

בבית המשפט המחוזי מרכז

בש"א _____

בפתח-תקווה

המבקש : יעקב אזיה, ת.ז. 56468358

(התובע) מרח' הגולן 4, כוכב יאיר

ע"י ב"כ עו"ד ענת ארז

מרח' בן גוריון 122, רמת השרון 47321

טל': 5474948 - 03 ; פקס: 5475028 - 03

- נגד -

המשיבה : מגדל חברה לביטוח בע"מ ח.פ. 520004896

(הנתבעת) מרחוב אפעל 4, פתח-תקווה 49512, ת"ד 3063

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 הכולל חלק או מרכיב המכונה ביטוח השתלות (להלן: "ביטוח השתלות"). ביום 1.5.2008 נכנס לתוקפו **חוק השתלת אברים, תשס"ח-2008**¹ (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 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 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, מגיש המבקש לבית המשפט הנכבד את התובענה שבכותרת. כפי שיפורט להלן, התובענה שבכותרת מוגשת מכוח חוק התובענות הייצוגיות, ביחס למשיבה, המהווה מבטח 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."

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

ג. רקע עובדתי כללי

7. המבקש הינו אזרח ישראל ותושב בה וכתובתו הינה כמפורט בכותרת לבקשה זו.
8. המשיבה, מגדל חברה לביטוח בע"מ (להלן: "מגדל" או "חברת הביטוח"), הינה חברת ביטוח, המספקת שירותי ביטוח שונים לרבות קרנות פנסיה, קרנות השתלמות וקופות גמל, לרבות ביטוח בריאות הכולל ביטוח השתלות.
9. חוזה ביטוח בריאות בכלל וחוזה ביטוח הבריאות של המשיבה, מורכב ממספר חלקים או פרקים המכונים "ריידרים" אשר עוסקים בסיכונים שונים ומציעים כיסוי ביטוחי לסיכונים שונים אלו. במסגרת ביטוח הבריאות של המשיבה, מציעה המשיבה גם פרק, או ריידר, העוסק בהשתלות.
10. המבקש התקשר בחוזה ביטוח בריאות עם המשיבה. בגין חוזה הביטוח הוציאה המשיבה פוליסה לביטוח בריאות (להלן: "הפוליסה").
- ❖ העתק עמודי הפוליסה הרלבנטיים לעניינינו מצ"ב כנספת א' לתצהיר התומך בבקשה זו, ומהווה חלק בלתי נפרד הימנו.
11. במסגרת חוזה הביטוח נשוא הפוליסה רכש המבקש כיסוי ביטוחי לכיסוי סיכונים בקשר עם השתלות (להלן: "ביטוח השתלות").
12. בגין ביטוח הבריאות שילם המבקש למשיבה דמי ביטוח חודשיים (נכון לחודש מרץ 2009) בסך 192.40 ₪, כאשר במסגרת דמי הביטוח שילם סכום של 17.90 ₪ בגין ביטוח ההשתלות.
- ❖ העתק דף פרטי הביטוח המעיד על תשלום דמי הביטוח מצ"ב כנספת ב' לתצהיר התומך בבקשה זו, ומהווה חלק בלתי נפרד הימנו.
13. מקרה הביטוח במסגרת חוזה ביטוח השתלות הוגדר בפוליסה כדלקמן: "קרה מקרה הביטוח, תשפה החברה את המבוטח בגין ההוצאות הממשיות שהוציא בפועל עבור שירותים רפואיים כמפורט בס"ק (א) או (ב) להלן, אותם קיבל המבוטח כצורך רפואי להשתלה או לטיפול מיוחד לפי העניין, במשך תקופת הביטוח על פי נספח זה". 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.
14. במסגרת תנאי הביטוח של המבקש, נקבע בסעיף 5 לנספח-2 "ביטוח השתלות מורחב" לפוליסה באשר לתשלום השיפוי בגין ההשתלה והתגבשות מקרה הביטוח כדלקמן:

א. תשלום בגין השתלה

1. תשלום לרופאים ולמוסדות רפואיים עבור הערכה רפואית של המבוטח.
2. תשלום עבור אישפוז בחו"ל, עד 30 יום לפני ביצוע ההשתלה ועד 180 יום לאחר ביצועה.
3. תשלום עבור השגת האיבר להשתלה, שימורו והעברתו למקום ביצוע ההשתלה.
4. תשלום לצוות המנתח עבור השרותים הרפואיים שינתנו למבוטח תוך כדי ביצוע ההשתלה.
5. תשלום הוצאות כרטיס נסיעה לחו"ל לצורך ההשתלה, בטיסה מסחרית רגילה של המבוטח, ומלווה אחד והוצאות שיבתם לישראל.

6. תשלום עבור הוצאות הטסה רפואית מיוחדת לחו"ל, אם היה המבוטח בלתי כשיר מסיבות רפואיות להעברה לחו"ל בטיסה מסחרית רגילה – עד 450 יחידות סכום ביטוח.
7. תשלום עבור הוצאות שהייה סבירות של המבוטח ומלווה אחד במקום ביצוע ההשתלה בחו"ל – עד 450 יחידות סכום ביטוח.
8. תשלום עבור המשך טפולים הנובעים מביצוע ההשתלה – עד 450 יחידות סכום ביטוח.
9. תשלום עבור העברת גופת המבוטח לישראל אם נפטר בעת שהותו בחו"ל לצורך ביצוע ההשתלה – עד 225 יחידות סכום ביטוח. "
15. ניתוח השתלה למבוטח ישראלי הנזקק 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.
16. 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 חברת הביטוח 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 חברת הביטוח בהתאם לסעיף 5א' בנספח לפוליסה (**נספח א'** לעיל).
17. 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

18. ביום 1.5.2008 נכנס לתוקפו **חוק ההשתלות**. בחוק ההשתלות שונו לחלוטין הזכויות והחובות הנובעים מביטוח השתלות.
19. חוק ההשתלות נועד להסדיר היבטים שונים הנוגעים להשתלת איברים, והוא קובע, בין היתר, הוראות לענין איסור סחר באיברים, וכן הוראות לענין איסור תיווך לשם תרומת איברים. החוק אומנם אינו אוסר על השתלת איבר שנעשית מחוץ לישראל, לרבות לענין השתתפות גוף בישראל במימון השתלת איברים שנעשית במדינת חוץ, ובלבד שזו נעשתה בהתאם לתנאים שנקבעו בחוק לענין זה, כמפורט להלן;
20. 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."

21. 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.

22. 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 כנספח ג' לבקשה זו, ומהווה חלק בלתי נפרד הימנו.

23. לאור הוראות החוק וההוראות הגורפות של המפקח על הביטוח הפך מקרה הביטוח בביטוח השתלות בבלתי אפשרי לחלוטין. כפי שצוין לעיל, ניתוח השתלה 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.

24. מאידך, האפשרות שפורטה לביצוע השתלה בחו"ל, בדרך של שיפוי הוצאות, בדרך כלל בארגון חברת הביטוח, כרוכה בתשלום תמורה כספית עבור האיבר המיועד להשתלה, ולפיכך לא יתרחש עוד מקרה הביטוח הנקוב בפוליסה, מאחר וחברת הביטוח לא תשלם על האיבר. מפאת חיסרון הכיס של רוב אוכלוסיית המבוטחים, העדר המימון עבור האיבר על-ידי חברת הביטוח יגרום לכך שבפועל לא

- יתקיימו כלל ניתוחי השתלה בחו"ל. בכך מסוכל למעשה הסיכון שבעשיית ביטוח השתלות עבור חברת הביטוח, ולפיכך כל מרכיב הפרמיה הנגבה בגין סיכון זה נגבה שלא כדין.
25. 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 הפוליסה.
26. סעיף 16 (ב) לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 ("חוק 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 "**
27. בהקשר זה חשוב לציין, כי הסעיף הנ"ל משקף מציאות כלכלית משפטית, המבטאת את שנראה כברור מאליו: השירות שמעניק המבטח הוא לקיחת סיכון עבור המבוטח, הלקוח. בתמורה ללקיחת הסיכון, המבוטח משלם למבטח 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 המבטח לא לוקח סיכון – אין כסף.
28. 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.
29. בנוסף ו/או לחילופין יטען המבקש, כי לאור כניסת החוק לתוקפו חל שינוי בנסיבות המפחית מהותית בשיעור של 100% את הסיכון החל על חברת הביטוח באופן המחייב את חברת הביטוח להפחית את דמי הביטוח.
30. 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 המבטח, 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."**
31. המסקנה היא, כי יש להורות לחברת הביטוח 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.
32. לחילופין, יש להורות לחברת הביטוח להפחית את דמי הביטוח בגין התקופה שתחילתה מיום 1.5.2008 באופן שישקף את הפער שבין סך הסיכון שחל על חברת הביטוח עובר לחוק השתלות, לבין הסיכון החל על חברת הביטוח מיום כניסתו לתוקף של חוק זה, כתוצאה מזה שהאיבר אינו ממומן על ידה.

ה. עילה

33. המבקש (התובע) יטען כי המשיבה (הנתבעת) במעשיה אשר פורטו לעיל, אחראית לנזקיו, כפי שiorחב להלן.
34. המבקש יטען, כי בהתנהגותה המפורטת לעיל, הפרה המשיבה את הוראות חוק חוזה הביטוח ו/או את חוזי הביטוח של המבקש ושל יתר חברי הקבוצה עימה.
35. המבקש יטען כי המשיבה מחויבת בחובת תום לב מוגברת כלפיו וכלפי כלל חברי קבוצת מבוטחיה.
36. המבקש יטען, כי במעשיה הנ"ל, המשיבה הפרה ומפרה את חובתה לנהוג במבקש וביתר חברי קבוצת מבוטחיה בתום לב.
37. העילה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט - 1979

- א. מכל האמור לעיל עולה בבירור, כי דמי הביטוח בגין מרכיב ההשתלות שנגבו מהמבקש 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 מהמבקש ומכלל חברי הקבוצה דמי פרמיה בגין ביטוח ההשתלות שלא כדין, שסכומיהם עולים כדי מיליוני שקלים. בכך התעשרה המשיבה שלא כדין. לפיכך עליה להחזיר למבקש 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".

ו. התקופה אליה מתייחסת התובענה

38. התובענה שבכותרת מתייחסת לתקופה החל מיום 1.5.2008, הוא יום כניסתו לתוקף של חוק ההשתלות.

ז. הקבוצה המיוצגת המוצעת

39. מגדל מבטחת בביטוחי בריאות פרט או קולקטיבים כמאות אלפי מבוטחים אשר מחזיקים ביטוח השתלות.
40. הקבוצה המיוצגת על-ידי המבקש, הינה כל קבוצת בעלי ביטוח השתלות פרט או קולקטיבי של מגדל, שהתקשרו עימה בחוזי ביטוח השתלות, ואשר שילמו למשיבה דמי ביטוח בגין ביטוח השתלות החל מיום 1.5.2008.

ח. הנזק

41. כתוצאה ממעשיה של המשיבה, סבל המבקש, וכן כל אחד מחברי הקבוצה שהצטרף לשורת מקבלי שירותי ביטוח מהמשיבה שפורטו לעיל, נזק ממון.

42. נזק הממון אשר נגרם לכל אחד מחברי הקבוצה, כולל המבקש, בתקופה הרלבנטית, הינו תוצאה של גביית דמי פרמיה בגין ביטוח השתלות החל מיום 1.5.2008.
43. בהתאם לפירוט, החיוב בפועל של סה"כ דמי ביטוח השתלות מהמבקש עומד על הסך של 17.90 ₪ לחודש, ובסה"כ עד ליום הגשת התביעה סך של 196.9 ₪.

ט. סעדים

44. אשר על כן, התבקש בית המשפט הנכבד ליתן למבקש ולכל אחד מחברי הקבוצה סעדים שונים שפורטו בכתב התביעה שבכותרת, ובין השאר:

- א. צו המצהיר כי גביית התשלום בגין ביטוח השתלות 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 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 הנ"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 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 הנ"ל), לפי הגבוה מביניהם.
- ה. סעדים נוספים לעניין מתן חשבונות ותשלום שכר טרחת עורך דין.

י. הנימוקים המצדיקים אישור ניהול התובענה כתובענה ייצוגית

45. כאמור לעיל, ביום 12.3.2006 נכנס לתוקף חוק התובענות הייצוגיות, אשר על-פי הקבוע בסעיף 45 לחוק, חל על בקשה זו.
46. 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 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."

47. 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.

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

49. 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, עילת התובענה דנו, נכנסת בגדרו של סעיף 2 לתוספת השניה לחוק:

" 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."

ובכך עומדת בתנאי הקבוע בסעיף 3 הנ"ל.

50. 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;"

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

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

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

54. כמו כן, עונה המבקש על ההגדרה הקבועה ברישא סעיף 4 לעיל, שכן המבקש (התובע) נמנה עם הקבוצה, באשר הוא נפגע ישירות ממעשיה ומחדליה של מגדל (הנתבעת), ולפיכך, הינו בעל עילה בתביעה שבכותרת.

55. פירוט המעשים ו/או המחדלים של מגדל בבקשה זו, כמו גם בכתב התביעה שבכותרת, והשלכותיהם על המבקש 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)8(1) – די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק;"

56. לא זאת אף זאת, בתמיכת פירוט הנזק בבקשה זו במסמכים רלבנטיים, הצליח המבקש להראות אף מעבר לרף ה"לכאורה", כי נגרם לו נזק כתוצאה מהתנהגות מגדל.
57. לאור האמור בסעיף הנוגע לסכום הנזק, ניתן לקבוע, כי גם כימות הנזק הספציפי, שנגרם למבקש ולכל מעוניין מהקבוצה, הינו סכום קצוב שניתן להגיע אליו בחישוב אריתמטי פשוט, כמפורט לעיל. לפיכך לא יקשה על בית המשפט להכריע וליתן למבקש ולכל מעוניין את הפיצוי או ההשבה המדויקים על פי נוסחא אריתמטית, שתקבע מראש על ידי בית המשפט.
58. 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 העניין;
- (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."

59. 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.
60. בשלב בו אנו מצויים כעת, הוא שלב אישור התובענה כייצוגית, כל אשר צריך לעמוד לנגד עינינו היא שאלת עמידתה או אי עמידתה של התובענה הנטענת 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.
61. הכרחיות התובענה הייצוגית - בשל הסכום הנמוך יחסית של תביעתו האישית של המבקש (התובע) 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.

62. **תוס לב** - התובענה מוגשת על ידי הנפגע הישיר ממעשיה ו/או ממחדליה של המשיבה. מטרתו היחידה של המבקש (התובע) הינה פיצוי בגין הנזק שנגרם לו, כמבוטח של המשיבה בעקבות התנהגות המשיבה, שכללה הפרת חוזה הביטוח עימו, הפרת חובת תוה"ל המוגברת שחלה על המשיבה כלפי המבקש, והתעשרות שלא במשפט של המשיבה.

63. **המבקש (התובע) מייצג ומנהל בדרך הולמת את ענייני הקבוצה** – כאמור לעיל, המבקש נמנה עם הקבוצה, הוא נפגע ישירות מהתנהגותה של מגדל, ולכן ניתן לומר בפה מלא, כי "קיים יסוד סביר להניח" (בלשון החוק), ואף מעבר לכך, שהמבקש הוא הגורם שייצג וינהל את ענייני כלל חברי הקבוצה בצורה הטובה ביותר ובדרך הולמת.

64. **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) הני"ל.

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

ה. לשון הסעיף נוקטת במילים: "ויש אפשרות סבירה". כבר מלשון הסעיף ברי, 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'".

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

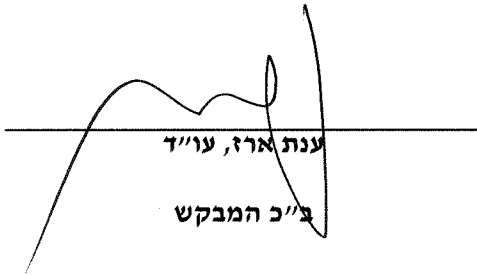
"אין להעמיד דרישות מחמירות מדי, לענין מידת השכנוע, משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית המשפט עומס יתר בבירור הנושא המקדמי, דבר העלול

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 התובע (המבקש) הרים 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 והוראות המפקח על הביטוח, הפך מקרה הביטוח בביטוח השתלות לבלתי אפשרי.**
- יג. לאור מוצקותן של הטענות המשפטיות והעובדתיות אותן הביא המבקש בבקשתו 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 טענותיו של המבקש בתובענה שהגיש, ומידת חוזק טענותיו המשפטיות מצביעות, אפוא, על סיכוייה הטובים של התובענה להתברר בסוף התהליך לטובת התובע והקבוצה המיוצגת על ידו.

נוכח כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לאשר כי התובענה בתיק שבכותרת תתברר בדרך של תובענה ייצוגית, בהתאם להוראות חוק התובענות הייצוגיות.

מן הדין ומן הצדק להיענות לבקשה.



ענת ארזי, עו"ד
ב"כ המבקש