



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-12-65558-12 פלוני נ' לביטוח בע"מ

לפני כבוד השופטת אורלי מור-אל

התובע: פלוני

נגד

הנתבעת: מנורה מבטחים לביטוח בע"מ

מטעם התובע: עו"ד דוד מזור.
מטעם הנתבעת: עו"ד מיכה צופין, עו"ד רוני חווצקי ממשרד עו"ד רם דורון ואח'.

פסק דין

פסק דין זה עניינו בתשלום תגמולי ביטוח בגין אובדן כושר עבודה.

תמצית העובדות וטענות הצדדים

1. התובע יליד 1958 מבוטח על ידי הנתבעת בשתי פוליסות ביטוח הכוללות כיסוי של אובדן כושר עבודה: פוליסה 1040061-2 מתאריך 1/9/01 בה הצהיר התובע על עיסוק כ"גנן" וביקש לבטח שכר של 5,000 ₪ (להלן: "פוליסת עצמאים"), ופוליסה 1195072-2 מתאריך 1/3/03, בה הצהיר התובע שמקצועו הוא "מנהל חברה" וביקש לבטח שכר של 10,100 ₪, וזאת לאחר שהתובע הקים חברת גינון (להלן: "פוליסת מנהלים" ו"החברה" בהתאמה). התובע טוען שהקמת החברה נעשתה משיקולים חשבונאיים כך שאופי עבודתו נותר כפי שהיה.

בשנת 2008 החל התובע לסבול מבעיות רפואיות, והגיש לנתבעת תביעה בגין אובדן כושר עבודה. הנתבעת אישרה את תביעותיו של התובע בתקופות שונות, עד שדחתה את תביעתו החל מתאריך 1/3/12, בטענה שתביעתו היא תביעת מרמה.

התובע הגיש נגד הנתבעת תביעה בת"א 13-05-53251, והנתבעת שלמה לתובע במסגרת אותו תיק בהתאם להסכמות אליהם הגיעו הצדדים תגמולי ביטוח בגין אובדן כושר עבודה ושחרור מתשלום פרמיות עבור חודשים אפריל 2012 ועד יוני 2013, כן המשיכה לשלם לו תגמולי ביטוח עד לתאריך 1/4/14. כמו כן, הנתבעת המשיכה לשלם לתובע מעת לעת עד ליום 31/12/16 באופן חלקי ומני אז הפסיקה לשלם לו את כל התגמולים.

התובע טוען שמצבו חמור כשהיה בעבר ואף החמיר עוד ואין כל עילה להפסקת התשלומים.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-12-65558 פלוני נ' לביטוח בע"מ

התביעה דגן הינה לתשלום תגמולי ביטוח בגין אובדן כושר עבודה ושחרור מתשלום פרמיות בגין התקופה שמני אז 1/1/17 ועד למועד הגשת התביעה וכן נטען למתן סעד הצהרתי בנוגע לתקופות הביטוח העתידיות.

התובע טוען שהוכח שאינו כשיר לעבודתו וכי הנתבעת מושתקת מלכפור בכך, שעה ששילמה לו תגמולי ביטוח ולא חל כל שינוי מני אז.

אין מחלוקת שבבעלות התובע חברה הנושאת את שמו, שהוא בעל 99% מהמניות בה ובעל שליטה, אשר יש לה הכנסות ואולם התובע אינו מושך משכורת מן החברה, אלא נוטל דיבידנד ומותיר את הרווחים בחברה. התובע טוען שמדובר בהכנסות הוניות שאינן מונעות קבלת תגמולי ביטוח וכי הוא עובד בחברה לא יותר מ- 20% ומכאן שעומד בתנאים לקבלת תגמולי ביטוח.

2. הנתבעת חולקת מכל וכל על טענות התובע בנוגע לכושר עבודתו, טוענת שגרסת התובע לא מהימנה, וכי לתובע הכנסות מיגיעה אישית הגם שהוא בוחר שלא למשוך משכורת ועל כן לא מתקיימים הוראות הפוליסה.

3. הצדדים ניהלו הליכים מקדמיים ממושכים בגדרם עתרה הנתבעת לקבל תמונה מלאה על הכנסות התובע והכנסות החברה בבעלותו. התובע נמנע מלהמציא נתונים על הכנסות החברה בבעלותו בטענה שהדבר לא רלוונטי, ובעקבות התנהלותו ניתנה החלטה, לפיה ממילא נטל ההוכחה על התובע מהחל ועד כלה, ושעה שלטענת הנתבעת התובע בחר להציג נתונים חלקיים יכול ותהא לכך משמעות ראייתית והתנהלותו עלולה לפעול כנגדו. הוסף, שגם אם יונח שהתובע בחר למסור נתונים חלקיים אין מקום לעסוק שוב ושוב בהליכים מקדמיים בניסיון לשכנע את התובע לשתף פעולה, משהתובע בחר למלא את הצו באופן האמור כמוהו כמי שהצהיר שאין בידיו נתונים נוספים, הצהרה שמשמעותה תבחן במהלך ההליך ככל שיעלה הצורך (החלטה מתאריך 28/5/22).

במסגרת ראיותיו, הסתפק התובע בהגשת תצהירו בלבד, בו פרט את מצבו הבריאותי הקשה וטען שאינו עובד כלל בחברה למעט פעולות טכניות ומועטות. כמו כן, התובע תמך את ראיותיו בחוות דעת רפואיות ישנות מהליכים קודמים ושתי חוות דעת עדכניות בתחום התעסוקתי.

במסגרת ראיותיה, הגישה הנתבעת, בין היתר, דו"חות חוקרים פרטיים המלמדים על תפקוד התובע, כמו גם מסמכים מהליכים משפטיים אחרים שניהל התובע, בהם הצהיר על פעולות החברה בבעלותו ופעילותו במסגרת החברה. חשיפת דו"חות החוקרים נדחתה עד לאחר תום פרשת התביעה. הנתבעת תמכה את ראיותיה בחוות דעת בתחום הקרדיולוגי, האורתופדי והתעסוקתי.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 65558-12-18 פלוגי נ' לביטוח בע"מ

לאחר תום פרשת התביעה ולאחר שעיין בדו"חות החוקרים, ביקש התובע להשלים את ראיותיו והגיש תצהיר נוסף שלו, של אשתו, של שתי מזכירות בחברה, ועמית שעבד עמו, כן נשמעה עדותם של רואה החשבון של החברה ושל סוכן הביטוח.

מומחה תעסוקתי שמונה מטעם בית המשפט קבע שהתובע מצוי באי כושר מלא לעבודה כגון ובאי כושר בשיעור של 50% לעבודה כמנהל חברה.

4. התנהלו בתיק ארבעה דיוני הוכחות סוערים, בגדרם העידו לא פחות מ-19 עדים מתוכם חמישה מומחים, חוקרים פרטיים ועדים נוספים שעבדו עם התובע שזמנה הנתבעת בעקבות גרסה שמסרו בהליכים אחרים שניהל התובע. כן הוגשו על ידי הצדדים תיקי מוצגים. בשלב פרשת ההגנה החליטה הנתבעת לוותר על התצהיר מטעמה, והתובע טוען שבהעדר תצהיר לנתבעת אין גרסה וממילא יש לקבל את התביעה. בטענות אלה אדון בהמשך.

5. מתוך המסמכים הרפואיים וחוות הדעת שהוגשו עולה שהתובע לקה באוטם שריר הלב בדופן לטרלית של חדר שמאל בחודש נובמבר 2008. התובע עבר מספר צנתורים בהם הודגמה מחלת לב כלילית עם היצרויות בעורקים הכליליים. בחודש יולי 2014 לאחר שעבר ניתוח גב לקה שוב באוטם חד בשריר הלב. בבדיקה של מומחה לקרדיולוגיה מחודש נובמבר 2018 נמצא מקטע פליטה של החדר השמאלי של 45%, התובע עבר צנתור נוסף בו הודגמה היצרות קשה של 80% והושתל סטנט בעורך כלילי ימני.

בשנת 2009 אושפז התובע עקב כאבי גב תחתון ללא הצלחה בטיפול. בחודש נובמבר 2010 עבר ניתוח לקיבוע חוליות, בשנת 2014 עבר ניתוח דקומפרסיה וקיבוע חוזר של החוליות. התובע ממשיך כל העת להתלונן על כאבים, ממשיך טיפול במסגרת מרפאת כאב, מטופל בקנביס רפואי ברישיון.

בנוסף, התובע התלונן במהלך השנים שהוא שסובל מהפרעה רגשית חרדתית ואולם לא נזקק לטיפול פסיכולוגי, ואף לא הובאו חוות דעת בהקשר זה מטעם הצדדים.

כמפורט כבר לעיל, התובע אינו מושך משכורת מן החברה שבעלותו והוא מקבל קצבת נכות מן הביטוח הלאומי החל מתאריך משנת 2012, בהתאם לשיעור של כ-60% נכות.

עובדות אלה אינן נתונות במחלוקת, ואולם ההליך מעלה שאלות עובדתיות ומשפטיות לא פשוטות, ובין היתר, כיצד משפיע מצב רפואי זה על תפקודו של התובע, לרבות דיון בסוגיית מהות עבודתו של התובע והאם נבצר הימנו לעבוד בעבודה זו, במלואה או בחלקה.

בין היתר, נדרש דיון והכרעה בשאלה האם ניתן להגדיר את התובע כעובד בחברה באיזה היקף משרה והאם התובע מקבל תגמול בעבור עבודתו השולל ממנו את הזכות לקבלת תגמולי אובדן כושר עבודה.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-12-65558 פלוני נ' לביטוח בע"מ

במסגרת ההכרעה הנדרשת יש צורך להתייחס למשמעות הכנסות החברה, אם בכלל והאם הכנסות אלה מאיינות קבלת תגמולי ביטוח. כמו כן, יהא צורך לדון בשיעור התגמולים ככל שהתביעה תתקבל במלואה או בחלקה.

6. יוער שבטרם תחילת דיון ההוכחות השני בתיק, לאחר שנשמעה פרשת התביעה, ביקשה הנתבעת "להניח" את הטענה שיכול והסמכות לדון בתביעה הינה לבית הדין לעבודה, בשים לב שהמדובר בפוליסת מנהלים ובאובדן כושר עבודה. שני הצדדים הסכימו שהדיון ימשך בבית משפט זה, ולא תועלה כל טענה מצידם בנוגע לסמכות בהמשך ואף לא בערכאת הערעור (ראו פרוטוקול מתאריך 3/5/21, עמ' 179 שורה 21 ואילך).

יודגש שהצדדים כלל לא העלו טיעון מפורט בעניין הסמכות העניינית, לא נטענו ובוודאי לא הוכחו התנאים הנדרשים לקביעה שלא נתונה לבית משפט השלום הסמכות העניינית ושני הצדדים מסכימים לסמכות בית משפט זה ומכאן שבהעדר יסוד לקביעה אחרת נתונה לבית משפט השלום הסמכות העניינית לדון בתביעה (השוו: רע"א (מחוזי מרכז) 15504-07-20 **הראל חברה לביטוח בע"מ נ' נ. י. (2/4/19)**; תא (ב"ש) 8334-03-22 ס. ג נ' **מנורה מבטחים ביטוח בע"מ (2/10/22)**; ת"א 46406-08-18 **פלוני נ' דקלה סוכנות לביטוח בע"מ (24/1/22)**).

7. אקדים לציין שלאחר ששקלתי את טענות הצדדים, באתי לידי מסקנה שדינה של התביעה להידחות משורת טעמים חלופיים ומצטברים, וזאת שעה שהוכח שהתובע עובד בחברה ומייצר הכנסות אותן הוא בוחר שלא לקחת בדרך של שכר עבודה וכאשר קיומן של הכנסות כאלה בהתאם להוראות הפוליסות שולל קבלת תגמולי ביטוח. בנוסף, שמיעת הראיות העלתה שגרסת התובע בנוגע למצבו הבריאותי, התפקודי והעדר כושר העבודה הנטען לא הוכחו, זאת, בין היתר, בשים לב שהובאו שורת ראיות סותרות חלקן מפי התובע עצמו בהליכים אחרים שנהלו ולדו"חות חוקרים שהציגה הנתבעת.

אדון בסוגיות הנדרשות להכרעה דבר דבור על אופניו ובין היתר אתייחס לפוליסות הביטוח הקיימות בעניינו של התובע והשתלשלות ההליכים עד להגשת התביעה, שכן ההכרעה מבוססת על הוראות הפוליסות, אולם ראשית יש להידרש לסוגיית נטל ההוכחה ומשמעות החלטת הנתבעת למשוך את התצהיר מטעמה.

נטל ההוכחה

8. התובע טוען שמששילמה הנתבעת לתובע תגמולי ביטוח, הרי שעל מנת לשלול הימנו את התגמולים, עליה הנטל להוכיח שהיה שינוי במצב, ועליה הנטל להוכיח התקיימות חריגים לפוליסת הביטוח. כמו כן מדגיש התובע שהנתבעת מוגבלת לטעמי מכתב הדחייה.





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-12-65558-12 פלוני נ' לביטוח בע"מ

הנתבעת טוענת מנגד שהנטל על התובע להוכיח את תביעתו ואת טענותיו שהוא מצוי באובדן כושר עבודה באופן המזכה בתגמולי ביטוח על פי הפוליסה, ואף מוסיפה ומדגישה שהוכח פוזיטיבית שהתובע אינו מצוי באובדן כושר עבודה על פי הגדרות הפוליסה וכי קיימות לו הכנסות. עוד נטען שסוגיית מרמה יכולה הנתבעת להעלות אף שזו לא נטענה במכתב הדחיה על אף שהטענה הועלתה גם הועלתה.

9. ביטוח שענייננו אובדן כושר עבודה מטרתו להבטיח, שבמקרה בו יאבד המבוטח את כושרו להשתכר, עקב תאונה או מחלה תשלם לו חברת הביטוח תשלומים חודשיים שימירו (לפחות חלקית ובסכום המבוטח) את הכנסתו מעבודה (ראו: ע"א 300/97 חסון נ' שמשון חברה לביטוח בע"מ וערעור שכנגד (21/1/1999), ע"א 61/03 אריה חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' שמואל אבני (4/7/05)). ביטוח כזה, מותנה, בדרך כלל באובדן בפועל של הכנסה.

בהתאם להלכה הפסוקה, על התובע מוטל הנטל להוכיח את קיומה של הפוליסה, תוקפה והתנאים הנדרשים לתשלום דמי הביטוח, דהיינו על התובע להוכיח, שאכן היה במצב של "אבדן כושר עבודה" כהגדרתו על פי הפוליסה ולמשך התקופה הרלוונטית לפיצוי אותו דרש. נטל זה הוא נטל ראייתי להביא ראיות לביסוס טענותיו ונטל שכנועי להוכיח את טענתו באמצעות הראיות אותן הביא בשיעור הסתברותי של יותר מ- 50% (ראו: עא (ת"א) 39556-10-10 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' מריאן מרקוזון (4/3/12), פסקה 19 לפסק הדין; ת"א 30961-11-11 לב רן נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (5/4/12). תא (ת"א) 50863/03 אלעבד נ' מגדל - חברה לביטוח (21/4/2005); תא (ת"א) 15343-04-10 מלכה שורק נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (16/11/2013); תא (ראשלי"צ) 7891/01 דגאו ששון נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (1/9/2004), פסקה 4 לפסק הדין).

העילה בביטוח אובדן כושר עבודה, היא עילה מתחדשת מדי חודש בחודשו ומכאן שהנתבעת רשאית לשוב ולבדוק את התקיימות התנאים בפוליסת הביטוח מדי חודש, כפי שעשתה כאן מדי תקופה. גם אם אניח שכפי שטוען התובע, שעה שחברת הביטוח שילמה לתובע תגמולים בעבר, מוטל עליה נטל מסויים להראות שינוי במצב או לפחות לנמק החלטתה כדבעי, הרי שכפי שיפורט להלן, הנתבעת שילמה בחלק מן התקופות בלבד, ברוב התקופות בהם שולמו תגמולים שולם תגמול חלקי בלבד וזאת על פי הסכמות שהושגו בין הצדדים. כאשר שולם תשלום מלא היה זה בדרך כלל לאחר פרוצדורות רפואיות משמעותיות ולתקופה קצובה. חשוב להדגיש, טענות הצדדים לא נדונו והוכרעו בהליך משפטי כלשהו, אלא הצדדים הגיעו להסדר ומכאן שלא קיימות קביעות המהוות השתק פלוגתא. כפי שיפורט להלן מירב העובדות הנטענות בהליך כאן נודעו לנתבעת בדיעבד, תוך שניכר שהתובע לא מסר דברים כהווייתם בעת הגשת תביעותיו לחברת הביטוח ומכאן שהנתבעת אינה מנועה מהעלאת הטענות.

בפסיקה, לרבות זו אליה הפנה התובע, נקבע ששעה שחברת ביטוח מבקשת לשנות החלטה בעניין תגמולי ביטוח אובדן כושר עבודה, יש לבחון ולקבוע האם חלה התפתחות המצדיקה את



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-12-65558-12 פלוני נ' לביטוח בע"מ

שינוי ההחלטה. במקרה דנן חלה התפתחות כזו, שעה שהתובע מבקש קבלת תשלום מלא לאחר ששולם לו תשלום חלקי בלבד לאורך תקופה ארוכה ואף הוכחו התפתחויות ועובדות שלא היו ידועות שמצדיקות את בחינת התנאים לקבלת תגמולי ביטוח מחדש.

עיון בפסקי הדין אליהם הפנה התובע, מעלה שאין בידם לסייע בקבלת עמדתו. כך לדוגמא, הפניית התובע לפסק הדין בעניין סלוצקי, אינה מועילה, שעה ששם דובר בהכרעות משפטיות חלוטות ובקיום השתק פלוגתא לאחר שטענות הצדדים נדונו והוכרעו, ומכל מקום גם שם הבהיר בית המשפט שהנתבעת רשאית להעלות טענות בנוגע לשינוי במצב הרפואי (ראו: רעא 1716/10 שלמה סלוצקי נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ (14/7/2010)). (וראו האמור בפסיקה נוספת אליה הפנה התובע: תאמ (חי) 11656-08-13 רפאל סוסנה נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (7/6/2015), שם נקבע שלא הוכח שינוי בעת הפסקת תגמולי הביטוח; ת"א (תל אביב-יפו) 56525-08 ישראל הולנסקי נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ-פ"ת (16/4/13), אליו הפנה התובע אינו קשור כלל לעניין, שעה ששם נקבע שחברת הביטוח לא הודיעה למבוטח על דחיית תביעתו ולא הייתה הכרעה רפואית במועד הפסקת התשלום).

10. התובע טוען עוד שהנתבעת אינה רשאית לסטות מנימוקי מכתב הדחיה. אכן בהנחיית המפקח על הביטוח מיום 9.12.1998 נקבע, ש"כאשר נדחית תביעתו של תובע, על המבטחת לפרט את כל נימוקי הדחייה לתביעתו בהזדמנות הראשונה שיש לה ואם לא עשתה כן, לא תוכל המבטחת להעלות במועד מאוחר יותר נימוק נוסף לדחייה, אותו יכלה לטעון בהזדמנות הראשונה". בהנחיתו מיום 29.5.2002 חזר המפקח על הדברים, אולם סייג אותם באמרו כי: "חברת הביטוח רשאית להעלות נימוקים נוספים מעבר לנימוק שהובא לידיעת המבוטח בהזדמנות הראשונה, רק מקום בו מדובר בעובדות או נסיבות שנוצרו לאחר אותו מועד או אם לא היה ביכולתה של חברת הביטוח לדעת עליהם, במועד בו דחתה את התביעה".

כפי שפסק בית המשפט העליון ברע"א 10641/05 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' חביב אסולין (4/5/06) (להלן: "עניין אסולין") הנחיות אלה משקפות מדיניות משפטית ראויה בדבר הגנה על מבוטחים וצמצום אי השוויון בינם לבין המבטחות; הן אף עולות בקנה אחד עם עקרונות של יעילות משפטית, שכן מבוטח שבפניו תיפרש עמדה ברורה ומנומקת של המבטחת בנוגע לתביעתו, יוכל להעריך את כדאיותה של הגשת תביעה בבית משפט. לכך חשיבות מהיבטים שונים, של המבוטח ושל בתי המשפט כאחד. משכך, קבע בית המשפט, כי המבטחות כפופות להנחיות ואינן יכולות להעלות טענות החורגות מן הטענות שהעלו בהזדמנות הראשונה. לכלל יש חריגים, שאף התרחבו בפסיקה מאוחרת יותר, ועיקרן מקום שנטען למרמה על ידי המבוטח שעה שלא היה בידי המבטחת את האפשרות לדעת את העובדות כהווייתן בעת דחיית התביעה.

בית המשפט העליון חזר על הדברים ברעא 3863/15 לוי יצחק רחמני נ' Liberty Mutual Insurance Europe Limited (9/11/15) ועמד על כך, שההנחיה של המפקח על הביטוח



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-12-65558 פלוני נ' לביטוח בע"מ

מבוססת על כמה אדנים. בין היתר, היא מושתתת על חובת תום הלב בקיום חוזה הביטוח, על המגמה הכלכלית של השתתת חובות גילוי על המבטח בהיותו הצד החזק לחוזה והיא גם מגשימה את תכליתו של סעיף 23 (א) לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981, המחייב את המבטח לעשות מייד את הדרוש לבירור חבותו. בית המשפט חזר על הקביעה בעניין **אסולין**, כי להנחיה כמו גם לסנקציה שנקבעה בה מעמד מחייב. משמעותם המעשית של הדברים, היא שמבטח המנהל הליך משפטי לא יוכל לטעון בו טיעונים החורגים מן הטיעונים שטען בהזדמנות הראשונה שבה דחה את תביעת הביטוח, אלא בנסיבות שמדובר בטענות עליהן לא יכל לדעת המבטח או בנסיבות חריגות שיצדיקו סטייה מהנחיית המפקח, בהן הצדק זועק נגד יישום ההנחיה.

כפי שיובהר בפירוט להלן, במקרה דנן, הנתבעת העלתה את הדברים במסגרת מכתב הדחיה, ומכל מקום נודעו לה בדיעבד עובדות המשמיטות את הקרקע מתחת לתביעה, שהיו בידיעת התובע בלבד ושנמנע מלמסור אותן גם במסגרת הליך זה.

11. טענה נוספת של התובע נוגעת להחלטת הנתבעת לוותר על התצהיר מטעמה. התובע טוען שבלעדי תצהיר מטעמה הנתבעת לא הציגה גרסה מטעמה וממילא דינן של טענותיה להידחות. הנתבעת משיבה מנגד שמדובר היה בתצהיר של עובדת חברת הביטוח המפנה למסמכים השונים שכבר הוגשו בהליך, בין על ידי התובע ובין במסגרת מוצגים שהוגשו וסומנו במהלך שמיעת הראיות וכי זכותה לוותר על השמעת העדה מטעמה טרם תחילת פרשת ההגנה שעה שראתה שאין בעדותה כדי לתרום לגרסה.

12. מושכלות יסוד הן, הגשת תצהיר לפי הוראות בית המשפט אינה הופכת את התצהיר לחלק מן הראיות, אלא היא תנאי מוקדם בשלב הגשת הראיות. בתום פרשת התביעה, רשאי הנתבע להודיע שהוא מושך את התצהיר ולא מביא עדים, במקרה כזה, תצהירי עדיו לא משמשים כחומר ראיות (השוו: רעא 6283/93 ד. **דני חברה לבנין והשקעות בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף** (13/1/94)). ממילא כאשר מדובר בעובדת חברת הביטוח מדובר בהפניה למסמכים המצויים בחברת הביטוח או נאספו על ידה, אשר על בית המשפט לפרשם בהתאם לתוכנם ולהתנהלות הנתבעת ולא דווקא בהתאם לפרשנות העדה מטעם חברת הביטוח.

התובע טוען שבלעדי תצהיר אין בידי הנתבעת להגיש מסמכים ומשכך אין להסתמך על המסמכים שהוגשו בגדר ההליך. טענת התובע אינה יכולה להתקבל. העדה הפנתה בתצהירה לפוליסות הביטוח, שהוגשו גם על ידי התובע ושלמעשה אינן במחלוקת מכל מקום הנתבעת דאגה להגישם ולסמנם במהלך שמיעת הראיות לאחר שהתובע זיהה את חתימותיו. העדה הפנתה עוד לחוות הדעת הרפואיות, שממילא הוגשו על ידי עורכיהם – כל הרופאים העידו. כן הפנתה העדה לשני הליכים אחרים שהתנהלו בבית משפט שהחברה בבעלות התובע הייתה צד להם. כמובן שלעדה אין ידיעה אישית על הליכים אלה והמסמכים בגדרם הם בעלי משקל עצמאי, שעה שהועתקו מתיקים פומביים של בית המשפט. מדובר בכתבי בי-דין שהגיש התובע עצמו, תצהירים עליהם הוא חתום, תצהירים עליהם חתומים עדים אחרים שהעידו בהליך



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-12-65558 פלוני נ' לביטוח בע"מ

ופרוטוקולים. הנתבעת דאגה להגיש ולסמן חלק מן המסמכים, ואלו הפכו לראיות בתיק ללא קשר לעדותה של העדה מטעם הנתבעת.

כמובן שפרוטוקול או תצהיר המתייחס לעדים שלא העידו לא מהווה ראיה ואולם כאשר העדים הרלוונטיים העידו ועומתו עם האמור בפרוטוקול, בוודאי שניתן לעשות בתוכנו שימוש, ואין כל צורך בעד מטעם הנתבעת כדי להגישו.

נקבע לא פעם שפרוטוקול דיון מהווה "ראיה לעצם קיומם ולאמיתותם בתור שכאלה, להבדיל מאמיתות הפרטים הנקובים בהם" (ספרו של כבוד השי' קדמי "על הראיות" (מהודרת 2009), חלק שני, עמ' 635) וכן יפה האמור בעמ' 654 לספרו הנ"ל של כבוד השופט קדמי: "פרוטוקול דיון ופסק דין, המהווים תעודה ציבורית לפי ההגדרה שבסעיף 29 לפקודה, מתקבלים כראיה לעצם קיומם בתור שכאלה, לאמור - ראיה לקיומם וראיה להיותם אמיתיים, להבדיל מראיה לאמיתות תכנם (באופן שזה עשוי לשמש בסיס ראייתי לקביעת ממצאים בהליך אחר)".

מקבץ אחר של ראיות שהגישה הנתבעת, היה תיעוד שביצעו החוקרים הפרטיים באמצעות החוקרים הפרטיים עצמם. התובע זיהה את עצמו בתיעוד ונתן את הסבריו. אף שלתובע ניתנה הזדמנות להביא ראיות נוספות לאחר שדו"חות החוקרים הוגשו בתום פרשת התביעה, התובע לא טען ולבטח לא הוכיח בצורה כלשהי שהסרטים בהם הוא מצולם לא משקפים את המציאות. בנסיבות אלה, הסרטים הם בעלי משקל ראייתי עצמאי וניתן לקבלם כראיה.

יש לסייג ולומר שמסמכים שצורפו לתצהיר העדה ולא הוגשו בדרך אחרת לא ישמשו כראיות, וככל שישתבר שקיים חסר בראיות הנתבעת, הרי שניתן יהא לשקול מהלך זה של הנתבעת בגדר הימנעות מהבאת ראיה. יוער, שלאחר שהודיעה הנתבעת על החלטתה שלא להעיד את העדה מטעמה, ניתנה לתובע ניתנה הזכות לבקש לזמן עד מטעם הנתבעת, ואולם הוא בחר שלא לעשות בה שימוש (ראו פרוטוקול מתאריך 20/10/21 עמ' 354, שורה 31 ואילך).

13. בהינתן האמור עד כאן, יש לבחון האם התובע הוכיח את התנאים לקבלת תגמולי ביטוח וראשית יש להתייחס להוראות הפוליסות הרלוונטיות והשתלשלות ההליכים עד למועד הפסקת התשלומים.

פוליסות הביטוח והשתלשלות ההליכים

14. במסגרת הראיות, הוברר שלתובע שתי פוליסות ביטוח שעשויות להיות רלוונטיות:

פוליסת ביטוח הונית 2-1040061 – עצמאים שתחילתה מתאריך 1/9/2001. בהצעה לביטוח תואר העיסוק הנוכחי כ"גנן". במסגרת פוליסה זו בוטח שכר של 5,000 ₪.

במסגרת פוליסה זו קיים נספח ביטוח לשחרור מתשלום פרמיות במקרה של אובדן כושר עבודה. הפוליסה אינה כוללת הרחבה במקרה של אובדן חלקי של כושר העבודה.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-12-65558 פלוני נ' לביטוח בע"מ

15. פוליסת ביטוח מירב הוני 2-1195072 – בעלי שליטה המנהלים שתחילתה מתאריך 1/3/2003 (פוליסת המנהלים), שבה הוגדר העיסוק של התובע כ"מנהל חברה". במסגרת פוליסה זו בוטח שכר של 10,100 ₪. פוליסה זו קובעת שתגמולי ביטוח אובדן כושר עבודה מוחלט ישולמו בנסיבות הבאות:

- 1" עקב מחלה או תאונה (להלן: "מקרה ביטוח") נשלל ממנו – בשיעור של 75% לפחות – הכושר להמשיך במקצוע שבו עסק כמפורט בהצעת הביטוח עד לקרות מקרה ביטוח או ב- 12 החודשים שקדמו לו, ושבעקבותיו נבצר ממנו לעסוק בעיסוק אחר המתאים לניסיונו, להשכלתו והכשרתו.
2. אינו עוסק בעבודה כלשהי או בעיסוק כלשהו תמורת שכר או תגמול או רווח או טובת הנאה כלשהי.
3. אינו מקבל ממעבידו או מקופה כלשהי דמי מחלה על פי דין או הסכם כלשהו".

הפוליסה כוללת הוראות לגבי פיצוי חלקי במקרה שכושר העבודה פחת מתחת לשיעור של 75% ובלבד שיהא מעל שיעור של 25% בתנאי שמתקיימים בו תנאי הזכאות, ובתנאי שהוא בעל נכות זמנית או נכות קבועה על ידי המוסד לביטוח לאומי. עוד נקבע שאם שיעור אי הכושר עולה על 25% ופחות מ- 75% ישולם פיצוי חודשי מוקדם בשיעור של 1.33% מהפיצוי החודשי, לכל אחוז אי כושר העולה על 25%. אשר לזכאות לקבל תגמולי ביטוח בגין אובדן כושר עבודה חלקי, נקבע בסעיף 10 לפוליסה כדלקמן:

"א. המבוטח ייחשב כלתי-כשיר לעבודה באופן חלקי על פי פוליסה זו אם התקיימו במצטבר שלושת התנאים הבאים:

1. שולמו למבוטח פיצויים חודשיים לפי נספח זה.
2. מייד אחר כך חזר למבוטח כושר העבודה באופן חלקי ובהתאם לכך החל לעבוד באופן חלקי בעיסוקו בו עסק לפני קרות מקרה הביטוח, או בעיסוק אחר כלשהו, ובשל כך קטן שכרו.
3. הוכר כבעל נכות זמנית או קבועה על ידי המוסד לביטוח לאומי".

הוסף בסעיף ששיעור אי הכושר החלקי יקבע על פי הנכות במוסד לביטוח לאומי או על פי שיעור ההקטנה בשכר בפועל לפי הנמוך שביניהם. עוד נקבע שפיצויים מוקטנים על פי סעיף זה ישולמו לתקופה שלא תעלה על 3 שנים ממועד תשלום הפיצויים החודשיים המלאים.

16. בהצעה לביטוח של פוליסת המנהלים (הוגשה וסומנה נ/1) יש התייחסות לפוליסת העצמאים, ונרשם בה מפורשות שהכיסויים של פוליסת העצמאים בוטלו למעט שחרור מפרמיות. סוגיית שחרור מפרמיות נבחנת על פי נספח 163 לפוליסת העצמאים. חרף האמור טוען התובע ששתי הפוליסות חלות וזאת גם בשים לב שהנתבעת התייחסה במכתביה לשתייהן.

טענת התובע דינה להידחות. ההצעה מדברת בעד עצמה, התובע חתום עליה ואישר את תנאיה. בהתאם להצעה, נכתב מפורשות שהכיסויים של פוליסת העצמאים בוטלו למעט שחרור מפרמיות. סוכן הביטוח, מר אסולין, שזומן להעיד על ידי התובע, אישר בעדותו את הדברים (פרוטוקול מתאריך 3/5/21 עמ' 277, שורה 31 ואילך).



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-12-65558 פלוני נ' לביטוח בע"מ

אכן במכתביה ציינה הנתבעת את שתי פוליסות הביטוח ואולם נקל להבין שהדבר נעשה בשים לב לעובדה ששחרור מפרמיות נעשה על פי הפוליסה של העצמאים (ראו לדוגמא מכתב הנתבעת מתאריך 17/11/16, בו מציינת הנתבעת את נספחים 162, 163 לפוליסות, כאשר 162 הינו נספח אובדן כושר עבודה ו- 163 שחרור מפרמיות).

התובע לא הוכיח ולא ניכר מסכומי התגמולים ששולמו, ששולמו תגמולי ביטוח על פי שתי הפוליסות בגין אובדן כושר עבודה. כך לדוגמא, במכתב מתאריך 17/11/16 מודיעה הנתבעת שתשלום בגין חודש 12/2016 הוא סך של 9,196 ₪ צמוד ברוטו למדד ההשקעות, מה שמתיישב עם סכום ביטוח של 10,100 ₪ צמוד מ- 2003. התובע גם לא הוכיח ששילם דמי ביטוח בגין אובדן כושר עבודה על פי שתי הפוליסות. יתירה מזו, מרגע שהחל התובע לעבוד באמצעות חברה הכנסותיו הן מן החברה במעמדו כשכיר ולא במעמדו כעצמאי, התובע לא הוכיח שעבד במקביל גם כבעל חברה וגם כעצמאי. נהפוך הוא. התובע הצהיר והעיד שפתח את החברה משיקולי מס בלבד, ומני אז עבד באמצעות החברה.

17. גם לא ניתן לקבל את טענת התובע שהוא מבוטח בפוליסת המנהלים במקצועו כ"גנן", הפוליסה ברורה והביטוח נעשה לתובע כ"מנהל חברה" ולענייננו, ברי שהמדובר במנהל חברת גינון ולא חברה כלשהי. סוכן הביטוח שזומן על ידי התובע עצמו, אישר בעדותו שכיסוי אובדן כושר עבודה הקיים הוא לפי מקצוע של "מנהל חברה" ולשיטתו מנהל חברת גינון (שם, עמ' 285, שורה 26).

סוכן הביטוח, הסביר שבפוליסת העצמאים ביטח את התובע כ"גנן", הכיר אותו כמי שעושה עבודות גינון בשכונה וכך ביטח אותו. בפוליסת ביטוח מנהלים ביטח את התובע כבעל שליטה בחברה כאשר המקצוע הוא "מנהל חברה" והכיסוי מתייחס להיותו בעל מניות בחברה ואובדן כושר עבודה לשכר שהוא מקבל בחברה.

בנספח 162 שעניינו אובדן כושר עבודה, נקבע בסעיף 8 שמקצועו ועיסוקו של המבוטח כפי שהצהיר עליהם בשעת עריכת הביטוח משמשים יסוד לביטוח על פי הנספח ונחשבים מהותיים וכי על המבוטח להודיע על כל שינוי. הגדרת אובדן כושר עבודה בפוליסה קובעת בפירוש שהמקצוע הרלוונטי הוא המקצוע "שבו עסק כמפורט בהצעת הביטוח עד לקרות מקרה ביטוח או ב- 12 החודשים שקדמו לו...".

המסקנה המתבקשת הן מההצעה לביטוח, הן מהוראות הפוליסה והן מעבודתו של התובע בפועל שהמקצוע המבוטח הוא מנהל חברה. הסוגיה מה כוללת עבודתו של מנהל חברת גינון, היא סוגיה נפרדת שתידון בהמשך.

18. עקב מצבו הרפואי הגיש התובע לנתבעת במהלך השנים תביעות אובדן כושר עבודה, כאשר בין הצדדים הושג, בתאריך 23/3/2010, הסכם פשרה במסגרתו הוסכם כדלקמן:
פיצוי מלא בשיעור 100% לתקופה של 8 חודשים.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 65558-12-18 פלוני נ' לביטוח בע"מ

פיצוי חלקי בשיעור של 70% לתקופה נוספת של 3 חודשים מתאריך 11/12/10 ועד 11/5/11.
פיצוי חלקי בשיעור של 30% מסך המבוטח מהוון לתקופה של 3 שנים מ- 1/7/09 ועד 30/6/12.
לאחר שנבדק התובע על ידי רופא מטעם הנתבעת אושרו 6 חודשים מתאריך 5/11/10 ועד 31/5/11.

ב- 2012 הודע לתובע על ידי הנתבעת, לאחר בדיקה נוספת, שתקופת אי הכושר שלו מאושרת עד ליום 29/2/12 בלבד.

בהמשך בעקבות ערר שהגיש התובע הוחלט לשלם לו גם את חודש מרץ 2012.

לאחר מכן במכתב דחייה נוסף, הודיעה הנתבעת לתובע שתביעתו היא תביעת מרמה.

בעקבות הסירוב להמשיך ולשלם את התגמולים, התובע הגיש תביעה בת"א 53251-05-13 לקבלת תגמולי ביטוח. לאחר דין ודברים חתמו הצדדים בתאריך 19/2/14 על הסדר לפיו שילמה הנתבעת סך של 60,000 ₪ בנוגע למצבו הרפואי עד ליום 1/4/14.

לאחר מכן שילמה לתובע תגמולים באופן חלקי עד ליום 31/12/16.

19. הנתבעת שלחה לתובע מספר מכתבי דחיה לאורך השנים :

במכתב דחיה מתאריך 6/11/12 ומכתב תשובה לערר מתאריך 2/7/12, נקבע שבהתאם לתוצאות הבדיקות הרפואיות מצבו של התובע אינו מהווה מקרה ביטוח על פי תנאי הפוליסות והוא מסוגל לעבוד בהיקף משרה מלא.

במכתב דחיה נוסף מתאריך 16/8/12, הוסף, שממידע חלקי שהגיע לחברת הביטוח עולה שמדובר בתביעת מרמה על פי סעיף 25 לחוק חוזה ביטוח, תשמ"א-1981 (להלן: "חוק חוזה ביטוח") על כל המשתמע מכך, והחברה שומרת על זכותה לדרוש השבת כל סכום אשר שולם לתובע ביתר.

במכתב נוסף מתאריך 17/11/16 הודע לתובע שהחל מתאריך 1/1/17 הוא אינו מצוי באובדן כושר עבודה ובהתאם לחוות הדעת הרפואיות, הוא כשיר לעבוד בעיסוקו כמנהל חברה ובעיסוקים סבירים אחרים במשרה מלאה ולכן אינו זכאי לתשלום פיצוי נוסף וחובת תשלום הפרמיות תחול במלואה עליו.

ובמכתב אחרון מתאריך 20/10/17 נכתב שבעקבות פניית התובע, בוצעה בדיקה נוספת של תיק התביעה, ועל פי דו"ח החקירה המצוי בידם, כאשר הדו"ח חסוי בשלב זה, עולה שטענותיו של התובע ומצגיו בדבר תפקודו או בדבר אי כושר עבודה עומדים בסתירה לעובדות כהווייתן וכי התובע כשיר לעבודה, ומדובר בתביעה שדינה להידחות לאור הוראת סעיף 25 לחוק חוזה הביטוח, ולפיכך אין שינוי בעמדתם.





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 65558-12-18 פלוני נ' לביטוח בע"מ

20. לענייננו רלוונטיים המכתבים מתאריך 17/11/16 ו- 20/10/17 – כאשר אכן באחרון חזרה הנתבעת על טענה שהעלתה בעבר, שהמדובר בתביעת מרמה, טענה שלא הועלתה במכתב הראשון.

כפי שפורט כבר לעיל, החובה המוטלת על הנתבעת להעלות את כל נימוקי הדחייה בתשובתה הראשונה למבוטח ידועה ומוכרת ואינה יכולה להיות במחלוקת, ואולם הפסיקה הכירה בחריגים לכלל זה, במיוחד כאלה שעניינם טענת מרמה וכאשר מדובר בנתונים שלא היו בידי הנתבעת בעת כתיבת המכתב הראשון. כפי שיפורט עוד להלן, במהלך השנים ביצעה הנתבעת לאחר התובע מעקבים מהם התרשמה מרמת תפקודו. חלק מן המעקבים נעשו קודם לכתובת המכתב מתאריך 20/10/17. מדובר בנתון שלא היה בידיעת הנתבעת קודם לכן.

יתירה מזו, הבדיקה הנוספת נעשתה לבקשת התובע. התובע הוא זה שפנה לנתבעת לבצע בדיקה נוספת, וכי מה ילין שהנתבעת ביצעה בדיקה מעמיקה יותר?

בשים לב לממצאי הבדיקות שביצעה הנתבעת, שיפורטו להלן, סבורני שאין מדובר במקרה בו ניתן או ראוי לחסום את הנתבעת מהעלאת הטענה שהתובע מסר פרטים לא נכונים בפניותיו לנתבעת אודות רמת ואופן תפקודו והכנסותיו בחברה שבבעלותו.

21. האמור עד כאן מעלה, שיש לבדוק האם התובע עומד בתנאי אובדן כושר עבודה בביטוח המנהלים בלבד, ובהתאם לביטוח זה, התובע יהא זכאי לתגמולי ביטוח בהתקיים תנאים מצטברים, הרלוונטיים לענייננו (ההדגשות לא במקור – א' מ') –

אובדן כושר עבודה, מעל שיעור של 25%, בתנאים הנקובים בפוליסה.

לעניין כושר עבודה מלא התנאי לפיו **"אינו עוסק בעבודה כלשהי או בעיסוק כלשהו תמורת שכר או תגמול או רווח או טובת הנאה כלשהי"**.

ולעניין כושר עבודה חלקי התנאי לפיו **"החל לעבוד באופן חלקי בעיסוקו בו עסק לפני קרות מקרה הביטוח, או בעיסוק אחר כלשהו, ובשל כך קטן שכרו"**, כאשר מדובר בתגמול לשלוש שנים בלבד.

כאמור, מדובר בתנאים מצטברים, וככל שלא מתקיים אחד מהם, הרי שדינה של התביעה יהא לדחות. יש לפיכך לדון בהתקיימות תנאים אלה. אבחן תחילה את התנאים הנוגעים לעיסוק תמורת שכר והקטנת השכר, שכן בעניין זה הובאו ראיות מובהקות, המביאות למסקנות ברורות.

עבודה או עיסוק תמורת שכר, תגמול, רווח או טובת הנאה או הפחתה בשכר

22. חשוב להקדים ולהדגיש שהתובע טען בתביעתו ובסיכומיו לאובדן כושר עבודה מלא וכלל לא התמודד עם תנאי הפוליסה והוראותיה לעניין אובדן כושר עבודה חלקי.





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-12-65558 פלוגי נ' לביטוח בע"מ

הכרעה בהתקיימות התנאי לקבלת תגמולי ביטוח בגין אובדן כושר עבודה מוחלט מצריך בדיקה והכרעה של שני תנאים מצטברים, האחד התקיימות התנאי של "עבודה או עיסוק" והאחר "תמורת שכר או תגמול או רווח או טובת הנאה כלשהי", כתוצאה מעבודה או העיסוק שהוכחו.

כפי שיפורט להלן, מסכת הראיות הכוללת שהוגשה ונשמעה בהליך מביאה לידי מסקנות ברורות בנוגע לעיסוקי התובע, פעולותיו, וקיומם של שכר, תגמול, רווח או טובת הנאה כתוצאה מעבודה או מעיסוק זה.

כזכור, התובע סרב להציג נתונים אודות הכנסות החברה שבבעלותו ומכאן שלא הוכיח שהתמורה, השכר, התגמול או הרווח נפגעו בצורה כלשהי, ומכל מקום הבדיקה אמורה להיעשות עד לגובה השכר המבוטח. בהתאם לנתונים שכן הוכחו, יש יסוד לקבוע שאלה עולים עליהם בהרבה.

23. נכון להקדים ולהדגיש שתכליתה של פוליסת אובדן כושר עבודה, כפי שקבע בית המשפט העליון, היא להבטיח למבוטח הכנסה חודשית קבועה המהווה תחליף להכנסה מעבודה שנשללה ממנו בעקבות האירוע הביטוחי (ע"א 300/97 חסון נ' שמשון חב' לביטוח בע"מ (1999); בע"א 61/03 אריה חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' אבני (04.07.2005). וראו גם החוזר של הממונה על שוק ההון ביטוח וחסכון שמספרו 2016-1-16 ועניינו "קביעת קווים מנחים לענין תכנית לביטוח מפני אובדן כושר עבודה" ואשר תוקפו הוחל מיום 1.5.17 ואילך, המלמד ששינויים שחלו במהלך השנים בפוליסות אובדן כושר עבודה, לא שינו את תכליתם המקורית, שעה שנקבע שמדובר בפיצוי שנועד להשיב את המבוטח ככל האפשר למצב בו נמצא אילולא קרה מקרה ביטוח).

הווה אומר, קיומו של ביטוח אובדן כושר עבודה, אינו מלמד על קיומה של הסכמה מראש על שיעור השיפוי ללא תלות בשיעור "הנזק" או ההפחתה בשכר שנגרמו. סוכן הביטוח שזומן להעיד מטעם התובע לא נחקר בהקשר זה, גם לא הוכח ולא נטען שקיימת בשוק הביטוח פוליסת אובדן כושר עבודה שאינה מותנית בהפסד הכנסות כלשהו. הפסד ההכנסות בשים לב לשכר המבוטח, הוא לפיכך חלק מן התנאים הנדרשים על מנת להוכיח זכות לקבלת תגמולי ביטוח (השוו: תא (י-ם) 45711-10-17 פלוגי נ' מנורה מבטחים ביטוח בע"מ (29/9/2020), שם דחה בית המשפט את הטענה שמדובר בביטוח שאינו מותנה באובדן הכנסה ודחה את התביעה, כאשר התובע סרב להציג נתונים אודות אובדן הכנסותיו).

24. שאלה נפרדת הדורשת הכרעה בענייננו, הינה בנוגע למעמד הכנסות החברה בה התובע בעל שליטה יחיד ובעל מניות של 99% מהמניות ולמעשה עובד בכיר יחיד (פרט למזכירה בחצי משרה).



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-12-65558 פלוני נ' לביטוח בע"מ

נקודת המוצא לדיון הינה שככל שתובע הכנסות שלא מעבודה או עיסוק אפילו אלו מקורם בחברה שבבעלותו, הרי שאין עניין להליך זה.

ניתן עוד לצאת מתוך הנחה שגם תמורה הנובעת מהון מניב בחברה כגון דיבידנד, כשלעצמה, אינה שוללת את קיומו של התנאי המדבר על אובדן הכנסה או תגמול, שכן התובע ביטח את כושר השתכרותו מעבודה ולא את הכנסות החברה.

יחד עם זאת, שעה שמדובר בבעל שליטה בחברה, הגם שהתובע בחר להפסיק להגדיר את עצמו במעמד של "שכיר" ולטענתו בעקבות מצבו הרפואי הפסיקה החברה לשלם לו שכר עבודה, יש לבחון האם משולמת לו תמורה בדרך אחרת בגין עבודתו הנטענת. שהרי התובע במעמדו כבעלים ובעל שליטה יחיד בחברה, יכול לסווג את התמורה כרצונו ולפי צרכיו. ומכאן, הימנעות ממשיכת שכר עבודה בגין עבודה של בעל שליטה בחברה פרטית, תגדיל מטבע הדברים את הדיבידנד הנמשך בפועל או ימשך בעתיד על ידי הבעלים או בעל השליטה, אשר יקבל "שכר או תגמול או רווח או טובת הנאה כלשהי" תמורת עבודתו.

מעמדם המיוחד של בעלי שליטה בחברה ויכולתם לנתב את הכנסותיהם בין המקור הפירוטי (הכנסת עבודה אצל שכיר, והכנסה ממשלח יד אצל עצמאי) לבין המקור ההוני כגון דיבידנד, בהתאם לצרכיהם ונוחותם, הוכרו בפסיקה ובחקיקה ובית המשפט נוהג לבחון את הדברים תוך בחינת הנתונים לאשורם, מעבר למצג שמוצג לו על ידי בעל השליטה.

כך לדוגמא, בדיני הנזיקין, בעת בחינת הפיצוי של נזקי גוף של ניזוק שכיר הפועל באמצעות חברה שבבעלותו או בשליטתו, נבחנים ההפסדים הנטענים בתהליך דו שלבי הכורך את הפסדי השכר הנטענים כשכיר ואת ההכנסות האחרות של החברה. בית המשפט למעשה מרים את המסך בין החברה לניזוק, ובוחן את התנהלות הניזוק כבעל שליטה בחברה הקובע לעצמו את המשכורת שהוא מושך מדי חודש מהחברה בהתאם לשיקוליו (השוו: ע"א 3304/13 פלוני נ' פלוני. פסקה 3 (20.11.2013)).

באופן דומה, במסגרת הוראות פקודת מס הכנסה [נוסח חדש] קיימות הוראות המגבילות את שיעור ההפקדות לקופות גמל ולקרנות השתלמות של מי שמסווג כ"חבר בעל שליטה", את הסכומים הפטורים ממס המשולמים להם בעת קבלת פיצויי פיטורים ואת הסכומים המותרים להוצאה לצורך ביטוח, מתוך הבנה שבידי מי ששולט על חברה מצויים הכלים המאפשרים לו לקבוע את השתכרותו כעובד שכיר ללא קשר לשוויה הכלכלי של עבודתו (ראו סעיפים 32(9) ו- 32(10) לפקודת מס הכנסה).

בדיוק מטעמים אלה, רשאי פקיד שומה לבחון ולהכריע האם המשכורת המשולמת לבעל חברה ובעל שליטה, הינה הכנסה מיגיעה אישית, והאם העלאת השכר נובעת משיקולי מס על אף ששיעור העבודה בחברה הצטמצם עקב מצבו הבריאותי ויש לייחס את ההכנסה לדיבידנד (השוו: ע"א 4107/09 בן עוז נ' פקיד שומה חיפה (10.8.2011), שם קבע בית המשפט שאף





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 65558-12-18 פלוני נ' לביטוח בע"מ

שההכנסה סווגה כמשכורת, לא מדובר בהכנסה מיגיעה אישית, שעה שהנישום הפסיק את עבודתו עקב מצבו הבריאותי).

בית הדין הארצי לעבודה התייחס לסוגיות אלה במסגרת החלטה בה נדרש להכריע האם בעל שליטה בחברה נדרש להציג נתונים אודות הכנסות החברות שבבעלותו במסגרת תביעת אובדן כושר עבודה. בית הדין הארצי השיב על שאלה זו בחיוב וקבע, שאמנם "אין חולק שהתנאי של העדר הכנסה השולל זכאות להכרה במבוטח כנכה מלא מצטמצם להכנסה מעבודה בלבד, באופן שכל הכנסה אחרת מהחברה לא תפגע בזכות המבוטח לקבלת מלוא הפיצוי החודשי. עם זאת, בעניינו של מי שמוציא ומביא בחברה בכלל ובעלים יחיד של חברה בפרט, קיימת אפשרות כי המבוטח יבחר לשנות את מתכונת התקשרותו עם החברה באופן ששוב לא ייחשב כשכיר ולא יקבל שכר עבודה משיקולים שונים (או ימשיך להיות מסווג כשכיר אך יקבל שכר מופחת). כפועל יוצא מכך תיחסך לחברה ההוצאה ורווחיה יגדלו, כך ש"בעקיפין" יקבל בעל המניות תגמול בגין עבודתו. מתכונת אפשרית נוספת עליה מצביעה המבקשת היא של תשלום שכר למקורבי בעל מניות חלף תשלומם לידי. כך או אחרת, קיימת אפשרות כי בעלים של חברה יעבוד בה בהיקף מלא או חלקי (כנטען בענייננו) תוך שלפי החלטתו לא ישולם לו שכר עבודה הגם שהחברה – ובעקיפין הבעלים – תצא נשכרת מעבודתו" (ברע (ארצי) 22689-11-21 כלל חברה לביטוח בע"מ - צבי ברון (21/12/21)).

משמע, מבחן קבלת המשכורת על ידי בעל שליטה בחברה, הוא לא המבחן היחיד הקובע אם מתבצעת עבודה אם לאו ובית המשפט נדרש לבחון בכל מקרה ומקרה את הנסיבות הרלוונטיות.

25. כזכור, התובע סרב להמציא נתונים אודות הכנסות החברה בבעלותו, על אף שהוזהר התובע מבעוד מועד, התנהלות זו עשויה לפעול כנגדו ככל שישתבר שמדובר בנתונים הנדרשים להכרעה.

בשים לב לאמור עד כאן, יש אם כן לבחון את הנתונים שהוכחו אודות פעילותו של התובע בחברה אם בכלל ומהות הכנסותיה של החברה, תוך התייחסות לנתונים השונים שהוכחו ולמסקנה המתבקשת. אתייחס לנושאים שעלו בדיון וראשית לעניין מעמדו של התובע בחברה.

מעמדו של התובע בחברה - בעל שליטה בחברה ומורשה חתימה יחיד בה

26. כמפורט כבר לעיל, התובע הוא בעל שליטה ובעל 99 אחוז ממניות החברה.

התובע הוא מורשה החתימה היחיד בחברה.

התובע פרט בתצהירו שעבד משנת 1999 כגנן ומנהל עבודה לביצוע עבודות תיחזוק ושיקום של שטחי גינון בעיקר בשטחים ציבוריים של רשויות מקומיות.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-12-65558 פלוני נ' לביטוח בע"מ

לטענתו, משיקולי מס, שינה בשנת 2003 את מעמדו מעצמאי לבעל מניות יחיד של חברה לגינון. שכרו כמנהל חברת הגינון היה לטענתו 20,000 ₪ ברוטו. כזכור התובע בחר לבטח שכר של 10,100 ₪.

הוזה אומר לגרסת התובע, מדובר בחברה שהוקמה משיקולי מס בלבד, כאשר פעילותו, לטענתו, לאחר הקמת החברה לא השתנתה.

הלכה למעשה, מבהיר התובע באופן ברור, שאין לחברה ערך עצמאי נפרד מן העובד היחיד בה והכנסות החברה תלויות בפעולות אותו עובד, כפי שהכנסותיו של התובע כעצמאי, היו תלויות בעבודתו.

התובע עובד יחיד וחיוני בחברה (למעט מזכירה בחצי משרה)

27. ממכלול הראיות שהובאו, ניתן להסיק באופן ברור וחד שהתובע הוא למעשה העובד היחיד החיוני בחברה. אכן קיימת מזכירה בחצי משרה המבצעת פעולות טכניות ואחרות ואולם התובע הוא המוציא והמביא, הוא בעל הכישורים והמומחיות לגייס לקוחות וקבלני משנה, ולולא פעולותיו של התובע החברה משותקת ואינה יכולה לפעול כלל.

עוד עלה מפיו של התובע עצמו בהליכים אחרים, כי היקף פעולותיו בחברה הוא משמעותי, מהותי ומשרת את הכנסות החברה.

28. במהלך ההוכחות, בעת עדות מזכירתו של התובע, הסתבר שמשרדי החברה, ומכאן גם משרדו של התובע ממוקמים בביתו של התובע. נתון זה לא נמסר על ידי התובע במסגרת תצהירו או במסגרת עדותו ולא בכדי. מנתון זה ניתן ללמוד שלתובע נגישות במשך כל שעות היום למשרדו ואין הוא צריך לעזוב את ביתו על מנת לבצע עבודה שניתן ונדרש לבצע מן המשרד. מעדות אותה מזכירה גם עלה שהתובע נמצא במשרדו בשעות הערב או בשעות שהיא לא נמצאת, שכן המזכירה הסבירה שהיא הריחה בבוקר את ריח הגראס שמעשן התובע והניחה שהתובע היה במשרדו בשעות הערב.

29. במסגרת ראיותיו, בשלב הראשון, הסתפק התובע בהגשת תצהיר עדות ראשית מטעמו בלבד. בתצהירו טען התובע, שקודם להתדרדרות במצבו הבריאותי, עבד 12 שעות ביממה, כשעבודה זו הייתה כרוכה בפעילות שטח ובמאמצים פיזיים בין היתר ולרבות בהעמסה, סחיבה והפעלה של כלי עבודה בגדלים ומשקלים שונים, בשהייה ממושכת בשטח הפתוח בכל תנאי מזג האוויר, בהתכופות ובכריעות תכופות, בהליכה למרחקים ארוכים ובנסיעה בדרכים לא סלולות.

התובע הוסיף שתפקידו היה גם להשיג עבודה לחברה ולשם כך היה משתתף במכרזים לאחזקה וטיפול בשטחים ציבוריים שפורסמו על ידי הרשויות. כתנאי למתן הצעה, נדרש להשתתף בסיוורים מאורגנים בשטחים שאחזקתם פורסמה למכרז ושכללו בין היתר, הליכה למרחקים, עמידה ממושכת, בשטח הפתוח ונסיעות בדרכי עפר לא סלולות. כן כללה עבודתו, ניהול, פיקוח





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 65558-12-18 פלוני נ' לביטוח בע"מ

והדרכה בשטח של פועלים אותם העסיק מעת לעת בפרויקטים השונים בהתאם לצורך ולפעילות החברה.

התובע תאר את מצבו הרפואי במהלך השנים ואת ההסכמים שערך עם הנתבעת והוסיף שעל אף מגבלותיו ניסה למצוא עבודה במשרה חלקית התואמת את מקצועו, ניסיונו והכשרתו אך מאמציו אלו נדחו לצערו בגין מגבלותיו.

התובע תאר את הטיפול התרופתי אותו הוא צורך והסביר שלנוכח מצבו והמגבלות הקשות מהן הוא סובל נאלץ להפסיק לחלוטין את עבודתו כמנהל חברת הגינון, לאחר שלא יכל לבצע את מטלותיו והוא מוגבל בפעולות פשוטות כגון הליכה, ישיבה ואפילו עמידה לפרקי זמן ארוכים. התובע הסביר שגם מנוחה סטטית למשך 10 דקות גורמת לו לכאב בל ישוער. התובע הוסיף שהתקפי הכאב שהיו תוקפים אותו לעיתים קרובות הותירו אותו משותק ובלי יכולת לזוז במשך שעות וימים רצופים.

התובע טען שלנוכח מצבו הרפואי פעילותו בחברה הופסקה כמעט כליל, וזו מסתכמת בניחול הפעילות הפיננסית באופן חלקי של החברה וגם זאת רק משום היותו בעל המניות היחיד בחברה ומורשה החתימה היחיד שלה. מכל מקום, לטענתו, פעילות זו מהווה נתח זעום וזניח ביותר בתמהיל כלל הפעילות שנדרשה ממנו בעבודתו כמנהל החברה.

התובע טען שלהמשך פעילותו השוטפת נאלצה החברה להעסיק במקומו מנהל עבודה או מנהל תפעול חיצוני בשכר חודשי. התובע נקב בשמות שניים מאותם מנהלי העבודה.

התובע תאר באריכות את התנהלות הנתבעת במהלך השנים, תוך העברת ביקורת נוקבת על התנהלותה. וטען שדחיית תביעתו נעשית שלא כדין וזאת שהוא ממשיך לסבול מאובדן כושר עבודה, ומצבו הרפואי אף החמיר והוא סובל ממגבלות תפקודיות קשות, בין היתר מהגבלה קשה בתנועות עמוד שדרה מותני, מהגבלות בעמידה, בישיבה ובהליכה ממושכות, וכן מכאבים עזים ובלתי נסבלים בגינם אושר לו קנאביס רפואי. כן נטען שהוא סובל מחולשה כללית ואפאטיות כתוצאה מהשימוש בתרופות השונות שהוא נדרש להן.

התובע הוסיף וטען שממילא תמהיל עבודתו כמהלך חברת לגינון העיסוק הניהולי היה לא יותר מ- 20% מכלל הפעילות.

התובע טען לאי כושר עבודה מלא משנת 2010 ואילך.

התובע כמובן נתמך במסמכים הרפואיים ובחוות הדעת הרפואיות בעניינו ובמשמעותם של אלו אדון בהמשך.

30. ראיות הנתבעת, שחלק לא מבוטל מהם מבוסס על טענות התובע בהליכים משפטיים אחרים שניהל בשם החברה מאז שנת 2010, שאז היה לטענתו באי כושר עבודה, וחלק אחר מהם מבוסס על מעקבים שבוצעו אחר התובע הפריכו את טענות התובע במידה לא מבוטלת. מראיות הנתבעת עלה, שבניגוד לטענותיו של התובע, החברה מנהלת פעילות לא מבוטלת באמצעות



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-12-65558 פלוני נ' לביטוח בע"מ

קבלני משנה, כאשר פעילות זו, שנעשית בניצוחו של התובע, תוך שימוש במומחיותו וליווי צמוד של העובדים עמו, מניבה לחברה הכנסות לא מבוטלות, שהתובע עצמן הגדירן במסגרת הליכים אחרים כהכנסות עדיפות על אלה שהושגו מפעילות ישירה של החברה שלא באמצעות קבלני משנה.

סוכן הביטוח העיד מטעם התובע, הבהיר שהוא מבטח את התובע גם כיום בפוליסת חבות מעבידים עבור קבלני משנה בסכום 12 מליון ₪ (שם, עמ' 288, שורה 7 ואילך). עובדה המלמדת כשלעצמה על היקף הפעילות של החברה.

31. הנתבעת הגישה מסמכים מתוך תביעה 53855-10-15 שהינה תביעה כספית ומתן צו חשבונות שהוגשה מטעם החברה בבעלות התובע, על סך 1,114,549 ₪.

מדובר בתביעה בין התובעת, החברה שנמצאת בשליטת התובע, לבין קבלן גינון שעבד עם החברה במכרזים בהם זכתה.

בתצהיר התובע שנחתם בתאריך 29/6/17 (דהיינו לאחר תחילת התקופה הרלוונטית בענייננו), שהוגש כראיה בהליך דנן לאחר שהתובע זיהה את חתימתו וסומן נ/2, תאר התובע את מסכת האירועים בעקבותיה הוגשה התביעה.

לגבי התובעת נטען שמדובר בחברה פרטית אשר בכל הזמנים הצריכים לתובענה ובהווה עסקה ועודנה עוסקת בביצוע עבודות קבלניות בתחום הפיתוח והגינון במגזר הציבורי ובכלל זה עבור רשויות מוניציפליות, כאשר התובע הוא מנהל החברה. נטען שהנתבע – הינו קבלן גינון במעמד עצמאי אשר במועדים הרלוונטיים ביצע עבודות קבלניות בתחום הפיתוח והעיסוק. התובע הבהיר שמהות התביעה היא בשל כך שהנתבע, עזב באופן מפתיע את העבודה במכרז מול עיריית תל-אביב, הפסיק להעביר את הרווח הקבלני וכן הפר את התחייבויותיו עם החברה לגבי מכרזים נוספים מול עיריית ראשון לציון ורעננה.

התובע מתאר התקשרות ראשונה בין הצדדים במהלך שנת 2009, שעה שהחברה בבעלות התובע זכתה במכרז, והוסכם שהנתבע יבצע את העבודה תמורת רווח קבלני של 7% מן ההכנסות.

התובע תאר שבחודש ביוני 2012, התקשרו הצדדים בעסקה קבלנית נוספת בעקבות מכרז נוסף של עיריית תל-אביב וגם בו הוסכם על רווח קבלני של 7%.

עוד מתואר שבשלהי 2011 התמודד הנתבע בסיוע התובעת על מכרז באזור ראשון לציון, והשניים העסיקו קבלן נוסף שהתחייב לרווח קבלני של 14% אשר יתחלק בין החברות.

במהלך שנת 2012, זכתה החברה בבעלות התובע גם במכרז בעיריית רעננה, הנתבע שלא זכה הגיש עתירה מינהלית וזכה. בכתב התביעה מתואר שבמשך כל תהליך ההתמודדות במכרז, לרבות בהליכים המשפטיים שהתנהלו במסגרתו, ליווה התובע את הנתבע וסייע לו במתן יעוץ מקצועי, ליווי לפגישות והדרכה, תוך ניצול נסיונו המקצועי של התובע והמוניטין הרב שצבר



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-12-65558 פלוני נ' לביטוח בע"מ

כקבלן גינון בעיריית רעננה משך למעלה מעשור שנים. גם כאן סוכם שבתמורה לסיוע ולליווי המקצועי השוטף יעביר הנתבע לתובעת 7% מתקבולי המחזור החודשי שיתקבל.

עוד תואר שהנתבע נטש לאחר כשנה את העבודות באזור תל-אביב עקב חוסר כדאיות וחברה נאלצה ליטול על עצמה על כורכה את עבודות המכרז תוך שהתובע נדרש לפיקוח יומיומי באזורי העבודה השונים חרף מצבו הרפואי הרעוע. ובלשונו: "נדרשתי לפקח באופן אישי ועל בסיס יומיומי על עבודת הפועלים באזורי העבודה השונים, זאת חרף מצבי הרפואי הרעוע" (סעיף 89 לתצהיר) בהמשך מתאר התובע כיצד נאלץ להתקשר עם קבלני משנה נוספים.

בסעיפים 93, 94 לתצהיר הכחיש התובע את טענת הנתבע, שהוא זה שיזם את ההתנתקות בתירוץ שנדרש למעורבות רבה למול העירייה, ומשיב "אני טוען כי לא היה לי כל אינטרס אישי, בריאותי או אישי אחר לשנות את הסיכומים על פיהם פעל במשך כל השנים למול מוטי – כמו גם למול קבלנים נוספים במכרזים השונים, לפיהם מוטי מבצע – הלכה למעשה – את העבודה על פי המכרז כנגד תשלום רווח קבלני המשולם לחברתי מתוך המחזור הכספי" (סעיף 94 לתצהיר).

ממשיך וטוען התובע: "לא היה לי כל אינטרס כלכלי לשנות את "כללי המשחק" ולהפוך לקבלן מבצע, דבר שנכפה עלי שלא ברצוני ושלא בטובתי, אשר הסב לחברתי הפסדים כספיים ניכרים. האינטרס שלי היה להמשיך ולהרוויח רווח קבלני ממוצע של 28,000 ₪ (מתוך מחזור חודשי ממוצע של 400,000 ₪) במקום להפוך לקבלן מבצע ולשאת בעצמי בכל ההוצאות והעלויות של ניהול הפרוייקט".

התובע הוסיף ותאר בסעיף 101 לתצהיר שבתקופה שקדמה לנטישת האתר המעורבות שלו בחוזה השני הסתכמה בפגישות תקופתיות במשרדי העירייה ובביקורים בחוקים בשטח, בעוד שמוטי היה נוהג להגיע לשטח על בסיס יומיומי.

באותו תיק הגישה החברה תצהירי עדות ראשית נוספים: תצהיר עדות ראשית מטעם ניר עמר ותצהיר עדות ראשית מטעם גיא בנגיאט. עדים אלה זומנו על ידי הנתבעת להעיד ולא התייצבו חרף צווי הבאה שהוצאו נגדם. בישיבת בית המשפט האחרונה מתאריך 20/10/21, על מנת למנוע דחייה נוספת, הוסכם כי תצהיריהם יתקבלו כראיות כך גם הפרוטוקולים בהם העידו, כאילו העדים עלו על דוכן העדים וחזרו על הדברים מבלי שהתובע מסכים לנכונות תוכנם (שם, עמ' 355 שורה 21 ואילך).

ניר עמר, שהועסק בין יוני 2012, ל- ספטמבר 13 בחברה פרט בתצהירו שהוא זה שעשה את כל הפעולות הנדרשות בשטח והתובע היה מגיע לשטח לעיתים רחוקות שכן סבל מבעיות בריאות. העד ציין שהתובע היה מגיע לפגישות במשרדי העירייה. בסעיף 15 לתצהירו מציין עמר שהוא מכיר את התובע מאז חופשות הקייץ בהם עבד אצלו, התובע תמיד נעזר בקבלני משנה לצורך ביצוע עבודות הגינון במכרזים השונים ומעולם לא לקח על עצמו להיות בשטח על בסיס יומיומי בגלל שהלך לו הגב והוא סובל מהלב.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-12-65558 פלוני נ' לביטוח בע"מ

גיא בנגיאית שהיה הקבלן המבצע במכרז בראשון לציון, ציין בתצהירו שהתובע ומוטי לא היו מעורבים כלל בביצוע העבודה היומיומית, למעט התחשבות.

יוני ממן, שהעיד בהליך דנן בישיבה מתאריך 20/10/21, מסר במסגרת תצהירים משלימים שהגיש התובע בהליך שם, ששימש קבלן גיזום במעמד עצמאי, במהלך שנת 2011, נפגש עם התובע בביתו שהיה לאחר ניתוח גב, סיכס עם התובע שהוא יפתח חטיבת גיזום בחברה שלו והוא ינהל אותה בתור קבלן משנה. התובע קנה שני טרקטורים נושאי מנוף ועוד חמישה טרקטורים בשוק הפרטי, ובמהלך השנים הוא ביצע עבודות גיזום עבור החברה של התובע, התובע מימן את כל הפעילות ולקח אחוזים על העבודות לאחר החזר הוצאות.

במסגרת תצהיר משלים, אישר התובע את העובדות בתצהירו של מר ממן.

במסגרת עדותו של מר ממן בהליך דנן (תצהירו הוגש וסומן נ/11), אישר שעבד אצל התובע בעבודות גיזום, כאשר עבודות הגיזום היו חטיבה נפרדת בחברה והוא טיפל בזה. העד תאר שחלוקת הרווחים הייתה כך שהחברה של התובע מקבלת בין 10% ל-15% מההכנסות לפני הוצאות. העד הסביר שהתובע לא ידע לעשות את העבודה הזאת וגם לא יכל בגלל מצבו הבריאותי. העד אישר קיומן של פגישות עבודה קצרות למול התובע, והעיד שישב גם למול הפקידה.

32. התובע העיד בתיק שהתנהל שם, וסיפר במסגרת עדותו בפרוטוקול מתאריך 1/3/16 (הוגש וסומן בתיק דנן נ/7) על ההתקשרויות הרבות של החברה בבעלותו ועל הפעלתה. כאשר נשאל האם נכון שרצה שהנתבע יעזוב על מנת לזכות במלוא הרווח השיב: "זה ממש לא נכון. אני מעריך את עצמי כאדם פיקח ואני לא מחליף מלוכה באתונים. היתה לי מלוכה בטוחה של 28,000 ₪ בחודש אז אתה רוצה להגיד שאני באתי ואמרתי שזה לא מספיק לי 28,000 ₪ בחודש על בטוח ואני אקח סיכון וארוויח 30,000 ₪ ולהוציא את מוטי בשביל זה. זה ברור שרציתי שמוטי ימשיך בשטח, לא רק שרציתי גם עשית מה שיכולתי כדי לסייע לו על אף שסבלתי מבעיות בריאותיות קשות מאוד והוא ידע את זה. ליוויתי אותו כל יום כמעט בתל-אביב. נפגשנו לעיתים קרובות. התחננתי בפניו שיישאר בשטח ושימשיך ואני אמשיך לסייע לו ועל סמך זה אולי בשנייה והשלישית הוא ירוויח יותר כסף" (פרוטוקול מתאריך 1/3/2018, עמ' 25 שורה 31 ואילך). במהלך חקירתו אישר התובע שנכנס למכרז בעיריית תל-אביב בשנת 2015 וגם זכה, וכאשר נשאל האם עובד שם למרות מצבו הבריאותי השיב שהפסיק, כאשר שנשאל מדוע ניגש למכרז אם הוא לא בריא, השיב שעבד באותה מתכונת עם קבלן משנה והיום הוא עובד במכרז גיזום בלבד. גם שם יש לו קבלן משנה והוא בקושי מתקרב לעיריה (שם, עמ' 27 שורה 34 ואילך).

33. בנוסף צרפה הנתבעת מסמכים בנוגע לתביעה שהגישה החברה בת"א 16-02-29517 נגד עיריית תל-אביב, בטענה שעיריית תל-אביב הפרה למולה את ההסכם שנכרת בין הצדדים בעקבות



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 65558-12-18 פלוני נ' לביטוח בע"מ

זכיית החברה במכרז. בתצהיר שהוגש מטעם התובע שם (הוגש וסומן בהליך דנן נ/4), פרט התובע נזקים על סך של 3,753,110 ₪.

בפסק הדין שניתן באותה התביעה נדחתה התביעה. בית המשפט התייחס לגרסת התובע שלא עבד עם קבלני משנה אלא עם אנשים טכניים שסייעו לו בעבודתו וזאת בשל הוראות המכרז שאינן מאפשרות עבודה עם קבלני משנה, ודחה עמדה זו של התובע, תוך שקבע שהתובע מזגוג בין גרסאות וכי הוא מושתק מלטעון בניגוד לגרסה שמסר בתביעה שנסקרה לעיל.

34. בנוסף הגישה הנתבעת שורת דו"חות חוקרים פרטיים מתקופות שונות המלמדים לטענתה על אופן תפקוד התובע. הנתבעת ביקשה לעכב את חשיפת דו"חות החוקרים הפרטיים, התובע התנגד לכך, ובקדם המשפט המסכם נקבע שתוכן הדו"חות מצדיק את עיכוב חשיפתם ואולם זכויותיו של התובע תשמרנה, כך שלאחר עדותו יקבל את הדו"חות, יוכל לעתור להשלים את גרסתו, כפי שאכן נעשה.

דו"חות החקירה והסרטים שצולמו הוגשו באמצעות החוקרים הפרטיים שהעידו על הפעולות שביצעו. כמובן שהסרטים בהם מתועד התובע הינם ראייה המהותית בעלת משקל עצמאי, שעה שהתובע זיהה את עצמו כמי שמצולם בהם. בניגוד לטענות התובע, העובדה שהנתבעת משכה את תצהיר העדה מטעמה, אינה מאיינת את האפשרות להגיש את הדו"חות והסרטים, שהוגשו באופן עצמאי באמצעות החוקרים שביצעו את המעקבים. בתמצית מראיות אלה עלה כדלקמן:

בתיעוד מוסרט מתאריך 28/8/2016 (הוגש באמצעות החוקרת לי רוט שהעידה בתאריך 4/5/21), נצפה התובע יוצא מביתו בשעה 11:37, נוסע לרעננה נפגש שם עם עובד גינון, התובע נראה מתכופף לתוך מכוניתו כאשר כל פלג הגוף העליון מכופף לעבר המושבים הקדמיים. לאחר מכן הגיע התובע לאתר עבודה נוסף ופגש בעובד נוסף. באתר השני נראים שני טרקטורים הנושאים את שם החברה. התובע נסע לאחר מכן לחברת החשמל, לבית הכנסת וחזר לביתו בשעה 17:00.

בתיעוד מוסרט מתאריך 27/8/17 (הוגש על ידי החוקר דניאל מימן שהעיד בתאריך 20/10/21), התובע יצא מביתו בשעה 11:17 ונהג ברכבו, בדרך עצר לקנות סיגריות. בשעה 12:08 נפגש ברעננה עם בחור שעל חולצתו הכיתוב "מפקח גינון", שנוסע ברכב המשויד למחלקת גינון ונוף בעירייה והשניים ערכו סיור באיזור. בשעה 12:26 נפגש עם עובדים ברחוב אחר, העובדים לובשים חולצות הנושאות את שם התובע שזה גם שם החברה וכתוב עליהן "מחלקת גינון בשירות עיריית רעננה", התובע נראה משוחח עם העובדים. בשלב מסוים, עלה התובע על טנדר ויצא לסיבוב באזור, בשעות הבאות התובע הגיע לחמישה רחובות נוספים בכולם נראה משוחח עם העובדים, בשלב כלשהו התובע מתכופף לקרקע כשחזהו מקביל לקרקע. בשעה 13:38 התובע הוחזר על ידי הטנדר ועלה לרכבו. התובע עצר בדרך וקנה שתיה ובשעה 14:26 הגיע לאגף חזות העיר בעירייה. בשעה 14:56 יצא מהאגף וחזר לביתו. בשעה 15:28 הגיע התובע לביתו.

בתיעוד מוסרט מתאריך 29/4/18 (הוגש באמצעות החוקר דרור יצהרי שהעיד בתאריך 20/10/22). בשעה 13:07 יצא התובע את ביתו, מילא דלק בדרך ועשה עצירה נוספת. בשעה



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-12-65558 פלוני נ' לביטוח בע"מ

14:20 הגיע למשרדי חזות העיר ברעננה יצא מרכבו עם מסמכים, בשעה 16:15 עזב את המקום ובשעה 16:00 שב לביתו. במסגרת חקירה זו ערכו בין היתר החוקרים שיחה עם מזכירתו של התובע וביקשו הצעת מחיר לתכנון גינה ציבורית, המזכירה העבירה להם את התובע, וזה ביקש שישלחו אליו תכנית אדריכלית, לפיה יוכל להכין הצעת מחיר מתאימה.

בתיעוד מוסרט מתאריך 11/7/19 (הוגש באמצעות החוקר יובל נחמקין, העיד בתאריך 4/5/21), נראה התובע מתנייד ללא כל מגבלה, כאשר בשלב מסויים הוא מתמקם בסמוך למסעדה, ועומד כאשר רגל אחת שלו מונחת על פח גבוה יחסית, שוב ללא כל מגבלה.

המסקנה המתבקשת הינה, שהתובע מתועד לאורך השנים במספר הזדמנויות כאשר הוא מבקר בשטח, מסתובב מחוץ לבית ללא שניכרת כל מגבלה, מבקר במשרדי חזות העיר, מבקר את העובדים ועושה פעולות שונות כבעל החברה.

35. בעדותו של התובע עוד בטרם עיון בדו"חות החקירה הוא תאר את מצבו הבריאותי בעקבות האירועים שעברו עליו והסביר: "תראי, כאבי גב זה לא מתמטיקה, זה מדע מדויק, זה לא שאתה עושה 1 ועוד 1 ויש 2. יש ימים שהם יותר טובים, יש ימים שהם פחות טובים, יש לילות שאני לא ישן כל הלילה ואז בבוקר אני לא מתפקד ויש ימים שאני קם בבוקר ואני ישנתי טוב בלילה ואני מתפקד יותר טוב אז אני לפעמים נוסע, לפעמים אני פוגש חבר, לפעמים אני הולך לבית קפה, לפעמים אני הולך למסעדה, לפעמים אני קורא ספר, זה תלוי באותו יום, אין משהו שאפשר להגיד שאני קם בבוקר ועושה א', ב', ג'..." (פרוטוקול מיום 28/10/2020, עמ' 110, שורות 24 ואילך).

התובע נשאל על הכנסותיו וטען שלו באופן אישי יש הכנסה מאוד קטנה מקצבה מביטוח לאומי ועוד הכנסה משני נכסים שהוא משכיר. אשר לחברה, טען שלחברה יש 3 לקוחות בסך הכל החברה עובדת עם שני חוזים עם עיריית ראשון לציון, חוזה אחד עם עיריית רמת גן וחוזה אחד עם עיריית רעננה. החברה מעסיקה פקידה בחצי משרה, והשאר זה קבלני משנה שמבצעים את העבודה בשטח. התובע טען שאין לו שום עיסוק בזה. הוא והפקידה שלו עובדים אולי חצי שעה ביום. התובע נשאל על הכנסותיו מן החברה והשיב שהוא ב-10 השנים האחרונות משך מהחברה דיבידנד בגובה של חצי מליון שקל לפני כשנתיים. התובע הוסיף שהמחזור של החברה עומד סביב 10 מליון שקלים והרווחים מאוד קטנים עומדים על 3,4 אחוז מקסימום 5 אחוז רווח. התובע הסכים שמדובר בערך בחצי מליון שקל לשנה והשיב שהוא לא מושך את הכסף הזה, וכאשר נשאל האם לחברה יש הון עצמי גבוה, השיב שהחברה בסדר לא חסר לה. התובע הסביר שהקים בזמנו חברה בע"מ, משום שחברה שילמה פחות מיסים מאדם פרטי. התובע טען שהחברה פעילה אבל הוא לא עובד בה. התובע נשאל על הגרסאות שמסר לרופאים התעסוקתיים השונים לפיהם הוא לא עובד ולכל היותר מתעסק בצד הפיננסי של החברה, ואישר זאת וטען שהתעסקות שלו מבחינת זמן מינורית. כאשר הוצג לו שאמר שהחברה גוועה,



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-12-65558 פלוני נ' לביטוח בע"מ

הסביר שהכוונה הייתה שהעסק משנת 2008 ועד היום לא צמח, וברגע שעסקים אחרים צמחו הוא הלך אחורה (שם, עמ' 118 שורות 28 ואילך).

התובע הוסיף והבהיר: "אז אני אומר שהעבודה שלי בחברה היא מינורית לחלוטין, זה לחתום על צ'קים. היום אנחנו כמעט ולא חותמים על צ'קים, אני יושב ליד הפקידה 5 דקות, אומר לה קודים, היא עושה העברות בנקאיות ל-4 קבלני משנה, זה נקרא "עבודה"? אם זה נקרא "עבודה" אז אני עובד, אבל להבנתי אני לא עובד. אם אני הייתי עובד אז לא הייתי עושה מחזור של 10 מיליון שקל, הייתי עושה מחזור של 50 מיליון בקלות. חברים שלי, קולגות שלי שהתחילו אחריי כבר חוצים את ה-50 מיליון וגם מגיעים ל-100 מיליון בשנה, איפה אני ואיפה הם?" (שם, עמ' 119 שורות 9 ואילך). התובע הוסיף וטען שהתיאור של מנהל חברת גינון, הוא לא מנהל חברת הייטק וזו הגדרה מוטעית של סוכן הביטוח והיה צריך לכתוב גן.

התובע שב ותיאר את השוני באופי עבודתו: "תראה, עד 2008, עד 2008 הייתי קם ב-5 בבוקר עם טנדר, מעמיס, לוקח, מעמיס את הכלים על הטנדר, לוקח איתי 4, 5 פועלים בטנדר, הייתי נוסע לראשון לציון, עובד בשטח בתור מנהל עבודה, עובד בידיים שלי, קוצר דשא, מחרמש, מתקן פיצוצי מים, מחליף ממטרות, עושה כל מה שבן אדם שעוסק בגינון עושה. מ-2008, בעצם אי אפשר להגדיר את זה בנקודה כי ב-2008 עברתי התקף לב והייתי בכמה חודשים של הפסקת עבודה ואחר כך יכול להיות שחזרתי לעבוד עוד קצת אבל אז, ב-2010, מפברואר 2010 בוודאות, כאילו, אני לא יכול לצאת לשטח לעבוד, לא יכול, לא יכול להתכופף ולהרים משהו" (שם עמ' 121 שורות 8 ואילך).

התובע השיב שיש רק עובדת אחת בחברה, פקידה בחצי משרה, ואשתו הולכת מדי פעם לפגישות. התובע נשאל על בעלי תפקיד בעיריות והשיב שאינו מכיר אותם, ויכול שפגש בהם פעמים בודדות. כן טען התובע שבימים טובים הוא בא לבקר את מנהל העבודה ונמצא 10 דקות. לדבריו הוא מגיע לשאול לשלומו. התובע טען שלכל היותר מדברים איתו בטלפון והוא לא יוצא לסיורי שטח. התובע השיב שהוא חותם אישית על החוזים עם הגופים עמם הוא עובד. התובע השיב שאינו עושה דבר, רק אם הוא מוזמן לשימוע בוועדת מכרזים הוא הולך מחוסר ברירה.

התובע נשאל אגב מכתבים שצרף לתצהירו בנוגע לניסיון להתקבל לעבודה ממשלה ובית עסק נוסף שלא הסכימו לקבלו לעבודה, אגב העובדה שיש לו חברה שהוא מתפרנס ממנה ולכאורה לא אמור לעבוד במקומות אחרים והשיב שהיה צריך את זה לביטוח הלאומי שטענו שהוא יכול לעבוד עבודות קלות.

התובע הסכים שלגבי שכירת מנהל עבודה במקומו כפי שטען בתצהירו, שעה שנזקק להעסיק מנהל עבודה בשל מצבו מדובר במר עמר שעבד רק מספר חודשים לגבי המכרז בעיריית תל-אביב לאחר שהחברה הקבלנית עזבה.

התובע אישר שבשנים 2017-2019 החברה ביצעה לפחות שתי עבודות אחזקת גינון בהיקף של 200 דונם למשך שנה, וביצעה לפחות שתי עבודות של פיתוח והקמת גנים בהיקף של 100 אלף



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-12-65558 פלוני נ' לביטוח בע"מ

שקל, שאלה התנאים המקדימים להיכנס למכרזים. והתובע גם אישר שהוא גנן סוג 2 תואר הנדרש לצורך המכרזים. אשר להעסקת עובדים בחברה, השיב התובע שלא כתוב במכרז העסק עובדים שכירים, החברה מעסיקה בעקיפין יותר מ- 20 עובדים של קבלני משנה. כאשר נאמר לתובע שבחוזים יש תנאי של ביקור במקום וראיית השטח, השיב שהוא חותם על החוזים בלאנקו ולא יוצא לשטח.

התובע אישר שרק מהמכרז של עיריית תל-אביב הייתה עמלת רווח קבלני בשיעור של 33 אלף ₪ בחודש ברוטו.

התובע גם אישר שהוא מגיע לדיונים בתביעות קטנות שמוגשות נגד החברה.

36. בתום פרשת התביעה, נמסרו לתובע דו"חות החקירה. בעקבות כך, ביקש התובע להשלים ראיותיו, לזמן את סוכן הביטוח לעדות וכן להגיש תצהיר משלים מטעמו, מטעם אשתו ומטעם מזכירת החברה. בהחלטה מפורטת מתאריך 24/10/20 נעתרתי לבקשה.

37. במסגרת תצהירו המשלים הסביר התובע שהוא הבעלים של החברה שעיסוקה העיקרי הוא ביצוע עבודות גינון לעיריות שונות. התובע טען שהוא מבוטח בתור גנן ולא בתור מנהל חברה והפנה לשתי פוליסות הביטוח שצורפו לתביעתו. התובע טען שבפוליסה השנייה היה ברור לסוכן הביטוח ולחברת הביטוח שלא שינה את תעסוקתו כגנן. התובע טען שבשל מצבו הרפואי הוא לא יכול לעבוד או לנהל את החברה, משום שניהול החברה חייב אותו לצאת לשטח, להדריך את העובדים ולעיתים לבצע בעצמו את העבודות הפיזיות. כן טען שבשל מצבו הוא לא יכול להתמיד לאורך זמן בהליכה ובישיבה למעט דקות אחדות בעקבותיהם הוא סובל מכאבים. בשל כך לא יכול לבצע עבודות רבות שעניינן בניהול העסק, בשל כך הוא נאלץ להעביר את המכרזים לקבלני משנה המבצעים את עבודת השטח.

התובע טען שדו"חות החקירה תומכים בטענותיו, מדגימים שלכל היותר יצא מספר שעות מביתו, כאשר במרבית הזמן הוא מתנהל ברכב.

התובע טען שבשל מצבו ירד היקף העבודה בחברה באופן דרסטי, החברה מעסיקה עובדת אחת, שתפקידה הוא להפיק חשבוניות, היא מטפלת גם בעבודת הגשת המכרזים כאשר את המכרזים מבצעים קבלני משנה. התובע טען שהתנהלותו במסגרת חברה, אינה מעלה ומורידה לעניין מצבו הבריאותי או יכולותיו והדבר נעשה רק על פי ייעוץ חשבונאי שקיבל.

התובע הפנה לכך שהנתבעת שלמה לו פיצויים בעבור אובדן כושר עבודה במסגרת שתי הפוליסות והיא לא טענה שאינו מבוטח בתור גנן. התובע טען שהנתבעת מושתקת נוכח התנהלותה מלטעון שאינו מבוטח על פי אחת מהן.

התובע נחקר על תצהירו המשלים אודות הכנסות החברה, וטען שבשלב מסויים ההכנסות ירדו ואולם לאחר שקיבלו את המכרז של עיריית תל-אביב ההכנסות חזרו לממוצע.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 65558-12-18 פלוני נ' לביטוח בע"מ

38. רעייתו של התובע, פרטה בתצהירה שהתובע כמו מנהל עסק היה חייב לשהות בשטח כל החיום עד לשעות אחר הצהריים המאוחרות והיא סייעה לו בוועדות המכרזים ובמפגשים. העדה טענה שהכספים שהם מקבלים מהפעלת קבלני משנה מקטינים מאוד את הרווח של החברה. העדה טענה שהלכה למעשה רמת התפקוד של התובע היא של מספר שעות ביום, במסגרתה הוא נוכח במשרד שעה עד שעתיים, יוצא לסידור כזה או אחר, כאשר הסידורים מחולקים על פני השבוע. והיא והמוכירה הן זאת שמנהלות את החברה.

39. המזכירה של החברה פרטה בתצהירה שהיא עובדת בחברה בהיקף של 5 שעות עבודה ביום במסגרתם היא מנהלת את כלל ענייני החברה הכוללים בין היתר, הפקת חשבוניות ובדיקת חשבוניות הבנק, קשר עם מנהלי מחלקות ומפקחים, קשר עם קבלני משנה. כאשר החברה נותנת שירותים ל- 3 לקוחות באמצעות קבלני משנה. ככל שמתקבלת תלונה כלשהי היא מטפלת בדבר. בנוסף היא עוסקת במילוי מכרזים עבור החברה, כאשר רק תמחור העלויות ממולאות על ידי התובע, לאחר שהיא מכינה תקציר של הדרישות בחוזה. העדה הוסיפה שנוכחותו במשרד היא למשך שעה עד שעתיים ביום, ויש ימים שאינו מגיע בכלל. העדה הוסיפה שהתובע לא מרוכז והלכה למעשה מדובר בחברה שהיא חברת תיווך ואינה מבצעת בעצמה גינון. לדברי העדה, לסוירים בשטח רק היא נוסעת כך גם בנוגע לסוירי מסירה.

בחקירתה הנגדית, השיבה העדה שאין משכורות בחברה זה רק המשכורת שלה והיא העובדת היחידה. העדה טענה שהעבודה שלה בחברה היא פחות או יותר שעה ואם יש לחץ שעה וחצי ביום. לגבי קבלני המשנה, העדה השיבה שהיא מתחילה איתם בהצעות והתובע חותם, רק הוא מורשה חתימה. התובע מחליט עם מי להתקשר, התובע מחליט על גובה העמלה והתובע מבצע תמחור עלויות. העדה הסכימה, שהחברה כמתווכת פועלת בזכות הניסיון של התובע, הוותק של התובע, השם של החברה, ועמידתה בתנאי הסף של המכרזים (פרוטוקול מתאריך 3/5/21 שורה 1 ואילך). העדה נשאלה מדוע קבלן המשנה לא ניגש בעצמו והשיבה שיכול להיות שאין לו את הניסיון והתנאים הדרושים לעמוד במכרז.

העדה נשאלה כמה כסף נכנסה מהעיריות לחברה והשיבה שבסביבות 500,000 ₪ לחודש, כ- 6 מליון ₪ בשנה. העדה השיבה שהחברה עמדה בכל התנאים לגשת במכרז בשנת 2019.

40. התובע הגיש תצהיר מטעם מר יצחק כהן, עובד לשעבר בחברה. העד פרט את ההיכרות ביניהם מלפני כ- 20 שנים, כאשר בעבר התובע נכח איתם ועם כלל עובדי הצוות בשטח משך כל יום שעות העבודה. לדברי העד לאחר שהחלו אצל התובע בעיות רפואיות, החליף את התובע בכל העבודות הנדרשות בשטחי הגינון ואף הקים חברה משל עצמו בעידודו של התובע, ומאז לקח על עצמו את כל המכרזים בראשון לציון כקבלן משנה. לדברי העד בשנים האחרונות סייע לתובע לבצע את כל המטלות שאינו מסוגל לבצע לרבות רכישת מכרזים, מילוי מכרזים, פגישות עם גורמי עירייה וכל מטלה אחרת שנדרשת ואינה יכולה להיות מבוצעת על ידו, לרבות בנוגע לפעולות הטכניות.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-12-65558 פלוני נ' לביטוח בע"מ

בעדותו אישר מר כהן שהתובע מבקר באתרים, נפגש עם מזמיני העבודה, משגיח ומנהל את העובדים השכירים. העד גם אישר שדבריו של התובע בביטוח הלאומי שבין היתר העיסוק שלו הוא שהוא צריך להיפגש עם מפקח גינון ולהשגיח על הפועלים והוא נחשב כנוכח. העד הסכים שעבודת ניהול כוללת פיקוח, הדרכה, יעוץ, משא ומתן, התקשרות עם קבלני משנה, התקשרות עם לקוחות, שכירת עובדים ופיטוריהם וסיוורים בשטח. העד אישר שהיה קבלן משנה של התובע מאז 2007-2008 באינספור פרויקטים ביחד. כאשר רק בראשון לציון מדובר ב- 3 או 4 מכרזים. העד נשאל האם התובע יוצא לשטח והשיב שהוא יוצא וקשה לו (פרוטוקול מתאריך 3/5/21 עמ' 297 שורה 19 ואילך). העד השיב שלתובע קשה לנהל את המכרזים והוא שוכח דברים, והיו ימים שהתקשה מאוד לנהל, וקבלן המשנה עשה את העבודה, כאשר הייתה שנה שהוא כמעט לא תפקד. העד הסכים שכאשר התובע מנהל קבלני משנה, גם אם קבלן המשנה מפסיק, הוא צריך להפריש אחוז קבוע לחברה של התובע. העד הכחיש שניהל את החברה בעבור התובע עד שנת 2012 (דבר הנטען בתצהיר התובע) וטען שבשנת 2007 פתח חברה משלו ואולי התובע התכוון כפריילנסר.

41. התובע הגיש גם את תצהירה של מזכירתו לשעבר בין שנת 2012 ועד שנת 2020 וזו פרטה שעבודתה הייתה בהיקף של 4.5 שעות, במסגרתם ניהלה את כלל ענייני החברה, וכמזכירה הקודמת היא זו שביצעה את כל הפעולות הנדרשות. העדה הוסיפה שידוע לה שהתובע משתמש בקנאביס במהלך ביצוע העבודה, משנה תנוחות, עצבני סובל מאי שקט, ונוכחותו לא הייתה אפקטיבית לדרישות העסק. תרומתו לניהול העסק מינורית מאוד והלכה למעשה מדובר בחברת תיווך.

בעדותה אישרה העדה שהיא העובדת היחידה שקיבלה תלוש שכר מהחברה, לדבריה הפסיקה לעבוד, בשנת 2020 עקב חופשת לידה. העדה נשאלה מי מתקשר חוזית עם מנהלי החברה והשיבה שהיא רוב הזמן מדברת איתם, התובע אחראי, כל צעד שהיא עושה התובע מאשר, התובע מחליט אם איזה קבלן להתקשר, התובע הוא זה היחיד שמחליט מה גובה העמלה והיא מבצעת, ככך שיש צורך בהבהרות בנוגע לחומר או למכרזים היא מעבירה לתובע. העדה אישרה שמדובר בחברה שניגשת למכרזים, זוכה במכרזים, מפעילה קבלן משנה שיעשה את העבודה ומקבלת עמלה. כאשר נשאלה מה התמורה שהחברה מספקת השיבה שלתובע יש תעודות ויש כל מה שצריך בעצם במכרזים כדי להתקבל להיות קבלן ולזכות במכרז. העדה אישרה שאם התובע לא יעשה את הפעולות שהוא עושה החברה לא יכולה להתקיים.

העדה השיבה, כי ראתה שכואב לתובע, וראתה שהוא לוקח קנאביס וזה מרגיע אותו.

42. התובע צרף לראיותיו את מסמכי הביטוח הלאומי בוועדות השונות שהכירו בקיומה של נכות כללית. במסגרת וועדה מתאריך 31/12/12, תאר התובע את מצבו קודם להתדרדרות הרפואית ולאחריה. נרשם מפי התובע שהוא לא עובד, כתוצאה מהניתוח וכתוצאה של כאב והשימוש בקנביס. תחת שימוש בקנביס אסור לו לנהוג מספר שעות. עבודה אחרונה היא כגנן ומנהל חברה



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 65558-12-18 פלוני נ' לביטוח בע"מ

בשנים האחרונות, הקים חברה שעוסקת בגינון, עיקר עבודתו הייתה בראשון לציון, צריך להיפגש עם מפקחי גינון, להשגיח על הפועלים והוא לא יכול לנהוג. מפי עורך הדין שייצג את התובע, נרשם שאינו מסוגל לעבוד באופן רצוף שלוש שעות, לא מסוגל לנהוג ואולם הם לא טוענים שלא יכול לעבוד כלל.

הווה אומר, התובע עצמו לא הגדיר את עבודתו כעבודה פיזית כלשהי, אלא בעיקר עבודת השגחה על הפועלים ופגישות. למען שלמות התמונה הוועדה קבעה שהתובע מסוגל לעבוד באופן חלקי בעבודות שונות. כמו כן, בניגוד לטענת התובע שאינו יכול לנהוג, בשנים המאוחרות יותר בכל התיעוד של התובע, התובע נראה נוהג ללא כל מגבלה.

43. בבואנו להסיק את המסקנות המתחייבות ממסכת העובדות שהוכחה, אין אלא לחזור ולהזכיר לתובע את אשר נפסק בעניינו במסגרת ת"א 29517-02-16, לפיו "כאשר צד להליך העלה טענה משפטית או עובדתית בהליך אחד, הוא מושתק מלהתכחש לטענה זו ולטעון היפוכם של דברים בהליך אחר, אפילו נגד יריב אחר" [ע"א 4170/14 כהן נ' כהן, פס' 8 לפסק דינה של כבוד השופט חיות (פורסם בנבו, 14.01.2016) רע"א 4224/04 בית ששון בע"מ נ' שיכון עובדים והשקעות בע"מ, פ"ד נט(6) 625, 633 (2005)]. אזכיר את התכלית העומדת בבסיסו של כלל ההשתק השיפוטי והיא הגנה על טוהר ההליך השיפוטי ועל אמון הציבור במערכת המשפט. עוד אפנה לדברי השופט רובינשטיין בע"א 739/13 בן-ציון נ' המועצה המקומית אבן יהודה (פורסם בנבו, 6.10.2014), שיפים גם לענייננו: "ההליכים המשפטיים אינם תכנית כבקשתך" בהם יכול פלוני לטעון פעם כך ופעם אחרת, ולסתור את דבריו שלו עצמו בהתאם לאינטרסים נשוא ההליך הרלבנטי. [...] די בחובות תום הלב וההגינות הבסיסיות כדי לקבוע כי אין אדם יכול לטעון לדבר והיפוכו ולצפות כי טענותיו יתקבלו בהתאם למבוקש בשעה פלונית." (ראו פסק הדין בת"א 29517-02-16 שצורף לראיות הנתבעת, פיסקה 20 לפסק הדין).

44. הרושם המתקבל ממכלול טענותיו של התובע בהליכים המשפטיים שניהל וגם אלו שניהל במוסד לביטוח לאומי, ומהתנהלותו בחברה שבבעלותו, הינו שהתובע מעלה בכל הליך את הטענות המשרתות את התוצאה שהוא מבקש לקבל, טוען דברים והיפוכם, ומקצין את העובדות בהתאם לתוצאות המתבקשות.

כך לדוגמא, בעוד בהליך בת"א 29517-02-16 טען שהנתבע שם היה קבלן משנה, בהליך נגד העירייה בת"א 29517-02-16, בשים לב שהחוזה למול העירייה אוסר להפעיל קבלני משנה, טען היפוכה של הטענה והכחיש העסקת קבלני משנה;

בעוד בהליך בת"א 29517-02-16 טען שהעבודה באמצעות קבלני משנה, במסגרתה החברה גוזרת את הרווח מן המחזור של העבודה בלא קשר להוצאות ולרווח של הקבלן היא משתלמת מאוד וכי הוא "לא מחליף מלוכה באתונות", במסגרת ההליך דנן, התובע טוען שנהג כך בדלית ברירה וכי רווחי החברה קטנו או לפחות לא גדלו (טענה שלא הוכחה);



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 65558-12-18 פלוני נ' לביטוח בע"מ

בעוד בהליכים המשפטיים האחרים שניהל התובע הוא מכביר על פעולותיו, הליווי שנתן, הפגישות שקיים בהיותו מנהל חברת גינון בהליך דנן הוא טוען שאינו עובד כלל ועיקר והחברה מתנהלת על ידי מזכירה שעובדת חצי שעה עד שעה ביום;

בעוד בהליכים האחרים טען התובע שהוא יצא לשטח והשגיח על הפועלים חרף מצבו הבריאותי, וכך גם עלה מדו"חות החוקרים, בהליך כאן טען בתצהירו וגם בפני המומחים (ולכך עוד אתיחס בהמשך), שהוא מצוי במצב בריאותי קרוב למצב סיעודי ואינו מסוגל לתפקד כלל שלא לדבר על לצאת מן הבית, לפגוש פועלים, להשתתף בפגישות, לגשת למכרזים ולנהל לכל דבר ועניין את החברה שרווחיה והכנסותיה אינן דבר שהוא בטל בשישים;

בעוד במסגרת החוזים השונים למול העיריות התובע נוטל על עצמו כמנהלה היחיד ובעל השליטה בחברה את האחריות לבצע את המכרז כדבעי, לרבות כל הנדרש, במסגרת ההליך כאן טוען התובע שהוא אינו עובד כלל ומבקש מבית המשפט לקבל שחברה בסדר הגודל שהוכח מתנהלת מעצמה, טענה בלתי הגיונית בעליל וכזו שלא מתיישבת עם הראיות שהובאו חלקן מפי התובע עצמו.

בעוד במסגרת הביטוח הלאומי, הגדיר התובע עצמו את עבודתו לאחר הקמת החברה כעבודת פיקוח ופגישות בעיקרה, במסגרת ההליך דנן טען בתצהירו שהוא נדרש לעבודה כגון ממש בשטח כחלק מעבודתו.

מהתיעוד של התובע נראה שהוא נוהג ללא כל מגבלה, יוצא מביתו ללא כל מגבלה, נפגש עם עובדיו ועם ומגיע לפגישות במשרדי חזות העיר ועוד.

45. המסקנות המתבקשות ממכלול הראיות שהובאו הן כדלקמן:

התובע בעל מניות בחברה, בעל השליטה בה ומנהל יחיד בחברה אשר יכול והחלה את דרכה כחברת גינון ואולם במשך הזמן גיבשה נישת עבודה במסגרתה היא מתמחה בגישה למכרזים של עיריות לביצוע עבודות גינון, וביצוע העבודות במסגרת מכרזים אלו באמצעות קבלני משנה.

תחלואיו של התובע אינם נתונים במחלוקת, ויכול שהם הקשו עליו בביצוע חלק מן התפקידים והפעולות שהיה מבצע בעבר, חרף האמור, בניגוד לטענותיו של התובע בתצהירו לאורך כל התקופה החל משנת 2010 ואילך, בה טען התובע שאיבד את כושר עבודתו לחלוטין, התובע מבצע פעולות בחברה כאשר לולא פעולות אלה לא תתאפשר הפעלתה ולא יהיו לה הכנסות.

בין היתר הוכחו הפעולות הבאות: גישה למכרזים, עמידה בתנאיהם וזכיה בהם; תמחור העבודות במסגרת המכרזים; ניהול משא ומתן עם קבלני משנה; שכירת קבלני משנה; העסקת קבלני משנה; פיקוח על קבלני המשנה ופתרון מחלוקות למול העיריה, כאשר החברה היא זו החתומה על החוזה; ביצוע העבודות שפורטו לעיל ואחרות בהיקף שלא הוברר במשרדי החברה המצויים בביתו של התובע; השתתפות בפגישות מפעם לפעם בהתאם לצורך; יציאה לשטח



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 65558-12-18 פלוני נ' לביטוח בע"מ

מפעם לפעם – פגישות עם הפועלים וביקור באתרים; ניהול הליכים משפטיים בשם החברה ובהגנה על החברה בהתאם לצורך ועוד'.

ללא ספק, ללא פעולות התובע, מעמדו כגון-2, הניסיון והמומחיות שיש לו בגישה למכרזים, תמחור, ניהול משא ומתן, הפעלת קבלני המשנה ופיקוח לא היו הכנסות לחברה.

הפעולות שמבצע התובע הן ללא ספק בגדר עבודה. הדברים מקבלים משנה תוקף נוכח גרסת התובע בהליכים אחרים, גירסה שנמסרה בהתאם לנוחותו שם, שעה שתאר את פעולותיו, את הליווי הצמוד הנדרש לקבלני המשנה ולאחרים, את מומחיותו ואת היתרונות הכלכליים הקיימים לחברה באופן בו הוא עובד.

לחברה יש הכנסות לא מבוטלות – רואה החשבון אישר שהמחזור של החברה עומד על כמליון ₪ לחודש כ- 12,000,000 ₪ בשנה, מבלי שהיו תנודות חזקות בשנים האחרונות (פרוטוקול מתאריך 20/10/21, עמ' 315, שורות 18 ואילך).

רואה החשבון אישר עוד שכבעל מניות יחיד התובע יכול לבצע משיכות מהחברה (שם, עמ' 313, שורה 4, שורות 22 ואילך). העד אישר שבשנת 2018 הייתה לתובע הכנסה מדיבידנד של החברה בסך 566,667 ₪.

אמנם דיבידנד אינו בגדר שכר עבודה, ואולם במקרה דנן, הדיבידנד כמו גם כל הכנסות החברה נצברים אך ורק מפעולות התובע שהוגדרו על ידי מזכירותיו כפעולות תיווך בין העירייה לבין קבלני המשנה.

כך, התובע עצמו העיד בבית המשפט בהליך אחר שהוא לא "מחליף מלוכה באתונות" והסביר עד כמה שיטת הקבלנות טובה ורווחית בשבילו כך שמלקוח אחד – עיריית תל-אביב, הוא מקבל 28,000 ₪ לחודש. התובע טען שיש לחברה כעת 3 לקוחות בלבד, מדובר בשלוש עיריות ובהתאם לשיעור הכנסות החברה בעבר מלקוח אחד, הרי שהסכום המתקבל הוא גדול עשרת מונים.

התובע בחר שלא להציג את הכנסות החברה ולא ניתן להתרשם לדוגמא, האם שיעור הכנסות החברה שונה מאז נקלע התובע למצבו הבריאותי הקשה והאם היה שוני בשיעור הדיבידנד שנצבר או ההון של החברה.

מהראיות החלקיות שהוצגו על ידי התובע, כאשר הימנעות מהצגת ראיות נדרשות עומדת לחובתו, לא ניתן לקבוע בשום פנים, שקיימת ירידה כלשהי בהכנסות החברה בשנים הרלוונטיות מאז שנת 2010 ובכלל זה בשנים שבמחלוקת החל משנת 2017 ואילך. הוכח שהחברה הייתה כשירה לגשת למכרזים בשנת 2019 ואף ניגשה למכרזים כאלה.

טענת התובע שהחברה יכלה להרוויח הרבה יותר לולא מצבו הבריאותי לא רלוונטית לדיון. לא רק שהטענה לא הוכחה, אלא שלא זו מטרת ביטוח אובדן כושר עבודה.

בנסיבות שהוכחו ובשים לב להיקף העבודה המהותית שמבצע התובע בחברה, גם אם אניח שהוא מוגבל בחלק מן הפעולות, מסתמן שהחלטתו שלא לקחת משכורת מן החברה, היא



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 65558-12-18 פלוני נ' לביטוח בע"מ

החלטה טקטית מחושבת, שנובעת מטעמים שונים, לרבות קיומה של תביעה זו, כמו גם הזכות לקבלת קצבת נכות כללית, שעה שהתובע אינו מושך משכורת. החלטה זו אינה נובעת מכך שהתובע לא מבצע עבודה בחברה. אשוב ואדגיש, התובע לא הוכיח מה הייתה משכורתו טרם ההתדרדרות הרפואית, התובע לא הוכיח שהכנסות החברה נגרעו בצורה כלשהי, התובע לא הוכיח שהכנסות החברה וההון שצברה הושפעו ממצבו הרפואי ולא הוכיח שההון שצברה החברה במהלך השנים נגרע באופן כלשהו, דבר שיכול היה מאפשר לקבוע שבעקבות מצבו הבריאותי של התובע, נגרעו הכנסות החברה והכנסותיו וניתן היה אולי לחשב פיצוי. בנסיבות אלה, התובע לא סתר את האפשרות הסבירה שהעובדה שאינו נוטל משכורת מן החברה, הגדילה את ההון שצברה החברה לפחות בשיעור המשכורות שלקח בעבר.

יוסף עוד שהתובע טען בתצהירו הראשון שבשל מצבו הרפואי נאלץ להעסיק מנהלי עבודה, טענה זו הוכחה כלא מדוייקת בלשון המעטה. אשר למנהל העבודה עמר, התובע נאלץ להודות בעדותו שהועסק רק למספר חודשים במרכז של עיריית תל-אביב, כאשר קבלן המשנה נטש. אשר למר כהן שהוזכר בתצהירו של התובע הלה הכחיש בעדותו שהועסק כמנהל עבודה בחברה של התובע, אלא הסביר שבעידוד התובע פתח חברה משל עצמו ועבד אצל התובע כקבל משנה. הווה אומר התובע גם לא הוכיח שנדרש לקחת עובדים אחרים תחתיו לבצע את העבודה, אלא התובע מבצע את העבודות באמצעות קבלני משנה, דבר שמשתלם כלכלית לחברה כפי שהטיב להסביר התובע בעדותו בת"א 29517-02-16.

בנסיבות שהובררו, ובשים לב להימנעות התובע מהבאת ראיות המאפשרות לקבל את טענותיו, ניתן לקבוע שלא מתקיים התנאי של **"אינו עוסק בעבודה כלשהי או בעיסוק כלשהו תמורת שכר או תגמול או רווח או טובת הנאה כלשהי"** או שהכנסות התובע פחתו. נהפוך הוא. הוכח שהתובע עוסק בעבודה ובעיסוק תמורת תגמול, רווח או טובת הנאה, בדמות ההון שנצבר בחברה, כאשר ההחלטה שלא למשוך שכר מן החברה היא החלטה טקטית של התובע עצמו כבעל שליטה בחברה היכול לנתב לאן יופנו רווחיה. אמנם לא ניתן לשלול שהכנסות החברה ובעקיפין הכנסות התובע נגרעו דבר שיכול ונבע ממצבו הבריאותי ואולם אין לתובע להלין אלא על עצמו, שכן סרב להמציא את הנתונים שהיו מאפשרים לבחון באופן מלא וענייני את טענותיו.

אין אלא לחזור לתחילתו של הדיון, ביטוח אובדן כושר עבודה, נועד להשיב את המצב לקדמותו, ובהתאם לתנאי הביטוח הנוגעים לתובע יש לבחון האם עקב מחלה או תאונה נשלל ממנו **"הכושר להמשיך במקצוע שבו עסק כמפורט בהצעת הביטוח עד לקרות מקרה ביטוח או ב- 12 החודשים שקדמו לו, ושבעקבותיו נבצר ממנו לעסוק בעיסוק אחר המתאים לניסיונו, להשכלתו והכשרתו"** (ההדגשה לא במקור – א' מ').

אין שמץ של ספק שהתובע אינו יכול לתפקד כגון, העניין כל לא במחלוקת, ואולם התובע בוטח כמנהל חברה וכפי שחזר והדגיש במסגרת בת"א 29517-02-16 הוא בעל המיומנות, המומחיות המקצועית, הכישורים לנהל חברה מצליחה באמצעות קבלני משנה, ללוות גורמים אחרים בתחום ולהפיק רווחים לא מבוטלים מכך. כך העיד על עצמו התובע וההנחה היא שאמר אמת.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 65558-12-18 פלוני נ' לביטוח בע"מ

מכאן שלא רק שלא נבצר מהתובע לעסוק בעיסוק אחר המתאים לניסיונו, השכלתו והכשרתו אלא שהוא עסק בעיסוק כזה בפועל תמורת תגמול, רווח או טובת הנאה המתבטאים בהכנסות החברה, אותן בוחר התובע שהוא בעל השליטה היחיד בחברה לא לממש באמצעות משיכת שכר.

התובע השווה את עצמו לבעל נכסי מקרקעין המשכיר את נכסי המקרקעין ומקבל רווח הוני כתוצאה מכך. אין הנדון דומה לראיה. נכס מקרקעין מניב הכנסה ללא פעולה משמעותית כלשהי למעט חתימה על הסכם שכירות, לא כן חברה הדורשת ניהול, גישה למכרזים, תמחור, ניהול משא ומתן, פיקוח, טיפול בעניינים משפטיים, הפעלת מיומנות מקצועית לקבלת החלטות ועוד'. לולא פעולותיו של התובע החברה לא יכולה להתנהל ואין אף גורם אחר המבצע את הפעולות שמוסמך, יכול ומבצע התובע בפועל. העובדה שהמזכירה מסייעת בפעולות טכניות, אין משמעה שהתובע אינו עובד בחברה. מהראיות שהובאו המסקנה המתבקשת היא שהתובע עובד בחברה ומנהל אותה. התובע לא הוכיח שהוא לא מקבל תגמול או שכר, ואף לא הוכיח הפחתה בהכנסות, אלא הסתפק בהחלטה הטקטית שלא למשוך משכורת. מכאן, שהתובע לא הוכיח את התנאים לקבלת תגמולי אובדן כושר עבודה.

46. לכאורה די באמור עד כאן, כדי להגיע למסקנה שדינה של התביעה להידחות, באשר התובע לא עמד בנטל ההוכחה המוטל עליו, ואולם המלאכה לא תהא שלמה מבלי שאתייחס גם למצב הבריאותי של התובע ולגריעה הנטענת מכושר עבודתו וזאת בהתאם לחוות הדעת ועדויות המומחים שנשמעו על רקע העובדות והראיות האחרות שהובאו.

מצבו הרפואי של התובע בהתאם לחוות הדעת ועדויות המומחים

47. התובע צרף לתביעתו חוות דעת רבות מתקופת העבר שניתנו ככל הנראה לצורך הליכים שונים, וגם חוות דעת שניתנו לבקשת הנתבעת ובין היתר חוות דעת בתחום האורתופדיה, הקרדיולוגיה והרפואה התעסוקתית. בחוות הדעת, שחלקן מן השנים 2008 ו-2009 נקבע שהתובע אינו כשיר לעבודתו כגן או מנהל חברת גינון וכי הוא מנוע מכל מאמץ, כיפוף / הרמה הליכה למרחקים ארוכים, עמידה ממושכת ורציפה הנדרשים ממנו בעבודתו כמנהל חברה לגינון (ראו לדוגמא, חוות הדעת של ד"ר יורם פולמן, מומחה באורתופדיה; חוות הדעת ד"ר עודד איזנברג בתחום הקרדיולוגיה ועוד'). לאחר הגשת התביעה, משנוכח התובע בצורך לעדכן את חוות הדעת מטעמו, בחר לעדכן את חוות הדעת התעסוקתיות בלבד.

48. המומחה הרפואי תעסוקתי מטעם התובע, ד"ר סגל סקר בחוות דעתו העדכנית מתאריך 26/8/19 את מצבו הרפואי של התובע והתייחס לתלונותיו, לפיהן דיווח התובע על תפקוד יומיומי ירוד. טען שהוא קורא, רואה טלוויזיה, נפגש עם חברים, ופרט את התרופות שהוא מקבל. כן התלונן התובע על מצב נפשי ירוד וקשיי שינה. התובע התלונן עוד על כאבים תמידיים בגב תחתון באזור הניתוח עם הקרנה לשני העכוזים ולרגליים, טען שהוא מתקשה מאוד בהליכה עקב כאבים עזים לאחר מרחק קצר, מתקשה במדרגות מתקשה להרים משאות אפילו



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 65558-12-18 פלוני נ' לביטוח בע"מ

בקבוק מים מהשולחן. המומחה התייחס לתובע כגנן במקצועו ורשם שהתובע אינו עובד משנת 2010.

המומחה העריך שמדובר בירידה תפקודית משמעותית על רקע שילוב של מצב קרדיאלי, אורתופדי ורגשי וציין שמאז בדיקתו הקודמת קיימת החמרה במצבו הן מבחינה אורתופדית והן מבחינה קרדיאלית ורגשית. המומחה קבע שהתובע אינו כשיר לעבודה הכרוכה במאמצים גופניים פיזיים כלשהם, עמידה או הליכה ממושכת, כיפופים או נשיאת משקל כבד. המומחה התייחס לחוות הדעת מטעם הנתבעת לפיה התובע כשיר לעבודה ניהולית וקבע שמסקנה זו אינה משקפת את המציאות במקרה זה היות ומדובר באדם חסר כל השכלה ניהולית, וכל הכשרה ניהולית ושאינו כשיר בשום פנים ואופן לעבודה ניהולית מכל סוג שהוא. הוסיף המומחה שכל ניסיונו של התובע מסתכם בכך שכגן היה אחראי על עוד פועלים שעבדו עמו כתף אל כתף והיה צריך להדגים להם בפועל עבודות גינון שביצע בעצמו. כעת לדעת המומחה התובע אינו מסוגל לעשות זאת וסובל מפגיעה תפקודית קשה עקב השילוב של מצבו הבריאותי והטיפולים הרפואיים שמקבל. מסקנת המומחה הינה שהתובע במצבו הרפואי הנוכחי אינו כשיר לעבוד בעבודה כגן ובכל עבודה סבירה אחרת לצמיתות מנובמבר 2017 ועד דצמבר 2020.

המומחה נחקר בחקירה נגדית והשיב שלמעט המגבלה האורתופדית בעמוד שדרה מותני, הבדיקה מבחינה תפקודית הייתה תקינה בחוות הדעת הראשונה. המומחה השיב שלא ציין בבדיקתו את שיעור המגבלה בגב ואולם היה ברור לו שיש הגבלה קשה בשל הניתוח שעבר בגבו. המומחה השיב שהתובע לא אמר לו שהוא עוסק בעבודות ניהול, המומחה השיב שהתובע כשיר ליעץ בתחום הגינון, יכול לנהל משא ומתן, לקיים פגישות, אבל יכול להיות שתהא מורכבות בגלל מצבו הנפשי.

המומחה צפה בסרט המתעד את התכופות התובע והשיב שזה עומד בסתירה למה שהודגם בפניו ובלשונו: "הוא מתכופף יפה מאוד" (פרוטוקול מתאריך 28/10/22, עמ' 100 שורה 1 ואילך), המומחה השיב שזה תפקוד טוב יותר ממה שהוצג, לו, זה מפתיע אותו, בניגוד לאנמנזה שהוצגה, בניגוד למסמכים הרפואיים שהוצגו בפניו, ובניגוד לבדיקה הקלינית.

בחקירה חוזרת כאשר הוצג לו שמדובר באירוע נקודתי ונשאל האם היה משנה את מסקנות חוות דעתו – השיב: "אני לא יודע. מה שאני ראיתי, בהנחה שמדובר באותו אדם, מעיד על מצב תפקודי יותר טוב. אני שמח לראות שיש פה מצב של שיפור... ותפקוד יותר טוב, זאת אומרת, אני כרופא מבסוט מזה, זה שונה ממה שאני ראיתי בבדיקה שלי" (שם, עמ' 101 שורה 9 ואילך), כאשר נשאל המומחה אם זה משפיע על חוות דעתו השיב: "זה משפיע כי רואים פה תהליך של פעילות תעסוקתית.... זה אומר, אני לא יודע ממתי זה, יכול להיות שחל שיפור והבן אדם השתקם, יכול להיות שהיה מצב שונה ממה שהוצג בפניי, הכול יכול להיות, אין לי דרך לדעת" (שם, עמ' 103 שורה 30 ואילך).



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 65558-12-18 פלוני נ' לביטוח בע"מ

49. התובע הגיש חוות דעת תעסוקתית נוספת מטעם ד"ר ישראל טרייבר, ד"ר טרייבר כתב חוות דעת ראשונה בשנת 2013, וחוות דעת מעודכנת לצורך התיק דן. המומחה סקר גם הוא את מצבו הרפואי של התובע ואת מגבלותיו, כאשר בהתאם לתלונות התובע תעד שהוא סובל מכאבים תמידיים כרוניים בגב תחתון עם הקרנה לרגל שמאל עם הגבלה התנועות כמעט בכל פעולה גופנית המשפיעים על יכולתו לתפקד. מתקשה בהליכה ועמידה, בכיפוף הגב ויציאה מהמיטה, עליה וירידה במדרגות, זקוק למנוחה על ידי שכיבה, סובל מכאבים בלילה וקשיי שינה, מטופל בקנביס רפואי. מתקשה בפעולות יומיומיות כמו רחצה, לבוש, נעילת נעליים, גריבת גרביים, כניסה ויציאה ממכונית. נמצא במתח נפשי רב.

על סמך הממצאים שלפניו קבע ד"ר טרייבר, שהבעיה בעמוד שדרה מותני מתקדמת, הולכת ומחמירה ללא אפשרות לעצרה והטיפול הרפואי אינו עוזר היום והתובע ממשיך בקנאביס רפואי. התובע מוגבל במאמץ גופני, ובפעולות היומיום ועקב שימוש בקנביס נמנעת ממנו נהיגה במכונית בשעות היום. כל אלה מונעים ממנו אפשרות סבירה לעיסוק או עבודה. הפעולה היחידה אותה מסוגל התובע לבצע היא ישיבה והליכה חלקית ומצומצמת ואלו אינן מהוות 25% או יותר מכושר עבודתו ומכאן ניתן לראותו כמי שנשללו ממנו 75% מכושרו להמשיך במקצוע או העיסוק בו עסק, טרם איבד את כושר עבודתו. מסקנת המומחה הייתה שהתובע לא כשיר לחזור לעבודתו כמנהל חברה לגינון, יועץ ולכל עבודה מפרנסת בהתאם לניסיונו, השכלתו והכשרתו.

בעדותו השיב המומחה, שהמסמך הכי עדכני שעמד לפניו, הוא בטרם נתן את חוות הדעת המקורית בשנת 2013, מפברואר 2013. המומחה השיב שהבין מפיו של התובע, שהוא עבר תהליך שיקום דרך הביטוח הלאומי והוא מתעסק רק בצד הפיננסי של החברה, אחראי על הקשר עם הבנקים ואינו מקבל משכורת מהחברה. המומחה השיב שהוא הבין שהתובע עובד מעט מאוד, רק מדבר עם הבנקים, עובד באופן זניח. המומחה הסכים שתלונות התובע משקפות אדם שמוגבל בתפקודי היום יום מעבר לרמה התעסוקתית.

באשר לאופן עריכת חוות הדעת העדכנית משנת 2019, השיב המומחה שלא בדק את התובע אבל נפגש איתו ושמע את תלונותיו ובין היתר תלונות שמתייחסות לסבל רב מכאבים. המומחה השיב שכתב את מסקנותיו לגבי עבודה של גנן ומנהל חברה. המומחה השיב שהוא התכוון בחוות הדעת, שהחל ממרץ 2013 התובע באובדן כושר עבודה לצמיתות ומוגבל גם בתפקוד בבית.

כאשר הוצגו למומחה הסרטים בהם תועד התובע, השיב המומחה, שהתכופפות שנראית באחד מהם אינה מלמדת על מגבלה קשה בגב תחתון, וזה גם לא מה שהוצג לו בבדיקה וגם לא צליעה בולטת שהוצגה בבדיקה (פרוטוקול מתאריך 28/10/20, עמ' 52 שורה 15 ואילך). המומחה ראה את האינטראקציה של התובע עם הפועלים מטעמו והשיב שהוא יכול לשוחח עם הפועלים, אבל באופן מצומצם, הוא יכול ללכת לפגישות בעירייה. המומחה צפה בסרט הנוסף בו נראה התובע



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-12-65558 פלוני נ' לביטוח בע"מ

מתכופף הולך על שטח משובש ללא בעיה, והשיב שזה בניגוד לאנמנזה התפקודית שהוצגה לפניו.

המומחה השיב שהתובע יכול לפקח על הפועלים וקבלני המשנה, לנהל עסק מבחינה משרדית, לתת יעוץ בתחום הגינון, להגיש מכרזים, לחתום על מסמכים, לנהל משא ומתן, לתמחר עבודות, לנהוג, לגייס עובדים ולפטרם, להתקשר עם קבלני משנה. ואולם המומחה לא שינה את חוות דעתו ואמר שלהערכתו הוא יכול לעשות כן ב- 20% משרה.

50. הנתבעת בחרה להגיש מטעמה חוות הדעת בתחום האורתופדיה, הקרדיולוגיה והרפואה התעסוקתית.

51. בתחום האורתופדיה, הגישה הנתבעת את חוות דעתו של ד"ר ליאור דיין, מומחה לאורתופדיה ולרפואת כאב. בפני המומחה התלונן התובע על כאבים עזים בגב עם הקרנות לרגליים, הסביר שהוא מטופל בקנאביס וחייב להתפכו, לא יכול להרים דבר, הליכה של 50 מטרים גורמת לו לכאבים והקרנות, אין גמישות להתכופף, כל תנועה כואבת, בשכיבה על הגב הישבנים כואבים, פגיעה קשה באיכות החיים וביכולת לעבוד. המומחה בדק את התובע ותעד יישור לורדוזיס ניכר, לא מכופף בכלל את הגב אקטיבית, לא ניתן להתרשם מכוח ברגליים או מבחני לסג, נרתע לניסיונות הנעה של הגפיים התחתונות. המומחה קבע שלאור תוצאות בדיקתו מבחינה אורתופדית התובע אינו כשיר לעיסוק כגון בפועל או לכל עיסוק אחר המצריך הפעלה פיזית, כגון התכופפות או עמידה ממושכת אך כשיר לכל עיסוק אחר במשרה מלאה במגבלות אלה. המומחה קבע שסביר להניח שמבחינה אורתופדית מסוגל לעבודות המכבדות את מוגבלויותיו, כולל עבודות המצריכות הליכה ונהיגה ברכב, זאת על אף שנוטל קנאביס רפואי. המומחה קבע שאין כל סיבה לאשר מבחינה אורתופדית אובדן כושר עבודה מלא לכל עיסוק ובכלל זה לעיסוקו בתחום הניהול של העסק בבעלותו.

בעדותו הסביר המומחה שהתבסס בחוות דעתו גם על הסרטונים שהוצגו לפניו, וראה בהם אדם שנוהג לבד, עוצר, קונה דברים, מדבר עם גננים והתרשם שלא מדובר באדם שמרותק למיטה ומי שיכול לנהל. המומחה הסביר שתוצאות ניתוח גב יכולים להיות על הספקטרום של חוסר תפקוד, או תפקוד מירבי, ובאמצעות התיעוד הוא יכול להבין את רמת התפקוד. המומחה עמד על כך שהתובע אכן לא כשיר לעבודה כגון, או לכל עיסוק אחר המצריך הפעלה פיזית, לדוגמה עיסוקים שדורשים התכופפויות חוזרות, הרמת משאות כבדים, עמידה ממושכת.

52. הנתבעת הגישה בתחום הקרדיולוגיה את חוות דעתו של ד"ר טובי רסין, מומחה ברפואה פנימית וקרדיולוגיה אשר סקר את מצבו של התובע מבחינה קרדיאלית. התובע התלונן שהוא מתקשה בהליכה בשל כאבי הגב וקושר נשימה ומצבו לא השתפר לאחר הצנתור האחרון מאז שנת 2018. כאשר מטפס מדרגות חייב לעצור בכל קומה. המומחה ציין שהתובע נבדק על ידו מספר פעמים בשנת 2010, בדצמבר 2014 וביוני 2019, בכל הבדיקות לא נמצא תיעוד על סמנים



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 65558-12-18 פלוני נ' לביטוח בע"מ

לאי ספיקת לב קלינית או תלונות על תעוקת חזה משמעותית המסכנת את בריאותו ופוגעת בכושר עבודתו, לא כל שכן כאשר עיסוקיו כוללים בעיקר עבודות ניהול ופיקוח כולל יציאה לשטח. בשקלול כל הגורמים האלו העריך המומחה שהתובע אינו נמצא במצב של אי כושר עבודה לעיסוקו כמנהל חברה. כשיר לעבודות ניהול, יציאה לשטח לצורך הדרכה ופיקוח על עובדיו ואינו מנוע משהיה בשטח בתנאי מזג אויר ים תיכוני השורר בארץ. המומחה קבע שהתובע אינו במצב של אי כושר עבודה וכי מצבו מתאים לדרגה תפקודית ראשונה. התובע כשיר לדעתו לעבוד בעבודה ניהולית בהיקף משרה מלאה כולל יציאות לשטח לצורך תכנון ביצוע העבודה ופיקוח על עובדיו בשטח, כמו גם עבודה משרדית ללא הגבלות מעבר לעבודות גננות בפועל.

בחקירתו התבקש המומחה להתייחס לקביעתו שהתובע כשיר לעבודה ניהולית בהיקף מלא, בשים לב למצבו הקרדיאל ושהשיב שקבע כאמור, לב שתפקוד הלב של התובע מוגדר כפגוע במידה קלה, ובשים לב להערכה התפקודית של התובע (פרוטוקול מתאריך 4/5/21, עמ' 232 שורה 24 ואילך). המומחה התייחס לכך שכושר ההתכווצות של שריר הלב לאחר אוטם יורד וזה משתקף בנפח שהוא מסוגל להוציא בכל פעימה. המומחה שב והסביר לגבי כושרו של התובע: "מה שאני מדבר עליו זה עבודות ניהול, יציאות לשטח, את הדברים האלה הוא יכול לעשות, ואם צריך לנהוג על בובקט 10 דקות או רבע שעה או חצי שעה, הוא יכול. ללכת ולחפור בורות או לסחוב דברים כבדים הוא לא יכול, וזה כתבתי, שהוא לא יכול לעשות עבודות גננות" (שם, עמ' 238, שורה 25 ואילך).

המומחה התייחס לכך שמהלך המחלה הוא פרוגרסיבי והסביר: "אין פרוגרסיבי במובן החיובי. המהלך שלו הוא פרוגרסיבי אבל הוא לא חורג מהצפוי. ב-2009 עבר אוטם, ב-2014 בזמן הניתוח הוא עשה אוטם נוסף, ב-2018 הוא עבר צנתור בלי שהייתה לו תעוקה אפילו, לפחות לפי הבדיקות, וטיפלו בהיצרות של 80% שלא הייתה הצדקה ממשית לפי כלים רפואיים לטפל בהיצרות. אבל טיפלו כי הוא היה בשולחן הצנתורים, והקרדיולוג שלו כותב בהפניה שהוא לא מוגבל מבחינה לבבית" (שם, עמ' 240 שורה 12 ואילך).

53. בתחום הרפואה התעסוקתית הגישה הנתבעת את חוות דעתו של ד"ר מונסטירסקי יעקב, מומחה לרפואה תעסוקתית. בחוות דעתו מתאריך 11/11/2019 המומחה תאר את ההיסטוריה התעסוקתית של התובע, כאשר התובע עבד כ-20 שנים בתור גן עצמאי ושכיר, ובהמשך כבעל עסק עצמאי לאספקת שירותי גננות. העסיק 10-5 עובדים שכירים ופיקח על עבודתם וגם עבד עימם – התובע תאר שכרבע מהזמן הוא מקדיש לעבודה משרדית ו-75% מהזמן לעבודה בשטח הכוללת ביקור באתרים, פגישות עם מזמיני עבודה, השגחה וניהול העובדים השכירים. התובע מסר למומחה שהוא לא משתתף פיזית בעבודות הגננות ולא נזקק למאמץ גופני מעבר ליציאה לשטח. התובע תאר שאינו עובד משנת 2010. התובע התלונן בפני המומחה על כאבי גב תחתון עם הקרנות לרגליים, כאבים מחמירים בהליכה במרחקים קצרים חולשה כללית. לאחר שהמומחה סקר את ניסיונו התעסוקתי של התובע כמתואר לעיל ואת מצבו הבריאותי, כמו גם



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-12-65558 פלוגי נ' לביטוח בע"מ

את חוות הדעת הנוספות שניתנו קבע שאמנם התובע אינו כשיר לעבוד בעבודות גננות בפועל, אולם כשיר לעבוד כמנהל חברת גינון בהיקף מלא.

בחקירתו עמד המומחה על כך שהתובע כשיר לעבודה ניהולית וגם אם יש בה סטרס זה לא פוסל מעבודה בצורה אוטומטית וכי במסמכים הרפואיים לא הייתה התייחסות למתח, מה גם שחולי לב מקבלים תרופות על מנת שהמתח לא ישפיע. המומחה התייחס גם לכך, שגם במהלך נהיגה ברכב יכול להיגרם מתח, אבל לא נוטלים לאדם את הרישיון.

54. לנוכח הפערים בין חוות הדעת, מונה מטעם בית המשפט ד"ר מריו סקולסקי כמומחה בתחום הרפואה התעסוקתית. התובע מסר למומחה שבשנת 1999 החל לעבוד בגינון בבניינים ציבוריים, עבד כעצמאי והעסיק ארבעה עובדים. עבד יחד עם עובדיו ועסק בגינון הלכה למעשה, עבד בעבודה זו עד שנת 2010. בשנת 2010 הפסיק עבודתו בשל מצבו הבריאותי ומאז אינו עובד. התובע תאר שעבודתו בגינון הייתה משך כ-10-12 שעות ליום, ששה ימים בשבוע, עסק בכל עבודות הגינון, מוסר שמדובר בעבודה גופנית קשה משך כל שעות העבודה, כולל כיפופים, ניקיון, ריסוס וסחיבה מיכל על הגב, מפוח, מכסחת דשא ניקוי, שתילה, ניקוי שיחים ועוד. אשר לסדר יומו, מסר התובע שהוא רוב הזמן בביתו, קורא ספרים, רואה טלוויזיה, חברים באים לבקר אצלו מבלה עם משפחתו.

התובע התלונן על כאבים תמידיים בעמוד השדרה הקורנים לשני הרגליים ולעכוז עד הברכיים, טען שהוא מתקשה ללכת, בהליכה הכאב מתגבר, בישיבה העכוז רדום, הכאבים אינם חולפים, כאבים בלילה אשר משתפרים עם קנאביס. קצר רוח, סובל מחרדות עקב התקפי הלב שעבר, עייף במשך כל שעות היום, אינו מסוגל לתפקד, בריחת שתן בעיקר לאחר הטלת שתן, לא פנה לאורולוג. אינו מסוגל להרים משאות, מתקשה אפילו למזוג מקומקום מים או להכין לעצמו קפה, אינו מסוגל להתכופף על מנת לשטוף את פניו, לסבן את הרגליים או לגרוב גרביים. מוגבל בפעולות יומיומיות חלה ירידה באיכות החיים.

המומחה בדק את התובע, וציין שמצבו הכללי סביר, מתנועע ומתבטא בחופשיות. אין כחלון או צהבת. מתאר את מצבו היטב, עונה לשאלות לעניין. אין רושם של מחשבות שווא, דיכאון או התרוממות רוח. קיים רושם של חרדה ממצבו הבריאותי. באשר לעמוד שדרה צוין יישור ניכר של הלורדוזיס הפיזיולוגית, רגישות למישוש שרירים פרה-ורטברליים באזור מתני. לא מכופף את הגב באופן פעיל. אין סטיות בכיוון אין התכווצות ספונטנית של השרירים הפרא-ורטברליים. גפיים עליונות: אין דלדול שרירים, תנועות מלאות, החזרים היקפיים ותחושה תקינים בשתי הגפיים העליונות. גפיים תחתונות, אין דלדול שרירים, סימן לסג 45 דו צדדי שלילי דו צדדי. החזרים היקפיים ותחושה תקינים.

המומחה קבע לאחר בחינת כל החומר, שבהתאם למצבו הבריאותי והתפקודי הנוכחיים התובע אינו מסוגל לעבודה הכרוכה במאמץ גופני כגון כיפופים ממושכים או כיפופים חוזרים ונשנים



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 65558-12-18 פלוני נ' לביטוח בע"מ

של עמוד השדרה המתנני, הרמה ונשיאת משאות כבדים, עבודה עם מכשירים כבדים, כמו כן אינו מסוגל לעבוד בעבודה הכרוכה במתח נפשי רב.

המומחה קבע שלאור סוג מחלותיו ואופיין הכרוני לא צפוי שיפור משמעותי במצבו בעתיד ואם יחול שינוי, הרי שיהא זה לכיוון החמרה במצבו ולכן המגבלות הן לצמיתות.

לאור מגבלות אלה התובע אינו מסוגל לעבוד בעבודות גינון בהן עבד בין השנים 1999 ועד 2010 וכן אינו מסוגל לעבוד בחקלאות עבודה בה עבד קודם לכן.

באשר לעבודתו כמנהל חברת גינון, לדעת המומחה התובע מסוגל לעסוק בעבודה זו בשיעור של 50% משרה, בהימנעות ממתח נפשי רב. מצב זה הוא החל ממועד הפסקת עבודתו בשנת 2010 ולצמיתות.

אשר לעבודות חלופיות, צוין שמדובר באדם בן 62, אשר עבד כל שנות עבודתו בעיקר בעבודות כפיים, בחקלאות במשך 20 שנים ובגינות במשך 10 שנים, ועל פי מה שמשתקף מהאנמנזה, העבודה בניהול חברת הגינון מהווה חלק קטן מהיקף עבודתו של התובע.

בגילו, מצבו הבריאותי והתפקודי, הפגועים ממחלה כללית פעילה וניתוחים בעמוד השדרה, קבע המומחה שכל נסיון להסב את מקצועו של התובע או נסיון לשלבו בשוק העבודה אינם מעשיים.

לאור האמור קבע המומחה, שיש לראות את התובע בלתי כשיר לעבודה בשיעור העולה על 75% וכי נשלל ממנו הכושר לעבוד במקצוע גנן שבו עבד עד שנת 2010. כמו כן בעקבות מצבו הבריאותי והתפקודי הלקויים, נבצר ממנו לעסוק בעיסוק סביר אחר המתאים לניסיונו, להשכלתו ולהכשרתו וזאת לצמיתות.

55. בחקירתו הסכים המומחה שבין השנים 2010 ל- 2014 עיקר המניעה לעבוד הייתה אורתופדית ושלא היו לפניו מסמכים בתחום האורתופדיה מאז שנת 2017. כן הסכים המומחה, שהתובע כשיר ליעוץ, פיקוח וניהול בתחום הגינון, בשיעור של 100% משרה ככל שזו המשרה (פרוטוקול מיום 3/5/2021, עמ' 189, שורות 15 ואילך). המומחה אישר שהתובע טען שעיסוקו כרוך במאמץ פיזי ניכר, והוצג לפניו כאב גב תמידי שלא יכול להתכופף אפילו לשטוף פנים. המומחה השיב שכאשר התובע אמר שהוא מוגבל בפעולות היומיום הבין שהוא לא יכול לקום, לבצע דברים בבית, לא יכול ללכת לסופר, לא יכול לעשות פעולות יום יומיות של בן אדם ממוצע (שם, עמ' 198 שורות 31 ואילך). כן אישר המומחה שהתובע אמר לו שנמצא רוב הזמן בבית לא יוצא, רואה טלוויזיה וקורא. המומחה התייחס לפרק הבדיקה והסביר שכאשר כתב שהתובע לא מכופף את הגב באופן פעיל, הוא לא עושה את זה, לא מסוגל, שכן יש לו קיבוע בחוליות וזה מונע ממנו להתכופף. המומחה הסכים שלא מצא דלדול שרירים מה שמעיד על פעילות טובה. אשר להמלצה להימנע ממתח נפשי, השיב המומחה, שזו הערכה שלו בגלל שמתח נפשי גורם למחלות לב.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 65558-12-18 פלוני נ' לביטוח בע"מ

כאשר הוצג למומחה התיאור שנתן לכאורה התובע לד"ר רסין לפיו רבע מהזמן מקדיש לעבודה משרדית ו- 75% מהזמן לעבודה בשטח הכוללת ביקור באתרים, פגישות עם מזמיני העבודה, השגחה וניהול העובדים השכירים, לא משתתף פיזית בעבודת הגננות ולא נזקק למאמץ גופני מעבר ליציאה לשטח, השיב שהתיאור שונה מזה שנמסר לו, ואין כמעט מניעה שיעשה מטלות אלה, לפחות ב- 75% (שם, עמ' 203 שורה 20 ואילך).

המומחה הופנה לתיאור שמסר התובע בביטוח הלאומי, בשנת 2012 שם הסביר שהקים חברה שעוסקת בגינון, ועיקר העבודה שלו הייתה בראשון לציון. צריך להיפגש עם מפקח גינון, להשגיח על פועלים וכד', והשיב שהתיאור הזה שונה מהתיאור שהתובע מסר לו (עמ' 205 שורות 29 ואילך). המומחה הסכים שהתובע כשיר לייצג לגננים ולפקח פיקוח שאין בו עבודה פיזית, כן כשיר לגשת למכרזים ולנהל משא ומתן בעבודה משרדית, כשיר לנהוג ברכב, לגייס ולפטר עובדים, כשיר להתקשר עם קבלני משנה, ואולם בגלל הבעיה הקרדיאלית, סבר שקיים קושי לבצע זאת ב- 100 אחוז משרה.

המומחה הופנה לגרסתו של התובע בתיקים קודמים שהוא מנהל חברה, וכי בתקופה שאתר העבודה ננטש נדרש לפיקוח יומיומי, וכך ליווה את הקבלן באחד המכרזים ליווי צמוד, והשיב שזה עומד בסתירה למה שהתובע מסר לו.

הוצג למומחה הסרט משנת 2018 המתעד את התובע מתכופף והמומחה השיב, שמדובר בכיפוף שהתובע אמר אצלו שאינו יכול לעשות, והסביר שהכיפוף טבעי לחלוטין אף שהחלק המותני קצת ישר כתוצאה מהקיבוע אבל הוא מתכופף, הוצג למומחה הסרט משנת 2017 בו נראה התובע מתכופף בגינה, והמומחה השיב שהכיפוף הזה בניגוד למה שהתובע הציג לו. כן השיב המומחה שמה שעולה לכאורה, שהתובע נמצא בשטח ומתכופף ועובד ומשגיח עומד בסתירה למה שהוצג לו ונוגד את המסמכים הרפואיים.

המומחה השיב שלא מקובל עליו שהתובע מסוגל לעבודה במשרה מלאה אבל בהנחה שהוא אכן עושה כן, אז המסקנה שלו תשתנה. המומחה גם התייחס למצג שהוצג לו: **"אם בן אדם בא ואומר לי שהוא סגור בבית ושהוא לא יוצא מהבית, ואחר כך מראים לי שהוא מחוץ לבית, לא משנה, הוא אמר לי דבר לא נכון, כמובן שזה משנה את דעתי"** (שם עמ' 219, שורה 14 ואילך). והמומחה שב והסביר: **"אם הוא לא עובד יותר מ-50 אחוז, אני מבחינה רפואית ממליץ כפי שהמלצתי בחוות דעתי, על עבודה שבניהול ב-50 אחוז. אם הלכה למעשה יסתבר שהוא כן עובד מעל ה-50 אחוז, זאת אומרת שהוא מסוגל לעבוד, זה מובן מאליו"** (שם, עמ' 219 שורה 28 ואילך). המומחה הסביר שאי הכושר המלא אליו התייחס בחוות הדעת מתייחס למקצועו כגנן.

56. האמור לעיל מעלה, שהן מומחי התובע והן מומחה בית המשפט הופתעו במהלך הדיון מן הנתונים שהוצגו להם אודות תפקוד התובע ועבודתו. המומחים שסברו על סמך המסמכים הרפואיים וטענות התובע, שהתובע ספון בביתו, אינו יוצא לעבודה ומתקשה בפעולות



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 65558-12-18 פלוני נ' לביטוח בע"מ

יומיומיות בסיסיות, הופתעו לגלות שהתובע מתועד מספר פעמים יוצא מביתו, נוהג בחופשיות, נכנס לחנויות ללא כל קושי נראה לעין, הולך בלא צליעה בניגוד למה שהוצג לחלק מן המומחים, מתכופף, מבקר באתרי עבודה, מדבר עם פועלים, עירני ופעיל. אכן התייעוד הוא במספר פעמים בודדות, שכן מטבע הדברים לא ניתן לעקוב אחר התובע בכל יום וניתן לצאת מתוך הנחה שיכול ונעשו מעקבים נוספים שלא הניבו תוצאות ואולם די במה שהוצג על מנת לסתור את הגרסה שהציג התובע למומחים, לפיה הוא לא מסוגל לפעילות ובוודאי לא לעבודה כלשהי ואינו עובד בפועל.

כפי שנקבע כבר לעיל, התובע עובד, מפעיל את החברה בבעלותו ומייצר הכנסות לחברה, כאשר לא הוכח שהייתה ירידה בהכנסות.

מעדויות המומחים כולם, לאחר שצפו בסרטים ולאחר שהוצגו בפניהם גרסאות התובע בנוגע לעיסוקיו, עלה שהתובע כשיר לעבודת ניהול שהוא מבצע בפועל, לרבות ביקור בשטח ומגע עם הפועלים, אף שאין חולק שאינו כשיר לביצוע פעולות פיזיות. מכאן שאף שיכול ונשלל מן התובע הכושר ולו במידה חלקית לבצע את העבודות שביצע בטרם חלה, עבודות שחלקן לפחות כללו, ביצוע פעולות פיזיות, לא הוכח שנבצע ממנו לעסוק בעיסוק אחר המתאים לנסיונו, להשכלתו ולהכשרתו. די לעיין בתצהירו של התובע במסגרת ת"א 53855-10-15 שם הוא מהלל את נסיונו, הידע שצבר והיכולת שלו להעניק ליווי צמוד לאחרים וכמובן את שווי כל אלה, ששם הסתכמו ב- 7% מכל ההכנסות.

הדברים מקבלים משנה תוקף, לנוכח העובדה שמשרדי החברה נמצאים בביתו של התובע, התובע לא נדרש "לצאת" לעבודה במשרדו, הוא פשוט עובר חדר ומבצע את כל הנדרש.

כמפורט לעיל, המומחה מטעם בית המשפט סבר שכושרו של התובע מוגבל עקב מצבו הקרדיאלי והצורך שלא להקלע למתח נפשי מיותר ואולם הכפיף את קביעתו למה שמבצע התובע בפועל וסבר שאם בפועל התובע עובד משרה מלאה הרי שהוא מסוגל לעשות כן.

הלכה למעשה, התובע שגירסתו שאינו יוצא כמעט מן הבית, אינו עובד לחלוטין מאז שנת 2010 ולא מייצר הכנסות הופרכה, לא הוכיח את שיעור הגריעה מכושר עבודתו בפועל, לא במישור פעולות שאמור היה לבצע ואינו מבצע, לא במישור שעות העבודה, לא במישור ההכנסות שהוא מייצר והמתח שיכולה ליצור לו עבודתו ואפילו לא במישור מצבו הבריאותי שעה שלא הוגשו מסמכים רפואיים עדכניים ואין ראיה להחמרה אורתופדית או קרדיאלית.

מבוטח, שנשלל ממנו כושר עבודה בהיבט מסויים לא בהכרח מאבד את כושר עבודתו. כך לדוגמא, מאמן כושר שאינו יכול לעסוק עוד באימון ואולם הוא פתח רשת מכוני כושר ומנהל ומדריך אחרים, כמוהו כמי שעשה התאמה מקצועית ועל אף שלילת כושר עבודה במקצוע מסוים, שעה שקיימת הסבת נישא מקצועית המייצרת הכנסות שאינן נופלות משכרו קודם לכן אין הוא זכאי לפיצוי בגין אובדן כושר עבודה. האמור עולה מתנאי הפוליסה.





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 18-12-65558 פלוני נ' לביטוח בע"מ

כך בעניינינו של התובע. ניתן להבין את התסכול שחש התובע, שכן ללא ספק בשל מצבו הבריאותי נשללה יכולתו הפיזית לבצע פעולות שהיה מבצע בעבר, ואולם אלה תנאי הפוליסה ואין אלא לברך על תושתו ומקצועיותו שמאפשרים לו לפעול במסגרת נישה אחרת בתחום מקצועו. נישה שהיא בבחינת עיסוק סביר ואף מעבר לכך, כפי שהעיד התובע עצמו בתיק 53855-10-15.

57. בפסיקה נקבע, ש"אין הכרח בקיומו של קשר הדוק בין עיסוקו של המבוטח בעבר לבין ה"עיסוק הסביר" המצויין בחוזה הביטוח. ככל שהעיסוק שבו יוכל המבוטח לעסוק ידמה לעיסוקו הקודם, כן יקל על בית המשפט לקבוע כי מדובר בעיסוק סביר. עם זאת, ייתכנו מקרים שבהם למבוטח כמה כישורים השווים בדרגתם. אובדן כושר עבודה מונע מהמבוטח לעסוק בעיסוקו הקודם, אולם השכלתו, הכשרתו וניסיונו בעיסוק אחר "שווה ערך", יאפשרו לו לנצל את כישוריו הנוספים." (ע"א 300/97 חסון נ' שמשון חברה לביטוח (12/1/99), (להלן: "עניין חסון"). באותו מקרה, הן לפני התאונה והן לאחריה עסק המערער בעבודות הניהול בעסק, בקבלת הזמנות, במכירות, בניהול משא ומתן עם לקוחות ובפיקוח על עובדים. לאחר התאונה, כל שנמנע ממנו הוא לפרוק ולטעון סחורות, פעולות הכרוכות במאמצים פיזיים. בנסיבות, נקבע כי עיסוקו כמנהל בתחום עסקי השיש קשור קשר ישיר לעיסוקו עובר לתאונה. "עיסוק זה ראוי, סביר ומתאים להשכלתו של המערער, להכשרתו ולניסיונו" (שם, בעמ' 759). בהקשר זה, נקבע גם כי ניהול נגריה הינו עיסוק סביר עבור נגר (ת"א 23898/01 אלקלעי נ' המגן חברה לביטוח בע"מ (11/3/04)), ניהול פיקוח על משק חקלאי הינו עיסוק סביר עבור חקלאי (ת"א 660/05 יעקובוביץ נ' הדר חברה לביטוח בע"מ (18/12/2006)), ניהול עסק למסגרות הינו עיסוק סביר עבור רתך (ת"א 4602/04 בולוס נ' ארט חברה לביטוח בע"מ (10/9/07)), וניהול מוסך הינו עיסוק סביר עבור חשמלאי רכב (ת"א 10840-01-10 ראובן נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (14/6/15), (להלן: "עניין ראובן").

כפי שנקבע בעניין ראובן, מטרתו של הביטוח לאובדן כושר עבודה להבטיח שאם יאבד המבוטח את יכולתו לעבוד עקב תאונה או מחלה תשלם לו חברת הביטוח פיצוי חודשי. אולם, לא נדרשת זהות מוחלטת בין עיסוקו של המבוטח עובר למקרה הביטוח לבין עיסוקו לאחריו. די שעיסוקו לאחר גיבושה של נכות, יעלה בקנה אחד עם מכלול ההקשרים התעסוקתיים של עיסוקו הקודם ליכולתיו לאחר האירוע הבטוחי. מטרת הפוליסה להגן על מבוטח במקרים קיצוניים ולמקרה שאיבד את כושר עבודתו בצורה מוחלטת ולא לפצות את התובע המסוגל לעסוק בעיסוקו הקודם וכן בעיסוקים נוספים וסבירים.

בעניין ראובן התייחס בית המשפט לכך שעובר לתאונה היה התובע כשיר לעבודה פיזית של העמסה, פריקה, עליה וירידה מכלי רכב – עבודות הדורשות מאמץ גופני ניכר. וגם אם היתה מתקבלת טענתו לכך שהתאונה גרמה לשינוי קיצוני ומשמעותי במצבו אין משמעה כי איבד את כושר השתכרותו לחלוטין ובהתאם לתנאי הפוליסה. בית המשפט התייחס שם, להכנסה השנתית של החברה לפני התאונה ולאחריה זהה, מכאן שלא חלה הפחתה בהכנסות החברה.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 65558-12-18 פלוני נ' לביטוח בע"מ



58. בענייננו, הוכח שהתובע בעל הכישורים והידע להפעיל את החברה שהוא בעל השליטה ובעל 99% מהמניות בה. הוכח שלחברה יש הכנסות לא מבוטלות. התובע לא הוכיח ירידה בהכנסות בתקופה הרלוונטית להגשת התביעה או בכלל, שכן בחר שלא לחשוף את הנתונים אודות הכנסות החברה. התובע עצמו העיד בתיק אחר, שמצב זה עדיף על המצב הקודם בו לא העסיק קבלני משנה, הן מבחינה כלכלית והן מבחינה פיזית. בנסיבות אלה, גם אם היכולת של התובע לעבוד הצטמצמה וקיימות פעולות שהוא לא מסוגל לבצע, התובע לא הוכיח קיומו של אובדן כושר עבודה בהתאם להוראות הפוליסה מלא או חלקי ולא הוכיח ירידה כלשהי בהכנסות עקב אובדן זה. הטענה שהחברה יכלה להרוויח הרבה יותר, לו היה בכושר עבודה מלא, לא רק שהיא לא הוכחה אלא שהיא אינה רלוונטית, כאשר מדובר בתגמולי אובדן כושר עבודה.

סוף דבר

59. התובע לא הוכיח את התנאים הנדרשים בפוליסת הביטוח על מנת לקבל תגמולי אובדן כושר עבודה מלא או חלקי, ומשכך אין מנוס אלא להורות על דחיית התביעה.

60. בנסיבות העניין ובין היתר בהינתן ההתנהלות המצערת של הצדדים ברוב הדיונים שהתנהלו, לרבות הערות הדדיות שאין מקומן בין כותלי בית המשפט, דבר שהצריך הפסקה בדיונים ואף הפסקת עדות של אחת העדות, נכון שכל צד ישא בהוצאותיו. ניתן היה לצפות משני הצדדים אך במיוחד מן הנתבעת ובאי כוחה הפועלים בשם חברת ביטוח שהינה גוף ציבורי נטול אינטרסים אישיים בהליך לגישה עניינית ומאופקת כפי שנעשה לא פעם במקרים לא פחות מורכבים.

זכות ערעור לבית המשפט המחוזי בתוך 60 ימים.

המזכירות תשלח את פסק הדין לצדדים.

ניתן היום, ז' תשרי תשפ"ג, 02 אוקטובר 2022, בהעדר הצדדים.

אורלי מור-אל, שופטת