



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

ניתן ביום 22 יוני 2025

המערערים

1. הילה תייר
2. חן סגל
3. טל שאשא
4. דניאל אהרנוביץ
5. הילה פצניק
6. ים מאירוביץ
7. הדר ציון
8. עדן דוסטר
9. אבי שקורי
10. עדי פרג
11. שי איס
12. נטע שמר פרנק
13. שחר אברהמי
14. מאיה גולשטיין
15. עידן ארביב

-

המשיבה

שגב אקספרס ראשון לציון בע"מ

מגישי עמדה

1. איגוד המסעדות בישראל
2. עמותת מסעדנים חזקים ביחד

לפני: הנשיאה (בדימוס) ורדה וירט ליבנה, השופטת לאה גליקסמן, השופטת חני אופק גנדלר נציגת ציבור (עובדים) גב' ורדה אדוארדס, נציג ציבור (מעסיקים) מר יצחק רייף

ב"כ המערערים והסתדרות הנוער העובד והלומד עו"ד אסנת לונגמן, עו"ד יעקב אביד, עו"ד לחן שריד

ב"כ המשיבה עו"ד רונן קינן

ב"כ איגוד המסעדות בישראל עו"ד גליה מרום

ב"כ עמותת מסעדנים חזקים ביחד עו"ד עמית גרוס

פסק דין

הנשיאה (בדימוס) ורדה וירט-ליבנה

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה תל-אביב [השופטת יפית מזרחי-לוי, נציגת ציבור (עובדים) גב' דבורה גורין ונציגת ציבור (מעסיקים) גב' עירית פיליפ; סע"ש 48424-01-22] (להלן: "פסק הדין האזורי"), במסגרתו



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

התקבלה בחלקה תביעת המערערים ביחס לאופן חישוב שכרם, ביחס לתשר שהתקבל על ידי לקוחות המשיבה והזכויות הנגזרות מכך.

א. העובדות הצריכות לעניין

2. המערערים (להלן גם: "**העובדים**") הועסקו במשיבה בתקופה שבין השנים 2014 ל-2020. במהלך תקופת העסקתם במשיבה (להלן: "**המעסיקה**" או "**שגב**") ניתן פסק הדין עב"ל (ארצי) 44405-10-15 **עומרי קיס - המוסד לביטוח לאומי** (26.3.2018) (להלן: "**הלכת קיס**") על ידי בית דין זה, ששינה את ההלכות הקודמות במשפט העבודה ובדיני הביטוח הלאומי הנוגעות להכנסה מתשר, והנחיותיו נכנסו לתוקף ביום 1.1.2019.

3. בתקופה שקדמה למתן פסק הדין, נהגה בשגב שיטת תשלום כמפורט להלן:

3.1. שכר העובדים שולם להם מתוך כספי התשר שנאספו בקופת תשרים משותפת, וחולק לכל עובד ביחס לשעות עבודתו.

3.2. בנוסף לתשרים, ניפקה שגב תלוש שכר חודשי בו נרשמו מספר שעות העבודה וימי העבודה, תשלום שכר מינימום לפי שעה; החזרי נסיעות בגובה 13.5 ליום עבודה ועד עלות כרטיס חופשי-חודשי והפרשות סוציאליות לפי מינימום; דמי הבראה בסך 1 ₪ ליום עבודה; גמול שעות נוספות, עבודה בימי מנוחה וחגים לפי שכר מינימום; הפרשות לפנסיה לפי שכר מינימום. הזכויות הסוציאליות שהופיעו בתלוש קוזזו מהתשרים.

4. לאחר מתן פסק הדין וכניסת **הלכת קיס** לתוקף בינואר 2019, הודיעה שגב בחודש יוני 2019 כי בכוונתה לשנות את תנאי העבודה של המלצרים כך שיבוצע ניכוי 20% מהתשרים לצורך מימון תשלום הזכויות הסוציאליות וההפרשות. בעקבות הודעת שגב החליטו העובדים להתאגד בהסתדרות הנוער העובד והלומד (להלן: "**ההסתדרות**") ולפתוח במשא ומתן בין השאר ביחס לשינוי המבוקש.

5. בחודש ספטמבר 2019, מבלי שהצליחו הצדדים להגיע להסכמה בנוגע לתנאי העבודה החדשים, שגב שינתה את תנאי ההעסקה של כלל המלצרים באופן הבא: רישום התשלומים הסוציאליים בתלוש השכר וקיזוזם בפועל מסכום התשרים



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

נותר על כנו, שגב החלה לשלם גמול שעות נוספות בגובה 15 ₪ לשעה, ולקזז סכומים בגובה 10%-20% מהתשרים.

ב. ההליך בבית הדין האזורי

6. התביעה הראשונה בבית הדין האזורי הוגשה על ידי 28 עובדי שרשרת השירות שהועסקו בשגב בין השנים 2014 ל-2020 והתאגדו במסגרת ההסתדרות שייצגה אותם בבית הדין קמא והצהירה כי היא הארגון היציג שלהם.

7. ביום 23.11.2021 ניתנה החלטת בית הדין האזורי במסגרתה נדרשו העובדים שתבעו להגיש תביעותיהם בנפרד. התביעות נדונו במאוחד ובדיון שהתקיים ביום 20.6.2023 נתנו הצדדים הסכמתם ביחס לחלק מהתובעים להסמיך את בית הדין לתת פסק דין על דרך הפשרה לפי סעיף 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

8. יתר התובעים בבית הדין האזורי – הם המערערים בענייננו – לא הסכימו למתווה הפשרה של בית הדין האזורי, ולגביהם נדרש מתן פסק הדין האזורי, עליו מוגש הערעור שלפנינו.

ב.1. טענות הצדדים בבית הדין האזורי

9. העובדים טענו טענות כלליות הנוגעות לאופי ההעסקה בשגב: שכר עבודה לפי שכר המינימום, עבור זמן המתנה ממוצע של 30 דקות ליום עבודה, בהן נטען כי העובדים נדרשו לבצע עבודות כלליות, בעוד שהמעסיקה שילמה עבור זמן המתנה העולה על 45 דקות בלבד; אי מסירת הודעה על תנאי העבודה בשגב עם קליטת העובדים; הלנת פיצויי פיטורים; אי תשלום פדיון חופשה בסיום העסקה; אי תשלום דמי הבראה; החזרי הוצאות נסיעה עבור ימי עבודה בהם נאלצו העובדים לטענתם לשלם בעצמם עבור נסיעות (ברכב פרטי או במונית) בימים בהם לא פעלה תחבורה ציבורית (שבתות וחגים); תלושי שכר לא תקינים.

10. כמו כן, טענו העובדים טענות ביחס לרכיבים שהבסיס לחישובם נתון במחלוקת: לטענת העובדים, סכומי התשרים היו צריכים להיזקף במלואם לצורך חישוב הזכויות הסוציאליות ופדיון חופשה שנתית ששילמה שגב לעובדים, לפי שכר שעת ממוצע בגובה 60 ₪. לפני ינואר 2019 היה הדבר נכון לטענתם בהתאם לפסק הדין



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

בהליך ע"ע 300113-98 ד.ג.מ.ב. אילת מסעדות בע"מ - ענבל מלכה, פד"ע מ(2005) 769 (להלן: "הלכת מלכה"), ולאחר מכן בהתאם להלכת קיס.

11. עוד טענו העובדים כי הבסיס לחישוב גמול שעות נוספות צריך היה להיות 60 ש"ח לשעה בהתאם לשכר הממוצע כולל התשרים, בעוד שבפועל חושב גמול זה על בסיס גובה שכר המינימום. בנוסף טענו כי לפני שינוי תנאי ההעסקה בספטמבר 2019 לא שולם גמול זה כלל בניגוד לחוק.

12. לאחר הלכת קיס: טענתם העיקרית של העובדים עוסקת בפרשנות הראויה לפסק הדין. ראשית, ביחס לשאלה מהי ברירת המחדל של תשלום מכספי תשרים לפי הלכת קיס, ושנית מהי ההסכמה הדרושה להחלת התניה החורגת כפי שהוגדרה בהלכת קיס והסכם העבודה ככלל.

ב.2. פסק דינו של בית הדין האזורי

13. לעניין התקופה שטרם כניסת הלכת קיס לתוקף, קבע בית הדין האזורי כי טענת העובדים לפיה לא קיבלו הודעה על תנאי העבודה במשיבה דינה להתקבל. לצד זאת, קבע בית הדין האזורי כי הסכם העבודה בפועל בין המעסיקה לעובדים היה ידוע לצדדים, ועל כן הסדר התשלום שהוחל בפועל משקף גם את הסכם העבודה שחל בין הצדדים. משכך נקבע כי ההסדר לפיו דמי ההבראה, הזכויות הסוציאליות, הנסיעות והחופשה נוכו מהתשרים של העובדים, והזכויות הסוציאליות שולמו לפי שכר מינימום נקבע כדין ובאופן מוסכם על הצדדים. יוער שבשל הקביעה שלא ניתנה הודעה לעובד לעובדים ניתן פיצוי כספי על עצם אי מתן ההודעה.

14. לעניין תלושי השכר קבע בית הדין האזורי כי התלושים שנופקו לעובדים היו תקינים, שכן אלו שיקפו את הזכויות, שעות העבודה וימי העבודה של העובדים נאמנה הן בתקופה שלפני הלכת קיס, הן בתקופה שאחריה והן בתקופה שלאחר שינוי תנאי העבודה. זאת, ללא תלות בשאלה האם רכיבי השכר המצויים בהם שולמו כדין.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

15. אשר לרכיבי השכר, קבע בית הדין האזורי כדלקמן:

15.1. העובדים לא הצליחו להעמיד תשתית עובדתית מינימלית להוכחת טענותיהם בדבר זמני ההמתנה ותשלום נסיעות בימים בהם לא פעלה תחבורה ציבורית, על כן התביעה לתשלום רכיבים אלו נדחתה. אשר לטענת דמי החגים, קבע בית הדין האזורי כי העובדים זנחו טענותיהם לרכיב זה, וכי ממילא החישוב שערכו לא איפשר לבסס תשתית מתאימה לחישוב הזכאות, ועל כן טענה זו נדחתה גם היא. טענת הלנת השכר והלנת פיצויי הפיטורים נדחו שכן התביעה הוגשה שנה לאחר סיום העסקתם ומכאן חלה עליה התיישנות.

15.2. ביחס לשינוי תנאי ההעסקה החל מחודש ספטמבר 2019 קבע בית הדין כי השינוי נעשה בהתאם לקבוע **בהלכת קיס**, זאת משהעובדים נתנו הסכמתם בשתיקה לשינוי וזאת על אף שהעובדים היו מיוצגים באותה שעה על ידי ההסתדרות. משכך קבע בית הדין שיש לראות בהתנהגותם של העובדים כהסכמה להחלת התניה החורגת אותה הנהיגה המעסיקה.

15.3. לעניין תשלום דמי הבראה ודמי נסיעות בתחבורה ציבורית, קבע בית הדין האזורי כי מאחר ונדחתה הטענה לפיה אסור היה לשגב לשלם להם את זכויותיהם מתוך כספי התשרים, התביעה לרכיבים אלו נדחתה.

15.4. לעניין תשלומים שהבסיס לחישובם נותר במחלוקת, קבע בית הדין האזורי כי גמול השעות הנוספות לפני **הלכת קיס** שולם למערערים כדין מתוך החלק שנותר בידי המעסיקה מהתשרים עבור תשלום הזכויות הסוציאליות. לאחר **הלכת קיס** קבע בית הדין ושגב אף הודתה בכך בעצמה במהלך ההליך, כי היה על שגב לשלם גמול שעות נוספות על בסיס השכר הממוצע הכולל את התשרים - 60 ש"ח לשעה.

15.5. לעניין התביעה בגין ניכויים שלא כדין, קבע בית הדין האזורי כי המעסיקה היתה רשאית לקזז 20% מסכום התשר למימון הוצאותיה בהתאם **להלכת קיס**.

15.6. לעניין ההפרשות הפנסיוניות ופיצויי הפיטורים – קבע בית הדין האזורי כי בהתאם להסכם העבודה והקביעות הנוגעות לבסיס השכר לחישוב הזכויות, המעסיקה ביססה כדין את חישוביה על שכר המינימום עד כניסת **הלכת קיס**



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

לתוקף, והחל מינואר 2019 היה עליה להפריש רכיבים אלו משכר של 60 ₪ לשעה.

15.7. לעניין פדיון החופשה קבע בית הדין האזורי כי הערך השעתי לחישוב פדיון החופשה הוא 60 ₪ לפני ואחרי כניסת **הלכת קיס** לתוקף.

ג. טענות הצדדים בערעור

ג.1. טענות המערערים

16. טענות העובדים מתחלקות לשלושה מישורים:

16.1. קביעות בית הדין האזורי בנוגע למצב המשפטי ותוקף הסכם העבודה בין הצדדים טרם **הלכת קיס** ובתקופה מיום 1.1.2019 עד חודש ספטמבר 2019:

לטענת העובדים, המצב המשפטי טרם כניסת **הלכת קיס** לתוקף, ובהתאם ל**הלכת מלכה**, קבע כי על מנת להכיר בתשר כשכר העבודה של המלצרים, היה על שגב לכלול את סכום התשר במלואו כבסיס לחישוב הזכויות הסוציאליות שהגיעו לעובד. על כן, הקביעה כי התנהלות שגב לפיה חלק מסכום התשר (עד גובה שכר המינימום) היווה שכר עבודה לחישוב הזכויות הסוציאליות הייתה תקינה, היא קביעה שגויה.

בהקשר זה מוסיפים העובדים כי לא ניתן היה להסתמך על הסכמתם לתנאי העבודה, במיוחד לאור קביעתו של בית הדין האזורי אודות אי קבלת ההודעה משגב בתחילת העסקתם. גם אם נקבע כי היו מודעים לתנאי העסקתם, קשה לייחס להם הסכמה מודעת ומושכלת בהתחשב בכך שלא חתמו על הסכמי העסקה ונוכח פערי הכוחות בין הצדדים.

טענה נוספת של העובדים הינה שמיום כניסת **הלכת קיס** לתוקף ביום 1.1.2019 ועד ליום 31.8.2019, שגב נמנעה מלהחיל את **הלכת קיס** על תנאי ההעסקה של העובדים בניגוד לדין.

16.2. טענות עקרוניות הנוגעות לתנאי ההעסקה שחלו על העובדים החל מחודש ספטמבר 2019 והפרשנות הנכונה של **הלכת קיס**, החלת התניה החורגת, ותוקף ההסכמה של העובדים להסכם העבודה החדש:



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

לטענת העובדים, בית הדין האזורי שגה בקביעתו לפיה **הלכת קיס** מחילה שינוי במצב המשפטי אך ורק אודות שינוי בסיס השכר לחישוב הזכויות הסוציאליות. לטענתם **הלכת קיס** טומנת בחובה גם השלכות הנגזרות מהקביעה המרכזית, בהן ברירת המחדל לשימוש בכספי התשר וקיומה של אפשרות לקבוע תניה חורגת לכך בכפוף להסכמת העובדים.

עוד טענו העובדים כי הסכמתם של העובדים לשימוש בכספי התשר עם תחילת העסקתם בשגב, אינה יכולה להוות בסיס להסכמתם לשימוש בכספי התשר לאחר כניסת **הלכת קיס** לתוקף, לאור העובדה שמדובר בהסכם עבודה חדש ומצב משפטי שונה. על כן, אין לראות בכך ביסוס לתוקפה של תניה חורגת המתירה את השימוש בכספי התשר בהתאם ל**הלכת קיס**.

בהקשר זה, הוסיפו העובדים לטעון כי שגה בית הדין האזורי בקביעה לפיה שגב לא נדרשה להחתים את העובדים על הסכם העבודה החדש אלא יכלה להסתפק במתן הודעה, וכי העובדה שהעובדים המשיכו את עבודתם בשגב ולהגיש תביעות כספיות במקום נקיטה בצעדים ארגוניים מעידה על הסכמתם בהתנהגות.

לטענת העובדים השתלשלות האירועים החל ממתן ההודעה אודות כוונת שגב לשנות את תנאי ההעסקה, מעידה על כך שהעובדים לא השלימו עם השינויים הצפויים. החלטת העובדים להתאגד, להמשיך במשא ומתן עם שגב בנוגע לתחולת התניה החורגת כמו גם סירובם לחתום על תנאי העבודה החדשים מלמדים על חוסר ההסכמה.

על כן, החלטת שגב להחיל את תנאי ההעסקה החדשים ושיטת החישוב החדשה באופן חד צדדי, תוך ניכוי של כ-20% מכספי התשר לכיסוי עלויות של המסעדה וזכויות סוציאליות שאינן משולמות ישירות לעובדים אינה כדין.

ביחס לשתי הסוגיות העיקריות שנסקרו לעיל, כפועל יוצא מן הקביעות המשפטיות השגויות לטענת העובדים, דורשים העובדים סעדים כספיים נוספים על אלו שנפסקו בבית הדין האזורי.

16.3. טעויות עובדתיות: תשלום דמי נסיעה – לא היה צריך להטיל את נטל ההוכחה על העובדים; זמני המתנה – היה צריך להעביר את נטל ההוכחה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

לשגב לאחר שזו הודתה שזמני ההמתנה היו משתנים; שגה בית הדין ביחס לקביעה כי תלושי השכר היו תקינים; שגה בית הדין ביחס לקביעה ביחס לתשלום דמי חגים.

ג.2. טענות המשיבה

17. שגב השיבה בקצרה בזו הלשון:

1. "המשיבה סומכת את ידיה על תוצאות ונימוקי פסק הדין של ביה"ד קמא בהליך סע"ש 48424-01-22.

2. כב' ביה"ד יתבקש אפוא להותיר את פסק-הדין קמא על כנו, ולא לחייב את המשיבה בכל הוצאות נוספות."

ג.3. עמדות שהוגשו במסגרת ההליך

18. במסגרת הדיון שהתקיים בהליך שבפנינו, ביום 7.1.2025, הודענו לצדדים כי בשים לב לשאלות העקרוניות שעלו בערעור בכוונתנו לבקש את עמדת איגוד המסעדות הישראלי (להלן: "איגוד המסעדות"). בהתאם, ניתנה החלטתי מיום 13.1.2025 שעניינה בקשת עמדה זו.

19. ביום 12.1.2025, בתגובה להודעה שניתנה בדיון אודות כוונתנו לבקשת את עמדת איגוד המסעדות, הוגשה לבית הדין הארצי בקשה להגשת עמדה מטעם ההסתדרות.

20. בהחלטתי מיום 21.1.2025, קבעתי כי בשים לב לכך שנציג מטעם ההסתדרות נכח וטען במסגרת הדיון בהליך – ההסתדרות רשאית להגיש עמדתה במסגרת התגובה לעמדת איגוד המסעדות בלבד.

21. כמו כן, ביום 23.1.2025 הוגשה בקשת ארגון "מסעדנים חזקים ביחד" להצטרף להליך כגורם מסייע בהסכמת הצדדים. הבקשה התקבלה בהחלטתי מאותו היום. ביום 1.4.2025 הוגשה עמדת מגישי העמדה במאוחד.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

ג.3.א. עמדת איגוד המסעדות בישראל וארגון "מסעדנים חזקים ביחד"

22. בעמדתם טענו מגישי העמדה כי פסק הדין האזורי אינו מעורר שאלות פרשניות הנוגעות **להלכת קיס**, שכן אינו נוגע בברירת המחדל שנקבעה בו או בשאלת הזכויות אותן ניתן לשלם באמצעות התניה החורגת. למרות הכתוב לעיל, למען שלמות התמונה הביעו את עמדתם גם בנוגע לשאלות אלו.
23. לפי עמדת מגישי העמדה, ברירת המחדל **בהלכת קיס** מונה רשימה לא סגורה של רכיבי השכר אותם המעסיק רשאי לשלם כשכר עבודה לעובדי שרשרת השירות מתוך כספי התשר. טענה זו נסמכת על לשון סעיף 1 לחוק הגנת השכר, תשי"ח-1958 (להלן: "**חוק הגנת השכר**"), שם הגדרת "שכר עבודה" היא "**לרבות תשלומים בעד חגים, פריון עבודה ושעות נוספות ותשלומים אחרים המגיעים לעובד עקב עבודתו ובמשך עבודתו**". המילה לרבות, לעמדת מגישי העמדה, מלמדת על הגדרה רחבה הכוללת בתוכה את כל התשלומים המגיעים לעובד עקב עבודתו ובמשך עבודתו.
24. המסקנה העולה מהגדרה זו, לעמדת מגישי העמדה, היא שכספי התשר כוללים בתוכם את שכר היסוד של עובדי שרשרת השירות וגם את כל הזכויות הנלוות המגיעות להם. על כן, לעמדת מגישי העמדה טענת העובדים לפיה התשר מהווה שכר יסוד בלבד שגויה, כמו גם טענת העובדים לפיה תשלום הזכויות הנלוות מן התשר מהותו שכר כולל.
25. לעמדתם, מגישי העמדה, **הלכת קיס** הגדירה במפורט את תוכנה וגדרה של התניה החורגת, ולפיה נכון וראוי כי זו תגלם את תשלומי החובה החלים על המעסיק.
26. אשר לסוגיית ההסכמה לתניה החורגת, לטענת מגישי העמדה זו צריכה להמשיך ולהבחן כפי שנבחנה בבית הדין האזורי – כסוגיה עובדתית שיש לדון בה בכל מקרה לגופו, וכי ככל והדרישה **בהלכת קיס** הייתה להסכמה מדעת, הדבר היה נקבע במפורש בפסק הדין. על כן הסכמה לתניה חורגת יכולה להיות גם בהתנהגות.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

ג.3.ב. עמדת ההסתדרות

27. לעמדת ההסתדרות, הפרשנות הנכונה של **הלכת קיס** קובעת כי החלת התניה החורגת לשימוש בכספי התשר דורשת שפירוט רכיבי השכר ושיעור הניכויים יהיו כתובים ומפורשים במסגרת הודעה לעובד או בדרכים אחרות כדין, ושתקבל הסכמה מפורשת ומדעת של העובד. ההסתדרות פירטה בעמדתה כי לא ניתן לבסס הסכמה על עקרונות כלליים לחישוב השכר, ועל הצדדים לדעת ולהסכים אודות אופן חישוב השכר.

28. עמדת ההסתדרות נסמכת בין השאר על הלכות שונות הנוגעות לבחינת הסכמת העובד לפררוגטיבות שונות של המעסיק החורגות מברירות המחדל הנוהגות בתחום יחסי העבודה, בהן לידיעת העובד אודות פרטי ההסדר הנוהג משקל מכריע לצורך שינויים בתנאי ההעסקה או באופי העבודה.

29. לעמדת ההסתדרות גם בהתקיימה של הסכמה כדין להחלת התניה החורגת יש מגבלות על השימוש שניתן לעשות בכספי התשר. לעמדתה, השימוש צריך להיות כפוף לסעיף 5 לחוק הגנת השכר האוסר על תשלום שכר כולל, ולכן תשלום גמול השעות הנוספות, גמול מנוחה שבועית, דמי חופשה ודמי חגים מכספי התשר אינו כדין.

תשלום מכספי התשר עבור גמול השעות הנוספות וימי העבודה במנוחה שבועית עומד לטענת ההסתדרות בניגוד לתכליות סעיף 5 לחוק הגנת השכר, שנועד להגן על העובד מקיפוח ולשמור על תכליות חוק שעות עבודה ומנוחה. בדומה, תשלום דמי החופשה השנתית ודמי החגים מכספי התשר מסכל את תכלית חוק חופשה שנתית וצו ההרחבה בעניין דמי חגים. תשלום כלל הרכיבים האלו מכספי התשר מבטל לטענת ההסתדרות את התמריץ השלילי למעסיקים להעסיק עובדים בשעות עבודה מרובות, או לחילופין בחגים ובימי מנוחה.

30. על כן, הפרשנות הנכונה **להלכת קיס** לטענת ההסתדרות היא שאין לעשות שימוש בכספי התשר לצורך תשלום רכיבי שכר שנאסר במפורש לכלול אותם בתוך שכר העבודה. תשלום רכיבים אלו מכספי התשר מוביל לטענת ההסתדרות לתוצאה לפיה ככל שיותר שעות עבודה של העובד נעשות בשעות נוספות, בימי מנוחה ובימי חג, שכרו השעתי למעשה פוחת. לא זו אף זו, ניצול החופשה השנתית נעשה על



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

חשבון שכרו השעתי של העובד, ופוגע כך ברצונו ולמעשה בזכותו הקוגנטית לממש את חופשתו השנתית. עוד ציינה ההסתדרות כי שימוש בכספי התשר לתשלום הזכויות גורם להקטנת השכר המבוטח לפנסיה.

31. בתגובה לעמדת איגוד המסעדות בנוגע לדפוס ההעסקה בענף המסעדות, מביאה ההסתדרות נתונים מסקר עצמאי שערכה בנושא בשיתוף מכון "מאגר מוחות". מהסקר עולה תמונה לפיה 41% מהעובדים העידו על כך שלא קיבלו כל מסמך הודעה לעובד המסדיר את תנאי עבודתם; 52% מהעובדים העידו שנוכו מכספי התשר שלהם כספים לכיסוי חובות המעסיק בנוסף לגילום זכויותיהם הסוציאליות על חשבון כספי התשר. עוד עולה ממידע שאספה ההסתדרות כי החלת התניה החורגת הפכה לברירת המחדל בענף המסעדות. לדבריה, כאשר מעסיקים מנכים כדרך קבע סכומים הנעים בין 15% ל-30% מכספי התשר למימון הוצאותיהם, ורושמים בתלוש השכר על חשבון יתרת כספי התשר לאחר הניכויים את כלל התשלומים המגיעים לעובד.

32. לעמדת ההסתדרות, דפוסים אלו מחזקים את הטענה בדבר הצורך לגדר באופן ברור את התניה החורגת המוצגת **בהלכת קיס**, ולהסדיר את סוגיית ההסכמה לתחולתה, כמו גם להגדיר מהי ברירת המחדל לתשלום זכויות סוציאליות מכספי התשר.

33. טרם סיום חלק זה נציין כי ביום 18.5.2025 הוגשה הודעת הבהרה מטעם מגישי העמדה וביום 25.5.2025 הוגשה תגובת ההסתדרות לכך. שתי ההודעות הוגשו שלא ברשות בית הדין ונגעו לנושאים אשר אינם רלוונטיים לענייננו במישרין ומשכך לא מצאנו מקום לקבלן או להתייחס לאמור בהן.

דיון והכרעה

34. נקדים ונאמר כי לאחר שנתנו דעתנו לטענות הצדדים בכתב ובעל פה ולעמדות מגישי העמדה, הגענו לכלל מסקנה כי דין הערעור להתקבל בחלקו, זאת כפי שיפורט להלן.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

ד. רקע נורמטיבי

1. המצב המשפטי טרום הלכת קיס

35. במשך שנים היה מעמדו המשפטי של התשר אפוף מחלוקות משפטיות וחוסר בהירות. לתוך המסגרת הרגולטורית והפסיקתית החסרה בנוגע לשימוש בתשר כתשלום הנכלל בשכר המינימום או בנוסף לו; הכללת כספי התשר לצורך תשלומים סוציאליים בהם חייב המעסיק; חישוב זכויותיו של העובד מול הביטוח הלאומי, כאשר הזכויות (דמי אבטלה, דמי לידה, קצבת תלויים וכו') מחושבות בהתאם לשכרו קודם לאירוע המזכה בקצבה; זכותו של המעסיק לקחת חלק מכספי התשר כהכנסה של בית העסק, החל בית הדין הארצי לצקת תוכן בפסק הדין **בהלכת מלכה**, שהיה להלכה המנחה עד כניסתה של **הלכת קיס**.

36. **הלכת מלכה** הסדירה את השימוש בכספי התשר לפי "מבחן הרישום" – מעסיק חייב בתשלום שכר ואינו יכול להשתחרר מחובתו על-ידי הסתמכות על תשלום של תשר ששולם ישירות למלצר מבלי לעבור בקופת בית העסק, בעוד שתשר העובר דרך קופת בית העסק ונרשם בספרי המעסיק, ייחשב להכנסה של המעסיק שבה הוא יכול לעשות שימוש לצורך תשלום שכר עובדי שרשרת השירות. מטרתה הראשית של **הלכת מלכה** הייתה סיוע באכיפה, ויצירת תמריץ למעסיקים לרשום בספרים את כספי התשר.

37. השופט שמואל צור, כתוארו אז, מנה מספר תנאים מצטברים שבהתקיימם ניתן לעשות שימוש בכספי התשר לצורך תשלום השכר (**שם**), בסעיף 7 לחוות דעתו של השופט צור):

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

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

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



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

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

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

38. סוגיות תשלום הזכויות הסוציאליות, דמי הביטוח הלאומי, וזכותו של המעסיק לקחת חלק מכספי התשר כהכנסה, לא התעוררו בעניין **מלכה** ועל כן לא הוסדרו במסגרתה.

2.ד. הלכת קיס

39. כפי שצינו, ההלכה המנחה היום לסוגיות הנידונות לפנינו היא **הלכת קיס**, שניתנה בבית דין זה, ועסקה בהסדרת הכנסות מתשר וחישוב הזכויות הסוציאליות בגין. להלן הקביעות המרכזיות בפסק הדין הרלוונטיות לענייננו:

39.1. הכנסה מתשר בענף המסעדות מהווה הכנסה של העסק והכנסת עבודה של 'עובדי שרשרת השירות' מהמעסיק.

39.2. אין להחיל את מבחן הוולונטריות (או: "מבחן הרישום") שהיה נהוג בענף עד מתן פסק הדין. בקביעה זו נסמך בית הדין על שני נימוקים מרכזיים: האחד, שלא ניתן להמשיך להתייחס לתשלום התשר כפעולה שמקורה ברצון הלקוח, כי מדובר בנוהג המקובל שהשתרש בתפיסה החברתית והתרבותית של ימינו, העולה כמעט כדי נורמה. השני, שלא נמצאה הצדקה להותיר את תשלום התשר בידי המלצר בלבד, שכן לכלל עובדי שרשרת השירות נגיעה במידת שביעות רצונו של הלקוח.

39.3. פסק הדין קבע במפורש כי בהיעדר התניה מפורשת:

"המעסיק רשאי להשתמש בכספי התשר אך ורק לשם תשלום שכר עבודה לעובדי שרשרת השירות, וזאת על פי ההסדר המוסכם במסעדה, שצריך להיות במפורש ועדיף בכתב; והוא אינו רשאי לשלם באמצעות כספי התשר תשלומי חובה (חלק המעסיק בדמי הביטוח הלאומי ובמס בריאות), הפרשות לפנסיה (חלק המעסיק) או זכויות סוציאליות אחרות. תשלומים אלה יש להעביר בגין מלוא השכר המשולם לעובד, כלומר, לרבות כספי התשר. למותר להוסיף, כי האמור לעיל חייב למצוא ביטוי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

בחובות הרישומיות שבהן חב המעסיק על פי חוק הגנת השכר".
(ההדגשה אינה במקור - ו.ו.ל.)

(סעיף 110 לפסק הדין בהלכת קיס).

40. בהמשך ישיר לדברים אלו, מרחיב פסק הדין אודות האפשרות הקיימת להתניה מפורשת אחרת (להלן: "התניה החורגת") באומרו כך:

"המעסיק, כמי שקובע את הסדרי השכר וכלל תנאי ההעסקה במסעדה, לרבות בכל הנוגע לכספי התשר, רשאי, בכפוף לכל דין, להגיע להסכמה עם עובדי שרשרת השירות בעסקו, בדבר התניה החורגת מברירת המחל האמורה... כך, למשל, התניה חורגת הקובעת כי המעסיק רשאי להשתמש בכספי התשר, העולים על שכר המינימום או על שכר בשיעור גבוה יותר שסוכם עליו... לשם תשלום תשלומי החובה החלים על המעסיק, כדוגמת חלקו בדמי הביטוח הלאומי ובהפרשות לפנסיה או תשלום הזכויות הסוציאליות של עובדי שרשרת השירות".

41. אפשרות התניה החורגת, כפי שהוצגה בהלכת קיס, נועדה לאפשר למעסיקים להתאים את ההלכה לאופי בית העסק אותו הם מנהלים, ולתת מענה לצרכים הייחודיים שעשויים להתעורר בכל מקרה לגופו. מתוך ההבנה כי בתי העסק בהם השכר מבוסס על תשר נעים על ספקטרום רחב מאוד ומגוון, כך שתחולה גורפת וחסרת גמישות של אופי שיטת תשלום שכר התשר עשויה לפגוע הן באינטרסים הכלכליים של המעסיק והן בעובדים. עם זאת, כבר בפסק הדין בעניין קיס עמד בית הדין הארצי על כך שגם אפשרות זו כפופה לדין הקיים, ולעקרונות משפט העבודה באומרו כך:

"יודגש כי התניה חורגת שכזו כפופה לכל דין, למשל, להוראות סעיף 5 לחוק הגנת השכר (לעניין איסור שכר כולל), סעיף 26ב(ג) לחוק זה (לעניין מצב שבו בתלוש השכר לא נכללים רכיבים מסוימים) וסעיף 28 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963 (לעניין שכר הכולל פיצויי פיטורים). התניה חורגת כפופה גם ליתר חוקי המגן ו/או הוראות בהסכמים קיבוציים וצווי הרחבה, כמו גם למגבלות המוטלות מכוח דיני החוזים וחקיקה רלוונטית אחרת, בשים לב לנסיבות מתן התשר ולגורמים המעורבים".

42. למען הסר ספק, מכניסתה לתוקף בינואר 2019 הלכת קיס היא הכלל החל על כל ענף המסעדות בעוד שהתניה החורגת, כשמה כן היא, חריג לכלל. חריג זה אינו בגדר סטייה קלה מתנאי העבודה במקום אלא נוגע לשיטת התשלום של שכר העובד, סוגייה שנוגעת לליבת חוזה העבודה ויכול שיש בה די על מנת להשפיע על



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

כל אופי ההעסקה ועל הכדאיות של שני הצדדים להתקשר בחוזה העבודה [דב"ע (ארצי) מז/3-108 **עבד אליאס אלדויק - עזבון חאג' ראשיד אל-שווקי**, פד"ע יט 382 (1988)].

43. ברירת המחדל שנקבעה **בהלכת קיס**, היא שהמעסיק רשאי להשתמש בכספי התשר אך ורק לתשלום שכרם של עובדי השירות ואינו רשאי לעשות בכספי התשר כל שימוש אחר – אסור לו לנכות מהם לעצמו תשלומים שונים או להשתמש בהם לכיסוי הוצאותיו או חבויותיו שלו. בהיעדר תניה חורגת העומדת בתנאי ההסכמה שהוצגו **בהלכת קיס** ויחודדו בהמשך, המעסיק לא יכול לקחת חלק מכספי התשר כדי לממן את חלקו בהפרשות הפנסיה, בתשלומי ביטוח לאומי, או בתשלום זכויות סוציאליות אחרות; עליו לשלם חיובים אלה מכספו, כשאר המעסיקים. כספי התשר מוחזקים בידי המעסיק כנאמן עבור העובדים ולמטרת תשלום שכרם בלבד.

3.ד. הסכמה לשינוי בתנאי חוזה העבודה

44. אין חולק על כך שהפררוגטיבה הניהולית של המעסיק, מנביעה גם את זכותו לקבל החלטות ניהוליות שמשפיעות על העובד כרצונו (ראו אלישבע ברק אוסוסקין "הזכות הניהולית כזכות חוקתית" **ספר סטיב אדלר** 99 (יצחק אליאסוף ואח' עורכים, (2016)). לצד הנחת מוצא זו, יש גם הכפיפות של חוזה העבודה לדיני החוזים הכלליים, בהם יש גם דרישה להסכמה של העובד. המתח בין שני עקרונות אלו אינו זר לעולם משפט העבודה, ועם השנים התפתחה הפסיקה בבית דין זה בניסיון ליישב את ההגנה על העובד כצד מוחלש עם יכולת מיקוח מוגבלת, לבין חופש העיסוק והפררוגטיבה הניהולית של המעסיק.

45. בנוסף, לזכויות חוקתיות וזכויות המוקנות לעובד מכוח החוק, קיימים מרכיבים נוספים בחוזה העבודה שהנחת המוצא היא כי כמעט תמיד דרושה הסכמה לשנותם באופן יחסי למהות המרכיב. "**לעתים קו הגבול ברור: שיעור השכר הבסיסי, למשל, נקבע כמעט תמיד בהסכם מפורש בין הצדדים (בכתב או בעל פה), והמעביד אינו רשאי להפחית את השכר באופן חד-צדדי. לעומת זאת, זהות המנהלים או סוג אמצעי הייצור נמצאים במסגרת סמכותו הבלעדית של המעביד...**" (גיא דוידוב "הפררוגטיבה של המעביד ודיני החוזים: בעקבות פרשות



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

נהרי וגרינשפן" **משפטים** לח 417 (תשס"ח-תשס"ט) (להלן: "**דוידוב**"). אולם, שאלות מסוימות נותרו מורכבות יותר להכרעה, במצבים בהם השינוי בוצע במסגרת הפררוגטיבה או מקור סמכות אחר (בענייננו, הפסיקה **בהלכת קיס**), אך אלו כרוכות בפגיעה במרכיבים מהותיים בתנאי העבודה של העובד.

46. היקפה של הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק נבחן באופן מסורתי תחת פריזמה נוספת, קניינית. זכות הקניין של המעסיק בעסק מקנה לו זכויות חוקתיות (להרחבה ראו אהרן ברק "חוקת העבודה" **ספר סטיב אדלר** 59 (יצחק אליאסוף ואח' עורכים, 2016)). שתי התפיסות נתפסות לא כסותרות, כי אם כמשלימות זו את זו. כשם שזכות הקניין אינה מוחלטת, ומביאה עמה חובות לבעל הזכות, כך למעסיק אין זכות מוחלטת ובלתי תלויה על ניהול העסק (ראו **דוידוב**, בעמ' 424-425).

47. אחד הפתרונות שהוצעו בספרות והועלה גם בעניין **נהרי** [ע"ע (ארצי) 300353/97 **מדינת ישראל - משה נהרי** לה(2000) 318 (2000)] וגרינשפן [ע"ע (ארצי) 350/03 **מדינת ישראל - משרד העבודה והרווחה - אברהם גרינשפן** (24.4.2006)] היה הפרדה בין שינויים בסדרי העבודה, אותם רשאי המעסיק לשנות חד-צדדית, לבין תנאי העבודה הנפגעים כתוצאה מהשינוי, שאותם לא יכול המעסיק לשנות בהיעדר הסכמה מבלי שייחשב השינוי כהפרת חוזה (לסקירה מעמיקה של גישה זו והאופן בו נבחנה בפרשות **נהרי** וגרינשפן ראו **דוידוב**). כך הוצע לסווג את ההחלטות הניהוליות לארבע קבוצות: החלטות שניתן להסיק מלשון החוזה כי למעסיק מותר לקבל באופן חד-צדדי ואינן מזכות את העובד בסעד מכל סוג שהוא; החלטות שהמעסיק יכול לקבל באופן חד-צדדי ויזכו את העובד בפיצוי על הנזק שהשינוי גרם לו; החלטות שהמעסיק יכול לקבל באופן חד-צדדי, ואינן מזכות את העובד בפיצוי, אך מקנות לו זכות להתפטר בדין מפוטר בהיותן "**הרעה מוחשית בתנאי העבודה; והחלטות המחייבות הסכמה של העובד, כשקבלתן באופן חד צדדי ייחשבו הפרת חוזה**" (שם, בעמ' 436-437).

48. סיווג ההחלטות שדורשות הסכמה מצד העובד לעומת החלטות שהן פרי הפררוגטיבה הניהולית באופן מוחלט, מוביל לשאלה נוספת בעלת משקל גבוה – היא מידת ההסכמה שיש לקבל מהעובד.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

49. ככל שיסוד ההסכמה נגזר גם הוא מעקרונות דיני החוזים הכלליים, שינויים שהמעסיק מחויב לעשות בהסכמה יכולים להתבצע גם על יסוד הסכמה מכללא. המעסיק יכול לטעון כי הסכמת העובד נלמדה משתיקתו של האחרון בנוגע לתנאי העבודה החדשים, או מהתנהגותו בעצם ההתייצבות לעבודה לאחר השינוי. חיזוק לכך מצוי בסעיף 6 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 הקובע כי קיבול **"יכול שיהיה במעשה לביצוע החוזה או בהתנהגות אחרת"**. למעשה גם בחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 קבע המחוקק בהקשר לפרישת ההגנה החוקית על הזכות לפרטיות כי גם הסכמה מכללא עשויה להוות הסכמה מספקת לצורך איון הפגיעה בפרטיות. במקרים מסוימים הכיר בית הדין במצבים כאלה כמשקפים הסכמה [ראו כדוגמא: תב"ע (ארצי) נד/86-3 יוחנן גולן - אי.אל.די. בע"מ, כז(1) 270 (1994); ע"ע (ארצי) 21920-02-13 דיאמנט צעצועים בע"מ נ' ולנטינה פרנצב (1.6.2015); בש"א (ארצי) 122/09 יוסף ינובסקי נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (5.8.2010), סעיף 19; ע"ע (ארצי) 8677-07-18 יוסף טרנר ו-24 אח' - מכון שכטר למדעי היהדות (2.5.2019) סעיף 8(ד)].

50. לצד זאת, לא אחת נקבע כי קיימות נסיבות שלא מאפשרות הסתמכות על הסכמה מכללא בלבד, בשל ייחודו של חוזה העסקה. חוזה העסקה שונה מחוזה רגיל בין השאר בשל הפער המובנה ביחסי הכוחות המובנה הקיים ביחסי עבודה ולא ניתן להכיל להחיל את הכללים הרגילים של דיני החוזים כאשר מדובר על חוזה זה. וכך נאמר בהליך ע"ע (ארצי) 23901-07-23 ציר הסעות ותיור בע"מ - טובה דהרי ו-6 אח' (30.10.2024) על ידי חברתי השופטת סיגל דוידוב-מוטולה:

"... המחוקק וכן ההלכה הפסוקה מכירים בייחודיות חוזה העבודה, הן מהטעם שהחוזה עוסק בכוח עבודתו של העובד שהוא חלק מאנושיותו והן נוכח הפערים המובנים בכוח המיקוח בין הצדדים. פערים אלה עלולים להוביל את המעסיק להכתיב את תנאי החוזה, ולעובד להסכים לתנאים הפוגעות בזכויותיו. הן בחקיקה והן בפסיקה נקבעו הגנות, שנועדו למנוע את ניצול כוחו העודף של המעסיק ולהבטיח את זכויות היסוד וערכי היסוד של משפט העבודה".

51. בנוסף, ובהקשר לבחינת קיומה של פגיעה בזכות לפרטיות, כאמור בסעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, קבעתי כי בשל ייחודו של חוזה העסקה לא בכל מקרה יהיה ניתן להחיל כללים אלו על חוזה העסקה ולא תמיד יהא די בהסכמה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

מכללא. וכך קבעתי בהליך ע"ע (ארצי) 41179-01-24 ד"ר מרק פרידמן בע"מ -
רויטל אלקנר (26.3.2025):

**"כפי שצינו לעיל מידת ההסכמה של העובד צריכה להיבחן גם
בשים לב לפערי הכוחות המובנים הקיימים ביחסי עובד-מעסיק
ובשים לב לקושי שקיים לעובד בסירוב להצבת המצלמות, וזאת
מתוך חשש שסירוב יעלה לו באובדן מקום עבודתו או באי קבלה
לעבודה".**

52. תוקפה של הסכמה משתמעת יכול שיתבסס על היסוד העובדתי, בבחינת מכלול
עובדות כל מקרה לגופו, תוך ניסיון להתחקות אחר רצונו האמיתי של העובד כפי
שהשתקף מהתנהגותו. אז סביר יותר להניח כי ככל שייקבע שהייתה הסכמה
משתמעת, ייקבע גם כי היא תקפה. אפשר שהבחינה תתבסס גם על היסוד
הנורמטיבי, ואז מרכז הכובד של ההחלטה יהיה דווקא השאלה האם היה ראוי
להסתפק בהסכמה משתמעת בלבד, בהתייחס לשינוי המדובר. דואליות זו
משאירה את ההסתמכות על הסכמה משתמעת תחת צל כבד של חוסר בהירות,
ומותירה את ההכרעה אד-הוק בידי בית המשפט. (חני אופק-גנדלר "שינוי חוזה
העבודה: מפרדיגמה חוזית לפרדיגמה חוקתית" **ספר אליקה ברק-אוסוסקין** 427
(2012) להלן: **"אופק-גנדלר"**)

53. הסתמכות על הסכמה משתמעת מעוררת קשיים נוספים לחוסר הבהירות,
בהתחשב בפערי הכוחות המובנים ביחסי העבודה. כשם שקשה ההסתמכות על
הסכמת העובד לויתור על זכויות קוגנטיות, שיכולה להיות תוצר של לחץ כבד
מצד המעסיק (ראו גיא דוידוב, התניה על סטטוס "עובד" והשלכותיה, **משפטים**
נ' 87 (2020)) כך גם שינוי חוזה עבודה קיים בין הצדדים, שנוגע לסוגיות מהותיות
לעובד, יכול להיות תוצר של התלות הכלכלית של העובד במעסיק והחשש כי הבעת
התנגדות לשינוי תסב נזק ליחסי העבודה בינו לבין המעסיק או לפיטוריו. חששות
אלה מתעצמים ככל שהעובד המדובר מצוי בעמדה מוחלשת יותר, הן בבחינת
יכולת המיקוח שלו מול המעסיק והן בבחינת החשש להיפלט לשוק העבודה
מחדש, והם מקשים על בחינת ההסכמה המשתמעת של העובד כהסכמה אמיתית,
ובמקרים מסוימים גם על הסכמה מפורשת. (**אופק-גנדלר**, עמ' 5-2).

54. סיכום ביניים: כעולה מהאמור לעיל הפסיקה הכירה בכך כי בנסיבות מתאימות
ניתן ללמוד על הסכמה בהתנהגות לרבות מכוח העדר מחאה או המשך התייצבות



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

לעבודה. אין בפסק דיננו כדי לבטל אפשרות זו או לגרוע ממנה אלא הוא נועד לשפוך אור על כך שיישומה ראוי שיעשה בזהירות הראויה בהתאם לנסיבות הענין לנוכח השיקולים שמנינו לעיל. משכך, אין מקום לקביעה גורפת כי המשך העבודה לאחר השינוי ולעתים גם בהעדר מחאה מלמדים בהכרח על הסכמה לשינוי כשם שאין מקום לקביעה גורפת כי המשך העבודה לאחר השינוי נטול משמעות. יש לבחון כל מקרה לנסיבותיו.

ה. מן הכלל אל הפרט

55. בבחינת הדברים נלך בשביל שסלל בית הדין האזורי ונדון בשאלות העולות בחלוקה לשלוש התקופות הרלוונטיות: החל מתחילת העסקת העובדים עד לכניסת **הלכת קיס** לתוקפה (להלן: "**התקופה הראשונה**"); החל מכניסת **הלכת קיס** לתוקפה ועד ליום 1.9.2019 – יום החלת התניה החורגת על ידי המעסיק (להלן: "**התקופה השנייה**"); החל מיום 1.9.2019 ואילך (להלן: "**התקופה השלישית**").

ה.1. התקופה הראשונה

56. ביחס לתקופה הראשונה נקבע כאמור כי המעסיקה פעלה כדין ומשכך נדחתה התביעה ביחס לתקופה זו. כפי שציינו באותה תקופה שגב רשמה את כספי התשר שניתנו על ידי לקוחות המסעדה ואלו שימשו בחלקם כדי לכסות על הוצאות המעסיקה לזכויות סוציאליות ויתרת הכספים הועברה למלצרים.

57. מקובלת עלינו קביעת בית הדין לפיה הסדר זה לא חרג מהמצב המשפטי שהיה קיים עובר לכניסת **הלכת קיס** לתוקפה ביום 1.1.2019. התנאים שנקבעו בין הצדדים הוסכמו במסגרת כניסתם של העובדים לעבודה בשגב. בית הדין הכריע עובדתית כי תנאי ההעסקה היו ידועים לעובדים ולא מצאנו כי יש מקום לחרוג מההלכה הקובעת כי ערכאת הערעור אינה מתערבת בקביעות העובדתיות של הערכאה הדיונית.

58. נציין שבניגוד למצב המשפטי לאחר **הלכת קיס**, בתקופה זו לא היה מדובר על הצורך בהסכמה לצורך שינוי מצב משפטי קיים, אלא שהיו למעשה שני מצבים אפשריים: האחד, העברת הכספים דרך קופת המעסיק, ובכך יש לראות בכספים



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

אלו כשכר שהתקבל מהמעסיק על כל ההשלכות הנגזרות מכך; השני, קבלת התשר ישירות מהלקוח ובכך לא רואים בכספים אלה כשכר עבודה.

59. עת כניסת המלצרים לעבודה בשגב, המסעדה פעלה באופן הראשון. למעשה, לא נדרשה הסכמת העובדים לכך שכן לא הייתה ברירת מחדל בדין כיצד על מעסיק לפעול, אלא הוראות כיצד יש לפעול בכל אחת מהדרכים. מששגב בחרה לפעול בדרך הראשונה היא גם פעלה בהתאם להוראות שנקבעו בפסיקה ביחס לאותה דרך.

60. משכך בדין נדחתה תביעת העובדים ביחס לתקופה זו ודין הערעור בעניין זה להידחות.

ה.2. התקופה השנייה

61. כאמור, ביחס לתקופה השנייה נקבע כי בין יום 1.1.2019 ליום 1.9.2019 היה על שגב לפעול בהתאם לקבוע **בהלכת קיס**. למעשה מיום 1.1.2019 השתנה המצב המשפטי בין הצדדים באופן שקביעותיו של בית דין זה צריכות היו להיכנס באופן אוטומטי לתוך חוזה העבודה בין הצדדים. זאת, משאין חולק שבכל תקופה זו לא הייתה תניה חורגת שהתנתה על התנאים שנקבעו בפסק הדין.

62. ביחס לתקופה זו לא מצאנו מקום להתערב הן בקביעתו של בית הדין האזורי והן באופן חישוב הזכויות שנקבעו בזיקה לקביעה זו.

ה.3. התקופה השלישית

63. המחלוקת העיקרית בהליך זה נוגעת לתקופה זו. הצדדים למעשה חלוקים בשאלה האם העובדים הסכימו להחלת התניה החורגת אותה ביקשה שגב להכניס לחוזה העסקתם של המלצרים. בתוך כך עולה השאלה האם די בהסכמה מכללא לצורך החלת תניה חורגת כהגדרתה **בהלכת קיס** או שמא יש צורך בהסכמה מפורשת ואף בכתב כדי שמעסיק יוכל להחילה. עמדתנו היא כי אין די בהסכמה מכללא ונדרשה הסכמה מפורשת בענייננו – ונבאר.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

64. בהמשך לסקירה המשפטית שהובאה בהרחבה לעיל נציין כי הצדדים אינם חלוקים שעל שגב היה לקבל את הסכמת העובדים לשינוי בתנאי העסקתם, אולם הצדדים חלוקים כאמור בשאלה מהו סוג ההסכמה הנדרשת במקרה מסוג זה.
65. נבקש לפתוח עם המובן מאליו. **הלכת קיס** קבעה מפורשות כי לעניין התניה החורגת יש לקבל את הסכמתו **המפורשת** של העובד ולא זו אף זו, פסק הדין אף קובע כי ישנה עדיפות שהסכמה זו תינתן **בכתב** (ראו סעיף 39.3 לעיל). דרישה להסכמה מפורשת ועדיף בכתב אינה דבר של מה בכך והיא נקבעת בדין הישראלי בכלל ובדין העבודה בפרט במשורה. משעה שבית הדין קבע דרישה זו, לא ברור כיצד יכלה שגב להתעלם מדרישה זו. די בטעם זה כדי לקבל את הערעור.
66. זאת ועוד. בהמשך לאמור לעיל נציין כי בנסיבות העניין המיוחדות ניתן למצוא טעם המצדיק הגברת טיבה של ההסכמה. מעבר לשיקול פערי הכוחות המובנים ביחסי העבודה הרי שבנסיבות המקרה דגן העובדים לא הסכימו לשינוי, ובעקבותיו אף התאגדו בהסתדרות מתוך רצון שבדרך זו קולם יישמע בצורה אפקטיבית יותר.
67. במילים אחרות, בעצם התארגנות העובדים יש כדי להראות על אי הסכמה מפורשת לשינוי בתנאי העסקה. הצדדים אינם חלוקים על כך שהתארגנות העובדים בהסתדרות נבעה באופן ישיר מכוונת שגב לשינוי תנאי העסקתם עוד בחודש יוני 2019. משכך העובדים הביעו דעתם ביחס לצורך לנהל משא ומתן ביחס לשינוי המדובר. זאת ועוד, בסעיף 42 לפסק הדין האזורי נקבע כי חלק מהעובדים המשיכו לעבוד מתוך צפייה כי המשא ומתן הארגוני יניב פירות. בנסיבות אלה יש קושי הנובע מנסיבות העניין הפרטניות ביישום העקרון של הסכמה מכללא. נוסף, כי לדעתנו בנסיבות המקרה אין לראות בעובדה שההסתדרות לא נקטה צעדים ארגוניים לאחר שהמשא ומתן לא צלח, אלא הגישה תביעה לסעדים כספיים, משום ביטוי להסכמה של ההסתדרות ובוודאי לא של העובדים לשינוי חוזה העבודה. אכן, יש מקרים שבהם השלמת ארגון העובדים עם התנהלת מסוימת של המעסיק יכולה להיחשב כהסכמה קיבוצית, המחייבת גם את העובדים. אולם, אין לקבוע באופן גורף כי אי נקיטת צעדים ארגוניים על ידי ארגון העובדים היא בגדר הסכמה להתנהלות המעסיק.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

68. למעשה, ככל שנקבל טענה זו ייווצר מצב בו לארגון עובדים יהיה תמריץ שלילי לנהל משא ומתן מבלי לשבש את פעילות מקום העבודה. בענייננו, ארגון העובדים בחר להגיש תביעה לסעדים כספיים ולא לנקוט צעדים ארגוניים. אין זה תפקידו של בית הדין להעביר ביקורת על האופן בו ארגון עובדים בוחר לעשות שימוש בכלים הקיבוציים העומדים בידיו, ולהסיק ממנו מסקנות ביחס להסכמתו או אי הסכמתו לשינויים בתנאי העסקת העובדים, בשונה ממצב שבו ארגון העובדים לא פועל כלל, שאז **בנסיבות מסוימות** ניתן להסיק מהתנהלותו הסכמה קיבוצית לשינוי בתנאי העבודה שהנהיג המעסיק. זאת ועוד. בענייננו לא נחתם הסכם קיבוצי, כך שבכל מקרה תנאי העבודה של העובדים נקבעו בהסכם האישי בינם לבין המעסיק, ועל כן התנהלות ההסתדרות אינה יכולה להוות תחליף להסכמה המפורשת של העובדים, הנדרשת על פי **הלכת קיס**.

69. למעשה, בשים לב לקביעות העובדתיות בסעיף 42 לפסק הדין האזורי בדבר אופן ניהול המשא ומתן הקיבוצי, בעצם העובדה כי שגב בחרה לעשות שינוי תנאי העסקת העובדים באופן חד צדדי, בעודם מצויים במשא ומתן על סוגייה זו ספציפית, יש כדי לעלות לכדי חוסר תום לב בניהול משא ומתן. קבלת טענה זו של שגב תהיה בבחינת מתן "פרס" למי שהתנהל בחוסר תום לב ובין השאר משכך וגם מטעם זה דין טענה זו להידחות.

70. משאלו הם פני הדברים הרי שאין אנו צריכים להכריע בשאלה שעלתה גם היא במסגרת ההליך, והיא דרישת הכתב בהחלת התניה החורגת. זאת, בהסתמך על **הלכת קיס**. לאור הקביעה כי בענייננו לא התקבלה הסכמה מפורשת מצד העובדים, ללא קשר לשאלת החובה כי ההסכמה תהיה בכתב. על כן, אין אנו נדרשים להכריע בשאלה זו לגבי העובדים שלפנינו. בהתאם ל**הלכת קיס** נקבע כי **רצוי** שההסכמה תהיה בכתב אך אין חיוב להסכמה בכתב. אולם אנו סבורים שמן הראוי לחדד את **הלכת קיס** ולחזק את רכיב ההסכמה המפורשת בשינוי ברירת המחדל להסכם אחר, ולהוסיף כי מיום מתן פסק דין זה ואילך החלת תניה חורגת על העובדים בענף המסעדות תהא בהסכמה בכתב.

71. לאור האמור אנו מקבלים את ערעור המערערים ביחס לתקופה השלישית באופן זה שיש לחשב את שכרם של העובדים בהתאם להסדר שנקבע ב**הלכת קיס**.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

72. משהסעדים הנגזרים מהחלת הלכת קיס על התקופה השלישית מצריכים חישוב פרטני עבור כל אחד מהעובדים, מצאנו לנכון כי התיק יוחזר לבית הדין האזורי לדיון בפני המותב שנתן את פסק הדין, מושא ערעור זה, על מנת שיקבע את גובה הזכאות של כל אחד מהמערערים שלפנינו. בית הדין האזורי יקבע את אופן הדיון בעניין זה.

ה.4. הרכיבים הנוספים

73. העובדים טענו טענות נוספות ביחס לזכאות לרכיבים שונים אותם דחה בית הדין האזורי בפסק דינו (פרק ז' לסיכומיהם של המערערים בהליך שלפנינו), אליהם נתייחס כעת בקצרה:

73.1. שכר בעד זמני המתנה למשמרות – לטענת העובדים בהתאם להוראות סעיף 26ב(א) לחוק הגנת השכר, נטל ההוכחה היה מוטל על כתפי שגב להוכיח כי העובדים לא נדרשו לזמני המתנה הצריכים להיחשב כזמן עבודה.

דין הערעור ביחס לעילת תביעה זו להתקבל. כפי שניתן ללמוד מקביעותיו של בית הדין האזורי בפסק דינו, אין הצדדים חלוקים למעשה ביחס לשאלה האם העובדים היו צריכים להמתין למשמרת אלא המחלוקת הייתה בשאלה על משך זמן ההמתנה למשמרת והיקף הפעמים בהם נדרשו לכך. בית הדין האזורי אף ציין בפסק דינו כי שגב אישרה שהעובדים היו צריכים להמתין למשמרת אולם חלקה על היקף ההמתנה, כך בסעיף 56 לפסק הדין האזורי: "שגב טענה מנגד כי מתוך 10 עובדים, 1 או 2 היו צריכים להמתין לזמנים משתנים, לא 45 דקות ולא 30 דקות, וגם זה לא בכל משמרת".

סעיף 26ב(א) לחוק הגנת השכר קובע כך: "בתובענה של עובד לתשלום שכר עבודה, לרבות גמול שעות נוספות או גמול עבודה במנוחה השבועית, שבה שנויות במחלוקת שעות העבודה שבעדן נתבע השכר, תהא חובת ההוכחה על המעסיק כי העובד לא עמד לרשות העבודה במשך שעות העבודה השנויות במחלוקת, אם המעסיק לא הציג רישומי נוכחות מתוך פנקס שעות עבודה, ככל שהוא חייב לנהלו".



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

כפי שניתן לראות בענייננו מתקיימות דרישות הסעיף כך שעל נטל ההוכחה לעבור לכתפיה של שגב, זאת לאחר שלא נערך רישום ביחס לזמני ההמתנה של העובדים לפני כניסה למשמרת ומשאין חולקים שזמני המתנה אלו התקיימו, גם אם קיימת מחלוקת ביחס לכמות שעות ההמתנה שביצעו העובדים.

באשר לסעד לו זכאים העובדים ביחס לרכיב זה, משמצאנו לנכון להחזיר את הדיון בהליך לבית הדין האזורי כאמור לעיל, בית הדין האזורי יבחן במסגרת פסק דינו את גובה התשלום שצריך להשתלם לעובדים בגין רכיב זה ולאור קביעתנו.

73.2. דמי נסיעה ביום המנוחה השבועית – טענת העובדים היא כי שגב בית הדין שעה שהטיל עליהם את הנטל להוכיח שהמעסיק עמד בהתחייבותו לשלם את דמי הנסיעה במשמרות שחלו ביום המנוחה השבועית ובימי חג.

אכן צודקים העובדים כי נטל זה מוטל על כתפי המעסיק שעה שאין מחלוקת שהעובד עבד ביום המנוחה השבועית או ביום חג. כך, בהתאם לפסק הדין אליו הפנו העובדים בעניין בר"ע (ארצי) 36959-06-15 - **MUSABAL ABDALLA** - **טלרן אחזקות ונקיון (2000) בע"מ** (15.7.2015), שם נקבע כך:

"... על המעסיקה מוטלת החובה להוכיח כי מילאה חובתה כלפי המבקש לממן נסיעותיו לעבודה וממנה בשבתות ובחגים, וזאת עד לשיעור המקסימלי כנקוב בצו ההרחבה לעניין השתתפות המעסיק בהחזר הוצאות נסיעה".

אולם, קביעות אלו נכונות שעה שאין מחלוקת בדבר העדר אפשרות לעשות שימוש בתחבורה ציבורית באותם ימים. בענייננו נקבע כי לא עלה בידי העובדים להוכיח באילו ימים היו זכאים לאותם החזרים. זאת, משלגבי חלק מהימים נקבע שהייתה תחבורה ציבורית זמינה לעובדים לצורך הגעה לעבודה או חזרה ממנה ואף העובדים עשו שימוש בה. נטל ההוכחה עובר לכתפי המעסיק כאשר המעסיק טוען טענת "פרעתי", כלומר שאין מחלוקת על עצם ביצוע המשמרת בזמנים בהם אין תחבורה ציבורית, והמחלוקת היא על עצם התשלום.

כבר נקבע כי רכיב דמי נסיעה הוא רכיב שנדרשת לגביו הוכחה ברמה מסוימת של ודאות על עצם הזכאות לאותו רכיב ושלא ניתן לטעון לו בדרך של אומדנה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

[ע"ע (ארצי) 21590-04-20 מואייד את עבד עראקי בע"מ - ראמי בחארי (6.12.2020)]. שעה שהעובדים לא עמדו בנטל זה הנטל לא עובר לכתפיו של המעסיק. לפי קביעת בית הדין האזורי העובדים לא הציגו נתונים הדרושים לחישוב דמי הנסיעה. לפיכך, הערעור על רכיב תביעה זה נדחה.

73.3. תלושי שכר לא תקינים – העובדים טענו כי בית הדין האזורי קבע שתלושי השכר בתקופה השנייה לא שיקפו נכונה את התשלום ששולם להם ועל אף זאת לא פסק פיצויים בגין רכיב זה. נבהיר כי בית הדין האזורי קבע כך: **"שגב לא ראתה בתשלום התשרים כשכר עד החלת החוזה החדש, בספטמבר 2019. מבחינה זו, היא שיקפה את התשלומים שהיא שילמה לתובעים בתלושי השכר כהויתם"** (סעיף 47 סיפא לפסק הדין האזורי).

מעיון בדברים עולה למעשה שהגם ששגב שילמה את שכרם של העובדים בניגוד לדין, הרי שתלושי השכר שיקפו את האופן בו שולם השכר בפועל. בהתאם לפסיקה, אין זכאות לפיצוי על תלושי שכר, מקום שתלושי השכר משקפים את השכר ששולם לעובד בפועל, גם אם השכר ששולם אינו עונה על דרישת הדין [ע"ע (ארצי) 3565-11-19 קייטרינג השרון מס' 1 (1993) בע"מ – שני קליין (6.1.2021)]. משכך, לא מצאנו מקום להתערב בקביעה כי העובדים אינם זכאים לפיצוי בגין תלושי שכר פגומים.

73.4. תשלום דמי חגים – אנו סבורים כי אין מקום שנידרש לערעורם של העובדים. בית הדין האזורי בפסק דינו דן בעניין זה בבחינת למעלה מן הצורך שכן הנימוק הראשון אליו התייחס בית הדין הוא כי העובדים זנחו עניין זה לאחר שלא חקרו לגביו בחקירה נגדית ולא התייחסו אליו בסיכומיהם.

משכך, גם אנו לא מצאנו לנכון להידרש לסוגיה, משהעובדים זנחו טענותיהם לעניין זה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30310-05-24

ו. סוף דבר

74. דין הערעור להתקבל בחלקו כאמור בסעיפים 71-72 וסעיף 73.1 לפסק הדין. ההליך יוחזר לבית הדין האזורי לעבודה תל-אביב לצורך חישוב גובה זכאות המערערים בהתאם לפסק דיננו מעבר לסכומים שנפסקו בבית הדין האזורי.

75. המשיבה תשלם למערערים יחדיו הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד 10,000 ₪.

ניתן היום, כ"ו סיוון תשפ"ה (22 יוני 2025), בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

חני אופק גנדלר,
שופטת

לאה גליקסמן,
שופטת

ורדה וירט-ליבנה,
נשיאה (בדימוס), אב"ד

מר יצחק רייף,
נציג ציבור (מעסיקים)

גברת ורדה אדוארדס,
נציגת ציבור (עובדים)