

טיפים כהכנסה מעבודה: הלכת קיס והשלכותיה על ענף התיירות

יוסי רחמים* וצאלח אבו עמשה**

- א. מבוא.
- ב. מוסד הטיפים בישראל.
 1. לתת או לא לתת? זאת השאלה;
 2. Tip או תשר?
- ג. טיפים כהכנסה מעבודה בענף המסעדות – תקציר הפרקים הקודמים.
 1. סיווג המשפטי של טיפים בראי דיני המיסים;
 2. סיווג המשפטי של טיפים בראי דיני העבודה;
 3. סיווג המשפטי של טיפים בראי דיני הביטוח הלאומי.
- ד. פרשת כהן והלכת קיס – קו פרשת המים.
 1. פרשת כהן – כל הדרך לדנג"ץ;
 2. הלכת קיס – סדר יום חדש.
- ה. האם ראוי להרחיב את היקף תחולתה של הלכת קיס על ענפי עבודה אחרים?
 1. טיפים כהכנסה מעבודה בענף התיירות.
 1. טיפים שנמסרו על ידי התיירים;
 2. עמלות ששולמו על ידי בעלי עסקים.
 2. סיכום ומסקנות.

א. מבוא

שאלת סיווג המשפטי של כספי הטיפים שמקבלים מלצרים בעת עבודתם העסיקה רבות את המשפט הישראלי בשלושים השנים האחרונות. ליתר דיוק,

* ד"ר למשפטים, חבר סגל בפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. נציג ציבור בבית הדין הארצי לעבודה. ברצוננו להודות לפרופ' שרון רבין-מרגליות, לד"ר עופר סיטבון, לעו"ד גלית ברונשטיין ולנציג הציבור בבית הדין הארצי לעבודה מר עצמון ליפשיץ על שקראו טיוטות מוקדמות של המאמר והעירו את הערותיהם המועילות.

** בוגר תואר ראשון במשפטים בהצטיינות, הפקולטה למשפטים של המסלול האקדמי, המכללה למינהל.

שאלה זו העסיקה את הערכאות המשפטיות לסוגיהן – מבתי הדין האזוריים לעבודה ועד לבית המשפט העליון – אך לא את המחוקק הישראלי. בכל הנוגע לשאלה זו החוק הישראלי סובל מאי-בהירות גדולה, שכן אינו נוקט עמדה ברורה מהו מעמד המשפטי של כספים שקיבלו עובדים מאת לקוחות בית העסק שבו הם עובדים. האם אלו הם תקבולים של בית העסק החייבים ברישום בספרי החשבונות או שמא אלו תקבולים של העובד? האם כספים אלו נחשבים להכנסת העובד מאת מעסיקו, או שמא על המעסיק לשלם לעובדו שכר בכל מקרה? מה ייחשב השכר המבוטח של העובד לצורך חישוב זכויותיו הסוציאליות מאת המעסיק או חישוב זכויותיו מאת הביטוח הלאומי?

שאלת סיווג המשפטי של כספי הטיפים אינה דבר של מה בכך, מכיוון שהיא כורכת סביבה שלושה ענפי משפט שונים: דיני עבודה, דיני מיסים ודיני הביטוח הלאומי. ובכל אחד מענפים אלו שאלה זו היא בעלת השפעה ישירה על שחקנים רבים במשק הישראלי כגון המעסיקים, העובדים, רשות המסים והמוסד לביטוח לאומי. גורמים רבים אשר נקשרים לשאלה זו מצפים לדעת מהו הדין בעניינה כדי שיוכלו לכלכל צעדיהם בהתאם. אולם, כאמור, החקיקה הישראלית שותקת בסוגיה זו, והמחוקק ממאן להסדירה בספר החוקים.

בהיעדר הוראות חוק ברורות, נאלצו הערכאות המשפטיות בישראל במשך השנים למצוא את התשובה הנכונה למקרה הפרטי והקונקרטי שהובא בסכסוך שבפניהן, וזאת בדרך של פרשנות משפטית. אולם בכל פעם נדמה היה שבית המשפט בפסיקתו פותר בעיה משפטית אחת אך יוצר במקומה אחרת. ואט-אט התגבשה המסקנה שחייבים לקבוע הסדר משפטי כולל לסוגיה זו בדין הישראלי, כזה שיצור הרמוניה חקיקתית בין כל ענפי המשפט הקשורים בשאלה זו. במשך כמעט שלושה עשורים בית המשפט העליון ובית הדין הארצי לעבודה קראו, זעקו וכמעט התחננו בפסקי הדין שלהם בפני המחוקק שיסדיר בחקיקה ראשית את הנושא כולו. אך קריאתם לא נענתה. בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק שקיים דיון נוסף בנושא בפרשת כהן,¹ בהרכב מורחב בראשותו של נשיא בית המשפט העליון, עצר עצמו כמעט בכוח (ברוב של ארבעה מול שלושה) מליצור "חקיקה שיפוטית", ולהתערב בעבודתו של המחוקק. אפילו היועץ המשפטי לממשלה ביקש מבית המשפט העליון – באופן פרדוקסלי – להתערב בדרך פרשנית, ולקבוע הסדר כולל בנושא, נוכח שתיתקו של הגוף אותו הוא מייצג.² אך למרות כל זאת, לא התנהל כל דיאלוג בין בית

1 דנג"ץ 5967/10 המוסד לביטוח לאומי נ' כהן, פ"ד סו(2) 240 (2013) (להלן: דנג"ץ כהן).

2 שם, בפס' 10 לפסק הדין של הנשיא גרוניס.

המחוקקים למערכת המשפט לשם הסדרה משפטית כוללת של שאלת מעמדם המשפטי של כספי הטיפים.³ עד שנפל הפור.

במרץ 2018, ערב פרישתו מכס השיפוט של נשיא בית הדין הארצי לעבודה, השופט יגאל פליטמן, התפרסם פסק דינו האחרון, עליו הוא חתום מראשיתו ועד סופו. פסק הדין בעניין קיס.⁴ פסק דין שנראה כי חתם, לפחות לעתיד הקרוב, את שאלת סיווג המשפטי של כספי הטיפים במשפט הישראלי. בפסק דין ארוך ומפורט נטל על כתפיו בית הדין הארצי לעבודה את האחריות והכריע בשאלה, תוך יצירת הסדר משפטי כולל. אומנם ההסדר מתייחס ספציפית לתחום דיני העבודה ולתחום דיני הביטוח הלאומי, אך בפועל הקריין באופן עקיף גם על דיני המיסים.

עושה רושם שבית הדין הארצי לעבודה הודיע למחוקק בפסק הדין בעניין קיס כי הוא הפסיק להמתין להכרעתו בנושא, וכי אין מנוס מכך שבית הדין יאמר את דברו באופן רם וברור, לטובת כל נמעני המשפט. וככל שירצה המחוקק לחלוק על תקדים זה, יוכל הוא לעשות זאת בכליו הוא בכל עת. אך זמן ההמתנה הסתיים.

מטרתו של מאמר זה היא כפולה. ראשית, להציג את ההלכה המחייבת בדין הישראלי שנקבעה בפסק דין קיס אשר לסיווג המשפטי של כספי הטיפים בענף המסעדות. שנית, לבחון את אפשרות יישומה של ההלכה גם בענפים אחרים שבהם הלקוחות מעניקים טיפים לעובדי בית העסק, דוגמת ענף התיירות.

סדר הדיון יהיה כדלהלן: בפתח חלקו הראשון של המאמר נתאר בקצרה את התפתחותו של מוסד הטיפים בכלל ובישראל בפרט, תוך שנעמוד גם על המונח המילולי הראוי להגדרתו במשפט הישראלי. לאחר מכן נבקש לתאר את השתלשלות הפסיקה בשאלת סיווג המשפטי של כספי הטיפים עד לפרשת כהן ולפסק הדין בעניין קיס שהיו קו פרשת המים. באופן מתבקש, בפרק שלאחר מכן נתואר פרשת כהן שהתגלגלה עד לדיון נוסף בבג"ץ, ויצרה מחלוקת חריפה בין שופטי העליון. כמו כן נסקור בפירוט את ההלכה שנקבעה בעניין קיס בבית הדין הארצי לעבודה, ואת המבחנים שנקבעו שם לצורך קביעת סיווג המשפטי של כספי הטיפים בתחום דיני העבודה ודיני הביטוח הלאומי.

בחלקו השני של המאמר נדון באפשרות הרחבת יישומה של הלכת קיס גם על ענפי עבודה אחרים שבהם לקוחות העסק מעניקים טיפים לעובדים. בפרק זה נבקש לטעון כי אף על פי שבית הדין הארצי לעבודה סייג את תחולת הלכת קיס על ענף המסעדות בלבד, אין כל מניעה משפטית מלהחיל הלכה זו על כל ענף עבודה אחר שבו נהוג לתת טיפים. לטענתנו, המבחנים שנקבעו בהלכת קיס

³ על הדיאלוג החוקתי בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת בישראל ראו בל יוסף "הדיאלוג החוקתי בישראל: שתי נקודות מבט" משפט ועסקים כב 327, 366-357 (2019); סוזי נבות "הדיאלוג החוקתי: דו-שיח בכלים מוסדיים" משפטים יב 99 (2014).

⁴ עב"ל (ארצי) 15-10-44405 קיס – המוסד לביטוח לאומי (נבו) 26.3.2018.

טובים וראויים גם לענפים אחרים, דוגמת ענף השליחויות, ענף המספרות, ענף ההובלות וכיוצא באלה. במאמרנו זה נבקש לבחון ולנתח את הלכת קיס באופן ספציפי על ענף התיירות, בסוגיית מעמדם המשפטי של כספי הטיפים שמקבלים מדריכי הטיולים ונהגי האוטובוס במהלך עבודתם, וכן של כספי העמלות שהם מקבלים מבעלי העסקים המקומיים. סוגיה שהגיעה לפתחם של בתי הדין לעבודה בשנים האחרונות כמה פעמים, ואשר גררה אי-אחידות ומחלוקות בין השופטים השונים אשר לאופן החלת הלכת קיס בנסיבות העניין.

אנו מעריכים כי שאלת סיווגם של כספי הטיפים כחלק משכרם המבוטח של העובדים בענף התיירות עשויה להעסיק רבות את בתי הדין לעבודה בשנים הקרובות. זאת, בין היתר, עקב מגפת הקורונה העולמית (נגיף ה-Covid 19) שהתפשטה בראשית שנת 2020, וגרמה למשבר רפואי וכלכלי חמור במדינת ישראל וביתר מדינות העולם.⁵ החשש מהתפשטות המגיפה הביא, בין היתר, לסגירת שמי ישראל והעולם כולו, דבר שפגע קשות בענף תיירות הפנים והחוץ. כתוצאה מכך רוב עובדי ענף התיירות בישראל הוצאו לחופשה ללא תשלום (חל"ת), בדגש על מדריכי טיולים, אשר מעסיקהם נאלצו לסגור לתקופה מסוימת את עסקיהם.⁶ בתקופה זו, שבה שהו העובדים מובטלים בביתם, העניקה להם ממשלת ישראל דמי אבטלה באמצעות המוסד לביטוח לאומי. דמי האבטלה הם גמלה מחליפת הכנסה אשר שיעורה נקבע באופן ישיר מגובה השכר המבוטח של העובד שעליו הצהיר המעסיק בפני המוסד לביטוח לאומי.⁷ לפיכך, השאלה אם הטיפים שקיבלו מדריכי הטיולים ונהגי האוטובוס התיירים בתקופה שקדמה למשבר הקורונה והוצאתם לחל"ת נחשבים לחלק משכרם המבוטח – היא שאלה בעלת השלכות כלכליות רבות, הן על העובדים, הן על המעסיקים, והן על המדינה. מכאן חשיבותו ותרומתו הצפויה של מאמרנו זה.

5 דפנה אבירם-ניצן וירדן קידר "שכרם של כרבע מהשכירים נפגע בעקבות משבר הקורונה" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (24.6.2021) <https://tinyurl.com/aviram-kiedar>; קרנית פלוג ודפנה אבירם-ניצן "מדיניות כלכלית מומלצת לתקופת היציאה ממשבר הקורונה ולשנים הבאות" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (27.4.2021) <https://tinyurl.com/flug-aviram>; ירדן קידר ודפנה אבירם-ניצן "פרנסתם של 1 מכל ארבעה שכירים נחתכה ב-25%" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (21.2.2021) <https://tinyurl.com/aviram-kiedar-25>; מיירי אנדבלד, אורן הלר ולהב כראדי "השפעת המיתון ומדיניות הממשלה בעקבות משבר הקורונה על רמת החיים, העוני והאי שוויון" **ביטחון סוציאלי** 110 (2020); לאה אחדות "משבר הקורונה ושוק העבודה בישראל" **ביטחון סוציאלי** 110 (2020).

6 נעם בוטוש **המשבר בענף התיירות בעקבות התפרצות נגיף הקורונה** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2020); נווית זומר, מאיר אורבך, תומר הדר ואודי עציון "1,368 עובדים פוטר, 14 אלף הוצאו לחופשה: ענף התיירות בצניחה חופשית" **כלכליסט** (11.3.2020) <https://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3800130,00.html>.

7 ג'וני גל "תולדות ביטוח האבטלה בישראל" **ביטחון סוציאלי** 38, 119 (1992).

ב. מוסד הטיפים בישראל

1. לתת או לא לתת? זאת השאלה

כפרפרזה לשורת הפתיחה המפורסמת מהמחזה "המלט" שכתב שייקספיר,⁸ סוגיית הטיפים ממשיכה להעסיק רבים אשר לשאלה האם ומדוע יש להמשיך ולהעניק אותם לנותני השירות. ובכלל, מהו המקור ההיסטורי, הנורמטיבי או הסוציולוגי לנוהג הכל כך שכיח של מתן הטיפים לנותני השירות על ידי לקוחות העסק?⁹

יש הטוענים כי מקורו של נוהג חברתי זה בימנו החל עוד במאה ה-16, כאשר הוצבו בבתי עסק ובבתים פרטיים גביעי נחושות עליהם נחרטו המילים To Insure Promptitude, שלימים הפכו בקיצור, כך יש הסבורים, ל-Tip.¹⁰ לגביעים אלו שלשלו באי המקום מטבעות לטובת המלצרים או המשרתים, במטרה להבטיח מראש כי יקבלו מהם שירות טוב ומועדף, אף מעבר לרגיל. כסף זה שקיבלו המלצרים או המשרתים כ-Tip ניתן להם, בהתחלה כמחווה של רצון טוב ובהמשך היה לנורמת חברתית מחייבת. בשל פערי המעמדות בין מעניקי ה-Tip לבין נותני השירותים מהמעמד הנמוך, נחשב סכום כסף קטן זה כסכום שנועד לעזור לאותו עובד להגדיל את שכרו בעבודה, שעל פי רוב היה מינימלי.

משם התגלגל והתפתח אותו נוהג במשך מאות השנים עד לתקופתנו, וקנה לו אחיזה של ממש בישראל כמו ביתר מדינות העולם. הנוהג שלפיו לקוחות בית העסק מעניקים טיפ לעובד העסק ששירת אותם וזאת בענפי עבודה מסוימים, כגון בענף המסעדנות, בענף התיירות, בענף השליחויות, וכדומה.¹¹ עם זאת, בענפי עבודה אחרים נוהג זה דווקא לא השתרש,¹² ובמקרים אחרים נוהג זה השתרש רק באופן חלקי באותו ענף עבודה, אף שאין שוני מהותי בין אופי

8 וויליאם שייקספיר המלט (1603).

9 לסקירה היסטורית על התפתחותו של מוסד הטיפים לנותני השירות ראו: יורם מרגליות ושרון רבין-מרגליות "טיפים" משפטים לח 107, 114-117 (2008) (להלן: מרגליות ורבין); Ofir H. Azar, *Incentives and Service Quality in the Restaurant Industry: The Tipping – Service Puzzle*, 41 APPLIED ECON. 1917 (2009) (להלן: אזור); Ofir H. Azar, *The Implication of Tipping for Economics and Management*, 30 INT'L. J. OF SOC. ECON. 1084 (2003); Ofir H. Azar, *The Economics of Tipping*, 34 JUR. OF ECON. PERSPECTIVES 215, 216-221 (2020); Michael Conlin, Michael Lynn & Ted O'Donoghue, *The Norm of Restaurant Tipping*, 52 J. OF ECON. BEHAV. & ORG. 297 (2003).

10 מרגליות ורבין, לעיל ה"ש 9, בעמ' 114; אזור, לעיל ה"ש 9, בעמ' 7.

11 להרחבה ראו מרגליות ורבין, לעיל ה"ש 9, בעמ' 115-117.

12 כגון מתן טיפ בענף ההוראה (למורה הפרטי), בענף הרפואה (לאח או לאחות שטיפלו בחולה), בענף הקמעונאות (לעובדי הקופה), וכדומה.

השירות שניתן ללקוח, וזאת בלי שניתן בהכרח להסביר זאת.¹³ כיום הנוהג הוא שהטיפ נמסר על ידי הלקוח רק לאחר קבלת השירות ולא לפניו, כגון למלצרים בענף המסעדות או לעובדים בענף המספרות. כך שמטרת הטיפ אינה עוד להבטיח מראש קבלת שירות טוב יותר, אלא מתן הטיפ נהיה לנורמה מקובלת שלפיה בסוף קבלת השירות משאירים הלקוחות לעובד סכום כסף קטן עבור שירותיו. כאשר על פי רוב הענקת הטיפ וקביעת שיעורו אינן קשורות לטיב השירות שקיבל הלקוח.¹⁴ ודוק, בענפים מסוימים הנוהג של מתן הטיפ נתפס בעיניי הציבור כנורמה מחייבת של ממש אשר הפרתה עלולה לגרום סנקציה חברתית נגד המפר.¹⁵ משמעות הדברים היא כי בענפים מסוימים ניטל ממוסד הטיפ רכיב ה"וולונטריות", והוא ניתן בכל מקרה ולא בהכרח מרצונו החופשי של הלקוח, אלא כחלק מנורמה חברתית שקשה לצאת נגדה.¹⁶ את הכוח החברתי המניע את לקוחות המסעדה להשאיר טיפ למלצר, לדוגמה, אפשר להסביר על דרך החיוב וכן על דרך השלילה. על דרך החיוב, נראה כי לקוח שישאיר טיפ "שמך" אף מעבר למקובל, עשוי להיחשב בעיניי מקורביו לאדם נדיב במיוחד, בעל רוחב לב, וכביטוי חיצוני לעושרו – כל זאת במטרה להרשים את סביבתו. לעומת זאת, על דרך השלילה נראה כי לקוח שלא ישאיר טיפ למלצר עשוי בסבירות גבוהה לזכות ליחס שלילי על ידי הסביבה הקרובה שסעדה עמו, כגון חברים, משפחה, בן או בת הזוג. שאז קיים הסיכוי שיזכה לכינויי גנאי כגון "קמצן", או חסר התחשבות. על כן, כדי להימנע מביקורת שלילית זו, יקפיד אותו לקוח להשאיר טיפ למלצר, גם אם לא היה שבע רצון מהשירות שקיבל.

13 כך לדוגמה, בענף המסעדות השתרש הנוהג לתת טיפ למלצר במסעדה או לַבְּרֶמֶן בבר, אך לא למוכר במסעדת מזון מהיר, דוגמת מקדונלד'ס. זאת אף על פי שגם עובד זה האחרון העניק שירות ללקוח הסועד, או אף השתתף בהכנת המנה עצמה. בענף המלונאות בישראל, לדוגמה, השתרש הנוהג להעניק טיפ לַבְּל-בוי (נער המזוודות) על שעזר לאורחים לשאת את המזוודות ולהובילן לחדרם, אך לא קיים נוהג להעניק טיפ לכל בעל תפקיד אחר במלון שעזר גם הוא, דוגמת פקיד הקבלה, המלצר בחדר האוכל או עובד שירות החדרים.

14 אף על פי שאפשר לטעון שככל שמדובר בלקוח חוזר של בית העסק, אזי הטיפ שהשאיר הלקוח בסוף הביקור הראשון עשוי להבטיח את טיב השירות בפעם הבאה.

15 להרחבה ראו גם מרגליות ורבין, לעיל ה"ש 9, בעמ' 115-117.

16 מרגליות ורבין, לעיל ה"ש 9, בעמ' 115. יש הטוענים כי נוהג מתן הטיפים שנהיה לנורמה מחייבת הוא מתכון "להתרפסות" ולהרעת תנאי העובדים, שיש בו משום ביזוי לנותני השירות, והוא עלול ליצור חוסר שוויון בהיותו מעשה אנטי-דמוקרטי. ראו: Kathleen P. Hunt, #LivingOffTips: Reframing Food System Labor Through Tipped Workers' Narratives of Subminimum Wage Exploitation, 6 JOUR. OF AGRICULTURE, FOOD SYSTEMS, AND COMMUNITY DEVELOPMENT 165, 168 (2016).

כמו כן, לא מן הנמנע שגם סועד שישב לבדו במסעדה, ללא חברת אנשים, עדיין יקונן בליבו החשש כי אם יקום מכיסאו ויעזוב את המקום ללא השארת טיפ הוא עשוי לשמוע מאחוריו את קריאותיו של המלצר על כך שלא השאיר טיפ, ובכך לבייש אותו ברבים (הגם שאלו אינם משתייכים לסביבתו הקרובה). נדמה כי בדרך זו אפשר להסביר את שכיחותה הנמוכה יחסית של תופעת הטיפים בכל הנוגע למתן טיפ לשליח המביא משלוח לביתו של הלקוח. בנסיבות אלה נראה כי לא מופעל על הלקוח אותו לחץ חיצוני וחברתי בנתינת הטיפ, או בקביעת שיעורו, שכן במצב זה נמצא הלקוח לבדו עם השליח בפתח ביתו, ללא נוכחותם של אחרים שבוחנים את התנהגותו – על דרך השלילה או על דרך החיוב.¹⁷

זאת ועוד, הנוהג החברתי המושרש של מתן הטיפים לנותני השירות, בהיבט החיובי ובהיבט השלילי שלו, מקבל משנה תוקף בעידן הרשתות החברתיות. דוגמה לכך היא חששם של אנשי ציבור וידוענים מכך שאם לא ישאירו טיפ לשליח או למלצר במסעדה שבה ישבו – או ישאירו טיפ שאינו גבוה – הדבר עלול להגיע חיש מיד לרשתות החברתיות, במטרה לגרום להם לביוש (shaming) ולפגוע בשמם הטוב.¹⁸ לעומת זאת, אם ישאירו טיפ גבוה וחרג במיוחד, קיים הסיכוי שגם מעשה זה יגיע לרשתות החברתיות, שבהן יתואר רוחב ליבו של אותו איש ציבור או ידוען וכן עושרו הרב, שיסייעו להם להאדרת תדמיתם הציבורית.¹⁹

הנוהג של מתן טיפים לנותני שירות בענפים מסוימים שונה כמובן ממדינה למדינה, ומזמן לזמן.²⁰ וכיאה לנורמה חברתית, אופייה והיקפה מושפע

17 על שכיחותה הנמוכה של תופעת הטיפים בענף המשלוחים בישראל ראו לדוגמה מעריב אונליין "שליחים של השטן: כך מתנקמים בלקוחות שלא נותנים טיפ" מעריב אונליין בשבילכם" צומת השרון (20.2.2020) <https://tinyurl.com/2p9cwzbf>; ליאת קמחי "שליחים יקרים, יש לי טיפ <https://www.tzomet-hrz.co.il/home/liat/42344> (27.11.2020)

18 ראו לדוגמה הפרסומים השליליים שלהם זכו ידוענים שלא השאירו טיפ למלצר: "צוקרברג ברומא: לא השאיר טיפ במסעדה יהודית" Ynet (29.5.2012) <https://tinyurl.com/when-in-rome>; גל מור "האינטרנט גרם לאדם שללם ביוקר לאחר שלא השאיר טיפ" חורים ברשת (30.4.2015) <https://tinyurl.com/tip-shaming>

19 ראו לדוגמה הפרסומים המחמיאים ברשת על ידוען מסוים שהעניק טיפ "שמן" למלצר: מערכת וואלה! ספורט "אנדרה דראמונד השאיר טיפ של 1,000 דולר במסעדה, וגרם לדמעות של אושר" וואלה! (26.5.2020) <https://sports.walla.co.il/item/3362974>; "חלום של כל מלצר: תראו איזה טיפ השאיר המאמן הכי מפורסם ב-NBA" כלכליסט (27.4.2017) <https://tinyurl.com/calcalist-nba>; שירה כהן (דאבוש) "המלצר נדהם: סלב השאיר טיפ של 2020 דולר, במסגרת 'אתגר הטיפ' שרץ ברשת" הידברות (31.12.2020) <https://www.hidabroot.org/article/1148958>

20 Yoram Margalioth, *The Social Norm of Tipping, Its Correlation with Inequality, and Differences in Tax Treatment Across Countries*, 11 THEO. INQ. L. 561, 568–577

מהתרבות המקומית.²¹ כך לדוגמה, בארצות הברית הנורמה החברתית המושרשת של מתן טיפ שכיחה לא רק למלצרים, אלא גם לנהגי מוניות, לעובדי המספָּרה, ולעובדי צוות המלון כגון פקיד הקבלה או עובד המשק.²² לעומת זאת, במדינות דרום מזרח אסיה לא נהוג להעניק טיפ לנותני שירות אלה, כשביפן מעשה כזה עלול אף להתפרש במקומות מסויימים כעלבון וחוסר כבוד למלצר.²³ בצרפת ובאיטליה לרוב החשבון כבר כולל את דמי השירות, וככל שהסועד מעוניין להשאיר טיפ למלצר, הרי שזה נעשה ביחס לטיב השירות שקיבל, ובשיעור שאינו תלוי בגובה מחיר הארוחה שבעדה שילם.²⁴ מידע זה אף מפורסם במדריכי טיולים רבים, המספקים מידע לתיירים טרם בואם להתארח במדינה זרה, ומעוניינים לדעת מהו הנוהג המקובל במתן טיפ ושיעורו לנותני השירות השונים.²⁵

כמו כן, גם שיעור הטיפ הניתן לכל נותן שירות שונה ממדינה למדינה ומענף לענף.²⁶ כך לדוגמה, בישראל נהוג להעניק למלצר בענף המסעדות טיפ שנע בין 10% ל-12% מסך המחיר עבור הארוחה, בעוד בארצות הברית אחוז הטיפ נע בין 15% ל-20%.²⁷ ערך הטיפ עשוי להיות גם שונה כאשר הוא לא ניתן באחוזים ביחס למוצר מסוים שנרכש (דוגמת טיפ שניתן לְבֶל-בוי במלון); וכן מקום שהוא

(2010); רובי נתנון, ינאי ויס ואייל זילברמן "תנאי העסקתם של מלצרים בישראל" מאקרו – המרכז לכלכלה מדינית 17–21 (17.12.2019) <http://www.macro.org.il/publications/?id=214>.

21 מערכת וואלה! תיירות "הטיפים שיחסכו לכם את הטיפים: כמה תשר להשאיר בכל מדינה?" וואלה! (4.9.2019) <https://travel.walla.co.il/item/3310857> Michael Lynn; George M. Zinkhan & Judy Harris, *Consumer tipping: A cross-country study*, 20 *JUR. OF CONSUMER RES.* 478, 480 (1993).

22 שושנה חן "כמה טיפ לתת ולמי?" *Ynet* (21.6.2005) <https://tinyurl.com/2p9abb7d> נופר סיני "המדריך השלם להענקת תשר" *The Marker* (7.11.2006) <https://www.themarker.com/consumer/1.385662> Tiffanie Wen, *The Psychology that Motivates Tipping*, BBC – WORKLIFE (27.11.2017) <https://tinyurl.com/2p9bwka6>

23 אף על פי שלא מדובר בנוהג מחייב במדינות אלה, אין פירושו שמתן טיפ הוא בהכרח אסור. ביפן לדוגמה, אם הלקוח מעוניין לתת טיפ למלצר, הוא יעשה זאת בדיסקרטיות, אולי במעטפה, כדי שלא להחציץ את המעשה, ולבייש את המלצר. ראו: Lynn, Zinkhan & Harris, לעיל ה"ש 21, בעמ' 483–486.

24 שם.

25 ראו לדוגמה באתר *The Original Tipping Page* (<https://www.tipping.org/tips>); באתר *Lonely Planet*: "The ultimate guide to tipping around the world" <https://tinyurl.com/dvxpwy2h>; מערכת מסע אחר אונליין "כמה כסף להשאיר? טיפים מסביב לעולם" מסע אחר <https://tinyurl.com/2p89vnu5>.

26 להשוואה רחבה בין המדינות אשר לשיעור הטיפ שמקובל לתת בענפים השונים ראו: Margalioth, לעיל ה"ש 20, בעמ' 571.

27 מרגליות ורבין, לעיל ה"ש 9, בעמ' 116.

ניתן בכסף זר על ידי תייר (ביורו או בדולר אמריקני), שאז ערכו עשוי להיות גבוה יותר לעובד המקומי מאשר ערכו עבור התייר שהעניק אותו. במציאות שבה הנוהג להעניק טיפ למלצר או לנותן שירות אחר היא נורמה מחייבת מבחינה חברתית, הפך מוסד הטיפים בישראל למרכיב מרכזי מאוד בהכנסתם של עובדים אלה. אין מדובר ב"כסף קטן", אלא ברכיב עיקרי ובעל השפעה על שכרם החודשי של העובדים, ועל המניע של עובדים אלה לעסוק במקצוע זה. כך לדוגמה, נכון לשנת 2019, מספר העובדים העוסקים באירוח ומסעדות בישראל עמד על יותר מ-28,175,000 אשר חלק מסוים משכרם של עובדים אלו תלוי בטיפים שהתקבלו על ידי הסועדים. לכן, מוסד הטיפים אינו תופעה זניחה, אלא יש לה השפעה ישירה על ההכנסה של העובד, על הזכויות הסוציאליות הנגזרות משכרו, וכן על ההכנסה של העסק מכספי הטיפים שהתקבלו על ידי לקוחותיו.²⁹

2. Tip או תשר?

כפי שציינו בתחילת המאמר, יש הטוענים כי מקור המילה Tip הוא בנוהג שהחל במאה ה-16, שבו הוצבו בבתי עסק ובבתים פרטיים גביעי נחושת עליהם נחרטו המילים To Insure Promptitude, שלימים הפכו בקיצור ל-Tip.³⁰ לדעתנו, יש מקום להרהר מחדש על סברה זו ועל מקורה הלשוני של המילה.³¹ הטעם לכך הוא שמבחינת התפתחות ההיסטורית של השפה האנגלית, השימוש בראשי תיבות לא היה נהוג בשפה זו (בניגוד לשפה העברית), בוודאי לא בשיח המדובר במאה ה-16.³² השימוש הנפוץ בראשי תיבות בשפה האנגלית הפך שכיח בעיקר

28 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה סקר כוח אדם 2019: מועסקים לפי ענף כלכלי ומשלח יד (לוח, 2.20) (2019). על פי דו"ח של עמותת מאקרו – המרכז לכלכלה מדינית, נכון לשנת 2018 ענף המסעדות בישראל כלל כ-14 אלף בתי עסק והעסיק 190 אלף עובדים לערך, כאשר על פי מרבית ההערכות כ-40 אלף מתוכם הם מלצרים. מחזור העסקים של כלל ענף המסעדות הוערך באותה השנה ביותר מ-20 מיליארד ש"ח בשנה, כאשר מחזור העסקים של תחום בתי הקפה לבדו הוערך ב-5.7 מיליארד ש"ח בשנה. ראו נתנוון, ויס וזילברמן, לעיל ה"ש 20, בעמ' 5-8. לנתונים נוספים ראו נעם בוטוש השפעת משבר הקורונה על ענף המסעדות – נתונים וכלי סיוע בישראל ובמדינות מפותחות (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2020).

29 להרחבה על מאפייניהם של העובדים בענף המסעדות בישראל, ועל מרכזיותם של כספי הטיפים בהכנסתם של אלו, ראו נתנוון, ויס וזילברמן, שם, בעמ' 9-15.

30 אור, לעיל ה"ש 9; מרגליות ורבין, לעיל ה"ש 9, בעמ' 114; עניין קיס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 10.

31 להשערות אחרות בספרות אשר למקור המונח Tip ראו: Lynn, Zinkhan & Harris, לעיל ה"ש 21; Ofir H. Azar, *Why Pay Extra? Tipping and the Importance of social norms and feeling in economic theory*, J. Soc ECON. 250 (2007).

32 Garland Cannon, *Abbreviations and Acronyms in English Word-Formation*, 64 AM. SPEECH 99, 100 (1989).

החל מהמאה ה-20³³ על כן, לגישתנו, יש להשאיר מקום של ספק אשר להסבר זה על אודות מקור המילה Tip, כקיצור של המילים To Insure Promptitude. חלף זאת, אנו מציעים הסבר אחר למילה Tip: השימוש בפועל האנגלי tip, כמו גם שם העצם, מקורו עוד במאה ה-15, ומשמעותו פעולה קטנה שמשנה מצב, כגון הרמה קלה של הכובע לאמירת שלום, הרגע שבו חל שינוי במאזן הכוחות, או הקצה של חפץ כלשהו (קצה עיפרון, קצה הלשון).³⁴ על כן, לדעתנו, אין לשלול את ההסבר כי המונח Tip – קרי סכום כסף קטן שניתן למלצר כדי לשנות מעט את מצבו לטובה, או כדי לקבל שירות מעט טוב יותר – מקורו בפועל ובשם העצם האנגלי tip. ובצירוף המילים To Insure Promptitude יש לראות, לכל היותר, ראשי תיבות בדיעבד.

כך או אחרת, המילה הלועזית "טיפ" חדרה גם לשפה העברית כמילה שאולה וכתעתיק מהשפה האנגלית. משהתבקשה האקדמיה ללשון העברית לתת שם עברי למונח זה, נבחרה המילה "תִּשְׁר".³⁵ מילה זו נלקחה מלשון הפיוט, כמקבילה למילה "תְּשׁוּרָה", שהיא מילה נרדפת ל"מִתְּנָה".³⁶ ההגדרה של המילה "תשר" על פי האקדמיה ללשון עברית היא: "סכום כסף מועט שנוהגים להוסיף לנותן שירות (למלצר, לסבל וכדומה) מחוץ לשכר שהוא מקבל מן המעביד".³⁷

העובדה כי האקדמיה ללשון העברית ראתה במילה הלועזית Tip כמקבילה למילה העברית תשורה, מתנה, ואף הגדירה אותה כסכום כסף שמקבל נותן השירות מעבר לשכר שהוא מקבל ממעסיקו – עומדת בסתירה למשמעותה המשפטית של המילה "טיפ" בדין הישראלי. בתי המשפט ובתי הדין לעבודה פסקו בעבר, וללא מחלוקת, כי לא ניתן לסווג את כספי הטיפים כ"מתנה" על פי הגדרתה המשפטית. זאת מכיוון שטיפים ניתנים לנותני השירותים עבור תמורה (השרות שהעניקו), ואילו המונח המשפטי "מתנה" מוגדר בסעיף 1 לחוק המתנה,

33 שם, בעמ' 100–102. Felix Rodriguez & Garland Cannon, *Remarks on the Origin and Evolution of Abbreviations and Acronyms*, 4 AMSTERDAM STUD. IN THE THEORY AND HISTORY OF LINGUISTIC SCIENCE SERIES 261, 265–268 (1994).

34 ראו הגדרת המילה "tip" במילון המקוון Merriam-Webster <https://tinyurl.com/tip->; ובאתר המילון המקוון Cambridge Dictionary; ובמילון המקוון Macmillan <https://tinyurl.com/tip-md> Dictionary.

35 המילה "תִּשְׁר" נדונה בוועדה למילים בשימוש כללי של האקדמיה ללשון עברית ואושרה במליאת האקדמיה בשנת תשמ"א, 1981. ראו "סועדים ומשלמים" האקדמיה ללשון העברית (1.1.2012) <https://tinyurl.com/tip-ha>.

36 המילה תשר מופיעה לדוגמה בפיוט של אלעזר בר' קיליר: "לִי יִשָּׂא עַל אֶבְרַת נִשְׂר. כִּי יִגִּיד מְלִיץ עָלַי שִׁיחַ יִשְׂר. כִּפֶּר מִשְׁלוֹ אֶתְּנֵה לּוֹ תִּשְׂר. כִּי מִלְּפָנָיו הֲוֵן וְכָבוֹד וְעִשְׂר" (פיוט לתפילת מוסף של שבת פרשת שקלים). שם.

37 "תשר" האקדמיה ללשון העברית <https://tinyurl.com/tip-ha2>.

התשכ"ח-1968: "הקניית נכס שלא בתמורה".³⁸ יוצא אפוא, שהמונח העברי "תשר" למילה השאולה "טיפ" אינו עולה בקנה אחד עם משמעותו המשפטית. ידוע כי למילים כוח לברוא מציאות, אולם יש בכוחן גם לעוות אותה.³⁹ המקרה שלפנינו הוא דוגמה טובה לכך, מכיוון שהשימוש במילה העברית "תשר" עלול להטעות את הציבור לחשוב כי תשר לנותן השירות הוא בהכרח "מתנה" במובנו המשפטי. אולם כפי שנקבע בהלכה הישראלית ויפורט בהמשך, טיפ שניתן למלצר בענף המסעדות – או למדריך הטיולים בענף התיירות כפי שנקבש לטעון במאמרנו זה – אינו בבחינת "מתנה", אלא חלק מהתשלום הכולל שמשלם הלקוח עבור המוצר השלם שרכש.

לפיכך, ובהיעדר שם עברי אחר למילה הלועזית "טיפ" המתאר את משמעותה המלאה והמדויקת מבחינה משפטית, אנו נבקש במאמרנו זה להשתמש במילה השאולה "טיפ" במובנה הרגיל והמקובל על דוברי השפה העברית, לתיאור הכסף שמקבל נותן השירות מאת הלקוחות (זאת חלף המילה העברית "תשר").⁴⁰

38 ס' 1 לחוק המתנה, התשכ"ח-1968. ראו עניין קיס, לעיל ה"ש 4, בפס' 98(1) לפסק הדין של הנשיא פליטמן; מרגליות ורבין, לעיל ה"ש 9, בעמ' 109, 118-119.

39 "הלשון היא הבעת המשמעות דרך מילים" אריסטו פואטיקה 30 (שרה הלפרין מתרגמת 1977). ראו גם גיא דויטשר בראי השפה – כיצד המילים צובעות את עולמנו 9-32 (עמרי אשר מתרגם 2011); עמליה רוזנבלום וצבי טריגר ללא מילים: התרבות הישראלית בראי השפה 9-14, 20-31 (2007); שולמית אלמוג "משפט וספרות כמסע" מחקרי משפט יה 5, 13 (2002); שולמית אלמוג משפט וספרות בעידן הדיגיטלי 33 (2007); שולמית אלמוג משפט וספרות 14 (2000); אסף טבקה "משפט וספרות: למהותה של סינרגיה" המשפט יד 581, 586-587 (2010).

40 מילים שאולות, קרי שימוש בשפה העברית במילים ובמונחים שמקורם בשפה זרה, היא תופעה שכיחה ומוכרת אשר האקדמיה ללשון העברית בחרה במודע שלא לתת לה שם עברי, אלא התירה את השימוש במילה הלועזית (כגון טלוויזיה, טלפון, אלקטרוניקה, ועוד). על הסיבות לכך והשיקולים מתי ראוי לתת למונח לועזי שם עברי, ראו: "מילים לועזיות – מתי להמיר בחלופות עבריות" האקדמיה ללשון העברית (25.7.2007). <https://tinyurl.com/words-ha>

ג. טיפים כהכנסה מעבודה בענף המסעדות – תקציר הפרקים הקודמים

שאלת סיווג המשפטי של כספי הטיפים עוררה במשפט הישראלי דיון סוער בשלושה תחומי משפט עיקריים: בתחום דיני המיסים, בתחום דיני העבודה ובתחום דיני הביטוח הלאומי.⁴¹ אף על פי שמדובר בשלושה תחומי משפט נפרדים, סוגיית קביעת מעמד המשפטי של הטיפים נמצאה קשורה בכל אחד מתחומים אלה, וכבעלת השפעה האחד על השני. וביתר פירוט, סוגיית הטיפים העלתה לדיון משפטי בישראל שלוש שאלות מרכזיות: 1. האם כספי טיפים ששולמו על ידי לקוחות העסק נחשבים לתקבולי העסק החייבים ברישום בספרי החשבונות על פי דיני המיסים? 2. האם טיפים נחשבים לחלק משכר העבודה של העובד כחלק ממילוי חובות המעסיק כלפיו בתשלום שכר מינימום ויתר זכויותיו הסוציאליות על פי דיני העבודה? 3. האם טיפים נחשבים כחלק משכר העבודה המבוטח של העובד לצורך חישוב זכויותיו מאת המוסד לביטוח לאומי על פי דיני הביטוח הלאומי?

על אף הצורך החיוני ביצירת הסדר משפטי שיעניק מענה לסוגיות משפטיות אלו, המחוקק הישראלי נמנע מלעשות כן. ניסיונות רבים נעשו בעבר, אך אף לא אחת מהן הבשילה לדבר חקיקה.⁴² מטבע הדברים, ובהיעדר תשובה ברורה

⁴¹ בשאלת סיווג המשפטי של כספי הטיפים בתחום דיני הנוזקין בכלל, ולעניין חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 בפרט, ראו ע"א 4660/20 פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוחי רכב ("הפול"), פס' 8 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 10.3.2021); ע"א 4816/20 לסקוב נ' פלונית (נבו 10.3.2021); ע"א 2648/11 אסייג נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב (הפול), פס' 5 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 25.9.2011); ע"א 4351/13 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' וינטר, פס' 5 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 11.11.2013).

⁴² בשנת 1995 הוגשו לשרת העבודה והרווחה אורה נמיר המלצות הוועדה המיוחדת שמונתה לבחינת הנושא. ראו "דין וחשבון של הוועדה לבדיקת נושא תנאי העבודה של מלצרים/יות בבתי קפה ובמסעדות ואת מעמדו של התשר כשכר עבודה" (בראשות פרופ' אברהם (רמי) פרידמן) (1995). בעקבות המלצות הוועדה גיבשה הממשלה הצעת חוק שעברה את הקריאה הראשונה במליאת הכנסת, אך לא הגיעה לשלב החקיקה הסופי. ראו הצעת חוק הגנת השכר (תיקון מס' 20) (תשר), התשנ"ו-1996, ה"ח הממשלה 2564. מאז הוגשו לא פחות מ-12 הצעות חוק פרטיות, שרובן זהות זו לזו, בניסיון לקדם את החקיקה בנושא, אך כולן נשאר על שולחן הדיונים. ראו הצעת חוק הגנת השכר (תיקון – תשר), התשס"ד-2004, פ/2657/16; הצעת חוק הגנת השכר (תיקון – תשר), התשס"ה-2005, פ/3307/16; הצעת חוק הגנת השכר (תיקון – תשר), התשס"ז-2007, פ/1973/17; הצעת חוק הגנת השכר (תיקון – תשר), התשס"ט-2009, פ/1085/18; הצעת חוק הגנת השכר (תיקון – תשר ודמי שירות), התשס"ט-2009, מ/410; הצעת חוק הגנת השכר (תיקון – תשר ודמי שירות), התשע"א-2010, פ/2780/18; הצעת חוק הגנת השכר (תיקון – תשר ודמי שירות), התשע"ג-2013, פ/592/12; הצעת חוק הגנת השכר (תיקון

בחקיקה, התגלגלו שאלות אלו לפתחם של בית המשפט העליון ובית הדין הארצי לעבודה, אשר במשך שנים עיצבו עקב בצד אגודל את הדין בנושא בדרך של פרשנות. בפרק זה, נבקש לסקור בקצרה את השתלשלות הפסיקה עד להלכה האחרונה שניתנה בנושא.

1. סיווג המשפטי של טיפים בראי דיני המיסים

בית המשפט העליון נדרש לשאלת סיווג המשפטי של הטיפים בראי דיני המס בע"א 476/87 ספארי הולדינגס בע"מ נ' פקיד שומה תל-אביב 1 משנת 1990, אשר הפך בזמנו לתקדים מחייב.⁴³ בנסיבות המקרה, לקוחות המסעדה קיבלו בסוף הארוחה חשבונית שכללה את סכום הארוחה (להלן: "החשבונית"), וכן פתק קטן שהגיש להם המלצר (להלן: "הפתק"). בפתק זה הופיע בשורה אחת מחיר הארוחה בדומה לחשבונית, ובשורה שנייה ונפרדת נכתב כי מומלץ להשאיר למלצר טיפ עבור השירות בשיעור של 10%. יתרה מזו, כבר בפתק ערכו ללקוח את החישוב הסופי והמדויק כמה יהיה עליו לשלם, כאשר ציינו בפניו מהו מחיר הארוחה בתוספת 10% דמי שירות.⁴⁴ המסעדה מצידה רשמה בספרי החשבונות שלה את התשלום ששילמו הלקוחות עבור הארוחה בלבד כאמור בחשבונית, אולם לא רשמה שם גם את דמי השירות בשיעור 10% אותם שילמו לקוחות המסעדה על פי ההמלצה שבפתק, ושאותם שלשלו לכיסם המלצרים. משהתגלה הדבר לרשות המסים היא פסלה את ספרי החשבונות של המסעדה בטענה שגם את דמי השירות הייתה צריכה לרשום בספרי החשבונות כ"תקבול" של העסק.⁴⁵ המסעדה טענה כי דמי השירות הם בבחינת "טיפ", תשר שקיבלו המלצרים

– תשר ודמי שירות), התשע"ד–2014, פ/פ 2115/19; הצעת חוק הגנת השכר (תיקון – תשר ודמי שירות), התשע"ה–2015, פ/פ 1783/20; הצעת חוק הגנת השכר (תיקון – תשר ודמי שירות), התשע"ה–2015, פ/פ 320/20; הצעת חוק הגנת השכר (תיקון – תשר ודמי שירות), התשע"ה–2015, פ/פ 1380/20; הצעת חוק הגנת השכר (תיקון – תשר ודמי שירות), התשע"ה–2015, פ/פ 2288/20. הצעת החוק הממשלתית האחרונה הוגשה בשנת 2005, בעקבות פסיקת בית הדין הארצי לעבודה בע"ע (ארצי) 300113/98 ד.ג.מ.ב אילת מסעדות בע"מ – מלכה, פד"ע מ(2005) 769 (2005) (להלן: עניין מלכה או הלכת מלכה). ראו הצעת חוק הגנת השכר (תיקון מס' 23) (תשלום לעובד בימי מי שאינו המעביד), התשס"ה–2005, ה"ח הממשלה 852. יודגש כי גם בהצעת חוק זו כוונת הממשלה הייתה להעניק מענה ייחודי לתחום דיני העבודה, ולא ליצור הסדר משפטי כולל, גם בתחום דיני הביטוח הלאומי ובתחום דיני המיסים. ראו בדברי ההסבר להצעת החוק, שם, בעמ' 852. ע"א 476/87 ספארי הולדינגס בע"מ נ' פקיד שומה תל-אביב 1, פ"ד מד(4) 780 (1990) (להלן: עניין ספארי הולדינגס או הלכת ספארי הולדינגס).

⁴⁴ שם, בפס' 2 לפסק הדין של הנשיא שמגר.

⁴⁵ ס' 1 להוראות מס הכנסה (ניהול פנקסי חשבונות), התשל"ג–1973 מגדיר תקבול כך: "תקבול" – כל סכום במזומן, בשטר, או בשיק שהתאריך הנקוב בו מאוחר מתאריך קבלתו, או בכרטיס אשראי, שקיבל הנישום, במישרין או בעקיפין, במהלך עסקו".

מהלקוחות עבור שירותם הטוב, ולכן זוהי הכנסה שלהם. לפיכך, טענה המסעדה, כספים אלו לא נרשמו כתקבולי העסק. בית המשפט העליון נדרש אפוא לשאלה, אם הייתה מוטלת על המסעדה החובה לרשום בספרי החשבונות של העסק גם את דמי השירות כתקבולים של העסק.

בפסק דין קצר קבע בית המשפט העליון כי על שאלה זו יש להשיב בשני שלבים, אשר לימים זכו לכינוי "מבחן הוולונטריות" ו-"מבחן אמצעי התשלום". בשלב הראשון, כך קבע בית המשפט העליון, יש לבחון אם בנסיבות העניין הייתה חובה על הסועד להוסיף לסכום הארוחה גם את דמי השירות, או שמא דמי השירות נמסרו למלצר על ידי הסועד באופן וולונטרי, לפי שיקול דעתו ובהתאם למידת שביעות רצונו מהשירות שקיבל (להלן: "מבחן הוולונטריות").⁴⁶ אם הייתה זו חובה, אזי המסקנה היא שאין להפריד בין מחיר הארוחה לדמי השירות ששילם הסועד, ויש לרשום את הסכום הכולל כתקבול של העסק. אולם, אם תשלום דמי השירות נעשה באופן וולונטרי, אזי יש לראות בכספים אלו כטיפ השייך למלצר, ועל כן לא מוטלת על המסעדה החובה לרשום אותם כתקבולי העסק.

בשלב השני, כך קבע בית המשפט, יש לבחון אם אפשר להפריד בין אמצעי התשלום עבור הארוחה ועבור דמי השירות שעבורם שילם הסועד (להלן: "מבחן אמצעי התשלום").⁴⁷ אם הסכום הכולל שולם באמצעי אחד, דוגמת כרטיס אשראי או המחאה, אז בכל מקרה יש לרשום את הסכום הכולל כתקבול של המסעדה (גם אם דמי השירות שולמו באופן וולונטרי). אך אם אפשר להפריד בין הכספים על פי אמצעי התשלום, כך שלדוגמה התשלום עבור הארוחה שולם בכרטיס אשראי והטיפ שולם בכסף מזומן, אזי אין מדובר בתקבול של המסעדה, ולכן אינה חייבת ברישום בספרי חשבונותיה.

בנסיבות המקרה הספציפי שנדון לפניו קבע בית המשפט העליון, בתמצות ובלי נימוק, כי יש לראות בדמי השירות ששילמו לקוחות המסעדה למלצרים כמי שמתקיים בעניינם מבחן הוולונטריות. וככל ששולמו הטיפים באמצעי תשלום נפרד, הרי שיש לראות בהם כספים השייכים למלצר, ואשר ניתנו לו כתשר, ולא הייתה על המסעדה החובה לרשום אותם כתקבולי העסק.⁴⁸ אולם, מתוך אמירה

46 עניין ספארי הולדינגס, לעיל ה"ש 43, בפס' 3 לפסק הדין של הנשיא שמגר.

47 שם, בפס' 4 לפסק הדין של הנשיא שמגר.

48 שם, בפס' 3 לפסק הדין של הנשיא שמגר. במשפט קצר זה קבע בית המשפט העליון כי: "אשר לסוג השני של המקרים, היינו אלו בהם מהווים דמי השירות תשלום תשר למלצר, אשר נעשה על בסיס וולונטרי, לפי רצונו הטוב של הסועד ומידת שביעות רצונו, נהוג לומר כי אין המדובר בהכנסה של בעל המסעדה, כי אם בהכנסה של המלצר. העניין שבפנינו משתייך לקבוצה זו. הערכאה הראשונה קבעה במפורש, שהמדובר בתשר השייך למלצר ולא נתבקשנו להרהר אחר קביעה זו".

קצרה זו בנסיבות המקרה שנדון בפני בית המשפט, יצאה למרחוק ההלכה המשפטית שלפיה, ככלל, מתן טיפ למלצרים הוא מעשה וולונטרי של הלקוחות, אשר אינו מבוסס על חובה חוקית, הסכמית או חברתית.

בית המשפט העליון שב ואשרר את הלכת ספארי הולדינגס בהקשר של דיני המיסים בפסקי דין מאוחרים יותר, תוך שהוא מאמץ את "מבחן הוולונטריות" ו"מבחן אמצעי התשלום". כך קבע בית המשפט העליון בע"א 497/89 אמיתי נ' פקיד שומה תל-אביב 1 בשנת 1993, 49 וכך שב וקבע בע"א 9229/99 פקיד שומה תל-אביב 1 נ' ליברמן בשנת 2004.⁵⁰ בשתי פרשות אלה ראה בית המשפט העליון בכספי הטיפים שנמסרו למלצר כמעשה שנעשה מרצון חופשי של הסועדים. עם זאת, בכל אחד מפסקי הדין הביעו השופטים את אי-הנוחות מהלכה זו שנקבעה בתחום דיני המיסים אשר להפרדה המלאכותית בין סוגי הטיפים. שופטי בית המשפט העליון אותתו בפסקי דינם לבית המחוקקים כי נושא זה מחייב הסדרה חקיקתית לשם יצירת ודאות ואחידות בקרב העסקים והנישומים, ויפה שעה אחת קודם.

"מבחן הוולונטריות" ו-"מבחן אמצעי התשלום" שנקבעו בעניין ספארי הולדינגס שבו ונבחנו על ידי בית המשפט העליון ובית הדין הארצי לעבודה גם בראי דיני העבודה ודיני הביטוח הלאומי כפי שיובא להלן.

2. סיווג המשפטי של טיפים בראי דיני העבודה

פסק הדין המרכזי בתחום דיני העבודה ניתן בזמנו בע"ע 300113/98 ד.ג.מ.ב אילת מסעדות בע"מ – מלכה בשנת 2005.⁵¹ בית הדין הארצי לעבודה נדרש במקרה זה לשאלת סיווגם של הטיפים בראי חוקי המגן בכלל, וחוק שכר המינימום בפרט, בתביעתה של מלצרית את המסעדה שבה עבדה. לטענת המלצרית היא לא קיבלה שכר בעבור עבודתה מבעל המסעדה, וכל שהשתכרה היה מהטיפים אשר שולמו על ידי לקוחות המסעדה. אם סך הטיפים שקיבלה במשמרת לא היה מגיע לשכר המינימום היומי על פי הקבוע בחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987 (להלן: חוק שכר מינימום), אזי בעל המסעדה היה משלים לה את השכר לגובה שכר המינימום. המלצרית טענה אפוא להפרת סעיף 2(א) לחוק שכר מינימום, הקובע את זכותה לקבל "ממעסיקה" שכר עבודה שלא יפחת משכר המינימום, ואילו בפועל היא קיבלה את שכרה מלקוחות המסעדה.⁵² מנגד,

49 ע"א 497/89 אמיתי נ' פקיד שומה תל-אביב 1, פ"ד מז(5) 384, 319-392 (1993).

50 ע"א 9229/99 פקיד שומה תל-אביב 1 נ' ליברמן, פ"ד נט(1) 509 (2004).

51 עניין מלכה, לעיל ה"ש 42.

52 כך קובע ס' 2(א) לחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987: "עובד שמלאו לו 18 שנים (להלן – עובד) המועסק במשרה מלאה, כנהוג במקום עבודתו, זכאי לקבל ממעסיקו שכר עבודה שלא יפחת משכר המינימום לחודש, שכר המינימום היומי או שכר המינימום

בעל המסעדה טען שהטיפים שקיבלה המלצרית הם חלק משכר עבודתה, ואף משכר המינימום המגיע לה על פי חוק. בעל המסעדה סמך טענותיו על סעיף 1 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958 (להלן: חוק הגנת השכר), לפיו "שכר עבודה" הוא לרבות "תשלומים אחרים המגיעים לעובד עקב עבודתו ובמשך עבודתו".⁵³ בפסק דין זה, שכתב נשיא בית הדין הארצי לעבודה (דאז) השופט אדלר, החליט בית הדין שלא לאמץ בתחום דיני העבודה את "מבחן הוולונטריות" ואת "מבחן אמצעי התשלום" שנקבעו בהקשר של דיני המיסים. תחת שני מבחנים אלו קבע בין הדין הארצי מבחן חדש, שלימים זכה לכינוי "מבחן הרישום בספרים". על פי מבחן זה, התשובה לשאלה אם כספי הטיפים ייחשבו לחלק משכרו של העובד מאת מעסיקו הייתה תלויה באבן הבוחן הבאה: האם הטיפ שהתקבל מאת הסועד נרשם בספרי החשבונות של המסעדה, אם לאו? על פי אמת מידה זו, אם הטיפים נמסרו ישירות למלצר, בלי שהם נרשמו בקופת המסעדה כתקבול ודווחו בספרי חשבונותיה – הרי שהטיפים לא יחשבו ל"שכר עבודה" של העובד מאת מעסיקו. אולם אם הטיפים כן נרשמו בקופת המסעדה כאמור – הרי שהשכר ששולם לעובד מתוך כספי הטיפים ייחשב ל"שכר עבודה" מאת מעסיקו, על כל המשתמע מכך, מכוח הדין וחווה העבודה האישי (וכחלק מחובת תשלום שכר המינימום של המעסיק לעובד).⁵⁴

בנסיבות המסוימות של עניין מלכה, קבע בית הדין הארצי לעבודה, על סמך העובדות שהונחו בפניו, שהטיפים שקיבלה המלצרית בזמן עבודתה לא עברו דרך קופת המסעדה, ולמסעדה לא הייתה שליטה על קבלתם. לפיכך, הטיפים שקיבלה המלצרית לא יכולים להיחשב לחלק משכרה לצורך מילוי חובת

לשעה, הכל לפי העניין" (הדגשה שלנו).

53 כך קובע ס' 1 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958: "שכר עבודה" – לרבות תשלומים בעד חגים, פריזן עבודה ושעות נוספות ותשלומים אחרים המגיעים לעובד עקב עבודתו ובמשך עבודתו" (ההדגשה שלנו).

54 ראו עניין מלכה, לעיל ה"ש 42, בעמ' 790-791, 794-795. להשלמת התמונה יוער כי השופט צור הצטרף להחלטתו זו של הנשיא אדלר, והוסיף בפסק דינו, בהסכמת רוב חברי ההרכב, כי כספי הטיפים יובאו בחשבון לצורך תשלום שכר אם יתקיימו התנאים הכרחיים הבאים, במצטבר: בין הצדדים קיים הסכם אישי או שחל עליהם הסכם קיבוצי הקובע, במפורש, שאפשר להביא בחשבון השכר גם את כספי הטיפים המשולמים לעובד; הסכם העבודה או ההסכם הקיבוצי כולל הסדר מפורט ומסודר בדבר דרכי הטיפול בהכנסות מטיפים, כגון שקיפות ותייעוד של התשלומים, קיומה של קופה וחשבוונאות של ההכנסות, דרכי חלוקת הסכומים שהתקבלו, מועדי החלוקה, ועוד; השכר משני המקורות (השכר הרגיל וכספי הטיפים) לא ייפול משכר המינימום הקבוע בחוק; זכויותיו הסוציאליות של העובד יתבססו על ההכנסה משני המקורות והן מובטחות לאשורן; הבטחת תשלומי המס המלאים המתחייבים משכרו של העובד. עניין מלכה, שם, בעמ' 797-798.

המסעדה כמעסיקתה בתשלום שכר המינימום.⁵⁵ על כן חייב בית הדין הארצי לעבודה את המסעדה בתשלום הפרשי השכר למלצרית בתקופת עבודתה אצלה. על אף ההלכה המקיפה והמפורטת של בית הדין הארצי לעבודה בעניין מלכה, יישומה נתקל בקשיים משפטיים ומעשיים, וגרר אחריו ביקורת.⁵⁶ עוד יצוין כי בדומה להערותיהם של שופטי בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין ספארי הולדינגס, גם בעניין מלכה שב בית הדין הארצי לעבודה על הקריאה למחוקק להתערב בנושא לשם הסדרתו אחת ולתמיד בדרך של חקיקה ראשית.⁵⁷

3. סיווג המשפטי של טיפים בראי דיני הביטוח הלאומי

שלושה חודשים לאחר שנקבעה ההלכה בעניין מלכה שב בית הדין הארצי לעבודה על הלכה זו ועל "מבחן הרישום בספרים". הפעם בשאלת סיווג המשפטי של הטיפים בראי דיני הביטוח הלאומי, בעב"ל (ארצי) 1349/01 מלון רנסנס – המוסד לביטוח לאומי.⁵⁸ בפרשה זו, קיבלו עובדי המלון טיפים מאורחי המלון אשר נרשמו בספרי החשבונות של המלון, הם נכללו בתלושי השכר של העובדים, ואף נוכה מהם מס הכנסה במקור. אולם המלון לא שילם בגין סכומים אלה את דמי הביטוח הלאומי המוטלים עליו כמעסיק.

בית הדין הארצי לעבודה מצא כי "מבחן הרישום בספרים" שנקבע בהקשר של חוקי המגן ודיני העבודה יפה גם בהקשר של דיני הביטוח הלאומי. לפיכך, קבע בית הדין הארצי כי אי-תשלום דמי הביטוח הלאומי משכרו המלא של העובד הכולל את כספי הטיפים – וככל ששכר זה נרשם בספרי החשבונות של המעסיק, כבמקרה הנדון – עלול לסכל את תכליתו הסוציאלית של חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי). חוק שנועד להבטיח לעובד, בין היתר, תשלום גמלאות מחליפות הכנסה ששיעורן נקבע ביחס ישיר להכנסה בפועל של המבוטח מעבודה.⁵⁹

55 עניין מלכה שם, בעמ' 795.

56 לתיאור הקשיים ביישום הלכת מלכה בפסיקותיהם של בתי הדין האזוריים לעבודה, ראו ע"א (אזורי ת"א) 3772/07 קוריאל – מרלין מונרו בע"מ (נבו 19.7.2010); תע"א (אזורי ת"א) 3215/10 יובל – המזרקה ניהול בתי אוכל בע"מ (נבו 17.7.2013); סע"ש (אזורי י-ם) 42978-12-14 אזולאי – הנדלניסט יעוץ, ניהול ושיווק נדל"ן בע"מ (נבו 4.6.2018); ראו גם יורם מרגליות "בשבחה של פרשנות מהותית: בג"ץ כהן כהחמצה של הזדמנות להסדר משפטי כולל" עיוני משפט לה 231, 240 (2012). (להלן: מרגליות); מרגליות ורבין, לעיל ה"ש 9.

57 עניין מלכה, לעיל ה"ש 42, בפס' 17 לפסק הדין של הנשיא אדלר, ובפס' 11 לפסק הדין של השופט צור.

58 עב"ל (ארצי) 1349/01 מלון רנסנס – המוסד לביטוח לאומי (נבו 14.8.2005) (להלן: עניין רנסנס).

59 שם, בפס' 15 לפסק הדין של השופט רבינוביץ.

הלכות אלו שנקבעו בעניין ספארי הולדינגס בהיבט של דיני המס, ובעניין מלכה בהיבט של דיני העבודה, ואשר אומצו גם בעניין רנסנס בהיבט של דיני הביטוח הלאומי – הם שהיוו את התשתית המשפטית שעמדה בפני בית המשפט העליון בפרשת כהן ובפני בית הדין הארצי לעבודה בעניין קיס כפי שאלו יידונו להלן. בשתי פרשות אלו נדרשו בית המשפט העליון ובית הדין הארצי לעבודה לשאלה אם יש מקום לבחון מחדש הלכות אלו או אף לסטות מהן. זאת ביחוד נוכח שתיקתו של בית המחוקקים אשר מיאן במשך השנים להסדיר נושא זה בחקיקה, על אף המסרים ששיגרו לעברו הערכאות המשפטיות, והצורך שעלה מאת נמעני המשפט.

במובן זה, פרשת כהן וההלכה שנקבעה בעניין קיס היו קו פרשת המים, אשר יצרו בישראל סדר יום חדש.

ד. פרשת כהן והלכת קיס – קו פרשת המים

1. פרשת כהן – כל הדרך לדנג"ץ

הפרשה המרכזית שבה נדונה לעומק ובאריכות שאלת סיווגם המשפטי של כספי הטיפים בשנים האחרונות היא פרשת כהן. פרשה שידעה גלגולים רבים, מבית הדין האזורי לעבודה ועד לדיון נוסף בבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק.⁶⁰ פרשה שנמשכה קרוב לאחת עשרה שנה, שבהן ישבו על המדוכה בתי הדין לעבודה ובית המשפט העליון בניסיון להכריע בסוגיה.

ואלו הן בקצרה עובדות פרשת כהן: עוזי כהן (להלן: המנוח) בילה עם משפחתו בחוף הים כשלתע הבחין בכמה מתרחצים שזעקו לעזרה בעודם נאבקים על חייהם. המנוח לא היסס וזינק באומץ אל המים להצילם מטיבעה. מעשה ההצלה אומנם צלח, אך למרבה הצער המנוח טבע בעצמו. עניין זה הגיע לראשונה לבית הדין האזורי לעבודה כאשר אלמנתו של המנוח תבעה את המוסד לביטוח לאומי לצורך קביעת גובה קצבת התלויים לה היא זכאית.⁶¹ זאת לאחר שהמוסד לביטוח לאומי קבע כי מעשהו של המנוח עונה להגדרה של מעשה "התנדבות" לפי סעיף 287(5) לחוק הביטוח הלאומי, הקובע את זכאותם של מתנדבים שנפגעו תוך כדי ההתנדבות ושל התלויים בהם לתגמולים.⁶²

⁶⁰ ב"ל (אזורי ת"א) 1076/02 כהן – המוסד לביטוח לאומי (26.7.2004) (להלן: עניין כהן בערכאה הראשונה); עב"ל (ארצי) 1571/04 המוסד לביטוח לאומי – כהן (נבו) (8.11.2005) (להלן: עניין כהן בערעור); בג"ץ 2105/06 כהן נ' המוסד לביטוח לאומי (נבו) (26.7.2010) (להלן: בג"ץ כהן); דנג"ץ כהן, לעיל ה"ש 1. הליכים אלו יכונו להלן יחד: פרשת כהן.

⁶¹ שם, עניין כהן בערכאה הראשונה.

⁶² ס' 287(5) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 קובע כך: "לענין פרק זה, 'מתנדב' – אחד מאלה: מי שעשה בהתנדבות, שלא בשכר, פעולה להצלת חייו או

המחלוקת המשפטית נסובה סביב קביעת גובה משכורתו של המנוח ממנו תיגזר קצבת התלויים. קצבה שהיא גמלה מחליפת הכנסה, ולכן שיעורה נקבע ביחס ישיר להכנסה בפועל של המבוטח בעבודה. המוסד לביטוח לאומי טען כי הסכום המבוטח הוא 2,682 ₪ כשכרו הממוצע של המנוח אשר נרשם בתלושי השכר שלו. ואילו אלמנתו טענה כי הסכום המבוטח צריך להיקבע על פי שכרו הממוצע בפועל של המנוח אשר עמד על כ-10,000 ₪ לחודש. לטענת האלמנה זהו הסכום האמיתי שהשתכר המנוח במהלך עבודתו כמלצר במסעדה. שכר עבודה שהיה מורכב גם מכספי טיפים שקיבל מלקוחות המסעדה בעת עבודתו. שם.

ההליכים בבתי הדין לעבודה

בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב בערכאה הראשונה קיבל את תביעת האלמנה, וקבע כי הצליחה להוכיח שמשכורתו של המנוח בפועל הייתה כ-10,000 ₪ לחודש, וכללה גם את כספי הטיפים שקיבל מלקוחות המסעדה בזמן עבודתו. על כן זהו הסכום המבוטח שממנו יש לקבוע את שיעור קצבת התלויים, זאת אף על פי שכספי הטיפים לא תועדו או נרשמו בספרי החשבונות של המסעדה.

המוסד לביטוח לאומי ערער על פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה, כשהחלטה בערעור ניתנה כשישה חודשים לאחר מתן פסק הדין בעניין מלכה, ושלושה חודשים לאחר מתן פסק הדין בעניין רנסנס. אין תימה אפוא שלאור ההלכה החדשה שנקבעה בעניין מלכה, בית הדין הארצי לעבודה הפך את ההחלטה של בית הדין האזורי לעבודה וקיבל את הערעור. נשיא בית הדין הארצי לעבודה דאז, השופט אדלר, אשר כזכור כתב גם את פסק הדין בעניין מלכה, דבק בפסק דינו ב"מבחן הרישום בספרים" וקבע כי גם בנסיבות פרשה זו יש לערוך הבחנה בין טיפים שעברו דרך קופת המעסיק ונרשמו בספריו (ולפיכך טיפים כאלה יהיו כלולים בשכר המבוטח); לבין טיפים שלא נרשמו בספרי החשבונות של המעסיק (ועל כן לא יכללו בשכר המבוטח לצורך קביעת שיעור קצבת התלויים).

בנסיבות העניין פסק בית הדין הארצי לעבודה כי הואיל והטיפים שקיבל המנוח לא נרשמו בספרי החשבונות של המסעדה, אלא נמסרו אליו ישירות ללא תיעוד ופיקוח, אין להביאם בחשבון לעניין קביעת שיעורו של השכר המבוטח לצורך חישוב קצבת התלויים.

רכושו של הזולת, לפי כללים שנקבעו באישור ועדת העבודה והרווחה, והמוסד הכיר בפעולתו לאחר מעשה".

מצד אחד, יישום הלכת מלכה ו"מבחן הרישום בספרים" גם בפרשה זו נועדה בוודאי ליצור ודאות ויציבות משפטית, הכול כפי שנפסק כבר בעניין מלכה (בתחום דיני העבודה) ובעניין רנסנס (בתחום דיני הביטוח הלאומי). מצד שני, נראה כי יישום ההלכה בנסיבות המקרה יצרה עיוות של הדין וגרמה לחוסר צדק עם שאריו של המנוח, בוודאי בנסיבות הטרגיות והאצילות של מותו. כמו כן, נראה כי הכרעה זו אינה עולה בקנה אחד עם תכליתו הסוציאלית של סעיף 287(5) לחוק הביטוח הלאומי והרציונל שמאחורי מתן הגמלה לתלויים.

ההליכים בבג"ץ

על החלטה זו של בית הדין הארצי לעבודה בהליך הערעור הגישה האלמנה עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק.⁶³ ככלל, בית המשפט העליון ממעט להתערב בפסיקות בית הדין הארצי לעבודה.⁶⁴ אולם בנסיבות המקרה סבר בית המשפט כי נפלה טעות מהותית בפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה, ואף קבע כי מדובר בסוגיה רחבת היקף בעלת השלכות רבות לציבור העובדים, אשר חורגת מגבולות דיני העבודה, ועל כן מצדיקה את התערבותו של בג"ץ.⁶⁵

השופט גרוניס (כתוארו אז) התייחס בפסק דינו לשתי האפשרויות המגדירות מהי "הכנסה" על פי חוק הביטוח הלאומי, אשר זה האחרון מפנה בעניין זה לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן: הפקודה). האפשרות הראשונה היא הכנסה ממשלח יד, לפי סעיף 2(2)(א) לפקודה.⁶⁶ האפשרות השנייה היא הכנסה מעבודה, לפי סעיף 2(2)(א) לפקודה.⁶⁷ סעיף 344(א) לחוק הביטוח הלאומי קובע כי לעניין חישוב קצבת התלויים של "עובד" תחול ההגדרה לפי סעיף 2(2)(א)

63 עניין כהן בערעור, לעיל ה"ש 60.

64 ראו בג"ץ 525/84 חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה, ירושלים, פ"ד מ(1) 673, פס' 7 לפסק הדין של הנשיא שמגר (1986); בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481, פס' 13 לפסק הדין של המשנה לנשיא מצא (2004); אהרן ברק "ביקורת שיפוטית ואחריות ממלכתית – היקף הביקורת של בית המשפט העליון על פסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה" הפרקליט לח 245 (1989); יוסף כץ "בית המשפט העליון ובית הדין הארצי לעבודה" הפרקליט לג 182 (1981); "בית המשפט הגבוה לצדק ובית הדין הארצי לעבודה – הארה מנקודת מבטה של תורת המשפט" ספר ברייני – לקט מאמרים בדיני עבודה 973 (אהרן ברק, מנחם גולדברג, יצחק זמיר ויצחק אליאסוף עורכים) (1987).

65 בג"ץ כהן, לעיל ה"ש 60, בפס' 46 לפסק הדין של השופט גרוניס.

66 ראו ס' 1(1) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]: "עסק ומשלח יד – השתכרות או ריווח מכל עסק או משלח יד שעסקו בו תקופת זמן כלשהי, או מעסקה או מעסק אקראי בעלי אופי מסחרי".

67 ראו ס' 2(2)(א) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]: "עבודה – השתכרות או ריווח מעבודה; כל טובת הנאה או קצובה שניתנו לעובד ממעבידו".

לפקודה, ואילו בעניינו של "עצמאי" תחול ההגדרה לפי סעיף 2(1) לפקודה.⁶⁸ אומנם לא הייתה מחלוקת על כך שהמנוח היה "עובד", אך עדיין נשארה פתוחה השאלה המשפטית אם יש לסווג הכנסה של עובד מטיפים כ"כהכנסה ממשלה יד" או שמא יש לסווגה כ"הכנסה מעבודה".⁶⁹

לשם כך ערך השופט גרוניס הבחנה נוספת, בין "הכנסה מעבודה" שהגיעה מהמעסיק לבין "הכנסה מעבודה" שלא הגיעה מהמעסיק, דוגמת טיפים שקיבל המלצר ישירות מהלקוחות. אולם התוצאה שאליה הגיע בית המשפט חד היא: כספים אלו וגם אלו יחשבו ל"הכנסה מעבודה" לצורך קביעת שכרו המבוטח של העובד לעניין דיני הביטוח הלאומי, וממנו ייקבע שיעור הגמלאות המגיעות לו ולתלויים בו מכוח חוק הביטוח הלאומי.⁷⁰ ובמילים אחרות, טיפים שקיבל מלצר מאת לקוחות המסעדה בזמן עבודתו ייחשבו "כהכנסה מעבודה", בין שכספים אלו נרשמו בספרי החשבונות של המסעדה (ושולמו למלצר מאת המעסיקה) ובין שלא נרשמו (ושולמו למלצר ישירות מהלקוחות).

הלכה זו של בית המשפט העליון התקבלה פה אחד בהרכב של שלושה, והפכה אפוא את פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה. אולם, ניכר כי שופטי בית המשפט לא היו שלמים עם הכרעה זו, והיא נמצאה על ידם כברירת מחדל, נוכח היעדר הסדרה של הנושא בחוק הביטוח הלאומי או בחוקים אחרים. מצד אחד, בית המשפט העליון עשה צדק עם אלמנת המנוח וילדיו בנסיבות העניין, ונתן פרשנות תכליתית ראויה לסעיף 287(5) לחוק הביטוח הלאומי. במובן זה שגמלת התלויים שיקבלו תיגזר משכרו האמיתי של המנוח. אולם מן הצד שני, פסיקה זו חשפה את הקושי המשפטי בסוגיה זו, ואת הפער שנוצר בין הרצון להגן על רשת הביטחון הסוציאלית של העובד ושאריו מחד גיסא (באמצעות הקביעה שטיפים הם בבחינת "הכנסה מעבודה" לעניין קביעת השכר המבוטח, גם אם אלו לא דווחו לרשויות המס והביטוח הלאומי), לבין החובות הסטטוטוריות המוטלות על המעסיק מכוח חוק הביטוח הלאומי ופקודת מס הכנסה מאידך גיסא (לעניין דיווח התקבולים של העסק ודיווח על גובה שכרו המבוטח של העובד).

וכך כתב השופט גרוניס בטרם חתם את פסק דינו:

"[...] אף אם הקביעה לפיה הכנסה מתשר שאינו בא מן המעביד נחשבת להכנסת עבודה אינה נקייה מקשיים, הרי בהתבוננות כוללת נראה שאין מנוס מתוצאה זו. זאת, הן בהתחשב באופי

68 בג"ץ כהן, לעיל ה"ש 60, בפס' 6-11 לפסק הדין של השופט גרוניס.

69 שם, בפס' 27 לפסק הדין של השופט גרוניס.

70 שם, בפס' 47 לפסק הדין של השופט גרוניס.

עבודת המלצרות והן לאור ההשלכות מרחיקות הלכת עליהן
 עמדנו שתחייבנה אם תאומץ החלופה האחרת, לפיה תסווג
 הכנסה זו כהכנסה ממשלח יד לפי סעיף 2(1) לפקודת מס
 הכנסה⁷¹.

גם השופט לוי, שהצטרף לפסק דינו של השופט גרוניס במלואו, מצא לנכון
 להוסיף הערה אחת ובה קריאה בקול גדול לבית המחוקקים להסדיר אחת ולתמיד
 נושא זה שהוא בעל השלכות רוחב רבות.⁷² קריאה זו מצטרפת כמובן לכל יתר
 הקריאות שהשמיעו בעבר שופטי בית הדין הארצי לעבודה ובית המשפט העליון
 בפסיקות קודמות שעסקו בנושא.⁷³

דנג"ץ כהן – המחלוקת בין דעת הרוב לדעת המיעוט

פרשת כהן לא תמה בהכרעה זו של בג"ץ, ונוכח ההשלכות הרבות של פסיקה
 תקדימית זו, קיבל בית המשפט העליון את הבקשה לדון בה בדיון נוסף בבג"ץ,
 בהרכב מורחב של שבעה.⁷⁴ אולם נדמה שההלכה שהתקבלה בבג"ץ כהן לא היא
 שעמדה לבחינה מחדשת בדיון הנוסף, אלא השאלה אם הגיעה העת להרהר
 מחדש ולסטות מההלכה הקודמת של בית המשפט העליון שנקבעה בעניין ספארי
 הולדינגס. או במילים אחרות, האם ראוי לקבוע שטיפים שניתנו למלצר באופן
 וולונטרי על ידי הלקוחות (ושנחשבים, כאמור, כחלק משכרו המבוטח של
 המלצר) צריכים להיחשב גם כתקבול של המסעדה, וכהכנסה שלה החייבת
 ברישום בספרי חשבוניות? שאלה זו התעוררה נוכח אותה הפער שציינו קודם,
 בין ההסדר הספציפי אליו הגיע בית המשפט העליון בבג"ץ כהן (במתן הגנה
 לזכויותיו הסוציאליות של העובד המשתכר מטיפים), לבין הימנעות מהטלת
 חובת דיווח קונקרטי של המסעדה לרשויות המס על הכנסותיה, ומהטלת חובת

71 שם, בפס' 43 לפסק הדין של השופט גרוניס.

72 וכך כתב השופט לוי בפסק דינו: "סוגיית הסיווג של דמי תשר, בפרט בענף המסעדות,
 משוועת להסדר מקיף. מטבע הדברים, כשפוקדת היא את ערכאות המשפט, עומד לדיון
 רק אחד מן הפנים הרבים לה – תהא זו שאלת הרישום בספרים, שאלת החבות במס,
 סוגיית האכיפה, או כל היבט פרטני אחר. מסיבה זו, תתקשה ההלכה הפסוקה לספק
 פתרון אשר יקיף את הסוגיה כולה. והרי פתרון כזה הוא מחויב המציאות, מאחר שלכל
 קביעה שיפוטית באיזו מבין הסוגיות הפרטניות עשויה להיות השלכה, אפשר מרחיקת
 לכת, על היבטיו האחרים של העניין". בג"ץ כהן, לעיל ה"ש 60.

73 עניין ספארי הולדינגס, לעיל ה"ש 43; עניין מלכה, לעיל ה"ש 42; עניין רנסנס, לעיל ה"ש
 58.

74 דנג"ץ כהן, לעיל ה"ש 1. אל השופטים ג'ובראן וגרוניס, שהתמנה בינתיים לנשיא בית
 המשפט העליון, ואשר נמנו על הרכב השופטים בבג"ץ, הצטרפו השופטים ארבל, מלצר,
 חיות, נאור ורובינשטיין. השופט לוי שנמנה על ההרכב בבג"ץ פרש לגמלאות, ולכן לא
 נמנה עם ההרכב בדנג"ץ.

דיווח של המעסיק למוסד לביטוח לאומי על שכרו בפועל של העובד. המוסד לביטוח לאומי שעתר לקיום הדיון הנוסף, יחד עם היועץ המשפטי לממשלה שהתבקש למסור את עמדת המדינה, ביקשו מבית המשפט העליון לקבוע בפעם הראשונה הסדר משפטי כולל בדיון הישראלי בנוגע לסיווג המשפטי של הטיפים, ולמלא את הריק הגדול בנושא זה אשר המחוקק ממאן למלא.

על סוגיה אחת הסכימו כל חברי המותב בדיון הנוסף. שמן הראוי שכנסת ישראל תיקבע אחת ולתמיד הסדר כולל בדבר מעמדם המשפטי של כספי הטיפים הן בתחום דיני המיסים, הן בתחום דיני הביטוח הלאומי והביטחון הסוציאלי, והן בתחום דיני העבודה.⁷⁵ שופטי ההרכב מתחו ביקורת על המחוקק אשר השאיר תחום זה ללא מענה אחיד עבור נמענים רבים במשך שנים. לדעת חברי המותב כולו הסדרה של נושא ליבה כזה, בעל השלכות רוחב רבות ובמישורים רבים, מוטב כי תיעשה בחקיקה ראשית ולא בדרך של "חקיקה שיפוטית" על ידי בית המשפט העליון.⁷⁶

ובכל זאת, נחלקו דעות השופטים בדיון הנוסף בשאלה שבין המצוי לבין הרצוי. השופטים ג'ובראן, ארבל ומלצר הצטרפו לפסק דינו של הנשיא גרוניס (כתוארו אז), ונדעת רוב קבעו כי אין זה נכון שבית המשפט העליון יקבע הסדר כולל בדבר סיווג המשפטי של כספי הטיפים, וזאת בדרך של "חקיקה שיפוטית". לא כל שכן בדיון נוסף בבג"ץ, שעה ששאלה זו כלל לא נדרשה להכרעה בפרשה האמורה.⁷⁷ לדעת רוב חברי ההרכב, קביעת הסדר חדש שכזה, על אף נחיצותו, פירושו יצירת רפורמה כללית במשפט הישראלי, ואין זה ראוי ונכון שבית המשפט העליון ייקח על עצמו תפקיד זה, ויתערב בסמכותו של המחוקק.⁷⁸

⁷⁵ ראו דג"ץ כהן, לעיל ה"ש 1, בפס' 2 לפסק הדין של הנשיא גרוניס; בפס' 50 לפסק הדין של המשנה לנשיא נאור; בפס' א' לפסק הדין של השופט רובינשטיין; בפס' 11 לפסק הדין של השופטת חיות; בפס' 2 לפסק הדין של השופט ג'ובראן; בפס' 2 לפסק הדין של השופטת ארבל; בפס' 2 לפסק הדין של השופט מלצר.

⁷⁶ כך קבע הנשיא גרוניס בפסק הדין: "[...] מבחינה מוסדית שאלות מעין אלה מתאימות יותר להסדרה על ידי המחוקק מאשר לבירור שיפוטי ולהכרעה בדרך של 'חקיקה שיפוטית'". שם, בפס' 19 לפסק הדין של הנשיא גרוניס.

⁷⁷ ודוק, היועץ המשפטי לממשלה, שהתבקש לצרף את עמדתו להליך, דווקא תמך בשינוי ההלכה על ידי בית המשפט העליון, בדרך של יצירת "חקיקה שיפוטית". כזו הלוקחת, לכאורה ובאופן פרדוקסלי, מידי המחוקק והמדינה, אותם מייצג היועץ המשפטי לממשלה, את הסמכות להכריע בנושא. לעמדת היועץ המשפטי ראו: דג"ץ כהן, לעיל ה"ש 1, בפס' 10 לפסק הדין של הנשיא גרוניס. כמו כן ראו בל יוסף "אליה וקוץ בה: המעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה" עיוני משפט מ 253, 315 (2017) (להלן: יוסף "אליה וקוץ בה").

⁷⁸ היו בציבור שטענו כי בהחלטתו של נשיא בית המשפט העליון (דאז), השופט גרוניס, הוא

בנסיבות העניין, שופטי דעת הרוב בדנג"ץ כהן סברו כי בשלב זה אין מקום לסטות מההלכה שנקבעה על ידי בית המשפט העליון בעניין ספארי הולדינגס בשנת 1990 ואשר קנתה לה אחיזה ויציבות בדין הישראלי.⁷⁹ ההלכה שלפיה ההכרעה בסוגיית סיווגם של כספי הטיפים בתחום דיני המיסים תיעשה על פי "מבחן הוולונטריות" ו"מבחן אמצעי התשלום". דהיינו, טיפים ייחשבו כתקבול של המסעדה החייבים ברישום בספריה רק אם הייתה חובה של הלקוח בתשלום הטיפ (והוא לא נעשה באופן וולונטרי). נוסף על כך, גם אם הטיפים שולמו באופן וולונטרי אך באמצעי תשלום אחד (ללא הפרדה בין התשלום עבור המזון לבין דמי השירות) הם עדיין ייחשבו לתקבולי המסעדה החייבים ברישום. לצד הריסון השיפוטי שהטילו על עצמם שופטי דעת הרוב, השופטים חיות ורובינשטיין שהצטרפו לפסק דינה של השופטת נאור, סברו אחרת. כאמור, גם שופטי דעת המיעוט הסכימו כי הסדרה כוללת בנושא עדיף שתיעשה על ידי המחוקק.⁸⁰ אולם בניגוד לדעת שופטי הרוב, שופטי דעת המיעוט סברו כי שעה שהמחוקק ממאן לעשות כן, והדין הנוהג הוא ממילא יציר הפסיקה, אין מניעה על בית המשפט העליון מלקחת על עצמו תפקיד זה. זאת בדרך של סטייה מההלכה שנקבעה בעבר על ידי בית המשפט העליון ויצירת תקדים חדש.⁸¹ כך

נקט ריסון משפטי ונמנע מלהתערב בעבודת המחוקק כחלק מתפיסת עולמו המשפטית. תפיסה אשר לאיזון הראוי בין הרשות המחוקקת לבין רשות השופטת בראשה הוא עומד, ובדבר תפקידו של בית המשפט העליון. ראו גידי וייץ ושרון פובלר "שמרון, מתגונן וחושש להתעמת עם הממשלה והכנסת – בית המשפט העליון מודל 2016" הארץ (28.1.2016); <https://tinyurl.com/y5hpsjhh>; דן גולדמן "העליון השאיר טיפ" גלובס (22.4.2013); <https://tinyurl.com/268m43av>; אמיר טיטונוביץ "נשיא העילות והוודאות: כך נראו שנותיו של אשר גרוניס בעליון" גלובס (14.1.2015); <https://tinyurl.com/5xbfprxb>. לחילופין, ניתן לטעון כי הנשיא גרוניס, שהוביל את פסק הדין השמרני של הרוב, ביקש במודע לאתגר את המחוקק ולא לעשות עבורו את העבודה ביצירת הסדר משפטי כולל בנושא. ובכך, אולי, ליצור מנוף לחץ כבד יותר על בית המחוקקים, שיגיע מצדו של הציבור, להתיישב ולהסדיר את הנושא בהליך חקיקה מסודר ומקיף.

בע"א 376/46 רזונבאום נ' רזונבאום, פ"ד ב 235 (1949) טבע נשיאו הראשון של בית המשפט העליון את האמרה הידועה: "אמת ויציב – אמת עדיף" (שם בעמ' 254). 36 שנים לאחר מכן, השופט (כתוארו אז) אהרן ברק הוסיף על משפט זה וקבע כי: "בין אמת לאמת – יציב עדיף". ראו בג"ץ 547/84 עוף העמק, אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת-ישי, פ"ד מ(1) 113, 154 (1986). בטקס השבעתו כנשיאו השמיני של בית המשפט העליון, בחר אהרן ברק לחזור שוב על משנתו לפיה: "אכן, בין אמת ליציב – אמת עדיף; בין אמת לאמת – יציב עדיף". ראו אהרן ברק "דברים בטקס ההשבעה כנשיא בית-המשפט העליון" משפטים כו 211, 217 (1996). בכך נראה כי דעת הרוב בדנג"ץ כהן, לעיל ה"ש 1, בחרה לאמץ את גישתו של הנשיא ברק, והעדיפה את יציבות ההלכה על פני חתירה אל האמת בדרך של חקיקה שיפוטית.

דנג"ץ כהן, לעיל ה"ש 1, בפס' 2 ו-12 לפסק הדין של השופטת נאור. 80
ראו: ס' 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה: "הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל 81

אפשר יהיה ליצור בדרך של ההלכה הפסוקה הסדר כולל וראוי בסוגיית מעמד המשפטי של כספי הטיפים בענף המסעדות. הסדר שיצור אחדות והרמוניה נורמטיבית בתחום דיני המיסים, דיני העבודה ודיני הביטוח הלאומי.⁸²

השופט נאור ביקשה בפסק דינה להרהר מחדש על נכונות הלכת ספארי הולדינגס, ועל אופן יישומו של "מבחן הוולונטריות" שנקבע בה בסוגיית מתן הטיפים למלצרים. לדעתה, קריאה נכונה של דברי השופטים בעניין ספארי הולדינגס, על כך שבמתן טיפים למלצרים מתקיים רכיב הוולונטריות, מגלה כי מדובר בהנחה כללית בלבד של בית המשפט, ולא בממצא עובדתי ואמפירי. לא כל שכן לגישתה, אין לקביעה זו כל אחיזה במציאות הישראלית.⁸³ לדעת השופט נאור ויתר שופטי דעת המיעוט, בתשלום הטיפים למלצרים במסעדות לא מתקיים כיום אלמנט הוולונטריות. גם אם אין מדובר בחובה הסכמית לתשלום הטיפים, הרי שמדובר בנוהג רווח, מקובל ומושרש היטב בתרבות הישראלית, אשר הפך כמעט לנורמה מחייבת.⁸⁴ ככל שיש בתשלום טיפים למלצרים רכיב של וולונטריות, כך קבעה השופט נאור בפסק דינה, הרי שזה בקביעת שיעור הטיפים, ולא בעצם מתן הטיפים.⁸⁵

שופטי דעת המיעוט פסקו, אפוא, כי אילו הייתה נשמעת דעתם, הם היו מציעים לסטות מהלכת ספארי הולדינגס, ולקבוע כי בענף המסעדות יש לסווג את כספי הטיפים שהתקבלו על ידי הלקוחות כתקבול של בית העסק, החייבים ברישום בספרי המסעדה. לפיכך, כל תשלום שמגיע למלצר ממעסיקו במסגרת יחסי העבודה ייחשב ל"הכנסת עבודה מאת מעסיקו", כהגדרתה בסעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה.⁸⁶

בית משפט, זולת בית המשפט העליון". ובלשונה של השופט נאור: "הפה שאסר הוא הפה שהתיר, וניתן, בזוהירות המתבקשת, לסטות בהרכב מורחב מפסיקה קודמת". דג"ץ כהן, לעיל ה"ש 1, בפס' 23 לפסק הדין של המשנה לנשיא נאור.

82 ראוי לציין כי שופטי דעת המיעוט בחרו לאמץ בפסק דינם את גישתם של המלומדים רבין ומרגליות בשני מאמרי ביקורת שכתבו, האחד בשנת 2008 (מרגליות ורבין, לעיל ה"ש 9), והשני בשנת 2012 (מרגליות, לעיל ה"ש 56) שנכתב מיד לאחר מתן פסק הדין בבג"ץ כהן, לעיל ה"ש 60. במאמרו זה ביקר מרגליות את החלטת בג"ץ והציע תחתיה פרשנות אחרת. פרשנות אותה אימצה כאמור דעת המיעוט בדג"ץ כהן, לעיל ה"ש 1, שניתן לאחר פרסום המאמר.

83 דג"ץ כהן, לעיל ה"ש 1, בפס' 22-25 לפסק הדין של השופט נאור. ראו גם מרגליות ורבין, לעיל ה"ש 9, בעמ' 115.

84 דג"ץ כהן, שם, בפס' 22-23 לפסק הדין של השופט נאור.

85 השופט נאור מפנה בהסכמה בעניין זה לדבריהם של רבין ומרגליות במאמרם, לעיל ה"ש 9, שם, בפס' 22 לפסק הדין של השופט נאור.

86 שם, בפס' 45-46 לפסק הדין של השופט נאור.

מצד אחד, ניתן לטעון כי לא יצאה בשורה חדשה ותקדימית מפסק דין זה בדנג"ץ כהן, מכיוון ששופטי הרוב קבעו שאין לסטות מההלכה הקיימת. מצד שני, לא ניתן להתעלם מדעת המיעוט שבפסק הדין, שהייתה בבחינת איתות ברור של בית המשפט העליון למחוקק שהוא נמצא כפסע בלבד מלהכריע סופית בנושא סיווג המשפטי של כספי הטיפים וליצירת הסדר משפטי כולל בדרך של "חקיקה שיפוטית". זאת אלא אם כן ימלא המחוקק את תפקידו כמצופה ממנו וידאג להסדיר זאת קודם.

חמש שנים חלפו, וסוגיה משפטית זו שבה לדיון בפני בית הדין הארצי לעבודה. זאת בלי שהמחוקק נענה בכל השנים הלו לקריאות בית המשפט העליון בדנג"ץ כהן, ובלי שדאג להסדר כולל של הנושא בחוק. אך הפעם נדמה כי בית הדין הארצי לעבודה איבד מסבלנותו, אזור אומץ ועשה את הצעד הנוסף שממנו נמנע עד כה בית המשפט העליון.

2. הלכת קיס – סדר יום חדש

החלטת בית המשפט העליון בדנג"ץ כהן נתקלה בביקורת רבה. בין על הריסון השיפוטי שהטילו על עצמם שופטי דעת הרוב, ובין על ההסדר המשפטי החסר שיצרו בפסיקתם, כאמור לעיל.⁸⁷ וכל זאת נוסף על הביקורת שנשמעה ממילא עוד קודם לכן, על הלכת בית הדין הארצי לעבודה בעניין מלכה ועל "מבחן הרישום בספרים" שנקבע שם. אולם במרץ 2018, עם פרסום פסק דינו הארוך והמקיף של בית הדין הארצי לעבודה בעניין קיס, נראה שביקורת זו קיבלה מענה משפטי הולם, ושם נאמרה המילה האחרונה.⁸⁸ פסק דין מכוון זה ניתן בהרכב מורחב של חמישה שופטים ושני נציגי ציבור, אשר הסכימו פה אחד לפסק דינו האחרון של הנשיא פליטמן ערב פרישתו מכס השיפוט.⁸⁹

87 מרגליות, לעיל ה"ש 56; רפעתא עזאם "פרשנות דיני מסים: מס-אמת וזכויות האדם בפסיקת בית-המשפט העליון" משפט ועסקים יח 401, 445 (2014); יוסף "אליה וקוץ בה", לעיל ה"ש 77, בעמ' 260, 276.

88 עניין קיס, לעיל ה"ש 4. בפסק דין זה איחד בית הדין הארצי לעבודה שני ערעורים. הראשון בהיבט של דיני הביטוח הלאומי, ובשאלה אם יש לכלול את הטיפים שקיבל המלצר לצורך חישוב שכרו המבוטח לעניין חישוב גמלת דמי האבטלה (בעניינו של קיס). השני בהיבט של דיני העבודה, ובשאלה אם הטיפים שקיבל המלצר הם חלק משכרו בכל הנוגע לחובת המעסיק בתשלום שכר המינימום לעובד ע"ע (ארצי) 28480-02-16 ד.ע. יבוא וניהול מסעדות בע"מ – בודה (נבו 26.3.2018).

89 יחד עם נשיא בית הדין הארצי לעבודה, השופט פליטמן, ישבו בהרכב בית הדין סגנית הנשיא (כתוארה אז) השופטת ורדה וירט-ליבנה, השופטים לאה גליקסמן, אילן איטח ורועי פוליאק, ונציגות הציבור מיכל בירון בן גרא ויודפת הראל בוכריס. העובדה כי הנשיא הפורש יגאל פליטמן בחר להקריא את פסק הדין בעניין קיס באירוע הפרישה החגיגי שלו, במעמד כל הרכב שופטי בית הדין הארצי לעבודה, עמיתים, משפחה

לגישתנו יש לברך על פסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה, אשר נטל על עצמו את כובד האחריות, וקבע כי בנסיבות המיוחדות שנוצרו בדין הישראלי זוהי מחובתו ליתן תחת ידו החלטה שתיצור ודאות ויציבות עבור נמעני המשפט. וכך כתב הנשיא פליטמן בפסק דינו:

"אנו סבורים שבמצב הדברים המשפטי הנתון, על הקשיים הכרוכים בו בכלל ההיבטים [...] 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".⁹⁰

פסק הדין בעניין קיס הוא תקדימי מכיוון שבית הדין הארצי לעבודה בחר לסטות משתי הלכות מחייבות במשפט הישראלי אשר לסיווגם של כספי הטיפים בענף המסעדות – הן לעניין דיני עבודה והן לעניין דיני הביטוח הלאומי.

סטייה ראשונה היא מיישום "מבחן הוולונטריות" על כספי הטיפים בענף המסעדות כפי שנקבע בהלכת ספארי הולדינגס. מצד אחד, בית הדין הארצי לא שלל כשלעצמו את המשך נחיצותו של "מבחן הוולונטריות". אולם מצד שני, בית הדין הארצי קבע כי מבחן זה אינו מתקיים בכל הנוגע למתן טיפים בענף המסעדות בישראל. בית הדין הארצי לעבודה פסק כי יש להודות על האמת – שבכל הנוגע למתן טיפים למלצרים על ידי לקוחות המסעדה, הרי שכלל לא מדובר ברצון חופשי של הלקוח, אלא בנוהג מושרש היטב בתרבות הישראלית,

ותקשורת, עשויה להעיד על חשיבות ההלכה שבו. סביר להניח כי הנשיא (בדימ') פליטמן רצה להשאיר בפסק דין מכונן זה את חותמו האחרון על משפט העבודה בישראל, לאחר שלושים שנים שבהן כיהן כשופט בבתי הדין לעבודה. ראו בראיונות שהעניק לתקשורת לאחר פרישתו: ניצן צבי כהן "מגיש את החשבון – השופט שחתום על 'פסיקת הטיפים': 'מלצר לא שונה עקרונית מעובד אחר'" דבר (28.12.2018) <https://www.davar1.co.il/166801>; אפרת נוימן "שנה למס הטיפים: זה היה מחויב המציאות – גם אם הנטו של המלצר ירד" The Marker (10.2.2020) <https://tinyurl.com/yc35de5e>; חן מענית "הנשיא של בית הדין הארצי לעבודה, השופט יגאל פליטמן, בראיון פרישה: 'לא נכון לומר שלארגוני העובדים יש כוח בלתי נגמר' להוריד את השאלטר' או לחסום את הנמלים. הכוח שלהם מוגבל" גלובס (29.3.2018) <https://tinyurl.com/2hm4ezb6>.

עניין קיס, לעיל ה"ש 4, בפס' 94 לפסק הדין של הנשיא פליטמן. בכתב העמדה של היועץ המשפטי לממשלה כפי שהוגש לבית הדין הארצי לעבודה בעניין קיס, והובא בפסק הדין, טען היועץ המשפטי לממשלה כי "בהמשך לפסיקה זו [בדנג"ץ כהן], הנוח גורמי המקצוע לקדם חקיקה שתסדיר את סוגיית התשר. אלה החלו בקידום העניין, אולם 'הדרג הפוליטי החליט שלא לקדם את תיקוני החקיקה' (ההדגשה במקור). שם, בפס' 70 לפסק הדין של הנשיא פליטמן.

90

העולה כמעט לכדי נורמה משפטית בת־תוקף.⁹¹ זאת בין אם נדרש לכך הלקוח באופן מפורש (על ידי הכיתוב בחשבונית "לא כולל דמי שירות") ובין אם לא הופנתה אליו כלל דרישה בעניין מטעם המסעדה או המלצר. במובן זה, בחר בית הדין הארצי לעבודה לאמץ דווקא את דעת המיעוט בדנג"ץ כהן, אשר שופטיו הגיעו למסקנה זהה.⁹²

משנקבע כאמור בעניין קיס כי מתן טיפים למלצרים בענף המסעדות בישראל אינו מעשה וולונטרי של לקוחות המסעדה, הרי שעל פי הלכת ספארי הולדינגס אין עוד צורך להמשיך לשלב השני, אל "מבחן אמצעי התשלום". קרי ניתן לקבוע כבר עתה כי אין חשיבות לאופן שבו בוצע התשלום עבור מחיר הארוחה ועבור דמי השירות ששילם הסועד (בדמות "טיפ"), ויש לראות בכל מקרה את הסכום הכולל שהתקבל על ידי הלקוחות כתקבול של העסק, ללא קשר לאמצעי התשלום השונים. משכך, פסק בית הדין הארצי לעבודה, כספי הטיפים שנמסרו למלצר כמוהם כהכנסה השייכת למסעדה, ואם שולם באמצעותם שכר עבודתו של המלצר, הרי שיש לראות בהם כהכנסה של המלצר מאת מעסיקתו.

כאמור, לא הייתה זו הסטייה היחידה של בית הדין הארצי לעבודה בעניין קיס מההלכה משפטית קיימת. הסטייה השנייה הייתה בכל הנוגע להלכת מלכה ול"מבחן הרישום בספרים" שנקבע שם, בנוגע לסיווג המשפטי של כספי הטיפים בהיבט של דיני העבודה.⁹³ הלכה אשר הורחבה בעניין רנסנס גם בהיבט של דיני הביטוח הלאומי.⁹⁴ בית הדין הארצי לעבודה בעניין קיס סבר הפעם כי הגיעה העת ל"הפעלת שיקול דעת מחודש בנושא", ולקבוע הסדר כולל בתחום דיני הביטוח הלאומי ובתחום דיני העבודה שיצור "הרמוניה, אחידות ובהירות".⁹⁵ בית הדין הארצי עמד על הקושי שביישום הלכת מלכה הן בבתי הדין לעבודה והן

91 עניין קיס, לעיל ה"ש 4, בפס' 101 לפסק הדין של הנשיא פליטמן.

92 גישה שנשמכה, כאמור, ובין היתר, על דעתם של המלומדים מרגליות ורבין, לעיל ה"ש 9, שאוזכרו בפסק הדין בהסכמה. ראו עניין קיס, לעיל ה"ש 4; מרגליות, לעיל ה"ש 56, בעמ' 117-118. ודוק, בית הדין הארצי לעבודה לא חיווה דעתו אשר לערכו המוסרי או החברתי של נוהג זה; לא דן בשאלה אם יש מקום להמשיך ולנהוג על פיו או שמא לבטלו; וכן לא עמד על השלכותיו של נוהג זה ביצירת פערים חברתיים בין מעמדות. ברי כי אמירות שכאלו אינן נדרשו להכרעה בתיק, וממילא היו נחשבת להערות אגב. לגישתנו, גם אין זה מתפקידה של מערכת המשפט לחוות דעתה באשר לנורמה חברתית מקובלת, אשר אינה סותרת את הדין או שפוגעת בזכויות ובערכים חברתיים מוגנים. על החשש מפני הפלייה מחמת גזע ומין באמצעות הנהוג החברתי של מתן טיפים, ראו לדוגמה: Lu- in Wang, *At the Tipping Point: Race and Gender Discrimination in a Common Economic Transaction*, 21 VA. J. Soc. POL'y & L. 101 (2014).

93 עניין מלכה, לעיל ה"ש 42, וראו גם בטקסט הסמוך לה"ש 51.

94 עניין רנסנס, לעיל ה"ש 58.

95 עניין קיס, לעיל ה"ש 4, בפס' 105 לפסק הדין של הנשיא פליטמן.

בשטח, ועל כן סבר כי קביעתו העקרונית שהזכרה לעיל (לפיה כספי הטיפים הם הכנסת המסעדה וכן הכנסת המלצרים משכר עבודה) – היא טובה וראויה הן לתחום דיני העבודה והן לתחום דיני הביטוח הלאומי. לאמור כי אין יותר מקום לבחון אם כספי הטיפים נרשמו בפועל בספרי החשבונות של המסעדה על פי "מבחן הרישום בספרים"⁹⁶. כספי הטיפים, כך קבע בית הדין הארצי לעבודה בעניין קיס, ייחשבו להכנסת העסק בכל מקרה – בין אם נרשמו בקופת המסעדה ובין אם לאו. כפועל יוצא מכך, כספי הטיפים ייחשבו גם להכנסת המלצר מעבודה לצורך חישוב זכויותיו בתחום דיני העבודה ובתחום דיני הביטוח הלאומי. בכך ביטל למעשה בית הדין הארצי לעבודה את הלכת מלכה.

מהלך חשוב ונוסף שעשה בית הדין הארצי בעניין קיס הוא בקביעת המבחן השני שיש לבחון בסוגיית סיווג המשפטי של כספי הטיפים, במצטבר עם "מבחן הוולונטריות". בית הדין הארצי לעבודה קבע שככלל, בכל הנוגע לסיווג מעמדם של דמי השירות שניתנו לעובד במהלך עבודתו, יש לבחון אם יש הצדקה עניינית להפרדה ולהבחנה בין השירות שניתן ללקוח ובין יתר הרכיבים שנכללו במוצר או השירות העיקרי שהזמין הלקוח (מבחן זה יכונה על ידנו להלן: "מבחן הקשר בין דמי השירות למוצר"). גם במקרה זה הזכיר בית הדין הארצי לעבודה בהסכמה את גישתם של המלומדים רבין ומרגליות,⁹⁷ וקבע שככל שאין מקום להפרדה מלאכותית שכזו – אזי אין גם כל הצדקה לשלם דמי שירות בנפרד לכל אחד מעובדי שרשרת השירות ולראותם כסכום "צבוע".

בנסיבות המקרה של מתן טיפים למלצרים בענף המסעדות עבור "דמי שירות", קבע בית הדין הארצי לעבודה בעניין קיס כי אין כל הצדקה עניינית להפרדה המלאכותית בין דמי השירות למלצר לבין התשלום עבור המוצר השלם שבעדו משלם הסועד במסעדה. וכך קבע בית הדין בעניין זה:

"[אין כל טעם ענייני המצדיק הפרדה והבחנה בין השירות הניתן ללקוח במסגרת ביקורו במסעדה ובין יתר הרכיבים הנכללים בביקור שכזה, ובהם האוכל והשתייה המוגשים לו, הכיסא 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

⁹⁶ שם, בפס' 106 לפסק הדין של הנשיא פליטמן. בית הדין הדגיש בפסק דינו כי קביעה זו רלוונטית לתחום דיני העבודה ודיני הביטוח הלאומי בלבד, אולם ניתן להניח כי הלכה זו היא בעלת השפעה מעשית גם על תחום דיווחי המס של בתי העסק לרשות המסים.

⁹⁷ מרגליות ורבין, לעיל ה"ש 9, בעמ' 110.

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".⁹⁸ (ההדגשות במקור).

- ואלו עיקרי הלכת קיס, כפי שסיכם אותה הנשיא פליטמן בפסק דינו:⁹⁹
1. כספי הטיפים בענף המסעדנות דינם כהכנסת המסעדה, וכל הכנסה של המלצר מטיפ דינה כהכנסת עבודה שלו מאת מעסיקו. זאת גם אם הטיפ שולם ישירות למלצר, גם אם הטיפ לא עבר דרך קופת המסעדה, גם אם הטיפ שולם באמצעי תשלום נפרד שבאמצעותו שולמה הארוחה, ואף אם הטיפ לא נרשם בספרי המסעדה או ביומן השירות.
 2. בהיעדר התניה מפורשת אחרת בטופס ההודעה לעובד על תנאי העבודה או בדרך אחרת כדין, ברירת המחל היא שהמעסיק רשאי להשתמש בכספי הטיפים אך ורק לשם תשלום שכר עבודה לעובדי שרשרת השירות, וזאת על פי ההסדר המוסכם במסעדה, שצריך להיעשות במפורש ועדיף בכתב (להלן: ברירת המחל). המעסיק לא רשאי לשלם באמצעות כספי הטיפים תשלומי חובה (חלק המעסיק בדמי הביטוח הלאומי ובמס בריאות), הפרשות לפנסיה (חלק המעסיק) או זכויות סוציאליות אחרות המגיעות לעובד.
 3. המעסיק רשאי להגיע להסכמה עם עובדי שרשרת השירות בעסקו בדבר התניה חחורגת מברירת המחל האמורה (להלן: התניה חחורגת). לדוגמה, לכלול התניה חחורגת בהסכם העבודה שלפיה המעסיק רשאי להשתמש בכספי הטיפים העולים על שכר המינימום או על שכר בשיעור גבוה יותר שסוכם עליו בחוזה העבודה, לשם ביצוע תשלומי החובה החלים על המעסיק (חלקו של המעסיק בדמי הביטוח הלאומי ובמס בריאות, חלקו של המעסיק בהפרשות לפנסיה וכן זכויות סוציאליות אחרות המגיעות לעובד).

98 עניין קיס, לעיל ה"ש 4, בפס' 101 לפסק הדין של הנשיא פליטמן.

99 שם, בפס' 110 לפסק הדין של הנשיא פליטמן.

4. בכל מקרה, בין אם על פי ברירת המחדל ובין אם על פי התניה החורגת, שכרו של העובד לא יהיה נמוך משכר המינימום הקבוע בחוק או מהשכר החוזי שסוכם עליו.

5. שכרו הקובע של העובד הן לעניין דיני העבודה והן לעניין דיני הביטוח הלאומי יהיה השכר שקיבל בפועל, הכולל את תשלומי הטיפים. משכר זה ייגזרו כל תשלומי החובה המוטלים על המעסיק (חלקו בדמי הביטוח הלאומי, בהפרשות לפנסיה או בזכויות סוציאליות אחרות). וכן משכר זה ינוכו כל תשלומי החובה המוטלים על העובד (חלקו בדמי הביטוח הלאומי, בדמי מס הבריאות ובהפרשות לפנסיה). שכרו זה של העובד, וכן כל ההפרשות והניכויים, חייבים ברישום בפנקס השכר שמנהל המעסיק בהתאם לסעיף 24 לחוק הגנת השכר.

6. שכרו בפועל של העובד, הכולל את כספי הטיפים הוא "השכר המבוטח" על פיו ייחשב המוסד לביטוח לאומי את הגמלה לה יהיה זכאי העובד בקרות מקרה המזכה בתשלום גמלה.¹⁰⁰

אף על פי שלגישתנו פסיקתו זו של בית הדין הארצי לעבודה היא ראויה, הרי שאין היא חפה מביקורת.¹⁰¹ ראשית, שוב מתעוררת שאלת יכולת האכיפה של ההסדר החדש, הן מבחינת רשויות המס, והן מבחינת דיני העבודה ודיני הביטוח הלאומי. הואיל ושיעור כספי הטיפים המשולמים אינו קבוע, ולרוב "דמי השירות" אינם נכללים בחשבונית שמקבלים הסועדים כאחוז קבוע מתוך ההזמנה, קיים קושי מעשי בהערכת שווי כספי הטיפים כתקבולי המסעדה לצורך דיווחי המס. כפועל יוצא מכך, עשוי להיפגע גם התמריץ של בעל המסעדה לרשום את מלוא כספי הטיפים שהתקבלו במזומן מאת הסועדים בפנקס השכר של העובד. במצב דברים זה אין להתפלא אם המלצרים יעדיפו אף הם שלא להעביר במלואם את כספי הטיפים לבעל המסעדה או ל"קופת הטיפים" המשותפת לכל שרשרת השירות, ולקחתם לכיסם הפרטי.¹⁰²

100 בהקשר זה הטעים בית הדין הארצי וקבע כי: "אם לא שולמו דמי הביטוח הלאומי בגין כספי התשר, יהיה מקום לשקול, לאור ההלכה המחודשת, 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". שם.

101 לדברי ביקורת קצרים על הלכת קיס ועל הכללים שנקבעו בה, ראו גם גיא דוידוב "הערת פסיקה: פרשת עומרי קיס נ' המוסד לביטוח לאומי" בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית (24.5.2018) <https://tinyurl.com/hujiblog>.

102 ראו גם נתנוז, ויס וזילברמן, לעיל ה"ש 20, בעמ' 16-17. בהקשר זה ראו הערתו של בית הדין הארצי לעבודה בע"ע (ארצי) 20-09-28894 בנינו – חיון (נבו 3.6.2021). בית הדין

ביקורת נוספת שאפשר למתוח על ההסדר שנקבע בפרשת קיס היא באשר לאפשרות שניתנה למעסיק להגיע להסכמה עם עובדי שרשרת השירות בדבר יצירת ההתניה החורגת מברירת המחל. קרי ההתניה החוזית שלפיה המעסיק רשאי להשתמש בכספי הטיפים העולים על שכר המינימום או על השכר בשיעור גבוה יותר שסוכם עליו בחוזה העבודה, לשם ביצוע תשלומי החובה החלים על המעסיק.¹⁰³ עקב חוסר השוויון המובנה ביחסים החוזיים שבין הצדדים לחוזה העבודה, ופערי כוח המיקוח העומדים לטובתו של המעסיק,¹⁰⁴ ניתן להטיל ספק אשר להסכמתו מרצון חופשי של העובד לתניה חורגת שכזו. דברים אלו בוודאי מקבלים משנה תוקף במקרים של עובדים מוחלשים, צעירים או חסרי ניסיון, אשר ממילא עובדים לפרנסתם בענפים שבהם נהוג לתת טיפ עבור השירות שהעניקו, כגון בענף המלצרות. ההיגיון הכלכלי של תניה חורגת זו לטובת המעסיק היא ברורה, ולכן ניתן להניח כי בנסיבות אלו "התניה החורגת" היא שתהיה ל"ברירת המחל".

זאת ועוד, יש שיטענו כי מוטב היה אילו בית הדין הארצי בפרשת קיס היה זונח כליל את "מבחן הוולונטריות".¹⁰⁵ זאת מכיוון שמבחן ותיק זה עלול רק להערים קשיים על סיווג המשפטי הנכון של כספי הטיפים בענפים מסוימים, הן בתחום דיני העבודה, הן בתחום דיני הביטוח הלאומי והן בתחום דיני המיסים. כך לדוגמה, בתחום דיני המיסים הוא עלול לעודד אי-דיווח של נישומים על הכנסתם במהלך העבודה, רק מכיוון שניתנו באופן וולונטרי ללא שקיימת בענף המסוים שבו הם עובדים "נוהג מושרש היטב העולה כדי נורמה משפטית מחייבת" של מתן טיפים לנותני השירות (ולכן לא יסווגו כחלק מהכנסתם מאת המעסיק). לפיכך, ועל פי טענה זו, יש להפסיק את המשך השימוש ב"מבחן

הארצי דן בערעורו של עובד אשר תבע את מעסיקו לשעבר, בין היתר, לקבלת הפרשי שכר. זאת לאחר שמשך עשרות שנים נהגו הצדדים מהסדר לפיו שכרו של העובד שולם לו במזומן, כשבתלושי השכר דיווח המעסיק על שכר המינימום בלבד כקבוע בחוק. באופן זה נחסכו מהמעסיק עלויות גלוות לשכרו של העובד עבור זכויותיו הסוציאליות; והעובד תבע וקיבל מהמוסד לביטוח לאומי גמלת השלמת הכנסה על בסיס שכרו הנמוך שדווח בתלושי השכר, למרות שבפועל השתכר הרבה יותר. בשולי פסק הדין העיר בית הדין הארצי לעבודה כי בשל תמונה עגומה זו של מעשה התרמית על רשויות המדינה, בו נטלו חלק שני הצדדים, הוא מורה על העברת עותק מפסק הדין ליועץ המשפטי בהנהלת בתי המשפט אשר ישקול אם יש מקום להפנותו לגורמים הרלוונטיים. ראו שם, פס' 6 לפסק הדין. ראו גם פסק דינו של נציג הציבור מר ליפשיץ.

103 ראו לעיל, ס' 3 לעיקרי הלכת קיס.

104 על חוסר השוויון המובנה ביחסים החוזיים שבין העובד למעסיק, ועל תכלית משפט העבודה המגן, ראו יוסי רחמים אחריות תאגידים כלפי ציבור העובדים 339–345 (2019).

105 לגישה בדבר אי-נחיצותו של מבחן הוולונטריות, ראו מרגליות, לעיל ה"ש 56, בעמ', 237–239.

הוולונטריות", ולהתמקד אך במבחן השני שנקבע בהלכת קיס, קרי "מבחן הקשר בין דמי השירות למוצר".

אולם לטענתנו, ישנה בהחלט חשיבות להמשך השימוש ב"מבחן הוולונטריות" כאבן הבוחן לבירור השאלה – אם מדובר בשיטה ממוסדת של מתן טיפ לעובדי השירות, אותה מכירים כל הצדדים לעסקה, כך שאפשר לראות בטיפ ככזה שניתן לבית העסק; או שמתן הטיפ הוא פרי רצונו הטוב של הלקוח, במקרים בודדים, מעבר לחובתו על פי דין או מכוח החוזה שבין הצדדים, כך שאפשר לראות בטיפ ככזה שניתן לעובד.

אם הטיפ ניתן ישירות לעובד, כמקרה בודד, בלי שהלקוח נדרש לכך מראש או בדיעבד על ידי בעל העסק, ובלי שקיים נוהג מושרש היטב העולה כדי נורמה משפטית מחייבת אשר לנתינתה, או אשר להיקפה – ראוי לדעתנו להשאיר כספים אלו בידי העובד, ואין לראות בהם כחלק מהכנסתו מאת המעסיק, על כל המשתמע מכך. הטעם לכך הוא כפול: ראשית, ממילא ניתן להניח שמדובר ב"כסף קטן", אשר אינו מהווה משקל משמעותי משכרו של העובד, ועל כן המשמעות של כספים אלו היא זניחה יחסית בהקשר של דיני המיסים, דיני העבודה ודיני הביטוח הלאומי;¹⁰⁶ שנית, לגישתנו יש להשאיר בכל זאת בידי הלקוחות מרחב מסוים של שיקול דעת ביחסיהם עם נותני השירות שלהם, וברצונם לתמרץ אותם מראש או בדיעבד על שירותיהם הטובים במהלך עבודתם באמצעות מתן הטיפ, באופן שאינו מחייב או קבוע מראש.

אולם ככל שמדובר בשיטה ממוסדת של מתן טיפים לנותני השירות, כחלק מדרישת בעל העסק מלקוחותיו – בין אם מקורה בחוזה בין הצדדים או בנוהג מושרש היטב העולה כדי נורמה משפטית מחייבת – הרי שניתל מכספים אלו רכיב הוולונטריות. לפיכך ראוי לסווג כספים אלו כהכנסה שוטפת ורגילה של העסק, וכהכנסת העובד מאת מעסיקו, על כל המשתמע מכך. במקרים אלו ניתן גם להעריך כי בעל העסק שיקלל מראש את הכנסותיו מהטיפים בבואו לתמחר את המוצרים או השירותים שהוא מציע למכירה, כמו גם את גובה שכר הבסיס שהוא מעניק לעובדיו.¹⁰⁷

כספי הטיפים לנותני השירות בענף אולמות האירועים בישראל הם דוגמה טובה כדי להמחיש את חשיבותו של "מבחן הוולונטריות" לצורך סיווג מעמד המשפטי של כספים אלו. אם מדובר בטיפים שהשאירו אורחי האירוע למלצר ששירת אותם, הרי שספק אם מדובר ב"נוהג מושרש היטב בישראל העולה כדי נורמה משפטית מחייבת, שהפרתה גוררת סנקציה חברתית". כמו כן, אין אומדן

106 דוגמת מתן טיפ לעובד הסופרמרקט שעזר בסחיבת הקניות אל רכבו של הלקוח, או מתן טיפ לרוחץ הרכב בעסק לשטיפת מכוניות.

107 מרגליות, לעיל ה"ש 56, בעמ' 237-242.

מקובל אשר לגובה הטיפ המשותף שעל יושבי השולחן לתת למלצר, ככל שניתן.¹⁰⁸ לפיכך, ועל פי "מבחן הוולונטריות", לגישתנו אין לראות בכספים אלו כהכנסת אולם האירועים וכהכנסת העובד מאת מעסיקו. ודוק, כך גם קובע בפועל סעיף 18 לצו ההרחבה בענף האולמות וגני האירועים, אשר הרחיב תחולת הוראותיו של הסכם קיבוצי כללי משנת 2006.¹⁰⁹

אולם כן קיימת בישראל נורמה מושרשת היטב בענף אולמות האירועים, המוכרת כמעט לכל מי שערך אירוע. נורמה שלפיה מתבקשים בעלי האירוע על ידי בעל העסק לתת בסוף האירוע טיפ לשף הראשי, למנהל האירוע או לצוות המלצרים. על פי רוב דרישה זו מוצגת בפני בעלי האירוע בצורה ברורה ומפורשת, כחלק מהעסקה כולה, אך בלי שהיא נכללת בתמורה הרשמית לבעל העסק או בחשבונית המס.¹¹⁰ טיפ זה עשוי להסתכם באלפי שקלים המשולמים ישירות לעובדי אולם האירועים, והם חלק מרכזי מהכנסתם של אלו. לפיכך, הואיל וניטל מכספים אלו כל אלמנט של וולונטריות מצד בעלי האירוע, הרי שראוי לסווגם מבחינה משפטית כהכנסת העסק וכהכנסת העובד מהעבודה.¹¹¹ בדרך זו אנו סבורים שאפשר יהיה להבטיח את זכויותיהם של עובדי ענף אולמות האירועים מכוח דיני העבודה ודיני הביטוח הלאומי ביחס לשכרם האמיתי. מטעמים אלו, כך לגישתנו, נובעת החשיבות להמשך השימוש ב"מבחן הוולונטריות", כאחד משני המבחנים לסיווג כספי הטיפים.

¹⁰⁸ ניתן לשער שהסיבה לכך שנוהג זה אינו כה מושרש בענף אולמות האירועים היא העובדה שבמסעדה הסועדים הם לקוחותיו של בעל העסק עת התיישבו במקום והזמינו לסעוד בתשלום. לעומת זאת, אורחי האירוע אינם לקוחות אולם האירועים, ועל כן אינם רואים הכרח או מרגישים צורך להשאיר טיפ למלצר שהגיש להם את המנות (עליהן שילמו כבר המארחים). נוסף על כך, ייתכן שאורחי האירוע מניחים כי בעלי האירוע ישלמו למלצרים טיפ בסוף האירוע, כמקובל בישראל.

¹⁰⁹ ראו ס' 18 לצו ההרחבה בענף אולמות וגני אירועים בישראל, התשס"ו-2006, ק"ת 2006: "טיפים ו/או דמי שירות ו/או תשרים וכל תקבול אחר שיינתן לעובדים בגין השירות מהאורחים אינם בגדר שכר עבודה כמשמעותו עפ"י חוק". צו ההרחבה הרחיב את תחולתו של ההסכם הקיבוצי הכללי שנחתם בין התאחדות בעלי אולמות וגני אירועים בישראל לבין הסתדרות העובדים החדשה.

¹¹⁰ ודוק, מתן הטיפים לשף, למנהל האירוע או למלצרים, כפי שנדרשים בעלי האירוע לתת, אינו מותנה באיכות השירות שהעניקו בפועל נותני שירות אלה. סביר אף להניח שרגע לאחר שהסתיים האירוע, בשעת לילה מאוחרת, אין בידי בעלי האירוע המידע הלוונטי על אודות טיב השירות שנתנו המלצרים לאורחי האירוע או על איכות המנות שהכין השף, בניגום הם נותנים להם את "הטיפ".

¹¹¹ מסקנה זו עולה גם מלשון ס' 18 לצו ההרחבה בענף אולמות וגני אירועים בישראל, המתייחס לטיפ שהתקבל "מהאורחים", ואילו במקרה דנן מדובר בטיפ שנמסר לעובד על ידי בעל האירוע, קרי הלקוח של אולם האירועים.

סופם של דברים, בית הדין הארצי לעבודה קבע בעניין קיס הלכה חדשה בדין הישראלי, והנהיג הסדר משפטי כולל בתחום דיני העבודה ודיני הביטוח הלאומי בדרך של "חקיקה שיפוטית", אשר מקרין באופן עקיף גם על תחום דיני המיסים.¹¹² הסדר שממנו נמנעו עד כה בית הדין הארצי לעבודה ובית המשפט העליון. הסדר משפטי שהוא בניגוד לדעת הרוב של שופטי בית המשפט העליון בדנג"ץ כהן, ותוך סטייה מהלכת ספארי הולדינגס הוותיקה, וכן מהלכת מלכה. כל זאת מחמת המשך שתיקתו של המחוקק בנושא במשך שנים וסירובו ליצור הסדר כולל אשר לסיוגם המשפטי של כספי הטיפים. ובכל זאת, על אף פסק הדין המפורט, הנשיא פליטמן בחר לחתום את פסק דינו הארוך דווקא בפנייה חוזרת למחוקק, ליצירת הסדרה כוללת של סוגיית הטיפים בחקיקה, וזאת על פני ההסדרה בידי הרשות השופטת.¹¹³

ה. האם ראוי להרחיב את היקף תחולתה של הלכת קיס על ענפי עבודה אחרים?

בית הדין הארצי לעבודה סיים את פסק דינו בעניין קיס בשלוש הערות.

¹¹² נוכח ההשלכות המשפטיות והכלכליות הטמונות בהלכה חדשה זו, ובהסדרים החדשים, נקבע כי הלכה זו תחול החל מינואר 2019. עם זאת אפשר למצוא פסיקות סותרות של בתי הדין האזוריים לעבודה לעניין תחולתו הרטרואקטיבית של הלכת קיס, לעיל ה"ש 4, על תקופת עבודה של מלצרים שהתחילה והסתיימה לפני ה-1 בינואר 2019 (ואפילו לפני מועד מתן פסק הדין עצמו): יש מקרים שבהם בית הדין האזורי לעבודה קבע כי אין להחיל רטרואקטיבית את הלכת קיס על תקופת עבודה שקדמה ל-1 בינואר 2019 – בין אם פסק הדין ניתן לפני מועד זה (סע"ש (אזורי י-ם) 42978-12-14 אזולאי – הנדלניסט יעוץ, ניהול ושיווק נדל"ן בע"מ (נבו 4.6.2018)), ובין אם לאחריו (סע"ש (אזורי ת"א) 41235-04-18 אגמי – אתיקם ניהול בע"מ (נבו 8.7.2020) (להלן: עניין אגמי)); ויש מקרים שבהם אותו בית הדין האזורי לעבודה קבע כי יש להחיל רטרואקטיבית את הלכת קיס על תקופת עבודה שקדמה ל-1 בינואר 2019 – בין אם פסק הדין ניתן לפני מועד זה (סע"ש (אזורי ב"ש) 6819-04-16 משעלי – אלדרו השקעות 2007 בע"מ (נבו 11.10.2018)), ובין אם לאחריו (ב"ל (אזורי חי') 36154-11-15 הייכל – המוסד לביטוח לאומי (נבו 25.6.2019)); סע"ש (אזורי ת"א) 1398-03-17 חברון – אביאל מסעדות בע"מ (נבו 5.1.2020); סע"ש (אזורי ת"א) 23449-11-18 לנדסמן – ברקפסט קלאב 6 בע"מ (נבו 6.5.2020); סע"ש (אזורי חי') 6624-04-18 סלנסקו – קפה גרג גרנד קניון בע"מ (נבו 18.10.2020); סע"ש (אזורי ת"א) 32687-01-18 מרסמן – סביצה (נבו 27.7.2020). קביעתו של סגן הנשיא (כתוארו אז) אבו קאעוד בעניין סביצה עומדת בסתירה לקביעתה של סגנית הנשיאה גילצר-כץ בעניין אגמי שהובא לעיל. ובמילים אלו סיים הנשיא פליטמן את פסק דינו: "לא למותר להבהיר ולהטעים את המובן מאליו, והוא כי אין בפסק דינו זה כדי לייתר הסדרה של סוגיית התשר בכללותה על ידי המחוקק, והדבר אף רצוי ומתבקש". הלכת קיס, שם, בפס' 120 לפסק הדין של הנשיא פליטמן.

בראשונה שבהן הוא ביקש לסייג את דבריו ולגדר את היקף ההלכה החדשה כך שתחול על תשלום טיפים לעובדים שהם חלק משרשרת השירות בענף המסעדות בלבד (קרי במסעדות, בתי קפה ופאבים).¹¹⁴ מדברים אלו ניתן להבין לכאורה כי אין מקום להרחיב אותה או ליישם אותה גם על ענפי עבודה אחרים. בדרך זו פסק, לדוגמה, בית הדין האזורי לעבודה בעניינה של קוסמטיקאית, אשר תבעה את מעסיקתה בטענה כי יש לראות בטיפים שקיבלה במהלך עבודה כ"הכנסה מעבודה" מאת מעסיקתה, זאת לצורך חישוב תגמולי המעסיקה להפרשות הסוציאליות.¹¹⁵ בית הדין לעבודה דחה טענה זו, וקבע בקצרה וללא דיון: "אין להקיש מהפסיקה בענף המסעדות, אשר לו מאפיינים מיוחדים, לרבות היותו של התשר חלק מרכזי משכר המלצרים אשר ניתן באופן קבוע, עבור העבודה המבוצעת על ידם באופן רגיל לענפים אחרים".¹¹⁶

לגישתנו, אפשר וראוי להחיל את הלכת קיס – בדרך של יישום או הבחנה – גם על ענפי עבודה אחרים, וזאת משלושת הנימוקים הבאים:

1. הלכת קיס מבוססת על קביעות נורמטיביות בעלות תחולה כללית – כאמור לעיל, החלטתו של בית הדין לעבודה בעניין קיס – לפיה יש לראות בטיפ המשולם למלצר כהכנסת עבודה של העובד מאת מעסיקו – התבססה על שני מבחנים מצטברים:

א. מבחן הוולונטריות – האם תשלום הטיפ מבוסס על פעולה וולונטרית הנובעת מרצונו הטוב של הלקוח, או שמא זו פעולה הנובעת מנוהג מושרש היטב העולה כדי נורמה משפטית מחייבת, שהפרתה גוררת סנקציה חברתית?

ב. מבחן הקשר בין דמי השירות למוצר – האם יש הצדקה עניינית להפרדה ולהבחנה בין השירות הניתן ללקוח ובין יתר הרכיבים הנכללים במוצר או השירות העיקרי שהזמין הלקוח?

מבחנים אלו, אשר אנו רואים בהם כראויים לאימוץ, הם הכלל ההלכתי אותו קבע בית הדין הארצי לעבודה בפסק דינו. "הרציו" של פסק הדין, שחולץ מתוך נימוקיו של בית הדין אשר נדרשו לצורך הכרעתו בתיק.¹¹⁷

¹¹⁴ עניין קיס, לעיל ה"ש 4, בפס' 120 לפסק הדין של הנשיא פליטמן. בהערה השנייה מבין השלוש הסביר הנשיא פליטמן את החשיבות של ההלכה החדשה שנקבעה בפסק הדין, וזאת על אף הפגיעה הצפויה לבעלי המסעדות, לעובדיהן ולציבור מההסדר הפסיקתי שנקבע. את הערה השלישית הקדיש, שוב, לפניה למחוקק ליצירת הסדר כולל אשר למעמד המשפטי של כספי הטיפים. ראו לעיל, ה"ש 113.

¹¹⁵ ד"מ (אזורי ת"א) 27491-03-18 ארונוב – יוליה טיפולים קוסמטיים בע"מ (נבו) 8.9.2019.

¹¹⁶ שם, בפס' 16-18 לפסק הדין.

¹¹⁷ ראו יוסי נחושתן "חילוץ הלכה במצבי אי-הסכמה" הפרקליט נ 631, 635-638 (2010);

בנסיבות עניין קיס, קרי בשאלת טיפ הניתן לעובדי שרשרת השירות בענף המסעדות, פסק כאמור בית הדין הארצי כי מתן הטיפ במסעדות הוא נוהג מושרש היטב העולה כדי נורמה משפטית מחייבת, ואינו מבוסס כלל על וולונטריות או על רצונו הטוב של הלקוח. כמו כן, מצא כי אין הצדקה עניינית להפרדת רכיב השירות שניתן על ידי המלצר מיתר הרכיבים הכלולים בישיבה במסעדה (כמו אוכל, אווירה, מיקום, וכיוצא באלה). לפיכך, לגישתנו אין מניעה – משפטית או נורמטיבית – כי כלל הלכתי זה שיצא תחת ידיו של בית הדין הארצי לעבודה ייבחן באותה הדרך על מקרים אחרים שיובאו בפני בתי הדין לעבודה, ובענפי עבודה אחרים שם נוהג לתת טיפ, כגון בענף התיירות, בענף המספרות, בענף משלוחי המזון, ועוד. כך לדוגמה, בכל הנוגע למתן טיפים בענף ההובלות – שבו לקוח רכש מוצר חשמלי גדול או רהיט, ושילם מראש לבעל העסק, נוסף על מחיר המוצר, גם עבור ההובלה וההתקנה של אותו מוצר. אם לקוח נתן למוביל טיפ עבור שירותיו הטובים, הרי שלגישתנו, ועל פי המבחנים שנקבעו בעניין קיס, אין לראות בכספים אלו כהכנסת העסק. ראשית, נראה כי רכיב הוולונטריות מתקיים במלואו, וכי אין נוהג מושרש בישראל העולה לכדי נורמה חברתית מחייבת שבו לקוחות משלמים טיפ למוביל, נוסף על מאות השקלים ששילמו ממילא על רכיב ההובלה.¹¹⁸ שנית, לדעתנו אין מקום להפרדה מלאכותית בין השירות שהעניק המוביל ללקוח ובין יתר הרכיבים שנכללו בתשלום עבור ההובלה וההתקנה. כך לדוגמה, ממוביל של מוצר רהיט גדול מצופה כחלק מעבודתו במתן שירותי הובלה לבית הלקוח, שינהג עם המוצר שהוא מוביל בזהירות ובלי לפגוע בו, יזהר שלא לפגוע בחדרי המדרגות או במעלית של הבניין, יזהר שלא לפגוע או להפיל חפצים בדירת הלקוח, ובאופן כללי ינהג בנימוס ובאדיבות ללקוח. עבור אלה אין מקום לתשלום שהוא נוסף על המוצר העיקרי שמספק המוביל ושעליו שולם מראש – שהוא ממילא שירותי ההובלה. לכן, ככל שמצא לנכון הלקוח להעניק למוביל טיפ, הרי זה מעל לנדרש וככל הנראה על מאמץ נוסף שעשה המוביל מעבר למצופה ממנו בעבודה. ומכאן שבדרך של החלת

מרים בן-פורת "Ratio Decidendi" הד המשפט 24, 28 (1956); איתן מגן "תקדים מחייב – קשיי יישומו במישור האנכי" הפרקליט מג 324, 332 (1997).
 ניתן להניח כי אותו לחץ חברתי הגורם ללקוחות המסעדה להשאיר טיפ למלצר, כנוהג מושרש היטב בחברה הישראלית, אינו מתקיים בבית הלקוח. ולו מהסיבה כי שירותיו של המוביל או השליח ניתנים באופן פרטי, וללא נוכחות חברתית של אחרים המפעילים על הלקוח לחץ חיצוני, ובלי שהוא חושש לביקורת שלילית מצדם על שלא נהג בנדיבות המקובלת כלפי המוביל או השליח. על כן, בישראל, תופעת הטיפים בענפים אלו שכיחה פחות מאשר במסעדות, לדוגמה. ראו גם לעיל, בסמוך לה"ש 17.

- המבחנים שנקבעו בעניין קיס נראה כי אין לראות בטיפים הללו שניתנו למוביל כהכנסת עבודה שלו מאת מעסיקו.
2. גידור הלכת קיס אינה יוצרת הסדר שלילי – בית הדין הארצי לעבודה הדגיש כי קביעתו הקונקרטיית חלה רק על ענף המסעדות, מכיוון שבשאלה זו עסק הסכסוך שהובא בפניו. בענף זה ולא בענף אחר. אולם בדבריו אלו לא קבע באופן פוזיטיבי כי טיפים בענפי עבודה אחרים לא ייחשבו כהכנסת העובד מאת מעסיקו, או כי אין להתאים הלכה זו גם לענפי עבודה אחרים. מכאן שאין כל בסיס לשוני לסברה שאין ליישם או להתאים את הלכת קיס גם על תשלום טיפים בענפי עבודה אחרים. זאת כאשר תגיע השאלה באופן ישיר בפני בתי הדין לעבודה, אשר ידרשו לפסוק בה לגופה, ועל פי עובדות המקרה שיובאו בפניהם.
3. הרצון לבסס את ההלכה החדשה – בית הדין הארצי לא הסתיר בפסק דינו בעניין קיס כי הוא מודע היטב לכך שהכרעתו היא תקדימית, בעלת אופי של "חקיקה שיפוטית" וככזו שמשנה את הדין הקיים, כפי שציינו קודם לכם. בית הדין ציין בפסק דינו שוב ושוב, לאורך כל הכרעת דינו, כי פסיקתו זו מגיעה כברירת מחדל בשל שתיקתו של המחוקק אשר נמנע מהסדרת הנושא בחקיקה ראשית במשך שנים. הנה חלק מדבריו בעניין זה:

"קביעותינו דלעיל מהוות שינוי משמעותי מפסיקה קודמת ומהלכות קודמות [...] אין זה דבר של מה בכך. נהפוך הוא [...] 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"¹¹⁹.

"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 מידי והמצויים בסמכותו

119 עניין קיס, לעיל ה"ש 4, בפס' 107 לפסק הדין של הנשיא פליטמן.

העניינית של בית דין זה, ושתיקה הולכת ונמשכת של המחוקק. בנסיבות אלה, אל לנו לחשות"¹²⁰.

בית הדין הארצי לעבודה לא רק שהיה מודע למשמעותה המשפטית של הכרעתו התקדימית, כאמור, אלא היה מודע גם להשלכותיה הכלכליות של ההלכה החדשנית, לקושי של יישומה בפועל, ולאופן שבו תתקבל על ידי הגורמים המעורבים בענף המסעדות. כמין רעידת אדמה בענף. בית הדין הדגיש דברים אלו בפסק הדין כמה פעמים:

"אנו ערים לכך שייתכן כי בעקבות פסיקתנו זו יתחוללו שינויים 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"¹²¹.

ער למצב דברים זה, קרי לחקיקה השיפוטית שתצא תחת ידיו, ולצורך של הגורמים המעורבים להיערך בהתאם לשם יישומה בפועל, קבע בית הדין כי ההסדר החדש שקבע לא ייכנס לתוקפו לאלתר, כמקובל בפסקי דין, אלא יידחה בחמישה חודשים מיום מתן פסק הדין.¹²² זאת משני טעמים שציינ: ¹²³ הטעם האחד, לתת לגורמים המעורבים (מעסיקים והמוסד לביטוח לאומי) זמן התארגנות והיערכות ליישום הדין החדש, גם בהיבט של הדיווח החשבונאי באותה שנת מס.¹²⁴ הטעם השני, לתת למחוקק

120 שם, בפס' 108 לפסק הדין של הנשיא פליטמן; ראו גם הדברים הדומים בפס' 93, 97, 99 ו-110 לפסק הדין.

121 שם, בפס' 95 לפסק הדין של הנשיא פליטמן. ראו גם דברים זהים בפס' 112, וכן בפס' 120 לפסק הדין: "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".

122 שם, בפס' 113 לפסק הדין של הנשיא פליטמן.

123 שם.

124 כפי שמקובל לעשות לעיתים בנורמה חקיקתית, אשר תוקף הוראותיה המחייבות נדחה ממועד כניסתה לתוקף ופרסומה ברשומות. זאת במטרה להביאה קודם לידיעתו של ציבור נמעני החוק ולתת להם זמן התארגנות ליישומה.

שהות לבחון את ההלכה החדשה ולחוקק במקומה הסדר אחר בחקיקה ראשית, ככל שיראה לנכון לעשות כן. יצוין, שאין מן הנמנע כי הייתה סיבה שלישית וסמויה, והיא רצון בית הדין לתת לצדדים המעורבים בענף המסעדות שהות להבין ולקבל את השינוי המשמעותי שחל בעניין זה טרם יחול הדין החדש, ובכך לצנן אולי את הביקורת שתופנה כלפי בית הדין.¹²⁵ על רקע דברים אלו של בית הדין הארצי לעבודה, ניתן לשער מדוע היה לו חשוב לגדר ולסייג את הלכתו התקדימית לענף המסעדות בלבד, חלף החלטה והרחבתה לענפים אחרים שבהם משולם טיפ לעובד. בבחינת כל דבר בעתו, בלי "להעמיס" על פסק הדין התקדימי ממילא הרחבות נוספות. כל זאת לפחות עד אשר תתבסס ההלכה בדין הישראלי ותעמוד למבחן גם בפסיקות הבאות של בתי הדין לעבודה, או אף זו של בג"ץ.

אחד ממאפייניו של המשפט המקובל, אשר המשפט הישראלי נשען על יסודותיו, הוא יצירת כללים אינדוקטיביים, מן הפרט אל הכלל.¹²⁶ על כן, משהניח בית הדין הארצי לעבודה לפתחו של הציבור כלל נורמטיבי מחייב שנוגד ממקרה פרטי שהובא בפניו, רשאים נמעני המשפט ליישמו במקרים אחרים שיובאו בעתיד בפני בתי הדין לעבודה, או להבחין בין המקרים ולא ליישם את הכלל. לפיכך, ועל בסיס שלושת הנימוקים שהובאו לעיל, מסקנתנו היא שראוי ואפשר להחיל את הלכת קיס גם על ענפי עבודה אחרים, ולבחון אם יש לראות בטיפים שמשולמים לעובדים בענפים אלו כהכנסת העובד מעבודה אצל מעסיקו. הכול בהתאם לשני המבחנים שנקבעו בעניין קיס – "מבחן הוולונטריות" ו"מבחן הקשר בין דמי השירות למוצר".¹²⁷

¹²⁵ על החששות והביקורות שנשמעו, כמו גם על הלך הרוח בציבור עם קבלת פסק הדין בעניין קיס, ראו ניצן צבי כהן "בשורה למלצרים – פסק דין: מעתה ייחשב תשלום הטיפ כשכר עבודה לכל דבר ועניין" דבר (26.3.2018) <https://www.davar1.co.il/117623>; חן מענית "בין ביקורת גוברת לדאגה לזכויות העובדים: עצמאות בית הדין לעבודה עומדת במבחן" גלובס (23.12.2018) <https://tinyurl.com/yetmhdws>; אורנה יפת "המסעדנים נגד מע"מ על הטיפים: סחרור כלכלי שמושת עלינו" כלכליסט (23.12.2019) <https://tinyurl.com/5n6nhb8k>.

¹²⁶ אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ' 197, 199 (2000).
¹²⁷ כך פסק לדוגמה בית הדין האזורי לעבודה במקרה של שליח אוכל ממסעדה, אשר מעסיקתו שילמה לו גמול גלובלי עבור השעות הנוספות מתוך כספי הטיפים. בית הדין לעבודה קבע כי הלכת קיס, לעיל ה"ש 4, רלוונטית גם לשאלת מעמד המשפטי של טיפים שנמסרו לשליח. ואף על פי שהמעסיקה לא רשמה כספים אלו בספריה, היא יכולה להשתמש בהם לתשלום שכרו של העובד, בהתאם למוסכם בחוזה העבודה. ראו סע"ש (אזורי ת"א) 17-11-120 מור – אגאדיר בע"מ, פס' 26 לפסק הדין (נבו) (8.9.2020).

אולם, אין אלו הסיבות היחידות אשר בגינן לטענתנו יש להחיל הלכה זו גם על ענפי עבודה אחרים. כפי שהדגיש בית הדין הארצי לעבודה בפסק דינו בעניין קיס, החוק הישראלי אינו כולל כל הסדרה של נושא הטיפים באף ענף עבודה בישראל.¹²⁸ כך בענף המסעדנות, וכך בכל ענף אחר שבו נהוג לעיתים לשלם לעובד טיפ, כגון בענף התיירות, ענף המספרות, ענף ההובלה, ענף התיירות, וכיוצא באלה. ההסדר היחידי הקיים בדין הישראלי כנורמה בת-פועל תחיקתי הוא, כאמור לעיל, בענף האולמות וגני האירועים, מכוח צו הרחבה שניתן על ידי שר העבודה.¹²⁹ הווה אומר כי אותו ריק חקיקתי שקיים בענף המסעדנות – ושאותו מילא בית הדין הארצי לעבודה בעניין קיס – קיים גם בענפי עבודה אחרים. גם באלו מתקיימים רוב, אם לא כל, הקשיים שעליהם עמד בית הדין הארצי לעבודה בהקשר של ענף המסעדנות.¹³⁰ לפיכך, מן הראוי, כך לטענתנו, לבחון את שאלת סיווג המשפטי של הטיפים על פי הלכת קיס גם בענפי עבודה אחרים שבהם נהוג לתת טיפ לעובדים.

כאמור, תרבות מתן הטיפים לנותני השירות בישראל נהוגה בענפים רבים. אולם בחיבורנו זה נבקש לבחון את הלכת קיס על ענף אחד – ענף התיירות, שהוא אחד מהענפים המרכזיים שבהם הלקוחות נוהגים לשלם טיפ למדריך הטיולים ולנהג האוטובוס.

1. טיפים כהכנסה מעבודה בענף התיירות

עולם התיירות עבר מהפך בעשורים האחרונים, כמו לא מעט ענפים אחרים, הודות להתפתחות הטכנולוגיה ורשת האינטרנט. בעבר, טיולים אל מעבר לים היו מחייבים פנייה לסוכן נסיעות לשם הזמנת כרטיסי טיסה, בתי מלון, ושכירת שירותיהם של מדריכי טיולים שיובילו וידריכו את הטיול. שרשרת שלמה של נותני שירותים בענף התיירות שהיה הכרח בסיועם. האפשרויות לרכוש או מידע

¹²⁸ המונח "תשר" או "טיפ" לא מופיע באף חוק ישראלי, אלא בתקנות בלבד בהקשר של רשות שדות התעופה. ראו כלל 12(א)4 לכללי רשות שדות התעופה (שמירה על הסדר בשדות תעופה), התשמ"ד-1984, ק"ת 4624; כלל 20(א)4 לכללי רשות שדות התעופה (שמירה על הסדר במסופי המעבר היבשתיים), התשמ"ו-1985, ק"ת 4888. גם בכללים אלו המונח תשר מופיע בהקשר של איסור קבלתו, ולא בהקשר של הסדרת מעמדו וסיווגו החשבונאי.

¹²⁹ ראו לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 109.

¹³⁰ בית הדין מנה שבעה קשיים: פגיעה בעקרון הביטוח הסוציאלי; תת ביטוח; פגיעה בזכויות סוציאליות; פגיעה במעסיקים; חוסר אחידות; קושי עיוני בסיווג הטיפ כהכנסת עבודה שלא מהמעסיק; קושי עיוני בפיצול הכנסה מאותה עבודה לשני סוגים. ראו עניין קיס, לעיל ה"ש 4, בפס' 98 לפסק הדין של הנשיא פליטמן. ראו הדיון בעניין זה גם להלן, סמוך לה"ש 159.

מוקדם על אודות יעדי הטיול היו מוגבלות, והסתכמו בדרך כלל בספרי טיולים שהתעדכנו מעת לעת.¹³¹ אך כיום, באמצעות אפליקציות התיירות הרבות (ישומונים), ורשת האינטרנט שהפכה את כדור הארץ לאתר תיירות אחד גדול, יכול כל אדם לרכוש לעצמו כרטיסי טיסה בכל זמן ולכל מקום, להזמין מהטלפון הנייד חדר בבית מלון, ולשריין רכב שכור בשדה התעופה.¹³² גם ביעד הטיול התייר כבר לא צריך בהכרח להיעזר במדריך טיולים, שכן אפשר לתכנן מראש את מסלול הטיול, ולהיעזר באפליקציות הניווט השונות להתמצאות בסביבה החדשה. עם זאת, שוק הטיולים המאורגנים בעולם עדיין קיים ויש לו ביקוש על ידי תיירים רבים, ואף על פי שענף עבודה זה הצטמצם בעידן הנוכחי, הוא ממשיך לספק עבודה למדריכי טיולים רבים ולנהגי ההסעות באוטובוסים. הכנסתם של מדריכי הטיולים ונהגי האוטובוס בעבור כל טיול מאורגן מורכבת על פי רוב מארבעה מרכיבי הכנסה:

1. הכנסה קבועה עבור כל יום טיול – תשלום זה ניתן למדריך הטיולים ולנהג האוטובוס מאת החברה (חברת התיירות וחברת האוטובוסים, בהתאמה) עבור כל יום טיול והדרכה, בסכום הקבוע מראש בחוזה ההתקשרות ביניהם.¹³³
2. הכנסה מ"סיורי בחירה" – פרט לסיורים הקבועים בתכנית הטיולים של חברת התיירות, הכלולים במחיר החבילה של הטיול המאורגן, יש לתיירים אפשרות לשכור בתום יום הטיולים את המדריך ואת נהג האוטובוס לסיורים נוספים (כמו יציאות לבילוי בערב, ביקור באתר מסוים שבו

131 דוגמת ספר הנסיעות לאירופה שחיבר יוסף (טומי) לפיד, יוסף לפיד מדריך לפיד (1970), וספרי הנסיעות של חברת "שיחור".

132 איתן לשם "לתכנן טיול? פאסה. הכירו את מדריך הטיולים של המחר, והוא בוואצאפ שלכם" הארץ (1.6.2021) <https://tinyurl.com/2p9x7enf>.

133 יודגש כי חלק הארי של מדריכי הטיולים מתקשרים עם חברת התיירות כעצמאיים בחוזה להספקת שירותים, ומנפיקים עבור התמורה שקיבלו מחברת התיירות חשבונית. כך בוודאי בשוק העבודה המודרני, שבו צורת ההתקשרות עם עצמאיים (המכונים גם "פריילנסרים") היא שכיחה יותר. ראו בעניין זה יוסי רחמים "שוק העבודה המודרני בעידן הגלובליזציה והשפעתו על משפט העבודה" המשפט כד 457,425-458 (2018) (להלן: רחמים, "שוק העבודה המודרני בעידן הגלובליזציה"). יתר מדריכי הטיולים מתקשרים עם חברת התיירות בחוזה עבודה אישי, מכוחו מתקיימים יחסי עובד ומעסיק. על עובדים אלו חל גם צו הרחבה בענף מורי הדרך, התשס"ט-2009, י"פ 5935. נהגי האוטובוס לעומת זאת הם ברובם המוחלט עובדי חברת ההסעות, ומקיימים עימה יחסי עובד ומעסיק. חשוב לציין כי שאלת הגדרת מדריכי הטיולים כעצמאיים או "פריילנסרים" אונטניים" ראויה לדיון בפני עצמה, וייתכן כי נסיבות ההתקשרות והעסקתם בפועל עשויה להביא למסקנה כי התקיימו בין הצדדים יחסי עבודה. לדיון בנושא ראו להלן, בה"ש 143.

מעוניינים לבקר רק חלק מהקבוצה בשעות אחר הצהריים, וכיצא באלה).¹³⁴ סוירים אלו מכונים "סוירי בחירה". התיאום של סוירי הבחירה נעשה ישירות מול מדריך הטיולים ונהג האוטובוס, והתשלום עבורם מבוצע גם הוא ישירות אליהם, כאשר הם חולקים ביניהם את התמורה ללא התערבות חברת התיירות או חברת האוטובוסים.

3. הכנסה מטיפים שנמסרו על ידי התיירים המשתתפים בטיול המאורגן – נוהג מקובל בענף התיירות הוא מתן טיפ על ידי חברי הקבוצה המודרכת למדריך הטיולים ולנהג האוטובוס עבור כל יום טיול. טיפ זה לא כלול במחיר הטיול המאורגן ששילמו התיירים לחברת התיירות. זאת בניגוד לטיפים אחרים שמשולמים לנותני השירותים במהלך הטיול של הקבוצה, ואשר כן כלולים במחיר הטיול המאורגן.¹³⁵

4. הכנסה מעמלה (קומיסיון) המשולמת על ידי בעלי עסקים מקומיים – כבכל טיול ארוך, שבו נוסעים התיירים ממקום למקום לאורך היום, נוהג לעצור את האוטובוס להפסקות התרעננות, לקניות, לארוחות, לקניית מזכרות, וכדומה. אולם נקודות עצירה אלו הן לא אקראיות, אלא ההפך הוא הנכון. בענף התיירות, בישראל ובחו"ל, קיים נוהג מוכר ומושרש שלפיו מדריכי התיירים מגיעים להסכמות ולהבנות עם בעלי עסקים מקומיים, שעבור כל קבוצת תיירים שהם יביאו לפתחו של בית העסק שלהם, הם יתוגמלו בסוף הביקור בסכום כסף כעמלה ("קומיסיון" בפי עובדי הענף).¹³⁶

במאמרנו זה, נבקש להתמקד בשתי ההכנסות האחרונות של מדריכי הטיולים ושל נהגי האוטובוס, קרי בהכנסה מטיפים שנמסרו על ידי התיירים ובהכנסה מעמלות ששולמו על ידי בתי עסק מקומיים.¹³⁷

134 ראו המידע המסופק ללקוחות מתוך אתר חברת התיירות "נתור": "המחירים אינם כוללים: סוירים ובילווי בחירה נוספים (אופציה/אפשרות) – סוירים ותכניות לבילווי, אשר מוצעים כאופציה/אפשרות ואינם כלולים במחיר הטיול, הינם בגדר הצעה בלבד, לבחירתו החופשית של הנוסע. סוירים ותכניות כאמור יאורגנו באמצעות מלווי הקבוצות עם הסוכן המקומי, תמורת תשלום נוסף שמפורט בדף מידע שניתן לקבלו מ'נתור' באמצעות סוכני הנסיעות ומותנים במספר משתתפים מינימלי. הסעות, דמי כניסה וכל מרכיב נוסף בהם יהיו על חשבון הנוסעים" <https://tinyurl.com/2w2edv9x>.

135 כגון טיפ למדריכים מקומיים, לפקדי הקבלה במלון או למלצרים במסעדות שבהם התיישבו לסעוד חברי הקבוצה כחלק מתכנית הטיול.

136 יודגש כי מדריכי טיולים שעובדים כעצמאיים נדרשים על פי דין לדווח כתקבולי העסק על כל אחד ממקורות הכנסה אלו, הן לרשויות המס והן למוסד לביטוח לאומי. זאת מכוח חוק הביטוח הלאומי וס' 2(1) לפקודת מס הכנסה.

137 בשל קוצר היריעה, בחרנו במאמרנו זה להתמקד בשני רכיבים אלו בלבד מתוך הכנסתם של מדריכי הטיולים ונהגי האוטובוס התיירים, ללא התייחסות להכנסתם של אלו מ"סוירי

1. טיפים שנמסרו על ידי התיירים

כאמור, אחת הפרקטיקות הנהוגות בשוק הטיולים המאורגנים הוא מתן טיפ למדריך הטיולים ולנהג האוטובוס בסוף כל יום טיול. למי שאינו מכיר את הנהג, סוכני הנסיעות מסבירים זאת למזמיני הטיול המאורגן מראש, כהוצאה נוספת שיש להביאה בחשבון מעבר לעלות רכישת חבילת התיירות מחברת התיירות.¹³⁸ מידע זה גם מופיע בחלק מאתרי האינטרנט של חברות התיירות בישראל, המציעות טיולים מאורגנים בחו"ל.¹³⁹ באתרי אינטרנט אלו אפשר למצוא הנחיות המפנות את תשומת לב הלקוחות כי: "המחיר לא כולל טיפ למדריך הקבוצה".¹⁴⁰ לעיתים מדריך הטיולים בעצמו מסב את תשומת לבם של התיירים בהדרכתו, בזמן ישיבתם באוטובוס, שכך מקובל לעשות, קרי לאסוף מכל חברי הקבוצה טיפ עבור שירותיו. גם אתרי האינטרנט השונים והרשתות החברתיות המספקים "טיפים" ומידע למטייל, מציינים כי נהוג לתת למדריך הקבוצה ולנהג האוטובוס טיפ בסוף היום, וממליצים על הסכום המקובל לתת, התלוי באופי הטיול, המדינה בה נערך הטיול, וכיצא באלה.¹⁴¹

על פי פרקטיקה זו, גובה הטיפ שמקבלים מדריך הטיולים ונהג האוטובוס הוא פונקציה של מספר המשתתפים בטיול המאורגן כפול גובה הטיפ שנהוג לתת באותה מדינה (בשקלים, בדולרים או ביורו).¹⁴² המשמעות היא שמדובר

הבחירה". להבדיל מהכנסה מכספי הטיפים ששולמו על ידי התיירים ומהכנסה מעמלות ששולמו על ידי בתי עסק מקומיים – ששניהם התקבלו בזמן שעות העבודה, הרי שההכנסה מסיורי הבחירה התקבלה לאחר שעות העבודה הרשמיות, ולשיקול דעתם של מדריך הטיולים ונהג האוטובוס, כמו גם על פי בחירתם של חברי קבוצת התיירים. על כן סיווג המשפטי של הכנסה זו מעורר שאלות נוספות הראויות לביור. כך לדוגמה, סיווג הכנסה זו יכול להיות פרי הסדרה חוזית בין המעסיק לבין מדריך הטיולים או הנהג, שלפיה מדובר בהכנסה מעבודה מאת המעסיק (מכיוון שגם בסוף היום התיירים המשלמים עבור סיורי הבחירה הם לקוחות החברה המעסיקה); או לחילופין שמדובר בהכנסה עצמית של העובד לאחר שעות העבודה, כעצמאי. ראו לדוגמה להלן, בה"ש 144. אך כאמור, נושא זה ראוי לדיון נפרד.

138 ראו, לדוגמה, באתר חברת התיירות נתור <https://tinyurl.com/2w2edv9x>.

139 ראו "טיולים מאורגנים לאזרבייג'ן" הדקה ה-90 <https://tinyurl.com/4cuuunr9>; "מסלול טיול מאורגן לגאורגיה" אופיר טורס (2019) <https://tinyurl.com/2p8pdjuj>; "טיול מאורגן לברצלונה קוסטה בראווה" אשת טורס <https://tinyurl.com/2krtbum9>.

140 שם.

141 מערכת וואלה! "טיפ עולמי: כמה כסף באמת צריך להשאיר במסעדות בכל מדינה בעולם?" וואלה! (9.7.2017) <https://travel.walla.co.il/item/3078096>; אדווה דדון "כמה טיפ צריך להשאיר במסעדות בחו"ל?" Mako (26.6.2017) <https://tinyurl.com/36hc9yy7>. ראו גם לעיל, בה"ש 21 ו-22.

142 הנהג המקובל הוא תשלום של בין שלושה לחמישה דולרים או יורו עבור כל משתתף, כולל ילדים. ראו לעיל באתרי חברות התיירות, בה"ש 138-139.

בסכום כסף לא מובטל שמקבלים לידם מדריך הטיולים ונהג האוטובוס עבור כל יום טיולים. זאת כאמור נוסף על כל תמורה אחרת המשתלמת להם כחלק מהטיול, קרי ההכנסה מאת חברת התיירות עבור כל יום עבודה שלהם, הכנסה מסיורי הבחירה, והכנסה מעמלות שקיבלו מבתי העסק המקומיים. בדומה לענף המסעדנות, גם בהקשר זה עלה לדיון בפני בתי הדין לעבודה בישראל השאלה אם יש לראות בטיפ שמקבלים מדריכי הטיולים ונהגי האוטובוס מהתיירים "הכנסה מעבודה מאת המעסיק". במונח זה שיש לראותו כחלק משכרו של העובד שקיבל במסגרת עבודתו ועקב עבודתו אצל המעסיק. מקרה זה נדון לאחרונה בישראל בשתי פרשות שונות, בשני בתי דין אזוריים שונים, אשר הגיעו לשתי תוצאות שונות.

1.1 פרשת נאור

התובע בפרשה זו הוא מדריך טיולים בחו"ל אשר הועסק על ידי חברת תיירות המתמחה בתחום הנופש בישראל ובחו"ל.¹⁴³ לאחר שלוש שנות עבודה הגיש המדריך תביעה נגד החברה, מעסיקתו לשעבר, לקבלת הפרשי שכר עבודה והפרשות סוציאליות עבור שעות העבודה שעבד בפועל, כך לטענתו, לרבות גמול עבור שעות נוספות.

הכנסתו של מדריך הטיולים נחלקה לשלושה מקורות: האחד, שכר עבודה יומי שקיבל מאת מעסיקתו, חברת התיירות, בשווי שבעים דולר עבור יום עבודה; השני, תשלום שקיבל המדריך ישירות מהתיירים עבור סיורי בחירה שערך להם, ואשר היו עיקר הכנסתו מהעבודה; השלישי, טיפים שקיבל המדריך מידי התיירים אותם הדרוך.

¹⁴³ סע"ש (אזורי ת"א) 44973-07-17 נאור – אשת ארגון שירותי תיירות בע"מ (נבו) 22.8.2020 (להלן: פרשת נאור). שאלה משפטית חשובה לא פחות התעוררה בפרשה זו, עת חברת התיירות טענה בדיון, כטענה מקדמית, שכלל לא התקיימו יחסי עבודה עם מדריך הטיולים, עימו התקשרה כעצמאי. צורת התקשרות זו נפוצה בעולם התיירות, שבו מדריך הטיולים מוגדר עצמאי, ומנפיק עבור התמורה שהוא מקבל מחברת התיירות חשבונית. אולם בנסיבות המקרה בית הדין דחה טענה זו, וקבע כי כן התקיימו בדיעבד יחסי עובד-מעסיק בין הצדדים (ומכאן גם התפנה לדון לגופן של טענות העובד, מדריך הטיולים). לגישתנו, ראוי כי פרקטיקה זו בענף התיירות, של התקשרות עם מדריך הטיולים כעצמאי, תשוב להיבחן לאור ההלכה החדשה והאחרונה של בית הדין הארצי לעבודה בע"ע (ארצי) 15868-04-18 כותה – מדינת ישראל משרד המשפטים (נבו) 7.4.2021. (להלן: עניין כותה); לדיון בשאלת קיום יחסי עובד מעסיק בין מדריך הטיולים לחברת התיירות ראו סע"ש (אזורי ת"א) 16469-11-15 הר חרמון – מדינת ישראל – משרד התיירות (נבו) 17.4.2018; ע"ע 300229/96 (ארצי) כהן – דן" אגודה שיתופית לחברה ציבורית בע"מ, פד"ע לז 817 (2002); תב"ע (ארצי) 158/0-מא יעל, חב' לשירותי תיירות בע"מ – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע יג(1) 185 (1982).

אשר להיקף הטיפים שקיבל המדריך, מצא בית הדין, על פי העדות שהובאה בפניו, כי הוא קיבל עבור כל יום הדרכה בין שניים לשלושה דולרים מכל משתתף בקבוצה, כשכל קבוצה מנתה כשלושים וחמישה תיירים. רוב הטיולים בהדרכתו נמשכו כשבוע ימים. כך שעבור כל יום טיול קיבל המדריך טיפים בשיעור הזהה או אף העולה על השכר שקיבל ישירות ממעסיקתו.

להגנתה טענה החברה המעסיקה שכלל שטוען המדריך לזכאותו להפרשי שכר, הרי שיש להביא בחשבון את כספי הטיפים שקיבל לידיו מאת התיירים, ולראותם כחלק משכר העבודה שלו. שהרי כספים אלו, שהיו חלק משמעותי מהכנסתו, התקבלו במסגרת עבודתו ועקב עבודתו אצל החברה, ולכן הם שייכים לה, כהכנסה שלה מהעסק. חברת התיירות סמכה טענתה זו על הלכת קיס, וביקשה ליישמה גם במקרה של מדריך טיולים בענף התיירות.

באוגוסט 2020 פרסם בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב את פסק דינו בפרשה. בית הדין דחה טענת ההגנה זו, וקבע כי אין להחיל וליישם בנסיבות העניין את ההלכה שנקבעה בעניין קיס. הכרעתו של בית הדין נסמכה על שני נימוקים: ¹⁴⁴ הנימוק הראשון הוא שלא הוכח בפניו שמתן טיפים למדריכי הטיולים הוא נוהג מושרש העולה כדי נורמה חברתית מחייבת, בוודאי לא בגובה מסוים. הנימוק השני הוא שתביעות של מדריכי טיולים בחו"ל אינן שכיחות כמו במקרה של מלצרים בענף המסעדנות. מכך למד בית הדין על ההסכמה הקיימת בענף התיירות כי הטיפים שמקבלים המדריכים מאת התיירים אינם חלק משכר עבודתם. ¹⁴⁵

לגישתנו, נימוקיו אלו של בית הדין האזורי לעבודה בפרשת נאור אינם משכנעים וזאת מהסיבות הבאות: הנימוק הראשון של בית הדין מבוסס על קביעה עובדתית לכאורה, הנסמכת על הראיות – או היעדר הראיות – שהונחו בפניו בנסיבות העניין. ייתכן אף ואמירה זו מופנית כביקורת כלפי עורך הדין של הנתבעת בתיק, חברת התיירות, על שלא עשה די כדי להוכיח בפני בית הדין את טענת מרשתתו שלפיה מתן טיפים למדריכי הטיולים הוא נוהג מושרש העולה כדי נורמה חברתית מחייבת. עם זאת, נוהג זה של מתן טיפים למדריך הטיולים ולנהג

¹⁴⁴ פרשת נאור, שם, בפס' 38–48 לפסק הדין.

¹⁴⁵ יובהר כי על אף קביעתו זו של בית הדין האזורי לעבודה, נדחתה באופן חלקי תביעתו של העובד להפרשי שכר. בית הדין קבע שאומנם הטיפים שקיבל מדריך לא ייחשבו לחלק משכרו מאת המעסיקה, אולם התמורה שקיבל המדריך עבור סיורי הבחירה מאת התיירים כן ייחשבו חלק משכר עבודתו. להשלמת התמונה יצוין כי הערעור והערעור שכנגד אשר הוגשו לבית הדין הארצי לעבודה הסתיימו בפשרה. זאת לאחר שהצדדים הסמיכו את בית הדין להשתמש בסמכותו לפי ס' 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984. ראו ע"ע (ארצי) 22366-09-20 אשת ארגון שירותי תיירות בע"מ – נאור (נבו) (31.1.2021).

האוטובוס הוא כה שכיח, נפוץ ומוכר לכל מי שהשתתף בטיוול מאורגן בארץ ובחו"ל – עד שנדמה כי בית הדין עצם עיניו מלהכיר במציאות זו ולהכניסה לאולם בית הדין לעבודה. לדעתנו, מדובר לכל הפחות ב"ידיעה שיפוטית" (Judicial Notice) אשר אינה זקוקה בהכרח לראיה כדי להוכיח בבית משפט.¹⁴⁶ אין עורכי הדין פטורים כמובן מלהביא ראיות ועדויות לכך, אך לטענתנו אין מקום להציב בסוגיה זו רף הוכחה גבוה. זאת כפי שעשו גם שופטי דעת המיעוט בדג"ץ כהן וכן בית הדין הארצי לעבודה בעניין קיס, אשר מסקנתם לעניין היעדר הוולונטריות במתן הטיפים למלצרים התבססה ברובה על ידיעה שיפוטית.

אשר לנימוקו השני של בית הדין האזורי לעבודה בפרשת נאור, הרי שלגישתנו העובדה כשלעצמה, שתביעות כאלו של מדריכי טיולים ונהגים נגד מעסיקיהם לשעבר אינן שכיחות, לכאורה, כמו בענף המסעדנות – אינה מעידה בהכרח שבעיה זו אינה קיימת גם בענף זה, ואשר אין צורך לפתור גם אותה. אדרבה, תביעה זו, יחד עם תביעות נוספות שהוגשו לבית הדין לעבודה בצמידות זמנים, עשויה להדגיש כי גם בענף התיירות קיים ריק משפטי אשר לשאלת סיווגם המשפטי של כספי הטיפים. קרי, האם יש לראות בטיפים כהכנסה של חברת התיירות וכן הכנסה של מדריך הטיולים ונהג האוטובוס מאת החברה המעסיקה שלהם, או שמא יש לראות בטיפים כתשר שקיבלו מהתיירים עבור שירותיהם הטובים, ללא קשר לשכר עבודתם. לפיכך, ומסיבות אלו, אנו סבורים כי החלטתו זו של בית הדין האזורי בפרשת נאור לעבודה שגויה.

1.2 פרשת אבו גרבייה

בראשית ינואר 2021, בית הדין האזורי לעבודה בירושלים נתן בפרשה זו פסיקה סותרת.¹⁴⁷ פרשה זו עסקה בסכסוך שבין נהג אוטובוס תיירים שתבע את מעסיקתו לשעבר, חברת הסעות אוטובוסים. בתביעתו זו דרש הנהג לקבל ממעסיקתו לשעבר הפרשי שכר עבור כל תקופת עבודתו. בדומה לפסק הדין בפרשת נאור, גם מעסיקה זו טענה מנגד כי יש לראות בטיפים שקיבל נהג האוטובוס מהתיירים כהכנסה שלה מהעסק, וכחלק משכר עבודתו של הנהג ממנה.¹⁴⁸

146 ראו רע"א 5577/08 בנק הפועלים בע"מ נ' פסגות גליל גולן – אגש"ח בע"מ, פס' 6 לפסק הדין (נבו 28.10.2008); אליהו הרנון "הפעלת הידיעה השיפוטית – אימתי וכיצד?" עיוני משפט ד, 5 (1974); Edmund M. Morgan, *Judicial Notice*, 57 HARV. L. REV. 269 (1994).

147 סע"ש (אזורי י-ם) 49660-10-17 אבו גרבייה – ג.ג. סי, הסעות תיירים בע"מ (נבו 7.1.2021) (להלן: פרשת אבו גרבייה).

148 נוסף על טענה זו, טענה המעסיקה כי גם בעמלות שקיבל נהג האוטובוס מבעלי העסקים המקומיים יש לראות כחלק משכר עבודתו. לדיון בטענה זו ראו להלן בפרק זה.

בית הדין האזורי לעבודה ציין בפסק דינו כי בית הדין הארצי לעבודה קבע בעניין קיס שההלכה תחול בענף המסעדות בלבד. אולם לגישתו של בית הדין האזורי הרצינואל והבסיס המשפטי שבהלכת קיס צריכים להיבחן בדרך של היקש גם בענף התיירות, בנוגע לטיפים שמקבלים נהגי האוטובוס מהתיירים.¹⁴⁹ לפיכך, בית הדין לעבודה בחן בפרשה זו את היתכנות התקיימותם של שני המבחנים שנקבעו בהלכת קיס גם בנסיבות מקרה זה, קרי "מבחן הוולונטריות" ו"מבחן הקשר בין דמי השירות למוצר".¹⁵⁰

בנסיבות פרשת אבו גרבייה בית הדין האזורי לעבודה קבע כי בכל הנוגע ל"מבחן הוולונטריות", הרי שהוכח בפניו שתשלום הטיפים לנהג אוטובוס התיירים הוא נוהג רווח ומקובל שנים ארוכות בענף התיירות.¹⁵¹ קביעתו זו של בית הדין נסמכה על עדויות התביעה דווקא, מהן השתכנע כי כל חברות האוטובוסים לתיירים בישראל נוהגות כך בנוגע לתשלומי טיפים לנהגים. על כך למד בית הדין, בין היתר, מאחד מעדי התביעה שהעיד כי אין קבוצות תיירים שכלל לא מעניקות טיפ למדריך הטיולים ולנהג האוטובוס.¹⁵² זאת ועוד, לדבריו חברת התיירות ממליצה מראש ללקוחותיה, התיירים, על גובה הטיפ שמקובל ליתן למדריך ולנהג, כך שהסכום מתואם ומוסכם מראש.¹⁵³ לדברי עד אחר, אלו היו המוסכמות והנוהג הקיים גם בחברת תיירות אחרת שבה עבד, הן באשר למתן הטיפ והן בנוגע לשיעורו.¹⁵⁴ במובן זה, כפי שהתרשם בית הדין לעבודה, ניטל מהטיפ אלמנט הוולונטריות שבו. כך שנתנית טיפ למדריך הטיולים או לנהג האוטובוס בענף התיירות היא מנדטורית, כחלק אינטגרלי מהתשלום עבור הטיול המאורגן, ומעבר לתשלום לחברת התיירות. נוסף על כך, עד תביעה אחר העיד שחברות אוטובוסים במזרח ירושלים לא נוהגות כלל לשלם לנהגים שלהן שכר, כך שכל שכרם מבוסס על כספי הטיפים שהם מקבלים מהתיירים.¹⁵⁵

בית הדין האזורי סיכם אפוא את מסקנותיו וקבע כך:

"הוכח עובדתית כי מדובר בהתנהלות ידועה קבועה ורווחת שכל העוסק בתחום הסעת תיירים מודע לה ונוהג כך – החברות והנהגים. ההנחה הראשונה העומדת בבסיס הלכת קיס, לפיה התשר אינו מהווה תשלום וולונטרי, הוכחה עובדתית כנכונה אף

149 פרשת אבו גרבייה, לעיל ה"ש 147, בפס' 53 לפסק הדין.

150 ראו לעיל, בסמוך לה"ש 110.

151 זאת כאמור בניגוד לדעת בית הדין האזורי לעבודה בפרשת נאור, לעיל ה"ש 143.

152 פרשת אבו גרבייה, לעיל ה"ש 147, בפס' 14 לפסק הדין.

153 שם, בפס' 59 לפסק הדין.

154 שם, בפס' 58 לפסק הדין.

155 שם, בפס' 57 לפסק הדין.

לעניין נהג אוטובוס קבוצות תיירים וביתר שאת. כמו כן, מעדויות הצדדים עולה שבכל חברות ההסעות, כה השתרש הנהג לתשלום תשר מהקבוצה לנהג, עד שכל חברות התיירות מסתמכות עליו, לכל הפחות כחלק מהשכר לנהג אם לא כולו".¹⁵⁶

אשר להתקיימותו של "מבחן הקשר בין דמי השירות למוצר", בית הדין לעבודה מצא כי גם הוא מתקיים בענף התיירות, בכל הנוגע לטיפים שמושלמים לנהג האוטובוס:

"התנהלות הנהג, אופן הנהיגה, השירות שנותן ואדיבותו כלפי התיירים הם חלק בלתי נפרד מעיסוקו ומהשירות שהנתבעת מעניקה לקבוצה שבחרה לקבל את שירותי התיירות של הנתבעת. אין מקום לחלק בין התשלום הכללי עבור עצם השימוש בשירותי חברת התיירות, לתשלום עבור הנהג והנהיגה עצמה".¹⁵⁷

לאור האמור, מצא בית הדין האזורי לעבודה כי יש להחיל את הלכת קיס גם על טיפ שמקבל נהג אוטובוס בענף התיירות:

"החלת הלכת קיס אף על ענף זה [התיירות - המחברים], משמעותה שיש לראות בתשר שמעניקה הקבוצה או יחידה לנהג כהכנסה השייכת לחברת התיירות, ויש לראותו כשכר עבודה לכל דבר מאת המעסיק".¹⁵⁸

לגישתנו, פסיקתו זו של בית הדין האזורי לעבודה בירושלים היא ראויה, וצועדת בקו אחד עם הלכת קיס. אותה הלכה שהחלה בענף המסעדות ראויה להרחבה גם

156 שם, בפס' 60-61 לפסק הדין.

157 שם, בפס' 64 לפסק הדין.

158 שם, בפס' 66 לפסק הדין. כשלושה חודשים לאחר מתן פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב בפרשת אבו גרבייה, לעיל ה"ש 147, בחר בית הדין האזורי לעבודה בירושלים לאמץ פסיקה זו, חלף פסק דינו הסותר של בית דין האזורי בירושלים בפרשת נאור, לעיל ה"ש 143. זאת בתביעה זוהה של נהג אוטובוס תיירים את מעסיקתו לשעבר, חברת הסעות תיירים, אשר השתכר, בין היתר, מטיפים. ראו סע"ש (אזורי י-ם) - 2982-17-10 אבו עסב - רויאל טורס ק אנד ב בע"מ, פס' 18-26 לפסק הדין (נבו 6.4.2021) (להלן: עניין אבו עסב). בעת כתיבת שורות אלו תלויים ועומדים בפני בית הדין הארצי לעבודה שני ערעורים אשר הוגשו בכל אחד מתיקים אלו. ראו ע"ע (ארצי) 12718-02-21 ג'. ג'. סי. הסעות תיירים בע"מ - אבו גרבייה; ע"ע (ארצי) 29453-05-21 אבו עסב - רויאל טורס ק אנד ב בע"מ.

בענף התיירות, מאותן הסיבות בדיוק: להסדיר את זכויות העובדים במקום העבודה, כמו גם להבטיח דיווח אמת לרשויות המס ולמוסד לביטוח לאומי. כזכור, בית הדין הארצי לעבודה עמד בפסק דינו בעניין קיס על הבעיות והקשיים שנבעו מההלכות הקודמות, לפיהן הכנסה מטיפ עשויה להיחשב להכנסה של המלצר אך שלא מאת מעסיקו.¹⁵⁹ בעיות וקשיים אלו מתקיימים ביתר שאת גם בענף התיירות, שעה שסכומי הטיפים הגדולים שמקבלים מדריכי התיירים אינם נכללים בשכרם מאת המעסיק, אינם נרשמים בתלושי המשכורת, ואף אינם מדווחים לרשויות המס או לביטוח הלאומי. להלן נעמוד על הקשיים העיקריים עליהם עמד בית הדין הארצי לעבודה בעניין קיס – אך הפעם בהקשר של מתן טיפים בענף התיירות למדריכי הטיולים ולנהגי האוטובוס:

1. פגיעה בעקרון הביטוח הסוציאלי – עקרון היסוד בדני הביטוח הלאומי הוא שגמלאות מחליפות שכר (כגון גמלה לנפגעי עבודה) מחושבות על יסוד ההכנסה שנוכו בגינה דמי ביטוח. עיקרון זה מגלם את הזיקה הסימטרית שבין ההכנסה שבגינה משולמים דמי הביטוח ובין ההכנסה שעל יסודה מחושבת הגמלה. פגיעה בעיקרון האמור תגרור מאליה פגיעה בגביית דמי הביטוח הלאומי בענף התיירות, וממילא בחלוקתם על פי ענפי הביטוח השונים.

2. יצירת מצב של תת-ביטוח במוסד לביטוח לאומי – הואיל ועל כספי הטיפים שמקבלים מדריכי הטיולים ונהגי האוטובוס לא משולמים דמי הביטוח הלאומי, עלולים עובדים רבים מסוג זה, בקרות מקרה המזכה בגמלה, לעמוד בפני מצב שבו תישלל מהם הגמלה כליל, או יופחת שיעורה מכוח סעיף 366 לחוק הביטוח הלאומי. זאת עקב אי-תשלום דמי הביטוח בגין הכנסתם מטיפים, ככל שחובת תשלום דמי הביטוח למוסד לביטוח לאומי מוטלת עליהם.¹⁶⁰

3. פגיעה בזכויות הסוציאליות של העובד מאת מעסיקו – על פי הפרקטיקה הנהוגה כיום בענף התיירות, טיפים שמקבלים מדריכי הטיולים ונהגי האוטובוס אינם נחשבים כשכר עבודה מאת המעסיק. פועל ישיר של כך הוא שהזכויות הסוציאליות המשולמות לעובדים אלו מאת המעסיק מחושבות על יסוד הכנסתם ה"רשמית" והמוצהרת של חברת התיירות

159 הכוונה לעניין ספארי הולדינגס, לעיל ה"ש 43, ועניין מלכה, לעיל ה"ש 42.

160 קושי זה קיבל משמעות אמיתית בתקופת משבר הקורונה בשנת 2020, תקופה שבה מדריכי טיולים ונהגי אוטובוס רבים שעבדו כשכירים הוצאו לחופשה ללא תשלום (חל"ת) וקיבלו מהמדינה דמי אבטלה. גמלה שנקבעה ביחס ישיר לשכר המדווח והמבוטח על ידי המוסד לביטוח לאומי. ראו אנדבלד, הלר וכראדי, לעיל ה"ש 5; אבירם-ניצן וקידר לעיל ה"ש 5; אהדות, לעיל ה"ש 5.

בתלושי השכר, ולא על יסוד הכנסתם בפועל, הכוללת סכומי כסף גדולים המתקבלים כטיפים מאת התיירים.

4. פגיעה בחברות התיירות החשופות לתביעות – מצב דברים זה שתואר לעיל עלול לחשוף חברות תיירות רבות לתביעות של עובדיהן, מדריכי הטיולים ונהגי האוטובוס, לתשלום שכר מינימום או לקבלת הפרשי שכר.¹⁶¹ זאת אף על פי שהכנסתם בפועל מטיפים עולה, בדרך כלל, ואף בשיעור ניכר, על שכר המינימום או השכר המוסכם ליום טיולים מאת החברה המעסיקה. התנהגות זו של מדריכי הטיולים ונהגי האוטובוס עלולה להיחשב אף להתנהגות בחוסר תום־לב, שעה שכל תקופת העבודה שבה השתכרו גם מטיפים גבוהים הם לא כפרו בתנאי העסקה אלו, ואף העדיפו אותם על פני האפשרות להצהיר עליהם כדין כהכנסה מעבודה.¹⁶²

5. פגיעה בגביית מס אמת – ניתן להעריך כי כספי הטיפים בענף התיירות מוערכים בעשרות מיליוני שקלים בשנה. הואיל וכספים אלה אינם נחשבים להכנסות של חברות התיירות וחברות האוטובוסים, אין הן מדווחות על כך לרשויות המס כהכנסה מהעסק, וממילא אינן מנכות בגינם מס במקור משכרו של העובד. זאת ועוד, ניתן להעריך בסבירות גבוהה מאוד שגם מדריכי הטיולים ונהגי האוטובוס – בין שהם מוגדרים "עובדים" ובין אם פועלים כ"עצמאיים" – אינם עושים זאת. בוודאי עת הם מקבלים כסף מזומן, ולעיתים זר, בזמן הדרכה של טיולים בחו"ל. יוצא אפוא כי מדריכי הטיולים ונהגי האוטובוס "עובדים בשחור". כלומר אין הם מדווחים על הכנסותיהם האמיתיות לרשויות המס, וחברות התיירות נהנות מתשלום שכר מינימום בלבד לעובד, עליו, ורק עליו, הן מדווחות לרשויות. כשאת השכר המלא לעבודתם בפועל של מדריכי הטיולים ונהגי האוטובוס משלימים להם התיירים באמצעות הטיפים. למותר לציין כי מעשה זה הוא בבחינת עבירה פלילית בתחום העבריינות הכלכלית.¹⁶³

161 כמו בעניין נאור, לעיל ה"ש 143. וכמו בעניין אבו גרבייה, לעיל ה"ש 147.

162 אשר למעמדו של עקרון תום הלב במשפט העבודה, ראו עניין כותה, לעיל ה"ש 143, בפס' 52 לפסק הדין; קובי ורדי "תום הלב ביחסי העבודה" שנתון משפט העבודה ב 105 (1991); מנחם גולדברג "תום לב במשפט העבודה" ספר ברייב – לקט מאמרים בדיני עבודה 139 (אהרן ברק, מנחם גולדברג, יצחק זמיר ויצחק אליאסוף עורכים 1987); אלישבע ברק "עקרון תום הלב במשפט העבודה" ספר ברנזון כרך שני 499 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים 2000). להרהורים ביקורתיים על החלת חובת תום-הלב במשפט העבודה, ראו עמרי ידלין "תום-הלב במשפט העבודה בישראל: מן הכלל אל הפרט" עיוני משפט כב 867 (1999); חני אופק-גנדלר "זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב –הרהורים חוקתיים על משפט העבודה" משפטים לו 63, 72–75 (2007).

163 ס' 220 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] קובע כך: "אדם אשר במזיד, בכוונה להתחמק ממס או לעזור לאדם אחר להתחמק ממס, עבר אחת העבירות המנויות להלן, דינו –

6. **יצירת אי-וודאות משפטית וחוסר אחידות** – בהיעדר נורמה משפטית ברורה, בחוק או בפסיקה, עלולות להתקבל פסיקות שונות בבתי הדין לעבודה אשר לשאלה אם יש לראות בטיפים שנמסרו למדריכי הטיולים ולנהגי האוטובוס כשכר עבודה מאת המעסיק. כך לדוגמה, בפרשת נאור בית הדין לעבודה בירושלים קבע שלא ניתן לראות בטיפ ששולם למדריך התיירים כשכר עבודה מאת המעסיק, ובפרשת אבו גרבייה פסק בית הדין האזורי בתל אביב ההפך.¹⁶⁴

על כן לדעתנו, מן הראוי לקבוע כי כספי הטיפים שמקבלים מדריכי הטיולים ונהגי האוטובוס מידי התיירים הן הכנסת חברת התיירות וחברת האוטובוסים, בהתאמה. בכספים אלו שמשלמים התיירים לא מתקיים כל רכיב של וולונטריות, ומדובר בנהג מושרש היטב בענף התיירות העולה כדי נורמה משפטית מחייבת, שהפרתה גוררת סנקציה חברתית. אף שיעורם של כספי הטיפים ניתן להערכה, זאת על פי ההמלצות וההנחיות שמפרסמות חברות התיירות מראש ללקוחותיה התיירים.

כמו כן אין כל הצדקה עניינית להבחנה בין השירות שמעניקים מדריך הטיולים ונהג האוטובוס – כל אחד בתחומו – לבין השירות העיקרי עליו שילמו התיירים בטיול המאורגן שהזמינו מחברת התיירות. אדיבותו של מדריך הטיולים, סבלנותו וידיעותיו הרבות, כמו גם נהיגתו המקצועית והאחראית של נהג האוטובוס, וכן נימוסיו, הם חלק אינטגרלי מהשירות שהם מעניקים. אין כל היגיון להפריד רכיבים אלה מהשירות העיקרי שהם מעניקים, כל אחד על פי תפקידו, המרכיבים יחד את המוצר העיקרי שהם מספקים, והוא – הדרכת תיירים.

משאלו פני הדברים, יחד עם הקשיים המשפטיים שתוארו לעיל, ראוי לגישתנו לקבוע כי כספי הטיפים שנמסרו על ידי התיירים ייחשבו, כאמור, כהכנסת חברת התיירות וחברת האוטובוסים, וכל הכנסה של מדריך הטיולים ונהג האוטובוס מטיפים דינה כהכנסת עבודה שלהם מאת מעסיקתן. זאת הן לעניין דיני העבודה, הן לעניין דיני הביטוח הלאומי, והן לעניין דיני המס. הכל כפי שנקבע בהלכת קיס.

מאסר שבע שנים או קנס כאמור בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין ופי שניים מסכום ההכנסה שהעלים, שהתכוון להעלים או שעזר להעלים, או שני העונשים כאחד; ראו גם רע"פ 3385/13 דימיטשטיין נ' מדינת ישראל (נבו) 29.5.2013; רע"פ 7790/13 חיים נ' מדינת ישראל (נבו) 20.11.2013.

164 ראו גם בעניין אבו עסב, לעיל ה"ש 158.

2. עמלות ששולמו על ידי בעלי עסקים

כפי שציינו לעיל, אחד ממקורות ההכנסה של מדריכי הטיולים ונהגי האוטובוס בענף התיירות הוא קבלת עמלות ("קומיסיון") מבתי עסקים מקומיים. בתמורה להבאת קבוצות התיירים לבית העסק שלהם (מסעדה, חנות מזכרות, חנות מפעל, וכיוצא באלה), זוכים מדריכי הטיולים ונהגי האוטובוס לקבלת עמלה מסך הכנסות העסק מאותה קבוצת התיירים שהביאו. זוהי עסקה משתלמת לשני הצדדים – גם לבתי העסק שנהנים מקבוצות שבויות של תיירים שמגיעות אליהם ומגדילות את הכנסתם; וגם למדריכי הטיולים ולנהגי האוטובוס, שבמקום לערוך הפסקות לתיירים במקומות אקראיים (שלעיתים נראה כן הדבר לתיירים), הם מסכמים מראש עם בעלי העסקים על הגעתם, ובכך מגדילים את הכנסתם בדרך של קבלת עמלה. שיעור העמלה שמקבלים המדריכים והנהג נגזר על פי רוב באחוזים מתוך הכנסתו של בית העסק מהרכישות שביצעו התיירים.

גם בהקשר של הכנסה זו עולה לדיון השאלה אם יש לראות בכספים אלו שמקבלים מדריך הטיולים ונהג האוטובוס כחלק משכר עבודתם מאת המעסיקים שלהם. אולם לגישתנו, מקרה זה אינו זהה בעובדותיו למקרה של מתן טיפים למלצר או למדריך טיולים, ועל כן יש להפריד בין הלכת קיס לבין מקרה זה. מדובר בסוגיה משפטית שונה אשר גם דורשת טיפול בכלים משפטיים שונים.

ההבדל המרכזי בין שתי הסוגיות הוא שהעמלות שמקבלים המדריך והנהג לא התקבלו מלקוחות העסק שבו הם עובדים, עבור השירות שהם נתנו להם כחלק מעבודתם. אלא, עמלות אלו התקבלו מגורם שלישי, בהתקשרות נפרדת וחיצונית למערכת היחסים שלהם עם קבוצת התיירים – לקוחותיו של המעסיק שלהם.

עם זאת, ואף על פי שלגישתנו אין ליישם את הלכת קיס בסוגיה זו ואת המבחנים שנקבעו בה, אין פירוש הדבר שהתוצאה לא יכולה להיות זהה. כך שהעמלות שיתקבלו על ידי בעלי העסקים המקומיים עשויות להיחשב כהכנסת חברת התיירות; והכנסות מדריך הטיולים ונהג האוטובוס מעמלות אלו ייחשבו כהכנסתם מעבודה מאת המעסיק. אולם זאת רק אם תוכח קיומה של הסדרה חוזית שכזו בין המדריך והנהג לבין מעסיקיהם.

בדומה לשאלת מעמדם המשפטי של כספי הטיפים שמקבלים מדריכי הטיולים ונהגי האוטובוס, חוסר הוודאות והיעדר האחידות בפסיקה הישראלית באים לידי ביטוי גם בסוגיה זו, של קבלת העמלות מבעלי העסקים המקומיים. זאת עת בתי הדין האזוריים לעבודה בתל-אביב ובירושלים שבו ופסקו בסתירה זה מזה אף בשאלה זו.

2.1 פרשת ויינטורב

בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב נדרש לשאלה זו בסכסוך שבין מדריך טיולים לבין חברת תיירות בה הועסק. ¹⁶⁵ המדריך תבע את מעסיקתו לשעבר ודרש לקבל הפרשי שכר המגיעים לו. בכתב ההגנה של חברת התיירות, וכן בתביעת הנגד שהגישה, היא טענה כי במשך כל שנות עבודתו אצלה כמדריך טיולים הוא שלשל לכיסו כחצי מיליון ש"ח שקיבל כעמלות מבעלי עסקים מקומיים, אליהם הגיע עם קבוצת התיירים שהדריך. לפיכך טענה חברת התיירות, תוך שהיא סומכת ידה על הלכת קיס, כי כספי העמלות דינם כהכנסתה, וכל הכנסה של מדריך הטיולים מכספים אלה דינם כהכנסת עבודה שלו מאת מעסיקתו.

בית הדין האזורי לעבודה דחה את טענת ההגנה של המעסיקה, וקבע שבנסיונות העניין לא ניתן לראות בעמלות שקיבל מדריך הטיולים מאת בעלי העסקים המקומיים כחלק משכר העבודה שבו חייבת המעסיקה. ¹⁶⁶ בית הדין מצא כי יש שוני מהותי בין טיפ המשולם למלצר על ידי לקוחות המסעדה לבין העמלה שמקבל מדריך הטיולים מבעלי העסקים שאליהם בחר להביא את התיירים. לפיכך קבע כי אין מקום ליישם את הלכת קיס בנסיבות העניין, אלא להבחין ביניהן. כך נימק בית הדין האזורי לעבודה את קביעתו זו, בדבר ההבדל שבין טיפים שמשולמים למלצרים לבין עמלות שמשולמות למדריכי הטיולים:

- "א. הטיפ ניתן ישירות למלצר על ידי הלקוח. המלצר יודע שהוא אמור לקבל אותו (באופן מלא או חלקי לפחות), והלקוח נותן אותו כאות הוקרה על השירות שקיבל מהמלצר.
- ב. ה'עמלה' של החנות לא משולמת על ידי התייר ישירות, אף על פי שייתכן מאוד שהיא מגולמת במחיר שהתייר משלם. התייר לא יודע (או לא יודע בוודאות) שהעמלה משולמת ולמי היא מועברת.

¹⁶⁵ סע"ש (אזורי ת"א) 33805-12-16 ויינטורב – טרוולוקס בע"מ (נבו 8.3.2020) (להלן: פרשת ויינטורב).

¹⁶⁶ שם, בפס' 9 לפסק הדין. יודגש כי בית הדין האזורי לעבודה קיבל והכיר כממצא עובדתי בקיומו של הנוהג לפיו מדריכי הטיולים מקבלים עמלות מבעלי העסקים המקומיים: "התובע אינו מכחיש כי היה מקבל עמלות מאותן חנויות בהן בוצעו 'עצירות' במסלול הטיול. אף עולה מתצהירו של מר מיטרני [י"ר אגודת מורי הדרך בישראל לשעבר – המחברים] כי 'מקובל בענף לאורך שנים, כי מורי הדרך מקבלים לעיתים עמלות בחנויות ומסעדות שאליהן הם נכנסים עם התיירים משתתפי הטיולים. לעיתים גם הנהגים של רכבי הטיולים מקבלים עמלות כאלה. גם החברות שמארגנות את הטיולים נוהגות לקבל עמלות כאלה, בנפרד מהעמלות שמקבלים מורי הדרך והנהגים. החברות מודעות לכך שגם מורי הדרך והנהגים מקבלים לעיתים עמלות ממסעדות וחנויות". ראו שם.

- ג. העמלה ניתנת במסגרת הסכם בין החנות ובין חברת התיירות או המדריך/נהג. התייר אינו צד להסכם כלל, ואין לו כל שליטה עליו.
- ד. בעניין הטיפים הלקוח מחליט אם הוא בכלל משאיר טיפ וכמה הוא משאיר (בדרך כלל בתום השירות).
- ה. הטיפ שמשולם למלצר אמור להיכנס לקופת המסעדה והחלק שמגיע לעובד חייב להיות מדווח לרשויות המס. לגבי העמלות אין כל תיעוד [...].
- קרי, מדובר בסכומים שמשולמים על ידי בעלי החנות באחוזים מהמכירות לתיירים שמביא המדריך. העמלות משולמות למדריך, לנהג ולחברה, מבלי לדווח על העברת הכספים. סכומים אלה, שלא משולמים ישירות מן ה'לקוח' (התייר) למדריך ובוודאי לא על ידי המעסיק (החברה), לא יכולים להיות חלק משכר העבודה של מורה דרך, אשר נקבע בהסכמים קיבוצים החלים בענף.¹⁶⁷

2.2 פרשת אבו גרבייה

כזכור, בפרשה זו טענה מעסיקתו של נהג אוטובוס התיירים כי יש לראות בכספי הטיפים שקיבל מאת התיירים כחלק משכר עבודתו אצלה.¹⁶⁸ נוסף על כך, טענה המעסיקה כי יש לראות גם בכספי העמלות שקיבל הנהג מבתי העסק המקומיים כהכנסתו מעבודה אצלה. אולם שלא כפסיקת בית הדין האזורי לעבודה בירושלים בפרשת ויינטרוב, בית הדין האזורי בתל-אביב בפרשת אבו גרבייה קיבל טענה זו של המעסיקה.

גם במקרה זה, בדומה לטיפים שקיבל הנהג, הקיש בית הדין האזורי מהלכת קיס, וקבע שככלל, העמלות שמשלמים בעלי העסקים אצלם עוצר נהג האוטובוס עשויות בנסיבות העניין להיחשב כהכנסה השייכת למעסיקה, וכחלק מהכנסתו של העובד מאת מעסיקתו. אולם בניגוד לדיון על אודות כספי הטיפים, בית הדין ביצע מהלך משפטי אחר שהביאו לתוצאה הסופית בעניין זה. מין שעטנו של דיני החוזים וההלכה בעניין קיס.

בית הדין לא בחן, ובצדק, את התקיימותם של שני המבחנים שנקבעו בעניין קיס, קרי אם בתשלום העמלות מבתי העסק מתקיים רכיב הוולונטריות או שמא הם 'נוהג מושרש היטב העולה כדי נורמה משפטית מחייבת, שהפרתה גוררת

167 שם. להשלמת התמונה יצוין כי המעסיקה ערערה על פסק דין זה בפני בית הדין הארצי לעבודה, אך הערעור נמחק ללא פסק דין. ראו ע"ע (ארצי) 9314-06-20 טרוולוקס בע"מ – ויינטרוב (נבו 26.11.2020).

168 פרשת אבו גרבייה, לעיל ה"ש 147. לדיון בסוגיה זו ראו לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 148.

סנקציה חברתית". מקל וחומר גם לא בחן אם יש הצדקה עניינית להפרדה ולהבחנה בין השירות שניתן ללקוח ובין יתר הרכיבים הנכללים במוצר או השירות העיקרי שהזמין הלקוח – ולא בכדי. הטעם לכך הוא ששני מבחנים אלו נקבעו ביחסים שבין נותן השירות למקבל השירות, ואילו כספי העמלות מתקבלים בכלל מגורם שלישי, שאינו משפיע ישירות על טיב השירות ללקוח. לכאורה, כאן אמור היה להסתיים הדיון בהלכת קיס.

למרות זאת, בית הדין האזורי כן בחר לאמץ את הכלל המשפטי והפרגמטי שיצא תחת ידו של בית הדין הארצי בהלכת קיס גם לעניין העמלות, זאת בלי להתעכב על מקורו ועל טיבו. היינו, בית הדין האזורי לעבודה בפרשת אבו גרבייה קבע כי ברירת המחדל היא שכספי העמלות שהתקבלו מבתי העסק המקומיים ייחשבו להכנסה השייכת לחברת האוטובוסים, והיא תהא רשאית לשלם מתוכם את שכרו של הנהג, כחלק מתנאי העבודה שהיא מציע לעובדיה.

הנה ההסבר: כזכור, בית הדין הארצי לעבודה קבע בעניין קיס כי כספי הטיפים דינם כהכנסת העסק וכל הכנסה של העובד מטיפ דינה כהכנסת עבודה מאת מעסיקו. על בסיס כלל משפטי זה המשיך וקבע כי בהיעדר תניה חוזית מפורשת הקובעת אחרת, ברירת המחדל היא שהמעסיק רשאי להשתמש בכספי הטיפים אך ורק לשם תשלום שכר עבודה לעובדי שרשרת השירותים.¹⁶⁹ עם זאת המעסיק והעובד רשאים להסכים ביניהם באופן מפורש, כתניה חורגת, כי כספי הטיפים מאת הלקוחות, ישמשו לא רק לתשלום שכר העבודה, אלא גם לתשלום עבור השעות הנוספות, וכן ישולמו באמצעותם תשלומי החובה של המעסיק (חלקו בדמי הביטוח הלאומי, הפרשות לפנסיה, לקופת פיצוי פיטורים, ולחישוב יתר הזכויות הסוציאליות המגיעות לעובד). לעומת זאת, בית הדין האזורי לעבודה בפרשת אבו גרבייה הרחיב דוקטרינה זו שנקבעה בעניין קיס, והחיל אותה גם על כספי העמלות מבתי העסקים המקומיים המשולמים בענף התיירות. בנסיבות המקרה הנדון בפרשת אבו גרבייה, ועל סמך העובדות שהונחו בפניו, מצא בית הדין לעבודה כי הייתה קיימת הסכמה במשתמע בין המעסיקה, חברת האוטובוסים, לבין נהג האוטובוס, לפיה שכרו הרגיל מעבודה יהיה מורכב משכר מינימום ליום עבודה, עליו יתווספו כספי הטיפים (שישולמו בידי התיירים) והעמלות (שישולמו בידי בעלי העסקים המקומיים). עם זאת, בית הדין מצא כי לא הוסכם בין הצדדים, מבחינה עובדתית, על "התניה חורגת" שלפיה שכר זה יכול גם תשלום עבור שעות נוספות. במילים אחרות, בית הדין האזורי לעבודה קבע, כאמור לעיל, שעקרונית אפשר לראות גם בעמלות שמקבל נהג האוטובוס מבעלי העסקים כהכנסה השייכת לחברת האוטובוסים, וכן הכנסת עבודה של הנהג מאת מעסיקתו. אולם כאמור, בית הדין לא ערך כל הבחנה אשר למקור

169 ראו הדיון בעניין זה לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 99.

ממנו הגיעו הכספים: האם אלו "טיפים" שהתקבלו מהתיירים (קרי לקוחות המעסיקה), או "עמלות" שהתקבלו מגורם חיצוני במהלך העבודה.¹⁷⁰

דין

אף על פי שאנו סבורים שבית הדין האזורי לעבודה בפרשת אבו גרבייה הגיע לתוצאה הראויה, בנסיבות העניין, חשוב לדעתנו לעמוד ולהתעכב על הנימוק המשפטי שהביא את בית הדין לתוצאה זו. לגישתנו, שאלת סיווג העמלות המתקבלות מבעלי העסקים בענף התיירות – אם הן הכנסת העובד ממעסיקתו אם לא – ראוי שתתברר על בסיס ההסדרה החוזית שאליה הגיעו הצדדים לחווה העבודה, במפורש או במשתמע. אולם בהיעדר הסכמות מפורשות או מכללא, אין לאמץ את החזקה, או ברירת המחדל, שלפיה כספים אלו כוללים לכל הפחות את שכר המינימום לעובד, כפי שנקבע בהלכת קיס לעניין טיפים שהתקבלו מאת הלקוחות.

במילים אחרות, הכרעתו של בית הדין בפרשת אבו גרבייה אינה צריכה להיות תלויה בהלכת קיס, לא במישרין ולא בדרך של היקש. מדובר בסוגיה משפטית שונה מזו שנדונה בעניין קיס, על אף הדמיון שביניהן. לפיכך, אין גם מקום בהקשר זה לדון בשאלה אם הכספים ניתנו באופן וולונטרי או שמא מדובר ב"נוהג מושרש היטב" העולה כדי נורמה משפטית מחייבת, שהפרתה גוררת סנקציה חברתית, כפי שנעשה בנוגע למתן טיפים המתקבלים מאת הלקוחות עבור שירות שניתן להם.¹⁷¹

בהקשר זה, נימוקיו של בית הדין האזורי בפרשת ויינטרוב מדוע אין דינם של כספי העמלות שהתקבלו מבעלי העסקים כדינם של הטיפים שהתקבלו מהתיירים הם ראויים בעינינו. והתשובה לשאלה אם כספים אלו יכולים לשמש לתשלום שכרו של מדריך התיירים או נהג האוטובוס מאת מעסיקיהם – היא שאלה משפטית אחרת. כזו שצריכה להתברר על בסיס ההסדרה החוזית אליה הגיעו הצדדים בנסיבות העניין. כך שאם חברת התיירות או חברת האוטובוסים הגיעו להסכמה עם המדריך או עם הנהג, במפורש או במשתמע, כי העמלות שיקבלו מבעלי העסקים המקומיים במהלך עבודתם ישמשו לכיסוי שכר עבודתם, הרי שאין מניעה לאשר זאת מבחינת דיני העבודה.¹⁷² ואולם בהיעדר

¹⁷⁰ ראו לעיל, פרשת ויינטרוב, לעיל ה"ש 165.

¹⁷¹ בדרך זו לדוגמה, נימק בית הדין האזורי לעבודה את הכרעתו בעניין אבו עסב, עת אימץ ויישם את קביעת בית הדין האזורי לעבודה בפרשת אבו גרבייה, לעיל ה"ש 147. ראו עניין אבו עסב, לעיל ה"ש 158, בפס' 26–28 לפסק הדין.

¹⁷² ההיגיון הכלכלי והעסקי נוטה לכך שרוב, אם לא כול, חברות התיירות יכתיבו למדריכי הטיולים ולנהגי האוטובוס הסדרה חוזית שכזו, לפיה כספי העמלות שישולמו על ידי בעלי העסקים המקומיים ייחשבו חלק משכר עבודתם. כפי שאירע, כזכור, גם בפרשת

הסדרה חוזית שכזו, הרי שברירת המחדל במקרה זה היא שכספי העמלות יהיו שייכים למדריך או לנהג, ולא יכללו כחלק משכר עבודתם – לא עבור שכר המינימום ובוודאי לא עבור תשלום שעות נוספות.

עוד יודגש, כי בפרשת וינטרום מנהל חברת התיירות העיד בעצמו כי העמלות שקיבלה החברה מבעלי העסקים לא דווחו לרשויות המס, וכך גם כספי העמלות שקיבל מדריך הטיולים לא דווחו בתלושי השכר שלו, ונחשבו בעיניהם ל"כסף שחור"¹⁷³. אומנם פרקטיקה פסולה זו מציבה אתגר בפני רשויות המס אשר לאפשרות האכיפה,¹⁷⁴ אולם כפי שנזכר "מבחן הרישום בספרים" בפסק דין קיס, שדן בהיבטים של טיפים בהקשר של דיני העבודה ודיני הביטוח הלאומי, כך ראוי לדעתנו לנחש אתו גם לעניין כספי העמלות שהתקבלו מבעלי העסקים המקומיים. אם יוכח בפני בית הדין לעבודה כי הוסכם בין חברת התיירות לבין המדריך או חברת האוטובוסים לבין הנהג כי כספי העמלות ייחשבו חלק משכר עבודתם, אזי יש לתת להסכמה זו תוקף בתחום דיני העבודה. גם אם נעשתה אגב עבירה פלילית בתחום דיני המיסים או דיני הביטוח הלאומי, עת המעסיק לא רשם תקבולים אלה בספרי חשבונותיו, ולא דיווח כדין לרשות המסים או למוסד לביטוח לאומי בדרך של ניכוי במקור משכרו של העובד. אולם אם יוכח ההפך, כך שלא הייתה הסדרה חוזית כאמור, הרי שכספים אלו ייחשבו להכנסה של מדריך הטיולים ושל הנהג שלא ממעסיקהם, עליה יצטרכו לדווח באופן עצמאי לרשויות המס.¹⁷⁵

ערים אנו לקושי שהסדר זה יוצר בתחום דיני המיסים, שכן סביר להניח שעובדים אלו לא ידווחו כלל, או לא ידווחו באופן מלא, על הכנסה זו לרשויות המס, שיתקשו מצדן לאכוף הסדר זה. עם זאת, לגישתנו הקושי שבאכיפת הכלל לא צריך להשפיע על תוכנו ועל חופש החוזים של הצדדים. את הסדרי האכיפה בתחום דיני המיסים יש להשאיר לגופים האמונים על כך, במציאת הדרך הנכונה לעשות זאת מול הנישומים.

אבו גרבייה.

¹⁷³ פרשת וינטרום, לעיל ה"ש 165, בפס' 9.

¹⁷⁴ על קשיי האכיפה בידי רשות המיסים ראו עניין כהן בערעור, לעיל ה"ש 60, בפס' 36 ו-41 לפסק הדין; דנג"ץ כהן, לעיל ה"ש 1, בפס' 4 לפסק הדין של השופט מלצר; מרגליות ורבין, לעיל ה"ש 9, בעמ' 135-141.

¹⁷⁵ ודוק, אין בידנו תשובה לשאלה ההיפותטית כיצד היה מכריע בית הדין האזורי לעבודה בפרשת אבו גרבייה, לעיל ה"ש 147, אילו היה מוצא, על בסיס הראיות שבפניו, כי הנהג וחברת האוטובוסים, מעסיקתו, לא הגיעו להסדרה חוזית ביניהם שלפיה שכרו הרגיל מעבודה יהיה מורכב משכר מינימום ליום עבודה, עליו יתווספו כספי העמלות שישולמו בידי בעלי העסקים המקומיים. במצב דברים זה, נראה כי ברירת המחדל הייתה לראות בכספים אלו הכנסה של העובד שלא ממעסיקתו, כפי שנקבע, לדוגמה, בעניין מלכה, לעיל ה"ש 42, לעניין הכנסה של מלצרים מטיפים.

קושי נוסף שעלול להתגלות הוא ההכרה בעובד כ"עצמאי" בד-בבד להיותו "עובד" ובמהלך עבודתו. קושי זה נדון בבית המשפט העליון ובבית הדין הארצי לעבודה בהקשר של מתן טיפים למלצרים בענף המסעדנות, ונקבע כי ה"עובד" לא יכול להיות באופן סימולטני והיברידי גם "עצמאי".¹⁷⁶ לגישתנו מסקנה זו נכונה, אולם לא בשם עקרון הסימולטניות אלא בשל המקור ממנו הגיעו הכספים. כאשר כספי הטיפים התקבלו מאת לקוחות העסק, בעת שהעובד מבצע את עבודתו כחלק מיחסי העבודה מול מעסיקו, לא ניתן לראות את העובד גם כעצמאי.¹⁷⁷ לעומת זאת, כאשר מדובר בכספי עמלות שהתקבלו מאת צד שלישי ליחסים החוזיים שבין העובד למעסיק, ניתן להכיר בהכנסות אלו של העובד כהכנסתו מעבודה שלא מאת מעסיקו, כעצמאי, גם אם התקבלו במהלך יום העבודה.¹⁷⁸ ובאנלוגיה לענף התיירות, כספי העמלות ששולמו על ידי בעלי העסקים המקומיים, כצד שלישי (בלי שהמעסיק והעובד הגיעו להסדר חוזי ביניהם לפיו יש לראותם כחלק משכרו של העובד מאת המעסיק), ניתן לראות בהם כהכנסה של העובד שלא ממעסיקו, פרי "עסקה או עסק אקראי בעל אופי מסחרי".

ז. סיכום ומסקנות

במרץ 2018 פרסם בית הדין הארצי לעבודה את פסק דינו בעניין קיס, ועורר הדים רבים. בהרכב מורחב של שופטים עיצב מחדש בית הדין הארצי את ההלכה בדין הישראלי בסוגיית מעמדם המשפטי של כספי הטיפים בתחום דיני העבודה ובתחום דיני הביטוח הלאומי. לאור הערותיו הרבות לאורך פסק הדין, על כך שהוא ער ומודע למשמעות הגדולה והרחבה של פסק הדין על ענף המסעדנות

¹⁷⁶ עניין כהן בערעור, לעיל ה"ש 60, בפס' 1 לפסק הדין של השופט פליטמן; בג"ץ כהן, לעיל ה"ש 60, בפס' 39-43 לפסק הדין; דג"ץ כהן, לעיל ה"ש 1, בפס' 6 לפסק הדין של הנשיא גרוניס; שם, בפס' 24 לפסק הדין של השופטת נאור; מרגליות ורביץ, לעיל ה"ש 9, בעמ' 119-120.

¹⁷⁷ כספים אלו נחשבים ממילא להכנסת העסק, ועונים הם להגדרה של ס' 2(א) לפקודת מס הכנסה, אשר להכנסה מ"עבודה": "השתכרות או ריווח מעבודה; כל טובת הנאה או קצובה שניתנו לעובד ממעבידו".

¹⁷⁸ זאת על פי הגדרתה של הכנסה זו לפי ס' 1(2) לפקודת מס הכנסה מכוח "עסק ומשלה יד": "השתכרות או ריווח מכל עסק או משלח-יד שעסקו בו תקופת זמן כלשהי, או מעסקה או מעסק אקראי בעלי אופי מסחרי". עמדה זו עולה בקנה אחד עם התמורות שחוהה שוק העבודה המודרני, וההכרה בתבניות העסקה גמישות בעידן גלובלי. ראו עניין כותה, לעיל ה"ש 143, בפס' 34 לפסק הדין של הנשיאה וירט-ליבנה; רחמים, "שוק העבודה המודרני בעידן הגלובליזציה", לעיל ה"ש 133, בעמ' 428-443; המכון הישראלי לדמוקרטיה "שוק העבודה העתידי – האם יהיה בו מקום לכולנו?" חוברת עבודה לכנס אלי הורביץ לכלכלה וחברה 15, 21-30 (2017).

בישראל, ניתן לשער כי בית הדין ציפה לקבל את רסיסי ההדף מכיוונו של המחוקק. אך אלו לא הגיעו. מאז מתן פסק הדין לא מונתה ועדה לבחינת הנושא, ואף לא הוגשה הצעת חוק המבקשת ליצור הסדר כולל בחקיקה, או זו המבקשת לקבוע הסדר אחר מזה שנקבע בפסק הדין בעניין קיס.¹⁷⁹ עובדה זו רק מחזקת את הצעד שעשה בית הדין הארצי לעבודה, כאשר בחר שלא להמתין עוד למחוקק עד שזה יסדיר את הנושא בחוק, וחלף זאת להשתמש בסמכותו השיפוטית, ובדרך של פרשנות ליצור "חקיקה שיפוטית". בהיעדר תגובה של המחוקק להלכת קיס ולכללים שנקבעו בה, ובלי שהוגשה עתירה לבג"ץ על החלטת בית הדין הארצי לעבודה בבקשה להתערב בה, ניתן לומר כי קיימת הסכמה רחבה, לפחות לכאורה, אשר לנכונותה של הלכת קיס, בוודאי אשר לנחיצותה בתחום המשפטי.

אף על פי שהמחוקק לא הגיב לפסיקתו זו של בית הדין הארצי לעבודה בעניין קיס, כאמור לעיל, ובית המשפט העליון לא נדרש לבחון החלטה זו בדרך של עתירה לבג"ץ, אין זה אומר בהכרח שההלכה שנקבעה בו אינו חפה מביקורת, או מטעויות שיש לתקן.¹⁸⁰ אולם אלו עשויים להתברר עם הזמן, ככל שתשוב הסוגייה לפתחם של בתי הדין לעבודה, אשר יבקשו ליישם את ההלכה בנוגע לסיווג המשפטי של טיפים, הן בענף המסעדנות, והן בכל ענף עבודה אחר שבו נהוג לתת טיפ לנותן השירות.

פסק הדין בעניין קיס התחיל בענף המסעדנות, אך נראה כי בכך לא הסתיימה מלאכתו. בענפי עבודה רבים בישראל נוהגים הלקוחות להעניק טיפ לנותן השירות, וגם שם מתעוררת השאלה החשובה: מה דינם של כספים אלו – אם ראוי להחשיבם כהכנסתו של העובד מאת מעסיקו או שלא מאת מעסיקו, על כל המשתמע מן הדבר, הן בתחום דיני העבודה, הן בתחום דיני הביטוח הלאומי והן בתחום דיני המיסים. הריק החקיקתי שהיה קיים בענף המסעדנות, אותו מילא בית הדין בפסיקתו בעניין קיס, קיים גם בענפי עבודה אחרים. וגם אותו יש למלא בתוכן משפטי.

¹⁷⁹ ניתן לשער כי אחת הסיבות לכך שכנסת ישראל לא הגיבה לפסק הדין בענין קיס, לעיל ה"ש 4, (בצורה כזו או אחרת) נבעה מאי-היציבות הפוליטית ששררה בישראל בין השנים 2018 ועד 2021, שבהן התקיימו ארבע מערכות בחירות. במאי 2021 הגישה חברת הכנסת שרון מרים השכל הצעת חוק פרטית לתיקון חוק מס ערך מוסף, לפיה כספי טיפים ששולמו באופן וולונטרי על ידי הלקוחות לבעל העסק, והועברו במלואם כשכר עבודה לעובדי העסק, יהיו פטורים ממס ערך מוסף. כמו כן הוצע לתקן את החוק כך שיובהר שתשלום מרצון עבור השירות לא ייכלל במחיר העסקה. ראו הצעת חוק מס ערך מוסף (תיקון – פטור ממס על תשר), התשפ"א-2021, פ/320/24. שתי הצעות חוק זהות הוגשו על ידי חברת הכנסת השכל גם בכנסות שקדמו לה

¹⁸⁰ ראו הדין לעיל, סמוך לה"ש 101; דוידוב, לעיל ה"ש 101.

במאמרנו זה ביקשנו להראות כי ראוי ורצוי להחיל את ההלכה המשפטית שקבע בית הדין הארצי לעבודה בעניין קיס גם על ענפי עבודה אחרים בישראל. יישום ההלכה חייב להיעשות בצורה קפדנית וסדורה, כדי להגיע לתוצאה שהיא, ככל הנראה, הנכונה ביותר בנסיבות העניין. יישום "מבחן הוולונטריות" מחייב את הצדדים להביא בפני בית הדין את הראיות הטובות ביותר כדי להוכיח אם מדובר בנוהג מושרש היטב בענף העבודה המסוים, אם לאו. ראיות אלו אפשר להביא באמצעות כלים המקובלים במשפט, כגון עדויות עובדים ואנשים מתוך הענף. אך גם באמצעות כלים אחרים, ורחבים יותר, אשר יש בידם לספר בפני בית הדין לעבודה על נורמה חברתית מקובלת בציבור – כגון מחקרים אמפיריים, סקרים, נתונים סטטיסטיים ומחקרים מתחום מדעי החברה והסוציולוגיה. קרי, כל עדות או ראיה אשר יש בה לספר על הלך הרוח המקובל באותו הענף, ועל שכיחות הנוהג של מתן הטיפ לנותן השירות.

נוסף על כך, במאמרנו זה ביקשנו להדגים את הנחיצות של יישום הלכת קיס על ענף התיירות, בסוגיית מתן הטיפים למדריכי הטיולים ולנהגי האוטובוס על ידי התיירים. הראנו כי גם בענף זה מתן הטיפים למדריך הטיולים ולנהג האוטובוס הוא נוהג מושרש היטב, העולה כדי נורמה משפטית של ממש אשר הפרתה תגרור סנקציה חברתית. נורמה משפטית ממוסדת אף עוד יותר מבענף המסעדות, עת חברות התיירות וסוכני הנסיעות מבהירים לתיירים, כבר בעת רכישת חבילת התיירות, ובכתב, שמתן הטיפים למדריך ולנהג בסוף הטיול הוא נוהג מקובל שיש לפעול על פיו, וכי לא מדובר בהמלצה בלבד ובגדר רשות. עם זאת, ביקשנו להראות כי בכל הקשור לעמלות שמקבלים מדריכי הטיולים ונהגי האוטובוס מבתי העסק המקומיים, יש דווקא להחריג את הלכת קיס, חלף יישומה. אין דינם של עמלות אלו, שהתקבלו מצד שלישי כדין טיפים שנמסרו על ידי לקוחות בית העסק, בשל שירות שקיבלו מעובדיו. לגישתנו אין לראות בכספים אלו כהכנסה של מדריך הטיולים ושל נהג האוטובוס מאת מעסיקהם, אלא אם יוכח קיומה של הסדרה חוזית בין הצדדים, במפורש או במשתמע, לפיה הוסכם אחרת.

בדרך זו אנו מאמינים כי ניתן יהיה ליצור אחידות והרמוניה נורמטיבית במשפט הישראלי בכל הנוגע לשאלת סיווגם של כספי הטיפים שהתקבלו מאת לקוחות העסק, ושל העמלות שהתקבלו מצדדים שלישיים במהלך העבודה.

