



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

ניתן ביום 22 פברואר 2023

- | | |
|------------------------|-------------------|
| <u>המערערים</u> | 1. יונתן שי תירוש |
| <u>(המשיבים שכנגד)</u> | 2. שיר תירוש |
| | 3. אור משה תירוש |
| | 4. טל יעקב תירוש |

- | | |
|-------------------------|-----------------|
| <u>המשיבים</u> | 1. יפעת בן שחר |
| <u>(המערערים שכנגד)</u> | 2. ישראל בן שחר |

לפני: סגן הנשיאה אילן איטח, השופטת לאה גליקסמן, השופט רועי פוליאק
נציגת ציבור (עובדים) גב' חיה שחר, נציג ציבור (מעסיקים) מר דורון קמפלר

בשם המערערים - עו"ד אייל אבידן
בשם המשיבים - עו"ד שי בן נתן, עו"ד אייל שטרנברג, עו"ד נועם שוק

פסק דין

השופט רועי פוליאק



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית הדין האזורי ירושלים (סגנית הנשיא שרה ברוינר ישראל ונציגי הציבור גב' דבורה נבון ומר יצחק אופנהיים; סע"ש 11511-09-16), שבו חויבו המשיבים, מעסיקיה של אמם המנוחה של חלק מהמערערים, לשלם למערערים 2 ו - 3 פיצוי בשל אובדן פנסית שארים וכן לשלם לכל המערערים, יורשי האם המנוחה, תשלומים שונים נוספים.

הערעור העיקרי סב על קביעת בית הדין האזורי לפיה לא הוכח כי המערער 4 הוא בנה של המנוחה ולכן אין הוא זכאי לפיצוי בגין אובדן פנסית שארים. הערעור שכנגד שהגישו המעסיקים סב על עצם החיוב בפיצוי בשל אובדן פנסיה ועל היקפו של הפיצוי.

רקע

תמצית העובדות וההליך בבית הדין האזורי

1. המשיבים בערעור העיקרי (להלן גם – **המעסיקים**) העסיקו את גב' מרסל מרסיאנו ז"ל (להלן – **המנוחה**), ילידת שנת 1971, כעוזרת בית החל מחודש פברואר 2015 ועד לחודש אפריל 2016, כשלוש פעמים בשבוע בהיקף מצטבר של כ - 13 שעות עבודה שבועיות. בחודש מאי 2016, בסמוך לאחר סיום העסקתה, אובחנה המנוחה כחולה בסרטן מסוג לוקמיה. למרבה הצער, ביום 28.8.2017, לאחר הגשת התביעה, הלכה המנוחה לעולמה ובנעליה נכנסו המערערים בהליך זה.

2. המערער 1 (להלן – **בן הזוג לשעבר**) היה נשוי למנוחה עד לגירושיהם בשנת 2006. המערערים 2 ו - 3 (להלן – **הילדים הגדולים**), ילידי השנים 1998 ו - 2001 בהתאמה,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

הם ילדיהם המשותפים של המנוחה ושל בן הזוג לשעבר. המערער 4 (להלן – **הבן הצעיר**), יליד שנת 2009, הוא כפי שיבואר להלן בנה של המנוחה, אך אין הוא ילדו הביולוגי של בן הזוג לשעבר. ביום 3.12.2018 ניתן צו אימוץ לפיו אומץ הבן הצעיר כדין על ידי בן הזוג לשעבר (תיק אימוץ 31/18 בבית המשפט לענייני משפחה בירושלים), לאחר שקודם לכן, ביום 7.8.2018, הוא מונה לאפוטרופוס זמני לתקופה של ששה חודשים.

3. בהתאם לצו קיום צוואה מיום 18.2.2018 שניתן בתיק מס' 42085 על ידי הרשמת לענייני ירושה בירושלים, לפיו ניתן תוקף לצוואת המנוחה מיום 26.7.2017 (להלן – **הצוואה**), ארבעת המערערים הם היורשים, בחלקים שווים, של עיזבון המנוחה.

4. בתביעה שהגישה המנוחה נגד המעסיקים טרם פטירתה תבעה המנוחה פיצוי בגין אי ביצוע הפקדות לקרן פנסיה במהלך תקופת עבודתה ופיצוי בגין אובדן פנסיית נכות בסך 475,545 ₪. כמו כן נתבעו פיצוי בגין פיטורים שלא כדין, פיצויי פיטורים ותשלומים בגין זכויות שונות הנובעות מתקופת עבודתה. לאחר פטירת המנוחה הגישו המערערים כתב תביעה מתוקן בגדרו נכנסו המערערים לנעליה בעילות התביעה הקיימות וכן נוספה עילת תביעה של המערערים 2 – 4 (להלן – **ילדי המנוחה**) לקבלת פיצוי בגין אובדן פנסיית שארים, תוך הפחתה בהתאמה של סכום הפיצוי הנתבע בגין אובדן פנסיית נכות בעקבות פטירת המנוחה טרם הגיעה לגיל פרישה. סך הפיצוי שנתבע בגין אובדן הזכאות לפנסיית נכות, בטרם הלכה המנוחה לעולמה, ובגין אובדן הזכאות לפנסיית שארים, הועמד על סכום של 391,378 ש"ח.

5. המעסיקים כפרו באופן גורף בטענות המערערים. ראשית וכטענת סף טענו כי מקורן של עילות התביעה אינו ביחסי העבודה בין הצדדים אלא "בהפרות שמקורן בעוללות נזיקיות"



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

ועל כן בית הדין לעבודה נעדר סמכות עניינית לדון בתביעה. לגופה של התביעה טענו המעסיקים כי המנוחה לא הרימה את נטל ההוכחה לכך שנגרם לה נזק מאי ביטוחה, שכן לאור מצבה הבריאותי ספק אם חברות הביטוח היו מסכימות לבטחה מלכתחילה, או שהייתה עומדת בתקופת האכשרה המזכה בפנסיית נכות (שאורכה חמש שנים) גם לו הייתה מבוטחת בזמן אמת. כן טענו המעסיקים כי למנוחה "אשם תורם ברור וגבוה" לקיומן של עילות התביעה שכן המנוחה התבקשה על ידם פעמים רבות "לבטח עצמה בקרן פנסיה" או להעביר לידיהם את פרטי הקרן בה היא מבוטחת אך לא עשתה כן ועליה לשאת בתוצאות התנהגותה הרשלנית. המעסיקים הוסיפו וטענו כי מעמדו האישי והמשפטי של הבן הצעיר לא הובהר ועל כן יש למחוק אותו מכתב התביעה המתוקן ואין לכלול אותו בכל פיצוי שיפסק. המעסיקים דחו גם את הטענות בגין יתר הזכויות שנתבעו על ידי המערערים וטענו, בין היתר, כי זכויות המנוחה שולמו לה כדין וכי היא הפסיקה להגיע לעבודה בחודש מאי 2016 מיוזמתה ולא פוטרה על ידם; כי המנוחה עבדה אצלם תקופה קצרה של 14 חודשים בלבד במהלכה נעדרה פעמים רבות ללא הסבר; וכי התביעה שהגישה כנגדם היא מופרזת ולוקה בחוסר תום לב של ממש.

פסק דינו של בית הדין האזורי

6. בית הדין האזורי קבע כי אין חולק שהמעסיקים לא הפקידו כספים לקרן פנסיה עבור המנוחה, וכי חובתם לעשות כן מעוגנת בהוראות צו ההרחבה [נוסח משולב] לפנסיה חובה משנת 2011 (להלן – **צו ההרחבה הפנסיוני**) אשר לא ניתן להתנות עליהן. כן קבע בית הדין כי מהתכתבות שהתקיימה בין הצדדים בשלהי תקופת עבודתה של המנוחה, עולה כי המעסיקים אכן פנו בעניין זה אל המנוחה במהלך תקופת עבודתה אצלם אולם היא לא נענתה לפנייתיהם, וכי מכלל הראיות בתיק, ובכלל זאת רצונה של המנוחה לקבל את שכרה מהמעסיקים במזומן ומדי שבוע, שוכנע בית הדין כי "המנוחה העדיפה שלא להיות מבוטחת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

בביטוח פנסיוני". בית הדין דחה את טענת המעסיקים כי יש להטיל על המנוחה אשם תורם בשיעור של 100%, וקבע כי בניגוד לטענתם הייתה להם אפשרות מעשית לבטח את המנוחה וכי אפשרות זו לא סוכלה על ידה, וכי הם "השתהו במימוש זכות זאת, ולבסוף, לא פעלו לממש את חובתם, גם לא לקראת סיום עבודתה". בית הדין קבע עם זאת כי על אף שאין בהתנהלות המנוחה כדי לשחרר את המעסיקים מחובתם לבטח בקרן פנסיה, הרי שלאור אדישותה של המנוחה בנוגע לביטוח הפנסיוני, העובדה כי לא התריעה על אי ההפקדות בזמן אמת ואי רצונה להסדיר נושא זה אלא לאחר מחלתה, מהווה התנהלות המנוחה הפרה של חובת תום הלב המוטלת עליה כעובדת ומצדיקה להטיל עליה אשם תורם בשיעור של 20%.

7. בית הדין הוסיף וקבע כי המערערים לא הוכיחו שהבן הצעיר הוא בנה הביולוגי של המנוחה וכי "לכאורה יש לתמוה על עצם ההשגה בענין זה ובודאי נוכח לשון צוואת המנוחה. ואולם משמדובר בעובדה מוכחשת, היה על התובעים להוכיחה וכך לא עשו". בית הדין קבע כי שאלה זו אכן מעוררת "ספקות", כך למשל העובדה שהבן הצעיר נושא את שם המשפחה של בן הזוג לשעבר הגם שנולד לאחר גירושיו מהמנוחה, והעובדה שמספר תעודת הזהות של הבן הצעיר בצוואתה של המנוחה, בשונה משל שני הילדים האחרים, כתוב בכתב יד. על כן נקבע כי הבן הצעיר אינו זכאי לפיצוי בגין אובדן פנסיית שארים. בית הדין פסק כי "מסקנה זו אינה מאפשרת לקבל את חוות הדעת המתוקנת מטעמם של התובעים ... חוות הדעת המתוקנת לא כללה חישוב נפרד של קצבת השארים של כל אחד מהתובעים, כך שלא ניתן להפריד את הסכום לו זכאים התובעים 2-3 מזה של התובע 4". בית הדין קיבל על כן את חישוביהם של המעסיקים וקבע כי הילדים הגדולים זכאים לפיצוי בגין אובדן פנסיית שאירי מבוטח עד הגיעם לגיל 21, בסך 56,929 ש"ח, ובניכוי האשם התורם שנקבע למנוחה בסך 45,543 ש"ח. כן נקבע כי המערערים זכאים להפסדי פנסיית נכות



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

של המנוחה בסך 28,608 ש"ח ובניכוי האשם התורם שנקבע למנוחה בסך 22,886 ש"ח. בית הדין קבע כי לסכומים יתווספו הפרשי הצמדה וריבית מאמצע תקופת הזכאות (פברואר 2017) ועד התשלום בפועל.

8. לעניין יתר עילות התביעה קבע בית הדין כי למרות שהמנוחה לא התייצבה באופן קבוע ומסודר לעבודתה היא פוטרה ולא התפטרה, ועל כן זכאים המערערים להשלמת פיצויי פיטורים בסך 921 ש"ח, שווי הודעה מוקדמת בסך 1,042 ש"ח ופיצוי על העדר שימוע בסך 1,000 ש"ח. עוד נפסק לטובת המנוחה פיצוי על העדר הודעה לעובד 1,200 ש"ח. התביעה בגין דמי חגים ודמי חופשה נדחתה. המעסיקים חויבו לשלם למערערים שכר טרחת עו"ד בסך 9,000 ש"ח.

הערעור והערעור שכנגד

ערעור ילדי המנוחה ובן זוגה לשעבר

9. הערעור מתמקד בקביעת בית הדין האזורי לפיה לא הוכח כי הבן הצעיר הוא בנה הביולוגי של המנוחה, כך שאין הוא זכאי לפיצוי בגין אובדן קצבת שארים. לטענת המערערים קביעת בית הדין מנוגדת לשלוש ראיות מובהקות שעמדו בפניו. הראשונה היא תעודת הזהות של המנוחה (כולל הספח), אשר צורפה לבקשה לפטור מאגרה שהגישה המנוחה ביום 6.9.2016 בד ובד עם הגשת התביעה, בה רשום הבן הצעיר כבנה של המנוחה. הראייה השנייה היא תצהיר המנוחה שנלווה לבקשה לפטור מאגרה בו הצהירה המנוחה כי הבן הצעיר הוא בנה וסמוך על שולחנה. הראייה השלישית היא הצוואה בה נכתב כי הבן הצעיר הוא בנה ואחד מיורשיה. חרף זאת קבע בית הדין כי המערערים לא הוכיחו כי הבן הצעיר הוא בנה של המנוחה וקביעה שגויה זו על נימוקיה, נטען, המנוגדת לראיות הברורות



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

שניצבו בפני בית הדין, מצדיקים על פי ההלכה הפסוקה את התערבות ערכאת הערעור בפסק הדין.

10. יתר על כן, לטענת המערערים המעסיקים כלל לא הכחישו בכתב ההגנה כי הבן הצעיר הוא בנה של המנוחה אלא העלו טענה כללית בדבר "השאלות השונות העולות בדבר מעמדו". טענה כללית זו לא עומדת בפירוט הנדרש בתקנה 29(א) לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין), התשנ"ב-1991, לפיה לא די בהכחשה סתמית של טענה עובדתית בכתב הגנה אלא על הנתבע "להרצות טענתו במפורש". בהעדר פלוגתה קונקרטית לעניין זה, טוענים המערערים, לא היה מקום להעלאתה על ידי בית הדין לא כל שכן להכריע בה. גם בתגובת המעסיקים לבקשת המנוחה לפטור מאגרה לא נטען כי הבן הצעיר אינו בנה של המנוחה, והמעסיקים לא פקפקו במהימנותה ותקפותה של צוואת המנוחה בה רשמה "בני, טל יעקב תירוש". לפיכך, נטען, לא נדרש בית הדין להעלות מיוזמתו "ספקות" אשר לא נטענו על ידי המעסיקים בשלב כלשהו בהליך.

11. המערערים מוסיפים וטוענים כי טענת המעסיקים לעניין מעמדו של הבן הצעיר בתיק וזכאותו לשמש כבעל דין נומקה בכתב ההגנה במילים: "כפי שניתן להיווכח מהחלטת כב' בית הדין מיום 27.5.2018 בתיק 56731-02-17". ההחלטה אליה הפנו בני הזוג, נטען, ניתנה בהליך אחר (סע"ש 56731-02-17), אשר התנהל במקביל, שבו נתבעה מעסיקה נוספת של המנוחה בפני מותב בו השתתפו ראשת המותב ואחד מנציגי הציבור בהליך שבפנינו, (להלן – **ההליך הנוסף**) והיא דנה בשאלת מינוי אפוטרופוס לבן הצעיר. ואולם בגדרה של ההחלטה קבע בית הדין כי המנוחה היא אמו של הבן הצעיר וכלל לא הועלתה אפשרות אחרת. בכתב ההגנה ביקשו המעסיקים לנצל באופן פסול את הדיון בשאלת האפוטרופוסות לבן הצעיר, שמקומו בהליך אחר, על מנת לבקש את מחיקתו מכתב התביעה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

כבעל דין, ותו לא. רק בשלב הסיכומים העלו המעסיקים את הטענה כי לא הוכח שהבן הצעיר הוא בנה של המנוחה, אולם מדובר בהרחבת חזית פסולה וחסרת תום לב של ממש, שעה שברשות המעסיקים נמצא תיקה הרפואי המלא של המנוחה הכולל, בין היתר, מסמכים המתעדים את לידתו של הבן הצעיר. לבסוף טוענים המערערים כי בניגוד לקביעתו של בית הדין האזורי לפיה יתום מוגדר בתקנוני קרנות פנסיה כילדו המאומץ או הביולוגי של המבוטח, המונח ביולוגי לא מוזכר בתקנון אלא "ילדו של מבוטח שנפטר".

12. במקביל להגשת הערעור הגישו המערערים "בקשה להוספת ראיה בערעור", המבוססת על נימוקי הערעור הכוללת את תעודת הזהות של המנוחה, מסמכים מתיקה הרפואי המתייחסים ללידתו של הבן הצעיר ותעודת לידה של הבן הצעיר. לטענתם קבלת הבקשה מתבקשת לשם מניעת עיוות דין וקיום משפט צדק מכוח תקנה 144 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשכ"ט-2018, וסעיף 33 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט – 1969 (להלן – **חוק בית הדין לעבודה**).

13. המערערים עותרים לפיכך לקבלת הערעור כך שייקבע כי אף הבן הצעיר זכאי לפיצוי בגין אובדן פנסיית שאירים. כפועל יוצא מהקביעה מתבקשת החזרת ההליך לבית הדין האזורי לקביעת סכום הפיצוי, לאחר שחוות הדעת האקטוארית שהגישו נפסלה מאחר שחושבו בגדרה גם זכויות הבן הצעיר.

14. המעסיקים טוענים בתגובה כי מדובר בערעור עובדתי על קביעה עובדתית אחת של בית הדין האזורי, לפיה הבן הצעיר אינו זכאי לפנסיית שאירים של המנוחה, המבוססת על התשתית הראייתית שהייתה בפניו, ויש לדחות את ניסיון המערערים לנהל הליך דיוני



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

מחדש בפני ערכאת הערעור הכולל הצגת ראיות. לטענת בני הזוג, על פי סעיף 4 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן – **חוק הכשרות והאפטרופסות**) לא ניתן היה לכלול את הבן הצעיר בכתב התביעה המתוקן שעה שלא ניתנה הסכמת האפטרופוס הטבעי שלו, אביו הביולוגי שזהותו ידועה, או כל אפטרופוס אחר, ומדובר בפגם מהותי היורד לשורשו של עניין. בעת הגשת התביעה טרם אומץ הבן הצעיר על ידי בן הזוג לשעבר ולפיכך היו המערערים נטולי סמכות להגיש תביעה בשמו של הבן הצעיר ובית הדין היה נטול סמכות עניינית לדון בתביעה כזו. זאת ועוד, במהלך התקופה הארוכה בה התנהל ההליך לא הציגו המערערים כל ראיה להיות הבן הצעיר בנה הביולוגי של המנוחה הגם שמדובר בטענה שקל וראוי היה להוכיחה. לטענת המעסיקים בית הדין קבע למנוחה אשם תורם נמוך מאד בהתבסס על כך שהבן הצעיר אינו בעל דין הזכאי לפיצוי בגין אובדן פנסיית שארים שאחרת היה נקבע למנוחה אשם תורם גבוה בהרבה. המעסיקים מוסיפים וטוענים, בין היתר, כי חוות הדעת האקטוארית שהגישו המערערים נדחתה בצדק על ידי בית הדין, וכי היא התבססה על הנחה מוטעית לפיה שכרה של המנוחה היה 2,795 ש"ח לחודש בהתבסס על שעות העבודה שסוכמו בין הצדדים, אולם שכרה הממוצע של המנוחה היה נמוך משמעותית לנוכח היעדרויותיה הרבות מעבודה.

הערעור שכנגד

15. הערעור שכנגד, אשר נתקבל לרישום בהחלטת רשמת בית דין זה להאריך את המועד לבקשתו, מתמקד בשלוש סוגיות עיקריות:

הראשונה, קביעת שיעור אשם תורם נמוך במיוחד למנוחה "מבלי ליתן את הדעת כי מדובר בעובדת חזקה" אשר ידעה לעמוד על זכויותיה ודרשה לקבל את כספה במזומן ומדי שבוע, ואשר "נהגה ופעלה בצורה גורפת וברורה להימנע מביצוע הפרשות כלשהן", כפי שהוכח, כנטען, גם בהליך הנוסף. לטענת המעסיקים לולא סירובה העיקש של המנוחה לשתף עימם



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

פעולה הייתה התביעה מתיירת, ועל כן יש לפסוק למנוחה אשם תורם בשיעור של 100% ולכל הפחות 50%. בית הדין שגה כאשר קבע כי היה על המעסיקים להראות "השתדלות" לקיום חובתם מקום שהמנוחה "הוליכה אותם בכחש" ושעה שבאותה עת, ועד פתיחתן של קופות ברירות המחזל בתחילת שנת 2016, לא היה באפשרותם של מעסיקים פרטיים לפתוח לעובד קופת פנסיה ללא חתימתו על המסמכים הדרושים. על כן, נטען, חרף רצונם לעשות למנוחה ביטוח פנסיוני, לא היה ביכולתם לעשות כן ובית הדין שגה כאשר דחה טענה זו בהסתמך על לשון צו ההרחבה הפנסיוני ולא על מצב הדברים בפועל.

השניה, בית הדין האזורי שגה כאשר במסגרת הפיצוי שפסק למערערים לא קיזז את חלקה של המנוחה בהפקדות הפנסיוניות (חלק העובד), ועל כן יש להפחית בשליש את גובה הפיצוי שנפסק לטובת המערערים. קרן הפנסיה, נטען, מחשבת את ההכנסה הקובעת לקצבת פנסיה או שארים בהתאם לכספים שהועברו אליה בפועל, ועל כן אחריותם של המעסיקים צריכה להיות בגובה חבות ההפקדות שלהם ולא בגובה סכום ההפקדות כולו.

השלישית, פסילת טענת המעסיקים לפיה בהתאם לתקנון קרן הפנסיה של הפניקס היה על המנוחה לעבור תקופת אכשרה בת 60 חודשים על מנת להיות זכאית לפנסיה נכות, הגם שהמערערים לא הרימו את הנטל להוכיח כי למנוחה לא הייתה מחלה קודמת. בנסיבות אלה, נטען, לא מן הנמנע כי אף אם היו המעסיקים מבצעים בזמן אמת הפקדות עבור המנוחה לקרן פנסיה היא לא הייתה זכאית לביטוח נכות ושאריות לא היו זכאים לפנסיה שארים.

16. בתשובה לערעור שכנגד טוענים המערערים כי מדובר בערעור סרק שהוגש אך ורק על מנת להוות משקל שכנגד לערעור שהוגש על ידם ועל כן מהווה ניצול לרעה של ההליך



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

המשפטי, שכן לו היו המעסיקים מאמינים לכל הטענות שהועלו בערעור שכנגד, ששווין הכספי הוא רב, היו בוחרים להגיש ערעור עצמאי משלהם. לעניין הטענות לגופן טוענים המערערים, בין היתר, כי הטענה בדבר הגדלת שיעור האשם התורם של המנוחה היא בבחינת "הרצחת וגם ירשת" מקום שהמעסיקים הודו מפורשות בעדותם כי היו מודעים לחובתם לעשות למנוחה ביטוח פנסיוני ואף על פי כן, כפי שנקבע בפסק הדין, כלל לא ניסו לעשות כן ואף לא הראו "השתדלות בסיסית" לקיום חובתם זו. לעניין שיעור התגמולים שנפסקו לטובתם טוענים המערערים כי מדובר בטענה חדשה שלא נזכרה בכתב ההגנה וכי ממילא החובה להפקיד לביטוח פנסיוני את חלקה של המנוחה חלה על המעסיקים ועל כן עליהם לשאת באחריות לכך שלא עשו כן. כן טוענים המערערים כי נטל ההוכחה לקיומה של מחלה קודמת של המנוחה מוטל על המעסיקים ולא עליהם, וכי ממילא מדובר בטענה חסרת תום לב שעה שבידי המעסיקים היה כל תיקה הרפואי של המנוחה עם כל המידע הרלוונטי.

הדיון בערעור ובערעור שכנגד

17. בדיון המקדמי ובדיון בערעורים מיקדו המעסיקים את טענותיהם כלפי זכאות הבן הצעיר בהיותו חסר "מעמד משפטי" להגיש את התביעה, מאחר שבנקודת הזמן של הגשת כתב התביעה המתוקן, בעקבות פטירת האם המנוחה, הוא היה קטין, בן הזוג לשעבר טרם אימץ אותו "והאפוטרופוס שלו לא ייצג אותו". לגישת המעסיקים בערעור "בית הדין לא יכול להכשיר כשרות משפטית של מישהו שבעת הגשת התביעה היה מחוסר כשרות משפטית". עם זאת, המעסיקים שוב לא חזרו בדיונים בפנינו על הטענה לפיה הבן הצעיר אינו בנה של המנוחה, ולשאלת בית הדין האם הם חולקים על כך כי הוא "שאיר" השיב בא כוחם כי "זה לא רלוונטי".



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

דיון והכרעה

תמצית ההכרעה והילוך הדיון

18. לאחר שבחנו את טענות הצדדים בכתב ובעל פה ואת כלל חומר התיק, הגענו למסקנה לפיה דין הערעור העיקרי להתקבל ודין הערעור שכנגד להידחות.

19. בפתח הדברים נדון בערעור המערערים (ולמעשה, בערעור שלושת ילדי המנוחה שכן אין חולק שכן הזוג לשעבר אינו נמנה עם שאירי המנוחה), ונבהיר מדוע אין לקבל את עמדת המעסיקים לפיה יש לדחות את הערעור הגם שלא מטעמיו של בית הדין. בחלקה השני של הכרעת הדין נדון בערעור שכנגד המעלה שאלות נקודתיות בסוגית עצם החבות של המעסיקים, ובסוגיה העקרונית האם ניתן להפחית פיצוי של עובד או של שאיריו בנסיבות בהן הופרה זכותו להסדר ביטוח פנסיוני עקב רשלנות תורמת או אשם חוזי תורם. כמו כן נחזור ונפנה לפסיקה שעניינה היקף החבות והנטלים הראייתיים עת מועלית טענה לפיה מבוטח, או מי שזכאי היה להיות מבוטח ולא בוטח על ידי מעסיקו, לא היה זכאי לקבלת קצבה אף אילו בוטח עקב קיומה של מחלה קודמת.

ערעור ילדי המנוחה

הבן הצעיר הוא בנה של המנוחה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

20. בית הדין האזורי פסק באשר לבן הצעיר כי "הנתבעים הכחישו היותו ילדה הביולוגי של המנוחה (ר' סעיף 12 לכתב ההגנה) ... משמדובר בעובדה מוכחשת, היה על התובעים להוכיחה וכך לא עשו". משלא הוצגה בפניו תעודת זהות של המנוחה ולנוכח ספקות נוספים שהועלו על ידו (הוספת מספר תעודת הזהות בצוואה בכתב יד, בניגוד לילדים הגדולים שמספר תעודת הזהות שלהם הודפס; נשיאת שם משפחתו של בן הזוג לשעבר מעת לידתו) פסק בית הדין האזורי כי המערערים כשלו בהוכחת מעמדו של הבן הצעיר.

21. כפי שצוין לעיל המעסיקים אינם עומדים על הטענה לפיה הבן הצעיר לא היה בנה של המנוחה. בנסיבות אלה נציין, בתמצית בלבד, כי מצאנו טעם רב בטענת המערערים לפיה כלל לא נטען בסעיף 12 לכתב ההגנה המתוקן אליו היפנה בית הדין האזורי כי הבן הצעיר אינו בנה של המנוחה. כתב ההגנה התייחס "לשאלות השונות העולות בדבר מעמדו" של הבן הצעיר והיפנה להחלטה בתיק הנוסף שעניינה בקשה למינוי אפוטרופוס לדין לבן הצעיר בהיותו קטין. בכתב ההגנה לא נטען כי הבן הצעיר אינו בנה של המנוחה ובהחלטה אליה היפנה כתב ההגנה התייחס בית הדין אל המנוחה כאמו של הבן הצעיר.

22. נוסף ונבהיר כי תעודת הזהות של המנוחה, בה מופיע שמו של הבן הצעיר כבנה של המנוחה, הוצגה בבקשה לפטור מאגרה שהוגשה בהליך מושא הערעורים ובהליך הנוסף. גם אם ככלל לא ניתן היה להסתמך על ראייה שהוצגה בהליך ביניים ללא הצגתה הפורמלית פעם נוספת בהליך הבאת הראיות (ראו: תקנה 246 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד – 1984 (להלן – **תקנות תשמ"ד**) החלות על ההליך לנוכח מועד הגשת התביעה, אשר הוחלה בבתי הדין לעבודה מכוח סעיף 33 לחוק בית הדין לעבודה - דב"ע נב/5-3 **עודה** – **שהין**, פד"ע כג 350, 357 (1991)); אורי גורן **סוגיות בסדר דין אזרחי** 715 (מהדורה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

12, 2015), הסכימו הצדדים בהתנהגותם כי ראיות שהוגשו בהליך הנוסף תשמשנה גם בתביעה נגד המעסיקים, כך שתעודת הזוהות הוצגה בו כדין.

23. מעבר לנדרש נציין, כי אף אם היינו סבורים כי ניתן לאתר בסעיף 12 לכתב ההגנה טענה, ולו מובלעת, לפיה הבן הצעיר אינו בנה של המנוחה, היינו נעתרים בנסיבות העניין ולנוכח עמימות הטענה בכתב ההגנה לבקשה לצירוף ראיות בערעור. הראיות הנוספות - ובראשן רשומות רפואיות מחדר לידה, שנמצאו בידי המעסיקים בעקבות כתב ויתור על סודיות רפואית (מוצג ת/1) - מוכיחות באופן משכנע כי הבן הצעיר הוא בנה של המנוחה, ולא בכדי לא עמדו המעסיקים על הטענה בערעור.

הכשרות לתבוע

24. טענת המעסיקים היא כי במועד הגשת כתב התביעה המתוקן לא היה הבן הצעיר כשיר לתבוע. משכך, לא היתה לבית הדין האזורי סמכות לדון בתביעה וכפועל יוצא מכך "נפל פגם היורד לשורשו של הליך" ולא ניתן לפסוק לטובת הבן הצעיר. בית הדין האזורי לא נדרש לטענה זו, לנוכח קביעתו כי לא הוכח שהבן הצעיר הוא בנה של המנוחה. בנסיבות בהן העובדות ביחס לטענת היעדר הכשירות אינן שנויות במחלוקת תיבחן להלן הטענה על ידנו.

25. במועד הגשת כתב התביעה המתוקן (17.4.2018) היתה המערערת 2 בגירה והמערער 3 (להלן – **הבן האמצעי**) והבן הצעיר היו קטינים. סעיף 14 לחוק הכשרות והאפטרופסות קובע כי "**ההורים הם האפטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים**" ובהתאם לסעיף 15 לחוק מוקנית להם הסמכות לייצגם, ובכלל זה הגשת תביעה לערכאה שיפוטית (יצחק



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

אנגלרד, חוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, התשכ"ב – 1962, עמ' 62 (1995).
להלן - אנגלרד). אמם של הבנים הקטינים, המנוחה, נפטרה. בן הזוג לשעבר הוא אביו וממילא גם האפטרופוס היחיד של הבן האמצעי במועד הרלוונטי (סעיף 28 לחוק הכשרות והאפטרופסות). עם זאת, הוא אינו אביו של הבן הצעיר. זהות האב, כך נטען (וכך עולה מהעדויות), ידועה (להלן - האב הביולוגי). האב הביולוגי היה אפוא באותו מועד האפטרופוס הטבעי של הבן הצעיר, ולא נפסק כי אין הוא ממלא את חובתו כלפי הבן הצעיר, והאפטרופסות לא נשללה או הוגבלה (ראו: סעיפים 26 – 30 לחוק הכשרות והאפטרופסות).

26. לפי רישת סעיף 4 לחוק הכשרות והאפטרופסות "פעולה משפטית של קטין טעונה הסכמת נציגו". בהיותו של בן הזוג לשעבר האפטרופוס הטבעי של הבן האמצעי לא היה חולק על זכותו של הבן האמצעי להגיש את התביעה. מנגד, אין חולק כי במישור העובדתי התביעה בשם הבן הצעיר לא הוגשה על ידי האב הביולוגי שהיה "נציגו" במועד הגשת התביעה. עם זאת, ביום 7.8.2018 מונה בן הזוג לשעבר כאפטרופוס זמני לתקופה של ששה חודשים וכפי שהובהר באישור באת כוח היועץ המשפטי לממשלה מיום 16.8.2018 שהומצא בהליך הנוסף "מינוי אפטרופוס על כלל ענייניו של הקטין כולל גם ייצוגו בפני ערכאות" ובן הזוג לשעבר "בא בנעליו של ההורה הביולוגי ... על כל המשתמע מכך, ולרבות ייצוג ענייניו וטובתו בכל הערכאות במדינת ישראל". בין כך ובין כך, בחודש דצמבר 2018 ניתן צו האימוץ ואין חולק כי מאותו מועד מעמד בן הזוג לשעבר כמעמד הורה לכל דבר לרבות הזכות לייצג את ענייני הבן הצעיר בערכאות.

27. הנה כי כן, תביעת הבן הצעיר הוגשה שלא באמצעות אפטרופוסו, הגם שבשלב מוקדם של ההליך המשפטי הפך בן הזוג לשעבר לאפטרופוס ואף לאב מאמץ וכנציגו מאותו שלב



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

הורשה לייצגו גם בהליך. האם יש בעובדה לפיה תביעת הבן הצעיר הוגשה שלא באמצעות האפוטרופוס הטבעי, האב הביולוגי, כדי להשמיט את הקרקע מתחת לתביעה כטענת המעסיקים?

28. כידוע, קיימת הבחנה בין שלילת כשרות, כך שפעולה משפטית היא בטלה מעיקרה, לבין הגבלתה (**אנגלרד**, בעמ' 49). חוק הכשרות והאפוטרופוסות נוקט בדרך של הגבלת כשרות. כך, סעיף 4 לחוק קובע כי הסכמת נציג הקטין לפעולה משפטית "**יכולה להינתן מראש או למפרע**" וסעיף 5 לחוק קובע כי "**פעולה משפטית של קטין שנעשתה שלא בהסכמת נציגו ניתנת לביטול**" על ידי נציגו של הקטין או על ידי היועץ המשפטי. בנסיבות העניין, המשך ניהולו של ההליך המשפטי בשם הקטין לאחר מינוי בן הזוג לשעבר כאפוטרופוס מהווה על פני הדברים הסכמה למפרע, ומכל מקום אין חולק כי האב הביולוגי או היועץ המשפטי לא הגישו בקשה לביטול הפעולה המשפטית של הגשת התביעה (ראו: בע"מ 946/08 פלוני נ' פלוני. פסקה י"ד (26.5.2008); ע"א 5010/06 בן איבגי נ' ד.ר. נופרים ואלי חן בע"מ. פסקה 7 (16.11.2010)).

29. יתר על כן, לפי תקנה 32 לתקנות תשמ"ד (ולפי תקנה 32 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשכ"ג – 1963 שקדמו להן) ניתן להגיש תביעה באמצעות "ידיד קרוב" אשר בעניינו של חסוי יסווג כ"אפוטרופוס למעשה" (למבחני העזר מתי ייחשב הנציג כ"אפוטרופוס למעשה", ראו: בע"מ 4513/12 פלונית נ' פלונית (2.12.2012)), כל עוד אותו "ידיד קרוב" לא פועל בניגוד לרצונו של ההורה, או שההורה מגלה יחס עוין, רשלנות או אדישות כפי שגילה האב הביולוגי בענייננו (ראו: ע"א 8/74 ליזרוביץ נ' ליזרוביץ, פ"ד כח(2) 439, 436 (1974)).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

כך, בעניין ניסנקורן שבו נדחתה בקשה לביטול תביעה למזונות קטינה שהוגשה כנטען "שלא כדין" באמצעות דודתה של הקטינה, הובהר כי "תקנה 32 מאבחנת בין הגשת תביעה לבין התגוננות בה, ובו בזמן שהתגוננות בדין יכולה להתנהל רק על ידי אפטרופוס, בין אפטרופוס טבעי ובין אפטרופוס על פי מינוי, הרי הגשת התביעה יכול ותעשה גם על ידי ידיד קרוב, אף אם אינו אפטרופוס כאמור" (ע"א 690/79 ניסנקורן נ' ניסנקורן, פ"ד לד 357, 359 (1980). ההדגשה הוספה – ר.פ.). אף בבתי הדין לעבודה קיים ייצוג של "ידיד קרוב" (יצחק לובוצקי סדר הדין במשפט העבודה, פרק שני עמ' 6 (מהדורה חמישית, 2016)).

30. נבהיר, כי הצדדים לא הרחיבו בהיבטים המשפטיים של הסוגיה. המעסיקים ציינו כי נפל פגם בשורש ההליך ואילו המערערים התמקדו בסוגיית ההורות של האם המנוחה. משכך, נציין כי סקירתנו לעיל היא סקירה כללית בלבד. לגישתנו, בין אם נראה בכך הזוג לשעבר כמי שאשרר למפרע את ההליך לאחר מינויו לאפטרופוס זמני או לאחר מתן צו האימוץ בנסיבות בהן האפטרופוס הטבעי (האב הביולוגי) והיועץ המשפטי לא עתרו לביטול התביעה, ובין אם נראה בו כאפטרופוס למעשה במועד הגשת התביעה לנוכח זיקתו ההדוקה לבן הצעיר שנשא את שמו מעם היוולדו והתגורר עמו לפחות מעת שהתייתם, אין מקום לקבוע כי ההליך בעניינו בטל בשל תקופת ההתדיינות הקצרה בה היה מיוצג שלא באמצעות אפטרופוס טבעי או ממונה.

31. נוסף ונציין, כי כאשר בעל דין סבור כי אין לבעל הדין שכנגד את הכושר המשפטי לתבוע, עליו להקדים ולפנות לבית הדין בבקשה למחיקת ההליך או לעיכובו, כפי שנעשה בהליך הנוסף. ספק אם העלאת טענת סף מסוג זה, מבלי שבעל הדין עומד על בירורה תוך



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

שהוא מצפה לסיום ההליך ולתוצאתו, עולה בקנה אחד עם חובת תום הלב, ואפשר שהיה אף די בכך כדי להביא בנסיבות העניין לדחיית הטענה.

הערעור שכנגד של המעסיקים

מיקוד הדיון

32. בהתאם לצו ההרחבה הפנסיוני הוטל על המעסיקים לצרף את המנוחה להסדר ביטוח פנסיוני. בנסיבות בהן לא נטען כי במועד קבלתה לעבודה היתה המנוחה "מבוטח[ת]" בביטוח פנסיוני כלשהו" כלשון סעיף 6 ה. לצו, היה על המעסיקים לעשות כן לכל המאוחר בחלוף ששה חודשי עבודה. המעסיקים לא קיימו אחר החובה. כאשר בסמוך לסיום עבודתה איבדה המנוחה את כושר עבודתה ובהמשך הלכה לעולמה, הם נתבעו לשלם ליורשים את הפסד פנסיית הנכות ולשלם לשאירים את הפסד פנסיית השאירים שהיו משתלמות אילו קיימו המעסיקים את חובתם על פי דין.

33. המעסיקים העלו בבית הדין האזורי שורה ארוכה של טענות. בין היתר טענו להיעדר סמכות בהיותה של עילת התביעה עילה נזיקית; להיעדר אפשרות מעשית לביטוחה של המנוחה ללא שיתוף פעולה מצדה; ליציאתם ידי חובה עם קיום "השתדלות" לביטוחה; לאשם תורם של המנוחה בעטיו יש לאיין או למצער להפחית את הפיצוי. עוד נטען בין היתר כי אף אם היו מקיימים את חובתם ומבטחים את המנוחה, היא ושאיריה לא היו זכאים לפנסיה מאחר שנכותה ארעה בתקופת האכשרה כתוצאה מ"מחלה קודמת" לתקופת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

ההצטרפות לקרן, וכי בכל מקרה יש לקזז מסכום הפיצוי קצבאות נכות ותלויים המשולמות על ידי המוסד לביטוח לאומי וכן שליש מהסכום בגין חלקה של המנוחה בדמי הגמולים.

34. חלק ניכר מטענות המעסיקים הן טענות שנבחנו והוכרעו בפסיקתו הענפה ורבת השנים של בית דין זה. מקצתן של הטענות נטועות בעובדות הספציפיות של המקרה. בית הדין האזורי בחן כל אחת ואחת מטענות המעסיקים, הן המשפטיות והן העובדתיות, תוך שהוא דוחה את עיקרון, אך מקבל את טענתם לעניין אשמה התורם של המנוחה. הילוכנו יהיה שונה במעט. נציג להלן את המסגרת הנורמטיבית ונבחן את יישומה בנסיבות העניין שבפנינו, מבלי שנידרש בפירוט לטענות המעסיקים שהוכרעו זה מכבר בפסיקה. בדיוננו נבחין בין עצם החבות לצירוף המנוחה להסדר פנסיוני והשלכות הפרתה לבין טענות הגנה שתכליתן לאיין או לצמצם את היקפה של החבות בנסיבות העניין. מסקנתנו תהא כי צדק בית הדין האזורי בקביעתו העקרונית לפיה על המעסיקים לפצות את המערערים עקב הפרת חובתם לבטח את המנוחה בהסדר ביטוח פנסיוני, תוך דחיית טענות ההגנה שהועלו על ידי המעסיקים, וכי בנסיבות המקרה לא זו בלבד שאין להעלות את שיעור ההפחתה בשל אשם תורם אלא שלא היה מקום לבצע הפחתה כאמור.

המסגרת הנורמטיבית

35. סעיף 19 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז – 1957 (להלן – חוק הסכמים קיבוציים) קובע כי יראו הוראות שבהסכם קיבוצי בדבר תנאי עבודה כחלק מהסכם העבודה. לפיכך, כבר לפני שנות דור נפסק בנסיבות דומות כך:

"עילת התביעה כאן אינה בנזיקין, אלא בהפרת חוזה הוא חוזה

העבודה שחייב את המעבידה ואת המנוחה מכוח צו ההרחבה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

מכאן שהטענה לחוסר סמכות של בית דין זה אין לה על מה
לסמוך ...
משהפרה המעבידה את חוזה העבודה על ידי אי ביצוע
תשלומים ל'מבטחים', כמוטל עליה על פי ההסכם הקיבוצי החל
לפי צו ההרחבה, קמה למנוחה זכות תביעה. הברירה היתה
לתבוע ביצוע בעין על ידי אכיפת התשלומים ל'מבטחים' או
לתבוע פיצויים על הפרת החוזה".

דב"ע (ארצי) לד/3-40 אולמי פאר באשקלון בע"מ – אזרזר, פד"ע ה 401, 411
(1974), וראו בין היתר גם – ע"ע (ארצי) 1137/02 אדיב – החברה לפיתוח ומלונאות
רחביה בע"מ. פסקאות 16 – 19 (19.1.2003). להלן – עניין אדיב; בר"ע (ארצי) 25103-
08-22 מיכאלוביץ – הרלינגטון אשקלון. פסקה 10 (14.8.2022). להלן – עניין
מיכאלוביץ).

36. משמקורה של הזכות לפי צו ההרחבה הפנסיוני הוא בהסכם קיבוצי, חלה הוראת סעיף
20 לחוק הסכמים קיבוציים לפיה "זכויות המוקנות לעובד בהוראות אישיות שבהסכם
קיבוצי אינן ניתנות לויתור" (לקביעה לפיה הזכות הפנסיונית היא "זכות אישית"
כמשמעה בחוק הסכמים קיבוציים, ראו: דב"ע (ארצי) מב/3-132 להבים עבודות
שרברבות בע"מ – פרנסה, פד"ע יד 264, 269 (1983); לקביעה לפיה "להוראות בהסכם
קיבוצי ש'הורחבו' מכוח סעיף 25 לחוק הסכמים קיבוציים אותו מעמד ואותו משקל
אשר להוראות בהסכם הקיבוצי עצמו, וכך מידת החיוב שבהן", ראו: דב"ע (ארצי)
לח/3-59 סילשי – דורון, פד"ע י 32, 39 (1978).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

בהיותה של הזכות הפנסיונית מכוח הסכם קיבוצי או צו הרחבה "הוראה קוגנטית", אין כל תוקף להסכמת עובד לוותר עליה, והיא לפיכך זכות "מוחלטת" [ההדגשה הוספה – ר.פ.], ואינה מותנית בהסכמתו או בהעדפתו של העובד" (ע"ע (ארצי) 212/06 ימית א. ביטחון (1988) בע"מ – אפרים. פסקה 22 (12.11.2008). להלן – עניין ימית; ע"ע (ארצי) 11910-05-22 בניאס – עיזבון המנוח זובטוב ז"ל. פסקה 25 (25.6.2012). להלן – עניין בניאס). כפועל יוצא מכך, נפסק כי את הזכות הפנסיונית "כופים על העובד ואין זה מעלה או מוריד אם יאמר, רוצה אני ואם לאו" (דב"ע (ארצי) מז/3-141 טירן הובלות בע"מ – נוריס חברה לפיתוח והובלות בע"מ, פד"ע יט 403, 407 (1988). להלן – עניין טירן). בהקשר זה נפנה להוראת סעיף 25(א)(5) לחוק הגנת השכר, התשי"ח – 1958, המאפשרת ניכוי מחלקו של עובד לקופת גמל מבלי שנדרשת הסכמתו לניכוי.

37. נדגיש, כי הקביעה דלעיל נכונה לא רק מקום בו עובד הסכים לוותר על זכותו הפנסיונית או להמירה בזכות שונה (כפי שנפסק בין היתר בפסק הדין הראשון בסוגיה: ע"א 378/70 עיזבון המנוח שהד ז"ל נ' דרדיקמן, פ"ד כח(2) 182 (1971)), אלא אף מקום בו העובד התנגד לצירופו לקרן הפנסיה (דב"ע נג/6-8 טלמור – מדינת ישראל, פד"ע כו 535 (1994). להלן – עניין טלמור). כך בעניין טלמור, נדונה תביעתם של שאירי תא"ל במילואים ומנהל בכיר בקונצרן כור, אשר מונה להיות נציג שר הביטחון בוועדת מנכ"לים בעלת חשיבות לאומית ונפטר מספר חודשים לאחר תחילת עבודתו. למרות שנפסק כי המנוח לא בוטח בקרן הפנסיה של "מבטחים" בהתאם להסכם קיבוצי שחל עליו כתוצאה מהתנגדותו, נפסק כי שאיריו זכאים לפיצוי בגין הפסד פנסיית שאירים.

38. החריג היחיד לחובה ה"מוחלטת" הנאכפת על העובד אף אם יתנגד לה, הוא בנסיבות בהן לא ניתן לצרף את העובד להסדר ביטוח פנסיוני כלשהו מסיבות שאינן תלויות בעובד או



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

מעסיקו. כך במשך שנים ארוכות נבצר ממעסיקים לבטח עובדים זרים בקופות הגמל השונות, אשר תקנוניהן ומדיניותן לא אפשרו, לפי הנחיית הגורמים המְאֻסְדָּרִים, את ביטוחם של העובדים הזרים (ראו: ע"ע (ארצי) 20004-12-17 **קפלן את לוי בע"מ** – radit. פסקאות 7 – 8 (29.4.2019)), ונפסק לפיכך כי יש לפצותם בתשלום חלף הפקדות (ע"ע (ארצי) 137/08 **אילינדז – פרידמן חכשורי חברה להנדסה ולבנין בע"מ** (22.8.2010)).

39. כפי שנפסק בעניין **אדיב**, הגם ש"דרך המלך" היא לתבוע את תשלום חוב דמי הגמולים לקופת הגמל (דב"ע (ארצי) שן/66-3 **שקריאת נאצר – רחמים**, פד"ע כב 13, 15 (1990)), העובד (או שאיריו של עובד שלא בוטח) זכאי לבחור את עילת התביעה. ככל שבחר לתבוע פיצוי בעילה של הפרת חוזה, אזי הזכאות היא לקבל את הפיצוי על הפסד הקצבה החודשית "**בערכו הנוכחי, בהיוון כמקובל**" (שם. פסקה 19; עניין **בניאס**. פסקה 27 ג.; ראו הנחיות לאקטואר כיצד לחשב את הפיצוי: ע"ע (ארצי) 21167-03-16 **וולודרצ'יק – פרידמן** (23.7.2017)), כפי שאכן נפסק לא אחת בתביעות של שאירי עובדים שלא בוטחו על ידי מעסיקהם (ראו בין היתר: עניין **טירן**, עניין **טלמור**). נעיר, כי הדברים נכונים בשינויים המחויבים אף בנסיבות בהן העובד המנוח בוטח באופן חלקי (ע"ע (ארצי) 41741-12-16 **דאדון – פופוביץ**. פסקה 21 (5.8.2019)) או בוטח בהסדר פנסיוני שגוי (עניין **בניאס**). בנסיבות אלה, ישולם לשאירים סכום מהוון של ההפרש בין הקצבה שהיו זכאים לקבל אילו בוטח העובד המנוח כמתחייב מההסכם החל בגינו לבין הקצבה המשולמת בפועל.

יישום – חבות המעסיקים



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

40. המעסיקים לא ביטחו את המנוחה בהסדר ביטוח פנסיוני בניגוד למתחייב מצו ההרחבה הפנסיוני. לנוכח האחריות המוחלטת המוטלת עליהם כמפורט לעיל, טענותיהם לחוסר שיתוף פעולה מצד המנוחה, שנתקבלו באופן חלקי על ידי בית הדין האזורי, אינן מעלות ואינן מורידות לעניין עצם החבות.

41. הטענה הרלוונטית היחידה שהעלו המעסיקים לעניין עצם החבות היא כי לא ניתן היה לערוך בתקופה הרלוונטית הסדרי ברירת מחדל שאינם מחייבים שיתוף פעולה של העובד. אין חולק כי בהתאם לסעיף 20(ב) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה – 2005 (להלן – **חוק הגמל**) ניתן לצרף עובד לקופת גמל במסגרת הסדר ברירת מחדל וכי אף צו ההרחבה הפנסיוני מאפשר לצרף עובד לקרן פנסיה מקיפה לפי בחירת המעסיק, והכול כל עוד לא בחר העובד בקופת גמל אחרת (ראו גם: סעיף 13(ב) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ייעוץ, שיווק ומערכת סליקה פנסיוניים), התשס"ה – 2005, המאפשר צירוף עובד לקופת גמל ללא הליך פנסיוני מקדים בהתאם לסעיף 20(ב) לחוק הגמל). טענת המעסיקים נסמכת על רפורמה שנכנסה לתוקף בשנת 2016, לאחר סיום עבודת המנוחה, בעקבות חוזר "הוראות לעניין בחירת קופת גמל" (להלן – **החוזר**) שהוצא על ידי המאסדר ושנועד להגביל את אמות המידה שבהן רשאים מעסיקים וארגוני עובדים להתחשב בעת בחירת קופת ברירת מחדל (לרקע להוצאת החוזר ראו: בג"ץ 3430/16 **התאחדות חברות לביטוח חיים בע"מ נ' הממונה על שוק ההון, ביטוח וחסכון** (30.6.2016)). לטענת המעסיקים עד לכניסת החוזר לתוקף לא היה באפשרותו של "מעסיק קטן" לצרף את עובדיו להסדר ברירת מחדל לפי סעיף 20(ב) לחוק הגמל.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

42. בית הדין האזורי דחה את טענת המעסיקים. בהיבט העובדתי נפסק כי "לנתבעים הייתה קיימת אפשרות מעשית [ההדגשה במקור – ר.פ.] לבטח את העובדת בקופה אחרת לבחירתם, צעד בו נדרשו לנקוט, לכל המאוחר, בחודש נובמבר 2015 (שכן הזכאות קמה לכל המאוחר בחודש 09/2015 - החודש השביעי לאחר תחילת העבודה). הנתבעים לא הראו כי נעשתה השתדלות בסיסית לקיום חובתם, כך שבוודאי אין לאמר כי חובתם זו סוכלה בדרך כלשהי כתוצאה מהתנהלותה של המנוחה (אף שכאמור התנהלותה הכבידה על כך)". בהיבט המשפטי הובהר, כי החוזר "הקל על המעסיקים", שכן טרם כניסתו לתוקף לא הוטלו מגבלות כלשהן לבחירת הסדר ברירת מחדל.

43. ואכן, דין טענת המעסיקים להידחות. המעסיקים טענו בעלמא כי לא היה באפשרות מעסיק כדוגמתם לצרף עובד להסדר ברירת מחדל. לא נטען על ידם כי ניסו לצרף את המנוחה (או עובדים קודמים במשק ביתם) ולא עלה בידם לעשות כן. משכך כינה בית הדין האזורי את טענתם כ"חכמה שלאחר מעשה". נדגיש, כי הטענה העובדתית על אי היתכנות לא נתמכה בחוות דעת מומחה או בפרסומים מהתקופה הרלוונטית. יתר על כן, כפי שציין בית הדין האזורי החוזר הגביל את שיקול הדעת של המעסיקים ולא "פתח" אפשרות שלא היתה קיימת קודם לכן לעריכת הסדרי ברירת מחדל.

44. נציין, כי בתקנון שהיה בתוקף במועד תחילת העסקת המנוחה על ידי המשיבים של קרן הפנסיה הגדולה במשק בתקופה הרלוונטית, "מבטחים החדשה" המנוהלת על ידי מנורה מבטחים פנסיה וגמל בע"מ (להלן – **מנורה מבטחים**), אחת מדרכי ההצטרפות לקרן היתה "בהתאם להודעת מעסיק בה מפורטים פרטי הזיהוי של העמית, שכרו המבוטח בקרן הפנסיה והמועד שממנו ואילך מבוטח שכרו כאמור" (סעיף 12 א. לתקנון מיום 16.2.2015). נקל להיווכח כי לא נדרשת הסכמת העמית לצירופו וממילא לא נדרשה "השתדלות" של מעסיק



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

לצירוף העובד. נעיר, כי בהליך נטען כי המנוחה היתה מבוטחת לא פעילה בקרן הפנסיה "הפניקס פנסיה מקיפה" המנוהלת על ידי הפניקס פנסיה וגמל בע"מ (להלן – הפניקס). אף לפי סעיף 15א. לתקנון קרן זו בתקופה הרלוונטית, ניתן היה לערוך הסכם הצטרפות קולקטיבית ללא חתימת העובד.

45. **סיכום ביניים** מלמד אפוא כי על המעסיקים הוטלה חובה לערוך הסדר ביטוח פנסיוני למנוחה; כל עוד המנוחה לא בחרה אחרת, היה עליהם לערוך בגינה הסדר ברירת מחזל בקרן פנסיה מקיפה; המעסיקים הפרו את חובתם.

טענה חלופית – חיתום תקופת אכשרה

46. לפי תקנוני קרנות הפנסיה קיימת תקופת אכשרה של חמש שנים למחלה קודמת, כך שמי שאיבד את כושר עבודתו בחמש השנים שלאחר הצטרפותו לקרן הפנסיה עקב מחלה קודמת לא יהיה זכאי לפנסיית נכות ואם ילך לעולמו בתקופת האכשרה שאיריו לא יהיו זכאים לפנסיית שאירים (ראו בהרחבה: ע"ע (ארצי) 28489-06-12 **אבו נסאר – מנורה מבטחים פנסיה בע"מ** (1.3.2015)). בחלק מהתקנונים מוקנית לקרן הפנסיה אפשרות לבחון מראש את עצם הצירוף לביטוח ותנאיו (חיתום). לגישת המעסיקים קרנות פנסיה היו מסרבות לבטח את המנוחה ומכל מקום היא ושאיירה לא היו זכאים לקצבאות.

47. כעולה מקביעתו המנומקת היטב של בית הדין האזורי אף טענה זו על שני חלקיה (סירוב של קרנות פנסיה לצירוף המנוחה לביטוח; אי זכאות בשל "מחלה קודמת") נטענה בעלמא ולא היו לה כל תימוכין, למרות שתיקה הרפואי של המנוחה הועבר כמצוין לעיל בשלמותו למעסיקים. מכל מקום, "**לצד הנטל הבסיסי הרובץ על מבוטח להוכיח את נכותו, הנטל**



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

להוכיח כי מבוטח שהתמלאו בו התנאים לקבלת פנסיית נכות אינו זכאי לפנסיה עקב אי עמידתו בתקופת האכשרה ... רובץ על הקרן ולא על המבוטח (ע"ע (ארצי) -10082-17 יחיאל – מנורה מבטחים פנסיה וגמל בע"מ. פסקה 11 והאסמכתאות שם (26.9.2019)). הקביעה דלעיל נכונה אף לטענה לפיה העובד כלל לא היה מתקבל לביטוח לנוכח מצבו הרפואי. המעסיקים לא עשו דבר כדי להרים את הנטל, ומשכך בדין נדחתה טענתם על ידי בית הדין האזורי.

טענה לעניין היקף החבות - אשם תורם

48. המעסיקים טענו בבית הדין האזורי כי על המנוחה רובץ אשם תורם בשיעור של 100% המאיין את עילת התביעה הפנסיונית. בית הדין האזורי קבע כי "לנתבעים לא היתה מניעה לבטח את המנוחה בביטוח פנסיוני, חרף חוסר שיתוף הפעולה מצד המנוחה ... הוכח, כי הנתבעים היו מודעים לאפשרות זאת, שכן הם התריעו במועד לא ידוע בפני המנוחה שככל שלא תודיע על בחירת קרן, יבחרו בעצמם את הקרן", כך שאין מקום להטיל עליהם אשם תורם בשיעור של 100%.

עם זאת, בית הדין מצא כי "יש לייחס אשם תורם מסוים על המנוחה", שהוגדרה על ידו כ"מי שעסקה בהעדפת ההווה המיידית ביותר על פני העתיד הרחוק", יצרה מצג לפיו אין היא מעוניינת בביטוח פנסיוני והפרה את חובתה להתריע בזמן אמת תוך הפרת חובת תום הלב. כמו כן עמד בית הדין האזורי על האחריות האישית המוטלת על כל אזרח לביטוחו הפנסיוני, שאחד מהיבטיה הוא גם הגנה על החברה כולה תוך הסרת נטל עתידי כלפי מי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

שמשכן את העתיד לטובת ההווה. עוד הובאו בחשבון העובדה לפיה הפיצוי עתיד להיפסק בסכומים חד פעמיים ובכך סוכלה חלקית מטרת הביטוח הפנסיוני וכן הזמן הקצר יחסית בו לא קוימה החובה. במכלול השיקולים הורה בית הדין "כי יש להפחית מהפיצויים להם זכאית המנוחה שיעור של 20%".

49. המעסיקים ערערו על שיעור ההפחתה. לטעמם היה מקום לקבוע כי אשמה התורם של המנוחה הוא בשיעור של בין 50% לבין 100% בהתחשב בנימוקי בית הדין האזורי, בעובדה לפיה סיכלה את האפשרות לביטוחה הפנסיוני ותוך מתן משקל להעסקה במשק בית השונה באופן מהותי מההעסקה לצרכי עסק. המערערים טענו בתשובתם לערעור שכנגד כי בית הדין האזורי שגה עת קבע כי יש לייחס להם אשם תורם, אך הבהירו כי בחרו שלא לערער בסוגיה מאחר שמדובר בהחלטה שבשיקול דעת.

50. דין ערעור המעסיקים להידחות שלא מטעמי בית הדין האזורי. עילת התביעה של ילדי המנוחה היא אי עריכת הסדר ביטוח פנסיוני למנוחה בניגוד ל"הוראה קוגנטית" בצו ההרחבה הפנסיוני המטילה על המעסיק "חובה מוחלטת" (עניין ימית ועניין בניאס). הקביעה לפיה ניתן לייחס אשם חוזי תורם לעובד כלפיו מופנית החובה המוחלטת, עד כדי איונה של החובה, אינה עולה בקנה אחד עם ההוראה המפורשת של סעיף 20 לחוק הסכמים קיבוציים לפיה זכות אישית מכוח הסכם קיבוצי אינה ניתנת לוותר ומהווה מעקף של הוראות משפט העבודה המגן.

51. אכן, בעניין טלמור שבו פסק בית הדין האזורי פיצוי נמוך מההפסד המפורט בחוות דעת אקטוארית, צוין כי "לו היה בית הדין מנמק את קביעת הפיצויים המופחתים ב'אשם תורם' הרובץ לפתחו של המנוח בשל מחדל לבטחו במבטחים, אפשר שהיה משקל



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

נכבד לטענה" (שם, בעמ' 541), אך הדברים נכתבו כאמרת אגב, מבלי שהטענה הועלתה על ידי המדינה (הנתבעת בהליך), ובנסיבות שבהן נתקבל ערעור השאירים שזכו בפיצוי על מלוא הפסד פנסיית השאירים חרף התנגדות העובד המנוח לביטוחו במבטחים. עוד יצוין כי בית הדין האזורי היפנה בפסק דינו להחלטה שניתנה על ידי מותב אחר של בית הדין האזורי בירושלים (סע"ש (אזורי, ירושלים) 13-04-25-350 **הפציבה הלפר** – עיריית ירושלים (11.12.2014)), אך בעקבות בקשת רשות ערעור שהוגשה על ידי התובעת (בר"ע 25376-01-15) הושג הסכם פשרה והתביעה נמחקה (פסק דין מיום 12.7.2015).

52. בשולי הדברים נעיר את ההערות הבאות:

האחת, קביעתנו לעיל יפה בנסיבות בהן הזכות הפנסיונית נובעת, כבענייננו, מהוראות הסכם קיבוצי או צו הרחבה. ייתכנו מקרים בהם הוקנתה לעובד זכות פנסיונית עדיפה על זכותו לפי דין (לדוגמה: זכות חוזית לביטוח מלוא שכרו של עובד עליו חל צו ההרחבה הפנסיוני לפיו יש לבטח שכר שאינו עולה על השכר הממוצע במשק). במקרים אלה ניתן להעלות טענות בדבר אשם חוזי תורם בגין הזכות החוזית העודפת.

השניה, נוכח קביעתנו לעיל איננו נדרשים להנמקת בית הדין האזורי להטלת אשם חוזי תורם על המנוחה ולערעור המעסיקים על שיעור האשם התורם. עם זאת, ספק רב בעינינו אם היה מקום להטיל אשם חוזי תורם על עוזרת בית המפרנסת שלושה ילדים שחשבונה בבנק מוגבל (והיא מבקשת כי שיקים בגין תשלומי תמורת חופשה יהיו לפקודת בתה המערערת 1) בנימוק של "העדפת ההווה המיידית ביותר על פני העתיד הרחוק" ולייחס לה בשל כך חוסר תום לב. החובה לערוך הסדר ביטוח פנסיוני מוטלת על המעסיק, שביכולתו



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

היה למנוע את נזקם של המנוחה וילדיה (השוו: ע"ע (ארצי) 25181-03-19 מלונות הכשרת הישוב בע"מ – בן עמי. פסקה 53 (4.3.2021)), כאשר לעובד מוקנית הזכות, אך לא מוטלת עליו חובה, לסטות מברירת המחדל של חיסכון בקרן פנסיה ולעצב את הסדר הביטוח הפנסיוני כראות עיניו (ע"ע (ארצי) 7243-10-15 לנדסברג – גל רוב יועצים בע"מ (20.8.2018)).

השלישית, מבלי שנקבע מסמרות אפשר שייתכנו מקרים חריגים ויוצאי דופן שבהם יסכל העובד את האפשרות לעריכת הסדר ביטוח פנסיוני שלא בידיעת מעסיקו, אשר בעטים לא יחויב מעסיקו בתשלום פיצויים על נזקם של העובד או שאיריו או כל חלק ממנו. נסיבות העניין שבפנינו רחוקות מרחק רב ממקרים אלה.

53. הנה כי כן, לא היה מקום להפחית משיעור הפיצויים של ילדי המנוחה בשל אשם חוזי תורם. משילדי המנוחה בחרו שלא לערער על קביעת האשם התורם והפחתת שיעור הפיצוי בהתאם, אין בידנו להתערב בקביעת בית הדין האזורי אך מכל מקום דין ערעור המעסיקים באשר לשיעור ההפחתה להידחות.

טענה (נוספת) לעניין היקף החבות – יש להפחית את גובה הפיצוי בשליש

54. המעסיקים טוענים כי יש להפחית את גובה הפיצוי בשליש. לטענתם יש לחשב את ההכנסה הקובעת לפי חלק המעסיקים בהפקדות בלבד "וברי כי המנוחה לא היתה מאפשרת ולא היתה מעבירה בפועל את החלק שלה-עצמה". אין כל בסיס לטענה:



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

"תביעת פיצוי להפסד פנסיה, בין אם מחמת אירוע ביטוחי ובין אם מחמת הגעה בפועל או בעתיד לגיל פרישה, מחושבת לפי השיעור הכולל של דמי הגמולים שיש להעביר לקרן הפנסיה (חלק מעסיק וחלק עובד גם יחד) שהרי נזקו של העובד הוא של הפסד הפנסיה שהיה זכאי לה אילו הועברו דמי הגמולים במלואם כפי חובת המעסיק (השוו: דב"ע (ארצי) נג/8-6 טלמור – מדינת ישראל, פד"ע כו 535 (1994)), כאשר מסכום זה יש לנכות, במקרה הרגיל ובכפוף לדיני עשיית עושר ולא במשפט, את חלקו של העובד בדמי הגמולים (לניכוי חלק העובד בהפסד פנסיה, ראו: עניין בניאס. פסקה 31; פסקה 4 להחלטת מינוי אקטואר בע"ע (ארצי) 21167-03-16 וולדורצ'יק – פרידמן (23.7.2017)). (עניין מיכאלוביץ. פסקה 10; ראו גם – ע"ע (ארצי) 40011-12-21 סגל – עיריית ירושלים. פסקה 21).

55. המערערים זכאים לפיכך לפיצוי בגין הפסדי פנסיית הנכות ופנסיית השאירים שהמנוחה (פנסיית הנכות) וילדי המנוחה (פנסיית השאירים) היו זכאים לקבל מהפקדות המעסיק והמנוחה גם יחד.

ההכרעה

56. מכל האמור לעיל עולה אפוא כי דין ערעור המערערים להתקבל ודין הערעור שכנגד שהגישו המעסיקים להידחות.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

57. המערערים עתרו בהודעת הערעור כי אם יתקבל ערעורם יוחזר הדיון לבית הדין האזורי לקביעת סכום הפיצוי תוך שבית הדין האזורי יקבע מה היא חוות הדעת האקטוארית שיש להעדיף, בנסיבות בהן חוות הדעת האקטוארית שהגישו, ואשר עורכה לא נחקר על ידי המעסיקים, לא התקבלה אך משום שהונח בה כי אף הבן הצעיר זכאי לפנסיית השאירים.

58. עם זאת, אנו מוצאים לנכון להורות כי בשלב הראשון המעסיקים ישלמו למערערים בתוך 30 ימים מהיום את ההפרש שאינו שנוי במחלוקת בין הפסד פנסיית השאירים של שלושת ילדי המנוחה לפי חוות הדעת מטעמם בניכוי האשם התורם ובתוספת הפרשי הצמדה וריבית כדין מיום פטירת המנוחה לבין הסכום המשוערך ששולם, אם שולם, בגין הפסד פנסיית השאירים לפי פסק הדין.

59. אנו מורים אפוא על החזרת הדיון לבית הדין האזורי לקביעת שיעור הפיצוי בעקבות קבלת ערעור המערערים, ויחול האמור להלן:

בהיבט המהותי יהיה על בית הדין לקבוע על בסיס הראיות הקיימות מה הוא השכר המבוטח של המנוחה; מה התקנון לפיו יחושבו זכויות ילדי המנוחה - האם תקנון קרן הפניקס בה היו למנוחה בעבר זכויות שנפדו או שמא תקנון מנורה מבטחים שהיא קרן הפנסיה החדשה הגדולה ביותר (הגם שיש להניח שאין הבדל מהותי, אם בכלל, בהוראות התקנונים. יצוין, כי מחודש יוני 2018 קיים תקנון אחיד – "התקנון התקני" - בקרנות הפנסיה החדשות); מהי חוות הדעת האקטוארית שתועדף.

בהיבט הדיוני יחליט בית הדין האזורי, לפי שיקול דעתו הבלעדי, האם יורשו הצדדים להגיש חוות דעת אקטואריות משלימות או נוספות או שמא ימונה אקטואר מכריע; האם נדרשת השלמת טיעון או נדרשות חקירות.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 39115-01-21

בהינתן פרק הזמן הארוך שחלף, גם בעקבות התמשכות ההליכים בפנינו, מתבקש בית הדין ליתן בכפוף לאילוצי היומן עדיפות להשלמת ההליכים בתביעת המערערים.

60. **סוף דבר** – ערעור ילדי המנוחה מתקבל והתיק מוחזר לבית הדין האזורי כמפורט בסעיף 59 לעיל. הערעור שכנגד נדחה. המעסיקים ישלמו למערערים בתוך 30 ימים מהיום את ההפרש כמפורט בסעיף 58 לעיל וכן הוצאות משפט ושכר טרחת עורכי דין בסכום (כולל) של 15,000 ש"ח אשר ישולם בתוך 30 ימים מהיום.

ניתן היום, א' אדר תשפ"ג (22 פברואר 2023), בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

רוני פוליאק,
שופט

לאה גליקסמן,
שופטת

אילן איטח,
סגן נשיאה, אב"ד

מר דורון קמפלר,
נציג ציבור (מעסיקים)

גברת חיה שחר,
נציגת ציבור (עובדים)