

# בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

## המערערת

ד.ג.מ.ב. אילת מסעדות בע"מ

-

## המשיבה

ענבל מלכה

## מתייצב בהליך

היועץ המשפטי לממשלה

## מתייצבת בהליך

הסתדרות העובדים הכללית החדשה

בפני: הנשיא סטיב אדלר, השופט עמירם רבינוביץ, השופט שמואל צור  
נציג עובדים: מר דב פרנקל נציג מעבידים: מר ישראל בן-יהודה

בשם המערערת: עו"ד כרמל נפתלי, עו"ד אלישי מודלין ומר גדעון בן-עמי  
בעל המסעדה  
בשם המשיבה: מר אגליק דן-אל, מנהל האיגוד המקצועי  
בהסתדרות - מרחב אילת  
בשם היועץ המשפטי לממשלה: עו"ד נורית אלשטיין  
בשם הסתדרות העובדים הכללית החדשה: עו"ד דורית טנא-פרצ'יק, עו"ד רות  
שחמון, עו"ד מיה פרי-אלתרמן

## פסק דין

### הנשיא סטיב אדלר

#### פתח דבר

ערעור זה מעלה בפנינו סוגיה עקרונית הנוגעת לחוק שכר מינימום, התשמ"ז - 1987 (להלן: חוק שכר מינימום) ובמרכזה השאלה האם ניתן לשלב בין חובת תשלום שכר מינימום לבין תשרים המצטברים בידי מלצרים. לשון אחרת, האם יש לראות בתשר המשולם למלצרים על ידי לקוחות המסעדה כחלק משכר עבודתם, או שעל המעסיקה לשלם למלצרים שכר ללא זיקה לתשר.

## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

ברורה של סוגיה זו מערב שאלות הכרוכות בהסדר הנורמטיבי הקיים כמו גם הרצוי, שאלות של מדיניות שיפוטית וכן שיקולים מעשיים לא מבוטלים. נציין, כי סוגית מעמדו של התשר זכתה במהלך השנים להתייחסות מפורטת בפסיקת בתי הדין האזוריים לעבודה, אך זו לה הפעם הראשונה בה היא נידונה בבית דין זה. היועץ המשפטי לממשלה הודיע על התייצבותו בהליך וגם הסתדרות העובדים הכללית החדשה הוזמנה להשמיע טענותיה בפנינו. כהקדמה להבנת הסוגיה נציין, כי עסקינן בתביעה של מלצרית כנגד מעסיקה לשעבר לתשלום שכר מינימום בעד תקופת עבודתה במסעדה, ללא זיקה לכספי התשר שקיבלה. הטענה המרכזית של המעסיקה היא, שבהתאם **לסעיף 1 לחוק הגנת השכר, התשי"ח - 1958** (להלן: **חוק הגנת השכר**) שכר הוא כסף שמשולם לעובד **תוך כדי ועקב עבודתו** וכך היא קבלה התשר. מאידך, טענת העובדת היא, כי בהתאם לסעיף 2(א) **לחוק שכר מינימום** שכר הוא כל כסף המשתלם לעובד **על ידי מעבידו** והיא קבלה סכומי התשר מלקוחות ולא מהמעסיקה. אם נגיע לכלל מסקנה, כי תשר אינו בא בגדר שכר עבודה הרי שתחויב המסעדה לשלם למלצרית שכר מינימום ללא כל זיקה לכספי התשר שהיא צברה. מנגד, אם נבוא לכלל מסקנה כי תשר יכול בתנאים מסוימים לבוא בגדר שכר עבודה הרי שחובת המסעדה לתשלום שכר מינימום תקום רק במקום שכספי התשר שצברו המלצרית לא הגיעו לגובה שכר המינימום. אקדים ואומר את מסקנתי הכללית והיא, כי **מחד** – התשר המשולם ישירות למלצרית אינו נחשב כחלק משכרה, **ומאידך** - ככל שהתשר שולם למלצרית באמצעות פנקסי המעסיקה ובתנאים שיפורטו, יחשב הוא לשכר.

### [2] עובדות המקרה שלעניין ופסק דינו של בית הדין האזורי

[א] הגב' ענבל מלכה (להלן: **המשיבה** או **ענבל** או **המלצרית**) הועסקה כמלצרית במסעדת "ניו-יורק ניו-יורק" (להלן – **המערערת** או **המסעדה** או **המעסיקה**) באילת, החל מיום 1.3.1995 ועד ליום 27.7.1995. המסעדה הינה בבעלות חברת ד.ג.מ.ב אילת מסעדות בע"מ - היא המערערת בפנינו. מתכונת עבודת המלצרים במסעדה נקבעה כמשמרות הפרושות על פני כל ימות השבוע, לרבות סוף השבוע. ענבל השתלבה במתכונת עבודה זו ולעתים נדרשה לעבוד במשמרות רצופות.

## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

[ב] על פי הנוהג שהשתרש במסעדה, התמורה היחידה שקיבלה ענבל בעד עבודתה הייתה סך כל סכומי התשר שהותירו לה באופן ישיר לקוחות המסעדה. עם זאת, התחייבו בעלי המסעדה, כי במידה ושיעורי התשר שתקבל ענבל לא יגיעו לגובה שכר המינימום היומי ישלימו את שכרה בהתאם מקופתם, בסוף החודש.

[ג] עם ניתוק יחסי העבודה בין הצדדים הגישה ענבל תביעה לבית הדין האזורי בבאר-שבע.<sup>1</sup> בתביעה דרשה, בין היתר, תשלום שכר מינימום עבור כל חודשי העסקתה במסעדה וזאת ללא קשר לסכומי התשר שקיבלה מלקוחות המסעדה. לטענתה, תשלום התשר לא יכול להוות תחליף לשכר עבודה מאחר שלא שולם על ידי המעסיקה כמצוות סעיף 2(א) **לחוק שכר מינימום**. מאידך, סברה המעסיקה, כי כספי התשר שצברה ענבל יכולים לבוא בגדר שכר עבודתה מאחר והתקבלו תוך כדי ועקב עבודתה במסעדה, כאמור בסעיף 1 **לחוק הגנת השכר**.

[ד] בית הדין האזורי הגיע לכלל מסקנה, כי הדין עם ענבל ועל-כן חייב את המסעדה לשלם לה שכר מינימום בגין כל תקופת עבודתה, בסך כולל של 12,343.34 ₪. זאת מעבר לסכומי התשר שקבלה. את הכרעתו זו ביסס בית הדין האזורי על מסקנתו מן החקיקה והפסיקה, כי על מנת שתמורה כספית תחשב ל"שכר עבודה" עליה להיות משולמת לעובדת ממעבידה. מאחר והתשר משולם למלצרית על ידי לקוחות המסעדה אין הוא יכול להוות שכר עבודה. אשר לתביעתה של ענבל לפיצויי הלנת שכר - בית הדין האזורי הפחיתם לכדי הפרשי הצמדה וריבית משקבע שבמקרה דנן לא שולם השכר במועדו מחמת "טעות כנה" ו"חילוקי דעות בדבר עצם החוב שיש בהם ממש", כמשמעות ביטויים אלה בסעיף 18 **לחוק הגנת השכר**. עוד נפסק, כי ענבל זכאית לגמול בגין עבודה בשבתות ובחגים, פדיון חופשה, תמורת הודעה מוקדמת והחזר דמי נסיעה. המסעדה אף חויבה להמציא לענבל תלושי משכורת בגין חודשי עבודתה, ולהפריש למוסד לביטוח לאומי ולרשויות המס את ההפרשות המתחייבות.

<sup>1</sup> השופטת יהודית הופמן (כדן יחיד) תבי"ע נו/1320-35.

## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

[ה] לשם השלמת התמונה נציין, כי על פסק דינו של בית הדין האזורי הוגשה לבית דין זה בקשת רשות ערעור אשר התקבלה (דב"ע 97 / 239-95). הדיון בערעור אוחד עם הליך נוסף,<sup>2</sup> אולם אי התייצבות חלק מהצדדים בהליך הנוסף הובילה למסקנה, כי הדיון בו אינו נוגע עוד לסוגיית התשר ועל-כן שבנו והפרדנו בין ההליכים.<sup>3</sup> במהלך הדיון בהליך המליץ בית הדין לנציגי ההסתדרות ונציגי המעסיקים בענף לנסות ולפתור את סוגיית מעמדו של התשר באמצעות משא ומתן קיבוצי, אותו ילוו לשכת התאום של הארגונים הכלכליים והיועץ המשפטי לממשלה. לשם קיום המשא ומתן חזרנו ודחינו את שמיעת הערעור אולם, למרבה הצער הדבר לא הסתייע ומכאן נפתחה הדרך למתן פסק דין זה.

### טענות הצדדים בערעור

**3. המשיבה** סמכה ידיה על פסק דינו של בית הדין האזורי כמו גם על מסקנתו, כי תשר המשולם למלצרים ישירות מלקוחות המסעדה אינו יכול לבוא בגדר שכר עבודה.

**המערערת** טענה, כי בפסק דינו של בית הדין האזורי יש משום "פרשנות חדשה" הסותרת פרשנות שניתנה לסוגיה במסגרת פסק דין קודם שדן בשאלת היחס שבין תשר וחוק שכר מינימום; כן נטען, כי בעצם העובדה שגרמה לכך שהמשיבה תקבל תשלום בעד עבודתה יצאה היא ידי החובה המוטלת על מעסיק לשלם לעובדו שכר מינימום.

**היועץ המשפטי לממשלה** (להלן: **היועץ**) בעמדתו המפורטת גורס, כי הוראות הדין והפסיקה אינן מחייבות את הקביעה הגורפת, לפיה תשר לא יכול להיחשב שכר עבודה. עם זאת, יש להפריד בין תשר שיש למעביד שליטה לגביו (אם מפני שהדרישה לתשר נכללה בחשבון ואם מפני שהמעסיקה מעבירה את התשר כתקבול בקופה), לבין מענק כספי המשולם ישירות לעובד ואינו נרשם כתקבול של העסק. לדידו, תשר שיש למעביד שליטה עליו יחשב כשכר עבודה ואילו מענק כספי המשולם ישירות לעובד לא יילקח בחשבון לצורך חוק שכר

<sup>2</sup> ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי בתל אביב בעב 300357/97 עינת כהן - טל מוסקוביץ ואח'; השופטת הראשית ורדה וירט-ליבנה ונציג ציבור מר דב הרשקוביץ; פסק דין מיום 13.3.2000.  
<sup>3</sup> עע 1116/00 עינת כהן - טל מוסקוביץ ואח', פסק דין מיום 26.1.2003.

## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

מינימום. כמו כן סבור היועץ, כי אין בהכרח לבטל רטרואקטיבית הסכם ספציפי הקובע אחרת, אלא יש לבחון האם העובד קופח, האם הסתמכותה של המעסיקה נפגעה ואת שאר שיקולי הצדק הקונקרטיים, לרבות באמצעות הצוהר שנפתח בפסיקה ומאפשר לעקרון תום הלב לגבור, במקרים חריגים, על הקוגנטיות. בתוך כך, סבור היועץ כי פסיקת בתי הדין האזוריים היא בעלת אופי רטרואקטיבי, שאינו מוצדק במקרה זה לנוכח נהג שוק מושרש שביסס יחסי הסתמכות בין הצדדים ושעל פיו נהגו שנים רבות, חרף אי הבהירות המשפטית ששררה סביב העסקת מלצרים. על פי טענה זו, פסיקת בית הדין האזורי מעוררת קשיים רבים בהיותה פוגעת בהגינות ובציפיות המושתתות על הסתמכות, כשבענייננו אף יש לפסיקה משמעויות כלכליות כבדות מבחינת בעלי המסעדות. כל טענות היועץ נטענות במקביל לקריאה ברורה למחוקק להסדיר את הנושא, על כל היבטיו, בחקיקה.

**הסתדרות העובדים החדשה**, תמכה בפסק דינו של בית הדין האזורי בהיותו עולה בקנה אחד, לטעמה, עם פסיקת בית המשפט העליון; משקף את המגמה שהתגבשה בפסיקת בתי הדין האזוריים ואת עמדת המשפט במדינות הים; עולה בקנה אחד עם המדיניות הראויה מבחינת דיני העבודה בכלל וחוקי המגן בפרט.

### הגדרת "שכר" בחקיקה

4. המחוקק הישראלי לא הגדיר בהגדרה כללית אחת ממצה מהו 'שכר עבודה'. כפי שפסק בית דין זה עוד בראשית דרכו "אין להניח כי ניתן להגדיר שכר עבודה בהגדרה אחת, שתהיה יפה לכל המטרות".<sup>[4]</sup>

בסעיף 1 לחוק הגנת השכר מוגדר שכר עבודה, כך: "שכר עבודה - לרבות תשלומים בעד חגים, פריון עבודה ושעות נוספות ותשלומים אחרים המגיעים לעובד עקב עבודתו ובמשך עבודתו"; [ההדגשה הוספה – ס.א.]. הגדרה זו נוקטת לשון שאינה ממצה ("לרבות..."). רוצה לומר, ההגדרה מונה מספר תשלומים שייחשבו לשכר עבודה ומוסיפה הנחיה כללית באשר לאופן ההכרעה לגבי תשלומים שלא נמנו בה.

<sup>4</sup> דב"ע לב/3-21 שמואל מרגלית - בנק איגוד בע"מ, פד"ע ד' 7; וראו גם: דב"ע מט/8-1 מרכז רפואי סורוקה - מדינת ישראל, פד"ע כ' 434.

## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

סעיף ההגדרות של חוק שכר מינימום אינו כולל הגדרה של "שכר". אולם, בסעיף 2(א) לחוק נקבע, כי 'עובד שמלאו לו 18 שנים (להלן - העובד) המועסק במשרה מלאה, כנהוג במקום עבודתו, זכאי לקבל ממעבידו שכר עבודה שלא יפחת משכר המינימום לחודש, שכר המינימום היומי או שכר המינימום לשעה, הכל לפי העניין' [ההדגשה הוספה – ס.א.]. הוראת סעיף 2(א) לחוק שכר מינימום קובעת כלל בסיסי לפיו הזכות לשכר מינימום נתונה לכל העובדים במשק, כל עוד לא הוצאו במפורש מתחולתו של החוק.<sup>[5]</sup> סעיף 3 לחוק עוסק באופן חישוב השכר לעניין שכר מינימום וקובע (בסעיף 3(א)) כי 'השכר שיובא בחשבון לעניין סעיף 2 [הוא הסעיף הדין כאמור בקביעת הזכות עצמה – ס.א.] יהיה שכר העבודה שמשלם מעביד לעובדו בעד יום עבודה רגיל כנהוג במקום עבודתו'. סעיף 3(ב) לחוק מונה רכיבי שכר שייחשבו כ"שכר", אך אינו קובע כי המדובר ברשימה סגורה.

מסקנתי מעיון בשני החוקים האמורים היא, כי המחוקק הותיר בידי בית הדין את ההכרעה האם רכיב שכר מסוים ייחשב כשכר, אולם קבע הנחיות לעניין כדלקמן:

**הנחייה אחת –** שכר הוא תשלום המשולם לעובד עקב עבודתו ובמשך עבודתו.

**ההנחייה השנייה –** שכר הוא תשלום שמשולם לעובד על ידי מעסיקו.

קיימת סתירה, לכאורה, בין שתי ההנחיות הללו, שכן התשר משתלם למלצר עקב עבודתו ובמשך עבודתו, אולם לא על ידי המעסיקה. לפיכך, עלינו לפנות לתכליתו של חוק שכר מינימום, להקשר התעשייתי ולמדיניות הראויה. תכליתו של חוק שכר מינימום היא להבטיח רמת חיים מינימאלית לכל עובד. תחיקת המגן קובעת נורמות ראשונות במעלה במקום העבודה. החלק הארי של תחיקת המגן נחקק לפני שנים רבות, בתקופה בה סביבת העבודה ונסיבות ההעסקה היו שונות. אשר על כן בבוא בית הדין, כיום, לפרש הוראות הכלולות בתחיקת המגן עליו להתאים את הפרוש לחלוף העתים ולשוק העבודה הנוכחי.

<sup>5</sup> ראו: דב"ע נ/3-282 אמירה ח'אטר ואח' - סלטקס טקסטיל בע"מ, פד"ע ל"א 322.

## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

ברוח זו נקבע בפסק דין שור,<sup>6</sup> כי: **"יש לפרש את חוקי עבודה המגן בהתאם לתכליתם... יש לשמור על זכותם של הצדדים לחוזה עבודה אישי לקבוע תנאי עבודה התואמים את הנסיבות, את דרישות העבודה ואת נוחיותה של העבודה, וזאת בתנאי שהנקבע בחוזה העבודה אינו חורג מהוראות חוקי עבודה המגן"**.<sup>[7]</sup>

### פסיקת בתי הדין האזוריים בסוגיית התשר

5. כאמור בפתח הדברים, סוגיית מעמדו של התשר כשכר לצורך חוק שכר מינימום מוכרעת בבית דין זה כעת לראשונה. אולם, בפסיקת בתי הדין האזוריים זכתה הסוגיה במהלך השנים להתייחסות מפורטת. התוצאות אליהן הגיעו בתי הדין האזוריים אינן אחידות. להלן נסקור בקצרה חלק מפסקי הדין שעסקו בעניין.

בעניין עינת כהן<sup>[8]</sup> נדונה בפני בית הדין האזורי בתל-אביב תביעתה של מלצרית שהועסקה במשך למעלה משנתיים במסעדה ולא קיבלה שכר, פרט לסכומי התשר שהותירו לה באופן ישיר לקוחות המסעדה. בפסק דין מקיף ויסודי סוקרת חברתי השופטת וירט-ליבנה את הפסיקה והדין בסוגיה בארץ ובארצות הים ובאה לכלל מסקנה שאין לראות בתשר שכר עבודה מאחר שמכוח החוק על שכר להשתלם על ידי המעביד. מוסיפה חברתי וקובעת, כי הסכמת הצדדים לעבוד בתנאים אלה אינה תקפה בהיותה נוגדת חקיקת מגן. לתוצאה דומה הגיע בית הדין האזורי בתל-אביב בעניין צילי אסולין.<sup>9</sup>

בעניין מוני סהר<sup>[10]</sup> פסק בית הדין האזורי בתל-אביב, כי העסקה של מלצריות באופן ששכרן משתלם להן רק באמצעות התשר שהן מקבלות ישירות מלקוחות המסעדה, הינה שיטה פסולה ונפסדת. אולם, מקום בו ברור שהשכר

<sup>6</sup> דב"ע נו/ 91 – 3, פילוסוף – שור ושות', פד"ע ל"ג, 49, 53; עתירה לבג"ץ נדחתה, בג"ץ 5845/98 שור ושות' נ' בית הדין הארצי ואח', לא פורסם.

<sup>7</sup> ראו: עע 1954/01 אשר טוילי - יצחק דהרי, פד"ע ל"ז 746. עוד לעניין תכליתו של חוק שכר מינימום ראו: דב"ע ש/3-171 פלטרס נסיעות ותיירות בע"מ - יהודה פון, פד"ע כ"ב 356, 361; עע 440/99 ורה ברמן - משה ישראלי - קונדיטורית פילאס (פסק דין מיום 5.11.2002); רע"א 4905/98 פרוף' יוסף גמזו נ' נעמה ישעיהו ואח', פ"ד (נה) (3) 360; אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי) עמ' 422.

<sup>8</sup> עב 300357/97 עינת כהן - טל מוסקוביץ, לעיל הערה 2.

<sup>9</sup> עב 2409/03 צילי אסולין - בני יהושוע ("פונדק בני"), השופטת שרה מאירי ונציגי הציבור ה"ה צוונג וכהן, פסק דין מיום 24.5.2004.

<sup>10</sup> עב 2225/98-3, עב 4203/98-3, עב 4202/98-3 מוני סהר ואח' - פיקאסו מסעדות ובתי מלון בע"מ; השופט שמואל טננבוים ונציגי ציבור מר הרצל ישי, פסק דין מיום 6.5.2001. ערעור על פסק הדין תלוי ועומד בבית דין זה.

## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

שקיבלו באמצעות התשר מגיע, למצער, לגובה שכר המינימום יש לראות בתשר כחלק משכר המשולם על ידי אחר. שאם לא כן ימצאו העובדות זכות לכפל השכר.

בעניין **מיכל לאור**<sup>[11]</sup> הבחין בית הדין האזורי בתל-אביב בין תשר שאין חובה לשלמו ושאינו בגדר שכר עבודה, לבין "דמי שירות" שחובה לשלם ושנחשבים לשכר עבודה.

בעניין **יפית ארמון**,<sup>[12]</sup> פסק בית הדין האזורי בירושלים, כי למעסיק באותו מקרה היתה "שליטה מלאה על תגמולי התשר, חלוקתם ודרך תשלומם, שעל בסיסם הונפקו תלושי שכר לתובעת", זאת כתוצאה מ"מנגנון חלוקת טיפים" שהונהג במסעדה ושהוביל לדעת בית הדין לכך ש"המלצר לא היה תלוי בנדבת ליבו של הלקוח ביחס לשכר המינימום". משכך נפסק, כי "דין התשר כדין שכר עבודה לכל דבר ועניין."<sup>[13]</sup>

בעניין **יוליה דרמון**<sup>14</sup> פסק בית הדין האזורי בתל-אביב, כי בנסיבות אותו המקרה, בהן ערכה המעסיקה מעקב ווידאה כי סכומי התשר שהתקבלו הגיעו לגובה השכר שהוסכם בין הצדדים שישולם למלצר בעד כל משמרת, התמלאה תכליתו של חוק שכר מינימום ועל-כן אין זה מוצדק לחייב את המעסיקה בסכומים נוספים.

### ועדת פרידמן והצעת חוק הגנת השכר (תיקון 20)

6. בדומה למצב הדברים במדינות נוספות בעולם, גם בישראל הטרידה סוגיית תשלום שכר המינימום למלצרים גורמים שונים. בחודש אפריל 1995 מינתה שרת העבודה והרווחה דאז, הגב' אורה נמיר, "ועדה לבדיקת נושא תנאי העבודה של מלצרים/יות בבתי קפה ובמסעדות ואת מעמדו של התשר כשכר עבודה". בראש הוועדה עמד פרופ' אברהם (רמי) פרידמן (להלן: **ועדת פרידמן** או **הוועדה**). בדין וחשבון שהגישה הוועדה לשרה נמיר נכתבו לגבי מאפייני קבוצת

<sup>11</sup> עב 301510/96 מיכל לאור - ראל נדל; השופט יצחק לובוצקי ונציגי ציבור מר זייד ומר גרינשטיין, פסק דין מיום 6.5.2001.

<sup>12</sup> עב 1975/00, עב 2461/02 יפית ארמון - אן-מארי פרידלנדר ואח'; השופט אייל אברהמי, פסק דין מיום 21.7.2003.

<sup>13</sup> שם, סעיף 46 לפסק הדין.

<sup>14</sup> עב 2407/03 יוליה דרמון - בנימין יהושוע (השופטת סיגל דוידוב מוטולה, פסק דין מיום 27.10.2004).



## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

המלצרים הדברים הבאים: "לפי הנתונים שהובאו בפני הוועדה מתאפיינת קבוצת המלצרים בחתך אוכלוסיה צעיר שלאחר שירות צבאי, יחסית משכיל ובחלקו בשלבי רכישת השכלה גבוהה (סטודנטים), הרואה בעיסוק זה עבודה זמנית ולא יעוד תעסוקתי ארוך טווח. לכן, נראה שערונותם ומודעותם לזכויותיהם הסוציאליות, ובמיוחד לאלה שמימושם הוא בטווח הארוך, נמוכה יחסית". הוועדה מצאה, כי "במקומות עבודה רבים אין הקפדה על ישום תנאי העבודה והשכר הנובעים מחוקי העבודה השונים: חוק שכר מינימום, חוק הביטוח הלאומי, חוק שעות עבודה ומנוחה, חוק חופשה שנתית, חוק הגנת השכר, חוק פיצויי פיטורים, חוק דמי מחלה".

המלצת הוועדה היתה שלא לראות בתשר המשולם ישירות על ידי הלקוח למלצר כשכר עבודה אלא כסכום המשולם למלצר מרצונו הטוב של הלקוח. מנגד, סברה הוועדה כי שכר המשולם ישירות למלצר, אך הועבר למסעדה ונכלל בפדיון בית העסק או בתקבוליו, דינו כשכר עבודה. המלצה זו, לדעת הוועדה, יש לעגן בחקיקה אשר תגדיר את מעמדו של התשר ואת מעמדו של המלצר במקום העבודה.

7. בעקבות המלצות ועדת פרידמן, הגישה הממשלה לכנסת בנובמבר 1996 את הצעת חוק הגנת השכר (תיקון מס' 20) (תשר), התשנ"ז - 1996.<sup>[15]</sup> על פי הצעת החוק, הוגדר תשר כ"מענק כספי שנתן לעובד מי שקיבל או שקנה שירות ממעבידו, באמצעות אותו עובד, כאשר המענק לא נכלל בתמורה שדרש המעביד ממקבל או מקונה השירות". בדברי ההסבר להצעת החוק, המפנים להמלצות ועדת פרידמן, נכתב כי "מאחר שסכומי התשר... משולמים בסכומים העשויים להשתנות על פי רוחב ידו ורצונו הטוב... של מקבל השירות, ובעיקר משום שאין הם משולמים על ידי המעביד או באמצעותו... מוצע כי תשר יוצא מגדר שכר עבודה לעניין חוקי מגן לעובד המפורטים בחלק ב' של התוספת לחוק. כן מוצע כי קביעה זו תחול לא רק בענף המלצרות כעולה ממצאי הוועדה הציבורית (ועדת פרידמן - ס.א.), אלא גם בענפי עבודה אחרים שבהם נהוג לשלם תשר לעובדים, המפורטים אף הם בתוספת לחוק...". ענפי העבודה הנוספים שנמנו בתוספת להצעת החוק הם מלונאות, ספרות, מופעי בידור ומשלוחים. חוקי המגן

## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

שנמנו בתוספת ב' להצעת החוק הם חוק חופשה שנתית, התשי"א - 1951; חוק החניכות, התשי"ג - 1953; חוק פיצויי פיטורים, התשכ"ז - 1963; חוק דמי מחלה, התשל"ו - 1976; חוק שכר מינימום, התשמ"ז - 1987; חוק עובדים זרים (העסקה שלא כדין), התשנ"א - 1991; וחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו - 1996.

שתי הצעות חוק דומות בעיקרן הונחו על שולחן הכנסת השש-עשרה על ידי חבר הכנסת אופיר פינס-פז ועל ידי חברי הכנסת עמיר פרץ ואילנה כהן<sup>16</sup>. לאחרונה, אף עלתה יוזמה ממשלתית ברוח זו הבאה לידי ביטוי בטיטת חוק שהוכנה על ידי משרד התעשייה המסחר והתעסוקה (להלן - **משרד התמ"ת**)<sup>17</sup>. על פי הצעת משרד התמ"ת יתוקן **חוק הגנת השכר**, כך שיוסף סעיף כדלקמן:

"א6.

(א) **תשלום ששולם לעובד בידי מי שאינו המעביד או אדם אחר מטעמו (להלן - נותן התשלום), עבור עבודה שביצע העובד במסגרת עבודתו, דינו כדין שכר עבודה, זולת אם התשלום הוא תשר.**

(ב) **לעניין זה, "תשר" - תשלום כאמור בסעיף קטן (א), אשר נותן התשלום לא נדרש לשלמו, והתקיים בו אחד מאלה:**

(1) **נותן התשלום נתן את התשלום ישירות לידי העובד, והתשלום נשאר בידי העובד;**

(2) **חל על העובד הסכם קיבוצי כללי שהורחב בצו הרחבה כמשמעותו בחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז - 1957 ואושר לעניין סעיף זה בידי שר התעשייה, המסחר והתעסוקה, בהסכמת שר הרווחה, ובלבד שההוראות המורחבות קובעות את שכרו של עובד, והתשלום אינו חלק משכר זה."**

בדברי ההסבר לטיטת החוק נכתב, כדלקמן:

**"מוצע כי "תשר" לא יחשב כשכר עבודה, אם אין קשר בין המעביד לבין התשלום ואין שליטה של המעביד על התשלום. שלושה תנאים מצטברים מבטיחים זאת:**

**א. התשר ניתן שלא מידי המעביד או מטעמו;**  
**ב. התשר ניתן שלא לפי חובה שחייב בה משלם התשר;**

<sup>15</sup> ה"ח 2564, י"ד בכסלו התשנ"ז, 25.11.1996, עמ' 80.

<sup>16</sup> פ/ 2657; פ/ 3307 - הונחה על שולחן הכנסת ביום כ"ו באדר א' התשס"ה - 7.3.2005.

<sup>17</sup> טיטת חוק הגנת השכר (תיקון - תשר), התשס"ה - 1005 - משרד התעשייה המסחר והתעסוקה מיום 22.3.2005.

## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

ג. התשר מגיע ישירות לעובד, באופן שאין למעביד שליטה או פיקוח עליו. הוראה אחרונה זו תסויג במקום שבו הסכם קיבוצי כללי שהורחב בצו הרחבה, וקיבל אישור לעניין זה משר התמ"ת בהסכמת שר הרווחה, מסדיר את שכרו של העובד. כתוצאה מהתיקון המוצע, לא יהיה ספק כי "תשר" שעומד בתנאים האמורים אינו שכר עבודה. מכך יהיה ברור שהעובד זכאי לקבל ממעבידו שכר עבודה שלא יפחת משכר מינימום...".

הצעת החוק הממשלתית שהכין משרד העבודה והרווחה בשנת 1996 עברה קריאה ראשונה, אך לא הצליחה לעבור את הליכי החקיקה כולם. הצעת החוק שהכין משרד התמ"ת טרם עברה קריאה ראשונה. בימים האחרונים עברה בקריאה ראשונה הצעת חוק של ח"כ עמיר פרץ, המגדיר את התשר כתשלום למלצר שאינו שכר עבודה.

עולה אפוא, כי כעת החוק בישראל שותק בשאלת ההכרה או אי ההכרה בתשר כחלק מהשכר המשולם למלצרים. לפיכך, נפנה לבחון את ההסדרים החוקיים במדינות הים.

### משפט משווה

8. סוגית מהות תשלום התשר והיחס לתשר כחלק משכר עבודתם של מלצרים התעוררה גם במדינות הים. להלן נסקור חלק מההסדרים הזרים.

**בארצות הברית** נקבעו הוראות בעניין תשר ושכר מינימום בחקיקה, הן ברמת המחוקק הפדראלי והן בחקיקת המדינות השונות. החוק הפדראלי הינו ה- Fair Labor Standards Act (להלן - FLSA)<sup>18</sup> והוא מבחין בין תשר שניתן ישירות למלצר ובין דמי שירות שהוספו לחשבון. ב- FLSA נקבע עד לאחרונה, כי תשר המתקבל על ידי עובד יכול להיחשב כשכר לצורך חישוב שכר המינימום, אך זאת רק עד לגובה של מחצית (50%) משכר המינימום. כך לדוגמה, ככל ששכר המינימום הוא \$ 1,000 לחודש והעובד מקבל \$ 1,000 בחודש כתשר, על המעסיקה לשלם לעובד \$ 500 נוספים כדי להשלים את שכרו לשכר המינימום. לעומת זאת, ככל שהכספים מקורם בדמי שירות העוברים דרך ספרי המעסיקה רשאית המעסיקה לנכות את הסכום

<sup>18</sup> Title 29, Subtitle B, Chapter V, Part 531, 29 CFR 531.



## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

המלא שהתקבל אצל המלצר וכולו יחשב כחלק משכר המינימום. עוד נקבע בחוק, כי תשר ייחשב כשכר רק אם המעסיקה הודיעה לעובד על כך במפורש ואם העובד מקבל את התשר ואינו חייב להעביר את כולו או את חלקו לידי המעסיקה. לאמור, החוק מבחין בין תשר, אשר ניתן ישירות לעובד לפי רצון הלקוח, לבין דמי שירות (service charge או payment of charge) וכך נקבע בסעיף 531.52 לחוק:

"A tip is a sum presented by a customer as a gift or gratuity in recognition of some service performed for him. It is to be distinguished from payment of a charge, if any, made for the service. Whether a tip is to be given, and its amount, are matters determined solely by the customer, and generally he has the right to determine who shall be the recipient of his gratuity. In the absence of an agreement to the contrary between the recipient and a third party, a tip becomes the property of the person for whose service the customer presents it. Only tips actually received by an employee as money belonging to him which he may use as he chooses free of any control by the employer, may be counted in determining whether he is a 'tipped employee' within the meaning of the Act. . . ."

מכאן, שכסף ששולם למלצר ונמסר למעסיק או שולם למעסיק ישירות כ"דמי שירות" נחשב לקניינה של המעסיקה ועליה חלה החובה לשלם למלצר שכר מינימום.

לאחרונה, תוקן החוק ונקבע כי המעסיקה חייב לשלם למלצר שכר בגובה מסוים (\$2.13 לשעה) אך הוא רשאי להתחשב בסכומי התשר שמתקבלים אצל המלצרים לצורך חובתו להשלים את שכר השעה לכדי שכר המינימום, העומד כיום על \$ 5.15 לשעה. במסגרת דברי ההסבר לתיקון לחוק פרסם משרד העבודה האמריקאי את הדברים הבאים היפים לענייננו:

"Tipped employees are those who customarily and regularly receive more than \$30 a month in tips. Tips actually received by tipped employees may be counted as wages for purposes of the FLSA, but the employer must pay not less than \$2.13 an hour in direct wages.

...  
Where an employer does not strictly observe the tip credit provisions of the Act, no tip credit may be claimed and the employees are entitled to receive the full cash minimum wage, in addition to retaining tips they may/should have received." [19]

<sup>19</sup> : [www.dol.gov/dol/esa/public/regs/compliance/whd/whdfs15.html](http://www.dol.gov/dol/esa/public/regs/compliance/whd/whdfs15.html) לפרסום זה ראו:

## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

**החוק במדינת ניו יורק** דומה בעיקרו לחוק הפדראלי וקובע כי על המעסיקה לשלם לעובד סכום המגיע כדי שיעור ניכר משכר המינימום, אולם הוא רשאי להביא בחשבון את סכומי התשר שקיבל המלצר לצורך ההשלמה לשכר המינימום. כך, שכיום חייב בעל מסעדה במדינת ניו-יורק לשלם לעובד שכר בגובה של \$ 3.85 לשעה והוא רשאי להשלים סכום זה לשכר המינימום, שהוא גבוה יותר, באמצעות סכומי התשר שקיבל המלצר.<sup>20</sup> ההסבר המוצע לחוק, כפי שמופיע בספר החוקים, נוגע לצורך באיזון בין החובה לשלם שכר מינימום לעובד לבין טובת הלקוחות המחייבת הורדת עלות המחירים של ארוחות.

קיימת פסיקה רבה בארה"ב בסוגיה זו ואציין רק מספר דוגמאות מתוכה. **בפסק הדין Heavenly Bodies**<sup>21</sup> נקבע, כי כספים שקבלו חשפניות מלקוחות בעת שרקדו על שולחנות מסבאה אינם בגדר "דמי שירות" אלא תשר. המעסיקה ביקשה לראות בסכומים שהתקבלו אצל החשפניות כדמי שירות שהוא רשאי לחשב כחלק משכר המינימום, אולם בית המשפט דחה את עמדתו וקבע, כי מדובר בתשר. ההכרעה נומקה בטעמים אלה: הסכומים ניתנו לחשפניות מרצונם החופשי של הלקוחות; לא חלה על הלקוח חובה לשלם סכום העולה על \$ 5; הסכומים לא נרשמו בספרי המעסיקה כדמי שירות. אוסיף כי לטעמי, אף אם היה מגיע בית המשפט למסקנה כי הסכומים שניתנו לחשפניות הם בגדר תשר, עדיין לא היה מקום להפחית אותם משכר המינימום, שכן לפי עובדות המקרה החשפניות לא החזיקו את כל הסכומים שקיבלו בידיהן מאחר שנאלצו לשלם למעסיק את חלקם עבור "הזכות" שנפלה בחלקן להיות מועסקות במקום.

בית המשפט העליון בארה"ב דן בסוגיה בפסק דין משנת 1942, **פסק דין וולייאמס**.<sup>22</sup> פסק דין זה מתייחס לחוק [ FLSA ] כפי שהיה בתוקף בשנת 1938 וקובע, כי המעסיקה רשאית להביא בחשבון את סכומי התשר שנתקבלו על ידי עובדיו כחלק משכר המינימום וזאת בתנאי שהסכומים נרשמו בספרי המעסיקה והדבר נעשה בהתאם להסדר מחייב. דעת הרוב היתה של השופט Reed, אולם דעת המיעוט ניתנה על ידי השופטים Black, Murphy and Douglas, וכך כתב השופט Black:

<sup>20</sup> Labor Law, Article 19, Minimum Wage Act, NY CLS Labor Section 652 (2005)

<sup>21</sup> Reich, Secretary of Labor v. ABC/York-Estes Corp, Heavenly Bodies, etal, U.S. District Court for Northern Illinois, 1997 U.S. Dist Lexis 6874

<sup>22</sup> Williams v. Jacksonville Terminal Co., 315 U.S. 386; 62 S. Ct. 659.

## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

“I am unable to agree that tips given to redcaps [עובדי הרכבת] by travelers are ‘wages’ paid to the redcaps by the railroad...The employer here could have openly charged a fee for the services performed by redcaps.... Generally, the traveler who pays a railroad charge knows he is paying it to the railroad. One who gives a redcap a tip does not necessarily know that he is thereby helping the railroad to discharge its statutory duty of paying a minimum wage to its employees. The tip-paying public is entitled to know whom it tips, the redcap or the railroad. A plan like that before us, which covertly diverts tips from employees for whom the giver intended them to employers for whom the giver did not intend them and to whom any kind of tip doubtless would not have been voluntarily given, seems to me to contain an element of deception.”

בעקבות פסק דין זה תוקן החוק בהתאם לרוחה של דעת המיעוט.

**בית המשפט של האיחוד האירופאי** דן בסוגיית דמי השירות בהקשר לשאלת היותה הכנסה החייבת במס ערך מוסף<sup>23</sup> וקבע כי דמי שירות נחשבים כחלק מהכנסת המסעדה עליה חייבת המדינה להטיל מס ערך מוסף. מנגד, נקבע כי התשר אינו נחשב כהכנסה של המסעדה. וכך נקבע:

“A service charge is to be distinguished from gratuities of voluntary tips paid by the customer spontaneously and directly to employees of the establishment in question as a token of his satisfaction, over and above the service charge itself”.

**אנגליה -** בבריטניה מונתה בשנת 1997 ועדה לבחינת השכר הנמוך ( Low Pay Commission), שמטרתה היתה להמליץ על שיעור שכר המינימום הראוי. ביוני 1998 פרסמה הוועדה את המלצותיה ובמסגרתן המליצה הוועדה כדלקמן:

**"16. Any service charge or centrally organized system of distributing tips and gratuities whereby workers receive their share through the payroll, such as the `tronc`, should be included in the National Minimum Wage.  
17. Cash tips paid directly by customers to staff should be excluded from calculation of the National Minimum Wage"** [24]

בהתאם לאמור תוקן חוק שכר המינימום האנגלי.

<sup>23</sup> Commission v. French Republic, 2001 ECJ Celex Lexis 5749; 2001 ECR I- 2667, October 22, 1999

## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

<sup>25</sup> בפסיקה האנגלית מצאנו את פסק דין נרווה (Nerva) של בית המשפט לערעורים במסגרתו נקבע כי סכומים ששולמו למלצרים על ידי לקוחות מסעדה, הופקדו בקופת המסעדה ולאחר מכן שולמו למלצרים, הם בגדר דמי שירות. סכומי תשר אלה נחשבים כשכר לצורך חוק שכר המינימום האנגלי. בית המשפט נימק תוצאה זו בכך, שהסכומים הפכו לקניינה של המעסיקה, וכאשר הוא שילם באמצעותם למלצרים כאילו שילם להם שכר. אולם, על הלכת נרווה נמתחה ביקורת במאמר פרי עטו של פרופ' סימסון, במסגרתו הוא גרס שאין להשתמש בתשר שקיבל המלצר כדי לצמצם את עלות ניהול עסקו של בעל המסעדה, אפילו אם עבר דרך ספרי המעסיקה.<sup>26</sup>

**בקנדה** מוסדר נושא שכר המינימום בחקיקת המחוזות המרכיבים את המדינה. לגבי סוגיית התשר כחלק משכר המינימום נאמר :

**"In most jurisdictions, tips and gratuities are especially excluded from wages for the purpose of determining whether or not an employee has received the minimum wage. In the absence of such a provision, it has been held, in Quebec at least, that tips are not to be taken into account..."** <sup>[27]</sup>

**בצרפת** נקבע כי תשר אותו מקבל המלצר ישירות מהלקוח אינו נכלל במסגרת שכר המינימום שעל בעל המסעדה לשלם. לעומת זאת, כל הפרשה הנעשית "עבור דמי שירות", בצורה של אחוז המוסף לחשבונם של הלקוחות, כמו גם סכומים הנמסרים מרצונם הטוב של הלקוחות לידי המעסיקה או מרוכזים על ידו, חייבים להימסר לעובדים. המעביד נדרש להשלים את שיעור כספי התשר האמורים לכדי שכר מינימום.<sup>[28]</sup>

<sup>24</sup> להמלצות הוועדה ראו: [www.lowpay.gov.uk/ir/lowpay/recommen.html](http://www.lowpay.gov.uk/ir/lowpay/recommen.html)

<sup>25</sup> **Nerva and others v. RL & G Ltd** [1997] ICR 11, [1996] IRLR 461. Appeal rejected by European Court of justice, 2002 ECHR 42295\98, September 24 2002.

<sup>26</sup> Bob Simpson, A Milestone in the Legal Regulation of Pay: the National Minimum Wage Act of 1998, Industrial Law Journal, March 1999.

<sup>27</sup> Christie, England & Cotter, *Employment Law in Canada* (2nd ed., Butterworth, 1993) pp. 202-203.

## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

יצוין, כי מצאנו הגדרה רחבה יותר של המונח "שכר" באמנה הבינלאומית להגנת השכר משנת 1949, אשר אושררה על ידי מדינת ישראל; "שכר - פירושו גמול או השתכרות בלי שים לב לכינוי או לדרך החישוב, שניתן לבטא במושגי ממוון, והקבוע בהסכם הדדי או בחוק או בתקנות, המשתלם מכוח הסכם עבודה בכתב או שלא בכתב, על ידי מעביד לעובד, בעד עבודה שנעשתה, שיש לעשותה, או בעד שירותים שניתנו או שיש לתיתם." [ההדגשה הוספה – ס.א.].<sup>[29]</sup> מכאן, כי גם האמנה קובעת ששכר הוא תשלום שמשלם לעובד ממעבידו.

אוסף, כי ישנן מדינות בהן לא נחקק חוק שכר מינימום ועל-כן שכר המינימום מוסדר בהסכמים קיבוציים. כך הוא המצב **בבלגיה**. עם זאת, חוק הגנת השכר הבלגי קובע כי תשר ייחשב כשכר ואף אוסר על מעסיקים לחייב עובדים למסור להם סכומי תשרים.<sup>[30]</sup>

**לסיכום** חלק זה עולה, כי בכל מדינות הים אשר נבדקו, התשר או חלקו אינו נחשב כחלק משכר המלצר ועל המעסיקה לשלם למלצר שכר מינימום מקופתו. בחלק מהמדינות נעשתה פשרה במובן זה שהמעסיקה חייבת לשלם למלצר חלק מסוים משכר המינימום ואילו סכומי התשר משלימים את השכר ששולם על ידי המסעדה עד לגובה שכר המינימום.

### הכרעה

### סוגים שונים של הסדרים הנוגעים לתשלום תשר

9. כעולה מכלל החומר שהונח בפנינו ומן הפסיקה, קיימים בענף המסעדות דפוסים שונים הנוגעים לתשלום תשר.

<sup>28</sup> Art. L-147-1, 147-2, Code Du Travail.

<sup>29</sup> ראו בהקשר זה עוד: דב"ע נא/4-34 ההסתדרות הכללית - מרכז השלטון המקומי, פד"ע כ"ג 304.



## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

**דפוס אחד** – הוא זה שבו תשר משולם מרצונו החופשי של הלקוח, על פי ראות עיניו ומבלי שחויב לעשות כן על ידי המסעדה. במקרים אלה החשבון אינו כולל דמי שירות ולעיתים נאמר בו כך במפורש. תשר מסוג זה משולם על ידי הלקוח ישירות למלצר, אך לא תמיד נותר אצל המלצר מיד עם נתינתו. בחלק מהמקרים המלצרים מעבירים את התשר לקופה כללית של מלצרים והכסף שמצטבר בה מחולק ביניהם בסוף המשמרת או במועד אחר. לעתים מחולק הכסף לא רק למלצרים אלא גם לעובדי המטבח ו/או לעובדים נוספים. בשיטה זו הכסף אינו עובר דרך קופת המעסיקה ואין לו השפעה על חלוקתו. אולם לעתים בעלי המסעדה קובעים מראש את אופן חלוקת סכומי התשר ואף מותירים לעצמם אחוז מסוים מהם.

**דפוס שני** – הוא זה שבו תשלום התשר נעשה באמצעות קופת המעסיקה, בדרך כלל על ידי הוספת דמי שירות לחשבון שניתן ללקוח. לפעמים המלצרים מקבלים את כספי התשר ומוסרים אותם למעסיקה. על פי שיטה זו התשר עובר דרך קופת המסעדה ובעליה מחלקים את התשרים כולם או חלקם, למלצרים ולפעמים גם לעובדים נוספים.

בסופו של דבר ההבדל העיקרי בין השיטות הוא בשאלה, האם התשר שולם לעובד ישירות על ידי הלקוח, מבלי שהוא עובר דרך ספרי המסעדה, או האם הסכום שולם למלצר באמצעות ספרי המסעדה - במקרה הראשון התשלום אינו נחשב כשכר ואילו תשלום שעובר דרך ספרי המסעדה ייחשב כשכר.

### ההגדרות בחוק

10. כאמור לעיל, בהגדרות המונח "שכר" בחוק הגנת השכר ובחוק שכר מינימום אין התייחסות ישירה לתשר, אך כלולות בחוקים אלה הנחיות כלליות לגבי אופן ההכרעה בשאלה האם תשלום כלשהו בא בגדר שכר. לכאורה, אחת ההנחיות מתיישבת עם עמדת בעלי המסעדות ואילו רעותה מתיישבת עם עמדת המלצרים.

### תשר כתשלום הניתן עקב עבודתו ובמשך עבודתו של המלצר

<sup>30</sup> *International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations* Dr. R. Blanpain, editor in chief -vol 2, Belgium p. 137. Same Encyclopedia - volumes relating to Legislation, vol. 1, p. 77. The Act of 12 April 1965 Concerning the Protection of Remuneration.

## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

11. "שכר", על פי הקבוע בסיפא לסעיף 1 לחוק הגנת השכר, כולל גם "תשלומים אחרים המגיעים לעובד עקב עבודתו ובמשך עבודתו". לכאורה, הוראה זו מתיישבת עם עמדת בעלי המסעדות, לפיה התשר ניתן למלצר על ידי הלקוח כתוצאה מהיותו מלצר העובד במסעדה. גם אם נתייחס לתשלום זה כאל תשלום שהוא בבחינת "נדבת לב", התלויה ברצונו הטוב של הלקוח, הרי שעדיין אותה נדבת לב ניתנת למלצר משום שהוא עובד כמלצר במסעדה. אין היא מנותקת מעבודתו של המלצר במסעדה, אלא קשורה קשר בל-ינותק לעצם העבודה. יוצא אפוא, כי לכאורה נדבת הלב הבאה לידי ביטוי בתשר שמעניק הלקוח למלצר, יכולה להיכנס בגדרי המונח "שכר עבודה", כקבוע בסעיף 1 לחוק הגנת השכר.

מתן תשר למלצר בסוף הסעודה הוא בבחינת נוהג מושרש במדינת ישראל, כמו גם בחלק נכבד ממדינות הים. נוהג זה מבטא יותר מאשר את מידת ההערכה של הלקוח למלצר. כה מושרש הוא הנוהג, עד שבחלק מן המסעדות מוסף התשר באופן אוטומטי לחשבון הסעודה. במסעדות אחרות נרשם בחשבון, כי המחיר אינו כולל שירות, דהיינו – המלצר מצפה לתשר מהלקוח. באותם המקרים נהוג כי גובה התשר נע בין 10% ל- 15% מעלות הסעודה. הלכה למעשה, תשלום התשר כה מושרש בארץ עד שבמקרים רבים גם סועדים שליבם רחוק מלהיות נדיב, שהארוחה שסעדו לא ערבה לחיכם ושהשירות לו זכו מהמלצר לא תאם את ציפיותיהם, נוהגים להותיר למלצר בתום הסעודה תשר.

זאת ועוד, הציפייה של המלצר לקבל תשר מהלקוח בתום הסעודה יצרה מעין יחסים משולשים בין המסעדה, המלצר והלקוח. הלקוח מתחייב לשלם עבור השירות בנוסף על מחיר הסעודה, ישירות למלצר או באמצעות המסעדה.

עם זאת, בעיני קהל הסועדים הסכומים המשולמים כ"תשר" ישירות למלצר ניתנים על ידם עבור השירות אותו קיבלו מהמלצר ולעתים מעובדי המסעדה הנוספים, כגון מפניי השולחנות, הטבחים והברמנים. הדעת אף נותנת, כי לקוחות רבים סבורים שכסף שניתן למלצר אינו חלק מהשכר שעל בעל המסעדה לשלם לו. הדבר נכון במיוחד כאשר מדובר בתשר שניתן ישירות למלצר. כאשר לקוח משלם תשר ישירות למלצר הוא אינו בדעה שהוא משלם לו את שכרו במקום המעסיקה. על כן, אף שקמה חובה מכוח נוהג לשלם תשר למלצר, אין לראות בתשר כחלק מהשכר כאשר הוא משולם ישירות למלצר.

## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

לעומת זאת, כאשר התשר משולם באמצעות קופת המסעדה, בכל צורה שהיא, חושב הלקוח, כי הכסף עובר דרך ספרי המעסיקה ומשולם למלצר על ידי המעסיקה. במקרים רבים סכום "דמי שירות" מוסף לחשבון מבלי לשאול את הלקוח. כמו כן, הלקוח אינו יודע אם "דמי השירות" אכן יגיעו לידי המלצר. בנסיבות הללו סביר להניח, כי הלקוח אינו מגדיר את התשלום כתשר אמיתי אלא כחלק ממחיר הארוחה. השיטה של תשלום למלצר באמצעות ספרי המעסיקה מונע הטעיית הלקוח, שכן הלקוח יודע כי הוא משלם למסעדה והיא משלמת למלצר. יתרה מזו, תשר שמוגדר כ"דמי שירות" משולם למלצר **על ידי מעסיקו**, כמצוות סעיף 2(א) **לחוק שכר מינימום**. מכאן מסקנתי, שיש לראות בתשר המשולם למלצר באמצעות ספרי המעסיקה כחלק מתשלום שכר לעובד. עלי להוסיף נושא שעל המחוקק לשקול והוא, האם לחייב את המסעדה להעביר לעובדיה את מלוא "דמי השירות" המתקבלים מהלקוח. לטעמי, במקרים שהמלצרים אינם מקבלים את מלוא סכומי התשר יש משום הטעיית הלקוח על ידי המסעדה, כמי שאינה פועלת בתום לב כלפי המלצרים והלקוחות.

### שכר כתשלום המשתלם ישירות מידי המעסיקה לידי העובד

12. ניתן להגיע אל המסקנה עליה עמדתי לעיל בדרך נוספת. סעיף 2(א) **לחוק שכר מינימום** קובע כי שכר עבודה הוא תשלום שמקבל העובד "ממעבידו". לשון הסעיף מתיישבת עם עמדת המלצרית לפיה תשר אינו חלק משכר העבודה. בעולם העבודה קיימת חזקה לפיה שכר העבודה משולם לעובד מאת מעסיקו, התשלום הוא מסודר ואמור להשתקף בתלוש שכר. המעסיקה אחראית לתשלום השכר מכוח התחייבותו לעשות כן בחוזה העבודה. בחקיקה אין הוראה מפורשת המחייבת כי שכר העובד ישולם רק על ידי המעסיקה. אולם, תימוכין לגישת המלצרית ניתן למצוא הן לאור לשון סעיף 2(א) **לחוק שכר מינימום** עליו עמדתי לעיל והן לאור ההנחה הברורה שמעוגנת **בחוק שכר מינימום** וב**חוק הגנת השכר** לפיה – שכר העובד ישולם לו על ידי מעסיקו. כך, חלק מתכלית חוקים אלה היא להבטיח את תשלום שכר העובד על ידי מעסיקו ולא להעמידו במצב שיאלץ לכתת רגליו ולברר מי האחראי לתשלום שכרו.

## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

חיזוק לעמדה זו ביקשו המלצרים למצוא בפסקי הדין בעניין אלכורדי של בית הדין הארצי <sup>[31]</sup> ושל הבג"צ. <sup>[32]</sup> בפסקי דין אלה ישנה התייחסות למהותו של התשר, אם כי בהקשר לחוק חופשה שנתית, התשי"א – 1951. על פי עובדות המקרה העבירו המלצרים שיעור מסוים מן התשרים שקבלו לטבח המסעדה והשאלה שהתעוררה היתה האם אותו סכום מהווה חלק מה"שכר" לצורך חישוב דמי החופשה שנפסקו לטבח על ידי בית הדין.

בית הדין הארצי סבר שהדין עם המעסיקה ופסק כי סכום התשר שקיבל הטבח אינו "שכר" לצורך קביעת גובה דמי החופשה להם הוא זכאי, באומרו: "דמי השירות שהופרשו לזכות המשיב על ידי המלצרים, אינם מהווים חלק משכר העבודה לעניין דמי חופשה" (עמ' 8 לפסק הדין). את הכרעתו זו ביסס בית הדין על האמור בסעיף 10 לחוק חופשה שנתית, שזו לשונו:

**"10. (א) המעביד חייב לשלם לעובד בעד ימי החופשה דמי חופשה בסכום**

**השווה לשכרו הרגיל.**

**(ב) השכר הרגיל לעניין סעיף זה הוא ...**

**(ג) שכר עבודה לעניין סעיף (ב) הוא כל תמורה, בכסף או בשווה כסף,**

**המשתלמת לעובד על ידי מעביד בעד שעות העבודה הרגילות, זולת אם**

**נקבע אחרת בהסכם קיבוצי ..."** [ההדגשה הוספה – ס.א.].

לאמור, בית הדין סבר שהמונח "על ידי מעביד" מצביע על כך שהתשר שהתקבל על ידי הטבח מהמלצרים אינו שכר לצורך חישוב דמי חופשה שנתית, וכך פסק: "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".

בית המשפט העליון דחה עתירה כנגד עמדתו של בית הדין הארצי בעניין זה. השופט ברנזון קבע: כי "ברי לי, כי תשלום אחרון זה [הסכום ששולם לטבח על ידי המלצרים כחלק מסכומי התשר שקבלו – ס.א.] איננו בגדר 'שכר עבודה', כמשמעותו בחוק חופשה שנתית." ובהמשך קבע: "חלקו של העותר בדמי

<sup>31</sup> דב"ע לא/2-3 ג'מיל מחמוד אלשוויש - מוסא סלים אלכורדי, פד"ע ג' 3, 8.  
<sup>32</sup> בג"צ 403/71 מוסא סלים אלכורדי נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד כו(2) 66.

## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

השירות, אם כי הוא זכה בו בקשר לעבודתו ובהשתדלותו של המשיב אצל המלצרים כשהעותר עבר מעבודת מלצרות לעבודת טבחיות, הוא לא בא מכספו של המעביד ולא היה תחליף לשכר עבודה. תשלום כזה, הבא ממקור זר, איננו בגדר שכר עבודה אלא אם נעשה הסכם בעניין זה בין העובד והמעביד שהוא ייחשב כחלק משכר עבודה או יבוא במקומו".

לאמור, כעולה מפסיקת בית הדין הארצי ובית המשפט העליון, כסף המשולם לעובד שלא על ידי המעסיקה אינו נחשב כשכר לצורך חוק חופשה שנתית, משום שבא "ממקור זר".

### חשיבות הפיקוח

13. לית מאן דפליג, כי תכליתו של חוק שכר מינימום היא להבטיח לכל עובד רמת שכר מינימלית אשר תאפשר לו קיום בכבוד. חלק מתכלית החוק היא לאפשר פיקוח של בתי הדין על ביצועו ושל משרד התמ"ת על אכיפתו. לטעמנו, הדרך היעילה ביותר לפקח על תשלום שכר מינימום למלצרים היא, שכספי התשר יעברו דרך קופת המעסיקה ולימים גם דרך תלוש המשכורת. מכאן מסקנתנו, שהמדיניות הנכונה היא, שלא להגדיר תשר כשכר עבודה מקום בו הוא אינו משולם לעובד על ידי המעסיקה באמצעות תלוש משכורת.

### טעמים נוספים להגדרת תשר שבשליטת המעביד כשכר עבודה

14. סעיף 24 לחוק הגנת השכר קובע כי "מעביד חייב לנהל פנקס בדבר שכר העבודה המגיע לעובדיו, והשכר ששולם להם, וכן חייב הוא למסור לעובדיו, בכתב, פירוט שכר העבודה ששולם והסכומים שנוכו; שר העבודה והרווחה יקבע בהודעה שתפורסם ברשומות את סוגי המעבידים שעליהם יחול סעיף זה ואת הפרטים שיירשמו לפיו". מכוח סעיף זה פורסמה "הודעה בדבר קביעת סוגי המעבידים החייבים לנהל פנקס שכר".<sup>[33]</sup> בהודעה נקבע, כי החובה לנהל פנקס בדבר שכר עבודה לעובדים תחול "על כל אדם המעביד עובד לצרכי עסק, משלח יד או שירות ציבורי". בתוספת להודעה נקבע גם, כי על המעביד לרשום

## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

בפנקסו, בין היתר, את פרטיו האישיים של העובד; השכר הרגיל; ערך השכר המשולם לעובד בעד שעת עבודה; תשלומים אחרים ופירוטם; סך כל השכר ותשלומים אחרים החייבים במס הכנסה; ניכויים למס הכנסה, ביטוח לאומי, דמי ביטוח בריאות ועוד.

חובת התייעוד של בעל המסעדה בכל הנוגע לשכר שהוא משלם למלצרים המועסקים בעסקו מצאה ביטויה גם בהוראת סעיף 8(א) לתוספת י"א להוראות מס הכנסה (ניהול פנקסי חשבונות), התשל"ג - 1973 (להלן: הוראות מס הכנסה), לפיה חייב בעל מסעדה לנהל יומן שירות, "שינוהל בספר כרוך ובו יירשמו כל יום, לפני תחילת עבודתם, המלצרים המועסקים באותו יום בציון: שם המלצר, מענו ומספר תעודת זהותו, ובסיום יום העבודה - סכום הפדיון היומי של אותו מלצר; לא ניתן לקבוע את הפדיון היומי של כל מלצר בנפרד - יצויין מספר שעות עבודתם". סעיף 8(ב) להוראות מס הכנסה מסייג את תחולת ההוראה שבסעיף 8(א) במקרים בהם "הודיע בעל המסעדה לקהל לקוחותיו, באמצעות מודעות, בחשבונות, במחירוניהם וכיוצא באלה, כי דמי השירות כלולים במחירים".

הנה כי כן, מתן התשר ישירות למלצר מקשה על מילוי הנטל המוטל על המעסיקה לדווח לרשויות המס על הכנסותיו. זאת ועוד הלכה למעשה, ברוב המקרים כאשר התשר ניתן ישירות למלצר, המעסיקה והמלצר אינם משלמים בגינו מס.

15. בהליך זה המעסיקה טענה, כי יש לדחות את התביעה בגין חוסר תום הלב של המלצרית. במקרה דנן הסכימה המשיבה להסדר של עבודה תמורת כספי התשר שהצטברו ובלבד שאלה לא יפלו מגובה שכר המינימום. המשיבה לא פירטה בפני בית הדין את סכומי התשר שקיבלה, אף לא התלוננה במהלך עבודתה במסעדה כי הסכומים שקיבלה לא הגיעו כדי גובה שכר המינימום ולא דרשה את השלמתם בתקופת עבודתה. התביעה הוגשה עם ניתוק יחסי העבודה. אינני מקבל טענה זו. אין לצפות ממלצר להתנגד לדפוס העסקה זה, שכן ברור הוא, שהתוצאה של התנגדות שכזו תהא אי-קבלתו לעבודה או פיטוריו המידיים. נזכיר שהמדובר בענף בו תחלופת העובדים גדולה וכך גם היצע

<sup>33</sup> י"פ 2293 התשל"ז, עמ' 748; י"פ 5210 התשס"ג, עמ' 3604.

## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

העובדים. ועוד, עובדת אינה רשאית לוותר על זכות שנקבעה בחוק. מכאן, שהמלצרית פעלה בתום לב בהגשת תביעה זו.

### סיכום

16. משבאנו עד הלום סבורים אנו, כי האיזון הראוי בין השיקולים שמנינו לעיל מוביל למסקנה הברורה לפיה תשר שנמסר ישירות למלצר מבלי שהוא עובר דרך קופת המעסיקה, אינו יכול לבוא בגדר "שכר עבודה". מדובר בתשלום שניתן על ידי לקוח ולא על ידי מעסיק; מדובר בשיטה על פיה לא ניתן לפקח על תשלום שכר מינימום והמשחררת את המעסיקה מאחריותה לתשלום שכר מינימום; מדובר בשיטה המזמינה ניצול של המלצרים ולעתים העדר 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 והאם 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 של המלצר לא ייפול משכר המינימום והם אף רשאים להסכים ביניהם כי אם סך התשרים עולים על שכר המינימום יוותר הסכום העודף בחזקת המלצר.

נציין, כי חובת השקיפות בכל הנוגע לתנאי העבודה מוטלת על המעסיקים גם מכוח חוק הודעה לעובד (תנאי עבודה), התשס"ב – 2002. ברי שככל שתנאי העבודה ייקבעו מראש ובכתב ותשלום השכר (לרבות התשר) יתנהל בשקיפות ולפי רישומים, יתרום הדבר לייצוב יחסי העבודה, להתנהלותם התקינה ויקטין את האפשרות לניצול המלצרים ולהונאת הביטוח הלאומי ורשויות המס.

## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

17. בשולי הדברים נציין, כי לא בכל מקרה חייבת להיות אחידות בהתייחסות לתשר מבחינת חקיקת המגן ודני המס. זאת, נוכח המטרות השונות של הדינים והצורך לבחון כל הוראת חוק על פי התכלית העומדת מאחורי חקיקתה.<sup>34</sup> עם זאת לכאורה, מסקנתנו כי תשר יוכל לבוא בגדר שכר עבודה רק מקום בו עבר דרך פנקסי המעסיקה עולה בקנה אחד גם עם משטר המיסוי.<sup>35</sup> נוסף על כן, גם אנו בדעה, כי טוב יעשה המחוקק אם יסדיר אם מעמדו של התשר על כל היבטיו.

18. **מן הכלל אל הפרט וסוף דבר** - כאמור לעיל הננו מגדירים תשר כחלק מ"שכר עבודה" רק מקום בו הוא נרשם ועובר דרך קופת המעסיקה. במקרה דן כספי התשר ניתנו ישירות למשיבה, לא עברו דרך קופת המסעדה ולמסעדה לא היתה שליטה על קבלת התשר. משכך, אין הם יכולים להוות חלק משכרה לצורך **חוק שכר מינימום** ובדין חייב בית הדין קמא את המערערת לשלם למשיבה שכר עבודה בגין כל תקופת עבודתה.

המלצרית הועסקה רק בתקופה בין 1.3.1995 - 27.7.1995 ועל פי האמור בסעיף 1 לכתב התביעה היא זכאית לשכר עבודה בגובה 8772.6 ₪ בלבד (ולא ל- 12,343.34 ₪ כפי שפסק בית הדין האזורי). על כן, תשלם המערערת למשיבה סך של 8,772 ₪ במקום הסכום של 12,343.34 ₪ שנפסק על ידי בית הדין האזורי. בנוסף, אנו מאמצים את קביעת בית הדין האזורי, כי אין מקום להטיל על המסעדה פיצויי הלנת שכר על הסכום שנפסק לטובת המשיבה. המערערת תשלם למשיבה הוצאות ערעור זה בסך 4,500 ₪ בתוספת מע"מ.

### השופט שמואל צור

1. אדם נכנס למסעדה לסעוד את ליבו (להלן – **האורח**) המסעדה היא בבעלות של פלוני המעסיקה עובדים (להלן – **המעסיקה**). האורח מקבל שרות מידיו של מלצר שהוא עובד של המעסיקה (להלן – **העובד**). עם תום הארוחה

<sup>34</sup> ע"ע 300274/96 שאול צדקא – מדינת ישראל, גלי צה"ל, פד"ע ל"ו, ע' 625.



## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

משלם האורח תמורת הארוחה על פי חשבון המוגש לו. בנוסף, משאיר האורח תשר ("טיפ" בלעז) למלצר ששירת אותו. השאלה העומדת בפנינו היא מה מעמדו של תשר זה והאם הוא יכול להיחשב כחלק מן השכר שמשלמת המעסיקה לעובד ואם כן – באילו תנאים. שאלה זו שבפנינו נוגעת ללב ליבם של יחסי העבודה ובה במידה למעמדו של העובד כעובד וכאדם.

2. תשר הוא תשלום הניתן לעובד של נותן השרות על ידי מקבל השרות, מרצונו החופשי של מקבל השרות, מעבר למחיר ידוע לדרישת התשלום עבור השרות. תשלום תשר מקובל בענפים עסקיים שונים: במסעדות ובבתי מלון, בנסיעה מיוחדת במונית, בקבלת שרות על ידי סבלים או שליחים, במספרות ועוד.

חברי הנשיא מגיע למסקנה כי תשר יכול להיחשב כשכר עבודה במקרה שהוא משתקף בפנקסי המעסיקה. בעיקרו של דבר אני שותף למסקנה זו אך מבקש אני להרחיב את הדיבור בסוגיה זו ולהוסיף הערות וסייגים למסקנה זו.

3. פלוני עובד בעיסקו של אלמוני. ההתקשרות בין פלוני לאלמוני נעשית בחוזה עבודה (להבדיל מיחסי התנדבות או מעבודת כפייה). פלוני מעמיד לרשותו של אלמוני את זמנו ומירצו, את כישוריו את תבונת כפיו ואת הידע המקצועי שלו. בתמורה מתחייב אלמוני לשלם לפלוני שכר. תשלום השכר הוא חלק מחוזה העבודה. האם יכול אלמוני המעסיקה לקבוע כי שכרו של פלוני ישולם – כולו או חלקו – על ידי צד ג'! לכאורה כן, אך הדברים אינם פשוטים כלל ועיקר.

4. עובד זכאי לשכר עבודה. זכאות זו לשכר הינה פועל יוצא מן הקשר החוזי בין העובד למעסיקו. אך מעבר לכך, ולא פחות חשוב, זכאותו של עובד לשכר

<sup>35</sup> ע"א 9229/99 פקיד שומה תל-אביב 1 נ' יגאל ליברמן ואח' (ניתן ביום 1.9.2004).

## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

מתחייבת מעצם מעמדו כעובד ומחובתו להוקיר את העבודה המבוצעת עבורו ולהתייחס אל עובדו בכבוד כעובד וכאדם. שלא כתשלום מתנה או תרומה, תשלום שכר אינו מתת חסד או נדבת לב הניתנים כלאחר יד. תשלום שכר הוא תמורה מוסכמת עבור עבודה. תשלום שכר הוא ביטוי לכיבוד העבודה והעובד המבצע אותה. תשלום שכר חייב להיעשות בהתאם להסכם העבודה ובדרך ראויה, שקופה ומסודרת, ובעיקר – מכובדת.

5. ביסודו של דבר תשלום שכר צריך להתבצע על ידי המעסיקה. דבר זה מתחייב, בראש ובראשונה, מהסכם העבודה שבין המעסיקה לעובדה. דבר זה עולה גם מהוראות החוק (סעיף 24 לחוק הגנת השכר תשי"ח-1958 וסעיף 2(א) לחוק שכר מינימום, תשמ"ז-1987) ובעיקר מרוח החוק ותכליתו. דבר זה עולה – כפי שמציין חברי – גם מנורמות בינלאומיות. אך בעיני, הדבר מתחייב בעיקר מחובתה של המעסיקה לנהוג כלפי עובדה בכבוד ובהגינות. זוהי חובה שמקורה בעקרון תום הלב הנוהג ביחסים חוזיים. זוהי חובה שמקורה בכבודו של העובד כעובד וכאדם. מכאן שככלל, המעסיקה אינה יכולה להשתחרר מחובתה הבסיסית לשלם לעובד שכר, על ידי תשלום שמקורו ברצון הטוב של מן דהוא שהוא זר ליחסים החוזיים שבין השניים.

6. תשלום תשר אינו חובה ואף אינו בבחינת נוהג מחייב. תשלום התשר הוא פועל יוצא מדפוס התנהגות מקובל של מקבל השרות והוא מותנה ברצונו הטוב של נותן התשר, הן לעניין עצם הנתנה והן לעניין שיעורה. בעיקרו של דבר, מעמדו הבלתי יציב, הבלתי מחייב והבלתי מסודר של התשר אינו יכול להוות מקור לתשלום שכר אשר – על פי טיבו – חייב להיות מובטח וקבוע מראש.

7. תשלום שכר עבודה אינו דבר של מה – בכך. תשלום מסודר של שכר חייב לענות על דרישות בסיסיות המתחייבות מהוראות החוק ומנורמות



## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

המתחייבות מעצם קיומם של יחסי עובד ומעביד ומחובת תום הלב של המעסיקה כלפי עובדיה:

(1) **שכר מינימום:** לפי חוק שכר מינימום חייבת המעסיקה להבטיח ששכרו של העובד לא יפול מן הרף הקבוע בחוק.

(2) **שקיפות:** שכר עבודה חייב לשקף נכונה את שכר העבודה, על רכיביו השונים, ואת הסכומים שנוכו ממנו (סעיף 24 לחוק הגנת השכר).

(3) **הבטחת זכויות סוציאליות:** שכר העבודה חייב להעניק לעובד בסיס איתן ומסודר להבטחת זכויותיו הסוציאליות.

(4) **מיסוי:** שכר העבודה חייב לעמוד בדרישות המיסוי הקשורות בשכר, בין אם הן חלות על המעסיקה ובין אם הן חלות על העובד.

קיומן של דרישות בסיסיות אלה יכול להיעשות אך ורק על ידי המעסיקה. היא החולשת על הנתונים ורק בידיה היכולת לעמוד בדרישות אלה כלפי העובד.

8. מכל האמור עד כה עולה כי מעסיק חייב בתשלום שכר והוא אינו יכול להשתחרר מחובתו זו על ידי הסתמכות על תשלום של תשר המשולם לעובד על ידי אחר. זה הכלל וכך ראוי שיתקיים.

9. עם זאת, לדעתי, אין לשלול אפשרות שתשלום תשר יובא בחשבון לצורך תשלום שכר אם יתקיימו מספר תנאים הכרחיים מצטברים ואלו הם:



## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

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

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

(3) השכר משני המקורות (השכר הרגיל ותשלומי התשר) לא יפול משכר המינימום הקבוע בחוק.

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

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

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

10. בענייננו, אף אחד מהתנאים הללו לא התקיימו. ה"הסדר" שנעשה בין המערערת (המעסיקה) למשיבה כי שכר העבודה יבוא מן התשר אינו מקובל ואינו ראוי והוא בעיני בבחינת הסכם הנוגד את תקנת הציבור שאחת דינו להתבטל (סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973).

## בית הדין הארצי לעבודה

עע 300113/98

11. בשולי הדברים יש מקום לקרוא למחוקק להשלים את מלאכת החקיקה אותה יזמה הממשלה בהתאם לדו"ח ועדת פרידמן. כך ראוי לעשות בתחום שהוא כה פרוץ ובלתי מסודר.

### השופט עמירם רבינוביץ

אני מסכים לפסק דינו של חברי הנשיא אדלר ולעקרונות שמעלה חברי השופט צור בפסיקתו.

### נציג עובדים דב פרנקל

אני מסכים לפסק דינו של הנשיא אדלר ולעקרונות שמעלה השופט צור בפסיקתו.

### נציג מעבידים ישראל בן יהודה

הנני מסכים לפסק דינו של הנשיא אדלר.

סוף דבר – הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא סטיב אדלר ובעקרונות שהעלה השופט צור.

ניתן בהעדר הצדדים היום, כ"ג אייר, תשס"ה (1 יוני, 2005) בירושלים ויישלח בדואר.

הנשיא סטיב אדלר      השופט עמירם רבינוביץ      השופט שמואל צור

נציג מעבידים מר ישראל בן יהודה

נציג עובדים מר דב פרנקל

