

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו  
א 1278/09 (בשא 5891/09)  
בריקמן נ. פניקס הישראלי  
(בתיק בריקמן נ. פניקס הישראלי)  
ת.פתיחה: 10/03/09 סדר דין: רגיל

בית 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': 5474948 - 03; פקס: 5475028 - 03

- נגד -

**המשיבה:** הפניקס חברה לביטוח בע"מ ח.פ. 520023185  
(הנתבעת) מרח' דרך השלום 53, גבעתיים 53454

## 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<sup>1</sup> (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, מגישה המבקשת 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."**

<sup>1</sup> 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. המבקשת הינה אזרחית ישראל ותושבת בה וכתובתה הינה כמפורט בכותרת לבקשה זו.
8. המשיבה, הפניקס חברה לביטוח בע"מ (להלן: "הפניקס" 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. המבקשת התקשרה בחוזה ביטוח בריאות עם המשיבה. בגין חוזה הביטוח הוציאה המשיבה פוליסה לביטוח בריאות (להלן: "הפוליסה").
- ❖ העתק הפוליסה מצ"ב **כנספח א'** לתצהיר התומך בבקשה זו, ומהווה חלק בלתי נפרד הימנו.
11. במסגרת חוזה הביטוח נשוא הפוליסה רכשה המבקשת כיסוי ביטוחי לכיסוי סיכונים בקשר עם השתלות (להלן: "ביטוח השתלות").
12. בגין ביטוח הבריאות שילמה המבקשת למשיבה דמי ביטוח חודשיים (נכון לחודש אוקטובר 2008) בסך 112.91 ₪, כאשר במסגרת דמי הביטוח שילמה סכום של 19 ₪ בגין ביטוח ההשתלות.
- ❖ העתק דף הפירוט המעיד על תשלום דמי הביטוח מצ"ב **כנספח ב'** לתצהיר התומך בבקשה זו, ומהווה חלק בלתי נפרד הימנו.
13. מקרה הביטוח במסגרת חוזה ביטוח השתלות הוגדר בפוליסה כדלקמן: "**המבטח ישפה את המבוטח על תשלומיו בגין השתלה שארעה בתקופת הביטוח**". 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 המבקשת נקבע באשר לתשלום השיפוי בגין ההשתלה והתגבשות מקרה הביטוח כדלקמן:

**3. כתשלום בגין השתלה ייראו את התשלומים כדלקמן**

3.1	תשלום. לרופאים ולמוסדות רפואיים עבור הערכה רפואית של המבוטח.
3.2	תשלום עבור אשפוז בחו"ל, עד 30 יום לפני ביצוע ההשתלה ועד 180 יום לאחר ביצועה.
3.3	תשלום עבור השגת האיבר להשתלה, שימורו והעברתו למקום ביצוע ההשתלה.
3.4	תשלום לצוות המנתח עבור השירותים הרפואיים שניתנו למבוטח תוך ביצוע ההשתלה.
3.5	תשלום הוצאות כרטיס נסיעה לחו"ל לצורך ההשתלה, בטיסה מסחרית רגילה של המבוטח, ובמחלקת תיירים, מלווה במלווה אחד, והוצאות שיבתם לישראל.
3.6	תשלום עבור הוצאות הטסה רפואית מיוחדת לחו"ל, אם היה המבוטח בלתי כשיר מסיבות רפואיות להעברה לחו"ל בטיסה מסחרית רגילה במחלקת תיירים.
3.7	תשלום עבור הוצאות שהייה סבירות של המבוטח ושל מלווה אחד במקום ביצוע ההשתלה בחו"ל.
3.8	תשלום עבור המשך טיפולים הנובעים מביצוע ההשתלה, בארץ או בחו"ל.
3.9	תשלום עבור העברת גופת המבוטח לישראל אם נפטר בעת שהותו בחו"ל לצורך ביצוע ההשתלה.

<p>סכום הביטוח המרבי בעבור הכיסויים המפורטים בסעיפים 3.5-3.7 לעיל יהיו בגובה ההוצאה הסבירה הצפויה ובתנאי שאושרה מראש ובכתב על יד המבטח.</p>	3.10
<p>בכל מקרה של ביצוע השתלה מכוסה על פי הפוליסה, למעט השתלת קרנית תשלם החברה למבוטח, בנוסף לכל גמלה ולכל פיצוי אחר, לו זכאי המבוטח ע"פ הפוליסה, גמלה נוספת שתיקרא "גמלת החלמה" (להלן "הגמלה") כדלהלן:</p> <p>3.11.1 סך של 3,000 ₪ לחודש למשך 24 חודש.</p> <p>3.11.2 אם המבוטח הינו מתחת לגיל 18 תהא הגמלה 1,250 ₪ לחודש במשך 24 חודש.</p> <p>3.11.3 נפטר המבוטח לאחר ניתוח ההשתלה וטרם מיצה את הגמלה כקבוע לעיל או מיצה את חלקה יקבלו מוטביו את יתרת הגמלה כקבוע לעיל מייד לאחר פטירתו.</p> <p>3.11.4 בכל מקרה לא יעלו התשלומים המשולמים למבוטח כולל גמלת החלמה על סכום הביטוח המרבי לצורך השתלה על פי פוליסה זו. "</p>	3.11 השלמת הכנסות וכיסוי הוצאות

15. בנוסף, במסגרת תנאי הביטוח הקבועים בפוליסת פרט של הפניקס, נקבעו שתי חלופות לתשלום השיפוי בגין ההשתלה והתגבשות מקרה הביטוח:

א. סכום שיפוי מירבי ללא תקרה, במקרה של השתלה של אבר שנלקח מאדם, בין מן החי ובין מן המת, אך לא יותר ממחיר ההשתלה המקסימאלי המקובל לאותו סוג של השתלה במדינה בה מתבצעת ההשתלה (סעיף 1.4.1 בפרק ב' לפוליסה).

ב. במקרה בו בחר המבוטח לבצע את ההשתלה בחו"ל (ורק בחו"ל), ללא השתתפות החברה במימון עלות ההשתלה, פיצוי חד פעמי בגובה של כ- 300,000 ₪ (סעיף 1.4.3 בפרק ב' לפוליסה).

❖ העתק פוליסת פרט של הפניקס מצ"ב **נספח ג'** לבקשה זו, ומהווה חלק בלתי נפרד הימנו.

16. 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 מבוצעות 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.

17. 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 3 בפוליסה (**נספח א'** לעיל).

18. במקרים אחרים היה המבוטח דואג בעצמו לביצוע ההשתלה, ובמקרה כזה היה מקבל מחברת הביטוח את סכום הפיצוי הקבוע בסך של כ- 300,000 ₪, בהתאם לקבוע בסעיף 1.4.3 בפרק ב' לפוליסת פרט של הפניקס (**נספח ג'** לעיל).

19. 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

20. ביום 1.5.2008 נכנס לתוקפו **חוק ההשתלות**. בחוק ההשתלות שונו לחלוטין הזכויות והחובות הנובעים מביטוח השתלות.

21. 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;

22. 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 שהושגל בגופו או בגופו של אדם אחר, או המיועד להשתלה כאמור."

23. 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.

24. 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 האוצר<sup>2</sup>, מצ"ב **כנספת ד'** לבקשה זו, ומהווה חלק בלתי נפרד הימנו.

25. 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.

26. מאידך, האפשרויות שפורטו לביצוע ההשתלה בחו"ל, אם בדרך של שיפוי הוצאות, בדרך כלל בארגון חברת הביטוח, ואם בדרך של פיצוי בסכום קבוע, כרוכות 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

27. לפיכך, לסיכום האמור עד כה, האפשרויות לביצוע ניתוחי השתלה (בחו"ל) כדין ובהתאם לחוק החל בישראל - אינן יכולות להתממש, ומן הסתם אף לא להוות "מקרה ביטוח" לצורך הפוליסה.

28. 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"**

29. 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.

30. 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.

31. בנוסף ו/או לחילופין, תטען המבקשת 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.

32. 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."**

33. 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.

34. 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 ההשתלות, לבין הסיכון החל על חברת הביטוח מיום כניסתו לתוקף של חוק זה, כתוצאה מזה שהאיבר אינו ממומן על ידה.

#### ה. עילה

35. המבקשת (התובעת) תטען כי המשיבה (הנתבעת) במעשיה אשר פורטו לעיל, אחראית לנזקה, כפי שיורחב להלן.

36. 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.

37. המבקשת תטען כי המשיבה מחויבת בחובת תום לב מוגברת כלפיה וכלפי כלל חברי קבוצת מבוטחיה.

38. המבקשת תטען, כי במעשיה הנ"ל, המשיבה הפרה ומפרה את חובתה לנהוג במבקשת וביתר חברי קבוצת מבוטחיה בתום לב.

39. 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".**

#### ו. התקופה אליה מתייחסת התובענה

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

**ז. הקבוצה המיוצגת המוצעת**

41. הפניקס מבטחת בביטוחי בריאות פרט או קולקטיבים כמאות אלפי מבטחים אשר מחזיקים ביטוח השתלות.
42. הקבוצה המיוצגת על-ידי המבקשת, הינה כל קבוצת בעלי ביטוח השתלות פרט או קולקטיבי של הפניקס, שהתקשרו עימה בחוזה ביטוח השתלות, ואשר שילמו למשיבה דמי ביטוח בגין ביטוח השתלות החל מיום 1.5.2008.

**ח. הנזק**

43. כתוצאה ממעשיה של המשיבה, סבלה המבקשת, וכן כל אחד מחברי הקבוצה שהצטרף לשורת מקבלי שירותי ביטוח מהמשיבה שפורטו לעיל, נזק ממון.
44. נזק הממון אשר נגרם לכל אחד מחברי הקבוצה, כולל המבקשת, בתקופה הרלבנטית, הינו תוצאה של גביית דמי פרמיה בגין ביטוח השתלות החל מיום 1.5.2008.
45. בהתאם לפירוט, החיוב בפועל של סה"כ דמי ביטוח השתלות מהמבקשת עומד על הסך של 19 ₪ לחודש, ובסה"כ עד ליום הגשת התביעה סך של 209 ₪.

**ט. סעדים**

46. 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 1.5.2008 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**

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



48. 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 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."

49. 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.

50. 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.

51. 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 דנן, 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.

52. 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;"

53. 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"הפניקס" ולמעשה ואין ביסודה של העילה כל מאפיין אישי.

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

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

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

57. פירוט המעשים ו/או המחדלים של הפניקס 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;"**

58. 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 הפניקס.

59. 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.

60. 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."**

61. 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.

62. 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 דיונונו בשאר הסעיפים.

63. **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 כ"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.

64. **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 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.

65. **המבקשת (התובעת) מייצגת ומנהלת בדרך הולמת את ענייני הקבוצה** - כאמור לעיל, המבקשת נמנית עם הקבוצה, היא נפגעה ישירות מהתנהגותה של הפניקס, 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.

66. **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 התובעת, 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 ברי, כי התובע אינו צריך להוכיח בוודאות את טענותיו העובדתיות והמשפטיות, אלא ברמת שכנוע פחותה בהרבה מזו.

ו. יפים לעניין זה דבריה של כב' 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 כב' 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 ביטויו 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 השתללות והוראות המפקח על הביטוח, הפך מקרה הביטוח בביטוח השתללות 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.

67. בקשה זו נתמכת בתצהיר המבקשת.

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 ארז, עו"ד  
ב"כ המבקשת