



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

ניתן ביום 12 מרץ 2026

1. איתי פנקס ארד

2. יואב פנקס ארד

3. פלוני

המערערים

-

1. מכבי שירותי בריאות

2. שירותי בריאות כללית

3. קופת חולים מאוחדת

המשיבות

מגישת עמדה

מדינת ישראל

לפני: מ"מ הנשיא אילן איטח, השופטת (בדימוס) לאה גליקסמן, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה
נציגת ציבור (עובדים) גב' ורדה אדוארדס, נציג ציבור (מעסיקים) מר דובי רם

ב"כ המערערים - עו"ד ד"ר חגי קלעי

ב"כ המשיבה 1 - עו"ד ד"ר אסף רנצלר, עו"ד סופי טבצ'י

ב"כ המשיבה 2 - עו"ד שי תמר, עו"ד עדי ארמן

ב"כ המשיבה 3 - עו"ד פז מוזר, עו"ד אמין קסום

ב"כ המדינה - עו"ד איילת שור, עו"ד דניאל פסי

פסק דין

השופטת (בדימוס) לאה גליקסמן:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי תל אביב (השופטת אופירה דגן טוכמכר ונציג הציבור מר אליחי אליגון; ת"צ 54626-09-17; ת"צ 11201-04-17), שבו נדחתה בקשתם של המערערים לאישור תובענה ייצוגית בעניין זכאותם של גברים המבוטחים בתכניות שירותי בריאות נוספים (להלן - שב"ן) שמפעילות המשיבות (להלן יחד - הקופות או קופות החולים) למימון תרומת ביצית בחו"ל, לצורך הפרייה חוץ גופית במסגרת הליך פונדקאות.



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

2. וזה יהיה סדר הדיון בהליך: תחילה נסקור בתמצית את התשתית הנורמטיבית הרלוונטית להליך – החקיקה והפסיקה המסדירות תרומת ביציות והליכי פונדקאות, והשינויים שחלו בהן במרוצת השנים; בהמשך נסקור את ההליך בבית הדין האזורי ופסק דינו של בית הדין האזורי, ונפרט באופן תמציתי את טענות הצדדים בערעור; אחר זאת נדון בשאלות שבמחלוקת **הדורשות הכרעה בשלב זה של ההליך**, בקשה לאישור תובענה ייצוגית: האם בעילות מושא הבקשה ניתן להגיש כנגד הקופות תובענה ייצוגית, ובהקשר זה – האם בהפעלת תכנית שב"ן קופות החולים הן בגדר "עוסק" כך שניתן להגיש כנגדן תובענה ייצוגית מכוח פרט 1 בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו – 2006 (להלן – **חוק תובענות ייצוגיות או החוק**)? האם מתקיימים התנאים לאישור תובענה ייצוגית הקבועים בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות? האם יש למבקשים עילת תביעה אישית, או שמא יש מקום להורות על החלפתם או על הוספת תובע מייצג בהתאם לסעיף 10(ג) לחוק?

כפי שיפורט בהמשך, תחילתו של ההליך בבקשה שהוגשה לבית המשפט המחוזי, ובהחלטת בית המשפט המחוזי מיום 11.11.2020 הועבר ההליך לדיון בבית הדין האזורי לעבודה. בכך, קנה בית הדין לעבודה סמכות לדון בכל העילות בבקשה, לרבות עוולות נזיקיות. זאת בהתאם לסעיף 79(ב) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד – 1984. לנוכח האמור, לא נידרש בהליך זה לשאלת תיחום סמכותו העניינית של בית הדין לעבודה לדון בתובענות ייצוגיות כנגד הקופות [ראו דיון בעניין זה: ע"ע (ארצי) 20139-09-15 **מכבי שירותי בריאות - אייל קוצ'ינסקי** (26.6.2018); בג"ץ 6451/18 **גיא חיון נ' בית הדין הארצי לעבודה** (19.7.2021) פסקה 24 לחוות דעתה של השופטת ברון (להלן - **בג"ץ חיון**)].

3. להשלמת התמונה יצוין כי במהלך הדיון לפני המותב הוסכם כי תתקיים פגישה שבה ישתתפו המדינה וקופות החולים (לרבות קופת חולים לאומית שאינה צד להליך) על מנת לבחון את האפשרות לתקן את תקנוני השב"ן באופן שיסדיר את העניינים מושא הליך זה ודומיהם. מהודעות שהגישו המדינה והקופות עולה כי המהלך לא עלה יפה ולא הניב הסכמה. טענות שהעלו הצדדים והמדינה במסגרת ההודעות בעניין זה **הרלוונטיות להכרעה בערעור** יפורטו במסגרת פירוט טענות הצדדים.



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

התשתית הנורמטיבית הרלוונטית להליך

4. עם חקיקתו של חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) התשנ"ו – 1996 (להלן - **חוק הפונדקאות**), הוסדרה בישראל סוגיית הפונדקאות בחקיקה ראשית. חוק הפונדקאות נחקק בשנת 1996 בעקבות דו"ח ושל ועדה ציבורית-מקצועית בראשות שופט בית המשפט המחוזי (בדימוס) שאול אלוני [על הרקע לחקיקתו של החוק וההסדרים שקדמו לו ראו בג"ץ 2458/01 **משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**, פ"ד נז(1) 419, ע' 432-435 (להלן - בג"ץ **משפחה חדשה**); בג"ץ 5771/12 **ליאת משה – הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)**, התשנ"ו – 1996, פסקה 4 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה דאז) חיות (18.9.2014) (להלן – בג"ץ **משה**); בג"ץ 781/15 **איתי ארז-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)**, התשנ"ו – 1996 (3.8.2017) פסקה 16 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה השופט ג'ובראן (להלן – **פסק הדין החלקי בבג"ץ ארז-פנקס**)].
5. דבר חקיקה נוסף הקשור להליך הפונדקאות, והוא דבר החקיקה הרלוונטי להליך זה, הוא חוק תרומת ביציות, התש"ע – 2010 (להלן - **חוק תרומת ביציות**), שמסדיר את ההיבטים השונים הכרוכים בשאיבה ובתרומה של ביציות בישראל ואת השימוש בביציות אלה. כמו כן, במהלך השנים, ניתן אישור למספר יחידות הפריה חוץ גופית בישראל לעשות שימוש בביציות שנתרמו והופרו בחו"ל ולהשתילן בישראל בגופן של נתרמות או של פונדקאיות ככל שקיימת זיקה גנטית לאב המיועד [ראו: בג"ץ 781/15 מיום 27.2.2020, פסקה 9 לחוות דעתה של הנשיאה חיות (להלן – **פסק הדין בבג"ץ ארז-פנקס**)].
6. בסעיף 1 לחוק הפונדקאות נקבע כי "הורים מיועדים" על פי החוק הם "איש ואישה שהם בני זוג". בבג"ץ **משפחה חדשה** נדחתה עתירה להחיל את הוראות החוק על נשים יחידות, תוך שבית המשפט קרא למחוקק "כי ייתן דעתו על מצוקתן של נשים יחידות כעותרת; כי ישקול בכובד ראש, אלה כנגד אלה, טעמים המחייבים וטעמים השוללים החלתו של החוק על נשים יחידות וכי יכריע בשאלה לגופה כך או אחרת" [עניין **משפחה חדשה**, פסקה 52 לפסק דינו של השופט (כתוארו דאז) חשין]. במהלך השנים, הוגשו עתירות נוספות לבית המשפט העליון במסגרתן עתרו



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

העותרים להרחיב את מעגל הזכאים להתקשר בהסכם פונדקאות על פי החוק [בג"ץ משה ; בג"ץ 1078/10 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (28.6.2010)]. כמו כן, הוקמה ועדה ציבורית בראשותו של פרופ' שלמה מור יוסף לנושא ההסדרה החקיקתית של הפריון וההולדה. בעקבות המלצות ועדת מור יוסף הגישה הממשלה בשנת 2014 הצעת חוק, שעל פיה תתאפשר הגישה להליך פונדקאות מסחרי גם לגבר או לאישה יחידים, אולם זו לא הבשילה לחוק.

7. בשנת 2015 הוגשה עתירתם של **ארד-פנקס** [בג"ץ 781/15]. בפסק הדין החלקי בבג"ץ **ארד-פנקס** נדחתה הטענה כי יש לאפשר גם למי שאינו בעל זיקה גנטית ליילוד לפנות בבקשה לאישור הסכם לנשיאת עוברים אל ועדת האישורים שהוקמה מכוח חוק הפונדקאות. יתרת העתירה, הנוגעת להרחבת ההסדר כך שיחול גם על נשים יחידות, גברים יחידים או בני זוג מאותו המין נותרה תלויה ועומדת בשל הליך חקיקה נוסף שהתקיים בכנסת באותו שלב.

8. ביום 18.7.2018, כשנה לאחר פסק הדין החלקי בבג"ץ **ארד-פנקס**, תוקן חוק הפונדקאות, ועל פי התיקון הורחב מעגל הזכאים להסדר פונדקאות על פי החוק, כך שהגדרת "ההורים המיועדים" כללה גם נשים יחידות שבשל בעיה רפואית אינן מסוגלות להתעבר ולשאת הריון או שהריון עלול לסכן משמעותית את בריאותן. הגדרת "ההורים המיועדים" לא הורחבה באופן המאפשר לבני זוג מאותו המין ולגברים יחידים לבקש לעשות שימוש בהליך פונדקאות. לנוכח האמור, נדרש בית המשפט העליון להכריע בעתירה בהתייחס להרחבת הזכאות גם לגברים יחידים ולבני זוג מאותו המין.

9. בפסק הדין בבג"ץ **ארד-פנקס**, שניתן ביום 27.2.2020, נפסק כי הוראות החקיקה אשר מתירות קיום הליכי פונדקאות ותרומת ביצית לנשים בלבד פוגעות בזכויות החוקתיות להורות ולשוויון. עוד קבע בית המשפט העליון (בדעת רוב) כי לנוכח מורכבות החוק המצריכה הסדרה מפורטת מדוקדקת והוליסטית המתכתבת עם מכלול החוקים העוסקים ברבייה ופריון, עדיפה האפשרות שהמחוקק יעשה תיקון לחוק הפונדקאות, וכי ככל שהוראות החוק לא יתוקנו בתוך 12 חודשים יינתן פסק דין משלים ובו סעד מתאים.

לאחר שהכנסת נמנעה מתיקון החוק ניתן ביום 11.7.2021 פסק דין משלים בבג"ץ **ארד-פנקס** (להלן – **פסק הדין המשלים בבג"ץ ארד-פנקס**). בפסק הדין המשלים



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

נקבע כי יבוטלו ההגדרות אשר מדירות באופן גורף מהסדר הפונדקאות גברים יחידים ובני זוג מאותו מין – קרי הגדרת "הורים מיועדים", "הורים מיועדים שהם בני זוג" ו"אם מיועדת יחידה" שבסעיף 1 לחוק הפונדקאות, תוך הימנעות מפגיעה נוספת במרקם החקיקה; לאחר ביטולן של הגדרות אלו, ניתן לפרש את יתר הוראות חוק הפונדקאות ואת חוק תרומת ביציות בהתאם לאמות המידה שהותוו בפסק הדין בבג"ץ **ארד-פנקס** ולחזקה לפיה כל דבר חקיקה מבקש לקדם זכויות אדם ולא לפגוע בהן; שתי אמות המידה העיקריות שלפיהן יש לפרש את הוראות הסדר הפונדקאות הן: יש להימנע מפרשנות העומדת בסתירה לזכות לשוויון ולזכות להורות, אשר תחסום גישתם של גברים יחידים ובני זוג מאותו מין להסדר; יש להחיל את הוראות ההסדר, במידת האפשר ובשינויים המחויבים, באופן שוויוני. עוד נקבע בפסק הדין המשלים כי תינתן שהות של שישה חודשים בטרם ייכנס הסעד לתוקפו וזאת על מנת לאפשר התארגנות מנהלית מתאימה.

10. ביום 6.12.2022 התכנסה הוועדה הציבורית להרחבת סל שירותי הבריאות לשנת 2023. בהתאם להמלצתה, בסל הבריאות על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד – 1994 (להלן – **חוק ביטוח בריאות**), נוסף שירות "**מימון טיפולי הפריה חוץ גופית עבור גברים (זוגות או יחידים) לצורך הולדת ילד בתהליך פונדקאות**".

11. הנה כי כן, במהלך התקופה שבה הבקשה לאישור תובענה ייצוגית מושא הליך זה הייתה תלויה ועומדת חל שינוי משמעותי במצב המשפטי, ועל פי פסיקת בית המשפט העליון ההסדרים בחוק הפונדקאות ובחוק תרומת ביצית חלים גם על גברים יחידים ובני זוג מאותו מין, בשינויים המחויבים, ובאופן שוויוני.

12. להשלמת התמונה יצוין כי המערערים 1 ו- 2 ו- 76 אחרים הגישו תביעה כספית לבית המשפט המחוזי מרכז (33813-07-20), שבה תבעו פיצוי על נזקים נטענים בשל פגיעה בזכויותיהם החוקתיות לשוויון ולהורות לנוכח הוראות חוק הפונדקאות וחוק תרומת ביציות קודם לתיקונן על ידי בית המשפט העליון בבג"ץ **ארד-פנקס**. בפסק דין מיום 16.5.2023 נדחתה תביעתם. בדיון שהתקיים בערעור שהוגש לבית המשפט העליון (ע"א 5791/23) הודיעו המערערים – בשים לב להערות בית המשפט ולאחר התייעצות – כי הם אינם עומדים על הערעור.



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

ההליך בבית הדין האזורי

רקע:

13. הקופות הן קופות חולים הפועלות על פי חוק ביטוח בריאות. במסגרת תכניות השב"ן מעניקות הקופות לחבריהן שירותים והטבות שונים, מעבר לזכויות שבסל הבריאות בהתאם לחוק ביטוח בריאות. בין היתר, מעניקות הקופות השתתפות במימון תרומת ביצית בחו"ל. החזר בעד תרומת ביצית בחו"ל ניתן בשלוש הקופות המשיבות למבוטחות נשים בלבד. תנאי הזכאות אינם אחידים וקיימים הבדלים בין הקופות, וגם חלו שינויים בחלוף העתים בעניין זה. בכל הנוגע למימון תרומת ביציות בחו"ל הקופות לא שינו את תכניות השב"ן גם לאחר מתן פסק הדין בבג"ץ **ארד-פנקס**.

14. בהעדר אפשרות לקיים את הליכי הפונדקאות בישראל, בשנים 2010 עד 2017 המערערים נעזרו בשירותי פונדקאות ותרומת ביצית בחו"ל. שלושת המערערים הם הורים לצאצאים שנולדו מזרעם בהליך פונדקאות, כמפורט להלן: בשנת 2010 נולדו למערערים ארד-פנקס, שהם בני זוג מאותו מין, שני ילדיהם הגדולים, עת היו מבוטחים בשירותי שב"ן של משיבה 1 (להלן – **מכבי**). בשנת 2014 נולדה לארד-פנקס בתם השלישית, עת המערער 1 (להלן – **איתי**) היה מבוטח בתכנית שב"ן של משיבה 2 (להלן – **כללית**). למערער 3 (להלן – **פלוני**), שהוא הורה יחידני הומוסקסואל, נולדו שתי בנות בשנת 2015, עת היה מבוטח בתכנית שב"ן של משיבה 3 (להלן – **מאוחדת**).

15. שלושת המערערים חברים בתכניות שב"ן שמפעילות הקופות ברובד העליון. שלושת המערערים פנו לקופות בדיעבד, לאחר ביצוע הליכי תרומת ביצית בחו"ל ופונדקאות, על מנת לקבל מימון להליך תרומת ביצית בחו"ל. בקשתם של המערערים סורבה מן הטעם שמימון תרומת ביצית בחו"ל ניתן רק לנשים אשר אינן יכולות להרות עקב בעיה רפואית, ולא ניתן לגברים.

16. ההליכים מושא ערעור זה הוגשו בשנת 2017 לבית המשפט המחוזי תל אביב. בהחלטת בית המשפט המחוזי מיום 11.11.2020 נקבע כי "**הסמכות העניינית הייחודית לדון בבקשות האישור נתונה לבית הדין האזורי לעבודה**", וכי "**התובענות יועברו לדיון בפני בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב-יפו, המוסמך**



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

לדון בבקשות האישור, בהתאם לסעיף 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב],
התשמ"ד-1984".

17. בבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהגישו ארד-פנקס כנגד מכבי והכללית [ת"צ
17-04-11201], התבקשו בין היתר, סעדים אלה:

17.1. לאשר את התובענה המוגשת עם בקשת האישור כתובענה ייצוגית
בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות.

17.2. לקבוע כי התביעה תוגש בשם קבוצות אלה:

קבוצה א' – כל המבוטחים בתכניות שב"ן המופעלות על ידי מכבי
והכללית שעברו הליך של התקשרות בהסכם לנשיאת עוברים מחוץ
לישראל בשבע השנים האחרונות;

ולחלופין – כל המבוטחים בתכניות שב"ן המופעלות על ידי מכבי
והכללית שעברו הליך של התקשרות בהסכם לנשיאת עוברים מחוץ
לישראל בשבע השנים האחרונות שהם בני זוג מאותו מין;

קבוצה ב' – כל המבוטחים בתכניות שב"ן המופעלות על ידי מכבי
והכללית שהם הומוסקסואלים או בייסקסואלים.

17.3. לקבוע בהתאם לסעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות כי התובענה הייצוגית
נסמכת על פריט 9(1) לתוספת השנייה לחוק – "תביעה בעילה לפי פרקים
ד', ה' או ה'1 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות" ו/או פריט 7
לתוספת השנייה לחוק – "תביעה בעילה לפי חוק איסור הפליה
במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים,
התשס"א – 2000" ו/או פריט 1 לתוספת השנייה לחוק – "תביעה נגד
עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לעניין שבינו לבין לקוח, בין
אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". ולמצער, לקבוע כי התובענה
הייצוגית נסמכת על פריט 11 לתוספת השנייה לחוק.

17.4. להורות בהתאם לסעיף 14(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות:

17.4.1. כי חלה על מכבי והכללית החובה לשפות מבוטחים המתקשרים בהסכם
לנשיאת עוברים בחו"ל הטרוסקסואליים והומוסקסואליים כאחד,



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

ולצורך כך נזקקים לתרומת ביצית בגין התשלום ששילמו עבור תרומת הביצית;

17.4.2. לפצות כל אחד מחברי ומחברות קבוצה א' בגין הנזק הריאלי שנגרם להם, שמוערך בסכום הכיסוי המירבי על פי הפוליסה בתכנית שב"ן;

17.4.3. לפצות כל אחד מחברי ומחברות קבוצה א' בגין אפליה על רקע מוגבלות בסכום של 50,000 ₪ ללא הוכחת נזק, ולמצער לפצות כל אחד מחברי וחברות הקבוצה בסכום של 20,000 ₪ בגין נזק לא ממוני מהטעם של אפליה על רקע מוגבלות ו/או אפליה על רקע נטייה מינית ומעמד אישי;

17.4.4. לפצות כל אחד מחברי קבוצה ב' בסכום של 100 ₪ בגין פגיעה באוטונומיה.

18. במסגרת הטיעון המשפטי טענו המערערים ארד-פנקס עילות תביעה אלה: **הראשונה** - הפליה על רקע מוגבלות; **השנייה** - הפליה על רקע נטייה מינית; **השלישית** - הפרת חובה חקוקה - הפרת סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו – 1996 (להלן – **חוק זכויות החולה**), הקובע כי "**מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא, נטייה מינית, גיל או מטעם אחר כיוצא באלה**".

19. **אשר לעילה הראשונה** נטען כי על פי עמדתן המוצהרת של מכבי והכללית, ניתן החזר בעד תרומת ביצית בחו"ל רק במקרה שבו תרומת הביצית נעשתה לצורך החזרת העובר לרחמה של המבוטחת, ולא ניתן החזר מקום בו תרומת הביצית נעשתה לצורך החזרתה לפונדקאית. ככל שאכן זה הטעם להבחנה בין המערערים (כמו גם זוגות הטרוסקסואליים הזקוקים להתקשרות עם פונדקאית ולהיעזרות בתרומת ביצית לצורך ההורות) לבין מבוטחים שנעזרים בתרומת ביצית בחו"ל ללא צורך בהתקשרות עם פונדקאית – מדובר בהפליה על בסיס מוגבלות. שכן, בעיית פוריות הדורשת התערבות רפואית היא בגדר מוגבלות כמשמעה בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח - 1998 (להלן – **חוק שוויון זכויות**). לפיכך, הבחנה בין בני זוג שאינם יכולים לשאת הריון לבין בני זוג המסוגלים לשאת הריון אינה רלוונטית. שכן, מקום בו שני זוגות צריכים להיעזר בתרומת ביצית מחו"ל על מנת להפוך להורים, ההבחנה האם ההחזרה תהיה לרחמה של האם המיועדת או



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

שהחזרה תיעשה לפונדקאית עבור ההורים המיועדים אינה מקימה שוני רלוונטי המצדיק את שלילת ההחזר מהורים שנוקקו להליך פונדקאות.

אשר לעילה השנייה נטען כי מבחינה תוצאתית משפיעה מדיניות הקופות בצורה משמעותית במיוחד על בני זוג בני אותו מין. שכן, מדיניות הקופות יוצרת מצב שבו בני זוג בני אותו מין לעולם לא יוכלו ליהנות מהחזר בעד תרומת ביצית בחו"ל הקבועה בתקנון השב"ן.

אשר לעילה השלישית נטען כי מדיניות מכבי וכללית מפלה על רקע נטייה מינית ועל רקע מוגבלות.

20. בבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהגיש פלוני כנגד מאוחדת (ת"צ 54626-09-17) הוגדרו הקבוצות באופן שונה במקצת, כמפורט להלן (השינויים הודגשו בקו תחתון):

קבוצה א' – כל המבוטחים בתכניות שב"ן המופעלות על ידי מאוחדת שעברו הליך של התקשרות בהסכם לנשיאת עוברים מחוץ לישראל בשבע השנים האחרונות, ושהם בני זוג מאותו המין ו/או אבות יחידנים ו/או בני זוג שאינם נשואים;

לחלופין – כל המבוטחים בתכניות שב"ן המופעלות על ידי מאוחדת שעברו הליך של התקשרות בהסכם לנשיאת עוברים מחוץ לישראל בשבע השנים האחרונות [נמחקו המילים - שהם בני זוג מאותו מין];

קבוצה ב' – כל המבוטחים בתכניות שב"ן המופעלות על ידי מאוחדת שהם בני זוג מאותו מין וגברים יחידנים.

21. גם הסעדים שהתבקשו בבקשה שהגיש פלוני היו שונים בחלקם, כמפורט להלן:

להורות בהתאם לסעיף 14(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות:

21.1. כי חלה על מאוחדת החובה לשפות מבוטחים המתקשרים בהסכם לנשיאת עוברים בחו"ל, אבות יחידנים וזוגות, נשואים ונשואים, הטרסקסואליים והומוסקסואליים כאחד, ולצורך כך נזקקים לתרומת ביצית בגין התשלום ששילמו עבור תרומת הביצית;

21.2. להצהיר כי התנאים הבאים בטלים משהם עומדים בניגוד להוראות חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ומקומות



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

ציבוריים, התשס"א – 2000 (להלן – חוק אסור הפליה) ומשום שהם נוגדים את תקנת הציבור:

21.2.1. הגבלת הזכאות בסעיף 2.1 לתקנון השב"ן ל"משפחה חד הורית" המוגדרת כ"אישה פנויה" באופן המונע את מימוש הזכאות על ידי גבר פנוי;

21.2.2. הגבלת הזכאות בסעיף 2.1 לתקנון השב"ן ל"זוג נשוי" המוגדר כ"גבר ואישה שהם זוג הרשומים בתעודת הזהות כזוג נשוי" באופן המונע את מימוש הזכאות על ידי בני זוג אותו המין (נשואים ושאינם נשואים) וכן על ידי בני זוג הטרוסקסואליים שאינם רשומים כנשואים;

21.2.3. הגבלת הזכאות לקבלת תרומת ביצית בחו"ל הקבועה בסעיף 2.8.1 לתקנון השב"ן ל"מבוטחות" באופן המונע מגברים יחידנים ובני זוג מאותו המין לממש את הזכאות.

במסגרת הטיעון המשפטי בבקשה לאישור שהגיש פלוני נטען כי מאוחדת הפלתה את חברי וחברות הקבוצה "על רקע מין, נטייה מינית ועל רקע מצבם המשפחתי". נטען, כי מבחינה תוצאתית משפיעה מדיניות המאוחדת בצורה משמעותית במיוחד על הורים מיועדים יחידים ועל הורים מיועדים שהם בני זוג מאותו מין או בני זוג שאינם נשואים. שכן מדיניות מאוחדת יוצרת מצב שבו בני זוג מאותו מין ואבות יחידנים לעולם לא יוכלו ליהנות מהכיסוי לתרומת ביצית בחו"ל הקבוע בתקנון השב"ן. כמו כן טען פלוני לשתי העילות הנוספות שלהן טענו ארד-פנקס – הפליה על רקע מוגבלות (ככל שגם המאוחדת תטען כי החזר בעד תרומת ביצית בחו"ל ניתן רק במקרה שבו תרומת הביצית נעשתה לצורך החזרת העובר לרחמה של המבוטחת, ולא ניתן החזר מקום בו תרומת הביצית נעשתה לצורך החזרתה לפונדקאית); הפרת חובה חקוקה – הפרת סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה על רקע מוגבלות ועל רקע נטייה מינית.



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

פסק דינו של בית הדין האזורי :

22. בית הדין האזורי דחה את הבקשה לאשר את התובענה מהטעם שלא עומדת למערערים עילת תביעה אישית לכאורה, ומהטעם שאין מקום לאשר ניהול תובענה ייצוגית, כיוון שלא מתקיימים התנאים לאישור שנקבעו בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות. לנוכח האמור, לא מצא בית הדין האזורי מקום להידרש למחלוקת לעניין מעמדה של קופת חולים כ"עוסק" בהפעלת תכנית שב"ן.

23. תחילה בחן בית הדין האזורי האם עומדת למערערים עילת תביעה אישית בשל הפליה. בית הדין הסביר כי הפרוצדורה הרפואית השנויה במחלוקת בין הצדדים, "תרומת ביצית", היא פרוצדורה שבה נשאבת ביצית מגופה של תורמת, בהליך הכרוך בטיפולים הורמונליים ובסיכונים שונים, על מנת שהביצית תופרה מחוץ לגופה של התורמת ותשתל ברחמה של אישה אחרת. כאשר מדובר בתרומת ביצית לגבר שמבקש לגדל את צאצאו במשפחה שאין בה אישה, הליך תרומת הביצית הוא השלב הראשון, הדורש השלמה בהליך של פונדקאות. בית הדין האזורי עמד על כך שתרומת ביצית ופונדקאות הן טכנולוגיות רפואיות שמעוררות שאלות אתיות מורכבות, בשל ההיבטים הרפואיים, המשפטיים, הפסיכולוגיים והסוציולוגיים השלובים בתהליכים אלה שבהם אישה בריאה מעמידה את גופה ואת פוריותה לשימושם של אחרים, בדרך כלל תמורת תשלום. השימוש בטכנולוגיות אלה מערב אינטרסים מתנגשים, ורבות נכתב על המחיר שמשלמות נשים אשר מסכנות את בריאותן, לעתים קרובות על רקע מצוקה כלכלית, על מנת לאפשר לאחרים לממש את שאיפתם להורות ביולוגית, ועל הזהירות הנדרשת בכל הנוגע להתוויית כללים משפטיים אשר יסדירו את השימוש בטכנולוגיות רפואיות אלו, תוך שמירה על איזון בין הרצון לאפשר הורות לנשים עקרות או לגברים שאינם מקיימים תא משפחתי עם אישה, לבין הרצון שלא להפוך נשים קשות יום ל"מכונות רבייה".

24. לגישתו של בית הדין האזורי, "אין חולק" כי מציאת נקודת האיזון הראויה מחייבת מדיניות שתגביל את הזכאות להתקשר בהסכמי פונדקאות ובתרומת ביצית רק למקרים שמצדיקים זאת מבחינה רפואית או אחרת. זאת, מתוך הבנה כי ככל שמעגל הזכאים להתקשר עם פונדקאית מתרחב וכולל קבוצות נוספות, ההרחבה לעולם צופה פני הרחבה נוספת. כך, מתן גישה לגברים הומוסקסואלים שאינם סובלים מבעיה רפואית כלשהי, לא מן הנמנע כי תפתח את הפתח גם לנשים



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

שאינן סובלות מבעיה רפואית אקוטית המונעת מהן לשאת הריון, אשר עשויות למצוא את הפונדקאות כפתרון רצוי ועדיף, באופן שעלול לפגוע בנגישות לפונדקאות דווקא של הקבוצה המקורית שלה ביקש המחוקק להושיט סעד.

25. בית הדין האזורי הדגיש כי במשך שנים, חוק תרומת ביציות כמו גם חוק הפונדקאות נקטו בגישה מצמצמת מאד, ופורשו כמאפשרים תרומת ביציות והליך פונדקאות בישראל למטרת הולדה, תוך מתן עדיפות ברורה לנתרמת שהיא אישה, תושבת ישראל, שאינה מסוגלת בשל בעיה רפואית להתעבר מביצית שבגופה. החוק וכפועל יוצא מכך סל שירותי הבריאות הקנו לאישה זכאות לתרומת ביצית גם מקום שהיא נדרשת להיעזר בפונדקאית, אך זאת רק במקרי קצה, שבהם לאישה בעיה רפואית המונעת פרייון, כאשר הביצית הנתרמת הופרתה מזרע בן זוגה, וזאת בהתאם לתנאים ולמכסות שנקבעו בסל שירותי הבריאות. בשלב מאוחר יותר הוגדל מעט מעגל הזכאים ונפתחה האפשרות להיעזר בהליכי פונדקאות גם לנשים רווקות (אשר לא נדרשו לתרומת ביצית). אולם, עד שנת 2021, דהיינו בכל המועדים שבהם בוצעו הליכי תרומת ביצית מושא ההליך, נאסר על גברים ללא בת זוג להתקשר בהסכם פונדקאות בישראל, ורק אישה שאיננה כשירה לשאת הריון מטעמים רפואיים הייתה רשאית להתקשר עם אישה אחרת בהסכם פונדקאות. הבחנה דומה הייתה קיימת גם בחוק תרומת ביציות, ובהתאם להוראות הדין בסל שירותי הבריאות נקבע כי מימון הליכים של תרומת ביצית יינתן לנשים הסובלות מבעיה רפואית בלבד. במקביל, גם תכניות השב"ן של קופות החולים הקנו זכאות לתרומת ביצית בחו"ל למבוטחות נשים, וזאת מתוך תפיסה שהייתה מקובלת אותה עת כי אין מדובר באפליה אסורה אלא בהעדפה מותרת, מתוך הכרה באינטרסים המיוחדים לאותה קבוצה מצומצמת של נשים הסובלות מעקרות.

26. בית הדין האזורי ציין כי בית המשפט העליון דחה בעבר עתירות שבמרכזן עמדה הטענה כי החקיקה המסדירה הליכי פונדקאות ותרומת ביציות נגועה בהפליה, והפנה לבג"ץ **משפחה חדשה**. פסק הדין בבג"ץ **ארז-פנקס** שינה את המצב המשפטי, ונפסק בו כי הוראות חוק תרומת ביציות וחוק הפונדקאות המחריגות מתחולתם גברים יחידים ובני זוג מאותו מין פוגעות בזכותם להורות ובזכותם לשוויון של גברים יחידים וגברים בני זוג מאותו מין. בית הדין האזורי הדגיש כי בקביעת הסעד שניתן בבג"ץ **ארז-פנקס** לא נעלמה מעיני בית המשפט העליון



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

העובדה שמדובר בשינוי מהותי של המצב המשפטי הקיים, בביטול סעיפי חוק מטעמים חוקתיים על רקע "חלוף העיתים" ובשים לב ל"תמורות חברתיות שחלו", וכן כי פסק הדין משנה את ההלכה שנקבעה בבג"ץ **משפחה חדשה**. עוד ציין בית הדין האזורי כי על אף שיש אמירות בפסק הדין בבג"ץ **ארד-פנקס** שלפיהן יש להשוות את הנגישות של גברים להליכי פונדקאות, בפועל היקף ההשוואה לא בואר. כמו כן, בפסק הדין בבג"ץ **ארד-פנקס** הבהיר בית המשפט העליון כי בכל הנוגע לפגיעה בזכות להורות עניינו של ההליך היה בחופש להתקשר בהסכם פונדקאות, להבדיל משאלת מימון השירות, דהיינו בעקרון חופש ההתקשרות התלוי ברצון הצדדים להסכם, ולא טמונה בפסיקה חובה כלשהי של הציבור או של צד ג'.

27. מכל מקום, בהליך זה בית הדין אינו נדרש לשאלה האם משמעות ההלכה שנפסקה בבג"ץ **ארד-פנקס** היא שיש להשוות את המשאבים הציבוריים המושקעים בפתרון בעייתן של נשים עקרות לאלה שיוקצו לפתרון בעייתם של גברים שאינם בזוגיות עם אישה ושאינם מעוניינים בהורות משותפת, או אם יש להשית את מימון השוויון על קופות החולים או על גורם אחר. זאת, כיון שבמועדים הרלוונטיים להליך ההלכה הנוהגת הייתה זו שנקבעה בפסק הדין בעניין **משפחה חדשה**, אשר מצא כי מתן עדיפות לנשים עקרות על רקע המצוקה הנפשית והחברתית ממנה הן סובלות איננה ראויה לגינוי. במועדים הרלוונטיים לתביעה, לנוכח הפסיקה בבג"ץ **משפחה חדשה**, שלפיה בקשר להליך פונדקאות המחוקק קבע הסדר ספציפי ומצומצם בכוונת מכוון על מנת ללמוד את השלכות הליך הפונדקאות, באופן שנתן עדיפות בגישה לפונדקאות לקבוצה מצומצמת של נשים עקרות, על פי התפיסות שהיו מקובלות אותה עת, ושעה שסל הבריאות העניק טיפולי תרומת ביציות לנשים בלבד, לא הייתה כל מניעה כי קופות החולים יאמצו את קבוצות ההבחנה והשוויון שנקבעו בחקיקה ובסל שירותי הבריאות, ויחילו אותן הבחנות גם בהקצאת משאבים רפואיים במסגרת תכניות השב"ן. אמנם, במסגרת תכנית השב"ן היה ניתן להרחיב את סל השירותים ולממן טיפולי תרומת ביציות בחו"ל גם לגברים, בהתאם לשיקול דעתן של הקופות ולתחשיביהן. אולם, הקופות לא היו מחויבות לעשות כן, והיו רשאיות להשתמש במשאביהן למימון טיפולים רפואיים אחרים לטובת כלל חבריהן.



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

28. לנוכח האמור גם אין ממש בתביעה לפיצוי בגין נזק לא ממוני, ובהקשר זה יש להזכיר את פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז [ת"א 33813-07-20 **איתי פנקס ארד ואח' נ' מדינת ישראל** (16.5.2023)] אשר דן בטענות דומות ולא מצא מקום לפסוק פיצוי למי שטענו שנגרם להם נזק לא ממוני בשל החקיקה המפלה עד לביטולה בבג"ץ **ארד-פנקס**.

29. על יסוד כל האמור קבע בית הדין האזורי כי לא עומדת למערערים עילת תביעה בקשר לטיפול תרומת ביצית בחו"ל שבוצעו על ידם לפני הגשת הבקשה ולפני הפסיקה בבג"ץ **ארד-פנקס**.

30. מעבר לאמור, קבע בית הדין האזורי כי גם אילו עמדה למערערים עילת תביעה אישית, הרי שבנסיבות העניין אין מקום לאשר את הדיון בהליך במסגרת של תובענה ייצוגית, וזאת בשים לב למהות העניין שבמחלוקת ולמעמדן הציבורי של הקופות כמוסד שאיננו למטרות רווח, מנימוקים שיפורטו להלן.

31. התכלית הציבורית של האפשרות לנהל תובענה ייצוגית היא בעיקר ככלי הרתעתי, וככזו ראוי לעשות בה שימוש בעיקר כנגד נתבעים שפעלו בחוסר תום לב על מנת להונות את הציבור, ברשלנות או בחוסר סבירות. לפיכך נפסק כי בעת אישור תובענה ייצוגית נדרשת זהירות, אשר מתחייבת מההגנה על עניינו של נתבע שפעל בתום לב, לבל יינזק יתר על המידה. אמות המידה להפעלת שיקול דעתו של בית המשפט באישור תובענה ייצוגית נקבעו בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, ובכלל זאת היות תובענה ייצוגית הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.

בענייננו, ממכלול הנסיבות עולה כי הקופות פעלו בתום לב ובסבירות בגיבוש תכניות השב"ן שלפיהן הקצאת המימון לתרומת ביצית בחו"ל תיוחד לנשים הסובלות מבעיות פוריות בלבד, וזאת מתוך הסתמכות על המצב המשפטי כפי שהיה אותה עת, על ההבחנות שהיו במתן שירותים בסל הבריאות בהתאם לחוק ביטוח בריאות, כמו גם על אישור בזמן אמת שנתן משרד הבריאות לתכניות השב"ן.

בנוסף, קופות החולים פועלות כתאגידים ללא כוונת רווח ותכניות השב"ן מופעלות במסגרתן כקופה סגורה, שבה נדרש איזון בין ההכנסות מדמי חבר לבין ההוצאות



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

על שירותים רפואיים שניתנים לחברים בתכנית השב"ן. בין היתר, הכנסת שירותים לשב"ן מושפעת גם מאומדן מספר המשתמשים בשירות, ולא דומה שירות שמיועד לקבוצה מצומצמת לשירות שמיועד לקבוצה רחבה. לא מן הנמנע, כי אילו מלכתחילה סברו הקופות כי במסגרת תכנית השב"ן יהיה עליהן לממן תרומת ביציות בחו"ל לא רק למספר מצומצם של נשים עקרות אלא גם לקבוצות גדולות נוספות, השירות לא היה נכלל כמות שהוא בתכנית השב"ן. מנגד, אפשר כי הכללת השירות של תרומת ביציות בחו"ל לגברים היה גורם לגריעת שירות רפואי אחר מתכנית השב"ן או להעלאת סכום דמי החבר. בנוסף, המערערים לא עמדו בחובה לבקש אישור למימון השירות מראש ולא בדיעבד.

32. בית הדין האזורי הדגיש כי אינו קובע שלעולם לא יהיה נכון לאשר תביעת פיצוי בגין הפליה בהקצאת שירותים בתכנית שב"ן במצב צופה פני עבר, או כי הדרך היחידה לבחון טענת הפליה בתכנית שב"ן היא בתקיפה ישירה של החלטת הגורם המאשר, כלומר נקיטת הליך מנהלי כנגד משרד הבריאות. אולם, בנסיבות העניין, בשים לב למהות השירות שבמחלוקת ולחידוש בעצם האפשרות להקצותו לגברים, כמו גם החדשנות בטענה כי הקופות נדרשות לממן שירות רפואי שאינו נעוץ במגבלה פיסיוולוגית של המבוטח, אין מקום לאפשר תקיפה עקיפה בדיעבד.

33. **סיכומו של דבר:** בית הדין האזורי קבע כי הטכנולוגיות הרפואיות מושא הליך זה ושאלת האופן שבו יוקצו לציבור עומדות מזה שנים רבות בליבה של מחלוקת ציבורית, ונדרשו אליהן ועדות ציבוריות, ערכאות משפט, ואנשי אקדמיה מתחומים שונים. מחד, קיומם של שינויים בתפיסות חברתיות אפשר שמצדיקים את הגדלת השימוש בטכנולוגיות הרפואיות ופתיחתן לקבוצות נוספות של זכאים, ומאידך נדמה כי גם בית המשפט העליון סבר כי נדרש דיון ציבורי נוסף בעניין וטרם נאמרה המילה האחרונה בסוגיית הקצאת המשאבים להבדיל מביטול האיסור על התקשרות בהסכם פונדקאות. בהקשר זה ציין בית הדין האזורי כי מעמדת המדינה עולה כי משרד הבריאות עדיין לא גיבש עמדה ברורה ולא הנחה את קופות החולים כיצד לפעול, ואף לא הוברר האם מימון טיפולים מסוג זה צריך שיהיה מוטל על קופות החולים. בנסיבות אלה, אין מקום להחיל קביעות נורמטיביות עדכניות שעניינן הפליה ושוויון באופן רטרואקטיבי תוך פגיעה בהסתמכות הקופות.



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

34. לנוכח כל האמור לעיל, נדחתה בקשת המערערים לאישור תובענה ייצוגית, ללא צו להוצאות.

תמצית טענות הצדדים בערעור

35. בטרם נפרט את טענות הצדדים נציין כי הצדדים, ובעיקר הקופות, העלו טענות שמקומן להתברר במסגרת הדין בתובענה לגופה (ככל שתאושר הבקשה לאישור) ולא בשלב זה של אישור הבקשה להגשת תובענה ייצוגית. על כן, לא נידרש ולא נדון בכל טענות הצדדים שהועלו לפנינו, והדין יתמקד בטענות הדורשות הכרעה **בשלב זה של ההליך**.

36. בתמצית, **המערערים טענו** כי מקל וחומר לפסיקה בבג"ץ **חיון**, הקופות הן בגדר "עוסק" במתן שירותים על פי תכנית השב"ן, ועל כן התובענה שהוגשה היא בהתאם לפרט 1 ופרט 7 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות; מדיניות הקופות, בסירובן ליתן למבוטחים גברים ובמיוחד לבני זוג מאותו מין החזר בעד תרומת ביצית בחו"ל נגועה בהפליה פסולה ואינה בגדר הבחנה מותרת, וקביעתו של בית הדין האזורי מנוגדת לפסק הדין בבג"ץ **ארז-פנקס**; מתקיימים כל התנאים לאישור תובענה ייצוגית בהתאם לסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות; למערערים עילת תביעה אישית כנגד הקופות, ולחלופין ניתן להורות על החלפת התובע המייצג.

37. מטבע הדברים, הקופות העלו טענות זהות או דומות, ולכן טענותיהן מובאות יחדיו. בהמשך, ככל שטענה זו או אחרת רלוונטית לנסיבות ההליך כנגד קופה זו או אחרת בלבד, נתייחס לטענות אלה בנפרד.

38. בתמצית, **הקופות טענו** כי בהפעלת תכנית השב"ן הן ממלאות תפקיד על פי דין, ועל כן אין הן בגדר "עוסק", וכפועל יוצא מכך לא ניתן להגיש נגדן תובענה ייצוגית בעילות על פי פרט 1 ופרט 7 לתוספת השנייה לחוק; אין כל פסול בהסדר שנקבע בתקנון שב"ן שלפיו החזר בעד תרומת ביצית מחו"ל ניתן רק לנשים, ואין מדובר בהפליה פסולה כי אם בהבחנה מותרת, המבוססת על השוני הביולוגי בין נשים לבין גברים, והצורך הרפואי של נשים הזכאיות להחזר על פי תכנית השב"ן שאינו מתקיים בגברים; אין סתירה בין קביעתו של בית הדין האזורי לבין הפסיקה בבג"ץ **ארז-פנקס**, שכן פסק הדין בבג"ץ **ארז-פנקס** עניינו בזכות הגישה של גברים



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

יחידים ובני זוג מאותו מין להליכי פונדקאות ותרומת ביצית בישראל, להבדיל מהזכות למימון הליכים אלה; לא מתקיימים התנאים לאישור תובענה ייצוגית הקבועים בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות; למערערים אין עילת תביעה אישית, ואין מקום להורות על החלפת תובע מייצג בנסיבות שבהן היה ברור מלכתחילה שלמערערים אין עילת תביעה אישית.

דיון והכרעה

39. דיון בבקשה לאישור תובענה ייצוגית מחייב לבחון תחילה אם עילות התביעה, או חלקן, נכללות בפרטים המנויים בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, שכן בהתאם לסעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות לא ניתן להגיש תובענה ייצוגית אם עילת התביעה אינה כלולה בתוספת השנייה לחוק. ככל שהבקשה צולחת את מבחן העילה, יש לבחון אם מתקיימים התנאים המצטברים הנוספים לאישור תובענה ייצוגית כמפורט להלן:

39.1. התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה (סעיף 8(א)(1) רישא לחוק);

39.2. יש אפשרות סבירה ששאלות אלה יוכרעו לטובת הקבוצה (סעיף 8(א)(1) סיפא לחוק);

39.3. תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת (סעיף 8(א)(2) לחוק);

39.4. קיים יסוד סביר להניח שעניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב (סעיף 8(א)(3) ו-8(א)(4) לחוק).

התנאים הקבועים בסעיף 8 לחוק הם תנאים מצטברים, אולם על פי הוראות סעיף 8(ג)(1), בית משפט רשאי לאשר תובענה כייצוגית גם אם לא התקיים תנאי מהתנאים שבסעיפים 8(א)(3) או 8(א)(4) לחוק, אם מצא כי ניתן להבטיח את קיומם באמצעות צירוף או החלפה של תובע מייצג או בא כוח מייצג, או בכל דרך אחרת [רע"א 7110/17 נקניק נהריה כשר זוגלובק בע"מ נ' עו"ד ירון שגב (3.10.2017)].

בנוסף, בהתאם לסעיף 4(א)(1) לחוק, רק אדם "שיש לו עילה בתביעה", כלומר אדם שיש לו עילת תביעה אישית, רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית. אולם,



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

אם כל התנאים מתקיימים אך התובע אינו בעל עילת תביעה אישית, בית הדין רשאי לאשר את התובענה תוך החלפת התובע המייצג או במקרים המתאימים לאפשר הוספת תובע מייצג בנוסף לתובע מבקש בקשת האישור [רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' רחמים עמוסי (5.7.2021)].

40. אשר לאופן בחינת התקיימות התנאים לאישור נפסק כי –

י"ע בית הדין לבחון את התקיימות התנאים הקבועים לחוק 'במידת הסבירות הראויה' ו'באופן לכאורי בלבד'. אין נדרש כי תוכח התובענה, אלא די בכך שבית הדין ישתכנע כי קיים סיכוי סביר שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה. בחינת הבקשה תעשה בשים לב ל'תכליות החוק, הכוללות הגנה הן על האינטרסים של תובעים פוטנציאליים והן על האינטרסים של נתבעים פוטנציאליים, ולאזן ביניהן – 'למנוע אישורן של תובענות סרק, וזאת מבלי להרתיע תובעים מהגשת תובענות ייצוגיות צודקות'. מלאכת האיזון נעשית במסגרת בחינת התקיימותם של התנאים לאישור התובענה כייצוגית. (ע"ע (ארצי) 26328-09-14 הראל חברה לביטוח בע"מ – תותי אשבל (3.12.2019) [עתירה לבג"צ נדחתה ראו: בג"ץ 3420/20].

בר"ע (ארצי) 40771-09-21 המסלול האקדמי המכללה למינהל מיסודה של הסתדרות הפקידים בתל אביב חברה לתועלת הציבור – דנה שגב (17.5.2022); עתירה לבג"ץ נדחתה [בג"ץ 4203/22 דנה שגב נ' בית הדין הארצי לעבודה (7.7.2022)].

נקדים ונאמר כי לאחר בחינת טענות הצדדים וכלל חומר התיק על יסוד אמות המידה המפורטות לעיל לאישור תובענה ייצוגית, הגענו לכלל מסקנה כי דין הערעור להתקבל, וכי יש לקבל את בקשות המערערים לאשר את התובענות כתובענות ייצוגיות.

האם ניתן להגיש תובענה ייצוגית כנגד הקופות בעילות שנטענו בבקשה לאישור?

41. המערערים טענו כי התובענה נכללת בפרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, שכן בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון בבג"ץ חיון גם ביחס לשירותים שניתנים מכוח סל הבריאות הקופה היא "עוסק" והדברים נכונים מקל וחומר ביחס לשירותים שניתנים מכוח תכנית השב"ן; התובענה נכללת בפרט 7 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, שכן על פי סעיף 28א לחוק זכויות החולה רואים



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

את הפרת הוראת סעיף 4 לחוק זכויות החולה גם כעוולה לפי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ומקומות ציבוריים, התשס"א – 2000 (להלן – **חוק איסור הפליה**).

42. **לטענת הקופות**, לא ניתן להגיש נגדן תובענה ייצוגית בעילות שפורטו בבקשה לאישור תובענה ייצוגית, כיוון שבמתן השירותים מושא ההליך הן לא פועלות כ"עוסק", ולא נקבע כך בבג"ץ **חיון**; לנוכח העובדה שתכנית השב"ן אינה תכנית המניבה רווחים לקופות, אלא מופעלת כ"קופה סגורה", והקופות אינן רשאיות להשתמש בכספים המצטברים בה, בהפעלת תכנית השב"ן הקופות אינן בגדר "עוסק", אלא הן מפעילות אותו כחלק מהתפקיד הציבורי שהן ממלאות על פי דין, מתן שירותי בריאות לתושבי המדינה; יש שוני מהותי בין עניינה של בקשה זו לבין העניין שנדון בבג"ץ **חיון** – השבת סכומי השתתפות עצמית שנטען כי נגבו שלא כדין; יש להקיש לעניין זה מפסק הדין בעניין **שמול** [ע"א 887-19 שמו"ל נ' שירותי בריאות כללית (21.11.2022)], שקבע כי קופת חולים אינה בגדר "עוסק" לעניין עריכת מחקרים קליניים.

43. כאמור, המערערים הגישו את התובענות הייצוגיות נגד הקופות בעילות אלה:

43.1 פרט 1 לתוספת השנייה לחוק – תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו;

43.2 פרט 7 לתוספת השנייה לחוק – תביעה בעילה לפי חוק איסור הפליה;

43.3 פרט 9(1) לתוספת השנייה לחוק – תביעה בעילה לפי פרקים ד', ה' או ה'1 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות;

הדיון בערעור התמקד בשתי עילות התביעה הראשונות, ובשאלה האם הקופות הן בגדר "עוסק" בהפעלת תכנית השב"ן, וכעולה מטעונו המערערים נראה כי זנחו את עילת התביעה השלישית. מכל מקום, כאשר קיימות עילות תביעה חלופיות המבקשות לבסס סעד זהה, בית הדין אינו נדרש לברר את כולן בשלב הדיון בבקשת האישור וניתן להסתפק באישור התובענה כייצוגית באחת מן העילות שנטענו [עת"צ (ארצי) 47765-01-23 ריינר - לאומית שירותי בריאות, (7.9.2025), פסקה 87 וההפניות שם].



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

44. כאמור, על פי סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע כי "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה..." רשימת העניינים שבקשר אליהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית היא "רשימה סגורה", ולא ניתן להגיש תובענה ייצוגית בעניין שאינו כלול בה [ע"א 4110/18 פלונית נ' קדימה מדע חינוך לחיים בע"מ (7.11.20); בג"ץ חיון, סעיף 43 לחוות דעתה של השופטת ברון; סעיפים 1, 3 – 4 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף]. עוד נקבע בבג"ץ חיון על דעת כל השופטים כי הפרטים השונים בתוספת השנייה "אינם מוציאים זה את זה, ושטענה לתחולת אחד מהם איננה שוללת את האפשרות לנהל תובענה ייצוגית על בסיס פרט אחר" (בג"ץ חיון, סעיף 6 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף), וכפועל יוצא מכך דחיית האפשרות להתבסס על פרט אחד מהם אינה מונעת את האפשרות להתבסס על פרט אחר (בג"ץ חיון, סעיף 7 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף). כמו כן נפסק על דעת כל השופטים כי גישה עקרונית זו חלה גם כאשר התביעה היא כנגד רשות. על כן, גם אם התביעה הייצוגית מוגשת כנגד "רשות" כהגדרתה בחוק תובענות ייצוגיות, ניתן להגיש כנגדה תביעות לא רק מכוח פרט 11 אלא גם מכוח פרטים אחרים (פרט 1 ביחס לפעילות כעוסק; פרט 7 במקרה של הפליה; פרט 8 במקרה של הפליה בעבודה; פרט 9 במקרה של הפרת חובת ההנגשה) ועוד (בג"ץ חיון, סעיף 8 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף; סעיף 43 לחוות דעתה של השופטת ברון).

45. אשר למעמדה של קופת חולים כ"רשות" נחלקו הדעות בבג"ץ חיון. לפי חוות דעת הרוב, מפי השופט גרוסקופף שאליה הצטרף השופט (כתוארו דאז) עמית, אין מקום לסווג באופן גורף את קופות החולים כ"רשות" לצורך חוק תובענות ייצוגיות, אלא יש לבחון אם מדובר ב"רשות" בהתייחס לפעולה הקונקרטית מושא התובענה הייצוגית. דהיינו, יש לבחון האם "הפעולה אותה ביצעה קופת החולים היא בגדר 'מילוי תפקיד ציבורי על פי דין' לצורך ההגדרה המנהלית, דהיינו לצורך הפעלת הסמכות המנהלית ולצורך החלת ההגנות הקבועות בחוק תובענות ייצוגיות" (סעיף 22 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף). מנגד, השופטת ברון סברה כי קופות החולים הן בגדר "רשות" לעניין חוק תובענות ייצוגיות (סעיפים 31 – 34 לחוות דעתה של השופטת ברון).

46. הפעולה הקונקרטית שנדונה במסגרת בג"ץ חיון הייתה גביית דמי השתתפות עצמית. לדעת השופטת ברון, דמי ההשתתפות העצמית הנגבים על ידי הקופות



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

אינם תשלום חובה אלא "מחיר", וכפועל יוצא מכך לא חל פרט 11 לתוספת השנייה, ויש לבחון את השאלה האם בגביית דמי השתתפות עצמית פועלות קופות החולים כ"עוסק", שאז (ורק אז) ניתן לנהל נגדן הליך של תובענה ייצוגית מכוח פרט 1 לתוספת השנייה (סעיפים 35 עד 44 לחוות דעתה של השופטת ברון). לגישת השופט גרוסקופף, הפעילות של גביית דמי השתתפות ביחס לציוד מתכלה שסופק במסגרת סל הבריאות אינה יכולה להיחשב כ"מילוי תפקיד ציבורי על פי דין", ועל כן קופות החולים אינן בגדר "רשות" בהתייחס לפעולה קונקרטיית זו. מעבר לכך, גם אם יש להתייחס לא לעצם פעולת הגביה אלא למכלול הפעולה של אספקת הציוד הרפואי המתכלה, הרי שקופת החולים אינה יכולה להיחשב כמי שפועלת "למילוי תפקיד ציבורי על פי דין" במסגרת יחסיה עם מבוטחיה. לנוכח האמור, יש לבחון אם ניתן לאשר את התובענות הייצוגיות שהוגשו כנגד הקופות לפי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק, דהיינו אם הקופות פעלו כ"עוסק" (סעיף 22 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף). להשלמת התמונה נציין כי בקשה לקיום דיון נוסף בפסק הדין שהגישו קופות החולים נדחתה [דנג"צ 5701/21 **מכבי שירותי בריאות נ' בית דין הארצי לעבודה** (27.4.2022)].

47. שאלת מעמדן של הקופות כ"עוסק" בפעולה של גביית דמי השתתפות עצמית עודנה תלויה ועומדת, הן בבית המשפט העליון והן בבית דין זה, כמפורט להלן:

47.1 עניין **דובין** – בעניין **דובין** נבחנה פעולה של גביית דמי השתתפות עצמית מחולים כרוניים וחולים במחלות קשות, בעד שירותים הניתנים במסגרת "סל מכבי" או החלטת ועדת חריגים, ואינם כלולים בסל הבריאות הבסיסי על פי חוק ביטוח בריאות. בהחלטת בית המשפט המחוזי נקבע כי מקל וחומר לנפסק בבג"ץ **חיון** אין לראות בקופת חולים מכבי "רשות" לעניין זה, ויש לראות את בקשת האישור ככזו שהוגשה לפי פרט 1 לתוספת השנייה, וניתן לראות במכבי כמי שמעניקה שירותי בריאות לחבריה כ"עוסק" כשהיא גובה השתתפות עצמית מחבריה, בעד שירותי סל מכבי. מדובר בגביה הנכנסת לקופת מכבי ולא למדינה, ומכבי אינה יכולה להיחשב בעניין זה כמי שממלאת תפקיד ציבורי על פי דין [ת"צ (ת"א) 16985-05-12 **אלה דובין** – **מכבי שירותי בריאות** (23.10.2022)]. על החלטה זו הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, שעדיין תלויה ועומדת (רע"א 8858/22).



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

47.2. עניין **חיון** - בהמשך לפסק הדין בבג"ץ **חיון**, קבע בית הדין האזורי כי הקופות הן בגדר "עוסק" בקשר לפעולות גביית דמי השתתפות עצמית עבור שירותי בריאות הקבועים בסל הבריאות [חב"ר 11-06-35534 **חיון** – **מכבי שירותי בריאות** (11.1.2024)]. על החלטה זו (המתייחסת לארבעה הליכים בבית הדין האזורי) הוגשו בקשות רשות ערעור, שבשלב זה הדיון בהן הושהה מטעמי כיבוד ערכאות ולנוכח האפשרות כי להחלטת בית המשפט העליון ברע"א 8858/22 עשויה להיות השלכה כזו או אחרת על ההליכים (החלטה מיום 30.9.2024 בבר"ע 43451-01-24 המתייחסת לכל בקשות רשות הערעור על החלטת בית הדין האזורי בעניין **חיון**).

47.3. עניין **רבינוביץ** - בעניין **רבינוביץ** [עת"צ 57766-03-24 **פנחס רבינוביץ** – **לאומית שירותי בריאות**] תלוי ועומד בבית דין זה ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי תל אביב [ת"צ 11522-05-21 **רבינוביץ** – **לאומית שירותי בריאות** (26.2.2024)], במסגרתו נדחתה בקשה לאישור תובענה ייצוגית שעניינה גביית דמי השתתפות עצמית מחולים במחלות כרוניות ובמחלות קשות, מהטעם ש"קופות החולים (**לא בכובען כשב"ן**) אינן בגדר 'עוסק' על פי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות" (ההדגשה הוספה – ל.ג.). גם הדיון בערעור זה הושהה בשלב זה עד להכרעת בית המשפט העליון ברע"א 8858/22.

48. שאלת מעמדן של קופות חולים כ"עוסק" בקשר לפעולה של גביית דמי השתתפות עצמית נבחנה בע"ע (ארצי) 71026-09-16 **שלמה אליהו** – **קופת חולים לאומית** (15.8.2023) (להלן – עניין **שלמה**), אולם בסופו של יום לא הוכרעה, כיוון שהכרעה בה לא הייתה דרושה להכרעה בערעור, שנדחה מטעמים אחרים. עתירה לבג"ץ על פסק הדין בעניין **שלמה** נדחתה [בג"ץ 7600/23 **שלמה נ' בית הדין הארצי לעבודה** (17.12.2023)]. לקביעות בעניין **שלמה** הרלוונטיות להכרעה בערעור נתייחס בהמשך.

49. בענייננו, השאלה העומדת להכרעה היא האם הקופות הן בגדר "עוסק" במסגרת פעילותן בשב"ן, דהיינו במתן שירותי בריאות נוספים שאינם חלק מסל הבריאות הבסיסי על פי חוק ביטוח בריאות. שאלה זו עלתה לדיון בעת"צ (ארצי) 57928-01-21 **פלונית** – **מכבי שירותי בריאות** (8.10.2023), הותר לפרסום ביום



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

28.2.2024), שבו נדונה הוראה בתקנון תכנית השב"ן של הקופה. נפסק, כי לנוכח העובדה שמכבי לא טענה כנגד ראייתה כ"עוסק" על פי פרט 1 לתוספת השנייה בתגובתה לבקשה לאישור תובענה ייצוגית או בשלבים אחרים של ההתדיינות, והטענה הועלתה רק בשלב מאוחר מאד של ההתדיינות, מכבי אינה רשאית להעלות טענה זו במסגרת אותו הליך, וזאת מבלי לפגוע בטענותיה בהליכים אחרים. שאלת מעמדן של הקופות כ"עוסק" בכובען כמפעילות תכנית השב"ן עלתה גם בעת"צ (ארצי) 3090-06-23 **כפיר ספיר – ש.ל.ה. שירותי רפואה** (29.7.2024) (להלן – עניין **כפיר ספיר**), אולם בית דין זה לא נדרש להכריע בה במסגרת אותו הליך ובחר שלא להביע עמדה, לכאן או לכאן. גם בבר"ע (ארצי) 24304-12-23 **מכבי שירותי בריאות – גרטש** (11.5.2025) לא נדרש בית הדין להכריע בעניין זה, לנוכח מסקנתו כי יש לדחות את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית מטעמים אחרים. עתירה לבג"ץ שהוגשה על פסק הדין נדחתה (בג"ץ 4666-07-25).

50. כאמור, על פי הנפסק בבג"ץ **חיון** יש לבחון אם קופת חולים היא בגדר "עוסק" על פי חוק הגנת הצרכן, וכפועל יוצא מכך אם ניתן להגיש נגדה תובענה ייצוגית על פי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, על רקע הפעולה הקונקרטי מושא הבקשה לאישור תובענה ייצוגית. על קביעה זו חזר בית המשפט העליון בע"א 6549/19 **פלונית נ' מכבי שירותי בריאות** (12.9.2022), בקבעו כי השאלה אם הקופה פעלה כ"עוסק" צריכה להיבחן "**על רקע הנתונים הקונקרטיים**" וכי "**מדובר בשאלה מעורבת של דין ועובדה**".

51. בענייננו, השאלה העומדת להכרעה היא האם הקופות הן בגדר "עוסק" בהפעלת תכניות השב"ן. על מהותה של תכנית השב"ן עמד בית דין זה בהרחבה בעניין **כפיר ספיר** באומרו:

"כפי שכבר נקבע: 'מערכת הבריאות מורכבת משלוש מערכות משלימות, או שלושה נדבכים: הנדבך הראשון הוא סל הבריאות הממלכתי, הנדבך השני הוא תוכניות השב"ן והנדבך השלישי הוא ביטוחים מסחריים-פרטיים... בתמצית, על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, האחריות על מתן שירותי מערכת הבריאות הציבורית מוטלת על קופות החולים, וכל תושבי המדינה זכאים לסל שירותי בריאות כקבוע בחוק ובתוספת לחוק. רובד זה מעניק אפוא ביטוח בריאות אוניברסלי במסגרת קופות החולים. תכניות השב"ן מאפשרות למטופל לקבל תרופות ושירותים נוספים שאינם כלולים בסל הבריאות, בבחינת שדרוג של שירותי הרפואה הנכללים בסל הבריאות הממלכתי. מקורות המימון של תכניות השב"ן



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

הם דמי החבר המשולמים על ידי מבוטחי הקופה שמצטרפים לתכנית, וכן דמי ההשתתפות הנגבים בעת מימוש הזכאות. הפוליסות המסחריות – שוק שבמסגרתו נגבות פרמיות שנתיות במליארדי שקלים מדי שנה – הן בבחינת ביטוח בריאות פרטי, ומאפשרות מתן שירותים רפואיים מעבר לאלו הניתנים בסל הבריאות הממלכתי ובתוכניות השב"ן. נדבך זה של ביטוחים מסחריים משלים לעיתים את שני הנדבכים האחרים, ולעיתים חופף אותם' (מתוך בג"ץ 1393/16 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל (6.5.19), סעיף 4).

תכניות השב"ן מצויות ברובד השני, שהוא בתווך שבין הרובד הציבורי-אוניברסלי (הוא הרובד הראשון) לבין הרובד הפרטי (הוא הרובד השלישי), ולכאורה קיימת בו מזיגה בין שני המימדים הללו. המימד הפרטי בא לידי ביטוי באופיו הוולונטרי של הרובד, קרי ההצטרפות אליו היא פרי בחירת המבוטח ואין הוא מחויב להצטרף אליו. זאת, בניגוד לרובד הראשון, הוא הציבורי אוניברסלי, שם החברות היא חובה (סעיף 4 לחוק). המימד הציבורי נובע בעיקרו של דבר ממהותם של שירותי הבריאות וזיקתם לזכות החוקתית לחיים, והוא גלום בהוראותיו השונות של סעיף 10 לחוק, המטילות על קופות החולים חובות מוגברות כלפי מבוטחיהן. כך למשל, קופת החולים מחויבת לצרף כל חבר לתכנית ללא קשר למצבו הכלכלי או הרפואי, בכפוף לתקופת אכשרה אחידה לכלל העמיתים בתכנית (סעיף 10(ג)); דמי החבר אחידים לכל קבוצת גיל, להבדיל מקביעתם הפרטנית בהתאם למאפיינים אישיים (סעיף 10(ה)); התכנית מחויבת לשוויון בין עמיתים בכפוף לאמור בסעיף 10(ג) וסעיף 10(ד)); התכנית מהווה הסדר של "איזון משותף הדדי בלבד", ועל כך נרחיב להלן (סעיף 10(ב)); למשרד הבריאות מוקנות סמכויות פיקוח ובקרה נרחבות בדומה לאלה המוקנות לו ביחס לרובד הציבורי-אוניברסלי (סעיף 10(ז)); וכן מוקנות לו סמכויות נוספות הנוגעות לאישור התכנית וכל שינוי בה (10(א)) ולהיבט הדיווח הכספי (סעיף 10(ז)). מארג הוראות אלה נותן ביטוי למימד הציבורי החולש על תכנית זו, שהוא לטעמינו בעל משקל נכבד".

עוד נפסק בעניין כפיר ספיר כי –

"נוכח משקלו המיוחד של המימד הציבורי בתכניות השב"ן, אין לטעמנו מקום לערוך הקבלה מלאה בין קופות החולים בהפעילן את תכניות השב"ן לבין גופים מסחריים הפועלים למטרות רווח. קופות החולים בכובען זה פועלות מכוח תפקיד שהוטל עליהן על פי דין, הוא העמקת ההגנה הניתנת לזכות לחיים תוך שמירה על איזון תקציבי. ואילו פעילותם של גופים פרטיים-מסחריים, לרבות חברות ביטוח הפועלות בתחום הבריאות במסגרת הרובד השלישי של ההגנה על הזכות לבריאות, הוא השאת רווחיהם (ראו סעיף 11 לחוק החברות, תשנ"ט-1999)".

52. בעניין שלמה עמד בית דין זה על השיקולים הרלוונטיים להכרעה בשאלה אם יש לראות בקופות החולים כ"עוסק" לעניין פרט 1 בתוספת השנייה לחוק תובענות



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

ייצוגיות. בית הדין עמד על מעמדן של קופות החולים כגופים דו מהותיים, ועל כך ש"מערכת היחסים בינו לבין מבוטחיהן מצויה על קו התפר שבין פעילות מסחרית לבין שירות ציבורי ואינה מתאימה במובהק לאף אחד מהם" (סעיף 44 לפסק הדין), והוסיף בעניין זה:

"בצדו הציבורי של הספקטרום ניתן לציין כי קופות החולים אמנם הוקמו כאגודות עותומאניות מכוח המשפט הפרטי אך פועלות - לרבות בכל הנוגע לתקציבן - מכוח חוק ביטוח בריאות והרגולציה המחייבת אותן, ומעניקות שירותי בריאות ציבוריים בהתאם לסל שירותי הבריאות הקבוע בחוק, לכל תושב שבחר להירשם אליהן וללא אפשרות לדחותו. בצדו המסחרי של הספקטרום ניתן לציין כי כל תושב בוחר לפי רצונו את הקופה אליה הוא מבקש להשתייך; **הקופות רשאיות לספק שירותי בריאות נוספים מעבר לסל הבסיסי**; ותשלומי ההשתתפות העצמית נגבים על ידן במסגרת עיסוקן ומתוך מוטיבציה שניתן להגדירה כעסקית-כלכלית".

(ההדגשה הוספה – ל.ג.)

53. בהתייחס לשיקולים המנחים בהכרעה אם מדובר ב"עוסק" נפסק כי –

"ביסוד ההכרעה אם מדובר ב"עוסק" ניצבים לפי הפסיקה שני שיקולים עיקריים - מהות הפעולה הנבחנת, ותכליתו של חוק הגנת הצרכן (עניין **אסל**, בפסקה ט"ז). מהות הפעולה תוארה על ידנו לעיל בעוד שתכליתו של חוק הגנת הצרכן כוללת לפי ההלכה הפסוקה "**להשליט אורחות התנהגות על המגזר העסקי ולקבוע כללי משחק הוגנים ביחסים שבין הצרכן לעוסק**"; לחזק את יכולתו של הצרכן לקבל החלטה מושכלת; ו"**לצמצם את פערי הכוחות והמידע בין ספקים שיש להם מומחיות בתחום עיסוקם, ובין הפרט**" (רע"א 2701/97 מדינת ישראל נ' צ'רטוק, פ"ד נו(2) 876 (2002), בעמ' 884; ע"א 6930/19 הר פז נ' נגב קרמיקה שיווק (1982) בע"מ 6.2.23, להלן: **עניין נגב קרמיקה**).

כדוגמה ליישום השיקולים ניתן לציין את דנ"מ 5519/15 יונס נ' מי הגליל **תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ** (17.12.19), בו נפסק בדעת רוב כי בגביית תעריפי מים וביוב פועלים תאגידי המים והביוב כ"עוסק", ובהתאם ניתן להגיש נגדם בגין כך תובענה ייצוגית לפי פרט 1. ההנמקה התבססה על מטרותיו של החוק מכוחו הוקמו התאגידים, שהן בעלות סממנים עסקיים מובהקים, ועל העובדה כי תעריפי המים והביוב נקבעים לפי עלות ריאלית. כדוגמה נוספת, בעניין **אסל** נקבע כי רשות מקרקעי ישראל פעלה כ"עוסק" בהחלטותיה למתן פטור מדמי היתר, כיוון שהאופי הדומיננטי של החלטה הוא עסקי-מסחרי".

(סעיף 45 לפסק הדין).



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

עוד נפסק בעניין שלמה כי בהכרעה אם יש לראות בקופות החולים כ"עוסק" לעניין גביית דמי השתתפות עצמית יש לקחת בחשבון בנוסף לתכלית חוק הגנת הצרכן גם את תכלית חוק תובענות ייצוגיות (סעיף 47 לפסק הדין).

54. אנו סבורים, כי למרות שלתכנית השב"ן יש גם מימד ציבורי משמעותי, כפי שנפסק בעניין **כפיר ספיר**, הכף נוטה לראות בקופות כ"עוסק" בפעילות הפעלת תכניות השב"ן, וכפועל יוצא מכך ניתן להגיש כנגדן תובענה ייצוגית, לכל הפחות על פי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. זאת, מנימוקים שיפורטו להלן.

55. אין חולק, כי קופות חולים הן גופים דו מהותיים, וכי לפעילותן מאפיינים ציבוריים משמעותיים, וכפי שנפסק בבג"ץ **חיון** על דעת כל השופטים, פעילותן היא בגדר "שירות ציבורי ראשון במעלה, שמצוי בליבת מערך הזכויות הסוציאליות שמוענקות לתושבי המדינה, ובבסיס תפיסתה של מדינת ישראל כ'מדינת רווחה'" (סעיף 31 לחוות דעתה של השופטת ברון; סעיף 1 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף). וראו גם: עניין **שלמה**, (סעיף 44 לפסק הדין); רע"א 4958/15 **שירותי בריאות כללית נ' אהרן** (23.10.2017), סעיף 16 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) עמית). לצד זאת נפסק בעניין **אהרן** כי "הזיקה של התושב לקופת החולים, שונה מהזיקה שבין בעל מניה לחברה, וקרובה יותר לזיקה שבין צרכן שירותים לספק שירותים. עמדה דומה הובעה על ידי היועץ המשפטי לממשלה, הסבור כי חבר קופת חולים הוא בבחינת לקוח של קופת החולים" (סעיף 33 לחוות דעתו של השופט עמית); ראו גם החלטתו של בית הדין האזורי ירושלים תל"א 1459/09 **ב.ק.** – **מכבי שירותי בריאות** (9.1.2012), שם נפסק כי הקופות הן "עוסק" וחבר הקופה הוא "לקוח"; החלטה זו בוטלה אמנם במסגרת ע"ע (ארצי) 39413-01-12 **מכבי שירותי בריאות** – **ק.ב.** (10.3.2013), אולם זאת בהסכמת הצדדים וללא שניתן פסק דין מנומק. מאפיין מסחרי נוסף של פעילות הקופות הוא האפשרות הנתונה להן להחזיק בתאגידים אחרים על פי הוראת סעיף 29 לחוק ביטוח בריאות.

56. בבג"ץ **חיון** הובהר כי "הקביעה שקופות החולים ממלאות תפקיד ציבורי על פי דין (קרי: רשות) אינה מונעת מראש את סיווג גביית דמי השתתפות העצמית כפעילות שהן מבצעות בתור 'עוסק'". אשר לפעילות של גביית דמי השתתפות עצמית בבג"ץ **חיון** ציינה השופטת ברון בהערת אגב כי –



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

"העובדה שההשתתפות העצמית היא מחיר שנגבה באופן רצוני ממבוטחי קופות החולים כאשר לפי הנתען הסכום משתנה מקופה לקופה, לכאורה מטה את הכף לטובת סיווג פעולות הקופות בהקשר זה כפעילות הן מבצעות בכובען כ'עוסק' וגם לפערי הכוחות והמידע שבין קופות החולים למבוטח בגביית ההשתתפות העצמית, נודעת לכאורה השפעה על ההכרעה. (ראו והשוו: עניין **אסל** פסקה כ"ז; ע"א 7808/06 **שרה לוי** – **מדינת ישראל** – **משרד השיכון**, פסקאות 12 – 13 (20.8.2012). ובנקודה זו יוזכר כי בעניין **אהרון**, צוין כי בשונה מן הזיקה בין בעל מניה לחברה, הזיקה בין מבוטח לקופת חולים 'קרובה יותר לזיקה שבין צרכן שירותים לספק שירותים (פסקה 33)".

(סעיף 44 לחוות דעתה של השופטת ברון).

57. כאמור, בעניין **שלמה** הצביע בית דין זה על מאפיינים מסחריים של היחסים בין הקופה לבין חבר הקופה – כל תושב בוחר לפי רצונו את הקופה אליה הוא מבקש להשתייך; הקופות רשאיות לספק שירותי בריאות נוספים מעבר לסל הבסיסי; תשלומי ההשתתפות העצמית נגבים על ידי הקופות במסגרת עיסוקן ומתוך מוטיבציה שניתן להגדירה כעסקית כלכלית. כך, כל קופה קובעת לפי שיקוליה את תשלומי ההשתתפות העצמית ושיעורם, אם כי נדרשים אישורים של שר הבריאות וועדת הכספים של הכנסת. עוד נפסק בעניין **שלמה** כי ביסוד ההכרעה אם מדובר ב"עוסק" יש להביא בחשבון שני שיקולים עיקריים – מהות הפעולה הנבחנת ותכליתו של חוק הגנת הצרכן, ועת מדובר בבקשה לאישור תובענה ייצוגית גם תכליתו של חוק תובעות ייצוגיות.

58. חוק הגנת הצרכן מגדיר "עוסק" כ"מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן". בעניין **אסל** [עע"מ 7752/12 **אסל נ' מנהל מקרקעי ישראל** (2.11.2014)], נפסק כי "ביסוד ההכרעה האם עסקינן ב"עוסק" אם לאו, ניצבים איפוא שני שיקולים: האחד, עניינו מהות הפעולה והאחר, הקשור בטבורו לראשון, עניינו תכליתו של חוק הגנת הצרכן". בהתייחס למהות הפעולה הפנה בית המשפט העליון לפסיקה בעניין **צ'רטוק** [רע"א 2701/97 **מדינת ישראל נ' צ'רטוק**, פ"ד נו(2) 876 (3.2.2002)] שלפיה יש לבחון אם מדובר בפעולה מסחרית פרטית או פעולה שלטונית ציבורית, וזאת על יסוד הנסיבות הקונקרטיות והתאמתן לתכלית חוק הגנת הצרכן, "להשליט אורחות התנהגות של המגזר העסקי ולקבוע כללי משחק הוגנים בין הצרכן לעוסק" ו"לצמצם את פערי הכוחות והמידע בין ספקים שיש להם מומחיות בתחום עיסוקם ובין הפרט" (עניין **צ'רטוק**). בכל הנוגע לסיווג נתבע



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

בתובענה ייצוגית כ"עוסק" על פי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות נפסק, על יסוד הנפסק בעניין **אסל**, כי יש לבחון "האם מדובר בפועלה של הרשות כרשות או בפועלה כעוסק" [דנ"מ 5519/15 יונס נ מי הגליל (17.12.2019)].

59. לטעמנו, יישום המבחנים שהותוו בפסיקה מביא למסקנה כי יש לסווג את הקופות כ"עוסק" בהפעלת תכנית השב"ן.

60. אשר למהות הפעולה :

ראשית, בתכנית השב"ן ניתנים שירותים ותרופות שאינם כלולים בסל הבריאות על פי החוק, וכפי שנפסק בעניין **כפיר ספיר** הם "בתווך שבין הרובד הציבורי-אוניברסלי (הוא הרובד הראשון) לבין הרובד הפרטי (הוא הרובד השלישי), ולכאורה קיימת בו מזיגה בין שני המימדים הללו". מדעת הרוב בבג"ץ חיון עולה כי בפעילות ברובד הראשון הקופות אינן מבצעות פעולה שלטונית, שכן הקופה היא למעשה "נותן שירות" לפי החוק, והיותה כפופה לרגולציה בחוק ביטוח בריאות, להוראות חוזרי משרד הבריאות וכיו"ב ולחובות מתחום המשפט המנהלי לנוכח היותה גוף דו מהותי לא הופך את פעולותיה במתן שירות רפואי על פי החוק לפעילות שלטונית (ראו: בג"ץ חיון, סעיף 22 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף). הדברים נכונים מקל וחומר עת מדובר בפעילות הקופה בשב"ן, שבמסגרתו ניתנים שירותים נוספים שהקופה אינה חייבת לספקם על פי חוק ביטוח בריאות. אכן, כפי שנקבע בעניין **פלוני** [ע"א 4431/17 פלוני נ' פלוני (3.10.2029)] קיימים הבדלים מהותיים בין תכנית השב"ן לבין חוזה ביטוח, ועל כן תכנית השב"ן אינה בגדר חוזה ביטוח, אלא דומה יותר ל"הסכם למתן שירותים". אולם מבחינה מהותית, משמדובר במתן שירותים, ובמיוחד עת מדובר במתן שירותים שלא מכוח חוק אלא מכוח **הסכם**, מדובר בפעולה של הקופה כ"עוסק".

שנית, כל קופה מעצבת את תכנית השב"ן שלה על פי שיקול דעתה, וקיימים הבדלים בין תכניות השב"ן של הקופות השונות. השוני בתכניות השב"ן יש בו גם כדי ליצור תחרות בין קופות החולים. עיצוב תכנית השב"ן על ידי הקופה על פי שיקוליה, וביניהם שיקולים כלכליים ושיווקיים, ואלמנט התחרות בין הקופות בתכניות השב"ן, מצביע על כך שבפעילות זו פועלת הקופה כ"עוסק", ולפעילותה במסגרת השב"ן מאפיינים מסחריים. אכן, בהתאם לסעיף 10 לחוק ביטוח בריאות מוטלות על פעילות הקופה בשב"ן חובות שונות ותכנית השב"ן נתונה לפיקוח של



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

משרד הבריאות, אולם אין בכך כדי לשלול את מעמדה של קופת החולים כ"עוסק" בפעילות זו. כך, גם פעילותן של חברות ביטוח בענף ביטוח בריאות כפופה לרגולציה של המדינה. גם העובדה שתכנית השב"ן מתנהלת כמשק כספי סגור (עניין **כפיר ספיר**, סעיף 77 לפסק הדין) אינה שוללת את המסקנה כי במישור היחסים שבין הקופה לבין חברי הקופה שהצטרפו לתכנית השב"ן הקופה היא בגדר "עוסק" וחבר הקופה הוא "לקוח" של הקופה.

שלישית, ההצטרפות לתכנית השב"ן היא וולונטרית, ונתונה לבחירתו של חבר קופה. ההצטרפות הוולונטרית יוצרת תחרות בין קופות החולים לבין חברות הביטוח המשווקות תכניות ביטוח רפואי פרטי, וגם היא מצביעה על כך שבפעילותה בשב"ן הקופה היא בגדר "עוסק" (ראו לעניין זה בג"ץ **חיון**, סעיף 41 לחוות דעתה של השופטת ברון).

61. **אשר לתכלית החוק**: גם תכליות חוק הגנת הצרכן וחוק תובענות ייצוגיות תומכות בסיווג הקופה כ"עוסק" בפעילותה במסגרת תכנית השב"ן. שכן, קיימים פערי מידע וכוחות מובנים בין קופת חולים לבין חבריה. כך, ובין היתר, בידי הקופה המידע על עלויות השירותים השונים הכלולים בתכנית השב"ן; לקופה יש יתרון מובנה ביכולת ההתקשרות עם ספקי השירותים השונים על פי תכנית השב"ן, שחלקם אף ניתנים על ידי גופים שבשליטתה. על כן, קביעה כי הקופה היא בגדר "עוסק" במתן שירותים על פי תכנית השב"ן עולה בקנה אחד עם תכלית חוק הגנת הצרכן. אשר לתכלית חוק תובענות ייצוגיות, הרי שכאמור בסעיף 1 לחוק תכליתו היא, בין היתר, "מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים", "מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין" ו"ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות". גם בהקשר זה יש משמעות לפערי הכוחות בין הקופה לבין חברי הקופה, וכן יש לקחת בחשבון כי למתמודדים עם בעיות בריאות קשה למצוא משאבים כספיים ואחרים לניהול התדיינות מול קופות החולים.

62. אכן, כפי שנפסק בעניין **ספיר כפיר** לתכניות השב"ן יש מימד ציבורי משמעותי, ומימד זה קיים לגבי פעילות הקופות בכל תחום, לנוכח התפקיד הציבורי המשמעותי המוטל עליהן – אספקת שירותי בריאות לתושבי המדינה. כמו כן לא נעלם מעינינו כי פעילותן של הקופות מושתתת בחלקה הגדול על מימון ציבורי. אולם, בהיקש מהנפסק בבג"ץ **חיון** לאפשרות הקופות להגיש הודעות חדילה,



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

להיבטים אלה יהיה מקום להתייחס בדיון בתובענה לגופה, עת ניתן יהיה לשקול החלת ההגנות שבסעיף 8(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, או להתחשב בנוק העלול להיגרם לקופות ולציבור בכללותו, בהתאם לסעיף 20(ד) לחוק (ראו בעניין זה בג"ץ **חיון**, סעיף 45 לחוות דעתה של השופטת ברון).

בהקשר זה יצוין כי בימים אלה נדונה בכנסת הצעת חוק של הממשלה לתיקון חוק תובענות ייצוגיות [הצעות חוק הממשלה 1758 (22.7.2024) ע' 1272] במסגרתה (סעיף 9) מוצע להעניק הגנות המוקנות על פי חוק תובענות ייצוגיות לרשות גם לקופת חולים אך זאת במסגרת פעילותה לפי סל השירותים כהגדרתו בסעיף 7 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. מעבר לכך שבשלב זה מדובר בהצעת חוק שלא הבשילה לחקיקה, הרי שבכל מקרה אין להצעת החוק השלכה על הליך זה, שבו מדובר על תובענה ייצוגית בקשר לפעילות הקופות במסגרת תכניות השב"ן ולא במסגרת סל השירותים הבסיסי.

63. בהתייחס לטענת הקופות שיש להסיק לענייננו מפסק הדין בעניין **שמול**, הרי שבפסק דין זה נקבע בעקבות הפסיקה בבג"ץ **חיון** שאין לסווג את קופת חולים באופן גורף כרשות, והקביעה כי קופה היא בגדר "רשות" התבססה על ניתוח הפעולה מושא ההליך – עריכת ניסויים קליניים, בנסיבות הקונקרטיות שנדונו שם, עת לא הוכח כי לניסויים הקליניים היו מאפיינים פרטיים. אין כל דמיון בין פעילות הקופה בתכנית השב"ן לבין פעילותה בעריכת ניסויים קליניים בנסיבות הקונקרטיות שנבחנו בעניין **שמול**, ועל כן אין להסיק ממנו כי הקופה היא "רשות" או אינה בגדר "עוסק" בהפעלת תכנית השב"ן.

64. **כללו של דבר**: על יסוד כל האמור לעיל אנו קובעים כי בפעילותה של הקופה בתכנית השב"ן היא בגדר "עוסק", ובהתאם תביעתם של המערערים נכללת לכל הפחות בפרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. כמוסבר בסעיף 43 לעיל, די בקיומה של עילה אחת על מנת שיחול סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות לצורך אישור הבקשה לתובענה ייצוגית. בהמשך, עת נבחן אם מתקיימים התנאים שנקבעו בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, נתייחס לכל העילות שפורטו בבקשות לאישור תובענות ייצוגיות.

65. משהגענו למסקנה כי יש תחולה לסעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות, יש לבחון אם התקיימו התנאים להגשת תובענה ייצוגית, המנויים בסעיף 8 לחוק. השאלה



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

הראשונה, המורכבת משתי שאלות משנה, שאותה עלינו לבחון היא האם "התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה" והאם "יש אפשרות סבירה ששאלות אלה יוכרעו לטובת הקבוצה". נבחן תחילה את עילות התביעה ובהמשך את סוגית הקבוצה.

האם יש אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות יוכרעו לטובת הקבוצה?

66. **המערערים טענו** כי מדיניות הקופות – סירוב ליתן החזר למימון תרומת ביצית בחו"ל למבוטחים גברים ובפרט לגברים בני זוג מאותו מין בעוד שהחזר כזה ניתן לנשים הזקוקות לתרומת ביצית נגוע בהפליה פסולה; כפי שנפסק בבג"ץ **ארד-פנקס** העובדה שנשים זקוקות לתרומת ביצית בשל מגבלה רפואית ואילו גברים זקוקים לתרומת ביצית בשל העדר יכולת לייצר ביציות אינה בגדר שוני רלוונטי המצדיק הבחנה בין נשים לבין גברים לעניין הזכות להסתייע בהליך פונדקאות ותרומת ביצית על מנת לממש את זכותם להורות גנטית; בשונה מבג"ץ **ארד-פנקס**, וקודם לכן בבג"ץ **משפחה חדשה**, במסגרתם היה על בית המשפט להידרש למורכבות הכרוכה בפסילת הוראת חוק של הכנסת, ובמשך תקופה ממושכת נקט בית המשפט העליון ריסון שיפוטי וקרא למחוקק להידרש לסוגיה, בענייננו התנהלות הקופות מנוגדת להוראות מפורשות בחקיקה ראשית, האוסרות עליהן לנהוג מדיניות מפלה, לרבות בתכנית השב"ן; החקיקה האוסרת הפליה הייתה בתוקף בכל התקופה הרלוונטית לבקשת האישור, משנת 2010 ועד למתן פסק דינו של בית הדין האזורי. בהקשר זה טענו שאין לתחום את הדין למצב המשפטי שקדם לשנת 2017, מועד הגשת הבקשה לאישור, ולפחות משנת 2020 (מועד מתן פסק הדין בבג"ץ **ארד-פנקס**) עומדת לחברי הקבוצה עילת תביעה; לפיכך, גם אם תתקבל הטענה שעד לשנת 2020 עומדת לקופות הגנה (ואין לקבל טענה זו), אין בכך כדי להביא לדחיית הבקשה; לכל היותר, ככל שלמערערים או למי מהם אין עילת תביעה אישית, ניתן להורות על החלפה או הוספה של תובע ייצוגי.

בהתייחס לטענת הקופות כי תקנון השב"ן הותאם להסדרים שבחקיקה ורק הרחיב את הזכאות למימון תרומת ביצית בארץ למימון תרומת ביצית בחו"ל, טענו המערערים כי גם בתקופה שלנשים יחידות לא הייתה גישה להליך פונדקאות בישראל והן יכלו לבצע הליך פונדקאות בחו"ל בלבד, הן קיבלו החזר על תרומת



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

ביצית; הן על פי תקנון השב"ן והן בפועל ההחזר לא הותנה בזכאות למימון הטיפול על פי הוראות חוק ביטוח בריאות או בכך שהליך הפונדקאות נעשה בישראל. בהקשר זה הדגישו המערערים כי הליכי הפונדקאות שביצעו היו בהתאם לחוק הן במדינה שבה בוצעו והן בישראל, והמדינה הכירה בהורות של המערערים לילדים שנולדו בהליך הפונדקאות בחו"ל. בהתייחס לטענת הכללית ומאוחדת שהמימון לתרומת ביצית בחו"ל ניתן רק במקרה שבו הביצית מוחזרת לרחם של האישה הנתרמת טענו המערערים כי לפני הגשת הבקשה לאישור ההחזר ניתן מבלי שהקופות בדקו אם הביצית הנתרמת מוחזרת לרחם של האישה הנתרמת, ומכל מקום מדובר בתנאי שאינו ממן העניין ועל כן גם הוא בגדר הפליה פסולה.

67. **הקופות טענו** כי הזכאות בתקנון השב"ן ניתנת על בסיס קיומה של בעיה רפואית לנשים המצריכה תרומת ביצית (בדומה למתן שירותים אחרים במצבים הייחודיים לנשים כגון היריון) ולא על בסיס מין או נטייה מינית; לנוכח העובדה שהשוני בזכאות על פי תכנית השב"ן נעוץ בשוני הפיזיולוגי בין נשים לבין גברים ובצרכים הרפואיים השונים אין מדובר בהפליה פסולה; אין לקבוע כי מדובר בהפליה פסולה על בסיס תוצאתי; תפקידן של הקופות הוא מתן שירותי בריאות לבעיות רפואיות, ולא מתן פתרון לצרכים אחרים, כגון הרצון להיות הורה; סעיף 4 לחוק זכויות החולה לא חל בענייננו כי המערערים אינם בגדר "חולה" המבקש "טיפול רפואי"; פסק הדין בבג"ץ **ארד-פנקס** הכריע רק בעניין זכות הגישה להליך פונדקאות בארץ, ולא דן ולא הכריע בשאלת מימון טיפולי הפריה חוץ גופית לגברים. מדובר בשתי שאלות שונות, שההכרעה בהן עשויה להיות שונה; אין פסול בביסוס הזכאות בתקנון השב"ן על הזכאות הקיימת בחוק ביטוח בריאות. יתר על כן. גם אם יש הפליה בתקנון השב"ן מקורה בחקיקה ראשית ולא בתקנון השב"ן, וקבלת הבקשה משמעה מתן רשות לתקיפת הוראות חוק ביטוח בריאות שעמדו בתוקפן בתקופה הרלוונטית; אין לחייב את הקופות בדיעבד במימון שירות שלא הגיע למערערים על פי חוק ביטוח בריאות, עת הקופה פעלה על פי התפיסה המקובלת באותה תקופה, שגם בית המשפט העליון לא מצא להתערב בה, ועל בסיס אישור המדינה לתכנית השב"ן; לעניין זה יש להקיש מפסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז שדחה את תביעת המערערים ארד ופנקס לפיצוי, ופסיקתו יצרה השתק פלוגתא הגנתית; שינוי התקנון אינו מחייב הרחבת הזכאות הקיימת לגברים, ואין מקום שבית הדין ישים



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

את שיקול דעתו במקום שיקול דעתה של הקופה, ויקבע את תקנון תכנית השב"ן, ועוד בדיעבד.

68. **המדינה טענה** כי בפסק הדין בבג"ץ **ארז-פנקס** ניתן סעד של בטלות סעיפים בחוק הפונדקאות וחוק תרומת ביציות. ככלל, התפיסה המקובלת היא שמתן סעד חוקתי חריג של ביטול דבר חקיקה לא מביא אוטומטית לבטלות ההחלטות והפעולות שנעשו מכוח ההסדר שהיה בתוקף קודם לביטולו. בענייננו, בית המשפט העליון אף עשה שימוש במנגנון של השהיית הבטלות, והדבר מדגיש כי מדובר בצעד צופה פני עתיד. לנוכח האמור, יש ממש במסקנתו של בית הדין האזורי כי לתובעים הייצוגיים ולשכמותם לא עומדת עילת תביעה אישית בשים לב לכך שתביעתם עוסקת בהחלטות שהתקבלו במועד שבו היה בתוקף ההסדר המשפטי הקודם. מתחולתו של הסדר זה ניתן להסיק שבחירת הקופות אותה עת לתת החזר על תרומת ביצית בחו"ל רק לנשים לא הייתה בגדר הפליה אסורה על פי הדין שחל בעת הרלוונטית. כמו כן, הסתמכות קופות החולים על הסדר הפונדקאות בישראל בתקופה הרלוונטית מעוררת קושי באישור התביעה כתובענה ייצוגית.

69. **במענה לטענות המדינה והקופות טענות המערערים** כי אין כל יסוד לתזה של הקופות כי הזכות לשוויון בגישה לפרוצדורה רפואית שונה מהזכות לשוויון בכיסוי ביטוחי של אותה פרוצדורה רפואית; בפסק הדין בבג"ץ **ארז-פנקס** נקבע במפורש כי יש להחיל שוויון מלא בין אישה הסובלת מבעיה רפואית לבין גבר, ויש לפרש את הוראות החוק בהתאם לאמת מידה זו; אכן, מכוח הזכות להורות לא קמה הזכות לכיסוי ביטוחי, אולם מקום שבו יש כיסוי ביטוחי לפרוצדורה של תרומת ביצית מחו"ל, על הכיסוי להיות שוויוני; הצורך הרפואי של אישה שאינה יכולה לשאת היריון זהה לצורך של גברים, שכן בשני המקרים הפרוצדורה הרפואית אינה מתקנת את אי היכולת לשאת היריון אלא מאפשרת לממש את שאיפת ההורות, ובשאיפה זו אין כל שוני רלוונטי בין נשים לבין גברים; שאלת מועד כניסת בטלות הוראות חוק הפונדקאות וחוק תרומת ביציות לתוקף רלוונטית מקום שבו מבוקש סעד מכוח אותם חוקים, כגון פיצוי על עוולה חוקתית. בענייננו לא מבוקש סעד מכוח חוק הפונדקאות אלא מכוח עקרון השוויון המעוגן בחוק ביטוח בריאות ובחוק זכויות החולה, שחלו במועדים הרלוונטיים לתביעה.



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

70. כאמור, בהתאם לפסיקה, בשלב זה של ההליך על בית הדין לבחון את התקיימות התנאים הקבועים לחוק "במידת הסבירות הראויה" ו"באופן לכאורי בלבד". אין נדרש כי תוכח התובענה, אלא די בכך שבית הדין ישתכנע כי יש אפשרות סבירה שהשאלות שבמחלוקת יוכרעו לטובת חברי הקבוצה. אנו סבורים כי תנאי זה מתקיים, ולהלן נפרט את ההנמקה לכך.

71. הזכות להורות והזכות למשפחה הוכרו בפסיקה זה מכבר כזכות חוקתית. עמד על כך השופט חשין, בהתייחסו לטענת המדינה כי אין לאישה יחידנית זכות לפונדקאות באומרו: "הזכות להורות היא ביסוד-כל-היסודות, בתשתית-כל-התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם – בוודאי שאיפתה של אישה, וזכות זו היא בעלת עוצמה כה-רבה עד שלא תתקשה להתגבר על טענה כטענתה של המדינה" [בג"ץ משפחה חדשה, סעיף 32 לפסק הדין]. ועוד פסק השופט חשין כי "תהליך הפונדקאות – שלא כאימוץ – קרוב במאוד להורות טבעית, ומשתלשל הוא במישרין מן ההורות הטבעית המבטאת את האוטונומיה של היחיד. לענייננו-שלנו נסתפק באומרנו כי אישה יכולה להרות וללדת אך לרצונה ובלא בן-זוג – כך, למשל, בהפריה חוץ-גופית – ונדע את ההבדל בין אימוץ לבין פונדקאות" (שם, סעיף 33 לפסק הדין).

72. בפסק הדין החלקי בבג"ץ ארז פנקס נפסק כי –

"היקפה של הזכות להפוך להורה משתרע על כלל הטכניקות הרפואיות השונות שמסייעות להולדה; בתוך כך, זכות זו כוללת גם את האפשרות להפוך להורה בדרך של פונדקאות. עמדה זו עולה הן מפסיקותיו של בית משפט זה ... הן מן המשפט המשווה ... הן מן המחקר האקדמי בנושא; ... והן מגישתן של וועדות ציבוריות שבחנו את נושאי הטכניקות הרפואיות להולדה".

(סעיף 32 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה השופט ג'ובראן).

לדברים אלה הפנה בית המשפט העליון בפסק הדין בבג"ץ ארז-פנקס (סעיף 15 לחוות דעתה של הנשיאה חיות).

וראו גם:

בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות (5.2.2013), סעיף כ"ו לחוות דעתו של השופט רובינשטיין; (להלן – בג"ץ פלונית);



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר (13.6.2004) פסקה 12 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה ;

ע"ע (ארצי) 141/07 פלוני – שירותי בריאות כללית (4.11.2008) והאסמכתאות שם (להלן – עניין שירותי בריאות כללית).

בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד ס"א(2) 202 ;

ב"ל (ת"א) 20833-07-10 רועי ראובני הורביץ – המוסד לביטוח לאומי (23.6.2014) (להלן – עניין ראובני).

73. אשר לקשר בין הזכות להורות לבין הזכות להולדה באמצעים טכנולוגיים נפסק בבג"ץ פלונית כי –

"אכן, בכל מצב בו נדרש הטוען לזכות להורות, לאישור שימוש בטכנולוגיה חדשה כדי להיכנס לעולם ההורות, יכולה להישמע הטענה, כי אותו טוען אינו "מחזיק בזכות לטיפול פלוני", אינו מחזיק בזכות לטיפול הזרעה, לפונדקאות וכדומה. ואולם, ליבה של הזכות להורות הוא היכולת המעשית להביא ילדים לעולם. כשם שהמדינה אינה דורשת "רשיון הורות", היא אינה רשאית לפגוע בזכותו של אדם להורות ללא טעמים ענייניים כבדי משקל (ראו ע"ת 413/80 פלוני נ' פלוני, פ"ד לה(3) 57, 81-82 (1981)). באותם מצבים בהם נדרש האדם לטיפול רפואי מסוים כדי להיכלל בקבוצת ההורים, אי מתן הטיפול פוגע בזכותו. כמובן, גם הזכות להורות יחסית היא, אולם לא יתכן חולק, כי באותם מקרים מתרחשת פגיעה ממשית באינטרס המוגן".

בג"ץ פלונית, סעיף כ"ז לפסק הדין.

וראו גם: עניין שירותי בריאות כללית.

הנה כי כן, הזכות למשפחה והזכות להורות, לרבות הזכות הנגזרת מהן להולדה באמצעים טכנולוגיים, הוכרו כבעלות מעמד חוקתי.

74. עם חברי הקבוצה בענייננו נמנים גברים יחידנים וגברים שהם בני זוג מאותו מין.

כפי שנפסק בעניין הבית הפתוח [עע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1(2010)] בשורה ארוכה של הוראות חוק ופסקי דין עוגנה ההגנה מפני הפלייה על רקע נטייה מינית (לפירוט של דברי החקיקה ופסקי הדין ראו עניין הבית הפתוח, סעיף 54 לפסק הדין). עוד נפסק, כי "על רקע הוראות הדין שנקבעו על ידי המחוקק הישראלי ועל רקע הפסיקה



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

שעסקה בעניינם של חברי הקהילה הגאה, ... ומבלי לקבוע מסמרות, דומה כי כבר אין מדובר ב"איים" של זכויות, אלא בתפיסה חוקתית כוללת של הזכות שלא להיות מופלה מחמת נטייה מינית". (עניין הבית הפתוח, סעיף 56 לחוות דעתו של השופט עמית (כתוארו דאז)).

75. מרכיב משמעותי בזכותם של חברי קהילת הלהט"ב לשוויון הוא ההכרה בתא המשפחתי של בני או בנות זוג מאותו מין, והענקה לתא משפחתי חד מיני זכויות שוות לזכויות תא משפחתי הטרוסקסואלי. תחילתו של התהליך בבג"ץ דנילוביץ [בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' יונתן דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994)], שבו נפסק כי הנוהג של חברת אל-על להעניק כרטיסי טיסה חינם לבני זוג של עובדים רק כשהם בני מין שונה, הוא פסול ובלתי חוקי.

ראו: דורי ספיבק, "פרשת דנילוביץ: בין איסור הפליה על רקע נטייה מינית להכרה במשפחה הגאה", 75 שנות עצמאות במשפט (דפנה ברק ארז, עורכת, 2023), 157.

76. ההכרה בתא משפחתי חד מיני ובהשוואת זכויותיו לזכויות תא משפחתי הטרוסקסואלי באה לידי ביטוי בהיבטים שונים, ונפרט מספר דוגמאות: הכרה בזכותם של בני ובנות זוג מאותו מין לאמץ ילדים, בין אם מדובר בילדי בן/בת הזוג ובין בכלל [ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005); בג"ץ 5158/21 שי גורטלר נ' שר הרווחה (28.12.2023)]; חיוב המדינה לרשום במרשם האוכלוסין כזוג נשוי זוג חד מיני שערך מחוץ לישראל טקס נישואין אזרחי המוכר באותה מדינה [בג"ץ 3045/05 בן ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים (21.11.2006)]; הכרה בזכות בני זוג מאותו מין לרשת את נכסיו של בן הזוג [ע"א (מחוזי נצרת) 3245/03 ע.מ. נ' היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפטרופוס הכללי (11.11.2004)]; הכרה בזכות בן/בת הזוג מאותו מין לקצבת שאירים מקרן פנסיה [עב (ת"א) 38/6/01 פטריק לוי – מבטחים (25.6.2001)]; הכרה בבן זוג של משרת בצבא קבע שנפטר כאלמן צה"ל לעניין חוקים שונים [ע"ש (ת"א) 369/94 אדיר שטיינר – צבא ההגנה לישראל (5.12.1996)]; בג"ץ 5398/96 אדיר שטיינר נ' שר הביטחון (27.2.1997)]; הכרה בזכותו של בן/בת זוג מאותו מין לקצבת שאירים על פי חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה – 1995 (להלן- חוק הביטוח הלאומי) [ב"ל (ת"א) 3536/04 גיורא רז – המוסד לביטוח לאומי (18.8.2005)]. בהמשך לפסק הדין בעניין גיורא רז פרסם המוסד לביטוח לאומי חוזר



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

בעניין זכויות בן/בת הזוג מאותו מין לגמלה בענפים שונים [חוזר מס' 116/090 מיום 23.7.2009]; הכרה בבן זוג מאותו מין כ"עקרת בית" לעניין החובה לשלם דמי ביטוח [עב"ל (ארצי) 74074-05-23 המוסד לביטוח לאומי – אמיר הנדל (3.7.2024)]; עתירה לבג"ץ נדחתה בהסכמה [בג"ץ 53191-09-24]; (להלן – עניין הנדל).

77. היבט נוסף הרלוונטי לענייננו הוא זכויותיהם של גברים יחידנים או גברים שהם בני זוג לזכויות בענף ביטוח אימהות על פי חוק הביטוח הלאומי. המוסד לביטוח לאומי הכיר בדרך של פרשנות בזכאות אבות יחידים וגברים בני זוג מאותו מין למענק לידה ולדמי לידה, אך לא הכיר בזכאות למענק אשפוז. בעניין **ראובני** נפסק כי מבוטח גבר, שהביא ילד לעולם מחוץ לישראל באמצעות פונדקאית תוך הזדקקות לשירותי אשפוז בבית חולים, זכאי למענק אשפוז המשולם למבוטחת או לאשת מבוטח שילדו בחו"ל. בין היתר, נפסק כי עמדתו של המוסד לביטוח לאומי השוללת את הזכאות למענק אשפוז מגברים שביצעו הליכי פונדקאות בחו"ל יוצרת קבוצות שאין ביניהן שונות רלוונטיות, ועל כן נגועה בהפליה פסולה. בעניין **ארגמן** [עב"ל (ארצי) 66181-05-20 **אופיר ארגמן** – המוסד לביטוח לאומי (17.10.2021)] נפסק כי ההסדר החל בחוק הביטוח הלאומי המאפשר למבוטחת לקבל דמי לידה בעד תקופה שקדמה למועד הלידה חל גם על גבר שהוא הורה עצמאי שהביא לעולם ילד באמצעות הליך פונדקאות בחו"ל. עוד נפסק, כי הזכאות לקצבת לידה מוגדלת ללידה אחת בה נולדו יותר משני ילדים תינתן בנסיבות שבהן זוג הורים בני אותו מין הביא לעולם במועדים סמוכים שלושה ילדים בשני הליכי פונדקאות [ב"ל (ת"א) 12398-05-11 **ש.ש.ק** – המוסד לביטוח לאומי (7.9.2012)].

78. כאמור, בהתאם להוראות חוק הפונדקאות הגישה להסדר הפונדקאות בישראל התאפשרה תחילה רק לבני זוג שהם גבר ואישה. על רקע האמור, נדרש בית המשפט העליון לעתירות שביקשו להחיל את הסדר הפונדקאות בישראל על קבוצות נוספות – נשים וגברים יחידנים ובני זוג מאותו מין. בפסק הדין החלקי **בבג"ץ ארד-פנקס** נפסק כי הדיון בעניין זה יושהה לפרק זמן בן שישה חודשים לנוכח הליכי חקיקה שהחלו בכנסת. עם זאת, ציין המשנה לנשיאה השופט ג'ובראן כי ההסדר הקיים בחוק הפונדקאות, השולל מנשים יחידניות, מגברים יחידנים ובני זוג מאותו מין את הגישה להסדר פונדקאות בהיותו "הסדר חוקי המעניק זכות בעלת מעמד חוקתי לקבוצה אחת, ומדיר מפניו



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

קבוצה אחרת בשל זהותה, העדפותיה, נטיותיה או אורחות חייה – הוא הסדר הנחזה להיות מפלה, אשר קשה להלום אותו. איני רואה כל הצדקה לבכר הורות הטרוסקסואלית על פני הורות חד-מינית ככלל, ובכל הנוגע למימוש הזכות להפוך להורה – על מגוון הטכניקות להגשמתה – בפרט... העדפה חסרת בסיס זו מפנה עורף לערך כבוד האדם, המנוי בחוקי היסוד של מדינת ישראל, ולעיקרון השוויון הנגזר ממנו" (סעיפים 46 – 50 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ג'ובראן; וראו גם סעיף 6 לחוות דעתה של הנשיאה נאור).

79. כאמור, לאחר מתן פסק הדין החלקי תוקן בשנת 2018 חוק הפונדקאות, כך שמעגל הזכאים להסדר פונדקאות בישראל על פי החוק הורחב וכלל גם נשים יחידניות שבשל בעיה רפואית אינן מסוגלות להתעבר ולשאת הריון או שהריון עלול לסכן משמעותית את בריאותן. משמעגל הזכאים לא כלל לאחר הרחבתו גברים יחידנים ובני זוג מאותו מין נדרש בית המשפט העליון להכריע בעתירה.

בפסק הדין, בית המשפט העליון שב ופסק כי היקפה של הזכות להורות - הנגזרת מן הזכות לחיי משפחה ומזכותו של כל אדם לכבוד - משתרע גם על כל הטכנולוגיות הרפואיות שמסייעות להולדה, וכי מניעת הגישה מגברים יחידנים ומבני זוג מאותו המין אל הסדר הפונדקאות פוגעת בזכותם החוקתית להורות. בית המשפט העליון עמד על כך שכבר בבג"ץ משפחה חדשה נפסק כי הוראות החוק המייחדות את הסדר הפונדקאות לזוגות הטרוסקסואליים בלבד יש בהן לכאורה הפליה כלפי נשים יחידניות, שעניינן נדון באותו הליך, אך סבר כי אין להסיק מההכרה בהפליה כזו כי על בית המשפט להתערב באופן מיידי בחוק, ותחת זאת בחר לפנות בקריאה למחוקק כי ייתן דעתו לעניין זה. כאמור, בפסק הדין בבג"ץ ארז פנקס, עת נדרש בית המשפט העליון להכריע בעתירה, בית המשפט העליון דחה את הטענה כי קיומה של בעיה רפואית אשר מונעת מנשים להרות או לשאת הריון, כמו גם ההבדלים הפיזיולוגיים בין נשים, שבדרך הטבע מסוגלות לשאת הריון ולהביא ילדים לבין גברים, שאינם מסוגלים לעשות כן הם בגדר שוני רלוונטי המצדיק הסדר שונה במתן אפשרות גישה להסדר הפונדקאות. נפסק, כי גישה זו, המבוססת על תפיסה "טבעית" באשר לתפקידם של הליכי פריון והולדה יש בה כדי לקבע חוסר שוויון בזכות להורות גנטית בשל זהות מגדרית, ותפיסה זו עלולה להוביל גם להפליית נשים. לנוכח האמור נפסק כי -



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

"צמצום זכות הגישה בישראל להסדר הפונדקאות באופן המייחד אותו לנשים אשר להן בעיה רפואית להתעבר או לשאת היריון, תוך הדרת אוכלוסייה שלמה של גברים אשר יש בידם לקיים זיקה גנטית לילוד – פוגעת בזכותם של גברים אלה לשוויון במימוש זכותם להורות. פגיעה מוגברת נגרמת בהקשר זה לקבוצת הגברים ההומוסקסואלים אשר מבחינתם פונדקאות היא במובנים רבים הדרך היחידה לממש הורות גנטית".

עוד נפסק כי -

"החרגתה הגורפת של קבוצת הגברים ההומוסקסואלים מתחולתו של הסדר הפונדקאות נחזית כ"הפליה חשודה", המייחסת מעמד נחות לקבוצה זו, ובכך גלומה פגיעה נוספת, קשה ומשפילה בכבוד האדם על בסיס מגדר או נטייה מינית...".

לנוכח האמור, המסקנה היא כי "הוראות חוק ההסכמים והוראות חוק תרומת ביציות ככל שהוא נוגע להסדר הפונדקאות פוגעות בזכויות החוקתיות להורות ולשוויון".

ראו: סעיפים 17 – 20 לחוות דעתה של השופטת חיות.

הקביעה כי ההסדרים בחוק הפונדקאות ובחוק תרומת ביציות פוגעים בזכויות החוקתיות להורות ולשוויון וגלומה בהם פגיעה בכבוד האדם הייתה מוסכמת על כל השופטים.

בהמשך, בחן בית המשפט העליון אם הפגיעה בזכויות עומדת בתנאי פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וקבע כי הפגיעה הגלומה בחוק הפונדקאות אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה ועל כן אינה חוקתית. אשר לסעד, נפסק כמפורט לעיל בדעת רוב (כנגד דעתו החולקת של השופט פוגלמן) כי לנוכח מורכבות החוק המצריכה הסדרה מפורטת מדוקדקת והוליסטית המתכתבת עם מכלול החוקים העוסקים ברבייה ופרייון, עדיפה האפשרות שהמחוקק יעשה תיקון לחוק הפונדקאות, וכי ככל שהוראות החוק לא יתוקנו בתוך 12 חודשים יינתן פסק דין משלים ובו סעד מתאים (וסעד כאמור אכן ניתן כפי שפורט לעיל, במסגרת פסק הדין המשלים).



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

80. השאלה העומדת להכרעה בהליך זה היא האם הוראת תכנית השב"ן, הקובעת כי נשים בלבד זכאיות להחזר בעד תרומת ביצית בחו"ל נגועה בהפליה פסולה. אנו סבורים, כי שאלה זו יש לבחון בשים לב למכלול הפסיקה בנוגע למעמד החוקתי של הזכות להורות, הזכות לשוויון והזכות שלא להיות מופלה מחמת נטייה מינית, כמו גם הפסיקה וההסדרים בנוגע להכרה בתא משפחתי חד מיני כתא משפחתי שווה זכויות לתא משפחתי הטרוסקסואלי.

81. מקובלת עלינו טענת המערערים כי הוראת תכנית השב"ן מושא הליך זה נגועה בהפליה פסולה, הן כלפי גברים יחידנים והן כלפי גברים שהם בני זוג מאותו מין. טענת הקופות כי מדובר בהבחנה מותרת לנוכח השוני הפיזיולוגי בין נשים לבין גברים, כך שהצורך של נשים בתרומת ביצית נובע מבעיה רפואית בעוד הצורך של גברים בתרומת ביצית נובע מכך שגופם אינו מייצר ביציות כשם שאינו יכול לשאת היריון נדחתה כאמור בפסק הדין בבג"ץ ארז-פנקס. לפיכך, תמוה שהקופות מוסיפות לדבוק בטענה זו גם לאחר הקביעה המפורשת והחד משמעית בבג"ץ ארז-פנקס. התמיהה מתעצמת לנוכח העובדה שבחוזר המנהל הכללי של משרד הבריאות מיום 1.2.2023 בעניין הרחבת סל שירותי הבריאות לשנת 2023, נקבע במפורש כי הורחבה הזכאות בסל הבריאות למימון טיפולי הפריה חוץ גופית הניתנים לצורך הולדת ילד ראשון ושני לגברים שהם בני זוג שלהם אין ילדים וכן לגבר ללא ילדים המעוניין להקים משפחה חד הורית (צורך להודעת המערערים בבית הדין האזורי מיום 16.4.2024). זאת ועוד. לנוכח הפסיקה והוראות חוזר המנהל הכללי, יש קושי גם בטענת הקופות להסתמכות על עמדת משרד הבריאות, לכל הפחות ביחס לתקופה שלאחר שנת 2020 שבה ניתן פסק הדין בבג"ץ ארז-פנקס, או ביחס לתקופה שמיום 1.1.2022 מועד כניסתה לתוקף של בטלות הוראות חוק הפונדקאות וחוק תרומת ביציות, או לכל המאוחר לתקופה מיום 1.1.2023, המועד שממנו על פי חוזר מנכ"ל משרד הבריאות הורחבה הזכאות בסל הבריאות למימון טיפולי הפריה חוץ גופית לגברים.

82. זאת ועוד. אנו סבורים, בניגוד לעמדת הקופות והמדינה, כי בשים לב למעמדה החוקתי של הזכות להורות, שכאמור היקפה משתרע גם על כל הטכנולוגיות הרפואיות להולדה, כמו גם הזכות לשוויון ואיסור הפליה מחמת נטייה מינית וההכרה בתא משפחתי יחידני ובתא משפחתי מאותו מין ובכך שהם זכאים לאותן



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

זכויות המוקנות לתא משפחתי הטרוסקסואלי - תכנית השב"ן הייתה נגועה בהפליה פסולה גם **בעבר**, בתקופה שקדמה לפסיקה בבג"ץ **ארז-פנקס**. הן מהפסיקה בבג"ץ **משפחה חדשה** והן מהפסיקה בבג"ץ **ארז-פנקס** עולה כי ההסדרים שנקבעו בחוק הפונדקאות ובחוק תרומת ביציות היו הסדרים הנגועים בהפליה פסולה ממועד חקיקתם. אכן, לנוכח המורכבות בהתערבות בית המשפט בחקיקה, נמנע בית המשפט העליון במשך תקופה ממושכת מלבטל את הוראות החוק הנגועות בהפליה פסולה, והעדיף פנייה למחוקק על מנת שישקול תיקון החקיקה, במיוחד לנוכח העובדה שהיו הליכי חקיקה וכן מונתה ועדה ציבורית (ועדת מור יוסף) לדון בעניין. זאת, עד למועד שבו בית המשפט העליון הגיע למסקנה כי אין מקום להמתנה נוספת ויש להורות על ביטול הוראות החוק המפלגות. אולם, העובדה שבמשך תקופה ממושכת לא ניתן לעותרים סעד בשל המורכבות האמורה ומשיקולי מדיניות של ריסון התערבות בית המשפט בחקיקה, אינה מאיינת את קיומה של ההפליה בעבר. העובדה שההסדר שבתכנית השב"ן היה "ההסדר המקובל" בחקיקה אותה עת אינה מכשירה אותו ואינה מאיינת את ההפליה שהייתה גלומה בו. עמד על כך בית המשפט עליון בבג"ץ **משפחה חדשה** באומרו:

"כשאני לעצמי, אתקשה לקבל כי "תפיסה חברתית מקובלת" – באשר היא – אוצרת כוח לקיים טענת שוויון או להתגבר על טענת הפליה. מושג השוויון ובן-דמותו, איסור ההפליה, מושגים הם השאובים מתחום הערכים: טוב ושאינו טוב, ראוי ושאינו ראוי, צודק ושאינו צודק, הוגן ושאינו הוגן. שלא כמות אלה היא "תפיסה חברתית מקובלת", שבעיקרה אין היא אלא תיאור מציאות קיימת בלא הבעת דעה על אותה תפיסה מבחינה ערכית. העמדתה של "תפיסה חברתית מקובלת" בצד ערכי השוויון ואיסור הפליה, כמו המדובר – תמיד ולא-סייג – במושגים שיש להם מכנה משותף, יש בה לדעתי עירוב מין בשאינו-מינו".

83. נבהיר, כי הקביעה כי גם בעבר, טרם מתן פסק הדין בבג"ץ **ארז-פנקס** תכנית השב"ן הייתה נגועה בהפליה פסולה אין משמעותה כי בית הדין מנוע מלשקול במסגרת הדיון בהליך העיקרי אם יש מקום להבחין בין תקופות שונות ובכלל זאת שלא ליתן סעד בעד תקופת העבר, או חלקה, או ליתן סעדים שונים ביחס לתקופת שונות. אולם, בכך יש לדון במסגרת הדיון בהליך העיקרי ולא בשלב של קבלת הבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית, שבה נבחנת השאלה אם יש אפשרות סבירה כי השאלות שבמחלוקת יוכרעו לטובת הקבוצה.



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

84. אין בידינו לקבל את טענת הקופות כי לנוכח העובדה שפסק הדין בבג"ץ **ארד-פנקס** התייחס רק לזכות הגישה להליך פונדקאות ותרומת ביציות ולא קבע כי יש זכות למימון להליכים אלה לגברים יחידנים ולבני זוג מאותו מין, לא נובע ממנו שהוראת תכנית השב"ן נגועה בהפליה פסולה. אכן, פסק הדין בבג"ץ **ארד-פנקס** לא התייחס למימון הליכי פונדקאות ותרומת ביצית. פסק הדין גם אינו המקור לזכאות למימון הליכים אלה, שכן הזכאות לשירותי בריאות שבסל הבסיסי מעוגנת בחוק ביטוח בריאות והזכאות לשירותי בריאות נוספים מעוגנת בתכניות השב"ן. אולם, במתן שירותי בריאות, בין אם הם כלולים בסל הבסיסי מכוח החוק ובין אם כלולים בתכניות השב"ן, קופות החולים חייבות לנהוג בשוויון ותוך הימנעות מהפליה מטעמים פסולים, לרבות מין ונטייה מינית. חובה זו מוטלת על הקופות הן מכוח הוראות חוק מפורשות (סעיף 4 לחוק זכויות החולה, סעיפים 10 ו-21 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, סעיפים 3א ו-3ב לחוק קופת חולים (איסורי הגבלה ואפליה), התשנ"ג – 1993) והן מכוח החובות המנהליות המוטלות עליהן כגוף דו מהותי. על כן, עת מדובר בשירות או בזכות, הכלולים בסל השירותים הבסיסי על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי או בתכנית השב"ן, כגון הזכות להחזר כספי בעד תרומת ביצית בחו"ל, מוטלת על קופות החולים חובה להעניק אותם תוך שמירה על עיקרון השוויון ואסור להן להפלות בין מבוטחים משיקולים שאינם רלוונטיים, לרבות מין ונטייה מינית. כפועל יוצא מכך, לנוכח הקביעה בבג"ץ **ארד-פנקס** כי השוני הביולוגי בין גברים לבין נשים אינו מהווה שוני רלוונטי בכל הקשור להליכי פונדקאות ותרומת ביצית, ואינו מצדיק החלת הסדרים שונים עליהם, על קופת החולים להעניק את **כל השירותים והזכויות** הקשורים להליכים אלה הן לנשים והן לגברים באופן שווה.

85. יש לדחות גם את טענת הקופות כי אין הן חייבות בתשלום החזר תרומת ביצית לגברים כיוון שתפקידן הוא מתן שירותי בריאות לבעיות רפואיות ולא מתן פתרון לצרכים אחרים, כגון רצון להיות הורה, וכי סעיף 4 לחוק זכויות החולה אינו חל בענייננו כי המערערים אינם בגדר "חולה" המבקש "טיפול רפואי". **ראשית**, טענה זו עומדת בניגוד לחוזר משרד הבריאות בעניין הרחבת הזכאות לטיפול הפריה חוץ גופית גם לגברים; **שנית**, כאמור, בבג"ץ **ארד-פנקס** נפסק כי השוני במקור לצורך בהליכי פונדקאות ותרומת ביצית אינו רלוונטי, ובלשונו של השופט (כתוארו דאז)



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

פוגלמן "קבוצת השוויון הרלוונטית היא כל מי שסובל ממגבלת פריון אשר על פי סוגה וטיבה ניתנת לפתרון רק על ידי פניה להליך פונדקאות ולא בדרך אחרת. בהיבט זה שורר לדידי שוויון מלא בין אישה הסובלת מבעיה רפואית שבגינה אינה יכולה להתעבר ולשאת את ילדה ברחמה, לבין גבר. שניהם נתונים במצב דברים שבו אין באפשרותם להתעבר ולשאת הריון בכוחות עצמם, והם נדרשים לסיוע של אם פונדקאית, .. כדי להוליד ילד המקיים אליהם זיקה גנטית (ישירה או מכוח זיקה לבן הזוג) (ההדגשה בקו הוספה – ל.ג.).". דברים אלה של השופט (כתוארו דאז) פוגלמן אומצו בפסק הדין המשלים בבג"ץ ארז-פנקס. מעצם ההכרה בשוויון המלא בין גברים לבין נשים בעניין זה נובע כי גם ביחס לגברים, הפרוצדורות הרפואיות הדרושות למימוש הליך הפונדקאות, לרבות תרומת ביצית הן בגדר "טיפול רפואי" למגבלת הפריון של הגבר, גם אם אינן נעשות בגופו. עוד יש לציין בהקשר של תרומת ביצית, כי גם לגבי נשים אין מדובר במתן טיפול רפואי במובן של ריפוי הבעיה הרפואית, שכן גם לאחר הליך של תרומת ביצית הבעיה הרפואית נותרת על כנה. **שלישית**, גם הקביעה בפסיקה כי היקפה של הזכות להורות "**משתרע על כלל הטכניקות הרפואיות השונות שמסייעות להולדה**" וההכרה בזכויות תא משפחתי של בני זוג מאותו מין מחייבות כי בהקשר של הליכי פונדקאות ותרומת ביצית יש להגדיר "טיפול רפואי" לא במשמעותו המילולית, טיפול בבעיה רפואית בגופו של הגבר, אלא באופן רחב יותר, כך שהוא כולל "**טכניקות רפואיות שונות שמסייעות להולדה**", גם אם הן לא מבוצעות בגופו של הגבר. לעניין זה ניתן להקיש מעניין **ראובני**, שבו נפסק כי מבוטח גבר שהביא ילד לעולם בהליך פונדקאות בחו"ל זכאי למענק אשפוז, לנוכח מהותו כהשתתפות בהוצאות **התא המשפחתי** בקשר ללידה, ולא דווקא לאישה היולדת. בענייננו, מדובר בטיפול רפואי שניתן לגבר או לתא המשפחתי של הגבר על מנת שיוכלו לממש את זכותם החוקתית להורות. כפועל יוצא מכך, יש תחולה לכל הוראות החקיקה החלות על מתן טיפול רפואי, ובכלל זאת סעיפים 4 לחוק זכויות החולה האוסר על הפליה במתן טיפול רפואי, וסעיף 28 לחוק זכויות החולה, הקובע כי יראו בהפרת סעיף 4 לחוק זכויות החולה כעוולה לפי חוק איסור הפליה.

86. לבסוף, אין בידינו לקבל את טענת הכללית ומאוחדת כי לנוכח העובדה שהזכאות להחזר תרומת ביצית בחו"ל מותנית בכך שהביצית מוחזרת לרחם של האישה



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

הנתרמת גברים אינם זכאים להחזר. אנו סבורים, כי מהחובה לנהוג בשוויון ולהימנע מהפליה, נגזרת גם החובה לערוך את השינויים המחויבים וההתאמה הנדרשים למימוש הזכות שבתכנית השב"ן לגברים. קבלת טענת הקופות למעשה מרוקנת מתוכן את חובתן לנהוג בשוויון, שכן ברור כי הליך תרומת ביצית לגבר יכול להתבצע רק על ידי השתלת הביצית שנתרמה בגופה של הפונדקאית. קבלת טענה זו משמעותה למעשה קבלה "בדלת האחורית" של הטענה כי השוני הביולוגי בין נשים לבין גברים מהווה שונות רלוונטית בכל הקשור להליכי פונדקאות ולתרומת ביצית. לנוכח המסקנה אליה הגענו, איננו נדרשים לטענה העובדתית של המערערים, כי עובר להגשת הבקשה לאישור הקופות לא בדקו ולא הקפידו כי תרומת הביצית תוחזר לרחם של האישה הנתרמת, ולטענה המשפטית של המערערים, כי מדובר בתנאי שאינו מן העניין והוא נגוע בהפליה פסולה הן כלפי גברים והן כלפי נשים שאינן יכולות לשאת היריון.

87. **כללו של דבר:** על יסוד כל האמור לעיל, בהתייחס לחברי הקופות שהוגדרו בבקשה לאישור תובענה ייצוגית כ'קבוצה א' אנו קובעים כי התקיים התנאי בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, דהיינו יש אפשרות סבירה שהשאלה אם גברים יחידנים וגברים בני זוג מאותו מין שהתקשרו בהסכם לנשיאת עוברים מחוץ לישראל או גברים יחידנים או גברים בני זוג מאותו מין שמבקשים להתקשר בעתיד בהסכם לנשיאת עוברים מחוץ לישראל זכאים להחזר בעד תרומת ביצית בחו"ל מכוח תכנית השב"ן תוכרע לטובת חברי הקבוצה.

88. בהתייחס לחברי הקופות שהוגדרו בבקשות לאישור תובענה ייצוגית כ'קבוצה ב', דהיינו "כל המבוטחים בתכניות השב"ן שהם הומוסקסואליים או ביסקסואליים" (קבוצה ב' בבקשה כנגד מכבי והכללית) או "כל המבוטחים בתכניות שב"ן המופעלות על ידי מאוחדת שהם בני זוג מאותו המין וגברים יחידנים" (קבוצה ב' בבקשה כנגד מאוחדת), נטען בבקשה לאישור תובענה ייצוגית כי המדיניות המפלה של קופות החולים פגעה גם במבוטחים להט"בים או אחרים שאינם יכולים לבצע הליך של פונדקאות בישראל ושנמנעו מביצוע ההליך בחו"ל בשל העדר הכיסוי הביטוחי. עוד נטען כי מדובר ב- 5% ממבוטחי הקופה, והפגיעה היא פגיעה באוטונומיה, שכן אפשרותם למצות את זכויותיהם מכוח פוליסת הביטוח שלהם נפגעה. עוד נטען כי מקום בו נגרם נזק מסוג של פגיעה באוטונומיה



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

לא נדרש הניזוק להוכיח קשר סיבתי ונוק ועצם שלילת הבחירה החופשית היא שמקימה את הנזק והקשר הסיבתי. בערעור נטען ביחס לקבוצה זו גם לנזק מכוח החשיפה למדיניות מפלה, אפילו אם חברי הקבוצה לא הופלו במישרין. לטעמנו, אין אפשרות סבירה שהשאלה שבמחלוקת ביחס לקבוצה זו תוכרע לטובת חברי הקבוצה, שכן נקודת המוצא לתביעה היא שחברי קבוצה זו נמנעו מביצוע הליך פונדקאות בחו"ל בשל העדר כיסוי ביטוחי. אנו סבורים, כי לא ניתן לאמץ נקודת מוצא זו, שכן כפי שנטען על ידי המערערים עצמם רק חלק קטן מגברים יחידנים ובני זוג מאותו מין מבקשים לבצע הליך פונדקאות בחו"ל. על כן, אין לטעמנו אפשרות סבירה שהשאלה שבמחלוקת תוכרע לטובת חברי הקבוצה ביחס לחברי קבוצה ב' בבקשות לאישור תובענה ייצוגית.

האם התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה?

89. כאמור בסעיפים 17 ו-20 לעיל, הגדרת הקבוצה בבקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד המאוחדת שונה מעט מהגדרת הקבוצה בבקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד מכבי והכללית. כמו כן, על אף שבחלק מהסעיפים בהגדרת הקבוצה יש אי בהירות בניסוח והוא ניתן לפרשנות כך שהקבוצה כוללת גם נשים וגם גברים, ובסיכומי הטענות בבית הדין האזורי הייתה התייחסות גם לנשים, הטיעונים של הצדדים בשלב הערעור התייחסו לגברים – גברים שהם אבות (או מבקשים להיות אבות) יחידנים, או גברים שהם בני זוג מאותו מין, ועיקר הטיעון הוא הפלייתם ביחס לנשים. על כן, ולאור הכרעתנו בעניין עילות התביעה כמפורט לעיל, אנו קובעים כי יש להתייחס לקבוצה שחבריה הם גברים, וכוללת תתי קבוצות כמפורט, כמוגדר להלן:

א. גברים המבוטחים בתכניות השב"ן שמופעלות על ידי הקופות שהם אבות יחידנים שהתקשרו בהסכמים לנשיאת עוברים מחוץ לישראל או גברים המבקשים להיות אבות יחידנים בדרך של התקשרות בהסכמים לנשיאת עוברים מחוץ לישראל.



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

ב. גברים המבוטחים בתכניות השב"ן שהם בני זוג מאותו מין שהתקשרו בהסכמים לנשיאת עוברים מחוץ לישראל או שהם מבקשים להתקשר בעתיד בהסכמים לנשיאת עוברים מחוץ לישראל.

במאמר מוסגר נציין כי לטעמנו בכל מקרה, ככל שמדובר בנשים (בין נשים שהן אימהות או מבקשות להיות אימהות יחידניות ובין נשים במערכת יחסים הטרנסקוסאלית או נשים במערכת יחסים עם אישה הזקוקות לתרומת ביצית בחו"ל), השאלות העובדתיות והמשפטיות בעניינן שונות מהשאלות העובדתיות והמשפטיות בעניינם של גברים יחידנים או גברים שהם בני זוג מאותו מין, ועל כן הן אינן נמנות עם הקבוצות המפורטות לעיל.

90. בכל הנוגע לחברי הקבוצה כמוגדר בסעיף 89 לעיל התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, הן בהיבט של הצורך בתרומת ביצית בחו"ל והן בהיבט של הזכאות לתרומת ביצית בחו"ל.

האם תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת?

91. **המערערים טענו** כי גישתו של בית הדין האזורי שלפיה אין לנהל הליך של תובענה ייצוגית כנגד הקופות בשל העובדה שאינן גופים למטרת רווח מנוגדת לחוק ולהלכה הפסוקה; התובענה הייצוגית היא הדרך ההוגנת והיעילה להכרעה במחלוקת, במיוחד לנוכח העובדה שבתחום איסור הפליה יש תת אכיפה קיצונית; אין מקום לקבוע כי אין לנהל הליך של תובענה ייצוגית בשל הסתמכות של הקופות על המצב החוקי הקיים או אישור משרד הבריאות לתכנית השב"ן, שכן הקופות לא הוכיחו את ההסתמכות הנטענת, וכן לא הוכחה עמדת משרד הבריאות; כמו כן, הסתמכות על עמדת משרד הבריאות אין בה כדי להצדיק מדיניות הנגועה בהפליה פסולה; מכל מקום, במסגרת ההליך העיקרי, לבית הדין כלים טובים ומדויקים יותר להבטיח את האינטרסים הציבוריים, לרבות מתן סעדים צופי פני עתיד או הקטנת הפיצוי.

92. **הקופות טענו** כי התובענה הייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת מנימוקים אלה: הרחבת הזכאות בתכנית השב"ן לתרומת ביצית בחו"ל גם לבני זוג גברים עלולה ליצור קשיים רבים, ובכלל זאת כיוון שבני זוג מאותו מין משלמים פעמיים דמי חבר לתכנית השב"ן אזי הם יקבלו זכאות כפולה (מימון



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

לארבעה ילדים) להשתתפות בתרומת ביצית, בעוד שבני זוג הטרוסקסואליים ישלמו פעמיים דמי חבר ויקבלו זכאות אחת (מימון לשני ילדים); כמו כן קיימים סיכונים נוספים, כגון תביעה להחזר כפול בעד אותה קבלה משתי קופות חולים ככל שבני הזוג אינם חברים באותה קופה; משהמדינה אינה מוכנה לסייע בפתרון בעיות אלה ובעיות אחרות המתעוררות בהרחבת הזכאות לגברים, יש בכך כדי להשליך על השאלה אם התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת; קבלת התביעה עלולה לגרום לגירעון בקופת תכנית השב"ן, שיחייב קיצוץ בשירותים הניתנים לעמיתים אחרים בתכנית או ביטול מימון תרומת ביצית לנשים הזקוקות לכך או העלאת דמי החבר, ובכך תיגרם פגיעה בנשים ובעמיתי השב"ן האחרים.

93. **במענה לטענות הקופות טענו המערערים** כי יש לדחות את הטענה כי הרחבת הזכאות תפגע בעמיתי תכנית השב"ן או בנשים. משמעות השוויון היא שכל אחת ואחד יקבלו אותו כיסוי בהתאם לאותו צורך בפרוצדורה הרפואית, ואין לשלול הרחבת הזכאות לקבוצה מסוימת בנימוק שבכך תיפגע קבוצה אחרת הנהנית מאותה זכאות; בכל מקרה, ההשלכות שטוענות להן הקופות מוגזמות ואינן ריאליות, לנוכח המספר המצומצם של הליכי פונדקאות של גברים יחידנים ובני זוג מאותו מין המבוצעים בפועל; אשר לטענה כי המערערים תובעים זכאות כפולה, מימון תרומת ביצית לארבעה ילדים בעוד שלנשים ניתן מימון לשני ילדים, הרי לנוכח העובדה שכל אחד מבני הזוג משלם דמי חבר לתכנית השב"ן כל אחד מהם זכאי לזכויות מכוח תקנון השב"ן, וכל אחד מהם זכאי להיות אב ביולוגי לשני ילדים. כשם שלכל אישה, לרבות נשים בתא משפחתי עם אישה ניתנת זכאות בעד שני ילדים, כך גם כל אחד משני הגברים שהם בני זוג מאותו מין זכאי למימון בעד שני ילדים. מכל מקום מדובר בשאלה שיש להכריע בה במסגרת ההליך העיקרי, ובכלל זאת לקבוע האם הזכאות היא אישית לחבר תכנית השב"ן או לתא המשפחתי; גם אם יש מורכבות ביישום עקרון השוויון יש להתמודד עמה וזו לא עילה לדחיית בקשת האישור, כפי שנפסק בעניין הנדל.

94. אין בידינו לקבל את טענות הקופות, מנימוקים שיפורטו להלן.

95. תכליתה העיקרית של תובענה ייצוגית היא להביא לאכיפת זכויות, ובענייננו זכות השוויון של גברים יחידנים וגברים החיים בתא משפחתי של בני זוג מאותו מין.



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

בענייננו, הבקשה צופה גם פני עתיד ולא רק פני עבר, שכן נכון למועד מתן פסק הדין הקופות הודיעו שאין בכוונתן, לטענתן בשל העדר יכולת, לתקן את תכניות השב"ן כך שגם גברים יחידנים וגברים שהם בני זוג מאותו מין יקבלו החזר לתרומת ביצית בחו"ל. בנסיבות אלה, אנו סבורים כי התובענה הייצוגית היא הליך יעיל והוגן שיש בו כדי להביא לתיקון ההפליה.

96. אשר לטענה בדבר פגיעה בנשים או בעמיתים אחרים של תכנית השב"ן, הרי ככל שחברי הקבוצה הופלו לרעה, וכתוצאה מהכספים שנחסכו באי תשלום החזר לחברי הקבוצה נהנו העמיתים האחרים של תכנית השב"ן מזכויות נוספות, ויהיה צורך לאזן מחדש את מערך הזכויות של העמיתים בתכנית השב"ן, אין בכך כדי להצדיק את המשך ההפליה. את משאבי תכנית השב"ן יש לחלק באופן שוויוני בין כל העמיתים בתכנית. בשלב זה של ההליך גם לא הוכחו השלכות הרחבת הזכאות, ולא ברור היקפן והאם הן אכן יובילו לגריעת זכויות מעמיתי השב"ן האחרים. ככל שלאחר בדיקה יתברר כי הרחבת הזכאות גם לגברים יוצרת שינוי נסיבות המצדיק שינוי והתאמה של תכנית השב"ן, הקופות יהיו רשאיות לשנות את הוראות תכנית השב"ן בהתאם להוראות החוק, לרבות קבלת אישור משרד הבריאות.

97. אשר לטענות הקופות להסתמכות על אישור משרד הבריאות והנזק שעלול להיגרם להן או לעמיתים בתכניות השב"ן - הרי שטענות אלה יש לברר במסגרת ההליך העיקרי, ואפשר שהן ישליכו על הסעד שיינתן במסגרת התובענה הייצוגית. בהקשר זה יש להזכיר, כפי שנפסק בבג"ץ חיון, כי על פי חוק תובענות ייצוגיות ניתן להתחשב בשיקולים אלה, בהתאם לסעיפים 8(ב) ו-20(ד) לחוק תובענות ייצוגיות (סעיף 45 לחוות דעתה של השופטת ברון).

98. אשר לטענות הקופות בדבר הקשיים שעלולים להיווצר בשל הרחבת הזכאות לגברים:

ראשית, בכל הנוגע לשאלה אם הזכאות תקום על בסיס אישי, כך שכל אחד מבני הזוג יהיה זכאי למימון בעד שני ילדים, או על בסיס התא המשפחתי, כך שיינתן מימון בעד שני ילדים לתא המשפחתי, הרי ששאלה זו אפשר וצריך לברר במסגרת ההליך העיקרי. אולם, הצורך להכריע בשאלה זו אין בו כדי לשלול את היות התובענה הייצוגית דרך יעילה והוגנת להכרעה במחלוקת.



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

שנית, הקופות הצביעו על תרחישים אפשריים, כגון ניסיון לקבל מימון כפול כאשר שני בני הזוג אינם חברים באותה קופה, או העדר יכולת לקבל מידע הדרוש לשם בחינת הזכאות. אין בקשיים אלה, שעלולים להתעורר רק בחלק מהמקרים, שלא ברור שיעורם מכלל המקרים שבהם יבקשו גברים החזר תרומת ביצית, כדי לשלול את היות התובענה הייצוגית דרך יעילה והוגנת להכרעה במחלוקת. גם קשיים אלה ניתן לברר במסגרת ההליך העיקרי, ולקבוע את הדרכים להתמודד עמם. [השוו: בג"ץ 5148/18 אור שחם נ' בית הדין הארצי לעבודה (11.7.2022)].

99. **כללו של דבר**: לנוכח האמור לעיל, אנו קובעים כי מתקיים התנאי של היות התובענה הייצוגית הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת.

האם קיים יסוד סביר להניח שעניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב?

100. נקדים ונאמר כי הקופות לא העלו כל טענה בעניין זה, למעט מכבי שטענה כי המערערים ארד-פנקס אינם מתאימים להיות תובעים ייצוגיים כיוון שהם אינם חברי מכבי. בהתייחס לטענה זו אנו קובעים כי בכפוף לאמור להלן לעניין האפשרות להחליף תובע ייצוגי כנגד מכבי, טענה זו תתברר על ידי בית הדין האזורי. נציין, כי המערערים 1 ו-2 ניהלו הליכים משפטיים רבים בעניין זכויות בני זוג מאותו מין, לרבות בג"ץ ארד-פנקס שבו בסופו של יום התקבלה העתירה ובוטלו ההוראות המפלגות בחוק הפונדקאות ובחוק תרומת ביציות. בא כוחם של המערערים בהליך זה ייצג את העותרים בבג"ץ ארד-פנקס, וכמו כן הוא בעל ניסיון רב בניהול תובענות ייצוגיות, לרבות תובענות שעניינן זכויות של חברי הקהילה הלהט"בית. בנסיבות אלה, למעט בסוגיה אם ראוי שהתובעים הייצוגיים כנגד מכבי יהיו מי שאינם חברי מכבי שבה כאמור יכריע בית הדין האזורי, קיים יסוד סביר להניח שעניינם של כלל חברי הקבוצה ינוהל בדרך הולמת ובתום לב.

האם עומדת למערערים עילת תביעה אישית:

101. **המערערים טענו** כי נגרם להם נזק ממוני השווה לסכום החזר בעד תרומת ביצית המשולם לנשים, וכן נגרם להם נזק לא ממוני עקב חשיפתם להפליה פסולה;



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

הטענה כי היה על המערערים לפנות בפניה מקדימה לקופות כתנאי לקבלת הזכאות מנוגדת לדין, שכן על פי הדין אם מבוטח מפר תניה שנקבעה בפוליסת ביטוח לכל הפחות הוא זכאי לתגמולי ביטוח מופחתים; במקרה שבו הקופות מראש קובעות מדיניות של סירוב גורף, אין כל נפקות לשאלה אם נעשתה אליהן פניה מקדימה אם לאו; ככל שלמערערים או למי מהם אין עילת תביעה אישית, ניתן להחליף את התובע הייצוגי או להוסיף תובע ייצוגי.

102. **מכבי טענה** כי טענת המערערים לנזק לא ממוני עקב חשיפה להפליה היא בגדר שינוי חזית; עילת התביעה האישית כלפיה התיישנה, שכן תרומת הביצית נעשתה למעלה משבע שנים לפני הגשת התובענה הייצוגית; למערערים ארד-פנקס אין עילת תביעה אישית גם לאחר שנת 2020, כיון שהחזר בגין תרומת ביצית בחו"ל ניתן עבור שני ילדים, ולזוג שלושה ילדים; אין מקום להורות על החלפת תובע מייצג בנסיבות שבהן היה ברור מלכתחילה שלמערערים אין עילת תביעה אישית.

103. לנוכח דחיית הבקשה לאישור התובענה הייצוגית בית הדין האזורי לא דן בטענות אלה, ועל כן יש להחזיר את עניינם של המערערים ארד-פנקס לבית הדין האזורי על מנת שידון ויכריע בטענת התיישנות התביעה כנגד מכבי. אשר לזכות להחזר תרומת ביצית בחו"ל בעד ילד שלישי אנו סבורים כי עניין זה צריך להתברר במסגרת ההליך העיקרי, שבמסגרתו תידון, בין היתר, השאלה אם הזכאות להחזר מימון תרומת ביצית בחו"ל נבחנת על בסיס אישי או על בסיס תא משפחתי. גם השאלה מה ההשלכות של אי פנייה לאישור מקדים צריכה להתברר במסגרת ההליך העיקרי. על כן, בכפוף לאמור להלן לעניין האפשרות להחליף תובע ייצוגי, בכל הקשור לבקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד מכבי ההליך יוחזר לבית הדין האזורי על מנת שיבחן את התאמת המערערים ארד פנקס להיות תובעים ייצוגיים כנגד מכבי ואת קיומה של עילה אישית בהתאם למבחנים ולנטלים בסוגיה זו כפי שפורטו בפסיקה. ההחלטה המשלימה תינתן על בסיס חומר הראיות הקיים והטיעונים שנשמעו בפניו, אלא אם יחליט בית הדין האזורי, לפי שיקול דעתו, לאפשר השלמת טיעונים או השלמת ראיות. ככל שבית הדין האזורי יחליט כי ארד – פנקס אינם תובעים ייצוגיים מתאימים או שהם נעדרי עילה אישית, יאפשר את החלפתם בהתאם לסעיף 8(ג)(1) לחוק. בהקשר זה נוסף כי בא כוח המערערים טען בדיון לפני המותב כי אין קושי למצוא תובע מייצג חלופי. איננו סבורים כי



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

מתקיימות במקרה הנדון נסיבות שבהן אין לאפשר החלפת התובע הייצוגי. משכך, אנו מורים כי אם יתבקש בית הדין האזורי, בתוך 60 ימים ממועד מתן פסק דינו, לאשר את החלפת המערערים או מי מהם בתובע מייצג מתאים בעל עילה אישית, בית הדין האזורי יאפשר את ההחלפה חלף קיום דיון בהתאמת המערערים ארד-פנקס וקיומה של עילה אישית בתביעה נגד מכבי.

104. **הכללית טענה** כי לאיתי ארד פנקס, שהוא המערער החבר בכללית, אין עילת תביעה אישית, שכן הכיסוי ניתן עבור שני ילדים ראשונים, והתביעה היא להחזר תרומת ביצית בעד הילד השלישי; בעת שבוצעה תרומת ביצית טרם הסתיימה תקופת האכשרה; איתי פנה בדיעבד ולא מראש; לא קיימת זכאות לפי תכנית השב"ן, שעל פיה הביצית מוחזרת לגופה של הנתרמת, וגם לנשים לא משולם החזר בעד תרומת ביצית בהליך פונדקאות.

105. הטענה כי אין זכאות בשל אי החזרת הביצית לגופה של הנתרמת נדחתה על ידינו כמוסבר לעיל. שאלת ההשלכות של אי פניה מוקדמת וכן השאלה האם הזכאות נקבעת על בסיס אישי או בסיס התא המשפחתי צריכות להתברר במסגרת ההליך העיקרי. לפיכך, הטענה שנותר לבחון היא האם איתי ארד פנקס השלים את תקופת האכשרה. בעניין זה טען איתי כי כיוון שהיה מבוטח בדרג הגבוהה של תכנית השב"ן במכבי הוא עבר לשב"ן בכללית עם רצף זכויות. כללית לא השיבה לטיעון זה. ככל שכללית עומדת על טענתה בעניין תקופת האכשרה, עניין זה יתברר על ידי בית הדין האזורי. ההחלטה המשלימה תינתן על בסיס חומר הראיות הקיים והטיעונים שנשמעו בפניו, אלא אם יחליט בית הדין האזורי, לפי שיקול דעתו, לאפשר השלמת טיעונים או השלמת ראיות. ככל שבית הדין האזורי יחליט כי איתי אינו תובע ייצוגי מתאים או שהוא נעדר עילה אישית, בית הדין האזורי יאפשר את החלפתו בהתאם לסעיף 8(ג)(1) לחוק.

106. **מאוחדת טענה** שאין לפלוני עילת תביעה אישית נגדה, כי הוא אינו זכאי לטיפול על פי תכנית השב"ן שלפיה יש להחזיר את הביצית לגופה של האישה הנתרמת; פלוני לא ביקש אישור מקדים לביצוע הפעולה, אלא פנה שנתיים לאחר שנולדו ילדיו; פלוני ביקש שיפוי בעד הליך שאינו עומד בדרישות הבסיס של תקנון השב"ן, שכן הנתרמת אינה בת זוגו, אינה תושבת הארץ ואינה מבוטחת במאוחדת.



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24

אנו סבורים כי יש לדחות את טענות מאוחדת. כאמור, שאלת השלכות העדר בקשת אישור מקדים תתברר במסגרת ההליך העיקרי. הטענות האחרות של מאוחדת נדחו בדיון שערכנו לעיל לעניין עילת התביעה של חברי הקבוצה. על כן, אנו קובעים כי לפלוני יש עילת תביעה אישית כנגד מאוחדת.

107. **סוף דבר**: על יסוד כל האמור לעיל, אנו קובעים כי הערעור מתקבל ויש לקבל את הבקשה לאשר את התובענה שהגישו המערערים כתובענה ייצוגית, בכפוף לאמור לעיל בעניין בחינת התאמה והצורך בהחלפת התובעים הייצוגיים כנגד מכבי והכללית. הגדרת הקבוצה היא כאמור בסעיף 89 לעיל. בית הדין האזורי יבצע את כל הדרוש לצורך יישומו של פסק דין זה ותחילת בירורה של התובענה הייצוגית בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות והתקנות מכוחו.

כל קופה תשלם למערער שתביעתו רלוונטית לגביה הוצאות בסך של 30,000 ₪. לנוכח פרישתה של השופטת אופירה דגן – טוכמכר, התיק יועבר לנשיאת בית הדין האזורי, על מנת שתקבע את המותב שידון בתיק.

ניתן היום, כ"ג אדר תשפ"ו (12 מרץ 2026), בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

סיגל דוידוב-מוטולה,
שופטת

לאה גליקסמן,
שופטת (בדימוס)

אילן איטח,
מ"מ נשיא, אב"ד

מר דובי רם,
נציג ציבור (מעסיקים)

גברת ורדה אדוארדס,
נציגת ציבור (עובדים)



בית הדין הארצי לעבודה

עת"צ 5797-10-24