

קיס עומרי

ע"י ב"כ עו"ד ינון תמרי
מרח' מוטה גור 9, פתח תקווה, 4952802
טל': 03-9044401 ; פקס : 03-9044191

המערער

- נ ג ד -

1. המוסד לביטוח לאומי

ע"י ב"כ עוה"ד ע. רוזנצויג ו/או ר. קרת ו/או מ. רפאלי גורי ו/או
ל. אופיר ו/או כ. נאור ו/או ו. ברקובי ו/או ש. מור ו/או
ר. שביט ו/או ד. דיין ו/או א. רוזן אמיר ו/או ת. כזרי ו/או
ר. יפרח ו/או ש. דמרי דבוש ו/או מ. מזוז ו/או ט. בדש ו/או
ח. פוטרמן ו/או י. פולסקי ו/או ע. כהן אמין הגר
משד' ויצמן 13, ירושלים, 91909
טל': 02-6463066 ; פקס : 02-6510010

2. גלי הצוק בע"מ, ח.פ. 513674598

ע"י ב"כ עוה"ד שור ו/או כץ-מגן
מרח' התע"ש 4, רמת-גן, 52512
טל': 03-6136633 ; פקס : 03-6136644

המשיבים

בעניין ע"ע 16-02-28480

ד.ע. יבוא וניהול מסעדות בע"מ, ח.פ. 513159731

ע"י ב"כ עו"ד יצחק אופק
מרח' המורים 8, פתח תקווה, 4941644
טל : 03-9231234 ; פקס : 03-9222605

המערער

- נ ג ד -

יחיאל בודה

ע"י ב"כ עוה"ד אורי אליאב ו/או מיכל שווד
מרח' השלושה 3, תל אביב, 67060
טל': 03-7913000 ; פקס : 03-6885515

המשיב

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י פרקליטות המדינה, המחלקה למשפט העבודה
מרח' מח"ל 7, ירושלים, 97765
טל': 02-5419626 ; פקס : 02-5419660

הסתדרות העובדים הכללית החדשה-

הסתדרות הנוער העובד והלומד

ע"י ב"כ אורנה לין ושות', משרד עורכות דין
ארנה לין ו/או אסנת לונגמן ו/או יעל סטמטי ו/או אח'
רח' קויפמן 4 בית שרבת, תל-אביב 6801296
טלפון : 03-5165757 ; פקס : 03-5165999

מתייצבים בהליכים

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטת בית הדין הנכבד מיום 16.10.2017, מתכבד בזאת היועץ המשפטי לממשלה להגיש את עמדתו בהליכים דנן.

מבוא

המסגרת הדיונית – ההליכים שלפנינו

עמדה זו של היועץ המשפטי לממשלה מוגשת בשני הליכים שנשמעים במאוחד:

1. עב"ל 44405-10-15 קיס עומרי נ' המוסד לביטוח לאומי, גלי הצוק בע"מ - ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב-יפו, אשר דחה את תביעתו של המבוטח נגד המוסד לביטוח לאומי להכללת תשר שהוא קיבל מלקוחות המסעדה במסגרת עבודתו, ואשר בגינו לא שולמו דמי ביטוח, בהכנסתו לצורך חישוב דמי האבטלה. כב' בית הדין קמא קבע, כי המבוטח לא הוכיח שהמוסד לביטוח לאומי שגה בחישוב בסיס הכנסתו לצורך חישוב דמי האבטלה, באשר לא עמד בנטל המוטל עליו לשכנע מהם הסכומים הנוספים אותם השתכר במסעדה (להלן: "עניין קיס").
2. ע"ע 28480-02-16 יחיאל בודה נ' ד.ע. יבוא וניהול מסעדות בע"מ - ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב-יפו, אשר קיבל ברובה את תביעת התובע שהועסק כמלצר ואשר שכרו בוסס על דמי התשר בלבד, לתשלום זכויות סוציאליות שונות, לרבות הפרשי תשלום שכר מינימום, דמי חופשה, דמי מחלה וכו' (להלן: "עניין בודה").
3. בית הדין הנכבד, קבע בהחלטתו מיום 16.10.2017, כי הערעורים שבכותרת יישמעו לפני הרכב מורחב של בית הדין הנכבד, וכי עמדת היועץ המשפטי לממשלה נדרשת ביחס לשני ההליכים, כל הליך על היבטיו. לפיכך נראה שבעניין קיס נדרשת התייחסות למעמד התשר לצורך חישוב דמי אבטלה, ובהליך בעניין בודה בתחום דיני העבודה לצורך מתן הזכויות הסוציאליות. עוד נקבע, כי לאור מורכבות הסוגיות שעל הפרק והשלכות הרוחב שלהן, יוגשו בנוסף גם עמדותיהם של איגוד המסעדות ואיגוד המלצרים.

המסגרת המהותית – הסוגיות העומדות לדיון

4. השאלה העומדת לדיון בהליכים דנן היא שאלת סיווגו של תשר כשכר עבודה. שאלה זו מערבת תחומי משפט שונים, ובהם דיני המס, דיני הביטחון הסוציאלי ודיני העבודה. התשובה לשאלה זו מצויה בפסיקתו של בית הדין הארצי הנכבד ובפסיקתו של בית המשפט העליון, והיא זכתה למענה שונה לפי תחום המשפט וההקשר הנדון בכל אחד מפסקי הדין שעסקו בשאלה.
5. ההלכה הפסוקה בתחום הביטחון הסוציאלי קובעת, כי הכנסתו של מלצר מתשר היא הכנסה מעבודה לפי סעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן: "הפקודה"), אף אם אינה מתקבלת מהמעסיק. לפיכך נקבע, כי יש לסווג מלצרים כעובדים (ולא כעובדים עצמאיים) לצורך חוק הביטוח

הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: "**החוק**"), ויש לכלול את הכנסתם מתשר בבסיס החישוב של הקצבאות בגין פגיעה בעבודה, הניתנות לפי פרק ה' לחוק. לעניין זה ראו דנג"ץ 5967/10 **המוסד לביטוח לאומי נ' אסתר כהן**, ניתן ביום 14.4.2013 [פורסם ב"נבו"], (להלן: "**עניין אסתר כהן**").

6. ההלכה שיצאה תחת ידו של בית דין נכבד זה בתחום **דיני העבודה**, קובעת כי חישוב משכורתו של המלצר לצורך עמידה בחובת המעסיק לפי חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987 (להלן: "**חוק שכר מינימום**"), תלוי בשאלה האם התשרים שקיבל נרשמו בספרי המסעדה. כך, ככל שהתשר עובר דרך קופת המעסיקה הוא ייחשב כשכר לצורך חוק שכר מינימום, והדבר נכון גם כאשר התשר עובד דרך קופת המעסיקה באמצעות "קופת טיפים", כל עוד סכומים אלה נרשמים בספרי המעסיק. ככל שהסכומים לא נרשמו, לא יחשב התשר כחלק מן השכר. מבחן זה כונה מבחן "הרישום בספרים". לעניין זה ראו ע"ע 300113/98 **ד.ג.מ.ב. אילת מסעדות בע"מ נ' ענבל מלכה**, [פורסם ב"נבו"] פד"ע מ' 769 (2005) (להלן: "**עניין ענבל מלכה**").

7. ההלכה **בדיני המס** קובעת, כי אם התשר שולם למלצר באופן וולונטרי ישירות על ידי הלקוח, אין מדובר בהכנסה של המסעדה אלא של המלצר בלבד (אם כי גם בנסיבות אלה נדרשת המסעדה לנהל "יומן שירות" שבו יתועדו הכנסות המלצרים מתשרים). זאת, להבדיל ממצב בו מדובר בדמי שירות שהלקוח נדרש לשלם או מצב בו סכום הארוחה והתשר משולמים באמצעי תשלום אחד. במצבים אלה, ייחשב התשר כתקבול של בעל המסעדה. לעניין זה ראו ע"א 476/87 ספארי הולדינגס בע"מ נ' פקיד שומה תל-אביב 1, פ"ד מד(4) 780 (1990) (להלן: "**עניין ספארי הולדינגס**"); ע"א 497/89 אמיתי נ' פקיד שומה תל-אביב 1, פ"ד מז(5) 384 (1993)). המבחן המרכזי שאומץ בפסיקתו של בית המשפט העליון לצורך הבחנה בין דמי שירות הנחשבים לתקבול של בעל העסק לבין דמי שירות הנחשבים כהכנסה של המלצר הוא מבחן הוולונטריות.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה בקליפת אגוז

8. בתמצית, וכפי שיבואר להלן, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי ראוי להסדיר את סוגיית התשר בחקיקה. עד להסדרת הסוגיה בשלמותה בחקיקה או בהסדרה כוללת בבית המשפט העליון, עמדת היועץ המשפטי היא כי דין הלכת ענבל מלכה בתחום דיני העבודה לעמוד על כנה. בתחום דיני הביטוח הלאומי (כמו גם בתחום דיני המס), סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי ככל שהליכי החקיקה לא יבשילו, יש מקום להביא את עמדתו פעם נוספת לפני בית המשפט העליון.

9. בהמשך להלכה שנקבעה על ידי בית המשפט העליון בעניין אסתר כהן בתחום הביטחון הסוציאלי, משלם המוסד לביטוח לאומי למבוטחיו קצבאות נכות וקצבאות מחליפות שכר, בגין הכנסות שלא שולמו בגין דמי ביטוח (לא על ידי העובד ולא על ידי המעסיק). בית המשפט העליון עמד בפסיקתו על הקשיים שעוררה הקביעה בדבר סיווג ההכנסה מתשר כהכנסת עבודה לפי סעיף 2(2) לפקודה, אשר אינה משולמת על ידי המעסיק.

10. לפיכך, כאמור, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי ראוי היה להסדיר את מעמדו של התשר בחקיקה. ואולם, משעה שחרף הניסיונות של גורמי המקצוע, סוגיית מעמדו של תשר טרם הוסדרה בחקיקה, הרי שבשים לב לקשיים כאמור לעיל, בכוונת היועץ המשפטי לממשלה להביא את עמדתו פעם נוספת לפני בית המשפט העליון בהליך המתאים.

11. לפי עמדה זו, ככל שתתקבל, יש לראות בתשר על פי מהותו תקבול של בעל העסק המשתלם על ידי הלקוחות בגין השירות הניתן להם על ידי המלצרים כעובדיו של בעל העסק, ולא הכנסה של המלצר עצמו. לדעת היועץ המשפטי לממשלה, באמצעות סיווג התשר כתקבול בידי בעל העסק וכשכר עבודה המשתלם למלצר, יינתן מענה למכלול ההיבטים המשפטיים המתעוררים בסוגיית התשר: בתחום דיני המס, בתחום הביטוח הלאומי ובתחום דיני העבודה. עמדת היועץ משפטי לממשלה ותגובתו לעמדת איגוד המסעדות מצ"ב ומסומנות, מ/1, ו-מ/2 בהתאמה ומהוות חלק בלתי נפרד מעמדתו כאן.

דיני הביטוח הסוציאלי - ההלכה שנקבעה בעניין אסתר כהן

המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית ותמצית קביעותיו של בית המשפט העליון - בג"ץ אסתר כהן

12. בהתאם לסעיף 290 לחוק, חישוב הקצבה למתנדב או לתלויים בו, יעשה לפי ההכנסה המשמשת בסיס לחישוב, כקבוע בפרק ה', הדין בביטוח נפגעי עבודה. אופן חישוב שכר העבודה, לפיו משולמת קצבת התלויים קבוע בסעיף 98 לחוק. לצורך חישוב בסיס הקצבה מפנה החוק לסעיף 344(א) המגדיר את הכנסתו של עובד. סעיף זה מורה, 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..."**¹. אופן חישוב הכנסתו של "עובד עצמאי" מוגדר בסעיף 345(א) לחוק.

13. השאלה שעמדה לדיון היא האם יש לסווג את הכנסתו של המלצר מתשר כהכנסה ממשלח יד לפי סעיף 2(1) לפקודת מס הכנסה או כהכנסת עבודה לפי סעיף 2(2) לפקודה. סעיף 2 קובע, כי מס הכנסה ישתלם על הכנסתו של אדם שהופקה או שנצמחה בישראל ממקורות אלה: **"(1) השתכרות או ריווח מכל עסק או משלח-יד שעסקו בו תקופת זמן כלשהי, או מעסקה או מעסק אקראי בעלי אופי מסחרי; (2) (א) השתכרות או ריווח מעבודה; כל טובת הנאה או קצובה שניתנו לעובד ממעבידו; תשלומים שניתנו לעובד לכיסוי הוצאותיו,..."**

14. לצורך ההכרעה בסוגיה, עמד בית המשפט על המבחנים השונים שנקבעו בפסיקה לעניין ההבחנה בין שני סוגי ההכנסות, כאשר המבחן העיקרי שאומץ בפסיקה הוא מבחן ה"עצמאות"².

15. בית המשפט קבע, כי הכנסה מעבודה לפי סעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה צריכה לנבוע ממערכת יחסי העבודה, ואולם ההשתכרות או הריווח מ"עבודה" יכולים להגיע גם מצד שלישי. בית המשפט עמד על הקשיים המעשיים מבחינת גביית המס, שעלולה לעורר הכרה בהכנסת עבודה שאינה באה מן המעסיק.

¹ עוד יפנה היועץ המשפטי לממשלה לתקציר החקיקה מתוך סעיף 15 לחוות דעתה של כב' הש' נאור בדג"ץ אסתר כהן: "הוראות החוק החלות על קצבתם של מתנדבים שנפגעו הן ההוראות החלות על מבוטחים שנפגעו תוך כדי עבודתם (סעיפים 287(5), 289 ו-290 לחוק). הסעיף העוסק בקצבת התלויים (סעיף 132 לחוק) מפנה לסעיף העוסק בקצבת נכות מלאה (סעיף 130(ב)(3) לחוק), המפנה בתורו לסעיף הנוגע לחישוב קצבת נכות (סעיף 105 לחוק). זה מפנה לנוסחת החישוב של "דמי פגיעה" (סעיף 97 לחוק), אשר מפנה להגדרה של "שכר עבודה רגיל" (סעיף 98 לחוק), ומשם לסעיף שעניינו שכר של "עובד" (סעיף 75(א)(1) לחוק). הכנסתו של "עובד" מוגדרת בסעיף 344(א) לחוק".

² בהתאם למבחן זה, נקבע כי אם הדרישה לתשלום תשר נכללה במפורש בחשבון והסכום עבר דרך הקופה ונרשם בספריו של בית העסק, מדובר בהכנסה של בית העסק; ואולם, כאשר התשר ניתן למלצר על ידי הלקוח באופן וולונטרי בנוסף לשכר העבודה הבסיסי אותו מקבל המלצר מן המעסיק, ודמי התשר אינם נרשמים בפנקסי העסק (למעט ב"יומן שירות") ואינם עוברים אצל המעסיק או מנוהלים על ידו, הרי שמדובר בהכנסת המלצר.

16. בית המשפט התייחס בפסק הדין לבעייתיות של סיווג ההכנסה מתשר כהכנסת עבודה לפי סעיף 2(2) לפקודה, אשר אינה משולמת על ידי המעסיק, הן במישור דיני המס והן במישור ביטוח לאומי. בית המשפט הותיר בצריך עיון את שאלת תחולתו של סעיף 366 לחוק, על הכנסתם של מלצרים מתשר, כמו גם שאלת אפשרות המוסד לחזור אל המעסיק בתביעת שיפוי, בכל הנוגע לסכומי התשר שלא שולמו בגינם דמי ביטוח לאומי, בהתאם לסעיף 369 לחוק. בית המשפט לא נדרש להכריע בעניין זה, משום שהמקרה שהובא לפניו עסק בקצבאות המשולמות בגין פגיעה בעת פעולת התנדבות, אשר הזכאות לגמלה לגביהן אינה תלויה בתשלום דמי הביטוח (סעיף 366(ב)(4) לחוק). יחד עם זאת, נקבע לכאורה באופן רחב, כי כאשר דמי התשר נחשבים להכנסה ישירה של העובד, והמעסיק מצידו משלם לעובד לפחות שכר מינימום מלבד דמי התשר, לא יוכל המוסד לביטוח לאומי לחזור אל המעסיק בתביעת שיפוי.

17. לבסוף נקבע, כי גם אם הקביעה לפיה הכנסה מתשר תסווג כהכנסת עבודה שאינה מאת המעסיק, אינה נקייה מקשיים, הרי שאין מנוס מתוצאה זו. עוד נקבע, כי הנטל להוכיח את היקפה של ההכנסה לצורך תשלומי קצבאות מטעם המוסד לביטוח לאומי, אשר אינה מתועדת אצל המעסיק מוטל על העובד, וכי אין מדובר בנטל פשוט. בית המשפט עמד על כך, כי הסוגיה שעל הפרק מחייבת הסדרה חקיקתית מקיפה, שתתייחס למכלול ההיבטים המשפטיים והחברתיים הכרוכים בתופעה של מתן תשר.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה בדג"ץ אסתר כהן

18. על פסק הדין בבג"ץ אסתר כהן המפורט לעיל, הגיש המוסד לביטוח לאומי בקשה לדיון נוסף. במסגרת הדיון הנוסף, ולנוכח הקשיים שהתעוררו בתחומי משפט שונים על רקע ההלכה החדשה, בחן היועץ המשפטי לממשלה מחדש את עמדתו והגיע לכלל מסקנה, כי הנימוקים שבגינם קבע בית המשפט, כי הכנסה מתשר היא הכנסת עבודה לפי סעיף 2(2) לפקודה, מחייבים גם את המסקנה לפיה יש לראות בתשר על פי מהותו תקבול של בעל העסק המשתלם על ידי הלקוחות בגין השירות הניתן להם על ידי המלצרים כעובדיו של בעל העסק, ולא הכנסה של המלצר עצמו.

19. היועץ המשפטי לממשלה היה (וותר) בדעה, כי באמצעות סיווג התשר כתקבול בידי בעל העסק וכשכר עבודה המשתלם למלצר, יינתן מענה למכלול ההיבטים המשפטיים המתעוררים בסוגיית התשר, בתחום דיני המס, בתחום הביטוח הלאומי ובתחום דיני העבודה.

להרחבה ראו את עמדת היועץ המשפטי לממשלה והתגובה מטעמו, אשר צורפו כנספחים **מ/1**, ו-**מ/2** לעיל³.

עיקרי קביעותיו של פסק דין דג"ץ אסתר כהן

20. במסגרת הדיון הנוסף, הותיר בית המשפט העליון על כנה, את ההלכה שנקבעה בבג"ץ אסתר כהן. דעת הרוב בהליך זה, בחרה שלא לאמץ או לדחות את עמדת היועץ המשפטי לממשלה. בהקשר לעמדה זו נאמר ע"י כב' הנשיא גרוניס כתוארו אז (בדעת הרב), מבלי לנקוט עמדה בשאלה של מידת הוולונטריות הכרוכה בפועל בתשלום התשר, כי נוכח השלכות רחבות היקף שעשויות להיות לשינוי ההלכה לעניין אופן רישום דמי התשר ודרך סיווגם כהכנסה, אין ליצור הסדר משפטי חדש בנוגע

³ *המסמכים הוצאו מהמחשב.

למעמד של דמי התשר (סעיף 19 לפסק דינו). זאת, כיוון שאין מדובר עוד בשאלה משפטית קונקרטית, שבה נדרש בית המשפט להכריע על בסיס מומחיותו המשפטית והמקצועית.

21. כב' השופטים עדנה ארבל, סלים ג'ובראן וחנן מלצר סברו שהסוגיה אכן ניתנת להכרעה בבית המשפט, ואולם לגישתם, התפתחות ההלכה עד כה והשורשים שהכתה הלכת ספארי הולדינגס בפסיקה בתחום דיני המס, מחייבים להותיר למחוקק את ההסדרה הכוללת של הנושא.

22. גם לדעת כב' המשנה לנשיא השופט מרים נאור (כתוארה אז), מן הראוי שסוגיית התשרים בענף המסעדות תוסדר בחקיקה. ואולם, לדעתה יש הצדקה לעיון מחודש בסוגיה ואף לסטייה מהלכות קודמות, דבר שניתן לעשותו בהרכב מורחב, כפי שהתבקש בעמדת היועץ המשפטי לממשלה. עמדת היועץ המשפטי לממשלה אומצה אפוא על ידי כב' המשנה לנשיא (כתוארה אז) השופט מרים נאור בחוות דעתה, היא חוות הדעת העיקרית בדעת מיעוט, אליה הצטרפו כב' השופט (כתוארו אז) אליקים רובינשטיין, וכב' השופט אסתר חיות (בדעת מיעוט).

23. כב' השופט נאור עמדה על כך, כי בכל הקשור לדיני המס קיימת העדפה ברורה לסיווג ההכנסה מתשרים כתקבול של בעל העסק, וכן כי לסיווג זה יתרונות ברורים גם בתחום הביטוח הלאומי ובתחום דיני העבודה. בנוסף, השופט נאור התייחסה בחוות דעתה להשלכות שעשויות להיות להתרת פסק הדין מושא הדיון הנוסף על כנו, וקבעה כי אמנם שאלת תחולת הסעיפים 366, ו-369 לחוק נשארה בצריך עיון, ואולם הקביעות בפסק הדין משפיעות על סוגי קצבאות נוספים, וכי המצב בו המוסד מחויב בתשלום קצבה למי שלא שילם דמי ביטוח איננו מתיישב עם העיקרון הקבוע בסעיף 98 לחוק, המצמיד בין תשלום דמי ביטוח לבין חישוב ההכנסה לצורך קצבה. (ראו סעיף 43 לפסק הדין).

לסיום פרק זה, ההלכה הנוהגת בתחום הביטחון הסוציאלי היא ההלכה שנקבעה ע"י בית המשפט העליון בעניין אסתר כהן כמפורט לעיל. היועץ המשפטי לממשלה ער לכך, כי בית הדין הנכבד לא ישנה מקביעותיו של בית המשפט העליון בעניין אסתר כהן. ואולם, כאמור בפתח כבר, היועץ המשפטי לממשלה ישקול להביא את עמדתו בעניין מעמד התשר לפני בית המשפט העליון, לכשזו תשוב ותונח לפתחו במקרה המתאים.

ניסיונות קידום הליכי חקיקה והליכים שהתנהלו לאחר דנג"ץ אסתר כהן

24. לאחר מתן פסק הדין בדנג"ץ 5967/10 היועץ המשפטי לממשלה דאז הנחה את גורמי המקצוע לקדם חקיקה שתסדיר את סוגיית התשר, בהיבטים שנדונו בפסק הדין. בהמשך לכך, כונס צוות מקצועי בראשות רשות המסים, ובהשתתפות נציגי המוסד לביטוח לאומי לצורך גיבוש המלצות להסדרת התחום, לרבות תיקוני החקיקה הנדרשים. לאחר מספר ישיבות בנושא, הצוות הציג לפני מקבלי ההחלטות בדרג הפוליטי, לרבות שר האוצר דאז, את המלצותיו לאופן ההסדרה הרצויה של התחום ואת תיקוני החקיקה הנדרשים. עם זאת, הדרג הפוליטי החליט שלא לקדם את תיקוני החקיקה.

25. למען שלמות התמונה יצוין, כי בשנת 2013 הגישה המדינה הליך בבית המשפט העליון, אשר במסגרתו טענה שיש מקום לסטות מן ההלכה שנקבע בעניין ספארי הולדינגס (ע"א 4774/13), כפי שהוצע בדנג"ץ בעניין אסתר כהן. באותו מקרה, במהלך ביקורת ניהול ספרים שערך פקיד השומה במסעדה נמצא סכום במזומן שלא נרשם בקופה הרושמת. בעל העסק טען, כי מדובר בכספי תשר ולכן לא חלה עליו חובה לרשום. פקיד השומה דחה את עמדתו ופסל את ספריו בשל אי רישום התקבול האמור. ערעור שהגיש בעל המסעדה התקבל, והמדינה ערערה על פסק דין זה לבית המשפט העליון, כאשר טענתה העיקרית בערעור הייתה, כי בנסיבות אותו מקרה, בהתאם להלכת ספארי

הולדינגס, חלה על בעל העסק חובה לרשום את התקבול. לחלופין נטען, כי יש מקום לסטות מהלכת ספארי הולדינגס. בסופו של יום, ובהמלצת בית המשפט הערעור נמחק, תוך שבית המשפט שב והמליץ למחוקק להידרש לסוגיה.

עד להסדרת הסוגיה בכללותה יש להותיר על כנה את ההלכה שנקבעה בעניין ענבל מלכה בתחום דיני

העבודה

26. כמפורט בפתח דבר, בעניין ענבל מלכה קבע בית הדין הארצי הנכבד, כי חישוב משכורתו של המלצר לצורך עמידה בחובת המעסיק לפי חוק שכר מינימום ייעשה בהתאם למבחן הרישום בספרים. בית דין נכבד זה הבהיר מדוע נדרש דווקא מבחן זה, כפי שפורט בהרחבה בפסק דינו. לעניין זה, יפים הדברים שנאמרו ע"י כב' הנשיא סטיב אלדר (כתוארו אז), לפיהם:

".. האיזון הראוי בין השיקולים שמנינו לעיל מוביל למסקנה הברורה שלפיה תשר שנמסר ישירות למלצר מבלי שהוא עובר דרך קופת המעסיקה, אינו יכול לבוא בגדר "שכר עבודה". .. 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 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), תשס"ב-2002. ברי שכל 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" (ראו סעיף 16 לפסק הדין).

27. מאז מתן פסק הדין בעניין ענבל מלכה, מיישמות רשויות האכיפה את מבחן הרישום בספרים לצורך אכיפת הוראותיו של חוק שכר מינימום, ואף חוקים קוגנטיים נוספים, כגון חוק שעות עבודה ומנוחה, חוק חופשה שנתית, וכן צו ההרחבה בעניין תשלום פנסיית חובה, ועוד. 28. ברמה המעשית, מבחן הרישום בספרים מאפשר פיקוח על תשלום שכר המינימום, ובהתאם לכך את עמידתם של המעסיקים בחובות המוטלות עליהם מכח חוקי המגן, כפי שאף ציין כב' הנשיא אלדר (כתוארו אז) בעניין ענבל מלכה לעיל.

29. זאת ועוד, בשנת 2011 חוקק חוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, תשע"ב-2011. מטרת חוק זה נקבעה בסעיף 1 לחוק והיא "להגביר ולייעל את אכיפתם של דיני העבודה".

30. כאמור בדברי ההסבר לחוק זה, הרקע לחקיקתו הוא ב"תופעה הולכת ומתרחבת של אי ציות להוראות חוקי העבודה לרבות צווי ההרחבה, מינה המנהל הכללי של משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה... ועדת היגוי לנושא אכיפת חוקי עבודה... ההסכמה החברתית הרחבה בדבר הקמת ועדת ההיגוי נבעה מתפיסה הדדית ולפיה "אכיפה יעילה של שכר וזכויות סוציאליות, היא דרך

ראויה להילחם בממדי העונה שרק גדלים עם השנים ולטפל בתופעה הקשה שעליה מצביעה דוח העוני ולפיה עובדים מצויים מתחת לקו העוני". .. מטרת החוק המוצע להגביר ולייעל את האכיפה של חוקי העבודה על ידי הנהגת הליך מנהלי להטלת עיצום כספי על מעבידים ועל מזמיני שירותים... וכן על ידי תיחום האחריות האזרחית והפלילית על מזמיני שירותים...", [ההדגשות אינן במקור, י.ס., ראו בעמ' 376].

31. חוק זה, מאפשר לרשויות האכיפה להטיל עיצום כספי או להמציא התראות מנהליות על מעסיקים אשר פעלו בניגוד להוראות חקיקת המגן. בהקשר זה ראו האמור בדברי ההסבר, לפיו: "העיצום הכספי הוא אמצעי אכיפתי יעיל ומהיר העשוי לשמש הרתעה ולהביא להקטנת שכיחותן של הפרות של הוראות החקיקה האמורות. העיצום הכספי הוא כלי אכיפה מנהלי בידי רשות מנהלית שמטרתו להביא להגבת הציות של ציבור המפוקחים הכפוף להוראות החקיקה האמורים. העיצום הכספי מיועד להוות סנקציה קלה להפעלה על ידי הרשות המנהלית. לפיכך הוא מוטל על הפרת הוראות שקל, פשוט וברור להיווכח בקיומן והטלתו אינה מחייבת בירור עובדתי מורכב" [ההדגשות אינן במקור, י.ס., ראו בעמ' 378].

כמו כן, מאפשר החוק להשאיר את המקרים המיוחדים ויוצאי הדופן להליך הפלילי.

32. מן הנתונים שנמסרו על ידי משרד העבודה הרווחה והשירותים החברתיים, עולה כי אמצעי זה הוכח כיעיל בתחומי האכיפה, דבר שניתן ללמוד מנספח 3/מ.

33. ודוק, ככל שישונה מבחן הרישום שלא בדרך המוצעת על ידי היועץ המשפטי לממשלה, הרי שקיים חשש ממשי, כי לא ניתן יהיה ליישם את הוראות חוק זה. והדברים נכונים ביתר שאת ביחס לסנקציות פליליות המצויות בחוקי המגן.

34. הנה כי כן, מן הראוי להותיר את הלכת ענבל מלכה על כנה. לא למותר לציין, כי הותרת הלכת ענבל מלכה על כנה מתיישבת עם פסיקתו של בית דין נכבד זה, לפיה אין הכרח כי סיווג ההכנסה מתשרים לצורך דיני המס יהא זהה לסיווג המכריע בדיני העבודה. גם בית המשפט העליון קבע תוך הפנייה להלכת ענבל מלכה בפסק דינו בעניין אסתר כהן, כי התשובה לשאלת סיווגו של תשר כשכר עבודה אינה חייבת להיות אחידה לגבי כל תחום בו היא מתעוררת (ראו סעיף 18 לפסק הדין בבג"ץ אסתר כהן).

לסיכום

35. כמפורט לעיל, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי עד להסדרת סוגיית סיווג התשר בכללותה, בין בפסיקה ובין בחקיקה, מן הראוי להשאיר על כנה את ההלכה שנקבעה על ידי בית הדין הארצי הנכבד בעניין ענבל מלכה, שלפיה חישוב משכורתו של המלצר לצורך עמידה בחובת המעסיק לפי חוק שכר מינימום, תלוי בשאלה האם נרשמו התשרים שקיבל בספרי המסעדה.

36. באשר לתחום הביטוח הלאומי, הרי שההלכה הנוהגת היא ההלכה שנקבעה על ידי בית המשפט העליון בעניין אסתר כהן. ואולם, כאמור בפתח דבר, ככל שהליכי החקיקה לא יבשילו, הרי שהיועץ המשפט לממשלה ישקול להביא את עמדתו לפני בית המשפט העליון, לכשמקרה מתאים יבוא לפתחו.

היום : ט"ז כסלו תשע"ח, 4 דצמבר 2017

יאנה סימקין, עו"ד
סגנית בכירה א' לפרקליט המדינה
המחלקה למשפט העבודה