

## בבית המשפט העליון

רע"א 3489/09

רע"א 3502/09

רע"א 3523/09

לפני :  
 כבוד השופט י' דנציגר  
 כבוד השופט ע' פוגלמן  
 כבוד השופטת ד' ברק-ארז

- |                            |                                       |
|----------------------------|---------------------------------------|
| 1. מגדל חברה לביטוח בע"מ   | : המבקשת <a href="#">רע"א 3523/09</a> |
| 2. כלל חברה לביטוח בע"מ    | : המבקשת <a href="#">רע"א 3523/09</a> |
| 3. הראל חברה לביטוח בע"מ   | : המבקשת <a href="#">רע"א 3502/09</a> |
| 4. הפניקס חברה לביטוח בע"מ | : המבקשת <a href="#">רע"א 3489/09</a> |
| 5. מנורה חברה לביטוח בע"מ  | : המבקשת <a href="#">רע"א 3523/09</a> |

### נגד

- |                                    |             |
|------------------------------------|-------------|
| 1. חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ | : המשיבים : |
| 2. אלי גרנות                       |             |
| 3. ארז יוסף                        |             |
| 4. יגאל גוריון                     |             |
| 5. רולנד פרידמן                    |             |

בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 3.2.2009 ב.ת.א. [1519/06](#) [פורסם בנבו] שניתנה על ידי כבוד השופטת צ' ברון

תאריך הישיבה : י' בשבט התשע"ג (21.1.2013)

בשם המבקשת [רע"א](#) : [3489/09](#)  
 עו"ד פנחס רובין ; עו"ד עדי אוסובסקי

בשם המבקשת [רע"א](#) : [3502/09](#)  
 עו"ד צבי אגמון ; עו"ד אורי שורק ; עו"ד דוד פרחיה

בשם המבקשת [רע"א](#) : [3523/09](#)  
 עו"ד ברק טל ; עו"ד עידו חיטמן

בשם המשיבים : עו"ד גד שילה ; עו"ד אליהו מאיר

: סע' 4(א)

[חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981: סע' 3, 16, 45\(א\)](#)  
[חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים \(ביטוח\), תשמ"א-1981: סע' 38, 39, 55, 108](#)  
[תקנות הפיקוח על עסקי ביטוח \(צורת הפוליסה ותנאיה\), תש"ם-1980: סע' 3](#)  
[חוק החוזים \(חלק כללי\), תשל"ג-1973: סע' 14, 15, 18, 19, 39](#)  
[חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006: סע' 3, 4, 8, 8\(א\), 8\(א1\), 27](#)  
[חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982: סע' 3, 4](#)  
[חוק ההתיישנות, תשי"ח-1958: סע' 6, 8](#)  
[פקודת הנזיקין \[נוסח חדש\]: סע' 89\(2\)](#)  
[חוק בתי המשפט \[נוסח משולב\], תשמ"ד-1984: סע' 41\(ב\)](#)  
[תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984: סע' 399, 411](#)  
[תקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע-2010: סע' 4\(ב\)](#)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק דמי מחלה, תשל"ו-1976: סע' 4\(א\)](#)  
[חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981: סע' 3, 16, 45\(א\)](#)  
[חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים \(ביטוח\), תשמ"א-1981: סע' 38, 39, 55, 108](#)  
[תקנות הפיקוח על עסקי ביטוח \(צורת הפוליסה ותנאיה\), תש"ם-1980: סע' 3](#)  
[חוק החוזים \(חלק כללי\), תשל"ג-1973: סע' 14, 15, 18, 19, 39, 15](#)  
[חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006: סע' 3, 4, 8, 8\(א\), 8\(א1\), 27](#)  
[חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982: סע' 3, 4](#)  
[חוק ההתיישנות, תשי"ח-1958: סע' 6, 8](#)  
[פקודת הנזיקין \[נוסח חדש\]: סע' 89\(2\)](#)  
[חוק בתי המשפט \[נוסח משולב\], תשמ"ד-1984: סע' 41\(ב\)](#)  
[תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984: סע' 399, 411](#)  
[תקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע-2010: סע' 4\(ב\)](#)

כתבי עת:

[שמואל בכר, "תוכן קונקרטי לדוקטרינות עמומות:", עיוני משפט, לג \(2010\) 277](#)

מיני-רציו:

\* דעת רוב: יש חשיבות להנחת תשתית לכאורית לעילות התביעה כבר בשלב האישור של התובענה הייצוגית; נוכח התשתית העובדתית הרעועה שאינה מאפשרת הכרעה בשאלות המשפטיות העומדות בלב בקשת האישור, ומאחר שלהתדיינות יש משמעויות כלכליות וציבוריות, הוחזר הדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית נשוא ההליך לבימ"ש קמא.

\* דיון אזרחי – תובענה ייצוגית – בקשה לאשר תובענה ייצוגית

\* דיון אזרחי – תובענה ייצוגית – תנאים לאישורה

\* דיון אזרחי – תובענה ייצוגית – שיקולי בית-המשפט

\* דיון אזרחי – תובענה ייצוגית – גילוי מסמכים

\* דיון אזרחי – גילוי מסמכים – בבקשה לאישור תביעה נגזרת

\* דיון אזרחי – רשות ערעור – מתי תינתן

עסקינן בבקשות רשות ערעור על החלטת בימ"ש המחוזי לאשר הגשת תובענה ייצוגית נגד המבקשות-חברות ביטוח, שעניינה פוליסות ביטוח אובדן כושר עבודה לפיהן אין כיסוי ביטוחי במידה והמקרה הביטוחי יתרחש 3 חודשים לפני תום תקופת הפליסה, כאשר המבקשות גובות פרמיות חודשיות גם בתקופה בה אין כיסוי ביטוחי. בימ"ש קמא קיבל את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית לאחר שהמשיבים ויתרו על חקירת המצהירים מטעם המבקשות ולאחר שדחה את בקשות המשיבים לגילוי ועיון במסמכים.

בית המשפט העליון (מפי השופטת ברק-ארז ובהסכמת השופט דנציגר בניגוד לדעתו החולקת של השופט פוגלמן) נתן רשות ערעור, קיבל את הערעור ופסק כי:

יש ליתן רשות ערעור במקרה זה, הן נוכח המשמעות הכלכלית הלא מבוטלת מהיבטן של המבקשות בהתחשב בכך שהנזק הנתבע מוערך בכ-47.51 מיליון שקל, הן מאחר שבירור התובענה הייצוגית צפוי להעלות שאלות משפטיות ועובדתיות מורכבות שתדרושנה מהצדדים לנהל הליך ארוך וראוי לבחון אם ניתן ליתר את קיומו, והן מאחר שטענות המבקשות כנגד עילות התובענה הן כבדות משקל.

בימ"ש עמד על החשיבות הנודעת לכלי התובענה הייצוגית ועל הסכנות הכרוכות בשימוש לא מושכל בו. נוכח הסכנות הטמונות בתובענה הייצוגית נקבעו מנגנונים לאישורה. המבקש לאשר תובענה כייצוגית חייב לשכנע את בימ"ש במידת הסבירות הראויה, ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד, כי הוא עומד בכל התנאים לאישור תובענה כייצוגית. על התובע הייצוגי להניח תשתית משפטית וראייתית התומכת לכאורה בתביעתו. במקרה הצורך, המבקש צריך לתמוך את טענותיו בתצהירים ובמסמכים; השאלה העובדתית שעומדת בבסיס התובענה דנן – האם המבקשות גבו תשלום בגין 3 חודשים ללא כיסוי ביטוחי – קריטית לביסוס עילות התביעה, אך היא לא נתבררה כל צורכה בבימ"ש קמא. הבהרת התשתית העובדתית חשובה על מנת לבחון את הבסיס לטענות המשפטיות שהעלו המשיבים.

בימ"ש ציין כי במישור העקרוני, הבחינה הלכאורית בשלב אישור התובענה הייצוגית אינה צריכה להציב מחסום גבוה בפני תובעים ייצוגיים, ויש להביא בחשבון את פערי המידע הקיימים בין הצדדים. עם זאת, אין משמעות הדברים שהנטל המוטל על התובעים הייצוגיים יהיה קל כנוצה. על התובע הייצוגי להרים נטל ראשוני, נטל שיש לתת לו משמעות, מבלי שיהיה כבד מנשוא, תוך שבימ"ש נותן דעתו לקושי היחסי העומד בפני התובע הייצוגי כאשר הוא נדרש להוכיח את תביעתו לכאורה. במקרה

זה על המשיבים היה לפעול באמצעים הדיוניים העומדים לרשותם על מנת להניח תשתית משפטית וראייתית התומכת לכאורה בתביעתם, אך הם לא עשו כן. במקרה חריג זה, כאשר התשתית העובדתית שהונחה רעועה ואינה מאפשרת הכרעה בשאלות המשפטיות העומדות בלב בקשת האישור, ובשים לב לכך שלהתדיינות בתובענה הייצוגית יש משמעויות כלכליות וציבוריות, פסק בימ"ש כי יש להחזיר את הדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית לבימ"ש קמא. בימ"ש ציין כי בהחלטה זו יש כדי לבטא את החשיבות הנודעת להנחת תשתית לכאורית לעילות התביעה כבר בשלב האישור של התובענה הייצוגית, דבר שלא נעשה בנסיבות העניין, נוכח הימנעות מחקירת המצהירים והימנעות מנקיטת הליך גילוי מסמכים. בימ"ש הורה כי על בימ"ש המחוזי לקבוע, לצורך הכרעה בשאלה אם יש מקום לנהל את התובענה כתובענה ייצוגית, האם התשלום במהלך 3 החודשים האחרונים של הפוליסה הוא תמורת שירות שהמבוטחים לא יהיו זכאים לקבל לעולם או שמא מדובר בפריסת תשלומים פרי חישוב אקטוארי, האם הפרו המבקשות את חובת הגילוי הנאות והאם חלה התיישנות.

## פסק-דין

### השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם חברות ביטוח רשאיות לגבות ממבוטחיהן תשלום פרמיה חודשי גם בחודשים שבהם, הלכה למעשה, תנאי הפוליסה אינם מעניקים כיסוי ביטוחי? באיזו מידה מושפעת התשובה לשאלה זו מאופן ניסוחה של הפוליסה ומאופן עריכתם של החישובים האקטואריים שעמדו ביסוד הפרמיות שנגבו? ויותר מכול – מהו הבסיס העובדתי שיש להניח בפני בית המשפט על מנת לאשר תובענה ייצוגית? שאלות אלו ושאלות נוספות הקשורות בהן עלו במסגרת בקשת רשות הערעור שבפנינו.

רקע עובדתי

2. המבקשות הן חמש חברות ביטוח (להלן: חברות הביטוח או המבקשות) שהציעו פוליסות ביטוח של אובדן כושר עבודה (להלן: הפוליסות). בפוליסות נכללו הוראות דומות, שבגינן הוגשה כנגד חברות הביטוח בקשה לאישור תובענה ייצוגית, הן ההוראות העומדות במוקד המחלוקת שבפנינו.

3. לפי הפוליסות, תשלומי הביטוח משתלמים למבוטח רק שלושה חודשים לאחר קרות האירוע הביטוחי, תקופה המכונה "תקופת המתנה". התניה זו, כשלעצמה, אינה שנויה במחלוקת, ותואמת במידה רבה את הוראותיו של [חוק דמי מחלה](#), התשל"ו-1976 ([סעיף 4\(א\)](#)). בנוסף, הפוליסות קובעות, ואף עניין זה אינו מעורר מחלוקת, שתקופת הביטוח מסתיימת ברגיל בגיל 65 (אלא אם כן המבוטח נפטר קודם לכן או

ביטל את פוליסת ביטוח החיים שאליה צורפה הפוליסה הרלוונטית), וכי חובת המבוטח לשלם פרמיה נמשכת עד תום תקופת הביטוח.

4. עניינה של הבקשה שבפנינו הוא בתוצאה המצטברת העולה מן ההוראות המתוארות לעיל ביחס לשלושת החודשים האחרונים לחיי הפוליסה. לגבי חודשים אלו ידוע מראש כי המבוטח לא יהיה זכאי למעשה לתמלוגי ביטוח אם יתרחש אירוע ביטוחי, כיוון שהפוליסה תפקע עוד בטרם תסתיים תקופת ההמתנה. חרף זאת, בהתאם למוסכם באשר לגבייה חודשית, חברות הביטוח הוסיפו לגבות פרמיות חודשיות גם במהלך חודשים אלה. המשיבים סבורים שגבייה זו אינה תקינה ומקנה להם עילות תביעה, כמפורט להלן.

5. המשיבים רכשו מחברות הביטוח פוליסות לכיסוי הסיכון של אובדן כושר עבודה והשלימו בינתיים את תשלומי הפרמיות מכוחן (כלומר, עד לתום תקופת הביטוחים בשנת חייהם ה-65). לטענתם, הפרמיות ששילמו בשלושת החודשים האחרונים לחיי הפוליסות נגבו שלא כדין, לנוכח העובדה שהמבקשות ידעו כי גם אם יתרחש אירוע ביטוחי בתקופה זו לא ישתלמו בגינו תשלומי ביטוח. בשל כך הגישו המשיבים לבית המשפט המחוזי בתל-אביב ([בש"א 9594/06](#), [פורסם בנבו] השופטת צ' ברון) בקשה לאישור הגשתה של תובענה ייצוגית, על בסיס מספר עילות, ובהן הפרתה של חובת הגילוי הנאות המוטלת על חברות הביטוח; הפרת חובה חקוקה; תנאי מקפח בחוזה אחיד; טעות והטעיה בכריתת החוזה; הפרת חוזה והפרת החובה לפעול בתום לב בקיומו; עשיית עושר ולא במשפט; וביטוח בגין סיכון ביטוחי לא קיים (לפי [סעיף 16 לחוק חוזה הביטוח](#), התשמ"א-1981 (להלן: [חוק חוזה ביטוח](#))).

6. חברות הביטוח התנגדו לאישורה של התובענה הייצוגית. בעיקרו של דבר, הן טענו שלא נהגו במבוטחים בחוסר הגינות, מאחר שסכום הפרמיות שנגבה מהם חושב תוך התחשבות בכך שבתקופת ההמתנה לא משתלמים למבוטחים תמלוגים גם בקרות אירוע ביטוחי. כעניין של נוחות, התשלומים נפרסים כמקרים רבים כתשלומים חודשיים, אך אין בכך כדי להעיד שנעשתה גביית יתר. כמו כן, חברות הביטוח העלו טענת התיישנות, בשים לב לכך שההטעיה הנטענת, ככל שהייתה, נעשתה כבר במועד כריתתו של חוזה הביטוח, מועד שאירע לפני שנים רבות, ככל שהדברים נוגעים לתובעים שיזמו את הגשת התובענה. טענת התיישנות דומה הועלתה גם ביחס לעילות האחרות שאף הן נוגעות לתוכנו של החוזה כפי שהיה כבר במועד ההתקשרות.

הבקשה לאישור התובענה הייצוגית וההליך בבית המשפט קמא

7. את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית תמכו המשיבים בארבעה תצהירים ובחוות-דעת מומחה (של אקטואר). בתצהירים אלה טענו המשיבים כי הם שילמו פרמיות בגין שלושת החודשים האחרונים של הפוליסות למרות שלא היו זכאים לתגמולים אילו התרחש אירוע ביטוחי בחודשים אלו. לטענתם, חברות הביטוח לא יידעו אותם באשר לגבית יתר זו. בחוות-דעת המומחה פורט מהו הנזק המשוער בגין גביית יתר זו, על יסוד חישובים שהתבססו על דו"חות המפקח על הביטוח, הפנסיה והחיסכון לשנים 2002-2004, שהם דו"חות הנמצאים בידיעת הציבור. מנגד, לשם תמיכה בתגובותיהן לבקשה לאשר את התובענה הייצוגית, הגישו חברות הביטוח תצהירים של אקטוארים המועסקים בהן. תצהירים אלה הציגו את העקרונות שעל-פיהם נערכים החישובים האקטואריים שביסוד גבית הפרמיות, ובכלל זה התייחסו לכך ששלושת החודשים הבלתי מכוסים מובאים בחשבון לצורך חישוב היקף הסיכון של חברות הביטוח (שממנו נגזר גובהן של הפרמיות). בתצהירים הוסבר, כי הפרמיות שנגבות בחודשים אלו אינן מהוות תשלום עבור הכיסוי הביטוחי במהלכם אלא מהוות פריסת תשלומים של הפרמיה בגין שנת הביטוח האחרונה כולה.

8. המשיבים הגישו בקשות לגילוי ועיון במסמכים, שבעזרתן ביקשו להתחקות אחר אופן עריכתם של החישובים האקטואריים ששימשו בסיס לגבייה בחברות הביטוח. בית המשפט קמא דחה בקשות אלה, מאחר שסבר שהחישובים האקטואריים של חברות הביטוח אינם רלוונטיים לשלב זה של ההליך. בית המשפט קמא הוסיף וקבע כי מאחר שהמסמכים שבקשות הגילוי התייחסו אליהם עשויים לסייע למשיבים לבסס את תביעתם כנגד חברות הביטוח, אין לשלול את האפשרות כי בשלב מאוחר יותר של ההליך, אם תאושר התובענה הייצוגית, יהיה מקום להורות על גילויים. לאחר מכן, הגיעו הצדדים להסדר דיוני במסגרתו הם ויתרו על חקירתם של המצהירים, והגישו סיכומים בבקשה לאישור הגשת התובענה הייצוגית.

פסק דינו של בית המשפט קמא

9. בית המשפט קמא אישר את התובענה הייצוגית. לשיטתו, חברות הביטוח לא הביאו עובדות ומסמכים שמהם עולה כיצד חושבו התשלומים שנגבו במהלך שלושת

החודשים האחרונים לחיי הפוליסה, ועל כן לא ניתן לקבוע בצורה חד-משמעית כי לא חייבו את מבוטחיהן גם בגין חודשים אלה שבהם לא הוענק עוד כיסוי ביטוחי.

10. לגופם של דברים, בית המשפט קמא קבע כי המבקשות הפרו את חובת הגילוי החלה עליהן מכוח דין. הוא הסביר כי חובת הגילוי המוטלת על חברות הביטוח כוללת בחובה גם את החובה לגילוי יזום של מגבלות וסייגים החלים על חברות של המבטח. בית המשפט קמא הצביע על כך שהמבקשות נמנעו מלהדגיש בפני המשיבים – הן בשלב המשא ומתן והן בפוליסת הביטוח עצמה – כי הם לא יהיו זכאים לקבל תמלוגים במקרה של אירוע ביטוחי שיחול בשלושת החודשים האחרונים של הפוליסה. לשיטתו של בית המשפט קמא, בכך חטאו חברות הביטוח בהפרתה של חובת הגילוי. בית המשפט קמא הוסיף וקבע בהקשר זה כי המבקשות נמנעו מלציין במפורש בפוליסת הביטוח את האפשרות הניתנת למבוטח לבטל את חוזה הביטוח בכל עת (ובכלל זה גם בשלושת החודשים הקודמים לתום תקופת הביטוח).

11. בנוסף להפרתה של חובת הגילוי קבע בית המשפט קמא כי יש בסיס לכאורה גם לעילות תביעה נוספות שלהן טענו המשיבים: הפרת חובה חקוקה (בהתייחס [לסעיפים 38 ו-39 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים \(ביטוח\)](#), התשמ"א-1981 (להלן: חוק הפיקוח)), המקנים לשר האוצר את הסמכות לקבוע בתקנות הוראות בדבר תנאי הביטוח וצורת הפוליסה, ו**[לתקנות הפיקוח על עסקי ביטוח \(צורת הפוליסה ותנאיה\)](#)**, תש"ם-1980 (להלן: תקנות צורת הפוליסה), שהותקנו מכוח סעיפים אלו); הטעייה לפי **[סעיף 55 לחוק הפיקוח](#)** (שמקנה עילת תביעה בנזיקין לפי **[סעיף 108 לחוק](#)** זה); הפרת הסכם והטעייה לפי דיני החוזים; הפרת החובה לנהוג בתום-לב לפי **[סעיף 39 לחוק החוזים](#)** (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים); תנאי מקפח בחוזה אחיד; ועשיית עושר ולא במשפט.

12. בית המשפט קמא דחה את טענת ההתיישנות שהעלו חברות הביטוח ואשר התבססה על כך שהחוזים עם המבקשים נחתמו לפני שנים רבות. דחייתה של טענה זו התבססה על כך שהתובענה הושתתה גם על עילות נזיקיות: הטעייה והפרת חובה חקוקה. הנזק בגין עילות אלו, כך קבע בית המשפט קמא, נוצר שלושה חודשים לפני תום הפוליסה, בעת שנגבו תשלומי הפרמיה, ולא בעת שנרכשה הפוליסה עצמה. על כן, לשיטתו, ככל שתקופת ההתיישנות נמנית ממועד הגביה (ולא ממועד עשיית הפוליסה), הרי שהיא טרם חלפה.

בקשת רשות הערעור שבפנינו

13. חברות הביטוח הנתבעות הגישו שלוש בקשות רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט קמא: [רע"א 9523/09](#) [פורסם בנבו] הוגשה מטעם מגדל חברה לביטוח בע"מ, כלל חברה לביטוח בע"מ ומנורה מבטחים ביטוח בע"מ; [רע"א 3489/09](#) הוגשה מטעם הפניקס חברה לביטוח בע"מ; ורע"א [3502/09](#) [פורסם בנבו] הוגשה מטעם הראל חברה לביטוח בע"מ.

טענותיהן של המבקשות

14. חברות הביטוח טוענות כי בית המשפט קמא שגה בכך שאישר את הגשת התובענה הייצוגית, קודם כול, מאחר שהיא אינה מגלה עילת תביעה.

15. במישור העקרוני, טוענות חברות הביטוח בפנינו כי תשלום הפרמיות מבוסס על תחשיב אקטוארי שהביא בחשבון גם את תקופת ההמתנה, ובכלל זה את שלושת החודשים האחרונים בחיי הפוליסה, שבהם לא משולמים למבוטח תמלוגים בשל קרות אירוע ביטוחי. לטענתן, תשלום הפרמיות נעשה אמנם במתכונת חודשית, אך זאת על מנת להקל על המבוטחים; אין בכך כדי להעיד שמדובר בביטוח המתחדש מדי חודש בחודשו, להבדיל מביטוח המבוסס על תחשיב כולל. לשיטתן של חברות הביטוח, גם אם הן לא היו גובות תשלומים במהלך שלושת החודשים האחרונים לחיי הפוליסה, הסך הכולל של תשלומי הפרמיות היה נותר זהה. חברות הביטוח הוסיפו וטענו בהקשר זה כי יש לראות את תקופת ההמתנה, ובכלל זה גם את שלושת החודשים האחרונים של הפוליסה, כסוג של "השתתפות עצמית" של המבוטחים, שהיא מתכונת מקובלת לחלוקת סיכונים בין המבטח למבוטח.

16. במישור הדיוני, טוענות חברות הביטוח כי הן הוכיחו את אופן התשלום ואת דרך חישובו באמצעות תצהירים שהגישו מטעם אנשי מקצוע בתחום הביטוח (בין היתר באמצעות אקטוארים), בעוד המשיבים ויתרו על חקירת המצהירים מטעמן.

17. חברות הביטוח סבורות שבית המשפט קמא שגה בקובעו שהן הטעו את המשיבים במסגרת הפוליסות. לטענתן, תקופת ההמתנה צוינה בפוליסות במפורש, כמו גם העובדה שבתום תקופת הפוליסה יחדלו המבקשות לשלם למבוטחיהן את תגמולי



הביטוח. לשיטתן, מתנאים אלו עולה בבירור כי אם יתרחש האירוע הביטוחי שלושה חודשים טרם תום תקופת הפוליסה, המבוטח לא יהיה זכאי לתשלום תמלוגי ביטוח. בנוגע לאפשרות של ביטול פוליסת הביטוח טוענות חברות הביטוח כי מדובר בזכות קוגנטית המוגנת בחוק, ולפיכך אין חובה להכלילה מפורשות בתנאי הפוליסה. זאת ועוד: לשיטתן, ביטולה של הפוליסה שלושה חודשים לפני תום תקופת הביטוח, לו נעשה, היה צריך להיחשב שימוש לרעה בזכות הביטול, מאחר שהיה בו כדי לסכל את תחשיבהן של חברות הביטוח, והוא היה גורם להתעשרות שלא כדין של המבוטחים.

18. נוסף על כך, חברות הביטוח סבורות, כי ככל שעילת התביעה היא הטעיה הרי שהיה על המשיבים להראות כי לא היו מתקשרים בהסכם הביטוח אלמלא אותה הטעיה. לשיטתן, תשלום פרמיה במשך שלושה חודשים נוספים הוא בטל בשישים אל מול תקופת הביטוח כולה, וקשה להניח שהיה מונע מהמשיבים להתקשר בפוליסת הביטוח.

19. חברות הביטוח טוענות עוד כי בית המשפט קמא טעה גם בכך שלא דחה את התובענה על הסף מחמת התיישנות. עילות התביעה מכוחן הוגשה התובענה התגבשו לכל המאוחר במועד חתימה על הפוליסה. גם הנזק שנגרם לכאורה למשיבים טמון, לשיטתן, בעצם ההתקשרות בחוזה, ולפיכך הוא התגבש במועד כריתתו. גביית הפרמיות בפועל אינה נחשבת כמועד בו נוצר הנזק.

20. חברות הביטוח הדגישו את החשיבות הנודעת לבדיקה דקדקנית של עילות התביעה במסגרת ההליך של אישור תובענה ייצוגית, לנוכח ההשלכות הקשות הנלוות ברגיל לניהולה של תובענה ייצוגית, ולכן ביקשו שלא לדחות את בירור השאלות המשפטיות שהעלו להמשך.

טענותיהם של המשיבים

21. המשיבים טענו, בפתח הדברים, כי אין לתת למבקשות רשות ערעור במקרה שבפנינו. לשיטתם, [חוק תובענות ייצוגיות](#), התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות) קובע מפורשות כי לא ניתן להגיש ערעור על החלטה לאישורה של תובענה ייצוגית אלא ברשות, ועל כן, יש להיענות לבקשות כאלה אך במשורה. בנסיבות העניין, כך הם טוענים, לא ייגרם למבקשות נזק רב אם תתברר התובענה לגופה, וההכרעה בשאלות שהועלו בפנינו תיעשה בשלב שבו נפרשות כל הראיות מטעם הצדדים.

22. עוד טוענים המשיבים, כי חברות הביטוח לא הוכיחו באמצעות מסמכים כי התחשיב האקטוארי שערכו הביא בחשבון את העדר הכיסוי הביטוחי בתקופת שלושת החודשים האחרונים לחיי הפוליסות. בכך נמנעו חברות הביטוח, כך נטען, מהצגת הראייה המרכזית והמהותית ביותר בתיק – אופן קביעתן של הפרמיות החודשיות בפוליסות הנדונות. בהקשר זה מפנים המשיבים לבקשה שהגישו לבית המשפט קמא למתן צו גילוי ועיון ביחס למסמכים האקטואריים המתארים את אופן חישוב הפרמיות בפוליסות הנדונות, ולהתנגדותן של חברות הביטוח לחשיפת מסמכים אלו.

23. המשיבים סבורים כי השאלות העובדתיות המורכבות הכרוכות באופן חישובן של הפרמיות, שמענה עליהן נדרש לבירור מעמיק הכולל שאלונים, גילוי מסמכים וחקירות, צריכות להתברר במסגרת ההליך העיקרי ולא בשלב שבו נדון אישורה של התובענה הייצוגית. לטענתם, על מנת לאשר את התובענה כייצוגית היה עליהם להראות כי עומדת להם עילת תביעה ברמה הלכאורית בלבד, ובכך הם עמדו.

24. לגופו של עניין המשיבים מצביעים על אינדיקציות שונות בפוליסות הביטוח המעידות לשיטתם על כך שמדובר בביטוח חודשי, להבדיל משנתי. התשלום לחברת הביטוח הוא חודשי ובהתאמה גם הפיצוי משתלם על בסיס חודשי. בנוסף, בעת קרות האירוע הביטוחי המבוטח משוחרר מהתחייבותו לתשלום פרמיה חודשית – הוראה המעידה אף היא על כך שהפרמיה היא חודשית ולא שנתי.

25. המשיבים הדגישו את אופיו החודשי המתחדש של החוזה גם בהפניה [לסעיף 45\(א\) לחוק חוזה ביטוח](#), המורה כי המבוטח רשאי בכל עת לבטל את חוזה הביטוח בהודעה בכתב. אם כן, טוענים המשיבים, ממילא הם היו רשאים לבטל את חוזה הביטוח שלושה חודשים טרם פקיעתו, ואם היו עושים כן לא היו מחויבים בתשלום נוסף.

מתן רשות ערעור

26. לאחר שעיינתי בבקשות ובתגובות מטעם הצדדים הגעתי לכלל מסקנה כי יש לדון בבקשות כאילו ניתנה לגביהן רשות ערעור והערעור הוגש. [ברע"א 8761/09](#) סלקום ישראל בע"מ נ' פתאל [פורסם בבנו] (6.5.2010) פורטו השיקולים שיש לבחון לצורך מתן רשות ערעור על החלטה המאשרת הגשת תובענה ייצוגית. החלטתם של

שיקולים אלה על המקרה שבפנינו מובילה למסקנה כי יש להיעתר לבקשה. ראשית, להחלטה על אישור הגשתה של התובענה הייצוגית יש משמעות כלכלית לא מבוטלת מהיבטן של חברות הביטוח, בהתחשב בכך שהנזק הנתבע מוערך על ידי המשיבים בכ- 47.51 מיליון שקל. שנית, בירור התובענה הייצוגית צפוי להעלות במקרה זה שאלות משפטיות ועובדתיות מורכבות, שתדרושנה מהצדדים לנהל הליך ארוך. ראוי אפוא לבחון אם ניתן לייתר את קיומו של הליך כזה. שלישית, וכפי שנראה להלן, הטענות של חברות הביטוח כנגד עילות התובענה הן טענות כבדות משקל.

#### מסגרת הדיון בין הצדדים

27. הערעור שבפנינו מעלה מסכת עשירה של שאלות – הן שאלות עובדתיות והן שאלות הנוגעות למשפט המהותי החל על עסקת הביטוח. בנוסף לכך, בפתח הדברים, הוא מעלה שאלות הנוגעות לעקרונות החלים על שלב אישורה של התובענה הייצוגית.

28. המישור הדיוני – השאלה הבסיסית שמתעוררת במקרה שבפנינו נוגעת לנטלים שבהם צריך לשאת מי שמבקש לאשר הגשתה של תובענה ייצוגית: האם המשיבים עמדו בהם בנסיבות העניין? שאלה זו מחייבת התייחסות לשני מישורים השלובים זה בזה: מישור עובדתי ומישור משפטי.

29. המישור העובדתי – ביסוד המחלוקת בין הצדדים שבפנינו מונחת שאלה עובדתית: האם הפרמיות שנגבו על-ידי חברות הביטוח במהלך שלושת החודשים האחרונים של הפוליסה אכן נגבו בגין חודשים אלו. למעשה, ביסוד הבקשה לאישור התובענה הייצוגית הונחה תפיסת הצדק הבסיסית הגורסת כי אין לשלם עבור מה שלא סופק כלל. אולם, אם התחשיב האקטוארי התבסס על כך שבשלושת החודשים האחרונים של תקופת הפוליסה לא ישולמו תמלוגים, כך שהתשלומים ששולמו בתקופה זו בהם לא היו בגין מה שלא סופק, אלא בגין הכיסוי הביטוחי שניתן בחודשים הקודמים של השנה (במתכונת שאך אפשרה פריסה של התשלומים על פני שנים-עשר חודשים) נשמטת לכאורה, במידה רבה, ההצדקה העיקרית להליך. ההכרעה העובדתית במקרה כזה היא אפוא קריטית, כפי שיוסבר להלן, ומשליכה על הבסיס המשפטי שעליו מושתתת התובענה.

30. המישור המשפטי – בבסיס הטיעון המשפטי של המשיבים עומדת ההנחה העובדתית כי חברות הביטוח גבו פרמיות בגין שלושת החודשים האחרונים לפוליסה

מבלי לתת תמורה בעדן. גביית יתר זו, כך נטען, מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד, עשיית עושר ולא במשפט, פגם בכריתת חוזה (בשל טעות או הטעיה, בהתחשב בכך שגביית יתר זו לא הוצגה בפני המבוטחים), הפרה של חובת תום הלב בקיום חוזה, וכך הפרה של [סעיף 16 לחוק חוזה הביטוח](#). אופן עריכתו של התחשיב האקטוארי שעל-פיו נגבו הפרמיות הוא קריטי לביסוסן של עילות תביעה אלה. העילה של העדר גילוי נאות מבוססת על ההנחה שהעדר הגילוי הוביל לגבייה ביתר; העילה של תנאי מקפח מבוססת על ההנחה שגבייה ביתר מהווה תנאי מקפח; העילה של עשיית עושר ולא במשפט מבוססת על ההנחה שחברות הביטוח גבו פרמיות בניגוד לדין, תוך התעשרות על חשבונם של המבוטחים; והעילה של פגם בכריתת חוזה מבוססת על ההנחה שחברות הביטוח הטעו את מבוטחיהן משלא חשפו בפניהם כי הן גובות פרמיות ביתר. להלן נציג את השאלות שמעוררות העילות הנטענות ביתר פירוט.

31. גילוי נאות – האם המבקשות עמדו בחובת הגילוי שהן חבות כלפי המבוטחים? הפוליסה מציינת מפורשות הן את תקופת ההמתנה והן את תום תקופת הפוליסה, שלאחריה לא ישתלמו למבוטחים תגמולים. קריאת שני תנאים אלו במאוחד מאפשרת להסיק כי בגין אירוע ביטוחי שיתרחש בשלושת החודשים האחרונים של הפוליסה לא ישתלמו למבוטחים תגמולים כלל. האם די בכך או שמא המבקשות היו צריכות להתריע באופן מפורש על כך שבשלושת החודשים האחרונים בפוליסה לא ישולמו למבוטחים תגמולים? השאלה היא, במלים אחרות, לא אם מוטלת על חברות הביטוח חובת גילוי, אלא מה היקפה של חובת גילוי זו.

32. רגולציה של חובות הבלטה בחוזה ביטוח – כפי שצוין, שאלת הגילוי נדונה במקרה זה לא רק על-פי נורמות כלליות של הגינות, אלא גם על-פי תקנות צורת הפוליסה שכוללות הסדרה של המתכונת הצורנית של פוליסות ביטוח, ובכלל זה של העניינים שיש להבליט בהן. יש לבחון אפוא האם חברות הביטוח הפרו חובות ספציפיות שהוטלו עליהן מכוח תקנות אלה.

33. פגם בכריתת חוזה – האם נפל פגם של טעות או הטעיה בכריתת החוזה שמכוחו רשאים המשיבים לבטל את פוליסת הביטוח עליה חתמו (בהתאם לאמור בסעיפים [14, 15](#) ו-[19 לחוק החוזים](#))? שאלה זו משיקה, למעשה, לשאלת הגילוי הנאות.

34. תנאי מקפח בחוזה אחיד – על-מנת לבחון האם קמה למשיבים עילת תביעה מכוח [חוק החוזים האחידים](#), תשמ"ג-1982 (להלן: חוק החוזים האחידים) יש לבחון האם ההוראות בפוליסה יוצרות תנאי מקפח בחוזה אחיד כהגדרתו [בסעיף 3](#) לחוק החוזים האחידים.

35. העדר סיכון ביטוחי – בהקשר זה, השאלה היא האם העדרו של כיסוי בשלושת החודשים הסמוכים לקרות מקרה הביטוח משמעו שחוזה הביטוח היה לא תקף בשלושת החודשים האחרונים של תקופת הביטוח, מאחר שחל על סיכון לא קיים כמובנו [בסעיף 16 לחוק חוזה ביטוח](#).

36. עילות נלוות – כפי שצוין בפתח הדברים, המשיבים ביקשו לבסס את תביעותיהם גם על דיני עשיית עושר ולא במשפט ועל חובת תום הלב. בעיקרו של דבר, אלה הן עילות שנלוות לאלה שכבר נזכרו לעיל. כך למשל, ככל שהגבייה נעשתה מכוח תנאי מקפח חסר תוקף, קמה לכאורה החובה להשיב את הגבייה שנעשתה ביתר מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

37. התיישנות – שאלה אחרונה, אך לא אחרונה בסדר חשיבות, היא האם עילות התביעה של המשיבים התיישנו. כדי לענות על שאלה זו יש להידרש למועד שבו קמו למשיבים עילות התביעה, תוך הבחנה, על-פי הצורך, ביניהן. גדר ההתלבטות הוא, בעיקרו של דבר, האם עילות התביעה קמו בעת החתימה על פוליסת הביטוח או בעת שנגבו הפרמיות בגין שלושת החודשים האחרונים לחיי הפוליסה? נוסף על כך יש לבחון האם חלים ההסדרים [בחוק ההתיישנות \(סעיף 8 לחוק\)](#) או [בפקודת הנזיקין](#) [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין) ([סעיף 289\(2\)](#) לפקודה), שענינם דחיית מועד תחילתו של מרוץ ההתיישנות.

38. נידרש כעת לליבון בחינתן של שאלות אלה אחת לאחת – הן לגופן והן בהתייחס לשלב הדיוני שבו הן צריכות להתברר לפרטיהן.

התנאים לאישור תובענה כייצוגית

39. בית משפט זה עמד פעמים רבות על החשיבות הנודעת לכלי התובענה הייצוגית, מחד גיסא, כמו גם על הסכנות הכרוכות בשימוש לא מושכל בו, מאידך גיסא ([רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט\(5\) 774, 783-786 \(1996\)](#)) (להלן: עניין

טצת); [ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא \(2\) 312](#) (1997) (להלן: עניין מגן וקשת); [רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה \(5\) 276](#), 289-290, 327-326 (2001) (להלן: עניין רייכרט)). התובענה הייצוגית היא כלי יעיל לפיקוח על גופים כלכליים גדולים; היא מאפשרת להושיט סעד כלכלי לקבוצת אנשים שזקוקו של כל אחד מהם הוא קטן ולכן אינו מצדיק לכאורה הגשתה של תביעה עצמאית. עם זאת, טמונה בה גם סכנה של הגשת תובענות סרק שמטרתן הפעלת לחץ על הנתבע להגיע לפשרה. זאת ועוד: אישור התובענה כייצוגית, כשלעצמו, חושף במקרים רבים את הגוף הנתבע לנזק כלכלי ולפגיעה במוניטין. הוא מחייב את הנתבע לפתוח במערכה משפטית, מקצועית ותדמיתית על-מנת להתגונן בפני התובענה. יש לו השפעה (לעיתים משמעותית) על הדו"חות הכספיים של הנתבע. אישור התובענה עלול לדחוק את הנתבע להגיע לפשרה ובלבד שלא יצטרך לשאת בעלויות ניהולו של ההליך.

40. הסכנות הטמונות בתובענה הייצוגית הולידו את הצורך לקבוע מנגנונים לאישורה. מנגנונים אלו, המוסדרים [בסעיפים 3, 4 ו-8 לחוק תובענות ייצוגיות](#), מבוססים על בחינת השאלות הבאות: האם למבקש עילת תביעה אישית באחד מן העניינים הכלולים בתוספת השנייה לחוק, או בהוראת חוק מפורשת אחרת? האם התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה? האם קיימת אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות תוכרענה בתובענה לטובת הקבוצה? האם תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין? האם קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג ויגוהל בדרך הולמת ובתום לב?

41. מטרתו של שלב מקדמי זה היא למנוע אישורן של תובענות סרק, וזאת מבלי להרתיע תובעים מהגשת תובענות ייצוגיות צודקות. בפסיקתו של בית משפט זה נקבע כי מי שמבקש לאשר תובענה כייצוגית חייב לשכנע את בית המשפט במידת הסבירות הראויה – ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד – כי הוא עומד בכל התנאים לאישור תובענה כייצוגית, ובכלל זה בדרישה לקיום עילת תביעה אישית (ראו: עניין מגן וקשת, בעמ' 330-326; עניין רייכרט, בעמ' 291-293; [ע"א 1509/04 דנוש נ' Chrysler corporation](#) [פורסם בנבו] (22.11.2007), פסקאות 12-14; [ע"א 458/06 שטנדל נ' חברת בזק בינלאומי בע"מ](#) [פורסם בנבו] (6.5.2009)). המבחנים לאישורה של תובענה ייצוגית הם מחמירים מאלה שעל-פיהם נבחנת בקשה לסילוק על הסף של תביעה רגילה. על התובע הייצוגי להניח בפני בית המשפט תשתית משפטית וראייתית התומכת לכאורה

בתביעתו. בשונה מן התובע בתביעה רגילה, המבקש לאשר תובענה כייצוגית אינו יכול להסתפק בעובדות הנטענות בכתב התביעה, אלא מוטלת עליו החובה להוכיחן באופן לכאורי. במקרה הצורך, המבקש צריך לתמוך את טענותיו בתצהירים ובמסמכים הרלוונטיים. בית המשפט שדן בבקשה נדרש להיכנס לעובי הקורה, ולבחון היטב – משפטית ועובדתית – האם מתקיימים התנאים לאישור התובענה כייצוגית (עניין מגן וקשת, בעמ' 328; עניין רייכרט, בעמ' 291-292). מבחנים אלה לא נקבעו בעלמא, אלא נועדו להביא לשימוש מושכל בכלי התובענה הייצוגית, לנוכח השפעתו המכרעת על הנתבעים ועל התנהלותם העסקית, כמוסבר לעיל.

42. אמות המידה לאישור התובענה הייצוגית הן חשובות ורלוונטיות לדיון גם במקרה שלפנינו. כפי שצוין בפתח הדברים, השאלה העובדתית שעומדת בבסיס התובענה – האם חברות הביטוח גבו תשלום בגין שלושה חודשים ללא כיסוי ביטוחי – היא קריטית לביסוסן של עילות התביעה. דא עקא, שאלה זו לא נתבררה כל צורכה בפני בית המשפט קמא. המשיבים תמכו את הבקשה שהגישו בתצהירים ובחוות-דעת מומחה. ואולם, מדובר בתצהירים דלים, של מי שאינם מומחים בתחום הביטוח, ושאינן בהם כל תשתית עובדתית לדיון בשאלה האם חברות הביטוח גבו פרמיות בגין תקופה שבה לא היה ביטוח למעשה. גם בחוות הדעת שהגישו אין התייחסות לשאלה האם נגבו תשלומים בגין הסיכון הלא קיים בשלושת החודשים האחרונים לחיי הפוליסה, חודשים שבהם אין כיסוי ביטוחי, או שמא התשלומים שנגבו בתקופה זו היו בגדר "פריסה" של סכום הפרמיה שנקבע להם על בסיס של חישוב שנתי.

43. מנגד, גם התצהירים שהוגשו מטעמן של חברות הביטוח לא היו תצהירים מקיפים ומלאים, ולא ניתן בהם מענה מלא לטענותם של המשיבים. בתצהירים אלו הסתפקו חברות הביטוח בהסבר תיאורטי בדבר העקרונות החלים על חישוב הפרמיות על-ידיהן, ולא חשפו את החישובים האקטואריים שנערכו לשם קביעת תשלומי הפרמיה בפוליסות הנדונות. ההסבר התיאורטי שניתן על-ידי המצהירים מטעם חברות הביטוח אינו מספק, ובפועל הותיר שאלות פתוחות באשר לאופן חישובן של הפרמיות. אכן, בתצהירים הוסבר כי העובדה שלא משולמים תמלוגי ביטוח בגין נזק שנגרם בתקופת ההמתנה נלקחה בחשבון, אולם לא הובהר כיצד בדיוק מובאת עובדה זו בחשבון באופן שמונע גביית פרמיה בגין שלושת החודשים האחרונים בפוליסה, ולאמיתו של דבר אף לא נאמר בהם מפורשות כי גבייה כזו לא נעשתה. למעשה, בתצהירים ניתנו כמה הסברים לאופן חישוב הפרמיה ולהצדקתו של חישוב זה. כך, הוסבר כי גובה הנזק

הנוגע לפוליסת ביטוח אובדן כושר עבודה חושב בהתאם למספר החודשים שנותרו עד תום תקופת הביטוח (ברגיל, גיל 65) בניכוי שלושת חודשי ההמתנה. עוד הוסבר כי תקופה זו מהווה מעין "השתתפות עצמית" של המבוטח. אולם, הסברים אלו לא כללו התייחסות ישירה לטענת המשיבים לפיה חברות הביטוח גבו פרמיות בגין שלושת החודשים האחרונים של הפוליסה. הסברים אלו אף שרויים במתח מסוים עם טענתן של חברות הביטוח באשר לאופן חישוב הפרמיות – הגדרתה של תקופת ההמתנה כהשתתפות עצמית מבליעה את ההנחה שהמבוטחים אכן משלמים הלכה למעשה פרמיות בגין חודשים אלה ושיש לראות פרמיות אלו כהשתתפות עצמית. על כן, היא אינה מתיישבת לכאורה עם הטענה כי חודשי ההשתתפות העצמית נוכחו במסגרת הכנת התחשיבים האקטואריים.

44. שאלות אלו לא התבררו די צרכן בבית המשפט קמא. חקירתם של המצהירים מטעם חברות הביטוח הייתה יכולה לתת להן מענה (גם אם חלקי) ולשפוך אור על אופן חישוב הפרמיות. דא עקא, המשיבים נמנעו מחקירתם של המצהירים (במסגרת הסדר דיוני אשר קיבל את אישורו של בית המשפט קמא). המשיבים חתרו להוכיח את טענותיהם באמצעות חשיפת המסמכים האקטואריים של חברות הביטוח עצמן ולכן הגישו בקשה לגילוי מסמכים. אולם, חברות הביטוח התנגדו לבקשה ובית המשפט קמא קיבל את התנגדותן זו. בהחלטתו מיום 17.6.2007 דחה בית המשפט קמא את הבקשה שהגישו המשיבים לגילוי מסמכים, בקובעו כי החישובים האקטואריים לא רלוונטיים לשלב אישורה של התובענה הייצוגית. בעניין זה טעה בית המשפט קמא. פסיקתו של בית משפט זה עמדה זה מכבר על חשיבותו של הליך גילוי מסמכים בהקשרן של בקשות לאישור תובענה כייצוגית (ראו: עניין טצת, בעמ' 787; [ע"א 10052/02](#) יפעת נ' דלק מוטורס [פורסם בבנו] (3.6.2003)). הליך אישורה של תובענה ייצוגית שונה מהליכי ביניים אחרים, והשפעתו עשויה להיות קריטית מבחינתם של הצדדים להליך. בשל ההשלכות הנודעות להליך זה ראוי כי הדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית יהיה מעמיק, תוך בחינה ראויה – עובדתית ומשפטית – של תנאי הסף הנדרשים על-מנת לאשר את התובענה כייצוגית. במקרים רבים עיון וגילוי מסמכים הם הכרחיים על-מנת להכריע בשאלות אלו. המקרה שבפנינו ממחיש את החשיבות הנודעת להליך של גילוי מסמכים במסגרת בקשה לאישור תובענה ייצוגית. גילוי המסמכים האקטואריים ששימשו בסיס לחישוב הפרמיות שנגבו בפוליסות הנדונות יכול לתת מענה מלא ומדויק (למצער ברמת ההוכחה הנדרשת בשלב אישורה של התובענה הייצוגית) לשאלה האם חברות הביטוח אכן גבו תשלום בגין שלושת



חודשי ההמתנה האחרונים, שהיא השאלה העובדתית המרכזית העומדת בבסיסה של התובענה הייצוגית. לפיכך, יש לגילוי המסמכים חשיבות קריטית בבחינת התקיימותם של הנאי הסף לאישור התובענה כייצוגית.

45. מטענותיהן של חברות הביטוח בפנינו ניתן היה להבין שהתנגדותן לגילוי המסמכים הושתתה על הטענה לפיה המסמכים הכוללים את החישובים האקטואריים כוללים סודות מסחריים. אולם, טענה זו לא התבררה כלל בבית המשפט קמא, שביסס את החלטתו על הקביעה שגילויים כלל אינו נחוץ בשלב האישור של התובענה הייצוגית.

46. העולה מן המקובץ הוא ששאלות עובדתיות חשובות מן המעלה הראשונה להנחת תשתית ראשונית לתובענה הייצוגית לא התבררו די צורכן. בנסיבות אלה, אני סבורה כי אין מוצא מהחזרת הדיון בבקשה לאישור התובענה הייצוגית לבית המשפט קמא. במסגרת זו ניתן יהיה להשלים את התשתית העובדתית לדיון – בין על דרך חקירת המצהירים ובין על דרך גילוי מסמכים (לאחר שיתבררו הטענות בעניין זה).

עילות התביעה לכאורה והשאלות שהן העלו

47. כאמור לעיל, הבהרת התשתית העובדתית חשובה במקרה זה על מנת לבחון את הבסיס לטענות המשפטיות שהעלו המשיבים. נעמוד אפוא בקצרה על עילות התביעה שעליהן התבססה הבקשה לאישור התובענה הייצוגית ועל המשמעות הנודעת לביורר העובדתי בהקשר להן.

חובת הגילוי הנאות וחובות ההבלטה של תניות מסוימות

48. על חוזה הביטוח חלים הן העקרונות הכלליים של דיני החוזים והן כללים מיוחדים של דיני הביטוח. ככלל, שתי מערכות דינים אלו גם יחד מטילות על המבטח חובות מוגברות של אמון, תום-לב וגילוי. בשל אופיו המיוחד של חוזה הביטוח, כחוזה שנעשה בין צד "חזק" ומיומן, שהוא "שחקן חוזר", לצד שהוא, על-פי רוב, חלש יותר ובלתי-מיומן, חלה על המבטח חובת גילוי מוגברת. חובות אלה זכו לעיגון ספציפי [בסעיף 55](#) לחוק הפיקוח, [בסעיף 3](#) לחוק חוזה ביטוח ובתקנה [3](#) לתקנות צורת הפוליסה שהותקנו מכוח [סעיפים 38-39](#) לחוק הפיקוח. חובת הגילוי המוגברת שבה חבות חברות הביטוח זכתה להכרה נרחבת בפסיקתו של בית משפט זה, ובכלל זה

הוכרה חובת הגילוי האקטיבית של חברות הביטוח בכל הנוגע לסייגים והגבלות החלים על אחריותן בקרות אירוע ביטוחי (ראו: [ע"א 4819/92 אליהו חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' ישר, פ"ד מט\(2\) 749 \(1995\)](#); [ע"א 11081/02](#) דולב חברה לביטוח בע"מ נ' סיגלית קדוש [פורסם בנבו] (25.6.2007), פסקאות 47-58 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה; [רע"א 4897/07](#) הראל חברה לביטוח בע"מ נ' צבי בן עדי (9.3.2008), [פורסם בנבו] בפסקה י"ב).

49. האם חברות הביטוח הפרו את חובת הגילוי שחלה עליהן בנסיבות העניין? שאלה זו היא שאלה מעורבת של חוק ועובדה. ההכרעה בה מחייבת לבחון קודם כול את התשתית העובדתית הלכאורית שבבסיס הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. ככל שיעלה מהמסמכים האקטואריים שגילויים התבקש כי חברות הביטוח גבו לכאורה פרמיות בגין שלושת החודשים האחרונים של הפוליסה, ללא מתן שירות בצד גבייה זו, תהיה לכך השלכה ברורה על שאלת הגילוי הנאות, במובן זה שהדבר יחייב לבחון האם חלה על חברות הביטוח חובת גילוי אקטיבית באשר לגבייה בחודשים אלה מעבר לאופן הצגת הדברים בכלליות כפי שנעשה הדבר. שלא כעמדתו של בית המשפט קמא, הקביעה שחברות הביטוח לא עמדו בחובת הגילוי המוטלת עליהן בכל הנוגע למצבם של המבוטחים בשלושת החודשים האחרונים לתקופת הביטוח אינה פשוטה, ולתשתית העובדתית יש השלכה משמעותית על עמדה זו.

50. בנסיבות העניין, הפוליסות שהוצגו לנו מורכבות מכמה מסמכים, ששניים מתוכם רלוונטיים לשאלה שבפנינו. המסמך הראשון מפרט את התנאים הכלליים של הפוליסה (מן הסוג של אובדן כושר העבודה) (להלן: מסמך התנאים הכלליים); המסמך השני הוא טופס ספציפי המפרט את אופן החלתם של התנאים הכלליים על המבוטח (להלן: מסמך התנאים הספציפיים). מסמך התנאים הכלליים כולל התייחסות מפורשת לכך שהפרמיות ישולמו במהלך כל תקופת הביטוח וכן כולל הוראה מפורשת בנוגע לתקופת ההמתנה, לפיה תמלוגי הביטוח החודשיים ישולמו למבוטח רק מתום תקופת ההמתנה (ועד לתום תקופת הביטוח). בפועל מסמך זה אינו מציין מהו אורכה של תקופת ההמתנה, אך מסמך התנאים הספציפיים הכולל התייחסות לתשלומי המבוטח מפרט שתקופת ההמתנה עומדת על שלושה חודשים.

51. אכן, ניתן היה לנסח את הפוליסה באופן "ידידותי" יותר למבוטחים. חוזה הביטוח הוא חוזה צרכני אחיד בין צרכן שאינו רגיל בקריאת חוזים מסחריים, לבין

גופים מסחריים גדולים, בעלי יציבות פיננסית וסוללת יועצים מקצועיים ומשפטיים. מערכת יחסים זאת מטילה על חברות הביטוח חובה לנסח את חוזה הביטוח באופן נהיר ככל האפשר, בשפה פשוטה יחסית, וללא "מסמכולוגיה" מיותרת. מצד אחד, חוזה הביטוח צריך להיות קצר ולא עמוס בפרטים לעיפה שמקשים על קריאתו והבנתו ואף עלולים לגרום ל"הצפת מידע" (השוו: שמואל [בכר "תוכן קונקרטי לדוקטרינות עמומות"](#); ניתוח התנהגותי של חוזים צרכניים" עיוני משפט לג 277, 312-313); מן הצד השני, עליו לכלול את כל ההוראות הרלוונטיות והחשובות למבוטח. כמו כן, עדיף ככל הניתן לרכז את כל הוראות החוזה על מסמך אחד ולא לפזרן בין מספר מסמכים, שהבנתם דורשת הצלבת מידע ונתונים. ועם זאת, לא ניתן לקבוע באופן גורף, כפי שעשה בית המשפט קמא, שניסוחן של פוליסות הביטוח עלה כדי הפרה של חובת הגילוי, ולו במידה הלכאורית הנדרשת בשלב זה.

52. אין להוציא מכלל אפשרות שניסוח מורכב ופתלתל של חוזה בעל אופי צרכני, באופן ש"מטשטש" את משמעותן של ההוראות הכלולות בו באופן מפורש כביכול, יוכל לעלות, בתנאים מתאימים, עד כדי הפרה של חובת הגילוי הנאות. אולם, לא אלה הם פני הדברים בכל מקרה שבו הניסוח שנבחר אינו הטוב ביותר האפשרי.

53. מכל מקום, אני סבורה שכדי לתת מענה מלא בשאלת הגילוי הנאות יש לבחון האם חברות הביטוח גבו מהמשיבים פרמיות בגין שלושת החודשים האחרונים ללא מתן שירות בצד גבייה זו, והאם המשיבים ידעו על גבייה זו. נציין, כי דיון זה משליך ממילא גם על הטענות לקיומם של פגמים בכריתת החוזה (טעות והטעייה לפי [סעיפים 14-15 לחוק החוזים](#)).

תנאי מקפח

54. [חוק החוזים האחידים](#) מסמיך את בית המשפט לבטל או לשנות "תנאי בחוזה אחיד שיש בו – בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות – משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות". האם ההסדר החוזי המאפשר גבייה גם במהלך שלושת החודשים האחרונים לתקופת הביטוח הוא מקפח?

55. על-פי פסיקתו של בית משפט זה, תנאי מקפח הוא תנאי שלוקה בהגינותו וסבירותו (ראו: [ע"א 764/76 אבנר שמעוני נ' מפעלי רכב אשדוד \(מ.ל.\) בע"מ, פ"ד](#)

לא(3) 113, 122 (1977); [ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו\(2\) 464, 528-531](#); [רע"א 85/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרום הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב\(4\) 145, 163-165](#); [רע"א 8501/04 ישרד](#) המדהט חיפה בע"מ נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ [פורסם בנבו] (11.8.05), בפסקה ב(9)). [חוק החוזים האחידים](#) דהיום (בשונה מן החוק הקודם בנושא) אינו כולל "רשימה סגורה" של תנאים מקפחים. [סעיף 4](#) לחוק זה מונה אך רשימה של תנאים ש"חזקה" היא שהם מקפחים. בנסיבות העניין, לא מתקיימת אף אחת מן החלופות המנויות בסעיף זה. אולם, בכך בלבד אין כדי לשלול את האפשרות שהחווה כלל תנאי מקפח. האם התנאים בפוליסות הביטוח כללו בנסיבות העניין תנאי שאינו הוגן או אינו סביר בנסיבות העניין?

56. לכאורה, יש בסיס לטענה שגביית תשלום ללא כל תמורה בשלושת החודשים האחרונים לחיי החווה (אם היו מצליחים המשיבים להוכיח כי אמנם הייתה גבייה ביתר) היא מקפחת. כידוע, עילת העושה לפי [סעיף 18 לחוק החוזים](#) מתקיימת כשתנאי החווה "גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל". מקל וחומר ניתן לומר שקיפוח מתקיים כאשר אין כל תמורה בגין תשלום שנגבה, היינו אין כיסוי ביטוחי בחודשים שבגינם נגבו פרמיות מהמבוטחים. על כן, גם שאלה זו קשורה באופן בל ינתק לביטוח העובדתי שלא נעשה בבית המשפט קמא.

חווה לביטוחו של סיכון לא קיים

57. עילת תביעה נוספת שלה טענו המשיבים התבססה, לשיטתם, על [סעיף 16 לחוק חוזה ביטוח](#), סעיף שדן במקרים שבהם קרות האירוע הביטוחי אינו אפשרי בתקופת הפוליסה, משום שהאירוע הביטוחי קרה עוד לפני החתימה על חוזה הביטוח (סעיף-קטן (א)) או שלאחר החתימה על חוזה הביטוח נעשה בלתי אפשרי (סעיף-קטן (ב)). טענתם זו של המשיבים מעוררת לכאורה קושי מאחר שבמקרה שבפנינו אירוע ביטוחי יכול גם יכול להתרחש במהלך שלושת החודשים האחרונים לתקופת הפוליסה.

התיישנות

58. משוכה נוספת שהיה על המשיבים לעבור על מנת שתאושר התובענה שהגישו היא שאלת התיישנות (השוו: [רע"א 668/11 צדקני נ' פלאפון תקשורת בע"מ](#) [פורסם בנבו] (13.2.2013)). בשונה ממה שסבר בית המשפט קמא, אף המענה לשאלה זו קשור

באופן כל יינתק בבירור העובדתי. [סעיף 6 לחוק ההתיישנות](#) קובע כי תקופת ההתיישנות תחל "ביום שבו נולדה עילת תביעה". המבחן שנקבע בפסיקתו של בית משפט זה לקיומה של עילת תביעה הוא התקיימותן של כל העובדות החיוניות הנדרשות לביסוס תביעה, שבהיעדרן לא יוכל התובע לזכות בסעד המבוקש בתביעתו (ראו: [ע"א 1650/00 זיסר נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נז\(5\) 166, 175; רע"א 6734/09 סלון ירושלים מוצרי חשמל בע"מ נ' כלליר תפעול ואחזקה בע"מ](#) [פורסם בנבו] (26.8.2012) בפסקה 7). אולם, [סעיף 8 לחוק ההתיישנות](#), ובדומה לכך גם [סעיף 89\(2\) לפקודת הנזיקין](#), משהים את מרוץ ההתיישנות במקרה בו העובדות המהוות את עילת התובענה נעלמו מעיני התובע ([סעיף 8 לחוק ההתיישנות](#)) או במקרה בו לא נתגלה הנזק ביום שאירע ([סעיף 89\(2\) לפקודת הנזיקין](#)). סעיפים אלו יחולו באותם מקרים שבהם התובע מוכיח כי אף בזהירות סבירה לא היה יכול לגלות את העובדות המהוות את עילת התובענה (ראו: [ע"א 393/08 שגיא נ' כפר ביאליק כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ](#) [פורסם בנבו] (23.2.2010), בפסקה 24; [ע"א 2387/06 פלונית נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ](#) [פורסם בנבו] (31.8.2008); [ע"א 2206/08 סיגמן נ' דובק בע"מ](#) [פורסם בנבו] (11.7.2010); [ע"א 7313/09 קופת חולים לאומית נ' לוי](#) [פורסם בנבו] (18.11.2010), בפסקה 10; [רע"א 2368/08 אבנ"ר איגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ נ' מדינת ישראל](#) [פורסם בנבו] (10.7.2011), בפסקה 12). האם המבוטח הסביר יכול היה להסיק מקריאת הפוליסה, על נספחיה, כי עליו לשלם פרמיה גם בגין שלושת החודשים האחרונים לחיי הפוליסה, להבדיל מאשר לשלם פרמיה במהלכם כפריסת תשלומים? בשלב זה, קודם שהתבררו העובדות לאשורן ובנסיבות שבהן חברות הביטוח עצמן טוענות שהן לא גבו בגין שלושת החודשים האחרונים וממילא אינן טוענות שכללו בפוליסה הבהרה שהגבייה היא בגין חודשים אלה – קשה להשיב על שאלה זו בחיוב. כיצד יכול היה המבוטח הסביר להבין דבר שאף לשיטת חברות הביטוח לא נעשה? שאלה זו אף קשורה, לפחות באופן חלקי, לשאלת הגילוי הנאות שבה דנו לעיל. ככל שיוכרע שעל חברת הביטוח חלה חובה אקטיבית לגלות למבוטחים אודות גבייה בגין חודשים שבהם לא מוענק כיסוי ביטוחי, עשויה להיות לכך השלכה ברורה על התשובה לשאלה מה המבוטח הסביר אמור היה לגלות מעיון בתנאי הפוליסה. כפי שצינתי, שאלות אלו טרם נתבררו כל צרכן בפני הערכאה הדיונית, והדיון מוחזר אליה, בין היתר, על-מנת שתדון גם בהן.

אחר הדברים האלה: בחזרה לתנאים לאישורה של תובענה ייצוגית

59. בשלב זה של טרם חתימה הגיעה לעיוני חוות דעתו של חברי השופט ע' פוגלמן. גם לאחר שקראתי אותה, נותרתי בדעתי. במישור העקרוני, אף אני סבורה שהבחינה הלכאורית בשלב אישורה של התובענה הייצוגית אינה צריכה להציב מחסום גבוה בפני תובעים ייצוגיים, וכי יש להביא בחשבון את פערי המידע הקיימים בין הצדדים. עם זאת, אין משמעות הדברים שהנטל המוטל על התובעים הייצוגיים יהיה קל כנוצה. על התובע הייצוגי להרים נטל ראשוני – נטל שיש לתת לו משמעות, מבלי שיהיה כבד מנשוא, תוך שבית המשפט נותן דעתו, בכל מקרה ומקרה, לקושי היחסי העומד בפני התובע הייצוגי כאשר הוא נדרש להוכיח את תביעתו לכאורה.

60. התוצאה שאליה הגעתי במקרה זה מבטאת את העובדה שהמשיבים ביקשו לתת לבקשה לאישור התובענה הייצוגית "לדבר בעד עצמה" על סמך האמור בפוליסות בלבד. בכך לא יכול להיות די. על המשיבים היה לפעול באמצעים הדיוניים העומדים לרשותם על מנת להניח בפני בית המשפט תשתית משפטית וראייתית התומכת לכאורה בתביעתם. חברי השופט פוגלמן מתייחס לכך שעל ההחלטה שלא להיענות לבקשה לגילוי מסמכים ניתן היה להגיש בקשת רשות ערעור, ולכן אין מקום להידרש לעניין זה כעת. אולם, אין הוא נותן משקל לעובדה שבקשת רשות ערעור כאמור, ככל שהיה לה מקום, הייתה אמורה להיות מוגשת על-ידי המשיבים.

61. חברי השופט פוגלמן תיאר את התשתית העובדתית שהניחו לכאורה המשיבים במקרה זה כך: "המבקשות גובות תשלום בגין הפוליסות שהנפיקו בשלושת החודשים האחרונים; ככל שיחול אירוע ביטוחי בתקופה זו, חברי הקבוצה אינם זכאים לפיצוי; הפוליסה עצמה אינה מסייגת את הזכות לבטלה לפני סופה; ותנאיה אינם כוללים התייחסות לחיוב בדמי השתתפות עצמית. תשתית עובדתית זו, שעליה נשענות בקשות האישור, הונחה כדבעי וממילא אינה שנויה במחלוקת" (בפסקה 16 לפסק דינו של חברי). אני חולקת על הצגה זו של הדברים. למיטב הבנתי, חלק ממרכיבים אלה שנויים גם שנויים במחלוקת. ראשית, על-פי תצהיריהן של חברות הביטוח, גביית התשלומים במהלך שלושת החודשים האחרונים של הפוליסה לא נועדה להבטיח קבלתם של תגמולי ביטוח במקרה שבו יתרחש אירוע ביטוחי בתקופה זו, אלא זוהי תולדה של פריסת התשלומים של הפרמיות השנתיות המשקללות בתוכן את התנאי הקובע כי מקרה ביטוח המתרחש בשלושת החודשים האחרונים של הפוליסה אינו מזכה את המבוטח בפיצוי. המשיבים לא חקרו את המצהירים בעניין זה ולא הביאו כל ראיה לסתור טענה זו. כידוע, "הכלל הנוהג לעניין זה הינו כי בהעדר כל הסבר סביר, הימנעות מחקירת עד בסוגיה כלשהי משמעה כי אין חולקים על גרסתו של העד באותה

סוגיה" (ראו: [ע"פ 8748/08](#) ברכה נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (10.10.11), בפסקה 28. כן ראו: יעקב קדמי על הראיות חלק רביעי 1949 (2009)). אכן, כפי שצינתי לעיל, התצהירים מטעם חברות הביטוח לא נתנו מענה מלא לטענות המשיבים. אולם, יש גם יש בהם כדי להצביע על מחלוקת עובדתיות מהותיות בין הצדדים שכלל לא נתבררו בבית המשפט קמא. יש לשוב ולזכור כי נטל ההוכחה הלכאורי בשלב בקשת האישור מוטל על התובע הייצוגי. במקרה שבפנינו יש לתת משקל להימנעותם של המשיבים מלפעול להרמת נטל זה באמצעים הפשוטים והזמינים שעמדו לרשותם – כמו חקירת המצהירים מטעם חברות הביטוח – ולרצונם להתבסס על האמור בבקשה לאישור התובענה ותו לא. שנית, המחלוקת דנן נסבה, במידה רבה, גם על כך שהשתרעותה של הגבייה בשלושת החודשים האחרונים בהם לא ניתן שירות צוינה בתנאי הפוליסה, ומטעם זה לא ניתן לומר ש"תנאיה אינם כוללים התייחסות לחיוב בדמי השתתפות עצמית". שלישית, וכפי שהסברתי בפסק דיני, לעובדה זו יש השלכות גם על ההכרעה בשאלת ההתיישנות, שאף היא שנויה במחלוקת עובדתית ומשפטית בין הצדדים, וראוי להביאה בחשבון לשם הערכת התשתית העובדתית שביסוד הבקשה. שאלת ההתיישנות טעונה בירור נוסף, ואין מקום להמשך התנהלותה של התובענה הייצוגית קודם שתתברר במסגרת הבקשה לאישורה (ראו: [רע"א 2022/07](#) הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' אר און השקעות בע"מ [פורסם בנבו] (13.8.2007); [ע"א 1349/05](#) דוד שוב נ' בנק ירושלים [פורסם בנבו] (18.3.2009); [ע"א 6887/03](#) רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות [פורסם בנבו] (20.7.2010)).

62. לשיטתי, בנסיבות העניין, אין להתעלם מכך שבפני המשיבים עמדו כלים דיוניים זמינים שהם נמנעו כליל מלעשות בהם שימוש כדי להעמיד תשתית לכאורית לשם ביסוס בקשתם, חרף פערי המידע בין הצדדים. אדגיש, כי בית משפט זה כבר נדרש בעבר לשאלה של התמודדות עם פערי המידע הקיימים לא אחת בין התובע הייצוגי לבין גופים כלכליים גדולים ומתוחכמים. בעשותו כן, הוא התחשב בעמדת הנחיתות של התובע הייצוגי במצב דברים זה, אך לא במידה המאינת את משמעותו של שלב האישור. כך למשל, נפסק כי במקרים מתאימים התובע הייצוגי יוכל להסתפק בהגשת חוות דעת כלכלית היפותטית (ראו [רע"א 2616/03](#) [ישראל כרטיס נ' רייס](#), פ"ד [נט\(5\) 701, 716](#) (2005)) ואף יתאפשר לו לתקן את כתבי הטענות לאחר הגשתה של בקשת האישור, בשים לב לקשיי ההוכחה העומדים בפניו ([רע"א 6762/12](#) אי די בי חברה לפתוח בע"מ נ' כבירי שמיע [פורסם בנבו] (3.12.2012), בפסקה 5). אולם, אין בקשיים אלה כדי לפטור אותו מן החובה להניח בסיס ראשוני לתביעה (ראו והשוו):

[רע"א 4778/12](#) תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ [פורסם בנבו] (19.7.2012), בפסקה 8). ניתן להוסיף ולהזכיר כי במקרים שבהם הגשתה של תביעה בעלת חשיבות ציבורית עשויה להיות כרוכה בהשקעת משאבים שהיא למעלה מכוחו של התובע הייצוגי הוא רשאי לפנות לקרן למימון תובענות ייצוגיות שהוקמה לפי [סעיף 27 לחוק תובענות ייצוגיות](#). במקרה שבפנינו לא זו בלבד שהמשיבים לא נקטו בכלים דיוניים "מורכבים" לכאורה כדי לבסס את טענתם, כמו הגשת חוות-דעת אקטוארית מטעמם, אלא שהם אף לא מיצו את השימוש בכלים דיוניים "בסיסיים", כמו חקירת המצהירים מטעם חברות הביטוח. אכן, צודק חברי, השופט פוגלמן, בהסבירו כי ביטול החלטה של בית משפט מחוזי לאשר תובענה ייצוגית והשבת התיק אליו על מנת להמשיך בבירור העובדתי אינה רצויה ואינה יעילה בדרך כלל. אולם, לדידי, במקרה חריג כמו זה שבפנינו, כאשר התשתית העובדתית שהונחה היא רעועה ואינה מאפשרת הכרעה בשאלות המשפטיות העומדות בלב בקשת האישור, ובשים לב לכך שלהתדיינות בתובענה הייצוגית ישנן משמעויות כלכליות וציבוריות, אין מנוס מלהשיב את התיק אל בית המשפט קמא, כפי שהצעתי לחבריי לעשות.

סוף דבר

63. לו תשמע דעתי יתקבל הערעור במוכן זה שהדיון בבקשה לאישור התובענה הייצוגית, ובכלל זה הדיון בבקשה לגילוי ועיון במסמכים, יוחזר לבית המשפט קמא לאור העקרונות שפירטתי לעיל. אין בהחלטה זו כדי להכריע בטענותיהם של הצדדים לגופם של הדברים, אלא רק לבטא את החשיבות הנודעת להנחת תשתית לכאורית לעילות התביעה כבר בשלב האישור של התובענה הייצוגית, דבר שלא נעשה בנסיבות העניין שבו חברו זו לזו ההימנעות מחקירת המצהירים, מחד גיסא, וההימנעות מנקיטה בהליך של גילוי מסמכים, מאידך גיסא. בשים לב למכלול נסיבות העניין, אין צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

השופט ע' פוגלמן:

חברתי השופטת ד' ברק-ארז סבורה כי יש לדון בבקשות שהונחו לפתחנו כאילו ניתנה בהן רשות, הוגשו ערעורים לפי הרשות שניתנה, ולקבל את הערעורים באופן שהחלטת בית המשפט המחוזי תבוטל ובקשות האישור יוחזרו לבירור עובדתי משלים



ומתן החלטה חדשה. לצערי, אין בידי להסכים לתוצאה זו. הטעם העיקרי לכך הוא שלגישתי אין מקום – בנסיבות שיפורטו להלן – להורות על בירור משלים. אם דעתי הייתה נשמעת, היינו דוחים את הבקשות. הואיל וחברתי עמדה על הרקע הצריך לעניין, אין צורך שאחזור על הדברים ואפנה ישירות לפירוט הטעמים שביסוד עמדתי.

התנאים למתן רשות ערעור על החלטה המאשרת תובענה ייצוגית

1. קודם שאנו באים לבירור הטענות לגופן, יש לבחון שאלה מקדמית: האם הבקשות דנן מקימות עילה לחרוג מן הכלל, ולדון בערעור על החלטת בית המשפט המחוזי כבר בשלב זה ושלא במסגרת ערעור על פסק הדין הסופי? להשקפתי, יש להשיב לכך בשלילה. זאת, משום שאין מתקיימים בנסיבות דנן המבחנים שהתווה השופט (כתוארו אז) א' גרוניס ברע"א 8761/09 סלקום ישראל בע"מ נ' פתאל, פסקה 5 (פורסם בנבו) [6.5.2010] (להלן: עניין פתאל) לבירור ערעורי המכוון להחלטה המאשרת תובענה ייצוגית בסמוך לאחר הינתנה (ראו עוד: רע"א 9171/10 חברת בזק בינלאומי בע"מ נ' Mandap [פורסם בנבו] (19.9.2012)). ואסביר.

2. לפי המבחן הראשון שנקבע בעניין פתאל, כדי שערכאת הערעור תדון בסוגיה המועלית בתובענה הייצוגית בשלב שלאחר החלטת האישור, מוטל על הנתבע להראות, בין היתר, כי "המשמעות [מבחינתו] של קבלת התובענה הייצוגית היא חמורה במיוחד – בהתחשב בסכום התביעה, איתנותו הפיננסית של הנתבע ויתר הנתונים השייכים לעניין" (עניין פתאל, פסקה 5; רע"א 7930/12 מנורה מבטחים ביטוח בע"מ נ' קידישמון, פסקה 3 [פורסם בנבו] (3.2.2013); רע"א 1926/12 מפעל הפיס נ' וונדר, פסקה 3 [פורסם בנבו] (9.12.2012)). איני סבור כי הונחה תשתית מספקת לטענה שלאישור התובענה הייצוגית תהיה השפעה מרחיקת לכת על מצבן הפיננסי של המבקשות. אף אם אניח, כפי שטענו המשיבים (ולא המבקשות עצמן) כי הסכום הנתבע עומד על 47.51 מיליון ש"ח; וכי סכום זה משקף את סכום הפיצוי שהמבקשות חשופות לו במסגרת בקשת האישור – הרי שסכום זה מתחלק בין חמש המבקשות. ממילא – וכאן העיקר – המבקשות אינן נדרשות לשלם מכיסן סכום כסף כלשהו בשלב זה. משכך, אין לקבוע כי אישור הבקשה צפוי לגרום להשפעה מרחיקת לכת על מצבן הפיננסי של המבקשות.

3. לפי המבחן השני שנקבע בעניין פתאל, "כאשר השאלות שנותרו פתוחות הינן רבות ומורכבות, ולעומת זאת השאלות שהוכרעו בהחלטת האישור הינן פשוטות

יחסית, יש היגיון בטענה שעל ערכאת הערעור לדון באופן מיידני בהשגות על החלטת האישור, בהנחה שהכרעה בסוגיות שנדונו עשויה לייתר את הצורך לדון בהמשך בשאלות המורכבות" (שס, פסקה 5). בענייננו, החזרת העניין לבית המשפט המחוזי להמשך בירור, כפי שמציעה חברתי, לא תייתר את הצורך לדון בשאלות המורכבות שנתרו לדיון או את הבירור העובדתי הכרוך בהן. במצב דברים זה, סבורני כי בירור השאלות לאחר שלב האישור עדיף על פני השבת הגלגל לאחור (השוו: [בר"ם 9403/12](#) מי אביבים 2010 בע"מ נ' ליבוביץ [פורסם בבנו] (10.2.2013)). בדרך זו יש להניח כי תיפרש לפני בית המשפט המחוזי תשתית עובדתית רחבה יותר שתשמש להכרעה במכלול השאלות הרלוונטיות.

4. המבחן השלישי שנקבע בעניין פתאל נוגע לסיכויי הערעור. לגביו קבע השופט (כתוארו אז) א' גרוניס כי "מבחינה פרקטית קיים לשיטתי קושי רב להעריך סיכויים של הליך ערעור. סבורני, כי אין טעם ותוחלת בבחינה מקדמית מדוקדקת של סיכויי בקשת רשות הערעור. לשיקול הנוגע לסיכויי ההליך יש מקום רק במקרי קצה. היינו, כאשר הקשיים שבהחלטת האישור, או היעדרם, בולטים על פני הדברים" (שס). איני סבור כי הבקשות שלפנינו באות בגדר אותם מקרי קצה.

5. ברגיל, היה מקום אפוא לדחות את הבקשות אך מהטעם שהן אינן עומדות באמות המידה למתן רשות ערעור. ברם, משבאנו עד הלום – הבקשות הועברו לדיון לפנינו, הדיון התקיים ושמענו את טענות הצדדים לגוף העניין, מוכן אני לצאת מנקודת הנחה שניצול יעיל של משאבי השיפוט מצדיק להידרש לגופם של דברים. אלא שגם בהינתן הנחה זו, אני סבור שאין להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי מהטעמים שיפורטו להלן.

6. חברתי מצביעה על כך שמכלול של שאלות עובדתיות ומשפטיות לא התבררו די צרכן בבית המשפט המחוזי. שני טעמים עיקריים בבסיס מסקנתה זו: האחד, החלטת בית המשפט המחוזי לדחות את בקשת המשיבים לגילוי ולעיון במסמכים הנוגעים לאופן חישוב הפרמיות; והשני, ההסדר הדיוני בין הצדדים שקיבל תוקף של החלטה, שלפיו בקשת האישור תוכרע על סמך החומר הכתוב בלא שייחקרו מצהירים (פסקה 44 לחוות דעתה). אלא שלשיטתי, שני טעמים אלה – כל אחד לעצמו ואף שניהם במצטבר – אינם מקימים עילה להתערבותנו בשלב הזה ובאופן שמציעה חברתי.

7. אשר לטעם הראשון – ההחלטה בעניין גילוי ועיון במסמכים – אין חולק שהליכי גילוי ועיון במסמכים נועדו לסייע לבעלי הדין ולבית המשפט לברר את התמונה העובדתית. דא עקא, שבמישור הדיוני, החלטת בית המשפט המחוזי שלא להתיר גילוי ועיון במסמכים היא "החלטה אחרת", להבדיל מ"פסק דין". ככזו, אם רצה מי מהמשיבים להשיג עליה, היה עליו להגיש בקשת רשות לערער תוך 30 ימים ממועד המצאתה לידי (סעיף 41(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984; [תקנה 399 לתקנות סדר הדין האזרחי](#), התשמ"ד-1984). בקשת רשות ערעור כזו לא הוגשה, ומכאן שהחלטה זו אינה עומדת לביקורת במסגרת ההליך שלפנינו. על כן, נראה לי שאין מקום שנעורר מיוזמתנו סוגיה זו ונתערב בה בעת הנוכחית, בלא שמי מהמבקשות ביקשה זאת (בשלב המתאים או בכלל), ובלא ששמענו טיעון בעניין (ראו והשוו: [רע"א 5163/10](#) ירחיב מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ נ' דקל, פסקה 10 [פורסם בנבו] (9.12.2012); [ע"א 449/80 אבאליה נ' ריבל מחסני ערובה כלליים בע"מ](#), [פ"ד לט\(3\) 541, 547 \(1985\)](#)). למותר לציין כי העובדה שבקשת רשות ערעור כאמור לא הוגשה אינה מונעת מן המשיבים להשיג עליה במסגרת ערעור על פסק הדין הסופי בתובענה הייצוגית ([תקנה 411](#) לתקנות); וכי אין באמור כדי להביע כל עמדה לגופה של ההחלטה.

8. אשר לטעם השני שבשלו נמצאה התשתית העובדתית חסרה – ההסכמה הדיונית לוותר על חקירת המצהירים – אכן, חקירת המצהירים מטעם המבקשות הייתה עשויה לתת מענה מסוים לשאלות העובדתיות שבמחלוקת, ולשפוך אור על אופן חישוב הפרמיות. אלא שבעלי הדין הסכימו לוותר על חקירתם. בית המשפט אישר הסכמה דיונית זו ונתן לה תוקף של החלטה. הלכה עמנו כי אף שבית המשפט אינו כבול בהסכמה דיונית מסוג זה, הרי שככלל – ובהעדר שיקולים לסתור – הוא יטה לכבדה (ראו [בע"מ 658/04](#) א' צ' נ' י' נ', פסקה 8 [פורסם בנבו] (30.5.2005); ראו גם אשר גרוניס וטל סלע "בתי המשפט והסדרים דיוניים" ספר שלמה לוי 59, 69 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013)). כך נהג בית המשפט המחוזי בענייננו, ואף בעניין זה מי מהצדדים לא טען לפנינו כי שיקולי מדיניות כלשהם הכתיבו שלא לאשר את ההסכמה מראש, או כי יש הצדקה להתערב בה ולהתיר למי מהם לחרוג ממנה בדיעבד.

9. אני שותף לעמדת חברתי כי לו היה מתקיים הליך של גילוי ועיון במסמכים והיו נחקרים מצהירים, ייתכן שהייתה מונחת לפני בית המשפט המחוזי תשתית

עובדתית רחבה יותר. תשתית זו הייתה עשויה להקל על בית המשפט לקבוע ממצאים עובדתיים ולבסס את מסקנותיו המשפטיות עליהם ביתר קלות. אף מקובלת עלי הקביעה שהתצהירים שהגישו המבקשות לתמיכה בטענתן בדבר אופן חישוב הפרמיות נעדרו פירוט מספיק בסוגיה זו (פסקה 43 לחוות דעתה). אלא שחברתי מסיקה כי הסעד שיש להעניק למבקשות במצב זה הוא החזרת העניין לבירור משלים. לתוצאה זו אין בידי להסכים.

10. להשקפתי, בנסיבות שלפנינו הטענה בדבר תשתית עובדתית דלה אינה יכולה לשמש נימוק בלעדי להתערבות בשלב הנוכחי. כידוע, לא אחת נדרשים בתי המשפט להכריע על בסיס תשתית עובדתית חלקית. מושכל ראשון בשיטתנו – האדברסרית באופייה – שאין לו לבית המשפט אלא את החומר הראייתי שבעלי הדין פרשו לפניו. בהינתן תשתית חסרה, אין מנוס מלהתבסס על הקיים ולקבוע אם הובאו די ראיות כדי להרים את נטל השכנוע (דנ"א 1516/95 מרום נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נב(2) 813, 833-832 (1998)). המקרה שלפנינו אינו מעורר צידוק לחרוג מכלל מושרש זה. קודם שנידרש לנסיבות המקרה, נעמוד בתמצית על התשתית הנורמטיבית הצריכה לאישור תובענה ייצוגית.

נטל ההוכחה בבקשה לאישור תובענה ייצוגית ותשתית עובדתית חלקית

11. נטל השכנוע לאישור תובענה ייצוגית מחייב את מבקש האישור להראות כי מתקיימים התנאים המנויים [בסעיף 8\(א\)](#) לחוק [תובענות ייצוגיות](#), התשס"ו-2006. לענייננו רלוונטי התנאי המנוי [בסעיף 8\(א\)\(1\)](#) סיפה לחוק, שלפיו נדרש המבקש להוכיח כי "יש אפשרות סבירה [ששאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה] יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה". מה טיבו של נטל זה? לאחרונה נדרש לכך בית משפט זה בקובעו כי כל שנדרש בעת הזו הוא בחינה מקדמית ולכאורית:

"ברי כי תכלית החוק היא להורות לבית המשפט לבצע בחינה מקדמית של סיכויי התובענה לשם הגנה מידתית על זכויות הנתבעים. לעניין זה, די לו לבית המשפט לעקוב בדקדקנות אחר לשון המחוקק ולראות האם קיימת 'אפשרות סבירה' להכרעה לטובת קבוצת התובעים; הא, ותו לא. החמרת התנאים לאישור תובענה כייצוגית, ובירור רוב רובה של התביעה כבר בשלב אישור התובענה כייצוגית, חורגת מהאיזון שקבע

המחוקק, ועל כן היא אינה ראויה. נוסף על כך, דיון שמתבצע באופן זה אינו יעיל, מכיוון שנוצרת כפילות בין הדיון בגוף התובענה לבין הדיון בבקשת האישור; חוסר היעילות הטמון בכפילות זו גדל מקום בו פונים הצדדים פעמיים לערכאת הערעור" (רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פסקה 15 [פורסם בנבו] (5.7.2012) (להלן: עניין עמוסי)).

12. בקשת האישור היא אפוא שלב מקדמי בלבד. היא הטרקלין שלפני ההיכל. מטרתה לאזן כראוי בין תכליות מוסד התובענה הייצוגית כפי שעמדה עליהן חברתי: להגן על אינטרס הנתבע והציבור מתובענות סרק מזה; ולספק תמריץ להגשת תובענות ייצוגיות ראויות ויעילות, המשרתות אינטרס ציבורי חשוב מזה. נקודת האיזון הראויה בין תכליות אלו מנחה כי בית המשפט יבצע בחינה לכאורית בלבד של סיכויי התביעה; וכי המבקש יידרש לעמוד בנטל מופחת מזה המוטל על תובע בתביעה רגילה. טעם עיקרי לכך הוא כי באשר למידע המצוי אצל בעלי הדין, נמצא המבקש בשלב בקשת האישור בנחיתות מובנית ביחס למשיב. עמדתו על כך לאחרונה:

"שלא ככתובענה 'רגילה' – שעל-פי רוב ערש לידתה בסכסוך בין בעלי דין המכירים את הרקע למחלוקת ואת העובדות העומדות בבסיסו – בתובענה ייצוגית המידע שבידי התובע תחום בדרך כלל בדל"ת אמותיו של המקרה הקונקרטי שלו. ככלל, אין בידיו מידע מקיף ומהימן בשאלה אם הגורם הנתבע פועל באופן זהה ביחס לכל חברי הקבוצה, כמה זמן הוא נוהג כך, מה גודלה של הקבוצה ומהם הטעמים שבעטיים הוא פעל כפי שפעל [...] יש לזכור כי פעמים רבות לתובע המייצג יש מלכתחילה תמריץ דל לאגור מידע ביחס לאחריותו של הנתבע, משום שנזקו האישי זניח [...], וככלל לנתבע יש אינטרס ברור לאגור את כל המידע באופן שיאפשר לו להתגונן מפני תביעה שסכומה המצטבר גבוה. פשיטא: כשמדובר בתובענה ייצוגית מצוי עיקר המידע הרלוונטי בידי הגורם הנתבע [...]" (בר"ם 4303/12 אינסלר נ' המועצה האזורית עמק חפר, פסקה 15 [פורסם בנבו] (22.11.2012) (להלן: עניין אינסלר)).

ובהמשך:

"כידוע, בכתב תביעה 'רגיל' יש לכלול פירוט של העובדות המהותיות המבססות את עילת התביעה, ואין לכלול בו ראיות (תקנות 9(5) ו-71(א) לתקנות סדר הדין). בתביעה 'רגילה' יתקיים שלב הבאת הראיות

מאוחר יותר, בתום שלב קדם המשפט, ולאחר שמוצו הליכי הגילוי למיניהם. לעומת זאת, בקשת האישור נדרשת לכלול את התשתית העובדתית המלאה ואת הראיות התומכות בה כבר במועד הגשתה, ולפני הליכי גילוי כלשהם" (סו).

13. נמצא, אם כן, כי בשלב בקשת האישור ישנו פער מידע מובנה בין הצדדים (ראו גם: Alon Klement, *Threats to Sue and Cost Divisibility Under Asymmetric Information*, 23 INT'L REV. L. & ECON. 262 (2003)). פער זה, הפועל דרך כלל לחובת המבקש, בא לכדי איזון באמצעות הנטל הקבוע [בסעיף 8\(א\)\(1\) לחוק תובענות ייצוגיות](#), המסתפק – כתנאי לניהול הליך ייצוגי – ב"כאפשרות סבירה" שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה. כל עוד הבקשה לא עברה את רף האישור, אין המבקש זכאי לברר את העובדות כפי שתובע זכאי לבררן בהליכים אזרחיים רגילים. כך, למשל, זכותו של המבקש לגילוי ועיון במסמכים בשלב בקשת האישור מצומצמת בהיקפה ביחס לזכות המקבילה בהליכים אחרים ([תקנה 4\(ב\) לתקנות תובענות ייצוגיות](#), התש"ע-2010; [ע"א 10052/02 יפעת נ' דלק מוטורס, פ"ד נז\(4\) 513, 520-519 \(2003\)](#); [רע"א 4067/12 קל אוטו תחבורה 1994 בע"מ נ' בוריס כהן](#) [פורסם בנבו] (20.8.2012)); הוא הדין לגבי זכותו של המבקש לזמן עדים ולחקור אותם ([רע"א 8562/06 לימור פופיק נ' פזגו 1993 בע"מ](#), פסקה 9 [פורסם בנבו] (15.4.2007); [רע"א 2417/08 בן בשט נ' קדמי](#), פסקה 7 [פורסם בנבו] (5.4.2009)). מגבלות אלו המוטלות על המבקש בשלב בקשת האישור נועדו למנוע הכבדה מיותרת על המשיב, ולהפחית את עלויות ניהול ההליך מצדו כל עוד המבקש לא עמד ברף הנדרש. כך פוחת החשש שמשיב בעל כיס עמוק יתמרץ להגיע לפשרה בתובענה לא מוצדקת אך משום העלויות הגבוהות הכרוכות בניהול ההליך (עניין אינסלר, פסקה 10). כפועל יוצא ממגבלות דיוניות אלה, עשוי המבקש להתקשות להציג בפני בית המשפט תשתית עובדתית מלאה בשלב בקשת האישור.

להבדיל מכך, משעברה התובענה את רף האישור, זכאי התובע לעשות שימוש במכלול הכלים הדיוניים העומדים לרשותו [בתקנות סדר הדין האזרחי](#) לבירור העובדות, ולגשר על פער המידע ביתר קלות: זכותו לגילוי ולעיון במסמכים רחבה יותר ביחס לזו המוקנית לו בשלב בקשת האישור; הוא זכאי לבקש פרטים נוספים; לשלוח שאלונים; לדרוש הודאה בעובדות; לבקש בדיקת נכס; לזמן עדים ולחקור אותם בהיקף רחב יותר; וכל כיוצא באלה.

14. החלטה לאשר ניהול תובענה ייצוגית משקפת אפוא קביעה לכאורית בלבד בדבר סיכויי התובענה להתקבל. אישור לניהול ייצוגי אינו משמיע כי התובענה תתקבל בהכרח. ייתכן שבית המשפט יאשר לנהל תובענה כייצוגית, ובסופו של דבר ידחה את התובענה לגופה לאחר שימצא כי לא קמה לנתבע אחריות. יש לזכור כי החלטה לאשר תובענה ייצוגית היא החלטת ביניים. כל עוד בית המשפט לא קם מכסאו, הוא מוסמך לשנותה אם חל שינוי נסיבות המצדיק זאת (השוו: [ע"א 3604/02 אוקו נ' שמי, פ"ד נ\(4\) 505, 508 \(2002\)](#); [רע"א 8205/08](#) מצלח נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פסקה 9 [פורסם בנבו] (12.11.2008)). אישור לניהול הליך כייצוגי משמעו אך שהבקשה עמדה ברף הלכאורי הנדרש לניהול הליך כאמור. על כן, ככל שלאחר שלב האישור נותרה בין הצדדים מחלוקת עובדתית, זכאים בעלי הדין לבררה כבכל תביעה רגילה, ובית המשפט יכריע בתובענה הייצוגית על סמך התמונה הראייתית המלאה – הן זו שהובאה בשלב בקשת האישור, הן זו שהובאה בשלב הדיון בתובענה גופה. בתתו פסק דין בתובענה הייצוגית, אין בית המשפט כבול בקביעות הלכאוריות שנדרש אליהן בשלב בקשת האישור. הדבר דומה, בשינויים המחויבים, לקביעות לכאוריות בבקשה לסעד זמני – אין בהן כדי לקבוע מסמרות לגבי סיכויי ההליך, ובית המשפט רשאי להגיע לתוצאה שונה מזו שאליה הגיע מלכתחילה בהתבסס על התשתית החלקית שהונחה לפניו (השוו: [ע"א 10861/03](#) המועצה המקומית בנימינה נ' המועצה הדתית בנימינה, פסקה 4 [פורסם בנבו] (20.9.2006)).

15. לסיכום, אישור בקשה לניהול תובענה ייצוגית משמעו קביעה לכאורית כי עסקינן בתובענה שיש אפשרות סבירה שהטענות המועלות בה תוכרענה לטובת חברי הקבוצה. הא ותו לא. הטלת נטל גבוה מזה ביחס לתשתית הנדרשת עלולה לגרום לכך שתובענות מוצדקות לא תעבורנה את הרף הדרוש. זאת, עקב פער המידע המובנה שבין הצדדים הפועל לרעת המבקש, ונוכח המגבלות הדיוניות המקשות עליו לגשר על פער זה בשלב בקשת האישור. תוצאה כזו, אשר אינה נותנת ביטוי מספק לאופיו המקדמי של הליך בקשת האישור, אינה יעילה ואינה רצויה.

מן הכלל אל הפרט

16. יישום אמת המידה שעליה עמדתי לעיל מוליך – לטעמי – למסקנה שאין עילה להתערב בהחלטה לאשר את ניהול התובענות דנן כייצוגיות. בבסיס בקשות האישור עומדות העובדות האלה: המבקשות גובות תשלום בגין הפוליסות שהנפיקו בשלושת

החודשים האחרונים; ככל שיחול אירוע ביטוחי בתקופה זו, חברי הקבוצה אינם זכאים לפיצוי; הפוליסה עצמה אינה מסייגת את הזכות לבטלה לפני סופה; ותנאיה אינם כוללים התייחסות לחיוב בדמי השתתפות עצמית. תשתית עובדתית זו, שעליה נשענות בקשות האישור, הונחה כדבעי וממילא אינה שנויה במחלוקת. מכאן טענת המשיבים כי המבקשות אינן רשאיות לגבות ממבוטחיהן תשלום חודשי גם בחודשים שבהם תנאי הפוליסה אינם מעניקים כיסוי ביטוחי. המבקשות, מצדן, העלו טענת הגנה שלפיה סכום הפרמיה שנגבה משקלל בתוכו מראש את העובדה שאם יקרה אירוע ביטוחי בשלושת החודשים האחרונים, המבוטח לא יזכה לפיצוי. טענה זו נסמכת על האופן שבו הן-עצמן מחשבות את הפרמיות שהן גובות. מידע זה אינו מצוי בידי המשיבים, והנטל להוכיחו מוטל על כתפי המבקשות כמי שהעלו את הטענה. אף על פי כן, וכפי שקבעה חברתי, המבקשות לא הניחו תשתית עובדתית הולמת לטענה זאת, אף שכל הנתונים הנדרשים להוכחתה – ככל שניתן להוכיחה – נמצאים בידיהן. בנסיבות אלו, העובדה שהמבקשות נמנעו מלהביא ראיות שעשויות לסייע להן פועלת כמובן לחובתן. "כלל נקוט בידי בתי המשפט מימים ימימה, שמעמידים בעל-דין בחזקתו שלא ימנע מבית המשפט ראיה, שהיא לטובתו, ואם נמנע מהבאת ראיה רלבנטית שהיא בהישג ידו, ואין לכך הסבר סביר, ניתן להסיק, שאילו הובאה הראיה, היתה פועלת נגדו. [...]" וככל שהראיה יותר משמעותית, כן רשאי בית המשפט להסיק מאי-הצגתה מסקנות מכריעות יותר וקיצוניות יותר נגד מי שנמנע מהצגתה" (ע"א 548/78 אלמונית נ' פלוני, פ"ד לה (1) 760, 736 (1980); ע"א 55/89 קופל (נהיגה עצמית) בע"מ נ' טלקאר חברה בע"מ, פ"ד מד (4) 595 (1990); ע"א 2275/90 באמצעות בנין דור בע"מ נ' רוזנברג, פ"ד מז (2) 614, 605 (1993)). למצער, ניתן לקבוע כי אי הבאת ראיות הנדרשות להוכחת הטענה שהעלו המבקשות אינה יכולה לפעול לחובת המשיבים, ולשמש כנימוק בלעדי לקבלת ערעורן של המבקשות.

17. במצב דברים זה קבע בית המשפט המחוזי כי די בתשתית הלכאורית שהונחה כדי לגבש אפשרות סבירה שחלק מהשאלות המשותפות לכלל חברי הקבוצה תוכרענה בתובענה לטובתה. לא מצאתי עילה להתערב במסקנה זו. בצד מסקנתי כי בנסיבות שתוארו, די בתשתית שהונחה (ולא הופרכה על ידי המבקשות שלפנינו) כדי להביא לאישור הבקשה לאישור התובענה, אשוב ואדגיש כי החזרת העניין לבירור נוסף בבית המשפט המחוזי מנוגדת, כאמור, להסדר הדיוני בין הצדדים, וכמוה כהתערבות בו בלא שנתבקשו לעשות זאת. ההכרעה בשאלת האישור צריכה ליפול לפי התשתית שהניחו הצדדים. מטעם זה התנגדו חלק מפרקליטיהן המלומדים של המבקשות במפורש –



במהלך הטיעון לפנינו – להשבת הדיון לבירור משלים. לכך יש להוסיף כי החזרה לבירור משלים אף אינה יעילה. ראוי כי הבירור העובדתי ייערך במסגרת התובענה הייצוגית עצמה. או אז יעמוד לרשות בעלי הדין מלוא ארגז הכלים הדיוניים המיועדים לבירור עובדתי, בלא שמוטלות על המשיבים המגבלות הקיימות בשלב בקשת האישור. דרך זו אף עשויה לחסוך במשאבים ובהליכים ערעוריים נוספים; ובעיקר: היא חפה מן הקשיים הבלתי מבוטלים שמניתי לעיל.

18. ממכלול טעמים אלה, לו דעתי הייתה נשמעת היינו דוחים את בקשות הרשות לערער.

### ש ו פ ט

#### השופט י' דנציגר:

לאחר שעיינתי בחוות הדעת של חבריי השופטת ד' ברק-ארז והשופט ע' פוגלמן לא בלי היסוס החלטתי לצרף דעתי לתוצאה אליה הגיע חברתי השופטת ברק-ארז. חבריי, כל אחד לפי שיטתו הוא, הצביעו על טעמים כבדי משקל התומכים בחוות דעתו, אולם בסופו של יום ומהטעמים שיפורטו להלן סבורני כי אכן יש להשיב את הדיון בשאלת אפשרות אישור התובענות כייצוגיות לבירור משלים לפני בית המשפט המחוזי.

כפי שצינו זאת חבריי בחוות דעתם, בשלב אישור התובענה כייצוגית נבחנת עילת התביעה במישור הלכאורי בלבד ואין מצופה כי בשלב זה תוכח עילת התביעה ברמה שבה יידרש התובע הייצוגי להוכיחה בהליך העיקרי, לאחר שתאושר תובענתו כייצוגית. הבחנה זו לגבי טיב ואיכות הראיות שצריך להניח התובע הייצוגי בשלב המקדמי אינה הבחנה עיונית בלבד אלא צריך שינתן לה משקל ממשי באופן שלא יוצב בפני תובעים ייצוגיים רף הוכחה גבוה מדי דבר שעלול להביא לכרסום באפקטיביות של כלי התובענה הייצוגית. כמו כן, יש להביא בחשבון – כפי שעמד על כך חברי השופט פוגלמן בחוות דעתו – כי בשלב זה הכלים הדיוניים העומדים לרשותו של התובע הייצוגי מוגבלים באופן שמטבעו מקשה עליו להוכיח את עילת התביעה. לטעמי, הדברים נכונים ביתר שאת בנסיבות בהן מדובר במערכת יחסים בין מבטח למבוטח בה למבטח ישנה שליטה על מסמכים מהותיים שלא נמצאים בידי המבוטח, מסמכים שעשויים לסייע רבות להוכחת עילת התביעה בשלב אישור התובענה כייצוגית.

ודוק, מן הראוי לטעמי למנוע מצבים שבהם כל מאן דהוא החפץ לנהל תובענה ייצוגית יוכל לעשות כן גם מבלי שצלה את חובתו לבסס בראיות לכאורה את עילת התביעה. הקלה מעבר לנדרש באשר לרף הראייתי בו צריך לעמוד התובע הייצוגי עלולה לגרור תוצאות שלהן השלכות מערכתיות בלתי רצויות, הן על מערכת המשפט והן על המשק וחיי המסחר והכלכלה. משכך, שומה על בתי המשפט להקפיד על כך שרק תביעה שהונחה תשתית ראייתית לכאורית לביסוס עילתה, יתאפשר ניהולה כתובענה ייצוגית במסגרת ההליך העיקרי.

השאלה אם כן היא האם עמדו המשיבים בנטל ההוכחה הרובץ לפתחם להניח תשתית ראייתית לכאורית. אין מחלוקת של ממש בין חבריי כי השאלה המרכזית שעומדת בלב התובענות הייצוגיות שבנדון – קרי, האם התשלום במהלך שלושת החודשים שבנדון הוא תמורת שירות שהמבוטחים לא יהיו זכאים לקבל לעולם או שמא מדובר בפריסת תשלומים פרי חישוב אקטוארי – לא זכתה לביטוח ממשי ונותרה עמומה. הטעם לכך ששאלה זו לא נתבררה די צרכה נעוץ בעיקר בעובדה כי נדחתה בקשה לגילוי ועיון במסמכים אותה הגישו המשיבים ובשל כך שהצדדים הגיעו להסדר דיוני בעטיו לא התאפשרה חקירת המצהירים מטעם המבקשות. שעה ששאלה מהותית זו לא נתבררה די צרכה – אף לא במישור הלכאורי – אין בידי להסכים למסקנתו של חברי השופט פוגלמן לפיה די בתשתית הראייתית הקיימת כדי לגבש את השלב הלכאורי. מדובר לטעמי בחלל ראייתי ממשי היורד לשורשה של עילת התביעה ובשל כך סבורני כי לעת הזו לא ניתן להתקדם להליך העיקרי.

לא נעלמה מעיני הערתו של חברי השופט פוגלמן כי חוסר ראייתי זה עתידים בעלי הדין להשלים במסגרת ההליך העיקרי, אלא שסבורני כי לאור החלל הראייתי המהותי כאמור, לא יהיה זה נכון להתיר לנהל את ההליך העיקרי נוכח ההשלכות שאפשר שיהיו לאישור התובענה כייצוגית שעל חלקן עמדה חברתי השופטת ברק-אדל.

אכן, ככל שלאחר ניהול השלב המקדמי הסתבר כי לא התבררה שאלת היסוד העומדת בליבת התובענות הייצוגיות שבנדון, אפשר שהמסקנה שהיה צריך לגזור בהליך שלפנינו היא כי המשיבים לא עמדו בנטל הראייתי הרובץ לפתחם, ומשכך היה צריך לקבל את הערעורים גופם ולהורות על דחיית התובענות הייצוגיות. ודוק, לאחר שהתלבטתי בסוגיה זו מצאתי כי לא יהיה זה נכון וצודק בנסיבות העניין לדחות את

התובענות הייצוגיות בשלב זה וכי יש לאפשר למשיבים להוכיח בראיות לכאורה את עילת תביעתם. שני טעמים עיקריים מבססים מסקנתי זו: הראשון, כפי שעמדו על כך חבריי, אחת הסיבות המשמעותיות לאי בירור השאלה העיקרית שבמחלוקת היא הימנעות המבקשות מלהציג מסמכים משמעותיים ומהותיים. שנית, לא יהיה זה בלתי סביר להניח כי ההסכם הדיוני בין הצדדים, לפיו לא תתאפשר חקירת מצהירים, גובש בעידודו של בית המשפט שאישר הסדר זה. כמו כן, בית המשפט המחוזי מנע גילוי ועיון במסמכים באופן שהקשה על המשיבים להניח תשתית ראייתית לכאורית. בהצטבר הנסיבות דלעיל סבורני כי יש ליתן בידי המשיבים הזדמנות נוספת להביא למיצוי הדיון בשאלה העיקרית שבמחלוקת, תוך שימת דגש כי מדובר בשלב מקדמי בו הרף הראייתי הנדרש הוא לכאורי בלבד.

אכן, השבת הדיון לבית המשפט המחוזי מעוררת קושי בלתי מבוטל מההיבט של סדרי הדין והתערבות בהסדר דיוני אליו הגיעו הצדדים, קושי עליו עמד חברי השופט פוגלמן בחוות דעתו ובצדק רב. אלא שלנוכח הנסיבות המפורטות לעיל סבורני כי מדובר במקרה המצדיק הגמשה מסוימת של סדרי הדין באופן המתוחם למקרה הקונקרטי.

אשר על כן, מצטרף אני לתוצאה אליה הגיעה חברתי השופטת ברק-ארז לפיה יש להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי בשאלת אישור התובענות כייצוגיות. קרי, בית המשפט המחוזי צריך לקבוע לצורך אישור התובענה כייצוגית – ברמת הוכחה לכאורית – האם התשלום במהלך שלושת החודשים שבנדון הוא תמורת שירות שהמבוטחים לא יהיו זכאים לקבל לעולם או שמא מדובר בפריסת תשלומים פרי חישוב אקטוארי; האם הפרו המבקשות את חובת הגילוי הנאות והאם לאור התשתית העובדתית הלכאורית שתתחוויר חלה התיישנות בנסיבות המקרה דנן.

#### ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות מפי השופטת ד' ברק-ארז והשופט י' דנציגר, כנגד דעתו החולקת של השופט ע' פוגלמן, להשיב את הדיון לבית המשפט המחוזי בשאלת אישור התובענות כייצוגיות. בית המשפט המחוזי יקבע, לצורך הכרעה בשאלה אם יש מקום לנהל את התובענה כתובענה ייצוגית, האם התשלום במהלך שלושת החודשים האחרונים של הפוליסה הוא תמורת שירות שהמבוטחים לא יהיו זכאים לקבל לעולם או שמא מדובר

בפריסת תשלומים פרי חישוב אקטוארי; האם הפרו המבקשות את חובת הגילוי הנאות  
והאם לאור התשתית העובדתית הלכאורית שתתחוויר חלה התיישנות בנסיבות המקרה  
דין.

י' דנציגר 54678313-3489/09

ניתן היום, א' באייר תשע"ג (11.4.2013).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 09034890\_A11.doc אמ  
מרכז מידע, טל' 077-2703333; אתר אינטרנט, [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il)  
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)