

### מעקב פסיקה

[רע"א 2937/18 מכבי שירותי בריאות נ' המנוחה אנה דובין ז"ל \(פורסם בנבו, 26.5.2019\); ערכאה: בית המשפט העליון, מפי השופטת ענת ברון:](#)

בית המשפט העליון, בדין יחיד, מפי השופטת ענת ברון, קיבל את ערעור המשיבה על החלטת השופטת צפת מבית המשפט המחוזי בתל אביב. לבית המשפט המחוזי הוגשה במאי 2012 בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד חברת "מכבי שירותי בריאות" בגין הטענה כי האחרונה גבתה שלא כדין כספים מחולים המוגדרים "חולים כרוניים" ו-"חולים במחלה קשה" במסגרת השתתפות עצמית ברכישת תרופות, בניגוד להוראות תוכנית הגבייה שאושרה ע"י ועדת הכספים של הכנסת ושחלה בעת הרלוונטית. אולם, בשלב כתיבת הסיכומים מטעמה, גילתה "מכבי" כי התובעת המייצגת הלכה לעולמה כשנה קודם לכן (בחודש מרץ 2017), וכי בא הכוח המייצג הסתיר מידע זה מבית המשפט. בתגובה הגישה "מכבי" בקשה למחיקת בקשת האישור או למתן הוראה בדבר החלפת התובעת המייצגת, אולם בית המשפט המחוזי דחה בקשה זו, וקבע שככל שבקשת האישור תתקבל יהא מקום למנות תובע מייצג מחליף. על החלטה זו הגישה מכבי בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון.

בהחלטת בית המשפט העליון נקבע כי הדרישה בחוק לקיומה של עילת תביעה אישית של התובע המייצג מבטאת את העדפת המחוקק לכך שבפני בית המשפט יעמוד נפגע ספציפי, כך שביהמ"ש יוכל להתרשם מן הפגיעה באחרון באופן בלתי אמצעי. הודגש כי אמנם סעיף 4(א) לחוק תובענות ייצוגיות (להלן: "החוק"),<sup>1</sup> מאפשר במקרים מסוימים פתיחת הליך ייצוגי בידי רשויות ציבוריות או ארגונים אך מדובר בחריג לכלל, ובכל מקרה החוק לא מתיר ניהול הליך ייצוגי ללא מבקש כלל. כלומר, לעמדת ביהמ"ש, הדרישה לקיומה של עילת תביעה אישית מהווה תנאי בלעדיו אין לעצם הגשת בקשת אישור, ומשכך גם לניהולה. מסיבה זו, סבר ביהמ"ש כי מקום בו עומדת לבחינה תובענה ייצוגית שאין מאחוריה מבקש, לא ניתן יהיה לדון בה לגופה. בנוסף, נקבע שבמקרים מסוג זה ממילא לא תהיה תחולה לסעיף 8(ג)(2) לחוק, המאפשר לביהמ"ש לאשר את התובענה הייצוגית תוך החלפת התובע המייצג, במידה וביהמ"ש הגיע למסקנה כי מתקיימים כל התנאים הנדרשים לאישור, למעט העובדה שהתובע המייצג חסר עילה תביעה אישית. ביהמ"ש ציין כי מכוח סעיף 16(ד) לחוק, במידה ונבצר מן התובע המייצג להמשיך בתפקידו בשלב הדיון בבקשת האישור, בידי הערכאה הדיונית נתונות שתי חלופות בלבד: האחת היא להורות על מחיקת בקשת האישור, והשנייה היא להורות על מינוי מבקש חלופי אם ביהמ"ש מצא כי יש טעם ותועלת מבחינת הקבוצה בהמשך ניהול ההליך. מכך עולה, כי בא הכוח המייצג אינו רשאי להמשיך בניהול הדיון בלא בעל דין שימלא את תפקיד המבקש בבקשת האישור. אי לכך, ביהמ"ש קיבל את הערעור והורה לבית המשפט המחוזי לפעול בהתאם להוראות סעיף 16(ד)(1) לחוק, קרי, להורות על מינוי מבקש חלופי.

פסיקה זו עולה בקנה אחד עם הערת אגב של השופטת ברון בעניין **שגב** במסגרתו ציינה כי סעיף 16 לחוק מיועד להתמודדות עם מקרים של הסתלקות או נבצרות התובע המייצג.<sup>2</sup> בנוסף, בעניין **מגדל** קבע בית המשפט המחוזי מרכז כי מכוח סעיף 16 לחוק בסמכותו של בית המשפט להורות על החלפת התובע המייצג בגין נבצרות, כאשר נבצרות מתקיימת במצב בו נגרעת הכשרות המשפטית וההתאמתה של המבקש לשמש

<sup>1</sup> חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006.

<sup>2</sup> רע"א 7110/17 **נקניק נהריה כשר זוגלובק בע"מ נ' עו"ד ירון שגב**, פס" 8 לפסק דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 3.10.2017) (להלן: **עניין "שגב"**). התובענה בעניין זה הוגשה בגין הטענה כי המשיבה אשר מפעילה חנות לממכר מזון בנהריה אינה מפחיתה ממשקל המזון אשר נמכר על ידה את משקל האריזה. בנוסף, נטען כי בגין מוצרים מסוימים המשיבה גובה מלקוחותיה מחיר גבוה מזה שמפורסם על ידה באמצעות שלט המוצב בחזית החנות.

כתובע מייצג בהליך התובענה הייצוגית, וכי יש לעשות שימוש בעילת הנבצרות רק כאשר המבקש נקלע למצב של נבצרות בעל כורחו.<sup>3</sup>

באופן דומה לפסק הדין נושא מעקב פסיקה זה (להלן: עניין **מכבי**), בעניין **מנורה** התובע המייצג נפטר בשלב הליך אישור התובענה הייצוגית, והוחלט ע"י ביהמ"ש המחוזי כי יש לפרסם הודעה לשם איתור תובע מייצג חלופי מכוח סעיף 16(ד) לחוק.<sup>4</sup> עם זאת, יש לציין כי בעניין **מנורה** התובע נפטר בשלב מוקדם יותר של ההליך בהשוואה לעניין **מכבי**.

פסק הדין בעניין **מכבי** מעלה פעם נוספת את השאלה בדבר נחיצותו של התובע הייצוגי במסגרת הליך התובענה הייצוגית. ביחס לשאלה זו נתגלעה מחלוקת כבר במהלך הדיונים בכנסת על חוק תובענות ייצוגיות. חבר הכנסת רשף חן טען במסגרת דיונים אלו כי "היתה מחלוקת מתמשכת בשאלה אם צריך תובע מייצג או לא צריך תובע מייצג. לטעמי, תפקיד התובע המייצג לא דרמטי ואולי אפילו ניתן היה לוותר עליו"<sup>5</sup>. בנוסף, גם בספרות המשפטית הובעה הדעה שהתובע המייצג אינו תורם כלל להליך הייצוגי ושלמעשה יש מקום לוותר על דרישה זו, שכן את התביעה בפועל מנהל בא כוח הקבוצה.<sup>6</sup> יתרה מזאת, בהקשר הישראלי נטען כי היה ראוי להימנע מהכנסת הדרישה בחוק לקיומו של תובע מייצג בעל עילת תביעה אישית שכן הנזק האישי של האחרון הוא חלק זניח בלבד "מהתביעה הציבורית" אשר מתנהלת בעניין, והמשמעות של התביעה האישית של התובע המייצג היא סמלית בלבד.<sup>7</sup> כמו כן, אף בעניין **מכבי** השופטת ברון הכירה בכך שניתן היה לקבוע מנגנון לפיו רשאי עורך הדין ליזום ולנהל בעצמו הליכים ייצוגיים בשם הקבוצה, מבלי להיות חבר בה.

יחד עם זאת, החוק מציב דרישה ברורה שהתובענה הייצוגית תוגש ע"י התובע המייצג,<sup>8</sup> ואף קובע שבמידה והתקיימו התנאים להגשת התובענה כיייצוגית, אולם לתובע הייצוגי אין עילת תביעה אישית, על ביהמ"ש לאשר את התובענה הייצוגית ולהורות על החלפת התובע המייצג. ברם, החוק לא מאפשר לוותר על עצם קיומו של התובע המייצג.<sup>9</sup> בהקשר הזה, פסק הדין בעניין **מכבי** עולה בקנה אחד עם רוח החוק שכן במסגרתו נקבע שבהעדר תובע מייצג "לא ניתן כלל לעלות על המגרש ולהיכנס לזירה הייצוגית". כמו כן, בפסקי דין נוספים הודגש כי לא ניתן לוותר על קיומו של התובע המייצג. כך, בפסק הדין בעניין **אשל היאור** קבע בית המשפט המחוזי מרכז מפי השופט גרוסקופף כי החוק מחייב חבירה של שני גורמים על מנת להגיש תובענה ייצוגית – תובע ייצוגי בעל עילה אישית, ובא כוח מייצג.<sup>10</sup> בנוסף, גם בעניין **אקסלנס** נקבע ע"י בית המשפט המחוזי כי קשה לקבל מצב בו עורך דין מחליט להגיש תביעה ללא תובע מייצג בעל עילה אישית, בדיוק כפי

<sup>3</sup> ת"צ (מרכז) 55177-05-15 **שלמה אקזני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ**, פס' 21 לפסק דינה של השופטת בלטמן קדראי (פורסם בנבו, 20.2.2017) (להלן: עניין "מגדל"). התובענה הוגשה בגין הטענה כי המשיבות נוקטות במדיניות פסולה של הימנעות מתשלום תגמולי ביטוח בגין מרכיב המע"מ כאשר המבוטח לא תיקן את הנכס המבוטח.

<sup>4</sup> בשי"א (ת"א) 27125/05 **טרפק גרגורי ז"ל נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ**, פס' 11 לפסק דינו של השופט בנימיני (פורסם בנבו, 15.2.2018) (להלן: עניין "מנורה"). התובענה הוגשה בגין הטענה כי פוליסת הביטוח הרפואית של המשיבה לעובדים זרים איננה תואמת את הוראות צו עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדון והבטחת תנאים הוגנים) (סל שירותי בריאות לעובד), התשע"ו-2016.

<sup>5</sup> דברים המיוחסים לרשף חן, כפי שהם מופיעים אצל אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט' 131, 147, ה"ש 62 (התשס"ז).

<sup>6</sup> Jean Wegman Burns, *Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions*, 42 HASTINGS L.J. 165, 165-87 (1990).

<sup>7</sup> אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 247 (התשס"ג).

<sup>8</sup> סעיף 4(א) לחוק.

<sup>9</sup> סעיף 8(ג) לחוק.

<sup>10</sup> ת"צ (מרכז) 4263-03-11 **אשל היאור בע"מ נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ**, פס' 18 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 16.4.2012) (להלן: עניין "אשל היאור"). בעניין זה הוגשה תובענה ייצוגית בגין הטענה כי חברת פרטנר העלתה את התשלום הקבוע עבור השירות שניתן ללקוחותיה העסקיים, מעבר להעלאה המתרת על פי ההסכמים שנערכו ביניהם, ואגב כך עלתה שאלה בדבר מערכת היחסים השוררת בין התובע הייצוגי לבין בא הכוח המייצג.

שקשה לקבל מצב שבו אדם מחליט להגיש תובענה ייצוגית ללא עורך דין, זאת כיוון שבסעיף 8(א) לחוק ישנה התייחסות נפרדת לכל אחד מבעלי תפקידים אלו.<sup>11</sup>

כאמור, בעניין **מכבי** השופטת ברון נימקה את הדרישה לקיומו של התובע המייצג בהעדפה לפיה "בפני בית המשפט יעמוד נפגע ספציפי, שניתן יהיה להתרשם מן הפגיעה בו באופן בלתי אמצעי". אולם, בעיניי, הצדקה זו הינה בעייתית שכן אין כל הכרח שהפגיעה בתובע המייצג תהיה זהה לפגיעה בשאר חברי הקבוצה. זאת, כיוון שהדרישה בחוק מצומצמת לקיומן של שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכל חברי הקבוצה,<sup>12</sup> ומכאן, שיתכן מצב שבו הפגיעה בתובע המייצג תהיה קלה או חמורה יותר בהשוואה לפגיעה בשאר חברי הקבוצה. בנוסף, ככל שההנמקה לדרישה זו היא אכן אותה העדפה שבית המשפט יתרשם מן הפגיעה בתובע המייצג באופן בלתי אמצעי, הרי שבמקרה של נבצרות בסיום הליך בקשת האישור, לביהמ"ש בהחלט הייתה ההזדמנות "להתרשם מן הפגיעה" בתובע המייצג. מנגד, כאשר נקבע שהתובע המייצג חסר עילת תביעה אישית, לבית המשפט לא הייתה הזדמנות "להתרשם מן הפגיעה" שכן נקבע שהתובע המייצג כלל לא חווה את הפגיעה הנטענת. אי לכך, לא ברור מדוע במקרה של נבצרות התובע המייצג בשלב כל כך מתקדם של ההליך, כבעניין מכבי, לא ניתן לאשר את התביעה כייצוגית עד לאיתור תובע מייצג חדש, בעוד שכאשר נקבע שהתובע המייצג הינו חסר עילת תביעה אישית, ניתן לאשר את התובענה כייצוגית, כאמור מעלה.

<sup>11</sup> ת"צ (ת"א) 1934-09 חנוך גולדברג עו"ד נ' אקסלנס נשואה גמל ופנסיה בע"מ, פס' 47 לפסק דינו של השופט בנימיני (פורסם בנבו, 29.4.2012) (להלן: "אקסלנס"). בעניין זה הוגשה תובענה ייצוגית על הפסדים אשר נגרמו לעמיתי קופות גמל בגין ניהול כושל לכאורה מצד המשיבה, כאשר ב"כ הקבוצה ביקש לשמש גם כתובע המייצג בהליך.  
<sup>12</sup> סעיף 8(א)(1) לחוק.