



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24518-12-13

ניתן ביום 17 אפריל 2018

המערערת

ישרקו שיווק מותגי מזון בינלאומיים בע"מ

המשיב

ברוך צור

לפני: סגן הנשיאה אילן איטח, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, השופט משה טוינה
נציגת ציבור (עובדים) גב' חיה שחר, נציגת ציבור (מעסיקים) גב' אושיק פלר-גיל

בשם המערערת – עו"ד דורי ברקל ז"ל, עו"ד אורלי ליבוב
בשם המשיבה – עו"ד דורון ברד יצחקי

פסק דין

השופט משה טוינה

1. לפנינו ערעור שהגישה חברת ישרקו שיווק מוצרי מזון בינלאומיים בע"מ (להלן: "המערערת") על פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב-יפו (השופטת נטע רות ונציגי ציבור גב' חנה קפלניקוב ומר אורי שלוש; ס"ע 140-12-10) (להלן: "פסק הדין").

בפסק הדין מושא הערעור קיבל בית הדין קמא בדעת רוב, את טענתו של מר ברוך צור (להלן: "המשיב") לפיטורים שלא כדין – אפליה מחמת גיל ובהעדר שימוע, ובהתאם פסק למשיב פיצויים ללא הוכחת נזק מכוח חוק שוויון הזדמנויות בעבודה תשמ"ח-1988 (להלן: "חוק שוויון הזדמנויות בעבודה"), בסכום של 50,000 ₪; ופיצוי על אובדן השתכרות בסכום של 84,000 ₪¹. משהתקבלה התביעה פסק בית הדין קמא למערער, הוצאות משפט בסכום של 12,000 ₪.

2. בקליפת האגוז טוענת המערערת בערעור שלפנינו, כי שגה בית הדין קמא במסקנתו לפיה נפל פגם בפיטורי המשיב באשר לסיבת הפיטורים אשר לדעת הרוב בבית הדין

¹ השווה לשכר של שישה חודשים, בגין התקופה שהחל ממועד פיטוריו 19.8.2010, ועד למועד בו חזר למעגל העבודה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24518-12-13

קמא נגועים בהפליה מחמת גיל; והן בשיעור הפיצוי שניתן בגין פיטורי המשיב, על דעת ההרכב כולו, ללא שימוע. בנסיבות הללו מבקשת המערערת בערעורה, את ביטול הקביעה בדבר פיטורים הנגועים באפליה מטעמי גיל; את הפחתת החיוב בפיצויים בגין העדר שימוע; ואת הפחתת הוצאות המשפט שהושתו עליה בפסק הדין מושא הערעור.

הרקע העובדתי:

3. המערערת הינה חברה לייבוא ושיווק של מוצרי מזון מקבוצת "טיב טעם". המשיב יליד מרץ 1945, הועסק בשירות המערערת כסוכן מכירות, החל מיום 9.2.2004 ועד לפיטוריו ביום 9.8.2010.
4. במסגרת עבודתו כסוכן מכירות, הועסק המשיב עד לחודש יוני 2009 כסוכן מכירות של גבינות למסעדות לשוק הפרטי ולרשת "טיב טעם" באזור תל-אביב. בעקבות שינוי ארגוני שהנהיגה המערערת באמצע שנת 2009, נמסר למשיב ביוני 2009 מכתב פיטורים על פיו יחסי עובד מעסיק בין הצדדים יסתיימו ביום 23.7.2009. בפועל מכתב הפיטורים מיוני 2009 בוטל, כך שבספטמבר 2009 הוחזר המשיב לעבודה בשירות המערערת, כסוכן מכירות בקו באזור הצפון תוך הפחתה מוסכמת בשכר הבסיס ששולם לו.
5. בינואר 2010 קיים מנהל המכירות של המערערת שיחה עם המשיב, אשר במסגרתה הוזהר המשיב על התנהגות בוטה כלפי עמית מהעבודה. בשיחה נאמר עוד, כי "לאחר כמה פעמים ששוחחנו בנושא עבודתך באזור הצפון, נמסר לך שהנך ממשיך את עבודתך בחברתנו, אך עליך להגדיל ולבסס את נפח הקו, על מנת שיהיה רווחי, מה שכיום הוא לא! לאחר שעברו כארבעה חודשים מתחילת עבודתך, עדיין אין שיפור בנושא".





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24518-12-13

6. ביולי 2010 מסרה המערערת למשיב מכתב פיטורים הנושא את התאריך 19.7.2010 ובו מודיעה המערערת למשיב על פיטוריו, ועל מתן הודעה מוקדמת המסתיימת ביום 18.8.2010.²

7. בדצמבר 2010 הגיש המשיב תביעה לבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב, אשר במסגרתה טען לפיטורים שלא כדין; ובעקבותיה ניתן פסק הדין מושא הערעור.

פסק הדין מושא הערעור:

8. על פי פסק הדין מושא הערעור, פוטר המשיב ללא שימוע. בהקשר זה נקבע בדעת הרוב (אשר מקובלת גם על נציג הציבור כותב דעת המיעוט), כדלקמן:

"אשר להליכי הפיטורים של התובע ולקיומו של שימוע כהלכתו, יאמר תחילה כי גם בהקשר זה נטענו ותוארו הדברים על-ידי הנתבעת בערפול רב: כך, למשל עד הנתבעת מר בן ניסן לא ידע לציין בתחילת עדותו אימתי בדיוק נערך השימוע ובהמשך העיד כי השימוע קיים כשבועיים לפני הוצאת מכתב הפיטורים (ראו עדותו של מר בן ניסן בעמוד 18 לפרוטוקול שורות 20-23). עדות זו סתרה את דברי העד מר סולומון, אשר העיד כי השימוע קיים כ-6 חודשים לפני מועד הפיטורים (עמוד 9 לפרוטוקול שורה 17). נוכח סתירות מהותיות אלה והערפול שאפף את עדויות הנתבעת גם בעניין זה וכן, לאור התרשמותנו מעדות התובע הרי שאנו מעדיפים את גירסתו לפיה, הליך השימוע לא קיים כלל.

לא למותר לציין כי אפילו סברנו כי הנתבעת אכן ניהלה עם התובע שיחה עובר לפיטוריו, כפי טענתה, הרי שספק רב בעינינו האם ניתן לראות בה הליך שימוע כהלכתו.

שכן, הנתבעת לא הראתה מה היו הנתונים שהוצגו לתובע בעת השימוע אשר אמורים היו לשקף אי עמידה ביעדי מכירות.

² לעניין זה נאמר במכתב: "בהמשך לשיחתנו ברצוני להודיעך על הפסקת עבודתך בחברה, החל מתאריך 19.7.2010. גמר חשבון ישולם לך במשכורתך האחרונה. תקופת ההודעה המוקדמת החלה ביום 19.07.2010 והסתיימה ביום 18.08.2010. הריני לאשר כי הועסקת על ידי החברה, החל מיום 09.07.2004 ועד ליום 19.08.2010. אנו מודים על תרומתך לחברה ומאחלים לך בהצלחה בהמשך דרכך".



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24518-12-13

הנתבעת אף לא הציגה מסמך הזמנה לשימוע המלמד על תוכן הטענות אליהם נדרש התובע להתייחס במהלך השימוע הנטען וכן פרוטוקול מאותו "שימוע".
זה המקום לציין כי עצם קיומו של הליך פיטורים בלתי תקין כאמור בלא לשמוע את עמדת התובע ובלא להציג בפניו נתונים שיאפשרו את התייחסותו העניינית - מתיישב עם המסקנה כי הסיבה לפיטורים לא הייתה נעוצה בתפקודו של התובע אלא – בגילו".

9. לדעת הרוב (השופטת נטע רות ונציגת הציבור גב' חנה קפלניקוב), יש לקבל את טענת המשיב לפיה פיטוריו נגועים בהפליה מחמת גיל, בנסיבות ובנימוקים שעיקרם כדלקמן:

א. במכתבי הפיטורים - המכתב מיוני 2009 שלאחריו הוחזר המשיב לעבודה בספטמבר 2009, ומכתב הפיטורים מיולי 2010 שלאחריו הסתיימו יחסי עובד מעסיק בין הצדדים – אין נימוק לפיטורים, עובדה הנזקפת לחובת המערערת הטוענת בדיעבד לנימוקים ענייניים לפיטורי המשיב.

ב. טענת המערערת לפיה פוטר המשיב משלא עמד ביעדי המכירות שהוצבו בפניו, לא הוכחה³, משלא הציגה המערערת בפני בית הדין את אמת המידה שנקבעה על ידה להצלחת המשיב כאיש מכירות, ואת נתוני המכירות המעידים על כך שהמשיב לא עמד באמת מידה זו. הדברים נכונים מכוח קל וחומר בהתחשב בתקופת עבודתו הארוכה של המשיב, וכאשר לא נטען לליקויים כלשהם בתפקודו כאיש מכירות משך שנים באזור המרכז. בית הדין הוסיף כי עצם העברתו של המשיב לאזור הצפון תוך פגיעה בתנאי עבודתו, ותוך אחריות לקו מכירות שהוגדר על ידי המערערת עצמה כבעייתית, מלמדת כשלעצמה על אפליה מטעמי גיל ועל העדר רצון בהמשך עבודתו.

ג. לדעת הרוב אין לקבל את הטענה לפיה פוטר המשיב בשל יחס לא נאות לעמיתיו לעבודה, משהטענה ליחס לא נאות מתייחסת לאירוע חריג וחד פעמי שטיבו המדויק לא הובא בפני בית הדין.

³ ובלשונו של בית הדין קמא "מעוררת קושי".





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24518-12-13

ד. רוב חברי המותב קיבלו את גרסת המשיב להערות מצד מנהלו ביחס לגילו ואי התאמתו לעבודה מטעם זה⁴.

ה. רוב חברי המותב לא קיבלו את גרסת המערער, לפיה ביום האחרון להודעה המוקדמת, 19.8.2010, הוצע למשיב לשמש בתפקיד סגן מנהל של סניף "טיב טעם". זאת מ"שלא הוצג כל טיעון המתייחס להצעה ובשים לב לכך שתוכן ההצעה הוצג בצורה מעורפלת בלא לציין באופן ספציפי את תוכנה, לרבות תנאי ההעסקה שהוצעו לתובע. מעבר לכך יאמר – כי גם לגרסת הנתבעת ... ההצעה הנטענת הוצעה לכאורה ביום 19.8.10, משמע – כחודש לאחר שניתנה לתובע הודעת פיטורים⁵.

ו. על רקע זה סברה דעת הרוב, כי לא זו בלבד שהמשיב הוכיח שלא הייתה בהתנהגותו או במעשיו סיבה לפיטוריו; ובכך הועבר הנטל מכוח הוראת סעיף 9(א)(2) לחוק שוויון ההזדמנויות להפריך את הטענה לפיטורים מחמת גיל אל כתפי המעסיקה, המערער, נטל בו לא עמדה - אלא שהוכח "ברמת וודאות גבוהה, כי הסיבה העיקרית אם לא הבלעדית לפיטוריו, הייתה נעוצה בגילו".

10. על רקע הקביעה לפיה פוטר המשיב ללא שימוע ולדעת הרוב הפיטורים הם מחמת גיל נפסקו למשיב פיצויים ללא הוכחת נזק מכוח חוק שוויון הזדמנויות בעבודה בסכום של 50,000 ₪, פיצוי על אובדן השתכרות (ששה חודשים במהלכם לא עבד כלל) בסכום של 84,000 ₪ והוצאות. דעת המיעוט, מפי נציג הציבור מר אורי שלוש, סברה שיש להסתפק בפיצוי בסך של 42,000 ₪, שווה ערך ל - 3 משכורות, בגין הפגם בהליך השימוע.

ערעור המערער ותשובת המשיב:

11. ערעור המערער מתייחס לקביעה בפסק הדין, המייחסת לה פיטורים ללא שימוע, לפיטורים הנגועים בהפליה מחמת גיל וכן לשיעור הפיצויים שנפסקו לחובתה.

⁴ כאמור בפסקה 10 לפסק הדין "לבסוף יאמר כי לכשעצמנו לא מצאנו בעדות התובע פגמים מהותיים המצדיקים הטלת ספק במהימנותה. בנסיבות אלה, נוטים אנו אף לקבל את גרסתו באשר להערות שהושמעו באוזניו על ידי מנהלו ביחס לגילו ול"אי התאמתו" לנתבעת מטעם זה".

⁵ פסקה 10ה' לפסק הדין.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24518-12-13

12. לטענת המערערת מכתב הפיטורים מיום 19.7.2010, שאותו מאשר המשיב בחתימתו שקיבל, מצייין כי ההחלטה באה בהמשך לשיחה שהתקיימה בין מנהל המכירות למשיב. מכאן טוענת המערערת, כי גם אם "לא נערך למשיב שימוע כהלכתו, הרי המדובר בפגמים טכניים ולא מהותיים, אשר רובם ככולם נרפאו לאור ההצעה שהוצעה למשיב להמשיך בעבודה בתפקיד אחר"⁶. המערערת סבורה לפיכך כי גם אם לא התקיים שימוע במתכונתו המסודרת בהתאם לדרישות הפסיקה, הרי שהמשיב היה מודע לטענות כנגדו ולאור זאת די בהקשר זה ברף הפיצוי שנקבע בדעת המיעוט.

13. המערערת מוסיפה וטוענת כי לא הייתה כל הצדקה לקביעת בית הדין קמא בדבר פיטורים מחמת גיל ובדבר הפרת חוק שוויון ההזדמנויות. כמפורט בהודעת הערעור ובסיכומיה, סבורה המערערת כי בעדויות שנשמעו והמסמכים שהוצגו בפני בית הדין קמא, הוכח כי המשיב הוחזר לעבודה בספטמבר 2009 לתקופת ניסיון לקו אחר (שהמכירות בו לא צלחו עד לאותה עת והציפייה מהמשיב הייתה לשקמו), ופוטר בשל אי עמידה ביעדי המכירה שהוצבו בפניו, ובשל יחס לא נאות לעמיתים לעבודה. בהקשר זה מפנה המערערת למכתבה למשיב מיום 10.1.2010, שאותו ציטטנו לעיל⁷. מכתב שלטעמה מבטא בזמן אמת את הכשלים בהתנהלותו של המשיב, שהובילו בסופו של יום לפיטוריו. המערערת מדגישה עוד כי המשיב לא הציג כל ראיות מטעמו המלמדות על הצלחה בעבודתו; אישר בחקירתו הנגדית "בחצי פה" את קיומה של ירידה במכירות; ואף לא הכחיש את אירוע הפגיעה בעמית לעבודה בגינו הוצא המכתב מיום 10.1.2010. לשיטתה, בנסיבות אלו טעה בית הדין האזורי בהעבירו אליה את הנטל מכוח סעיף 9(א)(2) לחוק שוויון ההזדמנויות.

14. המערערת הוסיפה, כי משהחליטה להמשיך ולהעסיק את המשיב לאחר פיטוריו ביוני 2009 (בהיותו בגיל 64), ומשהציעה למשיב עבודה חלופית באוגוסט 2010 (לאחר הוצאת מכתב הפיטורים מיולי 2010), לא ניתן לייחס למערערת פיטורים הנגועים בהפליה מחמת גיל.

⁶ פסקה 73 להודעת הערעור.

⁷ פסקה 5 לעיל.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24518-12-13

15. במסגרת הודעת הערעור ולהשלמת התמונה העובדתית, ביקשה המערערת וצרפה במסגרת הודעת הערעור, מסמך המתייחס להתפלגות הגילאים של העובדים המועסקים על ידה, שלטענתה נמנע ממנה להגיש בשלב ההוכחות ותומך בגרסתה האומרת כי אין קשר בין ההחלטה על פיטורי המשיב לגילו.

16. בתמצית טען המשיב, כי הערעור הוא על קביעות עובדתיות של בית הדין קמא, אשר שמע את העדויות שבפניו וקבע ממצאים עובדתיים, על בסיסם הגיע לתוצאה המפורטת בפסק הדין מושא הערעור.

בנסיבות אלה ועל רקע ההלכה שלפיה בית הדין של הערעור איננו נוהג להתערב בממצאים עובדתיים שקבעה הערכאה הדיונית – מבקש המשיב לדחות את ערעור המערערת. המשיב מדגיש כי פוטר כבר בחודש יוני 2009 מחמת גילו, והוחזר תוך הרעת תנאים משמעותית לקו מכירות כושל שאיש המכירות שהיה אחראי עליו עד לאותה עת לא הצליח בהפעלתו ואף פוטר כתוצאה מכך. לפיכך הירידה בפרמיות מבחינתו מלמדת על מכירות נמוכות יותר מהקו הקודם עליו היה אחראי באזור המרכז, אך לא על ירידה במכירות לעומת איש המכירות שקדם לו, כאשר לא הוכחו יעדי מכירות שאמור היה לעמוד בהם ולא עמד.

17. המשיב הוסיף כי אין פגם בהחלטת בית הדין אשר לא אפשר במסגרת עדותו של מר סולומון, להציג טבלה המרכזת נתונים המתייחסים לסך כל העובדים המועסקים בקבוצת החברות עליה נמנית המערערת, בהתפלגות לפי גיל. לשיטתו לא היה מקום לאפשר הגשת הטבלה במסגרת החקירה הנגדית, ואין להתיר את הגשתה במסגרת הערעור.

18. לדעת המשיב אין מקום להתערב בפיצויים שנפסקו לזכותו בפסק הדין מושא הערעור, שכן רשאי היה בית הדין לפסוק למשיב פיצויים, בשל אובדן השתכרות בגין התקופה שהחל ממועד פיטוריו ועד שחזר למעגל העבודה; ופיטורים ללא הוכחת נזק, לאור הפגם בהליך הפיטורים ובהחלטת הפיטורים הנגועה בהפליה מחמת גיל.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24518-12-13

דיון והכרעה:

19. לאור טענות הצדדים, את פרק הדיון וההכרעה מבקש אני לפתוח בהתייחסות לטבלה שביקשה המערערת לצרף לערעור, טבלה המפרטת את התפלגות העובדים המועסקים בקבוצה על פי גילאים. בקצירת האומר דעתי היא, כי ככל שסבורה הייתה המערערת כי ראוי שתעמוד בפני בית הדין קמא טבלה המפרטת את התפלגות העובדים לפי גילאים, היה מקום להציג את הטבלה במסגרת העדויות הראשיות מטעמה, ולא במסגרת חקירה נגדית כפי שניסתה לעשות (כאשר מר סולומון נשאל על אמירות שונות שהפנה למשיב במהלך עבודתו לגבי גילו, ובמענה לכך ביקש להגיש את הטבלה האמורה - עמ' 10 לפרוטוקול). בצדק קבע בית הדין האזורי כי אינו מתיר את הגשת הטבלה בהתחשב בכך שאינה מתייחסת באופן ספציפי לשאלה שנשאל העד, ובהתחשב בכך שבשלב בו התבקשה הגשתה אין אפשרות למשיב לבדוק ולהתייחס אליה כך שממילא לא תוכל לסייע לבית הדין להגיע לחקר האמת. לא מצאתי הצדקה להתערב בהחלטה זו של בית הדין האזורי, קל וחומר במסגרת דיון בערעור שבו לערכאת הערעור אין את הכלים להעריך את הנתונים בטבלה שכזו. אוסיף עוד, כי גם אם נניח כי טבלה כזו עשויה להיות רלוונטית לסתירתה של טענת אפליה (וספק בעיניי אם אכן כך), הרי שממילא אין לה עוד משמעות בשעה שקיבל בית הדין קמא את הגרסה העובדתית של המשיב בדבר הערות מצד הממונה עליו לאי התאמה בשל גילו.

20. מקובלת עלי עמדת המשיב האומרת שבערעור שלפנינו מבקשת המערערת מבית דין זה להתערב בקביעות עובדתיות של הערכאה הדיונית אשר שמעה, התרשמה והעריכה את העדויות והראיות שבפניה. בדומה מבקשת המערערת בערעורה כי בניגוד לקביעת בית הדין קמא, שלפיה לא הוצעה למערער עבודה חלופית כסגן מנהל סניף ברשת "טיב טעם", בשיחה שקיימה עמו גב' אליאני, ראשת אגף משאבי אנוש בקבוצת טיב טעם, באוגוסט 2010 – נקבל אנו את גרסתה של המערערת לקיומה של הצעה שכזו. כן מבקשת המערערת מאתנו, כי נדחה את גרסת המשיב על הערות שקיבל על אי התאמה מחמת גיל מצד הממונה עליו, בניגוד לעמדה המקבלת ביטוי בדעת הרוב. גם הקביעה בדבר עילת הפיטורים האמיתית והיותה קשורה לגילו של המשיב – היא קביעה עובדתית במהותה, ולא נשענת רק על העברת הנטל לכתפי המערערת (שגם בה לא מצאנו פגם).





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24518-12-13

21. ככלל, אין ערכאת הערעור מתערבת בממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים וקיצוניים. בפרט הדברים נכונים, בנסיבות שבהן הערכאה הדיונית – כמו בענייננו – לא פטרה עצמה מניתוח ומבדיקת הראיות שהוצגו בפניה.

22. לטעמי, אין זה המקום לסטות מההלכה הנוהגת ולהתערב בקביעותיו העובדתיות של בית הדין קמא; בשעה שלבד ממכתב מינואר 2010 אין בפנינו ראיות במסמכים ובמוצגים שיש בהם כדי לתמוך בטענותיה של המערערת לכשל מקצועי של המשיב והתנהגות בוטה מצדו ביחסיו לעמיתיו המצדיקים את פיטוריו. גם בפנינו לא הוצגו כל אמות מידה אובייקטיביות, או יעדי מכירה, שהמשיב לא עמד בהם לפי הנטען, וגם בפנינו לא פורטה התנהגות בוטה כביכול של המשיב כלפי עמיתים לעבודה מלבד מקרה בודד שאירע חודשים ארוכים לפני פיטוריו ובו העיר לפי הנטען הערה פוגעת כלפי עובד אחר. מכאן שהקביעות העובדתיות בפסק הדין מושא הערעור, הן בראש ובראשונה קביעות המבוססות על התרשמותו של בית הדין מהעדים (המשיב עצמו ושלושה עדים מטעם המערערת) ומעדותם לפניו; קביעות לגביהן יש לערכאה הדיונית יתרון בולט כמי ששמעה והתרשמה באופן בלתי אמצעי מהעדים בעדותם.

23. המכתב מינואר 2010 מתייחס לאירוע חריג בו נהג המשיב בבוטות עם עמית לעבודה ולתפקודו המקצועי כסוכן מכירות בקו עליו הופקד. עם זאת, אין במכתב מינואר 2010 כוונה לסיים את העסקתו של המשיב בעקבות האירוע בעבודה אליו מתייחס המכתב, ואין בעדויות המערערת כל התייחסות לאירוע דומה שהתקיים לאחר ינואר 2010 המצדיק את פיטורי המשיב בשל התנהגות בוטה לעמיתים לעבודה. כאמור לעיל, כולל המכתב מינואר 2010, התייחסות לרמת הרווחיות של הקו עליו הופקד המשיב בחודשים ספטמבר 2009 ועד ינואר 2010, ומוסיף, כי בשל אי רווחיות הקו (שהייתה ידועה למערערת גם טרם תחילת הצבתו של המשיב בו) תיבחן יעילותו של המשיב בתום כחודשיים. מכאן שנכון לינואר 2010, גם אם היו השגות מרווחיות הקו עליו הופקד המשיב, השגות אלה לא הצדיקו מנקודת מבטה של המערערת את פיטוריו של המשיב נכון לאותה נקודת זמן, משיקולים מקצועיים. מכאן שאין ללמוד מהמכתב מינואר 2010 על כוונה לפטר את המשיב משיקולים ענייניים; ומשכך אין מקום על יסוד מכתב זה מינואר 2010 להתערב



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24518-12-13

בקביעותיו העובדתיות של בית הדין קמא, המתייחסות לנסיבות וסיבת הפיטורים על סמך מכלול הראיות והעדויות כמפורט בדעת הרוב.

24. כפי שכבר נפסק, לערכאה הדיונית שיקול דעת רחב בקביעת שיעור הפיצוי על פיטורים שלא כדין; ובענייננו, פיטורים שנעשו ללא שימוע, הנגועים בהפליה פסולה מחמת גיל. אשר על כן, משלא מצאתי לנכון להתערב בדעת הרוב בפסק הדין מושא הערעור, בקביעותיו לפגם בהחלטת הפיטורים ובהליך הפיטורים – לא מצאתי הצדקה להתערב בשיקול דעתו בקביעת הפיצוי לו זכאי המשיב בעקבות פיטוריו, משהפיצוי שנפסק אינו חורג מהמקובל.

25. לאור האמור לעיל, אציע לחבריי לדחות את הערעור, תוך חיוב בהוצאות בסך של 5,000 ₪.

סגן הנשיאה אילן איטח

1. עיינתי בחוות דעתו של חברי ואני מסכים כי יש לדחות את ערעורה של המערערת (להלן – החברה), בין היתר, את ערעורה על קביעת בית הדין האזורי כי המשיב (להלן – העובד) פוטר מעבודתו מחמת גיל.
2. טעמי מעט שונים, אך קודם שאפרטם אציג את העובדות הרלוונטיות:
 - א. העובד, יליד 25.3.1945, התחיל לעבוד בחברה השייכת לקבוצת "טיב טעם", ברציפות, מיום 9.7.2004, קרי בהיותו בן 59. כעולה מכתב התביעה ומתצהיר העובד, הוא התחיל את עבודתו בחברה למעשה עוד קודם לכן, ביום 1.2.2004, עם הפסקה של חודשיים עד ליום 9.7.2004.
 - ב. העובד עבד כסוכן מכירות של גבינות למסעדות, לשוק הפרטי ולרשת "טיב טעם" באזור תל-אביב.
 - ג. כחלק משינוי ארגוני בקבוצת טיב טעם בחודש יוני 2009 אוחדה הפעילות של מכירת הגבינות עם המכירה של מוצרי מזון אחרים שמשווקת הקבוצה. בהתאם לשינוי זה, הוצמד לכל לקוח סוכן מכירות אחד שסיפק לו את כלל מוצרי הקבוצה.
 - ד. ביום 23.6.09 פוטר העובד, כשבמכתב הפיטורים לא צוינה עילת הפיטורים.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24518-12-13

ה. בעקבות בקשת העובד מהחברה הוסכם על חזרתו לעבודה, הפעם כסוכן מכירות בקו המצוי באזור הצפון. זאת תחת סוכן מכירות אחר, צעיר בהרבה מהעובד, ושתפקודו לא היה השביע את רצון החברה. סוכן זה פוטר כדי לאפשר את כניסתו של העובד לתפקידו החדש.

ו. במסגרת ההסכמה על התפקיד החדש הסכימו העובד והחברה, ביום 6.9.09, על שינוי בתנאי העבודה שמגלמים הפחתה של 7% בשכר (שכר הבסיס פחת מ- 8,500 ₪ (לפי המצוין בתלושים) ל- 8,000 ₪ ו- 100% עמלות פחתו ל- 6,150 ₪). וכך נכתב במסמך שנחתם על ידי שני הצדדים במועד האמור:

"בהמשך לשיחתנו איתך (רפי ונתני) הוסכם כי כאשר תקבל את הקו החדש באזור צפון השכר יופחת ב- 7% לאחר הסכמתך, להלן החלוקה בין עמלת המכירות לבין שכר בסיס

- שכר עמלה של 100% במכירות הינו – 6,150 ₪ (לאחר קיזוז של 7%)
- כל אחוז אחד במכירה מעל 100% תקבל 70 ₪ נוספים עד ל- עמידה של 115%
- שכר בסיס הינו – 8,000 ₪ (לאחר קיזוז של 6.3%)"

ז. בסמוך ליום 1.1.2010 קיים מנהל המכירות של החברה – מר רפי סולומון, שיחה עם העובד, ובהמשך שלח הראשון לעובד מכתב נושא תאריך 1.1.10. במכתב צוין כי העובד הוזהר על התנהגות בוטה כלפי עמית מהעבודה כשבוע לאחר שמנהל המחלקה הבהיר לכלל העובדים עד כמה חשוב להתייחס בסבלנות לעמיתים לעבודה. בהמשך המכתב נכתב כך:

2. "לאחר כמה פעמים ששוחחנו בנושא עבודתך באזור הצפון, נמסר לך שהנך ממשיך את עבודתך בחברתנו, אך עליך להגדיל ולבסס את נפח הקו, על מנת שיהיה רווחי, מה שכיום הוא לא! לאחר שעברו כארבעה חודשים מתחילת עבודתך, עדיין אין שיפור בנושא.
3. לסיכום – עוד כחודשיים לערך נמדוד את קצב התקדמותך ושיפור הקו.
4. בכל בעיה הינך מוזמן להתייעץ איתי ולקבל את עזרתי על מנת שתצליח."

ח. ביום 19.7.2010 נמסר לעובד מכתב פיטורים שפותח במילים "בהמשך לשיחתנו" ואינו מפרט את עילת הפיטורים.

3. כפי שציין חברי, סעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח – 1988 (להלן – **החוק**) אוסר על אפליה מחמת גיל, לרבות בעת פיטורי עובד. סעיף 9(א) לחוק קובע כי "בתובענה של דורש עבודה או של עובד בשל הפרת הוראות סעיף 2, תהא חובת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24518-12-13

- ההוכחה על המעסיק כי פעל שלא בניגוד להוראות סעיף 2 – ... (2) לענין פיתורים מהעבודה – אם הוכיח העובד שלא היתה בהתנהגותו או במעשיו סיבה לפיטוריו.”
4. במקרה שלפנינו שתיים הן נקודות הזמן לגביהן יש לבדוק את קיומה של האפליה ואת שאלת העברת נטלי ההוכחה: הראשונה, בעת הפיתורים הראשוניים שבוטלו; השנייה, בעת הפיתורים השניים – הנוכחיים.
5. בכתב התביעה ובתצהיר העובד מעלה נטען כי מאמצע שנת 2009 קיבל מסרים ממנהל המכירות כי הוא, העובד, אינו מתאים לחברה בשל גילו. קבלת גרסה עובדתית זו מביאה בהכרח להיפוך נטל ההוכחה בשתי נקודות הזמן. יתר על כן, קבלתה לכל הפחות מכתימה את החלטת הפיתורים באופן כזה שלכאורה די בו כדי להביא לקבלת הטענה לאפליה מחמת גיל.
- בכל הנוגע לגרסה זו קבעה דעת הרוב כך:
- ”לבסוף יאמר כי לכשעצמנו לא מצאנו בעדות התובע פגמים מהותיים המצדיקים הטלת ספק במהימנותה. בנסיבות אלה, נוטים אנו אף לקבל את גירסתו באשר להערות שהושמעו באוזניו על ידי מנהלו ביחס לגילו ול'אי התאמתו' לנתבעת מטעם זה.”
- (הדגשה הוספה – א.א.)
- ”נטייה” לקבל גרסה אינה עולה כדי קביעה עובדתית כי אכן מתקבלת הגרסה. לו היה מדובר בקביעה עובדתית מובהקת, לא היה נדרש בית הדין האזורי לשלל הנמקות קודמות (אליהן אדרש בהמשך). אזכיר כי טענת העובד בעניין זה היתה כללית ביותר, לא צוין באילו הזדמנויות נאמרו הדברים, כמה פעמים וכיצד פרטים קונקרטיים. יתר על כן, מדובר בעדות יחידה של בעל דין שאין לה כל תימוכין או סיוע בראיה אחרת והיא הוכחה על ידי מנהל המכירות מבלי שנקבע כי הכחשתו אינה מהימנה. יתרה מזאת, בהתחשב בכך שהעובד התקבל לעבודתו בחברה בגיל 59, גרסה זו של העובד מוקשית וחשודה.
6. משזה המצב יש לפנות ולבחון את הנסיבות הנוגעות לשתי נקודות הזמן כאמור, ואפתח דווקא בנקודת הזמן השנייה. טענת החברה היתה כי העובד פוטר משלא עמד ביעדי המכירות. לעניין זה קבעה דעת הרוב כי:
- ”טענת הנתבעת לפיה, התובע לא עמד ביעדי המכירות מעוררת קושי וזאת בשים לב לכך שמחומר הראיות עולה כי הנתבעת לא הציגה הן בפני התובע והן בפני בית הדין נתונים ברורים שעל יסודם שפטה את הצלחתו או את כישלונו כאיש מכירות.”
- ובהמשך:



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24518-12-13

"כאן המקום להדגיש כי אופן חישוב העמלות של התובע הנגזר מהסדר התגמול לא כלל בחובו הגדרה של מדד שהוגדר על ידי הנתבעת כ'רף כישלון' או אי הצלחה."

קביעות אלה של בית הדין האזורי מוקשות ואין בידי לקבלן, וזאת מכמה טעמים המצויים בראיות אובייקטיביות:

הראשון, בהסכם מיום 6.9.09 נקבעה נקודת "האיפוס" של העמלות. וכך נקבע שם: "שכר עמלה של 100% במכירות הינו – 6,150 ₪".

השני והוא העיקרי – עיון בתלושי השכר מעלה כי העמלות ששולמו לעובד החל מחודש ספטמבר 2009 היו במגמת קיטון, ובכל מקרה לא הגיעו כדי ה- 100% שהוגדר בהסכם. להלן חלק מהעמלות: בחודש 9/09 – סכום של 6,179 ₪; בחודש 12/09 3,730 ₪; לאחר המכתב מיום 1.1.2010 עלו העמלות בגין חודש 1/10 ל- 5,580 ₪ ושוב הלכו ופחתו ל- 4,500 ₪ בחודש 4/10. בחודש 5/10 עלו ל- 6,414 ₪ ובחודש יוני שוב פחתו ל- 5,484 ₪. נתונים אלה מלמדים כי היקף המכירות של העובד באזור הצפון הלך ופחת.

ואכן, כבר במכתב מיום 1.1.2010 – ב"זמן אמת", נטען כלפי העובד כי הוא אינו עומד ביעדי המכירות. כאמור, מאז חודש 9/09 שיעור העמלות הלך ופחת. אל מול נתונים אלה, לא המציא העובד שום נתון שיש בו כדי ללמד "שלא היתה בהתנהגותו או במעשיו סיבה לפיטוריו". אמנם, נוכח הקושי בהוכחת אפליה אין להטיל על העובד לעמוד רף ראייתי גבוה יתר על המידה, אך עדין נדרש הוא לעמוד בנטל כלשהו. לא מצאתי מהם הנתונים או הראיות שיש בהן כדי ללמד כי בנקודת הזמן השנייה לא היה "במעשיו" של העובד סיבה לפיטוריו.

אוסף כי הקביעה של דעת הרוב לפיה החברה לא הוכיחה כי הציבה "יעדים" יחסית אליהם "נשפט" העובד, מוקשית ואין בידי לקבלה גם נוכח האמור בסיפא של סעיף 13 א' לתצהיר העובד. שם טען העובד כי "כמו כן הציבו בפני יעדים לא מציאותיים לחלוטין". צא ולמד, יעדים הוצבו גם הוצבו, ואוסף – כפי שמתקבל על הדעת לגבי אנשי מכירות. על השאלה אם יעדים אלה ש"הוצבו" מציאותיים אם לאו, לא הובאו על ידי העובד שום ראיות ולכן גם לא ניתן לבחון טענה זו וגם לא ניתן להסיק ממנה דבר.

ולבסוף, בהקשר של נקודת הזמן השנייה, ראוי להתייחס לטענה כי תנאי העבודה באזור הצפון שיקפו הרעת תנאים. אכן, שכר הבסיס החדש נפל ב- 500 ₪ משכר הבסיס הקודם. גם נקודת 100% העמלות היתה נמוכה ב- 7%. אלא שמתמונה חלקית זו לא ניתן לגזור בהכרח הרעת תנאים. כך למשל, יש להביא בחשבון את



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24518-12-13

פוטנציאל הגידול בעמלות (70 ₪ לכל 1% שמעבר ל- 100%) – עוד כ- 1,050 ₪, ובסה"כ (בהנחה של מימוש הגידול במכירות) שכר של כ- 15,000 ₪. תנאי ההשתכרות הקודמים לא הוצגו ומתוך תלושי השכר כל שניתן ללמוד הוא על שכר הבסיס ועל שיעור העמלות ששולמו בפועל (ולא על פוטנציאל הגידול). גם בהתעלם מחודש יוני 2009 (שבו השתכר העובד בסיסי בתוספת עמלות בשיעור של 13,186 ₪), מנעד ההשתכרות (בסיס + עמלות) בחודשים 2/09 עד 8/09 (למעט 3/09 שהתלוש בגינו חסר) הוא כ-14,600 ₪ עד 15,400 ₪. אולם גם אם תמצא לומר כי תנאי ההשתכרות החדשים משקפים הרעה מסוימת, אין הם מלמדים כי הדבר נעשה מחמת גיל דווקא.

7. עתה אפנה לנקודת הזמן הראשונה – לטענת הנתבעת בכתב הגנתה היא איחדה פעילות שיווק של כמה חברות בקבוצה וביצעה שינוי ארגוני שכתוצאה ממנו התייתרה משרתו של העובד. כפי שצוין בדעת הרוב, בתצהירי החברה שונתה "החזית", מבלי לספק הסבר, תוך שנטען כי לאחר השינוי הארגוני הועבר העובד לתפקיד אחר אולם הוא כשל בו ולכן פוטר. שינוי חזית בלתי מוסבר זה יחד עם העובדה כי מעיון בתלושי השכר עולה כי שיעורי העמלות ששולמו לעובד מחודש 2/09 ועד למעבר לעבוד באזור הצפון לא השתנו באופן מהותי (למעט באופן חד פעמי בחודש 6/09) ועם גילו של העובד באותה עת (64) – אכן די בהם כדי להעביר אל כתפי החברה את הנטל להוכיח כי הפיטורים הראשונים, ובעקבותיהם המעבר לאזור הצפון, לא היו מחמת גילו של העובד אלא משיקולים ענייניים. בית הדין האזורי בדעת רוב סבר קבע כי לא עלה בידי החברה להרים נטל זה, ובדין. שכן, החברה כלל לא המציאה ראיות ביחס לנקודת הזמן הראשונה. אכן, על פני הדברים ככל שהחברה ביקשה לפטר את העובד מחמת גיל, תמוה מדוע הסכימה לשוב ולהעסיקו. אלא שתמיהה זו לכשעצמה, אין בכוחה כדי להצדיק התערבות בקביעת הרוב כי נטל השכנוע כאמור לא הורם.

8. מקובלת עלי קביעת בית הדין האזורי שאפליית העובד מחמת גיל בנקודת הזמן הראשונה בכך שהופסקה העסקתו בתפקידו הקודם רב השנים רק מחמת גיל, מקרינה על האופן בו נבחן בהמשך יחסה של החברה לעובד. פיטוריו מתפקידו החדש, שמלכתחילה היה בעייתי, הם תוצאה ישירה וכמעט בלתי נמנעת של האפליה בנקודת הזמן הראשונה ולכן הם עצמם נגועים באפליה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 24518-12-13

השופטת סיגל דוידוב-מוטולה

אני מסכימה עם חברי השופט משה טוינה כי לא הובאה הצדקה להתערבות בפסק דינו של בית הדין האזורי. משכך, מקובלת עלי התוצאה של דחיית הערעור, המקובלת אף על חברי סגן הנשיאה אילן איטח.

נציגת ציבור (עובדים) גב' חיה שחר

אני מצטרפת לדעתו של השופט אילן איטח ומסכימה להנמקתו ביחס לפיטורי המשיב.

נציגת ציבור (מעסיקים) גב' אושיק פלר-גיל

מצטרפת לעמדת השופט משה טוינה.

סוף דבר

בהסכמת כלל חברי המותב, הערעור נדחה. המערערת תישא בהוצאות המשיב בשיעור של 5,000 ₪, שישולמו בתוך 30 יום ממועד קבלת פסק הדין על ידה.

ניתן היום, ב' אייר תשע"ח (17 אפריל 2018) בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.

משה טוינה,
שופט

סיגל דוידוב-מוטולה,
שופטת

אילן איטח,
סגן נשיאה, אב"ד

גברת אושיק פלר-גיל,
נציגת ציבור (מעסיקים)

גברת חיה שחר,
נציגת ציבור (עובדים)

