



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

ניתן ביום 26 מרץ 2018

לפני: הנשיא יגאל פליטמן, סגנית הנשיא ורדה וירט-ליבנה, השופטת לאה גליקסמן,

השופט אילן איטח, השופט רועי פוליאק

נציגת ציבור (עובדים) גב' מיכל בירון בן גרא, נציגת ציבור (מעסיקים) גב' יודפת הראל בוכריס

בעניין עב"ל 44405-10-15:

המערער

עומרי קיס

-

המשיבים

1. המוסד לביטוח לאומי

2. גלי הצוק בע"מ

בשם המערער – עו"ד ינון תמרי, על פי מינוי של הלשכה לסיוע משפטי

בשם המשיב 1 – עו"ד כרמית נאור ועו"ד אורנה רוזן אמיר

בשם המשיבה 2 – עו"ד אשר שור

ובעניין ע"ע 28480-02-16:

המעררת

ד.ע. יבוא וניהול מסעדות בע"מ

-

המשיב

יחיאל בודה



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

בשם המערערת – עו"ד יניב אופק ועו"ד חיה קפלן טובי
בשם המשיב 1 – עו"ד אורי אליאב ועו"ד מיכל שווד

מתייצבים בהליכים

1. הסתדרות העובדים החדשה – הסתדרות
הנוער העובד והלומד

2. איגוד המסעדות בישראל

3. היועץ המשפטי לממשלה

בשם ההסתדרות – עו"ד ארנה לין, עו"ד אסנת לונגמן, עו"ד יעל סטמטי
בשם איגוד המסעדות בישראל – עו"ד רני שוורץ
בשם היועץ המשפטי לממשלה – עו"ד יאנה סימקין

פסק דין

תפריט (או: תוכן העניינים)

הנשיא יגאל פליטמן

"וְהִדְרֹךְ עוֹדֶנָּה נִפְקַחַת לְאֶרֶץ"¹ – פתח דבר 5

*

"הָבָה אָבוֹא נָא בְּזֶה הַשַּׁעַר" – המסגרת הנורמטיבית 5

¹ כותרות פסק הדין הנתונות בין גרשיים לקוחות מתוך שירי נתן אלתרמן, המקובצים בספרים "ספר התיבה המזמרת" ו"פזמונים ושירי זמר", כרך שני. שני הספרים ראו אור בהוצאת הקיבוץ המאוחד.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

- 5 "הם נושאים צלחות ערוכות על טס" – פשר התשר
- 7 "ורעיונו כדרךנות ודבריו כפרשים" – דבר הפסיקה
- "משחקים עוד נערכה עולמות עוד נהפכה חפץ חפץ אין פמוד" – התשר בהקשר של
- 7 חוק חופשה שנתית – פרשת אלכורדי
- התשר בהקשר של חובת הרישום – מבחן הוולונטריות ומבחן אמצעי התשלום –
- 8 פרשות ספארי הודלינגס, אמיתי וליברמן
- "לספרים רק את החטא והשופטת" – התשר בהקשר של חוק שכר מינימום – מבחן
- 12 הרישום בספרים – פרשת מלכה
- "הם עינו בספרים מרבי פרקים, וכיום לא שום ספר ולא ערכים" – התשר בהקשר של
- 15 תשלום דמי הביטוח הלאומי – עניין רנסנס
- "כי את האמיצים אוהב הים" – התשר בהקשר של תשלום קצבת תלויים – פרשות
- 16 אסתר כהן
- 17 ב"ל אסתר כהן
- 17 עב"ל אסתר כהן
- 20 טיפים – מרגליות
- 20 בג"ץ אסתר כהן
- 24 "הוא חלום הפלאים שקבע הלכה" – דנג"ץ אסתר כהן
- *
- 31 הערעורים שלפנינו
- 32 "זה נכנס לי מפה ויוצא לי משם" – עב"ל 44405-10-15 – תיק קיס



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

32 רקע עובדתי וטענות הצדדים בבית הדין האזורי

34 פסק דינו של בית הדין האזורי

35 טענות מר קיס בערעור

35 טענות המוסד בערעור

36 טענות המסעדה בערעור

37 המשך הדיון בערעור

*

37.. "לי משפּכַת יְשָׁנָה... לא גְדוּלָה... לא גְדוּלָה" – ע"ע 28480-02-16 – תיק בודה

37 רקע עובדתי וטענות הצדדים בבית הדין האזורי

38 פסק דינו של בית הדין האזורי

41 טענות המערערת בערעור

43 טענות מר בודה בערעור

45 הבקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין והמשך הליך הערעור

*

45 עמדת היועץ המשפטי לממשלה

46 עמדת איגוד המסעדות

48 עמדת הסתדרות הנוע"ל

*

51 הדיון בערעורים



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

56 סיכום ביניים

*

56 "על סף הלב עומדים הרבה הרבה דברים" – דיון והכרעה

63 "רעיון מעגל... לא אכחיש" – סיווג התשר – בחינה מחודשת

63 "מצב המצב"

67 "יש לקום ולצאת לשמירה... זאת אמרו ונעשו" – שינוי מהלכות קודמות

69 "ככה זה מסדר ובנוי ומתאם" – פרטי ההסדר החדש

72 מועד כניסת ההסדר לתוקף

*

72 "פרט וכלל המה צמד כחזק" – מן הכלל אל הפרט

72 מן הכלל אל הפרט – תיק קיס

74 מן הכלל אל הפרט – תיק בודה

75 "עוד אין זה סוף. עוד יש ניש" – בטרם נעילה

76 "השיר לאתם, הוא רק מתחיל" – סוף דבר

* * *

הנשיא יגאל פליטמן

"נהדרך עוננה נפקחת לארץ" – פתח דבר

1. שני ההליכים שלפנינו מעוררים את שאלת מעמדו של התשר המשולם למלצרים. סוגיה זו, הכורכת בתוכה דיון במספר ענפי משפט ושאלות



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

מורכבות ובעלות השלכות רחבות-היקף, שבה ועלתה בהקשרים שונים בפסיקתו של בית דין זה והגיעה אף לפתחו של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, לרבות במסגרת דיון נוסף. נציין כבר עתה, בתמצית שבתמצית, כי במסגרת עב"ל 44405-10-15 קיס – המוסד לביטוח לאומי (להלן – תיק קיס) נדונה החלטת המוסד לביטוח לאומי (להלן – המוסד) שלא לכלול בחישוב דמי האבטלה ששולמו למערער את סכומי התשר שקיבל מלקוחות המסעדה שבה עבד. במסגרת ע"ע 28480-02-16 ד.ע יבוא וניהול מסעדות בע"מ – בודה (להלן – תיק בודה) נבחנת השאלה אם יש לכלול את כספי התשר ששולמו למשיב במזומן על ידי לקוחות המסעדה, כחלק משכר עבודתו, וזאת בקשר לחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987 (להלן – חוק שכר מינימום).

2. על אף ההקשר המשפטי השונה בכל אחד מההליכים שבכותרת, החלטנו ליתן פסק דין מאוחד בשניהם, לאור הבסיס הנורמטיבי הרחב המשותף להם הנוגע למעמדו של התשר. על מנת שתיאור כל אחד מההליכים, על פסק הדין שניתן בו וטענות הצדדים במסגרתו, יהיה נהיר, נפנה תחילה לפרישת המצע הנורמטיבי הרלוונטי לסוגיה המשותפת, הלא היא שאלת מעמדו של התשר. בטרם נתעמק בסוגיה שלפנינו נדגיש כי דיונונו זה עוסק במעמד התשר ככל שהוא נוגע לדיני הביטוח הלאומי ולמשפט העבודה בלבד, והוא אינו בא לקבוע הלכות בנושאים שאינם מצויים בגדרי סמכותו העניינית של בית הדין.

"הבה אבוא נא בזה השער" – המסגרת הנורמטיבית

"הם נושאים צלחות ערוכות על טס" – פשר התשר

3. במשפט הישראלי נזכרת המילה "תשר" באופן מפורש בשני דברי חקיקה בלבד: סעיף 12(א)(4) לכללי רשות שדות התעופה (שמירה על הסדר בשדות



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

תעופה), התשמ"ד-1984 (ק"ת 4624) מורה כי "לא יעשה אדם בשדה תעופה כל דבר אשר עלול לסכן את חייו, בטחונו, בריאותו, רכושו או נוחיותו של אדם, או להפריע לאדם או למנוע אותו מהשתמש בזכויותיו, וכן – ... לא ישלם, יעניק, יבקש, ידרוש או יקבל תשר בעד ביצוע שירותי סבלות או שירותים אחרים" (הדגשה הוספה – י.פ.); מעתה ואילך כל הדגשה הוספה אלא אם יצוין אחרת). הוראה זוהי, אם כי בהתייחס ל"מסוף" ולא ל"שדה תעופה", מצויה בסעיף 20(א)(4) לכללי רשות שדות התעופה (שמירה על הסדר במסופי המעבר היבשתיים), התשמ"ו-1985 (ק"ת 4888). אמנם המילה "תשר" מופיעה בכללים האמורים במפורש, אך אין בנמצא בהם – או בכל דבר חקיקה אחר במשפט הישראלי – הגדרה כלשהי למושג זה.

4. במאמרם "טיפים" (משפטים לח 107 (התשס"ח); להלן – **טיפים**), סוקרים המלומדים יורם מרגליות ושרון רבין-מרגליות (להלן יחד – **מרגליות**) את התפתחות מוסד התשר מבחינה היסטורית ופסיכולוגית, כזאת:

"מתן תשר במתכונת דומה לזו המוכרת לנו כיום החל במאה ה-16 באנגליה, בבתי עסק ציבוריים ובבתים פרטיים במקביל. בתקופה זו החלו להציב בבתי קפה ובמסבאות גביעי נחושת שעליהם נחרטו המילים To Insure Promptitude, ובקיצור T.I.P. לקוחות שפקדו את בתי הקפה שלשלו את התשר מראש לגביע, לנגד עיני המלצר... כדי לקבל שירות מועדף... בבתים פרטיים התפתחה נורמה חברתית שאורחיהם של בעלי הבית נתנו תשר עם תום הביקור, וזאת עבור שירות שניתן שלא במסגרת תפקידיהם הרגילים של המשרתים... עם חלוף השנים נהפך מתן התשר לנורמה מחייבת גם במצבים שבהם לא ניתן שירות מיוחד לאורח" (בעמ' 114).

בשלהי המאה ה-18, ממשיכים המחברים, כבר נוצרה אצל כל המשרתים שבאו במגע ישיר עם אורחים שבאו ללון או לסעוד ציפייה לקבל תשר, ובמצב זה התשר לא היווה עוד תמריץ למתן שירות טוב יותר, אלא "נתפס בעיני אורחים כתשלום עבור האירוח" (טיפים, בעמ' 114). בתחילת המאה ה-20 עדיין היה



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

מקובל לשלם תשר בבתים פרטיים באנגליה. מוסד התשר התפשט ברחבי אירופה במאות ה-17 וה-18 ולארצות הברית הגיע רק בשלהי המאה ה-19, אך "ברבות השנים נחלש הנוהג באירופה והתחזק בארצות-הברית" (טיפים, בעמ' 115).

5. מוסד התשר מוכר גם במציאות הישראלית כתופעה הרווחת ביותר מ-30 מקצועות, ובהם מתדלקים בתחנות דלק, נהגי מוניות, ספָּרִים וגם מלצרים (טיפים, בעמ' 107 וההפניות שם). אף שמדובר בתופעה רווחת ביותר, וחרף קריאות חוזרות ונשנות למחוקק לפעול להסדרתה, הן מצד הערכאות השונות שעסקו בנושא והן מצד ועדה בראשות פרופ' אברהם פרידמן שמונתה בחודש אפריל 1995 על ידי שרת העבודה והרווחה דאז, גב' אורה נמיר ז"ל, "לבדיקת נושא תנאי העבודה של מלצרים/יות בבתי קפה ובמסעדות ואת מעמדו של התשר כשכר עבודה" (להלן – **ועדת פרידמן**) – עד כה טרם הוסדר מעמד התשר בחקיקה, לא ראשית ולא משנית (לבד מהכללים הנזכרים בסעיף 2 דלעיל). בנסיבות אלה, הוסדר מעמדו של התשר במשפט הישראלי באופן חלקי בלבד, באמצעות הפסיקה, כפי שנביאה בעיקריה להלן, בסדר כרונולוגי עולה.

"ורעיוֹנוֹ פְּדֻרְבָּנוֹת וְדִבְרֵיוֹ כְּפָרְשִׁים" – דבר הפסיקה

"משחקים עוד נערכה, עולמות עוד נהפכה, חפֶּשׁ חֶפֶשׁ אֵין כְּמוֹךְ" – התשר בהקשר

של חוק חופשה שנתית – פרשת אלכורדי

6. פסק הדין המוקדם ביותר שאותו אנו מבקשים להזכיר בהקשר שלפנינו ניתן בפרשת **אלכורדי** (דב"ע (ארצי) לא/2-3 **אלשוּיש** – **אלכורדי**, פד"ע ג 3) (1971)). בפרשה זו נדון עניינו של טבח שהגיש תביעה לתשלום זכויות שונות



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

בגין עבודתו משך כ-20 שנה במסעדה, ובכלל זה זכויות מכוח חוק חופשה שנתית, התשי"א-1951 (להלן – חוק חופשה שנתית). הטבח קיבל מדי יום 14 ל"י ממעסיקו. בנוסף קיבל מדי יום 2 ל"י מ"קופת הטיפים" ששילמו לקוחות המסעדה למלצרים. בית הדין האזורי קיבל את תביעת הטבח בחלקה. בין היתר פסק לו סכום מסוים כפדיון חופשה, על בסיס שכר יומי של 16 ל"י. במסגרת ערעורו טען המעסיק, בין היתר, כי לא היה מקום לכלול את דמי השירות בשכרו הרגיל של הטבח לצורך חישוב פדיון החופשה. בית הדין הארצי קיבל טענה זו, בקבעו כך:

"דמי השירות שהופרשו לזכות המשיב על-ידי המלצרים, אינם מהווים חלק משכר העבודה לענין דמי חופשה. בסעיף 10 לחוק חופשה שנתית המגדיר דמי חופשה, 'שכר עבודה' משמעו 'כל תמורה, בכסף או בשווה כסף, המשתלמת לעובד על-ידי המעביד... בעד שעות העבודה הרגילות'. דמי השירות, שהמלצרים התחלקו בהם עם המשיב, לא שולמו על-ידי המעביד, כי אם על-ידי המלצרים, מתוך הכספים שגבו מהלקוחות, ואין זה מעלה או מוריד שבכך הם מילאו אחרי מצוות המעביד. יתר על כן, התשלום של 2 ל"י ליום לא נעשה כתמורה בעד 'שעות העבודה הרגילות' של המשיב, אלא כמענק עקב זאת שהחל מתאריך פלוני הוגבלה עבודתו של המשיב למטבח בלבד, ולא יכול היה אף הוא לקבל דמי שירות מהלקוחות. על כן, השכר הרגיל לחישוב דמי החופשה הוא 14 ל"י ליום, ולא 16 ל"י כפי שפסק בית-הדין האזורי".

7. קביעה זו של בית הדין הארצי אושרה על ידי בית המשפט העליון בשבתו

כבג"ץ, מפי השופט ברנזון, כזאת:

"ברי לי, כי תשלום אחרון זה [הכוונה היא לדמי התשר – י.פ.] איננו בגדר 'שכר עבודה', כמשמעותו בחוק חופשה שנתית, ובדין הורה בית-הדין הארצי שלא לכלול אותו בחישוב דמי החופשה. 'שכר עבודה', לפי ההגדרה שבסעיף 10 לחוק חופשה שנתית, פירושו - התמורה המשתלמת על-ידי המעביד בעד שעות העבודה הרגילות. חלקו של העותר בדמי השירות, אם כי הוא זכה בו בקשר לעבודתו ובהשתדלותו של המשיב אצל המלצרים כשהעותר עבר מעבודת מלצרות לעבודת טבחנות, הוא לא בא מכספו של המעביד ולא היה



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

תחליף לשכר עבודה. תשלום כזה, הבא ממקור זר, איננו בגדר שכר עבודה, אלא אם נעשה הסכם בענין זה בין העובד והמעביד שהוא ייחשב כחלק משכר עבודה או יבוא במקומו" (בג"ץ 403/71 אלכורדי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד כו(2) 66 (1972); להלן – עניין אלכורדי).

התשר בהקשר של חובת הרישום – מבחן הוולונטריות ומבחן אמצעי התשלום –

פרשות ספארי הולדינגס, אמיתי וליברמן

8. פסק דין מרכזי ביותר שנקבעו בו יסודות העומדים על מכונם, בעיקרו של דבר, גם כיום, ניתן לפני קרוב ל-30 שנה בעניין **ספארי הולדינגס** (ע"א 476/87 **ספארי הולדינגס בע"מ נ' פקיד שומה תל-אביב 1**, פ"ד מד(4) 780 (1990); להלן – **עניין ספארי הולדינגס**). באותו עניין ערך פקיד השומה ביקורת במסעדה המנוהלת על ידי המעוררת שם (להלן – **אירוע הביקורת**). אחד מחברי הביקורת סעד במקום, שילם סכום מסוים על הארוחה וסכום מסוים כתשר. הסכום עבור הארוחה נרשם בקופת המסעדה ואילו הסכום ששולם כתשר לא נרשם בה. בשל אי רישום זה החליט פקיד השומה לפסול את ספרי המעוררת, על פי הסמכות הנתונה לו בסעיף 145ב(א)(1) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן – **פקודת מס הכנסה או הפקודה**).

9. בית המשפט העליון ציין תחילה כי בהתאם להגדרת המונח "תקבול" שבהוראות מס הכנסה (ניהול פנקסי חשבונות), התשל"ג-1973 (להלן – **הוראות ניהול פנקסים**), שרק לגביו קיימת חובת רישום, חלה חובה זו על סכומים המתקבלים על-ידי הנישום במהלך עסקו. בהמשך קבע כי "מקובלת ההבחנה בין דמי שירות המהווים חלק מן המחר שהסועד נדרש לשלם, שאז הסכום הכולל מהווה הכנסה בידי בעל המסעדה, לבין דמי שירות הניתנים מתוך רצונו הטוב של הסועד, שלא על-פי דרישה, שאז נהוג לראותם כהכנסה



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

בידי המלצר" (בעמ' 783 לפסק הדין; הדגשה במקור – י.פ.). כלומר, אם התשר משולם למלצר באופן וולונטרי ישירות על ידי הלקוח, אזי אין מדובר בהכנסה של המסעדה אלא של המלצר בלבד, והמסעדה אינה חייבת ברישומה. לעומת זאת, אם הלקוח נדרש לשלם דמי שירות, אם הוא משלם את סכום הארוחה והתשר באמצעי תשלום אחד, הרי שמדובר בתקבול של המסעדה והיא חייבת ברישומה. ובלשון פסק הדין:

"סכומי התשר, אשר משתלמים באמצעי תשלום אחד יחד עם הארוחה, מתקבלים על-ידי בעל המסעדה, והוא מוסר לאחר מכן למלצר את חלקו. כאשר ניתן להפריד בין אמצעי התשלום עבור הארוחה לבין סכום התשר..., כי אז בעל המסעדה אינו מקבל את התשר עבור המלצר, אלא כל אחד מהם מקבל במישרין תקבול נפרד. לעומת זאת, כאשר אמצעי התשלום הוא אחד, וכלולים בו שני תשלומים, כי אז מקבל בעל המסעדה את שניהם והמלצר נושא בו בסכום התשר. זאת באשר ליסוד התקבלות התשלום. אשר לדרישה, כי הסכום יתקבל במהלך העסק, זו, כמובן, מתקיימת, שכן מדובר בתשלום אשר חוזר על עצמו ומהווה, למעשה, חלק משיטת ההפעלה של המסעדה".

10. אם כן, שני המבחנים שנקבעו בעניין ספארי הולדינגס, בהקשר של דיני המס, כדרך לקבוע אם קמה חובה לרשום את התשר בקופת המסעדה אם לאו, הם "מבחן הוולונטריות" ו"מבחן אמצעי התשלום". יישום מבחנים אלו על אירוע הביקורת, כך נקבע בפסק הדין, מעלה כי לא קמה בעקבותיו חובת רישום של המסעדה, משום שדמי התשר באותו עניין שולמו ישירות למלצר, באופן וולונטרי, בנפרד מהתשלום עבור הארוחה ומבלי שהגיעו לקופת המערכת. להשלמת התמונה יצוין כי בסופו של יום אישר בית המשפט העליון את פסילת הספרים, משום שהתגלה שהמערכת שם לא רשמה בקופתה תקבולים אחרים, שאותם (בניגוד לתקבולים שעמדו במוקד אירוע הביקורת) היה עליה לרשום.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

11. בפסק דין משנת 1993 שעסק במקרה דומה, "אשרר" בית המשפט העליון הן את "מבחן הוולונטריות" והן את "מבחן אמצעי התשלום" (ע"א 497/89 **אמיתי נ' פקיד שומה תל-אביב 1**, פ"ד מז(5) 384) (1993); להלן – **עניין אמיתי**), הגם שיישומם בנסיבות העניין הוביל לתוצאה הפוכה מזו שעלתה בעניין **ספארי הולדינגס**. שכן בעניין **אמיתי** נקבע כי השיקים שנמצאו בקופת המסעדה ולא תאמו את סרט הקופה, כללו הן את התשלום עבור הארוחה והן את דמי התשר ועל כן **"היוו אמצעי תשלום אחד"**. מכאן שהיה על המערער **"לרושם כמות שהם, ולא הותר לו לרושם אך בסכום ה'נטו' שבהם"**, ללא כספי התשר.
12. הלכת **ספארי הולדינגס** "אושרה" גם בחלוף כעשור, בפסק הדין בעניין **ליברמן** (ע"א 9229/99 **פקיד שומה תל-אביב 1 נ' ליברמן**, פ"ד נט(1) 509) (2004); להלן – **פרשת ליברמן**), בעיקר בנוגע ל"מבחן הוולונטריות", שהוא **"אבן הבוחן המרכזית"** שהוצבה בפסיקה **"לקביעה אם דמי השירות הם תקבול בידי בעל העסק"** (בעמ' 515 לפסק הדין). בנסיבות אותו עניין, החשבון שנמסר ללקוחות (שערכו ביקורת מטעם פקיד השומה) כלל 90 ש"ח עבור הארוחה ועוד 9 ש"ח (10%) כדמי שירות. **"הסכום הכולל לתשלום – 99 ש"ח – צוין בסוף החשבון והוקף בעיגול"**. הלקוחות שילמו 99 ש"ח במזומן ורק 90 ש"ח מתוכם נרשמו בקופת המסעדה. התשר בסך 9 ש"ח הועבר ל"דלי" (קופת טיפים) ולא נרשם כלל. על כן החליט פקיד השומה לפסול את ספרי המסעדה. בית המשפט העליון קבע כי בדין נפסלו הספרים. לפני שפנה להכרעתו, הדגיש כי שאלת חובת הרישום אינה נוגעת לעצם החבות במס בגין קבלת התשר או לשיעור ההכנסה החייבת במס, וכי את דמי התשר יש לרשום בכל מקרה, אם לא כתקבול בספרי המסעדה, אזי ב"יומן שירות",



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

שחייב בעל מסעדה (או כל עסק המעסיק מלצרים) לנהל, לפי סעיף 3(8) לתוספת י"א להוראות ניהול פנקסים (להלן – יומן שירות). יצוין כי ביומן השירות יש לרשום מדי יום את שמות המלצרים המועסקים באותו יום, מענם ומספר זהותם וכן את סכום הפדיון היומי שלהם או מספר שעות העבודה. בעל מסעדה פטור מרישום כאמור "אם הודיע בעל המסעדה לקהל לקוחותיו, באמצעות מודעות, בחשבונות, במחירונים וכיוצא באלה, כי דמי השירות כלולים במחירים" (סעיף 3(8)(ב) לתוספת האמורה). עוד יצוין כי החובה לעניין יומן השירות הוכנסה להוראות הללו בתיקון משנת 1989, כך שלא עמדה על הפרק במועדים הרלוונטיים לפרשות ספארי הולדינגס ואמיתי.

בנסיבות עניין ליברמן, כך פסק בית המשפט העליון, שולם התשר שלא באופן וולונטרי, אלא בעקבות דרישת תשלום שהוצגה ללקוחות, ועל כן, בהתאם לעקרונות שהותוו בפרשות ספארי הולדינגס ואמיתי, יש לראותו כתקבול של המסעדה המחויב ברישום. נקבע כי "הבנתו הסובייקטיבית של הלקוח בשאלה אם עליו לשלם דמי שירות היא המכרעת בבחינת אופיים של דמי השירות כפרי של רצון חופשי" (בעמ' 516 לפסק הדין), וכי אם היו הלקוחות משלמים כתשר סכום נוסף על זה שנכתב בחשבון, הוא היה עשוי להיחשב תשלום וולונטרי שאינו חב ברישום.

13. לצד מתן תוקף מחודש להלכת ספארי הולדינגס, ניתן לקרוא הן בעניין אמיתי והן בעניין ליברמן, אם כי באמרת אגב, הרהורים מסוימים לגבי מבחן אמצעי התשלום. כך, השופט מ' חשין ז"ל מדגים בעניין אמיתי את הקשיים שמעורר מבחן זה:

"נדע עם זאת, שהקושיות לא נתיישבו כולן. נניח, למשל, שמחיר הסעודה הוא 90 ש"ח והלקוח מבקש לתשור למלצר 10 ש"ח. נוסיף עתה ונניח שהלקוח כותב שיק 'לעצמי' (או לפקודת בעל העסק) על סך 100 ש"ח; מבקש הוא לקבל - ומקבל - תמורתו 100 ש"ח במזומן (דהיינו: הלקוח 'פורט' שיק על סך 100 ש"ח); ומאלה מפריש הוא לבעל



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

העסק 90 ש"ח, ולמלצר - במישרין - 10 ש"ח. פעילות זו אפשר שתהיה כך או בדרך 'מקוצרת' כלשהי. ניתן לטעון במערכת עובדות מעין זו, כי השיק על סך 100 ש"ח אינו 'תקבול' בידי בעל העסק, ובדוגמה זו שהבאנו אפוא לא ייאלץ בעל העסק לרשום כ'תקבול' אלא 90 ש"ח בלבד. ומה בין מקרה זה לבין מקרים אחרים שדיברנו בהם? אכן, דומה כי הקושיות לא נתיישבו כולן" (בעמ' 392 לפסק הדין).

כן ראו דברי השופט א' ריבלין בעניין ליברמן:

"אין להבין את פסק-הדין בעניין ספארי הולדינגס... כמציב מבחן צורני נוקשה שעניינו אמצעי התשלום והדרך שבה נתקבלו דמי השירות. הניסיון להחיל מבחן שכזה על כל מערכת עובדתית נתונה מעלה קשיים רבים... כך, איננו סבורים כי במקרה שבפנינו די בעובדה שדמי השירות נשמרו ב'דלי' נפרד מהקופה שבה נשמרו יתר הכספים שנתקבלו מהלקוחות כדי לשנות ממהותם של דמי השירות כתקבול של בעל המסעדה. אין להסתכל ב'דלי' אלא במה שיש בתוכו." (בעמ' 517 לפסק הדין).

הנשיא א' ברק הצטרף לעמדתו של השופט ריבלין, ואילו השופטת (כתוארה אז) א' חיות הדגישה שפרשת ספארי הולדינגס העמידה, לשם סיווג דמי תשר בתקבול, הן את מבחן הוולונטריות והן את מבחן אמצעי התשלום. עם זאת ציינה כי היא שותפה "לדעה כי הבחנה על-פי קריטריונים ממין אלה מעוררת קושי ויוצרת אי-ודאות" אך הותירה את השאלה בצריך עיון משלא נדרשה להכרעה שם.

14. נקדים ונציין כי הלכת ספארי הולדינגס עמדה לבחינה מחודשת אף במסגרת דנג"ץ כהן, שיפורט בהמשך, וכי בדעת רוב הוחלט להותירה על כנה.

"לספרים רק את החטא והשופטת" – התשר בהקשר של חוק שכר מינימום –

מבחן הרישום בספרים – פרשת מלכה



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

15. בעוד שבפסקי הדין שניתנו בפרשות ספארי הולדינגס, אמיתי וליברמן, נבחנה שאלת התשר בהקשר של דיני המס ושאלת רישום התשר כ"תקבול" בקופת המסעדה, הרי שבפרשת מלכה (ע"ע (ארצי) 300113/98 ד.ג.מ.ב. אילת מסעדות בע"מ – מלכה, פד"ע 769 (2005); להלן – עניין מלכה) שנדונה והוכרעה בבית דין זה, נבחן מעמדו של התשר בהקשר של חובת המעסיק לשלם שכר מינימום, לפי חוק שכר מינימום. באותו עניין הגישה גב' ענבל מלכה תביעה נגד מעסיקיה במסעדה שבה עבדה כמלצרית. התמורה היחידה שקיבלה עבור עבודתה הייתה כספי התשר ששולמו לה ישירות על ידי הלקוחות. מעסיקיה התחייבו שאם לא תגיע באופן זה לשכר המינימום היומי, הם ישלימו את שכרה בהתאם מקופתם, בסוף החודש. בתביעתה עתרה גב' מלכה לתשלום שכר המינימום עבור תקופת העסקתה במסעדה, בטענה שאין לכלול את כספי התשר בחישוב השכר ששולם לה. גב' מלכה נסמכה על סעיף 2(א) לחוק שכר מינימום, הקובע כי "עובד שמלאו לו 18 שנים... המועסק במשרה מלאה, כנהוג במקום עבודתו, זכאי לקבל ממעסיקו שכר עבודה שלא יפחת משכר המינימום...", והוסיפה כי סכומי התשר התקבלו מלקוחות המסעדה ולא מהמעסיק ולפיכך אין לראותם כשכר לעניין חוק שכר מינימום. המעסיקה מצדה הפנתה להגדרה שבסעיף 1 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958 (להלן – חוק הגנת השכר), שלפיה "שכר עבודה" – לרבות תשלומים בעד חגים, פריון עבודה ושעות נוספות ותשלומים אחרים המגיעים לעובד עקב עבודתו ובמשך עבודתו", וטענה כי לפי הגדרה זו יש לראות את התשר כ"שכר". בית הדין האזורי קיבל את עמדת גב' מלכה וחייב את המסעדה לשלם לה שכר מינימום בגין כל תקופת עבודתה במסעדה, מעבר לסכומי התשר שקיבלה.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

16. המעסיקה ערערה על פסק דינו של בית הדין האזורי. במסגרת הליך הערעור התייצב היועץ המשפטי לממשלה (להלן – היועמ"ש), ואף הסתדרות העובדים הכללית החדשה פרשה טענותיה. יצוין כי במהלך הדיון המליץ בית הדין לנציגי ההסתדרות ולנציגי המעסיקים בענף "לנסות ולפתור את סוגיית מעמדו של התשר באמצעות משא ומתן קיבוצי, אותו ילוו לשכת התאום של הארגונים הכלכליים והיועץ המשפטי לממשלה", אולם "הדבר לא הסתייע" ובית הדין נדרש לפסוק.

17. בפסק דין רחב יריעה סקר בית דין זה, מפי הנשיא (בדימוס) ס' אדלר, את סעיפי החוק הרלוונטיים לעניין שכר מינימום, בחן את תכלית החקיקה ואת פסיקת בתי הדין האזוריים בשאלת מעמדו של התשר לעניין חוק שכר מינימום, והזכיר פסקי דין שניתנו בנושא התשר בכמה ממדינות העולם. לאחר כל אלה פסק כי תשר ששולם ישירות למלצר מבלי שעבר דרך קופת המסעדה, אינו מהווה שכר, ואילו תשר ששולם באמצעות פנקסי המעסיק מהווה שכר. וכך נקבע:

"תשר שנמסר ישירות למלצר שהוא עובר דרך קופת המעסיקה, אינו יכול לבוא בגדר 'שכר עבודה'. מדובר בתשלום שניתן על-ידי לקוח ולא על-ידי מעסיק; מדובר בשיטה שעל-פיה לא ניתן לפקח על תשלום שכר מינימום והמשחררת את המעסיקה מאחריותה לתשלום שכר מינימום; מדובר בשיטה המזמינה ניצול של המלצרים ולעתים היעדר תום-לב של המעסיקים; מדובר בשיטה המזמינה אי-תשלום דמי ביטוח לאומי ופוגעת בגביית מס; מדובר בשיטה המטעה את הלקוחות הסוברים לתומם, כי ייעודו של הכסף שהותירו למלצר הוא תשר ולא סיוע למסעדה בתשלום שכרו.

לעומת זאת, ככל שהתשר עובר דרך קופת המעסיקה הוא ייחשב כשכר לצורך חוק שכר מינימום. נוסף, כי הדבר נכון גם כאשר התשר עובד דרך קופת המעסיקה באמצעות 'קופת טיפים', כל עוד הסכומים נרשמים בספרי המעסיקה. המלצר יודע מהו הסכום שהתקבל כתשר ואם הוא זכאי להשלמת הסכום כדי שכר המינימום. בדרך זו המעסיקה פועלת בשקיפות מלאה בכל הנוגע לתשלום השכר, רישום התשרים ורישום הכנסות העסק. על-פי שיטה זו שני הצדדים יודעים ובטוחים כי שכרו



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

של המלצר לא ייפול משכר המינימום והם אף רשאים להסכים ביניהם כי אם סך התשרים עולים על שכר המינימום יוותר הסכום העודף בחזקת המלצר. " (בעמ' 794 – 795 לפסק הדין).

בהתאם לקביעות עקרוניות אלה, המכונות "מבחן הרישום בספרים", נפסק כי כספי התשר שקיבלה גב' מלכה אינם מהווים שכר לעניין חוק שכר מינימום משום ששולמו לידיה ישירות, מבלי שעברו דרך קופת המסעדה ומבלי שלמעסיקה היתה שליטה על קבלתם. לפיכך, כך נקבע, בדין חייב בית הדין האזורי את המעסיקה לשלם לגב' מלכה שכר עבודה בגין כל תקופת עבודתה בשירותה.

18. את קביעותיו ביסס בית הדין, בעיקרו של דבר, על שני אלה: א. כוונת הלקוח: לקוח המשלם תשר לקופת המסעדה מבין שהוא ישולם בהמשך למלצר כשכר מהמסעדה, ואילו לקוח המשלם תשר ישירות למלצר מניח שהוא יבוא בנוסף לשכר עבודה מהמסעדה. ב. פרשנות חוק שכר מינימום: סעיפים 2(א) ו-3(א) לחוק זה מתייחסים לשכר המשולם על ידי המעסיק, ועל כן אין לכלול בגדר שכר סכומים המשולמים על ידי מי שאינו המעסיק. כמו כן הפנה בית הדין לפסקי הדין בעניין **אלכורדי**, העוסק, נזכיר, במעמדו של התשר בהקשר של חוק חופשה שנתית, אשר גם בו ההתייחסות לשכר היא כאל תשלום מאת המעסיק.

19. נוסף על קביעותיו של הנשיא אדלר, התקבלו במסגרת פסק הדין בעניין **מלכה**, ברוב דעות, הערותיו הבאות של השופט ש' צור:

"מעסיק חייב בתשלום שכר והוא אינו יכול להשתחרר מחובתו זו על-ידי הסתמכות על תשלום של תשר המשולם לעובד על-ידי אחר... עם זאת, לדעתי, אין לשלול אפשרות שתשלום תשר יובא בחשבון לצורך תשלום שכר אם יתקיימו מספר תנאים הכרחיים מצטברים ואלו הם:

(א) בין הצדדים קיים הסכם אישי או שחל עליהם הסכם קיבוצי הקובע, במפורש, שניתן להביא בחשבון השכר גם תשלומי תשר המשולמים לעובד.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

(ב) הסכם העבודה או ההסכם הקיבוצי כולל הסדר מפורט ומסודר בדבר דרכי הטיפול בהכנסות מתשר, כגון – שקיפות ותיעוד של התשלומים, קיומה של קופה וחשבוניות של ההכנסות, דרכי חלוקת הסכומים שהתקבלו, מועדי החלוקה ועוד.

(ג) השכר משני המקורות (השכר הרגיל ותשלומי התשר) לא ייפול משכר המינימום הקבוע בחוק.

(ד) זכויותיו הסוציאליות של העובד מבוססות על ההכנסה משני המקורות והן מובטחות לאשורן.

(ה) הבטחת תשלומי המס המלאים המתחייבים משכרו של העובד.

בעיניי, רק הסדר מפורט העונה על דרישות אלה – בבחינת הסדר שקוף 'על השולחן' – יכול להביא להכרה (מלאה או חלקית) בתשלומי תשר כשכר עבודה" (שם, בעמ' 798).

לפני חתימת פרק זה, נזכיר כי "מבחן הרישום בספרים" הוצע לכתחילה על ידי ועדת פרידמן, במילים אלה:

"[מומלץ] לא לראות בתשר המשולם ישירות לעובד ולא נכלל בפדיון העסק או בתקבוליו כדין שכר עבודה ויש להבטיח זאת בחקיקה. לעומת זאת תשר המשולם ישירות לעובד ונכלל בפדיון העסק או בתקבוליו דינו כשכר עבודה" (עמ' 7 לדו"ח הוועדה).

"הם עיניו בספרים מרבי פרכים, וכיום לא שום ספר ולא ערכים" – התשר בהקשר של תשלום דמי הביטוח הלאומי – עניין רנסנס

20. כחודשיים לאחר שניתן פסק הדין בעניין מלכה, חזר בית הדין הארצי על קביעותיו העיקריות במסגרת פסק הדין בעניין רנסנס (עב"ל (ארצי) 1349/01 מלון רנסנס – המוסד לביטוח לאומי (14.8.2005); להלן – עניין רנסנס), תוך שהוא שב ומאמץ את "מבחן הרישום בספרים". בעניין זה במוקד הדיון עמד תשר ששולם לעובדי בית מלון על ידי אורחי המלון, לאחר שנרשם בספרי המלון ונוכה ממנו מס במקור. המלון לא שילם בגין סכומי התשר דמי ביטוח ולא כלל אותם בדוחות שהגיש למוסד לביטוח לאומי (להלן – המוסד). לאור



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

זאת, המוסד חייב את המלון לשלם דמי ביטוח לאומי בגין סכומים שהתקבלו כתשר.

21. בית הדין האזורי, ובעקבותיו בית דין זה, צידדו בעמדת המוסד, בהסתמך על הנפסק בעניין **מלכה**. תחילה נקבע כי לפי חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן – **חוק הביטוח הלאומי**), הבסיס לחישוב דמי הביטוח הוא הכנסתו החודשית של העובד, המוגדרת, בסעיף 344(א) לחוק זה, כהכנסתו "**מהמקורות המפורטים בסעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה**". סעיף 2(2) זה, שעוד ידובר בו במסגרת הדיון בפרשות **אסתר כהן**, קובע כי מס הכנסה ישולם, בין היתר, על הכנסה מ"**השתכרות או ריווח מעבודה**"; **כל טובת הנאה או קצובה שניתנו לעובד ממעבידו; ... והכל – בין שניתנו בכסף ובין בשווה כסף, בין שניתנו לעובד במישרין או בעקיפין או שניתנו לאחר לטובתו**". בית הדין הארצי החיל על נסיבות העניין את "מבחן רישום הספרים" שנקבע בעניין **מלכה**, והוסיף שבנסיבות העניין, משהתשר נרשם בספרי המלון והמלון הוא ששילמו לעובדים, על פי סידור קבוע שהיה מוסכם על הצדדים, יש לראותו כהכנסת עבודה ולשלם בגינו דמי ביטוח. בית הדין ציין כי "**בפסק דין מלכה פורטו אומנם התנאים שבהתקיימם יוכר תשר כשכר עבודה לצורך חוק שכר מינימום, אולם הדברים שנכתבו שם אף יפים לענייננו**".

עוד נקבע כי המסקנה האמורה עולה בקנה אחד עם תכלית חוק הביטוח הלאומי ועקרונותיו, שלפיהם יש חשיבות לקביעת ההכנסה האמיתית של המבוטח, שכן היא מהווה בסיס לא רק לגביית דמי הביטוח, אלא גם לתשלום גמלאות שהן יחסיות להכנסה או תחליף לה (להלן – **גמלאות מחליפות הכנסה**).

בהקשר זה הובא הציטוט הבא מפסק הדין בעניין **בשירי**:

"התשלום והחלוקה קשורים קשר בל ינתק זה בזה, כצבת בצבת עשויה למילוי תכליתו הסוציאלית של החוק. באין תשלום דמי ביטוח על פי



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

ההכנסה האמיתית לא תיתכן חלוקה נאותה של הגימלאות על פי קריטריוני החוק ותסוכל תכליתו" (עב"ל (ארצי) 316/03 בשירי – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע מ (2005) 145 (2004)).

השלים בית הדין וקבע כי בנסיבות העניין, אי תשלום דמי הביטוח עבור התשר יסכל את תכלית חוק הביטוח הלאומי, ועל כן יש לראותו, אם עבר בקופת המלון, כהכנסת עבודה, לעניין תשלום דמי הביטוח.

"כפי את האמיצים אוהב הים" – התשר בהקשר של תשלום קצבת תלויים – פרשות

אסתר כהן

22. מעמדו של התשר שב ועלה, והפעם בנסיבות מצערות במיוחד. מר עוזי כהן ז"ל, בעלה המנוח של גב' אסתר כהן (להלן בהתאמה – **המנוח ו-גב' כהן**), קיפח את חייו בטביעה בים, בשעה שניסה להציל נערים שנקלעו למצוקה. פעולתו זו הוכרה כפעולת התנדבות להצלת חיי הזולת, כמשמעה בסעיף 287 (5) לפרק י"ג לחוק הביטוח הלאומי, זיכתה את גב' כהן, בבחירתה (בהתאם לסעיף 320(ג)(2) לחוק זה), בקצבת תלויים (להלן גם – **הקצבה**) והולידה שרשרת של התדיינויות משפטיות מורכבות ומושכות שראשיתן בשנת 2002 בבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב-יפו וסופן בשנת 2013 בבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, במסגרת דיון נוסף. על מה ולמה? עובר למותו עבד המנוח כמלצר במסעדה ועל פי תלושי השכר שהונפקו לו, השתכר שכר מינימום. בשלושת החודשים שלפני מותו הסתכם שכרו ב-8,046 ש"ח ועל יסוד סכום זה חושבה קצבת התלויים של גב' כהן. גב' כהן ביקשה שהמוסד יחשב את קצבתה בהתבסס על שכרו האמיתי של המנוח, כולל כספי התשר שקיבל, שעמד, לטענת גב' כהן, על סך של 10,000 ש"ח בחודש.

ב"ל אסתר כהן



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

23. בית הדין האזורי קבע כי הוכח ששכרו האמיתי של המנוח עמד על סך של 10,000 ש"ח בחודש ופסק כי על המוסד לחשב את קצבת התלויים של גב' כהן בהתבסס על שכר זה (השופטת ו' סאמט ונציג הציבור מר ד' רנדל; ב"ל 1076/02 כהן – המוסד לביטוח לאומי). קביעה זו נומקה בכך שאין לזקוף לחובת התלויים במנוח את "עונו" של האחרון, שלא דיווח על הכנסותיו מכספי תשר ולא שילם בגינם דמי ביטוח. שיקול נוסף שציין בית הדין האזורי הוא שגמלה המשולמת מכוח פרק י"ג לחוק הביטוח הלאומי, שכותרתו "תגמולים למתנדבים", היא "גימלה לא גבייתית", היינו גמלה המשולמת מאוצר המדינה באמצעות המוסד, וללא קשר לתשלום דמי ביטוח. כפועל יוצא נדחתה תביעת המוסד לחייב את המסעדה, כצד ג', במלוא הפרשי הגמלאות, וזאת נוכח הקביעה שלפיה כספי התשר לא עברו תחת ידה, ומאחר שהחובה לשלם בגינם מס הכנסה ודמי ביטוח היתה של המנוח.

עב"ל אסתר כהן

24. המוסד הגיש ערעור על פסק הדין (עב"ל (ארצי) 1571/04 המוסד לביטוח לאומי – כהן (8.11.2005); להלן – עב"ל כהן). נטען שלפי חוק הביטוח הלאומי, ההכנסה העומדת בבסיס חישובה של קצבת התלויים, היא ההכנסה ששימשה יסוד לחישוב דמי הביטוח, שבנסיבות המקרה עמדה על שכר המינימום שעליו דיווח המעסיק. לחלופין הציע המוסד קונסטרוקציה של "כפל מעמד", שלפיה לעניין שכר המינימום ששילם המעסיק למנוח, ייחשב האחרון כ"עובד" ואילו לעניין כספי התשר הוא ייחשב כ"עצמאי". לפי סעיף 77 לחוק הביטוח הלאומי, על מנת לקבל גמלה כ"עצמאי", יש להירשם ככזה, ובהעדר רישום כאמור, כפי שהיה בעניינו של המנוח, הוא אינו זכאי לגמלה,



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

ואף אין מקום להפעיל בנסיבות אלה את סעיף 366 לחוק הביטוח הלאומי, שעניינו הפחתה או שלילה של גמלה בגין פיגור בתשלום דמי הביטוח.

25. בית דין זה, מפי הנשיא (בדימוס) ס' אדלר, קיבל את ערעור המוסד וקבע כי בנסיבות המקרה אין לכלול את כספי התשר בגדר ההכנסה המשמשת יסוד לחישוב קצבת התלויים, משום שכספי התשר שולמו למנוח ישירות ולא עברו בספרי המסעדה. לפיכך הם אינם בגדר "שכר עבודה" ולא יכולים להוות בסיס לקצבה. בית הדין בחן את הוראות החוק הרלוונטיות: סעיף 289 לחוק הביטוח הלאומי, המחיל על מתנדב שנפגע או על התלויים בו את ההוראות פרק ה' לחוק, העוסק בביטוח נפגעי עבודה; סעיף 290 לחוק הקובע כי את הגמלה יש לחשב "לפי ההכנסה המשמשת בסיס לחישוב הגמלה לפי פרק ה'..."; וסעיף 288 לחוק המגדיר "שכר" לצורך פרק י"ג כ"שכר בעד עבודה שממנו מגיעים דמי ביטוח". לאור אלה, השלים בית הדין, חושב בסיס הקצבה על פי האמור בתלושי השכר של המנוח, בהתאם לפרק הרלוונטי בחוק, העוסק בגמלאות לתלויים בנפגעי עבודה.

בית הדין הפנה לנפסק בעניין מלכה ובעניין רנסנס וקבע כי "אין מנוס מלקבוע כי דמי התשר אינם בגדר 'שכר עבודה' ואין הם יכולים להוות בסיס לחישוב גימלת התלויים למשיבה או לתשלומה", משלא נרשמו בספרי המסעדה. עוד נקבע כי "אף בעובדה שהמדובר בגימלה לא גבייתית אין כדי להוביל לתוצאה שונה". זאת מאחר שבענייני ביטוח לאומי, "התשלום והחלוקה קשורים קשר בל ינתק" וכן מאחר שכוונת המחוקק העולה מפרק י"ג לחוק הביטוח הלאומי, היתה להשוות את מעמד המתנדב למעמדו של נפגע עבודה, ולא יותר מכך, ומאחר שתשר של נפגע עבודה לא נחשב כשכר עבודה, אין לקבוע כך בעניינו של מתנדב. בית הדין התייחס לקושי בהוכחת שיעור ההכנסה מכספי תשר שאינם מדווחים, והוסיף כי קושי זה עלול להביא לאי דיוקים וכי "אין



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

לדרוש מהמוסד לבדוק את גובה ההכנסה שלא דווחה". בית הדין דחה את הטענה שלפיה תוצאה זו היא בבחינת הטלת עונש על התלויים במנוח אף שלא חטאו, וציין כי הם נהנו מכספי התשר שניתנו למנוח מבלי ששולמו בגינם דמי ביטוח ומס הכנסה. מדובר, הטעים בית הדין, "בנוהג פסול של אי-תשלום שכרו האמיתי של המלצר על ידי מעסיקו" וכי "המצב הבלתי תקין בענף זה" יתוקן בקביעה שאך ורק תשר הנרשם בספרי המעסיק ייחשב לשכר עבודה.

לאור התוצאה, לא דן בית הדין בקונסטרוקציית כפל המעמד שהציע המוסד, אך ציין כי לכאורה התשר המתקבל על ידי המלצר ישירות מהלקוח מהווה הכנסה מעבודה ועל המלצר לדווח עליו, ואם כך יעשה – יוכר הסכום לצורך חישוב הקצבה.

26. חוות הדעת המרכזית בעב"ל כהן ניתנה, כאמור, על ידי הנשיא (בדימוס) ס' אדלר. בהמשך לדבריו, הבאתי אני את עמדתי, שאלה הם עיקריה:

- טענת המוסד לכפל מעמד של המנוח היא מלאכותית, "שעה, שכל שכרו ניתן לו בגין אותה עבודת מלצרות". לפיכך, "למנוח היה מעמד יחיד של עובד, ואין לפצל את התמורה האחת והמוסכמת שניתנה בגין אותה עבודה על ידי שינוי מעמדו לגבי חלקה".
- הגמלאות לנפגעי עבודה ולתלויים בהם נועדו לפצות על אובדן שכר עבודה. "לכן בעיקרו של דבר, שכר העבודה המשמש בסיס לחישוב הזכויות על פי משפט העבודה, הוא השכר הרגיל לחישוב קיצבאות הנכות והתלויים".
- "כאשר מסוכם עם מלצר, כי התשר כולו יהא התמורה לעבודתו; ראוי לדעת, התשר כולו להחשב לשכר עבודתו. לא שאלת תשלום או אי תשלום המס עליו צריכה לקבוע מהותו. תשלום המס צריך להיגזר ממהות ההכנסה



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

ולא להיפך. לפיכך, לא מבחן רישום הקופה צריך להיות מבחן הגדרת התשר כשכר עבודה".

חרף הערותי אלה, שהסכים להן נציג הציבור מר א' רף, הצטרפתי, למען יציבות ההלכה, לעמדת הנשיא דאז אדלר ויתר חברי ההרכב, שנשמכה על הפסיקה בעניין מלכה, ובה "מבחן הרישום בספרים". לפיכך נחתם פסק הדין במילים אלה:

"על דעת כל חברי המותב... הבסיס לחישוב קצבת התלויים... לא יכול את הסכומים שקיבל המגזר כתשר, מאחר שתשר שאינו משתקף בספרי המסעדה אינו בא בגדר 'שכר עבודה'".

טיפים – מרגליות

27. בשלב זה, אף שייקטע רצף הפסיקה הנוגעת לגב' כהן ואף שאין מדובר בפסק דין, אנו מבקשים להביא את עיקרי מאמרו של מרגליות, **טיפים**, וזאת על מנת לשמור על רצף כרונולוגי ומפאת חשיבותו להמשך הדברים. המאמר **טיפים** פורסם בשנת 2008, קרי, בשלוש שנים לאחר מתן פסק הדין בעב"ל כהן ובשעה שהעתירה שהוגשה בעניינו לבג"ץ היתה תלויה ועומדת, אך טרם ניתן בה פסק דין. לגישת המחברים, בתמצית, יש לראות את התשר כתקבול של בית העסק, וזאת בכל מקרה שניתן בו תשר וביחס לכל ההיבטים הרלוונטיים, וגם אם הוא ניתן ישירות למלצר ולא נרשם בספרי בית העסק. לדידם, יש לראות את תשלום התשר כאילו הלקוח העניקו לבית העסק, אשר העבירו בתורו למלצר. ביסודה של גישה זו עומדת ראיית התשר כתשלום שמקורו בנוהג כה מושרש עד כי הוא נתפס על ידי הלקוח כנוהג מחייב, ומכאן שאין לראות את תשלום התשר כפעולה וולונטרית. עוד מוסברים במאמר בהרחבה הקשיים העולים מהפסיקה, ובהם אי תשלום מס הכנסה



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

בגין כספי התשר וכן נטען שניתן להגיע לתוצאה האמורה מבלי להידרש לשינוי חקיקה.

בג"ץ אסתר כהן

28. לאחר שפרשנו את עיקרי המאמר **טיפים**, נשוב לעניינה של גב' כהן. זו לא אמרה נואש בעקבות פסיקת בית הדין הארצי בעניינה והגישה עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ (בג"ץ 2105/06 כהן – המוסד לביטוח לאומי, 26.7.2010); להלן – **בג"ץ כהן**). לדיון בעתירה התייצב גם היועמ"ש. ייאמר בתמצית, כי בפסק דין מפי הנשיא (בדימוס) א' גרוניס, קיבל בית המשפט העליון את העתירה וקבע כי בחישוב קצבת התלויים של גב' כהן יש להתחשב בהכנסה הכוללת של המנוח, לרבות מכספי התשר. לתוצאה זו הגיע בית המשפט בעקבות ניתוח נרחב ומעמיק של הוראות הדין הרלוונטיות, מאמרי מלומדים ועוד, שבסופו קבע כי יש לראות את כספי התשר שניתנו למנוח כהכנסת עבודה הבאה בגדרי סעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה, הגם שאינה מאת מעסיקו, ומכאן שלצורך חוק הביטוח הלאומי, יש לסווג מלצר כעובד (ולא כעובד עצמאי) ולכלול את הכנסותיו מתשר בחישוב קצבת התלויים, גם אם לא שולמו בגין דמי ביטוח לאומי – זאת כפועל יוצא ורק ביחס לגמלאות שאינן גמלאות מתנדבים.

29. ועתה נרחיב מעט. בית המשפט סקר את הוראות חוק הביטוח הלאומי הרלוונטיות, שהובילו בסופה של דרך לא קצרה לסעיפים 97 ו-98 לחוק זה, ואלה הובילו לשאלה הבאה, כמכריעה בעתירה:

"כיצד יש לסווג את הכספים שקיבל המנוח כתשר, לעניין סעיף 2 לפקודת מס הכנסה. אם מקורה של הכנסה זו הוא מן המקורות המפורטים בסעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה, ... יש לכלול אותה בבסיס החישוב של קצבת התלויים. אם, לעומת זאת, מקורה של הכנסה אינו נמנה על



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

המקורות המפורטים בסעיף 2(2) לפקודה, אזי אין להתחשב בה לצורך חישוב הקצבה".

במרכז פסק הדין בבג"ץ כהן עמדה, אפוא, השאלה אם הכנסה מתשר מהווה "השתכרות או ריווח" מ"משלח יד", לפי סעיף 2(1) לפקודת מס הכנסה, או שמא מהווה היא "השתכרות או ריווח מעבודה... בין שניתנו בכסף ובין בשווה כסף, בין שניתנו לעובד במישרין או בעקיפין או שניתנו לאחר לטובתו", לפי סעיף 2(2) לפקודה. על מנת להכריע בשאלה זו נבחנה תחילה השאלה למי שייכת ההכנסה מתשר, לעניין חובת תשלום מס הכנסה, תוך שצוין, בין היתר, כך:

"אם התשר נחשב להכנסה של בית העסק, לא מתעוררת כל דילמה פרשנית לעניין סיווג. מבחינת בית העסק, דין התשר כדין התשלום העיקרי אותו הוא מקבל עבור המוצר או השירות. מבחינת העובד, התשר, המגיע אליו דרך המעביד, הוא הכנסת עבודה לפי סעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה. המעביד יידרש לנהוג בסכום התשר המועבר לעובד כפי שהוא נוהג בכל רכיב אחר של השכר. היינו, תחול לגביו חובת ניכוי מס במקור, תשלום דמי ביטוח לאומי וכדומה. אפשרות אחרת היא לראות את ההכנסה מתשר כהכנסה ישירה של העובד מן הלקוחות, ללא 'תחנת ביניים' אצל בית העסק. מבחינת בית העסק, ברי כי לא תחול עליו חובה לנכות מס במקור או לשלם דמי ביטוח לאומי עבור התשר, שכן אין מדובר בהכנסה המוענקת על ידו לעובד (ראו, פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה בעב"ל 1349/01 מלון רנסנס נ' המוסד לביטוח לאומי [פורסם בנבו] (14.8.05)). לגבי העובד, המקבל את התשר ישירות מן הלקוחות, תתעורר השאלה כיצד יש לסווג הכנסה זו לעניין סעיף 2 לפקודת מס הכנסה".

צוין שהשאלה האמורה התעוררה בעניין ספארי הולדינגס והוכרעה לפי "מבחן הוולונטריות", אך היה זה בהקשר של חובת הרישום בלבד ולא בהיבט המהותי של החיוב במס הכנסה, ולפיכך –

"אין אנו נדרשים להכריע מהו המבחן המדויק שיש לאמץ בהקשר זה. די בכך שנקבע, כי ישנם מקרים בהם התשר נחשב להכנסה ישירה של העובד מנותן התשר...".



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

איזה הם אותם מקרים? אין מדובר על מקרים שבהם הדרישה לתשלום התשר נכללה במפורש בחשבון והתשר הגיע לקופה ונרשם בספרים, אלא על מקרים שבהם התשר שולם "על ידי הלקוח באופן וולונטרי לחלוטין, ישירות לידי המלצר, בנוסף לשכר עבודה בסיסי אותו מקבל המלצר מן המעביד, בלא שהתשר משתקף באופן כלשהו בפנקסי העסק (למעט רישום ב'יומן שירות') ובלא שהסכומים עוברים אצל המעביד או מנוהלים על ידו" (להלן – תשר ישיר). צוין כי אמנם יש המצדדים בראיית תשר ישיר כהכנסה של המלצר מהמעסיק – למשל מרגליות בטיפים, אך נפסק שלא ניתן לאמץ עמדה זו, ודאי לא במלואה, בלי שינוי בחקיקה. לפיכך נפסק כי תשר ישיר נחשב, לעניין החיוב במס, כהכנסה של המלצר.

30. בסופו של יום נקבע כי לעניין סעיף 2 לפקודת מס הכנסה, הכנסה מתשר ישיר היא הכנסת עבודה של המלצר שלא מהמעסיק. צוין כי אמנם, לפי הפסיקה, "השתכרות או ריווח מעבודה" חייבים לנבוע מיחסי עובד-מעסיק, אלא שמלשון סעיף 2(2) לפקודה ה"השתכרות או ריווח" אינם חייבים לבוא מהמעסיק דווקא, ו"אין מקום לקבוע באופן קטגורי כי לא תיתכן הכנסת עבודה שאינה מן המעביד". במקביל נדחתה עמדת המוסד והיועמ"ש (להלן יחד – המדינה) שלפיה יש לסווג הכנסה מתשר ישיר כהכנסה מ"משלח יד" לפי סעיף 2(1) לפקודה בנימוק ש"התייחסות לעבודתו של מלצר כאל עבודה של 'עצמאי'... אינה הולמת את המציאות".

31. בית המשפט לא התעלם מהקשיים הטמונים בפרשנותו האמורה, שהמרכזי בהם הוא באכיפת תשלום מס הכנסה בגין כספי תשר, אך סבר שקשיים אלה פחותים מהקשיים שמעורר סיווג תשר ישיר כהכנסה ממשלח יד לפי סעיף 2(1) לפקודה, והטעים כי ממילא, בראייה כוללת, אין מנוס מסיווג זה. קושי נוסף שנזכר, לבד מקשיי האכיפה והגבייה, נוגע לשאלה האם העובד צריך לשלם



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

בעצמו, עבור הכנסה מתשר ישיר, דמי ביטוח לאומי, והאם אי עמידה בחובה זו גוררת הפחתה או שלילה של הגמלה לפי סעיף 366 לחוק הביטוח הלאומי (שעניינו, כאמור, הפחתה או שלילה של גמלה בשל פיגור בתשלום דמי הביטוח). שאלה זו הושארה בצריך עיון, משסעיף 366 האמור ממילא אינו חל על גמלאות למתנדבים, אך צוין ש"בהקשר הכללי יותר, אין לכחד כי הכרה בהכנסה מעבודה שאינה מן המעביד עלולה להביא לתוצאה המנוגדת לחוש הצדק. זאת, במיוחד אם המסקנה תהא שבנוגע להכנסה מסוג זה אין תחולה לעיקרון הבסיסי שבסעיף 366 לחוק הביטוח הלאומי... הבעייתיות תתגלה במלוא חומרתה אם במקרה של פגיעה מעבודה תצמח זכות לגמלה בגין הכנסת עבודה שאינה מן המעביד, בלא שיחולו מנגנוני האיזון הקבועים בסעיף 366 לחוק הביטוח הלאומי". בדברים אלה כיוון בית המשפט לאחד מעקרונות היסוד בחוק הביטוח הלאומי, ולפיו גמלה תחושב אך ורק על יסוד הכנסה ששולמו בגינה דמי ביטוח.

היבט נוסף שצוין כמעורר קושי, במצב שבו תשר ישיר נחשב הכנסה ישירה של העובד שלא מאת המעסיק, נוגע לאפשרות המוסד לחזור אל המעסיק לפי סעיף 369 לחוק הביטוח הלאומי. אלא שבנסיבות העניין הושאר אף עניין זה בצריך עיון.

32. בהמשך לכך התייחס הנשיא גרוניס לשאלת נטל ההוכחה בקבעו כי "כאשר מדובר בהכנסה שאינה מתועדת, הרי גם במקרים בהם יש להתחשב בה הנטל להוכיח את קיומה ואת היקפה מונח על כתפי העובד, ואין מדובר בנטל פשוט". את דבריו חתם בקריאה למחוקק להסדרה מקיפה של מעמד התשר, במילים אלה:

"הגם שהתשובה לשאלת הסיווג אינה חייבת להיות אחידה ביחס לכל אחד מן התחומים, הרי כפי שראינו עשויות להיות ביניהם זיקות גומלין. מן הראוי שהמחוקק יידרש לסוגיה בכללותה, תוך שתינתן הדעת



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

למכלול ההיבטים המשפטיים והחברתיים הכרוכים בתופעה של מתן תשר." (סעיף 45 לפסק דינו של הנשיא גרוניס).

33. נזכיר שהשופט א' לוי ז"ל הצטרף להכרעת הנשיא גרוניס, תוך ציון שהיא מוגבלת לקצבת תלוים בלבד והדגשה שסוגיית מעמד התשר "משוועת להסדר מקיף" על ידי המחוקק. עוד העיר כי "הגיון רב מצוי, לדעתי, בפתרון המוצע" במאמר טיפים, שבמרכזו ראיית התשר כחלק מתקבולי בית העסק, אלא ש"איננו נדרשים לכך היום. ראוי הוא, כי הכנסת תיתן לדבר את דעתה".

"הוא חלום הפלאים שקבע הלכה" – דנג"ץ אסתר כהן

34. על פסק הדין בבג"ץ כהן הגישה המדינה בקשה לקיום דיון נוסף, בטענה שההלכה שנקבעה בו, שלפיה תשר מהווה הכנסת עבודה שלא מאת המעסיק ועל המוסד להתחשב בו בחישוב קצבת תלוים אף אם, כעולה ממנה, לא שולמו בגינו דמי ביטוח – היא הלכה קשה (דנג"ץ 5967/10 המוסד לביטוח לאומי נ' כהן (14.4.2013); להלן – דנג"ץ כהן). בקשת המדינה נעתרה. במסגרת הדיון הנוסף, שהתקיים לפני מותב של שבעה שופטים ואשר הוגשה במהלכו עמדת איגוד המסעדות, השתנתה חזית הדיון, לאור השינוי בעמדת המדינה. המדינה לא סברה עוד, כפי שסברה במסגרת הדיון בבג"ץ כהן, כי יש לראות בספי תשר כהכנסה מ"משלח יד" לפי סעיף 2(1) לפקודה, אלא הסכימה כי תשר מהווה הכנסה מעבודה לפי סעיף 2(2) לפקודה. טענותיה התמקדו בהשלכות המעשיות העולות מהנפסק בבג"ץ כהן – שאלת "אופן רישום התקבולים מדמי התשר והשלכתה על חובותיו של המעביד כלפי המוסד לביטוח לאומי במקרה של אי-תשלום דמי הביטוח במהלך תקופת העבודה" (דנג"ץ כהן, בסעיף 9 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס).



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

עמדת המדינה היתה כי יש לראות בתשר ישיר (ודאי בתשר המשולם בעקבות דרישה של המסעדה), כחלק מהסדר כולל, הכנסה של בית העסק ולא של המלצר; כי עליו להירשם כתקבול בקופת בית העסק; כי כאשר הוא משולם למלצר יש לרשמו כהוצאה ככל רכיב שכר אחר המשולם לו על ידי העסק; וכי על המעסיק לנכות בגינו את כל הנדרש לפי חוק הביטוח הלאומי ודיני המס. בהתאם לעמדה זו, כך המדינה, בקרות אירוע מזכה לא תהיה מניעה לכלול את דמי התשר בבסיס חישוב הגמלה, ואם המעסיק לא ינכה בגינם את דמי הביטוח, המלצר יהיה זכאי לחישוב גמלתו על פי הכנסתו בפועל, לרבות בספי התשר, ואילו המוסד יהיה זכאי לחזור אל המעסיק בתביעה לשיפוי לפי סעיף 369 לחוק הביטוח הלאומי. המדינה ציינה כי הפרשנות המוצעת על ידה עולה בקנה אחד עם כלל הדינים הרלוונטיים ופותרת את הקשיים שיצרה ההלכה שנקבעה בבג"ץ כהן. עוד סברה המדינה כי ניתן להגיע לפרשנות זו ללא שינוי בחקיקה, אם כי נדרש שינוי של הלכות קודמות הנוגעות למעמד התשר, דוגמת "מבחן הוולונטריות" ו"מבחן אמצעי התשלום".

גב' כהן ואיגוד המסעדות תמכו יתדותיהם בהלכה שנקבעה בבג"ץ כהן.

35. השאלה שניצבה, אם כן, לפתחו של בית המשפט העליון בהרכבו המורחב

היתה זו:

"האם לשם יישום ההלכה שנקבעה בפסק הדין נשוא העתירה נדרשת קבלתו של הסדר כולל בדבר מעמדם של דמי התשר בדרך של פרשנות שיפוטית, תוך הפיכת הלכות קודמות שנקבעו בבית משפט זה; או שמא הסדר כולל מעין זה יכול וצריך להיקבע רק על ידי המחוקק."
(בסעיף 15 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס).

ההלכה המרכזית שעמדה לבחינה היא הלכת ספארי הולדינגס, על "מבחן הוולונטריות" שנקבע בה, והשופטים נחלקו בעמדותיהם. הנשיא גרוניס, מבלי שנקט עמדה "בשאלה של מידת הוולונטריות הכרוכה בפועל בתשלום



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

התשר", סבר כי אין לקבוע הסדר כולל בסוגיית התשר בדרך של חקיקה שיפוטית, וכי יש להותיר את ההסדרה למחוקק, במיוחד במצב שבו במסגרת הדיון הנוסף התבקשה הפיכה של הלכות קודמות ולא של ההלכה שנקבעה במסגרת פסק הדין נשוא הדיון הנוסף. וכך קבע:

"אכן, נוכח מורכבות ומגוון השאלות העומדות על הפרק יש לרשות המחוקקת עדיפות משמעותית על פני בית משפט זה ביכולת להגיע להסדר כולל ומאוזן, שבגדרו יילקחו בחשבון מכלול השיקולים העקרוניים והמעשיים הרלוונטיים לנושא הסדרת מעמדם של דמי התשר... יפים לעניין זה דבריו הבאים של פרופ' א' ברק, שעמד על סוגי השיקולים שמבחינה מוסדית רצוי (או בלתי רצוי) שבית המשפט יידרש אליהם בהכרעתו השיפוטית:

'שיקולים סבוכים של מדיניות כלכלית או חברתית, אשר לעתים קרובות אף שנויים הם במחלוקת, הדורשים מומחיות ומידע, ואשר עשויים לחייב הנחת הנחות והיפותיזות, שהן מצידן מחייבות הנחות נוספות, רצוי לו לשופט להזהר מהפעלתם. הדרך הבטוחה תהיה לרוב להשאיר את הסוגיה למחוקק, אשר יוכל לקבל מידע מלא מפי מומחים ולגבש מדיניות משפטית התואמת את הסוגיה בכל היקפה' (ראו א' ברק שיקול דעת שיפוטי 255 (1987)).

... הסדר מעמדם של דמי התשר נמנה, אפוא, להשקפתי עם סוגי ההסדרים שמעוררים שאלות של מדיניות כלכלית וחברתית. מפאת מורכבותם והשלכותיהם האפשריות של ההסדרים מן הראוי להותירם להכרעת המחוקק. (בסעיפים 19 – 20 לחוות דעתו).

הנשיא גרוניס פירט כמה מההיבטים הכרוכים בעניין, ובהם שאלת אופן גביית מס הכנסה ומס ערך מוסף מכספי התשר, ההשלכה שתהיה לקבלת עמדת המדינה, שלפיה התשר מהווה תקבול של בית העסק, על ענף המסעדות בכללותו "ואף מעבר לכך" (בסעיף 20 לחוות הדעת), וכן השלכות נוספות, ה"מצויות במישור היחסים בין בעל המסעדה לבין המלצרים לעניין זכויות המלצרים לפי חוקי המגן השונים ולעניין זכויות המלצרים לפי חוק הביטוח הלאומי, עם התרחשות אירוע ביטוחי זה או אחר" (שם). מדובר אפוא, חותם



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

הנשיא גרוניס את עמדתו, בבעיה רב-קודקודית, המערבת גורמים רבים, שייתכן שכלל אי אפשר ליישב בהכרעה שיפוטית היוצרת כלל משפטי או נוסחת איזון, והיא מחייבת פתרון חקיקתי, על יסוד "תשתית עובדתית מספקת, שאינה ניצבת לפנינו, כמו גם הכרעות עקרוניות שונות הנוגעות לסדרי עדיפויות כלכליים וחברתיים".

36. לתוצאה שאליה הגיע הנשיא גרוניס הצטרפו השופטים (בדימוס) ע' ארבל וס' ג'ובראן והשופט (כתוארו אז) ח' מלצר, אם כי מטעמים אחרים. לדידם, ובניגוד לעמדת הנשיא, הסוגיה ניתנת להכרעה שיפוטית באופן עקרוני, אלא שבשל השתרשותה של הלכת ספארי הולדינגס בפסיקה, יש להותיר את ההסדרה הכוללת למחוקק.

37. אל מול דעת הרוב ניצבה עמדתם של המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור, השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין והשופטת (כתוארה אז) א' חיות. הללו סברו, בתמצית, כי יש לקבל את עמדת המדינה ולראות כספי תשר כהכנסה של בית העסק. הדברים הובאו, בעיקרם, מפי השופטת נאור, ולפיהם, אף שהסוגיה מתאימה בכללה להסדרה חקיקתית ואף שהדרך למסקנה האמורה מצריכה סטייה מהלכה קודמת, "יש לקבוע כי ההכנסה מתשרים בענף המסעדות היא תקבול של המסעדה" ולא של המלצרים, ו"ככל שמקבלים המלצרים תגמול כלשהו עבור ההכנסה מתשרים, אזי מדובר בהכנסת עבודה מאת המעביד" (בסעיף 12 לחוות הדעת). השופטת נאור השתיתה עמדתה על שני נדבכים: "פנימי" ו"חיצוני". במסגרת הנדבך ה"פנימי" פרשה את מאפייני מוסד התשר במסעדות בישראל – "מידת הוולונטאריות שלו, תכליתו, מנגנון חלוקת התשר בין המסעדה למלצר והשפעת התשר על חישוביה העסקיים של המסעדה", וקבעה כי אלה מלמדים שיש לסווג את התשר כתקבול של המסעדה (בסעיף 16 לחוות הדעת). הנדבך השני,



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

ה"חיצוני", עוסק בהשלכת סיווג התשר כאמור, "על דיני המס, הביטוח הלאומי ויחסי העבודה", ואף הוא תומך בסיווג זה (שם). השופטת נאור הדגישה כי דבריה נוגעים אך ורק ל"תשר שמוסיף הלקוח כראות עיניו לאחר תשלום חשבון החובה" ולא לתשר המהווה חלק בלתי נפרד מהחשבון המוגש לסועד, שאז ברי כי הוא מהווה הכנסה של המסעדה ומחויב ברישום.

ואלה הם עיקרי הדברים, בכל הנוגע ל"נדבך הפנימי":

- "מבחן הוולונטריות": מבחן זה נקבע בפרשת ספארי הולדינגס, בהתבסס על כך שבעלי הדין שם לא היו חלוקים ביניהם על ההנחה שתשר ישיר מהווה הכנסה של המלצר וכן על כך שבית המשפט סבר שהנוהג אז היה לראות הכנסה מתשר כהכנסה של המלצרים. בפסיקה מאוחרת יותר – פרשות אמיתי וליברמן – שוב לא הרהרו אחר הנחה זו, ולמעשה, אט-אט היא הפכה להלכה מחייבת. השופטת נאור, לעומת זאת, סברה כי "בענף המסעדות, אותם תשרים שכונו בעבר 'וולונטאריים', אינם על פי מהותם האמיתית וולונטאריים" (בסעיף 21 לחוות הדעת), אלא הם בגדר "נוהג מקובל ורווח" ו"מושרש, המהווה חלק מהנורמות לפיהן פועלים הלקוחות, בעלי המסעדות והמלצרים". השופטת נאור ציינה כי דווקא עמדת איגוד המסעדות, שלפיה שינוי היחס המשפטי לתשר יחולל שינוי כלכלי וחברתי משמעותי ביותר, "מעידה כנראה על כך שראיית התשר כעניין וולונטארי אינה משקפת את המציאות לאשורה" (שם, בסעיף 22). עוד צוין כי עיקר הוולונטריות בא לידי ביטוי בקביעת שיעור התשר (להבדיל מעצם תשלומו), אך גם זאת במידה מסוימת בלבד, בבחינת "וולונטאריות חלשה" ולא יותר מכך" (שם, בסעיף 23). בן הוזכרו, מתוך המאמר טיפים, תחושת המחויבות החברתית שבמתן התשר והסנקציה החברתית כלפי מפרי מחויבות זו. השופטת נאור, שלא כנשיא גרוניס, סברה שניתן לשנות



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

מ"מבחן הוולונטריות" שנקבע בפסיקה קודמת, שכן "הפה שאסר הוא הפה שהתיר, וניתן, בזהירות המתבקשת, לסטות בהרכב מורחב מפסיקה קודמת" ו"המקרה שלפנינו מצדיק שינוי של ההלכה" (שם, בסעיף 22).

● תכלית התשר: בניגוד לדברי השופט ריבלין בעניין ליברמן, שלפיהם התשר ניתן בגין שירות ה"ראוי לתמורה מיוחדת", מטענות הצדדים עולה בבירור כי אין זה המצב כיום. התשר נגזר לא אחת מ"שרשרת השירות במסעדה... המלצר איננו פועל במסעדה כאדם עצמאי שנקלע למקום, ואם העניק ללקוח שירות יוצא דופן – מקצועיות השירות שהעניק שלובה במקצועיותה של המסעדה. השירות שהוא נותן ללקוחות המסעדה הוא הוא עבודתו במסעדה, וכל תשלום של הלקוח עבור 'השירות' הוא תשלום עבור 'עבודת המלצר' (שם, בסעיף 24).

● מנגנון חלוקת התשר: תשלום התשר נקבע במנגנון פנימי שבין המלצר והמסעדה, והוא אינו ידוע ללקוח. קיימים מנגנונים שונים, שהמשותף לכולם הוא ש"לבעל המסעדה השפעה ניכרת, אם לא בלעדית" על קביעתם. מאחר שהלקוח אינו מודע למנגנון הקיים במסעדה שבה הוא סועד, אין זה סביר לומר שהוא מניח תמיד שהתשר יגיע לידי המלצר, בנוסף על שכר המשולם לו על ידי המעסיק. "ההנחה כי התשר מהווה מעין עסקה בין הלקוח והמלצר, נפרדת מהעסקה של הלקוח עם המסעדה, איננה משקפת את המצב האמיתי לאשורו" (שם, בסעיף 26).

● התשר כחלק מחישוביה העסקיים של המסעדה: מעמדת איגוד המסעדות עצמו עולה כי גביית התשרים מהווה חלק בלתי נפרד מחישוביה העסקיים של המסעדה. בנוסף, לא סביר ש"גוף עסקי יתעלם מהכנסה קבועה ומחזורית בסך של כ-10-15% מהכנסותיו" (שם, בסעיף 27).



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

במסגרת "הנדבך החיצוני" פורטו הקשיים המתעוררים כתוצאה מסיווג התשר כהכנסה של המלצר, במישורים שונים: דיני המס, דיני הביטוח הלאומי ויחסי העבודה. ואלה הם עיקרי הדברים:

● דיני המס: אם הכנסה מתשר אינה של המסעדה, הרי היא הכנסה של המלצר כ"עצמאי" – אפשרות שנדחתה בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף, או הכנסת עבודה של המלצר, שלא מאת מעסיקו. לדעת השופטת נאור, שתי אפשרויות אלה "מעוררות קשיים ניכרים". צוין כי בניגוד לאמור בבג"ץ **כהן**, נראה שמלצרים יחויבו בדיווח על הכנסתם מתשר, ובנסיבות אלה, אם יוותר על כנו סיווג התשר כהכנסת עבודה של המלצר, עלולים מלצרים רבים להיות חשופים "להליכים פליליים בגין הפרת חובות הדיווח". השופטת נאור ציינה, מבלי לקבוע מסמרות, כי הכרה בהכנסת עבודה שלא מהמעסיק מעוררת קושי לא מבוטל גם ברמה העיונית, וכי מבחינה מעשית "לא משולם מס עבור תשרים במסעדות כלל. זהו 'חור שחור' באכיפת דיני המס, שנוצר בין היתר עקב קשיי הסיווג של הכנסה מתשרים, שאין לו מקום". ממצב זה מרוויחים, על פני הדברים, בעלי המסעדות, המלצרים והלקוחות, אולם "המפסידה העיקרית היא מערכת המס, ולאמיתו של דבר... הציבור כולו". מדובר במיליארד ש"ח בשנה לכל הפחות, שאינם ממוסים, ו"אין להשלים עם כך".

עוד צוין שגם אם שינוי הסיווג כמוצע בעמדתה יוביל לירידה בהכנסת המלצרים והמסעדות, או לייקור שירותיהן, הרי שהדבר מתבקש מעצם החבות במס. "מחירו של שירות צריך לגלם את חובות המס המוטלות עליו. מקובלת עליי עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שגביית מס בתחום עיסוק שבו לא נגבה בעבר מס מביאה מעצם טיבה להפחתת השכר נטו המשתלם לעובד, ולפגיעת מה בהכנסותיה של המסעדה. זוהי פגיעה לתכלית ראויה



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

ומתבקשת – תשלום מס אמת על ההכנסות מתשרים". ההסתמכות על הלכת ספארי הולדינגס הנזכרת בעמדת הנשיא גרוניס, "ככל שהיא נוגעת לבעלי המסעדות ולמלצרים, אינה אלא הנאה מתמשכת ורחבת-היקף מהעלמת מס" ואין כל מקום להבחין בין מלצרים לעובדים אחרים. הפתרון לקשיים הללו, במישור דיני המס, הוא סיווג ההכנסה מתשר כתקבול של המסעדה, סיווג שייצור "ודאות ובהירות בדיני המס" (שם, בסעיף 33), ועל כן יש להעדיפו (שם, בסעיף 37).

● דיני הביטוח הלאומי: אם יסווג תשר כהכנסה של המסעדה ובהתאם – כהכנסה של המלצר ממעסיקו, המסעדה תחויב (גם) בגינו בתשלום דמי ביטוח לאומי. הותרת הסיווג בבג"ץ כהן על כנו עלול להוביל לדיונים רבים בשאלת שיעור השכר המדויק, להטלת נטל מורכב על המבוטחים להוכיח שיעור זה, ולהטלת נטל כבד המוסד בבירור תביעות מבוטחים. אולם העיקר הוא בזה – על פי הנפסק בבג"ץ כהן, "המוסד חייב בתשלום גמלאות של מבוטחים גם עבור הכנסות שלא שולמו בגין דמי ביטוח", במצב דברים זה, אם חובת תשלום דמי הביטוח היתה על המעסיק, הרי שזכות המלצר לא תיפגע והמוסד יהיה רשאי לחזור על המעסיק בתביעת שיפוי, לפי סעיף 369 לחוק הביטוח הלאומי. אולם אם חובת תשלום דמי הביטוח היתה על המלצר, על פי רוב, "קיימת אפשרות של ממש כי [גמלתו] תישלל עקב אי-תשלום דמי הביטוח". השופט נאור ציינה כי אמנם הנשיא גרוניס הותיר עניינים אלה בצריך עיון, אלא שקביעותיו "מביאות בהכרח למצב בעייתי עתידי, בו המוסד יהא חייב בתשלום קצבאות למבוטחים בגין הכנסות שלא שולמו כנגדן דמי ביטוח".

● יחסי עבודה: אמנם אין זה הכרחי שסיווג התשר לצורך דיני המס יהיה זהה לסיווגו לצורך משפט העבודה. אולם "הגדרה אחידה עשויה לתרום



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

לבהירות המשפטית". צוין כי מקרים רבים שהובילו להתדיינויות משפטיות נבעו מאי בהירות ביחס למעמד התשר ומהשאלה "כיצד יש לשקלל כאשר נבחנת העמידה של המעסיק בחובותיו למלצר", וכי הבעיות הללו לא מתעוררות אם ייקבע שהכנסה מתשר היא הכנסה של המסעדה, אשר משלמת למלצר את שכרו. סיווג זה "מבטיח גם את זכויותיהם הסוציאליות של המלצרים", הן בתחום הביטוח הלאומי והן בהיבט הזכויות הפנסיוניות.

38. השופטת נאור ציינה כי הפרשנות המוצעת על ידה תפתור באופן הרמוני את הקשיים שעורר סיווג התשר בעקבות פרשת ספארי הולדינגס. וכלשונה: "הוא מבטיח כי הקוביות השונות יסתדרו זו לצד זו ויקבלו קובייה-קובייה את מקומה המתאים" (שם, בסעיף 45). לאור כלל האמור פסקה כי "יש לסווג את התשר בענף המסעדות כתקבול של בית העסק, וזאת בסטייה מהלכות קודמות", וכי קביעה זו מובילה לתוצאות אלה:

"בעל המסעדה חייב ברישומה של ההכנסה מתשרים בספריו, ועליו לשלם ממנה מיסים כחוק. המעסיק משלם למלצר את שכרו על פי החוזה ביניהם, ושכר זה יכול לכלול מטבע הדברים גם תגמול עבור התשרים שנאספו בקופת המסעדה. כל תשלום שמגיע למלצר ממעסיקו בהקשר זה הוא הכנסת עבודה מאת המעביד, כהגדרתה בסעיף 2(2) לפקודה.

באשר לחובות תשלום דמי ביטוח לאומי, חובות אלו חלות על המסעדה ועל המלצר כמו על כל מעסיק ועובד במשק. אם מסיבה כלשהי הם אינם משלמים את דמי הביטוח כסדרם, יהיו לכך השלכות כמפורט לעיל. זאת, אלא אם הדין 'ניתק' בין חובת תשלום דמי הביטוח לבין הזכאות לקצבה – כפי שנקבע ... בעניינם של מתנדבים" (שם, בסעיף 46).

39. השופטת נאור הדגישה כי אינה שותפה לגישה שלפיה שינוי מוסד התשר מחייב שינוי בחקיקה, בציינה כי "בית המשפט הוא הפרשן המוסמך של הדין... שתיקת המחוקק איננה פוטרת להשקפתי את בית המשפט מחובת פרשנות הדין, גם אם מדובר בנושא בעל השלכות רחבות" (שם, בסעיף 50).



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

בהתייחסותה לעמדותיהם של השופטים (בדימוס) ע' ארבל וס' ג'ובראן והשופט (כתוארו אז) ח' מלצר ציינה כי הן אינן נותנות מענה לשני הקשיים המרכזיים שיצרה הלכת ספארי הולדינגס והם חיוב המוסד לשלם גמלאות תוך התחשבות בהכנסות שלא שולמו בגין דמי ביטוח והכשרה של העלמת מס בהיקפים נרחבים. עוד ציינה כי אף אם התשר ניתן באופן וולונטרי, אין לראות בו עסקה פרטית בין המלצר והמסעדה, משהוא נמצא "**בלב הפעילות העסקית של ענף המסעדות**" ועל כן יש לראותו כתקבול של המסעדה.

40. לסיום פרק זה נציין, כי לאחר שנ ניתן פסק הדין בבג"ץ כהן ובטרם נחתם פסק הדין בדנג"ץ כהן, פורסם מאמרו של י' מרגליות, "בשבחה של פרשנות מהותית: בג"ץ כהן כהחמצה של הזדמנות להסדר משפטי כולל" (עיוני משפט לה 242-231 (2012)), שעיקרו ביקורת על פסק הדין נשוא הדיון הנוסף כנותן הכשר להעלמת מס ולצדו הסבר מדוע שינוי מוסד התשר מבחינה משפטית אינו מצריך שינוי חקיקה.

הערעורים שלפנינו

41. לאחר שהבאנו בהרחבה את עיקרי המסגרת הנורמטיבית, ויסודותיה ברורים עתה וגלויים, ניתן לעבור ולפרוש על גביה את תולדות ההליכים שלשמן התכנסנו. למען הסדר הטוב, יצוין כבר עתה בתמצית – ויפורט בהמשך הדברים – כי חישובם של דמי אבטלה, שהוא העניין הנדון בתיק קיס שלפנינו, נעשה אף הוא, בדומה לקצבת התלויים, על יסוד "הכנסתו החודשית" של המבוטח, כקבוע בסעיף 344(א) לחוק הביטוח הלאומי, אשר מפנה לסעיף 2) (2) לפקודת מס הכנסה. כך שהיסודות המובאים בבג"ץ כהן ובדנג"ץ כהן והעקרונות שנקבעו בהם יפים אף לעניין תיק קיס ומשליכים אף עליו.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

"זה נכנס לי מפה ויוצא לי משם" – עב"ל 44405-10-15 – תיק קיס

רקע עובדתי וטענות הצדדים בבית הדין האזורי

42. חברת "גלי הצוק בע"מ", המשיבה 2 בתיק קיס, הפעילה את מסעדת "מונה ביץ'" בתל אביב (בפרק זה – **המסעדה**) בזמנים הרלוונטיים. מר עומרי קיס, המערער (להלן – **מר קיס**), עבד במסעדה כמלצר מיום 25.11.10 ועד ליום 22.6.11, עת פוטר.

43. כפי שנקבע בפסק הדין מושא הערעור, בתום כל משמרת העביר מר קיס למסעדה, מתוך סכומי התשר שקיבל מהלקוחות, סך של 3 ₪ לשעה בגין זכויותיו הסוציאליות. בנוסף העביר לעובדי הבר במסעדה 1% מהחשבון הכולל, אם עלה על 1,500 ₪. על פי נהלי המסעדה, אם מר קיס לא הגיע לשכר שעתי של 20 ₪, קיבל השלמה לשיעור זה מהמסעדה. יתר כספי התשר שניתנו למר קיס מלקוחות המסעדה נותרו בביסו.

44. משפוט מר קיס הגיש למוסד לביטוח לאומי, המשיב (להלן – **המוסד**), תביעה לתשלום דמי אבטלה. דמי האבטלה חושבו על ידי המוסד בהתעלם מסכומי התשר ששולמו למר קיס.

45. על רקע זה הגיש מר קיס בבית הדין האזורי בתל אביב-יפו תביעה נגד המוסד, שבה ביקש כי זה יכלול בבסיס חישוב דמי האבטלה שהוא זכאי להם, את הכספים שקיבל כתשר. מר קיס טען כי תלושי השכר שקיבל אינם משקפים נכונה את ימי עבודתו ואת שעות עבודתו, וכן אינם משקפים נכונה את מלוא שכרו, שבפועל היה גבוה פי 2.5 מהשכר הממוצע במשק, וזאת משלא כללו את סכומי התשר שקיבל. מר קיס נסמך בעיקרו של דבר על פסק דינו של בית המשפט העליון ב**בג"ץ כהן** (תביעתו הוגשה לפני שניתן פסק הדין בדנ"ץ



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

כהן), שלפיו יש לכלול במסגרת ההכנסה, לצורך חישוב קצבת התלויים, את ההכנסות מתשר שקיבל המנוח, גם אם לא נרשמו בספרי המסעדה וגם אם לא באו לידי ביטוי בתלוש השכר של המנוח.

46. המוסד, בכתב הגנתו, הכחיש את טענותיו של מר קיס. בהמשך הגיש בקשה למשלוח הודעה לצד שלישי – למסעדה (להלן – **הבקשה**), בנימוק שאם שכרו של מר קיס היה, בטענתו, פי 2.5 מהשכר הממוצע במשק ולא השכר הרשום בתלושי השכר, היה על המסעדה לשלם בגין כך דמי ביטוח, ואם יזכה מר קיס בתביעתו, יהא על המסעדה לשפות את המוסד. עוד נטען שלא ניתן לקיים את הדיון בלי המסעדה, נוכח טיב הטענות שבכתב התביעה. לבקשה האמורה צירף המוסד הודעה לצד ג' נגד המסעדה, ובה פירט טענותיו נגדה כאמור לעיל (להלן – **ההודעה לצד ג'**).

47. בהחלטת בית הדין האזורי מיום 3.10.13, בהעדר התנגדות מצד מר קיס, התקבלה הבקשה למשלוח ההודעה לצד ג'.

48. בהמשך לכך הגישה המסעדה כתב הגנה, שבמסגרתו הכחישה את הטענות שנפרשו בהודעה לצד ג'. המסעדה טענה, בין היתר, כי מר קיס פוטר על ידה לאלתר לאחר שנתפס מועל בכספיה וכי בינה ובינו סוכם במפורש על אופן חלוקת כספי התשר, בהתאם לדין, כך: כספי התשר נאספו בקופה משותפת של כלל המלצרים וחולקו ביניהם בתום כל משמרת, לפי הנהלים; התשר שקיבלו כלל המלצרים עבר דרך קופת המסעדה ונרשם בספריה וביומן המלצרים, עד לשכר המינימום; אם התשר באותה משמרת לא הגיע לשכר המינימום והזכויות הנלוות, השלימה המסעדה את השכר עד שיעור שכר המינימום והזכויות הנלוות; התשר ששולם למר קיס כשכר עבודה נרשם במפורש בתלושי השכר שלו, לפי שעות עבודתו במסעדה מדי חודש; אם במשמרת מסוימת נותרה יתרת תשר מעבר לשכר המינימום והזכויות



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

הנלוות, היא חולקה בתום המשמרת בין המלצרים; מר קיס קיבל יתרה זו לידיו, בהתאם להעדפתו ולסיכום עמו; בתום כל משמרת, עם קבלת התשלום על חשבון השכר והזכויות הנלוות ויתרת התשר (אם היתה), חתם התובע ביומן המלצרים על קבלת המקדמות והיתרה.

עוד טענה המסעדה כי יתרת בספי התשר שמעבר לשכר המינימום והזכויות הנלוות, אינה מהווה שכר כהגדרתו בחוק ואין לשלם בגינה דמי ביטוח; כי שכרו של מר קיס כפי שבא לידי ביטוי בתלושי השכר, שולם לו על פי דין לרבות ההלכה הפסוקה ובה הלכת **מלכה**. לפיכך, סיכמה המסעדה, דמי הביטוח הלאומי שולמו על ידה למוסד כדין ובהתאם לגובה שכרו של מר קיס, ועל כן היא אינה חייבת בתשלום דמי ביטוח מעבר למה ששילמה בגין מר קיס ואין לחייבה בתשלום דמי אבטלה כלשהם. ביחס לנטען בכתב התביעה – המסעדה הכחישה, בין היתר, את טענות מר קיס שלפיהן נמנעה מלהמציא לו מסמכים מסוימים וכי תלושי השכר אינם משקפים נכונה את השכר ואת היקף העבודה.

פסק דינו של בית הדין האזורי

49. בית הדין האזורי (השופט דגית ויסמן ונציג הציבור מר יצחק גליק; ב"ל 35115-03-12; פסק דין מיום 7.9.15) דחה את תביעתו של מר קיס, וזאת משלא שוכנע "**מהם הסכומים שהתובע קיבל כתשר, קל וחומר שלא הוכחו הסכומים שננקבו בכתב התביעה... בתצהירו של התובע... או בסיכומיו...**". במסקנתו זו התבסס בית הדין האזורי על "**עדותו של התובע, שלא היתה משכנעת, עקבית או מהימנה**" וכן על העובדה שמר קיס "**נקב בסכומים שונים**" בכתבי הטענות שהגיש. נקבע כי "**לא די בהוכחת הטענה הכללית**



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

לפיה התובע קיבל לידי[ו] תשר בסכומים העולים על אלה שננקבו בתלושי השכר, אלא שעל התובע מוטל הנטל להוכיח מה היה גובה הסכומים הנ"ל. עניין עובדתי זה, שהוא חיוני לקבלת התביעה, לא הוכח". אשר לראיה המרכזית שהציג מר קיס לתמיכה בטענתו כי קיבל שכר העולה על זה שנרשם בתלושי השכר – צילום יומן שבו רישומים שונים שכתב (להלן בהתאמה – היומן והרישומים), נקבע כי ראיה זו אינה מהימנה, משהרישומים אינם אחידים, חלקיים ביותר, לפחות חלקם לא נרשמו בזמן אמת אלא בדיעבד, לאחר מספר חודשי עבודה, ומר קיס לא ידע להסבירם בחקירתו. ההקלטות שהקליט מר קיס את הממונים עליו (להלן – ההקלטות) הוצגו בחלקן בלבד, ללא הסבר מניח את הדעת, ועניין זה נזקף לחובתו "הן מבחינת מהימנות העדות והן מבחינת המשקל שיש ליתן לתמלולים, באשר ברור שהם נבחרו על ידי התובע, על מנת לשרת את טענותיו והעובדה שלא הוצגו כל השיחות, תפעל לחובתו".

50. לאחר שפירט בית הדין האזורי את מכלול הראיות וניתח אותן, סיכם כי הן מעלות "סימני שאלה משמעותיים לגבי מהימנות עדותו" של מר קיס וכי בנסיבות האמורות הוא "לא הוכיח את תביעתו כלל ועיקר", שכן "למעשה, אין כל בסיס עובדתי לתביעה להפרשי דמי אבטלה לפי שכר של 6,820 ₪". לאור כל האמור קבע כי אין יסוד לטענות מר קיס שלפיהן המוסד שגה בחישוב דמי האבטלה ששולמו לו. כפועל יוצא מכך התייתר הדיון בשאלת חבותה של המסעדה, כמעסיקה, ביחסיה מול המוסד.

טענות מר קיס בערעור

51. מר קיס הגיש ערעור על פסק הדין. טענותיו מכוונות בעיקר כלפי ממצאים שבעובדה אך לא רק כלפיהם. לטענת מר קיס, בית הדין האזורי לא נתן משקל



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

ראוי לראיות אובייקטיביות שהוצגו בפניו בעניין שיעור שכרו ולא התייחס למהימנות עדותו של מנהל המסעדה ולראיות נוספות שמהן עולה בבירור ששכרו עלה על שכר המינימום ושתלושי השכר שקיבל לא שיקפו את שכרו האמיתי. לדידו, בנסיבות העניין היה מקום להעביר אל כתפי המסעדה את הנטל להוכיח את שיעור השכר המדויק. עוד נטען כי בית הדין קמא לא ייחס משקל ראוי לכך שעל פי הפסיקה בבג"ץ כהן, כספי תשר מהווים שכר לכל דבר ועניין, וכי היה על בית הדין להתמקד בשיעור שכרו של מר קיס בשלושת החודשים האחרונים להעסקתו בלבד ולא בכל תקופת עבודתו במסעדה.

טענות המוסד בערעור

52. המוסד תומך יתדותיו בפסק דינו של בית הדין האזורי וסבור כי אין כל עילה להתערב בו. לדבריו, קביעת בית הדין, שלפיה מר קיס לא הוכיח קבלת סכומים נוספים כתשר, בדין יסודה וכך גם תוצאתה – דחיית תביעתו. המוסד מוסיף כי מר קיס מבקש התערבות של בית דין זה בקביעות עובדתיות של בית הדין קמא, וזאת בניגוד להלכה הפסוקה, שלפיה רק במקרים חריגים ונדירים תתערב ערכאות הערעור בממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, לא כל שכן בממצאי מהימנות. עוד נטען כי בית הדין האזורי ניתח את הראיות בהרחבה, "תוך שהוא מותח ביקורת קשה על גרסת המערער ועל עדותו" ודוחה את הרישומים ביומן ואת ההקלטות, ואין כל עילה להתערב בקביעותיו אלה, המעוגנות היטב בחומר הראיות. המוסד סבור כי יש לדחות את טענת מר קיס שלפיה היה מקום להעביר את נטל הראיה לכתפי המסעדה. לדידו, על פי הנפסק בבג"ץ כהן, נטל זה מונח על כתפי מר קיס ובנסיבות המקרה דנן קבע בית הדין האזורי, בדין, כי נטל זה לא הורם – לא באשר לעצם קבלת התשר ולא באשר לשיעורו. טענה נוספת בפי המוסד היא



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

כי יש לדחות את "טענתו העיקרית של המערער בדבר קיומן של ראיות אובייקטיביות להכנסותיו מתשר", משראיות אלה אינן משקפות את הכנסתו האמיתית ואינן מתיישבות עם העובדה שבכל חודשי עבודתו, למעט החודש האחרון, שילמה לו המסעדה השלמה לשכר המינימום. מכלול הנסיבות מלמד כי דווקא תלושי השכר מצביעים על שיעור שכרו המדויק, יותר מכל ראייה אחרת. כמו כן יש לדחות את טענת מר קיס שלפיה היה על בית הדין קמא לבחון את טענותיו בעניין שכרו האמיתי לגבי שלושת חודשי עבודתו האחרונים בלבד, שכן בדין נבחנו נכונותם ומהימנותם של דפוס העבודה והשכר בכל התקופה והפרדה בין התקופות היא מלאכותית. המוסד מוסיף כי אם יתקבל ערעורו של מר קיס והמוסד יחויב בהגדלת בסיס השכר לחישוב דמי האבטלה, הוא עומד על ההודעה לצד ג' שהגיש נגד המסעדה, בהתאם להוראות סעיף 369 לחוק הביטוח הלאומי, על כל המשתמע מכך.

טענות המסעדה בערעור

53. המסעדה סבורה שפסק הדין מושא הערעור בדין יסודו, "על כל ממצאיו וקביעותיו" וחוזרת על הטענות שהעלתה בבית הדין האזורי. לדבריה, מר קיס מבקש להשיג בערעורו על ממצאים עובדתיים שנקבעו על יסוד התרשמותו הישירה של בית הדין קמא וניתוח חומר הראיות באופן מנומק ביותר, אלא שעל פי ההלכה הפסוקה התערבות בממצאים ממין זה על ידי ערכאת הערעור תיעשה במקרים נדירים בלבד. עוד נטען כי בדנג"ץ כהן הותיר בית המשפט העליון את הלכת מלכה על כנה, ולפיה ההתחשבות בכספי התשר תלויה באופן רישומו בספרי המעסיק. טענה נוספת בפי המסעדה היא כי אין לקבל את טענת מר קיס שלפיה היה על בית הדין האזורי לבחון את טענותיו אך ורק ביחס לשלושת החודשים האחרונים להעסקתו. לבסוף נטען כי אם



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

יתקבל הערעור, יש לדחות את ההודעה לצד ג', משהמסעדה פעלה בעניינו של מר קיס כדין וללא רבב.

המשך הדיון בערעור

54. ביום 11.5.2017, בתום הדיון הראשון בערעור בתיק קיס, הוחלט על צירופו לתיק האחר שבכותרת – תיק בודה, שבו הוחלט (ביום 18.4.17) על קיום דיון בהרכב מורחב. זאת לאור הסוגיה המשותפת לשני ההליכים. עוד הוחלט על קבלת עמדתו של היועמ"ש בשני התיקים.

"לי משפּרת ישנה... לא גדולה... לא גדולה" – ע"ע 28480-02-16 – תיק בודה

רקע עובדתי וטענות הצדדים בבית הדין האזורי

55. המערערת, ד.ע. יבוא וניהול מסעדות בע"מ (בפרק זה – **המערערת**), היא חברה לניהול מסעדות, המנהלת, בין היתר, את מסעדת "אלפרדו" בפתח תקווה (בפרק זה – **המסעדה**). המשיב, מר יחיאל בודה (להלן – **מר בודה**), עבד במסעדה כמלצר מיום 25.4.2010. יום עבודתו האחרון במסעדה, בפועל, היה יום 28.1.2012.

56. בחודש אוקטובר 2012 הגיש מר בודה בבית הדין האזורי בתל אביב-יפו תביעה נגד המערערת לתשלום סכומי כסף שונים בגין תקופת עבודתו במסעדה וסיומה. בכתב התביעה נטען, בין היתר, כך: משך כל תקופת העסקתו במסעדה לא שולם למר בודה שכר על ידי המערערת וכל משכורתו התבססה על כספים שקיבל כתשר מהסועדים; כספי תשר שקיבל באמצעות



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

ברטיסי אשראי שולמו לו בסוף החודש בהמחאה, לאחר ניכוי 10%; תלוש המשכורת שקיבל עמד על סכום המחאה זו; החל מחודש מרץ 2011 התבקש, כיתר עובדי המסעדה, לשלם 2 ש"ח עבור כל שעת עבודה החל משעה 19:30 וזאת בגין ה"זכות" לעבוד במסעדה; ממועד זה התווסף בתלוש המשכורת של מר בודה סעיף "מקדמה", על אף שהסכומים שנרשמו בו מעולם לא שולמו לו. טענות נוספות בכתב התביעה התייחסו לרכיבי תביעה נוספים. על יסוד הנטען עתר מר בודה לתשלום זכויות שונות בשיעור כולל של כ-133,000 ש"ח, מתוכם כ-90,000 ש"ח בגין הפרשי שכר. כן עתר לחיוב המערערת בפיצויי הלנת שכר ובפיצוי בגין הפרת חוקי העבודה וחוסר תום לב.

57. בכתב ההגנה דחתה המערערת את טענותיו של מר בודה וטענה כי פעלה כדין, כי מילאה את כל חובותיה כלפיו וכי התנהלותו מנוגדת לחובת תום הלב המוטלת עליו ומהווה עשיית עושר ולא במשפט. לדברי המערערת, הוסכם עם מר בודה על אופן תשלום השכר והזכויות הסוציאליות. כך, הוסכם ששכר העבודה יהיה בדמות כספי התשר שיקבל מלקוחות המסעדה, הסכם זה אינו סותר איזה מחוקי המגן ומר בודה היה מודע לו. שכרו של מר בודה עלה במידה משמעותית על שכר המינימום ושולם לו בתלוש השכר. התלוש כלל תשלום עבור שעות הבסיס וכן "מקדמה" המשקפת את כספי התשר שהתקבלו במזומן. כיוון שמר בודה קיבל את התשרים במזומן, קודם להוצאת התלוש, קוזז תשלום זה מהשכר ונקרא "מקדמה". לשיטת המערערת, הדבר עולה בקנה אחד עם סעיף 1 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958 (להלן – **חוק הגנת השכר**), המאפשר תשלום שכר בצורה של "תשלומים אחרים". עוד הוסכם שאם שכרו של מר בודה מתשרים יפחת משכר המינימום (ביחס לשכר יומי כולל מתשרים חלקי מספר שעות עבודתו), או-אז תשלום



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

המערערת את היתרה עד לשכר המינימום – מצב שלא אירע מעולם. אשר לטענת מר בודה שלפיה לא שולם לו רכיב ה"מקדמה" שבתלוש השכר, נטען כי היא אינה סבירה משום שתוצאתה היא שמשך כל תקופת עבודתו עבד מר בודה בשכר של כ-500 ₪ לחודש, מבלי שפצה פה. ההסבר היחיד לכך, לשיטת המערערת, הוא שמר בודה נטל לכיסו תשר בסכומים גבוהים הרבה יותר מאשר דווח. המערערת העלתה טענות נוספות ביחס ליתר רכיבי התביעה.

פסק דינו של בית הדין האזורי

58. בית הדין האזורי (השופטת הבכירה מיכל לויט ונציגי הציבור גב' חנה קפלניקוב ומר אורי מתתיהו; סע"ש 11611-10-12; פסק דין מיום 3.1.2016) קיבל את התביעה ברובה והורה למערערת לשלם למר בודה סך כולל של כ-117,000 ₪, מתוכם כ-70,000 ₪ כהפרשי שכר, משקבע כי אין למנות את כספי התשר ששולמו למר בודה במזומן על ידי לקוחות המסעדה, כחלק משכר העבודה. להלן נפרט את עיקרי פסק הדין, בדגש על החלקים הרלוונטיים לענייננו, שביחס אליהם הוגש הערעור (הפרשי השכר, לרבות השעות הנוספות, דמי המחלה ושכר הטרחה):

1. פדיון מחלה: אף שיום העבודה האחרון בפועל של מר בודה במסעדה היה 28.1.2012, יש להוסיף על כך 30 יום, שהם ימי המחלה שמר בודה היה זכאי להם מתוך כלל תקופת אי-הכושר שנקבעה לו. לפיכך יש למנות את תקופת עבודתו עד ליום 27.2.2012. מר בודה זכאי לתשלום ימי מחלה בשיעור של 6,426 ₪, על פי התחשיב שהגיש, בהעדר תחשיב נגדי.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

2. שכר עבודה: אין חולק כי שכר העבודה במסעדה שולם, רובו ככולו, באמצעות תשר במזומן ששולם ישירות מהסועדים. למר בודה לא שולם שכר עבודה ישירות על ידי המערערת, בהתאם לשעות עבודתו. בין הצדדים סוכם על תשלום סך מינימלי של 24 ₪ לשעה (ולא 20.7 ₪ לשעה, כשיעור שכר המינימום השעתי בתקופה הרלוונטית) ובתלוש השכר נוכח סכום שנרשם כ"מקדמה", שהיא, על פי עדות עדת המערערת, "כסף שהוא קיבל מהלקוחות לפי חישוב של 24 ₪ לשעה על פי השעות שדיווח. את זה הוא כבר קיבל מהלקוחות אז לא צריך לשלם שוב". המערערת לא הציגה ראיה כלשהי לגבי היקף סכומי התשר ששולמו למר בודה במזומן ומועד תשלומם ועל כן המקדמה שנוכחה לו היתה בגדר השערה בלבד. לפיכך "יש להתייחס לסכומים המופיעים בתלושי השכר כסכומי הנטו" ורק אותם, ללא המקדמה, יש להביא בחשבון כשכר ששולם בפועל בגין עבודתו של מר בודה.
3. שעות נוספות: שעות העבודה לא צוינו כנדרש בתלושי השכר, עד לתלוש חודש מרץ 2011, וגם ממועד זה הרישום אינו תואם בהכרח את שעות העבודה בפועל. יחד עם זאת, מר בודה אימץ בסיכומיו את היקף שעות העבודה כמפורט בתצהיר המערערת, כבסיס לחישוב הפרשי השכר והנלווים, ובהעדר נתונים פוזיטיביים אחרים, יש לאמץ בסיס זה. על רקע כלל הנסיבות, ובהן אי מסירת הודעה למר בודה על תנאי עבודה, כנדרש בחוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה (תנאי עבודה והליכי מיון וקבלה לעבודה), התשס"ב-2002, "כאשר רב הנסתר על הגלוי", ושעה שלא מר בודה "הוא שהציב את נורמות ההתנהלות ונורמות התשלום השכר במסעדה" – יש להפעיל את הספק לחובת המערערת, כמי שעליה מוטלת החובה על פי דין "לנהל רישום מדויק של שעות



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

העבודה והשכר המשולם, על רכיביו השונים, ולרבות תשלום שעות נוספות."

אין מחלוקת כי מר בודה עבד מפעם לפעם בשעות נוספות. כאמור, המערערת לא הציגה דו"חות נוכחות שלו או כל רישום אחר מזמן אמת בדבר שעות עבודתו, ולא ניהלה רישום כנדרש של שעות העבודה, לרבות עבודה בשעות נוספות. אין כל נימוק לחוסר רישום זה ולא היתה כל מניעה לעשותו. אף אם מר בודה הוא שביקש לעבוד בשעות נוספות, אין בכך כדי לפטור את המערערת מחובותיה על פי דין, משאישרה זאת. המערערת טענה להסכם בעל פה לתשלום שכר הכולל בתוכו גמול עבודה בשעות נוספות, הבראה, חופשה ופנסיה, אך לא הוכיחה כי ניתנה הסכמה לכך. אף אילו היתה מוכחת הסכמה כאמור, אין ליתן לה תוקף נוכח פערי הכוחות בין הצדדים. בנוסף, לאור הוראות סעיפים 5 ו-26ב(ג) לחוק הגנת השכר, יש להחיל את החזקה שלפיה שולם למר בודה שכר כולל שיש לראותו כשכר רגיל בלבד, כלומר, לא כולל תשלום בגין שעות נוספות. תחשיב מר בודה לא נסתר על ידי המערערת והוא עומד בגבולות המכסה הקבועה בסעיף 26ב(ב) לחוק הגנת השכר, ולכן יש לקבלו. המערערת חויבה לשלם למר בודה הפרשי שכר כולל שעות נוספות, בשיעור של 69,227 ₪.

4. פיצוי בגין הפרת חוק שכר מינימום וחוק הגנת השכר: לפי נתוני שעות העבודה שהציגה המערערת וריכוז סכומי הנטו כפי שרשום בתלושי השכר, הסכום השעתי ששולם למר בודה הוא 4.56 ₪ לשעה. המערערת טענה שהיתרה שולמה באמצעות התשר, אך מאחר שסכומי התשר לא עברו דרך קופת המסעדה ולא נוהל כל רישום לגביהם, על פי הפסיקה הם לא נחשבים לתשלום שכר לעניין שכר מינימום. לפיכך, משנדחתה



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

- טענת המערערת בדבר אופן תשלום השכר על ידה, ובהעדר תחשיב נגדי, יש לקבל את תחשיב מר בודה לעניין אי תשלום שכר מינימום.
5. בנוסף חויבה המערערת לשלם למר בודה דמי הבראה (3,313 ₪), פדיון חופשה (3,315 ₪), דמי נסיעות (3,111 ₪), פיצוי בגין אי ביצוע הפרשות לפנסיה (2,629 ₪) ופיצוי בגין חוסר תום לב והפרת חוקי העבודה (5,000 ₪). נדחתה התביעה לתשלום דמי חגים, ופיצויי הלנת השכר הועמדו על הפרשי הצמדה וריבית כחוק בלבד.
6. לאור כל האמור, המערערת חויבה בהוצאות מר בודה ובשכ"ט עו"ד בסך של 10,000 ₪.

טענות המערערת בערעור

59. המערערת הגישה ערעור על פסק הדין – "על רכיב השכר, השעות הנוספות, דמי המחלה ושכ"ט כנלווה לרכיבים אלו בלבד". בהודעת הערעור הרחיבה בסוגיית התשר מבחינה עקרונית, על פי ההלכה הפסוקה, עמדת המחוקק ו"זווית הראיה החשבונאית" וכן פרשה עמדתה באשר לנסיבות המקרה הקונקרטי. בתמצית, המערערת סבורה כי בנסיבות העניין, שלפיהן, בין היתר, מר בודה "נהנה מכסף 'שחור' ובלתי מדווח, לא רשם תקבול ולא שילם מס כמתחייב", יש לראות בבספי התשר ששולמו לו על ידי הלקוחות שכר עבודה לכל דבר ועניין. לדידה, פסק הדין מושא הערעור סותר את הפסיקה בנושא ומביא לתוצאה "עקומה, בלתי סבירה, ומנותקת-מציאות עובדתית ומשפטית, בתוצאתו הכספית".

60. ולטענות המערערת בהרחבה. המערערת סבורה כי יש לראות בתשר שכר עבודה לכל דבר ועניין, לפי סעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

– פקודת מס הכנסה), ללא קשר לשאלת הרישום, וזאת בהתקיים שני תנאים:
א. העובד ידע כי התשר משולם לו כשכר עבודה והסכים לכך; ב. שכרו עלה על שכר המינימום. לטענתה, במקרה דנן מתקיימים התנאים הללו, ועל כן יש לראות בכספי התשר ששולמו למר בודה שכר עבודה. עוד נטען כי גם אם נדרש "פיקוח על כמות הטיפים בדיווח המלצר", הרי שבמקרה דנן התקיים פיקוח זה "בדמות דיווחיו של המשיב למסעדה על שעות הנוכחות", וטענתו כי לא ידע כמה הוא משתכר ומהם תנאי עבודתו היא בגדר היתממות, הגובלת בעשיית עושר ולא במשפט. התעלמות בית הדין האזורי מכספי התשר וקביעתו הנגזרת מכך שלפיה מר בודה השתכר סך של כ-4.5 ₪ לשעה בלבד, מהוות עצימת עיניים אל מול המציאות.

לטענת המערער, הפסיקה "מכירה בתשלום הטיפים כ'שכר', אף אם נשתלם ישירות מן הסועד למלצר". לעניין זה נזכרים פסקי הדין בעניין מלכה ובעניין כהן וכן מספר פסקי דין של בית הדין האזורי בתל אביב-יפו, שעולים מהם, לשיטת המערער, בקיעים בכל הנוגע לתנאים שנקבעו בעניין מלכה לעניין סיווג תשר כהכנסה מעבודה, ושנקבע בהם כי אם הוכח בבירור שהמלצר קיבל שכר מינימום מכספי תשר ששולמו לו ישירות על ידי הלקוחות, יש לקבוע כי כספי התשר הללו מהווים הכנסה מעבודה אף אם לא נרשמו בקופת המעסיק. לפיכך יש לבטל את חיובה בתשלום הפרשי שכר מינימום ושעות נוספות. המערער טוענת שאם יידחה ערעורה, המשמעות תהא – א. מתן כפל שכר למר בודה ועשיית עושר ולא במשפט על ידו; ב. עשיית עושר ולא במשפט על חשבון המסעדה ולקוחותיה; ג. פתיחת שערי בית הדין לכל המלצרים, להגשת תביעות לתשלום שכר עבודה, שמשמעותה "אסון כלכלי על המסעדנים בישראל".



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

61. המערערת מציינת כי סוגיית התשר היא "פתלתלה ובעייתית" ובעלת השלכות רחב משמעותיות ביותר. לדבריה, בענף המסעדות נוצר "נוהג שוק" שהפך לנורמה מקובלת, ועל פיו תשר נחשב לשכר עבודה, וכי כך עולה אף מדיון שנערך בעניין בכנסת. שינוי מ"נוהג שוק" זה יש לעשות רק "בעבודה מקיפה ובין משרדית, של כלל השחקנים בענף... על ידי המחוקק, בחוק מסודר, ובתקנות מכוחו...".

62. אשר לשאלה על מי יש להחיל את חובת רישום התשר, המערערת סבורה כי זו חלה על המלצר, בהיותו מקבל התשר, והוא גם זה שחב בתשלום מס הכנסה בגינו. לגבי מס ערך מוסף, המערערת סבורה כי באופן עקרוני יש להטילו רק על תשר שעבר בקופת המסעדה, ומוסיפה כי לפי פסק דינו של בית הדין האזורי, אם התשר אינו עובר בקופת המסעדה ואינו נחשב שכר, על המלצר לשלם בגינו מס ערך מוסף.

63. טענה נוספת בפי המערערת היא כי הסכם העבודה בינה ובין מר בודה היה ברור לשני הצדדים וכי ביטולו על ידי בית הדין קמא נעשה באופן חד צדדי והטיל רק עליה את חובת התשלום, מבלי לדרוש ממר בודה את הכספים שגרף לכיסו ומבלי להשיב את המצב לקדמותו. לשיטת המערערת, על בית הדין הארצי לתקן זאת ולהורות למר בודה להשיב לקופתה את כספי התשר ששולמו לו ישירות – "כיון שהטיפים אינם שכר – הרי שייכים הם למערערת ועל המשיב להשיבם". עוד נטען כי בשתיקת המשיב בבית הדין האזורי, כשנשאל על סכומי התשר שקיבל במזומן, "מקופלים האמת, חוסר תום הלב, עשיית העושר וניצול הפרצה החוקית של האנומליה בתחום זה", ואל לו לבית דין זה לקבל את עמדת מר בודה שלפיה לא השתכר בתקופת עבודתו אצל המערערת שכר מינימום. מר בודה מעולם לא פנה למערערת בטענה ששכרו



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

לא הגיע לשכר המינימום ומכאן שהשתכר שכר נאה, וודאי לא למקרים כאלה כיוון המחוקק בחקקו את חוק שכר מינימום.

64. לטענת המערערת, תוצאתו של פסק הדין אינה מתיישבת עם עקרון תום הלב המוגבר ביחסי עבודה והיא אינה אפשרית במישור המעשי, "משמזובר בסכום עתק... והשתתו על מסעדה שאין בכוחה לעמוד בנטל זה, גם לו היה מוצדק... זאת עוד בטרם ניתן דעתנו להשלכות הרוחב של פסיקה זו", וזו גזירה שציבור בעלי המסעדות אינו יכול לעמוד בה. המערערת מוסיפה כי בית הדין האזורי "נצמד בפסיקתו לחוק שכר מינימום כדין קוגנטי" אך התעלם מההפרה הבוטה של חובת תום הלב על ידי מר בודה. לשיטתה, בנסיבות העניין, שעה שמר בודה השתכר "השתכרות כפולה, מכופלת ומשולשת", הרי שגם אם הופר הדין הקוגנטי, עליו לסגת מפני עשיית העושר ולא במשפט של מר בודה ומפני חוסר תום לבו, כפי שמורה ההלכה הפסוקה, למשל בעניין בוכריס (דב"ע (ארצי) נה/3-145 מדינת ישראל, משרד השיכון – בוכריס, פד"ע לו 1, 9 (1997)).

65. עוד מעלה המערערת טענות הנוגעות לסיום יחסי העבודה עם מר בודה ולדמי המחלה. לעניין זה נטען כי בית הדין קבע שמר בודה פוטר, אף שמעדות המשיב עצמו עולה כי התפטר, ועל כן היה מקום לדחות את התביעה לדמי מחלה. עוד נטען בהקשר זה כי מר בודה ניסה לטעון בתביעה שהגיש למוסד לביטוח לאומי שנפגע בעבודה אף שנפצע במשחק כדורסל בשעות הפנאי, וגם בכך מתגלה התנהלותו בחוסר תום לב.

טענות מר בודה בערעור

66. מר בודה סבור כי אין כל הצדקה להתערב בפסק דינו של בית הדין האזורי. לדבריו, הקביעה שלפיה בנסיבות המקרה אין לראות את התשר ששולם לו



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

כשכר עבודה, עולה בקנה אחד עם ההלכה הפסוקה לעניין זה. עמדת מר בודה היא כי תשר שניתן למלצר במזומן על ידי הלקוח ישירות הוא תשלום וולונטרי שהלקוח אינו מתכוון שיבוא תחת שכר העבודה שעל המעסיק לשלמו, אלא ניתן על ידי הלקוח כ"הערכה אישית של הלקוח לשרות האישי שניתן לו ע"י המלצר".

67. לטענת מר בודה, המערערת מעלה השגות בעניינים עובדתיים, שלגביהם הלכה פסוקה היא שערכאת הערעור לא תתערב אלא במקרים חריגים; השגות בעניינים משפטיים שכבר נדונו והוכרעו; וטענות לגבי מצבה הפיננסי והשלכות הרוחב על ציבור המסעונים – טענות שאינן רלוונטיות. מר בודה מבקש, אפוא, שלא יינתן כל משקל לטענות לגבי ממצאים עובדתיים שנקבעו, משלא הובאה כל טענה או ראיה חדשה המצביעה על טעות בפסק דינו של בית הדין קמא. גם לטענות בדבר מצבה הפיננסי של המערערת אין לשעות, משאינו רלוונטי ולא הוכח. מר בודה מתייחס בפרוטרוט לכל אחת מטענות המערערת, וטוען, בין היתר, כי "מי שחטא בהעלמת מס ובכסף שחור" היא המערערת עצמה, אשר יזמה את הסכם העבודה עם המשיב ובכך "חסכה לעצמה את תשלום המע"מ בגין תשרים אלו, וכן את התשלום לזכויות סוציאליות למשיב". עוד מציין כי אם כטענת המערערת, התשר הוא חלק מתשלום השכר, הרי שיש בכך משום תקבול בעקיפין, המחויב בדיווח, בתשלום מע"מ וברישום בספרי העסק. טענה נוספת בפי מר בודה היא כי בנסיבות העניין, גם אילו היה מקבל את כספי התשר בתלוש השכר, לא היה משלם בגינם מס בשל היותו בתקופה הרלוונטית חייל משוחרר, בעל משפחה שזו הכנסתו היחידה. לפיכך, הוא לא הרוויח מההסכם עם המערערת, אלא הפסיד את זכויותיו הסוציאליות. מר בודה מבקש לערוך הבחנה בין שאלת החבות במס הנובעת מתשלום התשר ובין השאלה אם המערערת קיימה את



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

חובתה שבדין לשלם לו שכר עבודה, בכך שהסתמכה על הלקוחות ומבלי שהיה בידה פירוט כלשהו בעניין. עוד מפנה מר בודה לפסקי הדין השונים שניתנו ביחס למעמדו של התשר ומכחיש את טענת המערערת שלפיה חלו בהם שינויים כלשהם. לבסוף, מר בודה מכחיש את טענות המערערת בנוגע לשעות הנוספות ולדמי המחלה, טוען כי התנהלה בחוסר תום לב הן באופן העסקתו והן בהליכים בבית הדין, וכי תוצאת פסק הדין מושא הערעור היא "התנהלות נכונה וראויה בהתאם לחוק" ובהתאם לרצון המחוקק.

הבקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין והמשך הליך הערעור

68. בד בבד עם הגשת הערעור הגישה המערערת בקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין. בהחלטה מיום 12.4.16 (השופט מ' טוינה), התקבלה הבקשה בחלקה, כך שעוכב תשלום מחצית הסכום שנפסק כפיצויי שכר – 35,000 ₪, בכפוף להפקדת ערבות בנקאית על סכום זה. בחלוף כשנה וחצי, משלא הפקידה המערערת את הערבות הבנקאית כנדרש (לטענתה, בשל טעות בתום לב) ומשבעקבות זאת נפתחו נגדה הליכי הוצאה לפועל, ביקשה המערערת "לאשרר" את ההחלטה מיום 12.4.16. בקשתה זו נדחתה בהחלטה מיום 15.11.17 (השופט ר' פוליאק).

69. בהחלטה מיום 18.4.17 הוריתי על קיום הדיון בהליך בהרכב מורחב של שופטים, בהתאם לסעיף 20(א) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969. ביום 11.5.17 הוחלט על צירוף ההליך בתיק קיס להליך זה, לאור הסוגיה



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

המשותפת לשני ההליכים, וכן הוחלט על קבלת עמדתו של היועמ"ש ביחס לסוגיות העולות בכל אחד משני ההליכים הללו. בהחלטה נוספת התבקשו גם עמדותיהם של איגוד המסעדות ושל איגוד המלצרים (להלן יחד – **האיגודים**). הן היועמ"ש והן האיגודים הגישו עמדותיהם, כמפורט להלן.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

70. עמדת היועמ"ש, בתמצית, היא כי ראוי להסדיר בחקיקה את סוגיית מעמדו של התשר, וכי עד להסדרה כוללת בחקיקה או על ידי בית המשפט העליון, יש להותיר – במישור דיני העבודה – את הלכת **מלכה** על כנה. לעומת זאת, בתחום דיני הביטוח הלאומי ובתחום דיני המס, מאחר שהסוגיה טרם הוסדרה בחקיקה, בכוונתו "**להביא את עמדתו פעם נוספת לפני בית המשפט העליון בהליך המתאים**", שכן ההלכה שנקבעה בדנג"ץ **כהן מעוררת קשיים שונים, ובהם חיוב המוסד לשלם למבוטחיו "קצבאות נכות וקצבאות מחליפות שכר, בגין הכנסות שלא שולמו בגין דמי ביטוח"**. לפי עמדת היועמ"ש, כפי שהובאה אף במסגרת דנג"ץ **כהן** ושאף עתה הוא מפנה אליה, אם הכנסה מתשר היא בגדר הכנסה מעבודה לפי סעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה, יש לראות את התשר כתקבול של בעל העסק המשתלם על ידי הלקוחות בגין השירות הניתן להם על ידי המלצרים כעובדי העסק, ולא כהכנסה של המלצר עצמו. סיווג זה, לדידו, ייתן מענה למכלול ההיבטים המשפטיים המתעוררים בעניין. היועמ"ש מציין כי דעת הרוב בדנג"ץ **כהן** "**בחרה שלא לאמץ או לדחות**" את עמדתו, נוכח הנסיבות המחייבות את הסדרת הנושא על ידי המחוקק, וכי בהמשך לפסיקה זו, הונחו גורמי המקצוע לקדם חקיקה שתסדיר את סוגיית התשר. אלה החלו בקידום העניין, אולם "**הדרג הפוליטי החליט שלא לקדם את תיקוני החקיקה**".



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

71. לעניין הלכת מלכה, היועמ"ש מצוין כי לאחר שניתנה ובהתאם לה, "מיישמות רשויות האכיפה את מבחן הרישום בספרים לצורך אכיפת הוראותיו של חוק שכר מינימום" וחוקים קוגנטיים נוספים, והוא סבור שיש להותירה על כנה. לדבריו, מבחן הרישום בספרים מאפשר פיקוח פשוט וברור על תשלום שכר מינימום, ומנתונים שנמסרו על ידי משרד העבודה והרווחה והשירותים החברתיים, עולה כי אמצעי זה הוכח כיעיל בתחומי האכיפה. היועמ"ש מביע חשש שאם ישונה מבחן הרישום בספרים, לא ניתן יהיה ליישם את הוראות החוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, התשע"ב-2011, במיוחד לגבי סנקציות פליליות מכוח חוקי המגן. עוד מוסבר כי הותרת הלכת מלכה על כנה (בעוד היועמ"ש סבור שיש לשנות את הקביעות הנוגעות למעמד התשר בהקשר לדיני הביטוח הלאומי ודיני המס) מתיישבת עם עמדתו של בית דין זה, כמו גם עמדת בית המשפט העליון, שלפיה התשובה לשאלת סיווג התשר אינה צריכה להיות אחידה בכל התחומים שבהם היא עולה.

עמדת איגוד המסעדות

72. איגוד המסעדות הוא עמותה רשומה הפועלת משנת 2001 כמוסד ללא כוונות רווח (מלכ"ר), וחברים בה למעלה מ-700 עסקים בתחום המסעדות. על פי תקנונו, הוא אינו ארגון מעסיקים.

73. איגוד המסעדות סבור כי "תשר המתקבל בידי המלצרים בענף המסעדות, מהווה הכנסה של המלצרים המשולמת על ידי מי שאינו מעסיקם ומהווה כחלק בלתי נפרד משכר עבודתם". לדבריו, פסקי הדין שניתנו בעניין עד היום, איזנו בין מרבית האינטרסים המתחרים, והסדרת העניין באמצעות הפסיקה עלולה להפר את האיזון שהושג באמצעות פסקי דין קודמים. לדידו, יש להסדיר את מעמד התשר באופן כולל, בהתאם למצב הנוהג כיום, אך זאת לא



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

בחקיקה שיפוטית אלא בחקיקה ראשית ובשיתוף כלל משרדי הממשלה, מאחר שלרשות המחוקקת יש עדיפות על פני בית המשפט בהסדרת הסוגיה באופן מאוזן, לאור מורכבותה.

74. האיגוד סבור שיש להוסיף ולהתייחס לתשר כאל תשלום וולונטרי המשולם "כנדבת לבו של הלקוח" ו"מהווה שכר של המלצר" שאינו בשליטת המסעדה. לעמדתו, יש לקבע את הפרקטיקה הנוהגת כיום, מבלי לפגוע בהכנסות של המלצרים מחד גיסא ושל המסעדות מאידך גיסא. על פי פרקטיקה זו, בהתאם לפסיקה: על המעסיק לוודא שמלוא הזכויות הסוציאליות משולמות ומופרשות לכל הפחות בגובה שכר המינימום; אם התשר אינו מגיע לשכר המינימום – על המעסיק להשלים זאת; התשר נרשם בספרי המסעדה – ביומן המלצרים, אך אינו מהווה הכנסה חייבת במס. בהתאם, הזכויות הסוציאליות משולמות מתוך כספי התשר. וביתר פירוט – בהסכם בין המלצר למסעדה נקבע שהתשר שייך למלצר ושעל המסעדה להבטיח שכר בשיעור שכר המינימום; נוסף על שכר המינימום, המסעדה "מטפלת" בתשלום דמי נסיעה ודמי הבראה כחלק משכר כולל וכן דמי חופשה, המופרדים מהשכר הכולל; לצורך תשלום השכר מובאים כספי התשר בחשבון ואם יש צורך, ניתנת השלמה עד לשכר המינימום. אם התשר עולה על שכר המינימום, היתרה נותרת בידי המלצר; התשר מועבר ל"כוס טיפים" ומחולק מדי יומיים-שלושה על ידי האחראי מקרב המלצרים או המעסיק; עד חלוקתו נשמר התשר בנפרד מקופת המסעדה עבור המלצרים ואינו בשליטתה; המסעדה מנהלת יומן שירות שבו נרשמים פרטים שונים, על פי דין; התשר נרשם ביומן השירות אך לא מוקלד בקופת המסעדה.

לעמדת איגוד המסעדות, פרקטיקה זו מבטיחה שלמלצר ישולם לכל הפחות שכר מינימום וכן תובטחנה זכויותיו הסוציאליות בשיעור זה, כמו גם תשלום המס



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

בשיעור זה. עמדת איגוד המסעדות היא ששינוי הפרקטיקה הנוהגת עלול להביא לנזקים חמורים, לרבות "אסון כלכלי על ענף המסעדות", בשל פגיעה במלצרים ו"ייקור דרמטי בשירותי המסעדה". זאת משום שאם ייראה התשר כתקבול של בעל העסק, מבחינה כלכלית לא יהיה באפשרותו להעביר את מלוא התשר לכיס המלצר, בשים לב לכל המשתמע מכך, לרבות החובה לשלם מס ערך מוסף בגין כספי התשר. בתמצית, "סטייה מההלכה... והסדרה פסיקתית... עלולה להביא בסבירות גבוהה ביותר לתוצאות קשות עבור ענף המסעדות...".

עמדת הסתדרות הנוע"ל

75. תחילה יצוין כי עמדת איגוד המלצרים הוגשה באמצעות הסתדרות העובדים הכללית החדשה – הסתדרות הנוער העובד והלומד (להלן – **הסתדרות הנוע"ל** או **ההסתדרות**), שעל פי הודעתה, היא האורגן המוסמך מטעם הסתדרות העובדים הכללית החדשה לארגן ולייצג את **העובדים בענף המזון המהיר ובענף המסעדות, בתי הקפה והפאבים**". לפיכך, ובהעדר איגוד מלצרים נפרד הביאה היא עמדתה בסוגיות שעל הפרק. ההסתדרות מפרטת כי היא ארגון יציג במספר מקומות עבודה בענף המזון המהיר וההסעדה ואף חתומה על הסכמים קיבוציים בענף המזון המהיר.

76. עמדת ההסתדרות, בתמצית, היא כי "תשר המחולק למלצרים בענף המסעדות, במציאות שנוצרה בישראל בשנים האחרונות, מהווה חלק בלתי נפרד משכר העבודה לכל דבר ועניין". ההסתדרות מבקשת כי בית דין זה יוציא מלפניו "הלכה ברורה שתסדיר את המצב הנוהג בשוק בו 'כל מעסיק



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

הישר בעיניו יעשה', באופן שיביא לאכיפת חוקי העבודה בענף ויבטיח את תנאי העבודה של ציבור המלצרים בישראל".

77. בעמדתה מרחיבה הסתדרות הנוע"ל על המתרחש בענף המסעדות. לדבריה,

ענף זה הפך לענף עצום המהווה כ-10% מסך העסקים הקטנים בישראל, תוך השלכה על אופן ההעסקה בו; בעבר כלל לא נהוג היה להשאיר תשר בישראל, אך החל משנות ה-90 של המאה ה-20, החלו בעלי המסעדות לשלם את שכר המלצרים באמצעות התשר; עובדי ענף המסעדות הם חסרי ביטחון תעסוקתי וזכויות סוציאליות; העדר דרישות מקצועיות והאפשרות לעבוד במשמרות מושכים לתחום בעיקר בני נוער וסטודנטים; גילם הצעיר, חוסר ניסיונם בשוק העבודה וארעיות העסקתם, מקשים עליהם לדעת את זכויותיהם כעובדים ולעמוד עליהן; בשנים 2014-2017 עבדו בענף "שירותי אוכל והארוחה" בין 146,000 ל-200,000 עובדים, כמחציתם בני 20-29. מתוך כלל העובדים הללו, בשנת 2016, הועסקו ב"שירותי מזון במסעדות, מזנונים והגשת משקאות" כ-90,000 עובדים, כמחצית מהם במשרה חלקית.

78. לטענת ההסתדרות, השארת תשר למלצרים היא "נורמה חברתית מושרשת

ורוחת מאוד, עד כדי הטלת ספק בדבר מידת 'הוולונטריות' של מוסד התשר", ובי "כיום ה'תשר' הוא בפועל תשלום למלצר עבור עבודתו הרגילה במסעדה, ללא קשר הכרחי למידת ההערכה של הסועד ביחס לשירות שקיבל, וכנגזרת קבועה, פחות או יותר, מעלות ההזמנה של הלקוח". לדבריה, מצב יחסי העבודה בענף המסעדות, שבו המעסיקים הם שמכתיבים את תנאי ההעסקה באופן חד צדדי ושולטים בכספי התשר, חותר תחת הוראות חקיקת המגן. לטענתה, מעסיקים רבים מנצלים את שליטתם בכספי התשר כדי "להתפרק באופן חלקי או מלא" מחובותיהם על פי חוק – למשל בהוצאת תלושי שכר פיקטיביים שאינם משקפים את מלוא השכר, בתשלום זכויות



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

סוציאליות לגבי חלק מהשכר בלבד, באי רישום מדויק של שעות העבודה ושיעור התשר ועוד. בנוסף, המעסיקים מנצלים את שליטתם בכספי התשר כדי לממן את שכרם של כלל עובדי המסעדה, ללא קשר לעומס העבודה או לעבודה שבוצעה בפועל, גם בין עובדים שאינם נותני שירות, וכדי להכתיב סדרי עבודה נצלניים ופוגעניים.

79. ההסתדרות סוקרת בעמדתה את המצב המשפטי הקיים בנוגע למעמד התשר, הן בהקשר של חוק שכר מינימום והלכת **מלכה**, והן בהקשר של דיני הביטוח הלאומי והלכת **כהן**. לגבי עניין **מלכה** ומעמד התשר כשכר עבודה, נטען כי עם השנים חל בה כרסום, משלפתחי בתי הדין האזוריים הגיעו מקרים שהיה ברור בהם שהמבחינים שנקבעו בעניין **מלכה** אינם תואמים בהכרח את המציאות היומיומית בענף, ואז, משיקולים של עשיית צדק ותום לב, הוכר התשר כשכר עבודה גם אם לא עבר בקופת המסעדה. כך נעשה, למשל, במקרים שבהם הוכחה שליטה של המעסיק בחלוקת התשר, לרבות באמצעות רישומו, או מקום שבו התקיימה תכלית חוק שכר מינימום. כלומר, מסכמת ההסתדרות הנוע"ל, נקודת המוצא שהנחתה את בית הדין הארצי בעניין **מלכה**, שלפיה תשר שאינו עובר בספרי המעסיק אינו שכר עבודה, "כבר אינה מכווינה את פסיקת בתי הדין לעבודה, בהם הלכה זו צומצמה למבחן מחמיר פחות, באופן ניכר".

בכל הנוגע לתשלום הזכויות הסוציאליות, ההסתדרות סבורה כי מפסיקת בתי הדין האזוריים עולה מגמה ברורה, שלפיה "יש לפסוק לעובד תשלום זכויות סוציאליות לפי השכר של המלצר כולל התשרים, ללא קשר לשאלה אם התשרים מהווים שכר עבודה באותו מקרה. בנוסף, בתי הדין האזוריים לא מקבלים את הנורמה הבעייתית שהשתרשה בענף המסעדות, בה מימון הזכויות הסוציאליות של המלצרים נעשה על ידי התשרים". לדברי



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

ההסתדרות, מבחינה מהותית מתייחסת פסיקת בתי הדין האזוריים לתשר כאל שכר עבודה לכל דבר ועניין, וכרכיב נפרד לצורך חישוב הזכויות הסוציאליות המגיעות לעובד. מצב הדברים הנתון, משלימה ההסתדרות, הוא שבועוד שיש פסיקה כאמור של בתי הדין האזוריים, "טרם ניתן פסק דין מנחה של בית הדין הארצי לעבודה המחייב מסעדות להפריש זכויות סוציאליות על התשר שמשולם לעובדים והמהווה למעשה את עיקר הכנסתם מהעבודה והמצוי בשליטת המעסיק" – וקיים צורך בהלכה שכזו.

80. לסיכום, הסתדרות הנוע"ל טוענת שהמצב השורר כיום בענף המסעדות הוא "כאוטי" ושרוב המעסיקים מנצלים את פערי הכוח הקיימים בינם ובין כלל העובדים ובהם המלצרים ונוהגים בכספי התשר בבשלהם, לרבות אי תשלום זכויות סוציאליות ביחס לכספים אלה. במצב דברים זה ונוכח פסיקת בתי הדין האזוריים, ברי שהגיעה העת לשנות את הלכת מלכה. אילו המעסיקים היו משלמים לעובדיהם שכר הוגן, ללא הסתמכות וללא שליטה על כספי התשר, ניתן היה להסדיר את הענף באופן המכיר, במקרים המתאימים, בתשר כתשלום וולונטרי הניתן למלצר כמתנה מיוחדת, ללא קשר לשכרו. לשיטת ההסתדרות, "צו השעה מחייב לשנות את ההלכה באופן שיסדיר את מעמד התשר כשכר" ועד להסדרת הנושא בחקיקה או בהסדרה קיבוצית, "יש להסדיר את סוגיית מעמד התשר כשכר בצורה קוהרנטית ואחידה לגבי כלל העניינים הנוגעים לשכר עבודה וזכויות סוציאליות, לרבות בהקשר של ביטוח לאומי". עמדת ההסתדרות היא ש"כל תגמול או רווח כספי אותו מקבל העובד במסגרת עבודתו בחצרו של המעסיק, לרבות תשרים, ללא קשר למבחן הרישום בספרי המעסיק... – הוא שכר עבודה לכל דבר ועניין", כלומר, צריך להירשם בתלוש השכר, ויש לשלם בגינו זכויות סוציאליות ודמי ביטוח לאומי, בהתאם לדין. עוד סבורה ההסתדרות כי ראוי לקבוע באופן פוזיטיבי "שחובת



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

הרישום, המעקב, תשלום השכר והדאגה לזכויות העובד היא חובתו של המעסיק כבכול מקום עבודה אחר", וכן ראוי להבהיר שתשר שמשולם עבור שירות, נועד רק למלצר ואל לו למעסיק לעשות בו כל שימוש, פרט לתשלום שכר המלצר. ההסתדרות חותמת עמדתה בקריאה שלא להחריג את ציבור המלצרים מכלל העובדים ולהסדיר את תנאי עבודתם כך שדיני העבודה יחולו עליהם כמו על יתר העובדים.

הדיון בערעורים

81. ביום 13.12.17 התקיים דיון בשני ההליכים שבכותרת, כל אחד מהם בנפרד, בהשתתפות בעלי הדין ובאי כוחם וכן באי כוחם של הגורמים השונים שעמדתם נדרשה. תחילה התקיים הדיון בתיק בודה, ובפתחו העמיד בית הדין את השאלה העקרונית – "האם ראוי הטיפ להיחשב כשכר עבודה? גם לצורך שכר מינימום וגם מעבר לשכר מינימום".

82. בא כוח המערער (ד.ע. יבוא וניהול מסעדות בע"מ) ציין כי ניתן להסדיר את הסוגיה בפסיקה, וכי רצוי לקבוע הלכה ברורה ופשוטה ככל הניתן. לעמדתו, לכתחילה אין לראות את כספי התשר כשכר עבודה. לשאלת בית הדין השיב שגמול השעה הנוספת צריך להיות מחושב על בסיס שכר המינימום בלבד, לא כולל התשר, ושאת יתרת כספי התשר, לאחר ששולם מהם שכר המינימום, יש להעביר למלצר ישירות, מבלי שתירשם בקופת המעסיק ומבלי שישולמו בגינה זכויות שונות, כגון פיצויי פיטורים, והיא מהווה "זכויות סוציאליות". בהמשך הוסיף כי אם בית הדין סבור שיש לשלם מכספי התשר, נוסף על שכר המינימום גם זכויות סוציאליות, הרי שיש לחזור "לשיטה שלא יהיה טיפ והשכר כולו ישולם על ידי המסעדה". בית



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

הדין העלה אפשרות שמתוך כספי התשר, לאחר ששולם מהם שכר המינימום, יוכל המעסיק להותיר בידו סכומים שעליו לשלם בגין העסקת המלצר, כגון זכויות סוציאליות, ורק את היתרה להעביר למלצר. בא כוח המערער ציין בתגובה שהוא חושש מ"נוסחה מסובכת" ולא מובנת שעלולה להכשיל. לדבריו, יש להתייחס למלצר כאל "סוכן מכירות" שמובטח לו שכר מינימום וזכויות סוציאליות המשולמים מכספי התשר, ויתרת התשר, אם ישנה כזו, שייכת לו, ככוונת הלקוח. בא כוח המערער סבור כי יש חשיבות לאופן תשלום התשר: אם שולם באשראי – זו הכנסה של המסעדה שמשולם בגינה מס ערך מוסף, ואם שולם במזומן – זו הכנסה של המלצר. בהמשך הדגיש כי מבחינת האכיפה, אין זה משנה מקור הכסף שממנו משלם המעסיק למלצר.

83. בא כוחו של מר בודה ציין כי הדבר העיקרי הוא כוונתו של נותן התשר וכי כוונתו היא שהמלצר ייהנה ממנו ולא בעל המסעדה. עוד טען כי במחיר המנה מגולם שכר העבודה של המלצר, וכי אם המעסיק משתמש בכספי התשר לתשלום שכר עבודה, זהו עיוות של רצון הלקוח, שכן למעשה התשר הוא מתנה מהלקוח למלצר. לשאלת בית הדין אם כך הדבר גם כאשר המעסיק הוא שקובע את אופן חלוקת כספי התשר, השיב בא כוחו של מר בודה כי לא בכל המקומות נהוג כך ועמד על כך שיש לקבל פסיקה עקרונית. לעניין זה טען כך: **"כל הטיפים צריכים להירשם בקופת המסעדה... בשורה נפרדת בצורת תשר"**; **"במישור העקרוני המעביד לא יכול להנות מזה"**; אין **"להטיל על העובדים לנהל יומן ולרשום ולדווח"**; יש לרשום את התשר כהכנסה של המלצר והוא זה ש"צריך להגיש דוח למס הכנסה"; **"ודאי לא יכול להיות הכנסה של המעביד ואין סיבה שיהנה ממנה"**; הפסיקה בדנג"ץ כהן היתה בהקשר של ביטוח לאומי ואין ללמוד ממנה לעניין דנן.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

עוד הדגיש בא כוחו של מר בודה כי יש לקבוע "שכל תקבול שמתקבל צריך להירשם במסעדה כולל הטיפים ומה שמגיע לעובד כתשר ישולם לו בשכר כבונוס. והמעביד לא נושא בזכויות סוציאליות על הבונוס".

84. בא כוח איגוד המסעדות פתח בטענה שהלקוח אינו משלם למלצר תשר באופן אישי, אלא בתמורה ל"מכלול ובהתאם לשביעות הרצון". בהמשך הוסיף שהפתרון שנמצא בדנג"ץ כהן, שלפיו התשר מהווה שכר עבודה המשולם שלא על ידי המעסיק, "יוצר קשיים" ו"חוסר עקביות", ולכן "צריך פתרון מיוחד", המחייב שימוש בכלים שאינם קיימים בהכרח בחקיקה. לדבריו, על פי הפסיקה הקיימת, התשר הוא שכר עבודה שאינו משולם על ידי המעסיק, ועל כן המעסיק מחויב רק לוודא שהמלצר קיבל שכר מינימום. עמדת איגוד המסעדות, הוסיף, היא "שהמצב הקיים... הוא הרע במיעוט... שכר מינימום של המלצר מובטח... הזכויות עד לגובה שכר מינימום מובטחות על ידי המעסיק מהטיפים כי רואים אותו כחלק שהמעסיק שילם לעובד. מתוך הטיפים, אם גבוהים משכר המינימום, משלמים זכויות סוציאליות". בהמשך ציין כי "אי אפשר להתעלם מהעובדה שהפלטפורמה של קבלת התשר היא המסעדה... אנחנו סבורים שברגע שנקבע שהטיפ שכר עבודה אפשר לשלם אותו כשכר מינימום. לא אני משלם אותו ואי אפשר לבוא אלי בדרישה". עוד ציין, בתשובה לשאלת בית הדין, כי לעניין מהות התשר, אין רלוונטיות לאופן שבו הוא שולם, אם במזומן ואם בכרטיס אשראי, וכי עמדת האיגוד היא ש"מתוך הטיפים אפשר לשלם כל הזכויות הסוציאליות כולל הטיפ שהושאר באשראי ויש להתנהג אליו כמו כל טיפ אחר ולכן הזכויות הסוציאליות משולמות לפי שכר מינימום ומה שמעבר זה שכר שלא שולם על ידי המעביד. הכוונה שכר מינימלי



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

שסוכם עם העובד ולא פחות משכר מינימום על פי חוק. אם המעביד סיכם על שכר מינימלי אז גם התנאים הסוציאליים יהיו על השכר המינימלי".

בא כוח איגוד המסעדות עמד על הבעייתיות במצב המשפטי הקיים, בכך שלעתים, כאשר התשר משולם באמצעות כרטיס אשראי, נוסף עליו מס ערך מוסף, והתוצאה היא תשלום מס ערך מוסף על שכר עבודה, שלא אמור להשתלם בגינו מס ערך מוסף.

85. באת כוח הסתדרות הנוע"ל חזרה על האמור בעמדה שהגישה בשמו. לדבריה, ראוי שלמונח "שכר עבודה" לא תהיה הגדרה אחת, אך "מלצר לא צריך להיות שונה מכל עובד אחר" ואין לאפשר תשלום שכר מינימום וזכויות סוציאליות מתוך כספי התשר. באת כוח ההסתדרות הוסיפה כי חרף קריאות חוזרות ונשנות של הערכאות השיפוטיות השונות למחוקק, הלה "לא הרים את הכפפה" אף שהמצב בשטח "לא טוב" ו"כולל פגיעה קשה מאוד בעובדים" – "בין 200,000 ל-160,000 בערך". לשיטתה, אי ההסדרה על ידי המחוקק אינה מקרית, אלא נובעת כפי הנראה ממורכבות המערכת הפוליטית והאינטרסים העומדים על הפרק, ובמצב דברים זה נחוצה התערבות של בית הדין "ולא לחכות לחקיקה". עוד נטען כי ניתן לחשוב על הסדרה, אפילו ענפית, באמצעות משא ומתן בין גופים יציגים, אולי בצורה הדרגתית, אבל זאת רק בהמשך לאמירה ברורה של בית הדין, שלפיה התשר הוא שכר עבודה, על כל המתחייב מכך. ההסדרה של סוגיית התשר נחוצה, בין היתר, על מנת לדאוג לזכויות הפנסיוניות "מרגע הכניסה לשוק העבודה". לשאלת בית הדין השיבה באת כוח ההסתדרות כי המעסיק אינו יכול לעשות שימוש ביתרת כספי התשר (לאחר ששולמו מהם שכר המינימום או השכר השעתי שסוכם עליו) לשם תשלום הזכויות הסוציאליות.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

86. עמדת היועמ"ש כפי שהובאה על ידי באת כוחו, היא שסוגיית התשר צריכה להיות מוסדרת בחקיקה, אלא שבמצב הדברים הנתון, שבו המחוקק לא פעל בעניין משך כמעט 5 שנים מאז שניתן פסק הדין בדנג"ץ כהן, ייתכן שאין מנוס מהסדרת העניין באמצעות פסיקה. באת כוח היועמ"ש חזרה על האמור בעמדה שהגישה במסגרת ההליך דנן וכן במסגרת דנג"ץ כהן, שלפיה יש לראות את התשר, על פי מהותו, כהכנסה של בית העסק, וכי סיווג זה "יסדיר את הנושא בשלמות", לרבות בהיבט הביטוח הלאומי ודיני המס. עוד צוין שניתן למצוא בפסיקת בית הדין האזוריים לעבודה "איתותים" המעמידים את הלכת מלכה בספק, ואם יבוטל או ישונה מבחן הרישום בספרים שנקבע בעניין מלכה וייקבע שגם תשר שלא נרשם הוא שכר עבודה, ייווצרו קשיים באכיפה, שכן משרד העבודה פועל לפי המבחנים שנקבעו בעניין מלכה – בוחן את שיעור השכר לפי הרשום בקופת המסעדה או ביומן המלצרים, וללא רישום "לא נדע לקבוע מה השכר לשעה האם שולמו כלל הזכויות לפי כל הוראות חוקי המגן". באת כוח היועמ"ש הביעה תמיכה בעמדת ההסתדרות, שלפיה יש לרשום את כספי התשר בתלוש "על כל המשתמע מכך יהיה ניכוי של דמי ביטוח לאומי ומס במקור, זה ההסדר הרצוי".

87. עו"ד דבי אליעזר ממשרד העבודה והרווחה והשירותים החברתיים, שנכחה אף היא בדיון, ציינה שרשויות האכיפה פועלות כיום לפי הלכת מלכה, כלומר, בודקות אם התשר "נכנס לקופת המעסיק גם אם זו קופת טיפים והאם זה נרשם בספרי המעסיק גם אם זה לא בפנקס שכר עבודה". עוד ציינה ששאלה נפרדת היא אופן הרישום בתלוש השכר, וכי לעניין זה "יש הוראות של תיקון 24 שצריך לעשות רישום של שכר העבודה". לשאלת בית הדין השיבה שתשלום הזכויות הסוציאליות למלצר צריך להיעשות על יסוד



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

השכר כולו, כולל כספי התשר. לדבריה, ניתנו בסוגיה שני פסקי דין פליליים. באחד נקבע כי התשר מהווה שכר אף שלא נרשם בספרים והתוצאה היתה זיכוי, ובאחר הופחת רף הענישה למינימום האפשרי.

88. לקראת תום הדיון טענו באי כוח המערערת (ד.ע. יבוא וניהול מסעדות בע"מ) ומר בודה לעניין ההיבט הקונקרטי של הערעור. בתום הדיון הוצע לצדדים לתיק בודה להגיע לכלל הסכמה לגבי ההיבט הקונקרטי של ההליך, להבדיל מהיבטו העקרוני. משלא הושגה הסכמה כאמור, ניתן פסק דין זה ביחס לשני ההיבטים האמורים.

89. בהמשך לדיון בתיק בודה התקיים הדיון בתיק קיס. בפתח הדיון בתיק קיס הודיעו באי כוח הצדדים כי "לגבי השאלה העקרונית מוסכם עלינו כי פרוטוקול הערעור" בתיק בודה "ישמש אותנו גם בערעור שלפנינו". בהמשך חזרו על עמדותיהם ביחס להיבטים המיוחדים לתיק קיס וחידדו אותן, בין היתר בהתייחס לשאלות בית הדין. כך, לשאלת בית הדין אם המוסד סבור שצריך לשלם דמי ביטוח על כספי התשר, בניגוד לנפסק בדנג"ץ כהן, השיבה באת כוח המוסד כי עמדתו היא "שצריך לשלם על מלוא הכנסה דמי ביטוח ולא יכול להיות שיש רכיב שכר שלא משולמים בגינו דמי ביטוח והוא יכול בגמלה מחליפת שכר". באת כוח המוסד הוסיפה כי הפסיקה פורשה על ידי המוסד "כחלה על כל הגמלאות המחליפות שכר" וכי "בית המשפט העליון יצר בעייתיות בהגדרה כי אמר לנו שמדובר בשכר עבודה אבל לא מאת המעסיק... זה לא המצב המשפטי שאותו היינו רוצים לראות... נשמח שמלוא השכר ישתקף בתלושים". עוד טענה כי אם מבחינת דיני העבודה ייקבע שעל כספי התשר להופיע בתלוש השכר, "הם יהיה חייבים בדמי ביטוח".

90. בא כוח המסעדה (גלי הצוק) ביקש להדגיש כי הכרעה בשאלה שבלב הערעור משליכה לא רק על ענף המסעדות, אלא "יש לה הלשכות רוחביות



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

עצומות במגוון של סקטורים. זה מתחיל במתדלק בתחנת דלק, זבנים, חדרניות, זה לא נגמר". בא כוח המסעדה ציין כי אינו חולק על כך שהתשר מהווה שכר עבודה אך הוסיף שישנה מחלוקת "למי הוא צריך להיות משויך". לדבריו, אם התשר ישויך למעסיק, זו עלולה להיות גזירה שהציבור לא יוכל לעמוד בה, ו"השלכות המיידיות זה על התנאים הסוציאליים והשעות הנוספות". בא כוח המסעדה עמד על כך שקביעה שכזו היא בעייתית משתוצאתה היא שלמעסיק לא תהיה שליטה על שיעור השכר שהוא מחויב לשלם, וכלשונו: "מחר החליט מישהו לתת לעובד טיפ מופרך ומוגזם אני חייב להכניס את זה בחישובים שלי...".

91. בא כוחו של מר קיס ציין כי "אם בית המשפט העליון לא התווה דרך בדג"ץ" אין זה אומר "שהמצב צריך להישאר", וכי "לא ייתכן שעוברים כספים בכמויות כאלה מבלי שמדווחים". לדבריו, אפשר להתייחס לתשר "ככסף שניתן למסעדה" ולא בהכרח למלצר באופן אישי, "והמעביד צריך לתת שכר למלצר". בא כוחו של מר קיס הוסיף כי לפי הגישה האחרת, שלפיה התשר ניתן למלצר אישית, יוצרת כאוס, "והעובד הוא שצריך להוכיח כמה השתכר מעבר לשכר מינימום וזה מצב שלדעתי בלתי אפשרי". לדבריו, אם בכל זאת תתקבל עמדה זו, צריך יהיה לקבוע כיצד "מתייחסים לכל הכסף הזה שחייב להירשם", ואחת האפשרויות היא "להתייחס אליו כעלות שכר כוללת". שאלה נוספת היא אם המעסיק צריך לשלם בנוסף את התנאים הסוציאליים. אשר להיבט הקונקרטי ציין בא כוחו של מר קיס כי הדגש בפסק הדין לא היתה על ממצאי מהימנות אלא על ממצאים הנוגעים לתיעוד.

סיכום ביניים



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

92. עד עתה סקרנו את המסגרת הנורמטיבית הנוגעת לשאלת מעמדו של התשר על היבטיה השונים – משפט העבודה, דיני הביטוח הלאומי ודיני המס, והצגנו את הקשיים המתעוררים כתוצאה ממנה, כפי שהובאו בפסיקה ובספרות. לאחר מכן הבאנו בהרחבה את קורות ההליכים שלפנינו, על הרקע העובדתי שלהם ועל טענות הצדדים הישירים והצדדים שהתייצבו בהליך. ומכאן נעבור לפרק הדיון וההכרעה.

"על סף הלב עומדים הרבה הרבה דברים" – דיון והכרעה

93. כאמור, שאלת פשר התשר כוללת בתוכה שאלות-משנה רבות, שגורמים שונים נותנים להן תשובות שונות, ושהשלכותיה משמעותיות ביותר, הן מבחינת מגוון ענפי המשפט שהיא נוגעת בהם, הן מבחינת מספר הנוגעים בעניין – רשויות המס והמוסד לביטוח לאומי, עשרות אלפי עובדים (לפי ההסתדרות מדובר על כ-170,000 עובדים) ומאות בתי עסק בענף המסעדות, והן מבחינת היקף כספי התשר בענף זה מדי שנה, המוערך במיליארד עד שני מיליארד ש"ח בשנה (טיפים, 108). בית המשפט העליון, הן במסגרת בג"ץ כהן והן במסגרת דנג"ץ כהן, היה כמובן ער למצב דברים זה ולקשיים המתעוררים מראיית התשר כהכנסה של המלצר שלא מאת מעסיקו – שעיקרם אי תשלום מס בגין הכנסות אלו וחיוב המוסד בתשלום קצבאות על יסוד הכנסות שלא שולמו בגין דמי ביטוח לאומי. חרף זאת סבר, בדעת רוב, כי אין מנוס מהתוצאה שאליה הגיע, בין אם משום שלא ניתן להגיע לתוצאה אחרת ללא שינוי חקיקה (הנשיא גרוניס), ובין אם נוכח השתרשותה של הלכת ספארי הולדינגס בפסיקה (השופטים ע' ארבל, ס' ג'ובראן וח' מלצר). בנסיבות אלה, לצד הצבעה על הקשיים ותוך הותרת



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

סוגיות מסוימות ללא הכרעה, הוסיף בית המשפט העליון קריאה ברורה למחוקק לפעול בהקדם להסדרה כוללת של סוגיית התשר על כל היבטיה, לאחר קבלת עמדותיהם של כל הגורמים הרלוונטיים ובכך הצטרף לערכאות השונות שחזרו ופנו למחוקק לפעול להסדרת הסוגיה מזה שנים רבות.

94. חרף קריאות אלה מצד הערכאות השיפוטיות השונות, חרף המלצותיה של ועדת פרידמן להסדרת העניין (הגם שלדידנו אין לאמץ את המלצותיה לגופן), ואף שבמשך השנים הוגשו הצעות חוק כאלה ואחרות המבקשות להסדיר את סוגיית מעמדו של התשר, בהקשרים שונים, מתוך מודעות לבעייתיות שבמצב המשפטי הקיים – עד כה לא הבשילו מאמצים אלה לכלל חקיקה. אנו סבורים שבמצב הדברים המשפטי הנתון, על הקשיים הכרוכים בו בכלל ההיבטים, כמפורט בהרחבה בדנג"ץ כהן; לאור שתיקת המחוקק, אף בחלוף כמעט חמש שנים מאז שניתן פסק הדין בדנג"ץ כהן שבמסגרתו נקרא שוב לפעול בעניין; ומשלא ידוע לנו על צפי כלשהו להסדרת הסוגיה בעתיד הנראה לעין – לא זו בלבד שאין מנוס מלומר את דברנו בסוגיית התשר, אלא שזו אף חובתנו.

95. נקדים ונציין כי אנו מבקשים לאמץ בפסק דיננו זה, בעיקרו של דבר, את עמדתה של השופטת נאור בדנג"ץ כהן (בהסכמת השופטים רובינשטיין וחיות), ולקבוע כי כל תשר כספי בענף המסעדות ייחשב כהכנסה השייכת למסעדה, "וכל הכנסה של המלצר מתשר שכזה היא הכנסת עבודה ממעסיקו" (סעיף 48 לחוות דעתה). עיקרי עמדה זו מובאים גם במאמרם של מרגליות, טיפים. בקצרה, בחינה מחודשת של "מבחן הוולונטריות" והתוצאה הנגזרת מכך בסופו של מהלך, כמצוטט לעיל, משקפות בצורה מלאה ומדויקת יותר את המציאות הנוגעת לכספי תשר בענף המסעדות, נותנות מענה הולם לקשיים שהולידה הפסיקה ומסדירות את מעמד התשר באופן כולל, שלם, מאוזן וראוי. אנו ערים לכך שייתכן כי בעקבות פסיקתנו זו יתחוללו שינויים



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

כאלה ואחרים בענף המסעדות, ואולי בתחומים משיקים נוספים, שחלקם יובילו, אולי, לפגיעה כלכלית מסוימת בציבור זה או אחר. אולם, ראשית, יש להניח שבחלוף תקופה מסוימת יתאזנו הדברים, ושנית ועיקר – זהו מהלך עניינים טבעי ורגיל בעקבות פסיקה חדשה המסדירה באופן מאוזן ולשם תכלית ראויה נושא מסוים שהתנהל משך שנים רבות באופן בלתי תקין.

96. עוד נאמר בשלב זה, בתמצית, כי אנו סבורים שלצד עיון מחודש ב"מבחן הוולונטריות" ולצדו "מבחן אמצעי התשלום" והכרה בכל תשר כהכנסה של העסק וכהכנסת עבודה של המלצר ממעסיקו, יש לעיין מחדש אף בהלכה שיצאה תחת ידיו של בית דין זה בעניין **מלכה**, ובמרכז "מבחן הרישום בספרים", ולקבוע שכל הכנסה של המלצר מתשר תיחשב כשכר עבודתו, בין אם התשר עבר בספרי המסעדה ובין אם לאו. נכון אמנם, שסיווג התשר אינו חייב להיות אחיד בכל אחד ממישורי המשפט שבהם הוא פועל, אולם לא ניתן להתעלם מהשפעתו של סיווג התשר בענף מסוים על סיווגו בענף אחר, ודאי שעה שיש לכך הצדקה מהותית. אנו סבורים ששינוי מ"מבחן הוולונטריות" וקביעת התשר כהכנסה השייכת לבית העסק וכהכנסת עבודה של המלצר ממעסיקו, מחייבים גם שינוי של הלכת **מלכה** ו"מבחן הרישום בספרים" באותו אופן, כך שיווצר יחדיו הסדר צודק, אחיד והרמוני.

97. בין אם יש בפסק דיננו זה משום חקיקה שיפוטית מתבקשת, ובין אם יש בה מילוי תפקידו של בית הדין כמפרש של החוק והדין הקיים, לרבות הפסיקה, וכמיישם שלהם בנסיבותיו של מקרה נתון, לעתים תוך היזקקות לריענון פסיקה קודמת ובחינת יסודותיה מחדש – אך מובן הוא שאת המהלך שנעשה במסגרת פסק הדין יש להוביל בזהירות המתבקשת. אולם מהלך שכזה הוא אפשרי – ולעתים אף מחויב המציאות, כמו בנסיבות המקרה דנן – ודאי בהרכב מורחב של שופטים.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

98. לפני שנביא את עיקרי קביעותינו, אנו מבקשים לשוב ולפרט את הבעיות והקשיים הנובעים מהקביעה שהכנסה מתשר מהווה הכנסה של המלצר שלא מאת מעסיקו – הן קשיים בקביעה עצמה והן קשיים שנגזרים ממנה. חלק מהקשיים הללו הובאו במסגרת פסק הדין בדנג"ץ כהן ועל חלקם נצביע כאן לראשונה, בעיקר בכל הנוגע למישור דיני העבודה, על רקע פסק הדין בעניין מלכה. ואלו הם:

1. פגיעה בעקרון הביטוח הסוציאלי: מקובלים עלינו דברי השופטת נאור בדנג"ץ כהן, שלפיהם עמדת השופט גרוניס מביאה "בהכרח למצב בעייתי עתידי, בו המוסד יהא חייב בתשלום קצבאות למבוטחים בגין הכנסות שלא שולמו כנגדן דמי ביטוח". מצב דברים זה עומד בניגוד חזיתי לעקרון יסוד בדיני הביטוח הלאומי, שלפיו גמלאות מחליפות שכר מחושבות על יסוד הכנסה שנוכו בגינה דמי ביטוח. עיקרון זה מגלם את הזיקה הסימטרית שבין ההכנסה שבגינה משולמים דמי הביטוח ובין ההכנסה שעל יסודה מחושבת הגמלה (ראו למשל עב"ל (ארצי) 20/99 סדיק – המוסד לביטוח לאומי (18.2.2002); עב"ל (ארצי) 330/09 לוי – המוסד לביטוח לאומי (10.11.2010)). פגיעה בעיקרון האמור גוררת מאליה פגיעה בגביית דמי הביטוח, וממילא בחלוקתם על פי ענפי הביטוח השונים. לעניין זה ציינתי במסגרת עב"ל כהן, כי הגמלאות לנפגעי עבודה ולתלויים בהם נועדו לפצות על אובדן שכר עבודה, ו"לכן בעיקרו של דבר, שכר העבודה המשמש בסיס לחישוב הזכאויות על פי משפט העבודה, הוא הוא השכר הרגיל לחישוב קיצבאות הנכות והתלויים".

בנוסף, כאמור בעמדת השופטת נאור, המצב הנוכחי עלול לגרור התדיינויות ממושכות בין המוסד ובין המלצר-המבוטח בשאלת שיעורו המדויק של



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

כספי התשר שקיבל ישירות מהלקוחות, וכפועל יוצא מכך להטיל נטל לא פשוט – על המבוטחים, בהוכחת שיעור זה, ועל המוסד, בבירור תביעותיהם.

2. תת ביטוח: על פי המצב המשפטי הנוכחי, כעולה מדג"ץ כהן, ומאחר שבגין כספי התשר הישיר לא משולמים דמי ביטוח לאומי, עשויים מלצרים רבים, בקרות מקרה המזכה עקרונית בגמלה, לעמוד בפני מצב שבו תישלל מהם הגמלה כליל, או יופחת שיעורה, עקב אי תשלום דמי ביטוח בגין הכנסתם מתשר, על פי הוראות סעיף 366 לחוק הביטוח הלאומי, ככל שחובת תשלום דמי הביטוח למוסד מוטלת עליהם.

3. פגיעה בזכויות סוציאליות: במישור דיני העבודה, על פי הלכת מלכה ו"מבחן ברישום בספרים" שנקבע בה, אין להתייחס לכספי התשר כאל שכר עבודה, אם לא עברו בקופת המסעדה. מצב דברים זה מוביל לכך שהזכויות הסוציאליות המשולמות למלצר מחושבות על יסוד הכנסתו ה"רשמית" מהמסעדה בלבד ולא על יסוד הכנסתו האמיתית, הכוללת כספי תשר, על כל המשתמע מכך.

4. פגיעה במעסיקים: בהמשך לאמור בפסקה הקודמת, המצב המשפטי הקיים מעודד הגשת תביעות של מלצרים נגד מעסיקיהם לתשלום שכר מינימום, על יסוד הלכת מלכה, אף שהכנסתם מתשר של רבים מהם, בגין עבודתם במסעדה, עולה, לעתים אף בשיעורים ניכרים, על שכר המינימום. בנסיבות אלה נחשפים מעסיקים רבים, ולו בכוח, לתביעות בהיקפים כספיים אדירים, אף שהלכה למעשה תכלית חוק שכר מינימום אינה נפגעת ואף שהתנהלותם האמורה של המלצרים עשויה לעלות כדי חוסר תום לב.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

5. חוסר אחידות: בפסיקת בתי הדין האזוריים ניכר חוסר נחת ממצב הדברים האמור, ובהתאם ניתן למצוא בה גישות שונות למצבים אלה ולאופן היישום של הלכת **מלכה** בהם. חוסר אחידות זה הולך ומתגבר, מטבע הדברים, כל עוד ממשיכים הליכים מסוג זה להגיע, בעשרות, לבירור בבתי הדין.

6. קושי עיוני בסיווג התשר כהכנסת עבודה שלא מהמעסיק: קונספטואלית, אין זה פשוט להכיר בהכנסת עבודה של עובד שאינה מאת המעסיק. נזכיר בהקשר זה כי היו שביקשו לראות את התשר כמתנה של הלקוח למלצר, אלא שעמדה זו מעוררת קושי בעיקר משום שהתשר ניתן בתמורה (לשירות), ואילו לפי סעיף 1(א) לחוק המתנה, התשכ"ח – 1968, "**מתנה היא הקניית נכס שלא בתמורה**".

7. קושי עיוני בפיצול הכנסה מאותה עבודה לשני סוגים: נזכיר כי **בג"ץ כהן ודנג"ץ כהן** עסקו בתשר ישיר, כפי שכינינו אותו לעיל (סעיף 29 לפסק הדין), קרי, תשר הניתן ישירות למלצר באופן "וולונטרי" ואינו עובר בקופת המסעדה ולא נרשם בספריה. על פי הנפסק שם, הכנסותיו של המלצר נחלקות כעת, למעשה, לשני סוגים: השכר שהוא מקבל ממעסיקו, לרבות כספי תשר העוברים דרך קופת המסעדה, והכנסתו מתשר ישיר – וכל זאת בגין אותה עבודה ממש. אמנם אין מדובר בכפל מעמד כפי טענתו החלופית של המוסד **בעב"ל כהן**, שהרי גם לגבי תשר ישיר נקבע כי מדובר בהכנסת עבודה וכי המלצר הוא עובד, אלא שגם בחלוקת ההכנסות בגין אותה עבודה ממש (להבדיל מאשר אותו סוג עבודה), באותו מקום ובאותה השעה ובאותן נסיבות, לשני סוגים כאמור, ישנה מלאכותיות רבה.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

8. חוסר מענה לסוגי תשר שלא נדונו: קושי נוסף נובע מכך שפסקי הדין בבג"ץ כהן ובדנג"ץ כהן עוסקים בתשר ישיר ובתשר שאינו ישיר בלבד. תשר ישיר, כאמור, הוא תשר הניתן ישירות למלצר מבלי לעבור בקופת המסעדה ומבלי להירשם בספריה. בבג"ץ כהן ובדנג"ץ כהן הזכיר הנשיא גרוניס את שני הטיפוסים הללו של התשר – תשר ישיר ותשר שאינו ישיר, והוסיף כך:

"בין שני מצבי הקצה הנזכרים משתרע מנעד של צורות הענקת תשר, אשר על פי מאפייניהן אין הן משתייכות במובהק לאחד מטיפוסי התשר. כך, למשל, ניתן לתהות מה הדין כאשר לבית העסק יש מעורבות מסוימת בקביעת אופן חלוקתם של כספי התשר בין העובדים. האם בעובדה זו יש כדי להפוך כספים אלו להכנסה שלו, מבחינת החובה לשלם מס הכנסה? מקרה אחר הוא כאשר נכלל בחשבון רכיב של דמי שירות, אולם כ'המלצה' או כ'רשות' בלבד. כאמור, לצורך ענייננו איננו נדרשים להתוות את קו הגבול בין תשר הנחשב להכנסת המעביד, לעניין חובת תשלום מס הכנסה, לבין תשר הנחשב להכנסת העובד. זאת, שכן סכומי התשר אותם קיבל המגזר במהלך עבודתו במסעדה משתייכים באופן מובהק לטיפוס השני אותו הזכרנו. כלומר, מדובר בכספי תשר המהווים הכנסה של המגזר שהגיעה לידי ישרות מידי הלקוחות ולא מידי המסעדה. השאלה אותה עלינו לבדוק היא, אם כן, כיצד יש לסווג, לעניין סעיף 2 לפקודת מס הכנסה, תשר הנחשב להכנסה של העובד שהתקבלה על ידו באופן ישיר מן הלקוחות, בלא שעברה דרך המעביד."

כלומר, על אף שקיימים סוגי תשר רבים, הפסיקה בדנג"ץ כהן מתייחסת לשני טיפוסי הקצה בלבד: התשר הישיר, שהוא הכנסה של המלצר שלא מאת מעסיקו והתשר המשולם בעקבות דרישה ונכנס לקופת המסעדה, המהווה, גם לשיטת שופטי הרוב בדנג"ץ כהן, הכנסה של המסעדה. בכך מותירה פסיקה זו קשת שלמה של סוגי תשר ללא הסדרה, ועם האפשרות כי יעלה צורך לבחון אם הם נכנסים בכל זאת בגדר תשר ישיר ולפיכך חלה עליהם הלכת דנג"ץ כהן, או שמא אינם מהווים תשר ישיר



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

ולא חלה עליהם הלכה זו, ואז – מה דינם? ובכלל, באיזה אופן תיקבע מידת המעורבות של המעסיק בקביעת מנגנון חלוקת התשר או מידת הוולונטריות של הלקוח במתן התשר? האם יהיה מקום לזמן לשם כך את הלקוח שנתן אותו ולברר עמו את כוונותיו במתן התשר ואת מידת רצונו החופשי, לפי הבנתו את הסיטואציה? והאם יש מקום לבחון במסגרת זו את מידת בקיאותו של הלקוח במדיניות הטיפים הנוהגת במקום שבו סעד?

9. גביית מס אמת: בגין כספי התשר בענף המסעדות, המוערכים במיליארד עד שני מיליארד ש"ח בשנה, לא משולם מס הכנסה. זאת משום שלרוב כספים אלה לא מועברים דרך קופת המסעדה ועל כן, בהתאם לנפסק בדנג"ץ כהן, הם נחשבים להכנסה של המלצר. במצב זה, המסעדה אינה מנכה בגינם מס במקור, אולם כפי הנראה גם המלצר עצמו אינו עושה כן. מדיעה שיפוטית, אפשר לומר שמלצרים בודדים, אם בכלל, מודעים למצב הדברים האמור ו/או לחובות המוטלות עליהם בגינו, בכל הקשור לדיני המס (הן בהיבט הדיווח והן בהיבט התשלום), וממילא ספק אם הם ממלאים אחר חובות אלה. למותר לציין כי בכך הם חשופים להעמדה לדין פלילי בגין הפרת חובת הדיווח.

החומרה שבהעלמת מס באה לידי ביטוי בדין הפלילי, שלפיו דרך המלך היא לגזור על עברייני מס עונש מאסר בפועל ולצדו קנס כספי (ראו: רע"פ 3385/13 דימיטשטיין נ' מדינת ישראל (29.5.2013); רע"פ 7790/13 חיים נ' מדינת ישראל (20.11.2013), בסעיף 7 להחלטה, וההפניות שם)). לעניין זה נביא מתוך דברי השופט י' דנציגר, בעניין חג'אמה:

"בית משפט זה עמד זה מכבר על חומרתה הרבה של עבריינות כלכלית, אשר הפכה רעה חולה במקומותינו, ועל פגיעתה הקשה בכלל הציבור



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

ובמשק. הטיבה לציין חברתי השופטת ד' ברק-ארז ביחס לעבריינות כלכלית... כי:

'חרף אופייה 'הנקי' היא 'מלוכלכת' לא פחות, ונזקיה אף עולים במקרים רבים על נזקה של עבירות רכוש מסורתיות'...

...הדברים נכונים ביתר שאת ביחס לעבירות מס שיש בהן יסוד של מרמה ומטרתן להתחמק מתשלום מס באופן הפוגע בעקרון השוויון בנשיאת נטל המס, ואשר חומרתן מועצמת במקום בו הן מבוצעות באופן שיטתי על פני תקופה ממושכת ולנוכח היקף המס המועלם..." (ע"פ 4316/13 מדינת ישראל נ' חג'אמה, בסעיף 17 לפסק הדין, (30.10.2014)).

"רעיון מענין... לא אכחישה" – סיווג התשר – בחינה מחודשת

99. פירוט מכשולים אלה, תולדת מצב הדברים המשפטי הנתון, והבנה שמצב זה רצוי שלא יימשך עוד, מחייבים את בית הדין במילוי תפקידו השיפוטי כמגשר "על הפער שבין המשפט למציאות החברתית המשתנה" (א' ברק, מבחר כתבים ד', על בית המשפט ושופטיו, בעמ' 42 ו-131 (2017); להלן – ברק).

"מצב המצב"

100. המציאות היא שבפועל המסעדה מסדירה את אופן ההתייחסות לתשר לגבי כל אחד ואחד ממלצריה במסגרת הסדר כלל-מערכתי, הנקבע על ידה לגבי דרך התנהלותה והפעלתה. במסגרת זו התשר משולם כשכר עבודה למלצר תמורת עבודתו. בפועל, התשר ניתן כיום על ידי אורח המסעדה עבור כל שרשרת השירות, החל מטיב האוכל, עבור באופן הגשתו וכלה באווירת המסעדה ובאופייה. לשרשרת השירות חוליות רבות ואין מדובר בהכרח במלצר יחיד המשרת סועד מסוים מאל"ף ועד ת"ו. לרוב, נוסף על מלצרים,



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

כוללת שרשרת השירות גם ברמנים, עובדי מטבח ונותני שירות אחרים. דיבורנו "מלצר" כולל, אפוא, את כלל נותני השירות במסעדה, וכל אלה יכוננו להלן – **עובדי שרשרת השירות**. שיעור התשר בפועל נע כמעט תמיד בין 10% ל-15% ממחיר הארוחה שמשלם הסועד. ההסדר השכיח במסעדות הוא של חלוקת כספי התשר בין עובדי שרשרת השירות באופן כזה או אחר.

101. אבן הראשה המרכזית שעליה נסמכת קשת הקביעות ב**בג"ץ כהן ובדנג"ץ**

כהן (על ידי שופטי הרוב), ובמרכזן הקביעה שלפיה תשר ישיר הוא הכנסה של המלצר שלא מאת מעסיקו, היא "מבחן הוולונטריות". כשופטת נאור בדנג"ץ **כהן**, אף אנו סבורים שישנו קושי ממשי בהותרת "מבחן הוולונטריות" על בנו, משאינו משקף עוד את המציאות כהווייתה (ואולי מעולם לא שיקף אותה כך), ומשהוֹרֵנו בהנחה שלא נבחנה די הצורך. לדידנו, מוסד התשר כיום – ולמעשה מזה שנים רבות – מקורו בנוהג מושרש היטב, העולה כמעט כדי נורמה משפטית בת-תוקף, שלפיה, על הלקוחות בענף המסעדנות לשלם תשר בשיעור של 10% (לפחות) ממחיר ההזמנה. על כך נוסף שגם אם נוהג זה אינו גורר כלפי המפר אותו נקיטת הליך משפטי כלשהו, הרי שהסנקציה החברתית הכרוכה באי תשלום תשר מובילה למתן תשר, ששיעורו ייקבע במתחם שבין 10% ל-15% על פי טיב השירות, זאת מתוך תחושת מחויבות ומבלי שהתשר מהווה עוד "מחווה רצונית" (**טיפים**, בעמ' 116). בנסיבות אלה קשה לומר שתשלום תשר הוא פעולה הנעשית באופן וולונטרי – ודאי ביחס לעצם התשלום ובמידת מה גם ביחס לשיעורו.

לדידנו, העמדה שלפיה לא ניתן לראות בתשלום התשר פעולה וולונטרית של הלקוח, היא גם נחלתם של רבים מבעלי המסעדות עצמם, הנמנעים מלכלול דמי שירות במסגרת החשבון המוגש ללקוחותיהם. זאת, על יסוד הנחה שדמי



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

השירות ישולמו על ידי הלקוחות ככספי תשר, כפי שבא לידי ביטוי במקרים רבים שהובאו לפתחם של בתי הדין.

ראייתו של תשלום התשר כפעולה הנובעת מנוהג מושרש היטב, העולה כמעט כדי נורמה משפטית מחייבת, ולא כפעולה שמקורה ברצונו הטוב של הלקוח, מצטרפת לכך שאין כל טעם ענייני המצדיק הפרדה והבחנה בין השירות הניתן ללקוח במסגרת ביקורו במסעדה ובין יתר הרכיבים הנכללים בביקור שכזה, ובהם האוכל והשתייה המוגשים לו, הביסא שעליו הוא יושב לסעוד, האווירה במקום, הבאה לידי ביטוי בעיצובו ובמוסיקה המתנגנת בו וכיו"ב. כפי שהסועד אינו משלם בנפרד "דמי בישול" לטבח או "דמי אווירה" למופקדים על העיצוב ועל המוסיקה, משום שאין כל הצדקה לתמחר כל אחד מהרכיבים הללו בנפרד – וללקוח אכן מוגש חשבון ובו מחיר כולל עבור כלל חוויית הביקור במסעדה, על כלל רכיביה – כך אין כל הצדקה לשלם למי מעובדי שרשרת השירות בנפרד "דמי שירות" בגין השירות שהוא מעניק. עובדי שרשרת השירות מועסקים במסעדה במטרה לשרת את הלקוחות. זוהי בדיוק עבודתם. לשם כך נשכרו. בעבור זה משלמים להם. זה מה שמצופה מהם לעשות. במובן זה, השירות שהם נותנים – ושעליו משולם להם תשר – אינו בגדר שירות "הראוי לתמורה מיוחדת" (כפי שנקבע על ידי הש' ריבלין בעניין ליברמן), אלא הוא שירות שהוא-הוא עבודתם הרגילה (ראו לעניין זה גם טיפים, בעמ' 110).

כהשלמה לכך יצוין כי בשל אותם טעמים ממש, יש לראות את ההכנסה מתשר, לעניין משפט העבודה ודיני הביטוח הלאומי, כהכנסה של בית העסק ולא של עובדי שרשרת השירות עצמם, ומכאן שהכנסתם מכספי תשר מהווה הכנסתם מעבודה, מאת מעסיקם. זאת גם אם כספי התשר נותרו, פיזית,



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

בידם או בכיסם מבלי שהועברו תחילה למעסיק. והכל כפי שיבואר בהמשך הדברים.

102. נפילת אבן הראשה של "מבחן הוולונטריות" גוררת בעקבותיה את נפילת הבניין כולו, על קומתו העליונה ובה סיווג התשר כהכנסת עבודה של עובדי שרשרת השירות שלא מאת המעסיק. לאור זאת, ובשים לב לקושי הכרוך בסיווג התשר כהכנסה של עובדי שרשרת השירות מ"משלח יד" (כפי שפורט ביחס למלצרים בפסקי הדין בבג"ץ כהן ובדנג"ץ כהן, לרבות בעמדת השופטת נאור), המסקנה המתבקשת היא – וכך אנו קובעים – כי יש לראות בתשר, לעניין משפט העבודה ודיני הביטוח הלאומי, הכנסה השייכת לבית העסק והכנסתם של עובדי שרשרת השירות משכר עבודה מאת המעסיק. זאת גם אם כספי התשר שולמו להם ישירות על ידי הלקוח; גם אם הם שולמו מ"רצון" הלקוח; גם אם שולמו ללא דרישה מפורשת בחשבון שהוגש לו; גם אם הם נותרו בכיסיהם של עובדי שרשרת השירות מבלי שהועברו, פיזית, לקופת המעסיק; גם אם שולמו באמצעי תשלום נפרד מזה שבאמצעותו שולם החשבון עבור הארוחה; גם אם לא נרשמו בספרי המסעדה; וגם אם לא נרשמו ביומן השירות.

103. כאמור לעיל, לדידנו אין כל טעם ענייני המצדיק הפרדה והבחנה בין השירות הניתן ללקוח במסגרת ביקורו במסעדה ובין יתר הרכיבים הנכללים בביקור שכזה. כך גם אין כל טעם המצדיק אבחנה בין הכנסתם של עובדי שרשרת השירות מעבודתם במסעדה שמקורה בכספי תשר ובין הכנסה שלהם מאותה עבודה ממש, שלא מכספי תשר. לאור זאת, נוכח קביעתנו שלפיה הכנסה מתשר, לעניין משפט העבודה ודיני הביטוח הלאומי, מהווה הכנסה של העסק והכנסת עבודה של עובדי שרשרת השירות מהמעסיק, ולאור מהות התשר כתשלום המיועד לנותני השירות במסעדה – בהעדר התניה



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

מפורשת אחרת (כפי שיפורט בהמשך הדברים), ברירת המחדל היא כי מעסיק רשאי לעשות שימוש בכספי התשר לשם תשלום שכר עבודה בלבד. הוא אינו רשאי לעשות שימוש בכספי התשר לתשלומי חובה, להפרשות לפנסיה או לתשלום זכויות סוציאליות.

104. בהשלמה לכך, במישור דיני העבודה, אנו סבורים כי יש מקום לעיין מחדש אף בהלכת **מלכה**. נזכיר כי באותו עניין נפסק כי תשר ששולם ישירות למלצר מבלי שעבר דרך קופת המסעדה, אינו מהווה שכר לעניין שכר מינימום. הלכה זו מעוררת חוסר נוחות, במיוחד באותם המקרים שבהם עלה כי המלצר, או מי מעובדי שרשרת השירות, השתכר מכספי התשר סכומים העולים על שכר המינימום, לעתים אף באופן משמעותי, ואף על פי כן תבע ממעסיקו תשלום שכר מינימום או השלמה לכך. תחושת חוסר נוחות זו נובעת הן מהתנהלות עובד שרשרת השירות, שלרוב מודע ומסכים לתנאי עבודתו ומוסיף לעבוד במסעדה מבחירה, לאור סכומי הכסף שהוא מרוויח במסגרתה, ורק לאחר תום יחסי העבודה "נזכר" שלא השתכר שכר מינימום – התנהלות שכזו בעייתית הן משום שבמקרים אלה הושגה הלכה למעשה תכליתו של חוק שכר מינימום – הבטחת שכר מינימלי לעובד, שיאפשר לו להתקיים בכבוד; והן משום שעמידה דווקנית על הלכת **מלכה** וחיוב המעסיק לשלם לעובד שכר מינימום בנסיבות שכאלה, הובילו לכך שבפועל עובד שרשרת השירות השתכר שכר כפל, עד כדי עשיית עושר ולא במשפט.

105. כלל הקשיים שנמנו לעיל, וכן תחושת חוסר הצדק העולה מהמקרים האמורים לעיל ודומיהם, הממשיכים להגיע לבתי הדין האזוריים, והזווית החדשה שממנה הם משקיפים, בחלק מפסיקותיהם, על הלכת **מלכה** – מצריכים הפעלת שיקול דעת מחודש בנושא. לעמדתנו, הכרה בכך שתשר, בין אם נרשם בספרי המסעדה ובין אם לאו, מהווה, לעניין משפט העבודה



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

ודיני הביטוח הלאומי, הכנסה השייכת לבית העסק, המיועדת, בהעדר התניה מפורשת אחרת, אך ורק לתשלום שכר עובדי שרשרת השירות, והמהווה הכנסת עבודה של אלה מאת מעסיקם – תשיג בהקשר זה שתי תוצאות רצויות: האחת, התמודדות הולמת עם הקשיים העולים מהלכת **מלכה**, והשנייה, הרמוניה, אחידות ובהירות – הן בשטח והן בפסיקה. אמנם, אין זה הכרחי שקביעה משפטית מסוימת בהקשר מסוים תפעל באותו האופן בכל ההקשרים שבהם היא עולה, אולם מאחר שבסיווג התשר כאמור לעיל יש היגיון רב כשלעצמו וזהו אף הסיווג שבו הכרנו לעניין דיני הביטוח הלאומי, אך מתבקש להחיל סיווג זה אף במישור דיני העבודה, ודאי שעה שיש לכך הצדקה מהותית.

ואמנם, אף לעניין דיני העבודה, לרבות חוק שכר מינימום העומד במרכז תיק בודה, אין כל הצדקה לאבחנה בין תשר העובר דרך קופת המסעדה ובין תשר שאינו עובר דרכה. גם כאן וגם כאן התשר הוא הכנסה השייכת למסעדה, המעסיק הוא הקובע את תנאי העבודה והסדרי השכר, לרבות התשר, ואם ניתן תשר למי מעובדי שרשרת השירות, הוא מהווה הכנסת עבודה ממעסיקו, בין אם עבר דרך המעסיק ובין אם לאו, בין אם נרשם בספרים ובין אם לאו. על כן התשר נכלל בגדר שכר עבודה מכוח הוראת סעיף 2(א) לחוק שכר מינימום, שלפיה **"עובד שמלאו לו 18 שנים... זכאי לקבל ממעסיקו שכר עבודה שלא יפחת משכר המינימום..."**.

106. לאור כל האמור אנו קובעים כי אף לעניין משפט העבודה יש לראות כספי תשר כהכנסת עבודה של עובדי שרשרת השירות מאת מעסיקם, על כל המשתמע מכך, למשל לגבי הפרשות לפנסיה, חישוב פיצויי פיטורים ודמי הודעה מוקדמת, בהתאם להלכה הפסוקה.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

"יש לקום ולצאת לשמירה... זאת אמרו נעשו" – שינוי מהלכות קודמות

107. קביעותינו דלעיל מהוות שינוי משמעותי מפסיקה קודמת ומהלכות קודמות ובהן "מבחן הוולונטריות", "מבחן אמצעי הרישום" ו"מבחן הרישום בספרים". אין זה דבר של מה בכך. נהפוך הוא. בעניין אחר הבאנו לא מזמן מדברי בית המשפט העליון בהקשר זה, שלפיהם שינוי מפסיקה קודמת "אירע ויארע, וכך ראוי לה למערכת משפט הגונה, שתבדוק את עצמה בכל עת, בין בשל שיקול נוסף ובין בשל טעות" (עב"ל (ארצי) 33351-11-12 דולאני – המוסד לביטוח לאומי, בסעיפים 65 – 68 לפסק הדין, (26.9.2017)). עוד צוין שם כי במקרה שבו סבור בית הדין שפסיקה קודמת שלו אינה נכונה, לא זו בלבד שהוא רשאי לסטות ממנה, אלא שהוא אף מחויב לעשות כן, מוסרית ומשפטית. בהמשך לכך פורטו, מתוך פסיקת בית המשפט העליון, השאלות שיש לבחון, בבוא בית המשפט לסטות מתקדים, כזאת:

- א. באיזו מידה משוכנע השופט, כי ההלכה שנקבעה בתקדים הקודם הינה מוטעית? בה במידה שהשופט בטוח בעמדתו בנדון, הרי גוברת הזכות והחובה לעמוד על דעתו....
- ב. מהי התוצאה המעשית של פסק הדין, בו שוקל השופט לצרף את דעתו לעמדה שאינה מקובלת עליו, ביחס למתדיינים באותו משפט? באיזו מידה סבור השופט, שעלול להיגרם עיוות-דין כתוצאה מ'ההליכה בתלם'?
- ג. מהי התקלה הציבורית העלולה להיווצר בשל אי הוודאות לגבי המצב המשפטי בסוגיה הנדונה, ומהי חומרתה של תקלה אפשרית זו לעומת התקלה שבהשארת אותה הלכה, הנראית לשופט שגויה, בתוקפה?
- ד. האם יש להלכה בה מדובר, לדעת השופט הנוגע בדבר, נגיעה ל'ציפור הנפש' של שיטת המשפט שלנו? בה במידה שתשובת השופט על שאלה זו היא בחיוב, הרי תתחזק אצלו ההכרה, כי לא רק רשאי הוא במקרה כזה לחרוג מתקדים קודם, הנראה לו מוטעה, אלא מחובתו לעשות כן.
- ה. האם המדובר בהלכה שהכתה שורשים במשך תקופה ממושכת ושציבור המשפטנים והמתדיינים הפוטנציאליים נהג על פיה



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

כל אותה עת, או שמא שנוי הנושא במחלוקת והובעו בעניין דעות לכאן ולכאן?

ו. וכפי שהזכרתי לעיל, תיתוסף לכל הנקודות האלה לבסוף גם השאלה, האם ניתן פסק הדין הקודם על-ידי הרכב רגיל של בית המשפט, או שמא ניתן על-ידי הרכב מורחב, שהורכב לצורך קיום 'דיון נוסף' או בשל חשיבותה של ההלכה השנויה במחלוקת?...."

108. בשים לב לכל האמור עד כה, דעתנו היא שהעניין דנן עומד בכל אמות המידה הללו, ועל כן מצדיק סטייה מהלכות קודמות. יודגש היטב כי לא נעלם מעינינו שחלק מההלכות שאותן אנו מבקשים לשנות לא נפסקו על ידי בית דין זה, כי אם על ידי בית המשפט העליון. יחד עם זאת, לדידנו, ולאחר שהזהרנו את עצמנו חזור והזהר, ניתן לעשות שימוש באמות המידה האמורות בנסיבות הייחודיות שנוצרו, והן: פסיקה, לרבות של בית המשפט העליון, הכוללת בתוכה קריאה מפורשת לפעולה של המחוקק (וייתכן שגם ציפייה שכך אמנם יעשה ללא דיחוי), קשיים ניכרים במציאות החברתית-כלכלית הנובעים מפסיקה זו, המצריכים פתרון מיידי והמצויים בסמכותו העניינית של בית דין זה, ושתיקה הולכת ונמשכת של המחוקק. בנסיבות אלה, אל לנו לחשות. ויפים לעניין זה דברי הנשיא ברק:

"ההיסטוריה של המשפט היא ההיסטוריה של התאמת המשפט לצורכי החברה המשתנים. מערכת נורמטיבית שאינה מאפשרת צמיחה, סופה הסתיידות. אין להבטיח יציבות, ודאות, עקביות והמשכיות, בלא להבטיח שינוי. המשפט הוא יציב רק כאשר הוא בתנועה. השופט שומר על יציבות המשפט רק כאשר הוא משנה אותו, לשם פתרון בעיות חדשות שהחיים יצרו." (ברק, 131).

109. במקום אחר ובהקשר אחר – של תנאי ההעסקה של מטפלים סיעודיים המתגוררים בבתי המטופלים ותחולתו עליהם של חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, עמד בית דין זה על הצורך ביצירת הסדר על ידי בית המשפט, במקום שבו אין המחוקק עושה זאת, בזו הלשון:



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

"הזכות למנוחה שבועית נכללת במסגרת זכות הבת החוקתית לתנאי עבודה הוגנים, אשר על המדינה להסדירה במסגרת המשפט התת חוקתי, דהיינו - לענייננו, במסגרת חקיקת המגן. במקרה שהמחוקק אינו מסדיר זכות זו במסגרת הסדר חקיקתי, אזי על בית המשפט להסדירה, במתן פרשנות ראויה לחקיקת המגן, או ביצירת 'Common Law' – משפט מקובל, וקביעת הלכה פסוקה.

... בחלוף למעלה משש שנים ממתן פסק הדין בבג"ץ גלוטן, אשר הניח לפתחו של המחוקק את הסדרת שעות עבודתם וימי מנוחתם של המטפלים הסיעודיים המתגוררים בבית מטופליהם, ומשטרם ניתן הסדר חוקי כלשהו לגבי חלות חוק שעות עבודה ומנוחה ככלל על תנאי העסקתם של המטפלים הסיעודיים; מצב דברים זה מחייב את בית הדין לקבוע לפחות את ההסדר הנורמטיבי בעניין המנוחה השבועית וגמולה של המטפלים הסיעודיים הגרים בבית המטופל. זאת, להבטחת זכויותיהם כהלכה פסוקה ויצירת 'Common Law' - דהיינו, יצירת משפט מקובל, העולה בקנה אחד עם תקנת הציבור ועקרונות משפט העבודה הישראלי, ואשר אינו חורג מדרישותיה של פסקת ההגבלה. זאת, משום שכאמור בדעתו של השופט הנדל בדנג"ץ גלוטן, 'לא ניתן להתיר את עובדי הסיעוד משוללי זכויות עד שהמחוקק יתפנה לומר את דברו' (ע"ע (ארצי) 47576-10-12 זלטמן – פטרוב, בסעיפים 54 – 55 לפסק הדין, (7.7.2016)).

ויפים הדברים אף לענייננו, בשינויים הנדרשים.

"ככה זה מסדר ובנוי ומתאם" – פרטי ההסדר החדש

110. סיכום האמור עד כה: לאור הקשיים המשמעותיים ורחבי ההיקף המתוארים לעיל, הנובעים מהמצב המשפטי הנתון, ומאחר שהמחוקק מוסיף לעמוד בשתיקתו, על-אף שמאז מתן פסק הדין בדנג"ץ כהן עברו-חלפו להן כמעט חמש שנים – ולא נראה עדיין אור בקצה המנהרה, לא ניתן לעמוד עוד מנגד משמדובר בעניינים שבהם נדרשת הכרעה לאלתר, ואין מנוס מכך שבית דין זה ימלא את המוטל עליו על פי דין ויסדיר את הסוגיה, לפחות על היבטיה העיקריים, באמצעות הפסיקה, בהרכב מורחב של שופטי בית דין זה. לפיכך



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

קבענו כי יש לראות בתשר הכנסה השייכת לבית העסק והכנסתם של עובדי שרשרת השירות משכר עבודה מאת המעסיק, מבלי אפשרות להפריד בין השניים, הן במישור דיני הביטוח הלאומי והן במישור משפט העבודה. קביעה זו מולידה בתורה קביעות-משנה, ואלה הן:

1. נוכח העובדה שעל פי המצג כלפי הלקוחות ועל פי הנוהג המקובל, כספי התשר מיועדים לתשלום שכר לעובדי שרשרת השירות – ברירת המחדל, בהעדר התניה מפורשת אחרת בטופס ההודעה לעובד על תנאי העבודה או בדרך אחרת כדין, היא שהמעסיק רשאי להשתמש בכספי התשר אך ורק לשם תשלום שכר עבודה לעובדי שרשרת השירות, וזאת על פי ההסדר המוסכם במסעדה, שצריך להיות במפורש ועדיף בכתב; והוא אינו רשאי לשלם באמצעות כספי התשר תשלומי חובה (חלק המעסיק) בדמי הביטוח הלאומי ובמס בריאות), הפרשות לפנסיה (חלק המעסיק) או זכויות סוציאליות אחרות. תשלומים אלה יש להעביר בגין מלוא השכר המשולם לעובד, כלומר, לרבות כספי התשר. למותר להוסיף, כי האמור לעיל חייב למצוא ביטוי בחובות הרישומיות שבהן חב המעסיק על פי חוק הגנת השכר.

2. המעסיק, כמי שקובע את הסדרי השכר וכלל תנאי ההעסקה במסעדה, לרבות בכל הנוגע לכספי התשר, רשאי, בכפוף לכל דין, להגיע להסכמה עם עובדי שרשרת השירות בעסקו, בדבר התניה החורגת מברירת המחדל האמורה (להלן – **התניה חורגת**). כך, למשל, התניה חורגת הקובעת כי המעסיק רשאי להשתמש בכספי התשר, העולים על שכר המינימום או על שכר בשיעור גבוה יותר שסוכם עליו (להלן – **השכר החוזי**), לשם תשלום תשלומי החובה החלים על המעסיק, כדוגמת חלקו



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

בדמי הביטוח הלאומי ובהפרשות לפנסיה או תשלום הזכויות הסוציאליות של עובדי שרשרת השירות.

3. יודגש כי התניה חורגת שכזו כפופה לכל דין, למשל, להוראות סעיף 5 לחוק הגנת השכר (לעניין איסור שכר כולל), סעיף 26ב(ג) לחוק זה (לעניין מצב שבו בתלוש השכר לא נכללים רכיבים מסוימים) וסעיף 28 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963 (לעניין שכר הכולל פיצויי פיטורים). התניה חורגת כפופה גם ליתר חוקי המגן ו/או הוראות בהסכמים קיבוציים וצווי הרחבה, כמו גם למגבלות המוטלות מכוח דיני החוזים וחקיקה רלוונטית אחרת, בשים לב לנסיבות מתן התשר ולגורמים המעורבים.
4. בכל מקרה, בין אם על פי ברירת המחדל ובין אם על פי התניה חורגת, לא ישולם לעובד שכר בשיעור הנמוך משכר המינימום על פי חוק או מהשכר החוזי, לפי הגבוה.
5. משכרו של העובד ינוכו כל תשלומי החובה שיש לנכות משכר עבודה – דמי ביטוח לאומי (חלק העובד) והפרשות לפנסיה (חלק העובד).
6. בקרות מקרה המזכה בתשלום גמלה, יחשב המוסד את הגמלה על יסוד הכנסת המלצר האמיתית והמלאה, הכוללת את כספי התשר.
7. אם לא שולמו דמי הביטוח הלאומי בגין כספי התשר, יהיה מקום לשקול, לאור ההלכה המחדשת, אם המוסד רשאי לחזור אל המעסיק בתביעת שיפוי, לפי סעיף 369 לחוק הביטוח הלאומי. על כל פנים, אין מקום לשלילת גמלה או הפחתתה מחמת אי תשלום דמי ביטוח בגין תשר על ידי מי מעובדי שרשרת השירות (על פי סעיף 366 לחוק זה), משום שלא הוא שחייב בתשלומה, על פי סעיף 342(ב) לחוק.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

111. סיווג התשר, הן לעניין דיני הביטוח הלאומי והן לעניין דיני העבודה, כהכנסת עבודה של עובדי שרשרת השירות מאת המעסיק, כאמור, וקביעת הכללים האמורים לעיל, כנגזרים ישירות מהסיווג האמור, נותנים, לטעמנו, מענה הולם לרוב הקשיים שעליהם עמדנו ובעיקר מבטיחים את שלושת אלה: א. קביעת שכרו האמיתי של עובד שרשרת השירות; ב. הבטחת תשלום הזכויות הסוציאליות של עובד שרשרת השירות על יסוד שכרו האמיתי; ג. הבטחת תשלום גמלת ביטוח לאומי מחליפת הכנסה על יסוד שכרו האמיתי של עובד שרשרת השירות.

מועד כניסת ההסדר לתוקף

112. ההסדר החדש דורש הערכות מצד כל הגורמים הנוגעים בדבר. לעניין זה יצוין, כדוגמה, כי אין זה צודק לחשוף מעסיקים לתביעת שיפוי מצד המוסד בגין אי תשלום דמי ביטוח עבור העסקה שלפני מתן פסק דין זה, בשעה שבזמן אמת הם פעלו לפי המצב המשפטי הנתון, שלפיו המעסיק אינו חייב לשלם דמי ביטוח בגין כספי התשר.

113. מאחר שהסדר זה חל גם על תשלום דמי הביטוח הלאומי, שלגביהם נערכת התחשבנות שנתית בכל שנת מס, ועל מנת ליתן למחוקק שהות להסדיר את הנושא בדרך אחרת, היה ויראה לנכון לעשות כן, אנו מורים כי ההסדר החדש ייכנס לתוקפו ביום 1.1.2019, למעט ביחס לשני הליכים שבכותרת. לגבי שני הליכים אלה יחול ההסדר החדש באופן מיידי, זאת בהתאם להלכות הנוהגות בשאלת תחולתו ותחילתו של שינוי ההלכה, ובהן הרצון ליתן תמריץ למתדיין, במקרים הראויים, לפעול לשינויה של ההלכה הנוהגת (השוו לעניין



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

זה ע"מ 7335/10 קצין התגמולים – משרד הביטחון נ' לופו, בסעיף ס"ו
לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין, וההפניות שם (29.12.2013).

"פרט וכלל המה צמד כחק" – מן הכלל אל הפרט

114. לאור קביעותינו דלעיל, ניתן לעבור וליישם את שקבענו על ההליכים שהובאו לפנינו, כל הליך והקשר-הוא ונסיבותיו הקונקרטיות.

מן הכלל אל הפרט – תיק קיס

115. נזכיר כי במוקד תיק קיס עמדה לדיון השאלה אם בחישוב דמי האבטלה של מר קיס היה על המוסד לקחת בחשבון את הכנסתו מתשר. לפני שנעבור לבחון את טענות הערעור לגופן, נבחן את הוראות החוק הנוגעות לדמי אבטלה. סעיף 158(1) לחוק הביטוח הלאומי, הרלוונטי לענייננו, מגדיר "מבוטח" כך: "תושב ישראל או תושב ארעי שמלאו לו 18 שנים וטרם הגיע לגיל הקבוע לגביו...", והוא עובד הזכאי לשכר שמעבידו חייב בתשלום דמי ביטוח בעדו". במילים אחרות, חיוב המעסיק בתשלום דמי ביטוח אבטלה הוא תנאי לזכאות העובד לדמי אבטלה. לכן, לענייננו, מן ההכרח לקבוע את חיוב בעל המסעדה בתשלום דמי ביטוח אבטלה עבור העובד.

סעיף 167 לחוק, שעניינו חישוב דמי האבטלה, קובע בס"ק א' כי "דמי האבטלה ליום יחושבו באחוזים מהשכר היומי הממוצע...". סעיף 170(א) לחוק, הרלוונטי לענייננו, קובע מהו השכר היומי הממוצע, כך: "השכר היומי הממוצע, לגבי מובטל שאינו חייל, יחושב לפי ההכנסה שממנה מגיעים דמי ביטוח אבטלה...". סעיף 335(ה) קובע כי "מבוטח לפי פסקה (1) להגדרת מבוטח שבסעיף 158... ישתלמו בעדו דמי ביטוח אבטלה". סעיף 337(א)(1)



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

קובע כי "שיעורי דמי הביטוח החודשיים לפי סעיף 335 לענין עובד הם אחוזים כאמור בלוח י', מהכנסתו החודשית". סעיף 342(ב) קובע כי "המעביד חייב בתשלום דמי ביטוח בעד עובדו" ובס"ק(ג) נקבע כי "היו דמי ביטוח משתלמים בעד עובד לפי סעיף 335(א), (ד), (ה), (ז), (ח) או (ט), ינכה המעביד משכרו של העובד אחוזים מההכנסה שלפיה משתלמים דמי הביטוח כאמור בלוח י' ובסעיף 337". כלומר, לפי הוראה זו, על מעסיק לנכות משכרו של עובד לפי סעיף 335(ה), הרלוונטי לענייננו, אחוזים מהכנסה כאמור בסעיף 337, המצוטט לעיל, הקובע ששיעור דמי הביטוח הם אחוזים מהכנסתו החודשית של העובד. ומהי הכנסתו החודשית של העובד? סעיף 344(א) לחוק הביטוח הלאומי קובע כי "יראו כהכנסתו החודשית של עובד את הכנסתו בעד החודש שקדם ל-1 בחודש שבו חל מועד התשלום, מהמקורות המפורטים בסעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה..."

116. כאמור, בעניין קיס, קבע בית הדין האזורי כי מר קיס לא הוכיח את שיעור הכנסתו מכספי התשר. ערעורו של מר קיס מופנה בעיקרו של דבר נגד ממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי בית הדין האזורי, על יסוד ניתוח מעמיק ויסודי של הראיות השונות שהובאו לפניו ועל יסוד התרשמותו הבלתי אמצעית מהעדים ומהראיות. מן המפורסמות הוא כי ערכאת הערעור תיטה שלא להתערב בקביעות הערכאה הדיונית בעניינים ממין זה, ולא מצאנו כי נסיבות המקרה דנן מצדיקות סטייה מכלל זה. בהתייחס לטענת מר קיס שלפיה היה על בית הדין האזורי לבחון את שיעורי התשר לגבי שלושת החודשים האחרונים להעסקתו בלבד, נציין בקצרה כי ממצאי מהימנות נקבעים על יסוד כלל הראיות המוגשות לבית הדין, ולפיכך ייתכן שראיות מסוימות, הגם שאינן משליכות על העניין שבמחלוקת באופן ישיר, ישליכו על מהימנות מי מהצדדים. כך אף בענייננו. מכל מקום, בית הדין קמא קבע כי לא



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

הוכחו סכומי התשר שמר קיס טען להם, וזאת אף ביחס לשלושת חודשי העבודה האחרונים שלו במסעדה, וגם בממצא עובדתי זה לא ראינו לנכון להתערב.

117. לאור האמור, משמצאנו כי אין כל הצדקה להתערבותנו באיזה מהממצאים שקבע בית הדין האזורי, יש לדחות את הערעור, אף שמבחינה עקרונית התשר הוא שכר עבודה שהמעסיק חייב לשלם בגינו דמי ביטוח עבור המלצר, דמי ביטוח שעל המעסיק לנכותם משכר המלצר בהתאם לדין. לאור תוצאה זו אין מקום להידרש בנסיבות המקרה לטענות המוסד הנוגעות לזכותו לחזור בתביעת שיפוי אל המעסיק כצד ג'.

מן הכלל אל הפרט – תיק בודה

118. נזכיר כי בעניין זה קבע בית הדין האזורי, כי מאחר שכספי התשר לא עברו דרך קופת המסעדה ולא נוהל לגביהם כל רישום, אין לראותם כשכר לעניין חוק שכר מינימום. לאור קביעתנו דלעיל, שלפיה תשר הוא תשר הוא תשר והוא שכר הוא שכר הוא שכר, גם אם לא עבר בקופת המסעדה וגם אם לא נוהל לגביו כל רישום שהוא – מתקבלת באופן עקרוני טענת המערערת (ד.ע). יבוא וניהול מסעדות בע"מ), שלפיה יש לראות את סכומי התשר ששולמו לידי מר בודה במזומן כשכר עבודה (סכומי התשר ששולמו למר בודה באמצעות כרטיס אשראי ממילא נרשמו בתלושי השכר שלו ושולמו לו כשכר עבודה), ויש לבטל את חיובה בתשלום הפרשי שכר מינימום.

119. מנגד, אנו דוחים את טענות המערערת הנוגעות לחיובה בתשלום דמי המחלה של מר בודה. טענות אלה מופנות בעיקרן נגד ממצאים עובדתיים שקבע בית הדין האזורי באשר לנסיבות סיום יחסי העבודה ולמועד סיומם. כאמור לעיל,



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

בתיק קיס, ערכאת הערעור תיטה שלא להתערב בשיקול דעתה של הערכאה המבררת בנוגע לממצאים מסוג זה, בהיותם מבוססים על התרשמותה הישירה והבלתי אמצעית ממכלול חומר הראיות ומהעדים. לא מצאנו כי נסיבות העניין מצדיקות סטייה מכלל זה. לאור האמור, עניינו של מר בודה יוחזר לבית הדין האזורי על מנת שיערוך מחדש את החישובים השונים הנוגעים לשעות הנוספות (לרבות הפרדה בין רכיב השעות הנוספות ורכיב הפרשי שכר המינימום), וזאת בהתאם לקביעותינו העקרוניות בפסק דין זה, שלפיהן יש לראות את כספי התשר ששולמו למר בודה כשכר עבודה, ולבטל, לפיכך, את חיוב המערערת בתשלום הפרשי שכר מינימום. חישוב גמול השעות הנוספות ייעשה לפי ההלכה הפסוקה. בית הדין האזורי לא ידון ברכיב דמי המחלה, משטענות המערערת לעניין זה נדחו על ידינו לעיל, ולא ידון ביתר הרכיבים שלא הוגש לגביהם ערעור. בהתאם לקביעותינו החדשות ביחס לשעות הנוספות (לרבות הפרדה בין רכיב השעות הנוספות ורכיב הפרשי שכר המינימום), יקבע בית הדין האזורי מחדש אף את שיעור ההוצאות ושכר הטרחה שבו חויבה המערערת במסגרת ההליך נשוא פסק דין זה.

"עוד אין זה סוף. עוד יש ויש" – בטרם נעילה

120. שלוש הערות לפני סיום:

1. אנו מבקשים להדגיש כי פסק דיננו זה חל על תשלום תשר בענף המסעדנות בלבד, כלומר במסעדות, בתי קפה, ברים ופאבים, לגבי כלל העובדים המהווים חלק מחוליות השירות והנהנים, על פי הנוהג, מכספי תשר.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

2. אנו ערים לכך שבעקבות פסק דין זה, ובהמשך בעקבות כניסתו של ההסדר לתוקף, עשויים להתרחש בענף המסעדות שינויים כאלה ואחרים, שייתכן שיפגעו במידה זו או אחרת בחלק מבעלי המסעדות, עובדיהן או ציבור הסועדים. למרות זאת אנו סבורים שבראייה כוללת, ההסדר האמור הוא הסדר נדרש ומתחייב על פי ערכי היסוד של שיטתנו המשפטית, ובסיכומו של דבר ייטיב עם הכלל.
3. לא למותר להבהיר ולהטעים את המובן מאליו, והוא כי אין בפסק דיננו זה כדי לייתר הסדרה של סוגיית התשר בכללותה על ידי המחוקק, והדבר אף רצוי ומתבקש.

"השיר לאתם, הוא רק מתחיל" – סוף דבר

121. הערעור בתיק בודה מתקבל בכל הנוגע לטענה העקרונית של המערערת (ד.ע. יבוא וניהול מסעדות בע"מ) לעניין סיווג התשר כשכר עבודה לצורך חוק שכר מינימום, ובכל הנוגע לביטול חיובה בתשלום הפרשי שכר מינימום כפועל יוצא מכך. התיק יוחזר לבית הדין האזורי על מנת שיערוך את החישובים הנדרשים בהתבסס על קביעות אלה, כאמור בסעיף 119 דלעיל. טענות המערערת הנוגעות לדמי המחלה – נדחות. לאור התוצאה, יישא מר בודה בהוצאות המערערת בגין ערעורה ובשכ"ט עו"ד בשיעור כולל של 5,000 ש"ח, שישולמו בתוך 30 יום מהיום.
122. הערעור בתיק קיס נדחה. בהתאם למדיניות פסיקת ההוצאות בהליכי ביטחון סוציאלי, יישא כל צד בהוצאותיו.



בית הדין הארצי לעבודה

עב"ל 44405-10-15

ע"ע 28480-02-16

ניתן היום, י' ניסן תשע"ח (26 מרץ 2018) במעמד הצדדים.

לאה גליקסמן,
שופטת

ורדה וירט-ליבנה,
סגנית נשיא

הנשיא יגאל פליטמן,
אב"ד

רועי פוליאק,
שופט

אילן איטח,
שופט

גברת יודפת הראל בוכריס,
נציגת ציבור (מעסיקים)

גברת מיכל בירון בן גרא,
נציגת ציבור (עובדים)