

ת"פ 8018/12/13 - מדינת ישראל נגד המאפה הדרומי בע"מ, ח.פ.

בית דין אזורי לעבודה בבאר שבע

ת"פ 8018-12-13
09 נואר 2017

לפני: כב' השופטת יעל אנגלברג שהם

המאשימה:

מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד יצחק ששון

נגד

הנאשמת:

המאפה הדרומי בע"מ, ח.פ.
ע"י ב"כ עו"ד ניב כהן

הכרעת דין

כנגד הנאשמת הוגש כתב אישום המייחס לה העסקת 4 עובדים (להלן: **העובדים**) מבלי ששילמה להם את מלוא שכר המינימום המגיע להם כחוק וזאת בניגוד להוראות סעיפים 2 ו-14 לחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987 (להלן: **חוק שכר מינימום**) וכן העסקת עובד מבלי ששילמה לידיו במועד סיום עבודתו או תוך זמן סביר לאחר מכן את יתרת החופשה שעמדה לזכותו וזאת בניגוד לסעיפים 13 ו-28(א)(2) לחוק חופשה שנתית, התשי"א-1951 (להלן: **חוק חופשה שנתית**).

בפתח הדברים, כמצוות סעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, הנני מודיעה כי החלטתי לזכות את הנאשמת מהעבירות שיוחסו לה בכתב האישום.

האישומים

1. הנאשמת היא חברה פרטית אשר במועדים הרלוונטים לכתב האישום הפעילה מסעדה בקניון השדרה השביעית בבאר-שבע הנושאת את השם המסחרי "**רולדין**" (להלן: **הנאשמת**). על פי הנתען בכתב האישום העסיקה הנאשמת 4 עובדים: מר ספקטור אילן, גב' לנד אביב, גב' פרץ נירית והגב' אבוחצירא הדר במועדים שונים בין השנים **2011-2012** כאשר לא שילמה לידיהם את מלוא שכר המינימום שלו הם זכאים על פי חוק. שעות העבודה והפרשי השכר שלהם זכאים העובדים פורטו בנספח א' לכתב האישום.

2. עוד נטען כי הנאשמת העסיקה את העובד אילן ספקטור (להלן: **אילן**) בתקופה שבין חודש **4/11** וחודש **9/11** וכאשר סיים את עבודתו עמדה יתרת החופשה שהיה זכאי לה על שיעור של **4.375** ימים שבגינה היה על הנאשמת לשלם לספקטור פדיון חופשה בסך של **528.96 ₪** ואולם לא שילמה את פדיון החופשה תוך זמן מתקבל על הדעת וללא צידוק מספיק.

3. על הנאשמת הוטל קנס מנהלי וכתב האישום הוגש בעקבות בקשה להישפט שהוגשה ביום **14.11.13**.

4. הנאשמת הודתה בהעסקת העובדים בתקופות שפורטו ואולם כפרה בטענה כי לא שילמה לעובדים את שכר המינימום הקבוע בחוק וכן בטענה כי אילן לא קיבל פדיון חופשה. עוד טענה הנאשמת בעניין זה כי זכאותו של אילן במועד סיום עבודתו עמדה על **4.735** שעות חופשה (ולא על מספר ימי חופשה כנטען בכתב האישום) וכי הוא תבע את תשלום פדיון החופשה וקיבל את זכויותיו על פי פסק דין.

הראיות

5. מטעם המאשימה העידו ארבעת העובדים מר אילן ספקטור (להלן: **אילן**), גב' לנד אביב (להלן: **אביב**), גב' פרץ נירית (להלן: **נירית**), הגב' אבוחצירא הדר (להלן: **הדר**) וחוקרת המאשימה הגב' סיוון חליווה (להלן: **חליווה**).

המאשימה הגישה דוחות נוכחות של אילן (ת/1), תלושי שכר של אילן (ת/2), רישום נוכחות ידני של אילן (ת/3), טפסי חתימה (ת/4), תלונה שהוגשה למשרד הכלכלה (ת/5), תכתובת מייל בין אילן למאיר (ת/6), פרוטוקול דיון בתביעת אילן כנגד הנאשמת (ת/7), חקירת אילן מיום **3.9.12** (ת/8), חקירת אילן מיום **17.1.12** (ת/9), הסכם עבודה למלצרים (ת/10), דוחות נוכחות של אביב (ת/11), תלושי שכר של אביב (ת/12) טופסי קבלת שכר (לחודשים 12/2011 - 2/2012; ת/13), הסכם עבודה של נירית (ת/14), תלושי שכר של נירית (ת/15), תלושי שכר של הדר (ת/16) דוחות נוכחות של הדר (ת/17), דוחות נוכחות של נירית (ת/18), דוחות נוכחות של אילן (ת/19), סידורי עבודה (ת/20), הודעות גב' רוזי דדון (ת/21-22), הודעות מאיר מתאריכים **15.7.12** (ת/23), מיום **22.10.13** (ת/24), מיום **23.10.13** (ת/25), מיום **24.10.13** (ת/26), תחשיב חופשה שנערך על ידי גב' חליווה (ת/27), תחשיב שכר מינימום של אביב שנערך על ידי גב' חליווה (ת/28), תחשיב שכר מינימום של אילן שנערך על ידי גב' חליווה (ת/29), תחשיב שכר מינימום של הדר שנערך על ידי גב' חליווה (ת/30) ותחשיב שכר מינימום של נירית שנערך על ידי גב' חליווה (ת/31) וחקירת הגב' אתי אלימלך (ת/32).

6. מטעם הנאשמת העידו מנהלת הסניף הגב' אתי אלימלך (להלן: **אתי**) ובעלי הנאשמת מר מאיר אלימלך (להלן: **מאיר**).

הנאשמת הגישה דוגמת טופס רישום שעות עבודה והתחשבנות הנוהג היום (נ/1) וכן דוגמת תלוש שכר הנוהג כיום (נ/2).

המחלוקת

7. השאלה העיקרית העומדת ביסוד המחלוקת בהליך זה היא - האם ניתן לראות בתשלומי תשר ששולמו לעובדים במסגרת עבודתם כתשלומים העונים על הוראות חוק שכר מינימום? כמו כן, חולקים הצדדים בשאלה - האם עמדה הנאשמת בתשלום פדיון החופשה שלו זכאי אילן?

טענות הצדדים

8. **לטענת המאשימה**, התשלום היחיד שקיבלו העובדים בתמורה לעבודתם היה התשר כאשר סכומי התשר נתקבלו ישירות מהלקוח, לא עברו דרך קופת המעסיק ולא נרשמו כחלק מהכנסותיו. לעמדת המאשימה, לא ניתן לראות בתשלומי התשר כתשלום שכר עבודה לצורך חוק שכר מינימום.

עוד טוענת המאשימה, כי תלושי השכר שהונפקו לעובדים משקפים רק את שעות העבודה שהודפסו על ידי העובד, אך אין בהם כדי לשקף נכונה את שעות העבודה שבהם עבד העובד בפועל.

לטענת המאשימה, תכליתו של חוק שכר מינימום כמו גם פסיקת בית הדין הארצי מחייבת את המסקנה, כי אין להכיר בתשר כשכר עבודה אלא מקום שנרשם בספרי המעסיקה שכן תכלית הרישום היא לשמור על זכויותיו של העובד לבל תפגענה.

9. באשר לפדיון החופשה טענה המאשימה, כי לא נסתרה טענתה שאילן לא קיבל את תשלום פדיון החופשה במועד וכי זה שולם רק לאחר התערבות בית הדין בהליך האזרחי.

10. **לטענת הנאשמת**, מדובר בתקופה כוללת של כחצי שנה בלבד אשר נחלקה לשתי תקופות נפרדות (חודשים 7-9/11 וחודשים 12/11-2/12). לטענתה, תשלום השכר כפי שהיה נהוג במסעדה בשתי התקופות עולה בקנה אחד עם הוראות חוק שכר מינימום לאור התפתחות החוק והפסיקה לעניין תשלום שכר מינימום באמצעות תשר.

לטענת הנאשמת, שיטת העבודה שבה נקטה מעלה כי השכר ששולם לעובדים, בהסכמתם, באמצעות תשלומי התשר, לא זו בלבד שעמד בתשלום הנדרש על פי חוק שכר מינימום אלא שעלה עליו באופן ניכר. עוד טענה הנאשמת, כי במקרים שבהם לא שולמו לעובדים דמי תשר מספיקים, השלימה את שכרם לגובה שכר המינימום בהתאם להצהרת העובד.

11. באשר לתשלום פדיון החופשה טענה הנאשמת, כי משאין אלה נכללים בכתב הסיכומים על פי החלטת בית הדין מיום 2.4.15, יש לראות טענה זו כטענה שנזנחה על ידי המאשימה.

הכרעה

א. תשלום שכר מינימום

12. הוראות סעיף 2(א) לחוק שכר מינימום קובעות:

"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 לשעה, הכל לפי העניין".

בית המשפט העליון נדרש לסוגיית **מהותו של התשר** בהיבט של דיני המס וקבע כי לעניין חובת הרישום יש להבחין בין תשר ששולם כחלק מהתקבול למסעדה לבין תשר המשולם במזומן לידי המלצר (שאז אין מדובר בתקבול החייב ברישום על ידי המסעדה) (ע"א 476/87 ספארי הולדינגס בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב 1, פ"ד מד(4) 780 (1990); ע"א 9229/99 פקיד שומה תל אביב 1 נ' ליברמן, פ"ד נט(1) 509 (2004); להלן: **פרשת ליברמן**).

13. פסק הדין המנחה של בית הדין הארצי בסוגיית **מהותו של התשר** והאם יש לראות בו כשכר עבודה, ניתן בפרשת **מלכה** שם נקבע כי:

"תשלום שכר עבודה אינו דבר של מה - בכך. תשלום מסודר של שכר חייב לענות על דרישות בסיסיות המתחייבות מהוראות החוק ומנורמות המתחייבות מעצם קיומם של יחסי עובד ומעביד ומחובת תום הלב של המעסיקה כלפי עובדיה:

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

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

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

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

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

מכל האמור עד כה עולה כי מעסיק חייב בתשלום שכר והוא אינו יכול להשתחרר

מחובתו זו על ידי הסתמכות על תשלום של תשר המשולם לעובד על ידי אחר. זה הכלל וכך ראוי שיתקיים.

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

- (1) בין הצדדים קיים הסכם אישי או שחל עליהם הסכם קיבוצי הקובע, במפורש, שניתן להביא בחשבון השכר גם תשלומי תשר המשולמים לעובד.
- (2) הסכם העבודה או ההסכם הקיבוצי כולל הסדר מפורט ומסודר בדבר דרכי הטיפול בהכנסות מתשר, כגון - שקיפות ותיעוד של התשלומים, קיומה של קופה וחשבונאות של ההכנסות, דרכי חלוקת הסכומים שהתקבלו, מועדי החלוקה ועוד.
- (3) השכר משני המקורות (השכר הרגיל ותשלומי התשר) לא יפול משכר המינימום הקבוע בחוק.
- (4) זכויותיו הסוציאליות של העובד מבוססות על ההכנסה משני המקורות והן מובטחות לאשורן.
- (5) הבטחת תשלומי המס המלאים המתחייבים משכרו של העובד.

(ע"ע 300113/98 ד.ג.מ.ב. אילת מסעדות בע"מ - ענבל מלכה, פד"ע מ 769 (2005); להלן: פרשת מלכה).

מכאן, שלעמדת בית הדין הארצי, תשר ייחשב כחלק משכר העבודה של המלצר רק אם ירשם בספרי המסעדה. בית הדין מבסס את החלטתו בין היתר על כך שזו הדרך היעילה לפקח על תשלום שכר מינימום המשולם למלצרים וכן בהסתמך על האופן שבו הלקוח רואה את תשלום התשר. בית הדין הוסיף, כי על פי חובת מעסיק לשלם לעובד את שכר המינימום (סעיף 2(א) לחוק שכר מינימום) לא ניתן לראות כתשלום שכר כספים שהועברו על ידי הלקוחות באופן ישיר.

14. על יסוד גישה זו קבע בית הדין הארצי בפרשת כהן לעניין חישוב שכר קובע לצורך תשלום גמלאות, כי כספי התשר שניתנו ישירות למר כהן שעבד כמלצר ואשר לא עברו דרך קופת המסעדה או השתקפו בספרי המעסיק, אינם מהווים שכר עבודה (עב"ל 1571/04 המוסד לביטוח לאומי - אסתר כהן, 8.11.05). אמנם השופט פליטמן (בדעת מיעוט) ראה בתשר כתשלום שכר עבודה אך בחר להצטרף לדעת הרוב מטעמים שביציבות ההלכה.

15. על פסק הדין הוגשה עתירה לבג"ץ (בג"ץ 2105/06 כהן נ' המוסד לביטוח לאומי, 26.7.10; להלן: בג"ץ כהן) שם נקבע כי יש לסווג את המלצרים כעובדים ולראות את כל הכנסתם מתשר כ"הכנסה מעבודה". שופטי ההרכב בבג"ץ כהן היו ערים לכך כי תיתכן פרשנות שונה למונח "תשר" בהתייחס

לסוגיות שונות (כפי שגם המונח "עובד" יכול וישתנה מדבר חקיקה אחד למישנהו בהתאם להקשר ולתכליות השונות (ראו דנג"ץ 4601/95 **סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נב(4) 817 (1998)) וקבעו כי אין לראות במבחן ה"רישום" כמבחן בלעדי לקביעת מעמד התשר לעניין חוקים שונים (**בג"ץ כהן**); וראו לעניין הגדרות שונות למונח זה גם רע"א 4381/03 **מאגרי אנוש בע"מ נ' ז.מ. מותגי אופנה בע"מ**, 14.4.05; ע"א 10961/04 **המוסד לביטוח לאומי נ' גוטר**, 4.9.06). עוד היה ער בג"ץ לכך שתוצאת החלטתו מעוררת חוסר קוהרנטיות לסיווג התשר בענפי המשפט השונים ואולם קבע כי משאין הסדר מקיף וכולל של סוגיית התשר, נדרש הוא לדיון בעניין העומד לפניו.

16. במסגרת דיון נוסף בסוגיה (דנג"ץ 5967/10 **המוסד לביטוח לאומי נ' כהן**, 14.4.13; להלן: **דנג"ץ כהן**) לא הייתה מחלוקת כי יש לסווג את הכנסת המלצרים מתשר כהכנסה מעבודה לפי סעיף 2(2) לפקודה וכי יש להתחשב בהכנסה שכזו לצורך חישוב בסיס הכנסה לעניין גמלת תלויים.

בית המשפט העליון במסגרת הדיון הנוסף לא קיבל את קביעת בית הדין הארצי וקבע כי לצורך תשלום הגמלאות באותו העניין על פי דיני הביטוח הלאומי, יש לראות את התשלום כהכנסתו של המלצר. עם זאת, שופטי בית המשפט העליון נחלקו בשאלה, האם מדובר בהכנסת המלצר מהמעסיק או בהכנסתו מעבודה שלא מהמעסיק. אמנם דעת הרוב סברה כי במישור היבטי המס, אין לראות זאת כהכנסה ממעסיק, אלא שעניין זה, לא הוכרע לגופו עד תום בנוגע לכל ענפי המשפט בשל ההשלכות הנרחבות הנגזרות מהכרעה כשזו. מכאן עולה בבירור מפסק הדין **בדנג"ץ כהן** כי התשובה לשאלה אם מדובר בהכנסה מעבודה אצל המעסיק, אם לא, אינה חד משמעית. עיקר המחלוקת בין שופטי ההרכב הייתה בשאלה האם על המחוקק להסדיר את העניין או שמא ניתן להסדירו במסגרת פרשנות שיפוטית.

תוצאת פסק הדין הייתה כי אין להסדיר את הסוגיה בדרך של פרשנות שיפוטית וכי לצורך תשלומי הגמלאות באותו העניין יש לראות את התשר כהכנסה מעבודה של המלצר, מעבודתו כשכיר.

17. איני סבורה כי במסגרת הליך זה יש מקום להיכנס לנבכי המחלוקות השונות שבין שופטי בית המשפט העליון בשבתם כבג"ץ שכן לענייננו די בכך שקיימות פרשנויות שונות בשאלת מהותו של התשר כדי להביא לזיכוייה של הנאשמת מעבירה של אי תשלום שכר מינימום. ואבהיר.

18. הוראות סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: **חוק העונשין**) קובעות: "**ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין**".

בפרשת **ברק כהן** נדונה סוגיית הפעלתו של סעיף זה. שם נקבע (בדעת הרוב):

"כלל הפרשנות המקלה עם הנאשם הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין הינו כלל פרשני המבטא, כאמור, תפיסה הנגזרת מעקרון החוקיות, לפיה יש לפרש את הדין הפלילי הן על-פי לשונו והן על-פי תכליתו. אולם, רק כאשר ההוראה העונשית ניתנת לכמה פירושים סבירים לפי תכליתה וכל אחד מהפירושים מגשים את תכלית הדין מופעלת התוצאה המקלה הקבועה בסעיף 34כא (ראו דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אסד, פ"ד נח(5) 547, 558 (2004) (להלן: עניין אסד)). בנסיבות כאלה אין להשית על אדם אחריות פלילית בגין מעשה מסוים כאשר בין הפירושים האפשריים ללשון הוראת החוק הרלוונטית קיים פירוש סביר, העולה בקנה אחד עם תכלית אותה הוראה, ולפיו ניתן שלא להטיל אחריות פלילית (או להטיל אחריות פלילית ברמה מופחתת) בגין אותו מעשה" (דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' ברק כהן, 13.5.08; להלן: פרשת ברק כהן).

וכדברי השופט ג'ובראן בפרשת ג'אבר:

"כפי שקובע סעיף 34כא לחוק העונשין, תשל"ז-1977, משניתן לפרש הוראה פלילית במספר דרכים סבירות, תינתן עדיפות לפרשנות הנוטה להקל עם הנאשם. אלא שהחלתו של כלל זה נעשית בצורה דו שלבית. בשלב הראשון תיבחן פרשנותה של ההוראה על-פי כללי הפרשנות התכליתית המקובלים במשפט הישראלי הכללי, למציאת הפרשנויות המגשימות את תכליתה של ההוראה. רק אם תימצאנה מספר פרשנויות המגשימות את תכלית החקיקה בצורה סבירה באותה מידה, תיבחר מביניהן בשלב השני הפרשנות המקילה עם הנאשם. בדרך זו יופעל הכלל שבסעיף 34כא לחוק רק במקרה שבו עומדות להוראה פלילית מספר פרשנויות המגשימות את תכלית ההוראה בצורה שווה, באופן שלא ניתן לקבוע מי מהן הינה סבירה יותר" (ע"פ 7894/03 ג'האד ג'אבר - מדינת ישראל, 18.2.08).

מכאן, משקיימת יותר מפרשנות אחת למונח "שכר עבודה" "מהמעסיק", יש לאמץ את הפרשנות המקלה עם הנאשם.

19. השופט נאור (כתוארה אז) במסגרת דנג"ץ כהן (בדעת מיעוט שאליה חברו השופט רובינשטיין והשופטת חיות) קבעה:

"אם תישמע דעתי, נורה בגדרו של דיון נוסף זה, אף שהדבר אינו עולה בקנה אחד עם פסיקה קודמת, כי הכנסה מתשרים היא תקבול של בעל המסעדה מעסקו, וכי ככל שמקבל המלצר תגמול בגין התשרים - מדובר בהכנסת עבודה של המלצר ממעבידו".

כך גם ציין השופט (כתוארו אז) פליטמן בפרשת כהן בבית הדין הארצי (בדעת מיעוט) כי:

"כאשר מסוכם עם מלצר, כי התשר כולו יהא התמורה לעבודתו; ראוי לדעתי, התשר כולו להחשב לשכר עבודתו. לא שאלת תשלום או אי תשלום המס עליו צריכה לקבוע מהותו. תשלום המס צריך להיגזר ממהות ההכנסה ולא להיפך. לפיכך, לא מבחן רישום הקופה צריך להיות מבחן הגדרת התשר כשכר עבודה".

אומנם כאמור, השופט פליטמן חבר למושב באותו עניין וזאת על מנת שלא להביא לפיצול ההלכה המשפטית ואולם אין להתעלם מעמדה זו.

20. לטעמי, די בכך ששופטי בית המשפט העליון בשבתם כבג"ץ חלוקים בשאלה, האם תשר שלא עבר דרך קופת המעסיק ניתן לראותו כשכר עבודה מטעם המעסיק, על מנת לקבוע כי לא ניתן לפרש את המונח "תשר" כתשלום שלא ניתן מאת המעסיק **לצורך הכרעה בפלילים**. לעמדתי, מקום שהמעסיק מספק פלטפורמה שעל בסיסה משתכר העובד לא פחות משכר המינימום, ולעיתים קרובות אף יותר מכך, לא ניתן להתעלם מהמערכת הסובבת את השתכרותו של המלצר. אין ספק, שללא סביבת העבודה הניתנת על ידי המעסיק לביצוע עבודת המלצר, לא היה מקבל המלצר דבר. דמי השירות הניתנים למלצר, בין אם הם עוברים בקופת המעסיק, בין אם לאו, הם חלק מהתגמול שמשלם הלקוח בגין חווית השהות במסעדה. חוויה זו כוללת את מידת שביעות רצונו הן מהשירות שניתן לו, הן מהתוצר שהוא מקבל, הן מאווירה הכוללת במסעדה. לא ניתן להתעלם מכך שהתשר הניתן כרוך בכל אלה.

וכך אף נקבע בפרשת ליברמן:

"אכן, דמי השירות המשתלמים למלצר כרוכים תמיד, מעצם טיבם, בפעילות של בעל המסעדה. קיומה של המסעדה הוא תנאי-בלעדי-אין למתן דמי השירות. יהא זה מלאכותי ובלתי סביר להפריד בין הפעילות העיקרית שבגינה משתלמים דמי השירות - מתן השירות על-ידי המלצר - לבין הרקע לפעילות זו והקשרה, הנובעים ישירות מן העסק. כפי שכבר ציינו, השירות הניתן ללקוח הוא משאב ממשאביו של בית העסק וחלק אינטגרלי מן המוצר שהוא מוכר ללקוחות" (פרשת ליברמן בעמ' 515; הדגשה שלי - י.א.ש.).

ובדנג"ץ כהן בעמדת השופטת (כתוארה אז) נאור:

"התשר הוולונטרי מהווה תמורה ייחודית, המשולמת למלצר תוך כדי עבודתו [...] יחד עם זאת, ברור, כי לא אחת גובה התשר או עצם מתן התשר, אינו נגזר אך מהשירות שהמלצר מעניק לסועד, אלא הוא פונקציה של כל שרשרת השירות במסעדה ממכלול החוויה של הסועד במסעדה והודות לתנאים אותם מעמידה המסעדה לרשותו של המלצר'. וטוען גם היועץ המשפטי לממשלה: 'ככלל הצדדים לעסקת התשר אינם מתייחסים לתשר כאל אות הוקרה, אלא כאל תשלום נוסף שניתן עבור השירות שמקבל המשלם, כחלק מהתשלום הכולל אותו הוא משלם [...] תשלום התשר כרוך תמיד בפעילות המסעדה והוא מהווה חלק מהתשלום הכולל עבור השירותים שהיא מספקת באמצעות עובדיה'. המלצר אינו פועל במסעדה כאדם עצמאי שנקלע למקום, ואם העניק ללקוח

שירות יוצא דופן - מקצועיות השירות שהעניק שלובה במקצועיותה של המסעדה.
השירות שהוא נותן ללקוחות המסעדה הוא עבודתו במסעדה, וכל תשלום של
הלקוח עבור 'השירות' הוא תשלום עבור 'עבודת המלצר' (הדגשה שלי - י.א.ש.).

אין ספק כי אי רישום תקבולים בקופת מעסיק, פסול הוא. ואולם, השאלה העומדת בפניי אינה שאלה מתחום דיני המס אלא שאלה של תשלום שכר ראוי, והמציאות מצביעה על כך שהתשלום שייך למסעדה וניתן לעובדים בגין שירות שנתנו למסעדה (ראו בהמשך גם לעניין ההסכמות בין הצדדים). משאין ספק שהמלצרים קיבלו תשלום בגין ביצוע עבודתם, הרי שלעמדתי יש לראות את המעסיק כמי שייצר את ההכנסה למלצר וממילא כמי ששילם לו באופן עקיף את דמי השירות (ראו גם יורם מרגליות ושרון רבין מרגליות "טיפים" **משפטים** לח(1), עמ' 127-128, תשס"ח וכן יורם מרגליות "בשבחה של פרשנות מהותית: בג"ץ כהן כהחמצה של הזדמנות להסדר משפטי כולל" **עיוני משפט** לה, עמ' 237-241, תשע"ב).

21. במסגרת הליך זה איני נדרשת ליתן את הפתרון לשאלה הכוללת כיצד יש לסווג את התשר באופן שהסיווג "יחיה בשלום" עם כל דיסציפלינות המשפט. ברור הוא, כי כל פרשנות יוצרת בעיה בשני מישורים. **במישור דיני המס** - שאם לא נראה בתשר כהכנסה ממעסיק נמצאנו הופכים את כל המלצרים לעובדים על חוקי המס וחוטאים באי דיווח ובאי תשלום מס על הכנסותיהם ואם נראה את התשר כהכנסה ממעסיק, הרי שבהעניקו את הסכום למלצר באופן ישיר, מבלי שהסכומים נרשמו בספריו, אין הוא ממלא אחר הוראות דיני המס במלואן. **במישור דיני העבודה והבטחון הסוציאלי**- כאשר תשלום התשר נעשה ישירות לידי העובד ואינו נרשם כהכנסה מביא הדבר לפגיעה בזכויות הסוציאליות הסובבות את השכר, כמו גם להעדר ביטוח מלוא זכויותיו. עם זאת, אין להתעלם מכך שברוב המקרים התשלום לידי המלצר מבוסס על הסכמה שבין המלצר לבין המעסיק. אין ללמוד מכך, כי יש ליתן הכשר למצב שבו זכויותיהם הסוציאליות של המלצרים אינן משולמות, אך עניין זה אינו נשוא הליך זה. ככלל לעמדתי, כל עוד לא נאסר תשלום התשר על פי חוק, לא ניתן להתעלם מהסכומים המשולמים לעובדים במסגרת התשר כשהם ניתנים לעובד בשל ועקב עבודתו. כאמור, בית המשפט העליון בשבתו **בדנג"ץ כהן** היה ער לבעייתיות וקרא למחוקק לשבת על המדוכה ולהסדיר את העניין.

ויודגש, איני מתעלמת מהעובדה כי העדר הדיווח יצר מצב שבו נגרעו זכויות אחרות של העובד כגון תשלומי חופשה, ביטוח לאומי והפרשות לפנסיה, אלא שיש לזכור כי עניינו של הליך זה הוא באישום פלילי של אי תשלום שכר מינימום ועל כן הבדיקה צריכה להעשות במישור הצר של השאלה - האם שולם שכר תמורת עבודתו של העובד אצל המעסיק, אם לאו. הסנקציות הנוגעות לאי תשלום זכויות נוספות אינן צריכות להשליך על הגדרת התשר כ"שכר".

22. כמפורט לעיל, מששוכנעתי כי מקום שניתן בנסיבות מסוימות ולצורך דין מסוים (למשל דיני הגמלאות של הביטוח הלאומי) לראות את התשר כהכנסה לעובד, לא ניתן לראות בו משום אי תשלום שכר לצורך הרשעה בפלילים. ויזכר, נטל ההוכחה הנדרש להרשעה בפלילים מוטל על המאשימה, הוא עולה על הנטל הנדרש במישור האזרחי וכל ספק בפרשנות המצב המשפטי, יש לזקוף כאמור בהוראות סעיף 34כא לחוק העונשין, לטובת הנאשם.

"חוק שכר מינימום תכליתו להבטיח רמת חיים יחסית מינימלית לכל עובד וכן לצמצם את ממדי העוני בישראל. קביעת שכר מינימום מהווה אחד היסודות של הספקת צורכיהם של העובד ומשפחתו. הסדרים וחוקים לגבי שכר מינימום נהגים במרבית המדינות המפותחות. בהיעדר אכיפת חוק שכר מינימום ייקבע לחלק מהמועסקים בישראל שכר הנתפס בחברה כנמוך מזה המספק רמת חיים יחסית מינימלית" (ע"ע 1054/01 טוילי - דהרי, פד"ע לז 746 (2002); ראו גם ע"ע 1182/02 עו"ד חיים קאזיס - תאופיק ארייט, פד"ע לח 394, 10.11.02).

הוראות סעיף 2 לחוק קובעת כי העובד "זכאי לקבל ממעסיקו שכר עבודה". כאמור, תכליתו של תשלום שכר המינימום הוא עצם תשלום שכר בשיעור מסוים שלא יפחת משכר קיום מינימלי. לא רישומו בספרי החשבונות הוא שממלא אחר תכלית החוק ולא ניתן להתעלם מתשלומים שהעובד קיבל כאילו לא נעשה דבר. מכאן, כי גם לדעת הרוב בפרשת ברק כהן, משתכליתו של הדין היא תשלום שכר ולרישום השכר בקופת המעסיק, אין זכר בהוראות הדין, לא ניתן לכלול בהוראת סעיף 2 לחוק (בפרט עת מדובר בהליך פלילי) את שאינו מצוי בו בבירור ובמפורש, אלא יש ליתן לו את הפרשנות המקובלת של מתן תשלום בתמורה לעבודה.

24. ערה אני לכך כי יש ויאמרו כי ניתן לפרש אותו מונח באופן שונה בחוקים שונים אך אין להחיל עקרון שכזה עת מדובר באותו החוק ממש. לדברים שכאלה יש להשיב בלשונם של השופט גרוניס בפרשת ברק כהן שם קבע:

"שבתחום הפלילי חלים כללי פרשנות שונים מאשר בכל ענף משפטי אחר. הדרך הפרשנית השונה מתחייבת לאור מהותו ותכליתו של ענף משפטי זה ולאור הפגיעה הקשה שהפעלתו עלולה לגרום. פוטנציאל הפגיעה בחירותו של אדם הטבוע במשפט הפלילי חייב להוביל להתייחסות שונה בעת שבית המשפט נדרש להפעיל את דיני העונשין, להחילם ולפרשם. אין זה מקרה שהסעיף הראשון בחוק העונשין, תשל"ז-1977, משמיע לנו את העיקרון הגדול לפיו 'אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו'. סעיף זה, יחד עם סעיף 3 לחוק, האוסר ענישה למפרע, מבטאים את עיקרון החוקיות. מעיקרון החוקיות נגזר כלל חשוב נוסף, והוא כי על דיני העונשין לדבר בלשון ברורה ולהימנע משימוש בשפה מורכבת וקשה להבנה. חובה להודות כי מגבלותיה של השפה מקשים לקיים כלל זה. כלל נוסף הנובע מעיקרון החוקיות, מורה לנו שבפרשנותו של המשפט הפלילי יש לבחור בפירוש המקל עם הנאשם. כלל זה מוצא ביטוי בסעיף 34כא לחוק העונשין" (הדגשות שלי - י.א.ש.).

מכאן עלינו להדרש לשאלה האם עלו תשלומי התשר על שכר המינימום?

25. העובדים חתמו על הסכמי עבודה. בהסכמים אלה צוין באופן מפורש כי תשלומי התשר שייכים למעסיק. וכך צוין בהסכם של אילן:

"תמורת עבודתו ישלם המעביד לעובד שכר ברוטו מינימום של 20.7 ש"ח לכל שעת עבודה (להלן: המשכורת).

5.1 העובד מודע לכך כי המשכורת המשולמת לו הינה משכורת מינימום הקבועה בחוק.

5.2 העובד מודע לכך כי הטיפים/תשר/המתנות המתקבלות ע"י הלקוחות או באי המסעדה הינם של המסעדה בלבד.

5.3 העובד מודע לכך כי הטיפים/תשר/המתנות המתקבלות ע"י הלקוחות או באי המסעדה הם מקדמה לשכר החודשי המחושב לפי שעות העבודה באותו החודש, ויחתום בכל יום.

5.4 שכרו של העובד ישולם לעובד בה-9 בכל חודש (עפ"י חוק הגנת השכר, לא יאוחר מה-9 לחודש).

5.5 העובד יקבל כרטיס מגנטי ויחתום בו נוכחות כל יום בכניסה וביציאה. שעות אלו ידווחו בתלוש השכר" (סעיף 5 להסכמים ת/10, ראו גם סעיפים 12-15 לת/14; עדות אביב עמ' 15 שורות 23-25; הדגשות שלי -י.א.ש).

משהוסכם בין הצדדים במפורש כי התשר שייך למעסיק ומשהתיר המעסיק לעובדים ליטול את הכסף, לא שאלת העברת הכסף בקופת המעסיק ודיווחו כשכר הוא שיכריע בשאלה האם יש לראות בתשלומי התשר כשכר.

26. העובדים ציינו כי ידעו שאם שכרם יפול משכר המינימום יהיו זכאים להפרשי תשלום (עדות אביב עמ' 14 שורות 16-17 וכן עמ' 15 שורות 23-25) אך הודו כי התשלומים שקיבלו במסגרת התשר עלו באופן ניכר על שכר המינימום הקבוע בחוק (עדות אביב עמ' 15 שורות 17-18 (כ-360 ₪ למשמרת בממוצע); עדות נירית עמ' 22 שורות 28-30; עדות הדר עמ' 25 שורה 24, עמ' 27 שורות 23-27; גם מהדוחות שבהם נרשמו סכומי התשר (ת/13), עולה כי לרוב עלו אלה על שכר המינימום באופן ניכר ובוודאי עת נעשה החישוב על בסיס חודשי) אתי העידה כי השלמות לשכר המינימום נעשו בתקופת המלחמה וכי השלמות נעשות על פי דיווח של עובדים (עמ' 39 שורות 1-10). אמנם אילן העיד כי לא קיבל תשלום כחוק אלא שלא מצאתי את עדותו מהימנה. ראשית, מהעדויות עולה כי התנהלות אילן בין עם מנהלי המסעדה בין עם חבריו לעבודה היתה בעייתית וזו בלשון המעטה (העובדות הציגו תמונה של הטרדות מילוליות (עדות אביב עמ' 17 שורות 5-29, עדות נירית עמ' 23 שורות 4-5) ואילו מאיר העיד כי אילן פרץ למערכת המחשוב של המשרד, שינה את סידורי העבודה ופרץ למצלמות). שנית, מהראיות שהוצגו עולה כי הרישום שערך אילן לגבי שעות עבודתו אינו תואם באופן מלא את הרישום המופיע בדוח הנוכחות והמשקף את הפעמים הספורות שבהן החתים את הצ'יפ (ראו למשל ביום 2.9.11 שבו ציין ברישומיו כי עבד בשעות 08:00-16:00 ואילו בדוח המודפס מופיע 00:00-16:00; ת/19). זאת ועוד, משלא הציג בפני את הסכומים שקיבל במסגרת התשר, לא מצאתי כי יש להבחין בינו לבין יתר המלצרים אשר ציינו כי קיבלו סכומים העולים באופן ניכר על שכר המינימום.

עוד העידו העובדים כי נדרשו להחתיים נוכחות בכניסתם לעבודה וביציאתם ממנה ולצורך כך קיבלו "צ'יפ" שאותו היה עליהם להעביר בקופה (עדות אילן עמ' 5 שורה 29 - עמ' 6 שורה 1; עדות אביב עמ' 13 שורות 21-19; עדות נירית עמ' 22 שורה 13; עדות הדר עמ' 26 שורות 11-10 לפרוטוקול). אתי ציינה כי הודיעה לעובדים שעליהם לחתום בכניסה וביציאה וזאת לצורך הדיווח לביטוח הלאומי (עמ' 36 שורות 26-23) מעדותם של כל העובדים עולה כי הם לא הקפידו על כך היות שסברו כי אין לכך משמעות.

27. אין חולק כי לעובדים הונפקו תלושי שכר על פי דוח שהופק על פי העברת "הצ'יפ" בקופה. יודגש, כי לו היו העובדים מחתימים את כרטיס הנוכחות בכניסה וביציאה כפי שנדרשו הן בעל פה הן על פי הסכם העבודה (ת/10), היו תלושי השכר מופקים על פי דוח השעות וממילא היה התלוש תואם את שכר המינימום על פי שעות העבודה האמיתיות.

משהסכימה המאשימה לגבי תשלומים אלה (המצוינים בתלושי השכר) כי יש לראותם כתשלומי שכר מהמעסיק, ומשלעמדתי אין מקום להבחין בין סכומים שנרשמו בתלוש ולבין אלה שלא נרשמו בו רק ככל שהעובדים בחרו שלא להעביר את ה"צ'יפ" - לא מצאתי כי ניתן להטיל את השלכות אי ביצוע חתימת כרטיס הנוכחות על פי ההנחיות, על המעסיק.

כעולה מכל האמור, סכומי התשר שקיבלו העובדים עלו על שיעורו של שכר המינימום באופן ניכר, ולמצער, לא פחתו ממנו.

28. משהסכם בין הצדדים קבע במפורש כי תשלומי התשר שייכים למסעדה, ומשמעמדי היא כי לצורך דיון בשאלת ההרשעה בפלילים יש לקחת בחישוב שכר המינימום את תשלומי התשר, ומשהוכח כי הסכומים שקיבלו העובדים עלו על תשלומי שכר המינימום באופן ניכר, מצאתי כי המאשימה לא הרימה את הנטל להוכיח את קיומו של **היסוד העובדתי** של אי תשלום שכר מינימום כחוק.

29. באשר ל**היסוד הנפשי** - הוראות חוק שכר מינימום מסווגות עבירה של אי תשלום שכר מינימום כעבירה של אחריות קפידה. בעבירות מסוג זה קובעות הוראות סעיף 22(ב) לחוק העונשין כי:

"לא יישא אדם באחריות לפי סעיף זה אם נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה; הטוען טענה כאמור - עליו הראיה".

משלא התקיים היסוד העובדתי של העבירה ממילא אין בסיס ליסוד הנפשי. עוד אוסיף כי משאין מחלוקת כי הן הנאשמת הן העובדים בעצמם ראו בתשר כתשלום השייך למסעדה (ראו הוראות ההסכם כמפורט לעיל) ובתשלום התשר כתשלום שכר, מצאתי כי הנאשמת הרימה את הנטל המוטל עליה להוכיח כי נהגה ללא מחשבה פלילית.

30. לטענת הנאשמת, זנחה המאשימה את טענותיה בעניין האישום הנוגע לאי תשלום פדיון חופשה וזאת לאור החלטת בית הדין מיום **2.4.15**. אין לקבל טענה זו.

החלטת בית הדין מיום **2.4.15** קבעה כי בית הדין יעיין בסיכומים בהיקף כפי שנקבע, היינו, ב-7 עמודים ראשונים בלבד. משטענות המאשימה מופיעות בעמוד השביעי לסיכומי המאשימה, אין לראותה כמי שזנחה טענותיה בעניין אישום זה.

31. הוראות סעיף 13 לחוק חופשה שנתית, התשי"א-1951 (להלן: **החוק**) מורות:

"חדל עובד לעבוד לפני שניתנה לו החופשה המגיעה לו עד ליום שבו חדל לעבוד, ישלם המעסיק פדיון חופשה בסכום השווה לדמי החופשה שהיו משתלמים לעובד אילו יצא לחופשה ביום שבו חדל לעבוד".

מועד התשלום נלמד מהוראות סעיף 28 לחוק הקובעות:

" (א) מעסיק שעבר אחת העבירות האלה -

(1) לא נתן לעובדו חופשה לפי חוק זה;

(2) לא שילם, בלי צידוק מספיק ותוך זמן המתקבל על הדעת, דמי

חופשה, פדיון חופשה או תמורת חופשה לפי חוק זה,

דינו - קנס חמישים לירות ביחס לכל עובד שלגביו נעברה העבירה".

32. לטענת המאשימה, הנאשמת לא שילמה את פדיון החופשה לעובד עד לאחר התערבות בית הדין במסגרת ההליך האזרחי שהתקיים בין העובד אילן לבין הנאשמת.

הנאשמת בסיכומיה לא טענה באופן מיוחד לעניין תשלום פדיון החופשה אך עמדתה עלתה במסגרת חקירתו הראשית של מאיר, בעלי הנאשמת. מאיר טען כי אילן היה זכאי בסיום עבודתו לתשלום פדיון חופשה בעבור 5 שעות בלבד ולא בעבור 5 ימים כנטען על ידו.

33. אין חולק כי הנאשמת לא שילמה לאילן את פדיון החופשה במועד סיום עבודתו. אין גם חולק כי בחודש **ינואר 2012**, לאחר סיום עבודתו, הגיש אילן כנגד הנאשמת תביעה לתשלום זכויותיו ובהן פדיון חופשה (דמ"ש 47225-01-12). בתביעתו זו תבע אילן בגין חמישה ימי חופשה סך של **881 ₪**.

בין הצדדים באותו הליך נתגלעה מחלוקת לעניין זכויותיו של אילן ושיעורן. אין חולק כי דוחות הנוכחות שהוצגו

בפנינו אינם משקפים את מלוא שעות עבודתו של אילן שכן בניגוד להנחיה שקיבל לא טרח אילן להעביר את ה"צ'יפ" בכניסתו למשמרת ובצאתו ממנה. מעדותו של מנהל הנאשמת עולה כי חישוב תשלומי החופשה נעשה על בסיס רישום השעות בדו"ח שנעשה על ידי העובדים. עוד עולה מעדותו כי דו"ח הנוכחות מופק על פי ההדפסות שביצעו העובדים בעת הגיעם לעבודה.

34. לעמדת, משנרשם בהסכם העבודה כי על העובד לחתום נוכחות "כל יום בכניסה וביציאה" וכי "שעות אלו ידווחו בתלוש השכר" ברור הוא כי זכויותיו של העובד נגזרות מרישומי הנוכחות שרשם. ומשאין חולק כי אילן לא הקפיד על כך, אין לו להלין אלא על עצמו שדוחות הנוכחות לא שיקפו את היקף עבודתו.

על יסוד האמור, יש בסיס לטענת הנאשמת שלפיה שררה מחלוקת אמיתית לעניין שיעור תשלום החופשה שלו זכאי אילן.

יתר על כן, גם מהרישומים הידניים של העובדים שבהם אישרו קבלת שכר בשיעור המינימום (ת/4) עולה כי אילן לא עבד בהיקף של משרה מלאה ולא היה זכאי לתשלומים בשיעור שתבע (על בסיס משרה מלאה). יצוין כי ככלל עדותו של אילן לא עשתה רושם מהימן ומעדייות יתר העדים עולה כי התנהלותו אצל הנאשמת חרגה באופן משמעותי מהתנהגות המצופה מעובד במקום עבודה. מעבר לכל האמור, אילן עצמו לא סבר כי הוא זכאי לתשלום עד למועד הגשת תביעתו לבית הדין (ראו חילופי הודעות דוא"ל ביום 10.9.11). עוד אוסיף כי במסגרת התביעה האזרחית שהגיש אילן לבית הדין בסמוך לאחר סיום עבודתו זמן רב לפני הגשת כתב האישום, הוסדר עניין זה.

בנסיבות אלה, מששררה מחלוקת בנוגע לשיעור התשלום, מצאתי כי יש לזכות את הנאשמת מעבירה של אי תשלום פדיון חופשה ולו מחמת הספק.

אחרית דבר

35. משלא הרימה המאשימה את הנטל להוכיח את היסוד העובדתי של אי תשלום שכר מינימום ומששררה מחלוקת אמיתית בנוגע לתשלום פדיון החופשה לאילן, המעוררת ספק באשר לאשמתה של הנאשמת - החלטתי לזכות את הנאשמת זיכוי מלא מן העבירה של אי תשלום שכר מינימום ולזכותה מחמת הספק מעבירה של אי תשלום פדיון חופשה כחוק, המיוחסות לה בכתב האישום.

הכרעת הדין תשלח לצדדים.

זכות ערעור בתוך 45 ימים לבית הדין הארצי לעבודה בירושלים.

ניתנה היום, י"א טבת תשע"ז, (09 ינואר 2017), בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.