

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
א 1354/09 (בשא 7211/09)
מרום בריקמן ג. מכבי שירותי
(בתיק מרום בריקמן ג. מכבי ש.ש.)
ת.פתיחה: 30/03/09 סדר דין: רגיל

בבית המשפט המחוזי

בתל-אביב-יפו

המבקשת: מיכל מרום בריקמן, ת.ז. 024675746
(התובעת) מרח' ברזיל 1 תל אביב
ע"י ב"כ עו"ד ענת ארז
מרח' בן גוריון 122, רמת השרון 47321
טל': 03-5474948 ; פקס: 03-5475028

- נגד -

המשיבה: מכבי שירותי בריאות, אגודה עותומנית מס' 227/99
(הנתבעת) מרחוב המרד 27 תל אביב 68125, ת"ד 50493
טל': 03-5143501 ; פקס: 03-5143822

בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להכיר בתובענה שבכותרת כייצוגית, בהתאם להוראות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "החוק" או "חוק התובענות הייצוגיות").

כל ההדגשות בציטוטים שיובאו להלן אינן במקור, אלא אם נאמר במפורש אחרת.

א. בקליפת אגוז

1. התובענה נשוא בקשה זו, עוסקת בביטוח בריאות מהסוג הנפוץ בישראל, הניתן במסגרת תוכנית לשירותי בריאות נוספים, הכולל חלק או מרכיב המכונה ביטוח השתלות (להלן: "ביטוח השתלות"). ביום 1.5.2008 נכנס לתוקפו חוק השתלת אברים, תשס"ח-2008¹ (להלן: "חוק ההשתלות"). בחוק ההשתלות שונו לחלוטין הזכויות והחובות הנובעים מביטוח השתלות.
2. התובענה נשוא בקשה זו עוסקת בהמשך גבייה של דמי ביטוח בגין רכיב ביטוח השתלות למרות שכתוצאה משינוי החקיקה שבחוק ההשתלות, הסיכון לגבי ביטוח נתבטל באופן שמקרה הביטוח בגין רכיב ההשתלות נעשה בלתי אפשרי לאחר כריתת חוזה הביטוח, ולחילופין, לאור שינוי הנסיבות, חלה הפחתה משמעותית בסיכון של המבטח באופן המחייב הפחתה משמעותית של דמי הביטוח לאחר כריתת חוזה הביטוח.
3. על כן, בהתאם להוראות חוק התובענות הייצוגיות, מתבקש בזאת בית המשפט הנכבד לאשר את התובענה שבכותרת כתובענה ייצוגית, והכול מהנימוקים אשר יפורטו להלן.

ב. הרחבת שערי הכניסה להיכל התובענות הייצוגיות

4. חוק התובענות הייצוגיות נפתח עם הגדרת מטרתו בסעיף 1. בחירת הניסוח של סעיף המטרה, כפי שמובא להלן, מדברת בעד עצמה, ומעידה על הכרת המחוקק בחשיבותה של התובענה הייצוגית, הן מבחינתו של היחיד אשר כזוה מתקשה לעיתים לקבל את יומו בבית המשפט, והן מבחינת הציבור כולו, שכן אלמנט ההרתעה הנלווה לתובענה הייצוגית, יביא לאכיפת דין יעילה יותר:

"1. מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:

(1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;

(2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;

(3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;

(4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות."

5. מסעיף המטרה ניתן גם ללמוד על כוונתו הברורה של המחוקק להרחיב את השימוש בכלי המשפטי של תובענה ייצוגית. ניתן למצוא ביטוי לכוונה זו גם בתוספת השניה לחוק, אשר מרחיבה את העילות בגינן ניתן להגיש תובענה ייצוגית, והמבטלת הלכה למעשה את העילות המצומצמות יותר, אשר היו קיימות עובר לחקיקת חוק התובענות הייצוגיות, בחיקוקים ספציפיים.
6. בד בבד עם הגשת בקשה זו, מגישה המבקשת לבית המשפט הנכבד את התובענה שבכותרת. כפי שיפורט להלן, התובענה שבכותרת מוגשת מכוח חוק התובענות הייצוגיות, כנגד המשיבה, אשר כמפורט להלן היא "קופת חולים" אשר הציעה לציבור שירותים נוספים שהם במהותם שירותי ביטוח ניתן להגיש ולאשר את התובענה כתובענה ייצוגית משני טעמים:

¹ פורסם ס"ח תשס"ח מס' 2144 מיום 31.3.2008 עמ' 394 (ה"ח הממשלה תשס"ד מס' 68 עמ' 236).

7. **הראשון:** הואיל והמשיבה הינה גוף הנותן שירותים לציבור דרך עיסוק הריהי "עוסק" כהגדרת מונח זה בחוק הגנת הצרכן, תשמ"א – 1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן"), וזאת בהתאם לקבוע בפסקה 1 לתוספת השניה לחוק זה:

"תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו"

8. **השני:** בנוסף מאחר והשירותים אותם הציעה המשיבה לחברי הקבוצה, אשר עומדים ביסוד תובענה זו, הינם במהותם שירותי ביטוח, המשיבה מהווה גם מבטח ולפיכך גם מטעם זה ניתן להגיש ולאשר כנגדה תובענה ייצוגית בהתאם לקבוע בפסקה 2 לתוספת השניה לחוק זה:

" תביעה נגד מבטח, סוכן ביטוח או חברה מנהלת, בקשר לענין, לרבות חוזה ביטוח או תקנון קופת גמל, שבינם לבין לקוח, לרבות מבוטח או עמית, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו."

המבקשת תטען כי בכל הנוגע לשירותי הביטוח נשוא הבקשה והתובענה אשר בכותרת - חלות על המשיבה כל החובות אשר מוטלות מן הדין על מבטח.

ג. רקע עובדתי כללי

9. המבקשת הינה אזרחית ותושבת ישראל וכתובתה הינה כמפורט בכותרת לבקשה זו.
10. המשיבה, מכבי שירותי בריאות (להלן: "מכבי" או "קופת החולים"), הינה "קופת חולים" כהגדרתה בסעיפים 24 ו-25 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד – 1995, אשר מציעה וסיפקה בכל מועד רלבנטי לתובענה זו "שירותי בריאות נוספים" כהגדרתם בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, הקרויים "תוכנית מגן" ובין השאר הציעה באותה תוכנית גם שירות שהוא במהותו שירות ביטוח בין השאר ביטוח השתלות.
11. רכיבי הביטוח שהציעה המשיבה לחברי הקבוצה ניתנו להם תמורת תשלום פרמיה חודשית כמפורט להלן. רכיבי הביטוח עסקו בסיכונים שונים ומציעים כיסוי ביטוחי לסיכונים שונים אלו. במסגרת ביטוח הבריאות של המשיבה, מציעה המשיבה גם פרק, או "ריידר", העוסק בהשתלות.
12. המבקשת הינה חברת קופת חולים מכבי והתקשרה בתוכנית לשירותי בריאות נוספים מסוג "מגן" עם המשיבה (להלן: "התוכנית").
- ❖ העתק עמודי התוכנית הרלבנטיים לעניינינו מצ"ב **כנספח א'** לתצהיר התומך בבקשה זו, ומהווה חלק בלתי נפרד הימנו.
13. במסגרת התוכנית שהיא במהותה גם חוזה ביטוח, כהגדרת מונח זה בחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 ("חוק חוזה הביטוח") רכשה המבקשת כיסוי ביטוחי לכיסוי סיכונים בקשר עם השתלות (להלן: "ביטוח השתלות").
14. בגין התוכנית שילמה המבקשת למשיבה דמי ביטוח חודשיים (נכון לחודש ינואר 2009) בסך 60.17 ₪, כאשר במסגרת תשלום זה שילמה דמי ביטוח בסכום של 5.5 ₪ בגין ביטוח ההשתלות.
- ❖ אישור תשלום לקופת החולים בגין התוכנית לחודש ינואר 2009 המעיד על תשלום דמי הביטוח מצ"ב **כנספח ב'** לתצהיר התומך בבקשה זו, ומהווה חלק בלתי נפרד הימנו.

15. מקרה הביטוח במסגרת חוזה ביטוח השתלות הוגדר בתוכנית כדלקמן: "חבר הזכאי ממכבי לקבלת שירותי בריאות במדינת חוץ על-פי ובהתאם לתקנות ביטוח בריאות ממלכתי (שירותי בריאות במדינות חוץ) התשנ"ה-1995, יהא זכאי להחזר מ"מגן כסף" בגין הוצאותיו הרפואיות עבור שירותי בריאות כאמור, בסכום נוסף מעבר לסכום שישולם ע"י מכבי על פי התקנות כאמור, בשיעורים המרביים כמפורט להלן: (1) 300,000 דולר של ארה"ב בגין השתלת איברים (כבד, לב או ריאות).."

16. על פי תקנות ביטוח בריאות ממלכתי (שירותי בריאות במדינות חוץ) התשנ"ה-1995 (להלן "התקנות") השתלות איברים הינם שירותי בריאות היכולים להינתן במדינת חוץ כמפורט בתקנה (2) לתקנות, בתנאי שהם מסכנים את חייו של המבוטח והמבוטח אינו יכול לקבלם בישראל "שירותי הבריאות למבוטח מתוך סל שירותי הבריאות שיכול שיינתנו במדינת חוץ הם בדיקה, אבחון, טיפול וניתוח בתחומים אלה:

- (1) מערכת העצבים והמוח;
- (2) מחלות לב וכלי דם;
- (3) שאתות (גידולים);
- (4) השתלת איברים;"

17. מאחר ואנו עוסקים בנושא השתלות של איברים מסכני חיים, אשר בדרך כלל, לאור תקופות ההמתנה בישראל, אינם יכולים להינתן בישראל - השתלות איברים אלו עומדות בתנאי התקנות. יחד עם זאת, מאחר וביטוח ההשתלות מוגדר כביטוח לשיפוי בגין הוצאות, בהבדל מביטוח לפיצוי על נזק, תנאי להתגבשות מקרה הביטוח הוא ביצוע בפועל של השתלה אשר הייתה כרוכה בהוצאה כספית מצד המבוטח.

18. במסגרת תנאי הביטוח של המבקשת, נקבע בתוכנית באשר לתשלום השיפוי בגין ההשתלה והתגבשות מקרה הביטוח כדלקמן:

" 8.2. תגמולים

8.2.11 "מגן הכסף" תשפה את החבר או את המוטב בגין הוצאות הממשיות שהוציא עקב קרות המקרה המזכה אך לא יותר מסכום התקרה על-פי המפורט להלן:

(א) הוצאות טיסה של החבר ומלווה אחד בטיסה מסחרית סדירה של קו תעופה אזרחי, במח' תיירות לארץ הטיפול הלוך וחזור. אם קיים צורך רפואי ברופא מלווה שאושר על ידי המנהל הרפואי, תכסה "מגן כסף" הוצאות הרופא המלווה במסגרת התקרה לסכומי שיפוי כדלקמן:

1. רכישת כרטיס הלוך וחזור במחלקת תיירות.

2. תשלום אש"ל כמקובל עד 7 ימים.

3. שכר יומי כמקובל לגבי רופא בבית חולים ציבורי בארץ-לפי דרגתו בבית החולים

וזאת עד 7 ימים.

(ב) הוצאות הסעה באמבולנס מקומי בארץ הטיפול משדה התעופה לבית החולים וחזרה.

(ג) הוצאות שהייה של החבר ומלווה בארץ הטיפול בהמתנה הכרחית לקבלת הטיפול ולאחריו, -לרבות הוצאות המלווה בזמן שהחברה מאושפז בבית החולים.....

(ד) הוצאות הטיפול הרפואי בביה"ח, ו/או האישפוז בבית החולים, לרבות שכר הרופאים, אחיות, בדיקות רפואיות, שירותי מעבדה, תרופות, אביזרים והוצאות רפואיות נלוות.

(ה) ... "

19. ניתוח השתלה למבוטח ישראלי הנוקק להשתלה עקב מצבו הבריאותי יכול להתבצע באחד משני האופנים הבאים:

א. ביצוע השתלה בישראל, על-ידי קבלת תרומה מן המת במסגרת המרכז הישראלי להשתלות, או תרומה של קרוב משפחה מן החי. מאחר ובשל סיבות דתיות ותרבותיות אין בנמצא בישראל די איברים להשתלה, רשימת ההמתנה להשתלות בישראל ארוכה עד מאד, ומיעוט בלבד מתוך ההשתלות של ישראלים מבוצע בישראל.

ב. ביצוע ההשתלה מחוץ לישראל, אשר מותרת ומכוסה על פי התקנות, בהיותה מצילת חיים, כאשר ברוב המקרים וברוב המדינות, בין אם מדובר בהשתלה של איבר מן המת - ובין אם מדובר בהשתלה של איבר מן החי, נדרש תשלום של סכום ניכר לצורך רכישת האיבר המיועד להשתלה.

20. עד לאחרונה, ככל שהיה חבר משתתף בתוכנית נזקק לביצוע ניתוח השתלה, הרי לאור מצב רשימות ההמתנה בישראל היה ניתוח ההשתלה מתבצע במרבית המקרים בחו"ל אשר מותרת ומכוסה על פי התקנות, בהיותה מצילת חיים. בחלק מן המקרים הייתה קופת החולים מפנה את המבוטח ל"דיילר", או מתווך בחו"ל, אשר היה דואג לביצוע ניתוח ההשתלה. כל הוצאות הטיפול, לרבות התשלומים הנדרשים לצורך רכישת האיבר וההוצאות הרפואיות, היו משולמות על-ידי קופת החולים בהתאם לסעיף 8.2 לתוכנית (נספח א' לעיל).

21. יובהר, כי ככל שההשתלה הייתה מתבצעת בישראל, במסגרת המרכז הישראלי להשתלות, לא היה מתגבש כלל מקרה הביטוח, משום שכל הוצאות ההשתלה והטיפול היו כלולות בסל הבריאות, ולפיכך המבוטח לא היה נושא בכל הוצאה הניתנת לשיפוי, וכן לא היה זכאי לסכום הפיצוי הקבוע אשר משולם אך ורק בגין השתלה שבוצעה בחו"ל.

ד. ביטול הסיכון

22. בחודש מרץ 2006 התפרסם חוזר של מנכ"ל משרד הבריאות לעניין מימון השתלת איברים בחו"ל. חוזר המנכ"ל קבע מדיניות מחמירה לעניין הפיקוח על השתלת איברים אשר מצמצם במידה רבה את האפשרות לקבלת החוזר מקופת חולים בגין השתלת איברים בחו"ל.

23. קופת החולים לא הודיעה למבקשת על חוזר המנכ"ל ו/או על השפעתו לגבי זכויותיה לקבל שיפוי במקרה של השתלת איברים.

24. ויובהר כי בתקנון אין ולו מילה אחת או רמז על משמעות חוזר המנכ"ל או השפעתו על זכויות המבוטחים לקבל פיצוי במקרה של השתלת איברים.

❖ העתק חוזר המנכ"ל מצ"ב נספח ג' לתצהיר התומך בבקשה זו, ומהווה חלק בלתי נפרד הימנו.

25. בנוסף קופת החולים לא הודיעה למבקשת או למי מחברי הקבוצה על ההחלטה שניתנה בבג"ץ 5413/07 פלונית נ' מד"י ועדת הערר וקופת חולים מאוחדת תק-על-2007(3), 4288 (2007) לפיו נקבע כי אין לפסול בשלב זה את חוזר המנכ"ל הגם שהיה מקום להסדיר הנושא במסגרת חקיקה ראשית.

26. ביום 1.5.2008 נכנס לתוקפו **חוק ההשתלות**. בחוק ההשתלות שונו לחלוטין הזכויות והחובות הנובעים מביטוח השתלות.
27. חוק ההשתלות נועד להסדיר היבטים שונים הנוגעים להשתלת איברים, והוא קובע, בין היתר, הוראות לעניין איסור סחר באיברים, וכן הוראות לעניין איסור תיווך לשם תרומת איברים. החוק אומנם אינו אוסר על השתלת איבר שנעשית מחוץ לישראל, לרבות לעניין השתתפות גוף בישראל במימון השתלת איברים שנעשית במדינת חוץ, ובלבד שזו נעשתה בהתאם לתנאים שנקבעו בחוק לעניין זה, כמפורט להלן;
28. סעיף 3 לחוק ההשתלות שכותרתו "**איסור סחר באיברים**" קובע, כי:
- "(א) לא יקבל אדם תמורה בעבור אבר שניטל מגופו או מגופו של אדם אחר, או המיועד לנטילה כאמור, והכל בין שהנטילה נעשית בחייו של אדם ובין שהיא נעשית לאחר מותו.**
- (ב) לא ייתן אדם תמורה בעבור אבר שהושתל בגופו או בגופו של אדם אחר, או המיועד להשתלה כאמור."**
29. האיסור על קבלת תשלום בגין איברים או נתינתו - הינו גורף, וחל על השתלות בארץ ובחו"ל. איסור זה חל גם על כל מי שמממן תשלום כאמור לרבות חברת ביטוח או כבמקרה שלנו קופת חולים המפעילה תוכנית ביטוח.
30. איסור זה מקבל ביטוי במסגרת חוזר אשר הוציא מר ידין ענתבי, המפקח על הביטוח במשרד האוצר מיום 14.1.2009, שמספרו 1-1-2009, ובו נקבע בסעיף 2 כדלקמן:
- "(א) מבטח לא יכלול בתכנית ביטוח הכוללת מתן שיפוי או פיצוי למימון ביצוע השתלה (להלן - תכנית הכוללת כיסוי ביטוחי להשתלות) הוראה לפיה תינתן תמורה לאדם בעבור איבר שניטל מגופו או מגופו של אדם אחר, או המיועד לנטילה כאמור, והכל בין שהנטילה נעשית בחייו של אדם ובין שהיא נעשית לאחר מותו; לענין זה, "תמורה" - כסף, שווה כסף, שירות או טובת הנאה אחרת, ולמעט בנסיבות המפורטות בסעיף 3(ג) לחוק.**
- (ב) בטרם מתן שיפוי או פיצוי למימון ביצוע השתלה יבחן המבטח אם ההשתלה בוצעה בהתאם להוראות החוק, ובכלל זה אם התקיימו כל אלה:**
- (1) נטילת האיבר והשתלת האיבר נעשות על פי הדין החל באותה מדינה;**
- (2) מתקיימות הוראות החוק לענין איסור סחר באיברים."**
- ❖ העתק חוזר המפקח על הביטוח במשרד האוצר מיום 14.1.2009, שמספרו 1-1-2009, כפי שהופיע באתר האינטרנט של משרד האוצר², מצ"ב **כנספת ד'** לבקשה זו, ומהווה חלק בלתי נפרד הימנו.

31. קופת החולים לא הודיעה למבקשת על קבלת החוק ו/או על השפעתו לגבי זכויותיה לקבל שיפוי במקרה של השתלת איברים ויובהר כי בתקנון אין ולו במילה אחת רמז על משמעות החוק או השפעתו על זכויות המבוטחים לקבל פיצוי במקרה של השתלת איברים.
32. לאור הוראות החוק וההוראות הגורפות של המפקח על הביטוח וחוזר המנכ"ל, הפך מקרה הביטוח בביטוח השתלות בלתי אפשרי לחלוטין. כפי שצוין לעיל, ניתוח ההשתלה יכול להתבצע בישראל, אלא שאז כלל לא מתגבש מקרה הביטוח, הואיל והאיבר מתקבל ללא תשלום מהמרכז הישראלי להשתלות ואילו כל ההוצאות הרפואיות משולמות במסגרת חוק ביטוח בריאות ממלכתי. כאמור לעיל, ניתוחי השתלה בישראל נפוצים פחות בשל מחסור כרוני באיברים.
33. מאידך, האפשרות שפורטה לביצוע ההשתלה בחו"ל, בדרך של שיפוי הוצאות, בדרך כלל בארגון קופת החולים, כרוכה בתשלום תמורה כספית עבור האיבר המיועד להשתלה, ולפיכך לא יתרחש עוד מקרה הביטוח הנקוב בתוכנית, מאחר וקופת החולים לא תשלם על האיבר. מפאת חיסרון הכיס של רוב אוכלוסיית המבוטחים, העדר המימון עבור האיבר על-ידי קופת החולים יגרום לכך שבפועל לא יתקיימו כלל ניתוחי השתלה בחו"ל. בכך מסוכל למעשה הסיכון שבעשיית ביטוח השתלות עבור קופת החולים, ובכל מקרה גם אם ימומן מכיס החבר תתכחש קופת החולים ותסרב לשפותו על כל הוצאה, ולפיכך כל מרכיב הפרמיה הנגבה בגין סיכון זה נגבה שלא כדין.
34. לפיכך, לסיכום האמור עד כה, האפשרות לביצוע ניתוחי השתלה (בחו"ל) כדין ובהתאם לחוק החל בישראל – אינה יכולה להתממש, ומן הסתם אף לא להוות "מקרה ביטוח" לצורך התוכנית.
35. סעיף 16 (ב) לחוק חוזה הביטוח קובע, כי לא ניתן להמשיך ולבטח סיכון שהפך להיות בלתי אפשרי במהלך תקופת הביטוח:
- "16. (ב) נעשה מקרה הביטוח בלתי אפשרי אחר כריתת החוזה, מתבטל החוזה מאליו והמבוטח זכאי להחזר דמי הביטוח ששילם בעד התקופה שלאחר הביטול"**
36. בהקשר זה חשוב לציין, כי הסעיף הנ"ל משקף מציאות כלכלית משפטית, המבטאת את שנראה כברור מאליו: השירות שמעניק המבוטח הוא לקיחת סיכון עבור המבוטח, הלקוח. בתמורה ללקיחת הסיכון, המבוטח משלם למבוטח את שכרו, הוא הפרמיה. מכאן, בפשטות, כאשר מדובר בסיכון שבמהלך תקופת הביטוח הפך להיות בלתי אפשרי הרי שמנקודת זמן זו ואילך אין לקיחת סיכון, הואיל ואין סיכון בנמצא, וכאשר המבוטח לא לוקח סיכון – אין כסף.
37. מאחר וככל הנוגע לביטוח החזר הוצאות בגין השתלה פועלת קופת החולים כמבטח והתוכנית הינה במהותה המשפטית חוזה ביטוח לעניין זה, לאור הוראות סעיף 16 (ב) לחוק חוזה הביטוח, יש לקבוע, כי מקרה הביטוח בכל הנוגע להשתלות הפך להיות בלתי אפשרי, וכל חברי הקבוצה זכאים להחזר דמי הביטוח בגין ביטוח זה, החל מיום 1.5.2008.
38. בנוסף ו/או לחילופין תטען המבקשת, כי לאור כניסת החוק לתוקפו חל שינוי בנסיבות המפחית מהותית, בשיעור של 100% את הסיכון החל על קופת החולים באופן המחייב את קופת החולים להפחית את דמי הביטוח.
39. סעיף 20 לחוק חוזה הביטוח קובע, כי די בהפחתת הסיכון הנובע משינוי נסיבות כדי לגרור באופן אוטומטי הפחתה של דמי הביטוח:

"20. נקבעו דמי הביטוח לאור נסיבות שהחמירו את סיכון המבוטח, ולאחר קביעתם חדלו אותן נסיבות להתקיים או

להשפיע על סיכון המבטח, זכאי המבוטח להפחתת דמי הביטוח, למעט הוצאות המבטח, בעד התקופה שלאחר שהודיע למבטח על השינוי, ולהעמדתם על מה שהיה משתלם לפי המקובל אצל המבטח בשעת קביעת דמי הביטוח בהעדר אותן נסיבות."

40. מאחר וככל הנוגע לביטוח החזר הוצאות בגין השתלה פועלת קופת החולים כמבטח והתוכנית הינה במהותה המשפטית חוזה ביטוח לעניין זה, המסקנה היא, כי יש להורות לקופת החולים להפחית את דמי הביטוח בגין התקופה שתחילתה מיום 1.5.2008 באופן שישקף את ההפחתה בסיכון. הואיל וההפחתה בסיכון הינה בגובה 100% בגין מרכיב ההשתלה, יש להפחית 100% מסכום דמי הביטוח בגין מרכיב ההשתלה.

41. לחילופין, יש להורות לקופת החולים להפחית את דמי הביטוח בגין התקופה שתחילתה מיום 1.5.2008 באופן שישקף את הפער שבין סך הסיכון שחל על קופת החולים עובר לחוק ההשתלות, לבין הסיכון החל על קופת החולים מיום כניסתו לתוקף של חוק זה, כתוצאה מזה שהאיבר אינו ממומן על ידה.

42. בנוסף תטען המבקשת כי קופת החולים הטעתה אותה ואת כל אחד ואחד מחברי הקבוצה כאשר הוסיפה לגבות ממנה דמי ביטוח בגין פרק ביטוח ההשתלות מבלי שהודיעה לה כי לאור חוק ההשתלות, איסור המפקח על הביטוח, וחוזר מנכ"ל משרד הבריאות אין לה כל כוונה או יכולת לעמוד בהתחייבויות השיפוי שנקבעו בתוכנית.

43. ביום 13.12.2005, התקבל בכנסת תיקון מהותי לחוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 18), התשס"ו-2005 (להלן: "תיקון החוק"), אשר קובע בסעיף 1 כדלקמן:

"בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, (להלן- החוק העיקרי), בסעיף 2(א) ברישה, אחרי "בכל דרך אחרת" יבוא "לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה".

דהיינו, לאור החוק החדש נוסח הסעיף הינו כדלהלן:

"לא יעשה עוסק דבר - במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת, לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה - העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה (להלן - הטעיה); בלי לגרוע מכלליות האמור יראו ענינים אלה כמהותיים בעסקה:

(1) הטיב, המהות, הכמות והסוג של נכס או שירות;

...

(13) המחיר הרגיל או המקובל או המחיר שנדרש בעבר...

44. כפי שעולה מלשונו הברורה של החוק, ניתן לייחס לאיסור הטעיה המוטל על העוסק בחוק, שני פנים:

♣ הפן האקטיבי - נוגע לאיסור הטעיה במעשה או עשיית כל דבר העלול לגרום להטעיה.

♣ הפן הפאסיבי - נוגע לאיסור הטעיה במחדל, קרי חובת הגילוי של העובדות הרלוונטיות, כדי למנוע הטעיה של הצרכן.

45. איסור ההטעיה, אם כן, יריעתו רחבה, והוראותיו גורפות וברורות. העוסק מחוייב בחוק, הן להימנע מעשיית מעשה הטעיה, וכן מחוייב הוא, לעשות מעשה על מנת למנוע הטעיה.
46. במקרה הנדון הפרה קופת החולים באופן מכוון ומתמשך את חובתה להביא לידיעת כל חברי הקבוצה כי ביטוח ההשתלות שרכשו ממנה והתשלומים בגינו, אותם הם ממשיכים לשלם באורח שוטף, **הינם חסרי ערך לחלוטין וכי אין לה כל כוונה או יכולת חוקית לעמוד בהתחייבויות שנטלה על עצמה.**
47. בנוסף ו/או לחילופין תטען המבקשת כי המשך הפעלת התוכנית ללא הפחתה מוחלטת או יחסית של דמי הביטוח בגין רכיב ביטוח ההשתלות הינה פעולה בחוסר תום לב העולה לכדי גזל ממש, ודי גם בכך כדי לקבוע כי כל סכום שנגבה כאמור על ידי קופת החולים מן המועדים הרלבנטיים אשר פורטו לעיל נגבה שלא כדין.

ה. עילה

48. המבקשת (התובעת) תטען כי המשיבה (הנתבעת) במעשיה אשר פורטו לעיל, אתראית לנזקיה, כפי שיורחב להלן.
49. המבקשת תטען, כי בהתנהגותה המפורטת לעיל, הפרה המשיבה את הוראות חוק חוזה הביטוח ו/או את חוזה הביטוח של המבקשת ושל יתר חברי הקבוצה עימה.
50. המבקשת תטען כי בהתנהגותה המפורטת לעיל של המשיבה הפרה המשיבה את הוראות חוק הגנת הצרכן.
51. המבקשת תטען כי המשיבה מחויבת בחובת תום לב מוגברת כלפיה וכלפי כלל חברי קבוצת מבוטחיה.
52. המבקשת תטען, כי במעשיה הנ"ל, המשיבה הפרה ומפרה את חובתה לנהוג במבקשת וביתר חברי קבוצת מבוטחיה בתום לב.
53. העילה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט - 1979

א. מכל האמור לעיל עולה בבירור, כי דמי הביטוח בגין מרכיב ההשתלות שנגבו מהמבקשת ומשאר ציבור מבוטחיה של המשיבה המחזיקים בביטוח השתלות בנסיבות שתוארו לעיל, נגבו שלא כדין, ו/או ללא אסמכתא חוקית.

ב. התנהגותה של המשיבה מלמדת, כי היא גבתה מהמבקשת ומכלל חברי הקבוצה דמי פרמיה בגין ביטוח ההשתלות שלא כדין, שסכומיהם עולים כדי מיליוני שקלים. בכך התעשרה המשיבה שלא כדין. לפיכך עליה להחזיר למבקשת ולחברי הקבוצה דמי התעשרות זו, בין השאר, לאור הוראות סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, הקובע:

"מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן: "הזוכה") שבאו לו מאדם אחר (להלן: "המזכה"), חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה".

54. העילה מכוח "חוק הגנת הצרכן"

א. סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן קובע כי:

"(א) דין מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב', ג', ד' או ד' 1 כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]."

ב. מאחר והמשיבה הטעתה את כל אחד ואחד מחברי הקבוצה במעשה ובעיקר במחדל לגבי טיב השירות שרכשו ממנה והפרה באופן מודע, ו/או מכוון, ומתמשך את חובתה להביא לידיעת כל חברי הקבוצה כי ביטוח ההשתלות שרכשו ממנה הינו חסר ערך לחלוטין וכי אין לה כל כוונה או יכולת חוקית לעמוד בהתחייבויות שנטלה על עצמה, בכך פעלה או חדלה המשיבה בניגוד להוראות פרק ב' לחוק הגנת הצרכן. במעשיה ו/או מתדליה אלה ביצעה המשיבה "עוולה" לפי פקודת הנזיקין.

ג. בהתאם לסעיף 3 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] זכאי הנפגע מעוולה לכל התרופות המפורטות בפקודה.

הדברים המנויים להלן בפקודה זו הם עוולות, ובכפוף להוראות הפקודה - כל הנפגע או הנזוק על ידי עוולה שנעשתה בישראל יהא זכאי לתרופה המפורשת בפקודה מידי עושה העוולה או האחראי לה.

ד. מכוח סעיף 71 לפקודת הנזיקין זכאית המבקשת וכל אחד מחברי הקבוצה לצוויים אשר נתבעים במסגרת פרק הסעדים בתובענה.

כל בית משפט אזרחי יהא מוסמך בתחומי שיפוטו ליתן תרופה לעוולה על פי פקודה זו, בכפוף להוראות כל דין חקוק החל על אותו בית משפט, ורשאי הוא ליתן ציווי בשל עוולה גם כשלא נתבעו או לא נפסקו פיצויים או סעד אחר.

ה. בנוסף לצוויים כאמור זכאית המבקשת וכל אחד מחברי הקבוצה לקבל, בהתאם להוראות סעיף 76 לפקודת הנזיקין לפיצויים בגין הנזק שהגרם להם.

פיצויים אפשר שיינתנו הם בלבד או בנוסף על ציווי או במקומו; אלא שאם —

(1) סבל התובע נזק, יינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושלא במישרין מעוולת הנתבע;

(2) סבל התובע נזק ממון, לא יינתנו לו פיצויים בשל הנזק אלא אם מסר פרטים עליו בכתב התביעה או בצירוף לו.

1. התקופה אליה מתייחסת התובענה

55. התובענה שבותרת מתייחסת לתקופה החל מיום 1.4.2006 (יום פרסום חוזר מנכ"ל משרד הבריאות) או לחילופין החל מיום 1.5.2008, הוא יום כניסתו לתוקף של חוק ההשתלות.

2. הקבוצה המיוצגת המוצעת

56. מכבי מבטחת במסגרת שירותי בריאות נוספים בתוכניות "מגן", כמאות אלפי מבוטחים אשר מחזיקים ביטוח השתלות.

57. הקבוצה המיוצגת על-ידי המבקשת, הינה כל קבוצת בעלי ביטוח השתלות שניתן על ידי מכבי במסגרת שירותי בריאות נוספים מסוג "מגן", ואשר שילמו למשיבה דמי ביטוח בגין ביטוח השתלות החל מיום 1.4.2006 או החל מיום 1.5.2008.

ח. הנזק

58. כתוצאה ממעשיה של המשיבה, סבלה המבקשת, וכן כל אחד מחברי הקבוצה שהצטרף לשורת מקבלי שירותי ביטוח מהמשיבה שפורטו לעיל, נזק ממון.
59. נזק הממון אשר נגרם לכל אחד מחברי הקבוצה, כולל המבקשת, בתקופה הרלבנטית, הינו תוצאה של גביית דמי פרמיה בגין ביטוח השתלות החל מיום 1.4.2006 או החל מיום 1.5.2008.
60. בהתאם לפירוט, החיוב בפועל של סה"כ דמי ביטוח השתלות מהמבקשת עומד על הסך של 5.5 ₪ לחודש, ובסה"כ עד ליום הגשת התביעה סך של 60.5 ₪.

ט. סעדים

61. אשר על כן, התבקש בית המשפט הנכבד ליתן למבקשת ולכל אחד מחברי הקבוצה סעדים שונים שפורטו בכתב התביעה שבכותרת, ובין השאר:
- א. צו המצהיר כי גביית התשלום בגין ביטוח השתלות החל מיום 1.4.2006 ולחילופין החל מיום 1.5.2008 נעשתה שלא כדין.
- ב. צו האוסר על המשיבה להוסיף ולגבות את דמי ביטוח השתלות.
- ג. צו המחייב את המשיבה לשלם לכל אחד מחברי הקבוצה פיצוי בגין הנזק שנגרם להם, דהיינו בגובה כל סכומי דמי הביטוח ששולמו בגין ביטוח השתלות מיום 1.4.2006 או החל מיום 1.5.2008 וההוצאות שנגבו מהם שלא כדין, עבור התקופה שמיום 1.4.2006 או לחילופין שמיום 1.5.2008 עד ליום מתן פסק הדין, כשהם נושאים ריבית חוקית בהתאם להוראות סעיף 2 לחוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א - 1961, או כשהם צמודים ונושאים ריבית חוקית (כאמור בסעיף 3א' לחוק הני"ל), לפי הגבוה מביניהם.
- ד. לחילופין, צו המחייב את המשיבה להשיב ולשלם לכל אחד מחברי הקבוצה סכום השווה לכל סכומי דמי הביטוח ששולמו בגין ביטוח השתלות מיום 1.4.2006 או החל מיום 1.5.2008 וההוצאות שנגבו מהם שלא כדין עבור התקופה שמיום 1.5.2008 עד ליום מתן פסק הדין, כשהם נושאים ריבית חוקית בהתאם להוראות סעיף 2 לחוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א - 1961, או כשהם צמודים ונושאים ריבית חוקית (כאמור בסעיף 3א' לחוק הני"ל), לפי הגבוה מביניהם.
- ה. סעדים נוספים לעניין מתן חשבונות ותשלום שכר טרחת עורך דין.

י. הנימוקים המצדיקים אישור ניהול התובענה כתובענה ייצוגית

62. כאמור לעיל, ביום 12.3.2006 נכנס לתוקף חוק התובענות הייצוגיות, אשר על-פי הקבוע בסעיף 45 לחוק, חל על בקשה זו.

63. החוק נפתח עם הגדרת מטרתו בסעיף 1 לחוק. בחירת הניסוח של סעיף המטרה, כפי שמובא להלן, מדברת בעד עצמה, ומעידה על הכרת המחוקק בחשיבותה של התובענה הייצוגית, הן מבחינתו של היחיד אשר ככזה מתקשה לעיתים לקבל את יומו בבית המשפט, והן מבחינת הציבור כולו, שכן אלמנט ההרתעה הנלווה לתובענה הייצוגית, יביא לאכיפת דין יעילה יותר.

"1. מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות

יייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:

(1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה

המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;

(2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;

(3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;

(4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות."

64. מסעיף המטרה ניתן גם ללמוד על כוונתו הברורה של המחוקק להרחיב את השימוש בכלי המשפטי של תובענה ייצוגית. ניתן למצוא ביטוי לכוונה זו גם בתוספת השניה לחוק, אשר מרחיבה את העילות בגינן ניתן להגיש תובענה ייצוגית, והמבטלת הלכה למעשה את העילות המצומצמות יותר, אשר היו קיימות עובר לחקיקת החוק, בחיקוקים ספציפיים.

65. נציג להלן את הוראות החוק והפרמטרים הקבועים בו לאישור תובענה כיייצוגית. סקירה זו תראה, כי התביעה שבכותרת, אשר במסגרתה מוגשת בקשה זו, עומדת בדרישות החוק לאישור תובענה כיייצוגית.

66. סעיף 3(א) לחוק קובע, כי הגשת תובענה ייצוגית לא תוגש אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה לחוק, או בעניין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית. כאמור לעיל, עילות התובענה דנן, הינן בהתאם לסעיפים 1 ו-2 לתוספת השניה לחוק:

"1. תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין

לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו.

2. תביעה נגד מבטח, סוכן ביטוח או חברה מנהלת, בקשר לענין, לרבות חוזה ביטוח

או תקנון קופת גמל, שבינם לבין לקוח, לרבות מבטח או עמית, בין אם התקשרו

בעסקה ובין אם לאו."

ובכך עומדת בתנאי הקבוע בסעיף 3 הנ"ל.

67. סעיף 4(א) לחוק מפרט את הרשאים להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית, ובין היתר קובע, כי:

"4. (א) אלה רשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית כמפורט

להלן:

(1) אדם שיש לו עילה בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת

שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים

הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה;"

68. העובדות המשמשות יסוד לתובענה כפי שפורטו לעיל, פשוטות, ברורות ואינן שנויות במחלוקת כלל. הן משותפות לכלל חברי הקבוצה, מאחר והעובדות היוצרות את עילת התביעה דנן, מתייחסות כולן ל"מכבי" ולמעשיה ואין ביסודה של העילה כל מאפיין אישי.

69. הוא הדין בשאלות המשפטיות, אשר עשויות להתעורר בתיק זה, כולן נוגעות ל"מכבי", למעשה ומחדליה, וככאלה הן אינן נושאות כל מאפיין אישי ייחודי לאחד מחברי הקבוצה והן משותפות לכל חברי הקבוצה.

70. מכל האמור לעיל עולה, כי כל השאלות המהותיות, הן של עובדה והן של משפט, הן משותפות לכלל חברי הקבוצה ללא יוצא מן הכלל.

71. כמו כן, עונה המבקשת על ההגדרה הקבועה ברישא סעיף 4 לעיל, שכן המבקשת (התובעת) נמנה עם הקבוצה, באשר היא נפגעה ישירות ממעשיה ומחדליה של מכבי (הנתבעת), ולפיכך, הינה בעלת עילה בתביעה שבכותרת.

72. פירוט המעשים ו/או המחדלים של מכבי בבקשה זו, כמו גם בכתב התביעה שבכותרת, והשלכותיהם על המבקשת עונה על הקבוע בסעיף 4(ב) לחוק:

"(ב). לענין סעיף זה, כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק –

(1) בבקשה לאישור שהוגשה בידי אדם כאמור בסעיף קטן (א)(1) – די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק;"

73. לא זאת אף זאת, בתמיכת פירוט הנזק בבקשה זו במסמכים רלבנטיים, הצליחה המבקשת להראות אף מעבר לרף ה"לכאורה", כי נגרם לה נזק כתוצאה מהתנהגות מכבי.

74. לאור האמור בסעיף הנוגע לסכום הנזק, ניתן לקבוע, כי גם כימות הנזק הספציפי, שנגרם למבקשת ולכל מעוניין מהקבוצה, הינו סכום קצוב שניתן להגיע אליו בחישוב אריתמטי פשוט, כמפורט לעיל. לפיכך לא יקשה על בית המשפט להכריע וליתן למבקשת ולכל מעוניין את הפיצוי או ההשבה המדויקים על פי נוסחא אריתמטית, שתקבע מראש על ידי בית המשפט.

75. על-פי סעיף 3(ב) לחוק, הגשת תובענה ייצוגית טעונה אישור של בית המשפט, כאשר סעיף 8(א) לחוק, קובע את הפרמטרים אשר בהתקיימם רשאי בית המשפט לאשר תובענה ייצוגית כאמור. וזוהי לשון הסעיף:

"8. (א) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:

(1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;

(2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;

(3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;

(4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב."

76. במידה ובית המשפט הנכבד ימצא כי נתמלאו כל ארבעת התנאים הנ"ל, רשאי הוא לקבוע כי התובענה אשר הונחה על שולחנו אכן ראויה להתברר כתובענה ייצוגית, ויפתח את שערי היכל התובענות הייצוגיות לצורך המשך בירורה.

77. בשלב בו אנו מצויים כעת, הוא שלב אישור התובענה כייצוגית, כל אשר צריך לעמוד לנגד עינינו היא שאלת עמידתה או אי עמידתה של התובענה הנתענת להיות ייצוגית, בארבעת תנאי סעיף 8(א). הא

ותו לא. להלן נראה, כי התובענה דנן עומדת בתנאי סעיף 8(א) לחוק. מחמת חשיבותו של התנאי המצוי בסעיף 8(א)(1), הקשור לנטל הוכחת עילת התובענה בשלב אישורה כתובענה ייצוגית, נדון בו בסעיף נפרד מיד לאחר דיוננו בשאר הסעיפים.

78. **הכרחיות התובענה הייצוגית** - בשל הסכום הנמוך יחסית של תביעתה האישית של המבקשת (התובעת) ושל כל מעוניין בנפרד, ובשל המספר הרב של התובעים הפוטנציאליים, ברור כי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין. ניתן לראות בעליל, כי לתובע הבודד אין זה כלכלי להגיש תביעה כני"ל לבדו, וכי לא ייעשה כן. במקרה זה ברור אפוא, כי תובענה ייצוגית היא הדרך הנכונה והראויה ביותר להוציא את הצדק לאור, ולפצות את המעוניינים על הנזק שנגרם להם כתוצאה מהתנהגותה של המשיבה (הנתבעת), כפי שתוארה לעיל.

79. **תום לב** - התובענה מוגשת על ידי הנפגעת הישירה ממעשיה ו/או ממחדליה של המשיבה. מטרתה היחידה של המבקשת (התובעת) הינה פיצוי בגין הנזק שנגרם לה, כמבוטחת או כצרכנית המקבלת שירותים של המשיבה בעקבות התנהגות המשיבה, שכללה הפרת חוזה הביטוח עימה, הפרת חובת תוה"ל המוגברת שחלה על המשיבה כלפי המבקשת, והתעשרות שלא במשפט של המשיבה.

80. **המבקשת (התובעת) מייצגת ומנהלת בדרך הולמת את ענייני הקבוצה** - כאמור לעיל, המבקשת נמנית עם הקבוצה, היא נפגעה ישירות מהתנהגותה של מכבי, ולכן ניתן לומר בפה מלא, כי "קיים יסוד סביר להניח" (בלשון החוק), ואף מעבר לכך, שהמבקשת היא הגורם שייצג וינהל את ענייני כלל חברי הקבוצה בצורה הטובה ביותר ובדרך הולמת.

81. **סעיף 8(א)(1) לחוק - נטל הוכחת עילות התביעה בשלב הבקשה לאישור התובענה כייצוגית**

א. חשוב לציין כבר בשלב זה, כי כל תכליתו של הדיון בשאלת נטל הראיה, בשלב זה של אישור התובענה כתובענה ייצוגית, הינה לסייע לבית המשפט באומדן סיכוייה של התביעה להתברר בסופו של יום לטובת הקבוצה, כנדרש בסעיף 8(א)(1) לחוק.

ב. במידה ויעלה בידינו לשכנע את בית המשפט הנכבד, כי קיים סיכוי סביר שהתובענה תתברר בסופו של יום לטובת התובע, תיסלל, כמעט במלואה, הדרך לאישור התובענה כתובענה ייצוגית. שכן, התובענה עומדת אף ביתר תנאי סעיף 8(א), כפי שפורט לעיל.

ג. על כן, נבקש להראות כי קיימת אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות (העובדתיות והמשפטיות), כפי שהוצגו בהרחבה לאורך בקשה זו, יוכרעו בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה, כנדרש בסעיף 8(א)(1) הנ"ל.

ד. ראשית יש לדעת, מהו נטל השכנוע המונח על כתפי התובע בתביעה ייצוגית, לשכנע את בית המשפט הדן בעניינו כי תביעתו עומדת בתנאי סעיף 8(א)(1)?

ה. לשון הסעיף נוקטת במילים: "ויש אפשרות סבירה". כבר מלשון הסעיף ברור, כי התובע אינו צריך להוכיח בוודאות את טענותיו העובדתיות והמשפטיות, אלא ברמת שכנוע פחותה בהרבה מזו.

ו. יפים לעניין זה דבריה של כבי' השופטת ט. שטרסברג - כהן, בע"א 2967/95 **מגן וקשת נ' טמפו תעשיות בע"מ**, פ"ד נא(2) 312, אשר מתייחסים לסעיף 54 ב לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, הכולל גם הוא את הביטוי "**אפשרות סבירה**" לעניין הוכחת סיכויי התביעה. בנסותה לקבוע נוסחה ראויה למידת ההוכחה הנדרשת בשלב אישור התובענה כייצוגית מתוך סקירת הפסיקה הקיימת, מסכמת כבי' השופטת וקובעת, כי:

"עוד עולה מאותם פסקי דין כי בשאלת מידת ההוכחה, לא מסתמנת בהם תשובה אחידה. יש מי שסובר כי על התובע לשכנע את בית המשפט בקיומם של 'סיכויים טובים להצליח בתובענה'; אחרים דרשו 'סיכויים סבירים'; ואחרים, 'מידת שכנוע גדולה מזו הדרושה למבקש סעד לצו ארעי'".

כב' השופטת שטרסברג-כהן מוסיפה באותו פסק דין, כי:

"אין להעמיד דרישות מחמירות מדי, לענין מידת השכנוע, משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית המשפט עומס יתר בבירור הנושא המקדמי, דבר העלול לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולרפיון ידים של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. את כל אלה יש למנוע על ידי קריטריון מאוזן בנושא נטל ומידת ההוכחה הנדרשים מהתובע הייצוגי, שמצד אחד שלא יפטור אותו מחובת שכנוע ומצד שני לא יטיל עליו נטל כבד מדי."

ז. ניתן ללמוד מעיקרון כללי זה, אותו התווה בית המשפט העליון ואשר מצא בהמשך את ביטוי בחוק התובענות הייצוגיות, כי אין להחמיר יתר על המידה עם התובע בשלב אישור תביעתו כייצוגית. אלא, על מידת ההוכחה להיות כזו שמחד, לא תפטור את התובע כליל בשלב מקדמי זה מהוכחת טענותיו (אשר כזכור עוד תדרושנה הוכחה משמעותית בהמשך הדרך), ומאידך, לא תטיל עליו נטל כבד מדי עד כדי רפיון ידיו, שכן בזאת נמצאנו מסכלים את כוונת המחוקק.

ח. ההיגיון בעקרון זה הינו רב, שכן על ידי שימוש בעקרון זה, מונחה בית המשפט שלא לגדוע באיבו כל ניסיון לעשות שימוש בכלי האכיפה הפרטית היעיל ביותר, הוא התובענה הייצוגית. בייחוד נכון הדבר בתביעות ייצוגיות כדעסקינן, המוגשות בקשר לעניינים שבין מבטח ללקוח (מבוטח), שכן תובענות ייצוגיות כגון דא, הינן הכלי היעיל ביותר לאכוף על בעלי הממון, בעלי הכוח מולם ניצב היחיד במצב של פערי כוחות עצומים, את הדרישה להוגנות ולאי ניצול כוחם לרעה.

ט. העמדת דרישות סף מחמירות מדי בשלב מוקדם כל כך של הליך בירור התובענה, תסכל את מגמתו של המחוקק, המאפשרת שימוש נרחב יותר במכשיר התובענה הייצוגית, ואשר באה לידי ביטוי כאמור בחוק תובענות ייצוגיות שהתקבל זה לא מכבר. על פי מגמתו זו של המחוקק, כאמור, יש להקנות לציבור מכשיר פרטי, בעל משמעות אכיפה אמיתית ורצינית שיהיה בו כדי להגן על זכויותיהם אל מול בעלי הממון והשררה.

י. בבואנו ליישם את העיקרון דלעיל בענייננו, דומה כי אין צורך בהחלה קיצונית שלו כלל וכלל. זאת מן הסיבה, כי כפי ששזור לאורך כל הבקשה הנ"ל, הטענות העובדתיות והמשפטיות שבענייננו מבוססות אף מעבר לנדרש בשלב זה, ומנוסחות באופן ברור ונהיר.

יא. וזאת יש להדגיש, כי גם אם נחיל את מבחני הפסיקה השונים, שכאמור הינם בלתי אחידים, ונבחן לאורם את מידת הוכחת הטענות העובדתיות והמשפטיות בתובענה דנן, נמצא כי התובעת (המבקשת) הרימה את נטל השכנוע אף לפי מבחנים אלה. זאת נעשה כאמור, לאור העיקרון הכללי שהוצג לעיל, בדבר אי הכבדת נטל השכנוע, בשלב מקדמי זה של אישור התובענה הייצוגית.

יב. לא זאת אף זאת, דנן בעובדות פשוטות וברורות המדברות בעד עצמן; אין ספק ואין חולק כי לאור הוראות חוק השתלות, הוראות המפקח על הביטוח וחוזר מנכ"ל משרד הבריאות, הפך מקרה הביטוח בביטוח השתלות לבלתי אפשרי.

יג. לאור מוצקותן של הטענות המשפטיות והעובדתיות אותן הביאה המבקשת בבקשתה זו, כמו גם בתובענה שבכותרת, דומה כי אין כל ספק בכך שהורם נטל השכנוע הנדרש, לפי מבחני הפסיקה, ואף מעבר לכך. מידת ההוכחה בה הוכחו טענותיה של המבקשת בתובענה שהגישה, ומידת חוזק

טענותיה המשפטיות מצביעות, אפוא, על סיכוייה הטובים של התובענה להתברר בסוף התהליך לטובת התובעת והקבוצה המיוצגת על ידה.

82. בקשה זו נתמכת בתצהיר המבקשת.

נוכח כל האמור לעיל, מן הדין ומן הצדק להיענות לבקשה ולפיכך מתבקש בית המשפט הנכבד לאשר כי התובענה בתיק שבכותרת תתברר בדרך של תובענה ייצוגית, בהתאם להוראות חוק התובענות הייצוגיות.



ענת ארזי, עו"ד
ב"כ המבקשת

תצהיר

אני הח"מ, מיכל מרום בריקמן, נושאת ת.ז. 024675746 מרח' ברזיל 1 בתל-אביב, לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אהיה צפויה לעונשים הקבועים בחוק באם לא אעשה כן, מצהירה בזאת בכתב כדלקמן:

1. הנני עושה תצהירי זה בתמיכה לבקשה לאישור התובענה שהוגשה כנגד מכבי שירותי בריאות (להלן: "המשיבה" או "קופת החולים") בתיק זה כתובענה ייצוגית.
 2. העובדות המפורטות להלן, אם לא נאמר אחרת, ידועות לי מידיעתי האישית.
 3. הנני אזרחית ישראל ותושבת בה, וכתובתי הינה כמפורט בכותרת לתצהיר זה.
 4. אני חברת קופת חולים מכבי והתקשרתי בתוכנית לשירותי בריאות נוספים מסוג "מגן" עם המשיבה (להלן: "התוכנית").
- ❖ העתק עמודי התוכנית הרלבנטיים לעניינינו מצ"ב כנספח א' לתצהיר זה, ומהווה חלק בלתי נפרד הימנו.
5. במסגרת התוכנית, אשר לפי ייעוץ משפטי שקיבלתי היא במהותה גם חוזה ביטוח, כהגדרת מונח זה בחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 ("חוק חוזה הביטוח") רכשתי כיסוי ביטוחי לכיסוי סיכונים בקשר עם השתלות (להלן: "ביטוח השתלות").
 6. בגין התוכנית שילמתי למשיבה דמי ביטוח חודשיים (נכון לחודש ינואר 2009) בסך 60.17 ₪. לפי ייעוץ שקיבלתי, במסגרת תשלום זה שילמתי דמי ביטוח בסכום של 5.5 ₪ בגין ביטוח ההשתלות.
- ❖ אישור תשלום לקופת החולים בגין התוכנית לחודש ינואר 2009 המעיד על תשלום דמי הביטוח מצ"ב כנספח ב' לתצהיר זה, ומהווה חלק בלתי נפרד הימנו.
7. לפי ייעוץ שקיבלתי, ניתוח השתלה למבוטח ישראלי הנוקק להשתלה עקב מצבו הבריאותי יכול להתבצע באחד משני האופנים הבאים:
- א. ביצוע השתלה בישראל, על-ידי קבלת תרומה מן המת במסגרת המרכז הישראלי להשתלות, או תרומה של קרוב משפחה מן החי. מאחר ובשל סיבות דתיות ותרבותיות אין בנמצא בישראל די איברים להשתלה, רשימת ההמתנה להשתלות בישראל ארוכה עד מאד, ומיעוט בלבד מתוך ההשתלות של ישראלים מבוצע בישראל.
 - ב. ביצוע ההשתלה מחוץ לישראל, כאשר ברוב המקרים וברוב המדינות, בין אם מדובר בהשתלה של איבר מן המת - ובין אם מדובר בהשתלה של איבר מן החי, נדרש תשלום של סכום ניכר לצורך רכישת האיבר המיועד להשתלה.
8. לפי ייעוץ שקיבלתי, עד לאחרונה, ככל שהיה מבוטח נזקק לביצוע ניתוח השתלה, הרי לאור מצב רשימות ההמתנה בישראל היה ניתוח ההשתלה מתבצע במרבית המקרים בחו"ל. בחלק מן המקרים הייתה קופת החולים מפנה את המבוטח ל"דילר", או מתווך בחו"ל, אשר היה דואג לביצוע ניתוח ההשתלה. כל

הוצאות הטיפול, לרבות התשלומים הנדרשים לצורך רכישת האיבר וההוצאות הרפואיות, היו משולמות על-ידי קופת החולים בהתאם לסעיף 8.2 לתוכנית.

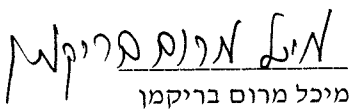
9. כתוצאה ממעשיה של המשיבה סבלתי נזק ממון.

10. לפי ייעוץ משפטי שקיבלתי, נזק הממון אשר נגרם לי בתקופה הרלבנטית, הינו תוצאה של גביית דמי פרמיה בגין ביטוח השתלות החל מיום 1.4.2006 (יום פרסום חוזר מנכ"ל משרד הבריאות) או לחילופין החל מיום 1.5.2008, הוא יום כניסתו לתוקף של חוק ההשתלות.

❖ העתק חוזר המנכ"ל מצ"ב **כנספח ג'** לתצהיר זה, ומהווה חלק בלתי נפרד הימנו.

11. בהתאם לפירוט, סה"כ החיוב החודשי שלי בפועל של דמי ביטוח השתלות עומד על הסך של 5.5 ₪, ובסה"כ עד ליום הגשת התביעה נזק הממון הישיר שנגרם לי הינו בסך של 60.5 ₪.

הנני מצהירה כי זהו שמי, זו חתימתי וכי תוכן תצהירי אמת.


מיכל מרום בריקמן

אישור

הנני הח"מ, עו"ד ענת ארז מרח' בן גוריון 122, רמת השרון, מאשר/ת כי ביום 29.3.2009 הופיעה בפני גבי מיכל מרום בריקמן אשר זיהתה עצמה על ידי תעודת זהות מספר 024675746, לאחר שהזהרתיה כי עליה לומר את האמת וכי תהיה צפויה לעונשים הקבועים בחוק באם לא תעשה כן, אישרה את נכונות תצהירה דלעיל, וחתמה עליו בפני.


ענת ארז עו"ד
מר
ענת ארז עו"ד