



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 24356-04-10 [REDACTED] כלל בריאות חברה לביטוח בע"מ

לפני כב' השופט פרופ' עופר גרוסקופף

התובעת
והמבקשת

[REDACTED]
ע"י ב"כ עו"ד עדן דרוקמן-טל

נגד

הנתבעת
והמשיבה

כלל בריאות חברה לביטוח בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד רות לובן ועו"ד עידו חיטמן

פסק דין

1. לפני בקשה להסתלקות מבקשה להכרה בתובענה כייצוגית (להלן: "**בקשת ההסתלקות**"), וזאת בעקבות הסדר פשרה שהושג בין הצדדים. הבקשה אינה מעוררת קושי מהותי, ומטעמים שיפורטו בהמשך, אני סבור שיש לאשרה.

2. הקושי המרכזי שהתעורר בדיון בעניין זה נוגע לשאלה דיונית: האם לפני אישור הסתלקות מבקשה לאישור תובענה כייצוגית מוטלת על בית המשפט **חובה** להורות על פרסום הודעה לחברי הקבוצה ועל משלוח ההודעה ליועץ המשפטי, ולגורמים אחרים, וזאת לאור נוסח תקנה 11(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע – 2010 (להלן: "**תקנה 11(ב)**"). לאחר עיון בדבר, ולאחר שעיינתי בטיעוניהם המצוינים של באי כוח הנתבעים בסוגיה זו, הגעתי למסקנה כי יש לפרש את תקנה 11(ב) באופן שמותר לבית המשפט **שיקול דעת** בעניין זה, באופן המשמר את האיזון שקבע המחוקק בסעיפים 16 ו-25 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו – 2006 (להלן: "**החוק**" או "**חוק תובענות ייצוגיות**"). לאור מסקנה זו אני מאשר את בקשת ההסתלקות שלפני, ומורה על מחיקת הבקשה להכרה בתובענה כתובענה ייצוגית, ועל דחיית התובענה.

3. להלן יפורטו בקצרה הטענות שהועלו במסגרת התובענה והבקשה להכרה בה כייצוגית, עיקרי הסדר הפשרה שהושג, והטעמים בעטיים סברתי שיש מקום לאשרו, וזאת מבלי לנסות לאתר מבקש או בא-כוח מייצג חלופיים. לאחר הדברים הללו, אתייחס לשאלה הדיונית, ואבהיר מדוע לשיטתי גם כיום יש לבית המשפט שיקול דעת לאשר בקשת הסתלקות מבקשה להכרה בתובענה כייצוגית מבלי לפרסם ולשלוח הודעות בעניין זה.



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 24356-04-10 [REDACTED] נ' כלל בריאות חברה לביטוח בע"מ

הבקשה להכרה בתובענה כייצוגית והסדר הפשרה

4. עניינה של התובענה שלפני הוא בטענות שהעלתה המבקשת, באמצעות אפטרופסה ובא-כוחה המייצג (שהם בעלה ובנה, בהתאמה), כלפי דרך חישוב הפרשי ההצמדה למדד המחירים לצרכן של תגמולי ביטוח (להלן: "**הפרשי ההצמדה**") המשולמים על ידי כלל בריאות חברה לביטוח בע"מ (להלן: "**כלל בריאות**") למבוטחים שבוחו על ידה בפוליסה לביטוח סיעודי קבוצתי לחברי מכבי שירותי בריאות (להלן: "**פוליסת מכבי**").

5. הטענות שהעלה ב"כ המבקשת נחלקות לטענות עובדתיות ולטענות משפטיות. הטענות העובדתיות עניינן בכך שחישוב הפרשי ההצמדה על ידי כלל בריאות נעשה בדרך שאינה תואמת את הוראות פוליסת מכבי. הטענות המשפטיות מתייחסות לכך שלשיטת ב"כ המבקשת סוטות הוראות פוליסת מכבי בעניינים מסוימים מהוראות חוק כופות (קוגנטיות), שאין לסטות מהן אלא לטובת המבוטח.

6. כלל בריאות הודתה כבר בתשובתה לבקשה להכרה בתובענה כייצוגית בכך שבחלק מהמקרים נפלו טעויות, כטענת ב"כ המבקשת, בחישוב הפרשי ההצמדה ביחס לפוליסת מכבי (להלן: "**הטעויות החישוביות**"). כלל בריאות הבהירה כי חלק מהטעויות הללו תוקנו על ידה מבעוד מועד, וכי היא נכונה לתקן את יתרתן על דרך של תשלום כספים למבוטחים שניזוקו כתוצאה מהטעות. לאור זאת הוריתי בדיון שהתקיים ביום 14.7.2010 לכלל בריאות לבצע את התשלומים האמורים עד ליום 7.10.2010, ולהעביר דו"ח לב"כ המבקשת על מנת שיוכל לבדוק את תחשיבה.

7. בהודעת כלל בריאות מיום 7.10.2010 דווח על כך שלפי תחשיבה בגין הטעויות החישוביות מגיע תשלום יתרת הפרשי הצמדה ל- 1055 מבוטחים בסכום כולל של 371,687 ₪ (כולל הפרשי הצמדה וריבית משפטית). מתוך סכום זה סך של 291,310 ₪ שולם ל- 769 מן המבוטחים עד ליום 30.9.2010 על דרך של הפקדה בחשבון הבנק, ונשלחו אליהם הודעות בדבר ביצוע התשלום. יתרת הסכום מגיעה למבוטחים שנפטרו. ביחס למרביתם פנתה כלל בריאות לאנשי הקשר או בני המשפחה בבקשה לקבל צו ירושה או צו קיום צוואה ופרטי חשבון לביצוע התשלום. ביחס ל- 8 מבוטחים שהלכו לעולמם בוצע התשלום על דרך של קיזוז כנגד יתרת חוב כלפי כלל בריאות בגין תשלומים ששולמו בטעות לאחר הפטירה. ביחס ל- 19 מבוטחים שהלכו לעולמם, שכל אחד מהם זכאי לתשלום הנמוך מ- 10 ₪, ושכולם יחדיו זכאים לתשלום של 96 ₪, נמנעה כלל בריאות מכל פעולה.



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 24356-04-10 [redacted] נ' כלל בריאות חברה לביטוח בע"מ

8. בדיון שהתקיים ביום 11.11.2010, ולאחר שהתברר כי מטעם המבקשת נבדק רק ביצוע ההחזרים לטובתה ולטובת מבוטחת נוספת, הוריתי לכלל בריאות להגיש תצהיר חתום על ידי מבקר הפנים שלה בו יפורטו העקרונות לפיהם בוצע ההחזר בגין הטעויות החשובות, ויאושר כי נערכה בדיקה מדגמית בהיקף של לפחות 2% מהמבוטחים לגביהם בוצעו טעויות חשובות, המוודאת כי ההחזר בפועל תואם את העקרונות שהוצגו. ביום 12.12.10 הגישה כלל בריאות הודעה אליה צורף תצהירו של מר יוסי אביטל, ראש אגף ביקורת בקבוצת כלל ביטוח, המאשר כי לאחר שבדק 34 חישובי החזרים (קרי, 3.2% מהמבוטחים לגביהם בוצעו טעויות חשובות) הם חושבו בהתאם לתנאי פוליסת מכבי, וכי בוצעו בפועל כל החזרים למבוטחים שאינם נמנים על אוכלוסיית הנפטרים (לבני משפחה של מבוטחים שהלכו לעולמם נשלחו כאמור הודעות בדבר הזכאות להחזר, וכלל בריאות ממתינה לקבלת מסמכים ונתונים שיאפשרו את ביצוע ההחזר).

9. לאור הדברים הללו, הסכימו הצדדים כי ביחס לטעויות החשובות תוקן המעוות, בכפוף להשלמת ביצוע ההחזרים למבוטחים שהלכו לעולמם, וממילא אין מקום להמשך ניהול התובענה הייצוגית ביחס לעניינים אלו.

10. לעומת זאת, כפרה כלל בריאות בשתי הטענות המשפטיות שהעלה ב"כ המבקשת. להלן אפרט בקצרה את טענותיו המשפטיות של ב"כ המבקשת, ואת תשובת כלל בריאות ביחס לכל אחת מהן:

א. הטענה המשפטית הראשונה מטעם המבקשת היא שעל פי פוליסת מכבי הוגדר מועד המדד האחרון לשם חישוב הפרשי ההצמדה לא כמדד הידוע ביום התשלום בפועל, אלא כמדד הידוע ביום תחילת הרבעון שעבורו בוצע התשלום. כך, למשל, תשלום שבוצע ב- 15.3 בוצע על פי המדד הידוע ביום 1.1, ולא על פי המדד הידוע ביום 15.3. בכך מתנה הפוליסה על הוראת תקנה 2(א) לתקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (תנאי הצמדה בחוזה לביטוח חיים), תשמ"ב – 1982 (להלן: **"תקנות ההצמדה"**), הקובעת כדלהלן:

"בחוזה ביטוח חיים צמוד יחשבו כל התשלומים שעל המבטח לשלם בשל מקרה הביטוח או בשל פדיון הפוליסה, לרבות תשלומים תקופתיים, לפי שיעור עליית המדד מן המדד היסודי עד המדד שפורסם לאחרונה לפני יום התשלום ואולם מתום תקופת הביטוח יחול האמור בתקנה 6(2) ו-3(3) לתקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (תנאים בחוזה ביטוח), התשמ"ב-1981." (ההדגשה אינה במקור)



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 24356-04-10 [REDACTED] כלל בריאות חברה לביטוח בע"מ

תשובתה של כלל בריאות לטענה זו היא שאומנם פוליסת מכבי קובעת מועד מדד
אחרון שונה מזה שנקבע בתקנה 2(א) לתקנות ההצמדה, ואולם קביעה זו היא
הוגנת, ואף פועלת לטובת המבוטח, מאחר והיא חלה הן ביחס לתשלומי המבוטח
והן ביחס לתשלומי המבוטח. זאת ועוד, תקנה 2(ב) לתקנות ההצמדה מאפשרת
במפורש לסטות משיטת ההצמדה שנקבעה בתקנה 2(א) באישור המפקח על עסקי
הביטוח. לעניין פוליסת מכבי ניתן אישור כאמור ביום 26.5.2008 במסגרת ההיתר
שנתן המפקח על הביטוח לתוכנית.

ב. טענתו המשפטית השנייה של ב"כ המבקשת היא שלפי פוליסת מכבי לא נעשתה
הצמדה לתגמולי השיפוי המשולמים למבוטח השווה באשפוז סיעודי בגין התקופה
שבין המועד שבו חושבו ונגבו דמי האשפוז על ידי המוסד הסיעודי (תחילת החודש)
לבין המועד שבו שולמו תגמולי הביטוח על ידי כלל בריאות (סוף החודש), וזאת
בניגוד לסעיף 28(ב) לחוק חוזה הביטוח, תשמ"א – 1981 הקובע כי יש להצמיד
מהמועד בו "חושבו תגמולי הביטוח".

כלל בריאות השיבה על כך כי המועד הקובע לעניין ההצמדה אינו מועד החישוב
והגביה של דמי האשפוז על ידי המוסד הסיעודי, אלא מועד חישוב תגמולי הביטוח
על ידה, המתרחש רק לאחר שהיא מקבלת את אישורי התשלום. זאת ועוד, סעיף
28(ב) לחוק חוזה הביטוח נועד למנוע מצב של תשלום הפרשי הצמדה שאינם
מגיעים למבוטח, וחייב חברת הביטוח בגין עליית המדד בחודש הקודם (שהוא
הנתון המפורסם ב- 15 לחודש) היא דוגמא למצב שהסעיף ביקש למנוע. מעבר לכל
האמור, גם עניין זה אושר לטענת כלל בריאות על ידי המפקח על הביטוח משאשר
את פוליסת הביטוח.

11. בדיון שהתקיים בתיק ביום 14.7.10 נקבע כי מאחר והטענות המשפטיות אינן מעוררות
מחלוקות עובדתיות ישמעו לגביהן סיכומים בעל פה. במהלך דיון זה נידונה גם שאלת
הגדרת הקבוצה אליה מתייחסת הבקשה להכרה בתובענה כייצוגית. לאחר שמיעת הצדדים
התקבלה בעניין זה ההחלטה הבאה: "כתב התביעה בנוסחו הנוכחי יוצר בסיס לכאורי
לבקשה לאישור התובענה הייצוגית רק ביחס למבוטחים בפוליסת מכבי. לאור זאת יבחן
התובע האם ברצונו להגביל את בקשתו להכרה בתביעה כתובענה ייצוגית לקבוצת תובעים
זו או שהוא מעוניין להגיש בקשה לתיקון כתב התביעה על כל המשתמע מכך. למען הסר
ספק, יובהר כי אם תוגש בקשה כזו שמורה לנתבעת האפשרות להתנגד".



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 24356-04-10 [REDACTED] כלל בריאות חברה לביטוח בע"מ

12. בטרם שמיעת סיכומי הצדדים בטענות המשפטיות הגישו הצדדים לבית המשפט ביום 31.10.10 בקשה בהסכמה להסתלקות מהבקשה לאישור התובענה כייצוגית. בבקשה זו הבהיר ב"כ המבקשת את טעמי בקשתו באופן הבא:

"7. על אף שהתובעת אינה רואה עין בעין עם כלל [בריאות] בכל הנוגע לטעויות המשפטיות, היא מכירה בכך, כי קיים קושי בטענותיה, לרבות נוכח אישורה של פוליסת מכבי על-ידי המפקח על הביטוח. כמו-כן, על אף שהתובעת סבורה, כי טענותיה הללו עולות בקנה אחד עם האינטרסים של המבוטחים הזכאים, היא מכירה בכך, כי הן גם עלולות שלא לעלות בקנה אחד עם האינטרסים של מי מהמבוטחים בפוליסת מכבי. התובעת מכירה אפוא בכך, כי טענות אלו עלולות להידחות על-ידי בית המשפט הנכבד.

8. בנסיבות אלו, התובעת סבורה, כי ההחזר שבוצע למבוטחים הזכאים הגשים הלכה למעשה את מטרתה של הבקשה לאישור, והיא אינה מעוניינת להמשיך ולעמוד על טענותיה בכל הנוגע לטעויות המשפטיות, בין היתר נוכח ההוצאות והסיכונים הכרוכים מבחינתה בהמשך ניהול ההליך. בנסיבות אלו, התובעת מבקשת להסתלק מן ההליך בשלב זה."

13. בהמשך בקשת ההסתלקות מפרטים הצדדים כי הגיעו אף להסכמה כי "בכפוף לאישור בקשת ההסתלקות, דחיית תביעתה האישית של התובעת, והסיום הכולל של ההליך תישא כלל [בריאות] בהחזר הוצאות התובעת ובשכר טרחת באי-כוחה בסכום כולל של 60,000 ₪ בתוספת מע"מ כחוק". מעבר לסכומים אלו הצהירו באי-כוח הצדדים כי התובעת ובא-כוחה לא קיבלו ולא יקבלו מכלל בריאות כל טובת הנאה אחרת.

14. קיצורו של דבר, התובענה והבקשה להכרה בה כתובענה ייצוגית כללה שני סוגי טענות ביחס לדרך חישוב להפרשי הצמדה בפוליסת מכבי: טענות עובדתיות בהן הודתה כלל בריאות, וביצעה את הנדרש לתקן; וטענות משפטיות בהן כלל בריאות כופרת, ואשר המבקשת, לאחר שבחנה אותן בשנית, אינה סבורה שסיכויי קבלתן מצדיקים את ניהול התובענה הייצוגית.



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 24356-04-10 [REDACTED] נ' כלל בריאות חברה לביטוח בע"מ

האם יש מקום לאשר את בקשת ההסתלקות?

15. לאחר שבחנתי את בקשת ההסתלקות הגעתי למסקנה כי יש מקום לאשרה. המניע העיקרי להגשת התובענה היה גילויי טעויות הפועלות באופן שיטתי לרעת המבוטח בדרך חישוב הפרשי ההצמדה במסגרת פוליסת מכבי. כלל בריאות הודתה בכך שנעשו טעויות חישוביות כטענות המבקשת, פעלה לתיקון באופן שהניזוקים מטעויות אלו יקבלו חזרה את מלוא כספם בתוספת הפרשי הצמדה וריבית משפטית, והגיעה להסדר סביר עם המבקשת ביחס לתשלום הוצאותיה ושכר טרחת באי-כוחה. כתוצאה מכך, ההצדקה העיקרית להגשת התובענה, ולבקשה להכיר בה כייצוגית, אינה קיימת עוד.

16. הסוגיות שנתרו במחלוקת בין הצדדים הינן שאלות משפטיות, אשר להערכת ב"כ המבקשת סיכוייהן להתקבל אינם מצדיקים ניהול תובענה ייצוגית. זאת ועוד, לגבי השאלה המשפטית המרכזית שהעלתה המבקשת (האפשרות להגדיר את המדד האחרון לצורך חישוב ההצמדה באופן שונה מהקבוע בתקנות ההצמדה), אין זה ברור אם מבחינת הקבוצה (להבדיל מהמבוטח הבודד) הפרשנות שמציעה המבקשת רצויה יותר מהפרשנות לפיה פעלה ופועלת כלל בריאות (וזאת מהטעם שהגדרה זו תופסת הן ביחס לתשלומים של המבוטח והן ביחס לתגמולים שמשלמת כלל בריאות).

17. במצב דברים זה, ובשים לב לסבירותו של הסדר הפשרה גם מבחינת התגמול המוצע למבקשת ובאי-כוחה (לערך 16% מסכום הטעות בתוספת מע"מ), מוצדק לאשר את בקשת ההסתלקות.

18. למען הסר ספק יובהר כי אין באישור בקשת ההסתלקות כדי לחוות דעה בשאלות המשפטיות השנויות במחלוקת בין הצדדים. שאלות אלו לא נבחנו בהליך שלפני, ומאחר ומדובר בהסכמה על הסתלקות ולא באישור הסדר פשרה, אין במתן אישור בית המשפט כדי ליצור מניעה כלפי מי מחברי הקבוצה (למעט המבקשת) מלהעלות טענות משפטיות אלו בהליכים משפטיים עתידיים (לדיון ביחס שבין הסדרי פשרה והסתלקות ראו אלון קלמנט, "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" עומד להתפרסם במשפטים מא (2011) (להלן: "קלמנט, פשרה והסתלקות").



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 24356-04-10 [redacted] נ' כלל בריאות חברה לביטוח בע"מ

האם יש מקום לבחון מינוי מבקש ובא-כוח חלופיים?

19. חוק תובענות ייצוגיות מסדיר את שאלת ההסתלקות מתובענה ייצוגית בהוראת סעיף 16 לחוק. על פי הוראה זו מורכב הליך ההסתלקות משני שלבים: בשלב הראשון נדרש בית המשפט לבחון האם יש מקום לאשר את בקשת ההסתלקות (ראו סעיפים 16(א) ו-16(ב) לחוק); בשלב השני, עליו לבחון האם יש מקום למנות מבקש, תובע או בא-כוח מייצג חלופיים לאלו שהסתלקותם אושרה (ראו סעיף 16(ד) לחוק). בענייננו מצאנו כי יש מקום לאשר את בקשת ההסתלקות. השאלה שנותר לבחון היא האם יש מקום למנות מבקש ובא-כוח מייצג חלופיים.

20. כיצד תבחן האפשרות למנות מבקש, תובע או בא-כוח מייצג חלופיים? בעניין זה הבחין המחוקק בסעיף 16 לחוק תובענות ייצוגיות בין שני מצבים, לפי השלב הדיוני בו מצויה התובענה:

א. **בקשת הסתלקות טרם אישור התובענה כייצוגית** – במצב דברים זה קובע סעיף 16(ד)(1) לחוק כי "רשאי בית המשפט לקבוע כי ניתן להגיש בקשה למינוי תובע מייצג או בא-כוח מייצג במקומם, לפי הענין, בתוך תקופה שיקבע, וכן רשאי בית המשפט להורות על פרסום הודעה על כך, והכל אם מצא שהדבר מוצדק בנסיבות הענין ובהתחשב בשלב שבו מצוי הדיון בבקשה לאישור". ההוראה המשלימה הסדר זה היא סעיף 25(ב) לחוק, הקובע כי "בית המשפט רשאי להורות על פרסום הודעות, נוסף על ההודעות המפורטות בסעיף קטן (א), אם מצא כי הדבר דרוש לשם הבטחת ניהול ההליך וייצוג הקבוצה באופן הוגן ויעיל". במילים אחרות, כאשר ההסתלקות היא **טרם** אישור התובענה כייצוגית ניתן לבית המשפט **שיקול דעת** להחליט האם יש מקום לפעול לאיתורו של מבקש או בא-כוח מייצג חלופי, וכנגזר מכך לפרסם הודעות מתאימות.

ב. **בקשת הסתלקות לאחר אישור התובענה כייצוגית** – במקרה זה, קובע סעיף קטן 16(ד)(2) לחוק כי אם כל התובעים הייצוגיים או כל באי כוחם ביקשו להסתלק מהתובענה הייצוגית, "ולא הוגשה לבית המשפט, בתוך תקופה שקבע, בקשה למינוי תובע מייצג או בא-כוח מייצג במקומם, לפי הענין, יורה בית המשפט על פרסום הודעה על כך, בהתאם להוראות סעיף 25". סעיף 25(א)(2) לחוק משלים הסדר זה בקובעו חובת פרסום הודעה לחברי הקבוצה בדבר "החלטת בית המשפט לאשר את הסתלקותם של כל התובעים המייצגים או של כל באי הכוח המייצגים מתובענה ייצוגית ... כאמור בסעיף 16(ד)(2)". במילים אחרות, כאשר ההסתלקות



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 24356-04-10 [REDACTED] כלל בריאות חברה לביטוח בע"מ

היא לאחר שהתובענה אושרה כייצוגית חובה על בית המשפט לפעול לאיתורו של תובע או בא-כוח חלופיים, וזאת, בין אם מקרב המועמדים המציעים את עצמם ובין אם על דרך של פרסום הודעה בהתאם לפרוצדורה שקובע החוק.

21. פרופ' אלון קלמנט עומד על האבחנות שצוינו לעיל, ומסכם את המצב המשפטי שיוצר סעיף 16 לחוק תובענות ייצוגיות באופן הבא:

"אישור הבקשה להסתלקות מורכב משני שלבים: השלב הראשון הוא שלב אישור ההסתלקות (להלן "שלב ההסתלקות"). השלב השני (המותנה באישור בשלב הראשון) הוא שלב החלפתם של המסתלקים (להלן "שלב ההחלפה"). השלב הראשון הוא זהה, בין אם הבקשה להסתלקות מוגשת לפני אישור התובענה הייצוגית ובין אם היא מוגשת לאחר מכן. בשלב השני ישנו הבדל בין שני המקרים - כאשר הבקשה להסתלקות מוגשת לפני אישור התובענה הייצוגית פרסום הודעה על כך ונסיון להחליף את המסתלקים נתונים לשיקול דעתו של בית המשפט אשר רשאי לפעול כאמור, אולם אינו חייב לעשות כן. כאשר הבקשה להסתלקות מוגשת לאחר אישור התובענה הייצוגית, בית המשפט חייב לפרסם את ההודעה ולבחון את האפשרות להחליף את המסתלקים." (קלמנט, פשרה והסתלקות, סעיף 4.ג. – ההדגשות במקור).

22. האבחנה שעורך חוק תובענות ייצוגיות בעניין זה ברורה הן מבחינת נוסח החוק והן מבחינת תכליתו. לאחר אישור התובענה כייצוגית, קרי לאחר שנמצא כי מדובר בתובענה שיש אפשרות סבירה שתוכרע לטובת הקבוצה, ואשר הדרך הדיונית היעילה וההוגנת להכריע בה היא כתובענה ייצוגית, מן הראוי לשאוף שהסתלקות (או נבצרות) של הגורמים המייצגים (התובע או בא הכוח המייצג) לא תסכל את בירור ענייניה של הקבוצה באופן שנקבע כי הוא היעיל וההוגן (קרי, על דרך ניהול התובענה כייצוגית). לעומת זאת, בטרם אישור התובענה כייצוגית, מן הראוי להותיר לבית המשפט שיקול דעת לבחון האם יש הצדקה למאמץ לאתר תובע חלופי, או שמא המדובר במהלך, אשר איננו צפוי להניב תועלת של ממש לחברי הקבוצה.

23. המקרה שלפני ממחיש מצב דברים בו אין לטעמי מקום לנסות לאתר מבקש ובא-כוח מייצג חלופיים לתובענה. כפי שהובהר לעיל, המניע המרכזי להגשת התובענה היה טענות עובדתיות בדבר טעויות חישוביות, אשר כלל בריאות הודתה בהן, והתחייבה לתקן על דרך של מתן החזר כספי מלא לכל חברי הקבוצה (בכפוף למקרים שהם בגדר "זוטי דברים"). הטענות שנתרו שנויות במחלוקת הן שתי טענות משפטיות, שטרם הוחל בבירורן במסגרת



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 24356-04-10 [REDACTED] נ' כלל בריאות חברה לביטוח בע"מ

התובענה, ואשר סיכויי הצלחתן מעורפלים, ולגבי המרכזית בהן אין, ככל הנראה, זהות אינטרסים בין חברי הקבוצה. לאור כל זאת, נראה כי התועלת שתצמח לחברי הקבוצה מהניסיון לאיתור מבקש ובא-כוח מייצג חלופיים היא נמוכה, ואינה מצדיקה את הטרחה והעלויות שיהיו כרוכות במאמץ לאתרם – מאמץ שבהסתברות גבוהה מאד יהיה עקר או יוביל לניהול התדיינות סרק. בשל כל אלו, במסגרת שיקול הדעת הנתון לי במסגרת סעיף 16(ד1) לחוק תובענות ייצוגיות אינני סבור שיש צורך לבצע פעולות כלשהן לשם איתור מבקש ובא-כוח מייצג חלופיים במקרה הנוכחי.

השאלה הדייונית – האם יש חובה להורות על פרסום הבקשה קודם לאישורה

24. בכך לכאורה היה צריך הדיון להגיע על קיצו, אלמלא קבע מחוקק המשנה באחרונה את תקנה 11(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע – 2010, והרבה מבוכה מקום בו נדמה ששרתה בהירות. תקנה 11 לתקנות תובענות ייצוגיות עוסקת בכללים הדייוניים החלים ביחס לבקשות הסתלקות, כאשר תקנת משנה (ב) קובעת כדלהלן:

"הוגשה בקשה הסתלקות, יורה בית המשפט על פרסום הודעה בדבר הגשת הבקשה לפי הוראות סעיף 25 לחוק וכן על משלוח ההודעה כאמור, ליועץ המשפטי לממשלה, בצירוף העתק מן הבקשה ומן התובענה, למנהל בתי המשפט וכן לגוף או בעל תפקיד כקבוע בתקנה 3(א), ורשאי בית המשפט להורות על משלוח כאמור גם לאדם אחר כפי שיורה."

25. קריאת הוראה זו, כפשוטה, משמיעה לנו שמחוקק המשנה ביקש, לכאורה, לסטות בשני עניינים מרכזיים מההסדר שקבע המחוקק הראשי בסעיפים 16 ו- 25 לחוק תובענות ייצוגיות: ראשית, הפרסום בדבר בקשת ההסתלקות צריך להיעשות, על פי נוסח תקנה 11(ב), עם הגשת הבקשה להסתלקות, ולא לאחר אישורה כפי שקובע החוק (ראו נוסח סעיפים 16(ד) ו- 25(א2) לחוק תובענות ייצוגיות, המתייחסים לפרסום של ההחלטה על אישור ההסתלקות, ולא לפרסום דבר הגשת בקשת ההסתלקות); שנית, על פי נוסח התקנה יש לכאורה חובה לפרסם הודעה על כל בקשת הסתלקות, יהיה שלב הדיון בתובענה אשר יהיה, וזאת באופן ששולל את שיקול הדעת של השופט הדין בבקשה להימנע מפרסום כזה כאשר מדובר בבקשת הסתלקות שהוגשה טרם אישור הבקשה לאישור התובענה כייצוגית.



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 24356-04-10 [redacted] נ' כלל בריאות חברה לביטוח בע"מ

26. על ההבדלים הלכאוריים הללו שבין לשון תקנה 11(ב) להסדרי החוק עמד פרופ' קלמנט בצינו כדלהלן:

"[תקנה 11(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות] חורגת מהוראות החוק בשתיים: ראשית, היא מחייבת פרסום הודעה כבר בשלב ההסתלקות, עוד לפני שבית המשפט אישר את ההסתלקות. שנית, היא מחייבת פרסום גם כאשר הבקשה להסתלקות הוגשה לפני אישור התובענה הייצוגית, וזאת בניגוד להוראת סעיף 16(ד)(1) לחוק, אשר מותיר לבית המשפט שיקול דעת לגבי הפרסום ב"שלב ההחלפה" אם מצא שהדבר מוצדק בנסיבות הענין ובהתחשב בשלב שבו מצוי הדיון בבקשה לאישור." (שם, שם).

פרופ' קלמנט מבקר חריגה זו של מחוקק המשנה מההסדר שקבע המחוקק הראשי בצינו את הדברים הבאים:

"חריגה זו אינה רצויה. כל מטרתה של ההודעה על ההסתלקות הינה לאתר מחליף למבקש, לתובע או לבא הכוח המייצג במקרים שבהם הדבר ראוי, לאחר שניתנה למבקש רשות להסתלק. לפיכך, אין טעם בפרסום ההודעה לפני שבית המשפט אישר את ההסתלקות. כמו כן, במקרים שבהם הטעם להסתלקות נובע מסיכוייה הנמוכים של הבקשה לאישור תובענה ייצוגית להצליח, אין טעם בפרסום הודעה ובאיתורו של מחליף. ההודעה נחוצה רק במקרים שבהם אין וודאות שאכן דינה של הבקשה לאישור תובענה ייצוגית להיכשל. במקרים אלה על בית המשפט לעשות שימוש בסמכות שניתנה לו בחוק ולפרסם הודעה בחיפוש אחר מחליף. כדי שהתקנה לא תעמוד בסתירה להוראות החוק, יש לפרשה כך שתותיר שיקול דעת לבית המשפט לא לפרסם הודעה במקרים שבהם ברור שהתובענה היתה תביעת סרק ביום שהוגשה הבקשה לאישור תובענה ייצוגית." (שם, שם).

27. ואכן, בשתי החלטות שניתנו באחרונה על ידי בתי המשפט המחוזיים, נקבע כי שיקול הדעת הנתון לבית המשפט לאשר הסתלקות מבקשה להכרה בתובענה כייצוגית אף ללא פרסום הודעה קיים גם לאחר התקנת תקנה 11(ב). ראו ת"צ (מרכז) 25204-02-10 יוסביץ נ' די. בי. אס. שירותי לוויין בע"מ (ניתן ב- 1.12.2010 על ידי כבוד השופטת מיכל נד"ב) (להלן: "עניין יוסביץ"); ת"צ (תל-אביב) 13675-03-09 מישורי נ' דקלה חברה לביטוח בע"מ (ניתן ב- 28.12.2010 ע"י כבוד השופטת ענת ברון) (להלן: "עניין מישורי").



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 24356-04-10 [redacted] נ' כלל בריאות חברה לביטוח בע"מ

28. אף דעתי, כדעת אלו שנתנו דעתם לסוגיה לפני, היא שאין לתת לתקנה 11(ב) פרשנות השוללת מבית המשפט את שיקול הדעת להורות על אישור הסתלקות בטרם אושרה התובענה כייצוגית מבלי לשלוח הודעה על הבקשה לגורמים המנויים בתקנה 11(ב). עמדתי זו נסמכת על שלושה אדנים :

א. **היחס בין חקיקה ראשית לבין חקיקת משנה** – פשיטא כי חקיקת משנה אינה יכולה לעמוד בסתירה לחקיקה ראשית, וכי מקום בו תקנות קובעות הסדר הנוגד את הוראות החוק המסמך דינן להתבטל. מכאן, שאם נפרש את תקנה 11(ב) כקובעת הסדר הסותר את הוראת סעיפים 16 ו-25 לחוק תובענות ייצוגיות, וזאת מבלי שתהיה לכך הסמכה בחוק גופו, הרי שדין התקנה להתבטל. מטעם זה, וככל שהדבר אפשרי מבחינת דיני הפרשנות, מן הראוי לעשות מאמץ פרשני לתת לתקנה 11(ב) פרשנות שאינה יוצרת התנגשות חזיתית בינה לבין הוראות החוק המסמך (לעקרון התשריר, ויישומו ביחס לחקיקת משנה, ראו פסקה 22 להחלטתי בת"צ 5731-08-07 **קיכל נ' בזק – החברה הישראלית לתקשורת** (ניתן ב- 7.3.2010)).

ב. **סעיף ההסמכה** – הסעיף מכוחו הותקנה תקנה 11(ב) הוא סעיף 25(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע כי השר רשאי **"לקבוע חובת מסירת הודעה המפורסמת לחברי הקבוצה לפי סעיף זה, דרך כלל או לסוגים של בקשות לאישור או של תובענות ייצוגיות, לגוף או לבעל תפקיד"**. סעיף זה אינו מסמך את השר לשנות את הנסיבות בהן יש למסור הודעה על הסתלקות לחברי הקבוצה, אלא רק מסמיכו לקבוע כי כאשר נמסרת הודעה כאמור לחברי הקבוצה היא תימסר במקביל גם לגופים או לבעלי תפקיד נוספים שהשר יפרט בתקנות. עמדה על כך כבוד השופטת מיכל נד"ב בעניין **יוסביץ** בהביעה את החשש כי **"נוכח הסעיף המסמך להתקנת תקנה 11(ב) בתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע – 2010 (סעיף 25(ג) בחוק) נראה לכאורה כי קיימת בעיתיות בתקנה"** (פסקה 7 לפסק הדין).

להשלמת התמונה יצוין כי סעיף ההסמכה הכללי שבחוק תובענות ייצוגיות, סעיף 31 לחוק, מסמך אומנם את שר המשפטים להתקין תקנות לביצוע החוק, אולם, ספק אם ניתן לראות בסמכות כללית זו של השר (שבעניינים שאינם בגדר סדרי דין טעונה אישור של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת) משום הסמכה לקבוע הוראות ביצוע המשנות באופן מהותי את הסדרי החוק עצמו.



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 24356-04-10 [REDACTED] כלל בריאות חברה לביטוח בע"מ

ג. **תכלית פרסום ההודעה** – הדרישה למסור הודעה לפי חוק תובענות ייצוגיות נועדה לשרת תכלית. התכלית של מסירת הודעה על הסתלקות היא לאפשר איתורו של מבקש או בא-כוח מייצג חלופי. ואולם, כפי שהובהר בסעיף 22 לעיל, לא בכל מקרה יש הצדקה עניינית להשקעת המשאבים הכרוכה בפעולת החיפוש, ולעיתים אף יש חשש כי הפרסום יביא להתארכות הליכי סרק, או, כמו בענייננו, להתמשכות הליכים לאחר שהפכו להליכי סרק. עמדה על כך השופטת ענת ברון בעניין **מישורי** בציינה כי:

"פרשנות תכליתית של סעיף זה מחייבת את המסקנה שלפיה מחוקק המשנה לא נתכוון להכביד על הצדדים, על היועץ המשפטי לממשלה ועל הרגולטורים מקום שברור כי אין בכך כל תועלת לקבוצה או לציבור בכללותו. כאשר עסקינן בבקשת אישור בלתי ראויה או כזו שאין סיכוי כי תאושר כייצוגית או תוכרע לטובת הקבוצה שבשמה הוגשה, פרסום דבר הגשתה של בקשת הסתלקות רק יגרום לטרחה, הוצאות מיותרות ולבזבז זמן יקר." (פסקה 3 לפסק הדין)

29. לאור כל זאת, מן הראוי לתת לתקנה 11(ב) פרשנות שאינה מביאה להתנגשות בינה לבין הוראות חוק תובענות ייצוגיות, והמתיישבת עם הוראת ההסמכה ועם תכלית ההסדר לעניין הסתלקות. הדרך לעשות כן היא לקרוא את תקנה 11(ב) כהוראה העוסקת בזהות הגורמים להם יש למסור הודעה על ההסתלקות (היועץ המשפטי לממשלה, מנהל בתי המשפט וכיו"ב), באותם מקרים הדבר נדרש על פי סעיפים 16(ד)(2) ו- 25(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות או כאשר בית המשפט מחליט שיש טעם בפרסום כאמור מכוח סמכותו לפי סעיפים 16(ד)(1) ו- 25(ב) לחוק. ומכלל ההן נלמד גם הלאה – אין לקרוא את הוראת תקנה 11(ב) כבאה לחדש לעניין המצבים בהם יש למסור הודעה על הסתלקות (הודעה אינה צריכה להינתן בכל מקרה, אלא רק אם ההסתלקות היא אחרי אישור התובענה כייצוגית או אם בית המשפט הורה על כך, כמתחייב מסעיף 16(ד) לחוק), וגם לא לעניין מועד מתן ההודעה (ההודעה אינה צריכה להינתן בעת הגשת הבקשה, אלא, לאחר אישור בקשת ההסתלקות, כפי שנקבע בסעיפים 16(ד) ו- 25(א)(2) לחוק).

30. הפרשנות האמורה לתקנה 11(ב) ניתנת לעיגון (אף אם בדוחק מסוים) גם בלשון התקנה, וזאת לאור העובדה שהתקנה מפנה במפורש להוראות סעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות, וקובעת כי פרסום יעשה לפיהן ("יורה בית המשפט על פרסום הודעה בדבר הגשת הבקשה לפי הוראות סעיף 25 לחוק"). כפי שהובהר לעיל, סעיף 25 לחוק מבחין בין בקשות הסתלקות מתובענה ייצוגית (לגביהן יש חובת פרסום) לבקשות הסתלקות בטרם אושרה התובענה כייצוגית (לגביהן יש שיקול דעת בעניין הפרסום). מכאן שגם בלשון תקנה 11(ב) יש עיגון המאפשר ליישם את הבחנת המחוקק, ולקבוע כי התקנה עוסקת בדרך הפרסום



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 24356-04-10 [REDACTED] כלל בריאות חברה לביטוח בע"מ

1 כאשר יש חובת פרסום לפי החוק (קרי, כאשר ההסתלקות התבקשה לאחר אישור התובענה
2 כייצוגית), או כשבית המשפט החליט לפרסם הודעה מכוח שיקול הדעת הקיים בידיו (קרי,
3 כשהבקשה הוגשה טרם אישור התובענה כייצוגית). בדרך זו יושב הסדר על כנו, וימנע
4 הצורך להטיל ספק בתוקפה של התקנה, בסמכות של מתקינה או בהגיונה.
5

סוף דבר

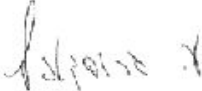
6
7
8 31. דינה של בקשת ההסתלקות שהוגשה בתיק זה להתקבל. לאור זאת תימחק הבקשה להכרה
9 בתובענה כתובענה ייצוגית, ותידחה התובענה.

10
11 32. הנתבעת תשלם בתוך 6 חודשים את ביצוע ההחזרים עליהם התחייבה במסגרת ההליכים
12 לפני, ותעביר ביום 30.7.2011 הודעה מעודכנת לבית המשפט בדבר ההחזרים שביצעה.
13

14 33. הנתבעת תישא בהוצאות התובעת ובאי כוחה בסכום כולל של 70,000 ₪ (למען הסר ספק
15 יובהר כי סכום זה כולל את רכיב המע"מ עליו סיכמו הצדדים).
16

17 המזכירות תעביר עותק של החלטה זו למנהל בתי המשפט על מנת שיעדכן את פנקס התובענות
18 הייצוגיות וכן ליועץ המשפטי לממשלה ולמנכ"ל משרד המשפטים.
19

20 ניתן היום, ט"ו טבת תשע"א, 22 דצמבר 2010, בהעדר הצדדים.
21
22


פרופ' עופר גרוסקופף,
שופט