעות נוספות ואין להתמקד בימים נבחרים מהחודש. לפיכך, יש לגרוע את החודשים בהם הסכום שקיבל המערער בפועל באותו חודש שקול או עולה על הסכום שהיה מקום לשלמו; מאידך, אין לאפשר קיזוז בין חודשי העסקה שונים.

* עבודה – שעות עבודה ומנוחה – שעות נוספות

* עבודה – שכר עבודה – קיזוז והשבה

* עבודה – שכר עבודה – תלוש שכר

* עבודה – הגנת השכר – איסור שכר כולל

* עבודה – פיטורין – פיצויים

* עבודה – פיטורין – שלא כדין

* עבודה – פיצויי פיטורין – פיצויי הלנה

* עבודה – בית-הדין הארצי לעבודה – ביקורת שיפוטית

ערעור על פסק דינו של ביה"ד האזורי לעבודה, שקיבל בחלקה את תביעת המערער (להלן: העובד) כנגד המשיבה (להלן: החברה) ופסק לזכותו תשלומים עבור פיצויים בגין פיטורים שלא כדין, פיצויים בגין אי עריכת שימוע, גמול שעות נוספות בגין עבודה בימי שישי, הפקדות פנסיוניות, פיצוי בגין אי מסירת הודעה לעובד ופיצוי בגין העסקה שלא כדין. כן פסק לזכותו הפרשי הצמדה וריבית בגין תשלום פיצויי פיטורים באיחור. לצד זאת, נדחתה תביעתו לעניין תשלום גמול שעות נוספות עבור עבודה בשעות נוספות בימות השבוע, פיצוי בגין הנפקת תלושי שכר שלא כדין, והלנת פיצויי פיטורים. העובד מערער כנגד רכיבי התביעה שנדחו.

בית הדין הארצי לעבודה (מפי השופטת ח' אופק-גנדלר ובהסכמת הנשיאה ו' וירט ליבנה, השופטת ס' דוידוב-מוטולה ונציגי הציבור א' ירון, ע' ליפשיץ) קיבל את הערעור בחלקו ופסק כי:

אשר לגמול שעות נוספות, העובד קיבל בתלוש השכר תשלום בעד שכר בלבד, וללא פיצולו בין שורה המבטאת שכר רגיל ושורה המבטאת גמול שעות נוספות גלובליות. משכך, אין צורך להידרש לשאלה אם התשלום עומד בתנאים לתשלום גמול שעות נוספות באמצעות גמול שעות נוספות גלובליות. הטענה כי שורת השכר מגלמת בתוכה גמול שעות נוספות, ולכן החברה אינה מחויבת עוד בתשלום גמול שעות נוספות, מעוררת קושי נוכח סעיף 5 לחוק הגנת השכר (להלן: החוק), הקובע כי בנסיבות אלה יראו את השכר שנקבע כשכר רגיל בלבד. משכך, ערך השעה הרגילה הוא זה המתקבל מחלוקת שורת השכר ב- 186 שעות עבודה, המייצגות חודש עבודה מלא.

אשר לטענת הקיזוז, יש להבחין בין טענה לקיזוז פנימי בחודש עבודה נתון ובין טענה לקיזוז בין חודשי העסקה שונים. במצב בו עסקינן בקיזוז פנימי בחודש עבודה נתון, נשאלת השאלה אם זכאי העובד לגמול שעות נוספות בגין ימים בחודש בהם הועסק שעות נוספות. זאת, כאשר באותו חודש קיימים ימים בהם עבד בחסר, כשהחסר עולה על היתר. משמע, האם יש לבודד במסגרת תחשיב אריתמטי בחודש נתון אך את ימי העבודה בהם עבד שעות נוספות או שיש לבחון את היחידה החודשית, בגינה שולם השכר, כמכלול (כשערך השעה מחושב בהלימה לסעיף 5 לחוק ואין מדובר בקיזוז "טכני" של כמות השעות במנותק מערכן). לרוב, אי ניכוי שזכאי המעסיק לבצע מלמד על ויתור מצידו על הניכוי, שכן אין מעסיק רשאי לבטל הטבה שניתנה לעובד לפני משורת הדין. ואולם, נסיבות המקרה שונות, שכן שני הצדדים טעו לחשוב שמדובר ב"שכר כולל" ולכן לא ערכו תחשיב אריתמטי של שעות, ולכן אי ניכוי החסר בשעות עבודה נבע מהנחה שגויה זו. משמבקש העובד, כפי שהוא זכאי לכך נוכח סעיף 5 לחוק, לתקן טעות זו, ולבצע תחשיב אריתמטי של זכאותו, הרי שהתחשיב האריתמטי צריך לכלול את כל ימי העסקה בחודש בגינו מבוקש תשלום גמול שעות נוספות, בין שהדבר לטובת העובד ובין אם לאו, ואין מקום למיקוד בימים נבחרים מתוך החודש. לפיכך, יש לקבל את תחשיב החברה הכולל אפשרות לגריעת אותם חודשים בהם הסכום שקיבל העובד בפועל באותו חודש שקול או עולה על הסכום שהיה מקום לשלמו. גריעה זו, שעה שמדובר בתוך אותו חודש העסקה, ניתן לקבל. משכך, בחודשים בהם לפי תחשיב אריתמטי המתייחס לכלל ימות החודש לא נותר הפרש לזכות העובד אזי התביעה לגמול שעות נוספות, נדחית.

אשר לטענה בדבר קיזוז בין חודשי העסקה שונים, היינו טענה כי מאותם חודשים בהם קיים חסר בתשלום גמול שעות נוספות יש לקזז את היתר ששולם בחודשים אחרים. טענה זו מעוררת קושי רב, שכן הקיזוז בין חודשי העסקה קרוב במהותו לתשלום גמול שעות נוספות גלובליות, ועלול להוות עקיפה של התנאים שנקבעו לתשלום הגמול בדרך זו לרבות הסכמת העובד מראש לצורת תשלום זו. משכך, אין לאפשר את הקיזוז בין חודשי העסקה השונים והעובד זכאי לגמול שעות נוספות; הבקשה לקיזוז זמני ההפסקות נדחתה, מששולם בגינן שכר ובהעדר ראיה להסכמה, מפורשת או מכללא, שזמני הפסקות אלה תהיינה על חשבון העובד.

המקרה דנן אינו מצדיק התערבות בדחיית התביעה לפיצוי בגין הנפקת תלושי שכר שלא כדין ובפסיקה הלנת פיצויי פיטורים; אשר לפיצוי בגין פיטורים שלא כדין, ביה"ד פסק לעובד פיצוי בגין פיטורים שלא כדין בסך 15,000 ₪ ופיצוי בסך 14,000 ₪ בגין אי עריכת שימוע. אין הצדקה להתערב בקביעת ביה"ד קמא לפיה הפיטורים היו בתגובה למשלוח מכתב מטעם ב"כ העובד ויש לראות זאת בחומרה רבה. רף הפיצוי שנקבע אינו הולם חומרה זו ויש מקום להעלאתו, אך זאת בהתאם לנתבע בתביעה, כך שסכום הפיצוי הכולל בגין פיטורים שלא כדין יועלה ב-21,000 ₪, כך שהסכום הכולל שייפסק הינו 50,000 ₪.

פסק דין

השופטת חני אופק גנדלר:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בירושלים (הנשיאה (כתוארה אז) דיתה פרוזיינין ונציגי הציבור מר משה ראובני וגב' תמר סליימן; [סע"ש 41777-01-13](#)) [פורסם בנבו] (להלן: פסק הדין), אשר קיבל באופן חלקי את תביעתו של מר ינאי ריין (להלן: העובד) ופסק לזכותו תשלומים עבור פיצויים בגין פיטורים שלא כדין, פיצויים בגין אי עריכת שימוע, גמול שעות נוספות בגין עבודה בימי שישי, הפקדות פנסיוניות, פיצוי בגין אי מסירת הודעה לעובד ופיצוי בגין העסקה שלא כדין, בסך כולל של כ-66,000 ₪. כן פסק לזכותו הפרשי הצמדה וריבית בגין תשלום פיצויי פיטורים באיחור. לצד זאת, נדחתה עיקר תביעתו, אשר הועמדה על סך של כ-260,000 ₪, לעניין תשלום גמול שעות נוספות עבור עבודה בשעות נוספות בימות השבוע, פיצוי בגין הנפקת תלושי שכר שלא כדין, והלנת פיצויי פיטורים. העובד מערער בערעור שלפנינו כנגד רכיבי התביעה שנדחו (ע"ע 52804-12-15).

2. למען שלמות התמונה נציין כי הומטקס ר.ע.ש.נ. בע"מ (להלן: החברה) ערערה אף היא על פסק הדין ([ע"ע 47884-12-15](#)), [פורסם בנבו] אולם ערעורה לא נדון. נציין כי ב"כ החברה הודיע ביום 26.10.17 כי ניתן צו כינוס נכסים כנגד החברה, ולאור החלטת רשמת בית הדין מיום 25.12.17 עוכבו ההליכים בשני הערעורים. בית המשפט המחוזי בהחלטתו מיום 31.1.18 קבל את בקשת העובד להתיר את המשך ההליכים בערעור מטעמו שכן "קיימת חשיבות בהכרעת בית הדין הארצי לעבודה לצורך קידום עניינו של המבקש ובנסיבות העניין נכון שהדבר יעשה במסגרת הכרעה על ידי בית הדין. אין באמור כדי להטיל חיוב על קופת בעלי התפקיד מבחינת נשיאת בהוצאות בירור ההליך". יחד עם זאת, בקשה דומה לא הוגשה

מטעם החברה וממילא לא ניתן היתר לחדש הליכים בערעורה. משכך, פסק דין זה יתייחס אך ורק לערעורו של העובד.

רקע עובדתי

3. העובד הועסק כמחסנאי ונהג בחברה מיום 5.1.11 ועד ליום 14.5.12, עת קיבל מכתב פיטורים. יחסי העבודה בין הצדדים הסתיימו בתום תקופת ההודעה המוקדמת ביום 14.6.12. בין הצדדים נתגלעה מחלוקת באשר לעילת סיום יחסי ההעסקה. לטענת העובד, פוטר שלא כדין ורק בשל פניית בא כוחו לבעלי החברה בדרישה לקבל תלושי שכר ודו"חות נוכחות לבירור זכויותיו. לטענת החברה, פוטר כדין וזאת בשל תפקוד לקוי.

4. בחודשיים הראשונים לעבודתו הועסק העובד כעובד שעתי בשכר של 21 ₪ לשעה, לאחר חודשיים החל להיות מועסק במשכורת חודשית ששיעורה 5,500 ₪ לחודש, ולאחר חודש 11/2011 הועלה שכרו ל- 7,000 ₪ נטו. שעות עבודתו של העובד תועדו בדו"ח נוכחות.

5. העובד הגיש תביעה כנגד החברה בפני בית הדין האזורי, בעילות ממשפט העבודה (גמול עבודה בשעות נוספות, הפרשות לפנסיה, פיצוי לפי [סעיף 26א לחוק הגנת השכר](#), התשי"א-1951 (להלן: חוק הגנת השכר), הלנת פיצויי פיטורים, פיצוי בגין פיטורים שלא כדין, פיצוי בגין העסקה בניגוד [לחוק שעות עבודה ומנוחה](#), ופיצוי בגין הפרת [חוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה \(תנאי עבודה והליכי מיון וקבלה לעבודה\)](#), [תשס"ב-2002](#)) בסך כולל של 261,115 ₪.

6. ערעורו של העובד מתמקד בענין גמול שעות נוספות; פיצוי בגין נזק שאינו ממוני, וזאת עקב פגמים בתלושי השכר ופיטורים שלא כדין; ופיצוי הלנת שכר, ואך אליהם נתייחס.

(א). גמול שעות נוספות:

7. העובד טען בתביעתו כי עבד שעות עבודה רבות מדי יום עליהן לא קיבל תשלום, ומשכך זכאי לתשלום עבור שעות נוספות בסך של 36,556 ₪. ואילו, החברה טענה כי חל על העובד [סעיף 30 לחוק שעות עבודה ומנוחה](#), התשי"א-1951 (להלן: חוק שעות עבודה ומנוחה) כיוון שלא ניתן לפקח על עבודתו, וכן כי סוכם עמו על שכר

גלובלי הכולל תשלום עבור שעות נוספות. לחילופין, טענה החברה בתצהיר עדות ראשית מטעמו של מר אבשלום יגל, אחד מבעלי החברה (להלן: אבשלום), כנגד תחשיביו של העובד, כשעל פי דו"חות הנוכחות, כך נטען, שולם לעובד תשלום חסר של 21,457 ₪ ותשלום יתר של 11,716 ₪. ההפרש, כך נטען הינו על סך 9,743 ₪ בלבד.

8. בית הדין קמא קבע בהיבט העובדתי כי שעות עבודתו של העובד השתנו מחודש לחודש. היו חודשים בהם לא השלים את מכסת השעות, חודשים בהם עבד שעות נוספות מעטות וחודשים בהם עבד שעות נוספות מרובות. בהיבט המשפטי דחה בית הדין את טענת החברה להחלת החריג [לחוק שעות עבודה ומנוחה](#), אך קיבל את טענתה באשר להיות השכר ששולם גלובאלי שכן לאור הנסיבות - העלאת שכרו של העובד פעמיים במשך פחות משנה וזאת בשל קשרים משפחתיים של רעיית העובד עם מנהל החברה אבשלום, ולאחר שעדות רעיית התובע אישרה למעשה את גרסתו של אבשלום - "שוכנענו כי אכן סוכם בין הצדדים על תשלום גלובאלי, וכי רויטל והתובע (העובד ורעייתו. ח.א.ג.) היו מודעים היטב למשמעותו של סיכום זה" (סעיף 13). משכך, נדחה רכיב תביעה זה. עם זאת, פסק בית הדין קמא כי הסכם השכר הגלובאלי לא חל על עבודה בימי שישי - ולאור דו"חות הנוכחות פסק לזכות העובד תשלום עבור עבודה בימי שישי בסך 2,343 ₪. כן פסק לזכות העובד תשלום עבור שעות שבהן שהה באילת בשל תקלה במשאית, על פי אומדנא עבור 10 שעות, בסך של 600 ₪.

9. העובד טוען בערעורו לטעות עובדתית, שכן מעולם לא הסכים לתשלום שכר גלובאלי. לטענתו, החברה לא הציגה מסמך להוכחת טענה זו ובעלי החברה החליף שלוש גרסאות לעניין זה, ומאידך הציג הוא מכתב מיום 5.3.12 בו סירב מפורשות לתשלום שכר כולל, אולם בית הדין קמא התעלם מראיה זו. כן טוען הוא לטעות משפטית, שכן, החברה לא עמדה בארבעת מבחני הפסיקה לחוקיות הסכם שכר גלובאלי, באשר לא ייחודה בתלושי השכר רכיב נפרד עבור שעות נוספות; לא הציגה שום מסמך המעיד על סיכום כלשהו בדבר מספר מירבי של שעות נוספות; גובה ה"תוספת" לא היה לפחות מה שהיה משתלם לעובד לו היה מקבל גמול שעות נוספות, ולמעשה ה"תוספת" אף היוותה הפחתה משכר העובד אל מתחת לשכר המינימום; וה"תוספת" מנוגדת להיקף העבודה המותר על פי חוק. כמו כן טוען העובד כי אין לקבל את הקביעה כי העובד ורעייתו השתמשו במונח "שכר גלובאלי" ועליהם לדעת כי מונח זה כולל בתוכו תשלום עבור שעות

נוספות, שכן "שכר גלובלי" אינו "שכר כולל" כהגדרתו [בסעיף 5](#) לחוק, כי אם משמעו "שכר חודשי" בלבד, "ובטח שלא 280(!) שעות בחודש" (סעיף 57 להודעת הערעור). מכל מקום, לטענת העובד קביעה זו עומדת בסתירה גמורה לראיות.

10. ואילו, החברה תומכת בפסיקת בית הדין קמא וטוענת כי מסקנת בית הדין קמא בדבר הסכם לשכר גלובלי אף מעוגנת בדבריו המפורשים של העובד בפרוטוקול לפיהם העיד כי "הוא אמר 7,000 כולל שעות נוספות" (עמ' 16 לפרוטוקול מיום 26.6.14). מכל מקום, מדובר בקביעה עובדתית אשר ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בה. לשיטת החברה, העלאת שכרו של העובד משקפת את השעות הנוספות אותן ביצע. לחילופין, הפנתה החברה בסעיף 39 לסיכומיה לתחשיבו המפורטים בתצהירו של אבשלום בהתאם לדו"חות הנוכחות.

11. לאחר בחינת טענות הצדדים סבורים אנו כי יש לקבל באופן חלקי את ערעור העובד באשר לזכאותו לתשלום גמול שעות נוספות על פי דו"חות הנוכחות.

היקפי השעות עולים מדו"חות הנוכחות (כשלטענת הקיזוז נתייחס בנפרד). העובד קיבל בתלוש השכר תשלום בעד שכר בלבד, וללא פיצולו בין שורה המבטאת שכר רגיל ושורה המבטאת גמול שעות נוספות גלובליות. משכך, אין צורך להידרש לשאלה אם התשלום עומד בתנאים לתשלום גמול שעות נוספות באמצעות גמול שעות נוספות גלובליות. הטענה כי שורת השכר מגלמת בתוכה גמול שעות נוספות, ולכן החברה אינה מחוייבת עוד בתשלום גמול שעות נוספות, מעוררת קושי משפטי נוכח הוראת [סעיף 5 לחוק הגנת השכר](#) הקובע כי בנסיבות אלה יראו את השכר שנקבע כשכר רגיל בלבד. משכך, ערך השעה הרגילה הוא זה המתקבל מחלוקת שורת השכר ב 186 שעות עבודה, המייצגות חודש עבודה מלא. נציין כי זו היתה בעיקרה דרך תחשיבה של החברה בתצהירו של אבשלום.

12. אשר לצורת התחשיב ביחס למרבית תקופת העסקתו של העובד בה עבד תמורת משכורת חודשית, החלטנו שנקודת המוצא – בכפוף לטענת קיזוז אליה נתייחס להלן) - תהא תחשיב החברה.

השוואת התחשיבים מעלה כי תחשיבו של העובד נעשה לעיתים על דרך הקירוב והעיגול, וזאת הן בערך השעה והן במספר השעות, ואילו תחשיב החברה מדויק יותר בהיבט זה.

בנוסף, עיון בדו"ח הנוכחות מעלה כי בימים מסוימים עבד העובד שעות נוספות, וכי בימים מסוימים לא השלים את מכסת יום העבודה. תחשיבו של העובד מבוסס אך על תחשיב הימים בהם עבד שעות נוספות ומתעלם מאותם ימים בחודש בהם עבד בחסר. תחשיב החברה מאידך נותן ביטוי נפרד הן לעבודה בחסר והן לעבודה בשעות נוספות. משכך, תחשיב החברה מקיף יותר, ואילו תחשיב העובד מושתת על הנחה מסוימת הטעונה בחינה וליבון, לפיה אין משמעות לעובדה שבימים מסוימים עבד בחסר. מאחר והנחה זו, המצויה בבסיס תחשיבו של העובד, טעונה בחינה משפטית - אין מקום לאמץ תחשיב חלקי המושתת על הנחות עבודה שמשמעותן טרם הוכרעה. משמע, תחשיב החברה מניח תשתית לבחינת טענת הקיזוז - ככל שימצא שיש לכך מקום - ולהושטת כל סעד על בסיס האפשרויות השונות, ואילו תחשיב העובד מושתת על הנחה שאין מקום לקיזוז כזה. משכך, לא ניתן לאמצו טרם הכרעה בטענת הקיזוז, אותה נערוך להלן.

לענין ערך השעה נציין כי תחשיב החברה מושתת על ערך שעה שנקבע בהלימה בעיקרו להוראת סעיף 5 לחוק הגנת השכר, שכן ערך השעה חושב כמנה של חלוקת מלוא רכיב השכר (5,500 ₪ או 7,000 ₪) ב 186 שעות.

נציין כי המילה "בעיקרו" הודגשה כיוון שהשכר 7,000 ₪ היה בערכי נטו - להבדיל משכר 5,500 ₪ שהיה בערכי ברוטו - ולכן בששת החודשים בהם השתכר 7,000 ₪ נטו הסכום המחולק היה אמור להיות גבוה יותר. ואולם, בעניינו אין בפנינו תחשיב שנערך על סמך ערכי ברוטו בששת החודשים האחרונים. נוכח טענות הצדדים בפני בית הדין האזורי, הברירה הינה בין תחשיבו של העובד אשר לקוי מתודולוגית מהטעמים שנפרט להלן בהתייחס לתוקפה המשפטי של טענת הקיזוז ובין תחשיבה של החברה שהינו נכון מבחינה מתודולגית אך שגוי מבחינת הנתון שהוצב בו במשך ששה חודשים (ערכי נטו ולא ברוטו). מקום בו תחשיבו של העובד שגוי מבחינה מתודולוגית, הרי שלכאורה דין תביעתו להידחות מטעם זה. היזקקות לתחשיב החברה מאפשרת פסיקת סעד, ולו מקורב בשל היבט המס ביחס לתקופה מוגבלת זו, ולכן יש להעדיפה בגדר הרע במיעוטו. למעשה ניתן להשקיף על המקרה דנן כמקרה בו אי קבלת תחשיב העובד אינה מביאה בהכרח לדחיית התובענה. בעניין זה נאמר בע"ע (ארצי) 8582-02-13 רשת הגנים של אגודת ישראל - שמחה בוסי [פורסם בבנו] (13.10.16) כדלקמן:

"עם זאת, ככל שהעובד הוכיח את תביעתו והגיש תחשיב, אך ביה"ד מוצא כי נפל פגם בתחשיב, תוצאת הדברים אינה דחיית התביעה. במקרה כזה, יבחן ביה"ד אם הוא יכול לקבוע בעצמו את הסכום המגיע לעובד, להורות לצדדים להכין תחשיבים על יסוד עקרונות שקבע או למנות חשב שכר שיכריע בדבר הסכום המגיע לעובד. בענייננו, לא ניתן היה לפסוק את הסכום המגיע למשיבות בגין הפרשי 25% על בסיס התחשיב שהגישו, למרות שהרשת לא הגישה תחשיב נגדי, אך אין מקום לדחות את תביעתן. המשיבות הוכיחו את זכאותן, הגישו תחשיב מפורט, ואין לדחות את תביעתן בשל הפגמים בתחשיב. נוכח מורכבות התחשיב, והעובדה כי יש לחשב את הפרשי השכר על פני תקופה ארוכה, שבמהלכה לפחות בנוגע לחלק מהמשיבות חלו שינויים בשכרן, ימונה חשב שכר לחישוב הפרשי 25% המגיעים למשיבות".

ברוח זו הורה בית הדין זה בע"ע (ארצי) [48123-12-16](#) טארק זעזוע - משה שיטרית [פורסם בנבו] (30.1.18) לערוך את תחשיב ההפקדות הפנסיוניות על סמך שכר המינימום וזאת נוכח חלוף הזמן ובהעדר ראיה לגובה השכר החוזי, וזאת מתוך הנחה שהעובד השתכר לכל הפחות שכר מינימום. בענייננו, נוכח פירוקה של החברה וההיתר המסויג שניתן להמשך הליך הערעור הרי שהאפשרות שנורה כעת לצדדים על הגשת תחשיב מעודכן - אינה מעשית. לטעמינו, עדיפה הישענות על תחשיב החברה שבעיקרו (למעט היבט המיסוי) עולה בקנה אחד עם הוראות [סעיף 5](#) לחוק תחת דחיית תובענתו של העובד - אשר עליו מוטל נטל השכנוע - מחמת כך שתחשיבו שגוי מבחינה מתודולוגית.

13. מכאן נפנה לבחינת הטענה המשפטית בהקשר לקיזוז, כשלטעמינו יש מקום להבחנה בין טענה לקיזוז פנימי בחודש עבודה נתון ובין טענה לקיזוז בין חודשי העסקה שונים.

במצב הראשון, בו עסקינן בקיזוז פנימי בחודש עבודה נתון, נשאלת השאלה אם זכאי העובד לגמול שעות נוספות בגין ימים בחודש בהם הועסק שעות נוספות. זאת, כאשר באותו חודש קיימים ימים בהם עבד בחסר, כשהחסר עולה על היתר. משמע, האם יש לבודד במסגרת תחשיב אריתמטי בחודש נתון - שאותו מבקש העובד לערוך - אך את ימי העבודה בהם עבד שעות נוספות או שיש לבחון את היחידה החודשית, בגינה שולם השכר, כמכלול (כשערך השעה מחושב בהלימה להוראת [סעיף 5 לחוק הגנת השכר](#) ואין המדובר בקיזוז "טכני" של כמות השעות במנותק מערכן).

לרוב אי ניכוי שזכאי המעסיק לבצע מלמד על ויתור מצידו על הניכוי, שכן על פי ההלכה הפסוקה אין המעסיק רשאי לבטל הטבה שניתנה לעובד לפני משורת הדין (ראו [דב"ע \(ארצי\) נד/3-48 מזרה – ענת ימין](#) [פורסם בנבו] (2.5.94): "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". כן ראו [ע"ע \(ארצי\) 1260-00 מרקוביץ – אקורד הנדסה בע"מ](#) [פורסם בנבו] (5.8.02)).

ואולם, נסיבות המקרה דגן שונות, שכן שני הצדדים (כך לפי קביעתו העובדתית של בית הדין האזורי) טעו לחשוב שהמדובר ב"שכר כולל" ולכן לא ערכו תחשיב אריתמטי של השעות, בין אם לטובת העובד בין אם לטובת החברה, ועל כן אי ניכוי החסר בשעות עבודה נבע מהנחה שגויה זו. משמבקש העובד – כפי שהוא זכאי לכך נוכח הוראת [סעיף 5 לחוק הגנת השכר](#) – לתקן טעות זו, ולבצע תחשיב אריתמטי של זכאותו הרי שהתחשיב האריתמטי צריך לכלול את כל ימי ההעסקה בחודש בגינו מבוקש תשלום גמול שעות נוספות, בין שהדבר לטובת העובד ובין אם לאו, ואין מקום למיקוד בימים נבחרים מתוך החודש. נדגיש, כי תחשיב אריתמטי זה בעקרון אינו מנוגד להוראת [סעיף 5 לחוק הגנת השכר](#) שכן ערך השעה מחושב על פי המנה המתקבלת מחלוקת השכר הכולל ב 186 שעות. התחשיב אף אינו מנוגד לקביעת [חוק שעות עבודה ומנוחה](#) לפיה חישוב השעות הנוספות נעשה על בסיס יומי או שבועי, שכן לזכות העובד נזקף גמול שעות נוספות שביצע בימים (או שבועות) מסוימים, ובמקביל מבוצעת הפחתה של שכר עבור שעות חסר שלא ביצע בימים אחרים (ולא נוכח ממנו בזמן אמת רק נוכח ההנחה כאמור של "שכר כולל").

14. החברה הציגה תחשיב הכולל אפשרות לגריעת אותם חודשים בהם הסכום שקיבל העובד בפועל באותו החודש שקול או עולה על הסכום שהיה מקום לשלמו על פי שיטת תחשיב אריתמטית העולה בעיקרה בקנה אחד עם הוראת [סעיף 5 לחוק הגנת השכר](#). גריעה זו – שעה שהמדובר בתוך אותו חודש העסקה - מצאנו לקבל, מהטעמים דלעיל. משכך, באותם חודשים בהם על פי תחשיב אריתמטי המתייחס לכלל ימות החודש לא נותר הפרש לזכות העובד אזי דין תביעתו לגמול שעות נוספות – להידחות.

15. טענה נוספת של החברה היא כי יש לאפשר קיזוז בין חודשי העסקה שונים, היינו כי מאותם חודשים בהם קיים חסר בתשלום גמול שעות נוספות יש לקזז את היתר ששולם בחודשים אחרים. טענה זו מעוררת בענייננו קושי רב, שכן הקיזוז בין חודשי העסקה הוא קרוב במהותו לתשלום גמול שעות נוספות גלובאלי, ועלול להוות עקיפה של התנאים שנקבעו לתשלום הגמול בדרך זו לרבות הסכמת העובד **מראש** לצורת תשלום זו. משכך, נוכח קושי זה ובהעדר טיעון מפורט המתמודד עימו – החלטנו שלא לאפשר את הקיזוז בין חודשי העסקה השונים.

16. העולה מן האמור הוא כי טענות העובד באשר לזכאותו לגמול שעות נוספות מתקבלות בחלקן, והחברה תשלם לעובד סכום של 21,457 ₪. טענת החברה בדבר קיזוז נוסף (בעל אופי בינחודשי) בסך 11,716 ₪ - נדחית. למען הסר ספק, גם הבקשה לקיזוז זמני ההפסקות (4,999 ₪) – נדחית, וזאת מששולם בגינן שכר ובהעדר ראיה להסכמה, מפורשת או מכללא, שזמני הפסקות אלה תהיינה על חשבון העובד.

(ב). פיצוי מכוח סעיף 26א לחוק הגנת השכר

17. העובד מערער כנגד אי פסיקת פיצוי שאינו ממוני מכוח [סעיף 26א לחוק הגנת השכר](#) וכן על גובה הפיצוי שנפסק בשל פיטוריו שלא כדין עקב פנייתו לעורך דין (15,000 ₪). למען שלמות התמונה נציין כי לעובד נפסק גם פיצוי שאינו ממוני בגין העסקה בשעות שלא כדין (25,000 ₪) ובגין הפרת חובת השימוע (14,000 ₪). נציין כי ערעור החברה כנגד פסיקת הפיצוי בסך 25,000 ₪ מעוכב כאמור לעיל נוכח היותה בהליכי פירוק, ואינו מצוי בפנינו.

בהתאם להלכה הפסוקה פסיקת פיצוי בלתי ממוני נתונה לשיקול דעתו הרחב של בית הדין (ראו: [ע"ע \(ארצי\) 16117-07-10 ישראלה חסון רביקוביץ - M3 ישראל בע"מ](#) [פורסם בנבו] (19.12.13)). כמו כן, ערכאת ערעור תמעט להתערב בהקשר זה בהחלטת הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים. זאת, כיוון ששיעור פיצוי שאינו ממוני "אינו 'מדע מדויק' ולפיכך, ככלל ערכאת הערעור לא תתערב בשיעור שנקבע, אלא אם הסכום שנפסק חרג מהמתחם הסביר" [\(ע"ע \(ארצי\) 30585-09-12 חברת יישום פתרונות אנושיים בע"מ - אורית בוסין](#) [פורסם בנבו] (4.8.13)).

בכפוף להערה זו נפנה לבחון את טענות המערער בהקשר לפיצוי בגין הנפקת תלושי שכר פגומים ובגין פיטורים שלא כדין.

18. בית הדין קמא דחה תביעת העובד לפיצוי בגין הנפקת תלושי שכר שלא כדין, שלטענת העובד לא שיקפו את המציאות כיוון שלא כללו שעות נוספות. וכך נאמר (סעיף 19 לפסק הדין):

"אכן היה על הנתבעת לכתוב במדויק את שעות העבודה של התובע מדי חודש בחודשו. עם זאת, התובע קבל לידיו את דו"חות הנוכחות המפרטים את שעות עבודתו. נדגיש כי מרבית דו"חות הנוכחות היו בידו (סעיף 4 לכתב התביעה). משכך, דו"חות הנוכחות יחד עם תלושי השכר נותנים תמונה מלאה על מספר שעות העבודה, המתיישבת עם דרישת החוק. על כן נדחית תביעתו זו של התובע".

19. בערעורו טוען העובד כנגד העדר פסיקת פיצוי מכוח [סעיף 26א לחוק הגנת השכר](#), שכן לטענתו תלושי השכר לא שיקפו את עבודתו האמתית, באשר מעולם לא צויינה בהם עבודתו בשעות נוספות. לטענתו, התעלם בית הדין קמא מן הראיות שהונחו לפניו, מהן עולה כי החברה מעולם לא מסרה לעובד את דו"חות הנוכחות, ושעשתה כן באופן חלקי רק לאחר פניית בא כוחו של המערער. משכך, ולאור טענתו "להתנהלות השערורייתית" תובע הוא פיצוי לזכותו ברף הגבוה, בסך של 90,000 ₪. החברה משיבה לכך, כי העובד מבקש להסתמך על שרשרת מכתבים אשר כלל לא הוכח שנשלחו או נתקבלו וחלקם אף אינם חתומים. החברה תומכת בפסיקת בית הדין קמא ברכיב זה אשר מצא לדחותו, תוך שהיא מדגישה כי בעת שהגיש את כתב התביעה היו בידו עיקר דו"חות הנוכחות למעט ארבעה.

20. לאחר בחינת טענות הצדדים החלטנו לדחות את ערעור העובד, שכן לא שוכנענו כי המקרה דנן בא בגדר המקרים החריגים בהם יש מקום להתערב בפסק דינה של הערכאה הדיונית בפסיקת פיצוי מסוג זה. נציין כי מרחב שיקול הדעת של הערכאה הדיונית בנסיבות הענין רחב. בית הדין האזורי שוכנע שאין לפסוק פיצוי בהתחשב במכלול הנסיבות, ולא מצאנו מקום להתערב בכך, הגם שדרך כלל דו"חות נוכחות כשלעצמם אינם מספקים כתחליף לרישום מדויק של שעות העבודה בתלושי השכר בהתאם להוראות החוק.

(ג). פיצוי בגין פיטורים שלא כדין

21. העובד תבע בכתב התביעה פיצוי בגין פיטורים שלא כדין בסך 65,000 ₪. סכום הפיצוי שנתבע מהווה תרכובת של פיצוי בגין פיטוריו עקב פנייתו לעורך הדין לשם מיצוי זכויותיו ועקב העדר עריכת השימוע.

22. בין הצדדים נתגלעה מחלוקת באשר לעילת הפיטורים. בית הדין קמא קבע כי מקובלת עליו גרסת העובד לפיה פוטר בשל מכתבו של בא כוחו אל החברה. קביעה עובדתית זו נשענה על מספר טעמים: **ראשית**, הימנעות מהעדתו של מר יוסי יגל (להלן: יוסי), אשר הינו אחיו של אבשלום ואחד מבעלי החברה. יוסי בקיא בנסיבות פיטורי העובד, שכן באותה עת נעדר אבשלום מפאת מחלה. בית הדין ציין כי הוא ער לכך שגרסה זו, לפיה "פנייתו (של העובד. ח.א.ג.) אל הנתבעת ופיטוריו נעשו על ידי יוסי ולא אבשלום", התפתחה רק במסגרת דיוני ההוכחות, אך אין בכך לפטור מהצורך בהעדת יוסי ו"ניתן היה לבקש את הזמנתו של יוסי לעדות" (סעיף 6). **שנית**, הטענה כי החברה לא היתה מרוצה מביצועי העובד נטענה בכוללניות וללא ראיות או פירוט אחר בתמיכה לטענותיה. **שלישית**, משלוח המכתב מטעם ב"כ העובד לחברה ופיטוריו היו באותו היום, וסמיכות זמנים זו מחזקת את הגרסה האמורה.

23. בית הדין פסק לזכות העובד פיצוי בגין פיטורים שלא כדין בסך 15,000 ₪. בנוסף, פסק בית הדין לעובד פיצוי בסך 14,000 ₪ בגין אי עריכת שימוע, כשבית הדין קבע כי השיחות שנערכו עם העובד על תפקודו אינן עולות כדי קיום שימוע. סך הכל נפסקו לזכות העובד 29,000 ₪ בגין פיטוריו שלא כדין.

24. העובד מלין כנגד גובה הפיצוי שנפסק לו בשל פיטוריו עקב פנייתו לעורך דין לשם מימוש זכויותיו, ומבקש פסיקתם של 51,000 ₪ נוספים ל 14,000 ₪ שכבר נפסקו. לטענתו הסכום שנפסק נמוך מדי בנסיבות העניין, וזאת בשל חמישה טעמים: חומרת המעשה, שפוטר רק משום ש"העז" לבקש את זכויותיו הסוציאליות; החברה הינה "פורעת חוק בוטה ואגרסיבית של חוקי המגן"; בעל החברה שיקר בתצהירו שלא קיבל את מכתב ב"כ העובד, ובית הדין קמא דחה טענתו זו; כן שיקר כשטען שלא פיטר את העובד בשל הסיוע המשפטי, טענה שנדחתה על ידי בית הדין קמא; מאחר ש"צרח" על העובד על שהעז לפנות לעו"ד ו"כעונש נוסף"

ביטל את הסכמתו שהעובד יצא מוקדם מהעבודה לרגל בת המצווה של אחייניתו. לטענת העובד, "אין ספק שבפסיקתו סכום כה מינורי, לא הביא בית הדין קמא בחשבון את שיקול ההרתעה הכה חשוב ומהותי שיש לשקול בנסיבות שבהן מעסיק מפטר עובד כמעין עונש על כך שפנה לסיוע משפטי". משכך, עותר להגדלת סכום הפיצוי לכדי 51,000 ₪ (בנוסף לסכום של 14,000 ₪ שנפסקו בגין אי עריכת שימוע) כמבוקש בכתב תביעתו. החברה משיבה לכך כי העובד אינו זכאי כלל לפיצוי בגין רכיב זה, ובוודאי שלא להגדלתו. זאת, משום שמסקנת בית הדין קמא כי העובד פוטר בשל פנייתו לייעוץ משפטי הינה "מסקנה נסיבתית שגויה... בהיעדר תשתית עובדתית לתמיכה". לשיטתה, ההפך הוא הנכון- העובד פנה לייעוץ משפטי בשל פיטוריו. שאר השיקולים שהעלה העובד המהווים לטענתו טעמים להגדלת שיעור הפיצויים- מהווים הרחבת חזית, והם אף לא נתמכים בהלכה הפסוקה. כן מציינת החברה כי ערכאת הערעור אינה נוהגת להתערב "בשיעור פיצוי המצוי בגדר מתחם שיקול דעת הערכאה הדיונית".

25. נקדים ונציין כי תביעת העובד לפסיקת 51,000 ₪ נוספים תביא לפסיקתו של סעד רחב מזה שהתבקש על ידו בכתב התביעה, שכן הוא תבע 65,000 ₪ בגין פיטורים שלא כדין, הכוללים הן את הפיצוי בגין אי עריכת שימוע והן את הפיצוי בשל עילת הפיטורים. לעובד נפסקו בסך הכל 29,000 ₪ בגין שני הפגמים האמורים, ולכן הסכום המירבי שניתן לפסוק לטובתו במסגרת הערעור הוא לכל היותר 36,000 ₪ נוספים.

26. נקודת המוצא לבחינת טענות המערער היא קביעתו העובדתית של בית הדין האזורי לפיה הפיטורים היו בתגובה למשלוח מכתב מטעם ב"כ העובד. בקביעה עובדתית זו לא מצאנו הצדקה להתערב. בהתאם לתשתית העובדתית, רואים אנו בחומרה פיטורי עובד בשל פניית עורך דין מטעמו לבחינת סוגיית מיצוי זכויותיו. בנסיבות הענין פיטורים אלה אף מנוגדים לרוחו של [סעיף 28א לחוק הגנת השכר](#), האוסר לפגוע בעובד מחמת תביעה שהגיש לתשלום שכר – לרבות גמול שעות נוספות – מולן. אמנם, בענייננו הפיטורים המהירים קדמו להגשת התובענה, ואולם את הבקשה לקבלת דו"חות הנוכחות באמצעות בא כוח העובד לא ראוי לנתק ממהלך שתכליתו מיצוי זכויות העובד לרבות ובהמשך באמצעות הגשת תובענה. רף הפיצוי שנקבע אינו הולם חומרה זו, ולכן יש מקום להעלאתו.

יחד עם זאת, משהעובד תבע סכום כולל בגין שני הפגמים ביחד, ובהינתן המדיניות המצמצמת התערבות בהחלטות הערכאה הדיונית הנוגעות לגובה פיצוי בלתי ממוני, החלטנו להעתר לבקשה באופן חלקי. סכום הפיצוי הכולל בגין פיטורים שלא כדין יועלה ב 21,000 ₪, כך שהסכום הכולל שיפסק הינו 50,000 ₪. נציין כי בסופו של יום, וממעוף הציפור, בדרך זו סך הפיצוי הבלתי ממוני שנפסק לזכות העובד על ידי בית הדין האזורי ומכוח פסק דין זה בעילות השונות – לרבות פיצוי בגין אי מתן הודעה לעובד (7,000 ₪) ופיצוי בגין העסקה שלא כדין (25,000 ₪) - יעמוד על 82,000 ₪.

(ד). הלנת פיצויי פיטורים

27. פיצויי הפיטורים שולמו לעובד באיחור של ארבעה חודשים. לטענת העובד, הוא זכאי בשל כך לפיצויי הלנה. לטענת החברה, הדבר נעשה בתום לב ולאור חופשת מחלה של אחד מבעלי החברה. בית הדין קמא קיבל את עמדת החברה, ופסק כי יש להפחית את פיצויי ההלנה לשיעור הפרשי הצמדה וריבית מיום שנסתיימו יחסי העבודה בין הצדדים.

28. המערער מלין כנגד קביעת בית הדין, כשלטענתו בית הדין קמא העלה טעם שלא העלתה החברה, והוא הטענה שדחיית תשלום הפיצויים נבעה ממחלת אבשלום; בית הדין סתר את עצמו, מאחר שמחד קבע שאבשלום חזר לעבודה ביולי אולם פיצויי הפיטורים שולמו רק באוקטובר; מחלת אבשלום אינה מהווה הצדקה לדחיית התשלום, שכן יוסי היה מעורב בפיטורי העובד, והחברה תפקדה כרגיל משך מחלתו של אבשלום. לפיכך, עותר העובד לתשלום פיצויי הלנה בסך 8,667 ₪. החברה מפנה בטיעוניה לפסיקת בית דין זה [בע"ע \(ארצי\) 43715-05-12](#) **יהישלום (שלומי) שני – אפולו נטוורק סרוויס בע"מ** [פורסם בנבו] (15.8.16) לפיה "ככלל ערכאת הערעור אינה נוהגת להתערב בשיקול דעתה של הערכאה הדיונית בפסיקת פיצויי הלנה". במענה לטענת העובד כי אבשלום חזר ממחלתו כבר ביולי, משיבה החברה כי חזר לעבוד "לסרוגין", כמופיע בפסק הדין, וכי כל שיח ושיג בענייני עבודת העובד התנהל מול אבשלום ולא מול יוסי, כמופיע בפסק הדין. הטענה שהחברה המשיכה להתנהל כרגיל בתקופת מחלתו של אבשלום הינה טענה חדשה הטעונה הוכחה עובדתית.

29. לאחר בחינת טענות הצדדים החלטנו לדחות את הערעור בנקודה זו, שכן אכן ערכאת הערעור אינה נוהגת להתערב בשיקול דעתה של הערכאה הדיונית בפסיקת פיצויי הלנה, ומקרה זה אינו מצדיק סטיה מכך בשים לב להנמקתו של בית הדין האזורי.

סוף דבר

30. ערעור העובד מתקבל בחלקו. החברה תשלם לעובד סכום של 21,457 ₪ בגין גמול שעות נוספות, שיישא הפרשי הצמדה וריבית מיום 14.6.12. בנוסף, תשלם החברה לעובד פיצוי נוסף בגין נזק בלתי ממוני בסך 21,000 ₪. יתר חלקי הערעור נדחים, ובנסיבות הענין נוכח קבלת הערעור בחלקו ובשים לב להחלטת בית המשפט המחוזי מיום 31.1.18 - אין צו להוצאות.

ניתן היום, כ' סיוון תשע"ח (03 יוני 2018) בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.

<p>חני אופק גנדלר, שופטת</p> <p>מר עצמון ליפשיץ, נציג ציבור (מעסיקים)</p>	<p>סיגל דוידוב- מוטולה, שופטת</p>	<p>ורדה וירט-ליבנה, נשיאה, אב"ד</p> <p>מר אמיר ירון, נציג ציבור (עובדים)</p>
---	---	--

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

סיגל דוידוב מוטולה 54678313-/
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה